

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN  
MAYIS  
HAZİRAN  
2011

SAYI

2

**TCHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**

ISSN: 1308-0474

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

**Genel Yayın Yönetmeni**

Fikret İlkiz

**Sorumlu Müdür**

Prof. Dr. Yener Ünver

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat / Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Prof. Dr. Durmuş Tezcan / Prof. Dr. Yener Ünver

Doç. Dr. Ümit Kocasakal / Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Pınar Memiş / Arş. Gör. Gülşah Kurt Yücekul

Av. Fikret İlkiz / Av. Elif Yarsuvat / Av. Mustafa Tırtır

Av. Aysun Dalkılıç / Av. İlkan Koyuncu

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

**Abone Bilgisi**

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği

Nuruosmaniye Cd. No: 56 K: 4 Cağaloğlu/İSTANBUL

Tel.: 0212/513 11 71

**Basım Yeri**

Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.

Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4 Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL

Tel.: 0212/629 00 01

**Basım Tarihi**

Mart 2011

---

# İçindekiler

---

Dr. Cengiz Apaydın	<b>1</b>	Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu (Hakemli Makale)
Av. Berk Alparslan	<b>97</b>	Bilgi Edinme Hakkı
Av. Cüneyd Altıparmak	<b>113</b>	Kumar Oynanması için Yer ve İmkân Sağlama Suçu (Tck m.228)
Prof. Dr. Merdan Hekimoğlu	<b>127</b>	Olası Kastla İnsan Öldürme Suçu (Hakemli Makale)
Pierre Henri - Bolle Çev. Can Vodina	<b>149</b>	Kriminoloji, Ceza Hukuku ve Terörizm (Bazı Düşünceler)
Pierre Truche Çev. Dilara Berberoğlu	<b>165</b>	Cezalandırmada Siyasi ve Yargısal Kararların Zamanla Mücadelesi



# OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRME SUÇU

(Hakemli Makale)

Dr. Cengiz Apaydın \* (Hakemli Makale)

## Özet

Makalede, insan öldürme suçunun olası kast ile işlendiği durumlar işlenmiştir. Olası kast, failin asıl amacının dışında yer alan ve fiilin gerçekleştirildiği sırada muhtemel durumda bulunan tali neticelerin fail tarafından kabullenilerek gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkar. Fail, fiilin zorunlu neticeleri bakımından ise doğrudan kast ile hareket etmiş sayılmaktadır. Makalede olası kastın doğrudan kast, bilinçli taksir ve adi taksir ile aralarındaki farklılıklar açıklanmış, bunun ardından kasten öldürme suçu bakımından olası kastın gösterdiği özellikler, icrai ve ihmali suçlarda olası kast, olası kastla işlenmesi mümkün olmayan öldürme suçları gibi konular açıklanmıştır. Yine, sapma durumunda içtima hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusu ayrıntılı bir biçimde ve Yargıtay içtihatları ışığında değerlendirilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Olası kast, bilinçli taksir, kasten öldürme, ihmali davranış, sapma

## Abstract

The paper deals with instances where the offence of murder has been perpetrated through eventual intent (dolus eventualis). Dolus eventualis means the realization of secondary results that were probable at the time of the action or omission, and that lay outside the primary intention of the perpetrator. However, the perpetrator shall be responsible of direct intent (dolus directus), if such results were compulsory, rather than probable. Differences between dolus directus, dolus eventualis, wilful negligence and simple negligence have been explained in the paper, followed by the particularities of the offence of murder in cases of dolus eventualis, dolus eventualis in action and omission, as well as offences of killing that are not suitable for dolus eventualis (such as assassination of the president of the state). In addition, the possibility of concurrence in cases of aberratio ictus has been discussed in the light of jurisprudence.

## Keywords

Dolus eventualis, wilful negligence, murder, omission, aberratio ictus

\* Cumhuriyet Savcısı

## I. CEZA HUKUKUNDA KAST

### 1.1. GENEL OLARAK

Ceza hukukunda önceleri salt bir neticeye neden olmak ceza sorumluluğu için yeterli sayılıyor; “bilmek” ve “istemek” kavramları herhangi bir rol oynamıyordu. Neticeye yol açmış olmak bilme ve isteme için bir belirti sayılıyordu. Bu konuda önemli dönüm noktasını Roma hukuku oluşturmaktadır. Ortaçağ İtalyan hukukçuları Roma hukukundan “dolus” kavramını almışlar ve böylece kast kavramı önce Carolina’ya daha sonra da giderek modern ceza hukuku öğretisine girmiştir. Modern ceza hukukunun kast kavramı, Roma hukukuna dayanmaktadır. Buna karşılık Cermen hukuku uzun zaman netice sorumluluğunu kabul etmiş ve tesadüfe dayanan kasıtsız davranışların ancak belirli tipik durumlarını cezasız bırakmıştır. Bununla birlikte Ortaçağ İtalyan hukukçuları Roma hukukundan “dolus” kavramını almışlar ve tüm ağır suçların cezalandırılabilmesinin koşulu olarak kabul etmişlerdir. Gerek Carolina ve gerekse o dönem Alman ceza hukuku öğretisi de İtalyan öğretisinin etkisinde kalmıştır<sup>1</sup>.

Kuşaklar boyu hâkimlerin ve akademisyenlerin kastın anlamı açıklama konusunda bitmek bilmeyen çabalarına baktığımızda onların, düşünce ve isteme gibi insan kişiliğinin en temel fonksiyonlarıyla ilgilendiklerini hatırlamalıyız<sup>2</sup>. İlk Yunan filozoflarla ortaya çıkan geleneksel psikoloji Hale tarafından açık biçimde özetlenmiştir: “İnsanoğlu doğuştan anlayış ve özgür irade gibi, bu iki büyük yetiyle donanmıştır. Özgür irade veya özgür seçim, bir şeyin bilindiği veya bir eylemin iradi olarak seçildiği anlamına gelir...”<sup>3</sup>. Kast genel olarak, yasalarca yasaklanmış bir zararın veya tehlikenin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesini ifade eden akli bir durumdur<sup>4</sup>. Kast sübjektif olarak, yasalarca zarar verme hakkı elinden alınan bir kişinin bunu yapmayı aklına koymasını atfeder. Bu mental fonksiyonları ne biz görebiliriz ne de bu fonksiyonların çalışma biçimlerini dünyanın en hassas aletleriyle kaydedebiliriz<sup>5</sup>. Kastta işi yapan kişi, kanunların yasaklandığı bir eylemi gerçekleştirmek üzere

1 Öztürk, B/Erdem, M,R, Ceza Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 149–150.

2 Hall, J, General Principles Of Criminal Law s.105.

3 Hale, PC 14,(akt Hall, s. 105).

4 Schmidt, Faute Civile et Faute Penale, s. 97(akt Hall, s.105).

5 Hall, s.106.

seçimini yapar, karar verir ve bilinçli olarak da bu sonuca ulaşmak için elindeki araçları kullanır<sup>6</sup>.

Ceza hukuku bakımından teknik anlamda kast, yalnızca bir suç tipinin gerçekleşmesine yönelik hareket iradesidir. Kast, bilme ve isteme olmak üzere iki yöne sahiptir. Kastın bilme yanı suçun kanuni tanımındaki tüm objektif unsurların aktüel bilgisini gerektirir. Kastın isteme tarafı ise tipikliğin gerçekleşmesine yönelik kat'i bir iradeyi ifade eder. Kesin olmayan, yani hala karar vermemiş bir "irade", kast olamaz. Esasen objektif olarak hareket, kastın amacına yönelik olarak icra edilmesidir<sup>7</sup>.

Kast, bir karar bir seçim tabiriyle tanımladığında belirli bir hedefe kanunlarca yasaklanmış bir zarar veya tehlikeye yönelir. Başlangıç durumunda, gelecekte bu gayeye erişmeye işaret eder, ancak bu zararı meydana getirme kararı ile bu kararın gerçekleşmesi arasında ne kadar kısa olursa olsun, belli bir sürenin geçmesi gerekir. "Kast"ın bir diğer anlamı ise, yasaklanan bir hedefe hareket etme sürecinde, bir sonuç için çabalama davranışından çıkarılabilir. Bu davranış "kasti" olarak tanımlanabilir ve buradan, daha önceki suç işleme kastı da çıkarılabilir<sup>8</sup>.

Kast, hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi hakkında bilinçli irade demektir, bilinç, yapılan fiilin ceza hukuku bakımından tipikliğinin bütün unsurlarını kapsamaktadır<sup>9</sup>. Kural olarak ancak kasten işlenen fiiller ceza yaptırımına altına alınabilir. Meğerki kanunda aksine bir düzenleme mevcut olsun; yani taksirle işlenen bir fiil ceza müeyyidesi altına alınmış olsun. Bu prensip Alman Ceza Kanunu 24/1 maddesi ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu durumda, kasten işlenen suçlara ilişkin kanuni tariflerde kastın gerekliliğine dair bir açıklık da bulunmayabilir. Bu kural, ceza kanununun paragrafında veya maddesinde dahi fonksiyon icra edebilir<sup>10</sup>.

765 sayılı TCK'nın 45.maddesinde kast kavramı tanımlanmamış olup, ancak suç oluşmasında temel kusurluluk biçiminin kast olduğu, kastın

6 Hall, s.112.

7 Bkz. Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 167.

8 Hall, s. 113.

9 İtalyan Ceza Kanunu Tasarısı 1999( çev, Evik, S,V), İÜHFMC: LVIII, S: 1-2, s. 271,Y: 2000.

10 Schroeder, C, F" Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler "(çev. İzzet, Ö) Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereleri, Konya 1998, s.257).

bulunmaması halinde suçun oluşmayacağı belirlenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 21.maddede, kural olarak suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu vurgulanmış, doğrudan ve olası kastın tanımı yapılarak, olası kast halinde faile verilecek ceza gösterilmiştir<sup>11</sup>.

1997, 2001 ve 2003 Ceza Kanunu Tasarılarında kast kavramı tasarının 20.maddesinin 1.fıkrasında, "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır", denildikten sonra 2. fıkrasında da kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre, "kast, fiil ve neticeleri bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir". Tasarıların gerekçesinde de belirtildiği gibi, cürümlerde ceza sorumluluğunun temeli failin kasten hareket etmiş olmasıdır. Kastın ana unsurları ise, failin hareketi ve bundan doğan neticeleri hem bilmesi hem de istemesidir<sup>12</sup>.

Yargıtay kararlarında kastın çeşitli tanımlarına rastlamaktayız. "Kast hareket ve netice ile fail arasındaki ruhi bağdır"<sup>13</sup>. Yine Yargıtay'ın bir başka kararında, "kast failin iradesinin kanunun suç saydığı fiile yönelmesidir"<sup>14</sup>, denilmektedir.

Türk doktrininde kastı, Taner, "iradenin bir hususa yönelmesi" şeklinde tarif etmiştir<sup>15</sup>. Erem ise kastı, "suç teşkil eden hareketin neticelerini bilerek ve isteyerek işlemek iradesi", olarak tanımlamıştır<sup>16</sup>.

Önder ise kastı, "tipiklikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi" olarak tarif etmiştir<sup>17</sup>.

Yüce ise kastı, "suç kalıbındaki unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirme", şeklinde tarif etmiştir<sup>18</sup>.

Dönmezer/Erman ise kastı, "öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade" şeklinde tarif etmiş olup, bu tarifte suç teşkil eden, daha doğrusu tipe uygun bulunan fiilin düşünülmesi, öngö-

11 Parlar,A/Hatipoğlu,M,"Kast",Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,Temmuz-Ağustos 2005,S:11-12, s.129.

12 Öztürk, B / Erdem. R, M /Özbek, V,Ö Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2003, s.190.

13 YCGK 27.01.1982, 6-360/32.

14 YCGK 29.11.1984, 5-383/457.

15 Taner,T, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul 1949, s.316.

16 Erem,F, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984, s.462.

17 Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1989, s.292.

18 Yüce, T,T, Ceza Hukuku Dersleri, C:I,Şafak Yayınevi, Manisa 1982, s.322.



rülmesi ve bundan başka bunu gerçekleştirmeye yönelen bir iradenin bulunması unsurları birlikte yer almaktadır”<sup>19</sup>.

Centel / Zafer / Çakmut ise kastı, “yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapma ”şeklinde tanımlamıştır”<sup>20</sup>.

Soyaslan ise kastı, ”kişinin yaptığı hareketi ve bunun neticesini bilmesi ve istemesi veya neticeyi göz almasıdır ”şeklinde tanımlanmıştır”<sup>21</sup>.

İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver ise kastı, “yasada öngörül-müş objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluştuğunu” şeklinde tanımlamış olup, yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere Türk Ceza Hukukunda etkisini sürdüren klasik anlayış, kastın iki unsuru olduğunu kabul etmektedir. Bunlar, bilme ve isteme unsurlarıdır”<sup>22</sup>.

Özgenç,” istemenin, kastın bir unsuru olmadığını belirterek, fail iste-diği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile kasten hareket ettiğini ileri sürmektedir”<sup>23</sup>.

Koca/Üzülmez’e göre kast, “hareketin bir parçasıdır. Hareket ise ancak belli bir amaca yönelik olarak icra edilen iradi hareketler olduğu için, hareketin bir vasfı olan irade aynı zamanda kastı oluşturur. Bunun dışında ayrıca kasta ait bir isteme unsurundan bahsedilmesi gerekmez. Bu itibarla kastı, teknik anlamda, “bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik hareket iradesi”, şeklinde tanımlamak mümkündür”<sup>24</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kastı, suçun kanuni tanımındaki un-surları bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlamış bulun-maktadır (m.21).

19 Dönmezer,S/Erman,S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983. C.II, s.233.

20 Centel,N/Zafer, H/Çakmut,Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005, s.390.

21 Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005. s.414.

22 Aynı yönde olmak üzere Artık/Göksen/Yenidünya, Genel Hükümler I,s. 588 vd; Öztürk/Erdem/Özbek Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku s.186; Demirbaş, s.313; Toroslu, 132; Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu Anlamı C-I, s.276.

23 Özgenç, İ,” Bilinçli Taksir”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Haziran 2004, İstanbul s.706.

24 Koca/Üzülmez, s. 168.

Kanaatimizce, kast tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fiili işleyen kişi tarafından bilinmesi ve istenmesi olup, buna göre kastın unsurları bilme ve isteme olmaktadır. Failin kasten hareket etmiş sayılması için, tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş, zihinde canlandırmış olması gerektiği gibi, sonucu bilmiş ve öngörmüş olması da gerekmektedir. Sonuç ise, icrai suçlardan yasanın yasakladığı, ihmali suçlarda ise, yasanın gerçekleştirilmesini emrettiği sonuçtur.

Failin suç işlemek isteyip istemediği iç dünyasını ilgilendiren bir durum olmakla birlikte; failin dış dünyaya yansıyan hareketlerinin oluşturduğu neticelerden yola çıkarak failin iç dünyasında yer alan kastının tespit edilmesi mümkündür. Kastın ispatı ceza usul hukukunun konusu içinde yer almakla birlikte eylemin hangi suç tipine girdiğinin tespiti ve bu suç tipinin unsurları bakımından bir değerlendirme yapmanın zorunlu olması sebebiyle kast suç genel teorisinin içinde yer almaktadır.

## 1.2. KASTIN UNSURLARI

### 1.2.1. Bilme Unsuru

a) Bilmenin Kapsamı; failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş zihninde canlandırmış olması gerekir<sup>25</sup>. Bilme unsuruna öğretide , “düşünme ve öngörme unsuru” da denilmektedir<sup>26</sup>. Kastın bilme unsuru isteme unsurundan önce gelir<sup>27</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21/1 maddesinde kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir” biçiminde tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlardan maksat ise, fiilin haksızlık tipini (dar anlamda tipiklik) oluşturan tüm unsurlardır. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 30/1–2. fıkralarına göre, suçun maddi unsurlarına dair tüm hususlar ile nitelikli unsurlarına ilişkin hususlar fail tarafından bilinmelidir. Bu unsurları bilmeyen kasten hareket etmiş olmaz. Yine aynı yasanın 30/1–3. fıkralarına göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarını bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 30/4 fıkrası

<sup>25</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.233.

<sup>26</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.216; Demirbaş, s. 314.

<sup>27</sup> Toroslu, s.233.

sına göre, fiilin hukuka aykırılığı bilinci kastın kapsamında değildir<sup>28</sup>. Bu durumda kast, öncelikle, suçun kanuni tarifinde (tipiklikte) yer alan bütün maddi (objektif) unsurları kapsmalıdır. Bir başka deyişle, ilgili suç türünün tipik haksızlığını nitelendiren tüm unsurlar fail tarafından bilinmelidir<sup>29</sup>. Buradaki unsurlar, ceza kanunlarında tarif edilen suç tanımlarında soyut olarak formüle edilen suç unsurları değil, kanuni tipte suçun unsuru olarak belirtilen gerçek vakialara, gerçek dünyanın doğrudan doğruya gözlem yoluyla görülebilir konularına ilişkin unsurlardır<sup>30</sup>. Bilmenin neleri kapsaması gerektiği kast açısından önemli bir konu olup, bunu incelemede şöyle bir ayırım yapılabilir.

aa) Fail, suç tipinde belirtilmiş ve kendisi bakımından gösterilmiş olan nitelikleri bilmelidir<sup>31</sup>. Örneğin, failin kamu görevlisi olması. Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir iken bazı suçlar ancak belli kişiler tarafından işlenebilir ki, bunlara özgü suçlar denir. Aksi halde yani fiilin bir başkası tarafından işlenmesi halinde, fiil o suçu oluşturmaz. Örneğin, zimmet fiili bir kamu görevlisi tarafından işlenirse zimmet suçu (TCK m.247), her hangi bir kişi tarafından işlenirse güveni kötüye kullanma suçu (TCK m.155) söz konusu olacaktır.

bb) Suç tipinde mağdur ile ilgili belirtilmiş olan nitelikler failce bilinmelidir<sup>32</sup>. Örneğin, mağdurun evli olması, memur olması, üstsoy-altsoy olması, akraba olması, 15 yaşını bitirmemiş olması, reşit olmayan bir kişiye karşı işlenmesi gibi bu durumlar bazen bir ağırlatıcı sebep, bazen bir cezasızlık sebebi, bazen de bir hafifletici sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, kasten öldürme suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe, çocuğa ya da beden ya da ruh bakımından kendini savunmayacak durumda bulunan kişiye, gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmiş olması bu suçun ağırlatıcı sebebidir (TCK m.82). Yine yağma ve nitelikle yağma hariç, malvarlığı aleyhine işlenen suçların haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden

28 Koca/Üzülmez, s.170.

29 Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 301; İçel ve Diğerleri, s. 301; Özgenç, s. 294; Özbek, s. 277.

30 Bkz. Koca/Üzülmez, s.170.

31 Özbek, s.277.

32 Önder, s.227.

birinin aleyhine işlenmesi halinde faile ceza verilmez ( TCK m.167/1). Nihayet bu suçların haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde ise verilecek ceza indirilir (TCK m.167/2).

cc) Fail gerçekleştirdiği fiil ve bunun kanunda belirtilmiş olan modalitesi ile ilgili özellikleri de bilmelidir. Düşünce ve öngörme yani bilme, suçun maddi nitelikteki unsurlarına da ilişkin olmalıdır. Özellikle suçun maddi konusu bu bilmenin çerçevesi içine girmelidir. Örneğin, öldürdüğü yaratığın insan, aldığı şeyin taşınabilir bir mal olduğu bilmeyen kimse, kasten adam öldürme ve kasten hırsızlık suçlarının faili olamaz<sup>33</sup>. Keza fiili tipe uygun bir hale getirmeye yarayan diğer unsurlar, örneğin konut dokunulmazlığını ihlal suçunda girilen binanın mesken olduğunu, hırsızlık suçunda çalınan taşınabilir şeyin başkasına ait bulunduğunu bilmeyen kimse de, kastın ilk unsuru olan “bilme” yoktur ve sonuç olarak bu suçların belirtilen örneklerde, kasten işlendiği söylenemez<sup>34</sup>.

dd) Suçun yasal tanımında yer almakla birlikte, eylemin haksızlık içeriğine etkili olmayan, objektif veya bireysel cezasızlık nedeninin veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren bireysel nedenlerin fail tarafından bilinmesi şart değildir. Bu hususları bilmeden hareket eden failin kastının bulunduğu kabul edilir<sup>35</sup>. Suçun unsuru olmayan hukuka uygunluk nedenleri ile cezayı kaldıran ya da azaltan nedenlerin fail tarafından biliniyor olması gerekli değildir. Fail hukuka uygunluk nedenlerini ve cezayı etkileyen nedenleri bilmese dahi cezası kaldırılır veya indirilmesi gerekir <sup>36</sup>.

ee) Cezayı arttıran nedenlerin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği konusunda ayırımlar yapmak gerekmektedir.

Ağırlatıcı sebep, neticeye ilişkin bulunmakta ve suç neticesi dolayısıyla ağırlaşmakta ise, ortada 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde

<sup>33</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.234.

<sup>34</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.234.

<sup>35</sup> İçel ve Diğerleri, s.239–240.

<sup>36</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.236.

objektif sorumluluğu gerektirir bir durum, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde ise netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç söz konusu olduğunda failin kastının bu neticeyi de kapsamaması aranmaz. Yani ağırlatıcı neden fiile bağlı olarak gerçekleşen netice ile ilgili ise, bu neticenin gerçekleşeceğinin fail tarafından bilinmesi kastın varlığı bakımından gerekli görülmemektedir<sup>37</sup>. Buna karşılık ağırlatıcı sebep, suç konusunu teşkil ediyorsa, bilme unsuru bu konuya ilişkin olacağı için, ağırlatıcı sebebi de kapsamına almalıdır. Örneğin, hırsızlıkta çalınan şeyin değerinin pek fahiş olması, suçun konusuna (çalınan şeye) ilişkin bir husustur ve bunun için fail bakır zannederek altından yapılmış bir şey çalacak olursa, fail 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 522 maddesindeki ağırlatıcı sebebin uygulanmaması gerekir<sup>38</sup>. Keza ağırlatıcı sebep, bir suçun niteliğini değiştirmektedir. Örneğin, hırsızlığın yağma, adi hakaretin memura hakaret halini almasını gerektiren hususun, bir ağırlatıcı sebepten çok, yeni bir suçun unsuru olacağı ve bu unsurun fail tarafından bilinmesi gerektiği açıktır<sup>39</sup>. Failin bilmediği husus dışında bilerek hareket ettiği diğer unsurlar kanuni tanıma uymakta ise, suçun olduğu ve kastın bulunduğu söylenebilir. Örneğin, mağdurun kamu görevlisi olduğunu bilmeden onu yaralamış veya ona hakaret etmiş ise, failin eylemi kamu görevlisine hakaret veya yaralama suçunu oluşturmamakla birlikte, genel nitelikli yaralama veya hakaret suçunu oluşturacaktır<sup>40</sup>.

ff) Suçun tamamlanması için, icra edilen fiilden başka ayrıca bir neticenin gerçekleşmesinin gerekli olması halinde fail icra ettiği fiil ile netice arasında illiyet bağı olduğunu esas itibarıyla bilmelidir<sup>41</sup>. Örneğin, bir bardak suyun ölüme yol açacağını bilmeyen kimsenin ameliyatlı hastaya su vermesi ve onun ölümüne neden olması halinde nedensellik bağlantısı üzerindeki bu bilgisizliği kastı ortadan kaldıırır<sup>42</sup>. Fail fiili ile netice arasında nedensellik bağı olduğunu da esas hatlarıyla bilmelidir. Dolayısıyla kast, yazılı olmayan suç unsurlarını (nedensellik bağı) da

37 Dönmezer/ Erman, C.II, s.235.

38 Manzini, s. 502 (akt. Dönmezer/Erman, C.II, s.235).

39 Dönmezer/Erman, C.II, s.236.

40 Kaymaz, S/Gökcan, H, T, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Ankara 2006 s.38.

41 Özgenç, İ, Bilinçli Taksir, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, s.704.

42 Yüce, s.323.

kapsamaktadır. Fail böylece, fiiliyle tipikliğin gerçekleşmesi tehlikesini, netice suçlarında suçun konusunun zarar görme rizikosuna neden olduğunu da bilmelidir<sup>43</sup>.

Nedensellik bağının gerçekleşme şeklindeki önemsiz sapma kastın kabulüne engel değildir. Burada, 1825 yılında Weber tarafından ortaya atılan konu üzerinde duralım. Weber, failin bir neticeyi gerçekleştirmek için hareket etmiş olması halinde istediği neticenin gerçekleştiği kanısı ile ikinci bir hareketi yaparak istenen neticeyi bu ikinci hareketle gerçekleştirmiş olması durumunda tek suçun ve kasta dayanan sorumluluğun bulunduğunu belirtmiştir. Doktrinde "Weber kastı" denilen hal budur. Örneğin, fail öldürmek istediği kişiye elindeki demir ile vurur ve bu darbe üzerine yere düşen mağdurun öldüğünü zannederek cesedi ortadan kaldırmak için denize atar. Gerçekte ölmemiş olan mağdur suda boğulmak suretiyle ölür. Diğer bir örnek ise, anne yeni doğan çocuğunu boğazını sıkarak öldürmek istemektedir. Boğazı sıkma hareketinde çocuk gerçekte ölmemiş fakat anne öldüğünü zannederek cesedi bir çukura atmıştır. Ölüm çocuğun çukurda havasızlıktan boğulması sonucu meydana gelmiştir. Örneklerde de görüldüğü üzere Weber, failde genel kasttan yani öldürme kastından hareket ederek bu neticenin gerçekleşmesinde gelişen nedensellik bağının önemli olmadığını ve failin kastının sonuçta gerçekleşmiş bulunduğunu belirtmekte ve neticenin kast sorumluluğunun içinde olduğunu kabul etmektedir<sup>44</sup>. Ancak nedensellik bağlantısındaki bu tarz sapmalara değer veren diğer bir fikre göre ise<sup>45</sup>, söz konusu örnekte iki suç gerçekleşmiştir. Nitekim öldürme kastıyla icra hareketlerinin tamamlanması aşamasında mağdur ölmediğinden kasten adam öldürmeye tam teşebbüs, öldü zannedilerek suya atma hareketinde ise, ölüm neticesi istenmemiş olduğundan taksirle adam öldürme suçları gerçekleşir. Bu iki suç gerçek içtima kurallarına göre birleştirilecektir.

Kanaatimizce, fail tarafından bilinmesi gereken şey aslında hareketinden doğacak neticedir. Yoksa nedensellik bağlantısı değildir. Fail nedensellik bağı konusunda yanılabilir; ancak düşünüp öngördüğü (bildiği) netice yaptığı eylemden meydana gelmişse bu yanılmanın önemi yoktur. Çünkü nedensellik bağının gerçekleşme şeklindeki önemsiz sapmalar kastı ortadan kaldırmaz.

<sup>43</sup> Koca/Üzülmez, s. 171.

<sup>44</sup> Önder, s.307–308.

<sup>45</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.594.

### 1.2.2. İsteme Unsuru

Herhangi bir şeyin ya da hareketin bilinmesi ya da düşünülüp öngörülmesi bu şeyin ya da hareketin istenildiği anlamına gelmemektedir. Bir şeyin istenilmesi o şeyin bilinmesini de içermektedir, mantıksal bir çıkarım sonucu olarak bilinmeyen şeyin istenilmesi mümkün değildir. Ancak bunun aksine olarak her bilinen şeyin zorunlu olarak istenildiği söylenemez. Bireyler bildikleri her şeyi istemezler. İşte bu mantıksal çıkarımın ceza hukukuna olan yansımaları ise kastın varlığı için bilmenin yanı sıra bilinen bu hareketin (ve neticenin) istenmesinin de gerekli olduğudur<sup>46</sup>.

Kastın isteme unsuru “irade” olarak da nitelenir. İrade, suç kalıbındaki eylemi ve sonucunu gerçekleştirme kararıdır. Bu karar özü ile kast kuruntudan, dilek ve umuttan ayrılır<sup>47</sup>. Failin suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bilmesi ve bunları öngörerek hareket etmesi kastın varlığı için yeterli değildir. Kastın varlığı için ayrıca fiilini isteyerek/iradesiyle gerçekleştirilmesi şarttır. Fiilin, özgür iradeye dayanıyor olması şarttır. Elbette ki, failin suçun kanuni tanımındaki unsurları bilip öngörerek hareket etmiş olması bu fiili istemiş olduğuna da karine teşkil eder. Ancak failin suç tanımındaki unsurları bilerek hareket etmesine karşın gerçek iradesi/istediği dışında hareket etmiş olması mümkündür<sup>48</sup>. Örneğin, cebir veya tehdit etkisiyle bir eylemi işlemek zorunluluğunda kalan kişi, bu eylem açısından kasten hareket etmiştir. Ancak bu eylemi işleme hususundaki iradesi, cebir veya tehdit etkisiyle oluşmuş bir iradedir. Burada bir irade varsa da bu irade zorlama ürünüdür. Failde kasten işlediği bu eyleme ilişkin olarak davranışlarını serbestçe yönlendirebilme yeteneğinin artık mevcut olmadığını kabul ettiğimiz için bu eylem dolayısıyla faili kusurlu saymamakta ve cezalandırmamaktayız<sup>49</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 28.maddesi hükmüne göre, “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit'i kullanan kişi suçun faili sayılır”.

<sup>46</sup> Önder, s.295.

<sup>47</sup> Yüce, s.324.

<sup>48</sup> Kaymaz/Gökcan, s.38-39.

<sup>49</sup> İçel ve Diğerleri, s.240.

Bilme, isteme anlamına gelmez. Netice tasavvur edildiği halde istenmemiş olabilir. Kast ve taksiri ayıran en önemli çizgiyi isteme ögesi oluşturmaktadır. Kast, bilinen netice istenilerek hareket edilmesi, taksir ise öngörülen veya öngörülebilene netice istenmeden hareket edilmesidir<sup>50</sup>.

Hangi hallerde insan davranışından doğan bir sonucun istenmiş sayılabileceğini belirlemek konusundaki güçlükler çok çeşitlidir ve hiç de küçümsenmeyecek ağırlıktadır. Bu sorunla ilgili doktrinde iki teori yani tasavvur teorisi ve irade teorisi uzun süre birbiriyle çatışma halinde olmuştur. Tasavvur teorisinin savunucularına göre, kastın varlığı için sonucun tasavvur edilmesi yeterlidir. Çünkü kişinin fiziki faaliyetinin sonuçları iradenin konusu olamaz. İrade sınırları hareket geçirmekle ve böylece hareketini meydana getirmekle son bulur. Oysa aynı zamanda faile yabancı olan şartlara da bağlı bulunan sonuç sadece öngörülebilir.

İrade teorisi ise, tasavvur teorisinin hareket noktasını reddederek, hareketin bir amaç için vasıtadan ibaret olduğunu ve iradenin esas amacının dış bir olay, yani doğalcı anlamda bir sonuç olduğunu savunmaktadır. Bu teoriye göre kastın esası, sonucun irade edilmesinden ibarettir.

Bugün için tamamen psikolojik açıdan ele alındığında tasavvur teorisinin ileri sürdüğü gibi vücut davranışlarının sonuçlarının irade edilemeyeceği, çünkü bu sonuçlar yönünden kişinin iradesinin sadece tasavvur etmek biçiminde olabileceği genellikle kabul edilmektedir. Günlük hayatta ve dilde irade, insan davranışlarının sonuçlarını da kapsayacak biçimde geniş anlaşılmaktadır. Ancak bir sonucun hukuki yönden ne zaman fail tarafından istenmiş sayılacağını belirlemek, çözümlenmesi çok güç bir sorun olup, bu konuda çok çeşitli ve karmaşık olaylarla karşılaşmak mümkündür<sup>51</sup>. Belirtmek gerekir ki, failin iradesinin yönelmiş olduğu sonuçların, yani faili harekete geçiren amaç veya hedefi oluşturan sonuçlar istenmiş sayılacaktır. Ancak failin hareketinden maksadın dışında kalan ikinci derecede neticeler de doğabilir ve bunların da irade unsuruna girip girmediği, fail tarafından istenip istenmediği sorununu çözmek gerekir. Bu sorun hakkında varılacak sonuç, sözü geçen neticelerden failin olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi sorumlu tutulacağını belirlenmesine yol açacağı için, büyük bir önem taşımaktadır.

<sup>50</sup> Kaymaz/Gökçan, s.39.

<sup>51</sup> Toroslu, s.133.



Maksat dışında ikinci derecedeki neticelerin birbiri ardına gerçekleşmesi ya da biri yerine diğerinin gerçekleşmesi yönünden fail tarafından ayırım yapılmamışsa irade neticenin hepsini kapsadığından, fail bu neticelerden sorumlu olacaktır. Bunlardan ilkinе ”birbirini izleyen kast” , diğerine ise “seçimlik kast“ denir<sup>52</sup>.

Maksat dışında kalan neticelerle ilgili şu şekilde bir ayırım yapılabilir;

a) Düşünülen ve öngörülen birden fazla neticelerden sadece birinin istenmesi bu durumda da yine bir ayırım yapmak gerekir.

aa) Failin maksadının dışında kalan ikinci derecede neticelerin maksadı oluşturan asıl neticenin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olması: Failin bu ikinci derecede neticeleri de istediği, iradesinin bunları da kapsamına aldığı kabul etmek gerekir<sup>53</sup>. Mezger’in ikinci derecede doğrudan doğruya kast adını verdiği bu gibi hallerde gerçekleşmesi zorunlu neticelerin de maksada girdiğinden şüphe edilemez<sup>54</sup>. Failin gerçekleştirmek istediği neticeye bağlı ve ondan ayrılması mümkün olmayan tali neticeler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

aaa) Bu neticeler gerçekleşmesi istenen amaç yanında bir araç olabilir. Örneğin, vitrin arkasındaki adamı vurmak isteyen, vitrin camını kırmak zorunda olmasıdır<sup>55</sup>.

bbb) Bu tali neticeler istenen neticenin devamı şeklinde de tezahür edebilir. Örneğin, ırza geçme suçunu işleyen fail, taşıdığı AIDS virüsünün mağdura da bulaşacağını bilmektedir. Bu bakımdan hastalığın bulaşması sonucu mağdurun ölmesi, tecavüzün bir devamı niteliğindedir<sup>56</sup>.

ccc) Bu neticeler istenen neticenin gerçekleşmesinde ikincil(tali) nitelikte neticeler olabilir. Örneğin, motosikletle giden (A)’yı düşürmek isteyen fail arkada oturan (B)’nin de düşeceğini bilir<sup>57</sup>.

bb) Düşünüldüğü öngörülen birden fazla neticeden sadece birinin istenip, maksat dışında kalan ikinci derecede neticelerin maksada zorunlu-

52 Dönmezer/Erman, C.II s.237.

53 Dönmezer/Erman, C.II, s.238.

54 Dönmezer/Erman, C. II, s.238.

55 Önder, s.295.

56 Önder, s.296.

57 Özbek, s.279.

luk değil, ihtimal bağı ile bağlanması: Failin gerçekleşmesi mümkün neticelerin de meydana gelmesi halinde bunları kabullenmesidir. Failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeleri öngörmesi ve kabullenmesi halinde olası kastan bahsedilir<sup>58</sup>. Örneğin, fail A'yı öldürmek istiyor ve ona nişan alıyor, ancak yanından geçen B'ye de kurşunun isabet edebileceğini biliyor, buna rağmen harekete devam ediyor. Bu durumda B ölürse, fail kast kurallarınca bundan sorumludur. Her ne kadar, burada “açık bir isteme yoksa da” , aynı sonucu doğuran “istememiş olmama” vardır. Dolayısıyla kastın bilme ve isteme şeklindeki iki unsuru da gerçekleşmiştir. İşte bu kasta, iradenin harekete geçmesini sağlayan kasttan yani maksattan ayırt edebilmek için “dolayısıyla kast” da denilmektedir<sup>59</sup>.

cc)Fail tarafından ikinci derecede neticeler öngörülmüş olmakla beraber hiçbirinin istenmediği durumda fail sonucun gerçekleşme imkânını öngörmekle beraber bu sonucun gerçekleşmeyeceğine inandığı için hareket etmiş olabilir. Örneğin, bir sirkte bıçak atma numarası yapan bir kimse, bıçağın karşında duran kişiye isabet etmesinin ve onu yaralamasının mümkün olduğunu kuşkusuz öngörmekte, ancak ustalığına güvenmekte ve bu sonucu önleyebileceğine inanmaktadır. Bu durumda sonuç ortaya çıkacak olursa, bunun istenmiş olduğu söylenemez. Böyle durumlarda kasttan değil, sadece bilinçli veya öngörülü taksirden söz edilir<sup>60</sup>.

Kast bakımından failin neticeyi mutlaka gerçekleştirmek istemesi şart değildir. Aksine neticeyi kendi davranışının gelecekteki sonucu olarak çok ya da az kesin olarak öngörebilmesi yeterlidir<sup>61</sup>.

Kasti hareketin varlığı için öncelikle suç tipinde öngörülen maddi unsurların bilinmesi gereklidir. Bunun anlamı şudur; kastta daima tipik haksızlığın objektif unsurlarının bilinmesi önem taşır. Ancak fiilin ifade ettiği haksızlığın esas olan kastın mahiyeti, fiilin şartlarının sırf pasif bilgisi ile sınırlandırılmaz. Kasten hareket eden fail, şüphesiz, fiili bilmelidir ve kanuni tipteki neticeyi de en azından hareketinin muhtemel so-

<sup>58</sup> Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.597.

<sup>59</sup> Demirbaş, T, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Ankara,2005, s.317.

<sup>60</sup> Toroslu, s.135.

<sup>61</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, s. 167.

nucu olarak öngörmelidir. Tabii ki kast, günlük dildeki anlamında olduğu gibi, esasen aktif bir iradeyi, yani fiilin unsurlarının bilgisine sahip olunmasını ve bunun sonuçlarının öngörülmesine rağmen, sonuçları ile birlikte fiil için karar vermeyi de içermektedir. Bir başka deyişle kasttaki irade, tipik fiilin gerçekleştirilmesine yönelik bir kararı, yani suçun tipik haksızlığını gerçekleştiren bir fiilin işlenmesi için failin iradi bir kararını gerektirir. Ancak buradaki irade, bilinçli hareket iradesi olup, fiilin ifade ettiği haksızlığın bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu irade failin içerik olarak fiiliyle duygusal bir durumunun söz konusu olduğu ve bunu istediği şeklinde yanlış anlaşılmalıdır. Özellikle failin fiilinin sonuçlarını tasvip etmesi veya iyi karşılaması da gerekli değildir<sup>62</sup>.

Örneğin, ölümüne sebebiyet verebileceği bilinci içinde mağdurun boğazını sıkan ve fakat bu fiilin neticesinde mağdurun ölümünün gerçekleşmesine yönelik bir iradesi olmayan fail, ölümün gerçekleşmesinden kaçınmak istemesine rağmen ölümün meydana gelmesi halinde kasten hareket etmiş olacaktır. Çünkü boğazın sıkılması hareketi iradidir ve fail bu hareketinin doğurabileceği tehlikeyi göze almıştır. Dolayısıyla burada fail ölüm neticesini kabullendiği için olası kastla hareket ettiğinin söylenebileceği gibi, olayın oluş ve işleyiş şekline göre diğer şartların bulunması halinde, netice sebebiyle ağırlaşmış suç olan, kasten yaralama sonucu ölümün gerçekleşmesi suçu oluşmaktadır.

Kanaatimizce, kastın varlığı için suçun kanuni tanımındaki unsurların sadece bilinmesi yeterli olmayıp, hareketten doğan neticesinin de özgür bir iradeye dayanarak istenmesi gerekmektedir. Maksat dışındaki ikinci derecedeki neticelerin birbiri ardına gerçekleşmesi ya da biri yerine diğerinin gerçekleşmesi yönünden fail tarafından ayırım yapılmamışsa, irade neticenin tamamını içerdiğinden, fail bu tarz ikinci derecedeki zorunlu neticelerden doğrudan doğruya sorumlu olup, eylemini doğrudan kast ile gerçekleştirdiği kabul edilecektir. Failin hareketinin sonucunda esas netice dışında suç oluşturan tali nitelikte neticelerin meydana gelmesi ihtimal dâhilinde ise, failin bunu öngörmesine rağmen neticeye ulaşmak için tali neticenin gerçekleşme olasılığını umursamadan veya göze olarak ya da kabullenerek eylemi gerçekleştirmesi halinde olası kast ile hareket ettiği kabul edilecektir. Ancak failin ihtimal dâhilinde olan ne-

62 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 169.

ticeleri öngörmüş olmasına rağmen, gerçekleşmeyeceği konusunda kesin bir inançla hareket etmiş olup, istenmeyen neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermiş olması halinde, onun kasten hareket ettiği kabul edilemez. Bu durumda, bilinçli taksirin varlığından söz edilir.

### 1.3. DOĞRUDAN KAST-OLASI KAST AYIRIMI

Belirli bir netice veya neticeler fail tarafından isteniyorsa doğrudan kasttan söz edilir<sup>63</sup>. Doğrudan kast birinci derecede doğrudan kast ve ikinci derecede doğrudan kast olarak ikiye ayrılır.

Failin düşünüp öngördüğü bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradeyle hareket ettiği durumlarda, "birinci derecede doğrudan kast" vardır. Doğrudan kast, failin suçun gerçekleşeceğini açıkça tasavvur etmesi demektir.<sup>64</sup> Başka bir anlatımla doğrudan kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların somut olayda gerçekleşmekte olduğuna dair failin bilincindeki kesinliği ifade eder. Örneğin (A)'yı yaralamak için bacağına ateş edip yaralayan kişi, bacağa ateş ettiğinde o kişinin yaralanacağını kesin olarak bilmektedir<sup>65</sup>.

Doğrudan kast tüm suçlarda aynı şekilde gözükmez. Neticeli suçlarda hem hareketin ve hem de neticenin istenmesi gereklidir. Fail hareketi yapacak, neticeyi öngörece ve bunu isteyecektir. Sırf hareket suçlarında ise netice yoktur. Bu nedenle failin sadece hareketi öngörmesi ve istemesi ile istem doğrultusunda hareketi yapması yeterlidir<sup>66</sup>.

Belli bir neticenin gerçekleşmesi amacına yönelik olarak işlenen eylemin diğer bazı neticeleri de meydana getireceği muhakkak ise; fail bu neticeler açısından da doğrudan kastla hareket etmiştir. Pencere camının arkasında bulunan kişiyi yaralamak için atılan taş ile pencere camının muhakkak surette kırılacağı öngörülmüştür<sup>67</sup>. Doğrudan kastta, failin gerçekleşeceğini bildiği ve istediği asıl netice yanında, eylemden doğacak yan neticelerin kesinlikle veya büyük olasılık içinde görüldüğü hal-

<sup>63</sup> Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları*, s. 42.

<sup>64</sup> Centel /Zafer/Çakmut, s.397.öğretide" doğrudan kast " denildiğinde birinci derecede doğrudan kast anlaşılmakta ikinci derecede doğrudan kast ise açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Allen. H.J.Textbook on Criminal Law, London,Blacktone Press Limited 1999,s.49-50.

<sup>65</sup> Kaymaz/Gökcan, s. 42.

<sup>66</sup> Soyaslan, s.415.

<sup>67</sup> İçel ve Diğerler, s.241.

lerde de kast, doğrudan kasttır. Failin istediği neticeler ile yan neticeler arasında “zorunluluk bağı” vardır. Bu halde bilmenin istemeyi de içerdiği kabul edilir. Failin doğrudan kastından söz edilebilmesi için, failin tasavvur ettiği bu yan neticeleri ayrıca istemiş olması aranmaz<sup>68</sup>.

Failin maksadına dâhil olmadığı halde meydana gelen ikincil (tali) neticeler bazen vasıta olarak (hasmını öldürmek için dükkân penceresine ateş eden kişi pencere camının da kırılacağını bilir) ortaya çıkabileceği gibi, bazen de ikinci (tali) neticeler maksada bağlı bir netice olabilir. Örneğin, ırza geçme suçunu işleyen failin taşıdığı HIV(AİDS) virüsünün mağdureye de bulaşacağını bilerek hareket etmesi halinde virüsün bulaşması neticesi zorunlu neticedir. Hasmını öldürmek için yolcu otobüsüne bomba koyan fail, diğer yolcuların da yaralanıp öleceğini bilerek hareket ettiğinden doğrudan kastla davrandığı kabul edilmelidir<sup>69</sup>.

Bazı durumlarda ise fail gerçekleştirmek istediği amaç için hareket ederken elde etmek istediğinin dışında ikincil sonuçların da gerçekleşebileceğini öngörmektedir. İşte failin gerçekleştirmek istediği neticenin gerçekleşebilmesi için ikincil nitelikteki bu neticelerin de gerçekleşmesi bir zorunluluk gösteriyorsa öğretide “ikinci derece doğrudan kast” olarak nitelendirilen durum oluşmaktadır<sup>70</sup>.

Görüldüğü üzere zorunlu olarak gerçekleşen ve tipe uygun bulunan bu neticeler gerçekte failin maksadı değildir; ancak gerçekleştirilmesi arzulan neticeden ayrılabilmesi mümkün olmayan neticelerdir ve ayrılmayan bu neticelerin gerçekleşeceğini fail düşünmekle beraber yapacağı hareketten onu alıkoymamaktadır. Belirttiğimiz üzere istenen neticeden zorunlu olarak ayrılmayan diğer neticelerle failin ilişkisinin yoğunluğu azdır ve maksattan olan farkı da ortadadır. Örneğin, gemisini batırıp sigortadan yüklü bir sigorta ücreti almayı isteyen armatör, gemi battığı zaman içindeki personel ve yolcuların da ölebileceğini düşünür; ancak bu düşüncesine rağmen gemiyi batırmaktan vazgeçmezse, insanların ölmesini istememiş olsa dahi, gerçekten istememiş olduğunu da söylemek mümkün değildir. Bu istenmemiş olduğu söylenemeyecek

68 Centel /Zafer /Çakmut, s.397.

69 Artuk / Gökçen / Yenidünya 5237 sayılı YTCK’ ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2006,s.46.

70 Dülger, a.g.m, s. 85.

neticeler bakımından armatör hareketi yapmaktan vazgeçmediğine göre, gerçekleşen bu neticelerden ikinci derece doğrudan kastı sebebiyle sorumludur<sup>71</sup>.

Öğretide “ikinci derece doğrudan kast” olarak nitelendirilen durumlar, failin ana neticeye yönelik eyleminin gerçekleşmesi muhakkak öngörülen yan sonuçlarına ilişkindir ve dolayısıyla yan netice sorumluluğudur. Failin ana netice kastında olduğu gibi, yan netice bakımından da teknik anlamda “isteme unsuruna” sahip olması gerekir. Bu isteme unsuru günlük dildeki “arzu etme” veya “hoşuna gitme” anlamında değildir ve neticenin gerçekleştirilmesine dönük kesin bir iradenin varlığını gerektirir, yani fail eyleminin ana ve yan neticelerinin ne olduğunun bilincinde olarak eylemini gerçekleştirmiş olmalıdır. Bilhassa fail, eyleminin bir hukuki değer ihlali mi yoksa bir hukuki değer tehlikeliliği mi olduğu hususunda bilinç sahibi olmalıdır. Bunun haricinde “ikinci derece doğrudan kast”ın, geleneksel anlamdaki “olası kast”tan tek farkı, failin bir yan netice olarak tasavvur ettiği neticenin doğumunu “gerçekleşmesi muhtemel” bir tahmine değil, “gerçekleşmesi muhakkak “ olan bir tahmine dayandırıyor olmasıdır<sup>72</sup>.

Hayatın olağan akışındaki hayat tecrübelerine göre, failin yaptığı eylem sonucunda gerçekleşecek zorunlu nitelikteki ikincil neticelerin, failin eylemine rağmen gerçekleşmemesi halinde failin hangi esaslara göre sorumlu tutulacağı ise öğretilerde farklı görüşlere yol açmıştır.

Birinci görüşe göre, “ikinci derecede doğrudan kast” durumunda zorunluluk ilişkisi bulunan ikincil derecedeki sonuçlar fiilen gerçekleşmemişse, “olası kast”tan farklı olarak failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Zira failin hedefini oluşturan asıl sonuçla olan zorunluluk ilişkisi, doğrudan kast ile ilgili kuralların ikinci derecede doğrudan kast’ ta da uygulanması zorunluluğu belirtilmektedir<sup>73</sup>.

İkinci görüşe göre ise, bu gibi durumlarda doğrudan kastın yerine dolayısıyla (olası) kastın varlığının kabul edilmesinin gerekli olduğunu ve burada “belirli olmayan kast netice ile belirlenir” kuralının uygulan-

71 Önder, s.300.

72 Ozansü, s. 145.

73 İçel/Evik, s. 190; Ünver, YTC’da Kusurluluk, s. 52; Dülger, a.g.m, s. 87.

masının gerekli olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre, fail tali nitelikteki neticeleri istememiş bu yönde bir irade de bulunmamıştır<sup>74</sup>.

Kanaatimizce, “ikinci derecede doğrudan kast” durumunda zorunluluk ilişkisi bulunan ikincil (tali) derecedeki sonuçlar fiilen gerçekleşmemiş olsa bile, faili doğmayan neticeye teşebbüsten sorumlu tutmak mümkündür. Çünkü failin eylemini gerçekleştirirken meydana gelmesi zorunluluk gösteren ikincil neticelerden dolayı başkalarının da zarara uğramasını öngörmesine rağmen, vazgeçmeyerek eylemini gerçekleştirmesi halinde, ikincil neticeyi istemediği söylenemez. Aksi durumda failin ortaya çıkan tehlikelilik haline rağmen, ikinci derecede doğrudan kast yerine, olası kastla hareket ettiği kabul edilerek “belirli olmayan kast netice ile belirlenir” kuralının uygulanması suretiyle failin cezasız bırakılması adalet duygusuyla örtüşmeyen bir sonucu ortaya çıkaracaktır.

Dolaylı veya olası kastta fail hukuka aykırı hareketi istemekte ve neticeyi sadece öngörmektedir<sup>75</sup>. İleride olası kast bölümünde ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere olası kast, failin hareketinin sonucunda, esas netice dışında suç oluşturan zorunlu olarak bağlı bulunmayan, ikincil neticenin de muhtemelen gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, failin amacına ulaşmak için ikincil (tali) neticenin gerçekleşme olasılığını umursamadan yahut arzu etmese dahi gerçekleşme olasılığına katlanarak, göze alarak ya da kabullenerek, asıl ulaşmak istediği neticeye yönelik olan hareketlerini icra etmesidir. Dolaylı veya olası kastta her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da, aynı sonucu doğuran, bir “istememiş olmama” vardır. Yani fail hedefini gerçekleştirecek olan hareketi yapmayı o kadar istemektedir ki, tali neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen olursa olsun demektedir<sup>76</sup>.

74 Dönmezer /Erman C.II, s. 222–223; Doktrinde Ozansü'ye göre, kanun koyucunun “muhtemel” ile “muhakkak” olan arasında nasıl ve neden bir sorumluluk derecesi ayrımı yapması gerektiğinin ve bunun pratik sonuçlarının ne olacağını da ispat edilmesi gerekecektir. Kastın varlığı için neticenin gerçekleşmesinin olasılığına ve ne de neticenin sağlanmasında fail tarafından kullanılan metodun niteliğine dair bir belirlenimin esas alınmaz. Dolayısıyla “ikinci derece doğrudan kast” adı verilen durumlarda da, yan netice kastı anlamında ele aldığımız “olası kast” başlığı altında değerlendirilmelidir. Ozansü, s. 145.

75 Soyaslan, s.415.

76 Dönmezer /Erman C.II, s. 240; Önder, s. 300; İçel ve Diğerleri, s.240 vd; Centel/Zafer/Çakmut, s.397–400; Card, s. 92; Özgenç -Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku 3.Bası Ankara 2001,s.154 vd; Özgenç, İzzet “Bilinçli Taksir “Prof. Dr. Çetin Özek, Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004,s.708.

İkinci derecede doğrudan kast ile olası kast ayırımının her somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. İkincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesinin zorunluluk göstermesi için suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve yapılan hareketlerin ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi için elverişli olması gerekir. Somut olay açısından suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve hareketler ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi için elverişliyse ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı kabul edilecek, elverişli değilse olası kastın varlığı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, somut olay açısından fail tarafından yapılan hareketler ve kullanılan araçlar ile asıl neticenin gerçekleşmesinin yanında ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi açısından zorunluluk olup olmadığı araştırılacaktır<sup>77</sup>.

#### 1.4. OLASI KAST

##### 1.4.1. Genel olarak

Herkesin eyleminin doğal veya olası sonuçlarını tasarladığının varsayılması, kelimenin tam anlamıyla, çeşitli defalar sık sık belirtilmiştir<sup>78</sup>. “Olasılık” kelimesi, bazen formülü verilmemiş olsa bile, bir kişinin kastettiği kendi eyleminin gerekli, doğal ve muhtemel sonuçlarının anahtarıdır<sup>79</sup>.

Olası kast hukuki bir kurgu olup, olası kast kavramı ile failin sadece eyleminin sonuçlandırılmasındaki kusurunun doğru varsayım sorunu olarak değerlendirilmesinin gerekliliği belirtilmiştir<sup>80</sup>.

Olası kast, kastın mahiyetini açıklayan teorilerden tasavvur teorisinin pozitif hukuka yansması sonucu oluşmuş bir kasttır. Aynı zamanda mahiyetini sadece irade ile açıkladığı için daraltıcı olmakla eleştirilen irade teorisinin mahzurunu ortadan kaldırmaya çalışmıştır. Ancak olası kast kavramının da kastın kapsamını genişlettiğinden şüphe yoktur<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Dülger, a.g.m, s. 87.

<sup>78</sup> Rollin,M,P/Ronald ,N,B Criminal Law , New York 1982 ,s.836.

<sup>79</sup> Harrison, V.Commonwealth,s. 374,377, (akt Rollin/Ronald , s.836) .

<sup>80</sup> Rollin /Ronald, s.837.

<sup>81</sup> Soyaslan, s.415.



Failin belli bir asıl neticeyi gerçekleştirmek üzere hareket ederken, ihtimal dâhilinde olan tali (ikincil) nitelikteki başka neticelerin meydana gelmesi de zorunluluk bağı ile bağlı olmayacak şekilde ise; asıl amacına ulaşmak için tali (ikincil) nitelikteki sonuçlarında gerçekleşme olasılığını öngörerek ve gerçekleşmesini göze alıp, kabullenmek suretiyle ulaşmak istediği neticeye yönelik olan hareketini gerçekleştirmesi halinde bu tali neticeler açısından olası kast ile hareket ettiği kabul edilmektedir.<sup>82</sup>.

Olası kastta, faili gerçekleşeceğini muhtemel gördüğü neticeleri önceden düşünmüş ve öngörmüştür; yani kastın birinci unsuru olan bilme unsuru vardır. Bundan başka bu ihtimale rağmen hareketinden caymamak ve bunu yapmakla, ihtimal dâhilindeki ikinci derecedeki neticelerin gerçekleşmesini de istemiştir. Her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da, aynı sonucu doğuran, bir istememiş olmama hali bulunmaktadır.<sup>83</sup>.

Kast mutat olduğu üzere sadece doğrudan kasttan ibaret olmayıp, muhtemel kastta kast kavramına dâhildir. Fail olası kastta, kanuni tarife uygun fiili işlemeyi ne amaçla amaçlamıştır ne de bu fiili işlememe noktasında mutlak bilgiye sahiptir. Fail sadece kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini mümkün görmektedir, muhtemel addetmektedir. Şayet sadece bu unsurla yetinilecek olsaydı, yani gerçekleşmesi muhtemel sayılan bütün haller olası kast kapsamında mütalaa edilecek olsaydı. Bu durumda failin kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini muhtemel saymadığı hallerde taksirden bahsedilecekti. Oysa olası kastın alanını bu kadar geniş tutmak saçma olurdu. Frank'ın yüzyıla aşkın bir süre önce belirttiği gibi, olası kastın alanına bu derece geniş tutmak, bir zararın gerçekleşeceğini muhtemel saymakla beraber bu zarar tehlikesinin meydana gelmemesi için gayret sarf eden kişinin dikkatsiz ve özensiz bir şekilde hareket eden şahsa nazaran daha ağır bir ceza ile cezalandırılması ile sonuçlanması olurdu. Bu nedenle, olası kast açısından, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesinin muhtemel sayılmasının yanı sıra, başka bir ölçünün de dikkate alınması gerekir. Birinci ihtimal, öngörmenin (özellikle muhtemelliğin) belli bir yoğunluk derecesine ulaşmasının

<sup>82</sup> Dönmezer/Erman, C.II, s.240; Önder, s.295;Centel/Zafer/Çakmut, s.397–398; İçel ve Diğerleri, s.242; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s.597; Öztürk / Erdem, s.181; Özgeç, İ “Bilinçli Taksir” Prof. Dr. Çetin Özek Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, s.708; Demirbaş, s.317.

<sup>83</sup> Dönmezer/Erman, C. II, s.240.

aranmasıdır. İkinci ihtimal ise, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesi karşısında değerlendirmeyi gerekli kılan belli bir tutum içinde olmaktır. Bu ikinci görüş hâkim görüştür. Buna göre olası kast, kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesini “tasvip etme” veya gerçekleşmesine “tasvipkar bir tarzda katlanma” olarak tanımlanmaktadır<sup>84</sup>.

Almanca konuşulan ülkelerde son zamanlarda failin kanuni tarife uygun fiilin gerçekleşmesine “istemeyerek katlanması” şeklinde, olası kasta ilişkin tarif kabul görmeye başlamıştır<sup>85</sup>. Olası kast açısından belirleyici olan şudur; ulaşmaya gayret ettiği hedef fail için o derece önemlidir ki; bu hedefe ulaşma uğruna kanuni tarife uygun bir fiilin gerçekleşmesine katlanılmaktadır<sup>86</sup>.

Olası kastta, ikincil nitelikli neticelerin gerçekleşmesi hususunda yalnızca bir ihtimal bulunması ile zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticelerin ayırımı failin sorumluluğunu belirleme açısından büyük önem taşımaktadır.

Bazı yazarlar, öngörülen ikincil derecedeki neticelerin sadece ihtimal veya imkân dâhilinde bulunmaları halinde kastın bulunmadığını ileri sürerler<sup>87</sup>. Diğer bir yazar grubu ise, tasavvur ve öngörme teorilerinden birini oluşturan rıza veya kabul görüşünden yararlanarak, bu gibi hallerde kastın bulunduğu fikrini savunurlar<sup>88</sup>.

Kanaatimizce, failin ikincil derecedeki ihtimali dâhilindeki neticeleri öngörüp eylemini gerçekleştirmesi halinde failin kasten hareket ettiği açık olup, önemli olan hangi ikincil (tali) derecedeki sonuçların zorunlu sonuç, hangilerinin ise ihtimal dâhilindeki ikincil nitelikteki sonuç olduğunun ayırımıdır. Failin ikincil nitelikteki tali sonucu isteyip istemediğinin tespitidir. Eylemini gerçekleştirirken meydana gelmesi zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticelerden dolayı başkalarının zarar görmesi halinde failin sorumluluğu ikinci derecede doğrudan kast nedeniyle sorumluluktur. Zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticelerin tespiti,

**84** Schroeder, F.C.(Çev. Özgenç, İ)“Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”,Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1998,s.259-260.

**85** 1962 tarihli Alman Ceza Kanunu Tasarısı, m. 16;1974 tarihli Avusturya Ceza Kanunu, m. 5/1;1968 tarihli Doğu Alman Ceza Kanunu, m. 6/2 (akt Schroder, F.C (çev. Özgenç,İ) a.g.m, s.260.

**86** Schroedar, F.C (çev. Özgenç, İ) a.g.m, s.260.

**87** Bkz. Dönmezer/Erman, C. II, s.240.

**88** Bkz. Dönmezer/Erman, C. II, s.240.

hayatın olağan akışındaki tecrübelerle göre tespit edilecektir. Örneğin, sigorta tazminatını alabilmek için gemisini açık denizde batıran armatör istemediği halde gemisinde bulunan gemi adamlarının ve yolcularının, aynı şekilde bir politikacının bulunduğu uçağa bomba koyan terörist, aslında istemediği halde, uçakta bulunan uçuş ekibinin ve yolcuların öleceklerini kesin olarak öngörmekte ancak istedikleri sonuca ulaşmak için eylemlerini gerçekleştirmektedirler. İşte bu durumlarda fail doğrudan kastla hareket etmektedir<sup>89</sup>. Failin, uçağa veya gemiye bomba koyarken bombaların patlaması sonucu mutlaka içindeki yolcuların da öleceğini bilmekte bunu engellemek için bir şey yapmadığı gibi gerçekleşeceğini bile bile eylemini gerçekleştirmektedir. Bu durumda, failin asıl amaç dışındaki ikincil nitelikteki zorunlu neticelerin gerçekleşmesini istemediğini belirtmesi, failin hukuki sorumluluğunu değiştirmez. Çünkü hayatın olağan akışına göre fail failinin ikincil nitelikteki zorunlu sonuçlarını kesinlikle öngörmüş olup, kesinlik öngörmesinin bulunduğu yerde iradenin olmadığı ileri sürülemez.

Olası kastta fail gerçekleştirmeyi istediği asıl amaç için hareket ederken asıl neticenin dışında tali (ikincil) sonuçların (suçun) gerçekleşmesinin zorunluluk göstermediği durumda gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görmekte, ancak bunun gerçekleşmesini umursamamakta “olursa olsun” demektir.

Olası kastta kusur ve haksızlık içeriğinin öteki kast çeşitlerine göre, örneğin doğrudan kastta göre daha azdır. Çünkü olası kastla hareket eden fail ne sonucu meydana getirmek için çaba göstermiştir, ne de sonucun meydana geleceğinden emindir<sup>90</sup>. Olası kastta, fail tipik fiili gerçekleştirecek somut bir tehlikenin mevcudiyetinin bilincinde olduğu gibi, bu tehlike fail tarafından ciddiye de alınmaktadır. Ancak asıl amaç fail bakımından o kadar önemlidir ki, bu amaca ulaşmak için söz konusu netice de fail tarafından göze alınmaktadır. Fail açısından maksadı oluşturan neticenin gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşeceği öngörülmüş, buna karşılık, fail hareketi gerçekleştirmiş ise, bu neticeyi de fail istemiş demektir<sup>91</sup>. Örneğin, fail öldürmek istediği

**89** Dülger, M, V,”5237 sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2,S.5,Nisan 2005,s.85.

**90** Yüce, s.333.

**91** Öztürk/Erdem, s.181.

kişiye ateş ederken, kurşunun, hedefin yanındaki kişiye de isabet etmesi olasılığını öngörmekte, ancak “isabet ederse etsin” demektir. Bu gibi hallerde kasta, neticenin meydana gelmesi açısından “imkân ve ihtimal” bulunması nedeniyle, örneğin ateş edenin hedeften başka birini vurması ihtimali sebebiyle “muhtemel kast” da denilmektedir. Fail şöyle düşünmektedir; “ister şöyle, ister böyle olsun, mutlaka eylemi gerçekleştireceğim”<sup>92</sup>.

Olası kastın daha net bir şekilde ortaya konulması açısından şöyle bir örnek verebiliriz. Failin halk arasında genel güvenliği kasten tehlikeyi sokmak için sokağa bir bomba koyması olayında, bombanın patlaması sırasında sokaktan geçenlerin yaralanmaları veya ölmeleri olasılığı mevcuttur. Ayrıca sokaktaki mağazaların da zarar görmeleri mümkün olduğu gibi, patlama anında etrafta kimse olmadığı için sadece mağazalarda hasar meydana gelebilir. Böyle bir durumda fail, genel güvenliği kasten tehlikeye soktuğu gibi, o anda etrafta olanların ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmekte fakat “olursa olsun” demektir. Patlama sırasında yoldan geçen şahısların yaralanması veya ölmesi durumunda, fail olası kastla yaralama veya olası kastla öldürme suçlarından sorumlu olacaktır. Ancak bombaların patlaması sonucu hiç kimse ölmemiş veya yaralanmamış ise, genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçundan sorumlu olacaktır. Örnekten anlaşılacağı üzere, yaralama veya öldürme eylemlerinin gerçekleşmesi zorunlu bir netice değildir. Çünkü bomba saati gelip patladığında bombanın etki alanında hiç kimse bulunmadığı için yaralama veya öldürme olayları olan ikincil (tali) nitelikteki neticeler gerçekleşmeyebilir. Olayımızda mağazaların zarar görme ihtimalleri de bulunmakta olup, mala zarar verme suçu da ikincil nitelikte bir neticedir. Fail tarafından ikincil nitelikteki neticelerin meydana gelmesi olayın gelişimine bırakılmış ve göze alınmış olup, gerçekleşen ikincil nitelikteki neticeler açısından sorumluluğu belirlenirken zorunlu nitelikteki neticelerden ikinci derecede doğrudan kast nedeniyle sorumlu olup, ihtimal dâhilindeki ikincil nitelikteki neticeler bakımından ise, olası kastla hareket ettiği kabul edilmelidir.

---

92 Centel/Zafer/Çakmut, s.398.

### 1.4.2. Olası Kastla İnsan Öldürme

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'ndaki insan öldürme suçu, kasten öldürme (m. 81), kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleşmesi (m. 83) ve taksirle öldürme (m. 85) olarak üçe; kasten insan öldürme suçu da, basit (m. 81) ve nitelikli (m. 82) olmak üzere tekrar ikiye ayrılır. TCK'nın 81. maddesi, kasten insan öldürme suçunun temel biçimini düzenlemekte, TCK'nın 82. maddesi ise kasten öldürmenin nitelikli hallerine yer vermektedir.

Kasten öldürme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın hayata karşı suçlar başlıklı birinci bölümünde 81.maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Yasası'nın "kasten öldürme" başlığını taşıyan 81.maddesine göre, "(1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır". Bu hal, suçun basit şeklini oluşturmaktadır. TCK m. 82'de ise suçun ağırlaşmış (nitelikli) hali yer almaktadır. Türk Ceza Yasası'nın "nitelikli haller" başlığını taşıyan 82.maddesine göre, "(1)Kasten öldürme suçunun; a) Tasarlayarak, b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek, c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanmak suretiyle, d) Üstsoy veya alt soydan birine ya da eş veya kardeşe karşı, e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı, g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, h)Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, i) Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle, j)Kan gütme saikiyle, k)Töre saikiyle işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır".

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde 81 veya 82. maddedeki cezalara nazaran bir indirim mümkün ise de, 83. madde kasten öldürme suçlarının cezayı azaltan nitelikli bir hali olmayıp, müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Cezada öngörülen indirim olanağı ise ihmali davranışın haksızlık içeriğinin ve kusurun yoğunluğunun az olması olasılığı dolayısıyla düzenlenmiştir<sup>93</sup>.

Kasten öldürme suçu, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nda "Şahıslara Karşı Cürümler" başlıklı dokuzuncu bab da, "Adam Öldürmek Cürümler"

ri” başlıklı “birinci fasıl”da m.448’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “her kim, bir kimseyi kasten öldürürse 24 seneden 30 seneye kadar ağır hapis cezasına mahkûm olur”. Buna karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda kasten öldürme suçu, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısımda, “Hayata Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümde m.81’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır”.

765 Sayılı TCK m.448 metninde “bir kimse”nin öldürülmesinden söz edilmesine karşılık, 5237 sayılı TCK m.81 metninde “bir insan”ın öldürülmesinden söz edilmektedir. Her iki düzenlemede, suçun unsurları açısından bir farklılık bulunmamakta; ancak, öngörülen cezalar farklılık göstermektedir. 765 Sayılı Türk Ceza Yasası’nda, kasten öldürme suçunun temel şekli için yirmi dört seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmesine karşılık; 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nda aynı suçun cezası, müebbet hapis cezası olarak gösterilmiştir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından, her iki Yasa’da farklılıklar bulunmaktadır. 765 Sayılı Türk Ceza Yasası’nda bulunan adam öldürme suçunun babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenmesi, zehirlemek suretiyle yapılması, birden fazla kimseler aleyhine işlenmesi hallerinde cezanın ağırlaştırılmasını öngören hüküm, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’na alınmamıştır. Bu haller TCK 81.maddede gösterilen “kastten öldürme” suçu kapsamında cezalandırılacaktır<sup>94</sup>.

Kasten öldürme suçu doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilir. Olası kastta kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kastta göre daha az olduğu için 5237 sayılı Türk Ceza Yasası’nın 21/2 maddesinde olası kastla insan öldürme suçunda, cezada indirim öngörülmüştür. Olası kast ile insan öldürme suçu, kasten insan öldürme suçundan bağımsız bir suç değildir.

Fail, yaptığı davranışın sonucu olarak ölümün meydana gelebileceğini öngörmesine karşın, bu sonucun meydana gelmesini de kabullenmişse “sonuç meydana gelirse gelsin” diye düşünmüş ise, olası kasıtlı adam öldürmeden söz edilir. Örneğin fail, berber dükkânında traş olan mağdur M’yi öldürmek için harekete geçiyor ve kaleşnikof tüfek ile berber

94 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere karşı İşlenen Suçlar, s. 21.

dükkânın içinde bulunan M'ye ateş ediyor. İçerideki bulunan berber B ile çırak C'de ölüyor. Burada fail, traş olan hasmını öldürmek amacıyla hareket etmiştir. Ancak, silahla atış yapması sonucu berber ve çırağının öleceğini de öngörmektedir. Ancak, bu sonucu kabullenerek hareketlerine devam etmektedir. Failin bu eylemdeki kusur türü traş olan hasmına karşı kastı doğrudan kast, berber ve çırağı yönünden, olası kasttır. Olası kast halinde fail, yine adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır. Ancak, 5237 sayılı TCK'nın 21/2. maddesi uyarınca verilecek cezadan indirim yapılabilecektir. Failin eylemi sonucu gerçekleşeceği muhakkak olan neticeler açısından da failin kastı olası kast değil, doğrudan kasttır. Yukarıdaki örnekte fail, berber dükkânına tüfekle ateş etmek yerine, oraya tahrip gücü yüksek el bombası atsa idi, failin hasmı dışındaki kimselerin de ölmesi muhakkak olacağından, burada olası bir durumdan söz edilemeyecekti ve failin kastı da doğrudan kast olacaktır<sup>95</sup>.

Olası kastla insan öldürme halinde ceza indirimi yapılması da doktrinde tartışılmıştır.

Demirbaş'a göre, "failde kast ya vardır ya yoktur; kastın varlığı bir kere kabul edildikten sonra cezadan indirim yapılması mümkün değildir"<sup>96</sup>.

Ünver'e göre, "zorunlu ceza indiriminin kabul edilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Teorik açıdan, kastın isteme unsurunun ispatındaki güçlüğü otomatik ceza indirimi bağlamak teorik açıdan da hukuki bir temele sahip değildir. Gerçekte bu durum kastın daha hafif derecesi değildir"<sup>97</sup>.

Dülger'e göre, "kastta derecelendirme mümkün değildir. Kişi bir hareketi ve neticesini ya biliyor istiyordur, ya da bilmiyordur istemiyordur. Kişide kast ya vardır ya yoktur; bunun arasının hafif ya da ağır diye bulunması mümkün olmaz. Bu nedenle olası kast açısından cezada indirim öngörülerek kastta derecelendirme yapılması bilimsel ve kuramsal açıdan mümkün olmamaktadır"<sup>98</sup>.

95 Yaşar, O/Gökcan, H, T/Artuç, M, Türk Ceza Kanunu, C: II, s. 2572–2573.

96 Demirbaş, s.317.

97 Ünver, a.g.m. s.51.

98 Dülger, a.g.m. s.93 vd; aynı doğrultuda olmak üzere Ozansü ise,"olası kast da, diğer kast türleri gibi eşit nitelikte iradeyle gerçekleştirilir. Bu sebeple olası kastta YTCK'nın m.21/f.2 hükmünde öngörülen zorunlu ceza indirimi yerinde değildir".Ozansu, M,C, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Koca/Üzülmez'e göre, "olası kastın haksızlık içeriğinin doğrudan kasta nazaran daha az olduğu kabul edildiğine göre, Kanunumuzun olası kast halinde ceza indirimi öngörmesi yerinde bir düzenleme olmuştur"<sup>99</sup>.

Schwander'e göre, " hâkim cezayı belirlerken olası kastın en hafif kast olarak değerlendirilmesi gereklidir" .

Jescheck'e göre, " olası kast türünde kusur ve haksızlık içeriği diğer kast türlerine, örneğin doğrudan kasta göre daha azdır. Çünkü olası kastla hareket eden fail ne sonucu meydana getirmek için çaba göstermiştir, ne de sonucun meydana geleceğinden emin değildir. Fail işi olurluna bırakmış ve olursa olsun demiştir. Ancak unutmamak gerekir ki, fail tehlikeyi yani neticenin meydana geleceğini öngörmüştür"<sup>100</sup>.

Kanaatimizce, öğreti ve uygulamada varlığını kabul ettirmiş olan olası kastın, doğrudan kasta göre daha az kusur ağırlığı (yoğunluğu), daha az haksızlık ve tehlikelilik hali içerdiği için ceza indirimi yapılmasını yerinde bir düzenleme olarak görmekteyiz. Çünkü kast ve taksir arasında içerdiği kusurluluk oranına göre boşluk bırakılmadan derecelendirme yapılmasının uygulamada ceza adaletinin sağlanmasına büyük katkıda bulunacağını düşünmekteyiz. Kaldı ki olası kastta ceza indirimi öngörülmemesi durumunda zaten doğrudan kast ile arasında bir fark kalmayacağından "olası kast" kavramının düzenlenmesinin de bir yararı ve önemi bulunmayacaktır. Oysa olası kast kavramı yasal düzenleme yapılmadan önce de Yargıtay tarafından kabul edilmiş ve ceza indirimi yapılmıştır.

Olası kasta ceza indirim öngörülmesinin gerekçesi, olası kastta failde neticenin meydana gelmesini isteme açısından doğrudan bir isteme bulunmayıp, tali nitelikteki neticelerin fail tarafından kesin olmayarak gerçekleşeceğinin öngörülmesine rağmen neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalmarak, sonucun kabullenmesi halidir. Örnekleme gerekirse failin (A)'yı öldürmek amacıyla (A)'nın idaresindeki araca ateş etmesi ve (A)'yı hedef alması durumunda (A)'ya isabet ettiremeyip (B)'yi vurarak öldürmesi halinde failin (B)'ye yönelik adam öldürme eyleminin kasten adam öldürmek olarak nitelendirilmesinin ceza adaletini gerçekleştirme-

<sup>99</sup> Koca/Üzülmez, s. 184.

<sup>100</sup> Jescheck, Lehrbuch, s.40 ( akt Yüce, s.333).



yeceği açıktır. Çünkü olayımızda fail (A)'yı öldürmek istemiş, ancak yaptığı atışlar sırasında kurşunlardan biri araçta bulunan (B)'ye isabet etmiştir. Şüphelinin (B)'yi öldürmek istediğini belirterek, eylemin olası kastla işlenmediğini ve ceza indiriminin uygulanması gerektiğini belirtmek ceza adaletine aykırıdır. Failde aralarında husumet bulunmayan (B)'yi öldürmeye yönelik doğrudan bir isteme bulunmamaktadır. Ancak aynı araçta bulunan (B)'nin isabet alıp ölebileceği veya yaralanabileceğini öngörmüş ise de; bu sonucun oluşmasına kayıtsız kalması sonucunda neticenin gerçekleşmesinde failin doğrudan istemeye göre daha az kusurlu olduğu ve haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle olası kast halinde failin cezasından indirim yapılması, kusura dayalı modern ceza hukukunun gereğidir.

#### 1.4.2.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

TCK'nın 81/2 maddelerinde düzenlenen olası kastla insan öldürme suçuyla korunan hukuki yarar, kişinin yaşama hakkıdır. Hayat hakkı, ceza hukuku koruması altına alınan asli hukuksal değerlerdendir<sup>101</sup>. Yaşam, vücut bütünlüğü, bireyin özgürlüğü ve insan onuru gibi temel haklara yaşamsal haklar denilmektedir<sup>102</sup>. TCK ile insanın yaşama hakkını diğer insanlara karşı korumak için insan öldürme, suç olarak düzenlenmiştir. Yaşama hakkı, diğer tüm haklardan önce gelen ve sayılan tüm haklardan önce korunması gereken haktır. Yaşama hakkının üzerinde tasarrufta bulunulamaz, vazgeçilemez, bir başkasına devredilemez. Bu nedenle, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3-5. maddeleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2, 5. maddeleri gibi pek çok uluslararası belgede bu hakları dokunulmazlığı ve vazgeçilmezliği belirlenmiştir. Uluslararası belgeler, aynı zamanda devletlere yaşama hakkının korunması konusunda da, tedbir alma yükümlülüğü yüklemektedir. İşte bu yükümlülüğün gereği olarak TCK'da diğer devletlerin ceza kanunlarında olduğu gibi yaşama hakkını güvence altına alan insan öldürme eylemini suç olarak belirlemiştir<sup>103</sup>. İnsan öldürme suçunda ortadan kaldırılmak istenen yaşam, failin kendi yaşamı değil, bir başkasının hayatıdır<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Ünver, Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 930.

<sup>102</sup> Ünver, Hukuksal Değer, s. 934.

<sup>103</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2562.

<sup>104</sup> Tezcan, D/Erdem, R,H/Önok, M,R, Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 115.

İnsan, insan olması nedeniyle, yaşama hakkına sahiptir. Yaşama hakkı, vazgeçilmez bir hak olarak, tüm diğer hakların özünü oluşturur. Diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ve değer kazanabilmesi, yaşama hakkının; gerçekleştirilmesine bağlıdır<sup>105</sup>. Yaşam hakkı, diğer bütün haklardan yararlanmak için ön şart olduğundan bu hakka yönelen bir saldırı bütün haklara yönelmiş sayılır<sup>106</sup>.

#### 1.4.2.2. Suçun Mağduru

Her suçta bir mağdur vardır. Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Ancak gerçek kişiler suçtan mağdur olabilir. Tüzel kişiler ise suçtan zarar gören konumundadırlar<sup>107</sup>. İnsan öldürme suçunun konusunu insan oluşturur. Özel Hukuka göre ana rahminde canlı olarak teşekkül eden cenin hak sahibidir. Oysa Ceza Hukukunda kişinin var olması için canlı doğmuş veya canlı olarak doğmaya başlamış olması gerekir. Ana karnındaki çocuk insan öldürme suçunun konusu olmaz. Kişi yaşıyor, canlı olmalıdır. Ölüye karşı öldürme girişimi işlenemez veya mefruz suçu oluşturur. Boş yatağa veya esasen ölü olan kişiye karşı ateş açılması gibi<sup>108</sup>. Bu suçla korunan yarar yaşama hakkı olduğuna göre, mağdurun hayatta olması gerekir<sup>109</sup>. Kişinin hayatta olması, ölmemiş olması kâfidir. Suçun varlığı için mağdurun yaşı, cinsiyeti, milliyeti, aklî veya fiziki dengesi, sakatlığı ve ırkı önemli değildir<sup>110</sup>. Sağlam veya sakat Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ile herhangi bir ülke vatandaşı arasında fark yoktur. Yaşayan canlının “insana benzememesi” ya da “hilkat garibesi” olması durumunda bile, olası kastla insan öldürme suçun oluşmasına yetecektir<sup>111</sup>. Buna karşılık, cenin, ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık haline gelinceye kadar öldürme suçunun mağduru olamamaktadır. Bu suç bakımından özellikle bebeklerde mağdurun doğmuş ve sağ olması

<sup>105</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 23 vd.

<sup>106</sup> Erem, s. 1958.

<sup>107</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 444.

<sup>108</sup> Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 99.

<sup>109</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 24.

<sup>110</sup> Santoro , 22(akt Soyaslan, Özel Hükümler, s. 99).

<sup>111</sup> Erman, S/Özek, Ç, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar İstanbul 1994, s. 7. Doktrinde Soyaslan'a göre, bir varlığın insan sayılması için, insana benzemesi gerekir. Eğer insana benzemiyor ise, bu varlık insan öldürme suçunun konusunu oluşturmaz. Benziyor ise, insan öldürme suçunun konusunu oluşturur. Soyaslan, s. 99.

şarttır. Aksi halde hamile kadına karşı gerçekleştirilen fiil neticesinde çocuk ölü doğmuş olsa burada çocuğa karşı işlenmiş bir insan öldürme suçu bulunmamaktadır. Ancak burada TCK 99 vd maddelerinde düzenlenen çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını oluşturur<sup>112</sup>. Bu durumda mağdur veya maktül çocuk değil annedir. Şayet çocuğun canlı doğup doğmadığı konusu saptanamamışsa, eylem kasten insan öldürme suçu olarak değerlendirilemez<sup>113</sup>. Mağdurun sosyal sınıfı ve mevkii önemli değildir. Ancak bazen mağdurun mevkii suçun niteliğini değiştirebilir. Devlet başkanına karşı işlenen öldürme veya öldürmeye teşebbüs suçu, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan Cumhurbaşkanına suikastı oluşturur(TCK m. 310). Ancak devlet başkanına karşı işlenen öldürme veya öldürmeye teşebbüs suçu, olası kastla işlenemez. Çünkü olası kastta mağdurun veya maktülün sıfatı bilinerek ona yönelik doğrudan bir eylem bulunmamaktadır. İnsan öldürmenin nitelikli halleri de olası kast ile işlenemez. Örneğin, (A) düşmanı olan (B)'yi öldürmek isterken attığı mermilerden birinin (B)'nin yanında bulunan eşi olan (C)'ye isabet etmesi sonucu eşi (C)'yi öldürürse, fail (A) hakkında eşi olan (C)'yi öldürmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d madde ve fıkrasında belirtilen “eş” nedeniyle ağırlatıcı neden faile uygulanmaz. Çünkü fail eşi olan (C)'yi öldürmek kastıyla hareket etmemiş olup, gerçekleşen suçtaki bu ağırlatıcı neden, mağdurun sıfatından kaynaklanmaktadır. Yargıtay ise olası kastta yanlış anlamlar yükleyerek mağdur veya maktülün sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebileceği yönünde kararlar vermektedir<sup>114</sup>. Yargıtay

**112** Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 26.

**113** Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2564.

**114** “Olası kastın oluşabilmesi için fiilin belirsiz sayıda veya kim oldukları belli olmayan mağdurlara karşı yapılmış olması şart değildir. Şu durumda; muhakkak görünen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, öngörülebilir neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması nedeniyle öngörülemediği hallerde ise basit taksir söz konusu olacaktır. Somut olayda; kendisine küfür edildiğini düşünen sanık, bunun nedenini sormak için, motosikletin peşine düşmüş, önüne geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla, öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada, sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta

kararında olası kast kavramına yanlış anlamlar yüklemiş olup, Yargıtay'ın anılan kararında "...olası kastın oluşabilmesi için fiilin belirsiz sayıda veya kim oldukları belli olmayan mağdurlara karşı yapılmış olması şart değildir.", denilmesine rağmen maktülün yaşının 18 den küçük olması nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 82/1-e, 21/2 maddeleri gereğince hüküm kurulması yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü 18 yaşından küçük maktüle yönelik doğrudan bir eylem yoktur. Bu sebeple maktülün sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir.

Kişi yaşamı ne zaman sona erdiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda tıbbi açıdan iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki "biyolojik ölüm", diğeri ise "beyin ölümü" dür.

Biyolojik ölüm; insana canlılık veren dolaşım, solunum, sinir sistemi gibi temel yaşam fonksiyonlarının kendiliğinden çalışma yeteneğinin durması ve bu niteliğin insana tekrar kazandırılmamasıdır<sup>115</sup>. Biyolojik ölüm görüşüne göre, kalbi durmadıkça, beyin merkezleri ne kadar hasar görmüş olursa olsun, insan ölmüş sayılamaz. Dolayısıyla, ondan

---

otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle "olası ölüm neticesine" kayıtsız kalmış, "olursa olsun" demiştir. **Bu itibarla; sanık hakkında "18 yaşından küçük olan kişiyi olası kastla öldürme" suçundan verilen hükmün onanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir".** ( Sanık Yıldırım 'ın olası kastla öldürmekten 5237 sayılı TCY'nın 82/1-e, 21/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesince 11.11.2008 gün ve 133-196 sayı ile verilen ve res'en temyize tabi olan hüküm, katılanlar vekili ile sanık müdafisi tarafından da temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesince 21.04.2010 gün ve 3946-2827 sayı ile onanmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5.10.2010 tarihli oyçokluğu ile alınan kararı ile itiraz reddedilmiştir).

- 115** Bkz, Erem, F "Organ Nakli Hakkında Kanun", Y.D V, 4 (Ekim 1979), s.711; Bayraktar, K, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 184; Akünel,T, "2238 Sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun" Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V Sempozyumu (Ankara 12/13 Mart 1982), MHAUM, İstanbul 1983, s. 22.

organ ve doku alınması da söz konusu olmaz. Nitekim organ ve doku nakline ilişkin yasa yürürlüğe girmeden önce, Yargıtay verdiği bir kararında, ölüm anını, tüm organların durduğu an olarak nitelendirerek, beyin işlevini yitirmesinden çok kalbin durmasını esas almıştır<sup>116</sup>. Beyin ölümü ise beyin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir. Bu andan itibaren kişi ölmüş sayılacaktır<sup>117</sup>.

Ölümün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi konusunda, genellikle, beyin ölümü ölçütünün benimsendiği anlaşılmaktadır. 1968 Türk Tabipler Birliği Komite Kararı ile 1969 Yüksek Sağlık Şurası Kararı'nda, beyin ölümünün temel olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1'de, ölümün gerçekleştiği zaman konusunda, beyin ölümü ölçütü benimsenmiştir<sup>118</sup>. Doktrinde asıl ölümün, beyin ölümü olduğu, beyin ölümü olayı gerçekleştikten sonra artık kişi hayata hiçbir şekilde döndürülemeyeceğinden, bundan sonra makineye bağlı olarak bir kimse yaşasa bile, artık suçun mağduru olmayacağı görüşü hâkimdir<sup>119</sup>. Buna paralel olarak da, beyin ölümü gerçekleşip diğer hayati fonksiyonları devam eden bir hasta için tıbbi desteğin hastanın yakınlarının rızası olmadan çekilmesi, kasten adam öldürme suçunu oluşturmaz<sup>120</sup>. Çünkü tıbbi desteğe bağlı olarak yaşayan kimse, beyin ölümü gerçekleştiğinden artık insan değil, cesettir. Cesede karşı da bu suçun işlenemeyeceği açıktır.

Ölmesi çok yakın ve muhakkak olan bir kimseyi öldürme dahi adam öldürme suçunu oluşturur. Hatta ölen kimse faile kendisini öldürmesi için yalvarsa bile, failin eylemi adam öldürme olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin idam mahkûmunun cezasının infazına çok az bir zaman kala öldürülmesi olayında veya hastalığı son aşamaya gelmiş ve artık yaşaması olanak dışı kalmış birisinin öldürülmesi veya çektiği acı nedeniyle doktora yalvararak ölümünü sağlaması durumunda da insan öl-

<sup>116</sup> Yargıtay, I. C.D, 11.8.1972 tarihli, 1971-2697/3674 sayılı kararı.

<sup>117</sup> Bayraktar, s. 184-185.

<sup>118</sup> Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (RG 1.6.2000, No.24066). Bu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği Ek 1 'de de ölümün zamanı bakımından, beyin ölümü esas benimsenmişti (RG 20.8.1993, No. 21674).

<sup>119</sup> Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 120.

<sup>120</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2567.

dürme suçundan söz edilecektir. Çünkü hiç kimse diğerini vaktinden önce öldürme hak ve yetkisine sahip değildir<sup>121</sup>.

Bir kimse öldükten sonra fail, öldüğünü bilmeden ona karşı insan öldürmek amacıyla ölüm sonucunu doğuracak hareketlerde bulunsa işlenemez suç hükümleri uygulanacağından, fail cezalandırılmaz, bu durumda teşebbüs hükümleri dahi uygulanmaz. Bu nedenle, fiil anında mağdurun ölü olup olmadığının tespiti çok önemlidir<sup>122</sup>. Fail, bir kimse- nin öldüğünü zannederek ona karşı eylemde bulunsa, örneğin, otopsi yapsa veya onu gömse hata hükümlerinden faydalanacaktır<sup>123</sup>.

### 1.4.2.3. Suçun Faili

Ceza hukukunda hareket yeteneği insana özgü bir özelliktir. Bu nedenle hayvan ya da eşyanın veya ölü kimselerin hareket yeteneği bulunmamaktadır. Çünkü iradi olarak hareket yeteneği sadece insanlarda bulunmaktadır. Bu nedenle ancak insanlar suç faili olabilirler. Ceza normunda suçun failini göstermek için “her kim, kimse, bir kimse, kişi” terimleri kullanılmaktadır. Bu ifade tarzı ilgili suçun her hangi bir kimse tarafından işlenebileceğini göstermektedir<sup>124</sup>.

Olası kastla insan öldürme suçu özgü suçlardan (belirli niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilen) olmadığı için bu suçun faili herkes olabilir. Çünkü kanun “bir insanın ölümüne neden olan kişi” den bahsetmiştir. Suçun faili bakımından herhangi bir özellik arz eden durumu yoktur. Bu suçta fail ile mağdur sıfatları birleşmez<sup>125</sup>. Kasten insan öldürme suçunun oluşması için fiilin, fail tarafından başka bir insana karşı işlenmesi gerekir<sup>126</sup>. Failin kendini öldürmesi, yani intihar, kasten öldürme suçunu oluşturmadığı gibi, suç da değildir<sup>127</sup>.

121 Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 23.

122 Erem, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, Cilt 4, İstanbul 1985, s. 288.

123 Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2567.

124 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 426.

125 Hakeri, H, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 18.

126 Dönmezer, S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, k.no. 11; Arslan, Ç./Azizağaoğlu, B Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 352; Soyaslan, D Özel Hükümler, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 99.

127 Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 24.

Fail ile mağdur arasında var olan akrabalık ilişkisi ise bu suçta kasten insan öldürme suçunda ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir (TCK m.82/1-d). Ancak olası kastla işlenen suçlarda maktüle yönelik doğrudan bir eylem olmayıp dolaylı bir eylem olduğundan failin sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir. Çünkü olası kastta fail gerçekleştirmeyi istediği asıl amaç için hareket ederken asıl neticenin dışında tali (ikincil) sonuçların (suçun) gerçekleşmesinin zorunluluk göstermediği durumda gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görmekte, ancak bunun gerçekleşmesini umursamamakta “olursa olsun” demektedir. Bu sonucun oluşmasına kayıtsız kalması sonucunda neticenin gerçekleşmesinde failin doğrudan istemeye göre daha az kusurlu olduğu ve haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle olası kast halinde failin cezasından indirim yapılması, kusura dayalı modern ceza hukukunun gereğidir. Bu nedenlerle maktülün veya failin sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi kabul etmek ceza hukukunun temel kavramlarından olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

## II. SUÇUN UNSURLARI

### 1. Hareket

Bir başkasının yaşamını yok etmeye yönelik herhangi bir hareket bu suçu oluşturur. Bu nedenle kasten insan öldürme, serbest hareketli suçlardandır<sup>128</sup>. Fail, mağdurun hayatını yok edecek herhangi bir harekette bulunmalıdır. Yapılan hareket sonucunda mağdurun ölmesi, bu suçta neticeyi oluşturur. Bu nedenle kasten öldürme, bir netice suçudur<sup>129</sup>. Bu hareket, icrai veya ihmali olabilir. Failin icrai bir hareket yapması halinde netice meydana gelmeyecek idi ise ihmalde bulunma, meydana gelen neticenin sebebi olmuş demektir. Ancak, bu durumda failin sorumlu olması için, neticeyi önleme yükümlülüğünün ve olanağının bulunması gerekir. Suçun ihmal suretiyle işlenmesi hali, TCK m.83’de ayrıca hüküm altına alınmıştır.

İcrai davranışla insan öldürme suçunda yapılan hareketin ne şekilde yapılmış olduğunun bir önemi yoktur. Bu davranış; bir kimseyi silahla

<sup>128</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 253;Soyaslan, s. 53;Toroslu, s. 24.

<sup>129</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 121.

vurma, delici, kesici bir aletle vücuduna saplama, yüksek bir yerden aşağı atma, ölümüne yol açacak şeyleri içmesini sağlama, üzerine abanma, boğma, nefes almamasını sağlama vs. değişik şekillerde olabilir. Burada önemli olan, yapılan hareketin ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Yapılan hareket ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olduğu sürece, suçta kullanılan aracın herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>130</sup>.

Failin ölüm sonucunu gerçekleştirmeye yönelik hareketleri bir defa yapabileceği gibi, zaman zaman ve yavaş yavaş gerçekleştirmesi de mümkündür. Örneğin, mağdura zehri azar azar ve bir defa verilmekle, ölümü sağlamayacak şekilde zamana yayılarak verilmesi ve bunun sonucunda mağdurun öldürülmesi durumunda, insan öldürmeye yönelik hareketler bölünerek yapılmaktadır<sup>131</sup>. İcrai davranışla insan öldürme suçunda kullanılan araçlar; silah, zehir, gaz, elektrik akımı gibi fiziki araçlar olabileceği gibi, ani heyecan, korku gibi psişik, manevi araçlar da olabilir. Örneğin, bir kimsenin kalp hastası olduğunu bildiği kimseyi öldürmek amacıyla o kişide büyük bir korku oluşturması durumunda, kullanılan araç fiziki bir araç olmayıp, psişik manevi bir araçtır<sup>132</sup>. Burada önemli olan, hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisinin tespit edilebilmesidir. Söz konusu ilişki kesin olarak tespit edilemiyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi dolayısıyla fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekir<sup>133</sup>.

Hareket sonucunda mağdurun ölmesi, suçun maddi unsurunun netice kısmını oluşturur. Doğaldır ki, hareketle netice arasında nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir<sup>134</sup>. İnsan öldürme suçu yönünden failin hareketi ile ölüm sonucu arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır. İlliyet bağının bulunup bulunmadığını saptayabilmek için failin hareketinin ortaya çıkan sonucu oluşturabilme olanağına sahip olup olmadığı veya bu hareketin sonuç bakımından tamamen tesadüf niteliği taşıyıp

<sup>130</sup> Yaşar/Gökcan/Artaç, C: II, s. 2568.

<sup>131</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 27.

<sup>132</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, (2005), s. 25.

<sup>133</sup> Dönmezer, S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998, k.no. 15. Teorik olarak manevi araçlarla ölümün gerçekleştirilebileceği kabul edilse de, uygulamada ispatlanamayacağı görüşü için bkz. Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 8.

<sup>134</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s. 26.



taşımadığını belirlemek gerekir. Failin hareketi bu sonuç bakımından bir tesadüften ibaret ise, bu durumda illiyet bağından söz edilemeyecektir<sup>135</sup>. Meydana gelen sonuç ile sanığın eylemi arasında illiyet bağının kurulmadığı durumlarda, bu sonuçtan fail sorumlu tutulamayacaktır. İlliyet bağının bulunup bulunmadığının saptanabilmesi için failin hareketinin; meydana gelen sonucu oluşturabilme olanağına sahip olup olmadığı araştırılmalıdır. Mağdurun veya üçüncü şahısların hareketlerinin failin hareketine eklenip eklenmediği veya failin hareketiyle sonuç arasında bağ üzerinde etkili olup olmadığı, illiyet bağını kesip kesmediği tespit olunmalıdır. Failin hareketinin sonuca etkili olmaması ve tesadüfi nitelikte bulunması mümkün olup, bu hususlar olaysal olarak değerlendirilmelidir<sup>136</sup>. Örneğin, failler yaptıkları plana uygun olarak tren hareket ettiği ve henüz hızlanmadığı sırada vagonda oturmakta olan mağdurun kucağındaki çantayı alarak trenden atlamış ve kaçmaya başlamışlardır. Mağdur ise, kaçan sanıkları yakalayabilmek ve çantasını alabilmek için, sanıkların peşlerinden koşmuş ve tren hızlanmasına karşın, trenden yere atlamış, bu atlamanın tesiri ile yere düşüp, kafasını yerdeki taş çarparak beyin kanaması sonucu ölmüştür. Burada sanıkların amacı hırsızlık suçunu işlemektir. Herhangi bir şekilde öldürme amaçları olmadığı gibi, ölene karşı yaralamada, hatta fiziki temasta dahi bulunmamıştır. Çantanın alınması amacıyla ölenin sürüklenmesi veya itişme sırasında ölenin trenden düşmesi söz konusu olmayıp, sanıklar trenden atladıktan sonra, kendi özgür iradesiyle ve sanıkların bir eylemi olmaksızın onların peşlerinden gitmek amacıyla trenden atlayan mağdurun ölmesi ile sanıkların hırsızlık eylemleri arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. İlliyet bağının kesilmesi nedeniyle, sanıkların eylemleri taksirli ölüme neden olma suçunu da oluşturmayacaktır<sup>137</sup>.

5237 sayılı TCK uygulamasında failin öldürmeye elverişli dolu bir silahlı ateş ettiğinde kurşunun yolda yürüyenlerden birine isabet edebileceğini öngörülebildiği halde atıştan kaçınmayarak eylemini gerçekleştirdiğinde meydana gelen sonuçtan olası kastla sorumlu tutulması gerekmektedir. Yargıtay yeni kararlarında, doğru nitelendirmeler yaparak olası kastın konuluş amacına uygun kararlar vermiştir. “Sanığın maktul

<sup>135</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 28.

<sup>136</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2569.

<sup>137</sup> Yargıtay, CGK, 18.4.2000 tarih li ve 1/76-81 sayılı kararı.

(H) ye birden ziyade ateş ettiği sırada maktul (H) ile birlikte aynı yerde ve kalabalık meydana bulunan maktul (N.Y)'nin de isabet alıp ölebileceğini öngörebilir durumda olduğu, maktul (N.Y) yi olası kast kapsamında öldürdüğü anlaşılmıştır<sup>138</sup>. Olayda sanık yaptığı atışta orada bulunanlardan maktulün yanındaki diğer maktulün de isabet alıp ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş etmesi sonucu meydana gelen ölümden olası kastla sorumlu tutulması gerekmektedir. Çünkü olayda sanığın maktulün ölebileceğini öngördüğü gibi, neticenin gerçekleşmesini kabullendiği açıktır.

5237 sayılı TCK uygulamasında Yargıtay trafikte meydana gelen olaylarda sanığın takip sırasında çarpmanın etkisiyle araçta bulunanların ölebileceğini öngörmesine karşın, aracın hızını kesmeden, aracın sağ arka kısmına vurarak, yoldan çıkarıp taklalar atmasına sebebiyet vermesi olayında, olası kasıtlı insan öldürme suçu oluştuğunu kabul etmektedir. Çünkü fail, asıl kastettiğinin dışında, eyleminden doğacak diğer sonuçları düşünüp öngördüğü halde, neticeleri kabullenmek suretiyle eylemine devam ederek, olası kastla öldürme kastını ortaya koymaktadır<sup>139</sup>. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki trafikte meydana gelen olaylarla ilgili olarak diğer bir kararında da şöyle denilmektedir, "Sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bu-

**138** Yargıtay, 1.C.D. 27.12.2005 tarihli 2004/4562-4787. Aynı doğrultudaki diğer bir kararında ise Yargıtay şöyle demektedir. "Sanığın traktörde birkaç kişinin bulunduğunu görek iki el ateş etmesinde eylemin sonuçlarına katlanarak 4 yaşındaki maktulün öldürülmesinden ötürü gayri muayyen kastla hareket ettiğinin kabulüyle 765 sayılı TCK'nın 448. maddesi ile cezalandırılması gerekir.1.C.D.15.12.2002,3171/3584.

**139** Yargıtay'ın bir kararlarında olası kast açıklanarak şöyle denilmektedir: "Olay tarihinde sanığın dosya kapsamındaki deliller ve oluş çerçevesi sanığın mevcudiyeti şüpheli olup, lehine kabul edilen zararın ödenmemesi nedeniyle maktuller ve mağdurlara hırs ve öfke nedeniyle maktullerin otomobil korkutucu ve etkili vasfı açıkça bilinen kurtarıcı- çekici aracı ile onları takip edip geçtikten sonra acı fren yapıp kendisine çarpmalarını sağlamak bu olmayınca da yol verip geçmesini sağlarken önüne direksiyon kırıp yoldan çıkartmak gibi birden çok kez teşebbüsleri de bulunması ve son olarak yolun sollamaya elverişli olması sebebiyle, trafik kurallarına uygun sollamakta olan maktulün aracını sol bankete kadar sıkıştırıp aracın dengesini bozacak ve yuvarlanmasını etkileyecek biçimde sağ arka kısmına vurarak yoldan çıkarıp taklalar atmasına sebebiyet vermesi gibi hareketleri ile bilinçli bir şekilde başlayıp gelişen, ölüm ve yaralanmalar gibi mutlak sonuçları herkeşce bilinip sanık tarafında da bilinmesi gereken davranışların ve sonuçlarının, olursa olsun bilinç ve düşüncesi ve kastıyla icra ettiğinin kabulü gerekmekte olup, sanığın eylemi olası kastla adam öldürme ve yaralama suçlarını oluşturmaktadır. 1.C.D.06.07.2000,1999/2014.

lunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir, başka bir deyişle “olası ölüm neticesine” kayıtsız kalmış, “olursa olsun” demiştir<sup>140</sup>.

5237 sayılı TCK uygulamasında fail (A)'nın öldürmeye elverişli olan bir bardak zehirli suyu içmesi için (B)'nin masasına koymasına rağmen, zehirli suyu (B)'nin değil de, (B)'yi ziyarete gelen (C)'nin içerek ölmesi olayında, fail (A)'nın eylemi (B)'ye karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçu, (C)'ye karşı ise, olası kastla insan öldürme suçunu oluşturacaktır.

## 2. Tipiklik

Kasten işlenebilen bir suç, hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir. Ancak bir suçun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesi rağmen” gibi ifadelerle yer verilmiş ise, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Başka bir deyişle kanuni tarifinde “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle açıkça yer verilen suçlar, olası kastla işlenemez<sup>141</sup>. Çünkü suç tipinde bu ifadelerin kullanılmasıyla, failin tipe ait unsurları kesin olarak bilmesi aranmıştır<sup>142</sup>.

Kanun koyucunun bazı suç tiplerinde kasten terimi kullandığı hallerde suç hem doğrudan kast hem de olası kastla işlenebilir.<sup>143</sup> Örneğin, TCK'nın 81/1 maddesindeki “bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünde belirtilen eylem hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir ancak suç tipinde “saik“(güdü), “maksat“(amaç) veya “gaye“(erek) ile ilgili özelliklerin bulunduğu hallerde suç tipleri olası kastla işlenemez<sup>144</sup>.

<sup>140</sup> Yargıtay 1. C. D, 21.04.2010 tarihli ve 3946–2827 sayılı kararı.

<sup>141</sup> Özgenç, s.305.

<sup>142</sup> Koca/Üzülmez, s. 179.

<sup>143</sup> Önder, s.306.

<sup>144</sup> Önder, s.306.

Olası kastla insan öldürme suçunun oluşması için fiilin, fail tarafından başka bir insana karşı doğrudan işlenmesi düşünülüp istenmesi gerekir. Çünkü olası kastla işlenen öldürme suçlarda maktüle yönelik doğrudan bir eylem olmayıp dolaylı bir eylem olduğundan TCK'nın 82/1 maddesinde belirtilen kasten insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir. Olası kastta fail gerçekleştirmeyi istediği asıl amaç için hareket ederken asıl neticenin dışında tali (ikincil) sonuçların (suçun) gerçekleşmesinin zorunluluk göstermediği durumda gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görmekte, ancak bunun gerçekleşmesini umursamamakta "olursa olsun" demektedir. Bu sonucun oluşmasına kayıtsız kalması sonucunda neticenin gerçekleşmesinde failin doğrudan istemeye göre daha az kusurlu olduğu ve haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle olası kast halinde failin cezasından indirim yapılmaktadır. Oysa kasten insan öldürmenin nitelikli hallerinde saik, maksat, gaye, yaş küçüklüğü ve akrabalık sıfatı gibi özellikler dikkate alınarak işlenmesi gerektiğinden olası kastla işlenmeleri mümkün değildir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay kararında olası kast kavramına yanlış anlamlar yüklemiş olup, Yargıtay'ın anılan kararında "...olası kastın oluşabilmesi için fiilin belirsiz sayıda veya kim oldukları belli olmayan mağdurlara karşı yapılmış olması şart değildir.", denilmesine rağmen maktülün yaşının 18 den küçük olması nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 82/1-e, 21/2 maddeleri gereğince hüküm kurulması yasaya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü 18 yaşından küçük olan belirsiz maktüle yönelik doğrudan bir eylemi yoktur. Bu sebeple maktülün sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir.

Doğrudan kastla insan öldürme ile olası kastla insan öldürme ya da kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi aynı kavramlar değildir. İhmali davranışla insan öldürme suçu doğrudan kastla işlenebilir. Öğretilerde ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenebileceği belirtilmektedir<sup>145</sup>. Kanaatimizce ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenemez. Çünkü olası kastta fail sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen sonucun gerçekleşmesini umursamamakta, olursa olsun diyerek fiili işlemektedir. İhmali davranışla insan

<sup>145</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 70; Koca/Üzülmez, s. 336:

öldürme suçunda ise, fail yükümlü olduğu hukuki bir yükümlülüğe dayalı belli bir davranışı gerçekleştirmeyerek sonuca yol açmaktadır. Örneğin, bir sağlık kuruluşunda görev yapan doktorun, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlendiğini kabul etmek gerekir. Nitekim kanun koyucunun 83.madde için gösterdiği gerekçe hatalı olmuştur. Gerekçede olası kast ve taksir karıştırılmış olup, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ile ilişkilendirilerek, bu suçun olası kast veya taksirle de işlenebileceği belirtilmiştir. Ancak bu kesinlikle yasadan beklenen amacın gerçekleşmesine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü zaten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21.maddesinde olası kast ve 22.maddede taksir (basit taksir ve bilinçli taksir) düzenlenmiş olmasına rağmen yasa koyucunun ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinin düzenlenmesi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinde failin eylemi taksirle ölüme neden olma suçu olarak belirlenmiştir. Oysa bu suçun müeyyidesinin azlığı nedeniyle cezanın özel önleyici ve genel önleyici fonksiyonları gözetilerek eylemin verdiği zarar ve failin tehlikelilik hali de göz önünde tutularak, sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişinin beklenen davranışı yapmama ya da geciktirme bilinç ve iradesi ile davranması halinde ölüm meydana gelmesi durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi hali düzenlenerek ceza adaletin sağlanması amaçlanmıştır. Bu düzenleme sayesinde sonucu önleme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin yükümlülüklerine uymaları sağlanmaya çalışılacaktır. Mukayeseli hukukta da kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinin doğrudan veya olası kastla işlenemeyeceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır<sup>146</sup>.

146 İhmali suçlarda hareket imkânının tanınabilmesine ve tipik durumun bilinmesine rağmen müdahale etme kararının eksikliği yeterlidir. Böylece hareketin haksızlığı tipik durumun ve kurtarma imkânının bilindiği hallerde, emredilen hareketi yapma kararının bulunmaması ile belirlenmelidir. Sonuç olarak kasti ihmal söz konusu olamaz, zira ihmal istenemez; olsa olsa kast benzeri olabilir. Bu itibarla ihmali suçlardaki kast "adeta-kast"tır. Bkz, Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 159.

### 3. Hukuka Aykırılık

#### 3.1. Genel Olarak

Hukuk sadece fiil ile ilgilenmediği gibi, sübjektif boyutla da yetinmez. Hukuka aykırılık manevi unsurun da bulunması şartıyla, suç ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ifade eder. Hukuka aykırılık suç ile hukuk düzeni arasındaki çelişkidir. Ortada ihlal edici bir davranış bulunmadığında ödeve aykırılık bilinci ya da belli davranış ya da neticenin gerçekleştirilmesine yönelik irade mevcudiyeti yeterli değildir. Kusurluluk değerlendirmesi için dışsal objektif bir davranışa gereksinim vardır<sup>147</sup>. Suçtan bahsedebilmek için failin haksızlığı özgür bir irade ile seçmiş olup, aynı zamanda haksızlığı istemiş olması gereklidir.

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ile devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyenin ceza sorumluluğu söz konusu olamaz<sup>148</sup>. Dolayısıyla, olası kastla insan öldürme suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa, fail cezalandırılmaz. Çünkü bir fiilin cezalandırılması, onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyenin cezalandırılmasını engeller.

Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri, özel hukuka uygunluk nedenleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi (kanun hükmünün ve yetkili amirin emrinin yerine getirilmesi), 25. maddesi (meşru savunma ve zorunluluk hali) ve 26. maddesi (hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası) maddelerinde öngörülmüş nedenlerdir. Bunlar bünyesine uygun olmak kaydıyla her suç bakımından söz konusu olabilmektedir.

<sup>147</sup> Katoğlu, T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s.159.

<sup>148</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.28.

Kasten öldürme, kanunun verdiği yetkiye dayanarak gerçekleşmiş ise, hukuka aykırı değildir (YTCK m. 24/1). Bu bağlamda silah kullanma yetkisi özel bir önem taşımaktadır. Nitekim PVSK m. 17, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Asayişe Müessir Fiillerin Önlenmesi Kanunu'nda silah kullanma yetkisi gösterilmiştir. PVSK Ek m. 6/2'ye göre zor kullanma, direnme ve saldırının mahiyet ve derecesine göre kademeli olarak artan oranda bedeni güç, maddi güç ve yasal koşulları gerçekleştiğinde her türlü silah kullanma yetkisini içerir.

Silah kullanılması, önlenmek istenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Silah kullanılmasını gerektiren durumlarda dahi, kişiye en az zarar verecek şekilde, kişi hak ve özgürlüklerine ve özellikle yaşam hakkının korunmasına özen göstermelidir. Silah kullanma, son çare olup, öncelikli olarak kişiye en az zarar verecek olan etkisiz kılma yöntemlerine başvurulmalıdır<sup>149</sup>. PVSK m.16'ya göre, silah kullanmaktan başka çare olmaması gerektiğinden, mümkün olduğu kadar ilgilinin öldürülmesinden çok, yaralı yakalanmasına ve kalabalık yerlerde mümkün olduğu kadar silah kullanmaktan kaçınmaya dikkat edilmeli ve silah kullanmadan önce de gerekli uyarı yapılmalıdır. Silah kullanma ile güdülen amaç sağlandığında silah kullanmaya son verilmelidir<sup>149</sup>.

Kasten İnsan öldürme suçunda, meşru savunma ve zorunluluk hali de hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle meşru savunma, çoğu insan öldürme suçlarında fail tarafından ileri sürülmektedir. İnsan öldürme suçunda da, meşru savunma ile ilgili TCK'nın 25/1. maddesindeki tüm koşulların bulunması aranmalıdır<sup>150</sup>. Özellikle 5237 sayılı TCK ile getirilen hakka yönelmiş saldırı hususunda, malvarlığına yönelen saldırı nedeniyle hakkın sahibi tarafından taarruzda bulunanın yaşama hakkına yöneltilen ve koruma amacıyla yapıldığı iddia olunan defetme fiillerine dikkat edilmelidir. Mümkün olduğu oran-

<sup>149</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 132 vd.

<sup>150</sup> Sanık Murat ve Ercan'ın olay bittikten sonra Ercan'ın kaldığı hayvan barınağına geldikleri, bir süre bekledikten sonra sanık Ercan'ın av tüfeğini alıp Murat ile dışarı çıktıkları, bu sırada kalabalık bir grubun kendilerine saldırmak amacıyla üstlerine doğru geldiklerini görünce, Ercan'ın savunmak maksatlı av tüfeği ile yere doğru ateş ettiği ve bu şekilde yasal savunma koşulları altında eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmalı, ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, (Yargıtay, I.C. D'nin 30.05.2007 tarih ve 2006/6172-2007/4277 sayılı kararı).

da salt malvarlığını korumak için, yaşam hakkına zarar vermesi hukuka aykırı sayılmalıdır. Çünkü bu durumda yapılan saldırıyı defetmek için kullanılan fiil arasında orantının varlığından söz edilemez. Yargıtay kasten insan öldürme suçlarında meşru savunma şartlarını çok sıkı bir biçimde araştırmakta, bu koşullar oluşmadığı takdirde tahrik hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir<sup>151</sup>. Ancak doktrinde karşılıklı saldırı halinde, saldırının kim tarafından başlatıldığına tespit edilmesi gerektiği, tespit edilememesi halinde ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her iki tarafın da meşru savunmadan yararlanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>152</sup>.

Doğrudan kastla insan öldürme suçu bakımından mağdurun rızası hariç tüm hukuka uygunluk sebepleri bulunabilir. Çünkü kanun kişiye kendi hayatı üzerinde tasarruf yetkisi vermemiştir<sup>153</sup>. Olası kastla insan öldürme suçu bakımından uygulanması zor olsa da, mağdurun rızası hariç tüm hukuka uygunluk sebepleri bulunabilir.

Fail hukuka uygunluk nedenlerindeki sınırı kasten aşacak olursa meydana gelen neticenin ilişkin olduğu suça ait ceza aynen verilir ve cezada herhangi bir indirme yapılmasına gerek olmaz<sup>154</sup>. Sınırın kasten aşılması durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27. uygulanmaz<sup>155</sup>. Böyle bir durumda, fail bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz ve böyle bir sebep yokmuş gibi cezalandırılır. Yani fail, meydana getirdiği neticeden sorumlu olacaktır; bu durumda failin ceza sorumluluğu ne kalkacak ne de hafifleyecektir<sup>156</sup>. Çünkü bir hukuka uygunluk nedeninin sınırı "araçta" "aşma olarak değil, "amaçta" aşma olduğundan, ortada yeni bir suç bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin, failin karşılaştığı koşullarla ölçülü olmayan araçlarla kendini savunması veya saldırıyı zararsız hale getirdikten sonra savunma ve tepkilerinde ısrar etmesi halinde, sınırın aşılmasına ilişkin hüküm uygulanmalıdır. Sınırın aşılması konusunda, failin o anda içinde bulun-

<sup>151</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C: II, s. 2581.

<sup>152</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 47.

<sup>153</sup> Soyaslan, Özel Hükümler, s. 100.

<sup>154</sup> Raineri, 155 (akt Dönmezer /Erman, C. II, s.151).

<sup>155</sup> İçel/Evik, s.162.

<sup>156</sup> Önder, s. 265.



duğu psikolojik durumu adil bir biçimde göz önünde tutmak gerekir<sup>157</sup>. Yargıtay bir başka kararında, ölüm sonucunu doğurmayacak vücut noktalarına ateş edilmesi gerekirken doğrudan doğruya öldürücü noktaya, örneğin başa ateş edilmesi durumunda zaruretın tayin ettiği sınırın aşıldığı kabul edilmiştir<sup>158</sup>.

Sınırın kasten aşılması halinde artık bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemez. Zira fail hukuka uygunluk nedeninde sınırı amaçta aşmıştır<sup>159</sup>. Örneğin, bir olayda meşru savunma koşullarının gerçekleştiğini gören (A)'nın, fırsattan yararlanarak saldırgan (S)'yi öldürmesi durumunda, sınırın aşılması değil, kasten insan öldürme suçu söz konusudur ve böyle bir durumda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 27. uygulanmaz<sup>160</sup>. Yine saldırı sona ermiş ve saldırgan olay yerinden kaçarak uzaklaşmaya çalışırken ve saldırının tekrarı imkânı ve olasılığı yok iken, saldırıya uğrayan, saldırgana karşı bazı eylemlerde bulunursa, bu eylemler haklı savunma olmaz<sup>161</sup>.

Özellikle kolluk görevlilerinin silah kullanmalarına imkân veren kanunun hükmünü yerine getirme hallerinde, görevin gereklerini göz önünde bulundurmamak gerekir. Kolluk görevlisinin kalabalığı dağıtırken ateş etmesi olaylarında meydana gelen ölümlerde olası kastla işlenmesi halinde kanun hükmünü yerine getirme koşullarının oluşması durumunda hukuka uygunluk nedeni olacağından, faile ceza verilemez.

### 3.2. Ötenazi

Ötenazi, “günümüz tıp biliminin verilerine göre iyileşme olanağı bulunmayan ve ölümü kaçınılmaz olan kişinin, çekmekte olduğu şiddetli acı, ağrı ve ıstıraplardan kurtarılması amacıyla, kendi bilinçli ve özgür iradesiyle açıkladığı isteği ya da rızası üzerine, tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardım kesilerek ölüme terk edilmesidir”<sup>162</sup>. Ötenazi, icrai hareketle hastanın ölümünün gerçekleştirilmesi (aktif ötenazi) şeklinde

<sup>157</sup> YCGK, 3.6.1985–185/331, Savaş, V/Mollamahmutoğlu, S, Türk Ceza Kanunu Yorumu I-IV, Ankara 1999. s. 966–968.

<sup>158</sup> YCGK, 6.10.1986–199/419, Savaş, /Mollamahmutoğlu, s.963–965.

<sup>159</sup> Soyaslan, s. 414–415.

<sup>160</sup> Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, 139.

<sup>161</sup> Önder, s. 265.

<sup>162</sup> Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.29.

olabileceği gibi; hastayı iyileştirmek için gereken müdahalelerin yapılmaması suretiyle de olabilir (pasif ötenazi)<sup>163</sup>.

Aktif ötenazi dediğimiz, failin icrai bir hareketiyle mağdurun yaşamına son verdiği hallerde, kasten öldürme vardır ve hatta fail şartları gerçekleşmişse tasarlamadan dolayı da sorumlu tutulacaktır. Pasif ötenazide, ihmali şekilde hareket eden kimsenin garantör olması durumunda sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmek gerekir. Ancak burada hem garantör olan hekimler, hem de diğer garantörler bakımından mağdurun kendisine müdahale edilmemesi, tedavi yapılmaması veya yardım edilmemesi şeklindeki talebinin bu kimselerin sorumluluktan kurtulmalarını sağlayıp sağlamayacağını değerlendirilmesi gerekir<sup>164</sup>.

765 sayılı TCK'da ve 5237 sayılı TCK'da ötenazi ve talep üzerine öldürme konularında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 1997 Tasarısının 137. maddesinde "Acıyı Dindirme Saiki" başlığı ile ötenazi bağımsız suç sayılmış idi. Anılan maddeye göre, "iyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürülme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Bu şekilde bir düzenlemeye ETCK ve YTCK'da yer verilmemesi nedeniyle bir kimsenin öldürülmesine rıza göstermesi, hatta öldürülmesini ileri derecede istemiş olması durumunda da, hukuka uygunluk nedeninden söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda mağduru öldüren fail, insan öldürmeden, hatta koşullar var ise, nitelikli insan öldürmeden sorumlu olacaktır. Ancak, failin insancıl amaçlarla hareket etmiş olması nedeniyle, olsa olsa, 5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedeninden faydalandırılabilir<sup>165</sup>.

Ötenazide failin saiki, kasten insan öldürmeden tamamen farklıdır. Burada fail, mağdurun acısına son vermek, onu ıstıraplarından kurtarmak için hareket etmektedir. Bu nedenle, failin fiilinin ayrıca ve kasten

<sup>163</sup> Bayraktar, K, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, 150.

<sup>164</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 50.

<sup>165</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 139.

insan öldürme suçuna göre daha hafif bir cezayla cezalandırılması gerekir. Bu sebeplerle bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekmektedir<sup>166</sup>.

#### 4. Kusurluluk

Olası kastla insan öldürme suçunda kusurluluk, olası kasttır. Olası kast, kusurlulukta bilinçli taksir ile kast arasında yer almaktadır. Kast failin iç dünyasına ilişkindir. Olay öncesi ve olay sırasındaki davranışları, sözleri, suç aleti, fail ile mağdur arasındaki ilişki, suçun işleniş biçimi nazara alınarak saptanacaktır. Bu nedenle, failin iç dünyasına inilerek suça iten nedenler de gözetilip, iyi tahlil ve tespit yapılması, adaletsizliğe neden olunmaması gerekir. Bir kuyumcu titizliği ile olaylar irdelenmelidir. Kalabalıkta ateş etmede olası kast, alkollü veya süratli araç kullanmada bilinçli taksir, iş kazasında taksir vardır, gibi peşin hükümlerden kaçınılmalıdır<sup>167</sup>.

Olası kast tespit edilirken somut olayın özelliklerine, bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre araştırma yapılmalıdır. Örneğin, (A)'nın (B)'yi öldürmek amacıyla, (B)'nin aracına bomba yerleştirmesi olayında, doğrudan insan öldürme kastı bulunmaktadır. Ancak arabada öldürülmesi amaçlanan kişiden başka kişi veya kişilerin olabileceği veya bombanın patlayacağı sırada orada başka kişilerin de ölebileceği olasıdır. İşte öldürülmesi amaçlanan kişi dışında ölen ya da yaralanan kişiler açısından (A) olası kastla hareket etmiştir<sup>168</sup>.

Örneğini verdiğimiz olayda (A)'nın düşmanı olan (B)'yi öldürmek için aracına bomba yerleştirmesi eyleminde (B)'nin şoförü olan (C)'nin devamlı (B)'nin aracını kullanıp onu işe götürmesi durumunda, (A)'nın bunu bilmesi halinde (A)'nın araca koyduğu bombanın patlaması sonucu (C)'nin ölmesi fiilin zorunlu sonucu olduğuna göre (A)'nın, (B) ve (C)'nin ölümünde doğrudan kastı bulunmaktadır.

Olası kastın madde gerekçesinde verilen örneklerde hatalıdır. Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yan-

<sup>166</sup> Bayraktar, s. 156; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen suçlar, s.31; Tezcan/Erdenem/Önok, s. 139.

<sup>167</sup> Bakıcı, s. 303 – 304.

<sup>168</sup> Allen, M, J ,Textbook on Criminal Law, London, Blackstone Press Limited 1999, s. 48.

masına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpıp ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüştür. Ancak buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek bunları kabullenmiştir.<sup>169</sup> Örnekte yolun genişliği, yoldan geçen araçların sayısı ve otobüs sürücüsünün manevra alanı bulunup bulunmadığı, yaya geçidinden geçen yayaların yaya geçidinin neresinde oldukları, yaya geçidinin uzunluğu ve sürücünün yayalara doğru mu, yoksa boş alana mı araç sürdüğü incelenmelidir. Ayrıca şoförün sonucu önlemek için çaba sarf edip sarf etmediği veya şoförün yayaların aracın geçtiğini görüp araçtan kaçıp yolu boşaltacaklarını düşünerek hareketine devam edip etmediğinin araştırılarak sonucuna göre durumunun kastın tespiti gerekmektedir. Ağaçların kapatması nedeniyle trafik ışıklarını göremeyen, yeşil ışığın yanacağını düşünerek yavaşlayarak ışıklara yaklaşan ancak yanmayınca frene basarak direksiyonu kırıp kazayı önlemeye çalışmasına rağmen yayaya çarpan sürücüde olası kastın varlığından söz edilemez.

Olası kastta netice öngörülmekte, ancak doğrudan kastta olduğu gibi bu sonuç istenmemektedir. Fail bu fiili işlerken sonucun muhtemelen gerçekleşeceğini öngörmekle yetinmeyerek, bu sonucu da kabullenmelidir.<sup>170</sup> Yani olası kastta fail ikincil nitelikteki neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalmaktadır. Örneğin, failin yaptığı bir soygun neticesinde polisten kaçmak için hızla ilerlerken kırmızı ışığın yandığını görmesine rağmen kaçmak isterken yoldan geçenlere çarpıp öldürebileceklerini öngörmesine karşın, hız kesmeyerek yoluna devam etmesi ve sonuçta birkaç kişiyi öldürmesi halinde olası kast vardır. Ancak failin hızlı seyretirken hızını ayarlayamaması nedeniyle kırmızı ışığa rağmen yaya geçidinden geçmesi sırasında yayalara çarpmamak için frene basması veya direksiyonu kırması halinde bilinçli taksir bulunmaktadır. Yani failin kendisine yanan kırmızı ışığa ve karşıdan karşıya geçmekte olan yayalara rağmen arabasını sürmeye devam etmesi halinde somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı ve failin kusurluluğuna göre karar verilme-

<sup>169</sup> Yasanın gerekçesi ve örnek için bkz. Yeni Türk Ceza Kanunu Der: Erdener , Y, 3.bası, İstanbul 2005, s.59.

<sup>170</sup> Bakıcı, s 305.

lidir. Gerekçedeki örnek gibi, genel geçer bir örnek verilmesi hatalıdır<sup>171</sup>. Her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Sanığın kullandığı LPG tankeri ile seyrederken, kendisine kırmızı ışık yandığı halde durmayarak kavşağa girdiği ve kendilerine yeşil ışık yandığı için kavşağa giren maktüllerin de içinde bulunduğu otomobile çarpması sonucu maktülleri öldürmesi eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Çünkü sanığın kaza olabileceğini ve meydana gelen ölüm neticesinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunları kabullendiği ve hareketine devam ederek neticeyi göze aldığı anlaşılmıştır. Bu sebeple, meydana gelen neticeden sorumlu olduğu ve eyleminin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturduğu açıktır<sup>172</sup>.

Bina yaparken projenin aksine daha az demir ve çimento kullanan yüklenici, binanın dayanıklı olmayacağını, deprem olmasa bile zamanla yıkılacağını öngörebilmektedir. Bu öngörmenin sonucu olarak da birçok kişinin ölebileceğini düşünüp öngörmekte olup, buna rağmen demir ve çimentodan kısıtlama yaparak “bina çökerse çöksün insanlar ölürse ölsün “ demişse eylem olası kastla işlenmiş olur. Ancak binanın yapımı sırasında kırışteki bağlantının hatalı yapılması şeklinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle ölüm olayının özelliklerine göre taksir veya bilinçli taksirle öldürme şeklinde değerlendirme yapılarak failin kusuru belirlenmelidir<sup>173</sup>.

**171** Dülger, a.g.m. s.94 – 95;Gerekçede yer alan kırmızı ışıkta geçen otobüs örneği TBMM Adalet komisyonunda tartışılmış olup, kurula Yargıtay adına katılan Osman Şirin kırmızı ışıkta geçme örneğinin bilinçli taksiri yansıttığı görüşündedir. Yine Yargıtay üyesi Keskin Kaylan da bu örnek üzerine konuyu tartışırken şunları belirtmiştir. “Taşıta kırmızı ışık yanmakta ve sürücü yaya geçidine yaklaşmaktadır. Ancak yaya geçidi boştur, kontrol etmiştir yaya geçidinden geçenler yoktur; ancak geçersen çarpırım bilinci vardır. Bu halde bir kaza meydana gelirse, sonuç istenmediği için eylem bilinçli taksirle meydana gelmiştir. Yine fail yayaların geçtiğini görmektedir, ancak benden o kaçsın beni görünce nasıl olsa yolu boşaltacak, o nedenle ben geçeyim diyerek hareket etmişse, oradaki çarpmada olası kast vardır”.

**172** Nitekim Yargıtay’ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmiştir: “Olay günü saat 06.30 sıraları sanığın kullandığı LPG tankeri ile seyrederken, kendisine kırmızı ışık yandığı halde durmayarak kavşağa girdiği ve kendilerine yeşil ışık yandığı için kavşağa giren mağdurların da içinde bulunduğu otomobile çarpması sonucu mağdurların yaralanmasına sebep olmuştur. Sanığın kaza olabileceğini ve meydana gelen yaralanma neticesinin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen bunları kabullendiği, meydana gelen neticeden sorumlu olduğu ve eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu halde, yazılı şekilde bilinçli taksirle yaralamaya neden olma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır”. Yargıtay 1.C.D 28.12.2007 tarihli, 2007/559 Esas ve 2007/9867 Karar.

**173** Bakıcı, s.306.

Ceza hukukunda sanığın suç işleme kararını alırken zihninde geçirdiği aşamaları kavramak ve sanığın aslında gerçekleştirdiği eylemlerden neyi amaçladığının tespiti ispat hukuku ile ilgili olup, diğer insanların ruh durumlarını doğrudan bilemeyeceğimizden, onları tanımak ve olayı resmedebilmek için elle tutulur verilere dayanmamız gerekir. Olası kastın varlığı somut olayda harici deliller olan tanık anlatımları, şikâyetçinin ifadesi, olay yeri krokileri, olay yeri inceleme ve gözlem raporları, bilimsel ve teknik inceleme sonucu ele geçen bulgularla tespit edilebileceği gibi, harici delillerden tamamen bağımsız olan kanıtlarla, örneğin itiraf yoluyla da tespit edilebilir.

Olası kastta olayın özelliklerine göre delillerin titiz bir şekilde toplanarak tartışılmak suretiyle, neticenin açık olarak istenilip istenilmediği ve neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalınarak sonucun kabullenilmiş olup olmadığının araştırılarak sonuca göre sanığın kusurluluk halinin tespit edilmesi gerekmektedir.

### **III. MANEVİ UNSURLARI FARKLI OLAN İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI AYIRIMI**

#### **1. DOĞRUDAN KAST VE OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI AYIRIMI**

Olası kastta netice öngörülmekte, ancak doğrudan kastta olduğu gibi bu sonuç doğrudan istenmemektedir. Fail bu fiili işlerken sonucun muhtemelen gerçekleşeceğini öngörmekle yetinmeyerek, bu sonucu da kabullenmelidir<sup>174</sup>. Yani olası kastta fail ikincil nitelikteki neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir:” Sanık Metin’in olay günü saat: 00.30 sularında içeride çok sayıda çalışan ve müşteri olan birahaneye gelerek, burayı neden çalıştırıyorsunuz diye bağırduğu, ardından rastgele ateş ettiği sırada, orada bulunan kişi ya da kişilerin isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek mağdur katılan Halil'i yaraladığı olayda, kastı sonuç belirler kuralı gereğince eylemin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırılık

---

174 Bakıcı, s 305.

oluşturmaktadır<sup>175</sup>". Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir diğer kararında da şöyle denilmektedir: "Maktül ve diğer tanıkların bahçe içine girip kenevir çalmak isterken sanık Rifat'ın, eşi Fikriye'nin uyarısı üzerine sanığın, av tüfeği ile maktül ve arkadaşlarını kovaladığı, arkada kalan ve hızlı koşamayan maktüle tüfekle ateş ederek oksipital ortadan giren iri saçma tanesi ile vurduğu olayda; Sanığın maktülü kovalayarak hedef gözetip ateş etmesi sonucu gerçekleşen olayda doğrudan kastla hareket ettiği, kasten insan öldürme suçunu işlediği düşünülmeden yazılı şekilde olası kastla öldürme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır". Kararlardan da anlaşıldığı üzere doğrudan kastla öldürme için öldürmeye yönelik neticenin fail tarafından istenmesi ve bu neticeye yönelik iradi bir hareket gerekmektedir. Olası kastta ise hedef belirli değildir. Fail tarafından belli bir neticenin gerçekleşmesi amacıyla yönelik olarak işlenen fiilde ikincil nitelikteki muhtemel neticelerin de gerçekleşebileceğinin düşünülüp öngörülmesi gerekmektedir.

Doğrudan kastta, failin gerçekleşeceğini bildiği ve istediği asıl netice yanında, eylemden doğacak yan neticelerin kesinlikle veya büyük olasılık içinde görüldüğü hallerde de kast, doğrudan kasttır. Failin istediği neticeler ile yan neticeler arasında "zorunluluk bağı" vardır. Bu halde bilmenin istemeyi de içerdiği kabul edilir. Failin doğrudan kastından söz edilebilmesi için, failin tasavvur ettiği bu yan neticeleri ayrıca istemiş olması aranmaz<sup>176</sup>.

Öldürme suçu bakımından fail, hareketinin ölüme sebebiyet vereceğini bilecek ve nihayet hareketinin yönelmiş olduğu kişinin ölümünü isteyecektir. Fiil ile maksat arasında bu şekilde bir uygunluk olmaz ise fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamaz<sup>177</sup>. Doğrudan kastla insan öldürme suçunda hedef belirli iken, olası kastla insan öldürme suçunda hedef belirsiz olup, belli şahıs veya şahıslar hedef gözetmeksizin meydana gelen ateş etme olaylarında eylemin olası kastla gerçekleştiği kabul edilmelidir. Nitekim aynı doğrultudaki Yargıtay kararında şöyle denilmektedir: "Sanığın, hedef gözetmeksizin ateş ettiği sırada kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini yada ölebileceğini öngörmesine

<sup>175</sup> Yargıtay, 1. C.D, 13.2.2009 tarihli, 2007/8022 Esas ve 2009/576 sayılı kararı.

<sup>176</sup> Centel /Zafer /Çakmut, s.397.

<sup>177</sup> Avcı, M, Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi Y. 2005, S. 1.s. 91.

rağmen atışlarına devam ederek, yürüyen maktulü öldürmesi, mağduru da yaralaması suçunda maktule karşı eyleminden dolayı olası kastla öldürme, mağdur-katılana karşı da olası kastla yaralama suçundan hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”<sup>178</sup>

## 2. BİLİNÇLİ TAKSİRLE VE OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI AYIRIMI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bilinçli taksir ve olası kast ile insan öldürme suçlarını birbirinden kolayca ayırt edilebilecek biçimde kavramlar tanımlanmadığından ve tanımları ile sınırları birbirine çok yakın bu iki kavramın yeni tanımlarla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmakla beraber Yargıtay’ın açıklayıcı ve yol gösterici içtihatlarının ivedilikle oluşması gerekmektedir.

Olası kast hükmüne ( 21/2 ) ilişkin olarak, “ ...kanunda bilinçli taksir kavramı ile arasındaki ayırımın tam olarak ortaya konulmadığı, kuralın uygulanması suretiyle ceza indirimi öngörülmesinin, doğrudan kast ile olası kast arasında eşitsizlik oluşturduğu, ayrıca belirtilen ceza indiriminin sadece öldürme ve yaralama suçları için uygulanabilmesi nedeniyle mutlak olarak korunması gereken yaşam ve vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği, bu nedenlerle T.C.K. m. 21/2 hükmünün Anayasa’nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne somut norm denetimi yoluyla müracaat edilmiş ve Anayasa Mahkemesi de E. 2005/107, K. 2009/23 ve 19.02.2009 tarihli kararı ile: “Yasa’nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali olarak tanımlanmıştır”<sup>179</sup>.

Birbirlerine yakın kavramlar olsalar da, olası kasıt ya da bilinçli taksirle hareket eden kişilerin psikolojik durumları arasında farklılıklar mevcut olması nedeniyle bunlar için değişik yaptırımlar öngörülmüştür. Bilinçli taksirde fail, neticenin meydana gelmesini istemez, gerçekleşmemesi için gerekeni yapar ve gerçekleşme imkân ve ihtimalinin varlığını kabul ettiği durumda hareketi yapmaktan vazgeçer. Olası kastta ise, fail hareketinin hukuka aykırı netice meydana getirebileceğini öngör-

<sup>178</sup> Yargıtay, 1. C.D, 5.6. 2009 tarihli, 2008/129 Esas ve 2009/3243 sayılı kararı.

<sup>179</sup> Avcı, a.g.m, s. 93.



mekle beraber, meydana gelmesi mümkün ve muhtemel netice onu hareketi yapmaktan alıkoymaz. Bir başka ifadeyle, fail neticenin meydana gelmesini doğrudan istememekte ancak bunu kabullenmektedir. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun itiraz konusu kuralla, ceza hukuku alanında anayasal sınırlar içinde takdir hakkını kullanarak olası kastı tanımladığı ve suçun olası kast ile işlenmesi halinde fail her ne kadar neticenin meydana geleceğini öngörmüş olsa da sonucu meydana getirmek için bir gayret göstermediği ve bu sonucu istemediği ancak kabullendiği için, bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha az olduğundan temel cezada indirim yapılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır..." denilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir<sup>180</sup>.

Olası kastta failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde bir bütün olarak suç teşkil eden ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini öngörmesidir. Çünkü sanık öldürmeye elverişli olan dolu silahını kullandığında birisinin isabet alıp ölebileceğini göze alması durumunda, netice açıkça istenmemiş ise de; neticenin gerçekleşmesi kabullenilmektedir. Silahla ateş eden sanık hedefi ve atış mesafesini gördüğü için ateş ettiğinde başka insanları yaralayabileceğini veya öldürebileceğini öngördüğü halde, sonucu göze alarak atışa devam etmesi olayında, eylemini taksirle değil, olası kastla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir<sup>181</sup>. Nitekim

**180** Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>. Anılan Karar 30 Mayıs 2009 tarih ve 27243 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

**181** Yargıtay'ın aynı doğrultudaki bir kararında şöyle denilmektedir: "Sanığın mağdur Ali'yi öldürme kastı ile ateş ettiği sırada onun yanında bulunan maktul Nihat'ın da isabet alıp ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam etmesi sonucu meydana gelen ölüm olayı nedeniyle olası kastla adam öldürmek suçundan cezalandırılması ve bu nedenle eylemin karşılığı olan 5237 sayılı TCK'nın 81/1, 21/2 ve 62. maddeleri ile 765 sayılı TCK'nın 448, 59 ve 81/2-3. maddelerinin kendi içerisinde bir bütün halinde uygulanıp, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe hükmün belirlenmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmektedir" Yargıtay, 1. CD. 26.3.2007, 2007/532 Esas ve 2007/1946 Sayılı karar.

Yargıtay'ın olası kastla insan öldürme ve bilinçli taksirle insan öldürme suçları arasındaki ayrımı belirleyen yeni tarihli kararlarında şöyle denilmektedir: “Sanığın, düşün yerinde bulunan insanların isabet alarak yaralanabileceğini yada ölebileceğini öngörmesine rağmen, tabanca ile yere paralel şekilde birkaç el ateş ettiği, bu atışları sonucu olay yerinde bulunan maktulün göğüs bölgesinden isabet alarak öldüğü olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile, olası kastla adam öldürme suçundan cezalandırılması gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde bilinçli taksirle adam öldürme suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”<sup>182</sup>.

Sanığın ateş ettiği sırada, insanların yoğun olarak bulunduğu cadde üzerinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek yoldan geçmekte olan kişileri öldürmesi ya da yaralaması eyleminde olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir<sup>183</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise olası kast ve bilinçli taksire ilişkin bir kararında, sanığın maktulün ölebileceğini düşünüp, ölüm neticesini göze almasına rağmen suç vasfını yanlış nitelendirerek olası kastla öldürme suçunu taksirle öldürme olarak kabul etmiştir. Kararda şöyle denilmektedir: “Sanığın, ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta bulunan ölene, fırın kapısını kapatayım mı dedikten sonra, onun olumlu cevabı üzerine fırın kapısını kapatarak, bu arada şeytanlık edip, öleni korkutmak amacıyla aynı anda çalıştırma ve stop düğmelerine basıp, ölenin kan çıktığını görünce, olay yerinden uzaklaşması sonucu ölüme neden olması olayında, sanığın kasten insan öldürme suçundan değil, taksirle ölüme sebebiyet vermek suçundan sorumlu tutmak gerektiğini kabul etmektedir”<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Yargıtay, 1. C.D, 8.6.2009 tarihli, 2008/862 esas ve 2009/3307 sayılı kararı.

<sup>183</sup> Yargıtay'ın konuyu irdeleyen bir kararında şöyle denilmektedir: “Sanığın, hedef seçtiği maktul Ahmet ile mağdur Fidel'e öldürmek kastıyla ateş ettiği sırada, insanların yoğun olarak bulunduğu cadde üzerinde bulunan kişi yada kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini yada ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek yoldan geçmekte olan maktül Mahmut'u öldürmesi, mağdur Emir'i yaralaması eyleminde olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir”. Yargıtay, 1. CD. 13.3.2007, 2006/2648 Esas ve 2007/1440.

<sup>184</sup> Yargıtay CGK, 9.4.1990, 1990/ 1 -60 Esas ve 1990 / 108 sayılı karar; Kanaatimizce TCK sistemi içerisinde sanığın eylemi olası kastla adam öldürme suçunu oluşturmaktadır. Çünkü sanık ölenin

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "olası kast" ile "bilinçli taksir" kavramlarının düzenlenmesini yerinde bulmakla beraber, kavramların tanımlarının hatalı ve sınırlarının birbirine çok yakın olması nedeniyle, karışıklıklara yol açacak düzenlemeler olduğu kanaatindeyiz. Yasa'da kavramlar tanımlanırken olası kast ile bilinçli taksiri ayıracak, kavramların sınırlarını belirleyecek ölçütlere yer verilmesi gerekirdi. Bunlardan birincisi, failin düşünüp öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istediği mi yoksa kayıtsız mı kaldığının tespiti. Çünkü bilinçli taksir ile olası kast kavramlarının ortaya çıkmasına sebebiyet veren failin neticeyi ya hiç istememesi ya da neticeyi göze almasıdır. Bilinçli taksirde fail, hareketi iradi olarak yaparken neticeyi de düşünüp öngörmekte, ancak istememektedir. Olası kastta ise failin iradesi, hareketle beraber neticenin göze alınmasını da kapsamaktadır. Olası kastta netice açıkça istenmemiş ise de; fail neticenin gerçekleşebileceğini düşünüp öngörerek bu sonucu umursamadan ve göze alarak hareket etmekte, buna karşılık bilinçli taksirde neticenin gerçekleşmeyeceği inancı bulunmaktadır. Görüldüğü üzere olası kast ve bilinçli taksir kavramları birbirlerinden farklı psikolojik durumları içermektedir. Bu psikolojik ayrımı netleştirmek için olası kastta netice ile fail arasındaki psikolojik durumun belirtilmesi gerekmektedir. Çünkü fail düşünüp öngördüğü neticeyi göze alıyorsa, olursa olsun diyorsa, bu neticenin gerçekleşeceğini bilse dahi harekete devam ediyorsa, burada olası kastın varlığı kabul edilir. Yasal tanımların bu ayrımın yapılmasını kolaylaştırması ve sınırlarını çizerek uygulamaya elverişli hale getirmesi için olası kasttaki neticenin dolaylı olarak istenmesi, göze alınması ya da kabullenilmesi unsurlarının tanımda yer alması gerekmektedir.

---

çırpındığını gördüğü ve kapıyı açmazsa öleceğini düşünüp öngörmesine rağmen, fırını terk ederek öleni kurtarmak için çaba sarf etmeyerek ölmekte olanın ölmesi sonucunu göze aldığından eylemi olası kastla adam öldürme suçunu oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay 1.Ceza Dairesi 30.05.2007 tarihli, 2007/3768 Esas ve 2007/4308 sayılı kararıyla 5237 sayılı Ceza Kanunu sisteminde benzer bir olayda düşüncemiz doğrultusunda karar vermiştir. "Sanığa ait olan, orijinal imalinde kurusıkı ya da gaz fişegi atmak için yapılmış ancak sonradan yivli-setli namlu takılmak suretiyle 7,65 mm mermi atar hale getirilmiş tabancanın çalışıp çalışmadığı konusunda sanıkla maktul arasında geçen konuşma sırasında, atışa elverişli ve içinde mermi olduğunu bildiği tabancayı emniyet mandalının açık olup olmadığını kontrol etmeden maktulün şakağına dayayarak ateş etmek suretiyle öldürmek eyleminde, sanığın sonucu kabullenerek tetiği çekmesinin bilinçli taksirle değil olası kastla insan öldürmek suçunu oluşturduğu halde yazılı şekilde suça yanlış vasıf verilmesi, bozmayı gerektirmektedir".

Olası kast ile bilinçli taksir ayrımını belirlemede ikinci ölçüt ise, failin düşünüp öngördüğü neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf edip sarf etmediğinin belirlenmesidir. Bilinçli taksirde fail genel olarak neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen somut olayda neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmektedir. Oysa olası kastta fail düşünüp öngördüğü neticenin gerçekleşebileceğini göze almakta buna rağmen hareketinden vazgeçmeyerek onun sonuçlarına da kayıtsız kalmaktadır. Bu sebeple olası kastta fail neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba sarf etmemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olası kast ve bilinçli taksiri ayıran ölçütlerden biri olan; istenmeyen neticenin gerçekleşmemesi için çaba gösterme, başka bir ifadeyle istenmemiş olmanın göstergesi olan hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesine engel olma çabasının bilinçli taksirin tanımında yer alması ve böylece olası kast ile bilinçli taksir ayrımında karışıklığa yer verilmemesi gerekmektedir.

Somut olayda eylemin olası kast veya bilinçli taksirle işlendiğinin tespiti için olayın özelliklerine ve bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre araştırma yapılmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir.” Silahlı özel güvenlik eğitimi alan ve silahın tehlikelerini bilmesi gereken sanığın, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek fişek yatağında mermi bulunan ve mandal emniyeti açık olan silahını şaka amaçlı maktule yönelttiği, silahın her an ateş alabileceğini öngörmesi gerektiği, ancak tetiği iradi olarak çekildiğini gösteren kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığı anlaşılacakla, eylemin “bilinçli taksirle öldürme” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, yazılı biçimde “olası kastla öldürme” suçundan hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir<sup>185</sup>”

Failin neticeyi istememesi ve neticenin gerçekleşmemesi için çaba sarf etmesi halinde eylemin bilinçli taksirle gerçekleştirilmiş olmasına karşılık, failin neticenin gerçekleşmesini göze alarak kayıtsız kaldığı ve neticenin gerçekleşmesini engellemek için çaba sarf etmediği halde eylem olası kastla gerçekleştirilmektedir. Nitekim Alman Yargıtay'ı da olası kast ile bilinçli taksir kavramlarının belirlenmesini mümkün kılan belirtiler arasında kesin bir ayırım yapmaktadır. Burada önemli sorun, hangi koşullardan hareketle tipikliğin gerçekleşmesinin kabullenildiğine

<sup>185</sup> Yargıtay, 1. C.D, 20.5.2009 tarihli, 2008/7778 Esas ve 2009/2858 sayılı kararı.

ya da göze alındığına karar verebileceğidir. Alman Yargıtay'ının görüşüne göre, neticeyi göze alma, onu kabullenme hususu bakımından, failin bir tehlikenin gerçekleşebileceğini müşahede etmesine rağmen planın sürdürüp sürdürmediği ve kendisi tarafından farkında olunan tehlikenin meydana gelmesini fiilen önleyecek ve neticeden kaçınmaya götürecektir tedbirlerin alınmayıp tesadüfe bırakılıp bırakılmadığı, önemli bir belirti oluşturmaktadır.

Olası kast ve bilinçli taksir kavramlarınının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesini yerinde bulmakla beraber kavramların tanımları hatalı, eksik ve sınırları birbirine çok yakın verilmiştir. Olası kast ve bilinçli taksire ilişkin yeni tanımlar yapılarak olası kast ve bilinçli taksir ayrımını belirten kriterlerin tanımlarda yer alması gerektiğini ve gerekçede kural düzeyinde örnekler verilmesinden kaçınılması gerekmektedir.

### 3. BASİT TAKSİRLE VE OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI AYIRIMI

Kast ve taksir arasındaki ayırım Roma Hukukuna kadar uzanmaktadır. Ancak taksir, uzun süre sönük bir kavram olarak kalmıştır. Bu durum son yüzyılda, özellikle yeni ve tehlikeli davranış şekillerinin ve teknolojinin ortaya çıkmasıyla değişmiştir. Bilhassa trafikte her gün çok sayıda taksirle öldürme ve yaralama olayları meydana gelmektedir. Keza gittikçe artan bir şekilde tehlikeli birçok ürünün piyasaya sürülmesi veya tehlikeli tesislerin kurulması da, insanların sağlıklarının bozulmasına ve hatta ölümlere yol açmıştır. Bu nedenle bugün uygulamada taksirli suçlar, kasten işlenen suçlar kadar önemli bir rol oynamaktadır<sup>186</sup>.

Kasti suçlarda failin toplum düzenine karşı olan iradesi, taksirde bu düzene karşı olan bir uyumsuzluk ve umursamazlık şeklindedir. Kasti suçta, failin hukuk düzenine karşı olan iradesi gerekli olduğu halde, taksirli suçlarda toplum failden görevi olan özeni göstermesini istemektedir<sup>187</sup>. Gerçekte iki kusur halinde de toplum hayatının gereklerine uymama söz konusudur. Kastta bu gerekler bilinerek ve istenerek çiğnenir. Taksirde ise, dikkatsizlik, önemsemezlik, umursamazlık bu gereklerin çiğnenmesine sebep olur. Sosyal yükümlülüğe (ödevlere) aykırılık bu iki kusur halinin ortak karakteridir<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, s. 190.

<sup>187</sup> Önder, s.329.

<sup>188</sup> Yüce, s.336.

Kusuru ülkemizden farklı anlayan Alman yazarlar ise, kastta öngörülebilirliğin yaşama geçirildiğini, yani failin hukuksal değerini ihlaline ilişkin bilgisinin bulunduğu ve dış dünyada gerçekleşen neticeyi bilinçli olarak meydana getirdiği düşüncesindedirler. Buna karşılık, taksirde yalnızca gerçekleşen neticenin irade edebilme olasılığı ile hukuksal değer ihlalinin öngörülebilirliğinin bulunduğu ifade edilir<sup>189</sup>.

Kastta işlenen suçlarda failin kusurlu iradesi hem harekete hem de neticeye yöneliktir. Taksirde ise, aldırma, önemsemezlik, umursamazlık, dikkatsizlik kurallarının ihlaline neden olur. Taksirli suçlarda irade sadece harekete yönelik olup, neticeye yönelik değildir. Diğer bir deyişle, taksirde fail sadece hareketi bilmekte ve istemekte, fakat neticeyi istememektedir. Onun kusurlu sayılmasının nedeni, kastta olduğu gibi, toplum kurallarına karşı gelmek iradesinden değil, söz konusu kurallara dikkat etmemesi, onlara aldırma, onları umursamaması, neticeyi engelleyecek bir davranış gerçekleştireceğini düşünmemesi sebebiyledir<sup>190</sup>.

Taksirde irade olan harekettir, netice ise fail tarafından öngörülemez ya da öngörülür fakat istenmez<sup>191</sup>. Kast ile taksir arasındaki diğer bir fark ise, taksirin kasta nazaran istisnai bir kusurluluk türü olmasıdır. Çünkü suçlar kural olarak kasten işlenirler. Taksir ise, istisnai olarak ve ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde sorumluluk doğuran kusurluluk şeklidir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 22.maddesinin 1. fıkrasında "taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır", denilerek bu husus belirtilmiştir.

Önceden taksirli suçların kasıtlı suçlardan daha az önemli olduğu kabul edilirdi. Bu yüzden de taksirli suçlarda failin iradesi suç tipindeki neticeye yönelik olmadığı için, neticenin meydana gelmesi halinde, kusurluluğun faile yüklenebilmesinde bu suç tipleri, kasti suçlara oranla daha az önemli ve tehlike bakımından daha az tehlikeli oldukları kabul edilirdi<sup>192</sup>. Modern ceza hukuku döneminde, endüstrinin ilerlemesi ve dolayısıyla tehlikeli faaliyetlerin artması taksirli suçlara önem verilmesini gerektirmiştir<sup>193</sup>. Netice olarak denilebilir ki, taksirli suçlar, kasıtlı suçla-

**189** Bkz. Yener, Ü, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.995.

**190** Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.617; Yüce, s.337.

**191** Centel, s.318.

**192** Önder, s.329.

**193** Dönmezer / Erman, C.II, s.264.

rın hafifletilmiş şekli olmayıp, onlardan bağımsızdır Gerçekten de, taksirli ve kasten işlenen suçlar birbirlerinden bağımsız olup, taksirli suçlar bağımsız bir grup oluştururlar. Çünkü taksirli suçlar kasti suçların hafifletilmiş bir şekli değildir; birisinin bulunduğu yerde diğerinin bulunabilmesi imkânsızdır. Failin kasten hareket etmediği hallerde, her zaman taksirle hareket etmiş olabileceğinin zorunlu olarak aranması imkânsızdır. Kanunun bir suç tipini taksirle işlenebilir şekilde düzenlemiş olduğu durumda, taksirin unsurlarının varlığı aranacaktır.

Kast ile taksiri ayırma konusunda basit ancak işe yarar bir formül olan “Frank Formülü“ vardır. Fail sonucun meydana geleceğini kesin olarak bilseydi yine hareketi yapar mıydı? Cevap evet ise kast, hayır ise taksir söz konusudur<sup>194</sup>.

Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında hareket, nedensellik ilişkisi ve hukuka aykırılık bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bununla beraber yukarıda belirttiğimiz üzere kasti suçlarda irade hem hareket hem de neticeye yönelik olduğu halde, taksirli suçlarda irade sadece harekete yönelik olup, gerçekleşen hukuka aykırı netice ya öngörülmemiş ya da öngörülüp istenmemiştir<sup>195</sup>.

Yargıtay kararlarında hem kasten hem de taksirle işlenen suç tiplerinde, eylemin taksirle mi yoksa kasten mi gerçekleştirildiği çoğunlukla tartışma konusu yapılmıştır. Yargıtay belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere harekete geçen failin, bunun yanında başka sonuçların meydana gelmesini de göze almış ve bu sonuçlarda gerçekleşmişse, bu sonuçlar açısından taksirle değil, kasten hareket ettiğini kabul etmektedir<sup>196</sup>.

194 Yüce, s.337.

195 Önder, s.329; Yüce, s.337.

196 Yargıtay'ın bu konuyu irdeleyen kararında şöyle denilmektedir: “ Somut olayda, babasından kalma evde, eniştesi olan (B) ve ailesiyle birlikte ikamet eden sanık ile (B) arasında evin iki aileye yetmemesi nedeniyle tartışmalar çıktığı, sanık (D) nin bu tartışmaların etkisi ile birlikte oturulan evi yıkmaya karar verdiği, bu amacını gerçekleştirmek için evin yukarısındaki orman alanına giderek kurumuş otları tutuşturduğu, ancak ateşin eve doğru değil ormana doğru ilerlediği, sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de; toplanan kanıtlardan yangının başlatıldığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibarıyla yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağını öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğunu, maksat dışında kalsa bile amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kast) kuralları çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır”. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 9.7.2002,3–197/288.

Kast ve taksiri birbirinden ayıran en önemli araç failin gerçekleşen neticeyi isteyip istemediğidir. Somut olayın özelliklerine göre, failin neticeyi hem düşünüp öngörerek hem de bu neticenin gerçekleşmesi için elinden geleni yapması, failin kasten hareket ettiğini göstermektedir. Sanığın olayda neticenin oluşmasını istediğine ilişkin kesin kanıtlar mevcut değilse, eylemi taksirle işlendiğinin kabulü gerekir<sup>197</sup>.

Yargıtay'ın bir başka kararında, ateş edilen bölgede insan olduğunun bilinmesinin, eylemin kasten işlendiğinin delili olduğu belirtilmiştir. “Sanığın kasten ve insan bulunduğu bildiği yöne doğru ateş ettiğinin belirlenmesi karşısında, eylemin taksirle işlendiği yönündeki düşünceye iştirak edilmemiştir, denilmektedir”<sup>198</sup>. Olayda eylemin kasten öldürme olarak nitelendirilmesini doğru bulmaktayız. Çünkü sanığın namlusunda mermi olduğunu bildiği halde, atışa elverişli silahla ateş etmesi eyleminde ölüm sonucunu kabullendiğinden olayda basit taksirle değil, olası kastla hareket ettiği kabul edilmelidir.

Öldürme eylemin olası kastla mı yoksa basit taksirle mi gerçekleştirildiğinin tespiti olaysal olarak araştırılarak somut olayın özelliklerine ve bu özellik içindeki ayrıntıların niteliklerine göre tespit edilmelidir. Eylemde failin amacına ulaşmak için sarf ettiği çabaları fail ile mağdurun ilişkisi failin kullandığı vasıtanın niteliği, darbelerin sayısı ve yöneldiği bölge, failin olay öncesi, olay sırası ve olay sonrası davranışları, olayın gerçekleşme şekli yer ve zamanı incelenerek suçun işlenmesine gerekçe gösterilen her çeşit muhtemel haklı sebepleri ve mazeretleri hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirmek gerekir. Çünkü taksirli suçlarla kasıtlı suçlar arasındaki fark suçun manevi unsurudur. Kastli suçlarda hareket ve irade neticeye yönelik olduğu ve bu sebeple failin kasten işlendiğinden söz edildiği halde, taksirli suçlarda hareket iradi olsa dahi, belirli bir neticeye yönelik değildir. Ancak olası kastla insan öldürme suçunda belli bir sonucu gerçekleştirmek üzere hareket eden fail, bunun yanında

**197** Yargıtay'ın diğer bir kararında da konu tartışılmıştır. “Olay günü, maktulün tesadüfen dedesine ait ruhsatsız av tüfeğini yanına aldığı, sanıklar Murat, Mehmet ve maktul Yalçın'ın tanıklar Arif ve Engin ile oyun oynadıkları, oyun sırasında sanık Mehmet' in maktulün ellerini bağladığı, sanık Murat'ın da tüfeği maktule doğrultup oyun amaçlı tetiğe bastığı ve maktulün vurularak öldüğü olayda eylemin kasten işlendiğinin kabulünü gerektirecek kesin kanıtlar mevcut olmayıp, sanıklar ancak taksirle ölüme neden olmak suçundan sorumlu tutulmaları gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”. Yargıtay 1 CD., 17.6.2004, 3121 – 2408.

**198** Yargıtay 1 CD. 7.11.2006, 4021 – 149.



başka sonuçların meydana gelmesini de göze almış ve bu sonuçların da gerçekleşmesinin fail tarafından istendiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Ceza hukukunda ceza sorumluluğunun taksir sorumluluğu ile kasta dayalı sorumluluktan ayıran kriter; neticeyi istemeyen failin, kural olarak kasta dayalı sorumluluğunun olmaması; ancak şartları mevcut ise taksir sorumluluğunun bulunmasıdır. Ayrıca olası kastta neticenin dolaylı da olsa istenmesi ve göze alınması gerekirken, basit taksirde istenmemiş, hatta basit taksirde neticenin öngörülmemiş olması gerekir.

Ceza hukukunda sanığın suçu işlerken zihninde geçirdiği aşamaları kavramak ve gerçekte sanığın eylemlerinden neyi amaçladığının tespiti ispat hukukuna ilişkin bir sorundur. Faillerin ruh durumunu doğrudan bilemeyeceğimizden onları tanımak ve amaçlarını tespit için, elle tutulur verilere dayanmamız gerekmektedir<sup>199</sup>. Eylemin basit taksirle insan öldürme mi yoksa olası kastla insan öldürme mi olduğunun, somut olayda harici deliller olan olay yeri krokileri, inceleme raporları, tanık ifadeleri, kamera kayıtları, bilimsel ve teknik bulgularla tespit edilebileceği gibi, harici delillerden tamamen bağımsız olan kanıtla, örneğin itiraf yoluyla da tespit edilebilir.765 sayılı TCK uygulamasında basit taksirle insan öldürme olarak kabul edilen trafik kazaları koşullarının oluşması halinde olası kastla insan öldürme olarak kabul edilmektedir.

#### **4. KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA GERÇEKLEŞMESİ HALİ VE OLASI KASTLA İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI AYIRIMI**

Kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleşmesi suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının hayata karşı suçlar başlıklı birinci bölümünde 83. maddede düzenlenmiştir<sup>200</sup>.

Kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesine ayrı bir hüküm koymak suretiyle aslında icrai davranışla işlenen "kasten öldürme" suçunun ihmali davranışla da işlenebileceğini kabul etmektedir.

<sup>199</sup> Hall, s.118.

<sup>200</sup> Çentel/Zafer/Çakmut, Kişiler Karşı İşlenen Suçlar, s.62-63

İhmal suretiyle icra suçlarında, failin neticeye neden olan pozitif bir hareketinden söz etmek mümkün değildir. Ancak fail sözü geçen ölüm neticesinin meydana gelmesini istediğinden hareketsiz kalmakta ve kanunda öngörülmüş olan bu neticeler fail sayesinde meydana gelmektedir. Burada neticeden sorumluluğun nedenini müdahale eksikliğinde aramak gerekir. Failin hareket etme yükümlülüğüne uymaması kanunun suç olarak düzenlediği neticenin meydana gelmesine etken olmaktadır. Böylece, sonucu önleme yükümlülüğü bulunan ihmali suçlarda, hem icra hem de ihmal kusurunun mevcut olduğu söylenebilir<sup>201</sup>.

Kanun koyucu ölüm neticesine yol açan ihmali davranışın icrai bir davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi için bazı şartlar aramış, bunlar olmadığı takdirde ihmal suretiyle icra suçunun oluşmayacağını ifade etmiştir. Burada kanun koyucunun aradığı şartlar belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda yasal düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olması ve hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması olarak gösterilmiştir

İhmali davranışla işlenen kasten insan öldürme suçu, temel unsurları bakımından olası kastla insan öldürme suçuyla aynı özelliklere sahip olmakla birlikte, hareket ve fail açısından farklılık göstermektedir. Olası kastla insan öldürme suçunun faili herkes olabildiği halde, ihmali davranışla kasten insan öldürme suçunun faili, sadece yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmeyen kişi olabilir. Olumlu (icrai) hareketle işlenebilecek bir suça, olumsuz (ihmal) hareketle sebebiyet verilmesi söz konusudur. İhmalin, suçun oluşmasına sebebiyet vermesi, sonucu önleme yükümlülüğü bulunduğu halde, buna uyulmamasına bağlıdır<sup>202</sup>.

Dönmezer/Erman'a göre, "ihmal suretiyle icra suçlarının bazı şekillerinde, sebepler serisinin üçüncü kişinin hareketi veya tabiat kuvvetleri

<sup>201</sup> Dönmezer, S,"İhmal Suretiyle İcra Suçları" , İÜHFİM, C. IX, s.3 -4 s.474.

<sup>202</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler Karşı İşlenen Suçlar, s.62-63; Nitekim Yargıtay 4.CD.20.2.2006 tarihli, 10373-13795 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Sanığın gündüzleyin saat 13.00'de meydana gelen trafik kazasından sonra, yaralıyı otomobiline alıp, olay yerinden uzaklaştığı ancak hastaneye götürmeyerek 1-2 kilometre gittikten sonra yol üzerinde bıraktığı, yaralının kolluk tarafından 15:30'da bulunup, saat 17:50'de hastaneye ulaştırılması ve ertesi gün saat 03:45'de öldüğünün anlaşılması karşısında; sanığın ihmali hareketiyle öleni hastaneye geç ulaştırmasının ölüme etkisi olup olmadığı, tespit edilmeden eksik soruşturma (illiyet bağı araştırılmaksızın) hüküm kurulması bozmayı gerektirmektedir".

tarafından başlatılması durumunda nedensellik bağının varlığını kabul etmek. Bir başka ifadeyle, sebepler serisine müdahale etmeyerek neticenin meydana gelmesine engel olmayan kişiyi bu sonuçtan sorumlu tutmak için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Birinci şart, failin harekete geçmesi ve sonuca engel olabilmesi bakımından hukuki bir yükümlülüğünün varlığı ve ikinci şart da bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesinin mümkün olması yani ortada hukuka aykırılığı kaldıran bir durumun ve bu kapsamda failin hareketsiz kalmasını haklı gösteren bir halin bulunmaması olarak gösterilmiştir. Hukuki yükümlülük, kanun, sözleşme veya örf ve adetten de doğabilir. Failde bu hukuki yükümlülüğü yerine getirebilmek imkânının bulunması yani fedakârlık yapmasının mümkün olabilmesi gerekir. Aksi halde yapılabilecek herhangi bir hareketin neticenin meydana gelmesine engel olamayacağı durumda, illiyet bağı kesileceğinden failin ceza sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır<sup>203</sup>.

Ancak somut olayda neticeyi önlemeye yönelik icrai davranışta bulunma hususunda imkân ve iktidara sahip olmasına rağmen, kişi bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş ve netice gerçekleşmiş ise, bu gibi durumlarda kişi somut olayda söz konusu yükümlülüğe uygun davranışta bulunsaydı dahi bu netice gerçekleşecekti şeklinde bir mantıktan hareketle sorumluluktan kurtulamaz<sup>204</sup>.

Garantörlüğün belirlenmesi konusunda genel geçer bir kural olmakla beraber, garantörlük gruplarını bir sisteme bağlama çalışmaları daima olmuştur. Ancak garantörlük grupları aşağıda sayılanlarla sınırlı kalmadığı gibi, her zaman bu gruplardaki garantörlüğün bir başka garantörlük durumu ile aynı anda bulunabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin, hayati tehlikeye soktuğu çocuğunu kurtarmayan baba bakımından da çifte garantörlükten söz edilir (doğal bağlılık ve öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük)<sup>205</sup>.

Neticeyi önleme yükümlülüğü, bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı önce kanundur. Kişilere belli durumlarda belli bir yönde icrai davranışta bulunma

<sup>203</sup> Dönmezer/Erman, C. I, s.478.

<sup>204</sup> Özgenç, s.232.

<sup>205</sup> Bkz. Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 80.

konusunda kanunla yükümlülük yüklenmektedir. Örneğin, velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir<sup>206</sup>. Türk Medeni Kanunu'nunda anne ve babaya çocukların vücuduna ve hayatına yönelik tehlikeler karşısında koruma yükümlülüğü yüklenmektedir. Yükümlülük çocuğun reşit olmasıyla sona erer. Anne ve babanın çocuğa karşı garantörlüğü eşit ölçüdedir, birinin diğerine öncelik veya üstünlüğü yoktur. Medeni kanunumuzun 338.maddesinin “eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen göstermekle yükümlüdür“ hükmüyle üvey anne-babanın, üvey çocuklara karşı garantörlüğü de kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 322 ve 364 maddelerine göre reşit olan çocukların da anne ve babaya karşı vücut ve yaşama yönelik garantörlük yükümlülüğü bulunmaktadır. Keza, Türk Medeni Kanunu'nun 364 maddesi hükmüne göre, eşler ve kardeşler arasında yakın ve sıkı bir ilişkinin devam etmesi şartına bağlı olarak garantörlük söz konusu olabilir<sup>207</sup>.

Kanundan kaynaklanan yükümlülük, aile temelli ilişkiye dayalı olabileceği gibi, ikame ilişkilere de dayalı olabilir. Örneğin, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 9b ve 9k maddelerine göre kurumda görev yapan kimselerin korumak, yardım etmek ve bakmakla yükümlü buldukları çocuk, özürsüz ve yaşlı kimselere karşı sonucu önleme yükümlülükleri mevcuttur. Evlat edinme (TMK 314.md.) ve vesayet durumunda da evlat edinenin evlatlık açısından, vasinin vesayet altına alınan açısından bu tür bir garantörlük yükümlülüğü söz konusudur<sup>208</sup>.

Koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradi biçimde üstlenilmesi neticeyi önleme yükümlülüğünün ikinci bir kaynağını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, koruma ve gözetim yükümlülüğü bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmaktadır<sup>209</sup>. Örneğin, bir hastanın bakımını üstlenen doktorlar, bir çocuğa bakmayı kabul eden çocuk bakıcısı, korumalar, cankurtaran, itfaiye eri, dağ rehberi bu anlamda sonucu önlemekle yükümlü olan kişilerdir. Sözleşmenin hukuken geçerli olup olmadığı, üstlen-

<sup>206</sup> 5237 sayılı TCK' nın 83.maddesi gerekçe.

<sup>207</sup> Hakeri, s.92.

<sup>208</sup> Parlar, A/Hatipoğlu, M, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 1,Ankara 2007, s.699.

<sup>209</sup> 5237 sayılı TCK'nun 83. madde gerekçe.

menin açık veya örtülü ücretli veya ücretsiz sürekli veya geçici olması önemli değildir. Sonucu önleme yükümlülüğü, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenilmesiyle oluşur<sup>210</sup>.

Üçüncü sonucu önleme yükümlülüğü kategorisini ise, öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Örneğin, taksirle bir trafik kazasına neden olan kişi, kaza sonucunda yaralanan kişilerin bir an önce tedavi edilmelerini sağlama konusunda bir yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucunda yaralı kişinin ölmesi halinde bu neticeden dolayı kazaya sebebiyet veren kişiyi de sorumlu tutmak gerekir.

Olası kastla insan öldürme ya da kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi aynı kavramlar değildir. İhmali davranışla insan öldürme suçu doğrudan kastla işlenebilir. Öğretide ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenebileceği belirtilmektedir<sup>211</sup>. Kanaatimizce ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenemez. Çünkü olası kastta fail sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen sonucun gerçekleşmesini umursamamakta, olursa olsun diyerek fiili işlemektedir. İhmali davranışla insan öldürme suçunda ise, fail yükümlü olduğu hukuki bir yükümlülüğe dayalı belli bir davranışı gerçekleştirilerek sonuca yol açmaktadır. Örneğin, bir sağlık kuruluşunda görev yapan doktorun, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlendiğini kabul etmek gerekir. Nitekim kanun koyucunun 83.madde için gösterdiği gerekçe hatalı olmuştur. Gerekçede olası kast ve taksir karıştırılmış olup, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ile ilişkilendirilerek, bu suçun olası kast veya taksirle de işlenebileceği belirtilmiştir. Ancak bu kesinlikle yasadan beklenen amacın gerçekleşmesine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü zaten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21.maddesinde olası kast ve 22.maddede taksir (basit taksir ve bilinçli taksir) düzenlenmiş olmasına rağmen yasa koyucunun ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinin düzenlenmesi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirilmemesi ne-

<sup>210</sup> Parlar/Hatipoğlu , s.700.

<sup>211</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 70; Koca/Üzülmez, s. 336; Hakeri, kasten Öldürme Suçları, s.92.

deniyle meydana gelen ölüm neticesinde failin eylemi taksirle ölüme neden olma suçu olarak belirlenmiştir. Oysa bu suçun müeyyidesinin azlığı nedeniyle cezanın özel önleyici ve genel önleyici fonksiyonları gözetilerek eylemin verdiği zarar ve failin tehlikelilik hali de göz önünde tutularak, sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişinin beklenen davranışı yapmama ya da geciktirme bilinç ve iradesi ile davranması halinde ölüm meydana gelmesi durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi hali düzenlenerek ceza adaletin sağlanması amaçlanmıştır. Bu düzenleme sayesinde sonucu önleme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin yükümlülüklerine uymaları sağlanmaya çalışılacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu kasten insan öldürme suçuna tesir eden bir suç olmayıp, öldürmenin özel bir türüdür. Çünkü suçun maddi (ihmali hareket) ve manevi (ihmali kast) unsurları öldürmenin diğer türlerinden farklıdır<sup>212</sup>.

Gerekçede, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğü gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğu kabul etmek gerekir denilmektedir. Ancak belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise, taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacağı belirtilerek, maddenin konuluş amacına aykırılık oluşturan gerekçeler belirtilerek ihmali davranışla öldürme suçunun kişinin kusur derecesine göre, olası kast veya taksir halinin gündeme geleceğinin belirtilmesi karışıklıklara neden olacaktır.

Bu yüzden yasanın konuluş amacı ile çatışan, gerekçe gözetilmeksizin yasanın yorumlanarak uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin, eşi ile birlikte havuzda yüzen ve boğulma tehlikesi geçiren eşine iyi bir yüzücü olduğu halde yardım etme olanağına karşın, yardım etmeyen eşin eyleminde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi hali mevcuttur. Bu durumda failin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.

<sup>212</sup> Soyaslan, D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 111.

maddesi uyarınca sorumlu tutulması gerekir. Ancak boğulmakta olan bir kimseye orada bulunmasına rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, göremediği cankurtaran simidini atamayan kişinin sorumluluğu ise taksirle ölüme sebebiyet olup, 5237 sayılı TCK'nın 85. maddesi uyarınca sorumlu tutulmalıdır.

Garantörlük durumu tipikliğe dâhil olduğu için bu durumun bilinmemesi, tipiklik unsur yanılığını oluşturur ve failin kastını ortadan kaldırır (TCK m. 30/1). Buna karşılık garantörlük yükümlülüğü hukuka aykırılık alanına dâhildir ve bu konudaki bilgisizlik haksızlık bilincinin yokluğuna, yani icrai suçlardaki yasak hatasının (TCK m. 30/4) eşdeğeri olan emir hatasına yol açar. Örneğin, A'nın kardeşi B denizde boğulmaktadır. A uzakta olduğu için boğulanın kendi kardeşi olduğunu bilmiyorsa, bu durumda garantörlük durumunu oluşturan bir unsur hakkında yanılığa düşmüştür. Böyle bir durumda A'nın kastı ortadan kalkar ve TCK m. 83'den dolayı cezalandırılmaz. A'nın cezalandırılabilirliği yalnızca TCK m. 98 çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna karşılık A boğulanın kardeşi olduğunu biliyor fakat B'nin boğulmasını önleme yükümlülüğünün olduğunu bilmiyorsa bir haksızlık yanılığı söz konusudur<sup>213</sup>.

Bir kimseyi neticeyi önlemeye uygun hareketi yapmadığından dolayı kınayabilmek için, neticeyi önlemeye uygun hareketin fail tarafından yapılmasının fiilen mümkün olması gerekir. Başka bir anlatımla, bir ihmalden söz edebilmek için, ihmal edilebilir bir hareketin söz konusu olması gerekir. Yardım edecek veya neticeyi önleyecek durumda olmayan bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiği de söylenemez. Bu şekilde sadece gerçekten de hareket olanağı olan ve neticeyi önleme iktidarına sahip bulunan kimsenin ihmalden dolayı sorumlu tutulması sağlanmak istenmişti<sup>214</sup>.

Hareket olanağı, beklenebilirlik ile karşılaştırılabilir. Hareket kabiliyetinde kişinin esasen ihmali tutum almayıp, harekete geçmesinin mümkün olması söz konusudur. Buna karşılık beklenebilirlikte, hareket kabiliyeti bulunan kimseden somut olayda hareket etmesinin beklenip beklenemeyeceği meselesi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Örneğin, yüzme bilen ve iri yarı birinin, çok akıntılı ve çok soğuk suya düşen çocuğu

<sup>213</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, s. 335.

<sup>214</sup> Hakeri, İhmali Suçlar, s. 163–164.

kurtarma hususunda hareket olanağı vardır, ancak akıntının çok olması ve suyun da soğuk olması dolayısıyla hareket ondan beklenmeyebilir. Bununla birlikte hareketin beklenebilirliğine karar vermek bakımından garantörün kabiliyet ve durumuna, tehlikenin yakınlığına, ağırlığına ve korunan hukuki değerın önemine bağılı olarak değerlendirme yapmak gerekir<sup>215</sup>.

Kanun 83. maddesinde ihmali davranışla öldürmenin gerçekleşmesi için failin ihmali davranmamasını, bunun yerine aktif davranarak zararlı neticeyi önlemesini istemiştir. Ancak ihmali hareketin yapılmayan icrai harekete eşdeğer sayılması için hukuki yükümlülük ve insan hayatına karşı önceden yapılmış bir pasif hareket aramaktadır. O halde suçun maddi unsuru önleme yükümlülüğü altında olan veya insan hayatına karşı önceden bir hareket yapan kimsenin pasif davranarak başkasının ölümüne sebebiyet vermektir. Hareket yerine davranış kelimesi bilinçli olarak seçilmiştir. Suçun maddi unsurunun kapsamı genişletilmek istenmiştir<sup>216</sup>. Oysa olası kastla insan öldürme suçu ihmali bir davranışla gerçekleşmeyeceği gibi, neticenin gerçekleşmesi için belirsiz bir hedef dahi olsa öldürmeye yönelik bir fiil şarttır.

İhmali davranışla kasten insan öldürme suçu doğrudan kastla işlenebilir. Öğretide buna kasten veya kasıtlı ihmal denilebileceğini belirtenlerde<sup>217</sup> bulunmaktadır. İhmali davranışın manevi unsuru kasıttır. Kasten icrai hareketi yapmayarak pasif kalmak ve bunun sonucu ölümüne sebebiyet vermektir. Oysa olası kastla insan öldürme suçu olası kastla işlenebilir.

İhmali davranışla kasten insan öldürme suçunda hâkime olası kastla insan öldürme suçuna nazaran daha hafif bir ceza tayini yapmak veya yapmamak konusunda takdir yetkisi verilmiştir<sup>218</sup>. Öğretide ihmali suçlarda, icrai suçlara nazaran farklı bir cezanın öngörülmesini kabul için herhangi bir sebep bulunmadığını savunan görüşler vardır<sup>219</sup>. Şu örnekle işaret edilmektedir ki, çocuğuna yemek vermeyerek açlıktan öldüren anne, kesinlikle icrai bir şekilde öldüren anneye nazaran daha az

<sup>215</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, s. 337.

<sup>216</sup> Soyaslan, s. 112.

<sup>217</sup> Soyaslan, s. 112.

<sup>218</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 214.

<sup>219</sup> Kunter, Suçun Unsurları, s. 51.



bir cezayı hak etmemektedir. Buna karşılık failin her gün yaptığı ve kendisinin sosyal rolüne dâhil olan bir hususu değil de, alışılmadık bir tehlike karşısında kurtarma görevini ihmal etmesi farklıdır. Bir kimsenin yüzme bilmeyen bir kişiyi bilerek denize itmesiyle, suya düşen kadını kurtarmayı ihmal etmesi haksızlık içeriği itibariyle farklıdır.

Kanaatimizce ihmali davranışla kasten insan öldürme suçunun cezasının olası kastla insan öldürme suçuna nazaran daha hafif bir ceza olması yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü ihmali davranışla insan öldürme suçundaki kusur yoğunluğu ve içeriği olası kastla insan öldürmeye nazaran daha hafiftir. Yasa hâkime takdir yetkisi vermiş olup, hâkim somut olaya göre faile verilecek cezanın özel önleyici ve genel önleyici fonksiyonları gözeterek failin tehlikelilik hali de göz önünde tutularak, sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişinin beklenen davranışı yapmama ya da geciktirme bilinç ve iradesi ile davranışı şekli birlikte değerlendirilerek fail hakkında indirim yapılması gerekip gerekmediğine karar verecektir.

## IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

### 1. Teşebbüs

#### 1.1. Genel Olarak

Olası kastta, fail neticeyi düşünerek ve neticeyi kabullenerek hareket eder. Failin gerçekleştirdiği eylem neticesinde olası ve fail tarafından öngörülen ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde failin gerçekleşmeyen neticeden teşebbüs açısından sorumlu tutulup tutulmayacağı doktrinde tartışılmıştır.

Bir grup yazar “olası kast netice ile belirlenir“ ya da “netice kastı belirlirler“ kuralından hareketle, gerçekleşmesi olası ikincil nitelikteki neticenin gerçekleşmemesi halinde failin suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacağını belirtmektedirler<sup>220</sup>. Bir uçurumdan kaya parçasını kalabalığın üzerine fırlatan kimse, bu hareketinden birkaç kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini kesin olarak öngörmüştür. Ancak belirli bir kişinin

<sup>220</sup> Dönmezer /Erman, C.II, s.239; İçel ve Diğerleri, s.238; Centel / Zafer / Çakmut, s.399 – 400; Özbek, s.287 – 288; Bakıcı, s. 307 – 308.

ölmesine veya yaralanmasına yönelmiş olup da maksadını oluşturan iradenin dışında kalan zorunlu neticeler ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faile yüklenir. Bu nedenle fail asıl yöneldiği kimseye hiçbir zarar vermemişse kastın konusuna göre onu öldürmeye veya yaralamaya teşebbüs etmiş sayılır. Buna karşılık, maksadın dışında kalan zorunlu neticelerden hiçbiri gerçekleşmemiş, örneğin, kaya parçası boşa gitmiş ya da sadece hedef tutulan kişiye isabet etmiş ise, ikincil nitelikteki zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasta ilişkin kurallar uygulanacağından fail gerçekleşmiş olmayan bu ikincil nitelikteki zorunlu neticelerden sorumlu tutulamaz. Nihayet zorunlu neticeler gerçekleşmiş ise, gerçekleştikleri ölçüde fail bunları kasten meydana getirmiş sayılır. Hedeften başka kimseler yaralanmışsa, fail olası kastla yaralama suçundan, ölmüşlerse olası kastla adam öldürme suçundan dolayı cezalandırılır.

Diğer bir grup yazar ise, olası kast halinde suça teşebbüsün gerçekleşebileceğini ve olası kast halinde gerçekleşmeyen neticeden failin sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedirler<sup>221</sup>. Örneğin, hareket halindeki bir aracın içerisindeki (B)'yi öldürmek için ateş eden (A), (B) dışındaki (C), (A) ve (E)'nin de yaralanabileceğini veya ölebileceğini öngörmüş olmasına rağmen eylemi gerçekleştirdiğinde (B) ve (C) ölmüş,(D) yaralanmış, (E) ise yara almamış ise (A) 'nın eylemleri nedeniyle (B)'ye yönelik kasten adam öldürme, (C)'ye yönelik olarak olası kastla adam öldürme,(D)'ye yönelik olarak eylemi nedeniyle ise olası kastla yaralamaya ve (E)'ye yönelik eylemi nedeniyle ise olası kastla yaralamaya teşebbüs olarak nitelendirilecektir.

Olası kastta teşebbüsün mümkün olduğunu belirtilen yazarlara göre, failin sorumluluğunu neticeye göre değil, olayın gösterdiği özelliklere

**221** Önder, s.304–305; Öztürk/Erdem, s.183; Özgenç, s. 435; Demirbaş, s. 408; Sözüer'e göre, "Kanunda teşebbüsün uygulanması için failin kasten hareket etmesi aranmakta olup, kastın türü konusunda bir ayırım yapılmamıştır." Sözer, A,Suçta Teşebbüs, İstanbul 1994 s.163; Ünver ise, "İkinci derece de doğrudan doğruya kasta doğmayan neticeye teşebbüsten faili sorumlu tutmak mümkündür." Ünver, Y, a.g.m,s.52 ;Ozansü ise,"olası kastta teşebbüsü uygun görmeyen bir yorum anlamını yitirecektir. Zira olası kast halinde sadece bir tehlikeyi irade etmekten fazlasına yani bir ihlale kast etmiştir. Elverişli teşebbüsün anlamı da, hukuki değer bakımından somut tehlike yaratan eylemler olduğuna göre, bu kurgunun tutarlı sonucu olarak olası kast ile teşebbüsün hukuki değeri ihlal etmeye elverişli derecede somut tehlikeye ve bunu irade eden derecede sübjektif bağıntıya sahiptir"Ozansü,s.190.

ve hareketin meydana getirebileceği netice bakımından değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi ve doktrini de olası kastta teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmiştir<sup>222</sup>.

Olası kast kavramının tüm suçları kapsayacak şekilde kanuna konulması, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesinin zayıflatılması sonucunu doğurabilecektir. Zira olası kast, öldürme ve yaralama gibi suçlarda karşılaşılabilecek bir olasılık niteliğini göstermekte olup, bu tür suçlarda söz gelimi mala karşı işlenen suçlarda da oluşabileceği izleniminin verilmesi, adeta yasal “kast karinesi” yaratılması gibi kusurluluk ilkesi yönünden son derece tehlikeli bir durumu ortaya çıkarabilecektir. Unutulmaması gerekir ki, olası kast istisnai bir durumdur ve bu tür istisnai durumların kural haline getirilmesi, özgürlükler açısından önemli sakıncalar doğurur. Özellikle, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün olabileceğini düşünenler bakımından, bu sakıncaların boyutları çok daha genişler<sup>223</sup>.

## 1.2. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay olası kast halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağını, olası kastın ancak tamamlanmış suçlar açısından mümkün olacağını kabul etmektedir. Yargıtay sanıkların atışlarından mağdur Sedat’ın isabet almadığını göz önünde tutarak, sanıkların diğer mağdur ve maktule yönelik eylemleri nedeniyle cezalandırılmasına karar verip, mağdur Sedat’a yönelik eylemlerinden dolayı neticenin gerçekleşmemesi nedeniyle, beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>224</sup>.

<sup>222</sup> Bkz.Önder, s. 305.

<sup>223</sup> İçel/Evik, s. 191.

<sup>224</sup> Yargıtay kararında şöyle denilmektedir: “Sanıkların aralarında, husumet bulunan mağdur Özkan’ı öldürmek amacıyla mağdur Özkan’ın her zaman geçtiği olay yeri olan kavşakta bekleyip, mağdur Özkan’ın kullandığı araç içinde mağdur şah Ahmet, diğer mağdurlar Mustafa ve Sedat olduğu halde olay yerine gelince, sanıkların maktul ve mağdurların da ölüp yaralanabileceği, muhakkak olan şartlar içinde asıl hedef olan mağdur Özkan’ı tabancalarla ve üçü birlikte çapraz ateşe alıp, mağdur Özkan’ı yaraladıkları ve aynı araç içerisinde Mustafa’nın yaralanmasına, Şah Ahmet’in ölümüne neden oldukları, arabada onlarla birlikte bulunan Sedat’ın bu atışlardan isabet almadığının anlaşılması karşısında; sanıkların mağdur ve maktule yönelik eylemleri nedeniyle cezalandırılmasına ve sanıkların atışlarından mağdur Sedat’ın isabet almadığı göz önünde tutularak bu suçtan tüm sanıkların beraatına karar verilmesi gerektiğinin göz önünde tutulmaması, yasaya aykırıdır”. Yargıtay, 1.C.D.19.12.1994,1994/3818 Esas ve 1994/4509 Karar.

Yargıtay'ın diğer bir kararında olası kastın netice ile belirlendiği şöyle irdelenmektedir: “Belirli olmayan kast, ancak netice ile belirlenir. Bu gibi halleri kesinlik öngörmesinden çıkarıp, ihtimal veya imkân öngörmesine sokmak yerinde bir davranış olmaz. Örneğin, bir uçurumdan kaya parçasını kalabalığın üzerine fırlatan kimse, bu hareketten birkaç kişinin öleceğini veya yaralanabileceğini kesin olarak öngörmüştür. Maksudı oluşturan iradenin dışında kalan zorunlu neticeler, ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faile yüklenir. Bu nedenle fail, asıl hedef tuttuğu bir kimseye zarar vermemişse kastın konusuna göre, onu öldürmeye veya yaralamaya tam teşebbüs sayılır. Buna karşılık maksadın dışında kalan zorunlu neticelerden hiçbiri gerçekleşmemiş ise örneğin, kaya parçası boşa gitmiş ya da sadece hedef tutulan kişiye isabet etmiş, zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasta ilişkin kurallar uygulanacağından, fail gerçekleşmiş olmayan bu zorunlu neticelerden sorumlu tutulamaz. Zorunlu neticeler gerçekleşmiş ise, gerçekleştikleri ölçüde fail bunları kasten meydana getirmiş sayılır, yani hedeften başka kimseler yaralanmışsa fail, kasten müessir fiilden, ölmüşlerse kasten adam öldürmeden dolayı cezalandırılır”<sup>225</sup>.

Yargıtay diğer bir kararında, yine neticenin gerçekleşmesini esas alıp, sanığın meydana gelen yaralama sonucunda olası kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, boş tabanca ile hedef gözetilerek ikinci kez tetik düşürüldüğüne ilişkin kuşkulu kabule dayanılarak, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin yerel mahkemenin direnme kararının isabetsiz olduğuna karar verilmiştir<sup>226</sup>.

### 1.3. Değerlendirme ve Kanaatimiz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35.maddesinde, “kişi işlemeyi kastedtiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”, denilmek suretiyle teşebbüs tanımlanmıştır.

Olası kast, failin suç kanuni tanımındaki esas maksat dışında, ihtimal dâhilinde olan, farklı ve tali nitelikteki neticelerin gerçekleşebilece-

<sup>225</sup> Yargıtay C.G.K, 9.7.2002 tarih ve 2002/3-197 2002/228.

<sup>226</sup> Yargıtay, C.G.K, 27.12.2005 tarih ve -1-131/167.

ğini öngörmesine rağmen bu neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak, eylemi gerçekleştirmesi ve neticeyi kabullenmiş olmasıdır. Olası kastın söz konusu olduğu hallerde, failin esas maksadı dışında ihtimal dâhilinde olan, farklı bir netice meydana gelmiş olup, failin öngördüğü ve göze aldığı neticenin gerçekleşmemiş olmasından dolayı, faili sorumlu tutmak, sorumluluk alanını genişleterek cezanın amacına aykırılık oluşturacaktır.

İkinci derece doğrudan kast ile olası kast arasındaki ayrımı ortaya koymanın olayın aydınlatılmasına katkıda bulunacağını düşünmekteyiz. Fail hedef neticeyi gerçekleştirecek fiili icra ettiği anda ikincil nitelikte başka bir neticenin kesinlikle gerçekleşeceğini bilmekte ise, ikinci derece doğrudan kast bulunmaktadır. Bu kast türü teşebbüse elverişlidir. Oysa failin hareketini icra ettiği anda ikincil neticenin gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde ise, olası kastın bulunduğu kabul edilecektir. Olası kastın söz konusu olduğu hallerde gerçekleşmeyen ikincil nitelikteki neticeye teşebbüsten fail sorumlu tutulmamalıdır. Çünkü fail eylemi gerçekleştirmeye başladığı sırada gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan ikincil nitelikteki neticelerin eylemin hayatın normal akışına göre gerçekleşmesinde bir zorunluluk bulunmadığından ve neticenin gerçekleşmesi fail tarafından olayın seyrine bırakılmış olduğundan eylemin cezalandırılması mantık dışıdır.

Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için neticeye yönelmiş bir irade şarttır. Fail gerçekleştirmek istediği neticeyi elde edinceye kadar eylemini sürdürmek istediği halde bunu gerçekleştiremez ise, gerçekleşmiş neticeye göre kıyaslanması olanaklı bir tehlikelilik hali göstermektedir. Oysa olası kastta, eylemin sadece göze alınan veya kayıtsız kalınan netice açısından ve bu netice gerçekleşinceye kadar eylemi sürdürmek istediği bulunmadığından, netice gerçekleşmediğinde ortaya çıkacak durum, gerçekleşen neticeyle kıyaslanabilecek bir tehlike halini göstermemektedir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir:” Sanığın, hedef seçtiği maktul Kazım ve mağdur Ferit'e doğru silahla yaptığı atış sırasında, yanlarında bulunan mağdur Beyaz'ın da isabet alarak yaralanabileceğini öngörmesine rağmen, ateş etmeye devam ettiği ve mağduru hayati tehlike geçirmeyecek şekilde yaraladığı

olayda; sanığın olası kastla hareket ettiği kabul edilerek doğan neticeden sorumlu tutulması ve olası kastla yaralama suçundan cezalandırılması yerine, yazılı şekilde olası kastla adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”<sup>227</sup>.

Kanaatimizce, doktrinde genel kabul gören görüş ve yakın tarihli yerleşmiş Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere <sup>228</sup>, “olası kast netice ile belirlenir” kuralının uygulanması gerekmekte olup, olası kast halinde gerçekleşmeyen ikincil (tali) nitelikteki neticeye teşebbüsten failin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Hukukun belirginliği açısından yasaya olası kast ile işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağına dair, bir düzenleme getirilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

## 2. Teselsül

Olası kastla insan öldürme suçunun zincirleme (müteselsil) suç şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Fail her bir ölüm neticesinden dolayı ayrıca cezalandırılır. TCK m.43/3’de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Aynı mağdura karşı kısa aralıklarla gerçekleştirilen öldürücü hareketler, birden fazla suçu değil, tek suç oluşturur ve bir defa olası kastla öldürme suçunu oluşturur. Olası kastla insan öldürme suçu teşebbüse elverişli olmadığı için ayrıca öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmaz. Birden fazla kişinin “tek bir fille” öldürülmesi durumunda (örneğin bir yere bomba atarak birden fazla kişinin ölümüne neden olmak), zincirleme suç kurallarının uygulanmasına YTCK m. 43/3 engel oluşturmaktadır<sup>229</sup>.

<sup>227</sup> Yargıtay 1.C.D, 8.6.2009 tarihli, 2007/8473 esas ve 2009/3288 sayılı kararı.

<sup>228</sup> Yargıtay CGK.3.6.1985–83/330 tarihli kararına göre, “Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için tipe uygun hareketi ve neticeyi zihninde canlandırmış, öngörmüş olması gerekir. Fakat düşünce ve öngörme, bilme ve isteme demek olmadığından, kastın bulunduğu kabul edilmesi için ikinci bir inceleme daha yapmak ve istemenin de buna eklenip eklenmediğini araştırmak gerekir. Belirli olmayan kast netice ile belirlenir. İkinci derece neticeler, maksadı oluşturan asıl neticenin gerçekleşmesi bakımından zorunlu iseler, yalnız onların faile yüklenmesi uygun olur”; Yargıtay 1.C.D 2006/4907 esas ve 2007/7415 sayılı kararında “sanığın olay tarihinde kapısının önünde eşi ve kızı ile kavga eden mağdureler (G),(R) ve (S) nin dağılmalarını temin etmek amacıyla ruhsatsız tabanca ile beş kez ateş etmesi sonucunda, kurşunlardan birinin mağdurelerden (S)’ye isabet ederek hayati tehlike oluşturmaksızın, 10 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda; oluş, suçun işleyişindeki özellikler dikkate alındığında öldürme kastının bulunmadığı, belirli olmayan kast “netice ile belirlenir” kuralı uyarınca sanığın eyleminin yaralama suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”.

<sup>229</sup> Önder, C:II, 532; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 849; Tezcan/Erdem/Önok, s. 162.

### 3. İştirak

İştirak; bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmaları sonucu gerçekleştirmeleri olarak tanımlanmıştır<sup>230</sup>. İştirakten söz edebilmek için kişilerin suç işlemekten önce işbirliği yapmaları, suç işleme hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Dolayısıyla iştirak, olası kastla insan öldürme suçu bakımından mümkündür. Çünkü suçun işlenmesine maddi veya manevi davranışlarla katılmak iradesinin gerçekleşmesi ile olası kastla insan öldürme suçuna iştirak gerçekleşmiş olur.

Birden fazla kişinin birlikte hareket ederek kasten insan öldürme suçunun icra hareketlerini gerçekleştirmeleri ve ancak neticenin hangi failin hareketi sonucu oluştuğunun tespit edilememesi durumunda, faillerin sorumluluklarının nasıl belirleneceği, 5237 sayılı Yasa'da gösterilmemiştir. Önceki sistemde, bu gibi durumlarda faillere indirilmiş ceza verilmesi öngörülmüş (765 sayılı TCK m.463); ancak, söz konusu hüküm 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'na alınmamıştır. Dolayısıyla, böyle bir durumda, artık faillerin tümü ayrı ayrı müsterek fail sayılacak ve tam ceza ile cezalandırılacaktır<sup>231</sup>.

Kararlaştırıldan başka bir suç işlenmesi halinde, bu farklı suçtan diğer iştirakçilerin sorumlu olup olmayacağı sorunu, iştirakin manevi unsuru ile ilgilidir. Kararlaştırıldan farklı suçun işlenmesi iki biçimde söz konusu olabilir. Birinci olasılık kararlaştırıldan başka bir suçun gerçekleşmesidir. İkinci olasılık ise kararlaştırılan suçun nitelikli halinin gerçekleşmesidir. Kararlaştırılan suçun nitelikli hali, suçun daha az veya daha çok cezayı gerektiren halleridir. Kararlaştırıldan başka bir suçun gerçekleşmesi ise kararlaştırıldan daha az veya daha çok ceza gerektiren başka bir suç olabilir. Kararlaştırıldan başka bir suçun gerçekleşmesi halinde diğer iştirakçilerin sorumluluğu subjektif esasa göre belirlenmelidir. Gerçekleşen suça yönelik iradesi olmayan kişiyi bu sonuçtan sorumlu tutmak, iştirak kastını yok saymak ve objektif sorumluluğu kabul etmek anlamına gelir<sup>232</sup>. Örneğin A, C'yi öldürmesi için B'yi azmettirmiş ve silah vermiş ancak B, C'yi öldürmek yerine silahla soygun yaparsa silahla soygun eyleminden A'yı sorumlu tutamayız.

<sup>230</sup> Dönmezer/Erman, Cilt. I, s.446.

<sup>231</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 167.

<sup>232</sup> Aydın, D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 129.

Kararlaştırılan suçun nitelikli hali gerçekleştiğinde, nasıl bir çözüme gidileceğine dair TCK'da açık bir hüküm yoktur. TCK m. 43'te "Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır" denilmiştir. Eğer bu hükmü sadece zincirleme suçlarda değil de bütün ceza hukukumuzda uygularsak, gerçekleşen suçun daha az veya daha çok cezayı gerektirip gerektirmediğine bakılmaksızın iştirakçilerin tümü gerçekleşen sonuçtan sorumlu olacaklardır<sup>233</sup>. Örneğin A, C'yi öldürmesi için B'yi azmettirmiş ve silah vermiş ancak B, C'yi öldürmek için ateş ederken C'nin yanında bulunan şahıslardan birisi olan D'yi de öldürürse, A, B'nin D'yi olası kastla öldürmesi suçunda, fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden biri olarak cezalandırılacaktır. Çünkü A silahı B'ye verirken B'nin verdiği silahla başka şahısları da ateş ederken öldürebileceğini öngörmekte dolaylı da olsa neticeyi istemektedir.

#### 4. İçtima

Doğrudan kastla insan öldürme suçu açısından aynı mağdura yönelik zaman ve mekân birliği içinde tekrarlanan öldürmeye yönelik hareketlerin her biri ayrı ayrı suç oluşturmaz ve tek bir suç olarak kabul edilir. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir: "Aynı suç işleme kastının icrası cümlesinden mağdura yönelik olarak birkaç dakika ara ile tekrarlanan öldürmeye matuf eylemlerin tek bir suçu oluşturacağı gözetilmeden, aynı suçtan iki kere uygulama yapılması suretiyle fazla ceza tayini yasaya aykırılık oluşturmaktadır"<sup>234</sup>.

Çok neticeli sapma durumunda, yani failin öldürmek istediği kişinin yanı sıra, bir başka kimseyi de yaralaması veya öldürmesi durumunda fikri içtima veya gerçek içtima kurallarının uygulanması doktrinde tartışmalıdır.

Bir grup yazara göre, bir kimse, diğerini öldürmek amacıyla ateş ediyor, ancak mermi, hedefteki şahsa değiyor/veya değmiyor, yanındaki şahsa da isabet ediyor, bu durumda fikri içtima kuralları uygulanacak ve hangi mağdura karşı gerçekleştirdiği eylem daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, o suçtan cezalandırılacaktır<sup>235</sup>.

<sup>233</sup> Aydın, D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, s. 130.

<sup>234</sup> Yargıtay 1.C.D, 22.10.2003 tarihli, 1385/2459 sayılı kararı.

<sup>235</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 163.



Diğer bir grup yazara göre, çok neticeli sapma durumunda, failin sorumluluğunu gerektiren iki ayrı fiil bulunmaktadır. Failin ceza sorumluluğu bu durum göz önüne alınarak belirlenmelidir<sup>236</sup>. Yazarlara göre, fail örneğin tek bir kurşun ile bir kimsenin ölümüne, diğerinin yaralanmasına sebebiyet vermişse, neticenin birden fazla olması dolayısıyla failin her iki neticeden de sorumlu tutulması gerektiği, kişinin hedeflediği netice dışındaki ikinci netice bakımından ise yerine göre olası kast veya taksirinden ötürü sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır.

Yargıtay 765 sayılı TCK uygulamasında, istikrarlı içtihatlarıyla tek fiil ile gerçekleştirilen ve kastın bir kimseye yönelik olduğu, ancak başka bir kimsenin de yaralandığı veya öldüğü eylemlerde fikri içtima kurallarının uygulanmasını savunmaktadır. Bu içtihat olası kastın mevcut olduğu olaylar bakımından da geçerlidir. Örneğin, “kavga sırasında ayına konumda bulunan maktulün, mağdur Ahmet’in yanında ve yakınında bulunduğunu gören ve Ahmet’e yapılacak atışta maktulün de yaralanıp ölebileceğim öngörebilecek durumda bulunan sanık Halit’in buna rağmen onu sakınmadan yaptığı atışla maktulün vurulup ölmesinde iradi hareketinin beklenir sonucundan sorumlu tutularak... TCK 79, 448 maddeleri ile tecziyesi gerekirken...” (1. CD, 14.04.2003, 3338/597) denilmek suretiyle, doğrudan kastın yönelik olduğu kişi dışında, olası kast ile bir başka kimsenin de öldürülmesi durumunda, Yargıtay fikri içtima kurallarının uygulanmasını kabul etmektedir. “Sanık Hayati’nin arkadan yaptığı ve otobüsün arka camını delerek içeri giren tek mermi ile mağdur Mustafa’yı sol kısımdan girip sağdan çıkan mermi ile yaralamasından sonra, aynı merminin maktul Demiray’a kafa arkadan girdiği ve ölümüne neden olan bu merminin kafatası içinde kaldığı, sanığın tek mermi ile her iki kişiyi hedeflediğinin kanıtı da bulunmayışı gözetilerek TCK 79 (YTCK 44) uyarınca hüküm kurulması gerektiği...” (1. CD, 19.3.2003, 4877/323)<sup>237</sup>.

Kanaatimizce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda iki sonuçlu sapma halinde, yasanın gerekçesinde belirtildiğinin aksine fikri içtima kuralları uygulanamaz. Fikri içtimanın uygulanabilmesi için bir fiil ile birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir. Oysa hedefte sapmada ortaya çıkan suçlar çoğu kez aynı niteliktedir. Bu sebeplerle 5237 sayılı Türk Ceza Kanu-

<sup>236</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 65; Güngör, s.99.

<sup>237</sup> Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 66.

nu sisteminde fail işlediği suçların her birinden sorumlu tutulacaktır. Kanunda sapmaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından kusurluluğa ilişkin genel ilkelere göre hareket etmek gerekmektedir. Failin gerçekleştirmek istediği asıl suç yönünden netice gerçekleşmiş ise tamamlanmış suçtan, gerçekleşmemiş ise teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir. Fail doğrudan hedef almamasına karşın gerçekleşmiş olan ikincil suç yönünden koşullarının oluşması halinde olası kast veya eylemin taksirli şekli de kanunda suç olarak tanımlanmış ise taksirden dolayı sorumlu olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir:” Sanığın, hedef gözetmeksizin ateş ettiği sırada kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek, yürüyen maktülü öldürmesi, mağduru da yaralaması suçunda TCK.nun 44.maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığı, bu nedenle maktule karşı eyleminden dolayı olası kastla öldürme, mağdur-katılana karşı da olası kastla yaralama suçundan ayrı ayrı hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”<sup>238</sup>.

### 5. Haksız Tahrik

Olası kastla insan öldürme suçu haksız tahrik altında işlenemez. Çünkü bu suçta maktüle yönelik doğrudan bir hareket olmadığı gibi, maktülden kaynaklanan haksız bir fiil de bulunmamaktadır. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin aynı doğrultudaki kararında şöyle denilmektedir:” Dosya kapsamına göre, maktul Ümit ve yanında bulunanların hükümlünün dükkânını basmaları üzerine aralarında çıkan kavga sırasında hükümlünün, Ümit'e yönelik silahla ateş ettiği sırada, mermilerden bir tanesinin evinin balkonunda bulunan ve Ümit'le aynı hizada olan ve kavgayla alakası olmayan maktul Huri'ye isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda, hükümlünün eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 21/2.maddesinde düzenlenen olası kasıtlı insan öldürme suçunu oluşturduğu, eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturması nedeniyle haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı da gözetilerek, lehe yasa karşılaştırmasının 5237 sayılı TCK'nın 81, 21/2 ve 62.maddelerine göre yapılması gerektiğinin düşünülmemesi, yasaya aykırılık oluşturmaktadır”<sup>239</sup>.

<sup>238</sup> Yargıtay 1.C.D, 5.6.2009 tarihli, 2008/129 esas ve 2009/3243 sayılı kararı.

<sup>239</sup> Yargıtay 1.C.D, 24.6.2009 tarihli, 2009/1326 esas ve 2009/3889 sayılı kararı.

Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesinin aynı doğrultuda yerleşmiş içtihatlarına<sup>240</sup> rağmen Ceza Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında olası kastla insan öldürme suçlarında haksız tahrik nedeniyle ceza indimi yapılması gerektiğini belirtmiştir<sup>241</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı olası kast kavramının içeriğinin uygulamada henüz yeterince oturmadığını ortaya koymaktadır.

## V. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMAYA İLİŞKİN KURALLAR

### 1. Görev ve Soruşturma Yöntemi

Olası kastla insan öldürme suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi, herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır. Olası kastla insan öldürme suçunu yargılamakla görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir.

Olası kastla insan suçunun (TCK m. 81) terör amacı ile suç işlemek için kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, terör suçu söz konusu olur (TMK m.4/a). Bu gibi hallerde yetkili mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 250.maddesinin ilk fıkrasında gösterilen ağır ceza mahkemesidir. Bu suçlardan dolayı on beş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür (TMK m.9). Olası kastla insan öldürme suçu mesafeli suçlardan olduğundan yetkili yargı mercii, ölüm sonucunun meydana geldiği yer değil, hareketin yapıldığı yerdir.

<sup>240</sup> "Olası kastla işlenen suçlarda haksız tahrik indirimi uygulanmasının mümkün olmayacağına gözetilmemesi, bozmayı gerektirmektedir" Yargıtay 1.C.D, 2.3.2009 tarihli, 2007/9335 esas ve 2009/997 sayılı kararı.

<sup>241</sup> "Maktul ve arkadaşı Burak tarafından sanığa yönelik olarak yapıldığında kuşku bulunmayan ve Burak'ın ifade ettiğinin aksine, sanık ve yanındaki kız arkadaşı tarafından "küfür" olarak algılanan hareketin sanık yönünden "haksız tahriki" oluşturacağı ve olası kastla işlenen suçlarda da "haksız tahrik" hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla; sanık hakkında "haksız tahrik altında 18 yaşından küçük olan kişiyi olası kastla öldürme" suçundan verilen hükmün onanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.11.2008 tarihli, 133-196 sayılı kararı.

## 2. Yaptırım

5237 sayılı TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen basit adam öldürme suçunu işleyen kimse müebbet hapis cezasıyla, aynı Yasanın 21/2 maddesi gereğince olası kastla insan öldürme suçunda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Ayrıca, olası kastla insan öldürme suçundan dolayı mahkûm olan kişi, işlemiş bulunduğu suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2).

## 3. Zamanaşımı

Olası kastla insan öldürme suçunun (TCK m.81) dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren yirmi beş yıldır (TCK m.66/1-b). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla otuz yedi yıl altı ay olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, on iki yaşını doldurmuş olup da henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, on beş yaşını doldurmuş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66).

## VI. SONUÇ

Kast tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fiili işleyen kişi tarafından bilinmesi ve istenmesi olup, buna göre kastın unsurları bilme ve isteme olmaktadır. Failin kasten hareket etmiş sayılması için, tipe uygun hareketi önceden düşünüp öngörmüş, zihinde canlandırmış olması gerektiği gibi, sonucu bilmiş ve öngörmüş olması da gerekmektedir. Sonuç ise, icrai suçlardan yasanın yasakladığı, ihmali suçlarda ise, yasanın gerçekleştirilmesini emrettiği sonuçtur. Failin suç işlemek isteyip istemediği iç dünyasını ilgilendiren bir durum olmakla birlikte; failin dış dünyaya yansıyan hareketlerinin oluşturduğu neticelerden yola çıkarak failin iç dünyasında yer alan kastının tespit edilmesi mümkündür. Doğrudan kastın ve olası kastın ispatı ceza usul hukukunun konusu içinde yer almakla birlikte eylemin hangi suç tipine girdiğinin tespiti ve bu suç tipinin unsurları bakımından bir değerlendirme yapmanın zorunlu olması sebebiyle doğrudan kast ve olası kast suç genel teorisinin içinde yer almaktadır.

Kastın varlığı için suçun kanuni tanımındaki unsurların sadece bilinmesi yeterli olmayıp, hareketten doğan neticesinin de özgür bir iradeye dayanarak istenmesi gerekmektedir. Maksat dışındaki ikinci derecedeki neticelerin birbiri ardına gerçekleşmesi ya da biri yerine diğerinin gerçekleşmesi yönünden fail tarafından ayırım yapılmamışsa, irade neticenin tamamını içerdiğinden, fail bu tarz ikinci derecedeki zorunlu neticelerden doğrudan doğruya sorumlu olup, eylemini doğrudan kast ile gerçekleştirdiği kabul edilecektir. Failin hareketinin sonucunda esas netice dışında suç oluşturan tali nitelikte neticelerin meydana gelmesi ihtimal dâhilinde ise, failin bunu öngörmesine rağmen neticeye ulaşmak için tali neticenin gerçekleşme olasılığını umursamadan veya göze olarak ya da kabullenerek eylemi gerçekleştirmesi halinde olası kast ile hareket ettiği kabul edilecektir. Ancak failin ihtimal dâhilinde olan neticeleri öngörmüş olmasına rağmen, gerçekleşmeyeceği konusunda kesin bir inançla hareket etmiş olup, istenmeyen neticenin gerçekleşmemesi için çaba göstermiş olması halinde, onun kasten hareket ettiği kabul edilemez. Bu durumda, bilinçli taksirin varlığından söz edilir.

Failin ikincil derecedeki ihtimali dâhilindeki neticeleri öngörüp eylemini gerçekleştirmesi halinde failin kasten hareket ettiği açık olup, önemli olan hangi ikincil (tali) derecedeki sonuçların zorunlu sonuç, hangilerinin ise ihtimal dâhilindeki ikincil nitelikteki sonuç olduğunun ayırımıdır. Failin ikincil nitelikteki tali sonucu isteyip istemediğinin tespiti. Eylemini gerçekleştirirken meydana gelmesi zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticelerden dolayı başkalarının zarar görmesi halinde failin sorumluluğu ikinci derecede doğrudan kast nedeniyle sorumludur. Zorunluluk gösteren ikincil nitelikteki neticelerin tespiti, hayatın olağan akışındaki tecrübelerle göre tespit edilecektir. Somut olay açısından suçun işlenmesinde kullanılan araçlar ve hareketler ikincil nitelikteki sonucun gerçekleşmesi için elverişliyse ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı kabul edilecek, elverişli değilse olası kastın varlığı kabul edilmelidir.

Olası kast, failin hareketinin sonucunda, esas netice dışında suç oluşturan zorunlu olarak bağlı bulunmayan, ikincil neticenin de muhtemelen gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, failin amacına ulaşmak için ikincil (tali) neticenin gerçekleşme olasılığını umursamadan yahut arzu etmese dahi gerçekleşme olasılığına katlanarak, göze alarak ya da

kabullenerek, asıl ulaşmak istediği neticeye yönelik olan hareketlerini icra etmesidir. Dolaylı veya olası kastta her ne kadar açık ve seçik bir isteme yoksa da, aynı sonucu doğuran, bir “istememiş olmama” vardır. Yani fail hedefini gerçekleştirecek olan hareketi yapmayı o kadar istemektedir ki, tali neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen olursa olsun demektedir.

Öğreti ve uygulamada varlığını kabul ettirmiş olan olası kastın, doğrudan kasta göre daha az kusur ağırlığı (yoğunluğu), daha az haksızlık ve tehlikelilik hali içerdiği için ceza indirimini yapılmasını yerinde bir düzenlemedir. Çünkü kast ve taksir arasında içerdiği kusurluluk oranına göre boşluk bırakılmadan derecelendirme yapılmasının uygulamada ceza adaletinin sağlanmasına büyük katkıda bulunacaktır. Kaldı ki olası kastta ceza indirim öngörülmemesi durumunda zaten doğrudan kast ile arasında bir fark kalmayacağından “olası kast“ kavramının düzenlenmesinin de bir yararı ve önemi bulunmayacaktır. Oysa olası kast kavramı yasal düzenleme yapılmadan önce de Yargıtay tarafından kabul edilmiş ve ceza indirim yapılmıştır. Olası kasta ceza indirim öngörülmesinin gerekçesi, olası kasta failde neticenin meydana gelmesini isteme açısından doğrudan bir isteme bulunmayıp, tali nitelikteki neticelerin fail tarafından kesin olmayarak gerçekleşeceğinin öngörülmesine rağmen neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalınarak, sonucun kabullenmesi halidir.

Devlet başkanına karşı işlenen öldürme veya öldürmeye teşebbüs suçu, olası kastla işlenemez. Çünkü olası kastta mağdurun veya maktülün sıfatı bilinerek ona yönelik doğrudan bir eylem bulunmamaktadır. İnsan öldürmenin nitelikli halleri de olası kast ile işlenemez. Örneğin, (A) düşmanı olan (B)'yi öldürmek isterken attığı mermilerden birinin (B)'nin yanında bulunan eşi olan (C)'ye isabet etmesi sonucu eşi (C)'yi öldürürse, fail (A) hakkında eşi olan (C)'yi öldürmesi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 82/1-d madde ve fıkrasında belirtilen “eş” nedeniyle ağırlatıcı neden faile uygulanmaz. Çünkü fail eşi olan (C)'yi öldürmek kastıyla hareket etmemiş olup, gerçekleşen suçtaki bu ağırlatıcı neden, mağdurun sıfatından kaynaklanmaktadır. Yargıtay ise olası kastta yanlış anlamlar yükleyerek mağdur veya maktülün sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebileceği yönünde kararlar vermektedir. Yargıtay maalesef kararlarında olası kast kavramına yanlış anlamlar yüklemiş olup, Yargıtay kararlarında maktülün yaşının

18 den küçük olması nedeniyle sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nın 82/1-e, 21/2 maddeleri gereğince hüküm kurulması kanaatimizce yasa-ya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü 18 yaşından küçük maktüle yönelik doğrudan bir eylem yoktur. Bu sebeple maktülün sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir. Olası kastla işlenen suçlarda maktüle yönelik doğrudan bir eylem olmayıp dolaylı bir eylem olduğundan failin sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi mümkün değildir. Çünkü olası kastta fail gerçekleştirmeyi istediği asıl amaç için hareket ederken asıl neticenin dışında tali (ikincil) sonuçların (suçun) gerçekleşmesinin zorunluluk göstermediği durumda gerçekleşmesinin mümkün olduğunu görmekte, ancak bunun gerçekleşmesini umursamamakta "olursa olsun" demektedir. Bu sonucun oluşmasına kayıtsız kalması sonucunda neticenin gerçekleşmesinde failin doğrudan istemeye göre daha az kusurlu olduğu ve haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle olası kast halinde failin cezasından indirim yapılması, kusura dayalı modern ceza hukukunun gereğidir. Bu nedenlerle maktülün veya failin sıfatından kaynaklan insan öldürmenin nitelikli hallerinin olası kastla işlenebilmesi kabul etmek ceza hukukunun temel kavramlarından olan kususuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu sebeplerle kasten insan öldürmenin nitelikli hallerinde saik, maksat, gaye, yaş küçüklüğü ve akrabalık sıfatı gibi özellikler dikkate alınarak işlenmesi gerektiğinden olası kastla işlenmeleri mümkün değildir.

Olası kastla insan öldürme ya da kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi aynı kavramlar değildir. İhmali davranışla insan öldürme suçu doğrudan kastla işlenebilir. Öğretide ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenebileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce ihmali davranışla insan öldürme suçunun olası kastla işlenemez. Çünkü olası kastta fail sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen sonucun gerçekleşmesini umursamamakta, olursa olsun diyerek fiili işlemektedir. İhmali davranışla insan öldürme suçunda ise, fail yükümlü olduğu hukuki bir yükümlülüğe dayalı belli bir davranışı gerçekleştirerek sonuca yol açmaktadır. Örneğin, bir sağlık kuruluşunda görev yapan doktorun, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlendiğini kabul etmek gerekir. Nitekim kanun koyucunun 83.madde

için gösterdiği gerekçe hatalı olmuştur. Gerekçede olası kast ve taksir karıştırılmış olup, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ile ilişkilendirilerek, bu suçun olası kast veya taksirle de işlenebileceği belirtilmiştir. Ancak bu kesinlikle yasadan beklenen amacın gerçekleşmesine aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü zaten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21.maddesinde olası kast ve 22.maddede taksir (basit taksir ve bilinçli taksir) düzenlenmiş olmasına rağmen yasa koyucunun ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinin düzenlenmesi 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinde failin eylemi taksirle ölüme neden olma suçu olarak belirlenmiştir. Oysa bu suçun müeyyidesinin azlığı nedeniyle cezanın özel önleyici ve genel önleyici fonksiyonları gözetilerek eylemin verdiği zarar ve failin tehlikelilik hali de göz önünde tutularak, sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişinin beklenen davranışı yapmama ya da geciktirme bilinç ve iradesi ile davranması halinde ölüm meydana gelmesi durumunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi hali düzenlenerek ceza adaletin sağlanması amaçlanmıştır. Bu düzenleme sayesinde sonucu önleme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin yükümlülüklerine uymaları sağlanmaya çalışılacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83.maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu kasten insan öldürme suçuna tesir eden bir suç olmayıp, öldürmenin özel bir türüdür. Çünkü suçun maddi ve manevi unsurları öldürmenin diğer türlerinden farklıdır. Gerekçede, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğü gereği olan icrai davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğu kabul etmek gerekir denilmektedir. Ancak belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu halde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise, taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacağı belirtilerek, maddenin konuluş amacına aykırılık oluşturan gerekçeler belirtilerek ihmali davranışla öldürme suçunun kişinin kusur derecesine göre, olası kast veya taksir halinin gündeme geleceğinin belirtilmesi karışıklıklara neden olacaktır.



Kanaatimizce, doktrinde genel kabul gören görüş ve yakın tarihli yerleşmiş Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, “olası kast netice ile belirlenir“ kuralının uygulanması gerekmekte olup, olası kast halinde gerçekleşmeyen ikincil (tali) nitelikteki neticeye teşebbüsten failin sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Hukukun belirginliği açısından yasaya olası kast ile işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağına dair, bir düzenleme getirilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda iki sonuçlu sapma halinde, yasanın gerekçesinde belirtildiğinin aksine fikri içtima kuralları uygulanamaz. Fikri içtimanın uygulanabilmesi için bir fiil ile birden fazla farklı suçun işlenmesi gerekir. Oysa hedefte sapmada ortaya çıkan suçlar çoğu kez aynı niteliktedir. Bu sebeplerle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sisteminde fail işlediği suçların her birinden sorumlu tutulacaktır. Kanunda sapmaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından kusurluluğa ilişkin genel ilkelere göre hareket etmek gerekmektedir. Failin gerçekleştirmek istediği asıl suç yönünden netice gerçekleşmiş ise tamamlanmış suçtan, gerçekleşmemiş ise teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir. Fail doğrudan hedef almamasına karşın gerçekleşmiş olan ikincil suç yönünden koşullarının oluşması halinde olası kast veya eylemin taksirli şekli de kanunda suç olarak tanımlanmış ise taksirden dolayı sorumlu olacaktır.

## KAYNAKLAR

### YAZILI KAYNAKLAR

- Allen**, Michael J: Textbook on Criminal Law,Blackstone Press Limited, London 1999.
- Arslan**, Çetin: Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2004
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A.Caner: Ceza hukuku Genel Hükümler, Birinci kitap, Seçkin Yayıncılık Ankara 2002.
- Artuk**, Mehmet Emin / **Çınar**, Ali Rıza :“Yeni Bir Ceza kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler” Türk Ceza Kanunu Reformu:2.kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, der: Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004.
- Artuk**, Mehmet Emin: Ceza Hukuku El kitabı, İstanbul 1989.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet /**Yenidünya**, A.Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş, 2.Bası, Turhan kitapevi, Ankara 2006.
- Artuk**, Mehmet Emin /**Çınar**, Ali Rıza: Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerinde Düşünceler; Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Baroları Birliği Yayını, Ankara 2004
- Artuk**, Mehmet Emin/**Üzülmez**, İlhan : Yangına, İnfilaka, Batmaya Deniz Kazasına veya Bir Tehlikeye Taksirle Sebebiyet Verme Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 57, (Mart/Nisan 2005).
- Artuk**, Mehmet Emin : “Yeni Türk Ceza kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:II, S:2.
- AVCI**, Mustafa Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi Y. 2005, S. 1.
- Aydın**, Devrim Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak,Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Bakıcı**, Sedat: “5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- Bayraktar**, Köksal Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

- Bayraktar**, Köksal : “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Makaleler, Görüşler, raporlar, TBB Yayınları no: 71, Ankara 2004.
- Bayraktar**, Köksal/ **Öztürel**, Önder/: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği.
- Memiş**, Pınar Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Belgesay**, M,R:“Kusur Ve Hukuki Hata” Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Ordinaryüs Profesör Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956.
- Card**, Richard: Card Cross and Jones Criminal Law, Bedfordshire 2004.
- Centel**, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2002.
- Centel**, Nur: : “Kasten Yaralama Sonucunda Ölüm Meydana Gelmesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş 3.Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide/ Çakmut, Özlem Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Cihan**, Erol: TCK Tasarısının “Ceza Hukukunun Amacı” ile “Olası Kast” Açısından Değerlendirme, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları Sunulan Raporlar ve Bilimsel raporlar, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Donay**, Süheyl/ **Kaşıkcı**, Mahmut: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Dönmezer**, Sulhi/ Ceza Mesuliyetinin Esası, İstanbul 1949.
- Dönmezer**, Sulhi Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1998

- Dönmezer**, Sulhi/ **Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, 8. Basım, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983.
- Dönmezer**, Sulhi: İhmal Suretiyle İcra Suçları” İÜHF. C:IX, S.3–4.
- Dülger**, Murat Volkan: “5237 sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri Hukuk ve Adalet Dergisi, Y.2,S.5,Nisan 2005.
- Erem**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.
- Erem**, Faruk / **Danışman**, Ahmet / **Artuk**, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1997.
- Erman**, Sahir /**Özek**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1994.
- Güngör**, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Hakeri**, Hakan: Kasten Adam Öldürme Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Hakeri**, Hakan:“İhmali Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi S:4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçlarının Çeşitleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Hakeri**, Hakan Kasten Öldürme Suçları, TCK 81–82–83, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Hakeri**, Hakan:Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Hall**, Jerome: General Principles of Criminal Law, Second Edition, New York 1992.
- İçel**, Kayıhan “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, 22 – 26 MART 1976, İstanbul, 1977.
- İçel**, Kayıhan / **Evik**, A. Hakan İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- İçel**, Kayıhan / **Akıncı Sokullu**, Füsun/ **Özgenç**, İzzet/ **Sözüer**, Adem/ **Mahmutoğlu**, Fatih / **Ünver**, Yener: Suç Teorisi,2.kitap Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 1999.
- İçel**, **Kayıhan**: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

- Katoğlu**, Turgut Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003
- Kalyan**, Keskin: TBMM'de YTCK Hakkında Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları.
- Kaymaz**, Seydi/ **Gökcan**, Hasan Tahsin: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Keedy**, Edwin R. : "Ignorance and Mistake in The Criminal Law" 22 Harward Law Review1908.
- Keyman**, Selahattin: Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, Prof. Dr. Fadıl Hakkı Sur'un Anısına Armağan, Ankara 1983.
- Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Marwald**, Man Fred: "İcrai ve İhmali Davranış-Bir Başkası İçin Hareket Etmek" (çevr. Cumhur Şahin ), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998.
- Ozansü**, Mehmet Cemil: "Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Hata Kavramı" Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5,Suç Politikası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Ozansü**, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan**: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II İstanbul 1989.
- Önder, Ayhan** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler.
- Özbek, Veli Özer**: "5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S:5, İstanbul Ocak 2005.
- Özbek, Veli Özer**: "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Ceza Hukuku Dergisi S:4, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2007.
- Özbek**, Veli Özer: TCK. İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C.I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç**, İzzet: "Bilinçli Taksir", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2004.

- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin yayıncılık, Ankara 2005.
- Özgenç**, İzzet /**Şahin**, Cumhuriyet: Uygulamalı Ceza Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Özkan**, Kubilay: TBMM'de YTCK hakkında Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları.
- Öztürk**, Bahri /**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 8.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Öztürk**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Özbek**, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Öztürk**. Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Özbek**, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- Parlar**, Ali: Hatipoğlu, Muzaffer,"Kast", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Temmuz-Ağustos 2005,S:11-12.
- Parlar**, Ali/ **Hatipoğlu**, Muzaffer: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007.
- Parlar**, Ali/ **Hatipoğlu**, Muzaffer: Kast ve Taksir, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Polat**, Ahmet Zeki: Öğretide ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1999.
- Rollin**, M. Perkins/ **Roland**, M. Boyce: Criminal Law, Third Edition, New York 1982.
- Schroeder**, C. F. Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler" (çev. İzzet, Ö.) Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereleri, Konya 1998
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Soyaslan**, Doğan Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005.
- Sözüer**, Adem: TBMM'de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Hakkında Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları.
- Sözüer**, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1994.
- Taner**, Tahir: Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul 1949.
- Tezan**, D. Erdem, R, M/Önok, M, R, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007.

**Tezcan** Durmuş Erdem, Mustafa Ruhan: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.

**Toroslu**, Nevzat : Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

**Toroslu**, Nevzat **Ersoy**, Yüksel: “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı” Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayınları, Ankara 2004.

**Ünver**, Yener:“YTCK’da Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi S:1, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2006.

**Ünver**, Yener:”Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 28 Şubat–1 Mart 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

**Ünver**, Yener: “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk “, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (26/-27 Mart 1997) Beta Yayıncılık, İstanbul 1998.

**Ünver**, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

**Yarsuvat**, Duygun **Bayraktar**, Köksal **Yüzbaşıoğlu**, Erdoğan **Bülbül**, Erdoğan **Kocasakal**, Ümit **Aksoy**; Eylem E **Memiş**, Pinar **Kurt**, Gülşah

**Tansuğ**, Çağla/ **Yılmaz**, Didem: Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü, İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı, Kurumsal Raporlar-Toplantıları, Sunulan Raporlar ve Bilimsel Raporlar, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi- Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, İstanbul 2004.

**Yarsuvat** Duygun: “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel kurallar “ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S:2.

**Yaşar**, Osman Gökcan, Hasan, Tahsin/Artuç, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

**Yüce**, Turhan Tufan: Ceza Hukuku Dersleri, C:I,Şafak Yayınevi, Manisa 1982.

## **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

Kazancı İçtihat Bankası : [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)





---

# BİLGİ EDİNME HAKKI

---

**Av. Berk Alparslan**

---

## Özet

Makalede, bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak Türk Hukukundaki mevcut uygulama ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları incelenmektedir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında bu hakka sahip olanların kim olduğu açıklanmış, bunun haricinde bilgi edinme usulü ile, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun yapısı ve işleyişi üzerinde durulmuştur. Hakkın sınırları konusu açıklanmış, bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci ve 10'uncu maddeleri ışığında değerlendirilmiştir. Bilgi edinme hakkının Anayasa'da düzenlenmemiş olması ve devlet sırrı kavramının, geniş bir biçimde anlaşıldığında, hakkın içeriğini önemli ölçüde kısıtlaması gibi konular eleştirilerek çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

## Anahtar Kelimeler

Bilgi edinme hakkı, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa, devlet sırrı

## Abstract

The paper deals with the right to information in the Turkish practice and in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Persons that can enjoy this right have been explained within the scope of the Right to Information Act, followed by a detailed description of the Information Evaluation Board and its functions. The limitations to the right and freedom to information has been dealt with, and has been evaluated in the light of articles 8 and 10 of the European Convention of Human Rights. It has been criticised that the right to information has not been provided by the Turkish Constitution, and that the notion of state secrets can overly limit the right when interpreted in a broad manner.

## Keywords

Right to information, Information Evaluation Board, European Convention of Human Rights, Constitution, state secret

## D) Giriş

Bilginin tek başına güç olduğu savı doğruluk payı içerse de tam anlamıyla gerçeği yansıtmamaktadır. Ancak bilginin, politik ve ekonomik gücün doğru kullanılmasında zaruri bir unsur olduğunu söylemek gerekir. Şeffaf bir devlet yapısı ve demokratik hakların kullanılması açısından, bilgi edinme hakkının aldığı rol çok önemlidir. Öte yandan, şeffaflığın hangi ölçüde olması gerektiği ve gizliliğin hangi zamanlarda kamu yararına olduğu tartışmalı bir konudur. Bu yönüyle, devletin şeffaflığını savunan veya savunmayanların tartışma temeli, demokrasi, ekonomi ve sosyal adalete dayanır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, şeffaflık ve bilgi edinme hakkı, gizlilik ve ulusal güvenlik gibi haklar ile de karşı karşıya gelmektedir.

2004 tarihinde yürürlüğe giren 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>1</sup>, idarenin şeffaflığı, tarafsızlığı ve açıklığını amaçlayarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarını bilgi edinme hakkı ile tanıştırmıştır. Her ne kadar, bilgi edinme hakkı bu kanun ile bireylere sağlanmış ise de, anayasal güvence temeline oturtulmamıştır. Bu eksiğin hukuk devleti anlayışında giderilmesi gerektiği söylenmelidir.

Çalışmamızda, bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki mevcut uygulamayı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarını inceleyeceğiz. İç hukukumuzdaki uygulamayı, hem mahkeme kararları ile hem de Bilgi Edinme Hakkı Kanunu doğrultusunda oluşturulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararları kapsamında ele alacağız. Avrupa İnsan Hakları İçtihatları açısından ise emsal teşkil eden kararlar ve bilgi edinme hakkı kapsamında oluşan yeni kararlara değineceğiz.

## II) Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na (BEHK) göre bilgi edinme hakkının öznesi herkestir. (BEHK m.4). Ancak yabancılar açısından, bilgi edinme hakkını kullanmanın şartları kendileri (gerçek kişiler) veya faaliyet alanları (tüzel kişiler) ile ilgisi olması ve mütekabiliyet esasına dayanmasıdır. Hakkın yükümlüsü ise kamu kurum ve kuruluşları ile bu nitelikteki meslek kuruluşlarıdır (BEHK m. 2). Bu yükümlülük, BEHK'ya göre etkin, süratli ve doğru bilgi vermek suretiyle uygulanmalıdır (BEHK m. 5).

<sup>1</sup> 24.10.2003 tarihli 25269 sayılı RG.

Kanuna göre bilgi edinme başvurusu, başvuruçunun dilekçesi ve istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurumdan talebi ile yapılır. Ayrıca bilgi vermesi istenen kurum ile ilgili bilgi ve belgeler talep edilmelidir (BEHK m.6, 7/1). Bilgi veya belge talep edilen kurum veya kuruluş, istenen bilgiyi başvuruçuya verebilmek için bir çalışma içerisine girecek, araştırma yapması gerekecek ise başvuruyu reddedebilir (BEHK m. 7/2). Bu hüküm hak kayıplarına yol açması bakımından son derece sakıncalıdır. Zira kurum ve kuruluşlar bu hükme dayanarak talep edilen bilgiyi vermeyebilecekler, bu durum da keyfî uygulamaların önünü açacaktır. Ayrıca, kanun koyucu, bu şekilde kanunun 4. bölümünde yer alan bilgi edinme hakkının sınırlarına bu hüküm ile bir sınır daha getirmiştir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında bu sınıra bir anlamda yumuşatma getirilmiştir. BEHK m. 7/3'e göre istenen bilgi veya belge başka bir kurumda ise talep ilgili kuruma gönderilecek ve bu durum başvuruçuya yazılı olarak bildirilecektir. Böylece kurum veya kuruluş, bilginin kendisinde olmadığını beyan ederek doğrudan olumsuz cevap vermek yerine, talebi, bilginin bulunduğu kuruma gönderecek ve durum hakkında başvuruçuya haber verecektir.

Daha önce kamuya sunulmuş, açıklanmış bilgiler açısından kişinin bilgi edinme talebi kabul olmayacaktır. Ancak bilgi talep edilen makam bu bilginin nerede bulunabileceğini de başvuruçuya detaylı olarak bildirecektir (BEHK m.8)

Başvuruçunun bilgi veya belge talebi, gizlilik unsuru olan belgeleri içeriyorsa bu belgeler başvuruçuya verilmez ancak açıklanabilir nitelikte olanlar verilebilir. Kanun, açıklanabilir nitelikte belgelerin verilebilmesi şartını da açık ve gizli belgelerin birbirinden ayrılabilmesi olarak belirlemiştir (BEHK m.9).

Başvuruçunun bilgi edinme başvurusu, kurum tarafından 15 iş günü içerisinde sonuçlandırılır. Yukarıda belirttiğimiz üzere bilgi veya belgenin başka bir kurumda bulunması nedeniyle talep ilgili kuruma gönderilmiş ise bu süre 30 iş gününe kadar uzar (BEHK m. 11).

### III) Bilgi Edinme Başvurusunun Reddi ve Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu

Bilgi edinme başvurusu reddedilen kişi BEHK m. 13'e göre itiraz edebilecektir. Kanun, itirazın T.C. Başbakanlık bünyesinde oluşturulan Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na (BEDK) yapılacağını belirtmiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda yargı yoluna gidilebilmesi için idarî başvuru yollarının tüketilmesi bir önkoşuldur.<sup>2</sup> Ancak, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin<sup>3</sup> 12/2 hükmü uyarınca itiraz başvurusunu bu kurula yapmanın ihtiyarî bir idarî başvuru yolu<sup>4</sup> olduğu açıkça görülmektedir. Diğer taraftan Danıştay, İdari Yargılama Usulü Kanunu<sup>5</sup> (İYUK) 11. madde<sup>6</sup> uygulamasının ihtiyarî idarî başvuru (itiraz) için öngörüldüğünü belirtmektedir.<sup>7</sup> Kurula itiraz süresi BEHK' ya göre 15 gün süre ile sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla 15 günlük süre geçirildiğinde artık kurula yapılan itiraz başvurusu usul incelemesinden kabul edilmeyecektir. Buna göre, kurula itiraz süresi geçmiş olsa dahi, idarî yargı yoluna başvurulması için bir engel gözükmemektedir. Böyle bir engelin varlığı kabul edilirse hak kayıplarına neden olacaktır. Bu doğrultuda, örneğin, itiraz yoluna gitmek isteyen başvurucunun, 15 günlük süreden sonra idarî yargıya başvurabilmesi için 2577 sayılı göre 45 günlük süresi daha kalacaktır (İYUK m.7, 11/3).<sup>8</sup>

2 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara Ekim 2008, s.404, p.577.

3 07.06.2006 tarihli 26191 sayılı RG.

4 Bkz. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik; Madde 12/f.3: İtirazdan veya itiraz sonuçlanmadan önce yargı yoluna başvurulduğunun tespiti halinde itiraz başvurusu işlemten kaldırılır ve durum itiraz edene bildirilir.

5 20.01.1982 tarihli 17580 sayılı RG.

6 İYUK m.11/1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

7 Bkz. Danıştay 7. D., 21.11.1997, E.1997/2994, K. 1997/4176 numaralı karar, zikreden; ASLAN, Zehreddin/BERK, Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, İstanbul Kasım 2005, s.262.

8 HIZ, Yüksel/ YILMAZ, Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004, s.99, yazarlar, kurula yapılacak başvurusunun idarî yargıda açılacak davanın süresini durdurması nedeniyle ve itiraz yapılmadan idarî yargıya getirilecek uyuşmazlığın idarî merci tecavüzü olacağı yönünde görüş bildirmişler ise de belirttiğimiz nedenlerden yazarlarla aynı görüşü taşımıyoruz.

Bilgi edinme başvurusunda bulunan kamu kurum veya kuruluşlarında çalışan memurlar veya diğer kamu görevlilerin, haksız biçimde veya gerekçe göstermeyerek veya başvurucuya hiçbir cevap vermeyerek, bilgi verme yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda cezaî yaptırım öngörülmektedir (BEHK m. 29). Nitekim BEDK bir kararında şöyle belirtmektedir;

*“4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 5 inci maddesine göre kurum ve kuruluşların kendilerine yapılan bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru olarak sonuçlandırmak yükümlülüğü bulunduğu, 11 inci maddesine göre başvuruları kural olarak 15 iş günü içinde cevaplamak zorunda oldukları, yine anılan Kanununun 12 nci maddesi ile Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 18 inci maddesi gereğince başvurunun reddedilmesi halinde de red gerekçesi ile buna karşı yapılabilecek başvuru yolları ve sürelerinin 15 iş günü içinde başvuru sahibine bildirilmesinin gerektiği ... Üniversitesi Rektörlüğünün bu yükümlülüklerin hiç birisini yerine getirmediği, bu bakımdan söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde ihmali, kusuru veya kastı bulunan ilgililer hakkında ...cezai işlem yapılmasını teminen adı geçen Rektörlüğe yazılmasına...”<sup>9</sup>*

Karar, her ne kadar gerekçesi bakımından haklı görünmekte ise de, BEDK’ nın ilgili kamu kurum ve kuruluşuna cezaî işlem başlatma emri veya önerisi vermesinin yanlış olduğu kanaatindeyiz. BEDK’ nın görevleri, bilgi edinme hakkı sınırlarına dayanılarak kamu kurum ve kuruluşlarca verilen kararları incelemek ve bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar vermektir.<sup>10</sup> Keza, 4982 sayılı kanun doğrultusunda yürürlüğe giren yönetmelikte BEDK kararlarında bulunacak hususları içeren 16. madde ve kurul yetki ve görevlerini içeren 4. madde, kurula cezai işlem temin önerisi gibi bir yetki vermemiştir. Diğer taraftan, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik<sup>11</sup>’in 42. maddesi 4982 sayılı kanun uygulamasıyla ilgili denetimlerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılması gerektiğini belirtmiş, ancak BEDK’ya böyle bir görev veya yetki tahsis etmemiştir.

<sup>9</sup> BEDK 65. toplantı, 2006/1010 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 20.02.2011.

<sup>10</sup> HIZ / YILMAZ, s.101.

<sup>11</sup> 27.04.2004 tarihli 25445 sayılı RG.

BEDK kararlarının bağlayıcılığı konusunda ise kanunda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak Danıştay kararları doğrultusunda BEDK'ya yapılan itiraz etkili idarî başvuru<sup>12</sup> niteliğindedir. Yani, kurul kararlarına uyulmaması nedeniyle başvuru, idarî yargıda iptal ve tam yargı davaları açabilir.<sup>13</sup>

#### **IV) Bilgi Edinme Hakkının Sınırları**

Giriş bölümünde belirttiğimiz üzere bilgi edinme hakkı, ulusal güvenlik ve gizlilik gibi haklar ile yarışır. Dolayısıyla, kanun koyucu, devlete, bilgi edinme hakkını kullanırken, bilgi talep eden kişiye verilmesini uygun görmediği bilgi ve belgeleri vermeme, açıklamama hakkı tanımıştır. BEHK m.15 vd. maddelerinde belirtilen bu sınırlar, devlet sırlarına ilişkin bilgi ve belgeler, ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler, istihbarata ilişkin bilgiler, idarî soruşturmaya ilişkin bilgiler, adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgiler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticarî sırlar, fikir ve sanat eserleri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler, tavsiye ve mütalaa talepleridir. Bunlar dışında, yargı denetimi dışında kalan idarî işlemlerin kişinin çalışma hayatı ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olmayan bilgi ve belgeler ile fikir ve sanat eserleri ile ilgili bilgi ve belgeler açıklanmayabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kurum içi düzenlemeler konusunda yalnızca bu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanları bilgi edinme hakkından yararlanabilecektir. Kanun, böylece devlete hakkın yükümlüsü olarak bir alan bırakmıştır.

Söz konusu sınırların uygulanması konusunda bilgi başvurusunda bulunulan idare takdir yetkisini kullanarak bilgi vermektan kaçınır ise, başvuruçunun itirazı ile bu kararın hukuka uygunluğunu BEDK ve idarî yargı takdir edecektir.

Bilgi edinme hakkının sınırları ile ilgili uygulamayı birkaç BEDK kararı ile aktarmayı uygun görüyoruz:

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.; SEZER, Yasin/ BİLGİN, Hüseyin, Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, AÜHFHD 2008, C.57, S. 344, s. 337-366.

<sup>13</sup> SEZER/BİLGİN, s. 344.

27. maddede belirtilen tavsiye ve mütalaa talepleri ile ilgili:

*“...2-Personelin haklarını da içeren bu protokolü ve elde edilen promosyonun nasıl kullanılacağına ilişkin bilgileri Sayıştay personeli ile paylaşmayı düşünüyor musunuz?...”*

*4-Elde edilen tutarın ne gibi hizmetlerde harcanması düşünülmektedir? Bu tutardan personele mevduatı veya maaşıyla orantılı herhangi bir ödeme yapılması düşünülmekte midir?...”*

*2 ve 4 numaralı taleplerinin ise mütalaa talebi niteliğinde olması nedeniyle 4982 sayılı Kanununun 27 nci maddesi gereğince Kanun kapsamı dışında olduğuna...<sup>14</sup>*

15. maddedeki yargı denetimi dışında kalan işlemler ile ilgili:

*“657 sayılı Kanununun 111 inci maddesinin, “Devlet memurlarının ebliyetlerinin tespitinde, kademe ilerlemelerinde, derece yükselmelerinde, emekliye çıkarma veya hizmetle ilişkilerinin kesilmesinde özlük ve sicil dosyaları başlıca dayanaktır.” hükmü göz önünde tutulduğunda, sicil dosyalarının Devlet memurları açısından “çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte” olduklarının tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılacağı...”*

*Yukarıda açıklanmış olan gerekçelerle, talep konusu sicil notlarının “GİZLİ ve KİŞİYE ÖZEL” bir yazı ile başvuru sahibinin erişimine sunulması gerektiği,*

*Çağdaş kamu yönetimi anlayışının bakım olduğu ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında, kamu görevlileri için düzenlenen sicil raporu benzeri dosyaların üçüncü kişilere karşı gizli tutulduğu, dosyanın ilgisine karşı ise açık olduğunun görüldüğü,*

*4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun da bu yönde atılmış bir adım olduğu; nitekim 4982 sayılı Kanunun konuyla ilgili; 15 inci maddesindeki “Yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, bu Kanun kapsamına dahildir...<sup>15</sup>*

Yukarıda BEHK 7. maddenin, kanunun getirdiği sınırlamalara ek bir sınırlama niteliği olduğundan bahsetmiştik. Aşağıdaki kararda da bu sınırlama ile ilgili bir tespit yapılmaktadır:

<sup>14</sup> BEDK 75. Toplantı, 2007/481 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 20.02.2011.

<sup>15</sup> BEDK 72. Toplantı, 2007/286 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 20.02.2011.

“X, Yükseköğretim Kuruluna bilgi edinme başvurusunda bulunarak ;

‘1- Yükseköğretim Kurulu tarafından 22 Eylül 2006 tarihinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Yurtdışı Hukuk Fakültesi mezunlarına denklik verilmesi maksadı ile düzenlenen Seviye Tespit Sınavında sorulan soruların ve cevaplarının ,

2- Bu tarihe kadar yapılmış aynı alandaki soru ve cevaplarının,...

4- Yükseköğretim Kurulu tarafından düzenlenmekte olan Seviye Tespit Sınavlarındaki başarı oranlarının geriye yönelik 5 yıllık başarı miktarlarının,...

6-Diploma denklik verilmesi maksadı ile yapılan sınavların hangi aralıklarla tekrarlandığının ve bu sınava katılanlara sonuçların hangi usul ve şekilde duyurulduğunun’

tarafına bildirilmesini talep etmiştir.

Başvuru sahibinin 1 ve 6 numaralı taleplerinin 4982 sayılı Kanunun 5 inci maddesi gereğince karşılanması gerektiğine,

2 numaralı talebin hem genel nitelikli olması hem de ayrı ve özel bir çalışma gerektirmesi nedeniyle 4982 sayılı Kanunun 7 ve Yönetmeliğin 18 inci maddeleri gereğince karşılamayacağına,

4 numaralı talebinin ayrı ve özel bir çalışma gerektirmesi nedeniyle 4982 sayılı Kanunun 7 nci maddesi gereğince karşılanamayacağına,<sup>16</sup>

BEHK m. 16’da belirtilen Devlet sırrına ilişkin belge konusundaki sınırlama doğrultusunda verilen başka bir kararda şöyle denmiştir.:

“...İlimiz Dalaman İlçesinden XX, Dalaman Kaymakamlığına müracaat ederek ‘GİZLİ’ gizlilik dereceli haritaların bir kopyasının, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu gereğince tarafına verilmesini talep etmiş olup, talebiyle ilgili dilekçesi ekte sunulmuştur.

...4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamında Kaymakamlıkta bulunan gizlilik dereceli haritaların kopyasının verilir verilmeyeceğinin bildirilmesi hususunda; ...” yazısı ile Kurulumuzdan görüş talep etmiştir.

...4982 sayılı Kanundaki mevcut düzenlemeye göre “gizli” olmasının-

<sup>16</sup> BEDK 72. toplantı 2007/288 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 20.02.2011.



*dan dolayı bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bırakılacak bilgi veya belgelerin sadece “Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler” olduğu görülmektedir.*

*Neticede, talep edilmiş olan söz konusu “GİZLİ” gizlilik dereceli hâritaların, Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgelerden” olup olmadıkları hususunun araştırılması neticesine göre uygulamaya gidilmesi gerektiğinin Muğla Valiliği’ne bildirilmesinin...”<sup>17</sup>*

Devlet sırrı niteliği taşıyan belgeye bu niteliği kimin kazandıracığı bağlamında herhangi bir kanun veya hüküm olmaması nedeniyle uygulamada, görüldüğü üzere sakatlıklar doğmaktadır. Kanımca, yukarıdaki BEDK kararını hatalıdır. Zira bir bilgi veya belgenin devlet sırrı olup olmadığına takdiri idarî makam eliyle değil, yargı makamları eliyle yapılmalıdır.<sup>18</sup>

25. maddede düzenlenen kurum içi düzenlemeler hakkındaki sınır hakkında şöyle bir karar verilmiştir:

*“Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne müracaat etmiş ve yapacağı müracaat ve şikayetlerle ilgili olarak adli ve idari mercilere intikal ettirmek üzere şahsına iftira attığı hususun Genel Müdürlük Başmüfettişi XX tarafından yapılan inceleme sonucu kesinlik kazandığını belirttiği Sosyal çalışmacı XX’un hangi tarihte hangi merciin onayı ile idareci olarak görevlendirildiğinin 4982 sayılı Bilgi Edinme hakkı Kanunu uyarınca tarafına bildirilmesini talep etmiştir.*

*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünün 19/10/2006 tarih ve 11365 sayılı yazısı ile başvuru sahibine talep ettiği bilgilerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 21,25 ve 26 ncı maddeleri uyarınca verilemediği şeklinde cevap verilmiştir.*

*İtiraz sahibinin başvurusuna konu olan bilgilerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 25 inci maddesinin “Kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uy-*

<sup>17</sup> BEDK 34. toplantı, 2005/616 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 21.02.2011.

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz: İLKİZ, Fikret, Devlet Sırrı, <http://bianet.org/bianet/siyaset/119373-devlet-sirri> adresindeki makale, e.t. 20.05.2010. Ancak diğer taraftan, Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı (DSKT), devlet sırrı niteliğini verme yetkisini Başbakanın başkanlığında oluşturulacak olan “Devlet Sırrı Kurulu” na vermektedir (DSKT m.6). DSKT metni için bkz: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/devletsirri.pdf> , e.t. 21.02.2011.

*gulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışındadır. Ancak, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme hakları saklıdır.” hükmü uyarınca bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bulunduğu...”<sup>19</sup>*

Danıştay ise bir kararında Tabipler Odası'nın yürütülen disiplin soruşturması ile ilgili hastane idaresinden bilgi alma isteminin BEHK m. 19'daki (*idarî soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler*) sınırlamaya girmeyeceğini şöyle belirtmiştir:

*“Bu durumda... odaya kayıtlı olsun veya olmasın tüm meslek mensuplarının mesleki ahlâk ve deontolojiye aykırı iş ve işlemleri ile ilgili olarak gerekli incelemeyi yapmak ve 6023 sayılı Yasada<sup>20</sup> belirtilen disiplin cezasını vermekle görevli ve yetkili olan meslek kuruluşunca yürüttüğü incelemeye esas olmak üzere ...Hastanesinde çalışan iki doktor arasında yaşanan kavga nedeniyle hastane başbekliliğince başlatılan disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelerin birer örneğinin verilmesi yönündeki istemin, 4982 sayılı Yasa'ya... aykırı bir yönü bulunmadığı gibi... meslek kuruluşunca yürütülen kamu hizmetinin bir gereğidir.”<sup>21</sup>*

## V) AİHM İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak AİHM önüne gelen ilk dava olma özelliği taşıyan *Leander/İsveç*<sup>22</sup> davasında, *Leander* hakkında yapılan güvenlik soruşturması sonucu, başvuru, bir askerî deniz üssünün içerisinde yer alan müzede işe alındıktan birkaç ay sonra işten çıkartılmıştır. Soruşturma sonucunda *Leander* neden sakıncalı bulunduğu açıklanması istenmiştir. Yetkili makamlar başvurucuya, askerî üste bulunan gizli belgelere erişimin mümkün olabileceği düşüncesiyle *Leander*' in sakıncalı bulunduğunu belirtmiştir. Ancak sakıncalı bulunmasına neden olan bilgilerin açıklanmasına ilişkin talep yetkili makamlarca gizlilik nedeniyle reddedilmiş, başvurucuya bu konuda bilgi verilmemiştir. Gizliliğin nedeni olarak ulusal güvenlik gerekçe gösterilmiştir. Başvuru iç hukuk yollarından da sonuç alamaması üzerine bilgi edinme hakkının ihlâl edildiği iddiası ile davasını AİHM önüne getirmiştir.

<sup>19</sup> BEDK 65. toplantı 2006/1039 sayılı karar, www.bedk.gov.tr , e.t. 21.02.2011.

<sup>20</sup> Türk Tabipler Birliği Kanunu.

<sup>21</sup> Bkz. Danıştay 10. D., E. 2009/4540, K. 2009/3725, T. 08.05.2009, www.kazanci.com.tr , e.t. 21.02.2011

<sup>22</sup> 26.03.1987 tarihli 9248/81 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int , HUDOC, e.t. 22.02.2011.

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 10 kapsamına giren bilgi edinme hakkı bağlamında daha sonra bu konuda gelecek olan davalarda kullanacağı bir ilke karar benimsemiştir. AİHM; AİHS m.10'a göre bilgi edinme hakkının kullanılmasında, temel olarak, başvuruda bulunan kişiye başkalarının vermek isteyebileceği veya verebileceği bilgileri Devlet'in gizlemesinin yasak olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan ise, AİHS m. 10'un, *Leander* davasındaki şartlar göz önüne alındığında, bireye, kendisinin pozisyonu ile ilgili tutulan kayıtlara erişme hakkı veya Devlet'e bu kayıtları açıklama yükümlülüğü getirmediğini ifade etmiştir. Mahkeme bu gerekçelerle AİHS m. 10'un ihlâl edilmediği kararına varmıştır.<sup>23</sup> AİHM bu davada ortaya koyduğu içtihadı başka bir çok davada atıf yapmıştır.

*Gaskin/Birleşik Krallık*<sup>24</sup> davası da Mahkeme'nin bu konuda önüne gelen ikinci dava niteliğini taşımaktadır. Küçük yaşta annesini kaybeden ve 14 yaşında hırsızlık suçundan yargılanıp babasının bakımından alınan başvurucu, sosyal hizmetler tarafından koruma altına alınmıştır. Başvurucu 18 yaşına kadar Liverpool Şehir Konseyi'nin vesayeti altında çeşitli ailelere evlâtlık olarak verilmiştir. Başvurucu, 19 yaşında, sosyal hizmetlerin bakımında kendisine kötü/fena muamele edildiğini düşündüğünden ve bu bağlamda tazminat talebinde bulunmak istediği için bakımı süresince kendisiyle ilgili tutulan bilgilere ve kayıtlara ulaşma talebini Liverpool Şehir Konseyi'ne iletmıştır. Ancak başvurucuya bu kayıtlara ulaşmasının izin verilmediği, tutulan kayıtların gizli olduğu belirtilmiş ve başvurusu reddedilmiştir.

AİHM, aynı *Leander/İsveç* davasında belirttiği gerekçelerle başvurunun söz konusu kayıtlara ulaşmamasını AİHS m. 10 çerçevesinde bilgi edinme hakkı ihlâli olarak görmemiştir. Ancak AİHS m.8, özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında, bireylerin kimlikleri, çocuklukları ve gençlikleri ile ilgili bilgilere ulaşmasının engellenemeyeceğini belirttikten sonra AİHS m.8 anlamında bir ihlâl olduğu belirtilmiştir.<sup>25</sup> Mahkeme, davanın bu yönüyle *Leander/İsveç* davasından farklı olduğunu ortaya koymuştur.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Bkz: *Leander/İsveç* kararının 74 ve 75. paragrafları.

<sup>24</sup> 07.07.1989 tarihli 10454/83 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int, HUDOC, e.t. 22.02.2011.

<sup>25</sup> Bkz: *Gaskin/Birleşik Krallık* kararının 37, 39 ve 40. paragrafları. Benzer kararlar için bkz: *Rotaru/Romanya* (04.05.2000 tarihli 28341/95 başvuru numaralı karar), *Amann/İsviçre* (16.02.2000 tarihli 27798 başvuru numaralı karar).

<sup>26</sup> AİHM, *Leander/İsveç* davasında AİHS m.8'in ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

*Gaskin/Birleşik Krallık* kararına ve olaylara benzer bir karar *M.G./Birleşik Krallık*<sup>27</sup> davasında verilmiştir. Mahkeme bu kararda yalnızca AİHS m.8 kapsamında inceleme yapmış ve ihlâl tespit etmiştir.

*Sîrbu ve diğerleri/Moldova*<sup>28</sup> davasında ise Savunma Bakanlığı, Ulusal Güvenlik Bakanlığı (İstihbarat Servisi) ve İçişleri Bakanlığının ödeneklerle ilgili aldığı gizli kararların açıklanması talebiyle yapılan bilgi edinme başvurusu reddedilmiştir. Ulusal Mahkeme'ye yapılan başvuru sonucunda ise, mahkeme, bu bilgilerin açıklanması gerektiği kararı alınmış, ancak söz konusu karar uygulanmamıştır. AİHM, m.10 bağlamında tekrar *Leander* kararına atıfta bulunarak, askeri, istihbaratla ilgili veya polise ilgili kamuya gizli tutulan belgelerin açıklanmasında devletin pozitif bir yükümlülüğü olmadığını belirterek AİHS m. 10 açısından *incelemeye gerek görmemiştir*.

Aynı yönde; çevre hakkının bir uzantısı olan çevresel olaylarla ilgili katılım ilkesi kapsamında, *Guerra/İtalya*<sup>29</sup> kararında mahkeme, AİHS m.10 kapsamında devletin, vatandaşların bilgi almasını engellemesinin ihlâl oluşturacağı ancak devletlerin kendiliğinden bilgileri paylaşmasının gerekmediği, bir talep olması gerektiğini belirterek ihlâl olmadığına karar vermiştir. Bu kararda da AİHS m.10'un devlete pozitif yükümlülük vermediğine hükmedilmiştir. Mahkemenin bu kararı, davadaki olaylar dikkate alındığında kamu yararı söz konusu olduğundan eleştirilmektedir.<sup>30</sup> Nitekim kanımca, aşağıda belirteceğimiz üzere *Kişisel Özgürlükler Birliği/Macaristan* kararında AİHM, bilgi edinme hakkının bu şekilde dar yorumlanması yolundan vazgeçmeye başlamıştır.

AİHS m.10 bilgi edinme hakkı bağlamında ihlâl bulunan davalardan birisi de *Kenedi/Macaristan*<sup>31</sup> davasıdır. Gizli servislerin diktatör, totaliter ve Sovyet bağlantılı ülkeler ile karşılaştırmalı araştırma ve çalışma yapan tarihçi başvuru, İçişleri Bakanlığında 1960'lı yıllarla ilgili bazı belgelerin suretini talep etmektedir. Ancak bu belgelerin devlet sırrı niteliği sahip olması nedeniyle başvuru bu talebi reddedilir. Başvuru iç hukuk yollarını kullanarak belgelere yalnızca biri dışında ulaşır.

27 24.12.2002 tarihli 39393/98 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int, HUDOC, e.t. 22.02.2011.

28 10.11.2004 tarihli 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/01 başvuru numaralı karar,

29 19.02.1999 tarihli 14967/89 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int, HUDOC, e.t. 22.02.2011.

30 Bu yönde daha kapsamlı eleştiriler için bkz: SOYKAN, Cavidan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı, AÜHFD, 2007, C.56, S.2, s. 71.

31 26.08.2009 tarihli 31475/05 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int, HUDOC, e.t. 22.02.2011.

Elinde ulusal mahkeme kararı olmasına rağmen bu karar uygulanmamakta ve başvuru konusunun söz konusu belgeye erişimi kanunen öngörülmediği gerekçesiyle engellenmektedir. AİHM, başvuru lehine mahkeme kararı olmasına ve bakanlığın defalarca para cezası almasına rağmen, bu belgeye erişiminin engellenmesini AİHS m.10/2'de belirtilen kanunen öngörülme istisnasına girmediğini belirtmiş ve davalı devletin hem AİHS m.6/1 hem de m.10 bağlamında sözleşmeyi ihlâl ettiğini karara bağlamıştır.

Mahkeme aynı şekilde *Kişisel Özgürlükler Birliği/Macaristan*<sup>32</sup> kararında da AİHS m.10'un ihlâl edildiğine karar vermiştir. *Kişisel Özgürlükler Birliği* temel hakların sağlanmasına çalışan bir sivil toplum örgütü olarak, hükümetin ilaç politikasıyla ilgili bir milletvekilinin yaptığı itirazın ne olduğunu kendilerine açıklanmasını istemişlerdir. Talep edilen belge resmî bir nitelik taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları bu talep söz konusu milletvekiline danışılmadan reddedilmiştir. AİHM, söz konusu davada, talep edilen bilginin açıklanmasının kamu yararına olacağını bu nedenle başvuru konusunun bilgi edinme talebinin meşru olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, talep edilen bilginin hazır olduğunu, herhangi bir araştırma yapmaya ihtiyaç duymadan sağlanabileceğini belirtmiş ve demokratik toplumda gerekli bir sınırlama olmadığını ifade ederek AİHS m. 10 bağlamında ihlâl olduğu kararına varmıştır.<sup>33</sup> Bu karar, her ne kadar karar metninde açıkça belirtilmese de, bilgi edinme hakkının kullanılması açısından mahkemenin önceki kararlarına göre daha geniş bir yorum yaptığını göstermektedir. Bu anlamda kararın önem derecesi yüksektir.

## VI) Sonuç

Türkiye'de gelişmekte olan bilgi edinme hakkının kullanılması ile aydınlık bir idare tarzının oluşması, demokrasinin gelişmesi için elzem bir unsurdur. Ancak giriş bölümünde de belirttiğimiz üzere idarenin şeffaflığı ile bilgiye erişimin çatışmasından daha çok tartışılması gereken şeffaflığın mı yoksa gizliliğin mi kamu yararına olacağıdır. Bu da önemsiz bir tartışma değildir. Kanaatimce, idarenin şeffaflığı, toplumu oluşturu-

<sup>32</sup> Kararda geçen isim: Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary. 14.07.2009 tarihli 37374/05 başvuru numaralı karar, www.echr.coe.int, HUDOC, e.t. 22.02.2011.

<sup>33</sup> Bkz: Társaság a Szabadságjogokért/Macaristan kararınının 36, 37 ve 39. paragrafları.

ran bireylerin bilinçli olmalarını ve ifade özgürlüklerini doğru biçimde kullanmalarını sağlar. Bu şeffaflık ise bilgiye erişim ile mümkün olur. Ayrıca hukuk devleti unsurunun, hem toplu hem de bireysel olarak katılım sağlanarak daha sağlam temele oturtulması sağlanabilir.

İdarenin şeffaflığı kamu yararınadır. Gizlilik, çoğu zaman kamu yararına değil, gizli tutulan bilgiden faydalanan belirli birey/ler, topluluklar veya devlet yararına olur. Söz konusu bilgi, devletin diğer devletlerle olan ekonomik ilişkilerini, küresel anlamdaki güç ilişkilerini veya askerî gücünü olumsuz yönde etkileyecek ise, yalnızca bu durumda çekince konulabilmelidir. Zira bu konularda doğrudan veya dolaylı herkes etkilenecektir. İşte tam burada kamu yararından bahsedilebilecektir. Bu nedenle bilgiye erişimde kurulacak denge büyük önem taşır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere AİHM de bu dengeyi tartışmakta, kamu yararının olup olmamasına göre gizliliğin meşru olup olmadığına karar vermektedir. Dahası, kamu yararının olduğu durumlarda, bilgi açıklamaları açısından devletlere pozitif yükümlülükler getirmeye başlamıştır.

Türk hukuk sistemine baktığımızda bilgi edinme hakkı anayasal bir temele oturtulmamış, yalnızca kanunla düzenlenmiştir. Bu durum hukuk devleti açısından bir eksiktir ve bir an önce giderilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan BEHK kapsamındaki sınırlamalardan olan Devlet sırrı ve gizli belgelerin kapsamı olabildiğince dar tutulmalıdır. Aksi takdirde bireylerin bilgi edinme, gerçekleri öğrenme ve bu doğrultuda ifade özgürlüklerini kullanma hakları bir anlamda ellerinden alınmış olacaktır.

### KAYNAKÇA

**ASLAN**, Zehreddin/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, İstanbul Kasım 2005.

**GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara Ekim 2008.

**HIZ**, Yüksel/ **YILMAZ**, Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004.

**İLKİZ**, Fikret, *Devlet Sırrı*, <http://bianet.org/bianet/siyaset/119373-devlet-sirri> adresindeki makale, e.t. 20.05.2010.

**SEZER**, Yasin/ **BİLGİN**, Hüseyin, *Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*, AÜHFD 2008, C.57, S. 344, s. 337-366.

**SOYKAN**, Cavidan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtibatlarında Bilgi Edinme Hakkı*, AÜHFD, 2007, C.56, S.2, s. 63-74.

- [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- [www.bedk.gov.tr](http://www.bedk.gov.tr).
- [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).
- Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı; <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/devletsirri.pdf>.

**(Tüm internet kaynaklarına erişim 28.03.2011 tarihinde de sağlanmıştır.)**





---

# KUMAR OYNANMASI İÇİN YER VE İMKÂN SAĞLAMA SUÇU (TCK m.228)

---

**Av. Cüneyd Altıparmak**

---

## Özet

Makalede Türk Ceza Kanununun 228'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan "kumar oynanması için yer ve imkan sağlama" suçu incelenmektedir. Suçun 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunundaki hükümlerden farklılıkları üzerinde durulduktan sonra, unsurları açıklanmıştır. Kumar amacıyla bir internet sitesinin kurulmasının suçun oluşumuna etkisi araştırılmış, suçun özel görünüş şekilleri ve yaptırım konularına değinilmiştir. Sonrasında, suç tipinin benzer düzenlemelerden, özellikle de dolandırıcılık suçundan ve kumar kabahatinden farkları incelenmiştir. Sonuç olarak, kumarın önlenmesi açısından bastırıcı suç tiplerinin yaratılmasının yanında, önleyici (idari) tedbirlerin de etkili bir biçimde uygulanması gerekliliğine işaret edilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, dolandırıcılık, internette kumar, oyun alet ve makineleri, kabahat

## Abstract

The paper deals with the crime of providing place and means for gambling, as regulated under art. 228 of the Turkish Criminal Code. The differences of the offence and its counterpart in the Previous Turkish Criminal Code (Law 765) have been pointed out, followed by an explanation of the elements of the crime. The possibility of creating internet sites with the intent of providing means for gambling has been dealt with separately, and particularities of the crime regarding concurrence and sanctioning have been explained. In addition, differences of the offence from other related criminal behaviour, such as the crime of fraud and the misdemeanour of gambling have been examined. As a result, the need for effective preventive (administrative) measures for fighting gambling has been emphasized, proposing their implementation in addition to traditional repressive penalisation of the behaviour.

## Keywords

Providing place and means for gambling, fraud, internet gambling, gambling tools and machines, misdemeanour.

## Giriş

**Kumar;** kazanç edinmek maksadı ile yapılan, kar ve zararı şansa kalmış oyunlardır<sup>1</sup>. Kumar kelime anlamı olarak ortaya para koyarak oynanan talih oyunudur<sup>2</sup>. Kumar ile ilintili fiiller başta Türk Ceza Kanunu ve Kabahatle Kanunu olmaz üzere yaptırıma tabi kılınmış ve bu fiillerle mücadele için bazı başka düzenlemeler de yapılmıştır. Bu makalemizde öncelikle TCK 228. madde düzenlemesine ayrıntılı olarak değinip, ardından diğer mevzuat hükümleri hakkında bilgi vereceğiz. Amacımız kumar ile ilgili tüm cezai hükümlere yer vermek ve karşılaştırmak olacaktır.

Mülga Türk Ceza Kanununun 567 ila 570. maddeleri arasında kumar konusunda düzenlemeler dikkat çekmektedir. Gerçekten 569. maddede kumarın tanımı “Ceza kanununun tatbikında kumar, kazanç kasdiyle icra kılınıp kar ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır” şeklinde yapılmış ve 567. maddede ise “ (1) Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterirse bir aydan altı aya kadar hafif hapis ve 250 liradan 500 liraya kadar hafif para cezasına ve tekerrürü halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve 500 liradan 1.000 liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur. (2) Kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarıyan veya kumar oynamaya tahsis olunan mevat ve alat ile ortada bulunan eşya ve para zapt ve müsadere olunur.(3) Fail: 1. Bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu; 2. Birinci fıkrada beyan olunan kabahatin irtikâbında kumar oynayanlara karşı banko tutan olduğu takdirde yukardaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükümlenir ve bu son halde üç aya kadar meslek ve sanatın tatili cezası da ilave edilir” biçiminde kumar oynatmaya ilişkin düzenleme yapılmıştır<sup>3</sup>.

1 Türk Hukuk Sözlüğü, “Kumar” Kelimesi, Ankara 1998, s. 207.(Başbakanlık Basımevi)

2 Türk Dil Kurumu (TDK), “Kumar” Kelimesi, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, Erişim T.: 01.02.2008. Ayrıca, “Kumar oynamak” eylemi ise Türk Dil Kurumunun sözlüğünde, “ortaya para koyarak talih oyunu oynamak” şeklinde tanımlanmıştır; TDK, “Kumar Oynamak”, <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul.ASPX?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=kumar%20oynamak>, Erişim T.:01.02.2008

3 Mülga TCK'nın konuya ilişkin diğer maddeleri şöyledir: *Madde 568;* (Değişik madde: 09.07.1953 – 6123/1 md.): (1) Her kim, yukardaki maddede beyan olunan kabahate iştirak etmeksizin umumi veya umuma açık mahalde kumar oynarsa bir aya kadar hafif hapis ve 50 liradan 100 liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır. (2) Tekerrürü halinde ceza on günden iki aya kadar hafif hapis ve 100 liradan 200 liraya kadar hafif para cezasıdır”.*Madde 570;* “(1) Yukarkı maddelerde beyan olunan kabahatler için hususi içtimalara mahsus olsa bile kumar alat ve edevatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle oyun oynamak mutad olan yerler ve duhuliyeye verilmesi bile oyun oynamak isteyen herkesin girebileceği mahaller, umuma açık yerlerden sayılır.”

## I. Suçun İncelenmesi

### A. Hüküm ve Niteliği

Türk Ceza Kanununun 228. maddesinde<sup>4</sup> düzenlemiş bulunan “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu” mahiyeti itibari, kumar fiilinin kendisini değil de, bunun toplu biçimde oynanmasının mümkün hale getirilmesini veya oynanması için yer temin edilmesini suç olarak düzenlemiştir. Anılan madde hükmü şöyledir :

- (1) *Kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişi, bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.*
- (2) *Çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması hâlinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.*
- (3) *Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*
- (4) *Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır”*

Madde metninde de rahatça anlaşılacağı üzere kumar; iki unsurun teşekkülünden ibarettir. İlkin; oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Kabahatler Kanununun gerekçesinde de Kumar “kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunları ifade etmektedir” şeklinde tanım yapılmaktadır.

4 Maddenin gerekçesi şöyledir: “Madde metninde kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, aleniyet şartı aranmamıştır. Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlamakla oluşur. Maddenin ikinci fıkrasında, çocukların kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlanması, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkraya göre, kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması suçundan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz.”

Yargı Kararlarına ve diğer mevzuata baktığımızda “*tombala çektirmek*”<sup>5</sup>, “*yanık*” diye tabir edilen iskambil oyununu<sup>6</sup>, “*langirt*”<sup>7</sup>, “*rulet, tilt*”<sup>8</sup>,

- 5 Y.11.CD. E. 2002/4336, K. 2002/6668, T:08.07.2002; Y.2.CD, E.2001/27943, K.2002/14708, T:11.09.2002.
- 6 Y.2.CD, E.1987/1719, K. 1987/1856 T: 10.03.1987.
- 7 Langirt oyunu ile halk arasında aynı adla anılan “masa futbolu” oyunları biri birine karıştırılmamalıdır. Bu konuda Yargıtay, suç konusu olduğu ileri sürülen ve üstünde futbol oynatılan masanın 1072 sayılı kanun kapsamına giren langirt ve benzeri oyun aleti mi yoksa 2464 sayılı kanunun 20. maddesine göre işletme vergisine tabi kılınan ve bu nedenle suç teşkil etmemesi gereken ve “masa futbolu” diye adlandırılan alet mi olduğunun makine mühendisinin yanında, emniyet kumar masasından uzman ile vergi hususunda yetkili uzman bilirkişi heyetinden alınacak ortak rapora göre tespit edilmesinden sonra karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Y. 7. CD, E. 2002/4193, K.2002/3763,T:25.03.2002)
- 8 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun çerçevesinde kabul edilmektedir. Buna göre “*umuma mabsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdıyla oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri balt ve talibe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalştırmak veya yurda sokmak yabut imal etmek yasaktır*”(m.1). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında “...*Davacılar; Uluslararası Matematiksel Kazanç Sistemi Başvurusu ile dava konusu ettikleri bedeli geri talep etmemek koşuluna bağlı olarak sisteme bibe etmişler, ne kadar çok kişiyi kandırıp sisteme dabil edersek o kadar çok para kazanırız gayesi ile de T. International’a katılmışlardır. Uluslararası Matematiksel Kazanç Sisteminin gayesinde sisteme katılanların, bu sisteme ne kadar kişi dabil ederlerse o nisbette kazanç sağlayacakları esasına dayalı olmasıdır. Başlangıçta bu sisteme Başbakanlık Hazine Müşterşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından 4.12.1996 tarihinde izin verilmişken sonradan 1.9.1997 tarihinde birden çok kişiden usulsüz ve yetkisiz para toplanmış olması nedeniyle verilen iznin iptal edildiği görülmüştür. Böylece güttüğü gayenin ablaka ve adaba aykırı, kanunun suç sayıp yasaklandığı faaliyetlerden olduğu kumar mahiyetinde bulunduğu anlaşılmıştır. Davacıların da böyle bir sisteme dabil olmaları başkalarını yanıltıp daba çok kazanç sağlama amacına yönelik olması nedeniyle kumar niteliğinde olduğu gibi ablaka ve adaba da aykırıdır. Davacıların bu işlemleri sosyal hayatta güven ve devamlılık sağlamayacağı gibi kamuoyu tarafından benimseneceği de düşünülemez. Öyle olduğu için ablaka aykırı bir maksadın elde edilmesi için verilen bir şeyin geri alınması mümkün değildir. Kaldı ki davacılar, bu parayı geri almamak koşulu ile sisteme bibe etmişlerdi. Bu itibarla BK.nın 504 ve 65.maddeleri gereğince para verilmiş olsa dahi borç oluşmayacak ve geri alınmasını gerektirmeyeceğinden davanın bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırır olup bozmayı gerektirir... ) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Taraflar arasında kurulan, “T. Uluslararası Matematiksel Kazanç Sistemi Kabul Başvurusu” başlıklı sözleşmenin davalının davacıyı hileyle düşünerek ve hileli davranışları sonucu düzenlenmesini sağladığının kabulü gerekir. Hemen bu bağlamda belirtelim ki; BK.65.maddesi hükmüne göre haksız veya ablaka aykırı bir maksat itibsali verilen şeyin istirdadının mümkün olmayacağını benimseyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1999/13-990 E, 1999/956 Karar sayılı ve 17.11.1999 günlü kararına konu teşkil eden davanın; davalısı bu davada olduğu gibi sistemin kurucu ve yöneticileri değildir. Sistem yöneticileri dışında; diğer bir ifade ile sistem zincirinin alt halkalarında bulunan kişilere karşı açılmış en önemli bu konumdaki kişiler arasında gelişen somut olayın kendine özgü durumu ve delilleri değerlendirilerek karar oluşturulmuştur. Dabası baklarında bağlayıcı bir ceza kararı da*

“şık şık<sup>9</sup>”, “konken<sup>10</sup>” gibi oyunların kumar olarak kabul edildiğini görebilmekteyiz.

## B. Suçun Maddi Unsuru

“Kumar oynaması için yer ve imkan sağlamak” suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Bunun için oynanmasına yer ve imkan sağlanan oyunun kumar olması şarttır. Kumar tanımı içerisinde kalmayan bir oyun için bu suç oluşmayacaktır. Kumar tanımı karşısında, Türk Ceza Kanunu açısından kazanç kasti olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkân sağlanması, bu madde kapsamında ele alınmayacaktır.

İcrai mahiyette oluşabileceği ihmali davranışlarda bu suçun işlenmesi mümkündür. Örneğin, kumar oynamak için tahsis etmediği halde; kumar oynandığını görüp müdahale etmeyen kimsenin konumu bu mahiyette değerlendirilebilir.

Hareket açısından bu suç, her şekilde işlebileceği için, serbest hareketli suç konumundadır.

Kanun “yer ve imkan” ibaresini kullanmıştır. Yer kelimesi burada “mekan, mahal” anlamında<sup>11</sup>; imkan kelimesi ise “olanak, yararlanmaya uygun durum<sup>12</sup>” olarak tanımlanmıştır. Bu suç için bir kimsenin yer sağ-

*bulunmamaktadır*” (Y.HGK. E.2000/13-794, K.2000/833, T:26.04.2000). “Uluslararası Matematiksel Kazanç Sisteminin gayesi de sisteme katılanların, bu sisteme ne kadar çok kişi dahil ederlerse o nispette kazanç sağlayacakları esasına dayalı olmasıdır. Başlangıçta bu sisteme Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü tarafından 4.12.1996 tarihinde izin verilmişken sonradan 1.9.1997 tarihinde birden çok kişiden usulsüz ve yetkisiz para toplanmış olması nedeniyle verilen iznin iptal edildiği görülmüştür. Böylece güttüğü gayenin ablaka ve adaba aykırı, kanunun suç sayıp yasakladığı faaliyetlerden olduğu kumar mahiyetinde bulunduğu anlaşılmıştır. Davacılarında böyle bir sisteme dahil olmaları başkalarını yanıltıp daha çok kazanç sağlama amacına yönelik olması nedeniyle kumar niteliğinde olduğu gibi ablaka ve adaba da aykırıdır. Davacıların bu işlemleri sosyal hayatta güven ve devamlılık sağlamayacağı gibi kamuoyu tarafından benimseneceği de düşünülemez” (Y. 13. HD. E.1999/5959, K.1999/6672 T:05.10.1999)

9 Y. 2. CD. E. 1992/11699, K.1992/12401, T:08.12.1992. Dolu kutunun bulunmaya çalışılmasını öngören bir oyun, elindeki kibrit kutusu, küçük boru vs. kutuları sallayan birisinin oyunu oynayandan dolu bulmasını böylece, parayı kazanması esasına dayanan bir oyun. Halk arasında “bul kararı al parayı” olarak adlandırılan oyunun bir benzeri.

10 Y. 2. HD., E.1975/9170, K.1975/9320, T:06.12.1975

11 Bkz: <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=341857> (ET.26.04.2009)

12 Bkz: <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=167806> (ET.26.04.2009)

larken imkan sağlamaması mümkün değilken, sadece imkan sağlaması mümkündür. Örneğin, kumarın oynanması için nöbet tutmak imkan sağlamak kapsamında mütalaa edilebilir. Bunu yer sağlamadan yapmak mümkündür. Ancak, kumar için dernek binasının kullandıran yöneticinin konumu yer sağlamak ve dolayısı ile imkan sağlamak şeklindedir.

Suçun oluşması için fiilin aleni olması yada yerin aleni bir yer olması şartı aranmamıştır. Bu nedenle her ne şekilde olursa olsun kumara yönelik her türlü yer ve imkan temin edilmesi halinde suç oluşur.

Bunun yanında kumar oynanması için bir internet sitesinin hazırlanması da bu suç kapsamında ele alınmalıdır. Nitekim; internet ortamında kumar oynanması ve oynatılması da mümkün olmaktadır<sup>13</sup>. 5661 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” çerçevesinde bu yolla işlenen kabahatlerin ve suçların izlenmesine imkân vermektedir. Bu şekilde tespit edilen kişiler hakkında işlem yapılmaktadır<sup>14</sup>.

### C. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru genel kasttır. Failin kumar için yer ve imkan sağladığını bilmesi ve isteyerek hareket etmesi suçun oluşum için yeterlidir.

13 “Evindeki bilgisayarından internetteki bir oyun sitesinde kumar oynayan kişiye, 2 yıl sonra bin 200 YTL para cezası geldi. F.K. (37) 2 yıl önce internette reklâmını gördüğü “www.oyunsalonu.com” adlı sitede kredi kartıyla kumar oynamaya başladı. Kumar oynamayı bırakmasının üzerinden geçen 2 yılsonunda, geçen ay Çanakkale Emniyet Müdürlüğünden, internette kumar oynadığı gerekçesiyle K.’ye toplam bin 200 YTL para cezasını içeren 12 tebligat gönderildi. K., kumar oynadığı siteye internette gördüğü reklamlar üzerine girdiğini, daha sonra bu sitede kredi kartından ödeme yaparak poker oynamaya başladığını söyledi. Kumar oynamayı bıraktıktan sonra kendisine gönderilen para cezasına çok şaşırdığını belirten K., “Yaptığım araştırmaya göre, 2006’da internet yasası çıktı. Fakat geriye dönük ceza kesilmesini anlamsız buluyorum” dedi. Geçen yıl kasım ayında mahkeme kararıyla kapatılan ve erişimleri engellenen 40 internet sitesini mercak altına alan Emniyet Genel Müdürlüğü, 2005 yılından bu yana bu tür sitelerde kumar oynayan kişileri saptadı. Çanakkale Emniyet Müdürlüğü yetkilileri, kentte 38 kişinin 300 kez bu sitelerde kumar oynadığının belirlendiğini, hepsine her seferi için 100 YTL olmak üzere idari para cezasının kesildiğini bildirdi. Bu arada, şu an sadece 2005 yılında sitelerde kumar oynayan kişilere maliye kanalıyla ceza tebliği yapılırken, gelecek aylarda 2006 ve 2007 yıllarındaki suçluların da belirleneceği öğrenildi”: *“İnternette Kumara Bin 200 YTL Ceza”*, Sabah Gazetesi, 01.02.2008.

14 Bkz.: “İnternette çocuk pornosu ve kumar sitelerine girenler yandı”, Milliyet Gazetesi, 28.12.2006.

## D. Hukuka Aykırılık

Bu suça ilişkin her hangi bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmemiştir. Bu konuda genel hükümler caridir.

## E. Nitelikli Hal

Suça ilişkin olarak ikinci fıkrada bir ağırlatıcı hal öngörülmüştür. Buna göre; *çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması hâlinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır. Madde metnindeki çocuk deyiminde; TCK m.2/b atfı ile; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılacaktır.*

## F. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 1. İçtima

Bir kimsenin hem inceleme konumuz suçu işlemesi ve hem de kumar oynaması halinde inceleme konumuz açısından ceza tertibine gidilmekle beraber, ayrıca kabahatler kanunu açısından da ayrıca idari para cezası yaptırımını uygulanabilecektir.

Failin kumar oynatma için maliki veya zilyedi olmadığı kamuya veya özel kişilere ait taşınmazı kullanması halinde durumuna göre TCK m 154 ve/veya m.116 açısından fikri içtima yapılması mümkündür.

**Kumar oynatmak maksadı ile birden fazla yer hazırlayan kimse hakkında kanaatimizce TCK m. 43 uyarınca “zincirleme suç” hükümlerinin uygulanması gerekir.**

### 2. İştirak

Bu konuda TCK m.37-41 hükümleri cari olmakla beraber, birkaç hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Tahsis ettiği yerin bu suç için kullanıldığını bilmek ile tahsis edeninde fail olarak ele alınması gerekmektedir. Örneğin, dükkanını A şahsında kirayan B, eğer bu dükkanında kumar oynatılacağını biliyor ve buna rağmen müsaade ediyor ise bu suçun faili olarak değerlendirilecektir.

### 3. Teşebbüs

Suç kumar oynanması için yerin tahsis edilmesi ile gerçekleşeceği için, tahsis edilen yerde kumar oynanıyor olması gerekmez. Zira kanun tanımında yer alan “Kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak” deyiminden bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bu açıdan suç teşebbüse elverişli gözükmemektedir.

### G. Yaptırım

Suçun faili “bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır”. Suçun nitelikli halinde ise faile verilecek ceza bir katı oranında artırılacaktır.

Suç nedeni ile bir tüzel kişi yararına kasten yarar sağlanmasına olanak sağlanmış ise; bu kere tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir. (krş.TCK m.60<sup>15</sup>)

## II. Benzer Düzenlemelerden Farkı

### A. Dolandırıcılık Suçu

Aynı zamanda failin kumar oynanması maksadı ile tesis ettiği araçlarda, kumar oynayanların devamlı kaybetmesine yahut buna benzer bir biçimde kumar oyununun normal seyrini etkileyecek “hileli veya aldatıcı” unsurların (araç-gereç, düzenek vb) kullanılması halinde dolandırıcılık suçundan bahsetmek gerekecektir.

Örneğin, tombala çektiren sanığın bu kumar oyununda hile ve desise yaptığı belirlenmemiş olmasına göre, tombala taşları ve kartlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, kazanmayı engelleyici hile ve desisenin mevcut olup olmadığının araştırılması, hile ve desisenin tespit edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü ile sonucu-

---

15 *Türk Ceza Kanununun* “Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri” başlıklı 60. maddesi şöyledir:

- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.
- (2) Müsadere hükümleri, yaranna işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.
- (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.
- (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır



na göre karar verilmesi gerekir<sup>16</sup>. Bu halde, kumar oynayan kişi açısından da kabahatin oluşup oluşmadığının tespiti değerlendirilmelidir<sup>17</sup>.

## B. Kumar Kabahati

Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmekte, bu fiiller, “idarî suçlar” olarak tanımlanmaktadır. İdari suçun karşılığı olarak genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Bu ekonomik yaptırım “idarî para cezası” olup ceza hukukundaki “adli para cezası” değildir<sup>18</sup>. Gerek ceza hukukunda gerekse kabahatler kanununda öngörülen para cezaları belli bir miktar paranın kişiden alınıp Hazineye verilmesi gibi görünse de; adlî nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infazı, yaptırma bağlanan kanunî neticeler bakımından önemli farklılıklarında bulunduğu unutulmamalıdır<sup>19</sup>. Kabahat türünden haksızlıkların yaptırım altına alınmasıyla, toplum düzeninin, genel ahlâkın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunmasının amaçlandığı düşünülmektedir. Bu nedenle Kanun’da kabahatlere ilişkin genel ilkeler, bu haksızlıklar karşısında uygulanabilecek idarî yaptırımların türleri ve sonuçları ile idarî

16 Y.11.CD. E. 2002/4336, K. 2002/6668, T:08.07.2002

17 “Dolandırıcılık suçunun oluşması için bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler kullanılarak o kimsenin veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir çıkar sağlanması gerekmesine, dava konusu olayda tombala çektiren sanığın, bu kumar oyununda hile ve desise yaptığı belirlenmemiş olmasına göre, emanetin 1999/169 sırasında kayıtlı bulunan tombala taşları ve kartları getirtilip bilirkişi aracılığıyla incelenerek kazanmayı engelleyici, münhasıran oynatanın kazanma şansı bulunan hile ve/veya desisenin mevcut olup olmadığının araştırılması, hile ve/veya desisenin mevcut olduğunun anlaşılması halinde dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekeceği, aksi takdirde eylemin TCK.nun 567. maddesindeki kumar oynatmak suçunu oluşturacağı gözetilmeden eksik soruşturma ile yeterli delil elde edilemediğinden bahisle sanığın beraatına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir” (Y.11.CD. E. 2002/4336, K. 2002/6668, T:08.07.2002)

18 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.: Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı Genel Gereğesine

19 “Örneğin, idarî nitelikte bir yaptırım olarak para cezasına, ceza muhakemesi süreci sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmez; bu ceza, idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Bu cezalar, adlî sicile kaydedilmez, ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez. İdarî nitelikteki “para cezası”, bir uyarı (ikaz) fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacıyla da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının misli nitelikte olması mümkündür” (Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı Genel Gereğesinden).

yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Kabahatler Kanununda, bazı kabahatler de tanımlanmaktadır. Biz bu makalemizde kumar kabahatini ele alacağız. Kabahat olarak düzenlendiğinden bu yana toplum içerisinde de daha da alenileşen kumar<sup>21</sup>, bilindiği gibi Kumar 765 sayılı Türk Ceza Kanununda da suç olarak ele alınmakta idi. Mülga Kanunun düzenlemelerine bakıldığında Kabahatler Kanunundaki düzenlemeler ile paralellik göstermektedir.

Kumar, kabahati sadece kumar oynayan kimseler için geçerlidir. Kumar oynanan yerde çalışan kimselerin veya kumar oynatanların eylemlerinin bir kabahat olarak değil de, Türk Ceza Kanunda düzenlenen “kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması”<sup>22</sup> suçu açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

- 20** Bkz.: Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı Genel Gerekeçesi m.1 “...Ayrıca, Tasarıda, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer almasına rağmen, 5237 sayılı Kanunda suç olarak tanımlanmayan çeşitli baksızlıklar; anlaşılabilir ve bukuk tekniği bakımından uygulanabilir bir biçimde özel kabahatler olarak tanımlanmıştır. Ancak, belirtilmelidir ki, Tasarı kapsamında tanımlanan bu özel kabahatler; sınırlayıcı değildir...”
- 21** “Kumar oynamak ve oynatmak ‘suç’ olmaktan çıkarılıp ‘kabahat’ kapsamına alınınca, çoğu dernek kumarhaneye dönüştü. Ankara’da son 16 ayda 547 dernek ve lokal, özel üretilmiş makinelerle tombala çektirirken basıldı. Baskınlarda 368 tombala makinesine el konuldu, kumar oynayan 12 bini aşkın kişiye 1 milyon 233 bin YTL ceza kesildi. Bu sürede sadece 22 dernek kumar nedeniyle feshedildi. Geri kalanlar polis baskınının ardından kumar oynatmaya devam ederken, feshedilenler de isim değiştirerek faaliyetini sürdürüyor. Ankara Asayiş Şube Müdürlüğü Ahlak Bürosu’nun açıklamasında, kumarı da kapsamına alan Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005’ten bugüne kadar derneklere birçok baskın yapıldığı bildirildi. Kabahatler Kanunu’na göre buralarda tombala oynarken yakalanan toplam 12 bin 142 kişiye toplam 1 milyon 233 bin 553 YTL para cezası kesilirken, kumar oynatan dernek ve lokallerin yöneticisi konumundaki 850 kişi de adli makamlara sevk edildi. Tombala oynatmak için özel olarak üretilmiş 368 tombala makinesine de el konuldu. Tombala çektirirken yakalanan derneklerin büyük kısmının spor sevenler, kanarya sevenler, sokak güvercinlerini sevenler, at yarış sevenler, yarış atı sevenler ve dayanışma dernekleri oldukları görüldü. Kabahatler Kanunu’na göre kumar oynarken yakalananlara 109 YTL para cezası kesiliyor. Kumar oynatırken yakalananlarsa mahkeme kararıyla 500 YTL para cezası verilebiliyor. Kumar oynatan mekânlar, eskiden olduğu gibi geçici süreyle de olsa kapatılmıyor. Bu durum, bir gün önce kumar oynattığı tespit edilmiş dernek ve lokallerin, faaliyetlerine ertesi gün de devam etmesine neden oluyor.: “Bu ‘Kabahat’in seveni Çok”Radikal Gazetesi, 04.09.2006
- 22** Maddenin Gerekeçesi Şöyledir: “Madde metninde kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır. Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, aleniyet şartı aranmamıştır. Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlamakla oluşur. Maddenin ikinci fıkrasında, çocukların kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlanması, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkraya göre, kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması suçundan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz”.

Kumarın tespitinde başlıca iki öğeden yararlanabilecektir. Bunlar ilkin oyunun kar maksadı ile yapılması diğeri ise karın şansa bağlı olarak elde edilmesidir. Şans dışında bir faktörün söz konusu olduğu durumlarda kumardan bahsedilemez. Kumar oynayan açısından da kabahat oluşmaz. Failin, kumar oynamaya teşebbüsü mümkün değildir<sup>23</sup>, kumar oynayan kişi hakkında içtima hükümleri açısından genel hükümler uygulanacaktır. Bu kabahate iştirak mümkündür. Kumar oynayan kişiye bir kimsenin para yardımı vs yardımlarda bulunması yâda onunla beraber hareket edip, oyuna dâhil olması halinde iştiraktan bahsedileceği gibi, iki ve daha fazla kişinin bir araya gelerek kumar oynaması halinde, her birinin ayrı ayrı fail olacağı düşünülmelidir.

Kumar oynayan kişiye yüz yeni Türk lirası idari para cezası uygulanacaktır. Bunun yanında suçtan elde edilen, gelirlere el koyulabilecek ve mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilecektir. Bu yaptırımlardan **“idari para cezası”** ve **“elkoymaya”** kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir karar verebilecektir. İtiraz yetkili sulh ceza mahkemesine yapılacaktır<sup>24</sup>. Soruşturma ve Yaptırım zamanasını halinde yaptırım uygulanamaz ve yaptırım uygulanamaz<sup>25</sup>.

- 
- 23 Kumar oynatmak suçunun kabahat nevinden suçlardan olması nedeniyle teşebbüse elverişli olmamasına rağmen teşebbüs hükümleri uygulanarak mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir. Y.2.CD, E.2001/27943, K.2002/14708, T:11.09.2002
- 24 Kabahatler Kanununun “Başvuru Yolu” başlıklı 27. maddesi şöyledir: “(1) İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir. (2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.(3) Başvuru, bizzat kanuni temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir. (4) Başvuru dilekçesinde, idari yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir. (5) İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde bu madde hükmü uygulanmaz. (6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.34.md) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir. (7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.34. md) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir. (8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.34.md) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.
- 25 Bu konuda bkz.: Çelik M.Lamih, “Kabahatler Kanununa Göre Tahsil Zamanasını”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Yıl:2007, Sayı:8, s.34-36. Altıparmak, Cüneyd “Kabahatler Hukukunda Soruşturma Zamanasını” İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2008/1 s.49-58. “Kumar oynamak suçundan

### C. Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanuna Muhalefet Suçu

1072 s. Kanununun 1. maddesi “Türk Ceza Kanununun 228 nci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makineleri ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır” şeklindedir. Buna göre bu makinelerin imali her ve şart altında yasaklanmıştır.

Ancak bu makinelerin **“umuma mahsus veya umuma açık yerlerde”, “her ne ad altında olursa olsun kazanç kastıyla oynanmasa dahi” “bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek”** suç olarak tanımlanmıştır.

---

sanık İbrahim'in Beyoğlu Birinci Sulh Ceza Mahkemesi'nce düzenlenen ceza kararnameyle TCK.nun 567/1. ( 568 ) maddesi uyarınca 2 gün hafif hapis ve 1500 lira hafif para cezasıyla tecziyesine, ön ödeme çağrısına uyulmadığından, aynı Kanununun 119. maddesi gereğince 1/2 oranında artırım yapılarak 3 gün hafif hapis ve 2250 lira hafif para cezasıyla tecziyesine karar verildiği hafif hapis cezası 647 sayılı Kanununun 4. maddesine göre para cezasına çevrilerek ve temel para cezasıyla toplanarak sonuç olarak 2700 lira hafif para cezasıyla cezalandırıldığı ve kararın 1.7.1987 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Sorun; hükmün içerdiği cezalar itibarıyla TCK.nun 112. maddesinin 5 ve 6. bentlerinden hangisine ait zamanaşımına tabi olduğudur. TCK.nun 112. maddesinin, hükümlenilen cezaları ve bu cezaların nevi ve ağırlığını esas aldığı, nitekim, maddenin 2. fıkrasının, “nevi'leri başka başka cezaları havi hükümler, en ağır ceza için konulan müddetin geçmesiyle ortadan kalkar” hükmünü içerdiği görülmektedir. Yasa hükmü, zamanaşımının hesabında tayin olunan hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasının esas alınmasını öngörmektedir. 3506 sayılı Kanunla para cezaları için getirilen misli artırmalar; para değerinin düşmesi ve özel önleme fonksiyonunun sağlanması için yasalarda yer alan para cezalarının güncelleştirilmesine yönelik olup, asli cezaları değiştirmemekte, sadece onları kabul edilen sistem içinde artırmaktadır. Bu sebeple zamanaşımı hesabında nazara alınmaması gerekir. Aksi düşünce, hataen aşınma yapılmaması halinde o hükmün emsallerinden daha önce zamanaşımına uğraması, yada yıldan yıla artan katsayılar karşısında hükümlerin infaz aşamasında, bu artışla ters orantılı olarak zamanaşımının kısılması gibi eşitsizliklere yol açıp kanuni olan süreleri değişken dikkate getirecektir. Öte taraftan, aynı nedenlerle 647 sayılı Kanununun 4. maddesinin 4. fıkrasının da bu yönden nazara alınması mümkün değildir. TCK.nun 11. maddesinde, kabahat cezalarının ağırlık derecelerine göre 1. hafif hapis, 2. hafif para cezası, 3. muayyen bir meslek ve sanatın tatili icrası olarak sıralandığı, 18.11.1936 gün ve 1936/26-35 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da, ( esasta cisme tevcih olunan cezaların mala müteallik cezalardan daha ağır ve elemli olduğu hakkındaki duygu ve nazariye Kanununda kabul ve teyit ettiği bir mevzu olmuştur ) denildiği gözetildiğinde, zamanaşımının hükümde yer alan 3 gün hafif hapis cezası üzerinden hesaplanması gerektiği sonucu ortaya çıkmakta, buna göre de söz konusu hükmün TCK.nun 112. maddesi, 1. fıkrasının 6. bendindeki onsekiz aylık zamanaşımına tabi olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan sebeplerle; 14.2.1991 gün ve 1991/4 müt. sayılı Beyoğlu Yedinci Asliye Ceza Mahkemesi'nin sonuç olarak ceza zamanaşımını 18 ay olarak belirleyen kararında bir isabetsizlik bulunmadığından, yazılı emre dayanan tebliğnamedeki bozma isteğinin ( REDDİNE), 22.5.1991 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. (Y2CDE.1991/5247, K. 1991/6120 T 22.05.1991)

Umuma açık yer kavramından spor kulüpleri, gençlik teşekkülleri ve dernekler umuma açık yerler anlaşılabacaktır (1072 s. Kanun m. 1/2).

Bu suçun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adlî para cezasıdır (1072 s. Kanun m. 2).

### **Sonuç**

Bilindiği gibi kumar ve kumarın oynatılması maalesef tüm dünyada oldukça yaygın olan, hatta birçok kimse açısından eğlence sayılan bir sektör haline gelmiştir. İnsanlar kumara çok büyük miktarlarda paralar harcamaktadırlar. Öyle ki, sırf zevk için yapılan bu para tüketimi, birçok muhtaç insanın refaha kavuşmasına yetecek boyutlardadır. Oysa kumarın insanlara ne kadar büyük zararlar verdiğini her gün gazetelerde ve televizyonlarda, görmek mümkündür. Bu açıdan düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır.

Ülkemizde yasak olan bu fiilin birçok kez, çeşitli isimlerdeki dernekler, lokaller, kiraathaneler vb yerler ile internet siteleri aracılığı ile çeşitli siteler yoluyla işlendiği de bilinmektedir. Kanaatimizce yerinde bir düzenleme olan bu suçun işlenmesinin önlenmesi daha büyük önem arz etmektedir. Bu da ancak önleyici (idari) süreç ve argümanların kuvvetlendirilmesinden geçmektedir.



# FEDERAL ALMAN ANAYASA HUKUKU'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİ

(Hakemli Makale)

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU<sup>1</sup>

## Özet

Federal düzeyde olmak üzere temel hakların Alman anayasa tarihinde güvence altına alınması ilk defa, metninin sonunda bu haklara yer veren 1919 tarihli Weimar Cumhuriyeti Anayasası ile gerçekleşmiştir. Bununla birlikte uzun bir liste halindeki bu temel hakların yargı yoluyla zorla tatbik ettirilmesi mümkün olmamıştır. Weimar Anayasası'nın tersine, birinci maddesinde "insan onurunun dokunulmazlığı" ifade eden ve temel hakları uygulama konusunda yargıyı yetkilendiren Bonn Anayasası, genel olarak temel haklara özel bir öncelik verme yoluna gitmiştir. Bonn Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejiminin yönetimi altındaki Federal Almanya Cumhuriyeti siyasal sistemi, istikrarlı bir özgürlükçü demokrasi olma yolunda önemli bir gelişme ve ilerleme göstermiştir.

## Anahtar Kelimeler

Federal Alman Anayasa Hukuku, Weimar Anayasası, temel haklar ve özgürlükler, Bonn Anayasası, insan onuru, özgürlükçü demokrasi.

## THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS REGIME OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL LAW

## Abstract

In the 1919 Weimar Constitution, fundamental rights, placed at the end of its text, were constitutionally guaranteed for the first time at federal level in German constitutional history. But these fundamental rights, consisted of a long list, were not judicially enforceable. Contrary to the Weimar Constitution, the Bonn Constitution, stating in its Artikel 1 "human dignity is inviolable" and empowering judiciary to enforce these rights, gives especial prominence to basic rights and freedoms in general. Under the framework of the fundamental rights and freedom regime of the Bonn Constitution has political system of the Federal Republic of Germany been greatly developed and progressed in to a stable liberal democracy.

## Keywords

German Federal Constitutional Law, Weimar Constitution, fundamental rights and freedoms, Bonn Constitution, human dignity, liberal democracy.

1 İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

## I. GİRİŞ

Çoğulcu bir demokratik hukuk devleti rejiminin sahip olması gereken asgari özelliklerin başında, temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması konusu gelmektedir. Başta düşünce ve ifade hürriyeti olmak üzere, din ve vicdan özgürlüğü ile örgütlenme ve basın hürriyetinin gerçek anlamıyla mevcut olmadığı bir ortamda kamusal sorunlar üzerinde özgür ve sağlıklı bir şekilde tartışma yapabilmeye olanağı mevcut olamayacağından, ne demokratik bir rejimin varlığından ne de bireylerin hukuki güvenlik altında bulunduğu bir hukuk devletinden söz edilebilir.

Weimar Cumhuriyeti (1919–1933) döneminin, temel hakları etkili bir şekilde güvence altına almayı başaramayan istikrarsız parlamentarizm uygulamasının Nasyonal Sosyalist bir totaliter rejime yol açmasından çıkarılan derslerle hazırlanan 1949 tarihli Federal Alman Bonn Anayasası, etkin ve güvenceli bir temel hak ve özgürlükler rejimi öngörmek suretiyle Federal Almanya'yı, II. Dünya Savaşı'ndan bu yana kesintisiz bir şekilde özgürlükçü demokratik rejimini işletebilmeyi başarmış az sayıdaki devletten biri haline gelmiştir. Federal Alman Anayasası'nın bu başarısı; istikrarlı, etkin ve liberal bir parlamenter hükümet sistemi oluşturmak suretiyle temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almakta çoğu zaman zorlanan Türkiye için de örnek alınabilecek özellikler içermektedir.

İşte bu makalemizle, Federal Alman Anayasası'nın temel hak özgürlükler rejimi ışığında, Türkiye'nin anayasal temel hak ve özgürlükleri koruma rejiminin güçlendirilmesine bir nebze de olsa katkıda bulunmayı amaçlıyoruz. Bu amaca ulaşabilmek için Federal Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimiyle ilgili düzenlemeler, tarihsel gelişim süreci ışığında yapılan bir takım açıklamalar bağlamında, karşılaştırmalı bir bakış açısıyla incelenmiştir. Bu çerçevede çalışmamız bir giriş, iki ana başlık ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Makalenin genel karakteri ve amacının verildiği giriş kısmının hemen ardından gelen ikinci ana başlıkta Federal Almanya anayasa tarihindeki temel hak ve özgürlüklerle ilgili gelişmelere değinilecektir. Üçüncü ana başlıkta, Federal Alman Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimi, konuya ilişkin somut anayasal normlar ışığında etraflıca ele alınacaktır. Sonuç kısmında ise



sentezci ve analitik bir bakış açısıyla ilk bölümlerden çıkarılan sonuçlar ve bunların temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bakımından doğurabileceği olanaklar ortaya konulacaktır.

## II. FEDERAL ALMANYA ANAYASA TARİHİ'NDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİ

### A. Weimar İmparatorluk Anayasası'ndan Önceki Dönem

Pozitif hukuk bakımından insan haklarının anayasal metinlerde yer almaya başlaması 1776 Virginia Haklar Bildirisi ile 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'yle gerçekleşmiştir.<sup>2</sup> Dışarıdaki bu gelişmelerin Federal Almanya'ya yansımaları gecikmemiş ve federe devletler düzeyinde temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelere anayasalarda yer vermeye başlandığı görülmüştür. Nitekim ilk önce 1818 ve 1819 Baden, Bayern ve Württemberg Anayasalarında da görüldüğü üzere, 19. yy. Alman anayasaları ağırlıklı olarak temel haklar kataloguna yer vermişlerdir.<sup>3</sup> Frankfurt Milli Meclisi'nin 27 Aralık 1848 tarihinde onayladığı ve şekli olarak 1851 tarihine kadar yürürlükte kalan temel haklar katalogu ise, İmparatorluk Anayasası'nın akamete uğraması nedeniyle gerçekte bir öneme sahip olamamıştır.<sup>4</sup>

Federal düzeyde ise ilkin, 1849 tarihli Paulskirche Anayasası, "Almanların temel hakları" başlığı adı altında, bütün Almanya için bir temel haklar bölümü içermesine karşın, bu Anayasa yürürlüğe girmemiş ve temel haklarla ilgili bu bölümü Aralık 1848'den Ağustos 1851 tarihine kadar İmparatorluk yasası olarak geçerlilik kazanmıştır.<sup>5</sup> Mütevazı bir zaman diliminde geçerli olmasına karşın Paulskirche Anayasası, Alman anayasal gelişimini son derece önemli bir şekilde etkilemiştir.<sup>6</sup> Öyle ki bütün müteakip anayasalar ve bu arada Bonn Anayasası, çeşitli bakımlardan Paulskirche Anayasası'na dayanmıştır.<sup>7</sup> Hatta günümüzdeki Bonn

<sup>2</sup> Frowein, J. A., "Grundrechte", in Nohlen D. (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, 3. überarbeitete Auflage, Serie Piper, München, Zürich, 1995, pp. 235–238, s. 235.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P., Grundrechte, 2. Auflage, Springer, 2005, s. 2.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

Anayasası'nın bazı maddeleri Paulskirche Anayasası'ninkiyile neredeyse kelimesi kelimesine aynıdır.<sup>8</sup>

Bununla beraber, devletin birliğinin özgürlükler karşısında öncelikli görülmesi ve partilerin birlik konusundaki uzlaşlarına karşın temel haklar meselesindeki bölünmüşlüğü nedeniyle, bütünüyle bir temel hak bölümünden vazgeçen 1867 Kuzey Alman Birliği Anayasası ile 1871 İmparatorluk Anayasası, temel hakların gelişimiyle ilgili yenilikler getirmemiştir.<sup>9</sup> 1871 Anayasası'nın önemi, Alman devletlerinin birleşimine yol açması ve anayasa yoluyla Alman milletinin birliğini sağlama bağlaması nedeniyledir.<sup>10</sup> Özellikle ulusal birliği kuran 1871 Anayasası'nın bu konuda bir düzenleme getirmesi beklenirdi. Ancak Bismarck İmparatorluk Anayasası bir temel haklar bölümü getirmekten vazgeçmiş ve bunu temel hakların geçerliliğinin her bir federal devlette olmasıyla mazur göstermeye çalışmıştır.<sup>11</sup> Mahut Anayasa, bütün ülke sınırları içerisinde geçerli olması bağlamında taşıdığı endişe nedeniyle federe devletlerin yetki alanlarına müdahale etmekten kaçınmak istemiştir.<sup>12</sup> Gerçekten de dönemin Alman İmparatorluğu Prusya gibi çok güçlü bireysel devletlerden oluşan federal bir devlettir ve federe devletler bazı temel hakları da içeren kendi anayasalarına sahiptiler.<sup>13</sup> Bu bağlamda örneğin 1850 tarihli Prusya Anayasası'nın 4. maddesi, bütün Prusyalıların yasa önünde eşitliğini garanti etmekteydi.<sup>14</sup> Ancak bahsi geçen hükmün sadece yargı ve idarenin hukuk tatbikatına uygulanabileceği, yasa koyucuyu bağlamadığı ifade edilmiş ve mahut kurala bu şekilde anlam verilmiştir.<sup>15</sup> Esas olarak, idari meseleler ve eski bağımsız devletlerin birleşimiyle ilgili hükümler getiren 1871 Anayasası'nın kendisi, 1849'un tersine, eşitlik ilkesi gibi herhangi bir temel hakka ilişkin hüküm getirmemiştir.<sup>16</sup> Böylece

**8** Ibid.

**9** Bkz. ibid.

**10** Rabe, J., Equality, affirmative action, and justice, BoD – Books on Demand, 2001, s. 165.

**11** Schwabe, J., Grundkurs Staatsrecht: eine Einführung für Studienanfänger, 5. Auflage, Walter de Gruyter, 1995, s. 74.

**12** Frowein, J. A., op. cit., s. 235-236.

**13** Rabe, J., op. cit., s. 165.

**14** Ibid.

**15** Ibid.

**16** Ibid.

1871 Alman İmparatorluğu'nun temel haklarla ilgilenmediği<sup>17</sup> bir tablo ortaya çıkmıştır. Halkın demokratik temsili konusunda ilerleme sağlanmasına karşın 1871 Bismarck Anayasası'nın federal düzeyde temel hakların yerleşmesi ve korunması bakımından gelişme sağlamadığı görülmektedir.<sup>18</sup> Temel hak ve özgürlüklerin anayasal düzeyde sistematik bir düzenleme çerçevesi içerisinde yer alması için Weimar İmparatorluk Anayasası'nı beklemek gerekmiştir.

Sonuç olarak 19. yy. Almanyası'nda federal devlet düzeyinde sistematik bir temel hak ve özgürlükler katalogunun gerçek anlamıyla mevcut ve yürürlükte olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Federe devletler anayasalarında mevcut bulunan temel hakların ise uygulamada çok az etkisi olmuştur.<sup>19</sup> Zira anayasa vasıtasıyla yargının yasama organının denetimini geliştirdiği Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulamanın tersine, Federal Almanya'da temel haklar sadece yasama organına yönelik görevler olarak anlaşılmıştır.<sup>20</sup> Bu da temel haklarla ilgili düzenlemelerin, sadece kanun koyucuya yol gösteren ve yalnızca politik bir karakter taşıyan program hükümler gibi anlaşılmasına neden olmuş ve hukuk uygulayıcılarının bu haliyle söz konusu normları doğrudan tatbik etme yükümlülüklerinin olmadığı gibi bir sonuca varılmasına yol açmıştır.

## **B. Weimar İmparatorluk Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlükler Rejimi**

Toplam 181 maddeden oluşan, 11 Ağustos 1919 tarihli Weimar İmparatorluk Anayasası,<sup>21</sup> devletin temel organlarına yer veren hükümlerle başlamakta ve ancak 109 vd. maddelerinden itibaren, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili düzenlemelere geçmektedir. Daha somut bir ifadeyle belirtmek gerekirse, Anayasa'nın 109–137. maddeleri arasın-

<sup>17</sup> Rinken, A., "The Federal Constitutional Court and the German Political System", in Ralf Rogowski, Thomas Gawron (Editors), *Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, Campus Verlag, 2002, pp. 55–90, s. 58.

<sup>18</sup> Rabe, J., *op. cit.*, s. 165.

<sup>19</sup> Frowein, J. A., *op. cit.*, s. 236.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Mahut Anayasa'nın, bundan böyle makalemizde de kendisinden yararlanacağımız Almanca orijinal metni için bkz. örn. <http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/index.html>, 24.12.2009.

da Almanların temel hakları öngörülmede, 151–165. maddelerinde ise insanların mülkiyet ve çalışma hakları düzenlenmektedir.<sup>22</sup> Weimar Anayasası bir yandan aristokratik ayrıcalıkları kaldırırken, öte yandan; kanun önünde eşitlik, ifade, basın, din ve buna benzer temel sivil hakları bütün yurttaşlar bakımından güvence altına almıştır.<sup>23</sup> Mahut Anayasa, liberal hukuk sistemiyle bireysel hak ve özgürlükleri bünyesinde barındırma<sup>24</sup> yoluna gitmiş, vatandaşların temel haklarını gösteren bir beyanname anlamındaki bir Bill of Rights'ı bu şekilde hüküm altına almıştır.<sup>25</sup> Üstelik Avrupa anayasacılık tarihinde yeni bir aşamaya işaret eden sebeplerden biri olarak Weimar Anayasası, yalnızca terimin çağdaş anlamıyla bir temel haklar listesi içermekle kalmamış, aynı zamanda haklar beyannamesini sade bir ek olmanın ötesindeki bir anlayışla, kendisinin bütünlüğü ve merkezi bir unsuru haline getirmiştir.<sup>26</sup> Bununla birlikte Weimar Anayasası, otoriter devletin keyfiliğine karşı bireyi savunma ana motifiyle temel hakları düzenleme yoluna gitmemiş, aksine, 109–165 maddeleri arasındaki kapsamlı İkinci Ana Kısmı'nda, devlet içindeki bireyin temel haklarını yükümlülüklerle denkleştirecek ölçüde bir temel haklar anlayışını amaçlamıştır.<sup>27</sup> Weimar Anayasası'nın temel haklara ve ödevlere esas itibarıyla sistematik bir bağlantı getirmesi anlayışı, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Bonn Anayasası'nın bundan vazgeçmesine karşın; Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz ve Saarland Anayasaları tarafından yeniden kabul edilmiştir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, ilkin Weimar

22 Bunun için bkz. Bookbinder, P., Weimar Germany: the republic of the reasonable, New frontiers in history, Manchester University Press, 1996, s. 244.

23 Bendersky, J. W., A history of Nazi Germany: 1919-1945, 2. Edition, Rowman & Littlefield, 2000, s. 4.

24 Bkz. Koch, H. W., In the name of the Volk: political justice in Hitler's Germany, I.B.Tauris, 1997, s. 41.

25 Bkz. Pulzer, P., "The citizen and the state in modern Germany", in Eva Kolinsky, Wilfried van der Will (Editors), The Cambridge companion to modern German culture, Cambridge companions to culture, Cambridge University Press, 1999, pp. 20–43, s. 37.

26 Bkz. Torre, L. M., "Wille zur Verfassung, or the constitutional state in Europe", in Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, Agustín José Menéndez (Editors), Developing a constitution for Europe Volume1/Routledge studies on democratizing Europe, Routledge, 2004, pp. 140–161, s. 152.

27 Bkz. Jestaedt, M., Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Volume 50/*Jus publicum*, Volume 50/*Kieler Studien*, Mohr Siebeck, 1999, s. 96-97.

28 Götz, V., "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", in Volkmar Götz, Hasso Hofmann, Rainer Wahl, Jost Pietzcker (Editors), Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension Ausgabe 41/Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter, 1983, pp. 8–36, s. 9.

İmparatorluk Anayasası'nın, bütün Almanya için geçerli ve kısmi de olsa çok geniş kapsamlı temel hakları içerdiğinin<sup>29</sup> altı önemle çizilmelidir. Başka bir ifadeyle, anayasa hukuku bakımından, bütün bir Almanya devleti düzlemindeki temel haklar katalogunun ilk defa Weimar Anayasası'nda yer aldığı<sup>30</sup> ifade edilmesi gerekiyor.

Weimar Anayasası'nın temel haklar katalogunun çoğunlukla Paulskirchen Anayasası yönünde olduğu<sup>31</sup> ifade edilmelidir. Bununla birlikte hak ve özgürlüklere bütüncül bir anlayışla yaklaşılması ve temel haklar katalogunun dönemin koşullarına göre oldukça geniş tutulması dikkat çekicidir. Gerçekte bir anayasada bulunanlardan daha fazla sayıda pek çok temel hakkın Weimar Anayasası tarafından ihtiva edildiği görülmektedir.<sup>32</sup> Anayasa maddelerinin neredeyse yarısı temel haklara ayrılmıştır.<sup>33</sup> Öyle ki koruyucu haklar yanında isteme ve katılma hakları da mahut Anayasa'da mevcut bulunmaktadır.<sup>34</sup> 1919 Anayasası, bireysel insan hakları yanında, bütün bir temel sosyal haklar katalogu ile siyasi amacın detaylandırılmasını içermiş; ayrıca Alman anayasa tarihinde ilk defa sosyal devlet ilkesini anayasal bildiri seviyesine yükseltmiştir.<sup>35</sup>

Somut olarak ifade etmek gerekirse Weimar Anayasası; ifade, vicdan, dernek ve toplantı özgürlükleri gibi klasik özgürlüklerle, klasik mülkiyet garantisi yanında, her Alman'ın yaşamını çalışma yoluyla kazanma hakkı gibi temel sosyal haklara da bünyesinde yer vermiştir.<sup>36</sup> Madde numaralarıyla belirtmek gerekirse, Weimar Anayasası'nda düzenleme konusu edilen bireysel temel hak ve özgürlükler şunlardan oluşmaktadır:<sup>37</sup> Eşitlik (mad. 109); vatandaşlık (mad. 110); serbest dola-

29 Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P., op. cit., s. 2.

30 Sachs, M., Verfassungsrecht II: Grundrechte, Volume 2/Verfassungsrecht, Springer, 2003, s. 7.

31 Schwabe, J., op. cit., s. 74.

32 Bkz. Cook, B. A., Europe since 1945: an encyclopedia, Volume 1, Taylor & Francis, 2001, s. 458.

33 Stolleis, M., Dunlap, T., A history of public law in Germany, 1914-1945, Oxford University Press, 2004, s. 89.

34 Epping, V., Lenz, S., Leydecker, P., op. cit., s. 2.

35 Cook, B. A., op. cit., s. 458.

36 Bkz. Jacobson, A., Schlink, B., "Introduction: Constitutional Crisis; The German and American Experience", in Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, Weimar: A jurisprudence of Crisis, Volume 8/ Philosophy, social theory, and the rule of law, University of California Press, 2000, pp. 1-40, s. 11.

37 Bunun için bkz. örn. [http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html#ERSTER\\_ABSCHNITT02](http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html#ERSTER_ABSCHNITT02), 12.01.2009.

şım (mad. 111); göç hakkı (mad. 112); İmparatorluk sınırları içerisinde ana dili yabancı olan unsurların bu haklarının korunması (mad. 113); kişi özgürlüğü (mad. 114); konut dokunulmazlığı (mad. 115); cezaların kanuniliği (mad. 116); mektup, posta, telgraf ve telekomünikasyonun gizliliği (mad. 117); ifade hürriyeti (mad. 118/I) ve sansür yasağı (mad. 118/II).

Temel hak ve özgürlükler konusundaki bütün bu ayrıntılı düzenlemelerine karşın Weimar Anayasası, ne yazık ki hak süjesi konusunda daraltıcı bir anlayışı benimsemiştir. Nitekim kişisel ve siyasal nitelikteki temel hakların çoğunluğuna sahip olmak için Alman olmak gerekmektedir. Tüzel kişiler bakımından ise durum daha kötü bir hal arz ediyordu. Öyle ki Weimar Anayasası'na göre, hukuki şahısların temel hakların sahibi olamayacağı çoğunluk görüşü olarak savunulmaktaydı.<sup>38</sup>

Anayasa'nın program hükümler yanında öngörmüş olduğu temel haklar, yasama ve yürütmeyi doğrudan bağlamakla birlikte, yasamanın bu hükümlerle bağlayıcılığı henüz açık bir şekilde gerçekleştirilememiştir.<sup>39</sup> Başka bir ifadeyle, devlete karşı koruma sağlamasına karşın,<sup>40</sup> Weimar Anayasası'ndaki temel hakların mutlak bir bağlayıcılığı mevcut değildi.<sup>41</sup> Çünkü söz konusu Anayasa, yargı yoluyla uygulanabilirliği olan herhangi bir temel hakkı bünyesinde barındırmıyordu.<sup>42</sup> Başka bir ifadeyle, Weimar Anayasası'nda mevcut bulunan önemli temel haklara ilişkin uzun listenin yargı yoluyla ve zorla uygulatırılması mümkün değildi.<sup>43</sup> 1919 Anayasası'ndaki bir temel hakkı talep etmenin bir mahkeme kararının desteğini arama ehliyeti ile perçinlenmemesi nedeniyle, yasa koyucunun bunu yasama dokunulmazlığından yararlanarak görmezlikten gelmesi mümkün olabiliyordu.<sup>44</sup>

38 Kunze, H. H., *Restitution "Entarteter Kunst": Sachenrecht und internationales Privatrecht Schriften zum Kulturgüterschutz, Cultural property studies*, Walter de Gruyter, 2000, s. 80.

39 Sachs, M., *op. cit.*, s. 7.

40 Starck, C., "Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court", in Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (Editors), *Human rights in private law*, Hart Publishing, 2001, pp. 97–112, s. 101.

41 Cook, B. A., *op. cit.*, s. 458.

42 Kumm, M., "Who's Afraid of the Total Constitution?", in Agustín José Menéndez, Erik Oddvar Eriksen (Editors), *Arguing fundamental rights*, Volume 77/Law and philosophy library, Springer, 2006, pp. 113–140, s. 114.

43 Bkz. *ibid.*

44 Cook, B. A., *op. cit.*, s. 458.

Anayasa üzerinden mahkemelerin yasama organının denetimini geliştirdiği Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tatbikatın aksine, Weimar Anayasası'nda da büyük ölçüde temel haklar, yalnızca yasama organına ilişkin görevler olarak anlaşılmaya devam etmiştir.<sup>45</sup> Bu ciddi kusur, Adolf Hitler'in Alman Cumhuriyeti'ni bir diktatörlüğe dönüştürmesi nedeniyle, hemen siyasi bir önem kazanmıştır.<sup>46</sup> Nitekim 1933'ten sonra Hitler, anayasal çerçeveden şekli olarak tamamıyla vazgeçmeden, bir dizi kanun yoluyla bireysel hakları ve anayasal kurumları, esef edilecek ölçüde, sınırlandırma yoluna gitmiştir.<sup>47</sup> Özellikle Reichstag yangınından sonra Hitler'in ilan ettiği Reichstag Yangını Kararnamesi'yle, Weimar Anayasası'nın güvence altına aldığı temel hakların neredeyse tamamı geçersiz hale getirilmiştir.<sup>48</sup>

### III. BONN ANAYASASI'NDAKİ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİ

#### A. Bonn Anayasası'na Göre Genel Olarak Temel haklar ve Özgürlükler Rejimi

Parlamber Kurul, Bonn Anayasası'nın 1–19. maddelerinde yer alan temel haklar katalogu için, temel hak benzeri haklara ilave olarak Weimar Anayasası'nı da değerlendirmiştir.<sup>49</sup> Bununla birlikte Weimar Anayasası'nın tersine, Bonn Anayasası, Nasyonal Sosyalistler tarafından hiçe sayılan hakların önemini altını çizmek için, temel haklarla başlatılmıştır.<sup>50</sup> Öyle ki Weimar Anayasası'nın özgürlükler listesini metninin en sonuna koyan yaklaşımının tersine Bonn Anayasası, ilk yirmi maddesinde vatandaşların haklarını gösteren hükümleri düzenleme yoluna gitmiştir.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Frowein, J. A., op. cit., s. 236.

<sup>46</sup> Cook, B. A., op. cit., s. 458.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Morsink, J., The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent, *Pennsylvania studies in human rights*, University of Pennsylvania Press, 2000, s. 48.

<sup>49</sup> Schwabe, J., op. cit., s. 74.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Bunun için bkz. Kommers, D. P., Finn, J. E., Jacobsohn, G. J., *American constitutional law: essays, cases, and comparative notes*, Second Edition, Rowman & Littlefield, 2004, s. 4

1949 Anayasası'nın temel haklar katalogu hem ayrıntılı düzenlemelerle temel hakları içermekte hem de özellikle geniş kapsamlı bir şekilde onları güvence altına alan hükümlere yer vermektedir.<sup>52</sup> Böylece Bonn Anayasası, temel hak ve özgürlükleri metnin sonuna koyan ve uygulamada sıklıkla göz ardı edilen<sup>53</sup> Weimar Anayasası tatbikatından kesin çizgilerle ayrılmak istemiştir. Üstelik gerek 19. yy. federe devlet anayasalarında gerekse de Weimar İmparatorluk Anayasası'nda mevcut bulunan temel hakları yalnızca yasama organına yönelik görevler olarak gören anlayışın tersine, Bonn Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin devlet organları bakımından doğrudan bağlayıcılığını, 1. maddesinin 3. fıkrasında açık bir şekilde ifade etme yoluna gitmiştir.<sup>54</sup> Aynı şekilde "insan haysiyetinin dokunulmazlığı" ilkesini temel haklar katalogunun önüne yerleştirmekle 1949 Anayasasını yapanlar, Nasyonal Sosyalistlerin insan kişiliğini hiçe saymalarına açık bir tepki göstermek istemişlerdir.<sup>55</sup> Bütün bu farklılıklara ilave olarak Bonn Anayasası, Weimar Anayasası'nın altını çizdiği legal pozitivizmin zıddına, temel hakları ne hukukun yarattığı ne de Alman halkına özgü haklar olarak görmüş; insanın doğası veya onura sahip olması nedeniyle bu hakların maliki bulunduğu yorumuna temel olacak bir içeriği benimsemiştir.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Bkz. Frowein, J. A., op. cit., s. 236.

<sup>53</sup> Braunthal, G., Political loyalty and public service in West Germany: the 1972 decree against radicals and its consequences, Univ of Massachusetts Press, 1990, s. 12.

<sup>54</sup> Frowein, J. A., op. cit., s. 236; Esasen yalnızca 3. fıkra değil, 1. maddenin bütünü temel hak ve özgürlüklerin değeri ve bağlayıcılığı açısından büyük önem taşımaktadır. Söz konusu maddenin özgün Almanca metni şöyledir: "(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." Bunun için bkz. örn. [http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html), 12.01.2010. Türkçe olarak mahut madde metnin çevirisini şu şekilde yapılabilir: "(1) insan haysiyeti dokunulmazdır. İnsan haysiyetine saygılı olmak ve korumak bütün devlet iktidarının görevidir (2) Bu amaçla Alman halkı, dokunulmaz ve devredilemez insan haklarını, dünyadaki her beşeri toplumun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.(3) Aşağıda yer alan temel haklar yasama, yürütme ve yargıyı doğrudan uygulanabilir hukuk olarak bağlar."

<sup>55</sup> Frowein, J. A., op. cit. s. 236.

<sup>56</sup> Bunun için bkz. Kommers, D. P., The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, 1997, s. 33.



Bonn Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin süjesi olma bakımından da oldukça genişletici ve liberal bir anlayışı benimsemiştir. Nitekim tabiatları bakımından kendilerine uygulanmaları mümkün olduğu ölçüde hukuki şahıslar için de temel hakların geçerli olduğunu ifade eden Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin 3. fıkrası,<sup>57</sup> böylece Weimar Anayasası'nın bu konudaki yaklaşımından kesin çizgilerle ayrılma yoluna gitmiştir. Üstelik devletin temel hakları güvence altına alma görevi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarıyla da kabul edildiği gibi, yurttaşlar arasındaki ilişkilerde dahi temel hak düzeninin göz önünde bulundurulması gerektiği anlayışının benimsenmesine<sup>58</sup> yol açacak şekilde geniş tutulmuştur.

Bonn Anayasası, Weimar Anayasası'ndan farklı olarak, çalışma ve eğitim gibi sosyal temel hakları kabul etmemiş<sup>59</sup>; ama kabul ettiği temel hakları çok daha etkin bir koruma mekanizmasıyla güvence altına alma yoluna gitmiştir. Bonn Anayasası'nda düzenleme konusu edilen temel hak ve özgürlükler şunlardan oluşmaktadır:<sup>60</sup> İnsan onurunun dokunulmazlığı (mad. 1); kişiliğin özgürce gelişimi (mad. 2/I); yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü (mad. 2/II); eşitlik (mad. 3); din ve vicdan özgürlüğü (mad. 4); ifade ve medya özgürlüğü (mad. 5/I); bilim ve sanat özgürlüğü (mad. 5/III); evlilik ve ailenin korunması (mad. 6); öğretim işleri (mad. 7); toplantı özgürlüğü (mad. 8); dernek ve şirket kurma özgürlüğü (mad. 9); mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği (mad. 10); serbest dolaşım (mad. 11); meslek özgürlüğü (mad. 12/I); konut dokunulmazlığı (mad. 13); mülkiyet ve miras hakkı (mad. 14); sosyalizasyon (mad. 15); vatandaşlıktan çıkarılma, suçlu vatandaşların yurt dışına iadesi ve sığınma hakkı (mad. 16 ve 16a) ile dilekçe hakkı (mad. 17).

## **B. Bonn Anayasası'na Göre Temel haklar ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı**

Bonn Anayasası, temel hakları madde madde saymasının hemen ardından söz konusu hakların kötüye kullanılması yasağını 18. madde

<sup>57</sup> Kunze, H. H., op. cit., s. 80.

<sup>58</sup> Bkz. Frowein, J. A., op. cit. s. 236.

<sup>59</sup> Bkz. ibid.

<sup>60</sup> Bunun için bkz. [http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01.html](http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html), 12.01.2010.

hükümüyle düzenlemiş ve yaptırma bağlamıştır. 18. madde hükmü “militan demokrasi” ilkesini karakterize eden ve bu doğrultuda Bonn Anayasası’nda öngörülen; mad. 9/II (ceza yasalarına veya anayasal düzene veya ulusların uzlaşma düşüncelerine karşı derneklerin yasaklanması), mad. 21/II (hürriyetçi demokratik temel düzene aykırı siyasi partilerin yasaklanması); mad. 20/IV (direnme hakkı) ve mad. 79/III (Anayasanın 1 ve 20 maddelerinde yazılı bulunan temel ilkelere dokunan anayasa değişikliklerinin geçersizliği) gibi, çok sayıdaki anayasal hükümden birini oluşturmaktadır.<sup>61</sup>

Militan demokrasi, kendini iç ve dış düşmanlarına karşı savunabilme gücüne sahip<sup>62</sup> bir demokrasi modelini ima etmektedir. Başka bir ifadeyle, militan demokrasi, demokrasiyi, açık veya örtülü olarak demokratik anayasal devleti ortadan kaldırmayı amaçlayan değişik renklerdeki radikal siyasi düşmanlarına karşı korumada aktif bir rol oynamaları için devlet otoritelerine yükümlülük getiren bir anayasa teorisidir.<sup>63</sup> İşte Bonn Anayasası’nın 18. maddesi, Weimar Cumhuriyeti’nin aksine, kendi kendini müdafaa edebilen bir demokrasi türü olan militan demokrasinin asli bileşeni olarak görülmektedir.<sup>64</sup> Buna göre, her kim aşağıda yer alan temel hak ve özgürlükleri, liberal demokratik temel düzene karşı ve onunla mücadele etmek amacıyla kullanırsa, hakkını kötüye kullanmış olur ve ilgili konudaki temel hakkını yitirir. Böylece Anayasa, Nasyonal Sosyalizm örneğinde de görüldüğü üzere, özgürlük ve demokrasi düşmanlarının demokratik rejimin olanaklarını kullanarak yeniden iktidara gelip, totaliter bir diktatörlük rejimi kurmalarının önünü kesmek istemiş ve yaşanan acı tarihsel tecrübelerden ders çıkarmıştır.

Federal Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin yitirilmesi konusunda karar verme yetkisini alelade mahkemelere değil de Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne verme yoluna gitmek suretiyle, özgürlük karinesine uygun bir tercihte bulunmuştur. Nitekim söz konusu karineye göre, hür-

<sup>61</sup> Epping, V, Lenz, S., Leydecker, P., op. cit., s. 395.

<sup>62</sup> Müller, J., W., “ On the Origins of Constitutional Patriotism”, in Igor Primoratz, Aleksandar Pavkovi (Editors), Patriotism: philosophical and political perspectives, Ashgate Publishing, Ltd., 2008, pp. 95–112, s. 100.

<sup>63</sup> Sobisch, A. “Office for the Protection of the Constitution”, in Cook, B. A., Europe Since 1945: An Encyclopedia, Bernard A. Cook, Taylor & Francis, 2001, s. 475.

<sup>64</sup> Donfried, K. E., “Government and Politics”, in Eric Solsten (Editor), Germany: A Country Study, 3. Edition, DIANE Publishing, 1999, pp. 345–412, s. 348.

riyetçi bir demokratik rejimde asıl olan özgürlüklerdir ve bu nedenle özgürlükleri sınırlayan veya onların kullanılmasını ortadan kaldıran hükümlerin istisna sıfatıyla dar yorumlanması esastır. Taşındıkları yaşamsal öneme binaen, temel hakların bireylerce kaybına dair bir kararın, Federal Anayasa Mahkemesi gibi özel yetkili ve güvenceli bir yüksek anayasal organa verilmesi bu düşünceye uygun bir tasarruftur.

Federal Anayasa'nın 18. maddesi kapsamında yer alan ve kötüye kullanılmaları durumunda hak sükelerinin ilgili hakkı yitirmelerine neden olabilecek, hak ve özgürlükler şunlardır: İfade özgürlüğü ve özellikle Anayasa'nın 5. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen basın özgürlüğü ile 3. fıkrasındaki öğretim özgürlüğü; 8. maddede düzenlenen toplantı özgürlüğü; 9. madde yer alan dernek ve şirket kurma özgürlüğü; 10. maddede yer alan mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği; 14. maddedeki mülkiyet ve miras hakkı ve 16a maddesindeki sığınma hakkı.

### **C. Bonn Anayasası'na Göre Temel haklar ve Özgürlüklerin Korunması**

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili Bonn Anayasası'nda yer alan temel düzenleme 19. maddedir. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmasına yönelik anayasal sınırlar getirilmiştir ki bu durum sınırlandırıcı yasaların da kendileri bakımından bazı sınırlara bağlı oldukları, yani sınırların sınırlarının varlığı anlamına gelmektedir.<sup>65</sup> 19. maddenin birinci ve ikinci fıkraları üç mekanizmadan oluşmaktadır:<sup>66</sup> İlk olarak temel hakları sınırlandıran yasaların bireysel yasalar olmaması gerekmektedir.<sup>67</sup> Buna göre yasa koyucu, temel hakları sınırlayan yasaları, genel ve tek bir olay için geçerli olmayacak şekilde formüle etmelidir.<sup>68</sup> Esasen yalnızca yasalar yoluyla temel hakların sınırlandırılması de başlı başına güvence oluşturu bir düzenlemedir. Zira modern zamanlar hukuk düşüncesinde yasaların genelliği, sürekliliği ve soyutluğu ilkeleri belirli bir şahsı avantajlı veya dezavantajlı kılacak şekilde kanuni düzenleme yapılmasının önüne

<sup>65</sup> Detjen, J., Die Werteordnung des Grundgesetzes, VS Verlag, 2009, s. 324.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Ibid.

geçmekte; üstelik aleni yasama çalışmaları yoluyla böyle bir ayrımcılığın önüne önceden geçilmesi çok daha etkili bir şekilde mümkün olabilmektedir.

Bu düşünceye koşturarak verdiği kararlarında Federşal Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGE 15, 126, 146–147; 25,371, 396 vd.), sadece bir somut olaya veya yalnızca belirli bir muhataba yönelik olarak yapılan kanuni temel hak sınırlamalarının Federal Anayasanın 19. maddesinin birinci fıkra hükmü karşısında geçerlilik taşımadığına hükmetmiştir.<sup>69</sup>

İkinci olarak sınırlandırıcı yasada ilgili temel hakkın adı belirtilmelidir ki buna “alıntı emri” adı verilmektedir.<sup>70</sup> Böylece, bir temel hakkın Bonn Anayasası hükümleri gereği bir kanunla veya bir kanun dolayısıyla sınırlandırılabilir olduğu durumda, ilgili yasanın genel olması ve tek bir olay için geçerli olmaması gerektiği gibi, mahut yasanın temel hakkı maddesiyle beraber ifade etmesi gerekmektedir. Temel hakkın alıntılanmasına dair emir, temel hakka müdahale edecek olan yasa koyucu ile müdahale olasılığı nedeniyle potansiyel olarak düzenlemeden etkilenecek olan yurttaşlara karşı şeffaflık işlevini yerine getirecektir.<sup>71</sup> Başka bir ifadeyle alıntı emri, net bir hukuksak açıklık yaratarak, uyarı ve bilinç fonksiyonlarını gerçekleştirecektir.<sup>72</sup>

Nihayet sonuncu mekanizma olarak ilgili temel hakkın özüne dokunulmaması gerekmektedir.<sup>73</sup> Çünkü 19. maddesinin ikinci fıkrasında, temel hakların sınırlandırılması yoluyla hiçbir şekilde ilgili hakkın özüne dokunulamayacağı hususu açıkça yer almaktadır. 1961 Anayasası ile 2001 değişikliklerinden sonraki 1982 Anayasası metninde de mevcut bulunan hakkın özü kriterinin ne anlama geldiğinin bütün özgürlükler için ortak bir tanımını yapmak mümkün olmasa da, genel olarak bir hak ve özgürlüğün özü, onun vazgeçilemeyecek ögesi, dokunulması durumunda bahsi geçen özgürlüğü manasız hale getirecek asli çekirdeği

69 Nakleden Katz, A., Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 12. überarbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, Rdnr. 659, s. 305.

70 Detjen, J., op. cit., s. 324.

71 Bunun için bkz. Bröhmer, J., Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, Cilt 106/Jus publicum, Mohr Siebeck, 2004, s. 172.

72 Bkz. Katz, A., op. cit., Rdnr. 660, s. 305.

73 Detjen, J., op. cit., s. 324.

olarak ifade edilebilir.<sup>74</sup> Şu halde 19. maddenin ikinci fıkrasındaki öze dokunma yasağından, anayasa koyucunun, temel hakların normal bir yasa koyucu tarafından dokunulamayacak bir özünün mevcut olduğuna dair görüşü<sup>75</sup> benimsediği sonucuna varılması mümkündür.

Tüzel kişileri de, evlenme gibi yalnızca gerçek kişilerin sahip olabileceği haklar dışında, yapılarına uygun düştikleri ölçüde temel hakların öznesi haline getiren 19. maddenin 3. fıkrasının ardından gelen sonuncu fıkra hükmü, temel hakların korunması rejimi bakımından büyük önem taşımaktadır. Mahut fıkra hükmüne göre, kamu gücüyle hakları ihlal edilenlere hukuk yolu açıktır. Buradaki hukuk yoluyla kast edilen, başka bir özel yetki oluşturulmadığı sürece, olağan hukuk yollarıdır. Böylece, sadece şekli ve teorik bir imkân anlamında olmamak üzere, örneğin usul hukukundaki yoksulların hakları veya kamunun avukat tahsisi gibi (BVerfGE 46, 202, 209 vd.; 65, 171, 174 vd.) yollarla, yurttaşların etkili bir hukuki korumadan yararlanmaları ve gerçekten etkili bir mahkeme denetimi konusunda esaslı bir hakka sahip olmaları (“status activus processualis”, yani “adil yargılanma emri”)<sup>76</sup> hususları güvence altına alınmaktadır.

Diğer birçok faktör yanında, Weimar Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri etkili şekilde koruyabilecek bir mekanizma getirmemesinin Nazizm gibi totaliter bir diktatörlüğe yol açması nedeniyle Bonn Anayasası, Verfassungsbeschwerde, yani anayasa şikâyeti yoluyla bu konudaki eksikliği gidermek istemiştir. Esasen Weimar Anayasası'nın temel hakları amaç hükümler olarak tanımasına karşın, bunların yargı marifetiyle uygulanabilir kılınmasının<sup>77</sup> büyük bir soruna yol açtığı aşikârdı ve Bonn Anayasası bu sorunu anayasa şikâyeti yoluyla gidermek istemiştir. Başka bir ifadeyle, kişi haklarını devlete karşı zorla kabul ettirme konusunda yargıyı yetkilendirme yoluna gitmeyen Weimar Anayasası'ndan farklı olarak Bonn Anayasası, bu konuda yargıya açık bir şekilde yetki vermiştir.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Bunun için bkz. Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 114.

<sup>75</sup> Katz, A., op. cit., Rndr. 661, s. 306.

<sup>76</sup> Nakleden ibid, Rndr. 664, s. 308.

<sup>77</sup> Kommers, D. P., op. cit., 1997, s. 33.

<sup>78</sup> Kommers, D. P., “Basic Rights and Constitutional Review”, in Carl Christoph Schweitzer (Editor), Second Edition, Berghahn Books, 1995, pp 297-324, s. 302.

İşte yargı yoluyla temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik en önemli anayasal araçlardan birisi de hiç şüphesiz anayasa şikâyeti kurumudur. Gerçekten de mahut Anayasa (mad. 93/I, no:4a), Federal Alman anayasa hukukunda emsali görülmedik bir şekilde, Federal Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak anayasa şikâyeti yoluyla temel hakları güvence altına almıştır.<sup>79</sup> Konuya ilişkin Anayasa'da yer alan düzenlemeye göre, herkesin, kamusal gücün kullanımı sebebiyle; (1-19. maddelerde yer alan)<sup>80</sup> temel haklarının veya 20/IV.(direnme hakkı), 33.(tüm Almanların eşit vatandaşlar olmaları prensibi), 38.(seçim ilkesi), 101.(yasal hâkim ilkesi), 103.(mahkeme önünde hukuken dinlenme hakkı, kanunsuz ceza olmaz ile aynı eylemin bir kaç kez cezalandırılması yasağı) ve 104. (kişi özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki güvenceler) maddelerde düzenlenen haklarından birinin ihlale uğradığı iddiasına binaen, anayasa şikâyeti yoluyla Federal Alman Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı vardır.

Doktrinde Katz'ın yaptığı sınıflandırmayı izleyerek ifade etmek gerekirse; yasamanın, yürütmenin veya yargının bir kamusal gücü kullanmaları nedeniyle yapılması mümkün olan anayasa şikâyetinin geçerliliği için dört önemli şartın varlığı gerekmektedir:<sup>81</sup> 1. Şikâyette bulunanın bir kamu gücü fiili nedeniyle Anayasa'nın 93/I no. 4a'da kesin bir şekilde sayılan temel haklarından birinin ihlale uğramış olması gerekli olduğu gibi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, yasalara karşı yapılacak anayasa şikâyetlerinde, şikâyetçinin; kendine ait, güncel ve doğrudan bir hakkının çiğnenmiş olması da şarttır. 2. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §90 II 1 hükmü uyarınca bütün hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. 3. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §93 I ve II' de öngörülen sürelerle uyularak şikâyetin yapılmış olması zorunludur. 4. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki ilgili usul hükümleri uyarınca yetkili Senatonun tavsiyesiyle başlatılan ve öndenetim usulüne göre meydana getirilen üç yargıçlı dairesinin ("Dreiergremium"), karar için hukuki yardımın kabulünü kararlaştırmış olması gereklidir.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Frowein, J. A., op. cit. s. 236.

<sup>80</sup> Parantez bana ait.

<sup>81</sup> Katz, A., op. cit., s. 250-251.

<sup>82</sup> Ibid, s. 251.

Görüldüğü üzere anayasa şikâyeti kurumuna bu özellikleriyle bünyesinde yer vermek suretiyle Federal Alman Anayasası, bu kuruma hiç değinmeyen İtalya'dan kategorik olarak farklılaştığı gibi, yargı organlarına karşı anayasa şikâyetini yasaklayan Avusturya ile sadece Kantonların kamu hukuku işlemlerine karşı anayasa şikâyetini öngören İsviçre'deki sınırlı modelin<sup>83</sup> çok daha ilerisinde bir yargısal temel hak ve özgürlükleri koruma rejimi oluşturmayı başarmıştır.

#### IV. SONUÇ

Federal Alman anayasa hukuku'nda temel hak ve özgürlüklerin tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkışını 19. yüzyılın başlarına kadar geriye götürmek mümkündür. Bununla birlikte bu tarihten itibaren kimi federe devlet anayasalarında yer alan hükümlerle, başarısız Paulskirchen Anayasası uygulaması bir kenara bırakılacak olursa, federal devlet düzeyinde bir anayasal temel hak ve özgürlükler katalogunun ortaya çıkması, ilkin, Weimar İmparatorluk Anayasası ile mümkün olmuştur. Söz konusu Anayasa, kişi hak ve özgürlükleriyle, sosyal ve ekonomik hakları ve siyasi hakları bünyesinde barındırmak suretiyle oldukça geniş bir temel hak ve özgürlükler yelpazesine sahip olmasına karşın, bunları yargı organları eliyle zorla kabul ettirme noktasında etkili bir mekanizma getirmeyi başaramamıştır. Devletin özellikleriyle başlayan ve temel haklara metnin ancak sonlarında yer veren, temel hak süjesi olarak insanları değil de Almanları gören, tüzel kişilerin temel haklara sahip olmasına müsaade etmeyen Weimar Anayasası, Carl Schmitt'in de sıklıkla eleştiri konusu yaptığı üzere, düşmanlarına karşı korumasız bir liberal demokratik parlamenter cumhuriyet yaratmıştır. Diğer faktörler yanında bu olumsuz hukuksal durumun da katkısıyla Federal Almanya kısa süre içerisinde Nasyonal Sosyalist bir totaliter diktatörlük rejimine doğru savrulmuştur. II. Dünya Savaşı'ndaki korkunç yıkımın ardından müttefiklerce demokratik olmayan usullerle yapılan 1949 tarihli Bonn Anayasası, Weimar Anayasası'nın eksiklik ve yanlışlıklarından ders çıkarmış ve temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından güvenceli bir model ortaya koymayı başarmıştır. İlk önce mahut Anayasa, Weimar Anayasası'nın tersine temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerle başlamış,

83 Frowein, J. A., op. cit. s. 237.

insan onurunun dokunulmazlığını daha ilk maddesinde hüküm altına almış ve temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı bağlayan temel hukuk hükümleri olduğunu açıkça ifade etme yoluna gitmiştir. Bonn Anayasası, tüzel kişilerin de temel hak öznesi olabileceğini kabul etmiştir. Mahut Anayasanın, bazı sosyal haklara yer vermemesi nedeniyle, temel hak ve özgürlükler portföyü Weimar Anayasası'na göre daha sınırlı olmakla beraber, bünyesindeki hakların korunması rejimi bakımından çok daha iyi bir paradigma getirdiği açıktır. Bir kere temel hakların sınırlandırılmasının ancak genel bir yasayla yapılması, sınırlayıcı yasanın hangi anayasal temel hakkı sınırladığına dair bir alıntıda bulunmasının gerekli olması, sınırlama konusu temel hakkın özüne dokunulmaması ve temel hakları korumak için hukuk yollarının açık olması gibi düzenlemelerle temel hakları koruma rejiminin etkili bir düzeyde gerçekleştirildiği görülmektedir.

Yasama, yürütme veya yargı erklerinden sadır olan bir kamu gücü kullanımı nedeniyle anayasal temel hakları ihlal edilenlerin bazı ilave koşulları da yerine getirdikten sonra doğrudan Federal Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikâyeti yoluyla başvuruda bulunabilmeleri de bu temel hakları koruma rejimini çok daha ileri bir boyuta taşımıştır. Temel haklara yönelik bütün müdahalelerde dikkate alınması gereken bir emir olarak ölçülülük ilkesi,<sup>84</sup> Federal Anayasa'da açıkça düzenlenmemesine karşın, Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti ilkesinden türetilmiş<sup>85</sup> ve böylece bu güvenceli koruma rejimini daha da pekiştirilmiştir. Ayrıca, özgürlükçü demokratik rejimi ortadan kaldırmak amacıyla bazı temel hakların kötüye kullanılması durumunda, ilgili kişinin bu temel hakkını kaybedeceği öngörülmüş ve bu şekilde, buna yönelik diğer bazı ilave düzenlemelerle birlikte, militan bir demokrasi modeli oluşturulmaya gayret gösterilmiştir. Son derece kırılğan bir liberal demokratik rejim ihdas eden Weimar Cumhuriyeti'nin, kendi-

**84** Bkz. Bultmann, P. F., *Öffentliches Recht: Mit Vertiefung im Gewerbe-, Wettbewerbs-, Subventions- und Vergaberecht*, 2. Auflage, Springer, 2008, s. 178.

**85** Bunun için bkz. Glaser, M., *Der Rechtsschutz nach § 98 ABS. 2 Satz 2 StPO: Eine methodologische Untersuchung zur Leistungsfähigkeit des 98 ABS. 2 Satz 2 StPO als allgemeine Rechtsschutzvorschrift gegenüber nicht-richterlich angeordneten Grundrechtseingriffen im Ermittlungsverfahren*, Band 54/Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Mohr Siebeck, 2008, s. 267.



sini yok etmek isteyen anti-demokratik güçler tarafından demokratik yollarla ele geçirilmesine izin vermesinden dersler çıkarılarak, kendisini bu tür radikal akımlara karşı savunan bir mücadeleci demokrasi modeli inşa edilmek istenmiştir.

İşte temel hak ve özgürlüklerini etkili bir şekilde koruyan bu mücadeleci demokrasi anlayışıyla Federal Almanya Cumhuriyeti, II. Dünya Savaşı'ndan bu yana dünyada demokratik rejimini eksiksiz ve kesintisiz bir şekilde devam ettiren çok az sayıdaki istikrarlı demokrasi örneğinden biri haline gelmiştir.

### **Kaynakça**

- Bendersky, Joseph W., A history of Nazi Germany: 1919-1945, 2. Edition, Rowman & Littlefield, 2000.
- Bookbinder, Paul, Weimar Germany: the republic of the reasonable, New frontiers in history, Manchester University Press, 1996.
- Braunthal, Gerard, Political loyalty and public service in West Germany: the 1972 decree against radicals and its consequences, Univ of Massachusetts Press, 1990.
- Bröhmer, Jürgen, Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, Cilt 106/Jus publicum, Mohr Siebeck, 2004.
- Bultmann, Peter, F., Öffentliches Recht: Mit Vertiefung im Gewerbe-, Wettbewerbs-, Subventions- und Vergaberecht, 2. Auflage, Springer, 2008.
- Cook, Bernard A., Europe since 1945: an encyclopedia, Volume 1, Taylor & Francis, 2001.
- Detjen, Joachim, Die Werteordnung des Grundgesetzes, VS Verlag, 2009.
- Donfried, Karen E., "Government and Politics", in Eric Solsten (Editor), Germany: A Country Study, 3. Edition, DIANE Publishing, 1999, pp. 345-412.
- Epping, Volker, Lenz, Sebastian, Leydecker, Philipp, Grundrechte, 2. Auflage, Springer, 2005.
- Frowein, Abr. Jochen, "Grundrechte", in Nohlen D. (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, 3. überarbeitete Auflage, Serie Piper, München, Zürich, 1995, pp. 235-238.

Glaser, Michael, Der Rechtsschutz nach § 98 ABS. 2 Satz 2 StPO: Eine methodologische Untersuchung zur Leistungsfähigkeit des 98 ABS. 2 Satz 2 StPO als allgemeine Rechtsschutzvorschrift gegenüber nicht-richterlich angeordneten Grundrechtseingriffen im Ermittlungsverfahren, Band 54/Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Mohr Siebeck, 2008.

Götz, Volkmar, "Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension", in Volkmar Götz, Hasso Hofmann, Rainer Wahl, Jost Pietzcker (Editors), Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, Ausgabe 41/Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Walter de Gruyter, 1983, pp. 8–36.

Jacobson, Arthur, Schlink, Bernhard, "Introduction: Constitutional Crisis; The German and American Experience", in Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, Weimar: A jurisprudence of Crisis, Volume 8/Philosophy, social theory, and the rule of law, University of California Press, 2000, pp. 1–40.

Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Volume 50/Jus publicum, Volume 50/Kieler Studien, Mohr Siebeck, 1999.

Katz, Alfred, Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 12. überarbeitete Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.

Koch, Hannsjoachim Wolfgang, In the name of the Volk: political justice in Hitler's Germany, I.B.Tauris, 1997.

Kommers, Donald P., The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, 1997.

-"Basic Rights and Constitutional Review", in Carl Christoph Schweitzer (Editor), Second Edition, Berghahn Books, 1995, pp 297–324

Kommers, Donald P., Finn, John E., Jacobsohn, Gary J., American constitutional law: essays, cases, and comparative notes, Second Edition, Rowman & Littlefield, 2004.

Kumm, Mattias, "Who's Afraid of the Total Constitution?", in Agustín José Menéndez, Erik Oddvar Eriksen Editors), Arguing fundamental rights, Volume 77/Law and philosophy library, Springer, 2006, pp. 113–140.

- Kunze, Hans Henning, Restitution “Entarteter Kunst”: Sachenrecht und internationales Privatrecht, Schriften zum Kulturgüterschutz, Cultural property studies, Walter de Gruyter, 2000.
- Morsink, Johannes, The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent, Pennsylvania studies in human rights, University of Pennsylvania Press, 2000.
- Müller, Jan, Werner, “ On the Origins of Constitutional Patriotism”, in Igor Primoratz, Aleksandar Pavkovi (Editors), Patriotism: philosophical and political perspectives, Ashgate Publishing, Ltd., 2008, pp. 95–112.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Pulzer, Peter, “The citizen and the state in modern Germany”, in Eva Kolinsky, Wilfried van der Will (Editors), The Cambridge companion to modern German culture, Cambridge companions to culture, Cambridge University Press, 1999, pp. 20–43.
- Rabe, Johan, Equality, affirmative action, and justice, BoD – Books on Demand, 2001.
- Rinken, Alfred, “The Federal Constitutional Court and the German Political System”, in Ralf Rogowski, Thomas Gawron (Editors), Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court, Campus Verlag, 2002, pp. 55–90
- Sachs, Michael, Verfassungsrecht II: Grundrechte, Volume 2/Verfassungsrecht, Springer, 2003.
- Schwabe, Jürgen, Grundkurs Staatsrecht: eine Einführung für Studienanfänger, 5. Auflage, Walter de Gruyter, 1995.
- Sobisch, Andreas “Office for the Protection of the Constitution”, in Cook, B. A., Europe Since 1945: An Encyclopedia, Bernard A. Cook, Taylor & Francis, 2001.
- Starck, Christian, “Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court”, in Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez (Editors), Human rights in private law, Hart Publishing, 2001, pp. 97–112.
- Stolleis, Michael, Dunlap, Thomas, A history of public law in Germany, 1914–1945, Oxford University Press, 2004.

Torre, La Massimo, “Wille zur Verfassung, or the constitutional state in Europe”, in Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum, Agustín José Menéndez (Editors), Developing a constitution for Europe, Volume 1/Routledge studies on democratizing Europe, Routledge, 2004, pp. 140–161.

## KRİMİNOLOJİ, CEZA HUKUKU VE TERÖRİZM (BAZI DÜŞÜNCELER)<sup>1</sup>

*Pierre Henri - Bolle<sup>2</sup>/ Çev. Can Vodina<sup>3</sup>*

Övgüye layık olan kısa eserinde<sup>4</sup> Üstad Raymond Gassin terörizmi çeşitli açılardan ele almaktadır.

Gassin, öncelikle kriminolojinin, sulandırılmış, ideolojiye ve lâfazanlığa bulanmış eleştirel kriminoloji uygulamalarıyla kötüye kullanılmasına; bu uygulamaların, bilimin (toplumsal ya da beşeri) şartlarından olan kesinlik, nesnellik ve sistemin ruhunu yakalamaktan uzak olması sebebiyle karşı çıkmaktadır<sup>5</sup>. Dolayısıyla onun için eleştirel kriminoloji meşruiyetten yoksundur ve bu saptırılmış-sapkın anlayış siyasi eylemlerle hısımlı olmaktadır. Gerçek ve özgün bir kriminologun ne olduğunu belirtirken Gassin, biraz da ironiyle, eleştirel kriminolojinin tek bir faydası olduğunu açıklar: “*Eleştirel kriminoloji sayesinde terörist eylemleri harekete geçiren ideolojik mekanizmaları daha iyi anlamak mümkün olmakta ve bazı İtalyan kriminologların Kızıl Tugaylarla işbirliği yaptıkları sebebiyle soruşturulmasının nedenleri ortaya çıkmaktadır.*” Ona göre terörizmin eleştirel kriminoloji tarafından yapılmış her tanımı ve eleştirel kriminologların bunu şöyle ya da böyle doğrulama/aklama/haklı çıkarma girişimleri her zaman dikkatle incelenmeli ve dolayısıyla bilimsel düşünceden uzak tutulmalıdır.

Daha da ötesinde, Gassin terörizmin kriminolojik bir tanımını yapmaktadır. 335. ila 337. notları arasında, gerilla terörizmi ile devlet terörizmi arasındaki farkı titizlikle ortaya koymakta ve devlet terörizminin tanımını 358. notunda yapmaktadır: “*Devlet tarafından işlenen suçlar; devlet yetkililerinin emriyle, işbirliğiyle veya onayıyla gerçekleşen suç*

1 Mélanges offertes à Raymond Gassin, Sciences Pénales & Sciences Criminologiques, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

2 Neuchatel ve Galatasaray Üniversiteleri, Prof. Dr.

3 İstanbul Barosu, Stajyer Avukat,

4 Criminologie, 5eme edition, Paris, Dalloz, 2003.

5 Ibid, 273.not.

*faaliyetleridir/suçlardır ve çoğu zaman tarihin trajik bir gerçeğini oluşturmaktadırlar.” “Daha da olağanüstü durumlarda, Devletin bizzat kendisi dev bir suç şebekesine dönüşmüş durumdadır.”*

Ona göre terörizm toplumsal ve başkaldıran bir suçluluk biçimidir. 348. ve 349. notlarında üçlü bir ayrım yaparak bu tipolojiyi ortaya koymaktadır: bağımsızlık ve özerklik arayışı gibi hedeflerden beslenen terörizm, anti-kapitalist amaçlarla yapılan aşırı sol terörizm ve batı karşıtlığı içeren uluslararası terörizm. Gassin bu tipolojilerin bugün aralarında ayrım yapmayı olanaksız kılacak kadar iç içe geçen çok çeşitli bir yapıda bulunduğunu ifade etmektedir: “*Yılların akışı içinde uluslararası terörizm ile ulusal terörizm; bağımsızlık terörizmi ile aşırı sol terörizm arasında suç yeri dışında sıkı bağlar gelişti.*” Ortaya koyduğu kavramı daha da netleştirmek adına Gassin “*Teröristlerin niyetinin rakiplerini ortadan kaldırmak, toplumu yıldırımak olduğunu ve son tablilde terörizmin isyan suçluluğunun, uyumsuzluk içeren bireylerin hâkim ideolojiye karşı çıkararak şiddet yoluyla toplumu değiştirme niyetinde olduğu sapkın bir şekli oluşturduğunu*” söylemektedir.

Suç politikası ve terörizme karşı mücadele uzmanlığı sıfatımız çerçevesinde biz de bu duruma açık bir kavram oluşturmaya/yaklaşım getirmeye çalışırken diğerleri gibi Sisif ile eşdeğer bir çaba altına girmektediriz.

Hukuk ve Terörizmin Bastırılması<sup>6</sup> adlı eserimizde, Freidrich Hacker'in çalışmalarından<sup>7</sup> faydalanarak, özellikle de terörizmin psikolojik doğasına dayanarak bireysel terörizmin üç görünümünün olduğunu gözlemlemiş bulunuyoruz:

### **Kamu hukukuna dair terörizm:**

Bu tip terörizm karşımıza daha çok haksız kazanç elde etmek amacıyla çıkmaktadır ve örnek vermek gerekirse hırsızlık, banka soygunu, rehine almak, suikast, haraç kesmek gibi eylemlerden oluşmaktadır. Nitelikli örnekleri arasında yasaklar zamanında ABD’de sıklıkla gözlemlenen mafya savaşları, Güney Amerika’daki uyuşturucu kartelleri arasın-

6 Droit et la répression du terroisme, Revue Internationale de criminologie et de pénale technique, 1977, p.121

7 Aggression et violence dans le monde moderne, Paris, Calmann-Lévy, 1972 ve Terreur et terrorisme, Paris, Flammarion, 1976.

daki hesaplaşmalar, Endonezya ve Malezya'daki rehin almalar ve Korsika'da Fransa'dan gelen ev sahipleri ile kiracıların yazlık evlerine yönelik saldırılar bulunan klasik ve geleneksel suçluluk biçimidir.

### **Patolojik terörizm:**

Bu tip terörizm akli dengeleri bozuk olan kişiler tarafından yapılmakta ve uzun zamandan beridir de bilinmektedir. Herostratos'un Efes'teki Artemis tapınağını kundaklamasından itibaren dünya bu tip terörizmle karşı karşıyadır, güncel örnekleri arasında AUM tarikatının Tokyo metrosuna sarin gazıyla saldırısı ve 2002 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde benzin istasyonunda çalışan benzincilerin uzun seri katiller tarafından namlulu tüfeklerle öldürülmeleri yer almaktadır.

### **Siyasi terörizm:**

Bir başka deyişle siyasi amacı olan terörizm oldukça değişken ve çeşitli eylemler kümesine sahiptir. 19. yüzyılın sonundan itibaren oldukça evrime uğramıştır. Anarşizmden başlayıp günümüzün köktendinci islamcılarını, Haganah'ın yahudi terörist gruplarını, Kızıl Tugayları, IRA ve ETA'yı kapsamaktadır.

Tıpkı Hacker gibi biz de siyasi teröristin ortak olmayan bir mantığa boyun eğmesi/itaat etmesi sebebiyle anlaşılması güç, gizemli bir birey olduğu düşüncesindeyiz. Bütün sekterlerde olduğu gibi siyasi terörist; medeni duyu, genel ahlak ve diğerine saygı gibi değerlerden oluşan sosyal yükümlülüklerden ve gerçeklerden bağımsız kalmakta; birlikte yaşama alışkanlığına sahip insanların geliştirdiği anlayışlara karşı çıkan bir takım düşüncelerden beslenmekte ve bu düşünceleri geliştirip bunları birbiriyle eşleştirmektedir. Yine aynı şekilde kendisi, yakınları, kurbanlar ve diğer üçüncü kişiler açısından yaratacağı sonuçları görmezden gelerek davasına hizmet etmenin dayanılmaz çekiciliğine kaptırmasına yol açacak duygusal güdülere kendisini bırakabilmektedir.

Kendisini adanmış bulunduğu amaçla birlikte tamamen yobazlaşarak, bizim mantığımızdan, adalet idealimizden, ortak anlayışımızdan, ahlakımızdan tamamen uzaklaşmıştır. Özellikle kamikaze teröristlerinin ruhsal durumunu açıklayan anlayış budur.

Bununla birlikte teröristlerin bazı durumlarda da sosyal değerlerden yararlandıkları görülmektedir; ancak bu faydalanma/vurgu yakalanıp, ceza yargısının karşısına çıkarıldığı anda bir refleks ya da aldatici bir teşvik olarak savunmasında kullanılması amacıyla ile yapılmaktadır. Yine aynı şekilde masumiyet karinesi ve susma hakkına yapılan vurgu da bu kapsamdadır. Bu esnada bizim değerlerimize bir atıf yapılma amacı bulunmayıp, ceza yargılamasının siyasi bir mahkemeye dönüştürülmesi düşüncesiyle çarpıtma yapılmaktadır. Bu umutsuz durumdaki bir adamın elinde kalan son vasıttır. Dolayısıyla orada eğer bir iki yüzlülük, ahlaksız bir adamın gösterisini arama çabasına girersek hatalı davranmış oluruz. Bu, onu teröristin külliye reddettiği kıstaslara göre yargılamak olacaktır ve psikologlar bilmektedir ki bu da böylesine değişik bir ruh haline sahip bir bireyi anlayabilmek için elimizde kalan son fırsatı ya da şansı tepmek anlamına gelmektedir. Eğer mesele onu anlamaksa, bunu onu kabul etmek ya da oyununa dâhil olmak için değil, aksine onunla daha iyi mücadele etmek ve onun daha fazla zarar vermesini engellemek için yapılmaktadır.

Özetlemek gerekirse siyasi terörizm, özellikle iğrenç olan -böyle olması istenen-, değerler dünyamıza hiçbir vurgu yapmayan, bir suçlu tarafından işlenen ve de aynı zamanda bireysel ve toplumsal anlamda kıymetli, hukuken korunan değerlere zarar vermeye yönelik ve onların varlığını tehlikeye atmayı hedefleyen bir şiddet eylemidir. Bu şiddet eylemleri ikili bir amaç gütmektedir: Toplumunu yıldırma, bir başka deyişle, kamusal barışı sarsma ve hatta Devleti ya da karşı çıkılan siyasal sistemi yıkmak dolayısıyla kamu düzeninin varlığına kast etmek.

Doktrinde yazarları tarafından savunulan bu yaklaşım, psikolojik boyutu da hesaba katıldığında bizce hala geçerliliğini korumaktadır, zira bu yaklaşım birbirinden oldukça farklı olmalarına rağmen bilinçli ya da bilinçsiz olarak karıştırılan Devlet Terörizmi ile Terörizm arasındaki farkı ortaya koymamızı sağlamaktadır. Devlet terörizmi kavramından anlaşılması gereken, kısırlanmış bir hükümet tarafından gayri meşru ve uluslararası hukuka aykırı bir şekilde yapılan, çeşitli şiddet eylemleridir. Bunlara örnek olarak gayri meşru saldırılar, savaş ilan etmeksizin yapılan savaş eylemleri, olağan ceza yargılaması usulüne aykırı olarak bir çete üyesine ya da öyle olduğu iddia edilen kişilere (terörizm gönüllüsü ola-



bilecekleri düşüncesiyle) karşı yapılan baskıcı şiddet, ordu ya da polis tarafından takip hakkının, takip edilen gruba sığınmacı statüsü tanınmış komşu bir devletin topraklarında kullanılması gibi haller gösterilebilir.

Bireysel siyasi terörizm ile Devlet terörizmini bir arada tutma, bunları birleştirme düşüncesi uzun zamandır kullanılan siyasi bir söylem olmuştur ve bugün hala bu yaklaşım Birleşmiş Milletler nezdinde devam ettirmeye çalışılmaktadır. Hatta öyle ki, neredeyse bu yaklaşım kendisini 1975'te Cenevre'de düzenlenen V. Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Yönelik Muamele Kongresinde kabul ettirmeyi başarıyordu. Bu kongrede İsrail ile Arap Devletleri birbirlerini karşı karşıya getiren çatışmalar için; Çin, Tibet'teki durumunu Güney Afrika ise apartheid rejimini haklı göstermek düşüncesiyle, iki tip terörizm arasındaki farkı ortaya koymayı, *-terörizmin küresel olarak kınanması yoluyla-* rakiplerinin ve diğer Devletlerin, zimni olarak kınamasını elde etmek amacıyla reddettiler.

Oysaki bu iki kavram birbirine oldukça yabancıdır. Bireysel siyasi terörizm, siyaset bilimi ile açıklayabileceğimiz siyasi bir hareket olmayıp, ceza hukukuyla kavranabilen bir hareketler bütünüdür. Siyasi terörizm; bir bireye isnat edilebilen, sosyal düzene zarar veren, başkalarının, toplumun ya da Devletin mallarına kast eden, lanetlediği Devletle veya toplumla teröristi karşı karşıya getiren uyumsuzlukla hiçbir ilgisi olmayan masum kurbanları da vuran davranışlardan oluşmaktadır.

Peki, hukuki olarak bireysel siyasi terörizmi tanımlamak mümkün müdür? Bu konunun ele alınışı oldukça meşakkatli bir çalışma gerektirir, öyle ki çoğu zaman bu minvaldeki çalışmalar siyasi terörizmin meşrulaştırılmasıyla karıştırılmaktadır. Bu meşrulaştırma faaliyeti genellikle terörist faaliyetlerin yargılandığı ceza mahkemelerinde müdafiler tarafından gerçekleştirilmekte ancak yine genellikle yargılanma fikrine bile karşı çıkan sanıklar tarafından reddedilmektedir. Çünkü bu meşrulaştırma faaliyeti, suçluluğu ortadan kaldıran veya derecesini düşürmeyi amaçlayan bazı haklı olguların bulunduğu dayanan bir teori temeline oturmakta ve bir takım yasal bahaneler üzerinden yürümektedir. Genellikle bu tip davalar, masum insanların özellikle de kadın ve çocukların öldüğü eylemler etrafında genişlemektedir. Müdafî, savunmasında kendi içinde iğrençliği tartışılmaz olan bu eylemlerin, sanıklar için dünyanın geri kalanının ilgisini *halklarının yaşadığı trajediye* çekebilmek için

başka bir yöntem kalmaması nedeniyle gerçekleştirildiğini ileri sürer. Filistinli, Iraklı ve şimdiki Afgan teröristlerin durumları buna örnek olarak gösterilebilir. Filistinli teröristlerin savunmalarında ileri sürdükleri tezler zaten yeteri kadar bilinmektedir:

Aşağı yukarı 1500 yıldan beri üstünde yaşadıkları topraklar, istenmeyen yabancılar tarafından işgal edilmiştir ve de en başından beri uluslararası camia bu topraklara gayri meşru bir devlet inşa etmek amacıyla. Adı İsrail olan bu devlet kurulduğu andan beri topraklarını hukuka aykırı olarak genişletmekte; Arap ve Filistinli yerleşimcilerin meşru haklarını kısıtlamaktadır. Ahlak ve adalet kaderini oldubittiye getirmemeyi; malını mülkünü işgalciye teslim etmemeyi ve de meşru malik haklarına sahip çıkmayı gerekli kılmaktadır. Son olarak, her türlü siyasi çözümün mütecavizlerin cezalandırılmazlığı karşısında etkisiz kalmasından ötürü bundan öteye taviz verilmesinin de kabul edilebilecek bir yanı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla şiddet eylemleri, bütün bir halka yönelik olarak yapılan adaletsizlikleri kamuoyunda görünebilir kılmak, suçluların cezalandırılması için gereken şartları oluşturabilmek, öldürülmüş olan binlerce Arap nedeniyle toplumun acısını dindirmek, bir toplumun evinden sürülmesini, işgalci devlet tarafından, devlet terörizmini oluşturacak şekilde aşağılanmasını ifşa etmek amacıyla taşımaktadır. 2006 yılında demokratik seçimlerle Filistin bölgesinde iktidara gelen ve silahlı güçlerini tasfiye etmeyi reddeden Hamas'ın görüşleri böyle özetlenebilir.

Tamamen ahlaki temellere dayanan bu siyasi söylemi irdeler ve gerçeklerle aramıza belli bir mesafe koyarsak ona bireysel siyasi teröristlerin yargılanması çerçevesinde belli bir hukuki değer atfetmemiz gerekir.

Terörizmin hukuki tanımına dönecek olursak, bu tanımı yapabilmemizin üç yolu vardır ancak kanaatimizce bu üç yolun hiçbiri gerçek anlamda tatmin edici değildir. Aynı zamanda her üç yaklaşım da demokratik bir ceza hukukunun gereksinimlerine cevap vermekten uzaktır.

İçinde daha çok kriminolojik unsurlar barındıran birinci yaklaşım, terörist eylemleri fail ya da faillerin kişisel özellikleri üzerinden tanımlama noktasında durmaktadır. Bazıları ise terörist grubun niteliklerinden yola çıkarak bu tanımlamayı yapmayı tercih etmektedir. Bu şekilde yapılan bir tanım, Cesoni'nin belirttiği üzere demokratik ceza hukukunun

esaslı unsurlarıyla çelişecektir. Cesoni'ye göre terörist olmak ya da olmamak bir kişisel statü olup, şu veya bu şekilde hareket etmiş ya da etmemiş olmakla açıklanamaz, kanıtlanamaz. “*Oysaki demokratik ceza hukuku eylemlerin ceza hukukudur.*” Sadece kişisel niteliklere dayanarak bir tanım yapmak, “*çok yönlü tanım yapılmasını yasaklayan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesiyle birlikte orantılılık ilkesini ihlal edeceği gibi aynı zamanda masumiyet karinesini de teblikeye atmaktadır. Bu durumda maddi delillerin görmezden gelinmesi ve eylemleri cezalandıran bir ceza hukukundan, kişisel nitelikleri cezalandıran bir ceza hukukuna geçilmesi riski de ortaya çıkmaktadır.*”

Öte yandan böylesine bir tanımın uygulama alanında işlevsel avantajları bulunmaktadır. Cesoni'nin de altını çizdiği üzere bu durum ön soruşturma evresinde ve takibin açılmasından önceki polis yetkilerindeki iyileştirmeleri ve artışın nedeni olarak görülmektedir. Aynı zamanda bu sayede istihbarat servisi ajanlarına tanınmış olan proaktif/önleyici soruşturma yöntemleri polis tarafından da kullanılmaktadır. Tabii bu durumun ceza hukuku araçları ve gizli servis elamanları veya orduya ait yöntemler ile İnsan Hakları arasındaki çekişmenin artmasına yol açtığı ve yüksek risk içerdiği unutulmamalıdır.

Proaktif soruşturma yöntemleri ikili bir avantaj sunmaktadır: Bir yanda potansiyel suçluların kimlik tespiti/tespitinin yapılması daha kolay hale gelirken; diğer yandan terörizmle bağdaştırılmayan fakat onunla ilintili olan bazı olağan, somut suçların saptanması da kolaylaşmaktadır.

Böylesine bir tanımın tıpkı Amerikan Federal Hükümeti gibi özellikle baskıcı bir anti terörist siyaset izlenmesini savunan ve terörizmle mücadeleden terörizmle savaş anlayışına geçilerek mücadele alanının askerileşmesini savunan siyasi çevrelerde büyük coşkuyla kabul edilmesine şaşırmamak gerekmektedir.

Ceza hukukunun klasik ve daha demokratik tanımına geri dönecek olursak terörist eylemleri iki şekilde tanımlamak mümkündür.

Bunlardan ilki terörizmi, böylesine bir eylemin niteliklerini de hesaba katarak *sui generis* bir suç tipi olarak tanımlamaktır. Ortada Devlete, demokratik düzene, toplumsallığa (külliye ya da kısmen de olsa), kamusal düzen ve barışa zarar vermeyi hedefleyen örgütlü bir suçluluk

(bazı durumlarda uluslararası boyutu da olan) şekli vardır. Bu suçluluk tipi ciddi oranda şiddet içermektedir. Ancak ne olursa olsun bu kavramlar, kanunilik ilkesi göz önüne alındığında fazla yüzeysel kalmaktadır. Söz konusu yüzeyselliğin de ötesinde, bu kavramlar dünyanın değişik köşelerinden gelen Devletlerin üzerinde uzlaşmaları bir türlü mümkün olmayan sosyo-kültürel kavramlara vurgu yapmaktadır.

Dolayısıyla terörizmin ve terörist eylemlerin tanımını yapmak güçleşmektedir. Sonuç olarak bir takım eylemlerin kamu hukukuna mahsus bazı suçların unsurlarını taşımaları halinde, terörist eylem sayılmalarını ileri süren kazuistik bir anlayış geliştirilmiş ve bu anlayış Avrupa Konseyiyle Avrupa Birliği tarafından Terörizmin önlenmesi Anlaşmasının ilk maddesinde kendisini göstermiştir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, kendi açısından, terörist eylemleri

*“Bireyler ya da gruplar tarafından, bir ülkeye, o ülkenin kurumlarına, genel olarak halkına ya da ayrılıkçı amaçlar, aşırı uçta ideolojik fikirler, fanatizm ya da rasyonel olmayan ve sübjektif saikler ile belirli kişilere karşı şiddete başvurma ya da şiddete başvurmakla tehdit etmek yoluyla ve resmi makamlar, toplumda belirli kişiler ya da gruplar ya da genel olarak halk arasında terör ortamı yaratmak amacıyla işlenmiş suçlar”* olarak tanımlamış<sup>8</sup> ve bu yaklaşımını daha sonra<sup>9</sup> da devam ettirmiştir.

Avrupa Birliği de aynı yaklaşımı benimsemiştir. Avrupa Birliği Konseyinin 27 Aralık 2001 tarihinde Terörizmle Mücadelede Özel Önlemlerin Uygulanması kararının birinci fıkrasının üçüncü bendinde terörist eylemden ne anlaşılması gerektiğini aşağıdaki şekilde ortaya konulmaktadır:

Terörizm “bir ülkenin halkını ciddi şekilde korkutmak veya sindirmek, bir hükümeti ya da bir uluslararası kuruluşu bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlamak ve bir ülkenin ya da uluslararası kuruluşun politik, sosyal, ekonomik, anayasal temel yapısını yıkmak veya işlemez hale getirmek amacı ile bir ülkeyi ya da uluslararası bir organizasyonu ciddi zarara uğratan kasıtlı eylemleri yapmaktır.”

<sup>8</sup> 1426 sayılı ve 1999 tarihli tavsiye kararı - Terörizmin karşısında Avrupa demokrasileri

<sup>9</sup> 1550 sayılı ve 24 Ocak 2002 tarihli tavsiye kararı -Terörizme karşı mücadele ve İnsan Haklarına saygı

Bu eylemler; a) bir insanın ölümüne sebebiyet vermek, b) bir insanın bedensel bütünlüğüne zarar vermek, c) adam kaçırmaya ya da rehin almak, d) kamuya ait mülkiyette ya da özel mülkiyette altyapı sistemlerinden bilgi sistemine kadar insan hayatını tehlikeye sokacak şekilde aşırı kayba yol açmak veya büyük ekonomik zarar vermek,e) uçak, gemi veya diğer taşımacılık araçlarını kaçırmak,f) silah, patlayıcı, kimyasal, nükleer veya biyolojik her türlü silah üretmek, geliştirmek, elde etmek, taşımak veya kullanmak, g) insan hayatını tehlikeye sokacak patlama, sel veya yangına sebep olmak veya tehlikeleri maddeleri yaymak, h) insan hayatını tehlikeye sokacak şekilde su, enerji veya diğer doğal kaynaklara müdahale etmek veya şeklini bozmak, i) a) ile h) bentlerinde sayılan eylemleri yapma tehdidinde bulunmak, j) terörist bir grubu yönetmek,

k) terörist bir örgütü desteklemek, finanse etmek, bilgi ve materyal kaynakları temin etmeye katkıda bulunmak veya bu örgüt içerisinde yer almak, olarak tanımlanabilir.

Kararda örgüt yerine 'terörist grup' ifadesi yer almaktadır. Terörist grup, belirli bir periyodik süreyi doldurmuş, ikiden fazla kişiden oluşan, belirtilen suçları işlemek amacıyla hareket eden gruptur. Bu terimden anlaşılması gereken, terörist grubun herhangi bir terörist eylemi gerçekleştirmek için tesadüfen bir araya gelmeyen, üyeleri arasında şekli rol dağılımı bulunmayan ve yapısı içerisinde istikrar bulunmasının her zaman şart olmadığı bir topluluk olduğudur.

Karşımızda terörist eylemlere ilişkin tanımların en kapsamlısı ve de aynı esnada en iyi şekilde kurgulanmış olanı bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler nezdinde "*Uluslararası Terörizm hakkında Anlaşma*"nın neticelendirilmesi sürecinde bu Çerçeve Karardan yararlanılmaktadır, fakat bununla birlikte henüz bir uzlaşma sağlanamamıştır.

Uluslararası kurumların güncel tarihi, özellikle Birleşmiş Milletler örneği göz önüne alındığında, terörizmin tanımının yapılması denemelerinin izlerini taşımaktadır. Bunun en ilgi çekici örneklerinden birisini Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsünün hazırlık sürecinde görmekteyiz. Söz konusu statü çerçevesinde terörizm-doktrin bu yöndeki baskısına rağmen- sui generis bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Bu amaca/hedefe, Statü'nün revize edilerek ulaşı-

ması akla gelmektedir fakat bunun sağlayacağı avantajlar sanıldığı kadar tercih edilebilir değildir. Statünün hazırlık sürecinde bu fırsatın elden kaçırılmasının aslında mantıksal bir temele oturtulması mümkündür; şöyle ki Sandoz'un da belirttiği gibi birkaç açıklayıcı kayıtla da anlaşılabilceği üzere, Devletlerin kendi hukuklarında terörizm suçu olarak tanımladıkları eylemlerin çoğunluğu Statü'de savaş suçu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak bununla birlikte terörizm, özellikle Devlet terörizmi Statü'de düzenlenen şekliyle soykırım kavramıyla bazı noktalarda karıştırılma riski taşımaktadır.

Devletlerin özerkliklerini ve menfaatlerini koruma içgüdülerinin bir parçası olarak, şu ana kadar ortak bir terörizm tanımının yapılamamış olmasının anlayışla karşılanmalıdır. Yazarımız, uluslararası hukuk ve insancıl hukuk uzmanı kimliğiyle bütün Devletlere bu sebepten ötürü sitem edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.

Devletlerin, toplumun varlığının kısmen ya tamamen tehdit altında olduğu bu noktada kararsızlık ve hatta acz içinde kalmasının olağan olduğundan bahsetmektedir. Bu anlayıştaki Devletler açısından anti-terörist mücadele ve bu alandaki uluslararası işbirliği belli bir önemi haiz olmakla birlikte mücadelenin verimliği açısından bir mutlakiyet içermektedir. Bu noktada, vicdan ve uluslararası hukuk düzeni adına Devletlere kabul ettirilmesi gereken yaklaşım, terörizmi ve terörizmle mücadeleyi sömürmemeleri, kendi menfaatleri uğruna kullanmamaları ve de siyasetlerine alet etmemeleri gerekliliğinden ibarettir. Aksi takdirde, bu aktiviteleri bilinçli olarak hoş görmeleri ya da zımnen onaylamaları sebebiyle devlet terörizmden bizzat kendileri sorumlu olacaklardır.

Bu noktadaki tartışmayı sonlandırmak adına belki şöyle bir deyişten faydalanılabilir: *“Terörizm söz konusu olduğunda şeytan tanımında gizlidir, ancak bir tanım olmazsa ortalık cehenneme döner.”*<sup>10</sup>

Kaldı ki 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından yaşanan şokun da etkisiyle, uluslararası ölçekte terörizmin tanımı için ileri sürülen iddiaların safsataya dönüşmesiyle, bu cehennem etkisinin ortaya çıktığı söylemek yanlış olmayacaktır. Bir tanım elde edebilmek için, uluslararası kurumların çerçevesinde hızlıca hareket etmek gerekiyordu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 28 Eylül 2001 tarih ve 1373 sayılı kararıyla bu gerekliliği yerine getirdi.

**10** **Javier Ruperez**, *The Role of United Nations in The Fight Against Terrorism: Provisional Balance, in Perceptions, vol.X, fasc.2,2005, s.41 ss, 44,45.*

Bilindiği üzere Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletlerin bir üst organı, gerçek hükümetidir. Konseyin üstünlüğü, -adından da anlaşılacağı üzere- güvenlikle ilgili konularla sınırlı kalmakla birlikte, Genel Kurul'un onayına ihtiyacı olmaksızın, uluslararası toplum üzerinde etki doğuracak çeşitli yükümlülükleri belirleyebilmesinden ileri gelmektedir. Birleşmiş Milletler Şartının mantığında Konseye bu yetki uluslararası barışın kesintiye uğraması (savaş veya savaş tehdidi hallerinde) anında kullanılmak üzere verilmiştir. Güvenlik Konseyinin söz konusu yetkisi dâhilinde zorlayıcı önlemler almak hatta ve hatta devletlerin egemenlik haklarının en büyük ihlallerinden biri olan güç kullanmak da bulunmaktadır.

Güvenlik Konseyi bu yetkisini Kore'de, Kuveyt'te, Eski Yugoslavya'da ve Afganistan'da kullanmıştır. Ancak 28 Eylül 2001 tarihinden önce Güvenlik Konseyi, hep somut olaylar üzerine karar kalmış ve genel nitelikli kararlar almaktan imtina etmiştir, kaldı ki böylesine bir yetki Genel Kurul'a ait olup Devletlerin imzasına sunulan uluslararası sözleşmeler aracılığıyla kullanılmaktadır. Neredeyse bir yasa koyucu gibi davranan Güvenlik Konseyi, ilgili kararıyla yetkilerini aşmış ve Devletlere terörizmle mücadele kapsamında yerine getirmeleri gereken çok sayıda yükümlülükler getirmiştir. Sandoz, böylesine bir zımni sözleşmenin genel anlamıyla uluslararası ölçekte terörizmle mücadele açısından faydaları olacağı düşüncesindedir: Karar sayesinde kolay, hızlıca icra edilebilir bir durum söz konusudur. Uzun uzadıya müzakerelerin hüküm sürdüğü diplomatik konferanslar yapılmayacak, Devletlerin bu anlaşmaları imzalamaları ve de ardından iç hukuklarına dâhil etmelerini gerektiren dolambaçlı süreç bertaraf edilecek ve tıpkı Avrupa Birliğinde olduğu gibi hükümetler arası anlaşmalara dayanan süreçten, doğrudan etkiye sahip hükümetler üstü bir sürece Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesinde de geçilecektir. Bu türden yükümlülükler ayrıca zaman ve mekân açısından herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Eğer Güvenlik Konseyi, üstün yetkili uluslararası yasa koyucu rolüne sahipse bunu, Birleşmiş Milletler Şartının kendisine, 25.<sup>11</sup> ve 103. madde<sup>12</sup>lerinin etkisiyle, Güvenlik Konseyi kararlarına aykırı olarak yapılan uluslararası sözleşmeleri iptal etme yetkisini vermesine borçludur. Ortaya yeni ve kayda değer bir verimlilik potansiyeli çıktığını söylemek ve bundan mutluluk duymak mümkün-

**11** 25. Madde Devletlerin, Güvenlik Konseyi kararlarına uymak zorunda olduğunu ifade etmektedir.

**12** Şarttan ileri gelen yükümlülüklerin üstünlüğünü hükme bağlamaktadır.

dür. Lakin bu mutluluğu hissedebilmek için böylesine bir aracın kullanılmasının indirgemeci bir felsefeye yaslandığını, güvenliğin emredici gerekliliklerine mutlak derecede bağlı olduğunu, demokrasi ve insan hakları seviyesi ne durumda olursa olsun Devletlerin birlikte hareket etmesini zorunlu kıldığını akıldan çıkarmak gerekmektedir. Bu durumda terörizmle mücadele söz konusu olduğunda, işbirliği yapılmayacak ülke kalmamaktadır, zira her ülkenin yadsınmayacak ölçüde bu mücadeleye katkı sağlaması mümkündür. Ancak insan hakları sicili pek de parlak olmayan bazı ülkelerin yöneticileri tekrardan uluslararası camiaya adım atmakta ve izledikleri politikalar hoşgörülle karşılanmaktadır. Bu nedenle Güvenlik Konseyinin, herkesin güvenliğini sağlamakla yükümlü bir bekçi ve bu alanda uluslararası jandarma rolüne soyunmasına rağmen Libya, Yemen, İran, Küba, Beyaz Rusya yeniden masaya oturmakta; Rusya Çeçenistan'ı, İsrail Filistin'i, Kenya ise yolsuzluklarını unutturmaktadır.

Oysa böylesine bir genel af ve terörizmle mücadelenin verimliliğinin artırılması için ödenmesi gereken bedel 1373 sayılı Güvenlik Konseyi Kararının hükümlerinin somut çerçevede ortaya koyduğu yükümlülükler dikkate alındığında oldukça ağırdır. Devletlerarası işbirliğinin bu mücadelede oldukça hayati bir önemi haiz olmasına rağmen; devletlerin ilgili kararın *“Bir devletin topraklarının, başka bir Devlete veya başka bir Devletin vatandaşlarına yönelik terörist eylemlerde veya terörist eylemlerin finansmanı, kolaylaştırılması, organize edilmesi amacıyla kullanılması”* engellemekle yükümlü kılan hükmü karşısında çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Elde edinilmiş tecrübeler ve gözlemler göstermektedir ki, Devletlerin çoğunluğu hükmün gerekliliklerini yerine getirememektedir. Yeterli güvenceler genellikle yapısal sorunlar nedeniyle sağlanamamakta ancak en düzenli ve kudretli Devletler bile bazı bölgeler, (Brezilya'nın Amazon bölgesinde kontrolü sağlayamaması) şehirler ve mahalleler söz konusu olduğunda (Amerika Birleşik Devletleri örneğinde Miami ve Los Angeles) gerekli organizasyonu gerçekleştirmekte zorlanmaktadır.

Peki, hukuki olarak bu açmazdan kurtulmanın bir yolu var mıdır? 2001 yılında sorunun çözümü için uluslararası kamu hukuku açısından kayda değer bir ilerleme sağlandığını söylemek mümkündür. On yıllar süren kararsızlığını bir tarafa iten Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2001



yılı, 56.oturumunda Devletlerin uluslararası nitelikte hukuka aykırı eylemlerden doğan sorumluluğunu düzenleyen ve tanımını gereğince terörist eylemleri *uluslararası nitelikte hukuka aykırı eylem* olarak kabul eden temel bir belgeye imza attı. Aynı zamanda, ilgili metin çerçevesinde bireysel nitelikli terörizm, Devlet terörizmi ve uluslararası kamu hukuku kurumu ayrımları sarih bir şekilde yapılarak iki kavramın birbirleriyle karıştırılmasının önüne geçilmiş ve terörizme karşı mücadelede küresel ve evrensel bir anlaşmanın oluşması için uzun zamandır titizlikle çabalayan kişilerin önündeki engel ortadan kalkmıştır.

İlgili metin ve Sandoz'un altını çizdiği hususlar uyarınca, uluslararası nitelikte hukuka aykırı eylemlerin bazı özellikleri ortaya çıkmaktadır:

- 1- Devlet organları tarafından gerçekleştirilen eylemler, (4.madde) buna göre Devletin fail olması durumunda devlet terörizminden bahsetmek gerekecektir.
- 2- Devletin yönetimi veya denetimi altında gerçekleştirilen eylemler,(8.madde) Libyalı yöneticiler tarafından komuta edilen Lockerby olayında olduğu gibi Devletin söz konusu eylemi azmettirmesi ya da eyleme -doğrudan- iştirak etmesi hali söz konusu olabilir.
- 3- Yukarıdaki durumlarda Devletlerin sorumluluğu açıktır ve bu eylemlerin gerçekleşmesinden dolayı bir takım sorulara cevap vermesi gerekecektir.
- 4- Duruma ve olaylara tamamen hâkim olmayan bir devletin sınırları içerisinde meydana gelen eylemlerde ise bazı noktaların gözetilmesi gereklidir. Burada ya Devletin ilgili eyleme zımni olarak iştirak etmesinden ya da Devlet hesabına çalışmayan bireylerin gerçekleştirdiği terörist eylemlerden ötürü Devletin sorumluluğundan bahsedilmelidir. Bu tür eylemlerden dolayı Devletlerin sorumluluğuna gidilmesi, uluslararası kamu hukuku çerçevesinin genişlemesi nedeniyle devletlerin denetim ve gözetim görevinden ileri gelmektedir. Böylesine bir durumda Devletin sorumluluğu terörist eylemi gerçekleştiren bireylerden ötürü değil, bu eylemin meydana gelmesini engelleyemeyen, böylesine bir eylemin ortaya çıkmaması için gerekli özeni gösteremeyen kendi organlarından dolayı ortaya çıkmaktadır. Elbette, dev-

let organlarının yetersiz kaldıkları her olay 9.madde kapsamında uluslararası nitelikte hukuka aykırı bir eylem sayılmayacaktır. İlgili madde uyarınca devletin sorumluluğunun doğabilmesi için bir kişinin ya da grubun kamu kudretinden kaynaklanan üstünlüklerini, bu türden yetkilerin kullanılmasını gerekli kılan hallerin varlığına rağmen resmi devlet yetkilerinin ortada olmaması veya bu duruma göz yumması gerekmektedir.

İhlal edilmesi halinde Devletin doğrudan kontrol etmediği bireyler tarafından kendi sınırları içerisinde işlenen terörist eylemlerden sorumlu tutulmasını mümkün kılan “gerekli özeni gösterme” yükümlülüğünü daha iyi anlayabilmek için üç durumu inceleyelim:

- 1- Terörist eylemin, Devletin sınırları içerisinde yer almakla birlikte kontrolü ayrılıkçı bir gruba ait olan topraklar üzerinde olan bir bölgede gerçekleştirilmesi halinde (Angola’da UNITA örneğinde olduğu gibi), uluslararası anlamda sorumluluk, fiili hâkimiyet ilkesi uyarınca ayrılıkçı gruba ait olmaktadır. Örnek vermek gerekirse, denetimleri altında tuttıkları bölgeler açısından Afganistan’da Taliban ya da Kuzey Pakistan’da El-Kaide, bu bölgelerdeki terörist eylemlerden sorumludur.
- 2- Terörist eylemin, hukuki anlamıyla anarşinin hüküm sürdüğü, bir başka deyişle, Devletin kamu kudretinden kaynaklanan yetkilerini ve üstünlüklerini nesnel sebeplerle (Amazon’un derinliklerindeki Brezilya örneğinde olduğu gibi) kullanmadığı yerlerde gerçekleştirilmesi halinde Devletin bu eylemlerden ötürü sorumluluğu doğmayacaktır. Böyle bir durumda Devletin uluslararası “gerekli özeni gösterme” yükümlülüğünün maddi imkânsızlıklar nedeniyle bertaraf edildiğini varsayabiliriz.
- 3- Devletin, uluslararası sorumluluğunu kendisine yüklediği ödev çerçevesinde engelleyecek maddi olanaklara sahip olmasına rağmen terörist eylemin devletin sınırları içinde gerçekleşmesi halinde sorumluluk Devlete ait olmaktadır. Bu duruma örnek olarak güncel olaylar ışığında Suriye’yi gösterebiliriz. Suriye, Irak sınırına yakın bölgelerde teröristlerin eğitilmesine, faaliyet göstermesine, çoğalmasına olanak sağlayan mülteci kamplarına izin vermekte ve buradan yola çıkan teröristler Irak sınırları içerisinde terörist eylemlere imza atmaktadır.

Hemen yukarıda bahsedilen 2 numaralı durum ile bu durum arasındaki fark şuradan kaynaklanır: Teröristleri kabul eden devlet, terörist eylemlere hiçbir surette katılmamakla birlikte, bunları engellemek ya da ortadan kaldırmak için hiçbir girişimde bulunmamaktadır.

Böylelikte görüyoruz ki, ne bireysel terörizm ne de devlet terörizmi cezasız kalmaktadır. Son tahlilde önemli olan budur.

Nitekim 1373 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı da bunun tersini söylememektedir. Hüküm fıkrasının 5. Başlığında “ terörizm eylemleri, yöntemleri ve uygulamaları Birleşmiş Milletler Organizasyonu’nun amaç ve ilkelerine aykırı olup; bu türden eylemlerin finansmanı veya azmettirilmesi de yine aynı şekilde Birleşmiş Milletler Organizasyonu’nun amaç ve ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.” denilmektedir.

Yine aynı metinde terörizm ile uluslararası örgütlü suç arasındaki bağlantılar ortaya konulmuş ve bu bağlantıların uluslararası güvenlik için *önemli derecede sorun ve ağır tehdit* oluşturduğu ifade edilmiştir. Böylelikle fazla yanılma riski olmaksızın denilebilir ki Uluslararası Örgütlü Suçlulukla mücadele konulu 15 Aralık 2000 tarihli Palermo Konvansiyonunun elden geçirilmesi çalışmalarında, terörizme, ilgili konvansiyonun uygulama alanında, konu yönünden bir suç vasfı kazandıracak nitelikte bir protokol metne eklenecektir.

Kriminolojiye gelince, onun bu yeni veriler çerçevesinde rolü ne olmalıdır? Kriminoloji ışığını ve uzmanlığını suçlulukla mücadele kapsamında sunmaya hala devam etmektedir. Yapılması gereken ama kriminoloji bu yükün altından kalkabilir mi?

Bulduğumuz aşamada iyimser bir yanıt vermekten uzağız, zira başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere birçok devlet, terörizmle mücadele kavramını, bu alandaki mücadeleyi askeri yetkililer ve istihbarat ajanlarına havale etmek suretiyle, terörizmle savaş anlayışına dönüştürerek kriminolojinin soruşturma alanını oluşturan veri ve bilgileri, bir tür savunma sırrı niteliğine kavuşturdular. Bu durum, bizim dışımızda birçok yazarı<sup>13</sup> da endişelendirmektedir.

13 **John Piccarelli ve Louise Shelley** -*The diversity of the Crime, Terror Interaction, Annales internationales de criminologie, vol.43, fasc.1 / 2, 2005, s.51.-*, **Cherif Bassouni** -*The Regression of the Rule of Law under Guise of Combatting Terrorism, Revue internationale de droit pénal, vol. 76, fasc. 1 / 2, 2005, s.17.-*, **Emilio Viano** - *La criminologia después del 11 de septiembre de 2011: Cambios Radicales de Focos, Políticos y Fondos, Terrorismo, Amenaza Global, Cuadernos de Criminología, 2005, fasc. 15, s.27.-*

Terörizm ve bu belaya karşı yürütülen mücadele kapsamında, başta stratejiler olmak üzere , kavramlar, politikalar, taktikler, yöntemler, araçlar ve önlemler, kısacası her şey değişmektedir. Dolayısıyla kriminoloji eserinin gelecek baskısında Üstadımız bu değişiklikleri işlerken aynı zamanda onun birer hayranı olan okuyucuların da canlı merakını tatmin etmiş olacaktır.

## Cezalandırmada Siyasi ve Yargısal Kararların Zamanla Mücadelesi

Pierre Truche<sup>1</sup>/Çev.Dilara Berberoğlu<sup>2</sup>

Ceza mahkemeleri, bir veya birden fazla suçun işlendiğine kanaat getirip fail veya failleri gerektiği şekilde cezalandırır. Kanun, cezalandırmanın derecesini belirlerken toplumsal gelişimi de göz önünde tutar. Ancak bu durum zamanın, adli girişimlerin ve siyasi makamların kararlarının doğrultusunda değişim gösterir.

### CEZALANDIRMADA ZAMANLA MÜCADELE

19. yüzyılda Faustin Hélie, Beccaria'nın dönemin kanunlarından “can sıkıcı bir taviz vererek” “insanların hafızalarında uzun süre iz bırakan ve vahşice işlenen cürümler için zamanaşımının olmaması gerektiğini” fakat “ortaya çıkmayan veya fazla dikkate değer olmayan cürümler söz konusu olduğunda, suçlunun yeniden toplumda yerini alabileceği bir süre belirlenmesi” gerektiği görüşünü eleştirmiştir. Zamanaşımının her suça uygulanması gerektiğini savunan Faustin Hélie'ye göre, uzun yıllar geçtikten sonra “zanlının kendini aklayacak vasıtaları bulması daha zordur ve hayatını zehir eden kaygılar da zaten bir tür kefarettir”, ayrıca “suçun izleri gibi, masumiyetin izleri de zamanla silinir” ve nihayet, “sosyal kargaşa geride kalmıştır, zaman af ve merhamet getirmiştir ve çok geç gelen ceza bir anlamda acımasız hatta haksız görülür.”<sup>3</sup>

Bu mülahazalar uzun yıllar, hem yargılama hem de infaz açısından, tek tip zamanaşımını içeren adli sistemin temelini oluşturmuştur ve kabahatler için bir ve iki yıl, suçlar için üç ve beş yıl, cürümler için 10 ve 20 yıl olarak uygulanmıştır (istisna olarak basın suçlarında üç ay, seçim suçlarında altı ay...). Ancak, savaş dönemlerinde, toplum için durumun ciddiyeti dikkate alınarak firar suçlarında zamanaşımı uygulanmamaktaydı.

1 Eski Fransız Yargıtayı 1. Başkanı

2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi

3 Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (avec les commentaires de Faustin Hélie), Editions d'Aujourd'hui, 1980.

Günümüzde bu durum değişmiştir. En önemli yenilik, 2. Dünya Savaşı sırasında insanlığa karşı işlenen suçların bir sonucudur. Fransız Parlamentosu'nun oybirliği ile kabul ettiği 26 Aralık 1964 tarihli kanun, bu tür suçların “doğası gereği zamanaşımına tabii olamayacağını” öngörmüştür. Ancak, görüşmeler sırasında, insanlığa karşı suçların tek bir tanımının yapılamaması sebebiyle bir çelişki doğmuştur.<sup>4</sup> Parlemtentoda bulunanların bir kısmı bu tür suçları “uyruk, din veya ırk ile ilgili olmayan” savaş suçları olarak kabul ederken, bir diğer kısmı da “toplama kamplarına götürülenleri ve direnişçileri” söz konusu etmiş ve son olarak üçüncü bir grup da, “savaş suçlarının, barışa karşı işlenmiş suçların ve soykırım” suçlarının insanlığa karşı işlenmiş suçlar kapsamına alınmasını talep etmiştir. Aynı karışıklık, Fransız Ceza Kanunu'nun 212. maddesi 2. fıkrasında ve Yargıtay'ın, uluslararası hukukta suçun yalnızca mağdur sivil halk olduğunda oluşmasına rağmen, ideolojik hegemonya politikalarına karşı çıkan herkesi, karşı çıkma biçimleri ne olursa olsun – yani vuruşanları da - bu suçun mağduru olarak kabul eden 20 Aralık 1985 tarihli kararında da devam etmektedir. Bu husustaki çelişkinin temel sebebi, Fransa'nın, uluslararası hukukun aksine, savaş suçlarını zamanaşımına uğramayan suçlar kategorisine almamış olmasıdır. Hatta bu sebeple, Fransa, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisini de tanımamaktadır.<sup>5</sup>

Dolayısıyla, günümüzde Fransız hukukunda dava ve ceza zamanaşımını uygulanmayan suçlar yalnızca insanlığa karşı işlenenler suçlar ile fi-rarın özel halleridir.<sup>6</sup>

Ancak farklı yönlerde gelişmeler meydana gelmiş, artık kamu düzeyine ve mağdurun korunmasına zarar veren ciddi durumlarda işlemeze hale gelen tek tip zamanaşımını sürelerini muhafaza etmek mümkün olmaktan çıkmıştır. Terörizm ve uyuşturucu kaçakçılığı suçlarında, dava ve ceza zamanaşımını süreleri cürümler için otuz yıl, suçlar için yirmi yıl olarak belirlenmiştir.<sup>7</sup> Cinsel içerikli ve küçüklere karşı işlenen cürüm-

<sup>4</sup> JO, AN, 16 Aralık 1964; ve Sénat, 17 Aralık.

<sup>5</sup> JO, 11 Haziran 2002, s.10354.

<sup>6</sup> Sırasıyla Fransız Ceza Kanunu'nun 213-5.maddesi ve Fransız Askeri Adalet Kanunu'nun 94-1 ve 375. maddeleri uyarınca.

<sup>7</sup> Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-25-1 ve 706-31. maddeleri.

lerde yirmi yıl, suçlarda davanın içeriğine göre on ila yirmi yıl arasında saptanmıştır.<sup>8</sup>

Zamanaşımı, ancak söz konusu makamların eylemsizliği durumunda fail açısından bir hak, yetkili makamlar için bir görev haline gelmektedir. Bu durumda zamanaşımı süresi son kovuşturma veya soruşturma tarihinden; cezanın zamanaşımı süresi ise kesin hüküm tarihinden itibaren işlemeye başlar. Kanun, zamanaşımı süresinin başlangıcını, reşit olmayanların rüştüne kadar, asker kaçaklarının veya emirlere karşı gelenlerin suçlarında ise failin 50 yaşına geldiği güne kadar erteler.<sup>9</sup> Evrakta sahtecilik, ödeme güçlüğü ve iflas suçlarında da durum aynıdır. Özellikle güveni kötüye kullanmada, içtihatlar daha da ileri gitmiştir zira uzun yıllara dayanan bir güven ilişkisi söz konusu olduğundan, emanet edilen şeyin sahibi uzun süre ihtilası fark etmeyebilir; işte bu durumlarda zamananışı süresi olayın meydana geliş tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu alandaki içtihatlar zamanla daha geniş bir alanda kullanılarak kamu mallarının suistimaline ilişkin suçlara da uygulanmışlardır; ancak Fransız Yargıtayı 27 Temmuz 2001 tarihli kararıyla bu uygulamayı, yalnızca suçun gizlendiği durumlarla sınırlamış, bunun dışındaki durumlarda, zamanaşımı süresinin söz konusu fiille ilgili yıllık hesap döneminin kapanmasıyla işlemeye başlayacağını belirtmiştir. Yeni kanun tekliflerinde yalnızca bu tarih temel alınmakta; ancak zamanaşımı süresinin uzatılması talep edilmektedir.

Son metinlerde, zamanaşımı, alternatif kovuşturma usullerinin işlemesi ile denetimli serbestlik süresince askıya alınmaktadır.<sup>10</sup>

Bütün bu yeni düzenlemeler zamanaşımının ileri sürülmesini güçleştirmekte midir? Bir suç meydana geldiğinde, benzer suçun geçmişte de işlendiği ancak o suçun işleniş tarihinin üzerinden uzun bir süre geçmiş olması sebebiyle kovuşturmanın mümkün olmadığı durumlarda zamanaşımı kuralı işlemektedir. İnfaz konusunda, suçlu kaçır ve zamanaşımı süresi bittikten sonra ortaya çıkarsa, suçluyu cezalandırmak mümkün olmayacaktır.

<sup>8</sup> Fransız Ceza Usul Kanunu m. 7, 8 ve 706-47., Fransız Ceza Kanunu m. 222-30 ve m. 227-26.

<sup>9</sup> Sırasıyla Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 7 ve 8.maddeleri ve Fransız Askeri Adalet Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca.

<sup>10</sup> Fransız Ceza Usul Kanunu m. 41-1 ve m. 41-2.

## CEZALANDIRMAMAYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Kural olarak, yargı kararlarından, delillerle kanıtlanmış suçların faillerinin cezalandırılması beklenir. Ancak bu her zaman mümkün olmamaktadır. Çocuk suçlulara ilişkin 2 şubat 1945 tarihli kararname, suçları tespit edilse dahi çocuklara ancak istisnai durumlarda “ceza” verilmesini öngörmektedir. Kararname ayrıca “çocukları koruyucu, destekleyici, gözetici ve eğitici olan uygun önlemlerin” alınmasını veya “eğitici bir yaptırım” uygulanmasını emreder.

Son yıllarda, yetişkinlere uygulanan yaptırımların çeşidi oldukça artmıştır, ancak, bu yaptırımlar ister haklardan yoksun bırakıcı olsun, ister hakları kısıtlayıcı olsun, hepsi daima Ceza Kanunu’nun 131-3. maddesine öngörülen yaptırımlardır. Buna karşılık, 11 Temmuz 1975 tarihli kanun yürürlüğe girdiğinden beri, bir ceza mahkemesi tarafından suçlu bulunan sanığa ceza verilmemesi mümkün hale gelmiştir<sup>11</sup>; bu durumda cezalandırmama kararını veren mahkemenin kendisidir. Keza, kovuşturmadan önce, dolayısıyla olayın mahkemeye intikalinden önce, cumhuriyet savcısı kanunun emirlerinin yerine getirilmesini isteme, uygun bir ilgili kuruma yönlendirme, kanunsuz bir durumun düzeltilmesini talep etme, ve özellikle de fail ile mağdur arasında uzlaşmaya gitme yetkisine sahiptir<sup>12</sup> ve bu girişimlerinin olumlu sonuç vermesi halinde dosya, ceza davası açılmasına gerek kalmaksızın kapanır. Bu durum, fiilin doğası gereği herhangi bir cezanın gerekli olmadığı, failin zararı tazmine ve teminat göstermeye hazır olduğu durumlarda savcılığın başvurduğu eski bir uygulamanın kanunlaşmasıdır. Ayrıca, önüne gelen dava dosyaları hakkında dava açma veya açmama yetkisine kanunen sahip olan savcılık, her zaman, meydana gelmiş suçlarda mahkemeye sunulması gerekmeyen dosyaları takipsizlik kararı vererek kapatma yoluna gitmiştir. Günümüzdeki temel gelişme, dosyanın kapatılmasının yanısıra, yukarıda sözü edilen uygulamalara başvurulabilme imkanının bulunmasıdır.

Bu, cezalandırma ile sonuçlanan cibrî hukukun yanısıra, cebir içermeyen hukukun da Fransız adalet sisteminde yerini alması anlamına gelir; bu da hâkim ile zanlı arasında bir diyalog kurulmasını öngörmektedir ki bu da aslında ceza mahkemelerinin, suçlu tarafından kabulü

<sup>11</sup> Fransız Ceza Kanunu m. 469-1.

<sup>12</sup> Fransız Ceza Usul Kanunu m. 41-1.



zorunlu olan “kamu hizmetinde çalışarak cezasını çekme” kararlarında zaten uygulanmakta olan bir sistem idi. Bugün uygulanmakta olan ve savcı ile hâkimin müdahalesini gerektiren denetimli serbestlik prosedüründe de, suçlunun suçunu kabul ettiği prosedürlerde de geçerli olan budur.

Havarî Matthieu'den esinlenen ve Benoit Garnot tarafından hukuköncesi olarak nitelendirilen “Senden davacı olanla daha yoldayken anlaş, yoksa o seni yargıca, yargıç da gardiyana teslim edebilir, sonunda hapse atılabilirsin” (Mt 5,25) anlayışı, Eski Rejim döneminde uzun süre uygulanmıştır; dini dayanağı ve yerel yaygınlığı sebebi ile hukuk dışı olarak algılanmıyordu. Kentlerde ve özellikle de kırsal kesimde papazlara, eşrafa veya asillere tanınan hakemlik uygulaması, medeni hukuk (evlilik dışı gebelik) ve ceza hukukunda (hakaret, şiddet, hatta ‘asil bir nedeni’ olması ve hukukun müdahalesine gerek kalmasızın aileler arasında bir anlaşmayı kolaylaştırması halinde cinayet vakalarında) yaygın idi.

Günümüzde, ceza hususunda mutabık kalınması da dahil, zanlı ile hâkimler arasında bir diyalog mümkündür. Nitekim “Kamu hizmetinde çalışarak cezasını çekme” uygulamalarında, mevzuat gereği suçlunun verilen cezayı kabul etmesinin şart olduğu durumlarda, bu diyalog zaten bulunmaktaydı.<sup>13</sup> Bugün, denetimli serbestlik prosedüründe ve suçlunun suçunu kabul ettiği prosedürlerde de suçlu ile diyalogda önce savcılığın ardından hâkimin müdahalesi gerekmektedir.<sup>14</sup>

Anlaşıldığı üzere, hukuka aykırı bir fiil her zaman cezalandırılmaz, ceza verilip verilmeyeceğine hâkim, kanun sınırları içinde karar verir.

## **SİYASİ KARARLARA KARŞA CEZALANDIRMA**

Siyasi iktidar farklı nedenlere dayalı olarak her tür cezalandırmayı ortadan kaldırabilir.

Diktatörlükler, hukuk kuralları hiyerarşisinin yozlaşmasına ve bozulmasına yol açarlar; zira Devlet menfaatini kanunun üstünde tutarlar. Nitekim, nazizm döneminde cinayet ölümle cezalandırılırken, sadakatleri nedeniyle yönetime seçilmiş olanlar, herhangi bir ceza görmeksizin, erkek, kadın, çocuk, insanları katletmiştir.

<sup>13</sup> Fransız Ceza Kanunu m. 131-8.

<sup>14</sup> Fransız Ceza Kanunu m. 41-2 ve Ceza Usul Kanunu m.495-7.

Bunun tamamen zıttı bir ortamda, ırkçı rejimin (apartheid) yıkılmasından sonra, Güney Afrika'da eski rejim zamanında işlenmiş suçların cezalandırılması söz konusu olduğunda, failerin aleyhine delil bulmak çok zordu ancak "hafıza kaybı" olarak algılanan genel affın çıkarılması da söz konusu olamayacağı düşünülmüştür. Buna çare olarak Geçici Anayasa'ya bir madde eklenmiştir. Bu maddeye göre "Geçmişin, temel insani prensiplerinin hiçe sayılmasıyla sonuçlanan şiddetli çatışmalara, insan haklarının çiğnenmesine sebep olan; ve nefret, korku, suçluluk ve intikam duyguları yaratan bölünmüşlükleri ve anlaşmazlıkları aşmak" tercih ediliyor ve "Bu, intikam değil, karşılıklı anlayış, rövanş değil haksızlıkların telafisi, misilleme değil ubuntu (yani "hepimiz aynı hayak ışığının parçalarıyız" inancı) çerçevesinde olmalı" denmiştir. Nobel Barış Ödüllü Rahip Desmond Tutu'nun başkanlığında kurulan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu araştırmalarını, adı çok manidar olan bir raporda toplamıştır: "*Bağışlamasız gelecek olmaz*".<sup>15</sup> Komisyonun karşısında alenen suçunu kabul eden herkes, affedilmiş ve mahkemeler buna müdahale etmemiştir: Uzlaşma sağlamak amacıyla cezalandırma uygulanmamış, ancak bu sadece bu uygulamayı kabul ve suçunu itiraf edenler için uygulanmıştır.

Fransa'da suça veya cürüme teşebbüs eden failin adli veya idari makamları suç işlenmeden önce uyarması; dolayısıyla suçun işlenmesinin önlenmesini sağlaması ve suç işlendikten sonra diğer failerin veya suça iştirak edenlerin kimliğini açıklaması durumunda, bu kişi kamu düzenini koruma adına cezalandırılmamaktadır.<sup>16</sup>

İktidar, ülkemizde (Fransa) ceza sistemini etkileyecek bir uzlaşma politikası da uygulayabilir. Bunun için elindeki iki araç, genel af ve özel aftır. Bu iki müessese "cezanın infazını engeller veya durdurur".<sup>17</sup> Genel af "hükmedilmiş yaptırımlar da silinebilmektedir".<sup>18</sup> Bunların uygulama koşulları birbirlerine benzememektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan vahşetin ardından af çıkarılması için uzun süre geçmesi gerekti. (5 ocak 1951, 6 ağustos 1953, 9 Haziran

<sup>15</sup> Albin Michel, 2000.

<sup>16</sup> Fransız Ceza Kanunu m. 132-78.

<sup>17</sup> Fransız Ceza Kanunu m.133-1.

<sup>18</sup> Fransız Ceza Kanunu m.133-9.

1958 tarihli kanunlar). Bu ikinci kanunun birinci maddesi affin gerekçesini açık şekilde açıklıyordu: Söz konusu olan “direnış ruhuna sadık kalarak merhamet dağıtmaktır, bu ne iade-i itibar ne de intikamdır”. Kuşkusuz faydalanan açısından, toplumun işlenen suç u unutulması söz konusudur; ancak suçlu, zamanaşımı durumundaki gibi genel bir metinden değil, bağışlayıcılıktan istifade etmektedir.

Genel af, şiddet içeden bir çatışmanın hemen ardından da çıkarılabilir. (Cezayir’le ilgili çıkarılan 22 Mart 1962 tarihli kararname, Yeni Kaledonya ile ilgili 31 aralık 1985te çıkarılan kanun, Guadeloupe ve Martinique adalarıyla ilgili 10 temmuz 1989 tarihli kanun gibi). Burada hızlıca yeni ilişkiler kurulması söz konusudur; ancak bu, son olayların, ağır da olsa, cezalandırılmayacağı anlamına gelmektedir. Sendika veya bir grup çalışan ile işveren veya işverenlerden oluşan bir kuruluş arasında çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle (6 ağustos 1953 ve 21 Aralık 1972 tarihli kanunlar), anavatan dışında asayişin sağlanması için görev yapan bazı görevliler hakkında (31 ocak 1959 tarihli kanun) ve uyuşturucuyla mücadele eden adli polis ve gümrük memurları yararına (19 Aralık 1991 tarihli kanun) da genel affa başvurulabilir, burada amaç toplumsal barışı sağlamaktır. Ayrıca, 2002’ye kadar, her yeni cumhurbaşkanlığı seçimi bir genel af yasaasının çıkarılmasına yol açmıştır.

2006’ya kadar, Ulusal bayramlarda özel af için bir tüzük çıkarılır, tutuklular bağışlanır, cezaevleri tenhalaştırılırdı.

Bir suçun ispatından cezasının tam ve eksiksiz infazına varan yolun ne büyük engellerle dolu olduğu görülmektedir. Zaman, hâkimler ve iktidar, süreci uzatacak, kısaltacak hatta engelleyecek farklı ve kendilerine has yetkilere sahiptirler. Cezanın bu şekilde bireyselleştirilmesi ise modern bir adalet anlayışının göstergesidir. Günümüzde de var olan eğilim, cezanın ağırlaştırılması olabilir, fakat bu, son yıllarda adaletin önüne konan çeşitli alternatifleri ortadan kaldırmaz. Özellikle de Avrupa normlarına uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Fransız kanunları, Anayasa gereği, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu’nun kararlarıyla bağlıdır. Strazburg’daki Adalet Divanı’nın da altını çizdiği gibi, cezada esas ilke orantılılıktır.