

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

OCAK  
ŞUBAT  
MART  
NİSAN  
MAYIS  
HAZİRAN  
2016

SAYI  
1-2

**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**

Av. Hasan Fehmi Demir

**Genel Yayın Yönetmeni**

Av. Fikret İlkiz

**Sorumlu Müdür**

Av. Mehmet İpek

**Yayın Kurulu**

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

Yrd. Doç. Dr. Barış Erman/Yrd. Doç. Dr. Gülşah Kurt

Av. Fikret İlkiz/Av. Hasan Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği

Harbiye Mah. Maçka Cad.

No: 11 D3 Şişli-İstanbul

**Basım Yeri**

Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifika No. 13723)

Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No: 3 Taksim Beyoğlu/İST.

(0-212) 249 40 60

**Basım Tarihi**

Ağustos 2017

---

# İçindekiler

---

HUKUK VE BİLİM	<b>1</b>	Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR
ULUSLARARASI SUÇLAR, SINIRAŞAN SUÇLAR VE YABANCILIK UNSURU KAVRAMLARINA DAR VE GENİŞ ANLAMDA BİR BAKIŞ	<b>7</b>	Arş. Gör. Erdem İzzet KÜLÇÜR
TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA	<b>47</b>	Arş. Gör. Burcu ZOĞLAR
SEDITIONOUS CONSPIRACY: PROSECUTING CONTEMPORARY TERRORISM THREATS IN UNITED STATES	<b>87</b>	Arş. Gör. Murat CEYHAN
MODERN TOPLUM YAPILANMASINDA POLİS VE TOPLUM İKİLEMİ	<b>111</b>	Arş. Gör. Irmak ERDOĞAN
ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMAK SURETİYLE TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇU BAKIMINDAN MUTLAK KARİNE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	<b>131</b>	Arş. Gör. Aras TÜRAY
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ KARAR ANALİZİ	<b>183</b>	Av. Irmak DUMAN
“TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİ OLAN KASTIN DEĞERLENDİRİLMESİ”	<b>221</b>	Av. Uğur GÜNER
SMART AMNESTIES AND INDIVIDUAL ACCOUNTABILITY	<b>245</b>	Duru YAVAN



# HUKUK VE BİLİM\*

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR\*\***

Hukuk ve Bilim başlığını taşıyan bir bildirinin organ nakli gibi tıpla ilgili bir toplantıda sunulması durumunda, başlığa da tıp sözcüğünün eklenmesi gerekir ya da hiç olmazsa uygun olur. **“Bilim, Tıp ve Hukuk”** olarak değiştirmek konuyu daha iyi açıklayabilir.

Bilim çeşitli yönlerden tanımlanabilir. “Bilinmeyen bir olguyu ortaya çıkarmak”, “Yüzyıllar süren yürüyüş içinde yeni ve açıklanmamış kavramları bilmek ve açıklamak” gibi...

Sözlük anlamı ile de bilim,

“.....Bazı olgu veya olay kategorilerine ait iyi düzenlenmiş bilgiler bütünü... Yoklanabilecek, deneye vurulabilecek bir bilginin muhtevası olan herşey... Doğa, toplum, insan ve düşünce üstünde kesin veya yaklaşık olan nesnel bilgilerin tümü...”<sup>(1)</sup>; “...Evrenin ya da olayların bir kısmını konu edinip deney yolları ile ve gerçekliğe dayanarak yasalara yükselmeğe çalışan bilgi...”<sup>(2)</sup> Yöntemle elde edilen ve uygulamayla doğrulanan her zaman ve her yerde geçerlilik ve kesinlik nitelikleri taşıyan bilgi...<sup>(3)</sup> şeklinde tanımlanabilir.

Ünlü İspanyol düşünür **Ortega Y Gasset**, bilimi çok çarpıcı ve dar bir açıdan açıklıyor. **Ortega Y Gasset’e göre:** “Asıl ve gerçek anlamıyla bilim,

\* Sağlık Bilimleri Üniversitesi tarafından 3/11/2016’da düzenlenen “Organ Naklinde Güncel Hukuki Sorunlar Sempozyumuna” sunulan “Hukuk ve Bilim” başlıklı bildiri...

\*\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

1 Meydan Larousse, II, sh. 373, sütun 2

2 Türkçe Sözlük, 6. bs., Ankara 1974, s.118

3 Püsküllüoğlu, Ali 7.bs., Ankara, 2004, s.222

yalnızca araştırmadır: yani ortaya birtakım sorunlar atmak, onları çözümlenmeğe çalışmak ve bir çözüme ulaşmak”...(4)

**Ortega Y Gasset** şöyle devam ediyor: “Araştırmak bir gerçeği ortaya çıkarmaktır, ya da onun tersidir; Yani birşeyin yanlışlığını kanıtlamaktır... Bilim salt bir arayış ve yaratıcı çabadır... Bilim insanın yaptığı ve ürettiği en yüce şeylerden biridir, çünkü bilim yaratıcıdır, bilim adamı modern rahiptir...” (5)

Fransız düşünür **Henri Bergson** ise insan aklının, doğası gereği, varlığın derinlik ve genişliğini kavrayamayacağını, bu yüzden bilimin bir bütün olmaktan çıktığını ve türlü bilimlerin bileşiği halini aldığını belirtmiştir. **Bergson**, bilimin bu niteliği nedeniyle bilim insanlarının araştırmalarını ve çalışmalarını özdeşleştirmek ve belirli alanlara sıkıştırmak durumunda kaldıklarını ve bunun sonucunda bilim alanında iş bölümünün oluştuğunu ifade etmiştir.(6)

**Bergson’un** bu görüşü doğrultusunda, tıbbın ve hukukun, bilim alanında oluşan iş bölümünün sonucunda ortaya çıkan bilim kollarından olduğunu söylemek mümkündür.

Bilim karşısında tıp ne anlama gelmekte, tanımı ne olmaktadır? Tıbbın hedefi insan soyunu tedavi etmek ya da sağlıklı tutmaktır... Tıp çözüm sunmak için vardır. (7) **Ortega Y Gasset**, tıp ile ilgili bu saptamalarından sonra tıbbın bilim olup olmadığı ile ilgili şunları belirtmektedir: “.....Tıp bilim değildir. Meslek dediğimiz şeydir, yani uygulamalı bir etkinliktir...”(8)

Bilimi, tıbbı bu şekilde kesin çizgilerle ayırabilmek, aralarına tam sınırlar koymak bizce mümkün değildir. Bilimin hep araştırmaya dayandığı; var olan ve alışılan bilgi, kural ve kavramların doğruluğu ve yeterliliği konu-

---

4 Ortega Y Gasset, Jose Üniversitenin Misyonu, (Çeviri: Gül Işık Neyyire,) Üniversitenin Misyonu, İstanbul, 1998, s.53

5 Ortega Y Gasset, 54

6 Hirsch, Ernst, “Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?”, [dergiler.ankara.edu.tr](http://dergiler.ankara.edu.tr), s. 23, (Çevrimiçi: 09.11.2016)

7 Ortega Y Gasset, 57

8 Ortega Y Gasset, 57

sunda kuşkuya kapıldığı ve bunun üzerine yeni araştırmalara, düşüncelere kapıldığı bir gerçektir. Ancak bilime böylesine dar bir açıdan bakmamak gerekir. Araştırmalar sonucu elde edilen buluşları, bilgileri eğitim ve öğretimle yaymak ve bunları uygulamaya yansıtma, uygulama içinde görmek de bizce bilim olarak kabul edilmelidir.

Bu açıdan tıp alanındaki buluşlar, araştırmalara dayanan yeni bilgi ve görüşler bilim olduğu gibi, bunların eğitim ve öğrenim ile yayılması ve uygulanması da bilimdir. Bu belirlemeye sorgulamaları da eklemek gerekir. Bilim, vardığı noktayı, eriştiği düzeyi de sorgulama özelliğine sahiptir. Bu sorgulama bilimi yeni arayışlara götürür ve bu durum böylece sürer gider.

Kısaca ana niteliklerini belirttiğimiz bilim ve tıp karşısında hukukun durumu nedir? Bu soruya cevap verebilmek için hukukun ne olduğunu tanımlamamız gerekmektedir:

**Ernst Hirsch**, hukuk kavramını şöyle tanımlamaktadır: “..... hukuk terimi, yeryüzünde insanoğullarının birbirleriyle yan yana ve bir arada yaşayabilmelerini mümkün kılan düzen anlamını taşımaktadır. Bu düzen, toplumsal hayatın bünyesinde mündemiç bir öge (unsur) olduğu gibi insanlık kültüründen aykırılık kabul etmez bir fenomendir. Bu anlamda hukuk bir yandan olgu ve olaylar aleminde öbür yandan değer dünyasında yer bulmaktadır.”<sup>(9)</sup>

Amerikalı hukuk felsefecisi **Huntington Cairns** de hukuk biliminin, sosyal bilimin bir parçası olarak düzensiz insan davranışlarını incelediğini ve olgular ne kadar önem taşırsa taşısın sadece onları toplamakla yetinmeyerek, olguların düzenli bir şekilde tekrarlanıp tekrarlanmadığına bakarak genelleme ya da o alana özgü bir hukuk yaratmaya çalışma amacı taşıdığını ifade etmiştir.<sup>(10)</sup>

Hukuk kişiler arasındaki, ya da kişi ile devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen bu ilişkilerde ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözümleyen kuralları için-

9 Hirsch, 22

10 Hasan Dursun, “Hukuku Bilim Kılabilmek”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 64, Y: 2006, s. 251-253

de bulundurulur. Başka bir deyişle hukuk kuralları bütünüdür.<sup>(11)</sup> Başta Anayasa olmak üzere Uluslararası Sözleşmeler, Kanunlar, Yönetmelikler, Tüzükler, kararnameler bu kuralların içinde yer aldığı kaynaklardır.

**Hirsch**, hukuk biliminin görevini şu şekilde belirtmiştir: “..... onun esas ödevi sayısız hukuk kaidelerini bir araya toplayarak düzen bir sistem içinde koymaktan ibarettir. Bu ödevi mükemmel bir surette yerine getirebilmek için hukuk ilmi sahasında çalışmakta olan bilgin, her mimar gibi maddeye bağlı olmakla beraber ona şekil vermekte ve sanatının kendisine çizmiş olduğu sınırlar dairesinde serbest kalmaktadır.”<sup>(12)</sup>

Hukuk, kuralları bütünü olmanın yanı sıra, aynı zamanda bunların uygulamasıdır da. Tıpkı bilimde olduğu gibi, hukukta da, arayışlarla ortaya çıkan yeni görüşler, yeni kavram ve kuralları bilimi oluşturduğu gibi, bunların uygulaması da bilimin bir yönünün, bir parçasının ortaya çıkmasını sağlar. Bu özelliği ile hukukun çok yönlü olduğunu, pek çok kişinin katkısı, çalışması ile yeni biçimlere yöneldiğini belirtmek gerekmektedir. Bu durumu şu şekilde açıklayabilmek mümkündür: Herhangi bir kanun, belirsiz sayıdaki kişilerin çalışmaları ile hazırlanır, yürürlüğe girdikten sonra da pek çok kişinin görüşleri, karşı görüşleri ile hukuk dünyası içinde yaşayışını devam ettirir. Ancak hukukun bu şekilde uygulanarak sürüp gitmesi durağan bir gelişme göstermez. Çünkü kişiler arasındaki ilişkiler, kişi ile devlet arasındaki olaylar ve son olarak yeni olaylar, yeni buluşlar, yeni görüşler hukuku da değişime zorlar. Başka bir deyişle hukuk, ilk başlarda yeniliklere kapalı ya da eski formüllerle yeni buluşların etkilediği olayları çözümlenmeğe çalışır. Bu noktada, “hukukun olayları geriden, yavaş bir süreçte izlediği” özdeyişi ortaya çıkar.

Evet, hukuk, bütün dinamizmine rağmen, niteliği gereği olayları geriden izleme özelliğine sahiptir. Bu nedenledir ki, hukukun değişiminin zor olduğu söylenir. Bununla beraber toplumsal ya da kişisel sorunlara, anlaşmazlıklara çözüm bulabilmek için hukuk bir süre sonra değişime uğrar.

11 Aynı yönde bkz. Hirsch, s. 24

12 Hirsch, 25



Bu durumu tıp ile hukukun karşılaştığı alanlarda veya konularda bulabilmek mümkündür. Hukuk, tıbbın yeni buluşları karşısında, bir süre adeta direndikten sonra, uymak durumunda kalmıştır. Tıpkı ölümün tespitinde yeni bir ölçütün (kıstasın) kabulü, tıbbi deneylerin ve tıbbi denemelerin, tarihsel olayların da etkisi ile, uzun süre kabul edilmemesinden sonra, birtakım koşullarla kanunlarda yer alması, organ aktarmaların sadece çift organlarda değil tek organlarda da parça alınarak yapılabilmesi, organ aktarmalarının alanının giderek genişlemesi gibi...

Hukuk uygulamasında da tıbbın kural ve mesleki uygulama biçimlerinin etkilerinin bulunduğu görülebilmektedir. Tıp biliminin uygulayıcıları olan hekimler, hastalıkların teşhisi, tedavisi, cerrahi müdahalelerde bulunulması gibi faaliyetlerinde hukuk biliminin öngördüğü kıstaslara ve kanunlara göre değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak hekimin herhangi bir müdahaleyi yapıp yapmayacağı, hangi sınırlar içinde yapabileceği, hastanın rızasının aranıp aranmayacağı, olumsuz sonuçlanan tedavi veya müdahaleden hekimin sorumlu olup olmayacağı gibi sorunlar hukuk bilimini ilgilendiren ve onun ölçütlerine, kanunlarına göre çözümlenen meselelerdir.<sup>(13)</sup>

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğinin tespitinde “hukukta yerleşmiş uygulama olup olmadığının” göz önünde tutulması; kanununun Tıp Fakültelerinin ilgili kurumlarına, Yüksek Sağlık Şurasına, Adli Tıp Kurumuna sorulması, tıbbın hukuku etkilemesinin izlerini taşımaktadır.

Hukuk ve tıp bilimlerinin karşılaştığı alanların fazlalığı, tıp ve hukuk bilimlerinin artan bir hızla gelişim göstermesi sonucunda tıpkı genel bir ifade olan bilim kavramının bölümlere, kollara ayrılması gibi hukuk bilimi de kendi içinde bölümlere ayrılmış, tıp hukuku başlığı altında, bu alanla özdeşleşen araştırmalar, çalışmalar, incelemeler yapılmaktadır. Tıp hukuku, tıbbın uygulanmasından kaynaklanan sağlık personelinin hak ve yükümlülükleri, yasal sorumlulukları, hasta hakları, ilaç hukuku, medikal hukuk gibi konuları ele alan, anayasa hukukunu, ceza hukukunu, idare hukuku-

13 Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 27

nu ve medeni hukuku ilgilendiren yönleri olan disiplinler arası bir hukuk dalı olarak ifade edilmektedir.<sup>14</sup>

Bu açıdan tıp biliminin uygulanmasında hukukun yol göstericiliği ve önemi yanında tıp biliminin dışındaki konularda hukuk bilimi de, gerçek hayattaki sorunları çözümlerken, bunların tıp ile ilgili yönlerinde tıp bilimine başvurmaktadır. Hukukun tıbbi konularda, sorunu çözmesi, tıbbın yol göstericiliğinde olmaktadır.

Ancak tıbbın hukuku etkilemesi tabiidir ki mutlak değildir. İnsan hak ve özgürlükleri, insanın yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, insan onuru tıp biliminin verileriyle karşılaştırıldığında hukukun hep dikkate aldığı ilkeler olarak göz önünde tutulur. Bu nedenledir ki cinsiyet değişikliği uzun süre tıpta kabul edilmemiştir. Bugün “kopya insan” olayı bu nedenle kabul edilmemektedir. İnsanın vücudunun belirli organlarını satması, satışı çıkarması aynı açıdan hep hukukun kabul etmediği olaylar olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk problemleri çözümlerken Tıp Biliminin verilerini hep kişinin hak ve özgürlükleri ile karşılaştırarak bir sonuca varır. Buna bir çeşit hukuk ile tıbbın çarpışması ya da çatışması da denilebilir. Bu çatışma sürüp gitmektedir...

## KAYNAKÇA

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 27

DURSUN, Hasan “Hukuku Bilim Kılabilmek”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 64, Y: 2006

GASSET, Ortega Y, Jose Üniversitenin Misyonu, (Çeviri: Gül Işık Neyyire,) Üniversitenin Misyonu, İstanbul, 1998, s.53

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007

HIRSCH, Ernst, “Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?”, dergiler.ankara.edu.tr, (Çevrimiçi: 09.11.2016)

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Ankara, 2004

---

<sup>14</sup> Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s. 31

## ULUSLARARASI SUÇLAR, SINIRAŞAN SUÇLAR VE YABANCILIK UNSURU KAVRAMLARINA DAR VE GENİŞ ANLAMDA BİR BAKIŞ

**Erdem İzzet KÜLÇÜR\***

### ÖZET

Suç olgusu insanlık tarihinin geneli boyunca bir ülkenin yerel coğrafi sınırları içerisinde kalacak şekilde işlenegelmiştir. Suç olgusunu çoğunlukla yerel nitelikte bir fenomen olmaya mecbur eden sebeplerin başında ulaşım imkanlarının ilkel olması gelmekte iken, bu olguyu sınıraşan bir fenomene dönüştüren başlıca etkenler teknolojinin gelişmesiyle doğru orantılı olarak ulaşım ve iletişim araçları ile suçta kullanılan araçların, özellikle silah endüstrisinin gelişmesi olmuştur. Bu sayede suç failinin başka bir ülkede bulunan suçun mağduruna ulaşması ya da suç konusunun sınır ötesine ulaştırılması kolaylaşmıştır. Diğer yandan silah endüstrisindeki gelişmelerin 20. yüzyıl dünyasının farklı coğrafyalarındaki ulusal ve uluslararası politik krizlerin çözümünde ya da bir takım ideolojik amaçlara ulaşılmasında araç olarak kullanılmasıyla birlikte ırk, dil, renk, milliyet, siyasi düşünce, mezhep farklılığı gibi temellere dayanan kitlesel ölümlere neden olması uluslararası toplumu bu tür ağır suçları en şiddetli şekilde bastırmaya yönelik bir takım kurallar oluşturmaya sevk etmiştir. Bu iki farklı suç tipolojisini belirtmek üzere kullanılan sınıraşan suç ve uluslararası suç kavramlarını ele alacağımız bu çalışmamızda kavramların kökenini, izahını, benzerlik ve farklılıklarını ulusal, karşılaştırmalı ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ışığında ortaya koymaya çalışacağız. Son olarak uluslararası suçların ve sınıraşan suçların kovuşturulmasında uygulanacak yetki kurallarının ihtiyaç duyduğu

\* Araştırma Görevlisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, MaxPlanck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Enstitüsü Misafir Araştırma Görevlisi. erdem.kulcur@gmail.com

özgün bağlama noktaları bakımından yabancılık unsuru kavramı ele alınacak olup, bir suça yabancılık unsuru katan etkenlerin neler olduğuna değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sınıraşan Suçlar, Uluslararası Suçlar, Suçların Küreselleşmesi, Dar ve Geniş Anlamda Sınıraşan Suçlar

### **ABSTRACT**

Crime, as a phenomenon, has been committed throughout the almost all along of history of humanity in the local geographical borders of a country. One of the major reasons compelling crime to be mostly a local phenomenon was primitive possibility of transportation; on the other hand, major factors transforming this local phenomenon to trans-border phenomenon are, in parallel of technological progress, the advancements of the transportation and communication means and the means used in committing crimes, especially weapons industry. Thus, that paves the way for perpetrators to reach the victims in another country or for the object of the crime to be conveyed beyond national borders. Moreover, in conjunction with using the developments in weapons industry as a mean to solve the national or international politic crisis in the different regions of the 20<sup>th</sup> century world or in order to reach certain ideological purposes together with the fact that it has caused to mass killings based on race, language, color, nationality, political opinion and denominational differences, etc., attention of the international community has been aroused to criminalize and severely punish those kind of grave crimes and impose sanctions on it. This study attempts to explain the notion of transnational crimes for the first and international crimes for the latter examples by mentioning root, history, similarities and differences of these notions in the light of national, international and comparative law regulations. Lastly, the element of foreignness will be dealt with in terms of genuine links which criminal jurisdiction principles need to be exercised in prosecuting international and transnational crimes.

**Keywords:** Transnational Crimes, International Crimes, Globalization of Crimes, Transnational Crimes in the Strict and Broad sense

## 1. Suçların Küreselleşmesi ile Sınıraşan Suçlar Arasındaki İlişki

Suç olgusunun önündeki yerel sınırlar özellikle 19. yüzyılda yaşanan ulaşım ve iletişim alanında yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte ortadan kalkmaya başlamıştır<sup>1</sup>. İnsanların, mal ve hizmetlerin, verilerin sınır aşan dolaşımındaki hızlilik ve kolaylık, suçların da kolayca ülke sınırlarını aşmasını sonuçlamıştır. Amerikan Ulusal Adalet Enstitüsü tarafından yapılan bir araştırmaya göre, sınıraşan suçluluğu besleyen üç ana etkenin, ekonominin küreselleşmesi, göç olaylarında yaşanan artış ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler olduğu tespiti yapılmıştır<sup>2</sup>. Suçların küreselleşmesini hızlandıran diğer etkenler arasında, teknolojiye yaşanan hızlı gelişmelerin bir sonucu olarak bilişim sistemlerinin ve internet ağının ortaya çıkması, bilişim ve diğer iletişim araçlarının çoğalması ve yayılması, uluslararası ticaret, küresel ekonomi ve finans araçlarındaki artış, uluslararası taşımacılık, uluslararası hava ulaşımı ağının ve diğer ulaşım olanaklarının dünya çapına yayılması gibi etkenler sayılmaktadır<sup>3</sup>. Bu etkenler dikkate alındığında, genel anlamda küreselleşmenin bir parçası/sonucu olan suçların küreselleşmesi kavramının, daha ziyade sınıraşan suçlar kavramı ile ilişkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira küreselleşme kavramının günümüzdeki anlamıyla kullanılmaya başlanması 1970'li yıllara isabet ettiğinden<sup>4</sup>, gerek uluslararası suçlar kavramının bu tarihten önce var olması gerekse sınıraşan suçlara ilişkin sözleşmelerin bu tarihten itibaren oluşturulmaya başlanması kavramlar arasında ilişkiyi ortaya koymaktadır<sup>5</sup>. Diğer yandan küreselleşmenin

1 Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 5.

2 James O. Finckenauer, "Meeting the Challenge of Transnational Crime", in: National Institute of Justice Journal, July 2000, s. 1.

3 Bekir Parlak, Uğur Argun, "Küreselleşme Süreci Bağlamında Organize Suç Örgütlerinin Karşılaştırmalı Analizi", in: **Yerelden Küreselle Sınıraşan Suçlar**, editörler: Süleyman Özeren, M. Alper Sözer, Oğuzhan Ömer Demir, Polis Akademisi Yayınları, Ankara: 2010, s. 19., Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2015, s. 88.

4 Bu tarihten önce Philip Jessup tarafından "*transnational law*" (sınıraşan hukuk) kavramı, sınırları aşan eylem ve olayları konu alan hukuk alanını ifade etmek üzere kullanılmış olup, sınıraşan suç kavramının ortaya çıkışında bu kavramdan yararlanılmıştır. Philip C. Jessup, **Transnational Law**, New Haven: Yale University Press: 1956, s. 2

5 Paul James, Manfred B. Steger, "A Genealogy of 'Globalization': The Career of a Concept", Globa-

sunduğu imkânlar -ki kanaatimizce teknoloji küreselleşmenin ayrılmaz parçasıdır- daha ziyade suçların ulusal sınırları aşmasını kolaylaştırmıştır. Örneğin uluslararası taşımacılığın gelişmesi uluslararası yasadışı madde ticaretini artırmış, internet, mobil bankacılık ya da diğer uluslararası finans araçları gibi hizmetlerle dünyanın diğer bir ucundaki banka hesapları yasadışı gelirlerin aklanması ya da dolandırıcılık gibi suçların yeni yöntemleri olarak kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Örnekler çoğaltılabilir.

İnsanlık, insan yaşamını kolaylaştıran bu gelişmelerden yalnızca amaca uygun olarak istifade etmekle yetinmemiş aynı zamanda bu kolaylık ve imkânları kısa sürede kötüye kullanmayı da başarabilmiştir. Bu gelişmeler sınır aşan bireysel ve organize suçlulukta artış da beraberinde getirmiştir. Özellikle ekonomik suçların failleri suçtan elde ettikleri gelirleri artırmak ve değerlendirmek amacıyla yabancı ülke pazarlarına açılmaktadırlar<sup>7</sup>. Devletlerin alışlagelen klasik suçla mücadele yöntemlerinin yetersiz kaldığı ve suçlunun bir adım önde olduğu bu dönemde, yeni suç tiplerinin ve suçlu profillerinin belirlenerek sınıraşan organize suçlarla mücadele stratejilerinin geliştirilmesi ihtiyacı karşısında devletler, alışlagelen klasik metodların dışına çıkarak yeni hukuki konseptler oluşturmaya başlamışlardır. Bu doğrultuda, öncelikle, devletlerin cezalandırma yetkilerini yalnızca egemenlik yetkilerinin geçerli olduğu ülke sınırları içerisinde işlenen suçlar bakımından kullanabildikleri klasik ülkesellik (mülkellik) anlayışı günümüz-

---

lizations, Vol. 11. Issue 4, 2014, s. 417., Neil Boister, "Transnational Criminal Law?", European Journal of International Law, 2013, Vol. 14, s. 953., Neil Boister, **An Introduction to Transnational Criminal Law**, OUP: 2012, s. 13., Neil Boister, "The Concept and Nature of Transnational Criminal Law", in: **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, (eds. Neil Boister, Robert J. Currie), Routledge Publications, 2015, s. 11. Roth, s. 5. Bu sözleşmelere örnek olarak 1970 tarihli Uçakların Kaçırılmasına Karşı Lahey Sözleşmesi, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçaklığına Karşı BM Sözleşmesi, 1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Elkonulması ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 1997 tarihli OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi, 2000 tarihli Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve benzer nitelikteki diğer uluslararası sözleşmeler örnek olarak gösterilebilir.

6 Ümit Kocasakal, **Karapara Aklama Suçu**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2000, s. 86.

7 Murat Volkan Dülger, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2011, s. 62 vd., Kocasakal, s. 24, 42.

de terkedilerek, yabancı ülke sınırları içerisinde işlenen suçların da, belli koşullarda, kovuşturulup cezalandırıldığı karma sisteme geçilmiştir<sup>8</sup>.

Sınıraşan suçlarla mücadelenin ülke içinde işlenen suçlarla mücadele karşısında daha zor olmasının sebebi, suç mefhumunun geleneksel olarak ülkesel bir sorun şeklinde kabul edilişi ve ceza hukukunun önleme ve bastırma araçlarının bu odakta kullanılmasıdır. Sınıraşan suçlulukla mücadelede kullanılan suçluların iadesi kurumu dahi 21. yüzyıla girildiğinde halen 19. yüzyıldaki standartlara dayalı olarak uygulanmaktaydı<sup>9</sup>. Dolayısıyla sınıraşan suçlar ve sınıraşan organize suçlarla mücadele konusu özel bir odak ve bu anlayışa özgü yöntemlere ihtiyaç duymaktadır.

Ülkemiz bakımından bu yetkinin kullanılmasını işlevsel ve etkili hale getirecek kovuşturmaların ve hükümlülerin nakli, suçluların iadesi, kontrollü teslimat, kırmızı bülten gibi çeşitli uluslararası adli yardım ve işbirliği araçları zaman içerisinde devreye sokulmuş, ayrıca yine uluslararası anlaşmalar uyarınca gerek *İnterpol*, *Europol* gibi polis işbirliği teşkilatları ile gerekse *Eurojust* gibi adli işbirliği teşkilatları ile işbirliğinde görev yapacak irtibat birimleri oluşturulmuştur. Ayrıca gerek *Avrupa Adalet Ağı* (EJN) ile tüm sınıraşan suç tipleri ile; gerekse tarafı olduğumuz çeşitli çok taraflı uluslararası anlaşmaların bir gereği olarak uyuşturucu madde suçlarıyla, siber suçlarla ve uluslararası terörizmle mücadelede 7/24 kesintisiz işbirliği esasına dayanan koordinasyon birimleri oluşturulmuştur.

Uluslararası alanda kurulmaya çalışılan ve ceza adaleti sisteminin birçok temel kurumuna temas eden bu işbirliği ağına rağmen hızla gelişen teknoloji karşısında devletlerin ceza hukuku araçlarını yenilemeleri aynı hızda olmamakta, bugün dahi özellikle internette işlenen (sınır aşan) suçlar bakımından bazı sorunlar çözümsüz kalmaktadır. Teknolojik gelişmelerin hızı

8 Erdem İzzet Külçür, **Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanma Alanı**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2014, s. 148 vd., Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul: 2016, s. 152., Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt 1, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 1994, s. 249.

9 Finckenauer, s. 4.

karşısında, ceza hukukunun üreteceği çözümlere yönelik olarak bugün yazılanların yarın çoktan eskimiş olabileceği baştan kabul edilmesi gereken bir gerçektir

## 2. Uluslararası Suç ve Sınıraşan Suç Kavramlarına Bakış

### 2.1. Uluslararası Suç Kavramı

1648 Westphalia Anlaşması'nın kurduğu dünya düzeninin ulus-devlet, ulusal çıkar ve ulusal sınırlar gibi anahtar kavramları günümüz dünya düzeninde küreselleşmenin bir sonucu olarak uluslararası niteliğe bürünmüştür<sup>10</sup>. Uluslararası toplum ve uluslararası kamu düzeni gibi kavramların ortaya çıkışı ile birlikte bu düzeni bozan eylemlerden dolayı geçmişte yalnızca devletlerin sorumluluğunu esas alan uluslararası hukuk, günümüzde bireylerin ceza sorumluluğu konusunu da kapsar hale gelmiştir<sup>11</sup>. 1945 yılında Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla birlikte yeni bir uluslararası düzene geçilmiş, bu düzeni oluşturan uluslararası toplumun ortak değerlerinin barış, güvenlik ve refah olduğu kabul edilmiştir. İşte bu değerlere yönelik ihlallerin önlenmesi ve bastırılması gereğine binaen bazı ağır ihlal eylemleri uluslararası suçlar (*international crimes*)<sup>12</sup> olarak adlandırılmaktadır<sup>13</sup>.

Uluslararası suçların "uluslararası" niteliği, suçların, sınıraşan bir şekilde işlenmesinden değil, uluslararası toplumun ortak bir tehdidi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu eylemlerin suç haline getirilip cezalandırılmasında tüm ulusların ortak menfaati bulunmaktadır. Zira uluslararası suçlar, sınıraşan suçların aksine, yalnızca yer itibariyle coğrafi sınırları içerisinde işlen-

10 Henry Kissinger, **Diplomasi**, Çev.: İbrahim H. Kurt, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara: 1998, s. 1.

11 Olgun Değirmenci, "Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku", İÜHF M C. LXXI, S. 1, s. 229-266, 2013, s. 230.

12 Uluslararası ceza hukuku literatüründe uluslararası suçlar kavramını ifade etmek üzere kullanılan diğer kavramlar, "*universal crimes, crimes under international law, international crimes, international crimes largo sensu, international crimes stricto sensu, international delicts, jus cogens crimes, jus cogens international crimes, international offence*" kavramlarıdır. Değirmenci, s. 231, dn. 7.

13 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2015, s. 42.



dikleri devletlerin değil, tüm uluslararası toplumun ve devletlerin güvenliğini, uluslararası düzeni ve toplumların bir arada yaşamalarına yönelik ortak menfaatlerini tehdit etmektedirler<sup>14</sup>. Nitekim gerek 20. yüzyılın ilk yarısında yaşanan iki dünya savaşı sırasında gerekse ikinci yarısının sonlarında Eski Yugoslavya ve Ruanda topraklarında yaşanan soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve diğer ağır insan hakları ihlalleri, bu tür suçların uluslararası suçlar adıyla kabulünü gerektirmiştir. Ne tür ihlal eylemlerinin teknik anlamda uluslararası suç olarak kabul edileceği konusu ise tartışmalı niteliğini halen korumaktadır.

*Cassese*'ye göre, uluslararası suçlar birden çok unsurun bir araya gelmesiyle oluşmaktadır. İlk olarak, uluslararası suçların kaynağı uluslararası sözleşmeler olabileceği gibi bir uluslararası teamül kuralı<sup>15</sup> da olabilmektedir. İkinci olarak, uluslararası suçlar ile korunan hukuki değerler, uluslararası toplumun ortak değerlerinden<sup>16</sup> olmalıdır. Üçüncü olarak, bu değerleri ihlal eden eylemlerin kovuşturulmasında evrensel bir fayda bulunmalıdır. Son olarak fail hukuken ya da fiilen resmi görevi kapsamında hareket ediyor olmalıdır. Bu sayede belirli şartlar altında her devlet, söz konusu suç

14 Mesut Hakkı Çaşın, **Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları**, 1. Bası, 1. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul: 2013, s. 340.

15 Uluslararası teamül kuralı, genel ve sürekli nitelikteki bir uygulamanın (davranışın) devlet tarafından hukuki bir yükümlülük bilinciyle takip edilmesi sonucu oluşan kuraldır. Bir uluslararası teamül kuralından söz edebilmek için maddi ve manevi iki unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Maddi unsur için genel ve sürekli nitelikteki bir devlet uygulamasının varlığı; manevi unsur için ise bu uygulamaya hukuki bir yükümlülüğün gereği olarak bağlı olma bilincinin varlığı gerekmektedir. Andrew T. Guzman, "Saving Customary International Law", 27 Mich. J. Int'l L. 115 (2005), ss. 116-164, s. 123., Demet Şefika Mangır, **Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens**, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara: 2015, s. 43., Kural olarak tüm devletleri ve uluslararası örgütleri bağlayan ve yazılı olmayan uluslararası teamül kuralları, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1 maddesinde uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılmaktadır.

16 Cassese'ye göre bu ortak değerler, "1945 BM Şartı, 1948 BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 1970 tarihli BM Devletler Arası Dostane İlişkiler Bildirgesi, 1981 tarihli Afrikalı İnsan ve Halklarının Hakları Şartı'nı kapsamaktadır. Ayrıca bu değerler arasında, belirli bir değere doğrudan atıf yapmasa da, bu değerleri ihlal eden eylemleri yasaklayan, örneğin, 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve bu sözleşmeye ek Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına Yönelik 1977 Protokoller'i, 1984 tarihli İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi ve çeşitli terörizm eylemlerini cezalandıran diğer sözleşmeler" de girmektedir. Cassese, Gaeta, s. 20.

kendi vatandaşları tarafından (*faile göre kişisellik*), kendi vatandaşlarına karşı (*mağdura göre kişisellik*) ya da kendi ülkesi sınırları içerisinde (*ülkesellik*) işlenmemiş olsa dahi, bu suçlar üzerinde yargı yetkisini kullanabilecektir<sup>17</sup>.

Uluslararası suçların net bir tanımının yapıldığı ya da kapsamının belirlendiği uluslararası bir düzenleme henüz bulunmamaktadır<sup>18</sup>. Üzerinde görüş birliği bulunmayan uluslararası suç kavramı, kimi yazarlar<sup>19</sup> tarafından, uluslararası çekirdek suçlar (*core international crimes - kernverbrecben*) olarak adlandırılan soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu gibi uluslararası toplumu ve küresel güvenliği tehdit eden, ağır insan hakları ihlallerine neden olan ve aynı zamanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisine giren suçları; kimi yazarlar<sup>20</sup> tarafından ise, bu suçlarla birlikte sınıraşan suçları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. İkinci görüşteki yazarlar, uluslararası çekirdek suçlara ek olarak, bireysel cezai sorumluluğun düzenlendiği uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan

17 Cassese, Gaeta, s. 20.

18 Ciara Damgaard, **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes**, Springer, 2008, s. 57-58., Erwin Van Der Borgh, "Prosecution of International Crimes in The Netherlands: An Analysis of Recent Case Law", *Criminal Law Forum* (2007) 18:87-136, s. 88., Margaret M. DeGuzman, "When Are International Crimes Just Cause for War?", *Virginia Journal of International Law*, 2014, Vol. 55:1, ss. 73-117, s. 76

19 Neil Boister, **An Introduction to Transnational Criminal Law**, OUP: 2012, s. 18., Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 4-5., Gerhard Werle, Florian Jeßberger, **Principles of International Criminal Law**, Third Edition, OUP: 2014, s. 32., William A. Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, Fourth Edition, CUP: 2011, s. 89., Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., Kirsten J. Fisher, **Moral Accountability and International Criminal Law: Holding Agents of Atrocity Accountable to the World**, Routledge, 2012, s. 30-31., Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting, **International Criminal Law Cases & Commentary**, OUP: 2011, s. 114., Alette Smeulers, Fred Grünfeld, **International Crimes and Other Gross Human Rights Violations**, International and Comparative Criminal Law Series, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston: 2011, s. 37, vd., Tezcan, Erdem, Önok, s. 45.

20 M. Cherif Bassiouni, **Introduction to International Criminal Law**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 144-149., Barbara M. Yarnold, "Doctrinal Basis for the International Criminalization Process", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 8, Issue 1 (Spring 1994), ss. 85-116, s. 91-107., Lutz Oette, **Criminal Law Reform and Transitional Justice Human Rights Perspectives for Sudan**, Ashgate, 2011, s. 155., Değirmenci, s. 260.

korsanlık, uçak kaçırma, işkence, uyuşturucu madde kaçakçılığı, terörizm, göçmen kaçakçılığı gibi suçlar başta olmak üzere birçok sınıraşan nitelikteki suçu uluslararası suçlar kategorisine dâhil etmektedirler<sup>21</sup>.

*Cassese* ile *Cryer ve diğerleri*'ne göre, işkence ve terörizm suçları belirli şartlar altında işlendiğinde uluslararası suç sayılmakta ve uluslararası ceza mahkemesinin yargı yetkisi içerisine girmektedir<sup>22</sup>. Bu ihtimalde işkence suçu ya da terör eylemi niteliğindeki insan öldürme suçları savaş suçlarının seçimlik bir hareketini teşkil etmektedir<sup>23</sup>. *Bassiouni*'ye göre, soykırım, saldırı suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, korsanlık, köle ticareti, işkence gibi suçlar, uluslararası suçlardan olup aynı zamanda *jus cogens*<sup>24</sup> niteliğindedir<sup>25</sup>. Yazara göre uluslararası suç, bir *jus cogens* kuralın ihlalidir<sup>26</sup>. *Schabas*'a göre ise, korsanlık, köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti, uyuşturucu madde kaçakçılığı, uçak kaçırma, terörizm ve karapara aklama gibi uluslararası boyutu olan ve bastırılması için devletlerin özel yetki kurallarını uygulamaları gereken suçların, uluslararası suçlar olarak değil sınıraşan

21 M. Cherif Bassiouni, **International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions**, Martinus Nijhoff Publication, 1997, s. 18., Van Der Borgh, s. 89.

22 *Cassese ve Cryer-Friman-Robinson-Wilmsburst* gibi yazarlar, uluslararası suçlar olarak çekirdek suçlar dışında (savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı suçlar, saldırı suçu) işkence ve uluslararası terörizm suçunu da saymakta, gerekçe olarak da söz konusu suçların bazı hallerde savaş suçlarının ya da insanlığa karşı suçların bir unsuru olarak işlenebilmesini göstermektedir. Nitekim Roma Statüsü'nün 7/1-f, 8/2-a (ii), 8/2-c (i) maddelerinde, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların işleniş yöntemi olarak işkence suçuna yer verilmiştir. Bunun dışında yazarlar, korsanlık, uyuşturucu madde kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, karapara aklama, köle ticareti, insan ticareti, fuhuş suçu gibi diğer suçları uluslararası suç olarak kabul etmemektedir. Cassese, Gaeta, s. 21, 134, 155, 157., Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmsburst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 334, 335.

23 Roma Statüsü, madde 7/1-f, 8/2-a-(ii), 7/1-a, 8/2-c-(ii).

24 *Jus cogens* terimi uluslararası hukukta normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan, herkese karşı ileri sürülebilen ve sınırlanamayan emredici nitelikteki kuralları ifade üzere kullanılmaktadır. M. Cherif Bassiouni, "International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", 59 Law & Contemporary Problems 63 (1996)., s. 67., Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlarına Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı", TBB Dergisi 2014 (113), ss. 99-125, s. 102., Nitekim 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesine göre de bir anlaşma hükmünün, yapıldığı sırada emredici bir uluslararası hukuk normuna aykırı olması halinde geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

25 Bassiouni, "International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes", s. 68.

26 Ibid., s. 65.

suçlar olarak adlandırılmaları gerekir<sup>27</sup>. Zira bu suçları dar anlamda uluslararası suçlardan (çekirdek suçlar) ayırmak için sınıraşan suç kavramı tercih edilmektedir<sup>28</sup>. Görüleceği üzere uluslararası suç ve sınıraşan suç kavramlarının kapsamına ilişkin uluslararası ceza hukuku alanının önde gelen yazarları arasında görüş birliği bulunmamaktadır.

Bizce uluslararası suç, uluslararası kamu düzenini, uluslararası toplumun barış ve güvenliğini tehdit eden, bir uluslararası sözleşmeden ya da teamül kuralından kaynaklanan, *jus cogens* düzeyinde yasaklanmış ve uluslararası niteliği olan bir ceza mahkemesinin yargı yetkisi altında kovuşturulabilen eylemlerdir<sup>29</sup>. Bu bağlamda uluslararası suçlar, Roma Statüsü'nde yer alan soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu gibi çekirdek suçlardır. Bu çekirdek suçların işlenmesindeki seçimlik hareketleri/unsurları oluşturan insan öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, köleleştirme, hürriyeti tahdit ve işkence gibi suçlar ise yalnızca çekirdek suçlar kapsamında işlenmeleri halinde “geniş anlamda uluslararası suç” olarak kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Zira bu ikinci halde söz konusu suçlardan biri dar anlamda uluslararası suçlardan birinin unsurunu oluşturarak bağımsızlığını kaybetmekte<sup>31</sup> ve bir bütün olarak çekirdek suçlar ile birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanmaktadır<sup>32</sup>.

27 William A. Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, Fourth Edition, CUP: 2011, s. 89.

28 John T. Parry, Crime Across Borders, in: **The Constitution and the Future of Criminal Justice in America**, edited by John T. Parry and L. Song Richardson, CUP: 2013, s. 311.

29 Tezcan, Erdem, Önok, s. 31.

30 Roma Statüsü, madde 7/1-f, 8/2-a-(ii), 7/1-a, 7/1-d, 7/1-k, 8/2-c-(ii).

31 Ceza hukukunda bileşik suç olarak adlandırılan bu durumda, gerçekte bağımsız bir suç tipine unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak yer veren (tüketen) norm, bunu yapmak suretiyle unsur ya da ağırlaştırıcı neden olan suç tipini (tüketilen norm) tüketmiş, bağımsızlıklarını kaybettirmiş olmaktadır. Dolayısıyla, ortada tek bir norm ve bu normun düzenlendiği tek bir suç kalmaktadır ki bu halde sadece söz konusu normun gerektirdiği cezanın verilmesi ile yetinilmektedir. Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul: 2016, s. 616.

32 Roma Statüsü, madde 6, 7 ve 8.

### 2.1.1. Uluslararası Suç Kavramının Ulusal Hukuklara Olan Yansıması

Doktrinde yapılan ayırımlar ışığında pozitif hukuka baktığımızda, yabancı ülke kanunlarında da benzer ayırımların yapıldığı görülmektedir. Örneğin Almanya’da savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçlar özel bir ceza kanunu olan Uluslararası Ceza Kanunu’nda (*Völkerstrafgesetzbuch*) düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Söz konusu suçları kategorize eden bu kanunun ikinci kısmına “uluslararası hukuka karşı suçlar” başlığı verilmiştir. Aynı suçlar Birleşik Krallık’ta 2001 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu’nun (*International Criminal Court Act*) beşinci kısmında yer almaktadır<sup>34</sup>. Benzer şekilde bu üç çekirdek suç Yeni Zelanda’da 2000 tarihli Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu’nun ikinci kısmında “uluslararası suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir<sup>35</sup>.

Diğer taraftan bazı yabancı ülkelerin iç hukuklarına bakıldığında ise uluslararası çekirdek suçların diğer sınıraşan suçlarla birlikte aynı bölümler altında düzenlendiği görülmektedir. Örneğin 2003 tarihli Hırvatistan Ceza Kanunu’nun “uluslararası hukuk tarafından korunan değerlere karşı suçlar” başlıklı on üçüncü bölümünde, soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların yanı sıra uluslararası terörizm, uyuşturucu madde kaçakçılığı, kölelik, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, ırk ayrımcılığı, işkence ve kötü muamele suçları, uçak ve gemi kaçırma, korsanlık, uluslararası telekomünikasyon sinyallerini bozma, denizaltı kabloları ve boru hatlarını tahrip etme gibi suçların da yer aldığı görülmektedir<sup>36</sup>. Estonya Ceza Kanunu’nun ikinci kitap birinci kısım başlığı “insanlığa ve uluslararası güvenliğe karşı suçlar”

33 VStGB, Yürürlük Tarihi: 26.06.2002, Resmi Gazete Sayısı: 2254., Gerhard Werle, Florian Jessberger, *Völkerstrafrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2007, s. 129. İngilizce metin için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf> (E.T.: 20.11.2016). Gerhard Werle, Florian Jessberger, “International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law”, *Criminal Law Forum*, 2002, 13(2):191-223, s. 191-192.

34 İngilizce metin için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/section/50> (E.T.: 20.11.2016)

35 İngilizce metin için bkz. <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2000/0026/latest/DLM63091.html> (E.T.: 21.11.2016)

36 İngilizce metin için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/37> (E.T.: 20.11.2016)

olup, bu başlık altında savaş suçları, soykırım, insanlığa karşı suçlar ele alındığı gibi bu suçlara ek olarak deniz korsanlığı ve uçak kaçırma suçları da bu başlık altında düzenlenmiştir<sup>37</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda savaş suçlarına yer verilmemekle birlikte ikinci kitap birinci kısmının başlığı "uluslararası suçlar" adıyla düzenlenmiş olup, bu kısmın altındaki birinci bölümü soykırım ve insanlığa karşı suçlar, ikinci bölümü ise göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu oluşturmaktadır.

Bu noktada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler başlıklı ikinci kitabının uluslararası suçlar başlıklı birinci kısmını yukarıda yaptığımız ayırımlar ışığında değerlendirmek gerekmektedir. Uluslararası suçlar başlıklı birinci kısmın altında yer alan ilk bölümde soykırım (m. 76), insanlığı karşı suçlar (m. 77) ve bu suçların örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi (m. 78) düzenlenmiş olup, ikinci bölümde ise göçmen kaçakçılığı (m. 79) ve insan ticareti suçu (m. 80) düzenlenmiştir. Literatürde de uluslararası suç olarak kabul edilen soykırım ve insanlığa karşı suçların bu başlık altında düzenlenmesi yerinde olmuşken, daha ziyade –ve hatta dar anlamda<sup>38</sup>- sınıraşan suç olarak kabul edilebilecek göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının uluslararası suçlar başlığı altında düzenlenmesinin kanun sistematigi ve bu suçların farklı nitelikleri açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz<sup>39</sup>. Zira göçmen kaçakçılığı<sup>40</sup> ve insan ticareti gibi sınıraşan suçların bu

37 İngilizce metin için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/33> (E.T: 20.11.2016)

38 Dar anlamda sınıraşan suçlardan kastımız, ceza hukuku literatüründeki mesafe suçlarının hareket ve netice alt unsurlarının zorunlu olarak farklı ülkelerde gerçekleştiği suçlardır. Bu tür suçlarda eylem, suçun özelliği gereği birden fazla ülkenin hukuki değerini ihlal etmektedir. Dar anlamda sınıraşan suçlarla ilgili açıklama 2.4.1. başlığı altında yapılmıştır.

39 Benzer yöndeki görüşler için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2014, s. 43, 52, 53., Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m. 79)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl: 9, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 115, vd. Aksi görüş için bkz. Kemalettin Erel, "Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007, s. 267., Bu suçların devletin sınır güvenliğini tehdit etmesi nedeniyle devletin güvenliğine karşı suçlar bölümünde ya da Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatlerine İlişkin Kanun'da düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 3.

40 5237 sayılı TCK'nın 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik

başlık altında yer alması, uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi diğer sınıraşan suçların da kanun sistematığı bakımından bu başlık altında yer almalarını gerektirirdi. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu iki suç tipi, Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin ek protokollerinin konusunu oluşturmaktadır<sup>41</sup>. Kanaatimizce, sınıraşan suç sayılan bu iki suç tipinin korudukları hukuki değere göre ayrı bir başlık altında düzenlenmesi kanun sistematığına daha uygun olacaktır<sup>42</sup>.

## 2.2. Sınıraşan Suç Kavramı

Uluslararası ceza hukuku literatüründe sözleşme suçları (*treaty based crimes*) ya da bastırma sözleşmeleri (*suppression conventions*) suçlarını belirtmek üzere kullanılan sınıraşan suçlar kavramının üzerinde ittifakla kabul edilmiş bir tanım henüz yoktur<sup>43</sup>. Kavramın ortak bir tanımının olmayışının nedenlerinden biri, literatürde sınıraşan suçlar kavramını ifade etmek üzere oldukça değişken bir terminolojinin kullanılmasıdır<sup>44</sup>. Kavramın “sınıraşan” niteliği, fiziksel olarak bir devletin ülke sınırlarını aşan eylemler şeklindeki

---

hareketlerinden “bir yabancıyı ülkeye sokulması” ve “Türk vatandaşı veya yabancıyı yurt dışına çıkmasına imkân sağlanması” eylemleri zorunlu olarak sınıraşan nitelikte iken, “yabancıyı ülkede kalmasına imkân sağlanması” eylemi ise ülke içinde işlenebileceğinden dar anlamda sınıraşan suç tanımımıza uymamaktadır.

- 41 Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, **The Oxford Handbook of Criminal Law**, OUP: 2014, s. 75. Söz konusu protokoller 30.01.2003 tarihli 4803 ve 4804 sayılı kanunlarla uygun bulunmak suretiyle yürürlüğe girmiştir.
- 42 Benzer yönde bkz., Faruk Turhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Nisan 2005, Sayı:3, s. 10., Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara: 2015, s. 2.
- 43 Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 5, 6., Robert Cryer, Hâkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 335.
- 44 Yalnızca İngilizce dilindeki terminolojide kullanılan başlıca kavramlar şunlardır: *transnational crime*, *transnational organized crime*, *transit crimes*, *international organized crime*, *multinational crime*, *cross-national crime*, *cross-border crime*, *cross-frontier crime*, *transboundary criminality*. Michael Hirst, **Jurisdiction and the Ambit of the Law**, OUP: 2003, s. 110., Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 5., Frank G. Madsen, **Transnational Organized Crime**, Routledge: 2009, s. 7-8., Anita Lavorgna, **Transit Crimes in the Internet Age**, Dissertation in University of Toronto Doctoral School of International Studies, 2013, s. 22.



sözlük anlamının ötesinde, bir başka devlet sınırları içerisinde maddi etkiye neden olunmasını ifade etmektedir<sup>45</sup>.

Sınıraşan suçlar kavramı, her ne kadar öncesinde bu isimle anılmamış olsa da, yeni bir fenomen değildir. Sınıraşan şekilde işlenen köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti, sahtecilik, korsanlık ve deniz haydutluğu gibi eylemlerin uluslararası anlaşmalarla suç haline getirilmesi 20. yüzyılın başlarına rastlamaktadır<sup>46</sup>. Günümüzde ise 200'ün üzerinde sınıraşan suçlarla ilgili uluslararası anlaşma bulunmaktadır<sup>47</sup>.

Sınıraşan suç kavramı, ilk olarak 70'li yılların başında<sup>48</sup>, henüz bu suçların ağırlığı ve önemi dikkatlerden uzakken, teknik bir ceza hukuku kavramı olmaktan çok kriminolojik bir kavram olarak kullanılmaktaydı<sup>49</sup>. Sınıraşan suç kavramı 1974 yılında Birleşmiş Milletler Suç Önleme ve Ceza Adaleti Birimi tarafından BM bünyesinde gerçekleştirilen bir konferansta geliştirilmiştir. Birimin o dönemki direktörü olan ünlü kriminolog *Gerhard Mueller* tarafından sınıraşan suçluluk kavramının, adli niteliğinden ziyade kriminolojik yönü ağır basan bir kavram olarak beş farklı suç grubundan oluştuğu ileri sürülmüştür<sup>50</sup>. Sınıraşan suçlar kavramı, yüksek kademeli bir

45 Boister, s. 13., Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, m. 3/2.

46 Neil Boister, "Transnational Criminal Law", European Journal of International Law, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 955., Antonio Cassese, Paola Gaeta, **Cassese's International Criminal Law**, Third Edition, OUP: 2013, s. 18., Ahmet Hamdi Topal, "Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri", AUHFD, 59 (1) 2010: 99-130, s. 102, vd.

47 Tam liste için bkz. M. Cherif Bassiouni, **Introduction to International Criminal Law**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers: 2012, s. 255-284, 869.

48 Bu tarihten önce Philip Jessup tarafından "*transnational law*" (sınıraşan hukuk) kavramı, sınırları aşan eylem ve olayları konu alan hukuk alanını ifade etmek üzere kullanılmış olup, sınıraşan suç kavramının ortaya çıkışında bu kavramdan yararlanılmıştır. Philip C. Jessup, **Transnational Law**, New Haven: Yale University Press: 1956, s. 2., Boister, s. 13.

49 Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 5., Gerhard O. W. Mueller, Transnational Crime: Definitions and Concepts, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 13-21., s. 13., Mangai Natarajan, **International Crime and Justice**, CUP: 2011, s. xix., Neil Boister, "Transnational Criminal Law", European Journal of International Law, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 953.

50 Bunlar; ticari alanda işlenen suçlar-organize suçluluk-beyaz yaka suçluluğu ve yolsuzluk, kültür ve sanat eserleri suçları, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı suçluluğu, sınıraşan ve karşılaştırmalı uluslararası öneme sahip şiddet suçluluğu ile doğal afetlerden ve düşmanca bir ortamdan kaçan



Interpol yetkilisinin yapmış olduğu gayri resmi bir tanıma göre<sup>51</sup>, “...çözümü iki ya da daha fazla ülkenin işbirliğini gerektiren suçlar...”, başka bir yüksek kademeli yetkilinin 1994 yılında yaptığı bir tanıma göre<sup>52</sup>, “bir ülkede kurulu organize suç örgütünün piyasa şartlarının daha elverişli ve yakalanma riskinin daha az olduğu başka bir ülkede işlediği suçlar”, bir başka görüşe göre ise<sup>53</sup>, “ulusal sınırları aşan ve en az bir ülkenin ceza kanunlarını ihlal eden eylemler”, olarak tanımlanmıştır<sup>54</sup>.

Sınıraşan suçluluğun gün geçtikçe medyanın odağına girmesi, artan kamuoyu ilgisi ve siyasetin gündemini meşgul etmesi ile bu kavram, teknik ceza hukuku disiplini içerisinde ele alınmaya başlamıştır<sup>55</sup>. Sınıraşan suçluluğun uluslararası kamuoyunun odağı haline gelmesi ile birlikte Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütler çeşitli araştırmalar ve düzenlemeler yapmak için adımlar atmaya başlamışlardır. Bu araştırmalardan en önemlisi BM bünyesinde 1994 yılı Kasım ayında gerçekleştirilen Sınıraşan Organize Suçlulukla İlgili Bakanlar Konferansı olmuştur. Sınıraşan suç (*transnational crime*) kavramı, aynı yıl, Birleşmiş Milletler Suç Önleme ve Ceza Adaleti Birimi tarafından, “uluslararası sınırları aşan ve birden fazla devletin hukukunu ihlal eden veya başka bir dev-

---

göçmenlerle ilgili suçluluktur. Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 6.

51 Andre Bossard, **Transnational Crime and Criminal Law**, Office of International Criminal Justice, Chicago: 1990, s. 3.

52 Phil Williams, “Transnational Criminal Organisations And International Security”, in: Survival Vol. 36 Issue 1, ss. 96-113., s. 96.

53 Peter Andreas, Ethan Nadelmann, **Policing the Globe, Criminalization and Crime Control in International Relations**, OUP: 2006, s. 255.

54 Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 6.

55 Gerhard O. W. Mueller, Transnational Crime: Definitions and Concepts, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 13-21., s. 13., Giuseppe Di Gennaro, Strengthening the International Legal System in order to Combat Transnational Crime, in **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 259-268., s. 259., Raymond E. Kendall, Responding to Transnational Crime, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 269-275., s. 269.

*let ülkesini etkileyen cezai davranışlar*”ı ifade etmek üzere kullanılmıştır<sup>56</sup>. BM Genel Sekreterliği, sınıraşan suç kavramını bir kalıba sokmanın zorluğunu da dikkate alarak 1994 yılında yapmış olduğu araştırmalar<sup>57</sup> sonucunda bu kavramı, “*başlangıcı, önlenmesi ve/veya doğrudan ya da dolaylı etkileri birden fazla ülkeyi etkileyen suçlar*” olarak tanımlanmış ve bir dizi suçun kategorik olarak sınıraşan suç olduğunu kabul etmiştir<sup>58</sup>. Kısmen benzer bir şekilde, Avrupa Birliği üye ülkeleri tarafından 1985 yılında kabul edilen Schengen Anlaşması’nın 1990 yılında kabul edilen uygulama anlaşmasında, sınıraşan suçlarla ilgili bir tanım yapmaktan kaçınılarak bir dizi suçun kategorik olarak sınıraşan suç olarak kabul edilmesi yoluna gidilmiştir<sup>59</sup>. Tanım yapılmayan bir başka yaklaşım Avrupa Birliği Polis Teşkilatı Europol’ü kuran 1995 tarihli sözleşmenin 2. maddesinde, “*üye devletler arasındaki işbirliğinin terörizm, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve sınıraşan diğer ciddi suçlarla mücadele ve önlemeyi amaçladığı...*” şeklinde ortaya çıkmıştır<sup>61</sup>.

2000 yılında kabul edilen Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nde ise sınıraşan suçlara dair ne bir tanım ne de kategorik bir suç listesine yer ve-

56 Gerhard O. W. Mueller, Transnational Crime: Definitions and Concepts, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 13-21., s. 13., Mangai Natarajan, **International Crime and Justice**, CUP: 2011, s. xxv.

57 A. CONF 169/15/Add. 1, 4 Nisan 1995.

58 Bu suçlar şunlardır: karapara aklama, terörizm, kültür ve sanat eseri kaçakçılığı, fikri mülkiyet kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, hava taşıtı kaçırma, korsanlık, kara taşıtlarının kaçırılması, sigorta dolandırıcılığı, bilişim suçları, çevre suçları, insan kaçakçılığı, organ ticareti, uyuşturucu madde kaçakçılığı, hileli iflas, yasal piyasaya sokma, seçilmiş temsilcileri ve parti yetkililerini de içine alan kamu görevlilerinin rüşvet ve yolsuzluk eylemleri, organize suç örgütleri tarafından işlenen diğer suçlar. Mueller, s. 14., Gennaro, s. 268., Roth, s. 6. Belirtmek gerekir ki, söz konusu suçlar pratikte yerel ölçekte etki doğurarak da işlenebileceğinden kategorik olarak sınıraşan suç olarak kabul edilmeleri her zaman doğru olmayacaktır.

59 Uygulama anlaşmasınının 40/7. maddesine göre bu suçlar; kasten ve taksirle insan öldürme, cinsel saldırı, kundaklama, parada sahtecilik, nitelikli hırsızlık ve suç eşyasının satın alınması, yağma, insan kaçırma ve rehin alma (hürriyeti tahdit), insan ticareti, uyuşturucu ve uyarıcı madde kaçakçılığı, ateşli silahlar ve patlayıcılar kanununda tanımlanan suçlar, patlayıcı maddeler ile mala zarar verme, zehirli ve tehlikeli madde taşımacılığı. Gennaro, s. 263. Belirtmek gerekir ki, bu suçlar da BM tarafından hazırlanan listede yer alan suç tiplerinde olduğu gibi pratikte yerel bir etkiye sahip olacak şekilde işlendiğinde sınıraşan suç niteliğinden yoksun olacaklardır.

60 Sözleşme’de “*transnational crime*” kavramı yerine “*international crime*” kavramı kullanılmıştır.

61 Gennaro, s. 263.

rilmiştir. Bu yaklaşımının nedenleri arasında, teoride ve pratikte üzerinde anlaşılmiş bir sınıraşan suç tanımının bulunmayışı, çok sayıda suç tipinin çeşitli eylemlerle ve organize bir şekilde sınıraşan nitelikte gerçekleşmesi ve küresel ve yerel şartların değişmesiyle birlikte yeni suç tiplerinin ve işleniş tarzlarının ortaya çıkması gerekçe olarak gösterilmektedir<sup>62</sup>. Sözleşmede tanımı yapılan organize suçluluğun ne zaman sınıraşan nitelikte olacağı ise sözleşmenin 3/2. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, suçun, a) birden fazla ülkede (devlette) işlenmesi, b) bir ülkede işlenmekle birlikte hazırlığı, planlanması, yönetimi veya kontrolü kısmen dahi olsa başka bir ülkede gerçekleşmesi, c) bir ülkede işlenmekle birlikte organize suç örgütünün birden fazla ülkede suç faaliyeti yürütmesi, d) bir ülkede işlenmekle birlikte maddi etkilerinin bir başka ülkede gerçekleşmesi hallerinde organize suç eylemi sınıraşan nitelikte kabul edilecektir<sup>63</sup>.

Sınıraşan suç kavramının çoğu zaman organize suç kavramına denk olarak kullanıldığı da görülmektedir<sup>64</sup>. Günümüzde gerçekleşen sınıraşan suç eylemlerinin yalnızca küçük bir bölümünü bireysel suçlar oluşturmaktadır<sup>65</sup>. Bunun dışında sınıraşan suçların önemli bölümü organize suç örgütleri tarafından işlenmektedir. Sınıraşan suçlar yerine literatürde çoğu zaman sınıraşan organize suçlar kavramının kullanılmasının bir sebebi de budur<sup>66</sup>. Interpol'e göre, organize suç, "*ulusal sınırlara bakmaksızın esas amacı gelir elde etmek olan ve sürekli bir şekilde yasadışı eylemlerle iştil eden her türlü girişim ya da grup*" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>67</sup>. Keza BM bünye-

62 **The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment**, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna: 2010, s. 25.

63 Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, m. 3/2.

64 Gerhard O. W. Mueller, Transnational Crime: Definitions and Concepts, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 13-21., s. 13.

65 Raymond E. Kendall, Responding to Transnational Crime, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 269-275., s. 269.

66 Örnekler için bkz. Hans-Jörg Albrecht, Cyrille Fijnaut, **The Containment of Transnational Organized Crime**, Edition Iuscrim, Freiburg: 2002., David McClean, **Transnational Organized Crime**, OUP: 2007., Frank G. Madsen, **Transnational Organized Crime**, Routledge: 2009., Jay Albanese, Philip Reichel, **Transnational Organized Crime**, Sage Publications: 2014.

67 Raymond E. Kendall, Responding to Transnational Crime, in: **Combating Transnational Crime**,

sinde sınıraşan suçlarla mücadele etmek amacıyla hazırlanan sözleşmeye de Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi<sup>68</sup> adı verilmiştir<sup>69</sup>.

Sınıraşan nitelikteki bir suçun, geleneksel olarak, herhangi bir ayırım yapılmadığında uluslararası suçlar kapsamında değerlendirildiği görülmektedir<sup>70</sup>. Sınıraşan suçların esasen uluslararası boyutu bulunan her türlü suç (uluslararası suçlar dâhil) kapsamına rağmen, 90'lı yıllardan itibaren Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin kurulmasının ardından, günümüzde daha dar kapsamda kabulü üzerinde görüş birliği oluşmuştur<sup>71</sup>. Bugün yapılan ayırımda, uluslararası suçlar denildiğinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisine giren suçlar; sınıraşan suçlar denildiğinde ise, suç haline getirilmesi, cezalandırılması, üzerinde ülke dışı yetki kullanılması ve suçluların iadesi gibi çeşitli işbirliği ve adli yardım mekanizmalarının oluşturulması amacıyla uluslararası anlaşmalara konu edilen belirli suç tipleri kastedilmektedir<sup>72</sup>. Bugün her iki kavram da birbirinden ayrı iki disiplin olarak uluslararası ceza adaleti sisteminin parçalarını oluşturmaktadır<sup>73</sup>.

Günümüzde sınıraşan suç olarak kabul edilen başlıca suç tipleri, koranlık<sup>74</sup>, köle ticareti<sup>75</sup>, ırk ayrımcılığı<sup>76</sup> (*apartheid*), işkence, göçmen ka-

---

**Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 269-275., s. 269.

68 R.G.: 04.02.2003/25014.

69 BM Genel Kurulu'nun A/RES/55/25 sayılı ve 15.11. 2000 tarihli kararı ile kabul edilmiştir.

70 M. Cherif Bassiouni, "The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework", in: **International Criminal Law**, (edited by M. Cherif Bassiouni), Transnational Publishers, New York: 1999., ss. 3-126., s. 13, vd., Neil Boister, The Concept and Nature of Transnational Criminal Law, in: **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, (edited by Neil Boister and Robert J. Currie), Routledge, New York: 2015, ss. 11-26, s. 11.

71 Robert Cryer, Hâkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 5-6.

72 Neil Boister, "Transnational Criminal Law", *European Journal of International Law*, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 955., Robert Cryer, Hâkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 335.

73 Mangai Natarajan, **International Crime and Justice**, CUP: 2011, s. ii, xxxi.

74 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, m. 100.

75 Köle ticaretini yasaklayan birçok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Başlıcaları, 1926 tarihli Köleliğin Kaldırılması Sözleşmesi (R.G.: 12.11.1933/2425), 1956 tarihli Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme (R.G.: 06.01.1964/11599), 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 99. maddesi.

76 1972 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (R.G.: 09.04.2002/24721)

çakçılığı, insan ticareti, uyuşturucu madde kaçakçılığı, silah kaçakçılığı, suç gelirlerinin aklanması, terörizm, terörizmin finansmanı gibi suçlardır<sup>77</sup>. Söz konusu suçlar çoğunlukla sınıraşan şekilde işlendiğinden sınıraşan suçlara örnek olarak verilmektedir. Oysa bu suçların kategorik olarak her durumda sınıraşan suç sayılması doğru değildir<sup>78</sup>. Örneğin karaparanın aklanması suçu hiçbir yabancılık unsuru barındırmadan da tek bir ülke sınırları içerisinde işlenebilir. Bu halde ancak ülke içinde işlenmiş bir suçtan bahsedilebilir. Uluslararası suçlar ve sınıraşan suçlar kavramları hakkındaki ayırımı ilişkin görüşlerimizi aşağıda ayrıca belirteceğiz.

### 2.3. Kavramların Farkları

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere uluslararası suç (*international crime*) ve sınıraşan suç (*transnational crime*) kavramları kimi yazarlarca –ve çoğunlukla- birbirinden farklı anlamlarda kullanılırken, kimi yazarlar tarafından ise birbiriyle iç içe geçen bir kavram bütününe ifade etmek üzere kullanıldığına yukarıda değinmiştik. İlk görüşe taraftar olduğumuzdan dolayı kavramların farklarını ayrı bir başlık altında açıklamayı uygun görüyoruz.

#### 2.3.1. Uluslararası Suçlar Doğrudan, Sınıraşan Suçlar Dolaylı Olarak Uygulanma Kabiliyetine Sahiptir

Sınıraşan suçları uluslararası suçlardan ayıran temel özelliklerinden ilki, sınıraşan suçların, uluslararası suçların aksine, uluslararası toplumun (ve bunun içinde devletlerin) ortak menfaatlerini korumada dolaylı-ikincil bir işleve sahip olma niteliğidir. Zira sınıraşan bir eylemin suç olarak kabul edilmesi, bu suça uygulanacak yaptırımın ağırlığının belirlenmesi ve dev-

77 Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 334., Murat Volkan Dülger, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2011, s. 285.

78 Cyrille Fijnaut, "Transnational Crime and the Role of the United Nations", 8 *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice* (2000), s. 119-120., Neil Boister, "Transnational Criminal Law", *European Journal of International Law*, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 955.

letlerin söz konusu suç üzerinde yargı yetkisi ileri sürmeleri ancak her bir taraf devlet tarafından akdedilen uluslararası sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde iç hukuka aktarılmasıyla mümkün olacaktır<sup>79</sup>. Bir sınıraşan suçla mücadele sözleşmesi hiçbir zaman belirli eylemleri sayarak bunların suç teşkil ettiğini söylememektedir. Buna karşın taraf devletlere bu eylemleri iç hukukta suç olarak düzenlemeleri, gerekli ağırlıkta yaptırımlara bağlamaları ve söz konusu suçların sözleşmede öngörülen yetki ilkeleri temelinde kovuşturulması konusunda yükümlülükler yüklemektedir<sup>80</sup>. Dolayısıyla sınıraşan suçlar hakkındaki uluslararası sözleşmelerin etkinliği ulusal hukukta bu hükümlerin yürürlüğe konulmasıyla mümkündür. Buna karşın, uluslararası suçlar, uluslararası toplumun ortak menfaatlerini daha sınırlı bir alanda doğrudan-birincil koruma işlevine sahiptir<sup>81</sup>. Zira bir uluslararası suçu düzenleyen uluslararası sözleşme (örneğin Roma Statüsü, Cenevre Sözleşmeleri), taraf devletler söz konusu suçları kendi iç hukuklarında suç olarak düzenlememiş dahi olsa, koyduğu yetki ilkeleri uyarınca suç faillerinin uluslararası nitelikteki bir ceza mahkemesinde yargılanmalarının yolunu açar. Bu sonuç uluslararası suçların *jus cogens* niteliğinden ve teamül kuralı haline gelmelerinden kaynaklanmaktadır<sup>82</sup>. Ayrıca Roma Statüsü'nde

79 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2014, s. 52.

80 Ronald C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", (2002) 43 VA. J. INT'L L. 173, s. 187-88., Mark A. Drumbl, "Toward a Criminology of International Crime", 19 Ohio St. J. on Disp. Resol. 263, 2003-2004., s. 263.

81 Boister, s. 12.

82 William A. Schabas, **Genocide in International Law: The Crime of Crimes**, Second Edition, CUP: 2009, s. 4. Brian D. Leppard, **Customary International Law: A New Theory with Practical Applications**, CUP: 2010, s. 145., Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Carolin Alvermann, International Committee of the Red Cross, **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, CUP: 2005, s. 572. Eve La Haye, **War Crimes in Internal Armed Conflicts**, CUP: 2008, s. 107, 110., Thomas Weatherall, **Jus Cogens: International Law and Social Contract**, CUP: 2015, s. 268-270. Uluslararası Adalet Divanı 1951 yılında vermiş olduğu bir kararda soykırım yasağının uluslararası teamül kuralı ve *jus cogens* niteliğinde olduğunu altını çizmiştir., Birgit Schlütter, **Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston: 2010, s. 213. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Jelisi* kararında da soykırım suçunun uluslararası teamül kuralı ve *jus cogens* niteliği vurgulanmıştır. EYUCM Dava Dairesi Kararı, Karar No: IT-95-10-T, Karar Tarihi: 14 Aralık 1999, para. 34, 60. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.icty.org/x/>

öngörülen tamamlayıcılık ilkesine (*principle of complementarity*) göre, Statü'ye taraf devletler Statü'de yer alan uluslararası suçları iç hukuklarına aktarsın ya da aktarmasın somut bir olayda gerekli soruşturma, kovuşturma ve cezalandırmada başarısız olursa ya da isteksiz veya yetersiz davranırsa Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi doğacaktır<sup>83</sup>. Benzer sonuç Statü'ye taraf olmayan devletler açısından, söz konusu suçların işlenmekte olduğu durumunun Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye havale edilmesi halinde aynı şekilde geçerli olacaktır<sup>84</sup>.

### 2.3.2. Uluslararası Suçlar Uluslararası Hukuk, Sınıraşan Suçlar Ulusal Hukuk Düzenlemelerinden Doğar

Uluslararası suçlar ile sınıraşan suçlar arasındaki bir diğer fark bu suçların kaynaklarına ilişkindir. Uluslararası suçlar, adından da anlaşılacağı üzere kaynağını uluslararası hukuk alanında bulur<sup>85</sup>. Bu suçların kaynakları çoğu zaman, birden fazla bağımsız devletin tarafı olduğu çok taraflı uluslararası sözleşmelerdir. Bazen de soykırım suçunda olduğu gibi bir uluslararası teamül kuralı bu suçlara kaynaklık eder<sup>86</sup>. Oysa sınıraşan suçların kaynağı genellikle ulusal ceza hukuklarıdır<sup>87</sup>. Bu suçlar esasında her bir bağımsız devletin ulusal ceza hukuklarında öngörülen suç tipleridir. Ancak küresel suç trendlerine bakılarak bazı önemli suç tiplerinin sınıraşan bir

---

[cases/jelisc/tjug/en/jel-tj991214e.pdf](http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf) (E.T.: 21.11.2016). Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* kararında savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından aynı sonuçlara varmıştır. Karar No: ICTR-96-4-T, Karar Tarihi: 2 Eylül 1998, para. 495, 526, 608. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (E.T.: 21.11.2016).

83 Roma Statüsü, madde 1, 17.

84 Roma Statüsü, madde 13.

85 Grant Niemann, International Criminal Law and International Crimes, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 263-280., s. 263.

86 John Quigley, **The Genocide Convention: An International Law Analysis**, Ashgate, 2006, s. 80., Brian D. Leppard, **Customary International Law: A New Theory with Practical Applications**, CUP: 2010, s. 144-145., Lori L. Bruun, "Beyond the 1948 Convention - Emerging Principles of Genocide in Customary International Law", 17 Maryland Journal of International Law, ss. 193-226 (1993), s. 196. Bu suç daha sonra uluslararası sözleşmelere konu olarak yazılı hale getirilmiştir.

87 Wm. C. Plouffe Jr., Transnational Crime: Defined, in: **Encyclopedia of Transnational Crime and Justice**, (edited by Margaret E. Beare), Sage Publications, Toronto: 2012., s. 424, 425.



şekilde yoğun olarak işlenmesi neticesinde bu suçlarla mücadele etmek amacıyla uluslararası sözleşmeler yapılabilmektedir<sup>88</sup>. Bu durum sınıraşan suçların niteliğini uluslararası suç şeklinde değiştirmemektedir<sup>89</sup>. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, sınıraşan suçlara ilişkin yapılan sözleşmelerde belirli eylemlerin iç hukukta suç haline getirilmesi konusunda taraf devletlere yükümlülükler yüklenir. Daha da önemlisi bu tür sözleşmelerde, uluslararası suçları düzenleyen sözleşmelerin aksine, söz konusu suçlara uygulanacak ceza miktarlarına yer verilmez. Öte yandan uluslararası suç niteliğindeki bir suçun aynı zamanda ulusal ceza hukuklarında düzenlenmesi, bu suçun uluslararası suç olma niteliğini ortadan kaldırmamakta, ulusal ceza yargısınca da kovuşturulabilmesine imkân tanımaktadır.

### **2.3.3. Suçların Potansiyel Faillerine İlişkin Farklar**

Uluslararası suçlar ile sınıraşan suçların potansiyel failleri de birbirinden farklıdır. Uluslararası suçlar genellikle ulusal veya uluslararası silahlı çatışmalar esnasında işlenen suçlar olduğundan, bu suçların potansiyel failleri genellikle iktidarda -görevi başında- bulunan üst düzey kamu görevlileridir<sup>90</sup>. Günümüze dek kurulan geçici ya da daimi nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerindeki yargılamalara bakıldığında da devlet başkanları, başkan yardımcıları, devlet bakanları, genelkurmay başkanları, üst düzey komutanlar ve istihbarat başkanları gibi üst düzey kamu görevlilerinin yargılandığı görülmektedir. Sınıraşan suçların potansiyel faillerine bakıldığında daha geniş bir fail kitlesini kapsadığı görülmektedir. Bu suçlar genellikle

88 Örneğin, 1970 tarihli Uçakların Kaçırılmasına Karşı Lahey Sözleşmesi, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçaklığına Karşı BM Sözleşmesi, 1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Elkonulması ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 1997 tarihli OECD Rüşvetle Mücadele Sözleşmesi, 2000 tarihli Sınıraşan Organize Suçlara Karşı BM Sözleşmesi, 2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve benzer nitelikteki diğer uluslararası sözleşmeler örnek olarak gösterilebilir.

89 Wm. C. Plouffe Jr., Transnational Crime: Defined, in: **Encyclopedia of Transnational Crime and Justice**, (edited by Margaret E. Beare), Sage Publications, Toronto: 2012., s. 425.

90 Ramona Pedretti, **Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes**, Brill/Nijhoff, Leiden & Boston: 2015, s. 7, vd., Neha Jain, **Perpetrators and Accessories in International Criminal Law**, Hart Publishing, 2014, s. 3., Hazel Fox, Philippa Webb, **The Law of State Immunity**, Third Edition, OUP: 2013, s. 537, vd. D.R. Mekonnen, J.L. Pretorius, "Prosecuting the Main Perpetrators of International Crimes in Eritrea: Possibilities under International Law", 2008 Journal for Juridical Science 33(2): 76-108, s. 104.



haksız gelir ve çıkar elde etme amacıyla işlendiğinden organize suç örgütlerinin faaliyet alanına girmektedir. Organize suç örgütlerinin kurucuları, yöneticileri veya üyeleri beyaz yakalı üst düzey işadamlarından sokak çetelerine kadar geniş bir fail kitlesini kapsamaktadır<sup>91</sup>. Üst düzey kamu görevlileri ya da politikacılar da bu suçların faili ya da iştirak edeni olabilmektedir<sup>92</sup>. Sınır aşan bir suç olarak terörizm suçu söz konusu olduğunda ise failer, terör örgütünün kurucuları, yöneticileri ve üyeleri olmaktadır.

Ulusal ceza hukuklarında suç failleri normatif olarak bireyleri konu alırken devlet başkanlarına, bakanlara, diplomasi temsilcilerine ve parlamento üyelerine dokunulmazlık sağlayabilmektedir. Buna karşın uluslararası ceza hukukunda devlet başkanları, bakanlar, diplomasi temsilcileri veya parlamento üyeleri herhangi bir dokunulmazlıktan yararlanamamaktadırlar<sup>93</sup>.

#### 2.3.4. Suçların Amaçlarına Yönelik Farklar

Uluslararası suç faillerini bu suçları işlemeye yönelten nedenler genellikle siyasi niteliktedir. Failler bu amaç doğrultusunda belirli bir ırka, etnisiteye, dile, dine, siyasi ya da felsefi düşünceye sahip bir topluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırarak kendi üstünlüklerini kurmak istemektedirler<sup>94</sup>. Sınır aşan suçlarda ise faillerin amacı yasadışı eylemler aracılığıyla gelir elde ederek bu gelirleri yeni suçların işlenmesinde kullanmaktadır<sup>95</sup>.

91 Jay S. Albanese, **Organized Crime, from the Mob to Transnational Organized Crime**, Seventh Edition, Routledge, 2015, s. 8, vd.

92 Letizia Paoli, The Italian Mafia, in: **The Oxford Handbook of Organized Crime**, edited by Letizia Paoli, OUP: 2014, s. 130., Feridun Yenisey, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele", Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (Seminer, 03.09.1999) Adalet Bakanlığı, Ankara, 1997, s. 35., Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", in: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2013/19-2, ss.667-698, s. 677.

93 Grant Niemann, International Criminal Law and International Crimes, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 263-280., s. 263., Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting, **International Criminal Law Cases & Commentary**, OUP: 2011, s. 113-114., Roma Statüsü m. 27/1.

94 Herbert C. Kelman, The Policy Context of International Crimes, in: **System Criminality in International Law**, edited by Harmen van der Wilt, Andre Nollkaemper, CUP: 2009, s. 32.

95 Nikos Passas, "Globalization and Transnational Crime: Effects of Criminogenic Asymmetries", in: **Combatting Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams, Dimitri Vlassis, 2001, Frank Cass Publishing, s. 22, vd., Stephen L. Mallory, **Understanding Organized Crime**, Second Edition, Jones&Bartlett Learning, 2012, s. 2, vd.

Sınıraşan terör eylemlerinde ise amaç siyasi niteliktedir<sup>96</sup>. Terör suçları konusundaki baskın görüşün bu suçların sınıraşan suç olduğu yönünde olmasına rağmen terör suçlarını uluslararası suç olarak kategorize eden görüşler de azımsanmayacak derecededir<sup>97</sup>. BM Suç Ofisi'ne göre de terör suçları bakımından istisnai olarak bu suçların *sui generis* bir kategoride olduğu kabul edilmektedir<sup>98</sup>.

### 2.3.5. Yer Bakımından Yetkiye İlişkin Farklar

Uluslararası suçlar ile sınıraşan suçlar arasındaki bir diğer fark ceza yetki konusunda ortaya çıkmaktadır<sup>99</sup>. Uluslararası suçların *jus cogens* olarak kabulünün de bir sonucu olarak bu suçlar hakkında mutlak evrensellik ilkesi (*universality principle*) uygulanabilirken, sınıraşan suçlar hakkında sınırlı bir ülke dışı yetki ilkesi (*principle of extraterritoriality*) uygulanabilmektedir<sup>100</sup>. Evrensellik ilkesi ile diğer ülke dışında işlenen suçlarda cezalandırma yetkisinin kullanılmasına imkân tanıyan ilkeler (faile ve mağdura göre kişisel ilkesi, koruma ilkesi, bayrak devleti ilkesi) arasındaki temel fark, evrensellik ilkesinde bir devletin işlenen suç üzerinde cezalandırma yetkisini kullanması için herhangi bir bağlantı noktasına ihtiyaç duymamasıdır<sup>101</sup>.

96 John Rollins, Liana Sun Wyler, Seth Rosen, **International Terrorism and Transnational Crime: Security Threats, U.S. Policy, and Considerations for Congress**, Diane Publishing: 2010, s. 25, 31, 32.

97 Aviv Cohen, Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating An Unused Legal Tool to Combat Terrorism, in: Michigan State International Law Review, Vol. 20:2, 2012., Matija Kova, "International Criminalisation of Terrorism", Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007, ss. 267-290., s. 278, vd., Sucharitkul, Sompong, "Terrorism as an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity" (1988). Publications. Paper 528., Harmen van den Wilt, "Defining the Crime of Terrorism in International Law – A Legal Minefield", 2013, s. 19. <http://scriptiesonline.uba.uva.nl/document/492342> (E.T.: 07.12.2016)

98 United Nations Office on Drugs And Crime, Frequently Asked Questions on International Law Aspects of Countering Terrorism, New York, 2009, S. 41.

99 Cezaî yetki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem İzzet Külçür, **Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanma Alanı**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2014.

100 Robert Cryer, Hâkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010, s. 334., Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting, **International Criminal Law Cases & Commentary**, OUP: 2011, s. 113.

101 Isidoro Blanco Cordero, "Evrensel Yargı Yetkisi", 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul, 20 – 27 Eylül 2009, Evrensel Yargı Yetkisi, TCHD Yayınları, İstanbul: 2009, s. 308.

### 2.3.6. Korunan Hukuki Değer Bakımından Farklar

Uluslararası suçlara “uluslararası” olma niteliği kazandıran husus bu suçların uluslararası toplumun değerlerini tehdit ediyor oluşudur. Sınıraşan suçlara “sınıraşan” niteliği kazandıran husus ise bu suçların tüm devletlerin çıkarlarını bir bütün olarak etkilemelerinden ziyade somut bir olayda birden fazla devletin ceza kanunlarını ihlal ediyor oluşudur. İlkinde tüm ulusların ortak çıkarları ve değerleri korunurken diğerinde daha sınırlı çıkarlar ve değerler korunmaktadır. Ayrıca hukuka aykırı eylemlerin kaynağı bakımından da, uluslararası suçlarda uluslararası hukukun yasakladığı eylemler ihlal edilirken sınıraşan suçlarda ulusal ceza hukukları tarafından yasaklanan eylemler ihlal edilmektedir<sup>102</sup>.

### 2.3.7. Yargı Makamı

Uluslararası suçlar bir uluslararası sözleşme (örneğin Roma Statüsü) ya da uluslararası bir organ (örneğin BM Güvenlik Konseyi) tarafından kurulan geçici ya da daimi nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır. Sınıraşan suçlar ise, bu suçlar üzerindeki yargı yetkisini ulusal ceza kanunlarında düzenleyen ülkelerin ulusal ceza mahkemelerinde yargılanır<sup>103</sup>.

## 2.4. Görüşümüz

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, sınıraşan suçlar ile uluslararası suçlar kavramlarının birbirlerinden farklı nitelikteki suç tiplerini ve özellikle bu suçların işleniş şekillerini ifade etmek üzere kullanıldığını vurgulamak gerekmektedir. Bu kavramları, özellikle sınıraşan suçları, bir takım suç tipleri üzerinden kategorik olarak tanımlamaya çalışmanın doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bizce bu konudaki sistematik ayırımın eylem üzerinde “sınırlı”

102 Neil Boister, “Transnational Criminal Law”, European Journal of International Law, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 962., Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting, **International Criminal Law Cases & Commentary**, OUP: 2011, s. 113.

103 Neil Boister, “Transnational Criminal Law”, European Journal of International Law, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976., s. 962. Sınıraşan suçlar ceza mahkemesi düşüncesi hakkında bkz. Boister, s. 269.

aşma” kriterinin kullanılarak yapılması daha isabetli olacaktır. Bu sayede sınıraşan suçların uluslararası suçlardan ayrılması daha kolay ve net olacağı gibi sınıraşan suçların da kendi içerisinde dar ve geniş anlamda sınıraşan suçlar şeklinde ikiye ayrılması mümkün olacaktır. Ayrıca sınıraşan suçlarla mücadelede temel amaç belirli kategorik suçlarla mücadele etmek olmayıp, sınır aşma özelliğine sahip herhangi bir suçla, söz konusu suçun bu özelliği dikkate alınarak mücadele etme amacı vardır. Sınır aşma kriteri kullanılarak yapılacak tasnifin devletlerin ve/veya uluslararası örgütlerin sınıraşan suçlulukla mücadele stratejilerini doğru suç tipleri üzerine kurmalarını kolaylaştıracağı düşüncesindeyiz. Ayrıca bu sayede hukuki düzenlemelerde kategorik/katalog suç belirleme yönteminin durağanlığı karşısında, sınır aşma kriteri kullanılarak zaman içerisinde ortaya çıkabilecek yeni suç işleme metotlarının kategorik/katalog suçlar dışındaki suçlar (geniş anlamda sınıraşan suçlar) olması halinde dahi bu suçlar hukuki düzenlemelerin kapsamı dışında kalmayacak, suçlular hukuki boşluklardan yararlanamayacaktır. Zira ceza hukukunun zamanla ve teknolojiyle olan yarışında geride kalmasının dezavantajı bir nebze olsun giderilebilecektir.

#### **2.4.1. Dar Anlamda Sınıraşan Suçlar**

Dar anlamda sınıraşan suçlardan kastımız, mesafe suçu<sup>104</sup> şeklinde işlenebilen suçların hareket ve netice alt unsurlarının zorunlu olarak farklı ülke sınırları içerisinde meydana geldiği suçlardır. Bu tür suçlarda eylem, suçun özelliği gereği birden fazla ülkenin hukuki değerini ihlal etmektedir. Örneğin göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarında failin çeşitli saiklerle vatandaş veya yabancı bir kimseyi hukuka aykırı olarak ülkeye sokma ya da yurt dışına çıkarma eylemlerinde ülke sınırlarının aşılması söz konusu olduğundan<sup>105</sup> bu eylemlerin dar anlamda sınıraşan suçlar şeklinde nite-

104 Suçun hareket ve netice alt unsurlarının farklı yerlerde (ülkelerde) gerçekleşmesi ceza hukuku literatüründe mesafe suçu olarak anılmaktadır. Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul: 2016, s. 155.

105 Yenedünya, Alşahin, s. 3., Ali Hakan Evik, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 127, 137., Çetin Arslan, “İnsan Ticareti Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53 Sa. 4, Yıl 2004, s. 26.

lendirilebileceğini düşünmekteyiz<sup>106</sup>. Benzer şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki çevrenin kasten kirletilmesi başlıklı 181. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokma suçu”, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti başlıklı 188. maddesindeki “uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ithal veya ihracı suçu”, parada sahtecilik başlıklı 197. maddesindeki “memlekette veya yabancı ülkelerde kanunen tedavülde bulunan parayı, sahte olarak ülkeye sokma suçu”, kıymetli damgada sahtecilik başlıklı 199. maddesindeki “kıymetli damgayı sahte olarak ülkeye sokma suçu”, para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar başlıklı 200. maddesindeki “paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak ülkeye sokma suçu”, müstehcenlik başlıklı 226. maddesindeki “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri ülkeye sokma suçları”, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama başlıklı 282. maddesindeki “alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini yurt dışına çıkarma suçu”, silah sağlama başlıklı 315. maddesindeki “silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere ülkeye sokmak suretiyle silah temin etme suçu” gibi her zaman bir ülke sınırının aşılmasının gerektiği suçlar da dar anlamda sınıraşan suçlardandır<sup>107</sup>.

#### **2.4.2. Geniş Anlamda Sınıraşan Suçlar**

Geniş anlamda sınıraşan suçlardan kastımız, mesafe suçu şeklinde işle-

---

106 Göçmen ticareti ve insan ticareti suçlarının genel ve ortak karakteristiği ülke sınırlarının aşılması olmakla birlikte Türk kanun koyucusunun göçmen ticareti suçu bakımından ayrıca öngördüğü “bir yabancıyı ülkede kalmasına imkân sağlamak” şeklindeki seçimlik hareketinde sınır aşma durumu söz konusu olmadığı için dar anlamda sınıraşan suç niteliği bu eylem bakımından söz konusu olmayacaktır.

107 Dar anlamda sınıraşan suçlar özel nitelikteki ceza kanunlarında da yer almaktadır. Örneğin, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçlarından “gümrük işlemlerine tabi tutmadan ülkeye eşya sokma suçu”, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen “yabancı memlekete firar suçu” gibi suçlar bu niteliktedir.

nebilen suçların hareket ve netice alt unsurlarının zorunlu olmamakla birlikte birden fazla ülke sınırları içerisinde meydana geldiği suçlardır. Bu tür suçlarda, ülke içerisinde işlenebilen suçların somut olayda birden fazla ülkede işlenmesi söz konusudur. Örneğin dolandırıcılık suçunda tipik eylemin hareket ve netice alt unsurları birbirinden ayrılabilirdiğinden hileli hareketin bir ülkede işlenmesine karşın maddi menfaatin başka bir ülkede elde edilmesi halinde geniş anlamda sınıraşan suç söz konusudur. Benzer şekilde tipik eylemin hareket ve netice alt unsurlarının birbirinden ayrılabilirdiği kasten öldürme suçunda, bir başkasına zehir verilmesi şeklindeki hareketin ülke içinde yapılmasına karşın ölüm neticesinin yabancı bir ülkede gerçekleşmesi ya da yabancı ülkede bulunan bir hastanenin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak ülke içerisinden giriş yapıp bir hastanın tedavi programının değiştirilerek kendisine yanlış tedavi uygulanmasına ya da yanlış ilaç verilmesine neden olunması suretiyle öldürülmesi örnekleri<sup>108</sup> için **geniş anlamda sınıraşan suç** kavramının kullanılmasını doğru buluyoruz.

Sınıraşan suçları dar ve geniş anlamda olarak ikiye ayırmamızın nedeni şudur. Bir suçu sınıraşan suç olarak nitelendirmek o suçun yerel sınırlar içerisinde işlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Örneğin, özellikle literatürde, kategorik olarak sınıraşan suç şeklinde ele alınan terörizm, bilişim suçları, karaparanın aklanması, vb. suçlar somut bir olayda hiçbir ülke sınırını aşmadan da ülke içinde işlenebilmektedir. Bizce bu tür suçlar ancak *geniş anlamda sınıraşan suç* olarak kabul edilebilir. Keza kategorik olarak sınıraşan suçlar içerisinde zikredilmeyen bir suçun yalnızca yerel sınırlar içerisinde işlenebileceği ve başka bir ülkeyi etkilemeyeceği anlamına gelecek kategorik ayırımlarla bazı suçların sınıraşan suç olarak nitelendirilemeyeceğini söylemek de son derece güçtür. Örneğin kasten insan öldürme suçu çoğunlukla yerel boyutta, ülke içerisinde işlenen ve literatürde de kategorik olarak sınıraşan suçlar arasında gösterilmeyen bir suçtur. Oysa mesafe suçu şeklinde işlenmesi mümkün olan bu suç, somut bir olayda, hareketin bir ülkede yapılması, neticenin ise başka bir ülkede meydana gelmesi ile sınıraşan bir

---

108 Susan W. Brenner, **Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace**, Praeger Publishing, 2010, s. 101.

şekilde işlenebilmektedir. Yabancı bir ülkede bulunan bir hastanenin bilişim sistemine başka bir ülkeden hukuka aykırı olarak girilerek bir hastanın kan grubu bilgilerinde değişiklik yapılması sonucu ameliyat esnasında yanlış kan nakledilen hastanın ölümüne neden olunması<sup>109</sup>, bir ülkenin ordusuna ait uzun namlulu top ile komşu ülke sınırları içerisindeki kişilerin ölümüne neden olunması, *drone* olarak adlandırılan insansız hava araçlarının binlerce kilometre uzaklıktan kumandayla kontrol edilerek başka bir ülkeye saldırı yapılmasında kullanılması<sup>110</sup>, vb. örneklerde söz konusu suçlar sınıraşan bir şekilde işlenmiş olur. Kanaatimizce bu gibi örnekleri *geniş anlamda sınıraşan suç* olarak nitelendirmek isabetli olacaktır.

Benzer bir sonuca uluslararası suçlar kavramı altında kabul edilen suç tipleri için de ulaşmak mümkündür. Kategorik olarak uluslararası suçlar arasında zikredilen (savaş suçu, soykırım, insanlığa karşı suçlar, saldırı suçu) bir suçta, suçun hareket alt unsuru bir devlet ülkesinde başlayıp netice alt unsuru diğer bir devlet ülkesinde meydana gelmedikçe ya da o devlet ülkesini etkilemedikçe (*effect doctrine*), söz konusu suç sınıraşan suç olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin uluslararası bir suç olan soykırım suçu yalnızca bir devletin ülkesi sınırları içerisinde işleniyorsa bu suç sınıraşan suç niteliğinde değildir. Şayet soykırım suçunun “belli bir gruba ait çocukların başka bir ülkede bulunan bir gruba zorla nakledilmesi<sup>111</sup>” şeklindeki seçimlik hareketlerinden biri söz konusuysa, bu halde nitelik itibarıyla hem uluslararası suç hem de (geniş anlamda) sınıraşan suç söz konusu olacaktır.

### 3. Yabancılık Unsuru

Uluslararası suçlar, ulusal suçlar<sup>112</sup> ve sınıraşan suçlar üçgeninde açıklan-

109 Susan W. Brenner, **Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace**, Praeger Publishing, 2010, s. 101.

110 ABD ve İngiltere'nin Orta Doğu'ya yönelik bu tür araçları kullanımları hakkındaki bir haber için bkz. <http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/34180851/drone-wars-why-britains-attack-in-syria-is-a-game-changer> (E.T.: 25.12.2016)

111 Roma Statüsü, madde 6/1-e., TCK., madde 76/1-e.

112 Ulusal suçlar ile kastedilen, ülke içinde başlayıp ülke içinde sona eren ve etkileri yalnızca işlendiği ülke sınırları içerisinde meydana gelen suçlardır. Ulusal suçlar kısaca ülke içinde işlenen suçlar olarak tanımlanabilir.

ması gereken bir diğer kavram ise yabancılık unsurudur. Yabancılık unsuru, bir ülkede işlenen suçta o ülkeye ait olmayan bir unsurun kattığı özelliktir. Yabancılık unsuru coğrafi bakımından üçe ayırdığımız (uluslararası, ulusal, sınıraşan) suçların her birinde bulunabilir. Yabancı ülke vatandaşlarına karşı işlenen soykırım suçu, mağdur yönünden, uluslararası suçlara; yabancı bir ülke vatandaşının ülke içinde işlediği bir suç, fail yönünden, ulusal suçlara; hareketin bir ülkede başlayıp neticesinin yabancı bir ülkede meydana geldiği suç, suçun işlendiği yer yönünden, sınıraşan suçlara yabancılık unsuru katmaktadır.

Bir suçta yabancılık unsuru bulunması çeşitli şekillerde olabilir. Bir suçun *mağduru*, *faili* ya da *iştirakçilerinden* biri yabancı ülke vatandaşı olabileceği gibi *suçun işlendiği yer* de yabancı bir ülke olabilir. Zira bir ülke kanununun bir suç hakkında uygulanabilmesi için bu türden özgün bir bağın (*genuine link*) varlığı gereklidir<sup>113</sup>. Ülkemizde ve karşılaştırmalı hukukta da dikkate alınan bağlantı noktaları bunlardır. Zira ceza hukuku kurallarının yer yönünden uygulanması konusu bizatihi ceza kanunlarının yabancılık unsuru taşıyan suçlara uygulanması konusu inceler<sup>114</sup>. Bizce dar anlamdaki yabancılık unsurunu bu tür bağlantı noktaları oluşturmaktadır. Bunun dışında bir suçla ilişkin delilin yabancı ülkede bulunması<sup>115</sup> ile tanığın yabancı ülke vatandaşı olmasının<sup>116</sup> da yabancılık unsuru olduğu ileri sürülmüştür. Bizce delil ve tanık bakımından yabancılık unsurunun kabulü, söz konusu suç hakkında hangi ülke kanununun uygulanacağını belirlemesi (bağlantı noktası) bakımından değil, fakat bu hallerde yabancı ülkede bulunan tanığın beyanının alınması veya delilin ele geçirilmesi amacıyla uluslararası adli yardım ve işbirliği mekanizmalarının harekete geçirilmesi gereğini doğurması bakımından yabancılık unsuru teşkil etmektedir. Bu son halde bağlantı noktasından değil, **geniş anlamda yabancılık unsurundan** söz edilir. Aksi takdirde bu iki halde tanığın veya delilin bir ülkede

113 Uluslararası Adalet Divanı, *Nottebohm* davasında bir kimsenin bir devletle olan vatandaşlık iddiasının özgün bir bağlantı (*genuine link*) taşıması gerektiğini ifade etmiştir. Liechtenstein/Guatemala, 06.04.1955, s. 11, 23, 26., Karar için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (E.T.: 23.11.2016)

114 Tezcan, Erdem, Önok, (2015), s. 29-30.

115 Murat Volkan Dülger, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2011, s. 284.,

116 Tezcan, Erdem, Önok, (2015), s. 29.



bulunması son derece değişken ve tesadüfi olacağından ve ispat güclüğü doğuracağından hangi ülkenin ceza hukukunun uygulanması gerekeceği konusunun bu tür nispi kriterlerle belirlenmesi hukuki belirlilik ilkesinden ve kesinlikten uzak olacaktır<sup>117</sup>. Bu kapsamda suçta kullanılan, suçtan elde edilen ve suçla ilişkili fakat yabancı bir ülkede bulunan malvarlığı değerleri de geniş anlamda yabancılık unsuru sayılır ve el konulması, müsadere edilmesi uluslararası adli yardım ve işbirliğini gerektirir.

Yabancılık unsurunun cezai yetki konusuyla irtibatı yabancılık unsuru taşıyan suçlara ulusal ceza hukuku kurallarının uygulanabilmesi noktasındadır. Zira yer bakımından uygulanma kuralları ile bizatihi yabancılık unsuru taşıyan suçlar hakkında bir ülke ceza hukukunun uygulanabilip uygulanamayacağı veya hangi koşullarda uygulanacağı belirlenir. Söz konusu ülkenin iç hukukunda kabul ettiği yetki ilkelerine bakılarak bu sorun çözüme kavuşturulacaktır.

### **3.1. Yabancılık Unsuru Kriterinin Uluslararası Suçlar ve Sınıraşan Suçlar Bakımından Değeri**

Bir diğer önemli nokta yabancılık unsuru içeren bir suçun sınıraşan suç ya da uluslararası suçlar karşısındaki yeridir. Bu doğrultuda, yabancılık unsurunun bulunduğu bir suç her zaman uluslararası suç ya da sınıraşan suç değildir. Örneğin, faili yabancı ülke vatandaşı olan bir suç ülke içinde işlenmiş olabilir. Ancak bu durumda sınıraşan bir suçtan söz edilemese dahi, failin vatandaşı olduğu ülke bakımından o ülkenin kanunlarına, faile göre kişisellik ilkesi gereği, uygulama alanı doğabilir. Ayrıca yabancı ülke kanununu suçun işlendiği yer ülkesi mahkemesinin uygulaması örneğine günümüzde pek rastlanmasa da cezanın belirlenmesinde yabancı ülke kanunundaki ceza miktarı bir sınır olarak dikkate alınabilir<sup>118</sup>.

117 Tanık, suç teşkil eden eyleme şahitlik eden kişiyi ifade ettiğinden, çoğu zaman tanığın bulunduğu yer bizatihi suçun işlendiği yer olmasından dolayı o ülke ceza kanunlarına uygulama alanı doğuracaktır. Uygulanacak kanunun tespiti bakımından tanığın suça katacağı yabancılık unsuru bize son derece zayıftır.

118 Belirtelim ki 5237 sayılı TCK'da Türk kanunlarına göre verilecek cezanın yabancı kanunda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamayacağı kuralı yalnızca Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçların Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişinin zararına olarak işlenmemiş olması halinde göz önünde bulundurulacağı kabul edilmiştir (TCK. m. 19/1-2).

Yabancılık unsuru bulunan her suç sınıraşan suç olarak kabul edilemeyeceği gibi uluslararası suç olarak da kabul edilemez. Zira uluslararası suçlar, failin veya mağdurun vatandaşlığı ya da suçun işlendiği yerden ziyade suçun ağırlığına göre belirlenir. Ayrıca bir uluslararası suç yabancılık unsuru içermeksizin de işlenebilir. Örneğin, soykırım suçunun bir ülkenin kendi sınırları içerisindeki belli bir ırka mensup vatandaşlarına karşı işlenmesi durumunda herhangi bir yabancılık unsuru söz konusu değildir.

Kavramlar arasında ayırım yapılmasının önemi suçun işlendiği yerin tespiti ve bu suçlar hakkında hangi ülke ceza hukukunun geçerli olacağına belirlenmesi konuları açısından önemlidir. Ceza hukuku kurallarının yer bakımından uygulanma alanının belirlenmesinde önem arz eden konu daha ziyade yabancılık unsuru (failin ya da mağdurun vatandaşlığı, suçun işlendiği yer) iken, suçun işlendiği yerin tespitinde sınıraşan suçlar (mesafe suçları) konusu önem arz etmektedir.

#### 4. Sonuç

Sınıraşan suçların karmaşık terminolojisi, suçların her geçen gün daha küresel bir niteliğe bürünmesi ve internet ağı ve bilişim sistemleri aracılığıyla daha karmaşık bir şekilde işlenebilmesinden dolayı devletlerin cezalandırma yetkisine ilişkin sorunlarının her zamankinden daha güç bir şekilde çözülmesine neden olmaktadır<sup>119</sup>. Teknolojinin kendini katlayarak geliştiği günümüz dünyasında yabancı bir ülkede suç işlemek için artık o ülkede bulunmak gerekmemektedir. Teknolojinin getirdiği imkânlar karşısında bu imkânların kötüye kullanımını etkin bir şekilde takip eden, önleyen, bastıran, yargılayan, işbirliğine ihtiyaç duyan ulusal ve uluslararası ceza hukuku sistemleri için uluslararası suç, sınıraşan suç, yabancılık unsuru ve cezai yetki konuları her zaman üzerinde çalışılmaya değer ve son derece gerekli bir alan olarak güncelliğini korumaya devam edecektir. Bu çalışmaların sağlıklı bir zemine oturtulması, ileride ortaya çıkacak karışıklıkların önlenmesi ve çalışmaların dinamik kalmasının yolu kuşkusuz, öncelikle, kavramların isimlerinin doğru seçilmesi, kapsamlarının doğru belirlenmesi, kavramlar arasındaki benzerlik ve farklılıkların doğru tespit edilmesinden geçmektedir.

---

119 Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014, ss. 5-22., s. 7.

## KAYNAKÇA

- Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Türkiye Barolar birliği Dergisi, Sayı 82, 2009
- Ahmet Hamdi Topal, “Uluslararası Hukukta Deniz Haydutluğu ve Mücadele Yöntemleri”, AUHFD, 59 (1) 2010: 99-130
- Alette Smeulers, Fred Grünfeld, **International Crimes and Other Gross Human Rights Violations**, International and Comparative Criminal Law Series, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston: 2011
- Ali Hakan Evik, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 127, 137., Çetin Arslan, “İnsan Ticareti Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53 Sa. 4, Yıl 2004
- Andre Bossard, **Transnational Crime and Criminal Law**, Office of International Criminal Justice, Chicago: 1990
- Andrew T. Guzman, “Saving Customary International Law”, 27 Mich. J. Int'l L. 115 (2005), ss. 116-164,
- Anita Lavorgna, **Transit Crimes in the Internet Age**, Dissertation in University of Toronto Doctoral School of International Studies, 2013
- Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting, **International Criminal Law Cases & Commentary**, OUP: 2011
- Antonio Cassese, Paola Gaeta, **Cassese's International Criminal Law**, Third Edition, OUP: 2013
- Aviv Cohen, Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating An Unused Legal Tool to Combat Terrorism, in: Michigan State International Law Review, Vol. 20:2, 2012
- Barbara M. Yarnold, “Doctrinal Basis for the International Criminalization Process”, Temple International and Comparative Law Journal, Vol. 8, Issue 1 (Spring 1994), ss. 85-116
- Bekir Parlak, Uğur Argun, “Küreselleşme Süreci Bağlamında Organize Suç Örgütlerinin Karşılaştırmalı Analizi”, in: **Yerelden Küresel Sınırda Suçlar**, editörler: Süleyman Özeren, M. Alper Sözer, Oğuzhan Ömer Demir, Polis Akademisi Yayınları, Ankara: 2010
- Berat Lale Akkutay, “Devletin Jus Cogens Normlarına Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, TBB Dergisi 2014 (113), ss. 99-125

- Birgit Schlütter, **Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International *ad hoc* Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden & Boston: 2010
- Brian D. Lepard, **Customary International Law: A New Theory with Practical Applications**, CUP: 2010
- Ciara Damgaard, **Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes**, Springer, 2008
- Cyrille Fijnaut, "Transnational Crime and the Role of the United Nations", 8 *European Journal of Criminal Law and Criminal Justice* (2000), s. 119-120., Neil Boister, "Transnational Criminal Law", *European Journal of International Law*, (2003), Vol. 14 No. 5, ss. 953-976
- Demet Şefika Mangır, **Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens**, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara: 2015
- D.R. Mekonnen, J.L. Pretorius, "Prosecuting the Main Perpetrators of International Crimes in Eritrea: Possibilities under International Law", 2008 *Journal for Juridical Science* 33(2): 76-108
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2014
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2015
- Erdem İzzet Külçür, **Ceza Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanma Alanı**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2014
- Erwin Van Der Borght, "Prosecution of International Crimes in The Netherlands: An Analysis of Recent Case Law", *Criminal Law Forum* (2007) 18:87-136
- Eve La Haye, **War Crimes in Internal Armed Conflicts**, CUP: 2008
- Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan 2005
- Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara: 2015
- Feridun Yenisey, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele", Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (Seminer, 03.09.1999) Adalet Bakanlığı, Ankara, 1997
- Frank G. Madsen, **Transnational Organized Crime**, Routledge: 2009

- Gerhard O. W. Mueller, Transnational Crime: Definitions and Concepts, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001
- Gerhard Werle, Florian Jessberger, “International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes Against International Law”, Criminal Law Forum, 2002, 13(2):191-223
- Gerhard Werle, Florian Jessberger, **Principles of International Criminal Law**, Third Edition, OUP: 2014
- Gerhard Werle, Florian Jessberger, **Völkerstrafrecht**, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2007
- Giuseppe Di Gennaro, Strengthening the International Legal System in order to Combat Transnational Crime, in **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 259-268
- Grant Niemann, International Criminal Law and International Crimes, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014
- Harmen van den Wilt, “Defining the Crime of Terrorism in International Law – A Legal Minefield”, 2013, s. 19. <http://scriptiesonline.uba.uva.nl/document/492342> (E.T: 07.12.2016)
- Hazel Fox, Philippa Webb, **The Law of State Immunity**, Third Edition, OUP: 2013
- Henry Kissinger, **Diplomasi**, Çev: İbrahim H. Kurt, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara: 1998
- Herbert C. Kelman, The Policy Context of International Crimes, in: **System Criminality in International Law**, edited by Harmen van der Wilt, Andre Nollkaemper, CUP: 2009
- Isidoro Blanco Cordero, “Evrensel Yargı Yetkisi”, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul, 20 – 27 Eylül 2009, Evrensel Yargı Yetkisi, TCHD Yayınları, İstanbul: 2009.
- James O. Finckenauer, “Meeting the Challenge of Transnational Crime”, in: National Institute of Justice Journal, July 2000
- Jay S. Albanese, **Organized Crime, from the Mob to Transnational Organized Crime**, Seventh Edition, Routledge, 2015

- Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, Carolin Alvermann, International Committee of the Red Cross, **Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules**, CUP: 2005
- John Rollins, Liana Sun Wyler, Seth Rosen, **International Terrorism and Transnational Crime: Security Threats, U.S. Policy, and Considerations for Congress**, Diane Publishing: 2010
- John Quigley, **The Genocide Convention: An International Law Analysis**, Ashgate, 2006
- Kayhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul: 2016
- Kemalettin Erel, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 71, Temmuz-Ağustos 2007
- Kirsten J. Fisher, **Moral Accountability and International Criminal Law: Holding Agents of Atrocity Accountable to the World**, Routledge, 2012
- Letizia Paoli, The Italian Mafia, in: **The Oxford Handbook of Organized Crime**, edited by Letizia Paoli, OUP: 2014
- Lori L. Bruun, “Beyond the 1948 Convention - Emerging Principles of Genocide in Customary International Law”, 17 Maryland Journal of International Law, ss. 193-226 (1993)
- Lutz Oette, **Criminal Law Reform and Transitional Justice Human Rights Perspectives for Sudan**, Ashgate, 2011
- Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara: 2015
- Mangai Natarajan, **International Crime and Justice**, CUP: 2011
- Margaret M. DeGuzman, “When Are International Crimes Just Cause for War?”, Virginia Journal of International Law, 2014, Vol. 55:1, ss. 73-117
- Mark A. Drumbl, “Toward a Criminology of International Crime”, 19 Ohio St. J. on Disp. Resol. 263, 2003-2004
- Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, **The Oxford Handbook of Criminal Law**, OUP: 2014
- Matija Kovač, “International Criminalisation of Terrorism”, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007, ss. 267-290.
- Mesut Hakkı Çaşın, **Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları**, 1. Bası, 1. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul: 2013
- Michael Hirst, **Jurisdiction and the Ambit of the Law**, OUP: 2003

- Mitchel P. Roth, Historical Overview of Transnational Crime, in: **Transnational Crime and Justice**, Edited by Philip Reichel, Jay Albanese, Second Edition, Sage Publications: 2014
- Murat Volkan Dülger, **Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara: 2011
- M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes”, 59 *Law & Contemporary Problems* 63 (1996)
- M. Cherif Bassiouni, **International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions**, Martinus Nijhoff Publication, 1997
- M. Cherif Bassiouni, **Introduction to International Criminal Law**, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2012
- M. Cherif Bassiouni, “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”, in: **International Criminal Law**, (edited by M. Cherif Bassiouni), Transnational Publishers, New York: 1999., ss. 3-126
- Neha Jain, **Perpetrators and Accessories in International Criminal Law**, Hart Publishing, 2014
- Neil Boister, **An Introduction to Transnational Criminal Law**, OUP: 2012
- Neil Boister, “The Concept and Nature of Transnational Criminal Law”, in: **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, (eds. Neil Boister, Robert J. Currie), Routledge Publications, 2015
- Neil Boister, “Transnational Criminal Law?”, *European Journal of International Law*, 2013, Vol. 14
- Nikos Passas, “Globalization and Transnational Crime: Effects of Criminogenic Asymmetries”, in: **Combatting Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams, Dimitri Vlassis, 2001, Frank Cass Publishing
- Olgun Değirmenci, “Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku”, *İÜHFİM C. LXXI, S. 1*, s. 229-266, 2013
- Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK. m. 79)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2010, Yıl: 9, Cilt: 9, Sayı: 2
- Paul James, Manfred B. Steger, “A Genealogy of ‘Globalization’: The Career of a Concept”, *Globalizations*, Vol. 11. Issue 4, 2014
- Peter Andreas, Ethan Nadelmann, **Policing the Globe, Criminalization and Crime Control in International Relations**, OUP: 2006

- Phil Williams, "Transnational Criminal Organisations And International Security", in: Survival Vol. 36 Issue 1, ss. 96-113
- Philip C. Jessup, **Transnational Law**, New Haven: Yale University Press: 1956
- Ramona Pedretti, **Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes**, Brill/Nijhoff, Leiden & Boston: 2015
- Raymond E. Kendall, Responding to Transnational Crime, in: **Combating Transnational Crime, Concepts, Activities and Responses**, edited by Phil Williams and Dimitri Vlassis, Frank Cass Publishers, 2001, ss. 269-275
- Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, Second Edition, CUP: 2010
- Ronald C. Slye, "The Legitimacy of Amnesties Under International Law and General Principles of Anglo-American Law: Is a Legitimate Amnesty Possible?", (2002) 43 VA. J. INT'L L. 173, s. 187-88
- Stephen L. Mallory, **Understanding Organized Crime**, Second Edition, Jones&Bartlett Learning, 2012
- Sucharitkul, Sompong, "Terrorism as an International Crime: Questions of Responsibility and Complicity" (1988). Publications. Paper 528
- Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt 1, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul: 1994
- Susan W. Brenner, **Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace**, Praeger Publishing, 2010
- Thomas Weatherall, **Jus Cogens: International Law and Social Contract**, CUP: 2015
- Ümit Kocasakal, **Karapara Aklama Suçu**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2000, s. 24, 42.
- Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", in: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, 2013/19-2, ss.667-698
- William A. Schabas, **An Introduction to the International Criminal Court**, Fourth Edition, CUP: 2011
- William A. Schabas, **Genocide in International Law: The Crime of Crimes**, Second Edition, CUP: 2009
- Wm. C. Plouffe Jr., Transnational Crime: Defined, in: **Encyclopedia of Transnational Crime and Justice**, (edited by Margaret E. Beare), Sage Publications, Toronto: 2012



## Raporlar

**The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat  
Assessment**, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna: 2010

## İnternet Sayfaları

<http://www.bbc.co.uk>

<https://www.icc-cpi.int/>

<http://www.icty.org>

<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>

<http://www.legislation.gov.uk>

<http://www.legislation.govt.nz>

<http://www.legislationline.org>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.un.org/en/documents/index.html>

<http://www.unictr.org>



# TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK BELLİ HAKLARI KULLANMAKTAN YOKSUN BIRAKILMA

Burcu ZOĞLAR\*

## ÖZET

Güvenlik tedbirleri ceza yargılaması sonucu başvuru ve Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir bölümde düzenlenmiş yaptırımlardır. Yaptırım olarak düzenlenmesine karşılık güvenlik tedbirleri, cezanın aksine kişiye kefalet ödetmek, özel önleme ve genel önleme amacıyla düzenlenmemiştir. Güvenlik tedbiri kusur yeteneğinin varlığından bağımsız uygulanmaktadır; çünkü cezaların aksine kusura göre değil failin tehlikelilik durumuna göre hükmedilen yaptırımlardır.

Türk Ceza Kanunu'nda m.53'de düzenlenen ve kısaca hak yoksunluğu olarak doktrinde nitelendirilen “*Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*” tedbiri çalışmanın konusunu oluşturacaktır. Hak yoksunluğu tedbiri kural olarak kasten işlenen suçlarda yine kural olarak hapis cezasına mahkumiyet halinde **suçun kanuni bir sonucu olarak** uygulanan ceza hukuku yaptırımıdır. Bununla birlikte kişi bazı hallerde de ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak değil, hakim kararı ile haklarından yoksun bırakılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yaptırım, Ceza, Güvenlik Tedbiri, Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Hak Yoksunluğu, Yasaklanmış Hakların İadesi

## TO BE DEPRIVED OF USING CERTAIN RIGHTS AS SAFETY MEASURE IN TURKISH PENAL OF LAW

### ABSTRACT

Safety measures are sanctions that conclusion of the criminal procedure and separately arranged in the Turkish Penal Code. Despite being sanctions, they are not edited for forcing to be penitent in

\* Faculty of Law Kırklareli University, Criminal and Criminal Procedure Law, Research Assistant.

opposite of penalties, general preventions and special preventions. Safety measures are applied as independently from ability of fault; since they are judgments that based on the personal dangerousness, not personal faultiness.

This paper mentions that being deprived of using certain the rights which is term, as shortly deprive of the right within the terms of the Turkish Penal Code and doctrine constitute . As a rule deprivation of right can be executed as legal conclusion provided that defendant committed a crime and correspondingly is convicted to the prison sentence. However in some cases defendant is deprived from the rights by judicial decisions.

**Key Words:** Sanction, Penalty, Safety Measure, To Be Deprived of Using Certain Rights, Deprivation of Rights, Restitution of Divested Rights.

## I. Türk Ceza Kanunu'na Göre Güvenlik Tedbiri Kavramı ve Hukuki Niteliği

### A. Kavram

Güvenlik tedbirleri Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir bölümde düzenlenmiş **yaptırımlar**<sup>1</sup>. Güvenlik tedbirleri her ne kadar “Yaptırımlar” başlığı altında düzenlenmiş olsa da gerçek anlamda yaptırım nitelendirmesi doktrinde tartışmalıdır<sup>2</sup>; ancak burada tartışmaya girilmeyecek ve güvenlik tedbiri, Türk Ceza Kanunu düzenlemesinden hareketle, yaptırım olarak anılacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>3</sup> (TCK) sistematığı incelendiğinde yaptırımlar, üçüncü kısımda cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak iki ayrı bölümde düzenlenmiştir. Buna göre, Türk Ceza Kanunu'ndaki yaptırımları, genel itibariyle ceza, ceza mahkumiyetinin sonuçları, ceza yerine hükmedilen

1 Doktrindeki yaptırım (müeyyide) “ihlale verilen cevap”, “ihlale verilen tepki” tanımı için bkz.: Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 407.

2 Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 702; Mehmet Emin Artuk, “Güvenlik Tedbirleri” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, 2008, s. 473-474.

3 Resmi Gazete Tarih: 12.10.2004; Resmi Gazete Sayı: 25611.

tedbirler ve doğrudan doğruya hükmedilen tedbirler şeklinde gruplandırmak mümkündür<sup>4</sup>. Doktrinde güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak, net tanımlamalar yerine nitelikleri üzerinden tanımlama yapılmaya çalışılmıştır. **Güvenlik tedbirleri**, suç işleyen kişiye suç işlemesi nedeniyle ve fakat suçun tekrarlanması ihtimali karşısında kişinin gösterdiği tehlikelilik durumu göz önünde tutularak kendisini ve toplumu koruyucu nitelikteki yaptırımlardır<sup>5</sup>. Güvenlik tedbiri için doktrinde yapılan başka bir tanım ise; *“İşlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır”*<sup>6</sup>.

## B. Hukuki Niteliği

Geleneksel cezaların uygulanamadığı veya uygulanabilir olmalarına rağmen yeni suçların işlenmesini önlemeye yeterli görülmediği durumlarda güvenlik tedbirlerine başvurulur<sup>7</sup>.

Güvenlik tedbirleri, toplum için tehlikeli hal oluşturan ve suç işlemiş bir kişinin yeni suçlar işlememesi amacıyla uygulanan, ceza hukukunda cezanın verilmediği, uygulanmadığı veya cezaya hükmedilip ceza infaz edilse dahi yeni suçun işlenmemesi noktasında yetersiz sayılan hallerde uygulanan hukuki himaye vasıtalarıdır<sup>8</sup>. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin amacı suçta tekerrürün önlenmesidir. Böylelikle gelecekte bir suçun işlenmesi tehlikesine karşı toplum savunulmaya çalışılır<sup>9</sup>. Tehlikeli hal ile kastedilen, suç işleyen kişilerin yeni suçlar işleme olasılığının bulun-

4 Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 558.

5 Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 584; Güvenlik tedbiri kavramı hakkında farklı tanımlamalar için bkz.: Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997, s.5 vd; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 790.

6 Özgenç, **a.g.e.**, s.788.

7 Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, s. 433.

8 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 433.

9 Artuk, **a.g.m.**, s. 473-474.

masıdır<sup>10</sup>. Failin toplum bakımından arz ettiği tehlike göz önünde bulundularak uygulanacak olan güvenlik tedbirleri, faile işlemiş olduğu fiil bakımından bireysel isnatta bulunulmasa dahi uygulanabilecektir. Ceza hukukunun güvence fonksiyonu güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir<sup>11</sup>.

Ceza yaptırımları hapis cezası ve adli para cezası olarak kanunda düzenlenirken, güvenlik tedbirleri cezalardan bağımsız bir bölümde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği yaptırım teorisi göz önüne alındığında, güvenlik tedbirleri ile bir suç karşılığında uygulanan cezaların farklı yaptırımlar olduğu anlaşılmaktadır<sup>12</sup>. Yani 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, güvenlik tedbirlerini, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak ayrı bir biçimde düzenleme iradesini ortaya koymuştur<sup>13</sup>. Madde gerekçesinde de bunu belirten kanun koyucu, *“suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir”* demek suretiyle güvenlik tedbirlerinin, cezadan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklarını, **sadece ihlal dolayısıyla** hükmedildikleri belirtmiştir<sup>14</sup>.

Çağdaş ceza hukuku sisteminde geçerli olan en önemli ilkelerden biri **“kusursuz ceza olmaz” ilkesidir**. İlkenin özü kusur yeteneğine sahip olmayan kişinin hukuka aykırı ve tipe uygun fiile karşılık ceza yaptırımının uygulanmamasıdır. Artık günümüz ceza hukuku bakımından olmaz olmaz biçimde uygulanan kusur ilkesi neticesinde ceza yaptırımı uygulanmazsa da doktrinde kusurlu olmayan ve fakat hukuka aykırı ve tipe uygun fiili gerçekleştiren kişinin “tehlikelilik” arz ettiği belirtilmektedir<sup>15</sup>. **Diğer bir deyişle bir kişinin cezalandırılması için kusurluluğu aramakta-**

10 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 908; Ayrıca bkz.: Sulhi Dönmez, “Tehlikeli Hal Meselesi” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, X, I, 1944, s. 182, (Çevrimiçi), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005473/1023005011>, Erişim Tarihi: 17.11.2016.

11 Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 293.

12 Artuk, **a.g.m.**, s. 474.

13 Buket Soygüt Arslan, “5237 Sayılı TCK'nın Güvenlik Tedbirleri Bakımından Getirmiş Olduğu Yeni Hükümlere Genel Bakış”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, S.1, s. 176.

14 Zeki Hafizoğulları, “5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, S.1, 2007, s. 90.

15 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 47.

**dır.** Bu sebeple kusurlu olmadığından ceza verilemeyenler için bir yaptırım ihtiyacı doğmakta ve bu ihtiyaç da ceza hukuku sisteminde güvenlik tedbirleri ile giderilmektedir. Ceza sorumluluğu bulunan kişiler için de uygulanabilen bu tedbirler cezanın yanında tehlikelilik durumuyla ilişkili olarak belirlenir<sup>16</sup>. Ancak burada doktrindeki değerlendirmelere göre ikili bir durum ortaya çıkabilir. Şöyle ki, **kusurluluk suçun unsuru** olarak kabul edildiğinde<sup>17</sup>, somut olayda failin kusurluluğu kaldıran sebeplerden dolayı kusurunun olmadığı belirlendiğinde ortada herhangi bir haksızlık bulunmayacağından, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmasının meşru zemini kalmayacaktır. Halbuki kusurluluk kınama yargısı olarak anlamlandırılırsa, ortada haksızlık teşkil eden fiil bulunduğu için güvenlik tedbirinin uygulanması meşru olacaktır<sup>18</sup>.

Suçlulukla mücadelede, toplumu koruma ve suç önleme amacını gerçekleştirme de önemli rol üstlenen güvenlik tedbirlerinin cezalarla benzerlikleri bulunmaktadır. İlk olarak TCK m.2/1'de düzenlenmesi itibariyle de ceza gibi güvenlik tedbirleri bakımından da **kanunilik ilkesi** geçerli olduğu ifade edilmelidir<sup>19</sup>. Ceza yaptırımında olduğu gibi güvenlik tedbiri yaptırımında da yaptırımın konusu özgürlüğün kısıtlanması olabileceği gibi mallara da ilişkin olabilir. Bir başka ortak özellik olarak, ceza gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bazı istisnalar haricinde bir suçun işlenmiş olması şartı bulunmaktadır<sup>20</sup>.

Güvenlik tedbirleri, cezalar gibi suç karşılığında ve mahkeme kararıyla uygulanmaları mümkün olan yaptırımlardır. Bu konuda da kanunilik ilkesi esas alınarak hareket edilir; fakat aşağıda bahsedileceği üzere güvenlik tedbirlerinin yapısal bazı özellikleri cezalardan farklılık göstermektedir.

Ceza kusur yeteneğine sahip kişiye acı ve ızdırap verir ve cezanın amacı geçmişte işlenen fiile karşılık kefarete, bakımından ise özel ve genel önle-

16 Kayıhan İçel, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu, Yener Ünver, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, s.115 ; Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 584.

17 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 45, 475.

18 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 293.

19 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 505.

20 Artuk, **a.g.m.**, s. 474; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 907.

medir. Failin tekrar suç işlemesini önlemeye ve dolayısıyla toplumu korumaya çalışmak suretiyle ileriye yönelik amaçla uygulanırlar. Güvenlik tedbirleri ise failin kusur yeteneği olsun veya olmasın tehlikelilik halini dikkate alarak bu hali amaca uygun bir vasıta ile kaldırmaya çalışır<sup>21</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin ceza hukukundaki işlevi işlenen suçla ortaya çıkan tehlikeliliğin kişinin ıslahı, terbiyesi ve onun topluma tekrar kazandırılması suretiyle bertaraf edilmesidir<sup>22</sup>. Suç işleyerek tehlikeliliğini ortaya koyan kişinin, iyileştirilmesi, eğitilmesi, tehlikeli kişiliğinden arındırılması, bulunduğu kriminojen ortamdan kurtarılmasıdır<sup>23</sup>. Fakat bununla birlikte, güvenlik tedbirleri cezalar gibi kişilerin hukuki konumlarını etkileyen yansımalar olduğundan elbette bir cefa süreci yaratmaktadır<sup>24</sup>. Tüm bu benzerliklere rağmen doktrininde baskın görüş, **ceza ile güvenlik tedbirlerini farklı yaptırımlar** olduğu ve olması gerektiği yönündedir<sup>25</sup>.

Ceza ve güvenlik tedbirleri nitelikleri gereği **süre bakımından** birbirlerinden ayrılır. Kanun işlenen fiil karşılığı öngörülen cezanın süresini önceden tespit ettiği halde, faildeki tehlikeli hal sebebiyle uygulanan güvenlik tedbirinin ne kadar devam edeceğini belirtmemiştir<sup>26</sup>. Gerçekten failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin devam süresi, önceden öngörülemez. Failin toplum bakımından gösterdiği tehlike devam ettikçe güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Ancak sürenin belirsizliği failin uslandırılması üzerinde olumsuz bir etki yaratabileceğinden genellikle kanunlar tedbirin en aşağı veya en yukarı haddini tespit etmişlerdir<sup>27</sup>.

Ceza ancak kusur yeteneğini haiz olan kimselere (*kusursuz ceza olmaz ilkesi gereği*) verilmesine karşın, güvenlik tedbirleri, irade serbestisi ve tem-

21 Artuk, **a.g.m.**, s. 475; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s. 695.

22 İçel v.d., **a.g.e.**, s.116.

23 Artuk, **a.g.m.**, s. 475.

24 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 433.

25 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 505; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 432; Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1987, s. 253; İçel, **a.g.e.**, s. 700.

26 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 435.

27 Artuk, **a.g.m.**, s. 476.



yiz kudretine sahip olmayan kimseler hakkında da ve hatta özellikle bu kimselerin toplum bakımından daha büyük bir tehlike oluşturdukları düşüncesiyle uygulanır<sup>28</sup>. Ceza kusuru denkleştirmeyi amaçlar; bu nedenle de kusuru göz önüne alarak denkleştirmeye çalışır ve ceza yaptırımını belirler. Buna karşın güvenlik tedbirleri için belirleyici olan failin tehlikelilik durumudur<sup>29</sup>. Nitekim bunun bir yansıması olarak ceza yaptırımlarının aksine güvenlik tedbirlerinde erteleme söz konusu olmaz<sup>30</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar devam etse de kanun koyucunun bu tedbirleri öngörülen tehlike hali nedeniyle uygulanmaları zorunlu olan tedbirlerdir<sup>31</sup>. Dolayısıyla da güvenlik tedbirlerinin hangi durumlarda uygulanacağı meselesi önem arz etmektedir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için aranacak şartlar ilişkin doktrinde farklı değerlendirmeler olmakla birlikte *“kişinin suç teşkil eden bir fiilinin olması”* ve *“failin toplum için tehlikeliliği”*<sup>32</sup> şartları noktasında görüş birliği bulunmaktadır.

**Failin hangi durumda tehlikeli sayılacağı**, tedbirin keyfilikten uzak bir şekilde uygulanması bakımından önemlidir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, zararlı bir davranışın gerçekleşeceği hakkındaki her ihtimal ceza hukuku için tehlikeliliği oluşturmayacaktır. **Ceza hukuku anlamında tehlikelilik için** kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerin hukuka aykırı şekilde tekrar ihlal edileceği ihtimali gereklidir<sup>33</sup>. Failin tehlikeliliği için gelecekte bu suç oluşturması mümkün ve olası olan filleri gelecekte de işleyebileceği düşüncesi de göz önüne alınacaktır<sup>34</sup>. Kanaatimizce, sadece kişinin yaşam tarzındaki farklılık gibi suç veya yaptırım teorisi ile ilişkilendirilemeyecek nedenlerle kişi tehlikeli halde sayılmayacaktır.

28 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 435.

29 İçel v.d., **a.g.e.**, s. 126 vd.

30 İçel, **a.g.e.**, s. 701.

31 İçel, **a.g.e.**, s. 702.

32 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 674; Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 905-906; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 47.

33 Tehlikeliliğin tespiti için kullanılacak metodlar hakkında bkz.: Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 89.

34 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 435.

**İkinci şart olarak** kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için kişinin **suç oluşturan fiili olmalıdır**. Nitekim bu husus ceza hukukunda kanunilik ilkesinin somutlaştığı TCK m.2/1'de "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir Şil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>35</sup>. Güvenlik tedbirine ancak **suç teşkil eden fiil ya da ceza kanununda düzenlenen hukuka aykırı fiil işlendikten sonra** hükmedilir. Fiilin tamamlanmış olması şart olmayıp teşebbüs aşamasında kalmış olsa da güvenlik tedbiri uygulanır<sup>36</sup>.

Fail, ceza hukuku bağlamında tehlikeliliğini ancak suç işleyerek gösterir ve failin fiilinde hukuka uygunluk sebebi bulunursa güvenlik tedbiri uygulanmayacaktır<sup>37</sup>. Dış dünyaya yansıyan insan davranışlarıyla ilgilenen ceza hukuku bakımından tehlikelilik değerlendirmesinin başka bir şekilde yapılmasına da imkan bulunmamaktadır.

## **II. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunluğu) Güvenlik Tedbiri**

TCK m. 53 ile m. 60'da düzenlenen güvenlik tedbirleri, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsadereci, kazanç müsadereci, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleridir. Türk Ceza Kanunu'ndaki güvenlik tedbirleri doktrinde, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale derecesine göre, kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan güvenlik tedbirleri, kişi hürriyetini kısıtlayan güvenlik tedbirleri ve diğer güvenlik tedbirleri şeklinde ayrıma tabi tutulabilir<sup>38</sup>.

Toplumda kişiler güvenin esas olduğu ilişki içerisinde bir arada yaşarlar. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere suç işleyen kişi, güvene dayalı ilişkide toplumsal yerini zayıflatar, kendisine toplumun duyduğu güven zede-

35 "Suç işlenmiş olması" şartının yabancı ülke mevzuatlarında düzenlenişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Artuk, **a.g.m.**, s. 469.

36 Hamide Zafer, "Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 62, S.1-2, 2004, s. 271.

37 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 698.

38 Artuk, **a.g.m.**, s. 486.

nir<sup>39</sup>. Bu gerekçeyle kanun koyucu, suç işleyen kişi bakımından özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan 5237 sayılı TCK m.53'de sayılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması gerektiği yönünde irade göstermiştir. Maddede belirtilen haklar dışındaki haklardan yoksun bırakma **kanunilik ilkesi** gereğince mümkün değildir<sup>40</sup>.

Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri m.53/1'e göre kas-ten işlenen suçlarda hapis cezasına mahkumiyet halinde **suçun kanuni bir sonucu olarak** ve ayrıca **hükümde belirtilmesine gerek olmadan** uygulanan ceza hukuku yaptırımı olmakla birlikte m.53'ün devamındaki fıkra düzenlemeleriyle çeşitli açılardan ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak doğan hak yoksunluğuna istisnalar getirilmiştir. Aşağıda belirtileceği üzere hak yoksunluğu güvenlik tedbiri m.53/5 ve m. 53/6 uygulamasında **cezanın yanı sıra uygulanması** ancak hakimin hükümde güvenlik tedbirine hükmetmesiyle mümkündür. Yani TCK m.53'e göre hak yoksunluğu güvenlik tedbiri, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak ortaya çıkabildiği gibi hakimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ya da hakimin takdiren hükmetmesiyle de ortaya çıkabilmektedir<sup>41</sup>.

TCK m. 53'ün gerekçesine bakıldığında, kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte belirlenen amaç doğrultusunda ceza ile kişinin topluma tekrar kazandırılması da hedeflediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle de suça bağlı hak yoksunlukları belli süreyle sınırlandırılmış ve sanığın lehine olan aynı zamanda kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir<sup>42</sup>.

Cezadan farklı olarak, güvenlik tedbirlerinin uygulanması bakımından **failin kusurlu olması şart olmayıp**, tehlikelilik halinin belirlenmesiyle hükmedilebilen bir yaptırım olduğundan bahsedildi<sup>43</sup>. Buna karşın çalışma-

39 İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi (Gazi Şerhi)**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 684.

40 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 913.

41 Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 683 vd.

42 Cengiz Otacı, "Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.2, S. 4, 2011, s. 418.

43 Özgenç, **a.g.e.**, s. 789.

nın konusunu teşkil eden ve TCK m. 53'de yer alan hak yoksunluğu tedbirinin uygulanabilmesi failin kusurlu olma şartını zorunlu kılmaktadır; zira hak yoksunluğu tedbiri hapis ya da adli para cezasına fakat nihayetinde bir cezaya mahkumiyet halinde gündeme gelecek şekilde kanunda düzenlenmiştir.

TCK m. 53' e göre **esas olarak** hak yoksunluğu tedbiri için bir kişi **kasıtlı bir suç işlemeli** ve bu suçtan dolayı bir **hapis cezasına hükmedilmiş olmalıdır**. Kasten işlenmiş bir suçla beraber hapis cezasına hükmedilmesi halinde hükümde ayrıca belirtilmese dahi hak yoksunluğu doğacak fakat ceza mahkumiyetine karar verilmeyip güvenlik tedbirlerine mahkumiyet söz konusu olduğu takdirde hak yoksunluğu sonucunu doğmayacaktır. Bununla birlikte hapis cezasına mahkumiyet kararı yeterli olup; hapis cezasının süresi önem taşımamaktadır<sup>44</sup>.

Doktrin de TCK m. 53/1'de güvenlik tedbirlerinin amacı ile bağdaşmayan bir şekilde **mahkumiyete bağlı hak yoksunluğunun düzenlenmesi**, failin tehlikelilik halini göz önüne alınmamasına aksine mutlak olarak hapis ya da adli para cezasına hükmedildiği hallerde hak yoksunluğunun doğmasına ilişkin olarak, doktrinde bazı yazarlarca *“tehlikelilik hali değerlendirilmesini sadece kusurlu hareket etme kabiliyetleri olmadığı için haklarında ceza yaptırımını uygulanamayanlar açısından yapmak yeterli olmayacaktır. Bunun yanında suçtan dolayı mahkum olan kişiler de toplum için tehlikeli hal yaratabilir ve çoğu kez kusur yeteneği olmayan kişilere göre tehlikelilik daha fazladır”* görüşü ileri sürülmüştür<sup>45</sup>.

Hak yoksunluğu tedbirinin TCK m. 53'de düzenleniş şekline göre, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olan hak yoksunluğu, hakim zorunlu olarak hükmetmesiyle doğan hak yoksunluğu ve hakim taktiren hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunluğu olarak sınıflandırabiliriz.

44 Zekeriya Yılmaz, “Ceza Kanunumuzda Mahkumiyete Bağlı Hak Yoksunlukları”, **ABD**, 2006, S. 2, s. 36.

45 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 587..

## A. Ceza Mahkumiyetinin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunluğu

Hak yoksunluğu güvenlik tedbirine ilişkin esas TCK m.53/1'de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak*<sup>46</sup>... yoksun bırakılır”.

TCK m.53/1 düzenlemesinde açıkça belirtildiği üzere, kanun koyucu tarafından hak yoksunluğu **ceza mahkumiyetinin kanuni bir sonucu** olarak belirlenmiş ve devamında hapis cezasına mahkum edilen kişinin infaz sırasında yoksun bırakılacağı haklar sınırlı olarak sayılmıştır. Kanuni sonuç olarak haklardan yoksun bırakma söz konusu olacağından bu noktada hakim iradesinden bahsedilmeyecektir. Hakim iradesinin rol almamasının kanaatimizce iki sonucu vardır; biri hakim iradesinin “hak yoksunluğun doğmasında” etkili olmaması, bir diğeri ise hak yoksunluğu yönünde iradeye sahip hakim bakımından belirtilen hakların seçimlik olmasıdır<sup>47</sup>.

Kasti bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyet neticesinde kanuni sonuç olarak ortaya çıkan hak yoksunluğu doktrinde, güvenlik tedbiri olarak değil, **fer'i ceza** olarak nitelendirilmiştir<sup>48</sup>. Ayrıca bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtı olarak ileri sürülmüştür<sup>49</sup>. Ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak hak yoksunluğu güvenlik tedbirine fer'i ceza nitelemesini yapılması doktrinde diğer bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Görüşe göre, hak yoksunluğu tedbiri kanunun ifadesine bakılırsa hapis cezasına mahkumiyete-

46 *Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2015 tarihli ve E.: 2014/140, K.: 2015/85 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...” bölümü, aynı fıkranın (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden, yine aynı fıkrada yer alan “...hapis cezasına...” ibaresi ise (b) bendinde yer alan “Seçme ve...” ibaresi yönünden iptal edilmiştir.*

47 İçel, **a.g.e.**, s. 703.

48 Centel, Zafer, Çakmut **a.g.e.**, s. 705; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 476; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 475; Soygüt Arslan, **a.g.m.**, s. 180; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 603; Ayrıca bkz.: Y5. CD, T. 26.01.2009 E. 2009/490, K. 2009/496; YCGK, T.14.2.2006, E. 2006/13, K.2006/165, (Çevrimiçi), <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, Erişim Tarihi: 15.11.2016; YCGK, T. 04.04.2006, E. 2006/9-52, K. 2006/96, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016.

49 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 476.

tin kanuni bir sonucudur ve mahkemenin ayrıca hak yoksunluğu kararı vermesi gerekmezken ceza için hakimnin mutlak olarak kararı aranacağından ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluğu için fer'i ceza nitelemesi doktrinde bazı yazarlarca destek görmemiştir<sup>50</sup>.

## 1. Şartlar

Tedbirin kanuni sonuç olarak doğması ve uygulanması için **ilk şart suçun “kast” ile işlenmesidir**. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı kanunun aksine<sup>51</sup> herhangi bir ayırım yapmaksızın suçun kasti olarak işlenmesinden bahsettiği için hak yoksunluğu tedbiri herhangi bir türde fakat kasten işlenmiş bir suç sebebiyle ortaya çıkabilir. Kasten işlenmiş birden çok suç söz konusu olduğunda verilen hüküm kararında, her bir suç ayrı mahkumiyet kararları doğuracağından bu suçlar için uygulanacak hak yoksunluğu ayrı olacaktır<sup>52</sup>. İşlenmiş olan kasıtlı suçun madde fıkrasında sayılan tedbire konu haklarla ilişkili olması da aranmamaktadır<sup>53</sup>. Bununla birlikte kanun koyucunun maddede yer verdiği kasta elbette olası kast da dahildir; ancak bilinçli ya da bilinçsiz taksir halinde hükmedilen hapis cezasının süresi olursa olsun, kişi hakkında TCK m.53/6 'da yer verilen istisna dışında hak yoksunluğu gündeme gelmeyecektir<sup>54</sup>. Yargıtay da önüne gelen dosyalarda taksirli suçlarda uygulanamayan hak yoksunluğuna yerel mahkemenin karar vermesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>55</sup>.

İkinci şart olarak, **hapis cezasına mahkum olmak** gerekmektedir. Sayılmış olan bu iki şart gereğince TCK m.53/6 dışında taksirli bir suçtan adli para cezasına ya da hapis cezasına mahkum olan bir kişi için hak yok-

50 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 588.

51 "...Eski TCK 'da mahkûmiyetin kanuni sonucu olan kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası hem kasten hem de taksirle işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan üç yıldan fazla ağır hapis cezası nedeniyle uygulanmaktaydı..." Murat Aksan, Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, **Doktora Tezi**, Selçuk Üniversitesi, 2007, s. 296.

52 Otacı, **a.g.m.**, s.420.

53 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 702; Hakeri, **a.g.e.**, s.679.

54 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 507.

55 Y.12. CD., T. 19.3.2012, E. 2012/1460, K. 2012/7548, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016.

sunluğu tedbiri uygulanmayacaktır. Kasıtlı işlenmiş bir suç karşılığı yaptırım olarak adli para cezası ve hapis cezası seçimlik olarak öngörülmüş ise ancak hapis cezasına mahkumiyet halinde hak yoksunluğu doğacaktır. **Her ikisine de hükmedildiği takdirde yine hak yoksunluğu söz konusu olacaktır**<sup>56</sup>. Ayrıca, şartlar dikkate alındığında tutuklama ile mahkumiyet benzer fiziki şartlara sahip olsa da tutuklama Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş bir koruma tedbiridir, kesinleşmiş ceza mahkumiyeti söz konusu olmadıkça şüphesiz ki TCK m.53 de gündeme gelmeyecektir.

Bahsi geçen şartların sağlanması halinde, hak yoksunluğu tedbirine ayrıca hükümde yer verilmemiş olsa bile hükümlü için belirli haklardan yoksunluk söz konusu olacaktır<sup>57</sup> ve bu durumda hükümde açıkça gösterilmemiş olması herhangi bir kazanılmış hak sağlamayacağını Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında şöyle ifade etmiştir: “...*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*” başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olup, esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ekfer'i ceza niteliğini taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrasında beş bent halinde düzenlenen bu yoksunluklar, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar...”<sup>58</sup>. Her ne kadar Yargıtay verdiği kararlarda hapis cezasına **mahkumiyetin** kanuni **sonucu** olarak TCK m.53/1 gereği hak yoksunluğuna hükmedilmemesini kanuna aykırılık olarak değerlendirilmişse de bu teknik bir tespit olup, mahkeme kararında yer verilmeyen hak yoksunluğu “kanuni sonuç” zaten olarak ortaya çıkacaktır<sup>59</sup>.

Doktrinde cezanın miktarına yer vermeksizin kasten işlenmiş suçtan mahkumiyete hak yoksunluğu sonucunun bağlanması eleştirilmiştir<sup>60</sup>. Buna

56 Hakeri, **a.g.e.**, s.679; Aksan, **a.g.e.**, s. 296.

57 Y11. CD., T.14.02.2007, E. 2006/8859, K. 2007/803, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 17.11.2016.

58 YCGK, T. 04.04.2006, E. 2006/9-52, K. 2006/96, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016.

59 Y9. CD., T. 16.9.2014, E. 2014/5828 K. 2014/9174, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016.

60 Hakeri, **a.g.e.**, s.679.

karşı olarak ise, doktrinde, kasten bir suç işlenmiş olması kişinin tehlikelilik halini ortaya koyması bakımından yeterlidir; ayrıca hak yoksunluklarının cezanın infazı süresince uygulanacak olması nedeniyle suçlunun topluma kazandırılması ilkesine zarar verilmeyeceği, zaten kısa süreli hapis cezalarının TCK m.50 gereği seçenek yaptırım ve tedbirlere çevrildiği<sup>61</sup> ve TCK m.51' e göre de kısa süreli hapis cezasının ertelenmesi halinde TCK m. 53/4'e göre hak yoksunluğu uygulanmadığı ifade edilmiştir<sup>62</sup>.

Hak yoksunluğu tedbirine ilişkin genel esaslar bakımından dikkat edilmesi gerek bir diğer husus da **failin yaşıdır**. Fail, suçu işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış ise işlediği suç karşılığında mahkum olunan cezanın türü ve miktarı herhangi bir değişiklik oluşturmayacak ve hak yoksunluğu tedbiri uygulanmayacaktır<sup>63</sup>. Failin temyiz kudretinin yerinde olması sebebiyle on sekiz yaşını doldurmamasına rağmen hak yoksunluğu güvenlik tedbirine hükmetmek kanuna aykırı bir karar olacaktır<sup>64</sup>. Çocuklar hakkında Türk Ceza Kanunu'ndaki yaş küçüklüğü düzenlemelerine uygun olarak gerektiği takdirde ceza verilmesi mümkün iken bahsi geçen hak yoksunluğu tedbiri uygulanamaz<sup>65</sup>.

61 "...Hürriyeti bağlayıcı cezanın seçenek yaptırma çevrilmesi karşısında, sanık hakkında TCK'nun 53. maddesi uyarınca hak yoksunluğu hükümlerinin uygulanamayacağıın gözetilmemesi...", Y8.CD, T. 24.05.2016, E.2016/135, K. 2016/6775, (Çevrimiçi), <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, Erişim Tarihi: 21.11.2016.

62 Aksan, **a.g.e.**, s. 297.

63 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 588; Aksan, **a.g.e.**, s. 317.

64 YCGK. T. 23.11.2010 E. 2010/2-220 K. 2010/231 "... 10.5.1993 doğumlu olup, suç tarihi olan 11.11.2007 tarihinde 14 yaşını 6 ay 1 gün geçen ve işlediği suçun anlam sonuçlarını algulama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olduğu saptanan sanık O. Bulduk'un, bilahare şikayetinden vazgeçen Cuma Demir'i, haksız tabrik altında, bıçakla basit tıbbi müdabale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı olayda, sanığın suç tarihindeki yaşı sebebiyle hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 53. maddesinin 1 fıkrasının uygulanma koşulları bulunmamaktadır. Bu itibarla yerel mahkemece, sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 53/1. maddesi uygulanmak suretiyle sanığın maddede belirtilen haklardan yoksun bırakılmasına karar verilmesi ve bu hükmün Özel Dairece onanması isabetsiz olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüyle Özel Daire onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına...", (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016.

65 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 477.



## 2. Süre

Kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyet sebebiyle doğan hak yoksunluğu hali süresiz olarak kabul edilmemiş, belirli bir müddetle sınırlandırılmıştır<sup>66</sup>. Nitekim TCK m.53/5'in **infaz sonrası devam eden hak yoksunluğu** ayırık tutularak<sup>67</sup>, TCK m.53/2 incelendiğinde, kişinin, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu **hapis cezasının68 infazı tamamlanıncaya kadar** ilk fıkrada sayılan hakları kullanamayacağı düzenlenmiştir. Maddede geçen “...mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar” ifadesi önemlidir. Zira infazın bir kısmı infaz kurumu dışında (örneğin koşullu salıverme) gerçekleşebilir<sup>69</sup>. Böyle hallerde önemli olan koşullu salıvermenin de infazın bir parçası olduğunu ve kişi koşullu salıverilmiş olsa bile haklarından yoksun<sup>70</sup> bırakılacağını tespit etmektir<sup>71</sup>.

Belirtildiği gibi hak yoksunluğu halinin bitiş zamanıyla ilgili bir sınır getirmiş olan TCK m.53/2 bulunsa da hak yoksunluğunun başlangıç zamanı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun<sup>72</sup> (CGTİK) m.4'ün “Mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” hükmü dikkate alındığında, tedbire özgü başka özel bir hüküm bulunmamasına dayana-

66 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s.916; Aksan, **a.g.e.**, s. 295.

67 Madde 53/5: “Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, **cezanın infazından sonra işlemek üzere**, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümden belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, **adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar**”

68 Hükmedilen hapis cezasının süresine ilişkin kanunda herhangi bir şart yer almamakla birlikte, **kısa süreli hapis cezalarının ertelenmesi halinde**, hak yoksunluğu uygulanmayacağı TCK m.53/4'de belirtilmiştir.

69 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 476.

70 TCK m.53/3'e göre “hapis cezasına mahkum olan kişi koşullu salıverilmişse hükümlünün kendi altoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından hak yoksunluğu uygulanamayacaktır.

71 Hakeri, **a.g.e.**, s. 680-681.

72 Resmi Gazete Tarih: 29.12.2004, Resmi Gazete Sayı: 25685.

rak, hak yoksunluğu tedbirinin ancak verilen mahkumiyet hükmünün kesinleşmesiyle başlayacağı ve kural olarak infazın tamamlanmasına kadar devam edeceği kabul edilmelidir<sup>73</sup>. Hapis cezasının infazı süresince geçerli hak yoksunluğu olacağından; cezalarını hafta sonu veya geceleri çektirilmesine karar verilen kişiler ile diğer hükümlüler arasında eşitsiz bir durum ortaya çıkacağı haklı olarak ifade edilmiştir<sup>74</sup>.

Türk Ceza Hukuku'nda **hak yoksunluğu** tedbirinin **istisnalar dışında** kasten işlenmiş bir suç sebebiyle **hapis cezasına** mahkumiyetin **kanuni sonucu** olduğundan bahsettik. TCK m. 53/1'in ortaya koyduğu esaslara istisna teşkil eden haller de TCK m.53/3 ve devamındaki fıkralarda yer almaktadır.

### 3. Türk Ceza Kanunu Madde 53 Kapsamında Yoksun Bırakılan Haklar

Hak yoksunluğu güvenlik tedbirine ilişkin genel kural TCK m.53/1'de şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin **kanuni sonucu olarak**;*

*a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,*

*b) Seçme ve seçilme ehliyetinden,*

*c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

*d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

73 Hakeri, **a.g.e.**, s. 680; Otacı, **a.g.m.**, s. 465.

74 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 508.

*e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır”.*

TCK m.53/1’de, kişinin güvenlik tedbiri olarak hangi haklardan yoksun bırakılacağı sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu hususta özellikle TCK m. 53/1-b’de “*Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan*” yoksun bırakılma ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi’nin yakın tarihte verdiği karardan bahsetmek gerekir.

Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi TCK m.53’ün ilk dört fıkrasında **seçme ve seçilme hakkı yönünden** Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne iptal başvurusunda bulunmuştur. Başvuruyu kabul eden Anayasa Mahkemesi 08.10.2015 tarihli kararında<sup>75</sup>, TCK m.53/3 hariç olmak üzere m.53/1, m.53/2 ve m.53/4’ün Anayasaya aykırılık olduğunu kabul etmiştir<sup>76</sup>. TCK m.53 bakımından **Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda,**

*“(1) numaralı fıkrasında yer alan, “Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...” bölümünü, fıkranın (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden,*

*(1) numaralı fıkrasında yer alan “...hapis cezasına...” ibaresini, aynı fıkranın (b) bendinde öngörülen “Seçme ve...” ibaresi yönünden,*

*(1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan “...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,...” ibaresini,*

*(2) numaralı fıkrasını maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan “Seçme ve seçilme ehliyetinden...” ibareleri yönünden,*

<sup>75</sup> Resmi Gazete Tarihi: 24.11.2015, Resmi Gazete Sayısı: 29542.

<sup>76</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 8.10.2015, E. 2014/140, K. 2015/85.

(4) numaralı fıkrasında yer alan “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya...” ibaresini, maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan “...seçilme ehliyetinden...” **ibaresi yönünden, iptal etmiştir.**

Bahsi geçen düzenlemelerin temel hak ve hürriyet sınırlamalarının sınırını düzenleyen Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması başlıklı Anayasa m.13 “*Temel hak ve hürriyetler; özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” hükmüne aykırı olamaz. Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı da Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetler arasındadır. Bu nedenle, hakkın yoksunluğu doğrudan Anayasa m.13 ile alakalı olup ancak ilgili norma uygun olduğu takdirde, anayasa aykırılık ortaya çıkmayacaktır. Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının düzenlendiği Anayasa m.67/5’de, “..**taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç** ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutuk evlerinde (...) oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hakiminin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır” düzenlemesi kasten işlenen bir suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağına ilişkindir. Dolayısıyla, ceza infaz kurumu dışında bulunan hükümlülerin oy kullanmaları yönünden Anayasa bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Belli suçlardan mahkum olanların affa uğramış olsalar bile seçilemeyecek olmaları ifadesi ile kanun koyucu genel affın niteliği ile uyuşmayan bir tavır sergilemiş olması<sup>78</sup> iptal kararının doğruluğuna işaret etse de iptal kararının içeriği anlaşılması zor uygulamada hata verecek biçimde olması nedeniyle de eleştirilmiştir<sup>79</sup>.

77 Demirbaş, **a.g.e.**, s. 637.

78 Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 589.

79 “...Yüksek Mahkeme; bir kanunun tümünü veya bir hükmünü iptal edebilir, fakat kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde karar veremez. Yüksek Mahkeme

#### 4. Hapis Cezasının Ertelenmesi

**Hapis cezasının “ertelenmesi” infaz hukukuna ilişkindir ve kural olarak cezanın ertelenmesi hak yoksunluğunun doğmasına engel değildir<sup>80</sup>.** Hak yoksunluğu tedbirinin uygulama alanı bulabilmesi için kural olarak kasten işlenmiş bir suçtan dolayı kesinleşmiş hapis cezasına mahkumiyet gerekli ve yeterlidir. Bunun yanında hapis cezasının süresi veya infaz edilmiş olup olmadığı herhangi bir farklılık yaratmayacaktır<sup>81</sup>.

İşlediği suçtan dolayı *iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişiler hakkında* m.51/1’de yer alan şartların varlığı halinde hapis cezasının ertelenmesi kurumu uygulanacaktır. TCK m.51/8’e göre denetim süresi yükümlülöklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır. Diğer bir ifadeyle **erteleme halinde** deneme süresi boyunca geçen süre infazda geçirilmiş süredir deneme süresi içinde hak yoksunluğu uygulanacaktır<sup>82</sup>.

Hapis cezasının ertelendiği haller kural olarak hak yoksunluğuna engel olmamakla birlikte TCK m.53/3 ve TCK m.53/4’de münferit düzenlemeler getirilmiştir. Şöyle ki, **mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen** hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından **m.53/1 hükümlerinin uygulanmayacağı** m.53/3’de emredici olarak düzenlenmiştir<sup>83</sup>. Yine aynı fıkra devamında

---

*bu iptal kararında; Anayasa m.153/2’den sapmış ve TCK m.53’ün tamamını veya bir kısmını değil, göreceli olarak hüküm iptali yoluna gitmiştir...Yüksek Mahkeme; bir hükmü iptal etmeyip, iptale konu hükmün Kanun metninde bulunan bir başka hüküm yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vererek, TCK m.53’ün bütünü yönünden maddenin iptali talep edilen bölümünün yürürlükte olduğuna, ancak yine maddede yer alan bir ibare yönünden Anayasaya aykırı olması sebebiyle iptal edildiğine ve iptale konu edilen hükmün maddenin bütünü yönünden yürürlükte olduğuna karar vermiştir...”, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1677477-tck-m53un-iptali-tartismasi>, Erişim Tarihi: 20.11.2016.*

80 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 509.

81 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 589.

82 Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 589..

83 “...Mahkum olduğu kısa süreli olmayan hapis cezası ertelenen sanık hakkında anılan maddenin fıkrasının (c) bendinde yazılı hak yoksunluğunun, sanığın sadece kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet veya kayımlık yetkileri açısından uygulanmasına yer olmadığına, altsoyu dışında kalanlarla ilgili bu hak ve yetkilerden ise cezanın infazı tamamlanuncaya kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi... yasaya aykırı...”, Y7. CD., T. 30.06.2016, E. 2016/10041, K. 2016/9083, (Çevrimiçi), <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, Erişim Tarihi: 21.11.2016.

mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, TCK m.53/1-e'de söz edilen “*Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmek*” hakkından yoksunluk, emredici olmamakla birlikte, **hakimin takdiriyle** söz konusu olmayabilecektir.

Bir diğer istisnai hal olarak, TCK m.53/4 **kısa süreli hapis cezası<sup>84</sup> ertelenmiş kişiler** hakkında **birinci fıkra hükmü uygulanamaz<sup>85</sup>** hükmü ile istisna getirilerek, m.53/3'den farklı olarak ertelenen hapis cezasının kısa süreli olmasından bahsedilmiştir. Bu durumda hak yoksunluğunun doğmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur<sup>86</sup>. Yani kasti bir suçtan dolayı hükmedilen hapis cezası kısa süreli hapis cezası ise ve ceza ertelenmişse hak yoksunluğu hapis cezasına mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak doğmayacaktır.

Hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedilmesi halinde kanuni hak yoksunluklarının doğup doğmayacağı da tespiti muhtaçtır. TCK m.53/1'deki “...*hapis cezasına mahkumiyetin...*” ifadesinden yola çıkılması gerektiği kanaatini paylaşmaktayız. Hak yoksunlukları hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak çıktıklarından, hapis cezasının infazı anlaşılmalı ve adli para cezasının infaz edilmiş olup olmadığına bakılmamalıdır<sup>87</sup>.

## 5. Seçenek Yaptırım Olarak Adli Para Cezasına Hükmedilmesi

Yürütülen ceza yargılaması sonucunda hükmedilen hapis cezası **kısa süreli ise** TCK m. 50/1'e göre “...*suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adlî para cezasına, ...çevrilebilir*”.

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırım (adli para cezası) ya da ted-

84 TCK Madde 49/2: “*Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır*”.

85 *Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2015 tarihli ve E.: 2014/140, K.: 2015/85 sayılı Kararı ile; bu fıkrafta yer alan “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya...” ibaresi, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan “...seçilme ehliyetinden...” ibaresi yönünden iptal edilmiştir.*

86 Y11. CD, T.07.02.2007, E. 2006/3546, K. 2007/612, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), **Erişim** Tarihi: 16.11.2016; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 637; Koca, **Üzülmez**, **a.g.e.**, s. 589.

87 Aksan, **a.g.m.**, s. 416.

bire çevrilmesi halinde TCK m. 50/5'e göre “*Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir*”; diğer bir ifadeyle, hapis cezasının seçenek yaptırım olarak örneğin “*adli para*” cezasına dönüştüğü hallerde, **asıl mahkumiyet artık adli para cezasıdır**. Bu sebeple de adli para cezanın yerine getirilmesi halinde hak yoksunluğu tedbirine –istisnai haller dışında- karar verilemeyecektir<sup>88</sup>; fakat **seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezasının yerine getirmediği hallerde** nasıl bir uygulama yapılacağı konusu önemlidir.

TCK m.50/6'a göre, seçenek tedbirin gerekleri yerine getirilmemesi durumunda mahkeme, kısa süreli hapis cezasının kısmen veya tamamen uygulanmasına karar verecek ve m.50/5 hükmü uygulanamayacaktır. TCK m.50/6'daki “*Hüküm kesinleştikten sonra...seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükümü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükümü uygulanmaz*” hükmü değerlendirmeye muhtaçtır. Kanun koyucunun salt seçenek “tedbir” ibaresini<sup>89</sup> tercih etmesi bizce de **hapisten çevrilen adli para cezasının yerine getirilmemesi durumunda** TCK m. 50/6'nın uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır<sup>90</sup>. Zira adli para cezası bir tedbir değil seçenek yaptırımdır, değişiklikten önceki düzenlemede seçenek yaptırım ibaresinin bulunması aslında kanun koyucunun bilinçli tercihini de ortaya koymaktadır. Sonuç olarak TCK m.50/6'nın uygulanamaması demek fıkroda yer alan “*Bu durumda, beşinci fıkra hükümü (m.50/5) uygulanmaz*” ibaresinin de adli para cezası bakımından hüküm ifade etmeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır.

TCK m.50/5'in, asıl mahkûmiyeti bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğunu düzenleyen hükmün sonucunda **hak yoksunluğunun doğmayacağı sonucu, seçenek tedbirlerin yerine ge-**

88 Demirbaş, **a.g.e.**, s. 636; Otacı, **a.g.m.**, s. 427.

89 26.2.2008 tarihli ve 5739 sayılı Kanununun 4 üncü maddesiyle bu fıkroda yer alan “yaptırımın” ibaresi “tedbirin” olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir, (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Erişim Tarihi: 21. 11.2016.

90 Otacı, **a.g.m.**, s. 428.

**tirilmediği hallerde geçerli olmayacaktır.** Kaldı ki CGTİK m.106/9' a göre, “*Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır*”. Zira CGTİK’da bahsi geçen madde asıl ceza olarak adli para cezasına hükmedildiğinde ya da TCK m.50 kapsamında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak adli para cezası söz konusu olduğunda infaz kurallarını ortaya koymaktadır<sup>91</sup>.

CGTİK m.106/9 adli para cezası hapis cezasına çevrilmiş olsa dahi hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olanın adli para cezası olduğunu belirterek hak yoksunluğun oluşması engellenmiştir<sup>92</sup>. Bir başka ihtimalde kısa süreli hapis cezası, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre TCK m.50/1’de sayılan “*seçenek tedbirlere çevrilmiş*” olan mahkum bunlara uygun davranmaz ve bu nedenle kısa süreli hapis cezasının aynen ya da kısmen infazına karar verilirse, TCK m.50/6 burada doğrudan uygulama alanı bulacak ve **mahkemenin ayrıca karar vermesine gerek kalmaksızın hak yoksunluğu doğacaktır**<sup>93</sup>.

## B. Hakim Kararıyla Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu

Mahkeme, TCK m.53/1’de sayılan güvenlik tedbirine konu hak ve yetkilerden birinin “kötüye kullanılması” sonucunda işlenen kasıtlı bir suç sebebiyle hapis cezasına mahkumiyet halinde, mahkum olunan **cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere** bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verileceği TCK m. 53/5’de düzenlenmiştir<sup>94</sup>. Hakim kararı ile ortaya çıkacak bu tedbiri de yine “ceza mahkumiyetine bağlı ek yaptırım” olarak doktrinde tarif edilmektedir<sup>95</sup>.

91 Otacı, **a.g.m.**, s. 428.

92 İçel, **a.g.e.**, s. 705.

93 Otacı, **a.g.m.**, s. 428.

94 Hakeri, **a.g.e.**, s. 681; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 510.

95 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s.705.



## 1. Şartlar

Hakimin mahkeme kararında ayrıca hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunluğu için öncelikle suç m. 53/1'de sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılmış olması gerekir. Yukarıda bahsedilmiş olan ceza mahkumiyetinin **kanuni bir sonucu olarak ortaya çıkan hak yoksunluğundan farklı olarak** “hakimin hükmettiği hak yoksunluğu” nda TCK m. 53/1 deki tüm haklardan yoksunluk söz konusu değildir; hangi hak ve yetki kötüye kullanılmış ve sonucunda suç işlenmişse sadece o hak ve yetkiden yoksunluk durumu doğacaktır<sup>96</sup>. Aksi bir durum Yargıtay içtihatlarına göre de hukuka aykırı olacaktır<sup>97</sup>.

İkinci olarak **kasten işlenen bir suç** olmalıdır. Her ne kadar madde metninde suçun kasten işlenmesi gerektiğine yönelik açık bir düzenleme bulunmasa da madde gerekçesinde suçun kasıtlı bir suç olduğu ifade edilmektedir. Üçüncü olarak **hapis cezasına** veya **adli para cezasına** mahkum olunmalı **ve nihayet hakimin kararıyla ortaya çıkacak** hak yoksunluğu ilgili olarak elbette mahkeme/hakim tarafından hak yoksunluğunun infazdan sonrası için de geçerli olacağı yönünde ayrıca karar verilmeli ve hak yoksunluğu hükümde *açıkça* belirtilmelidir<sup>98</sup>.

Esas kuraldan farklı olarak adli para cezasına mahkumiyet de hak yoksunluğuna sebep olabilir. **Doğrudan hükmedilen adli para cezasının yerine getirilmemesi durumunda** adli para cezasının infazına ilişkin

96 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 920; Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 705; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 480; Hakeri, **a.g.e.**, s. 681; Ayrıca bkz.: “5237 sayılı TCK'nın 53/5 inci maddesine göre cezanın infazından sonra başlamak üzere, bükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar sadece suç işlenirken kötüye kullanılan hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilebileceği nazara alınmadan, infazda tereddüt oluşturacak şekilde hangi maddedeki hak ve yetkinin kötüye kullanıldığı da belirtilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması... Bozulmasına...”, Y5.CD, T. 14.3.2012, E. 2012/2120, K. 2012/2037, (Çevrimiçi), <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, Erişim Tarihi: 19.11.2016.

97 Y5. CD, T. 18.4.2012, E. 2012/2022, K. 2012/3945, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 15.11.2016; “... Yüklenen suçu TCK'nın 53/1-a maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlediği kabul edilen sanık hakkında aynı Kanun'un 53/5. maddesi uyarınca hak yoksunluğuna karar verilmemesi... kanuna aykırı...”, Y5.CD, T. 2.5.2016, E. 2014/3243, K.2016/4496, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), Erişim Tarihi: 20.11.2016.

98 Demirbaş, **a.g.e.**, s. 638; Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 594.

CGTİK m.106/3 düzenlemesi devreye girecek ve hapis cezasına çevrilmesi halinde hak yoksunluğu gündeme gelmeyecektir. Adli para cezasının infazına ilişkin olarak, CGTİK m.106/9 “... *Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır*” hükmü karşısında esas alınması gereken ceza adli para cezası olmalı ve hak yoksunluğunun doğmayacağı sonucuna varılmalıdır<sup>99</sup>.

Hapis cezasına mahkumiyet kararında hak yoksunluğu güvenlik tedbirine yer verilmemiş olmasının fail için kazanılmış hak teşkil edebilmesi ancak hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkum olunması halinde söz konusu olacaktır<sup>100</sup>. Zira TCK m.53/1 gereğince hapis cezasına mahkumiyet halinde hak yoksunluğu güvenlik tedbiri kanuni bir sonuç olarak ve ancak infaz boyunca uygulanmaktadır. Hak yoksunluğunun infazdan sonra da etkili olması için TCK m.53/5 uyarınca birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet şartı vardır. Buna karşın, maddede sayılan suçlarla ilgili olarak adli para cezasına hükmedildiği durumlarda TCK m.53/1 ile m.53/5’in ikinci cümlesi birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, adli para cezasına mahkumiyet durumunda hak yoksunluğu kanuni sonuç niteliğinde değildir. Dolayısıyla da adli para cezasına hükmedildiği hallerde hak yoksunluğunun kararda gösterilmemiş olması adli para cezasının infazı sırasında ve infazın tamamlanmasından sonra herhangi bir hak yoksunluğu ortaya çıkarmayacaktır.

## 2. Süre

Hak yoksunluğunun hakim kararıyla ortaya çıkması, TCK m.53/5’de hapis cezasına ve adli para cezasına mahkumiyet durumuna göre iki açıdan belirlendiği için infazın başlangıç zamanı hususu bahsi geçen ayırım göz önünde tutularak açıklanmalıdır<sup>101</sup>.

99 İçel, **a.g.e.**, s. 705; Otacı, **a.g.m.**, s. 446.

100 Demirbaş, **a.g.e.**, s. 637-638; Hakeri, **a.g.e.**, s. 583

101 Hakeri, **a.g.e.**, s. 684-685.

TCK m.53/1'deki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı adli para cezasına hükümlenmişse kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere kötüye kullandığı hak ve yetkinin kullanılmasının hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar süreyle yasaklanmasına karar verilecektir.<sup>102</sup> Kasıtlı bir suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilen hallerde mahkumiyetin bir sonucu olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmadığı için doktrinde hem infaz tamamlanıncaya kadar hem de infaz tamamlandıktan sonra uygulanacak olan yoksunluk sadece kötüye kullanılan hak ve yetki açısından geçerli olacaktır görüşü de ileri sürülmektedir Birinci fıkradaki diğer hak ve yetkiler bakımından adli para cezasının infazı sırasında ya da infazın ardından bir yoksunluk söz konusu olmayacaktır<sup>103</sup>.

İlk incelemede hapis cezasına mahkumiyet halinde “kötüye kullanılan hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına zorunlu olarak hükmedilmesi” gereken durum açısından madde, “ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere” diyerek yoksunlukla ilgili sürenin başlangıç zamanını göstermiştir. Bu yasaklılık için süre ise hükümlenen hapis cezasının yarısından bir katına kadar olabilir<sup>104</sup>. Bir kişinin birden fazla hapis cezasına mahkumiyetinin söz konusu olduğu hallerde, hak yoksunluğu her bir hapis cezasına göre ayrı ayrı belirlenip hükümde gösterilmelidir; çünkü artık Türk Ceza Kanunu'nda cezaların toplanması sistemi terk edilmiştir. Kişi hakkında hükmedilmiş her cezanın varlığı diğerininkinden bağımsızdır<sup>105</sup>.

Adli para cezasına mahkumiyet halinde madde, “*bükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasını tamamen infazından itibaren işlemeye başlar*” diyerek yasaklılıkla ilgili sürenin başlangıç zamanını göstermiştir. Adli para cezasına mahkumiyet halinde infaz sonrası hak yoksunluğu süresi hükümdeki gün sayısının yarısından bir katına kadar olabileceği m.53/5'te düzenlenmiştir<sup>106</sup>. Yasaklanan süre adli

102 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s.510.

103 Demirbaş, **a.g.e.**, s. 638; Hakeri, **a.g.e.**, s. 682.

104 Hakeri, **a.g.e.**, s. 685.

105 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 705; Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 508.

106 Hakeri, **a.g.e.**, s. 581.

para cezasının tamamen infazından sonra işlemeye başlayacağından; adli para cezası taksitlendirilmişse süre son taksitin ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>107</sup>.

**Hapis cezası ve adli para cezasına birlikte hükmedildiği hallerde** yasaklılık süresinin nasıl hesaplanacağı belirtilmemiş olması doktrinde de farklı yorumlara sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre her iki cezada suç karşılığı verilen asıl cezalar olduğundan hapis ve adli para cezasına ilişkin olarak hak yoksunluğu süreleri ayrı ayrı hesaplanmalı<sup>108</sup> ve yasaklılık uzun süre dikkate alınarak uygulanması gerekir<sup>109</sup>. Bu görüşe karşı olarak doktrinde, fıkranın düzenlemesinin hükmedilen farklı türdeki cezaların ayrı ayrı hesaplanması ve toplanması sonucunda bir hükme varılmasına müsaade etmediği iddiasındadır. Zira görüşe göre, fıkra, mahkumiyetin **sadece adli para cezası olması durumunda** adli para cezasına bağlı olarak bir hak yoksunluğu öngörmektedir. Dolayısıyla da adli para cezası ile birlikte hapis cezasına da hükmolunması durumunda adli para cezasına bağlı olarak bir hak yoksunluğu uygulanması mümkün olmayacak, ancak hapis cezası bakımından “sadece” ifadesi yer almadığından hapis cezasına bağlı olarak hak yoksunluğunun uygulanması söz konusu olacaktır<sup>110</sup>.

Üçüncü görüş olarak, adli para cezasının hapis cezasının seçeneğini oluşturması asıl olan olduğundan, hapis cezası ile birlikte adli para cezasının uygulandığı hallerde hapis cezasıyla birlikte hükmedilen adli para cezası için ayrıca hak yoksunluğuna hükmedilmesini gerekli olmadığı savunulmaktadır<sup>111</sup>. Son olarak başka bir görüş ise, verilen her iki türdeki cezadan hangisinin infazı en son gerçekleşmişse süre de bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini savunmuştur<sup>112</sup>. *Kanaatimizce* de ilk fıkradaki hak ve yetkilerden birini kötüye kullanmış kişi bakımından infazdan sonraki geçerlilik süresi belirlenirken verilen her iki ceza da “asıl ceza” ol-

107 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 705; Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s. 481.

108 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 706.

109 İçel, **a.g.e.**, s. 706.

110 Aksan, **a.g.e.**, s. 301.

111 Koca, Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 596.

112 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 510.

duğundan topyekun düşünölmelidir. Zira TCK m. 53/5'in ikinci cümlesine göre salt adli para cezasına mahkûmiyet de infaz sonrası hak yoksunluğunu gündeme getireceğinden her iki tür cezanın infazının sona ermiş olması aranmasında herhangi bir çelişki yaratılmayacağı kanaatindeyiz.

Hak yoksunluğunun ortaya çıkış şekli açısından adli para cezasının infaz edilmediği sürece yasaklılığının uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı görüşlere göre<sup>113</sup> maddede açıkça belirtilmediğinden yasaklılığın uygulanmaması gerekir. **Bu görüşe katılmak mümkün değildir**; zira failin cezayı bilinçli bir şekilde infaz etmemiş olması onun için lehe bir sonuç yaratacak ve buna sırf kanunda açık ifade olmaması sebebiyle göz yummak güvenlik tedbirinin amacına hizmet etmeyecektir.

### **C. Hakimın Takdir Yetkisini Kullanmasıyla Ortaya Çıkan Hak Yoksunluğu**

Hakim kararıyla ve infazdan sonra uygulanabilen bir diğer hak yoksunluğu nedeni, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen **taksirli suçtan mahkûmiyettir**.

Hak yoksunluğunun belli hallerde kanuni sonuç olarak değil hakimın takdir yetkisine bağlı olarak ortaya çıkabileceği TCK m.53/6' da "...yasaklanmasına ya da geri alınmasına karar verilebilir" şeklinde ifade edilmiştir. TCK m.53/6 şöyledir: "*Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar*" şeklinde yer almıştır. Hakim için TCK m.53/6 dahilinde **hak yoksunluğuna hükmetme zorunluluğu öngörölmemiş**

113 Centel, Zafer, Çakmut, a.g.e., s. 706.

**tir**<sup>114</sup>. Yani TCK m.53/6'deki hüküm “verilebilir” derken, ceza yanında, ayrıca güvenlik tedbirinin verilmesini, zorunluluk haline getirmemiş ve hakim takdirine bırakmıştır. Son fıkradaki şartlar altında bahsi geçen şekilde hak yoksunluğuna hükmedilmesinde hakimin takdir yetkisi bulursa da, TCK m.53/6'da belirtilen haricinde hak yoksunluğuna hükmedemeyecektir<sup>115</sup>.

## 1. Şartlar

**Hakimin takdirine bağlı olarak** ortaya çıkacak olan meslek ve sanatın icrasının yasaklanabilmesi ve sürücü belgesinin geri alınabilmesi için öncelikle bu konulardaki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan **taksirli bir suçun** varlığı aranır<sup>116</sup>. Fıkroda belirtilen hak yoksunlukları **her taksirli suç bakımından doğmayacak sadece** belirli meslek ve sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle işlenmiş bir suç söz konusu olduğunda gündeme gelecektir<sup>117</sup>.

## 2. Süre

TCK m.53/6' ya göre belli bir meslek ve sanatın icrasından yasaklılık ve sürücü belgesinin geri alınması hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Üç ya da az ve 3 yıldan fazla olmamak üzere hakimin belirlediği süre kadar devam eder<sup>118</sup>.

Yasaklama veya geri alma süresi üç aydan az veya üç yıldan fazla olmaz, bu sebeple de hakim bu iki sınır aralığında tedbirin süresini belirlerken, taksirin türünü, hükümlünün kusurunun ağırlığını göz önüne almak zorundadır<sup>119</sup>. Bu konuda Yargıtay Ceza Dairesi bir kararında: “...*tayin olunacak güvenlik tedbirinin süresinin, fiilin ağırlığıyla orantılı, adalet ve*

114 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 920.

115 İçel, **a.g.e.**, s. 706.

116 Yılmaz, **a.g.m.**, s. 40.

117 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 511.

118 Hakeri, **a.g.e.**, s. 685-686.

119 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.482.

*bakkaniyet kurallarına uygun olacak şekilde belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın tali kusurlu olduğu kabul edildiği ve bu gerekçeyle hükümlenen temel ceza alt sınırdan tayin edildiği halde, sanığın kusur durumuyla orantısız ve alt sınırdan ayrılma gerekçesi de açıklanmaksızın, tamamen takdire dayalı biçimde, sanığın tornacılık mesleğini icrasınının 1 yıl 8 ay süreyle yasaklanmasına karar verilmesi kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olup..” ifadelerine yer vermiştir.<sup>120</sup>*

**Koşullu salıverilme** ve **hapis cezasının ertelenmesi** halinde, denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halle geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır. Taksirli suçlarda, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, bir tedbir öngörülmediğine göre; bu suçlarda cezası ertelendiğinde, denetim süresi içinde; kanunen hükümlünün yasaklı olması mümkün olmadığından, hakkı kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, ancak ceza infaz edilmiş sayıldıktan sonra uygulanabilecektir<sup>121</sup>.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu<sup>122</sup> (KTK) m.119’da işlenen suçlar nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınması düzenlenmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sürücü belgesinin geri alınması hakkında bir düzenleme yoktu. Bu sebeple de eski TCK zamanında sürücü taksirle yaralama ya da taksirle öldürme suçunu işlediğinde, Karayolları Trafik Kanunu’na göre sürücü belgesinin geri alınıp alınmayacağı karar bağlanıyordu. Türk Ceza Kanunu’nda “sürücü belgesinin geri alınması” m.53/6’da düzenlendiğinden artık *trafik düzenininin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet* halinde güvenlik tedbiri uygulaması olarak sürücü belgesinin geri alınması TCK m.53/6’e göre verilecektir.<sup>123</sup> Bununla birlikte, KTK m.119 ve TCK m.53/6 düzenlemeleri aynı konuya ilişkin iki yönden farklılık içermektedir<sup>124</sup>. İlk olarak, Karayolları

120 Y12. CD. T. 13.3.2012, E.2012/1666, K.2012/6914, (Çevrimiçi), [www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), 20.11.2016.

121 Hafizoğulları, Özen, **a.g.e.**, s.482.

122 Resmi Gazete Tarih: 18.10.1983, Resmi Gazete Sayı: 18195.

123 İçel, **a.g.e.**, s. 707; Yılmaz, **a.g.e.**, s.41.

124 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 511.

Trafik Kanunu'na göre sürücü belgesinin geri alınmasına ceza süresi geçmemek üzere hükmedilirken; Türk Ceza Kanunu belli bir süre sınır koymuş ve üç aydan üç yıla kadar süre ile sürücü belgesini geri alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. İkinci farklılık ise Karayolları Trafik Kanunu'nda mahkumiyetin ilişkin olduğu suçun niteliği ve ağırlığı bakımından herhangi bir ayırım yok iken buna karşın Türk Ceza Kanunu'nda trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenmiş taksirli suç sebebiyle mahkumiyet şartı yer almaktadır.

Bu iki farklı düzenleme karşısında doktrinde; bir görüşe göre sonradan yürürlüğe giren kanun olan 5237 sayılı TCK m.53 düzenlemesi KTK m.119'u yürürlükten kaldırır<sup>125</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun genel, Karayolları Trafik Kanunu'nun özel kanun olması sebebiyle genel kanun hükmüyle düzenlenmeyen alanlar için Karayolları Trafik Kanunu'nun ilgili hükmünün uygulanacağını, genel kanunun daha sonra bir tarihte yürürlüğe girmesiyle özel kanunu doğrudan ilga edemeyeceğini ancak özel kanunun aykırı düzenlemeleri varsa bunların zımnen ilga edilmiş olacağı doktrinde savunulmuştur<sup>126</sup>.

*Kanaatimizce*, yeni kanun genel ise eski kanun özel nitelikte ise yeni kanuna aykırı hükümler kalkar yeni genel kanunda bulunmayan eski özel kanunun hükümleri yürürlükte kalır. Genel kanun düzenlemesi daha sonradan olsa da ancak özel kanunun aykırı düzenlemelerini ilga edecektir. Aksi halde sonraki bir tarihte yürürlüğe girmiş genel bir kanunla özel kanun hükümlerinin tümünün ilga olabileceği söylemek genel kanun-özel kanun ayırımı açısından da anlamsız olacaktır. Çünkü genel kanunlar özel kanunların düzenlemedikleri alanlar için genel normları koymakta ve geri kalan kısımlar ise özel kanunlarca aydınlatılmaktadır.

125 Öztürk, Erdem, **a.g.e.**, s. 511.

126 Yılmaz, **a.g.m.**, s.41.



### III. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (Memnu Hakların İadesi) Kurumu

Yukarıda bahsedildiği üzere, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda süresiz hak yoksunluğu söz konusu değildir. Nitekim hak yoksunluğuna ilişkin TCK m.53/2'de "*Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz*" hükmüyle yasaklı hakların geri verilmesi kurumuna da yer verilmediği açıkça ortaya konulmuştur<sup>127</sup>. Türk Ceza Kanunu'nda süresiz hak yoksunluğu söz konusu değilse de Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda<sup>128</sup> Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan süresiz hak yoksunluğu ortaya çıkmıştır. Özel kanunlarda süresiz hak yoksunluğu tedbirinin yer alması sebebiyle hak yoksunluğu tedbirinin hangi şekilde ortadan kalkabileceği ve nasıl iade edileceği sorunu ortaya çıkmıştır<sup>129</sup>. Özel kanunların hapis cezası için sonuç bağladıkları her durum bakımından TCK m.53 genel bir düzenleme

127 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 920.

128 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 8'e göre, "Bankaların kurucu ortaklarının... *Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmamış olması veya mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istiblak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ibale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilerle karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştiraktan hükümlü bulunmaması... şarttır". (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5411.pdf>, Erişim Tarihi: 20.11.2016; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48: *Devlet memurluğuna alınacaklarda aşağıdaki genel ve özel şartlar aranır... Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar; Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar; (...)(1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, bileli iflas, ibaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak". (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, Erişim Tarihi: 20.11.2016.**

129 Özgenç, **a.g.e.**, s. 796.

olması nedeniyle uygulanması gerekse de, özel kanunlarda düzenlenen hak yoksunluğu güvenlik tedbirine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur<sup>130</sup>. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki yasaların uygulanması sonucunda ortaya çıkmış olan hak yoksunluklarının kaldırılması için **“yasaklanmış hakların geri verilmesi”** kurumu 6.12.2006 tarihinde 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu<sup>131</sup> ile getirilmiştir<sup>132</sup>. Adli Sicil Kanunu’na m.13A eklenmek suretiyle sorun giderilmeye çalışılmıştır<sup>133</sup>.

C. Maddeye göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; TCK m.53/5 ve m.53/6 saklı kalmak suretiyle mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren **üç yıllık bir sürenin geçmiş olması ve kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması**, gerekir.

D. Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi aranmıştır.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu, failin söz konusu olan haklarını gelecek dönemi için kaldırmakta, geçmişe etki etmemektedir<sup>134</sup>. Yasaklanmış olduğu haklardan mahrumiyetinin kaldırılmasını isteyen failin veya onun vekilinin talebi aranacaktır. Karar verecek yetkili mahkeme ise hükmü veren mahkeme veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemedir<sup>135</sup>. Ayrıca yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinin ardından adlî sicil arşivine kaydedilir<sup>136</sup>.

130 Ayrıntılı bilgi için bkz.: İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 688.

131 Resmi Gazete Tarihi: 1.06. 2005, Resmi Gazete Sayı: 25832.s

132 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 706-707.

133 Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s. 593.

134 Centel, Zafer, Çakmut, **a.g.e.**, s. 707.

135 İçel, **a.g.e.**, s. 709.

136 (Çevrimiçi), <http://www.adlisisil.adalet.gov.tr/adlisisilkkanun.html>, 19.11.2016.

Yargıtay, yasaklanmış hakların iadesi kurumunun kabul edilmiş amacının mahkumiyet sonucunda kaybedilen kanuni durumu ferde iade etmek olduğuna kararlarında yer vermiştir<sup>137</sup>.

## SONUÇ

1. Güvenlik Tedbirleri 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ayrı bir bölümde düzenlenen ceza hukuku yaptırım türüdür. Hakim muhakeme sonucu yaptırım olarak cezaya hükmedebilir. Bununla birlikte, kişi kusur yeteneğine haiz değilse kişinin toplum için tehlikelilik haline göre güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi imkanı tanınmıştır. Zira ceza hukukunda güvenlik tedbirleri kusur yeteneği olsun ya da olmasın "tehlikelilik" halinde ve ancak failer hakkında uygulanır. Çünkü kişinin tehlikeli halini, öncelikle suç işleyerek ve dolayısıyla ceza hukuku sistemine dahil olarak göstermesi gerekir. Suç işlenmediği sürece ceza hukuku devreye girmeyeceğinden suç işlememiş ve kusur yeteneğine haiz olmayan kişiler için tehlikelilik durumlarında idari bazı tedbirler uygulanabilmektedir. TCK m.2/1'de ayrıca güvenlik tedbiri uygulaması için kanuni düzenleme gerekliliğini de açıkça otaya koymaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun hükmü karşısında kanunilik ilkesinin temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden güvenlik tedbirleri için de tartışmasız bir şekilde etkili olacağı belirtilmelidir.

2. TCK m. 53'ün gerekçesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte belirlenen amaca, suç işlemiş kişiye kefaret ödetmekle ulaşması çoğu kez mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin uygulanması ile amaçlanan her ne kadar ızdırap yaratmak olmasa da güvenlik tedbirlerinin bir çeşit ızdırap haline sebep

137 Y1.CD, T. 10.12.1991, E. 1991 / 2820, K.1991 / 3053, "ister Türk Ceza Kanunundan, isterse özel bir yasadaki kaynaklınsın, mahkumiyet neticesi kaybedilen tüm hakların memnu hakların iadesi yoluyla kazanılabileceği, zira bu müessesenin kabul edilmiş amacının mahkumiyet neticesi kaybedilen kanuni durumu ferde iade etmek olduğu, bu çeşit bir kararla hükümlüye kullanılması menedilen hakların kullanma yetkisi verildiği, mahkumiyet kararında herhangi bir hak kaybından bahsedilmese dahi, "başka yasaların mahkumiyetin sonucu olarak" memuriyete girememe", "seçme ve seçilme hakkının kaybı" gibi kısıtlamaları getirmesi karşısında, iyi ballı olduğunu kanıtlayan ve süresinde istemde bulunan hükümlüye memnu haklarının iadesine karar verilmesi gerektiği göz önünde tutulmaksızın, istemin reddine karar verilmesi, gerektiğinin gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...", nakl. Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.683.

olması ve cezalar gibi ancak suç işlendiği takdirde hükmedilebilmesi ceza yaptırımına benzer hale getirdiğinden doktrinde hukuki niteliği hakkında tartışmalar devam etmektedir. Ceza hukuku sahip olduğu ceza ve güvenlik tedbirleri yaptırımlarından dolayı insan hakları ve özgürlükleri üzerinde etkilidir. Anayasal düzenlemeler dikkate alındığında suçtan bahsedilmedikçe ceza ya da güvenlik tedbiri gündeme gelmeyecektir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanma şartları arasında yer alan tehlikeliliğin boyutu ne olursa olsun suç oluşturmadığı müddetçe ceza hukuku ve dolayısıyla ceza hukuku yaptırımları devreye girmeyecektir. Bu nedenle de güvenlik tedbirleri bakımından kusurluluk aranmadığından “tehlikelilik” ten söz edilse de tehlikeli hal dışında suç işlenmiş olması varlığı birlikte aranacak koşullardır.

3. Geleneksel cezaların uygulanamadığı veya uygulanabilir olmalarına rağmen yeni suçların işlenmesini önlemeye yeterli görülmediği durumlarda güvenlik tedbirlerine başvurulur<sup>138</sup>.

4. TCK m.53’de düzenlenen hak yoksunluğu güvenlik tedbiri ceza mahkumiyetine bağlı olarak veya ceza mahkumiyetinden bağımsız hakim kararıyla (zorunlu hakim kararı ve hakimın takdir yetkisiyle) ortaya çıkabilir. Ceza mahkumiyetine bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluğunda, güvenlik tedbirinin varlığı hakimın ayrıca kararda hükmetmesinden bağımsızdır.

5. Ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluğu tedbirine ilişkin olarak “feri’i ceza” olup olmadığı konusundaki tartışmalara da değinilmiştir. Tartışmalar ceza ve güvenlik tedbirlerinin kanun koyucu tarafından net bir biçimde ayrılmamış olmasından kaynaklanmaktadır ve bu sebeple de yapılan tartışmalar haklıdır. Fakat bizce burada fer’i ceza nitelemesinin haklı olup olmadığını ortaya koymak somut fayda sağlamayacaktır. Modern ceza hukukunda kusurun varlığı cezanın meşruiyet zeminidir. Bu nedenle kusur yeteneğine haiz olmayan kişilere ceza uygulanmaz; fakat tehlikelilik durumu göz önüne alınarak güvenlik tedbiri uygulanabilir. Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri kusur yeteneğine haiz, cezaya mahkum edilmiş ya da edilmemiş kişiler için de uygulanabilmektedir. Bu iki halde de (kusur yete-

---

138 Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015, s. 433.

neği olsun veya olmasın) ceza ile istenilen sonuca yeteri kadar etkin olarak ulaşılamadığı ve ek bir uygulama ihtiyacının doğduğu açıktır. Kanun koyucu hapis cezasına mahkum olan kişiyi hukuk politikasına göre “hak yoksunluğu” tedbirinin uygulanması gereken bir tehlikelilikte görmüş ve bu sebeple de buna kendiliğinden ortaya çıkacak bir sonuç bağlamıştır.

6. Fail kasten bir suç işlemiş ve bu suç karşılığı olarak hapis cezasına mahkum edilmişse hakimin ayrıca kararda hükmetmesi ya da kasten işlenen suçun TCK m.53/1’de sayılan haklarla alakalı olması aranmaksızın kanuni hak yoksunluğu şartları doğmuş olacaktır. Hak yoksunluğunun kanuni sonuç olarak ortaya çıkma niteliği güvenlik tedbirlerinin yukarıda bahsedilen özellikleri bakımından da tartışmalıdır. Güvenlik tedbirleri bakımından **failin kusurlu olması şart olmayıp**, tehlikelilik halinin belirlenmesiyle hükmedilebilen bir yaptırım söz konusudur<sup>139</sup>. Buna karşın failin kusurlu hareket etmesi TCK m. 53’de yer alan hak yoksunluğu tedbirinin uygulanabilmesi için şarttır. Zira hak yoksunluğu tedbiri hapis ya da adli para cezasına fakat nihayetinde bir cezaya mahkumiyet halinde gündeme geleceğinden ve ceza da ancak “kusurun varlığı” halinde söz konusu olduğundan, hak yoksunluğunun bu yönü onu güvenlik tedbirinden ziyade (ek) ceza tanımına yaklaştırmaktadır.

7. CGTİK m.5/1’e göre, “*Mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Bu hükme göre cezanın infazı Cumhuriyet savcısı tarafından izlenir ve denetlenir*”. Belirtilen süreç bakımından, infazın başlatılmamasıyla hak yoksunluğu tedbirinin sanık aleyhine kullanılması mümkündür. Kanaatimizce, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak doğan hak yoksunluğu süresinin “hükmolunan hapis cezasının süresinden daha fazla olmayacağı” şeklinde uygulamada doğabilecek keyfiyet ve haksızlıkları engelleyebilecek düzenlemeler getirilmesi fayda sağlayacaktır. Bilhassa düzenlemelerde başlangıç zamanı ve bitiş zamanına ilişkin olarak “hükmün kesinleşmesi” ile “cezanın infaz edilmesi” aralığında geçecek süre keyfiyetle şekillenmemelidir.

139 Özgenç, **a.g.e.**, s. 789.

**8. Hapis cezasının “ertelenmesi” infaz hukukuna ilişkindir ve kural olarak cezanın ertelenmesi hak yoksuluğunun doğmasına engel değildir.** Ancak Türk Ceza Kanunu bununla ilgili olarak bir çeşit tasnif tercih etmiştir. İstisnası olmakla birlikte erteleme söz konusu olduğunda kural, hak yoksunluğu tedbirinin uygulanması olsa da, eğer ertelenen hapis cezası kısa süreli ise hak yoksunluğu tedbiri uygulanmayacaktır. Ertelenen hapis cezası kısa süreli ise m.53/1'deki hak yoksunlukları (ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunlukları) uygulanmaz. Bununla birlikte, ertelenen hapis cezası kısa süreli olsun veya olmasın velayet, vesayet ve kayımlık gibi medeni hak ve göreve ilişkin olarak yoksunluk kararı verilemeyecektir. Ertelenen **hapis cezası kısa süreli değilse**, m.53/1'in a, b, ve d bentlerinde sayılan hak yoksunlukları, hapis cezası ertelenmiş olsa dahi kendiliğinden hüküm ifade edecektir.

9. Hapis cezasına mahkumiyete karar verilmesine rağmen bunun seçenek tedbirlere ya da adli para cezasına dönüştürüldüğü hallerde belirli haklardan yoksunluk söz konusu olmayacaktır. Ancak hapis cezası seçenek tedbire çevrilmiş ve tedbirin gerekleri yerine getirilmemişse m.50/5 uygulanmayarak asıl mahkumiyet, tedbir ya da adli para cezası olarak kabul edilmeyecek ve dolayısıyla hak yoksunluğu ortaya çıkacaktır. Buna karşın kısa süreli hapis cezasın adli para cezasına (seçenek yaptırım) çevrilmesi halinde TCK m.50/6 devreye girmeyecek ve TCK m.50/5 uygulaması devam edecek asıl mahkumiyet adli para cezası olarak kabul edilecektir. Kaldı ki CGTİK m.106/9' a göre, “*Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır*”.

10. Ceza mahkumiyetine bağlı olmadan doğan ve hakimın hükmü aranan hak yoksunluğu hali için m.53/1'de sayılan haklardan kötüye kullanılan hak sonucunda bir suç işlenmiş olmalıdır. Burada TCK m. 53/1'deki durumun aksine hükümde hakimın kararı aranacak ve bu karar hak yoksunluğunun “infazdan sonra da” etkili olabilmesi için verilecektir. Ayrıca ceza mahkumiyetine bağlı olarak doğan hak yoksunluğundan farklı olarak

sadece hapis cezasına mahkumiyet halinde değil adli para cezasına mahkumiyet durumunda da hükümlü kötüye kullanılan haktan yoksun bırakılacaktır. Ancak bunun için hakim kararda ayrıca hükmetmelidir aksi halde kişi için kazanılmış hak teşkil edecektir. Kötüye kullanılan haklarla ilgili olarak, cezanın infazından sonra da devam edecek yoksunluk ise yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü kişi o hakkın kullanımına özgü olarak da bir tehlikelilik ortaya koymuştur. Hakkın muhataplarını hak sahibinin hakka ilişkin tehlikeliliğinden bir müddet önlem amaçlı korumak gereği doğmaktadır.

11. TCK m.53/1'deki hak ve yetkilerden birini kötüye kullanmış kişi bakımından infazdan sonraki geçerlilik süresi belirlenirken, hem hapis cezası hem de adli para cezasına hükmedildiğinde, her iki ceza da “asıl ceza” olduğundan topyekun düşünülmelidir. Zira TCK m. 53/5'in ikinci cümlesine göre salt adli para cezasına mahkumiyet de infaz sonrası hak yoksunluğunu gündeme getireceğinden her iki tür cezanın infazının sona ermiş olmasının şart olmasının herhangi bir çelişki yaratmayacağı kanaatindeyiz.

12. TCK m. 53/6'a göre “*Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde... karar verilebilir*”. Hakim TCK m.53/6 şartları gerçekleştiğinde hak yoksunluğuna hükmetmek konusunda takdir hakkına sahiptir. Başka bir anlatımla hakim için TCK m.53/6 dahilinde **hak yoksunluğuna hükmetme zorunluluğu öngörülmemiştir**. Bu türden bir hak yoksunluğu da TCK m. 53/1'deki sayılan haklardan farklı olarak meslek veya sanatın icrasını yasaklama ya da sürücü belgesinin geri alınması ile gerçekleşir. Diğer hak yoksunluğu halleri gibi burada da belirli bir süre ile sınırlanmış olması güvenlik tedbirlerinin amacı göz önüne alındığında yerinde bir tercih olmuştur.

13. Trafik düzenine yönelik işlenen suçlar bakımından özel kanun niteliğinde olan Karayolları Trafik Kanunu'nda, mahkumiyete sebep suçun niteliği ve ağırlığı hak yoksunluğunun ortaya çıkmasında belirleyici değildir. Buna karşın, Türk Ceza Kanunu'nda trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenmiş taksirli suç sebebiyle

mahkumiyetten bahsedilmiş olması Türk Ceza Kanunu'na göre her türlü mahkumiyetle sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin uygulanamayacağı sonucuna ulaştırmaktadır.

14. **Sonuç olarak**, TCK m.53'de hak yoksunluğuna konu olan medeni haklar, sosyal yaşantıda her bireyin sıklıkla ihtiyaç duyduğu haklardır. Bu hakların kullanımının kaldırılması geçici dahi olsa muhakkak ki hukuki alan dışında, sosyal ve psikolojik alanda da birey için zorluk yaratacaktır. Bu sebeple de hak yoksunluğu ağır ve kişi için ızdırap verici sonuçları olan bir tedbir olması sebebiyle doktrinde ceza yaptırımlarıyla karşılaştırılmıştır. Fakat güvenlik tedbirlerinin kişi için ağır ve kötü bir durum yaratmasının sebebi ilk olarak kişinin arzusu hilafına uygulanmasıdır. Bu sebeple güvenlik tedbiri olarak düzenlenen m.53'ü kişinin barındırdığı tehlikelilikten dolayı sadece bir önlem olarak görmek gereklidir. Çünkü kasten suç işlediğine hükmedilen kişi tehlikelilik barındırmaktadır. Kanun koyucu da tehlikelilikten uzak ve güvene dayalı bir ilişki aradığı TCK m.53'teki hakların kullanımını bu durumlarda yasaklama iradesini ortaya koymuştur. Burada kişi üzerinde bir öğ iradesinden daha çok toplumun güvenliği için bir önlem söz konusudur. Bahsedilen hakların yoksunluğunun sürekli olmaması da kişinin tehlikelilik halinin ortadan kalkması ihtimaline bağlı olarak yerinde bir düzenlemedir.

## **KAYNAKÇA**

Aksan, Murat, Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, 2007.

Artuk, Mehmet Emin, "Güvenlik Tedbirleri" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, Y. 2008.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.



Gözler, Kemal, **İdare Hukukuna Giriş**, 15. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2012.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Dönmezer, Sulhi, "Tehlikeli Hal Meselesi" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, X, I, 1944, s.179-187.

Hafizoğulları, Zeki: **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1987.

Hafizoğulları Zeki, Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2015.

Hafizoğulları, Zeki, "5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, S.1, 2007, s.78-109.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.

İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.

Koca, Mahmut, Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 1997.

Otacı, Cengiz, "Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.2, S.4, 2011, s.417-472.

Özbek, Veli, Pınar, Bacaksız, **TCK İzmir Şerhi**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Soygüt Arslan, Buket, “5237 Sayılı TCK’nın Güvenlik Tedbirleri Bakımından Getirmiş Olduğu Yeni Hükümlere Genel Bakış”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.1, 2006, s. 175-182.

Yılmaz, Zekeriya, “Ceza Kanunumuzda Mahkumiyete Bağlı Hak Yoksunlukları”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2006, s.36-42.

Zafer, Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 263-314.

### **Online Kaynaklar**

[www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2006-2/1.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2006-2/1.pdf)

[webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_17.pdf)

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005473/1023005011>,

[www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm)

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5411.pdf>

<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>

## TEHLİKE ARZ EDEN GİZLİ SUÇ ANLAŞMALARI: AMERİKAN HUKUKUNDA GÜNCEL TERÖR TEHDİTLERİNİN YARGILANMASI

**Murat CEYHAN**

### ÖZ

11 Eylül 2001 sonrası terör tehditlerinin yaygınlaşmasıyla beraber suçun icra hareketleri başlamadan, tehlike arz eden suç anlaşmalarının yargılanma ihtimali üzerinde durulmaya başlanmıştır. Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri'nde de terör eylemleri gerçekleşmeden evvel failleri sorumlu tutabilmek adına hazırlık safhasına özel yeni kanuni değişiklikler yapılmış ve uygulamaya konulmuştur. Bu süreçte 11 Eylül sonrası düzenlemelerden ziyade kökü 19. yy ortalarına kadar dayanan eski bir düzenlemeye de uygulama alanı açılmıştır. Makalemizde "18 USC § 2384 Seditious Conspiracy" düzenlemesi açıklanmış ve bu tip düzenlemelerin terörizmle mücadeledeki geleceği tartışılmıştır. Terör eylemleri gerçekleşmeden ve geri alınamayacak zararların ortaya çıkmasından önce faillerin saptanması ve bu kişilerin belirli saikler konusunda anlaşmaları ilgili madde hükmünün işlevsellik kazanması için yeterli sayılmaktadır. Çalışmamızın sonunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile de karşılaştırdığımız ABD uygulamasını çatıştığı temel hak ve özgürlükler açısından da değerlendirmiş bulunmaktayız.

**Anahtar Kelimeler:** Terörizm, Hazırlık Aşaması, Suç Anlaşmaları, 11 Eylül, Amerika Birleşik Devletleri, Amerikan Hukuku, Terör Tehdidi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

### **Seditious Conspiracy: Prosecuting Contemporary Terrorism Threats in United States**

### ABSTRACT

After the widespread terror threats following September 11, 2001

there has been a contemplation about prosecuting dangerous conspiracies, before the time any criminal activity has been carried out. With that regard, United States government has made specific amendments to hold perpetrators liable in the development phase of a terror act. Rather than post 9/11 regulations, a longstanding 19<sup>th</sup> century provision has found itself an area of practice. Through this article, the “18 USC § 2384 Seditious Conspiracy” provision has been elaborated and we have discussed the future of such preventive measures in the fight against terrorism. Before the terror acts take place and irredeemable harms occur, if the perpetrators are done with conspiring upon certain motives, the seditious conspiracy provision might be able to rise to the occasion. Throughout our article we analyzed this US practice weighing in with fundamental rights and freedoms and at the last part we have also added a comparative analysis section with European Court of Human Rights.

**Keywords:** Terrorism, Seditious, Conspiracy, Preparation, Dangerousness, United States of America, European Court of Human Rights, 9/11

## Introduction

Dating back to mid-1800s, seditious conspiracy statute has been used against conspirators opposing and aiming to use force against the United States in different contexts.<sup>1</sup> The statute offers protection against a broad range of terrorist activities, which will be analyzed throughout this paper. What makes “seditious conspiracy” a significant source in prosecuting terrorism cases is that it can be enforced as a preventive measure rather than waiting for terrorists to commit atrocious acts of violence.<sup>2</sup> Especially con-

---

1 Charles Doyle, Congressional Research Service Report for Congress, Federal Conspiracy Law: A Brief Overview, 4 (2010): “The first, perhaps thought more pressing at the beginning of the war, was a seditious conspiracy statute (Act of July 31, 1861, c. 33, 12 Stat. 284 (1861), as amended 18 U.S.C. 2384 )”

2 Richard B. Zabel, James J. Benjamin Jr., In Pursuit of Justice: Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts 48 (2008): “The seditious conspiracy statute is an important weapon for prosecutors to use in prosecuting preparatory terrorist conduct, rather than merely punishing terrorist acts after the fact”

temporary threats in urban cities are calling for such a preemptive national security measure. When a group of daring terrorists agrees upon committing a terror act and stays within the preparatory steps for that conduct, surveillance and other supervisory law enforcement tactics prove to be inefficient. Furthermore, the only evidence in hand is nothing more than the conspiracy (mutual agreement) amongst the terrorists and their intent to levy war against United States. With the way current terrorist groups technologically and logistically keep their criminally liable steps so effectively in disguise, the conspiracy statute may work as an important tool for prosecution. Among practice, it has even been called as the “darling of the prosecutor’s nursery” because of its ease of provability for prosecution.<sup>3</sup> Because of its lack of requirement for an overt act, the statute becomes even more important as a preventive measure in national security cases. Thereby, an up-to-date elaboration of the “seditious conspiracy” statute can prove to be crucial for “preventively” battling terrorism in 21<sup>st</sup> century.<sup>4</sup>

This paper foresees three chapters. The goal of the first chapter will be to prescribe the elements and the extent of the “seditious conspiracy” statute in line with its application to contemporary terrorism threats. Because of its contemporary relevance, the 1999 case of *U.S. v. Rahman*<sup>5</sup> will be one of the leading cases in determining the extent of the statute, nonetheless, with such a long historical background, our analysis will also refer to several cases dating back to early 1900s. It will be beneficial to see how “seditious conspiracy” statute evolved in its application to different extremist movements against United States and how it can hold up against contemporary terrorism threats of today. The second chapter of this paper will

---

3 Erin Creegan, National Security Crime, Harvard National Security Journal, Vol. 3, 381 (2012): “Conspiracy crimes have been called the ‘darling of the prosecutor’s nursery’ by revered judge Learned Hand because of their prosecution-friendly provability. Perhaps for this reason, seditious conspiracy enjoys slightly more use than the other statutes we have reviewed”

4 John Alan Cohan, Seditious Conspiracy, The Smith Act, and Prosecution for Religious Speech Advocating the Violent Overthrow of Government, Issue: 2, Volume 17, 211 (2003): “The philosophy behind allowing the charge of seditious conspiracy absent an overt act is that the state should not be powerless to *prevent* crimes that are still in their formative stages”

5 U.S. v. Rahman, 189 F3d 88 (1999)

contemplate on hypothetical terrorism threats facing United States and the world and how “seditious conspiracy” can be of help. For the sake of our analysis, we will get to use the fact patterns one of the leading national security cases such as *U.S. v. Cromitie*<sup>6</sup>. In addition, we will also elaborate on our own hypotheticals, even contemplating on the tragic Paris attack of November 2015 and what could have been done with an existing “seditious conspiracy” statute. The third and the last chapter will reveal a comparative analysis with the preventive mechanisms that European Court of Human Rights allows. Similar to seditious conspiracy’s design to treat urban terrorism in its preparatory steps before the act actually happens, preventive detention regimes of certain European countries tend to deprive the liberty of the person before an act of violence occurs. Based on Article 5 (Right to Liberty clause) of the European Convention on Human Rights, we will get to see the European Court’s approach to preventive measures similar to seditious conspiracy.

One shall remember that this concept has been introduced in different contexts against different groups opposing the authority of United States. For instance the Civil War, Puerto Rican uprisings and Al Qaeda threats in 1990s have all been subject to prosecution based on seditious conspiracy. From time to time the seditious conspiracy statute has also been used effectively in the post 9/11 era.<sup>7</sup> Accordingly, this paper will analyze all the pros and cons of this statute and hope to reiterate its importance in dealing with contemporary terrorism.

### **A) Analysis of “Seditious Conspiracy” Statute**

With regards to our analysis in this chapter, the prominent elements of the statute will be established and elaborated. The relevant case law will guide us through the details of these elements and help us determine what the statute offers compared to other prosecution mechanisms in terrorism. Hereby, the first thing to do is set forth the statute itself, 18 USCA § 2384 “Seditious Conspiracy”:

---

<sup>6</sup> U.S. v. Cromitie, 727 F.3d 194 (2013)

<sup>7</sup> Zabel 49-50.

“If two or more persons in any State or Territory, or in any place subject to the jurisdiction of the United States, conspire to overthrow, put down, or to destroy by force the Government of the United States, or to levy war against them, or to oppose by force the authority thereof, or by force to prevent, hinder, or delay the execution of any law of the United States, or by force to seize, take, or possess any property of the United States contrary to the authority thereof, they shall each be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both”<sup>8</sup>

Simply put, the fundamental elements established by the statute are (1) conspiracy (2) by two or more persons (3) within the territory of the United States (4) to commit the prescribed acts such as overthrowing by force the Government of United States or to levy war against them. The elements are intentionally divided into four, as this paper will develop each of these elements with respect to their advantages and disadvantages for terrorism prosecution. For the first element, meaning of “conspiracy” will be asserted. Related to the first element, secondly the statute’s requirement of “two or more persons” will be analyzed. Third, the paper will discuss the mandatory “jurisdiction” clause and its effects on prosecuting global terrorism. For the fourth element, the various acts prescribed within the statute will be pointed out. Thereby, this last element will also serve to be the part where the question of “overt act” requirement will be answered. Consequently, the cases shall help us understand the extent of the statute and reveal whether it can fulfill its objective emphasized in *Rodriguez*: “help the government cope with and fend off urban terrorism”<sup>9</sup>.

## 1) Conspiracy

The core element and perhaps the most important element of the statute is “conspiracy”. For the purposes of this statute, conspiracy shall simply be defined as “agreement”. Thereby, it is underlined that the essence of a

8 § 2384. Seditious conspiracy, 18 USCA § 2384

9 U.S. v. Rodriguez, 803 F.2d 318 (1986)

conspiracy is an agreement to commit certain condemned acts.<sup>10</sup> Historically there has been no special emphasis on the wording as the Courts went on to use “confederate”, “combine” “agree together between and amongst themselves” in addition to the concept of “conspire”.<sup>11</sup> The important thing is, when there is a joined illegal agreement among the conspirators for seditious conspiracy purposes, this can suffice for a conviction. In *Rahman*, the Government’s burden of proof is accordingly stated as follows:

“...the Government is not required to show that the defendant personally performed acts in its furtherance: it is sufficient for the defendant to join in the illegal agreement”<sup>12</sup>

Such an illegal agreement between the conspirators eventually leads to the formation of “seditious conspiracy”. However, there has been a lot of debate with regards to the statute’s vagueness in specifying what a defendant must do in order to “seditiously conspire” against United States. As Fedarko sees it, “seditious conspiracy deals with a crime of the mind... You don’t have to do anything; you just have to think it.”<sup>13</sup> This mere “thinking” requirement is the primary reason why scholars are quoting seditious conspiracy as an effective preventive measure in battling terrorism in its preparatory steps.<sup>14</sup> On the other hand, for a successful conspiracy prosecution, there is an expectation that this “thinking”, this “agreement” between the persons shall be averred in some manner.<sup>15</sup> A jury eventually

---

10 Doyle 5.

11 Wright v. U.S., 108 F.805 (1901): “The charging part is that the defendants fraudulently, maliciously, and unlawfully did conspire, combine, confederate, and agree together, between and amongst themselves”

12 U.S. v. Rahman, 189 F.3d 88 (1999)

13 Kevin Fedarko, The Imaginary Apocalypse: A US Court Finds a Blind Muslim Cleric and Nine of His Followers Guilty of “Seditious Conspiracy” to Conduct a Bombing Spree Throughout New York City, TIME, Oct. 16, 46 (1995) (cited from Cohan 206)

14 Zabel 48; *see also* Doyle 13: “Mere acts of preparation will satisfy the most demanding conspiracy statute, not so with attempt”

15 Wright v. U.S., 108 F.805 (1901): “To have committed the offense of conspiracy, they must have combined and agreed together or combined and agreed with some other person or persons; and such combination and agreement should be averred, so that the court and trial jury can determine whether the acts constituting the crime have been committed”



has to see concrete evidence with regards to this agreement process. And with regards to criminal prosecution one has to remember that there has to be proof beyond reasonable doubt. Therefore, even though the most effective way to fight contemporary terrorism is taking preventive measures, it is never easy for a prosecution to come up with evidence proving a mere “thinking” process.

In several cases, constant meetings between the defendants were provided as evidence for the conspirators’ agreement and intent to use force against United States. In *Orear*, supposing the government established a tie to one of these meetings “the crime was then completed and the guilt of the plaintiffs in error was then fixed...”<sup>16</sup> There is no requirement for furthering the objectives of that meeting. Thus, that objective or the specific mission has to be agreed upon by the conspirators amongst themselves. In a more recent case called *U.S. v. Batiste*, the conspiracy to pursue a specific mission in United States soil was presented as follows and then subjected to prosecution:

“During the subsequent meeting between Batiste and the CIs, they discussed the fact that CI-2 was an al Qaeda operative in the US to assist Batiste and defendants in their mission... The target warehouse was used by all of the Defendants on March 16, 2006 in a meeting in which they pledged loyalty to and alliance with al Qaeda”<sup>17</sup>

In *US v. Khan*, there was a similar meeting in which the defendant agreed with his co-conspirators on levying war against United States by traveling and joining Taliban in Afghanistan. The striking result of this case is, even though *Khan* never succeeded in reaching Afghanistan and never started fighting against United States, the following “agreement” sufficed for purposes of prosecution:

“Ali Al-Timimi urged the attendees at the meeting at Kwon’s... for all Muslims to help defend the Taliban. After the meeting, Khan heeded

---

<sup>16</sup> *Orear v. U.S.*, 261 F.257 (1919)

<sup>17</sup> *U.S. v. Batiste*, Not Reported in ESupp.2d (2007)

this advice and agreed with the three co-conspirators to travel to LET to obtain training with the object of fighting in Afghanistan”<sup>18</sup>

As can be seen in various examples, the possibility of intervening right after such agreements may prove to be crucial for undermining future terrorism acts. However, a conspiracy has to be comprised of two or more persons by its nature. There is definitely no concept of a “one man conspiracy”, but there are ways to prosecute individual members of a terrorist organization without indicting the group as a whole.<sup>19</sup> Next chapter should help us analyze the coverage and the possible setbacks of prosecuting “two or more persons” in a seditious conspiracy.

## 2) Two or More Persons

As noted above, “there are no one-man conspiracies.”<sup>20</sup> Seditious conspiracy statute can’t be a basis for indicting a lone extremist or terrorist that decided to levy war against United States. On the other hand, it has to be stressed that no single terrorist decides to pursue a mission alone and starts a conspiracy without consulting to its group of co-conspirators. Especially contemporary terrorist groups tend to train the individuals abroad in Afghanistan (e.g. *U.S. v. Khan*), send them back to their country or contact the individual terrorist directly in his host country. There is an incentive by the terrorist organization to contact the individual that can be defined as the beginning of a conspiracy. If one can establish a link between two of the members of the organization, this shall suffice for a seditious conspiracy prosecution. The purpose of such prosecution would be to prevent individual threats drawing close to a violent act of terrorism, not bringing down the organization as a whole. As underlined in *Bryant v. U.S* and several conspiracy prosecutions the organization doesn’t necessarily get to be on trial here:

“The organization was not on trial, but certain of its members, and a

---

18 U.S. v. Khan, 309 F.Supp.2d 789 (2004)

19 Bryant v. U.S., 257 F. 378 (1919)

20 Doyle 4.

conspiracy of the kind charged, proven between any two of its members, as individuals, answered the requisition of the indictment”<sup>21</sup>

Then the question can be raised whether if law enforcement officials lay hands on only one of the multiple conspirators and cannot prosecute him for his involvement in levying war against United States. This would definitely be a setback in prosecuting terrorists within an effective preventive context. However, there is a well-established procedure to overcome this “two person” imperative. Even though there is a strict two-person requirement in conspiracy, if the prosecution can present reliable evidence inferring the conspiracy, there is no need for another co-conspirator to be tried or even identified. In different cases where the Government established the conspiracy beyond reasonable doubt, the anonymity of the remaining co-conspirators did not preclude the conviction:

“It is axiomatic that an agreement between two or more persons is the ‘essence’ of a conspiracy... However, the fact that the identity of some or all other members of the conspiracy remains unknown will not preclude a conspiracy conviction.”<sup>22</sup>

This approach is especially important when law enforcement officials can establish a substantial link between the conspirators under their allegiance to the same terrorist group levying war against United States. In this modern age, the terrorists do not necessarily gather up in cells and certain safe houses. The advancement of technology led to significant sophistication in communication between individuals. The anonymity of the callers, the encrypted messages do not reveal much intelligence for the law enforcement officials to follow up. As noted above, nowadays terrorists don’t even need to travel to Afghanistan or Pakistan anymore for becoming an individual threat to national security. In a century where running into two conspirators in a meeting room is not that likely, the mentioned approach should be consistently adopted in “seditious conspiracy” cases.

---

21 Bryant v. U.S., 257 F. 378 (1919)

22 U.S. v. Sanchez-Garcia, 461 F3d 939 (2006); *see also* U.S. v. Price, 258 F3d 539 (2001): “In addition, a defendant can be connected to a conspiracy through evidence about his interactions with another coconspirator, even if that coconspirator was not indicted”

### 3) Jurisdiction Requirement

Pursuant to 18 USCA § 2384, seditious conspiracy has to take place “in any State or Territory, or in any place subject to the jurisdiction of the United States”. It is indicated that prosecution is helpless in preventively battling terrorism when conspirators don’t take any action within the United States.<sup>23</sup> In that matter, the “treason” statute comparatively offers a wider spectrum by stating “whoever owing allegiance to the United States levies war against them... or giving them aid... within the United States or elsewhere is guilty of treason”.<sup>24</sup> This jurisdictional ease is not embedded in the “seditious conspiracy” statute and this definitely presents a setback in prosecuting contemporary terrorism and its global controversies. On the other hand, the way new terrorist organizations work is focusing on recruiting radicalized nationals of the target country, already residing there in the first place.<sup>25</sup> Most of them travel abroad for training or instructed to simply continue residing in their homeland while contemplating on radicalist movements against their own government. The territory in which this process happens would be directly applicable to the “seditious conspiracy” statute. Moreover, the terrorists’ eventual ties with their co-conspirators in U.S. should be able to suffice for conviction. Along the same line, one can notice that the mandatory jurisdiction rule is softened in accordance with *U.S. v. Valle*:

“It is a well established principle (that if there is an) act in furtherance of a conspiracy in one district, that district has jurisdiction over all the conspirators, although some were never physically present there”<sup>26</sup>

This upheld approach of *Valle* can be developed in many advantageous

---

<sup>23</sup> Zabel 50.

<sup>24</sup> § 2381 - Treason, 18 USCA § 2381

<sup>25</sup> New York Times, *ISIS and the Lonely Young American*, June 27 (2015): “Even though the Islamic State’s ideology is explicitly at odds with the West, the group is making a relentless effort to recruit Westerners into its rank” (<http://www.nytimes.com/2015/06/28/world/americas/isis-online-recruiting-american.html>)

<sup>26</sup> *U.S. v. Valle*, 16 F.R.D. 519 (1955)

ways for the prosecution. First, even though some individual conspirators travel back to other countries their former furtherance of the conspiracy in US territory should suffice for prosecution. Second, one can argue that even if a terrorist never steps on the territory of US and operates the conspiracy from abroad, if one of his co-conspirators happens to reside and further the conspiracy in a US district, then the terrorist abroad can be criminally liable too. *Valle* specifically underlines that “although... never physically there” a person can be liable for a seditious conspiracy. In addition, for purposes of evidence in trial, “it is an old rule that when a conspiracy has been shown, the act of one conspirator in furtherance of the common purpose is evidence against all.”<sup>27</sup> In sum, if interpreted accordingly, this line of reasoning can solve out the issue of overseas liability when terrorists conspire to levy war against US.

#### 4) Prescribed Acts

There are various acts prescribed by 18 USCA § 2384 for conspiracy. For criminal liability, two or more persons should conspire “to overthrow, put down, or to destroy by force the Government of the United States, or to levy war against them, or to oppose by force the authority thereof, or by force to prevent, hinder, or delay the execution of any law of the United States, or by force to seize, take, or possess any property of the United States”. The important aspect of all these prescribed acts is that they only have to be “conspired”. The person does not have to take arms or necessarily commit any kind of violent act.

“Section 2384 provides a vehicle for the government to make arrests before a conspiracy ripens into a violent situation”<sup>28</sup>

Capitalizing on the seditious conspiracy statute’s preemptive feature, the Government of United States has succeeded in many different terrorism cases. In the 1996 Report of the FBI, it has been specifically referred to

---

<sup>27</sup> *Isenhouer v. U.S.*, 256 F. 842 (1919)

<sup>28</sup> *U.S. v. Rodriguez*, 803 F.2d 318 (1986)

*U.S. v. Rahman* because of the law enforcement’s success in preventing the attacks “intended” to disrupt New York City.<sup>29</sup>

Contemplating on these success stories in terrorism, there hangs the question whether “an overt act” is actually needed for a “seditious conspiracy” prosecution. The answer is, an overt act is not necessary for a conviction under 18 USCA § 2384. In early 1900s it has been established in *Orear v. U.S.* that a conspiracy was not based on an overt act. It was held that the act of conspiring by itself fulfilled the condition of liability.<sup>30</sup> As noted in the earlier chapter of “conspiracy”, the illegal agreement between the conspirators sufficed for the purposes of the statute. As for the crime of treason, there is a clear requirement for a treasonous overt act, which even has to be verified by two witnesses.<sup>31</sup> Seditious conspiracy’s purpose to create space for the Government to intervene in the preparatory steps of a terrorist attack would eventually contrast with such a requirement. Nonetheless, even though an overt act is not an element of seditious conspiracy, overt acts taking place can always help the prosecution in providing evidence and revealing the details of the conspiracy.<sup>32</sup>

Having laid out the intention of the statute, now it is time to observe the different ways in which US Courts determined defendants’ conspiracy to overthrow, use force or levy war against United States. In *Rahman* the Government went on to prove that the defendants joined in a seditious conspiracy to wage a war of urban terrorism against United States. The Government prosecuted Abdel Rahman, an Islamic cleric who was presented as the leader of the seditious conspiracy promoting “jihad” and inciting his followers to “do *jihad* with the sword, with the cannon, with the grenades... against God’s enemies.”<sup>33</sup> All defendants were eventually con-

29 Federal Bureau of Investigation, *Terrorism in the United States 1996*, Congressional Research Service 9 (1996): “The FBI’s major accomplishments in 1996 included... the sentencing of Shaykh Omar Abdel Rahman for terrorist acts intended to create chaos and disrupt life in New York City”

30 *Orear v. U.S.*, 261 F. 257 (1919)

31 Zabel 46.

32 *Anderson v. U.S.*, 273 F. 20 (1921): “Inasmuch as overt acts are not elements of the offense... we may look to them as explanatory of the charge against the defendants”

33 *U.S. v. Rahman*, 189 F3d 88 (1999)

victed of seditious conspiracy based on “discussions about building bombs in secret meetings” and “sharing the same view of performing jihadist acts.”<sup>34</sup> In *U.S. v. Lebron*, the Puerto Rican resistance in mid 1900s was subject of the “seditious conspiracy” statute. Parts of the activities indicted were making propaganda through pamphlets, newspapers that urged forcible liberation of Puerto Rico and opposing American authority. Consequently, the defendants were convicted under evidences that revealed a political organization part of the conspiracy and portrayed social clubs in New York and Chicago as cells, juntas of the network.<sup>35</sup> In *Ford*, Patrice Lumumba Ford was charged with attempting to travel to Afghanistan shortly after 9/11 in order to join the violent cause of Taliban. Eventually he pled guilty.<sup>36</sup> *U.S. v. Khan* dealt with a similar fact pattern in which the defendant Khan tried to travel to Afghanistan for his training but preventively convicted of seditious conspiracy even though he never reached his destination.<sup>37</sup> As can be inferred from all these examples, seditious conspiracy convictions are based on simply “thinking” as Fedarko names it.<sup>38</sup> “Propaganda for forceful rebellion”, “meetings in cells to create bombs”, “speeches in religious communities inciting violence” are considered to reveal the inner intent of the defendants to oppose the authority of US by force and levy war.

Because of the evidences’ form of expression and assembly, it is common to come across invocation of the first amendment in seditious conspiracy cases. Both in *Lebron* and *Rahman*, the example of *Dennis* has been given. The Court in *Dennis* upheld the constitutionality of the Smith Act establishing it a crime “to advocate the overthrow of United States

---

34 Id.: “...evidence, we find, was sufficient for a rational trier of fact to find the essential elements of his participation in the seditious conspiracy beyond a reasonable doubt. El-Gabrownly routinely engaged in discussions with Salem about building bombs... He was in constant contact with Nosair, and evidence seized from his house indicated that he shared Nosair’s views on the duty to perform *jihad*”

35 *United States v. Lebron*, 222 F.2d 531 (1955)

36 *U.S. v. Ford*, 216 Fed.Appx. 652 (2007)

37 *U.S. v. Khan*, 309 F.Supp.2d 789 (2004)

38 Fedarko [The Imaginary Apocalypse](#) (cited from Cohan 206)

Government by force”.<sup>39</sup> Freedom of expression and assembly thereby can’t be used as a way to incite violence. In first amendment jurisprudence, there is no room for protection in using “fighting words” and propaganda involving clear terrorism attacks such as “throwing grenades to God’s enemies”. Following a citation from the words of Abdel Rahman, we should close this chapter and the first part of this paper with the words of the *Rahman* Court:

“It remains fundamental that while the state may not criminalize the expression of views—even including the view that violent overthrow of the government is desirable—it may nonetheless outlaw encouragement, inducement, or conspiracy to take violent action”<sup>40</sup>

### **B) “Seditious Conspiracy” in Hypothetical Terrorism Threats**

During our analysis above, “seditious conspiracy” and all its elements have been elaborated with regards to its compatibility and effectiveness to modern day terrorism. Under this chapter, first hypothetical fact patterns will be established. Second, the facts of these cases will be tested with regards to prosecution under the “seditious conspiracy” statute. There will be three separate hypotheticals. For the sake of our analysis, one of them will be based on the fact patterns of a formerly tried case before US Courts: *U.S. v. Cromitie*. Second one will be based on the Paris attacks of November 2015.<sup>41</sup> And finally the third hypothetical will present a fact pattern that will be constructed in close relation to the newly occurring San Bernardino shooting in California.<sup>42</sup>

For our first analysis, the facts of the *U.S. v. Cromitie* case can be cited as follows:

---

39 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 71 S. Ct. 857, 95 L. Ed. 1137 (1951)

40 *U.S. v. Rahman*, 189 F.3d 88 (1999)

41 “Three Teams of Coordinated Attackers Carried Out Assault on Paris, Officials Say; Hollande Blames ISIS” (<http://www.nytimes.com/2015/11/15/world/europe/paris-terrorist-attacks.html>)

42 “Female San Bernardino Shooter Pledged Support to ISIS, Sources Say” (<http://abcnews.go.com/US/female-san-bernardino-shooter-pledged-support-isis-sources/story?id=35579983>)



“Hussain and Cromitie had first met at the Masjid al-Ikhlâs Mosque... Cromitie told Hussain that he wanted to go back to Afghanistan because of all the “brothers killed in Pakistan and Afghanistan.”... He continued: “Look brother, I might have done a lot of sin but to die like a (shahid martyr), I will go to paradise.... I want to do something to America.” ...According to Hussain, Cromitie expressed hatred toward Jews and Americans... Cromitie stated he watched too many Muslims dying and said that he wanted to shoot President Bush seven hundred times... (At another) meeting, Hussain told Cromitie that he was a member of an Islamic terrorist organization in Pakistan called Jaish-e-Mohammed (JeM). Cromitie immediately said that he wanted to join JeM... Cromitie responded that he had “no problem with Jihad” and “would be interested in joining.”... the FBI did not check to see if Cromitie really had traveled to Afghanistan... (The defendant) showed no compunction placing bombs in the synagogue: “I want to walk in the place... boom, boom, boom... and then I go outside, so that’s all I want to do.” He immediately began to take concrete steps to accomplish this goal... With Hussain, Cromitie brought defendant David Williams to Shipp Street, and the three men went out on a drive to look at potential targets... Cromitie (also) began recruiting participants to serve as lookouts”<sup>43</sup>

The important aspect of this case is, for a long time Cromitie has expressed his hatred towards the United States. One shall remember that the seditious conspiracy statute proscribes “speech” as an element of crime only when it constitutes an agreement to use force against the United States.<sup>44</sup> The statute doesn’t intend to punish expression of views that may be perceived as unfavorable to the US Government. Upon his plan to “bomb a synagogue”, when Cromitie’s words of hatred transform into actual agreements to use force then they become punishable. In addition, the willingness to join a terrorist organization like Jaish-e-Mohammed which

---

<sup>43</sup> U.S. v. Cromitie, 781 F. Supp. 2d 211, 215-20 (S.D.N.Y. 2011) aff’d, 727 F.3d 194 (2d Cir. 2013)

<sup>44</sup> U.S. v. Rahman, 189 F.3d 88 (1999)

is well-known with its violent terrorism acts should indicate Cromitie's conspiracy to levy war against United States. However, Cromitie can't be prosecuted as a lone terrorist under the seditious conspiracy statute. There has to be two or more persons for the purposes of the conspiracy. Setting informant Hussain aside, when Cromitie takes David Williams to Shipp Street to look for targets this requirement should be fulfilled. Even if Cromitie supposedly got to contact terrorists abroad and his co-conspirators were unknown to the prosecution, this wouldn't preclude a conspiracy conviction.<sup>45</sup> Cromitie's expression of hatred evolves and gets into the territory of "seditious conspiracy" when he agrees with co-conspirators to use force. Remembering that no overt acts are needed for seditious conspiracy prosecution, some of Cromitie's acts would provide an explanation for his conspiracy to levy war against United States.<sup>46</sup> One last aspect of Cromitie's fact pattern is that he never travels to Afghanistan to join the terrorist organization of JeM. In *U.S. v. Khan* "Although Khan (and his co-conspirators) never succeeded in reaching Afghanistan and therefore never actually contributed his services to the Taliban", he was convicted under seditious conspiracy.<sup>47</sup> Therefore, even if Cromitie never joins the organization of JeM in Afghanistan, just like *Khan* he should be convicted under his conspiracy to levy war against United States.

For our second hypothetical in this chapter, we shall refer to the preparatory incidents amounting to the tragic Paris attacks in November 2015. The facts of our hypothetical will be based on the New York Times report regarding the prime suspect Abaaoud and his preparation for the organized terrorist attack in Paris. The point of this hypothetical is to reveal the capabilities of the "seditious conspiracy" statute, presuming those countries have had such legislation.

---

45 *U.S. v. Sanchez-Garcia*, 461 F3d 939 (2006); *see also* *U.S. v. Price*, 258 F3d 539 (2001)

46 *Anderson v. U.S.*, 273 F. 20 (1921): "Inasmuch as overt acts are not elements of the offense... we may look to them as explanatory of the charge against the defendants"

47 *U.S. v. Khan*, 309 F.Supp.2d 789 (2004): "Although Khan never succeeded in reaching Afghanistan and therefore never actually contributed his services to the Taliban... he took concrete steps with co-conspirators to pursue that goal. This evidence establishes... that Khan is guilty of (the count of seditious conspiracy)"

“On March 23, 2013, in a phone call intercepted by the authorities, Mr. Abaaoud tells a friend in Belgium that he is leaving for “The Camp,” according to court records. His brother, Yassine, tells Belgian security officials that Mr. Abaaoud had said he was going to Syria “to do jihad.” Between late 2013 and early 2014, Mr. Abaaoud joins a brigade in Aleppo that later pledged allegiance to the Islamic State. He then joins the Katibat al-Battar, an elite squad of French-speaking fighters... Later on, police search Mr. Abaaoud’s abandoned home in Brussels and find items... praising the Islamic State on his door and a drawing of the group’s flag on the wall... In a passport control in Cologne, an alert flashes up because he is on a watch list, but he is allowed to fly after claiming he is visiting family On February 2015, Mr. Abaaoud goes back to Syria and appears in the Islamic State’s online magazine, claiming he plotted terrorist attacks under the noses of the European authorities... And on November 13, 2015, three groups of assailants kill 130 people in a series of attacks in Paris that the authorities say was organized by Mr. Abaaoud”<sup>48</sup>

Since 2013, Abaaoud was always involved in the jihadi movement and acted as the emerging leader of levying war against Western civilization similar to *Rahman*.<sup>49</sup> In his remarks in magazines and his joining of “elite squad of French-speaking fighters” he has long been contemplating on using force against France. When Abaaoud’s house gets searched and there are “inscriptions praising the Islamic State”, this should suffice for a conviction under seditious conspiracy. Clearly, ISIS’ strategy is to encourage using deadly force against the “West” based on levying war against so-called “infidel countries”. When such relationship with a terrorist organization gets established, prosecutors should be able to act under seditious

---

48 “How the Organizer of the Paris Attacks Slipped Through Authorities’ Hands”, New York Times, 11.30.2015 ([http://www.nytimes.com/interactive/2015/11/30/world/europe/paris-attacks-organizer-evaded-authorities.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/interactive/2015/11/30/world/europe/paris-attacks-organizer-evaded-authorities.html?_r=0))

49 U.S. v. Rahman, 189 F3d 88 (1999): “Abdel Rahman was in constant contact with other members of the conspiracy, that he was looked to as a leader, and that he accepted that role and encouraged his coconspirators to engage in violent acts against the United States”

conspiracy. This rationale may be considered similar to the approach of “material support” cases. Having established such a relationship, Abaaoud’s constant contact with co-conspirators should fulfill the two person criteria and his preparatory actions in Belgium and France should meet the jurisdiction criteria of seditious conspiracy.<sup>50</sup> Remembering that Abaaoud was stopped in Cologne border and let go, if after the home search Abaaoud was tagged with an arrest warrant pursuant to seditious conspiracy to levy war, maybe this attack could have been prevented. Abaaoud should not be able to invoke freedom of religious and political expression when it is clear that he pledges allegiance to a violent terrorist organization.<sup>51</sup>

For our final analysis, we will create a hypothetical based on the recent shooting in San Bernardino. In addition to the press reports, we will presume that there has been a contact with terrorists, constructing a fact pattern applicable to the purpose of our analysis.

“Ms. Malik lived in Pakistan to go to college, graduating in 2012. During her college years Ms. Malik had published an article on the Iraqi War, blaming United States for all the evil in Middle East and the US Government should be overthrown. Thereby, Pakistani officials considered the area the Ms. Malik studied, a center of support for extremist jihadist groups, including Lashkar-e-Taiba... Mr. Farook was a United States citizen, born in Illinois, The two met in Pakistan and moved to California... In the last ten years they have never traveled outside of the States. Following the Paris attacks the couple watched an extensive amount of ISIS propaganda through the internet and eventually, Mr. Farook exchanged messages with a cell leader in Pakistan. After believing in their cause they distributed pamphlets in their mosque indicating that the United States government is torturing jihadists in Guantanamo and every Muslim should de-

---

50 Presuming that these countries have seditious conspiracy legislation; see Zabel 50: “a seditious conspiracy prosecution could not be brought against conspirators who have not yet taken any action within the U.S. jurisdiction”

51 U.S. v. Rahman, 189 F.3d 88 (1999): It remains fundamental that... states (may) outlaw encouragement, inducement, or conspiracy to take violent action”

clare an all-out war on United States. In the meantime, Ms. Malik using an alias on social media, pledged her allegiance to Baghdadi, the leader of ISIS, in the days before the massacre. Consequently, Ms. Malik and Mr. Farook conducted the shooting of 14 civilians in San Bernardino”<sup>52</sup>

Malik and Farook process the conspiracy and conduct the terrorist act itself in United States. Thereby, there should be no debate regarding the “two person” or the “jurisdiction” requirement of seditious conspiracy. In addition, even if we presume that Mr. Farook acted on his own, he contacts an overseas terrorist. And as noted above, even though his co-conspirator cannot be identified and indicted, he can alone be indicted under seditious conspiracy. Nevertheless, until the Paris attacks happen and they are exposed to extremist propaganda, there is no room for a seditious conspiracy conviction. Even though Malik’s article portrays United States as evil and defends that the US government should be overthrown, pursuant to *U.S. v. Rahman* these remarks are protected under the first amendment.<sup>53</sup> On the other hand, pledging allegiance to a terrorist leader and distributing pamphlets inciting violence will be prosecutable under seditious conspiracy regardless of its form of expression.<sup>54</sup> In sum, these people never left US and became radicalized in their homes conspiring to a cause of a terrorist organization, levying war against their own government. In 21<sup>st</sup> century, seditious conspiracy will be able to intervene in the preparatory steps of such radicalization and act before conspiracy “ripens into a violent situation”.<sup>55</sup> Pursuant to this new trend, governments should respond accordingly.

---

52 This hypothetical has been extended with fictional facts in addition to the latest press reports of New York Times and ABC News on December 5, 2015 (<http://www.nytimes.com/2015/12/05/us/tashfeen-malik-islamic-state.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&clickSource=story-heading&module=a-lede-package-region&region=top-news&WT.nav=top-news>; and <http://abc-news.go.com/US/female-san-bernardino-shooter-pledged-support-isis-sources/story?id=35579983>)

53 *U.S. v. Rahman*, 189 F3d 88 (1999): “the state may not criminalize the expression of views—even including the view that violent overthrow of the government is desirable”

54 *United States v. Lebron*, 222 F2d 531 (1955)

55 *U.S. v. Rodriguez*, 803 F2d 318 (1986)

## C) European Court of Human Rights' Approach to Preventive Measures Similar to Seditious Conspiracy

Pursuant to the need of preventive measures against contemporary trends of terrorist attacks, we have talked about the capabilities of seditious conspiracy as a remedy in United States. Nevertheless, terrorism is not a domestic issue. Since 9/11, Europe has also been the target of extremists and attacks like Paris seem to call for new measures. The preventive detention regime foreseen by the European Court of Human Rights (ECHR) gives an incentive to European Governments to intervene in the preparatory steps of a violent crime before that crime occurs. One can recall that seditious conspiracy has the same objective of prevention as a national security measure.<sup>56</sup> Under this chapter we will first get to see the European Court's approach to preventive measures through its extensive case law. Through several cases, we will point out the requirements foreseen for a lawful preventive detention. Finally we will get to evaluate ECHR's preventive detention comparatively with the seditious conspiracy regime of United States.

### 1) Requirements for Preventive Measures under European Convention on Human Rights Article 5/1(c)

The Convention's Article 5 (Right to Liberty and Security) specifically establishes the requirements for a government to lawfully deprive persons of their liberties. The preventive measure foreseen by Article 5 can be found under paragraph 1(c):

“No one shall be deprived of his liberty save in the following cases 1(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or **when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence...**”

---

<sup>56</sup> Zabel 48: “The seditious conspiracy statute is an important weapon for prosecutors to use in prosecuting preparatory terrorist conduct, rather than merely punishing terrorist acts after the fact”

The highlighted clause provides an initiative to act before an offence is committed. As noted above, this rationale is on the same line with the seditious conspiracy statute of the United States. However, even though the clause seems to provide an effective opportunity to intervene in the preparatory steps of a terrorist act, European Court of Human Rights regulates 5/1(c) pursuant to its case law upholding fundamental rights and freedoms of the society. In that sense, there are various limits to preventive detention under the European Convention. Thereby, we will get to see that most requirements are comparatively relatable to the regime of United States' seditious conspiracy. There are two major requirements established by ECHR with regards to preventive deprivation of liberty. There has to be (1) a concrete and specific act to be prevented and (2) a reasonably considered necessity in preventing that act. Following ECHR case law, we shall examine both the requirements and continue to make a comparative analysis with regards to seditious conspiracy.

With regards to the first requirement of "concrete and specific offense", the European Court of Human Rights has established certain guidelines. In various judgments, the Court has held that 5/1(c) affords the States nothing but a preventive measure that can only be used in relation to preventing a concrete offense. In *Al Husin v. Bosnia Herzegovina*, this approach can be seen as follows:

"The Court reiterates... that sub-paragraph (c) does not permit a policy of general prevention directed against a person or a category of persons who are perceived by the authorities, rightly or wrongly, as being dangerous or having propensity to unlawful acts. It does no more than afford the... States a means of preventing offences which are concrete and specific..."<sup>57</sup>

This means that if a government detains and prosecutes a person because of a sheer possibility to commit dangerous unlawful acts in the future, it is not protected by the Court's jurisprudence. The Court underlines

---

<sup>57</sup> ECHR, *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina*, App. no. 3727/08, Judgment of 7.2.2012, para. 65.

that the Court doesn't afford the governments an incentive to intervene based on a "general prevention policy". On the other hand, if the government finds out a specific terrorism plan that is likely to be put into effect in the future, then an intervention will be protected under the Convention's 5/1(c). For example, if a terrorist is apprehended through a communication intercept with a terrorist cell and plans of bombing a monument of a country, this should clearly suffice for a concrete and specific offense to be prevented. To make it clear, the Court's concern in requiring a concrete and specific offense is affording the States an unlimited prosecution tool. In limiting the extent of 5/1(c), the goal of ECHR as underlined in *Al Husin*, is to protect the people that can be perceived by the authorities generally "dangerous" because of their political opinion. In an ECHR case regarding Russia, the Russian authorities have apprehended a human rights activist because his name activated a "dangerous person" alert on a government surveillance database.

"The only reason for the registration of his name in that database of 'potential extremists' was that he was a human rights activist... The Court reiterates in this connection that Article 5 § 1 (c) does not permit a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who are perceived by the authorities, rightly or wrongly, as being dangerous or having propensity to unlawful acts"<sup>58</sup>

A similar approach has been adopted by the US Courts in dealing with seditious conspiracy prosecutions. Even though the seditious conspiracy statute affords the US Government an incentive to prevent acts of terrorism, it does not permit a "policy of general prevention against persons that are perceived as dangerous" because of their political opinion. This has been reiterated in *U.S. v. Rahman* that "the state may not criminalize the expression of views—even including the view that violent overthrow of the government is desirable."<sup>59</sup> As specifically stipulated by the statute it-

58 ECHR, *Shimovolos v. Russia*, App. no. 30194/09, Judgment of 21.6.2011, para. 54.

59 *U.S. v. Rahman*, 189 F3d 88 (1999)



self, there has to be a conspiracy to use force or levy war against United States. As in *Lebron*, unfavorable political opinions do not trigger a seditious conspiracy prosecution, but conspiring to overthrow the government by force of arms and violence does.<sup>60</sup>

In relation to preventive measures, the second major requirement foreseen by the European Court of Human Rights is the “reasonable necessity to prevent the offence”. This requirement is mostly related with the merits of the case and the evidence justifying the intervention by the state. In a case regarding Germany, ECHR decides on German authorities’ prevention of a hooligan brawl after a football fan gets deprived of his liberty due to conspiring to constitute that brawl.<sup>61</sup> The Court holds that the means to prevention was necessary when law enforcement found out that Ostendorf and his friends brought “mouth protection device and several pairs of gloves filled with quartz sand.”<sup>62</sup> After the gathered intelligence and such affirmative evidence, the circumstances should have led the authorities to believe that a hooligan brawl was bound to happen in the near future. In another case concerning Germany, this time a group of protestors get preventively detained because the government contemplated that the protestors were holding banners of “free all prisoners” near a prison and they were literally going to use force and liberate the prisoners. The Court held that the preventive measure taken by the German authorities could not be reasonably considered necessary:

“It is... uncontested that the applicants had not themselves carried any instruments which could have served to liberate prisoners violently. In these circumstances, the Court is not convinced that their continuing detention could reasonably be considered necessary... it would, in any event, have been sufficient to seize the banners... to prevent them from inciting others – through negligence – to liberate prisoners”<sup>63</sup>

---

60 United States v. Lebron, 222 F.2d 531 (1955)

61 *Ostendorf v. Germany*, App. no. 15598/08, Judgment of 7.3.2013

62 Id. para. 10.

63 *Schwabe and M.G. v. Germany*, App. nos. 8080/08 and 8577/08, Judgment of 1.12.2011, para. 78

As can be seen in its judgments, the European Court strictly limits governments in using preventive measures excessively for the sake of public security. Similar to seditious conspiracy, overt acts are not specifically required, nevertheless there has to be comprehensive evidence with regards to the perceived violent act that is conspired by the defendant. One shall remember that the US Courts also do not necessarily require an overt act for the purposes of an effective prevention in seditious conspiracy.<sup>64</sup> The hardship of regulating preventive measures is the same for ECHR and the US Courts. Because of the abstract content of “conspiracy”, freedom of expression and political thought has got to be upheld. On the other hand, contemporary terrorism calls for preventive measures and conspiracies of violent acts and levying war have to be prosecuted. Consequently, a delicate balance should be struck and conspiracies of terrorism shouldn't come out as the winner.

---

<sup>64</sup> Cohan, 211: “The philosophy behind allowing the charge of seditious conspiracy absent an overt act is that the state should not be powerless to prevent crimes that are still in their formative stages”

## MODERN TOPLUM YAPILANMASINDA POLİS VE TOPLUM İKİLEMİ

Irmak ERDOĞAN\*

### ÖZET

Bu yazının amacı polis-toplum arasındaki yabancılaşmanın nedenlerini ortaya koymaktır. Bunu yapabilmek adına, öncelikle polis teşkilatının oluşum ve yönetim süreci tarihsel bağlamı içerisinde ele alınacak, ardından bu yabancılaşmaya ilişkin kırılmalar yaratan polis örgütlenmeleri incelenecektir. Son olarak tüm bireylere içkin ve temel bir özgürlük olduğu kabul edilen örgütlenme özgürlüğü, bu kez polis açısından tartışmaya açılacaktır.

Anahtar kelimeler: **Polis, teşkilat, toplum, polis sendikaları, yabancılaşma**

### SUMMARY

The scope of this article is to provide the reasons for alienation between police and society. For this purpose, primarily formation and administration of police will be discussed within the frame of historical context and then the police unions that ease the sense of alienation will be examined. Finally right to unionise which is a fundamental and implicit right for everyone will be brought up for discussion from the perspective of police unionism.

Keywords: **Police, organisation, society, police unions, alienation**

### I- Giriş

Gündelik hayatta devletin en çok karşılaşılan temsilcisi; turnikeler, mobese kameraları ve kamu daireleri sayılmazsa, kuşkusuz ki polislerdir.

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi

Mahalle bekçiliğinden bu yana suların hızla aktığı ve evrildiği modern dünyada, kurumsallaşmış, merkezileşmiş ve otoritenin bir uzvu olarak imgeleşmiş polis, adeta yukarıdan herkesi gören bir göz olarak karşımıza çıkmaktadır. Üniformasının olmadığı zamanlarda, mahallenin komşusu olan, silahsız ama sadece düdüğüyle düzeni sağlayan bekçilerden, bugünün düzen koruyucu polis teşkilatına geçiş aşaması, aslında unutmaya yüz tutacak kadar eskilere uzanmamaktadır. Ancak bugün polis ve toplum ikiliği üzerinden bir tarih okuması yapmaya fazlaca zaman ve yer ayrılmayarak, söz konusu düalizm değişmez, değişmesi hayal dahi edilemez bir halde kaderine bırakılmaktadır.

Oysa polis-toplum ilişkisinin perdesi kaldırılarak, bu “ikili” arasındaki yabancılaşmanın nedenlerini ortaya koyulmalıdır. Bu amaçla öncelikle polis teşkilatının oluşum ve yönetim süreci tarihsel bağlamında ele alınacak, ardından polis ve toplum kavramları, örgütlenme özgürlüğü üzerinden değerlendirilecektir.

## **II- Modern Polisliğe Doğru**

### **A- Gecelerin Gözü: Bekçiler**

Bekçiler, Osmanlı Devleti'nin en eski dönemlerinden 20. yüzyıla kadar varlığını sürdüren, ancak devletin değil mahallenin birer parçası olarak kabul edilen koruyucu unsurlardır. Özellikle geceleri mahallenin güvenliğinden sorumlu tutulan bekçiler, daha çok mahallenin “huzursuzları” sarhoşlar, evden kaçan çocuklar, hırsızlar ile ilgilenmiş; yeri geldiğinde yangın sırasında tüm mahalle sakinlerini uyarmış, bayramlarda davul çalmış, devletten hiçbir maaş almayarak mahalle sakinlerinden topladıkları bahşişlerle yaşamışlardır<sup>1</sup>. Dolayısıyla bekçiler öncelikle mahallelilere, ikincil olarak II. Mahmut zamanında çıkartılan 1864 tarihli Velayet Nizamnamesi ile muhtarlar karşı<sup>2</sup> sorumlu tutulmuşlardır.

1 **Lévy**, Noémi, “Yakından Korunan Düzen: Abdülhamid Devrinden II. Meşrutiyet Dönemine Bekçi Örneği”, Osmanlı'da Asayiş, Suç ve Ceza (18.-20. yy.), Tarih Vakfı, İstanbul 2008, s.138

2 **Şeker**, Güven/ **Baytun**, Uğur, “Geçmişten Günümüze Kent Güvenliğinde Mahalle Ölçekli Güvenlik Uygulamaları: Çarşı Mahalle Bekçiliği”, Tarihte Polis Teşkilatı Sempozyumu, Polis Akademisi Yayınları, Ağustos 2013, Ankara, s.329.

Mahallenin bizzat içinden kabul edilen bekçilerin, mahalle sakinlerini bu kadar yakından tanımaları bir süre sonra devlet tarafından değerlendirilmek istenmiş, 1896'da ilan edilen talimatname ile bekçiler istihbarat mekanizmasına katılmaya çalışılmıştır<sup>3</sup>. Bekçilerin hesap vermesi gerekenlerin mahalleliler olmadığının altını çizmek adına, gelirlerini doğrudan mahalleden karşılamalarına son verilmek istenmiştir. Hatta bekçilerin görevlerine son verilip mahalleliler tarafından bekçilere verilen paraların vergiye çevrilerek, devlet kasasına aktarılması ve bu görevin daha cüzi maaşlarla çalışacak kolluğa teslim edilmesi 1900lerin başında gündeme gelmiştir.

Bu tartışmaların ardından 12 Mayıs 1914'te bekçiler polis memurlarına denk düşen önleyici ve adli görevlerle donatılmış<sup>4</sup>, artık İstanbul'da polis müdürü ve velayetlerde en büyük mülki amirin tasdikiyle atanmaya başlanarak çalıştıkları yere göre değişen oranlarda merkezi bir ücretlendirmeye tabi tutulmuşlardır<sup>5</sup>. Böylece "mahallenin gediklisi" olmaktan çıkarılan bu eski kurumda, artık bekçilerin sorumluluk duyması gereken halk değil, hiyerarşinin üst mertebeleri haline getirilmiş, silahlandırılan bekçilerin halkla teması giderek azalmıştır. Bunun sonucu olarak mahalle ve idare arasındaki ilişki içerisinde, aslında kendisini mahalleli olarak gören bekçi; artık Abdülhamid'in istihbarat görevlisi olarak kamu düzeni koruma mekanizmasına eklenmiştir.

## B- Diğer Gözcüler

Osmanlı Devleti döneminde elbette asayiş sadece bekçilerin omuzlarına yüklenmiş bir görev değildir. Eski Türk Devletlerine benzer şekilde emniyet yapılanması da askeri teşkilat bünyesi içerisinde yer almış, askeri amirler aynı zamanda iç güvenlik açısından görevlendirilmiştir. Taşrada eyalet başlarındaki beylerbeyi, sancaklarda sancak beyi emri altındaki askerler iç güvenlik hizmetlerini yürütürken, İstanbul'un güvenliğinden ise yeniçeriler

3 **Çebitürk**, Hakan, "Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Polis Mevzuatı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mayıs 2009, Sakarya, s.14.

4 **Lévy**, s.143.

5 **Şeker/Baytun**, s.329.

sorumlu tutulmuştur<sup>6</sup>. Cebeciler, bostancılar, topçular gibi güvenlik sağlamadan sorumlu alt grupların yanı sıra kılık kıyafet değiştirerek berber ve kahvehaneleri gezen çuhadarlar ve suçluları araştırmak ve yakalamakla görevli -adı başlı başına bir araştırma konusu olabilecek- “böcekbaşı” isimli memurlar bulunmaktadır<sup>7</sup>.

Polisin askerden özerkleşmesi çabasına ise ancak Tanzimat döneminde girilmiştir. Ancak bu dönemde önemli adımlar atılmakla birlikte taşrada iç güvenliğin sağlanmasında mahalli güç odakları daha etkin olmuş ve merkezi denetim tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir. 1845 yılında yayınlanan “Polis Nizamnamesi”nin ardından bugünkü polis yapılanması ile birebir örtüşmemekle birlikte ilk defa “polis” adını taşıyan bir teşkilat kurulmuştur<sup>8</sup>.

Tanzimat döneminde yalnızca iç güvenlik yapılanması değil toplumsal değişim de ivme kazanmış, bu durum kendini kentin yapılaşmasında da göstermiştir. Artık her sınıftan kişinin ortaklaştığı küçük semtler, yerlerini servete bağlı olarak farklı yaşam tarzları sürenlerin farklı mekanlarda yaşamaya başladığı yapılanmalara bırakmıştır. Mahalleler varlıklarını ancak 20. yüzyıl başına kadar korumuş, Birinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen toplumsal çözümler sonucunda “mahalle” kavramı yerini “kenar mahallere”<sup>9</sup>, dağınık polis teşkilatlanması ise yerini merkezi hiyerarşiye bırakmıştır.

### C- Modern Devlet ve Polis

Türkiye’deki modern polis teşkilatlanmasını takip etmek açısından rejim değişiklikleriyle paralellik kurmak gereklidir. Yine Abdülhamid devrinden

6 **Bilgiç**, Veysel/ **Karakaya**, Muhittin. “Türk Polis Teşkilatının Tarihi Gelişimi”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:4, Sayı: 1-2, 2002, s.173.

7 **Çuhali**, Mustafa, “Türk Polis Tarihi”, Türkiye’de Devlet, Toplum ve Polis (Edit. **Çevik**, Hasan Hüseyin/**Göksu**, Turkut), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2002, s.21.

8 **Özcelik**, Mücahit, “Mütareke Dönemi Türk Polis Teşkilatındaki Düzenlemeler”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:14, Sayı: 3,2012, s.87.

9 **Şeker**, Güven, “Polisin Kent Güvenlik Uygulaması Ve Yönetim Modeli”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, İzmir, S.228.

devam edildiğinde, 24 Temmuz 1908’de II. Meşrutiyetin ilanı ile İstanbul, Selanik gibi büyük kentlerin sokakları Fransız devriminin ünlü Marseillaise marşını söyleyenlerden, at üzerinde kendi bekçiliğini kutlayan sivillere, büyük bir coşkuyla dolup taşmıştır. İktidar mücadelesi sırasında “meşrutiyet aşıklarını” kontrol altına almadaki payı büyük olan polis teşkilatının, devlet mekanizmasındaki önemini fazlasıyla fark eden İttihat ve Terakki Cemiyeti, ilk hamle olarak, padişah tarafından atanan polis şeflerine karşı kitlesel gösteriler organize etmiştir<sup>10</sup>.

Polis kurumun daha da profesyonelleştirilip, bu amaçla Emniyet Genel Müdürlüğü’nün, 31 Mart Vakası olarak bilinen ve yeni rejime karşı en büyük meydan okumalardan biri olan ayaklanmalardan hemen sonra kurulması tesadüf değildir. 13 Nisan 1909’da başlayan ayaklanmanın ardından, Ağustos 1909’da çıkarılan “İstanbul Vilayeti ve Emniyeti Umumiye Müdüriyeti Teşkilatına Dair Kanun” ile Dâhiliye Nezaretine bağlanmış bir “Emniyeti Umumiye Müdüriyeti” ve “İstanbul Vilayeti Polis Müdürlüğü” kurulmuş<sup>11</sup> ve polisin günümüzdeki yapısı, söz konusu Emniyet Müdürlüğü düzeyinde örgütlenmeyle ortaya çıkmıştır.

İdarenin kamu düzenini nasıl algıladığı elbette polis teşkilatlanmasında da yansımaları bulacaktır. 1909 yılındaki “Serseri ve Mazenney Su’Eşhas Hakkında Kanun” egemen sınıfların tedirginliklerini birebir yansıtmakta, polisi işsizlerle, yani devlet ekonomisine katkıda bulunmayanlarla mücadeleye davet etmektedir. Bu kanunda kişiler çalışma ile olan ilişkilerine göre sınıflara ayrılmış, örneğin “ikinci sınıf serseri grubu” geçici süreyle işsiz kalanlar olup daha az tehlikeli bulunurken, esas itibarıyla üçüncü sınıfla, yani bizzat çalışmaya karşı çıkan “fıtratlen serseri” olanlarla mücadele edilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>12</sup>. Bu sayede genel bir “serseri” tanımıyla alt sınıfların gündelik yaşamının denetlenmesi, işçi sınıfının ve çalışma hayatının yasalar ve yönetmeliklerle baskı altına alınması sağlanmak istenmiştir. Polisin görevi ise dönemin “kamu düzeni” anlayışını tesis etmek olarak tanımlanmıştır.

10 Ergut, Ferdan, Modern Devlet ve Polis, İletişim Yayınları, 1. Baskı,2004 İstanbul, s.192.

11 Özçelik, s.88.

12 Ergut, s.236.

İttihat ve Terakki Cemiyeti rejimi 1908'den iktidarının sonuna kadar yerli bir burjuvazinin oluşturulmasını teşvik ederek, bürokratik teşkilatını bu doğrultuda hizmet edecek şekilde düzenlemiş, Milli Mücadele sonrası kurulan bu mekanizmalar yeni rejime devredilmiştir.

Cumhuriyet rejimin tesisi aşamasında, doğudaki Kürt ayaklanmalarını bastırmak üzere 1925'te gündeme gelen Tahrir'i Sükun Kanunu, polise "serserilerle mücadele"nin yanı sıra kamu düzenini bozacak en ufak harekete, örneğin "kahvehane köşelerinde siyaset yapan sokak yaygaracıları"na karşı müdahale etme görevi vermiştir. Devlete karşı faaliyete kayıtsızlık gösteren polis memurları için ise ağır yaptırımlar öngörülmüştür<sup>13</sup>.

Cumhuriyet döneminde diğer önemli gelişme ise polis eğitim kurumlarının artırılması ve polisin iç hizmet eğitimi almasının öneminin anlaşılmasıdır. 1909 yılından devredilen İstanbul Polis Okuluna, Cumhuriyetin ilk yıllarında Sivas ve Konya'da, 1926 yılında Trabzon'daki polis okulları eklenmiştir<sup>14</sup>. Bu konuda 1937 yılında çıkarılmış Emniyet Teşkilat Kanunu ilgi çekicidir. Kanununun 26. maddesinde "altıncı ve daha yukarıdaki meslek derecelerindeki memurların (emniyet amirleri, komiser yardımcısı, komiser ve baş komiserlerin) hukuk veya siyasal bilgiler mezunu olmaları" şartı aranmaktadır<sup>15</sup>.

1950'de iktidara gelen ve bunu izleyen on yıllık süreç içerisinde iktidarda kalan Demokrat Parti döneminde de çoğu dönemde olduğu gibi polislere iktidarı pekiştirmek amacıyla yaklaşılmış, her türlü uç siyasi görüşe karşı önlem alınacağı vurgulansa da uluslararası gelişmelerin Türkiye'ye yansmasıyla asıl hedef sol akımlar olmuştur. Nitekim Menderes'in hükümet programını okurken "İrkçılığı biz solculuk gibi mutlaka mücadele edilip sökülüp atılması gereken bir mesele olarak görüyor değiliz. Nihayet ırkçılık bir mesele, bir fikrin, hissin dalaleti olabilir. Fakat solculuk böyle değildir." diyerek polis teşkilatından kimlerle mücadele için yararlanılacağına dair ip uçlarını vermiştir<sup>16</sup>.

13 Ergut,s.326.

14 Köksal, Ülkü, "II. Meşrutiyet Dönemi'nde ve Cumhuriyet'in İlk Yıllarında Trabzon Polis Mektebi", Karadeniz İncelemeleri Dergisi, 2015; Cilt:10, Sayı:19, s.155.

15 3201 s. Kanun, R.G Tarih : 12/6/1937.

16 Dikici, Ali, "Demokrat Parti Döneminde İç Güvenlik ve Türk Polis Teşkilatı", Akademik Bakış, Xilt:3, Sayı:5, 2009,S.76



1960 sonrası artık sanayileşmenin etkisiyle şehirlere göç etmiş ve grev hakkını elde etmiş yeni bir işçi sınıfı ve yoksullar ordusu oluşmuştur. Kapitalizmin yarattığı hoşnutsuzluk ve işçi muhalefetinin potansiyel tehlikesi karşısında, iktidar mekanizmaları tarafından, “sınıfsız bir millet” söylemine 1960-1980 arasında bir de İslam sentezi eklenmiş; her türlü hak arama, bir nevi kutsallık haresiyle kuşatılmış hükümete; hatta din ve devlete karşı gelme olarak algılanmıştır. Bu dönemde polis alımında muhafazakar ve aşırı milliyetçi kadrolar tercih edilmiş, artık polis yerine asayiş “ordusu” tabiri kullanılmaya başlanmıştır. Başka bir deyişle, halkın bir bölümü “iç düşman” ilan edilerek asayiş ordusunun açtığı savaş meşrulaştırılmıştır<sup>17</sup>.

İlerleyen bölümlerde tartışılacak polis ve toplum arasındaki mesafe; geçmişten bugüne uzanan, muhalif mücadeleleri suçlu kılmaya yönelik uygulamalar düşünüldüğünde bütünlüklü bir anlam kazanacaktır.

### III. Polis ve Toplum

Polis ve toplum ifadesi aslında söylem düzeyinde dahi düalist olup, polisin toplum dışında bir unsur olduğunu varsaymaktadır. Bu anlayış yukarıda açıklandığı üzere uzun bir süreç içerisinde, polisin toplumdan kopararak, hükümetin uzantısı olarak görülmesi sonucunda yerleşmiş bir anlayıştır.

Tarih boyunca tüm hükümetler açısından devamlılık arz eden politikaların, polisliğin meslek kodlarını ve alt kültürünü de derinden etkilemesi kaçınılmazdır. Aşağıda öncelikle polislik mesleği incelenerek, polis alt kültürüne değinilecektir.

#### A. Polis Alt Kültürü

Kültür bir toplumda nesilden nesile aktarılıp o toplumu diğer toplumlardan farklı kılan değer, norm, inanç ve anlam biçimleri üzerinden tanımlanırken<sup>18</sup>, alt kültür ise genel kültürel normlara uyum göstermekle birlikte,

17 **Berksoy**, Biriz, “Devlet Stratejilerin Bir Tezahürü Olarak Polis Alt-Kültürü: 1960 Sonrası Türkiye’de Polis Teşkilatında Hakim Olan Söylemlere Dair Bir Değerlendirme”, *Toplum ve Bilim*, 109, s.104 vd.

18 **Tekiner**, Mehmet Ali, “Türk Polis Teşkilatında Kurumsal Kültür ve Alt-Kültürler Üzerine Bir Araştırma”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana,2009 s,5,6

etnik, dinsel, cinsel kimlik ve ortak değerler çerçevesinde kendilerine özgü davranış kalıpları geliştiren grupları tanımlamak için kullanılan bir terimdir<sup>19</sup>. Alt-kültür, grup kültürünün baskın ve egemen kültürden farklılaşmasını ifade eder. Özellikle iş bölümünün aşırı belirgin olduğu toplumlarda mesleki alt kültürlerin oluşması kaçınılmazdır<sup>20</sup>.

Meslek gruplarının büyük bir bölümü aidiyet ve özdeşleşme duygularını paylaşır. Aynı işi yapan kimseler arasında mesleğin getirdiği normlar, değerler ve davranış modelleri kuşkusuz ortak bir etkileşim yaratacaktır. Bu noktada polis rolünün gerekleri ve polisten beklenenler, polisin bakış açısını şekillendirir.

Polisin çalıştığı ortamdaki tehlike faktörü, durum ve kişilere “şüpheli” bir yaklaşımı tetikler. Herhangi bir düzensizlik, diğer mesleklerden kimse- nin gözüne çarpmayacak “alışılmışın” dışındaki tepkiler, polisin gözünde potansiyel bir tehdit olarak algılanır. Bu durum polis açısından toplumu potansiyel bir tehlike kaynağı olarak görme, “biz ve onlar” ayrımı içerisinde düşünme sonucu yaratabilmektedir<sup>21</sup>.

Bunun yanı sıra otorite faktörü de önemli bir etkidir. Nitekim polislik mesleğinin bir bakıma amacı da doğrudan içerisinde bulunduğu hiyerarşik örgütlenmenin aracı da otoritedir. Hiyerarşik yapı içerisinde, amir ve emir üzerinden işleyen süreç meslek açısından o kadar önemlidir ki bu konuda sorgulayan, eleştirel bir yapıda kişiler, meslek içerisinde ödüllendirilmekten çok potansiyel bir tehlike olarak görülmektedir. Bu durum Türkiye’ye özgü değildir. Tersine en çarpıcı örneklerden biri Amerika’da gerçekleşmiştir. Amerika’da polis teşkilatına alınacak kişilere uygulanan Wonderlic Personel Testi adlı algılama hızına ilişkin yapılan testte çok yüksek puan alan bir kişinin, yüksek puan alması nedeniyle mesleğe kabul edilmediği

19 **Tanrıkulu**, Murat, “Türkiye Coğrafyasında Genel Kültür, Alt Kültür ve Mozaik Kültür”, TÜCAUM VIII. Sempozyumu Bildiriler Kitabı s.476.

20 **Sokullu Akıncı**, Füsün, Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul 1990, s.62 vd.

21 Toplumdan kendilerini soyutlayarak “onlar” algısı ile yaklaşma eğilimi, elbette polisin masa başı işlerde veya sokakta çalışması gibi etkenlere göre de şekillenmektedir, **Herbert**, Steve, “Police Subculture Reconsidered”, American Society of Criminology, Cilt:36, Sayı:2, 1998, s.243, 244.

örnekte<sup>22</sup>, bu duruma gerekçe olarak söz konusu testte yüksek puan alan kişilerin meslekte hiyerarşiyi fazla sorgulayıcı olmaları ve mesleklerini icra ederken memnuniyetsiz olmaları gösterilmiş; Yerel Mahkeme ve Federal Mahkemeye taşınan olayda bu karar “mantıklı ve makul bir gerekçeye” dayandığı belirtilerek yerinde bulunmuştur<sup>23</sup>.

Alt kültürü oluşturan bu unsurların hepsi, neoliberalizmin her mesleğe dayattığı gibi polisliğe de nüfuz eden etkinlik ve verim kriteri ile yoğrulmaktadır. Polisten sürekli etkin olması, performans kriterlerini ve öngörülen kotaları karşılayacak kadar trafik cezası kesmesi, yakalama-gözaltı işlemlerini gerçekleştirmesi, suçüstü anında etkili müdahale etmesi beklenmektedir. Tüm bu kriterler meslekte ilerleme için ön koşul teşkil edecektir. Terfi ve rütbe, meslekteki hiyerarşide en altta bulunmanın zorlukları düşüldüğünde oldukça önemlidir. Nitekim polis adaylarının demokrasi kavramına ilişkin algılarını inceleyen bir araştırmada “*derece, kıdem ve rütbe arttıkça herkes demokrasiyi ele geçirir. Daba alt rütbe de olan biri daba çok ezilir. Rütbe arttıkça büyük işleri yapmaya başlar. Bu sefer o ezmeye başlar.*”<sup>24</sup> şeklinde açıklama yapan polis memuru, mesleki gerçekliğin demokratik değil, oldukça sert ve hiyerarşik olduğunu özetlemektedir. Gerçekten de tek tip giyinen polis, sadece rütbeleriyle, birey olarak var olmaktan çok, sembol ve işaretlerle tanımlanmakta, kendisini bu tanımlar üzerinden gerçekleştirmektedir.

Çoğu meslekte görüldüğü gibi “meslek içinde olanın meslek içinde kalması”, başka bir ifadeyle özellikle aynı derecedeki polisler arasında dayanışmanın güçlülüğü, ihlallerin açığa çıkmasını engellerken, ihlalin getirdiği sır duygusu alt kültüre de işlemektedir. Bu durum polisi meslek içine hapsedmekte, izolasyon duygusunu pekiştirebilmektedir<sup>25</sup>. Söz konusu izolasyon, taraf tutmak ile suçlanma gibi korkulardan kaynaklandığı gibi, çalışma

22 **Uldriks**, Niels, Police Reform and Human Rights, Intersentia Yayınevi, Antwerpen, 2005, s.44.

23 Jordan v. City of New London, 3:97CV1012 (1999), <http://www.sio.org/tip/backissues/tipjan00/21Demonte.aspx>, Erişim Tarihi:27.11.2016.

24 **Yüce**, Sibel Güzel/ **Demir**, Özden, “Polis Adaylarının Demokrasi Kavramına İlişkin Algılarının Metaforlar Aracılığıyla İncelenmesi”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:13 (2), s. 158.

25 **Sokullu**, s. 78.

saatlerinin diğer meslek gruplarından farklılaşması gibi fiziksel koşullardan da kaynaklanır.

Polis alt kültürü, her ne kadar polisin toplumsal olaylara bakışını etkilese de bu kültürün oluşumu, toplumun demokrasiye bakışı, idarenin politikaları ve polis teşkilatının iktidar tarafından algılanış şekline bağımsız düşünülemez. Tüm bu etkilere rağmen polisin salt bir teşkilatın uzantısı olarak kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Meslek içi kural, uygulama ve beklentiler baskı yaratsa da polisin kendi kimlik, aidiyet ve sınıfsal konumu dolayısıyla birey olarak var olduğu ve her halukarda aktif bir özne olarak kabul edilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır<sup>26</sup>. Polisi salt aldığı emri uygulayan, homojen bir bütün olarak algılamak yerine, sınıfsal ve sosyal çelişkileriyle var olan bireyler topluluğu olarak görmek, polisin insan haklarını tartışabilmek, bu haklar üzerinden polisi toplumun içinde düşünebilmek gerekir.

## B. Polisin Örgütlenme Özgürlüğü

Polisin özlük hakları, gerek özlük haklarıyla yakından ilgilenen sendikal hareketler, gerekse yürütme organları tarafından en fazla göz ardı edilen konulardan birini oluşturmaktadır. Polisin, sadece devlet mekanizmasının bir aygıtı olarak mekanik bir şekilde değerlendirilmesi, onun siyasal ve ideolojik ilişkiler içindeki yerinin tartışmaya açılmasını engellemektedir. Gerçekten de polis temelde üretim ilişkilerinin hızla devam etmesini sağlamak için toplumsal hayatın düzenlilik içinde tutulmasına hizmet etmekte, böylelikle kendisinin fazla bir pay alamadığı mülkiyet ilişkilerini korumaktadır. Kimi zaman grevlere müdahale etmesi, kimi zaman siyasal muhalefeti daha sokağa inmeden engellemesi istenerek, aslında gittikçe eşitsizliğe gömülen toplumda, kanun önünde eşitlik kisvesinin ardında yatan eşitsizlik tartışmaya kapatılmaktadır<sup>27</sup>.

Diğer yandan, polis az bir ücretle ve ezici koşullar altında çalışmaktadır. Meslek hayatı ile ilgili çelişkilere karşı sesini yükseltmesi ise açıkça yasak-

26 **Marks**, Monique, "Police Unions and Their Influence: Subculture or Counterculture?", Police Occupational Culture: New Debates and Directions, Volume 8, 2007, 229-251.

27 **Reiner**, Robert, "Polis, Sınıf ve Siyasa", Birikim Dergisi, 46.

lanmıştır. Nitekim bu duruma karşı polisler tarafından özlük haklarını korumak amacıyla kurulmuş Emniyet-Sen, Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda<sup>28</sup> 15. maddede “emniyet hizmetleri sınıfına” yönelik düzenlenen sendikaya üye olma yasağına takılmıştır. Söz konusu yasağı Anayasa Mahkemesine taşıyan Emniyet-Sen üyeleri ise baskı ve dava tehditleri ile karşılaşmakta, şehir merkezine kilometrelerce uzağa sürgüne gönderilmekte<sup>29</sup>, polis hiyerarşisi içerisinde “işe yaramaz” sıfatıyla damgalanmak üzere “boş depo korumak” gibi işlere mahkum edilmekte veya meslekten ihraç edilmektedir<sup>30</sup>.

Emniyet hizmetleri sınıfı açısından kanunda öngörülen yasağın hukuki boyutu oldukça tartışmalıdır. Hukuki bir gerekçeden çok idari bir gerekçe olarak yürütmenin yumruğu denebilecek bir kurumda örgütlenmenin, sorgusuz itaat zincirini sekteye uğratacağı ileri sürülmektedir. Dahası polisin kendi taleplerini dile getirirken, diğer hak taleplerine de duyarsız kalamayacağından korku duyulduğunu söylemek mümkündür.

Söz konusu yasağı hukuki gerekçe olarak uluslararası sözleşmelerin sunulduğu görülmektedir. Bu gerekçelere kısaca değinilecek olursa, dernek hakkı kapsamında sendika hakkını da düzenleyen Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (“MSHS”) 21. maddesinde sendika özgürlüğü korunmuş ve bu özgürlüğün sınırlandırma rejimi de düzenlenmiştir. İlgili maddede “bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin koruması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda *gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz*” denilmiştir. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensuplarına yönelik sınırlandırmalar yapılabileceğini belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Dernek Kurma ve Toplantı özgürlüğü” başlıklı maddesinde de herkesin sendika kurma hakkı bulunduğu hatırlatılarak

28 4688 s. Kanun, R.G. Tarih : 12/7/2001.

29 “Emniyet-sen Kurucusunu Hurdalığa Atadılar”, <http://www.memurlarahaber.com/yazdir/haber/emniyet-sen-kurucusunu-hurdaliga-ataadilar-3351.htm>

30 “Emniyet-Sen Kurucularının Meslekten İhracını Kınıyoruz!”, <http://www.kesk.org.tr/content/emniyet-sen-kurucular%C4%B1n%C4%B1n-meslekten-ihrac%C4%B1n%C4%B1-k%C4%B1n%C4%B1yoruz>

MSSH'sye paralel bir şekilde<sup>31</sup> bu hakkın ancak sınırlı sayıda nedenle ve yasa eliyle sınırlanabileceği düzenlenmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sendika özgürlüğünü güvence altına alan 87 No'lu Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 9. maddesi ve 151 no'lu Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşme'nin ilk maddesi “öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir.” demektedir. Dolayısıyla ilgili Sözleşmeler silahlı kuvvetler mensupları ve polislere sendika hakkının tanınmayacağını değil örgütlenme hakkının “ne ölçüde kullanılacağı”nın ulusal mevzuatta belirleneceğini söylemektedir<sup>32</sup>. Başka bir deyişle, sözleşmelerin lafzı Emniyet mensupları için sendikal hakların tamamen ortadan kaldırılmasını mümkün kılmamaktadır.

Bu sözleşmelerde ilgili hükümlerin, devletlere silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı tarafından örgütlenme hakkının kullanılması ile ilgili takdir yetkisi tanınması söz konusu olmakla birlikte, ilgili hükümlerin sendika özgürlüğünün *istisnalarını* düzenleyen hükümler olduğu; ancak ve ancak demokratik toplumda zorunluluk halinde uygulanması gerektiği; hakkın özüne dokunacak şekilde *mutlak bir yasaklamayı* değil maddelerin lafzından da anlaşıldığı üzere *sınırlamayı* öngördükleri göz ardı edilmektedir<sup>33</sup>. Nitekim Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, emniyet personeli açısından bir kısıtlama değil tamamen bir yasaklama getirmiştir.

İlgili yasağın kaldırılması amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucunda Mahkeme tarafından verilen ihlal olmadığı yönündeki ka-

31 **Arıcan**, Mehmet, “Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 5, Sayı: 19, 2009, s.56,57.

32 **Uçkan Hekimler**, Banu, “Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma ve Toplum, Sayı:47, 2015, s.19.

33 **Gülmez**, Mesut, “Emniyet-Sen,Hukuksal Dayanağı Ulusalüstü Sözleşmeler Olan Bir Sendikadır”, Nisan 2014, <http://emniyetsen.org.tr/emniyet-sen-hukuksal-dayanagi-ulusalustu-sozlesmeler-olan-bir-sendikadir-ii/>

rarda<sup>34</sup> karşı görüşe ilişkin açıklamalar incelendiğinde, benzer bir şekilde sendika kurma hakkının sınırlandırılması bakımından Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine sadık kalınması gerektiği, Uluslararası sözleşmelerin yalnızca sınırlama öngördüğü, sendika özgürlüğünün özüne dokunularak tamamen ortadan kaldırılmasının ise ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıklanmıştır. Ayrıca *“polis sendikası kurulmasının, asayiş hizmetlerinin sağlanmasında, suçun önlenmesinde ve kolluk görevlerinin yerine getirilmesinde kendiliğinden bir zafiyete yol açacağı varsayımının, günlük hayatın gerçeklikleriyle doğrulanmadığı”* ifade edilerek, demokratik ülkelerde kurulan polis sendikalarının hiç bir sakınca yaratmadığı, tersine sendika kurulmasına izin verilmesi halinde, ağır şartlar altında görev yapan, çoğu kez karşılaştığı sorunlar karşısında yalnız başına bırakıldığı duygusuna kapılan emniyet mensuplarının, daha adil, tarafsız, kamu hizmeti esaslarına bağlı görev yapması yönünde olumlu etki yaratacağı ifade edilmiştir.

Bahsedilen karşı oy görüşünün azınlıkta kalmasının, aslında polis teşkilatına ilişkin demokratikleşmenin getireceği kaygıdan kaynaklandığı açıktır. Nitekim çoğunluk kararının gerekçesinde bu durum, *“disiplin ve hiyerarşinin korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurma hakkını...sınırlandırmanın meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.”* şeklinde açıklanmıştır.

Kuşkusuz geçmişte polis örgütlenmelerinin fazla güçlenerek politik bağlamda söz sahibi olması böyle bir kaygı yaratmıştır. Polislerin tarafsız olması gerektiğinin her seferinde altı çizilirken verilen örnek hep aynıdır: 1980 darbesinden önce tüm ülkenin kutuplaştığı bir dönemde bu kutuplaşmanın yansıması olarak özlük haklarını Pol-Der çatısı altında arayan polisler ve Pol-Der'in ardından kurulan Pol-Bir derneği *olmaması gereken* örnekler olarak gösterilerek<sup>35</sup> bugün dahi polis örgütlenmeleri bu iki dernek

34 Anayasa Mahkemesi, 29.01.2014, E. 2013/130 , K. 2014/18.

35 Türkiye Büyük Millet Meclisi Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, Cilt:2,Dönem:24, Yasama Yılı:3, Kasım 2012, s.760.

hatırlatılarak engellenmek istenmektedir. Sosyal güvenlik hakları, çalışma ve yaşam koşulları üzerinde duran toplumsal hareketler dahi polisin özlük haklarını savunmak amaçlı örgütlenmesi ile ilgili kapsayıcı bir söylemi yerince geliştirmemiştir.

Oysa polislerin geçmişteki örgütlenmeleri bugünün ihtiyaçlarının önünü kesmek için kullanılamaz. Bunun yanı sıra polis-toplum ilişkisine dair bir tarih okuması yapmak için tarihteki polis örgütlenmeleri önem taşımaktadır. Bu nedenle aşağıda “doğrudan olumsuzlayarak” tarihe terk etmeksizin, geçmişe ışık tutması açısından Pol-Der örneği incelenecektir.

### **C- Polis-Toplum İkilemine Dair Bir Parantez: Pol-Der Örneği**

Pol-Der sadece birkaç polisin bir anda toplanarak kurduğu bir dernek değildir. Mesleki koşulların ve bu koşulları daha da zorlayan çevresel faktörlerin ardından ortaya çıkan bir meslek örgütüdür. Yükselen siyasi gerilimler ve art arda düşen hükümetler elbette her türü çalışma ilişkisini etkilemiş; polis personelinin sağlıksız çalışma ortamı, sürekli görev başında olmalarını gerektiren koşullar ve kısıtlı ücretlerin başlattığı hoşnutsuzluk karşısında polis teşkilatı yöneticilerinin tepkisiz kalması, polislerin kendi hak ve menfaatlerini savunacak bir meslek örgütü kurmasını gündeme getirmiştir. Bu amaçlarla kurulan Pol-Der, 1970 yılında kurulmuş Polis Derneği'nin, 17 Mayıs 1975'te yeni bir yönetim tarafından devralınması ile faaliyete geçmiştir<sup>36</sup>.

1960lara kadar devam eden Demokrat Partinin eski kadroları devre dışı bırakma politikası polis örgütlenmesi içerisinde etkisini sürdürürken, 1960 darbesi ve darbe sonrası 1970 sıkıyönetiminin söz konusu olduğu yıllarda, “iç düşman” söylemi güçlü bir silah olarak kullanılmış, teşkilatlanma yapısı bu söylem üzerine oturtulmaya çalışılmıştır. Milliyetçi Cephe Hükümeti döneminin daha en başında, polisliğe dair yasal çerçeve yönetmelikler aracılığıyla değiştirilmeye başlanmıştır. Emniyet Teşkilatında Bir Memuriyete İlk

<sup>36</sup> **Şimşek**, Savaş, “Örgütsel Çatışma Aracı Olarak Pol-Der Gazetesi”, İlef Dergisi, 2015, Cilt:2, Sonbahar Sayısı,s.139,140.



Defa Atanacaklar için Zorunlu Yeterlilik ve Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik 1975 yılında değiştirilerek askerlik yapmış olma şartı kaldırılmış<sup>37</sup>, hemen ardından askerlik yapmamış ve polis eğitimi görmemiş İmam Hatip Okulu öğrencilerinin polis memuru olabilmelerine ilişkin dilekçelerin bin beş yüz adedi bizzat İçişleri Bakanlığı tarafından Emniyet Genel Müdürlüğüne havale edilmiştir<sup>38</sup>. Bu noktada polis dernekleri, dilekçesi kabul edilen kişilerin polislik eğitimi görmemiş, tamamen meslek dışından kişiler olmasını şiddetle eleştirmiştir.

Nitekim polis teşkilatına yapılan müdahalelerden duyulan endişe, “taraf- lı bir endişe” değil, tarafsızlığın açıkça bozulmasına ilişkindir. Bu noktada polis teşkilatına ilişkin sorunları gündeme getiren Pol-Der bildirisinde *“bazı meslek dışından kişiliklerin emniyet müdürü olarak atanmalarına yardımcı olunması teşkilatın giderek siyasal bir ortama itileceği yolundaki kuşkuları kuvvetlendirmektedir. Bütün bunlara rağmen, polis örgütünün Anayasa ve yasalar doğrultusunda kendilerine verilen görevleri tarafsız olarak yapacağına kimsenin şüphesi olmamalıdır.”*<sup>39</sup> denilerek polisi siya- sallaştırılmasına karşı Anayasa ve kanunların her şeyin üstünde olduğunun altı çizilmiştir.

Polis alımları ile ilgili Yönetmeliğin Danıştay’a taşınarak iptal edilmesi Pol-Der’in müracaatı ile gerçekleşmiştir. Dernek, daha sonraki tarihlerde 12 saat kimi zaman ise 24 saat görev başında olan, beden ölçülerine bakıl- maksızın verilmiş eğreti konfeksiyon kıyafetlerle iş başı yapan polisler için özlük hakları değişiklik tasarısını partilere sunmuştur. Dernek ayrıca teşki- latta işkenceyi sonlandırmak için<sup>40</sup> bilinçlendirme yazıları yazmış, broşürler hazırlamış ve bu tür suçları ifşa etme gibi önemli girişimlerde bulunmuştur.

Pol-Der örneğinde dikkat çekici olan günümüzde polis sendikalarına yöneltilen “sadece kendi özlük haklarına yoğunlaşma”, “diğer toplumsal

37 **Genç Yılmaz**, Ayfer, “I. Milliyetçi Cephe Hükümeti: Siyasal Şiddet ve Devlet”, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Eylül 2015,s.235,236.

38 **Şimşek**, s.142,143.

39 **Öner**, Sıtkı, Halkın Polisi Pol-Der Anıları, 1. Baskı, İletişim Yayınları,İstanbul, 2003 s. 36.

40 **Doğan**, Hülya, Şiddeti Görüntür ve Meşru Kılan Görsel Kültürün Antropolojisi (Arka Sokaklar Dizisi Örneği), Hacettepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, Ankara,s.48,49.

hareketlerden koparak polis alt kültürünü sürekli yeniden üretme”, “bürokratikleşme”<sup>41</sup> gibi eleştirilerden uzak bir şekilde, polisin topluma ilişkisi, Türkiye’nin demokratikleşmesi gibi konuların dernek tarafından ele alınmış olunmasıdır. Özellikle köyden şehre doğru hızla gerçekleşen göç ve işsizlik arttıkça, gittikçe kalabalıklaşan gecekondu mahallelerinde ve sıkıyönetimin baskısına karşı radikalleşen gençlik hareketlerinde, gelişen söylem derneğin kullanıldığı dil üzerinde de etkili oluşturmuştur<sup>42</sup>.

Pol-Der 1980 darbesine giden dönemde, yıllardır süregelen polisi izole etme, polisi halkın karşısında bir güç aygıtı olarak tanımlama politikalarının yarattığı etkiyi silmeye çalışarak, polisin halkın polisi olduğu üzerinde durmuştur. Bu noktada Pol-Der gazetesinde yer alan yazı, belki polis teşkilatlanma tarihinin en çarpıcı manifestolarından biridir:

*“Bir grev, boykot veya gecekondu sözü geçince akla hemen polis gelir olmuştur... Oysa çoğunluğu yaşam ve geçim sıkıntısı içinde olan polisin, kardeşleri olan öğrencilerimize ve gecekondu komşusu olan işçilerimize, yasa dışı davranışlarını düşünmek bile olanaksızdır. Bir tek şeyin bilinmesinde hem de tüm politikacılarca bilinmesinde yarar vardır. Polis toplumun karşısında gösterilmekten artık boşlanmıyor. Politikacıların ve onların sırt dayadıkları bazı çevrelerin polisi değil, balkın polisi olmak istiyor.”*<sup>43</sup>

Pol-Der hep yalnızca “uzak durulması” gereken “tarafı”, “kamplaştırıcı” bir örnek olarak ileri sürülmüştür. Ancak her türlü eleştiri bir yana bırakıldığında derneğin üzerinde durduğu teşkilatın bağımsızlığı, özlük haklarının iyileştirilmesi, halkın polisi olgusu bugün de üzerinde durulması gereken konulardır.

41 **Marks**, Monique / **Fleming**, Jenny, “The Right to Unionise, the right to bargain and the Right to Democratic Policing, The American Academy of Political and Social Science, Cilt: 605, Sayı: 1, 2006 [http://www.icpra.org/sites/default/files/Documents/Library/Police%20Unions%20and%20their%20Influence/4Right\\_to\\_Democratic\\_Policing\\_Marks\\_Flemming.pdf](http://www.icpra.org/sites/default/files/Documents/Library/Police%20Unions%20and%20their%20Influence/4Right_to_Democratic_Policing_Marks_Flemming.pdf), s.2,3.

42 **Öner**, s.34.

43 **Öner**, s.62.

## D- Uluslararası Polis Sendikaları Örnekleri

Türkiye'dekine benzer bir şekilde uluslararası kamuoyunda da işçi hak ve mücadelelerinin meşruiyeti kabul edilirken, polis sendikaları şüpheye karşılanmıştır, polisin özlük hakları, bir vatandaşlık hakkı olarak benimsenememiştir. Tüm ülkelerde “mesleğinin gereği” sınırlı haklara sahip polislerin, daha fazlası için mücadele etmesi yeterince destek bulamamış, bu durum başlangıçta polis sendikacılığı hareketinin yalnızlaşması ve içe kapanmasına yola açmıştır.

Kendi özlük haklarından yola çıkan sendikalar, “fazla meslek odaklı” olmakla, mesleğin hiyerarşik yapısı gereği zaten asla demokratik olamayacak olmakla itham edilmişlerdir. Tüm bu eleştirilere cevaben örnek sendikalardan biri, Güney Afrika'da kurulan POPCRU sendikası olmuştur. Apartheid rejimi sırasında gittikçe saldırganlaşan polis rejimine karşı, bir grup siyahi polis tarafından kurulan sendika, kurulduğu rejimin politik ve sosyal koşullarına rağmen ya da belki tam da bu koşullar sebebiyle demokratik polisliğin öncüsü olmuştur. Sendika üyeleri, polis örgütü içerisinde hiyerarşiyi ortadan kaldırma, kadın polislerin üst makamlarda yer alması gibi özlük haklarını ilgilendiren konularla ilgilenmeye devam etmiştir<sup>44</sup>. Sendika, ceza adaleti, demokrasi, yolsuzlukla mücadele adına her türlü sivil toplum örgütü ile ortak hareket etmiştir<sup>45</sup>.

Bunun yanı sıra Avrupa Polis Konfederasyonu, Avrupa'nın her yerinden 27 polis sendikasını bünyesinde birleştirerek büyük güç kazanmış, 2004'ten beri Avrupa Konseyi toplantılarının bir parçası olarak yer edinmiştir<sup>46</sup>. Avrupa'nın yanı sıra Avusturalya'da da özellikle 1930larda yükselen işçi hareketi ile birlikte keskinleşen polis grev ve protestoları polisin yaşam koşulları ve özlük haklarını oldukça ileri düzeye taşımış; hatta polislerin sendikaya katılma oranı işçileri, doktorları ve akademisyenleri açık bir farkla

<sup>44</sup> Marks/Fleming, s. 3.

<sup>45</sup> POPCRU sendikasının kurulduğu yıl Afrika'da beyazlar tarafından tamamen zıt görüşlere sahip South African Police Union-SAPU- Sendikasının kurulması ilgi çekicidir, **Albrecht**, James F. / **Das**, Dilip K., *Effective Crime Reduction Strategies: International Perspectives*, CRC Press, Şubat 2011, s.505-507.

<sup>46</sup> **Arıcan**, s.61.

geride bırakmıştır<sup>47</sup>. Police Association Victoria gibi sendikalar özlük hakları için mücadele ederken kimi zaman politik düzlemde de kendilerini belli etmiş, diğer sendikalarla iş birliği içinde hareket etmelerinin sonucu olarak polis mesleği içinde hapsolmadan geniş bir işçi hareketinin parçası olarak yerlerini bulmuşlardır. Avrupa, Avusturalya, Asya ve Afrika'da kurulan polis sendikalarının bu kadar kalabalık ve güçlü olmasının nedenleri arasında, polis alt kültürünün etkilerini göstermek de mümkündür.

Polislik mesleğinin dayanışma ve mesleği fazlaca sahiplenme kültürünün, bir bakıma polis sendikasını da aynı şekilde benimseme ile sonuçlandığı iddia edilebilir. Bunun yanı sıra polis teşkilatlanmasının devlet tekelinde çıkarılıp özelleştirmeye başlanması ve gittikçe şirketleşen bir teşkilat anlayışının polisler üzerine yansımaları, belki de yankılarını sendikaların daha da kalabalıklaşmasıyla bulacaktır<sup>48</sup>.

#### IV. SONUÇ

Polis Teşkilatının kuruluş belgesi sayılan 18 Nisan 1945 tarihli Polis Nizamında<sup>49</sup> dahi polise verilen görevlerin, gündelik hayatta topluma rahatsızlık veren basit suçlara müdahaleden ibaret olmadığını göstermektedir. Tarih boyunca “işini ve gücünü bırakarak salt kulların işlerini durdurmak amacı taşıyan işçilerin ve işçiye benzer kişilerin dernek ve kalabalıklarını ve kamu düzenini bozacak her türü fitne ve fesat dernekleri ortadan kaldırıp yok etme görevi”nin polisin omzuna yüklendiği görülmektedir. Ekonomik olarak kendisine en yakın sınıfa karşı bir yapılanmanın içerisinde olan ve buna karşın sermayeden hiçbir ayrıcalıklı pay edinmeyen polislerin çelişkili konumu bugüne dek süregelmiştir.

Günümüzde polis alt kültürü, özellikle Türkiye’de süreklileşmiş ve içselleştirilmiş hegemonik söylemlerden bağımsız olamaz. Polis toplumdan

47 **Finnane**, Mark, “Police Unions in Australia: A History of the Present”, History of Crime, Policing and Punishment Conference, Canberra, Aralık 1999, s.2,3.

48 **Marks**, Monique, s.236.

49 **Gülmez**, Mesut, “Polis Örgütünün İlk Kuruluş Belgesi ve Kaynağı”, Amme İdaresi Dergisi, 16/4, Aralık 1983.

uzakta konumlandırılmakla birlikte, aslında iç çelişkilerini dışa vurabileceği ortaklıklar yaratabilirse, polis-toplum ayrımını yenebilecek potansiyeli de bünyesinde barındırmaktadır. Bu anlamda, örgütlenme özgürlüğü yalnız polisin özlük haklarının değil, adil ve eşit bir toplum için sürdürülen tüm arayışların birbirine eklenmesi için önem taşımaktadır. Elbette toplumda daha geniş değişim ve dönüşümler yaşanmadıkça, polis teşkilatında da kökten bir değişim olmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Ancak tarih pek çok değişim ve dönüşümü bünyesinde barındırdığı gibi daha nicelerini kucaklamaya hazırdır.

### **KAYNAKÇA**

- Albrecht, J. / Das, D.K. (2011) *Effective Crime Reduction Strategies: International Perspectives*, CRC Press, s.505-507.
- Arıcan, M. (2009). “Güvenlik Güçlerinin Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü: Uluslararası Hukuk ve Ülkemizdeki Uygulama, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 5, Sayı: 19, s.56,57.
- Berksoy, B. (2009). “Devlet Stratejilerin Bir Tezahürü Olarak Polis Alt-Kültürü: 1960 Sonrası Türkiye’de Polis Teşkilatında Hakim Olan Söylemlere Dair Bir Değerlendirme”, *Toplum ve Bilim*, 109, s.104 vd.
- Bilgiç, V. / Karakaya, M. (2002). “Türk Polis Teşkilatının Tarihi Gelişimi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt:4, Sayı: 1-2, s.173.
- Çebitürk, H. (2009). “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Polis Mevzuatı”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, s.14.
- Çuhalı, M. (2002). “Türk Polis Tarihi”, *Türkiye’de Devlet, Toplum ve Polis* (Edit. Çevik, H. /Göksu, T.), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, s.21.
- Dikici, A. (2009). “Demokrat Parti Döneminde İç Güvenlik ve Türk Polis Teşkilatı”, *Akademik Bakış*, Xilt:3, Sayı:5, s.76.
- Doğan, H. (2012). “Şiddeti Görünür ve Meşru Kılan Görsel Kültürün Antropolojisi (Arka Sokaklar Dizisi Örneği)”, *Hacettepe Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara, s.48,49.
- Ergut, F. (2004). *Modern Devlet ve Polis*, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, s.192.
- Finnane, M. (1999). “Police Unions in Australia: A History of the Present”, *History of Crime, Policing and Punishment Conference*, Canberra, s.2,3.
- Gülmez, M. (2014). “*Emniyet-Sen, Hukuksal Dayanağı Ulusalüstü Sözleşmeler Olan Bir Sendikadır*”, <http://emniyetsen.org.tr/emniyet-sen-hukuksal-dayanagi-ulusalustu-sozlesmeler-olan-bir-sendikadir-ii/>.

- Gülmez, M. (1983). “Polis Örgütünün İlk Kuruluş Belgesi ve Kaynağı”, Amme İdaresi Dergisi, 16/4.
- Herbert, S. (1998). “Police Subculture Reconsidered”, American Society of Criminology, Cilt:36, Sayı:2, s.243, 244.
- Köksal, Ü. (2015). “II. Meşrutiyet Dönemi’nde ve Cumhuriyet’in İlk Yıllarında Trabzon Polis Mektebi”, Karadeniz İncelemeleri Dergisi, Cilt:10, Sayı:19, s.155.
- Lévy, N. (2008). “Yakından Korunan Düzen : Abdülhamid Devrinden II. Meşrutiyet Dönemine Bekçi Örneği”, Osmanlı’da Asayiş, Suç ve Ceza (18.-20. yy.), Tarih Vakfı, İstanbul, s.138
- Marks, M. (2007). “Police Unions and Their Influence: Subculture or Counterculture?”, Police Occupational Culture: New Debates and Directions, Volume 8, s. 229-251.
- Marks, M. / Fleming, J. (2006). “The Right to Unionise, the right to bargain and the Right to Democratic Policing, The American Academy of Political and Social Science, Cilt: 605, Sayı: 1, s.2,3.
- Öner, S.(2003). Halkın Polisi Pol-Der Anıları, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Özçelik, M. (2012). “Mütareke Dönemi Türk Polis Teşkilatındaki Düzenlemeler”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:14, Sayı: 3, s.87.
- Reiner, R. “Polis, Sınıf ve Siyasa”, Birikim Dergisi, 46.
- Sokullu Akıncı, F. (1990). Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul, s.62 vd.
- Şeker, G. / Baytun, U. (2013). “Geçmişten Günümüze Kent Güvenliğinde Mahalle Ölçekli Güvenlik Uygulamaları: Çarşı Mahalle Bekçiliği”, Polis Akademisi Yayınları, s.329.
- Şeker, G. (2009). “Polisin Kent Güvenlik Uygulaması ve Yönetim Modeli”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s.228.
- Tanrıkulu, M., “Türkiye Coğrafyasında Genel Kültür, Alt Kültür ve Mozaik Kültür”, TÜCAUM VIII. Sempozyumu Bildiriler Kitabı s.476.
- Uildriks, N. (2005). Police Reform and Human Rights, Intersentia Yayınevi, Antwerpen, s.44.
- Uçkan Hekimler, B. (2015). “Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi”, Çalışma ve Toplum, Sayı:47, s.19.
- Yüce, Güzel S. / Demir, Ö. “Polis Adaylarının Demokrasi Kavramına İlişkin Algılarının Metaforlar Aracılığıyla İncelenmesi”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt:13 (2), s. 158.

# ALKOLLÜ ARAÇ KULLANMAK SURETİYLE TRAFİK GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE SOKMA SUÇU BAKIMINDAN MUTLAK KARİNE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aras TÜRAY\*

## ÖZET

Çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla ilgili mahkemeler tarafından uygulanan mutlak karine sistemi incelenmiştir. Bu kapsamda mutlak karine sistemi, sistemin ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından sorunlu noktaları ve konuyla ilgili yargı içtihatları değerlendirilmiştir. Çalışmanın son bölümünde mutlak karine sistemine geçilmesinin sebeplerine ilişkin olası çözüm yolları önerilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Trafik Güvenliği, Sarhoş Halde Araç Kullanma, Alkollü Araç Kullanma, Tehlike Suçları, Mutlak Karine Sistemi, Masumiyet Karinesi, Korunan Hukuksal Değer

*(Analyze of the Absolute Presumption System on Endangering Traffic Safety Crime Committed by Driving Under the Influence of Alcohol)*

## Abstract

In this study absolute presumption system which is adopted by courts during the proceedings on the endangering traffic safety crime which is regulated by third paragraph of article 179 of Turkish Penal Code (Law no. 5237). Within this scope, absolute presumption system, problematic points of system on criminal and criminal procedure law and court decisions where this issue is treated are analyzed.

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

In the last part of the study, possible solutions depending on reasons of developing the absolute presumption system are suggested.

**Keywords:** Traffic Safety, Drunk Driving, Driving Under the Influence of Alcohol, Crimes Constituted by Endangerment of Legal Interests, Absolute Presumption System, Presumption of Innocence, Legal Interest

## **GİRİŞ**

Trafik, gündelik hayatın oldukça önemli parçasını oluşturan riskli bir alandır. Trafik kazaları nedeniyle meydana gelen tehlike ve zararlar, ceza hukukunun bu alanda rol oynamasını gerekli kılmaktadır. Trafik güvenliğine karşı işlenen suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179 ve 180'ince maddelerinden düzenlenmiştir.

Yargıtay 179'uncu maddenin 3'üncü fıkrasına ilişkin 2012'den itibaren verdiği kararlarda mutlak karine sistemini uygulamıştır. Buna göre 1,00 promil miktarın üzerinde alkollü sürücüler, eylemleri herhangi bir tehlike arz etmese dahi suçu işlemiş sayılmışlardır. Bu uygulamanın ceza hukukunun genel esasları ve ceza muhakemesi hukukuna hakim bazı prensipler açısından incelenmesi önem taşımaktadır.

### **I- Genel Olarak Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu**

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Genel Tehlike Yaratan Suçlar" başlıklı birinci bölümünde yer alan ("TCK") 179'uncu maddesinde<sup>1</sup> üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

1 **Türk Ceza Kanunu m. 179: (1)** Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

**(2)** Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.



Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu bakımından korunan hukuksal değer doktrinde tartışmalıdır. Ağırlıklı olarak suçla trafik güvenliğinin ve buna bağlı olarak kamu güvenliğinin korunmakta olduğunu kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Bir diğer görüşe göre suçla tali derecede trafik güvenliği ve bununla bağlantılı olarak kişilerin can ve mal güvenliği gibi öğeler korunmakta, esas korunan ise trafiğin sorunsuz işleyişine duyulan temel güvendir<sup>3</sup>. Kanaatimizce trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda temel olarak trafik güvenliği ve buna bağlı olarak kişilerin yaşamı, vücut bütünlüğü ve malvarlıkları korunmaktadır. Nitekim TCK m. 179/f. 1'e bakıldığında da trafik güvenliğinin korunması suretiyle başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından oluşacak tehlikelerin cezalandırılacağı öngörülmüştür<sup>4</sup>. Bu durum açık veya zımni olarak her üç fıkrada düzenlenmiş fiiller bakımından da geçerlidir. O halde trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla korunması amaçlanan hukuksal değer trafik güvenliği olduğu ve böylece kişiler bakımından meydana gelebilecek tehlikelerin önlenmesinin amaçlandığı kabul edilmelidir<sup>5</sup>.

TCK m. 179/f. 1 ve 2'de düzenlenen suçun faili herkes olabilecektir<sup>6</sup>. İkinci fıkrada failin aracı sevk ve idare eden kişi olması gerekse de, bu fail-

- 
- (3) Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
- 2 **CENTEL, Nur**; "Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m.179/3)", Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 158; **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 735; **ÖNOK, R. Murat**; "Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015, s. 161; **ÇINAR, Ali Rıza**; "Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 661; **YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 4, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 5519; **NARTER, Sami**; Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013, s. 247.
- 3 **KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel**; Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Ankara 2013, s. 71, 72.
- 4 **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 40. Belirtmek gerekir ki yazarlar suçla korunan hukuksal yararı "kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşımının başkalarının sağlığı veya malvarlığı bakımından güvenli olmasının sağlanmasına ilişkin kamusal yarar" olarak tanımlamışlardır.
- 5 **ÖNOK**; s. 162; **CENTEL**; s. 157; **APAYDIN, Cengiz**; Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları ve Trafik Ceza Hukuku, İstanbul 2015, s. 74.
- 6 **CENTEL**; s. 158; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Özel Hükümler, s. 40.

lik bakımından aranan bir özellik olmadığı için özgü bir suç söz konusu değildir<sup>7</sup>. Buna karşın üçüncü fıkrada düzenlenen suç, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde bulunan kişi işleyebilecektir<sup>8</sup>. Faillik bakımından aranan bu özellik nedeniyle üçüncü fıkrada düzenlenen suçun özgü bir suç olduğu kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Suçla korunan hukuksal değer trafik güvenliği ve buna bağlı olarak kişilerin yaşamı, vücut bütünlüğü ve malvarlığı olduğu yukarıda belirtilmişti. Bizim de katıldığımız görüşe göre suçun mağduru, suçla korunan hukuksal değer taşıyıcısıdır<sup>10</sup>. Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma

7 Aksi yönde görüş için bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 93. Yazara göre suçun failinin sadece aracı kullanan kişi olabileceği göz önünde bulundurulunca, söz konusu düzenlemede özgü bir suç düzenlenmiştir. Kanaatimizce failin aracı kullanan kişi olacağına belirtilmesi, faile ilişkin bir sıfat veya özellik değil, hareketin nitelendirilmesiyle ilgilidir. Örneğin TCK m. 141’de düzenlenen hırsızlık suçunda da malı “bulunduğu yerden alan kimse”den bahsedilmiştir. Ancak burada faile ilişkin bir özellik aranmamış, hareket unsuru tarif edilmiştir. TCK m. 179/f. 2’deki suç bakımından da benzer bir durumun söz konusu olduğunu düşünmekteyiz.

8 **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Özel Hükümler, s. 45.

9 **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 746; **CENTEL**; s. 158; **ÖNOK**; s.162; **ÇINAR**; s. 664; **APAYDIN**; s. 100. Doktrinde suç yalnızca aracı sevk ve idare eden kişinin işleyebileceğinden bahisle özgü suçun söz konusu olduğu da ileri sürülmüştür. Bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 147; **NARTER**; s. 257. Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında (bkz. dpt. 7) yazarla aynı sonuca farklı gerekçelerle ulaşmaktayız.

10 Aynı doğrultuda **TOROSLU, Nevzat**; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 175; **ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan**; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 173; **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 221; **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 233; **ZAFER, Hamide**; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 161; **DEMİRBAŞ, Timur**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 550; **ÜNVER, Yener**; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 141; **KATOĞLU, Tuğrul**; “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHF, Cilt: 61, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 661; **DEĞİRMENCİ, Olgun**; “Ceza Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı: 77, Yıl: 2008, s. 37. Belirtmek gerekir ki doktrindeki bir diğer görüş suçun mağdurunun, suçun maddi konusunun taşıyıcısı olduğu yönündedir. Bu görüşle ilgili bkz. **ÖZGENÇ, İzzet**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2016, s. 202; **ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 288; **HAKERİ, Hakan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 140; **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 110; **AKBULUT, Berrin**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 337. Kanaatimizce suçun maddi konusunun taşıyıcısı çoğu halde olsa dahi, her durumda suçun mağduru olmayacaktır. Örnek olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 79’da düzenlenen kendini askerliğe

suçu bakımından korunan hukuksal değerın kamusal niteliği gereği, bu suçun mağdurunun da toplum, yani kamu olduğu kabul edilmelidir<sup>11</sup>.

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçunu oluşturacak hareketin, trafik düzeni üzerinde gerçekteşmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak suçun maddi konusu trafik düzenidir<sup>12</sup>.

Suç teşkil eden fiiller her bir fıkrada farklıdır. Birinci fıkrada uyarınca trafiğin güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştiren, kullanılmaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldıracak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olmak suçtur. İkinci fıkrada düzenlenen suç, kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etmektir. Son olarak üçüncü fıkrada ise alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmaya rağmen araç kullanmak suç olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suçun ve Yargıtay'ın bu suçta yönelik yaklaşımının üzerinde durulması konumuz bakımından önemlidir. Zira Yargıtay tarafından uygulanan mutlak karine sistemi, TCK m. 179/f. 3'ün oluşup oluşmadığı ile ilgilidir. Buna karşın aşağıda da detaylı şekilde ele alacağımız mutlak karine, birinci ve ikinci fıkradaki suçlar bakımından uygulanmamaktadır.

---

yarayamayacak hale getirme suçı verilebilir. İlgili suçun temel şekli birinci fıkrada "Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yarayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır" şeklinde düzenlenmiştir. Burada suç oluşturan kendini sakatlama hareketi, failin vücut bütünlüğu üzerinde gerçekteştiği için suçun maddi konusu, failin vücududur. Halbuki suçun mağduru fail olamayacaktır. Ayrıca suçla korunan hukuksal değer de faile ait değildir. Dolayısıyla maddi konunun taşıyıcısı olan kişi her durumda suçun mağduru olmayacaktır. Bu nedenle suçun mağdurunun korunan hukuksal değerin taşıyıcısı olarak belirlenmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.

11 Benzer doğrultuda **ÖNOK**; s. 163; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 746; **CENTEL**; s. 158; **YAşAR/GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 5519.

12 **ÖNOK**; s. 163.

TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suç, sadece alkol alınmak suretiyle değil, aynı zamanda uyuşturucu madde alınması ya da sair başka sebeplerle güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilmesi suretiyle de işlenebilecektir. Hükümde geçen "başka bir nedenle" aşırı yaşlılık, uykusuzluk hali, görme ya da duyma engeli ile uzun süre araç kullanma gibi sebepler olabilecektir<sup>13</sup>. Suçun oluşumu için önemli olan emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olunmasına rağmen araç kullanılmasıdır. Ancak failin hangi sebeple emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hale geldiği suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Buna karşın aşağıda Yargıtay'ın alkol nedeniyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmaya rağmen araç kullanma eylemlerine ilişkin kararları ele alınacaktır.

## **II- Yargıtay'ın TCK m. 179/f. 3'e İlişkin Yaklaşımı**

Alkol alınarak güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilmesine rağmen araç sürülmesi suretiyle işlenen TCK m. 179/f. 3'teki suçla ilgili kararlar incelendiğinde, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarının zaman içerisinde değiştiği tespit edilebilecektir. Gerçekten de Yargıtay'ın 1,00 promil<sup>14</sup> sınırını mutlak şekilde aracı emniyetli biçimde sevk ve idare etme yeteneğini ortadan kaldıran bir sebep olarak benimsediği 2012 yılından itibaren kabul ettiği görüşle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılından itibaren 2012 yılına kadar kabul ettiği görüş farklılık arz etmektedir<sup>15</sup>.

13 Benzer doğrultuda **ÖNOK**; s. 173, 174; **CENTEL**; s. 159; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 749; **MALKOÇ, İsmail**; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 2940; **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 120; **APAYDIN**; s. 93; **Parlar, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer**; Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 3, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 2820.

14 Promil hesabında alkolün ağırlığı, kanın ise hacmi dikkate alınarak bir orantı kurulur. Alkol promilinin hesabı miligram alkol/mililitre kan formülü üzerinde gerçekleştirilmektedir. Örneğin 1,00 promil alkol miktarı, kişinin bir mililitre hacmindeki kanında, bir miligram alkol bulunduğu anlamına gelmektedir. Bkz. <http://www.trafik.gov.tr/Sayfalar/AlkolluAracKul.aspx> (son erişim 04/11/2016).

15 Bu noktada hemen ifade edelim ki, Yargıtay'ın ikinci dönem uygulamasıyla, suçun oluşumunda mutlak bir karineye dayanması ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmamaktadır. Bu görüşümüzü aşağıda detaylı şekilde açıklayacağız.

## A- Yargıtay'ın İlk Dönem Uygulaması

Yargıtay, TCK m. 179/f. 3 hükmüne ilişkin ilk dönem içtihatlarında failin, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle araç kullanmasının suçun oluşması için yeterli olmadığı, aynı zamanda failin aracı emniyetli biçimde sevk ve idare etme yeteneğinin ortadan kalktığıнын somut olayda tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir. O halde kişi alkollü şekilde araç kullanırsa dahi, eylemi trafik güvenliği bakımından bir ihlal teşkil etmiyorsa TCK m. 179/f. 3'ten dolayı cezalandırılmayacaktır<sup>16</sup>. Yargıtay bu görüş doğrultusunda 1,00 veya herhangi bir promil miktarını suçun oluşması ba-

16 Yargıtay'ın ilk dönemdeki yeknesak içtihadından birçok karara rastlamak mümkündür: "Alkol veya uyuşturucu maddenin kullanılması suçun oluşması için yeterli değildir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun saptanması zorunludur. Alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli şekilde araç kullanabildiği hallerde anılan suç oluşmaz" (bkz. YCGK, E.2007/2-262, K. 2007/263, Tarih: 04/12/2007); "Sanığın yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle TCY'nin 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY'nin 179. maddesinin 3. fıkrasında yaptırım altına alınan eylem, alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle 'emniyetli bir şekilde' araç kullanamayacak kişinin, bu halde araç kullanmasıdır. Bu suç kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmayıp, kişinin bu halde emniyetli şekilde araç kullanamayacağını bilerek araç kullanması gerekmektedir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun her somut olayda saptanması zorunludur. Alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli bir şekilde araç kullanabildiği hallerde bu suçun oluşması olanaksızdır" (bkz. YCGK, E. 2007/2-103, K. 2007/111, Tarih: 22/05/2007); "Sanığın yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle TCY'nin 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY'nin 179. Maddesinin 3. fıkrasında yaptırım altına alınan eylem, alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle "emniyetli bir şekilde" araç kullanamayacak kişinin, bu halde araç kullanmasıdır. Bu suç kasıtlı işlenebilecek bir suçtur. Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmayıp, kişinin bu halde emniyetli şekilde araç kullanamayacağını bilerek araç kullanması gerekmektedir. Kişinin emniyetli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğunun her somut olayda saptanması zorunludur. Alkol veya uyuşturucu madde kullanılmasına rağmen kişinin emniyetli bir şekilde araç kullanabildiği hallerde bu suçun oluşması olanaksızdır" (bkz. Yar. E. 2007/17346, K. 2007/16234, Tarih: 03/12/2007); "Olayda sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı konusunda tıbbi yönden uzman bilirkişiden rapor alınarak ayrıca 27.11.2005 tarihli tutanağı düzenleyen polis memurları E.Ö. , Ö.B ve M.U'nun ise sanığın emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olduğuna ilişkin dışa yansıyan herhangi bir davranışının olay anında bulunup bulunmadığı konusunda tanık olarak dinlendikten sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/10619, K. 2007/13928, Tarih: 30/10/2007). Benzer doğrultuda karar örnekleri daha da çoğaltılabilir: Yar. 2 CD., E. 2007/2649, K. 2007/6201, Tarih: 03/05/2007; Yar. 2. CD., E. 2006/10039, K. 2007/2519, Tarih: 21/02/2007; Yar. 2. CD., E. 2006/3428, K. 2006/14278, Tarih: 13/09/2006; Yar. 2. CD., E. 2006/7761, K. 2006/15117, Tarih: 25/09/2006.

kımından aşağı sınır olarak esas almamıştır<sup>17</sup>. Bu takdirde kişi sadece 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 48'de düzenlenen idari yaptırıma çarpırlabilir<sup>18</sup>.

17 Yargıtay burada 1,00 promil üzerinden de kesin bir ayırım yapmamıştır. Örneğin 0,57 promil alkollü olan sürücünün yargılandığı bir davada “57 promil alkollü sanığın yönetimindeki motosikletiyle seyir halindeyken önünde aynı istikamette gidenin sevk ve idaresindeki otomobili sağ tarafından geçmek istediği sırada motosikletin ön tekerlek kısmıyla otomobilin sağ çamurluk ve tekerleğine çarpıp düşmesi ve kendisinin yaralanması şeklinde gelişen eyleminde; sanığın aldığı alkolün etkisiyle güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve kazanın alkolün etkisiyle meydana geldiğine dair bir delil ve sanığın dışa yansıyan davranışları ile ilgili bir tespit bulunmadığı anlaşılmalıdır; sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir” (bkz. Yar. 12 CD., E. 2011/5216, K. 2011/2757, Tarih: 11/10/2011) şeklinde hüküm kurulmuştur. Benzer bir karar 2,05 promil alkollü olan bir sürücünün gerçekleştirdiği eylem bakımından, “Oluşa, dosya içindeki bilgi ve belgeler ile suç tutanağına göre, genel trafik kontrolü sırasında 205 promil alkollü olduğu saptanan sanığın, olay sırasında emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğuna ilişkin dışa yansıyan herhangi bir davranışının belirlenmemesi ve sanığın da sorgusunda alkollü şekilde araç kullanırken görevli trafik ekibi tarafından aracının durdurularak işlem yapıldığını savunması karşısında; belirlenen alkol oranının bilimsel verilere göre, güvenli bir şekilde araç kullanma yeteneğini kesin olarak ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusunda Adli Tıp Kurumu'ndan görüş alındıktan sonra, tüm kanıtların birlikte değerlendirilerek sanığın üzerine atılı suçun oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerekirken, eksik soruşturma sonucu ve ayrıca 5237 sayılı TCY'nin 179/3. maddesinde yazılı suçun “soyut tehlike” suçu olduğu, bu nedenle alkolün etkisiyle güvenli bir biçimde araç kullanamayacak durumda olan bir kimsenin, trafikte araç kullanması ile sırf hareket suçu olan bu suçun oluşacağı gözetilmeden sanığa atılı suçun somut tehlike suçu olduğu ve somut tehlikenin oluşmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde beraat karar verilmesi” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/17868, K. 2008/2857, Tarih: 19/02/2008) şeklinde hüküm kurularak verilmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay aynı yöndeki görüşü hem 1,00 promil miktarın altındaki hem de üzerinde alkol miktarı bakımından benimsemiştir.

18 “Alkollü olarak araç kullandığı belirlenen sanığın araç kullandığı sırada alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğuna dair tıbbi bulgular veya sanığın dışa yansıyan davranışlarına bağlı olarak yapılan bir tespit ve delil olmaması karşısında sanığa atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu oluşmayacağından, sanığın sadece alkollü olarak araç kullanma eyleminin ayrıca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve bu madde gereğince idari işlemlerin yetkili mercii tarafından yapılması gerekecektir” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/10012, K. 2007/9265, Tarih: 21/06/2007); “Salt alkollü araç kullanmanın ne şekilde trafik güvenliğini tehlikeye düşürdüğü tespit edilmeden 179. madde uyarınca cezalandırılmayacağı, keza 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesinde alkollü araç kullanma eyleminin düzenlendiği ve dosya kapsamına göre, trafik görevlilerince sanık hakkında cezai işlem yapıldığı anlaşılmalıdır; beraat kararı verilmesi gerekir” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/5364, K. 2006/13411, Tarih: 04/07/2006); “Alkollü araç kullandığı belirlenen sanığın araç kullandığı sırada alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğuna dair bir tespit ve delil olmaması karşısında, sanığa atılı trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu oluşmayacağından, sanığın sadece alkollü olarak araç kullanma eyleminin ayrıca 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesi kapsamında değerlendirilmesi” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/2657, K. 2006/16921, Tarih: 18/10/2006).

Yargıtay ilk dönem içtihatlarında kişinin TCK m. 179/f. 3'ten sorumlu tutulabilmesi için alkollü olması ve aldığı alkol nedeniyle emniyetli biçimde araç sevk ve idare yeteneğinin ortadan kalktığına dair dış dünyaya yansıyan delil ve emareler aramıştır. Söz konusu delil ve emareler, alkol miktarı ile kişinin emniyetli biçimde araç sevk ve idare yeteneği arasındaki ilişkiyle ilgili bilirkişi raporu<sup>19</sup>, sürücünün trafik düzenine aykırılık teşkil eden hareketlerine ilişkin tanık beyanları veya kolluğun gerçekleştirdiği alkol ölçümü ve olay sırasındaki izlenimlerine ilişkin tanıklıkları<sup>20</sup> olabilmektedir<sup>21</sup>. Yine sayılan delil kaynaklarının genellikle birlikte değerlendirildiği de görülmektedir<sup>22</sup>. Hatta alkol ölçümü yapılamadığı takdirde diğer deliller dahi

19 “Sanığın alkollü olarak araç kullandığı belirlenmiş, yargılama sırasında bilirkişi olarak dinlenen nöroloji uzmanı sanığın aldığı alkolün etkisi ile emniyetli bir şekilde araç kullanacak halde olmadığını bildirmiş ve sanığın savunması, bilirkişi beyanı ve tüm deliller değerlendirilerek sanığın atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi hukuka uygundur” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/17435, K. 2007/17402, Tarih: 27/12/2007); “Sanığın ulaşım aracını emniyetli bir şekilde sevk ve idare edemeyecek halde olduğu halde araç kullandığı doktor ve bilirkişi raporu ile sanığın ikranıyla sabit olduğundan atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmelidir” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/3385, K. 2006/17259, Tarih: 31/10/2006).

20 “Olayda sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı konusunda tıbbi yönden uzman bilirkişiden rapor alınarak ayrıca 27.11.2005 tarihli tutanağı düzenleyen polis memurları E.Ö. , Ö.B ve M.U'nun ise sanığın emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak durumda olduğuna ilişkin dışa yansıyan herhangi bir davranışının olay anında bulunup bulunmadığı konusunda tanık olarak dinlendikten sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik kovuşturma ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/10619, K. 2007/13928, Tarih: 30/10/2007); “Tutanak tanığı polis memurlarının aşamalarda değişmeyen ifadelerinde seyir halinde olan ve sanığın kullandığı aracı durdurduklarında sanığın alkollü olduğunu tespit ettiklerini söylemeleri, tutanak tanığının ayrıca sanığın araç kullanırken zik zak çizdiğini belirtmesi ve aldırılan doktor raporuna göre sanığın 180 promil alkollü olduğunun anlaşılması karşısında, tutanak tanıklarının ifadelerine neden itibar edilmediği açıklanıp tartışılmadan, olay sırasında aracı kendisinin kullanmadığına dair sanık savunması ile savunma tanıklarının birbiriyle çelişkili ifadelerine dayanılarak yazılı şekilde sanığın beraatine karar verilmesi” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2009/763, K. 2010/1298, Tarih: 26/01/2010); “Sanığın savunmasına göre, idaresindeki mobiletle seyrederken arkasından gelen motorsikletin sol taraftan çarpması sonucu yaralandığı ve 51 promil alkollü olduğunun tespit edildiği olayda, 22.06.2005 tarihli trafik suç tutanağında ismi geçen tutanak düzenleyicileri İ.İ. ve Y.E.S. da dinlenerek, sanığın aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığı hususunun sanığın dışa yansıyan davranışları dikkate alınmak suretiyle saptanması gerektiği” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/4157, K. 2007/5361, Tarih: 12/04/2007).

21 **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 747; **CENTEL**; s. 160; **ÇINAR**; s. 685, 686.

22 Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararında “Sanığın yalnızca alkollü araç kullanması nedeniyle 5237 sayılı TCY'nın 179/3. maddesi uyarınca cezalandırılmasına olanak bulunmamakta ise de, tutanak tanığının, sanığın hareketlerinden alkollü olduğunun açıkça belli olduğuna ilişkin beyanı, yapılan ölçümde sanığın % 316 promil alkollü olduğuna ilişkin test tutanağı birlikte



suçun oluştuğunun tespiti bakımından yeterli kabul edilebilmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca kişinin emniyetli biçimde araç sevk ve idare yeteneğinin ortadan kalktığına dair dış dünyaya yansıyan, somut olaydaki aşırı hız veya başka bir sebeple direksiyon hakimiyetinin yitirilmesi<sup>24</sup>, zikzak yapılması<sup>25</sup>, bir

değerlendirildiğinde, sanığa isnat edilen, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma suçu tüm unsurlarıyla oluşmuş olup, Yerel Mahkeme uygulamasında ve Özel Daire onama kararında bu yönüyle bir isabetsizlik bulunmamaktadır” (bkz. YCGK, E.2007/2-262, K. 2007/263, Tarih: 04/12/2007) şeklinde hüküm kurarak birden çok delil aracını birlikte kullanmıştır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi de “Trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen zabıt müzimleri ve doktor bilirkişinin beyanlarına göre sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğu anlaşılmalı; kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından somut tehlike unsurunun gerçekleştiği ve sanığın atılı suçtan cezalandırılması gerekir” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/3902, K. 2006/18319, Tarih: 15/11/2006) şeklinde kurduğu hükümlerle benzer bir inceleme gerçekleştirmiştir.

- 23 Yargıtay’ın ikinci dönem uygulaması döneminde verdiği kararları da bu yöndedir. “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda; sanığın ayakta duramayacak kadar alkollü olup, bu sebeple alkol ölçümü yapılmadığının tespit edildiği, sanığın almış olduğu alkolün etkisiyle kaza yaptığına dair savunması, tanıkların beyanları ve tüm dosya kapsamında atılı suçun oluştuğu kabul edilmelidir” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2012/22052, K. 2013/15150, Tarih: 04/06/2013); “Sanığın yönetimindeki otomobille seyir halindeyken, yol onarım ve yapım çalışması nedeniyle yolun açılmasını bekleyen otomobillere ve yolun sağında bulunan tuğla yığınına çarpması şeklinde gelişen olayda, kazanın meydana gelmesinde araçta mevcut teknik bir arıza, yoldan kaynaklı olumsuz bir sebep veya başkaca bir etken bulunmamasına, sanığın otomobilini sevk ve idare etmeden önce üç şişe bira içtiği ve dikkatsiz olduğu yönündeki savunmasına, polis memurlarınca tanzim edilen tutanakta, 4-5 kez denenmesine rağmen sanığın alkolmetreyi üflemediği, nefes kontrolü yapamadığı, ağız kokusu, konuşmaları, hareketleri ve yürüyüşü itibarıyla araç kullanamayacak derecede alkollü olduğunun belirlenmesine, Korgan Devlet Hastanesinde görevli nöbetçi doktor tarafından düzenlenen doktor raporunda, sanığın ileri derecede alkollü olup, araç kullanmasının uygun olmadığına tespitinde bulunulmuş olmasına, gerek kaza sonucu araçlarında hasar olan sürücüler gerek tutanak tanıklarının duruşmada alınan beyanlarında, sanığın çok fazla alkollü olduğu, konuşmakta ve yürümekte zorluk çektiği, dilinin dolandığı, ayakta zor durduğu ve yalpalayarak yürüdüğü yönündeki ifadelerine göre, sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybedecek oranda alkollü olduğu ve almış olduğu alkolün etkisiyle trafik güvenliğini açıkça tehlikeye düşürdüğü anlaşılmalı” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2012/13412, K. 2012/15345, Tarih: 19/06/2012, karar için bkz. **ÖNOK**; s. 179, dpt. 105).

- 24 “Olay gecesı saat 01:30 sıralarında 159 promil alkollü olduğu halde Salihli-Sarp karayolu üzerinde seyir halinde bulunduğu motosikletinin direksiyon hakimiyetini kaybedip yolun sağ tarafına devirerek kendisinin yaralanmasına ve motosikletinin hasar görmesine sebebiyet veren sanığın eyleminde alkolün etkisiyle emniyetli şekilde araç sevk ve idare edememek suçunun unsurlarının oluştuğu ve cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek hatalı değerlendirme ile beraatine karar verilmesi isabetsizdir” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/4275, K. 2006/18640, Tarih: 20/11/2006).

- 25 “Sanığın araç kullanırken zik zak çizdiğini belirtmesi ve aldırılan doktor raporuna göre sanığın 180 promil alkollü olduğunun anlaşılması karşısında” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2009/763, K. 2010/1298, Tarih: 26/01/2010); “Alkollü olarak ve caddede zigzag çizerek araç kullandığı tespit edilen sanığa



kazaya neden olunması<sup>26</sup> gibi diğer bütün şartlar TCK m. 179/f. 3'teki suçun işlendiğinin tespitinde rol oynamaktadır.

## **B- Yargıtay'ın İkinci Dönem Uygulaması**

### **a- İkinci Dönem Uygulamasının İncelenmesi**

Yargıtay 2012 yılından itibaren<sup>27</sup> verdiği kararlarda 1,00 promil sınırını

- 
- atılı suçun sabit kabul edilmesinde ve hüküm tarihi itibarıyla tayin olunan bir ay hapis cezasının zorunlu olarak seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine engel teşkil edecek mahkumiyet kararı bulunması nedeniyle tayin olunan bir ay hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine, çevrilmemesinde bir isabetsizlik görülmemiştir" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/6115, K. 2006/17651, Tarih: 06/11/2006).
- 26 "193 promil alkollü sanığın idaresindeki motosiklet ile köy yolunda seyir halinde iken öndeki araca çarparak maddi hasara sebebiyet vermesi şeklindeki eyleminde; sanığın savunması, trafik kazası tespit tutanağını düzenleyen zabıt mümzileri ve doktor bilirkişinin beyanlarına göre sanığın aldığı alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğu anlaşılmakla; kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından somut tehlike unsurunun gerçekleştiği ve sanığın atılı suçtan cezalandırılması gerekir" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/3902, K. 2006/18319, Tarih: 15/11/2006); "Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda; 197.2 promil alkollü olarak araç kullanan ve aracının devrilmesiyle bir kişinin yaralanmasına sebep olan sanığın eylemi dikkate alındığında, atılı suçu daha ağır şart ve sonuçlarıyla işleyenler arasında hak ve nesafet ölçüleri gözetilerek bir karar verilmesi gerekir" (bkz. Yar. 12. CD., E. 2011/5244, K. 2011/3160, Tarih: 18/10/2011); "Sanığın 173 promil alkollü olarak sevk ve idare ettiği otosu ile karşı şeride geçmek istediği sırada yoldan geçen oto ile çarpışması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olmasına rağmen araç kullandığı, yaptığı maddi hasarlı trafik kazası ile sabit olduğu anlaşıldığından tebliğnamedeki atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığına ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/5431, K. 2006/19141, Tarih: 27/11/2006).
- 27 Belirtmek gerekir ki 2011 yılında verilen bazı kararlarda da mutlak karine sisteminin benimsendiği görülmektedir. Aşağıda ilgili kısımları aktarılan bu kararlar için bkz. Yar. 2. CD., E. 2009/31620, K. 2011/333, Tarih: 18/01/2011; Yar. 12. CD., E. 2011/5144, K. 2011/2755, Tarih: 11/10/2011. Yargıtay'ın içtihadını değiştirdiği dönemde verdiği bazı kararlarında karinenin net bir şekilde benimsenmemekle beraber, eski içtihatlarına konu olan görüşlerle bir arada kullanıldığı da görülmektedir. Yargıtay bir kararında "Alkol ve uyuşturucu maddenin sırf kullanılmış olması bu suçun oluşması için yeterli olmamakla birlikte Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu raporlarında istikrarlı bir şekilde vurgulandığı üzere; alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıklar göstermekle birlikte trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde, güvenli sürüş yeteneğini kaybedip etmediği, bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebilecek dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor ve nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomadasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine yönelik tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak böyle bir tespit yapılmamış olsa bile bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 100 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin, bilimsel olarak kabulü gerektiği" (bkz. Yar.

uygulayarak, bu sınırın üzerindeki miktarlarda alkollü olan kişinin aracı emniyetli biçimde sevk ve idare etme yeteneğinin ortadan kalktığını mutlak bir karine olarak kabul etmektedir. Buna bağlı olarak trafik güvenliği üzerinde herhangi bir tehlike yaratılıp yaratılmadığını ayrıca araştırmamaktadır<sup>28</sup>. Yargıtay'ın yeknesaklaşmış bu uygulamasına göre 1,00 promil sınırının üzerindeki kişi, emniyetli biçimde araç sevk ve idare edemeyeceği için TCK m. 179/f. 3'teki suçu da işlemiş olacaktır<sup>29</sup>. Bu sınırın altındaki sürücü-

---

2. CD., E. 2012/12992, K. 2012, 5144, Tarih: 23/02/2012) şeklinde hüküm kurarak, hem alkol veya uyuşturucu madde kullanımının suçun oluşması için tek başına yeterli olmadığı ve trafik güvenliği tehlikeliliğinin tespit edilmesi gerektiğini vurgulamış hem de 1,00 promilden yüksek oranda saptanan alkol düzeyinin güvenli sürüş yeteneğini bozduğunu, ayrı bir bilirkişi raporuna gerek duymaksızın kabul etmiştir. Dolayısıyla 23 Şubat 2012 tarihli bu kararda hem ilk hem de ikinci döneme ilişkin görüşlerin yansımaları tespit etmek mümkündür.

28 **ÖNOK**; s. 172, 173; **APAYDIN**; s. 93.

29 “Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu raporlarında istikrarlı bir şekilde vurgulandığı üzere; alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün... bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 100 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin, bilimsel olarak kabulü gerektiği anlaşılmalıdır; incelenen dosyada; 104 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücü belgesiz sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği ve dolayısıyla atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği halde, beraatine karar verilmesi isabetsiz olup, mahalli Cumhuriyet Savcısı temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün isteme aykırı olarak bozulmasına” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2012/12992, K. 2012/5144, Tarih: 23/02/2012); “Trafik görevlileri tarafından yapılan yol kontrolü sırasında durdurulan sanığın, 121 promil alkollü olduğunu tespit edilmiştir. Adli Tıp Kurumu'nun benzer olaylarla ilgili olarak verdiği bilimsel görüşlerinde, 100 promil ve üzerindeki alkol miktarının güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldıracabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. TCK'nun 179/3 maddesinde düzenlenen suç soyut tehlike suçu olup, alınan alkolün etkisiyle güvenli şekilde araç kullanamayacak durumda olduğu halde trafikte araç kullanmanın bu suçun oluşumu için yeterli olması karşısında, sanığa yüklenen suçun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine yasal olmayan gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2011/5144, K. 2011/2755, Tarih: 11/10/2011); “5237 sayılı TCK'nın 179/3. maddesinde belirtilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için, kişinin alkol yada uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın, trafikte araç kullanması gerektiği, somut olayda da yapılan yol kontrolü sırasında durdurulan ve 138 promil alkollü olarak trafikte araç kullandığı tespit edilen sanık hakkında “reflekslerinin yavaş, gözlerinin kızamık ve baygın” olduğuna dair tutanak düzenlenmiş olması ve bu haliyle motorlu araç kullanamayacağına dair Devlet Hastanesine ait 20.03.2007 tarihli doktor raporu karşısında; yüklenen suç soyut tehlike suçu olduğu halde, somut bir tehlike gerçekleşmediği biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle ve sanığın dışı yansıyan davranışları ile ilgili polis memurlarınca düzenlenen tutanak ve bu haliyle araç kullanamayacağına ilişkin doktor raporuna da neden itibarıyla edilmediği kararda tartışılmaksızın yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” (bkz. Yar. 2. CD., E. 2009/31620, K. 2011/333, Tarih: 18/01/2011).

ler bakımından ise eski içtihat korunmuş<sup>30</sup> ve kişinin emniyetli biçimde aracı sevk ve idare etme yeteneğinin ortadan kalkmış olduğunun somut olayda tespiti ayrıca aranmıştır<sup>31</sup>. Bununla birlikte güvenli sürüş yeteneğinin ortadan kalktığına dair olgular mevcutsa, bunlar da değerlendirmede dikkate alınmıştır<sup>32</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararın<sup>33</sup> ilgili kısımları “Trafik polislerince yapılan alkol ölçümünde 155 promil alkollü çıktığını, buna itiraz ettiğini ve hastanede yapılan ölçümde ise 85 promil çıktığını, alkollü olduğunu, ancak araç kullanabilecek vaziyette bulunduğunu söylemiş, trafik polisi olan ve kaza tespit tutanağını düzenleyen tanıklar C. B.ve K. Ö. mahkemede; kaza üzerine olay yerine gidip tutanak düzenlediklerini, sanığın melekelerinin yerinde olduğunu ve araç kullanabilecek bir durumda bulunduğunu dile getirmişlerdir... Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından verilen hükümlerin temyiz incelemesini yapan Özel Dairece, bilimsel verilere dayanılarak 100 promilden yüksek olarak belirlenen alkol

30 “Dava trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna ilişkindir. Olay günü gece saatinde idaresindeki otomobille 74 promil alkollü bir şekilde seyreden sanığın, daha önce yaşanan bir kavga sebebiyle kolluk görevlilerince durdurularak alkol muayenesine tabi tutulması şeklinde gelişen olayda; sanık hakkında kolluk görevlilerince düzenlenen ‘Alkollü Araç Kullanan Sürücü Gözlem Tutanağı’nda ve doktor tarafından yapılan muayene sonrası düzenlenen ‘Alkollü Araç Kullanan Sürücünün Muayene Raporu’nda bilinç oryantasyon ve kooperasyon düzeyinin tama yakın olduğunun, motor fonksiyonlarının normal ve davranışlarının uysal olduğunun belirtilmesi, sanıktaki alkol derecesinin güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğine dair bir bulgu, sanığın dışa yansıyan davranışları ile ilgili bir tespite yer verilmediğinin anlaşılması, kazaya karışmayan ve herhangi bir trafik kuralı ihlaline rastlanmayan sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir” (bkz. Yar.12. CD., E. 2012/26156, K. 2013/18197, Tarih: 03/07/2013).

31 Belirtmek gerekir ki Yargıtay ilk dönem uygulamasında ele aldığımız kriterleri kişinin 1,00 promilden daha az alkol aldığı veya alınan alkol miktarının tespit edilemediği olaylarda da kullanmaya devam etmiştir. Yargıtay’ın ikinci dönem uygulaması incelenirken, tekrardan kaçınmak amacıyla aynı kriterler burada ayrıca ele alınmayacaktır. Nitekim ilk dönem uygulamasına ilişkin aktarılan bazı örnek kararlar 2012 ve devamı yıllarında verilmiştir.

32 “Sanığın sevk ve idaresindeki at arabasıyla yolda zikzak yaparak seyredip, karşı istikametten gelen diğer araçların korna ile ikaz ettiğini fark etmesi üzerine at arabasını durdurduğu ve 149 promil alkollü olduğunun anlaşıldığı olayda, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca at arabasının motorsuz taşıt niteliğinde olduğu dikkate alınarak; trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekir” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2012/22578, K. 2013/18367, Tarih: 04/07/2013). Görüldüğü üzere verilen kararda 1,49 promil alkollü at arabası sürücüsünün, sadece 1,00’lük sınırı geçmesi değil, yolda zikzak yapması da hükmün kurulmasında dikkate alınmıştır.

33 YCGK, E. 2012/2-1426, K. 2013/417, Tarih: 08/10/2013.

düzeyinin, kişinin melekelerini zayıflatacağı ve güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceği kabul edilmek suretiyle, 100 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullanan sanıkların trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Trafik görevlilerince yapılan alkolmetre ölçümüne göre sanığın trafik kazasının hemen sonrasında 155 promil alkollü olduğunun tespit edilmiş olması, kolluktaki savunmasında içtiği biraların kendisini sarhoş edeceğini tahmin edemediğini, alkollü araç kullandığından dolayı pişman olduğunu belirtmesi ve güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olduğunu gösterir şekilde bir başkasının aracına arkadan çarpmak suretiyle maddi hasarlı trafik kazasına neden olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığa isnat edilen, alkolün etkisiyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanmak suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu tüm unsurlarıyla oluşmuş olup, sanığın beraatına karar veren yerel mahkeme direnme kararı yerinde değildir” şeklindedir. Karar incelendiği takdirde kişinin 1,55 promil alkollü olduğu, buna karşın herhangi bir kazaya karışmadığı ve tutanağı düzenleyen görevlilerin kişi hakkında, melekelerinin yerinde olduğu ve araç kullanabilecek durumda olduğunu söyledikleri görülmektedir. Buna karşın Yargıtay Ceza Genel Kurulu TCK m. 179/f. 3’ten dolayı kurulan mahkumiyet kararını hukuka aykırı bulmamıştır. Görüldüğü üzere kişinin trafik düzeni üzerinde herhangi bir tehlike yaratmaması ve hatta tutanağı tutan görevlilerinin aksi yöndeki beyanlarına rağmen trafik güvenliğinin tehlikeye atıldığı yönünde bir sonuca, kişinin sadece 1,55 promil alkollü olması sebebiyle ulaşılmıştır.

Almanya’da da benzer bir uygulamaya rastlanmaktadır. TCK m. 179/f. 3’e karşılık gelen hüküm, Alman Ceza Kanunu (“StGB”) m. 316’dır. İlgili madde “(1) Her kim, alkol içeren bir içecek içtiği veya diğer sarhoş edici maddeler kullandığı için, güvenli bir şekilde araç kullanabilecek durumda olmadığı halde, trafikte (m. 315 ilâ 315d) bir araç sürerse, fiil 315a veya 315c madderi uyarınca cezalandırılmıyorsa, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Fiili taksirle işleyen kişi de, birinci fık-

raya göre cezalandırılır” şeklinde kaleme alınmıştır<sup>34</sup>. Alman Federal Mahkemesi tarafından 1990 yılından itibaren verdiği kararlarda hükmün uygulanması bakımından 1,1 promillik sınır<sup>35</sup> dikkate alınmıştır. Buna göre 1,1 promil ve üzerindeki düzeylerde alkollü olarak araç süren kişinin güvenli bir şekilde araç kullanamayacağı kabul edilerek StGB m. 316’dan dolayı cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Bisiklet sürücüleri bakımından bu sınır 1,6 promil olarak benimsenmiştir<sup>36</sup>.

### **b- İçtihat Değişikliğinin Sebepleri**

Yargıtay’ın mutlak karine sistemini uygulamaya başlamasının temelinde üç sebebin bulunduğu kabul edilebilir. Bunlardan birincisi trafikte meydana gelen kazalarda alkollü araç kullanımının etkisinden kaynaklanan tehlike ve zararların ceza hukuku aracılığıyla önlenmesi pratik kaygısıdır. Türkiye özetindeki araştırmalar incelendiği takdirde 2015 yılına dair Türkiye İstatistik Kurumu (“TÜİK”) tarafından açıklanan verilerde, 1.313.359 kazanın meydana geldiği, bunlardan 183.011 tanesinin ölümlü yaralanmalı kaza, 1.130.348 tanesinin maddi hasarlı kaza olduğu görülmektedir. Bu kazalar neticesinde ayrıca 3.699 kişinin kaza anından sonraki bir ay içerisinde ve 3.851 kişinin kaza anında olmak üzere 7.530 kişinin hayatını kaybettiği, 304.421 kişinin yaralandığı da söz konusu veriler arasında yer almaktadır<sup>37</sup>. Yine TÜİK tara-

34 Hükmün çevirisi için bkz. **YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried**; Alman Ceza Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 449.

35 1,1 promillik sınırın belirlenmesinde Federal Sağlık Kurulu’nun bilirkişi raporları da etkili olmuştur. Buna göre 1,0 promil değer temel olarak alınmış ancak ölçümlerde muhtemel hatalara binaen 0,1 promillik yanılma payı da eklenmiştir. Bu konuyla ilgili bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 52, 53; **DUTTGE, Gunnar**; “Trafikte Alkol: Cezalandırılması Gereken Bir Haksızlık mıdır? Yoksa Halk Pedagojisinin Yasal Olmayan Bir Eğitim Alanı mıdır?” (Çev. **MERAKLI, Serkan**), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 217; **FAHL, Christian**; “Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama Ehliyetsizlik Hali” (Çev. **YERENER ÇAKMUT, Özlem**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 107. Yine bu sınır 1966’ya kadar 1,5 ve 1990’a kadar 1,3 olarak uygulanmıştır. Bu konuyla ilgili bkz. **SCHÖH, Heinz**; “Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç” (Çev. **HAKERİ, Hakan**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 48.

36 Bu konuyla ilgili bkz. **FAHL**; s. 106.

37 Trafığe Kayıtlı Araç, Sürücü Belgesi, Kaza, Ölü ve Yaralı Sayısı 2006 – 20015 verileri için bkz. [www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb\\_id=1](http://www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb_id=1) (son erişim 19/11/2016).

findan yayınlanan 2015 yılındaki ölümlü yaralanmalı kazaya neden olan kusurlara ilişkin bir diğer istatistiğe göre 210.498 kusurlu kazadan, 187.980 tanesi sürücü kusuruyla gerçekleşmiştir. Burada ise toplamda on iki neden arasından alkollü araç kullanmak 3.900 kaza ile dokuzuncu sırada yer almıştır<sup>38</sup>. Yine Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından toplanan verilere göre 2016 yılı Kasım ayına kadar gerçekleşen toplam 179.955 ölümlü yaralanmalı kazadan 161.237 tanesi sürücü kusurundan kaynaklanmıştır. Bu kusurlardan toplam 2.971'i ise alkollü olarak araç kullanmaktan kaynaklanmıştır<sup>39</sup>. Görüldüğü üzere trafik riskli bir alandır ve ülkemizde her gün yüzlerce insan trafik kazaları nedeniyle yaşamını yitirmektedir<sup>40</sup>. Alkollü araç kullanımı da trafik kazalarında önemli bir sebep olarak dikkate alınmaktadır. Burada hükmün daha etkili şekilde uygulanmasının ve trafik düzeninin daha iyi bir şekilde sağlanması bakımından mutlak karine sistemi kabul edilmiş olabilir. Gerçekten de karinenin uygulanmaya başladığı 2012 ve sonrasında alkollü araç kullanımına bağlı olarak geri alınan sürücü belge sayısında da ciddi bir düşüş olmuştur<sup>41</sup>. Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından sunulan veriler incelendiğinde, 2012 yılında 137.928, 2013 yılında 125.043, 2014 yılında 114.239 ve 2015 yılında 101.509 adet sürücü belgesinin alkollü araç kullanımı nedeniyle geri alındığı görülmektedir<sup>42</sup>.

38 Ölümlü Yaralanmalı Kazaya Neden Olan Kusurlar 2015 verileri için bkz. [www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb\\_id=6](http://www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb_id=6) (son erişim 19/11/2016).

39 Emniyet Genel Müdürlüğü, Trafik İstatistik Bülteni Ülke Genel Ekim 2016, s. 3. Bültene ulaşmak için bkz. <http://www.trafik.gov.tr/SiteAssets/istatistik/ekim16.pdf> (son erişim 19/11/2016).

40 Hatta verilerin değerlendirilmesinden hareketle Türkiye'de trafik kazalarının önemli ve öncelikli bir halk sorunu olduğu dahi dile getirilmektedir. Bkz. **SUNGUR, İslim/AKDUR, Recep/PIYAL, Birgül**; "Türkiye'deki Trafik Kazalarının Analizi", Ankara Medical Journal, Sayı: 14, No: 3, Yıl: 2014, s. 115 vd.

41 Belirtmek gerekir ki alkollü araç kullanımı nedeniyle geri alınan sürücü belgesi sayısındaki düşüşün tek nedeni Yargıtay'ın mutlak karine sistemini uygulamaya başlaması olmayabilir. Bunun dışında alkolün zararlı etkileriyle mücadele etmek amacıyla çıkartılan diğer hükümler veya düzenlenen etkinlikler, kampanyalar da söz konusu sayıdaki azalmada etki göstermiş olabilir. Bununla birlikte alkollü araç kullanımına ilişkin katı stratejilerin, alkollü araç kullanımını azaltıcı etkileri olduğu başkaca araştırmalarla da ortaya koyulmuştur. Bu konuyla ilgili bkz. **PECK, C. Raymond/GEBERS, Michael A./VOAS, Robert B./ROMANO, Eduardo**; "The Relationship Between Blood Alcohol Concentration (BAC), Age, and Crash Risk", Journal of Safety Research, Vol. 39 (2008), s. 317, 318'den aktaran **ÖNOK**; s. 176, dpt. 92.

42 Söz konusu veriler için bkz. <http://www.trafik.gov.tr/Sayfalar/Istatistikler/denetim2.aspx> (son erişim 19/11/2016).

Söz konusu görüş değişikliğinin bir diğer sebebi ise uygulamadan kaynaklı sorunlardır. Yargıtay'ın ilk dönem içtihatlarına göre TCK m. 179/f. 3 bakımından önemli olan alkolün alınması değil, alkol alınmasının güvenli sürüş yeteneğine etkisidir. Uygulamada ise mahkemelerin ve kolluk birimlerinin, eylem sırasında veya eylemden sonra alkolün güvenli sürüş yeteneğine ilişkin olumsuz etkilerini sağlıklı olarak saptayamadığı veya gerekçelendiremediği sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Yine içtihat birliğinin sağlanabilmesi bakımından bir alt sınırın belirlenmesinin ve buna göre uygulama yapılmasının bu nevi sorunları bertaraf edebileceği savunulmuştur<sup>43</sup>. Gerçekten de kişinin şekilde emniyetli araç sevk ve idare etme yeteneğinin ortadan kalktığından dış dünyaya yansıyan hareketlerinden tespit edilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Bu tespit tanık açıklamaları, trafik tutanakları, olay sırasında elde edilen görüntü kayıtları<sup>44</sup> ile ispatlanabilecekte de her somut olayda bunun gerçekleştirilmesi kolay olmayabilir. Zira alkolü olduğu tespit edilse dahi sürücü, tespitin gerçekleştirildiği sınırlı mekanda trafik güvenliğini tehlikeye atacak herhangi bir hareket gerçekleştirilmiş olabilir. Buna karşın kontrolü gerçekleştiren görevlilerin bulunmadığı yerde, sürücünün trafik güvenliğini tehlikeye atacak hareketlerde bulunmuş olması mümkündür. Görevlilerin ve adli mercilerin sınırlı kontrol imkanları nedeniyle, dış dünyaya yansıyan tehlikeli hareketin ispatlanamaması muhtemeldir. Yine bazı kararlarda bu kriterin çok katı şekilde uygulanması da aslında suç teşkil etme ihtimali olan eylemlerin cezasız kalması sonucuna yol açmaktadır<sup>45</sup>. Halbuki Yargıtay'ın ikinci dönem uygulamasın-

43 **CENEL**; s. 162; **ÇINAR**; s. 684.

44 **ÇINAR**; s. 684.

45 Yargıtay'ın verdiği bir karar "Olayda sanığın maddi hasarlı trafik kazasını el freninin kendiliğinden atması üzerine otobüsün hareket etmesi sonucu oluştuğuna dair savunmasının aksine delil bulunmadığı gözetilmeden ve kazayı aldığı alkolün etkisiyle, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olması sebebiyle gerçekleştirdiği hususunda tıbbi bulgular ve sanığın dışarıya yansıyan davranışlarına bağlı olarak bir tespit yapılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, servis şoförü olan sanık hakkında alkolü olarak araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçundan hüküm kurulması sebebiyle tayin olunan hapis cezası karşılığı olarak ehliyetinin geri alınmasına ve araçtan yararlanmayı engelleyecek şekilde araç ruhsatının geri alınmasına karar verilmesi kararının bozulması gerekmiştir" (Bkz. Yar. 2. CD., E. 2006/5432, K. 2006/19002, Tarih: 23/11/2006) şeklinde kaleme alınmıştır. Kanaatimizce bu olayda sanığın el freninin kendiliğinden atması halinde durumu kontrol altına alamaması ve alkolü olması



daki mutlak karine gereği kişinin aracı emniyetli biçimde sevk ve idare etme yeteneğinin ortadan kalktığı, aksi ispatlanamaz biçimde kabul edilmektedir. Böylece dış dünyaya yansıyan ayrı bir tehlikenin tespiti gerekmekte, kişinin zaten tehlikeli eylemi gerçekleştirdiği kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın mutlak karine uygulamasına geçmesindeki bir diğer sebep ise Karayolları Trafik Kanunu ("KTK") m. 48'in, 24/05/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile değiştirilmesidir<sup>46</sup>. İlgili değişiklik sonucu KTK m. 48/f. 6 hükmü "Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır" şeklinde kaleme alınmıştır. Böylece Yargıtay ikinci dönem uygulamasına temel oluşturan 1,00 promillik sınır da yasal düzenlemeye yansımıştır<sup>47</sup>.

---

arasındaki etkileşim de suçun oluşumunda dikkate alınabilirdi. Zira alkollü olması sebebiyle araç kullanmak gibi riskli bir faaliyeti gerçekleştiren sürücünün, kendisi dışında gelişen ani olaylara karşı tepki geliştirememesi ve aslında önleyebileceği sonuçları önleyememesi de TCK m. 179/f. 3 içerisinde mütalaa edilebilecektir. Halbuki Yargıtay bu nevi bir durumu değerlendirmeden, TCK m. 179/f. 3'ten dolayı kurulan hükmü bozmuştur. Yine bazı Yargıtay kararlarında TCK m. 179/f. 3 ile f. 2 arasındaki lafzi farklılık adeta yok sayılmış ve f. 2'deki kriterler TCK m. 179/f. 3'e ilişkin incelemelerde de kullanılmıştır. Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir diğer karar "maddede belirtilen 'emniyetli bir şekilde' ifadesinin kişilerin hayatı, sağlığı ve mal varlığı açısından bir tehlikeye neden olunması şeklinde anlaşılması gerektiği, salt alkollü ve ehliyetsiz araç kullanmanın ne şekilde trafik güvenliğini tehlikeye düşürdüğü tespit edilmeden mahkumiyete karar verilemez" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/13549, K. 2007/13586, Tarih: 24/10/2007) şeklinde hüküm kurulmuştur. Benzer yöndeki bir diğer kararda da "suçun oluşabilmesi için kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeye neden olunması gerekir. Trafik güvenliğini tehlikeye düşürdüğü tespit edilmedikçe salt alkollü araç kullanan kişi hakkında TCK 'nın 179. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi hatalıdır" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/36, K. 2007/137, Tarih: 16/01/2007) şeklindedir. Söz konusu hükümle, f. 2'deki tehlikenin yönelmesi gereken değerler, f. 3'ün uygulanmasında da dikkate alınmıştır. Bu yaklaşım ise "emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olma" kriterini oldukça daraltmaktadır.

46 Belirtmek gerekir ki Yargıtay tarafından mutlak karinenin uygulandığı kararlara 2012 yılından itibaren rastlanabilmektedir. Dolayısıyla KTK m. 48 bakımından 2013 yılında gerçekleştirilen söz konusu değişiklik, mutlak karine sistemine geçilmesinden ziyade, bu sistemin yeknesaklaşması hususunda etkili olmuştur. Hatta bu husus Yargıtay uygulamasının kanunlaştırılması olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 112. Aşağıda hükmün bir içtima düzenlemesi olarak anlaşılması gerektiği ve bu şekilde yorumlanmaması gerektiği üzerinde ayrıca duracağız.

47 Yargıtay'ın güncel kararlarında da söz konusu değişikliğe atıf yapılarak hüküm kurulduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 2016 yılında vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında "İncelenen dosyada 170 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48/6. maddesindeki 'yapılan tespit sonucunda,



### III- Mutlak Karine Sisteminin Tehlike Suçları Bakımından Değerlendirilmesi

Aşağıda daha detaylı şekilde ele alacağımız üzere TCK m. 179'te düzenlenmiş suç bir tehlike suçudur. İnceleme konumuz bakımından önem arz eden TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suç tipinin ise soyut tehlike suçu olduğu kabul edilmektedir. Soyut tehlike suçları bakımından eylemin tehlikeliliğinin ayrıca araştırılmasına gerek olmadığı, eylemin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu ileri sürülmektedir<sup>48</sup>. Yargıtay da 1,00 promil düzeyin üzerinde alkol alınarak araç kullanılmasının, aksi ispatlanamayacak bir şekilde, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanma hareketini oluşturduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce bu nevi bir uygulama, ceza hukukunun esaslarıyla bağdaşmayan, özellikle de ceza hukukunun eyleme dayalı objektif niteliğini göz ardı eden bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Aşağıdaki detaylı şekilde açıklayacağımız bu görüşümüz, tehlike suçlarına ilişkin yaklaşımla da yakından ilgilidir. Bu nedenle öncelikle tehlike suçlarına ilişkin çeşitli değerlendirmeler yapılacak, ardından da mutlak karine sisteminin kabulünün, ceza hukuku bakımından sınırlı tarafları ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

#### A- Tehlike Suçları

##### 1- Tehlike Suçlarının Ceza Hukukundaki Rolü

Tehlike suçlarının türlerini incelemeden evvel, ceza hukukunda tehlikenin rolünün belirlemek gerekir. Kanun koyucu çeşitli hukuksal değerlerin korunması için mutlaka zararın gerçekleşmesini beklemez. Gerçekten de

---

1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır" şeklindeki düzenleme de dikkate alınarak atılı suçun yasal unsurlarının olduğu gözetilmeksizin, sanığın mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi" (bkz. Yar. 12. CD., E. 2015/8527, K. 2016/7205, Tarih: 26/04/2016) şeklinde hüküm kurarak, Adli Tıp Kurumu'nun yeknesak görüşü dışında KTK m. 48/f. 6'ya dayanarak hüküm kurmuştur.

48 İÇEL, **Kayihan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 276; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE; Genel Hükümler, s. 239; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 262; ZAFER; s. 207; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; s. 287; ÖZTÜRK/ERDEM; s. 197; DEMİRBAŞ; s. 245; ZAFER; s. 207; ÖZGENÇ; s. 200.

bazı durumlarda bir zarar tehlikesi veya zarar ihtimali de suç haline getirilerek, belirli hukuksal değerler daha etkin bir biçimde korunmaktadır<sup>49</sup>. Hukuksal değerlerin korunma seviyesiyle bağlantılı olarak suçun tehlike veya zarar suçu olacağı belirlenmekte ise tehlike ve zararın, eylemin korunan hukuksal değer üzerindeki etkisi olduğu kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki tehlike suçlarının hukuki niteliği doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre tehlike ve zarar, suçun maddi konu üzerindeki etkisidir<sup>50</sup>. Suçun maddi konusu, suça vücut veren hareketin üzerinde gerçekleştiği objeler veya insanlardır<sup>51</sup>. Belirtmek gerekir ki suçun maddi konusunun, hareketin üzerinde gerçekleştirildiği her obje veya insan olmadığı, tipte yer alan hareketin üzerinde gerçekleştiği insan veya obje olduğu da kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Suçun maddi konusunun soyut varlıklar olabileceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Buna karşın doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, suçun maddi konusunun soyut varlıklar olamayacağı yönündedir<sup>54</sup>.

Tehlikenin, suçun maddi konusu üzerinde etki gösterdiği yönündeki görüşlere katılmamaktayız. Suçun maddi konusu, hareketlerin üzerinde gerçekleştiği objeler veya insanlardır. Hareketin tabi boyutunun bulunması, aslında suçun maddi konusunun da doğal bir kavram olması, yani dış dünyada algılanabilir olmasını gerektirmektedir. Örneğin hırsızlık suçunun maddi konusu olan eşya, dış dünyada algılanabilir bir obje olmalıdır.

49 **DARAGENLİ, Vesile Sonay**; Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 120; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 286; **DEMİRBAŞ**; s. 245; **ÖZGENÇ**; s. 200.

50 **ÖZGENÇ**; s. 199; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 286; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 113; **AKBULUT**; s. 339.

51 **TOROSLU**; s. 185; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 284; **DEMİRBAŞ**; s. 547; **ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 222; **ÜNVER**; s. 142; **ZAFER**; s. 163; **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 142; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 113; **AKBULUT**; s. 339.

52 **TOROSLU**; s. 185; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 174.

53 Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 285; **AKBULUT**; s.338, 339.

54 Bkz. **TOROSLU**; s. 188; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 175; **DEMİRBAŞ**; s. 547; **ZAFER**; s. 163. Hareketin doğal (ontolojik) boyutu, aslında hareketin üzerinde gerçekleşmesi gerektiği kabul edilen suçun maddi boyutunun da tabiatta algılanabilir, yani somut bir varlığının olması gerekliliğini doğurmaktadır. Suçun maddi boyutunun soyut varlıklar olabileceği yönündeki görüş ise, maddi konu ile hukuki konunun, yani korunan hukuksal değerlerin birbirine karıştırılmasına yol açabilecektir.

Bununla birlikte korunan hukuksal değer, normatif bir değeri karşılamaktadır. Hırsızlık suçunda korunan hukuksal değer mülkiyet veya zilyetliktir. Halbuki mülkiyet ve zilyetlik somut objeler değildir ve aslında tabiatta algılanabilir olmayan, normatif kavramlardır. Tehlike ve zararın da korunan hukuksal değer üzerinde gerçekleşmesi, aslında söz konusu etkinin dış dünyada algılanamayan, hukuksal etkiler olması sonucunu doğuracaktır. Bir diğer deyişle zarar ve tehlike doğal değil, normatif boyutta gerçekleşen salt hukuki etkilerdir.

Suçun maddi konusunu etkileyen unsur ise neticedir. Her ne kadar doktrinde neticesiz suçların olabileceği kabul edilse de, kanaatimizce neticesiz bir suçtan bahsedilemeyecektir<sup>55</sup>. Her suçun bir neticesi vardır. Bu netice bazen hareketten ayırıcıdır, bazen de harekete bitişiktir. Ancak hareketin doğal bir boyutunun olması, aslında bu hareketin dış dünyada algılanabildiği ve bir değişiklik yarattığı anlamına gelmektedir. İşte tipteki hareketin, tabiattaki görünümünü de aynı zamanda neticeyi oluşturabilecektir<sup>56</sup>. Bu bağlamda tipik hareketin dış dünyada meydana getirdiği, hukuki bakımdan değer taşıyan değişiklik neticedir<sup>57</sup>. Hareketin tipik olması, yani sırf doğacı bir anlayışla ele alınmaması, oluşumu bakımından neticenin de hukuki bir değer taşıması gerekliliğini doğuracaktır. Bir diğer deyişle doğal anlamda hareketin, doğal bir neticeyi de meydana getirmesi kaçınılmazdır. Ceza hukuku bakımından önem taşıyan netice ise dış dünyada meydana gelen değişikliklerden suç tipiyle ilişkili olanıdır. Neticenin suç tipiyle ilişkilendirilmesinde ise suçun maddi konusu önem taşımaktadır. Bir diğer deyişle hukuki, yani ceza hukuku bakımından önem taşıyan netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerden suçun maddi konusu üzerinde gerçekleşenidir.

55 Aynı doğrultuda **ALACAKAPTAN, Uğur**; Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 44, 45; **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir**; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 1997, s. 380; **İÇEL**; s. 275; **DARAGENLİ**; s. 51; **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul 2016, s. 259; **ZAFER**; s. 207; **ÖNDER; Ayhan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, 1. Bası, İstanbul 1989, s. 55.

56 Aynı doğrultuda **ÖZEK, Çetin**; "1997 Türk Ceza Yasa Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 649; **DARAGENLİ**; s. 51, 52.

57 **ALACAKAPTAN**; Suçun Unsurları, Ankara 1970, s. 44, 45; **DÖNMEZER/ERMAN**; Cilt I, s. 380; **İÇEL**; s. 275.

Doktrinde bir diğer görüşe göre tehlike ve zarar suçun hukuki neticesidir<sup>58</sup>. Kanaatimizce tehlikeyi netice olarak kabul eden görüş de eksik kalmaktadır. Zira zarar veya tehlike suçun, korunan hukuksal değer üzerinde ortaya çıkan etkileridir. Ancak neticeyi yalnızca tehlike veya zarar olarak kabul etmek, neticeye salt normatif bir anlam verilmesine ve hareketin ontolojik boyutuyla olan bağının kopmasına yol açacaktır. Aksine neticenin normatif boyutta düşünülmesine gerek yoktur. Zira hukuki anlamda önem taşıyan neticenin, dış dünyada algılanabilen, yani doğal bir unsur olan suçun maddi konusu üzerinde gerçekleştiği kabul edilirse, neticeye sırf doğal bir anlam yüklenmesi yeterli olacaktır. Neticenin normatif boyuttaki izdüşümü ise tehlike ve zarar olacaktır. Ancak bu kavramlar birbiriyle paralellik gösterse de aynı değildirler. Bir diğer ifadeyle, hukuki netice dahi suçun maddi konusu üzerinde gerçekleştiği için tabiatta algılanabilecektir ve normatif boyuttan tamamen ayrılacaktır. Tehlike ve zarar ise hareket ve/veya neticenin normatif düzlemdeki etkisi olarak farklı bir anlam taşımaktadır<sup>59</sup>. Bu bakımdan netice ile tehlike ve zarar arasında bir bağlantı kurmak kısmen mümkün olabilirse de, gerekli değildir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tehlike suçlarının kabulünün sebebi, bazı hukuksal değerlerin daha etkin biçimde korunmasıdır. Bu nedenle tehlikenin ceza hukuku bakımından mahiyetinin ve ilgili diğer kavramlarla ilişkisinin anlaşılabilmesi bakımından suçla korunan hukuksal değerlerin incelenmesi gerekmektedir.

58 **DÖNMEZER/ERMAN**; Cilt I, s. 383; **DARAGENLİ**; s. 52; **OZANSÜ, Mehmet Cemil**; Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s. 72, 73. Benzer doğrultuda **KEÇELİOĞLU, Elvan**; “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticesinin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 29. Belirtmek gerekir ki zarar ve somut tehlikeyi netice, soyut tehlikeyi neticesi harekete bitişik suç olarak kabul eden yazarlar da vardır. Bkz. **ZAFER**; s. 209, 210; **HEINRICH, Bernd**; Ceza Hukuku, Genel Kısım I, (Edit. **ÜNVER, Yener**), Ankara 2014, s. 93, 94.

59 Doktrinde bu görüşümüzü destekler nitelikte, korunan hukuksal değer, duyu organlarıyla algılanamayacağını ve soyut olduğu görüşü savunulmaktadır. Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 175. Benzer doğrultuda **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 221; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 286; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Genel Hükümler, s. 229; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 112. Hakere de benzer şekilde tipte geçen hareketin, cezalandırmaya layık olmaması sonucunu doğuran toplumsal uygunluk kavramının ampirik değil, normatif bir kavram olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **HAKERİ, Hakan**; “Ceza Hukukunda Önemli Hareketler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 73, 74.

Korunan hukuksal değer, bir suç tipi bakımından hareketin elverişliliğinin tespitinde rol oynaması, normun oluşturulmasının temel sebebini<sup>60</sup> ve hukuka aykırılığın maddi içeriğini teşkil etmesi nedeniyle oldukça önemlidir<sup>61</sup>. Özellikle inceleme konumuz bakımından korunan hukuksal değer hareketin elverişliliğindeki ve hukuka aykırılık unsurunun maddi boyutunu oluşturma rolleri önemlidir.

Korunan hukuksal değer suçun hukuka aykırılık unsurunun maddi içeriğini oluşturmaktadır. Hukuka aykırılık unsurunun biçimsel boyutu, bir emir veya yasak normunun var olmasına karşılık gelmektedir. Bununla birlikte emir veya yasak normunun varlık sebebi ve kapsamı korunan hukuksal değere karşılık gelmektedir. Bu nedenle suç tipini oluşturan normun maddi içeriği, korunan hukuksal değeri teşkil etmektedir<sup>62</sup>. Aslında hukuka aykırılık unsurunun maddi ve biçimsel boyutları arasındaki bahsi geçen bütünlük aynı zamanda ceza hukukunun, hukuki değerlere yönelik koruyucu yapısını da ortaya koymaktadır<sup>63</sup>. Emir veya yasak normunun içeriği,

60 Korunan hukuksal değer suçun ihdas edilme sebebi ve *ratio legis*dir. Gerçekten de bütün suçlar, hukuksal bir değer koruması amacıyla düzenlenmektedir. Bkz. **ÖZEK**; s. 643; **KEYMAN, Selahattin**; “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1-4, Yıl: 1980, s. 105; **DEMİRBAŞ**; s. 546. Bir diğer deyişle suç tiplerini birbirinden ayıran ve her suç tipinin ayrı şekilde ihdas edilmesinin sebebi farklı hukuksal değerlerin korunmasıdır. Burada kanun koyucu ceza hukukunun *ultima ratio* olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak, ancak toplumsal düzeni önemli derecede bozan korunan hukuksal değer ihlallerini son çare olarak suç haline getirmelidir. Bkz. **HAKERİ**; “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 60. Benzer şekilde hukuksal yararın, suç tipini meşru kılan ideal değer olduğu da kabul edilmiştir. Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 175.

61 Bu konularla ilgili daha detaylı değerlendirme için bkz. **TÜRAY, Aras**; Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara 2016, s. 222 – 225.

62 **ÜNVER**; s. 971; **KATOĞLU, Tuğrul**; Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 80; **KEYMAN, Selahattin**; “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1-4, Yıl: 1988, s. 132; **İÇEL**; s. 307; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Genel Hükümler, s. 223; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 287; **ÖNDER**; s. 150.

63 **ÖZEK**; s. 646, 647. Özek, hukuka aykırılığı biçimsel ve maddi boyutları yerine, biçimsel açıdan suç ve öz bakımından suç terimlerini kullanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bahsi geçen koruyucu yapı devleti değil, bireysel hak ve özgürlükleri korumaya yöneliktir. Alacakaptan bu hususu “Ceza hukuku, liberalleşerek, temek hak ve özgürlükleri baskı altında tutmanın değil, bunlara; kamusal ya da özel odaklardan ve güçlerden gelebilecek saldırı ve müdahalelere karşı eşit biçimde ve ayırım gözetmeyen etkin bir koruma sağlayacak bir araç haline dönüşmelidir” diyerek açıklamıştır. Bkz. **ALACAKAPTAN, Uğur**; “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Yıl: 2000, s. 8.

hukuksal değerın korunmasına yönelik olduğu için, soyut suç tiplerinin hepsi, en azından bir hukuksal değeri korumaya hizmet edecektir. Bu bağlamda normda yer alan fiil gerçekleştirilse dahi eğer korunan hukuksal değeri ihlal edilmemişse bu durumda hukuka aykırı olan bir fiilden, dolayısıyla haksızlık ve suçtan bahsedilemeyecektir<sup>64</sup>.

Korunan hukuksal değeri suç tipi bakımından bir diğer işlevi ise hareketin elverişliliğinin veya diğer bir adıyla fiilin ihlal edicilik karakterinin tespitinde rol oynamasıdır. Gerçekten de doğal hareketin hukuki hareket olarak değerlendirilmesinde, bu hareketin tipik olarak nitelendirilebilmesi için elverişli olması gerekmektedir<sup>65</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre hareketin elverişliliğiyle kastedilen, hareketin korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmasıdır<sup>66</sup>. TCK m. 35'te düzenlenen teşebbüs hükmü de bu görüşü destekler niteliktedir. Hükme göre kişi işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamalıdır. Dolayısıyla doğal hareketin, tipik<sup>67</sup> veya bir diğer deyişle hukuki bir hareket olarak değerlendirilmesi, elverişli olması şartına bağlamıştır. Elverişliliğın korunan hukuksal değeri bakımından değerlendirileceği de hükmün ikinci fıkrasından çıkartılabilmektedir. Hükmün ilgili kısmı, failin teşebbüs halinde ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı yönündedir. Bu kapsamda hareketler elverişli olmalı ve fail elverişli hareketleri sonucunda ortaya çıkan zarar veya tehlikeye göre cezalandırılmalıdır. Hareketlerin elverişliliği ise, korunan hukuksal değeri üzerinde gerçekleşen zarar veya tehli-

64 Aynı doğrultuda **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Genel Hükümler, s. 220.

65 Nitekim "hareketin ayırıcı, eleyici, sınırlayıcı fonksiyonu" da buradan ortaya çıkmaktadır. Ceza hukuku bakımından hangi hareketlerin önemli ve önemsiz kabul edileceği, korunan hukuksal değeri bakımından ihlal ediciliğinin amaçsal (*gai*) yorumuna tabi olarak belirlenecektir. Bkz **HAKERİ**; "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 64. Benzer sonuca ulaşan bir diğer görüş ise tehlikenin gerçekleşme imkanı bulunmadığı durumlarda, hukuka aykırı bir sonuca yönelik her davranışın tehlikeli sayılmamasına dayanmaktadır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Genel Hükümler, s. 230.

66 **ALACAKAPTAN, Uğur**; İşlenemez Suç, Ankara 1968, s. 64; **ÖZEK**; s. 651; **ÖNDER**; s. 51; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 261; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; Genel Hükümler, s. 229; **HEINRICH**; s. 92, 93.

67 Burada tipik ifadesiyle kastedilen şekli anlamda tipiklik değildir. Bir diğer deyişle korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmayan hareket, suçun tanımlandığı norma şeklen uygun olabilir. Ancak bu harekete ceza hukuku bağlamında bir sonuç bağlanması, hareketin maddi olarak da tipe uygun olmasını, yani korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmasını gerektirir.

keye göre değerlendirilecektir. Bir suçla ilişkin incelemede de, doğal hareketin tipte aranan hareket niteliğini kazanabilmesi, hareketin suçla korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmasına bağlıdır. Eğer hareket elverişli değilse fiilin ihlal edici karakteri haiz olmadığı ve haksızlığın oluşmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Tehlike ile korunan hukuksal değerlerin etkisi de bu noktalarda ortaya çıkmaktadır. Hareketin elverişliliğinin korunan hukuksal değere yönelik olması, aynı zamanda hareketin tehlikelilik unsurunu da barındırması anlamına gelecektir. Bu durum kendisini aynı zamanda hukuka aykırılık unsuru bakımından da tekrarlayacaktır. Hukuka aykırılığın şekli boyutu, bir emir veya yasak normunun var olması gereksinimine işaret ederek, kanunilik prensibinin de dayanağını teşkil etmektedir. Bununla birlikte kanundaki suç tipine uygun olan bir eylemin hukuka aykırı olabilmesi için aynı zamanda, suçun ihdas edilme sebebinin oluşturduğu korunan hukuksal değeri de ihlal etmesi gerekmektedir. Tipe uygun olan fiil, korunan hukuksal değeri ihlal etmiyorsa suç oluşmayacaktır. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 150/f. 2'de<sup>68</sup> banka isminin izinsiz olarak kullanılması suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin lafzı dikkate alındığında, Kanunda belirtilen mercilerden izin alınmaksızın “kan bankası” ya da “sperm bankası” gibi isimlerin kullanılması da suç olarak sayılmalıdır. Halbuki bu örneklerdeki fiiller, tipe uygun gibi görünse de aslında suçla korunmakta olan bankacı-

68 **Bankacılık Kanunu m. 150: (1)** Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekrerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

**(2)** Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekrerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

**(3)** Yukarıdaki fıkralara aykırılık hâlinde Kurumun ilgili Cumhuriyet başsavcılığını muhatap talebi üzerine sulh ceza hâkimince, dava açılması hâlinde davaya bakan mahkemece işyerlerinin faaliyetleri ve reklamlar geçici olarak durdurulur, ilânları toplatılır. Bu tedbirler, hâkim kararıyla kaldırılıncaya kadar devam eder. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

lık düzenine duyulan güven ve istikrarı tehlikeye sokmadığı, yani korunan hukuksal değeri ihlal etmediği için suç teşkil etmemektedir<sup>69</sup>. Burada korunan hukuksal değer ihlal edilmemesi sebebiyle, fiilin hukuka aykırılık teşkil etmediği ya da “kan bankası” ve “sperm bankası” isimlerinin kullanılmasının Bankacılık Kanunu m. 150/f. 2 bakımından önem teşkil etmeyen bir hareket olduğundan bahisle suçun oluşmadığı kabul edilebilir<sup>70</sup>. Zira bu nevi hareketler korunan hukuksal değer üzerinde bir tehlike meydana getirmemektedir ve ceza hukuku bakımından önem taşımamaktadır.

O halde tehlike, bir netice değil, eylemin korunan hukuksal değer üzerindeki etkisi niteliğindedir. Ayrıca bu etkisi sebebiyle ceza hukuku bakımından, hukuka aykırılık unsurunun maddi boyutunu teşkil etmesi ve hareketin elverişliliğinin değerlendirilmesi işlevlerini yerine getirmektedir.

## 2- Tehlike Suçlarının Türleri

Tehlike suçları bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre somut, soyut ve öngörülen olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>71</sup>. Somut tehlike suçlarının diğerlerinden ayırt edici özelliği, tehlikenin suç tipinde öngörülmesidir. Tehlikenin suç tipinde öngörülmesiyle, eylemin tehlikeliliğinin ayrıca normda belirtilen unsurlar kapsamında araştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Bir diğer deyişle hakim, somut tehlike suçlarında, suç tipinde belirtilen tehlikenin de gerçekleşip gerçekleşmediğini ayrıca belirlemelidir<sup>72</sup>. Örneğin

69 **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**; Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 148.

70 Belirtmek gerekir ki Alman ceza hukukunda fiilin ihlal ediciliğinin, hukuka aykırılık unsuru altında ayrıca mütalaa edilmediği; şekli ve maddi olan tipik eylemin gerçekleştirilmesi ve bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmamasıyla haksızlığın oluştuğunun kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. **KEÇELİOĞLU**; s. 24, 25.

71 Bkz. **DARAGENLİ**; s. 59.

72 **DARAGENLİ**; s. 59; **İÇEL**; s. 276; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 263; **ZAFER**; s. 205; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 238. Belirtmek gerekir ki doktrinde bir görüş somut tehlike suçlarında, tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönündedir. Bu görüşle ilgili bkz. **ÖZGENÇ**; s. 201; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 287; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 115. Somut tehlikenin oluşmasını, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüşlere katılmıyoruz. Şöyle ki somut tehlike aynı zamanda korunan hukuksal değer üzerinde ortaya çıkan bir etki olarak fiilin ihlal edici karakterini oluşturur. Somut tehlikenin cezalandırılabilme şartı olarak



TCK m. 170'te düzenlenen genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunda, suç olarak öngörülen hareketin gerçekleştirilmesinin başkalarının hayatı, sağlığı veya malı bakımından bir zarar tehlike veya ihtimali oluşturup oluşturmadığının da araştırılması gerekecektir.

Soyut tehlike suçlarında ise tehlike suç tipinde belirlenmemiştir. Dolayısıyla bu nevi suçlarda somut bir tehlikenin varlığı araştırılmamakta, hareketin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu için yeterli kabul edilmektedir. Tehlikenin oluştuğu yönünde bir varsayıma dayanılarak tehlikenin oluşup oluşmadığına ilişkin ayrı bir inceleme yapılması gerekmemektedir<sup>73</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre, soyut tehlike suçlarında korunan hukuksal değer üzerinde somut bir tehlike araştırılmasa dahi, hareketin genel tehlikeliliği<sup>74</sup> dikkate alınmalıdır<sup>75</sup>. Burada dikkate alınması gereken kriterin ise normun amacı ve genel mantığı olduğu belirtilmiştir<sup>76</sup>. Yukarıda da değin-

---

kabul edilmesi, fiilin ihlal ediciliğiyle fail arasındaki psikik bağın hiçbir biçimde dikkate alınmaması anlamına gelecektir. Zira bu yaklaşıma göre somut tehlike suçunda, yalnızca hareketlerin yapılmasıyla suç oluşacak, hareketin elverişliliği ya da bir diğer adıyla fiilin ihlal edicilik karakteri hareketten bağımsız olarak değerlendirilecektir. Bize göre fiilin ihlal edicilik karakteri, fiilden ayrı tutulmamalıdır. Zira ihlal edicilik, haksızlığın bir unsuru olarak fiille bir arada ortaya çıkmaktadır.

73 **DARAGENLİ**; s. 59, 60; **ÖNDER**; s. 60, 61; **İÇEL**; s. 276; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 239; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 262; **ZAFER**; s. 207; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 287; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 197; **DEMİRBAŞ**; s. 245; **ZAFER**; s. 207; **ÖZGENÇ**; s. 200.

74 Koca ve Üzülmez tarafından soyut tehlike suçları, “belli davranış tarzlarının suçun konusu bakımından genel olarak tehlikeli olduğu yönünde kanuni bir uyarı” olarak nitelendirilmiştir. Buna karşın soyut tehlike suçlarında hakim tehlikenin varlığını araştırmasının gerekmediği belirtilmiştir. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 114. Kanaatimizce de soyut tehlike suçlarında tehlikenin ayrıca oluşup oluşmadığının araştırılması gerekmemektedir. Buna karşın hareketin korunan hukuksal değer üzerinde genel bir tehlike yaratamayacak nitelikte olması halinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu sebeple soyut tehlike suçları bakımından özellikle failin genel bir tehlikenin dahi olmadığını ispat imkanı bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuyla ilgili bkz. **ÖNDER**; s. 62.

75 **DARAGENLİ**; s. 49, 50. **ZAFER**; s. 207, 208. Belirtmek gerekir ki soyut tehlike suçları bakımından gerçekte bir tehlikenin meydana gelip gelmediğinin önemli olmadığı, hareketin gerçekleştirilmesiyle gerçekte bir tehlike ortaya çıkmasa dahi failin cezalandırılacağı da ileri sürülmüştür. Bkz. **ÖNDER**; s. 61. Bize göre fiilin, korunan hukuksal değer üzerinde genel olarak bir tehlike dahi yaratmaması, savunma tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından re'sen de gözetilebilecektir. Zira bu gibi bir durumda tipik bir hareketten, dolayısıyla bir haksızlık ve suçtan bahsetmek mümkün değildir.

76 **DARAGENLİ**; s. 64. Gerçekten de sadece soyut tehlike suçları bakımından değil, ceza hukukunun koruyucu genel karakteri dikkate alındığında bütün suçlar bakımından, pozitif normun ötesinde *ratio legisinin* de yol gösterici olacağı kabul edilmektedir. Bkz. **HAKERİ**; “Ceza Hukukunda

diğimiz üzere ceza hukukunun koruyucu yapısı dikkate alındığında, her bir suç tipinin oluşturulmasında farklı hukuksal değerleri korumak amacı güdüldüğü kabul edilecektir. Buradan hareketle suçun işlendiğinin kabul edilmesi için, eylemin de korunan hukuksal değeri ihlal edicilik karakterini haiz olması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırılığın maddi boyutunun gerçekleşmediği ve şekli olarak tipte geçen hareketin, suçun oluşumu için aranan hukuki hareket vasfını kazanamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. O halde soyut tehlike suçu olarak öngörülmüş bir suç tipindeki hareketin de ihlal edicilik vasfını taşıması gerekir. İşte bu nedenle soyut tehlike suçlarında dahi eylemin korunan hukuksal değer üzerinde genel bir tehlikeyi yaratabilmesi gerekmektedir.

O halde bir tehlike suçunun kanuni tanımında, korunan hukuksal değer belirlenmiş şekilde etkilenmesi gerektiği öngörülmüşse somut tehlike, ancak fiilin korunan hukuksal değer üzerinde herhangi bir etki gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmemişse soyut tehlike suçu söz konusu olacaktır. somut tehlike suçlarında, normda belirtilen kriterler üzerinden tehlikenin araştırılması gerekmektedir. Buna karşın soyut tehlike suçlarında eylemin normun amacı ve mantığıyla bağlantılı olacak şekilde, korunan hukuksal değer bakımından genel bir tehlikeliliği barındırması suçun oluşumu bakımından yeterli kabul edilecektir.

Öngörülen tehlike suçları ise hareketin tehlikeli olmasının aranmadığı, ancak kanun koyucu tarafından ortaya çıkacak bir tehlikenin öngörülmesi sebebiyle düzenlenir<sup>77</sup>. Öngörülen tehlike suçlarını diğerlerinden ayıran esas nokta, bu nevi suçlarda kanunda tehlike açıkça belirlenmemiştir ve hatta eylemin genel olarak bir tehlikelilik barındırması dahi aranmamıştır. Gerçekten de bu nevi suçlarda kanun koyucu tehlikenin varlığını öngöre-

---

Önemsiz Hareketler”, s. 63; **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir**; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, 11. Baskı, İstanbul 1997, s. 16, no. 690. İçel bu görüşe biçimsel hukuka aykırılığın tek başına yeterli olmayacağını belirterek dolaylı şekilde katılsa da aynı zamanda pozitif hukukun dışındaki her ölçünün, açık olmayacağını ve siyasal amaçlara alet edilme sakıncasını da beraberinde getirdiği çekincesini ileri sürmüştür. Bkz. **İÇEL**; s. 307, 308.

77 **DARAGENLİ**; s. 60.

rek çeşitli eylemleri cezalandırma yoluna gitmiştir<sup>78</sup>. Örneğin 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen ruhsatsız ateşli silah bulundurma suçu öngörülen tehlike suçudur. Zira burada ruhsatsız şekilde ateşli silah taşıyan kişi, herhangi belirli bir tehlikeye yol açmamıştır. Bununla birlikte ruhsatsız silah taşınmasının, ileride bir tehlikeye yol açabileceğinden bahisle öngörülebilir tehlike yarattığı kabul edilmiştir. Soyut tehlike suçları ve öngörülen tehlike suçları arasında fark vardır. Şöyle ki yukarıda da belirttiğimiz üzere soyut tehlike suçlarında eylemin genel bir tehlike yaratması gerekmektedir. Buna karşın öngörülen tehlike suçlarında eylemin tehlikeliliği aslında *juris et de iure*, yani kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu nedenle hareketin hükmen tehlikeli olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla öngörülen tehlike suçlarında hareketin tehlikeli olmadığına ispatı da mümkün değildir<sup>79</sup>. Öngörülen tehlike suçları eylemin gelecekteki muhtemel, yani öngörülen tehlikelerini dikkate almaktadır. Bu nevi suçlar cezalandırma alanını çok genişletmektedir ve oldukça dikkatli şekilde yaklaşılması gerekmektedir.

## **B- Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçunun Tehlike Suçu Olarak İncelenmesi**

İnceleme konumuzu oluşturan TCK m. 179/f. 3'teki düzenlemenin soyut bir tehlike suçu olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Bazı yazarlar ise suçun oluşumu için birinci fıkrada olduğu gibi başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olma kriterini aramıştır<sup>81</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere somut tehlike suçlarında tehlike-

78 **DARAGENLİ**; s. 60.

79 **DARAGENLİ**; s. 55.

80 **ÖNOK**; s. 171; **CENTEL**; s. 158; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 749; **ÇINAR**; s. 660; **KILINÇARSLAN İSFEN**; s. 96; **APAYDIN**; s. 101; **GERÇEKER, Hasan**; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3587.

81 **MALKOÇ**; s. 2939. Benzer doğrultuda **PARLAR/HATİPOĞLU**; s. 2820. Belirtmek gerekir ki Parlar'ın görüşleri, Yargıtay içtihadının değişmesine karşın aynı kalmıştır. Nitekim daha sonra kaleme aldığı bir eserinde de aynı görüşleri sürdürmüştür. Bkz. **PARLAR, Ali**; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2015, s. 2050. Bazı Yargıtay kararlarında da suç somut tehlike suçuymuş gibi değerlendirilmiştir. Örneğin Yargıtay bir kararında "suçun oluşabilmesi için kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeye neden olunması gerekir. Trafik güvenliğini tehlikeye düşürdüğü

nin üzerinde somutlaşması gereken hukuksal değerler suç tipinde gösterilmektedir. Buna karşın TCK m. 179/f. 3'te kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı, tehlikenin üzerinde somutlaşması gereken değerler olarak belirlenmemiştir. Dolayısıyla TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suçun oluşumu için, belirtilen değerler üzerinde somut bir tehlikenin aranmasına gerek yoktur.

Kanaatimizce de TCK m. 179/f. 3'te soyut bir tehlike suçu düzenlenmiştir. Bu bağlamda hareketin, korunan hukuksal değer üzerinde genel olarak bir tehlike yaratabilecek olması yeterlidir. Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olunmasına rağmen araç kullanılması halinde trafik güvenliği ve buna bağlı olarak kişilerin yaşamı, vücut bütünlüğü veya malvarlıkları üzerinde genel bir tehlike yaratılmışsa suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olan kişinin, aracı kullanması bu nevi bir genel tehlikeyi dahi oluşturmuyorsa, artık suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir<sup>82</sup>. Örneğin yasal miktarın üzerinde alkol almış kişi, aracıyla evinin bahçesinden çıkmış ve on metre ötedeki kırmızı ışıkta dururken arkadan başka bir araç alkollü kişinin aracına çarpmışsa ve alkollü kişinin trafik düzenine aykırı bir hareketi yoksa, kişinin sadece alkollü olması nedeniyle bu suçu işlediğini söylemek mümkün değildir. Burada kişinin hareketi tipte yer alan unsurları karşılar görünse de aslında eylem trafik güvenliğini tehlikeye sokan bir eylem niteliğinde değildir.

Suç tipinde dahi yer almayan hareketlerin zaten TCK m. 179/f. 3 bakımından benzer bir değerlendirmeye tabi tutulmasına gerek yoktur. Örneğin ilgili suçun oluşması için aracın kullanılması hareketi bir unsur olarak belirlenmiştir. O halde aracın harekete geçirilmemesi, sadece şoför koltuğunda oturulması veya motorun çalıştırılması, kaza yapmış aracın yol kenarına çekilmesi suçun oluşumu için yeterli değildir<sup>83</sup>.

---

tespit edilmedikçe salt alkollü araç kullanan kişi hakkında TCK 'nın 179. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi hatalıdır" (bkz. Yar. 2. CD., E. 2007/36, K. 2007/137, Tarih: 16/01/2007) şeklinde hüküm kurmuştur.

82 Aynı doğrultuda **ÖNOK**; s. 172.

83 **YARSUVAT, Duygun**; Trafik Suçları, İstanbul 1972, s. 82; **CENTEL**; s. 159; **ÖNOK**; s. 179; **ÇINAR**; s. 670; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 749; **APAYDIN**; s. 91, 92.

Trafik dışındaki alanlarda<sup>84</sup> aracın kullanılması da bu suçta vücut veremeyecektir. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, trafik dışındaki alanlarda aracın kullanılmasının suç tipindeki eylem şekli bakımından mı yoksa maddi bakımdan mı aykırılık oluşturmadığıdır. Bir diğer deyişle trafik dışında araç kullanma eyleminin suçta oluşturulmamasının, eylemin trafik düzeni üzerinde bir tehlike yaratmamasından mı, yoksa bu nevi bir eylemin hükmün lafzı kapsamında değerlendirilememesinden mi kaynaklandığıdır. İlk etapta bu tartışmanın sadece teorik nitelikte olduğu ve pratik bakımdan bir fayda sağlamadığı düşünülebilirse de failin hataya düştüğü bazı hallerde, hatasından faydalanması veya faydalanamaması gibi pratik bakımdan önem taşıyan bazı sonuçların belirlenmesi bakımından önemli olduğu görülebilecektir. Örneğin emniyetli bir şekilde aracı sevk ve idare edemeyecek halde olan failin, alkollü olarak bir benzin istasyonunda aracı kullanması TCK m. 179/f. 3'teki suçta oluşturacaktır. Failin, benzin istasyonunun trafik düzeni kapsamında yer almadığı yönünde hataya düştüğü şeklindeki savunmasının değerlendirilmesinde ise yukarıdaki tartışma önem kazanacaktır. Eğer eylemin trafik düzeni içerisinde gerçekleşmesinin suçun şekli boyutuyla bağlantılı olan maddi bir unsur olduğu kabul edilirse failin hatası, suçun maddi unsurlarına ilişkin olacak ve esaslı olan hatası<sup>85</sup> nedeniyle, TCK m. 30/f. 1 hükmü gereği, kastı ortadan kalkacaktır. TCK m. 180'de düzenlenen trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçunun da

84 Trafik dışındaki alanların tespiti için aslında trafik kavramının ele alınması gerekir. Trafik kavramı KTK m. 3/f. 1-a hükmünde "Yayaların, hayvanların ve araçların karayolları üzerindeki hal ve hareketleridir" şeklinde tanımlanmıştır. O halde trafikte araç kullanımından bahsedilebilmesi için karayollarındaki bir faaliyet söz konusu olmalıdır. Karayolları da KTK m. 3/f. 1-b hükmünde "Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca KTK m. 2'de kanun hükümlerinin ayrıca "Karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile, erişime kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımlarında da" uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla KTK m. 2'de sayılanların da trafik düzeninin bulunduğu alanlar olarak kabul edilmesi ve suç kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

85 Hatanın esaslı olması "Failin zihnindeki gerçeklik objektif gerçeklik ile örtüşüyor olsaydı yaptığı eylem suç tipine uygun olmayacaktı ise, yanlış esaslı kabul edilecektir" şeklinde tarif edilmiştir. Bkz. **ERMAN, R. Barış**; Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 26.

kara araçlarıyla işlenmesi öngörülmediği için fail hiçbir ceza almayacaktır. Buna karşın eylemin trafik düzeni içerisinde gerçekleştirilmesinin, trafik düzeni üzerinde bir tehlike yaratılmasının gerekli olduğundan bahisle maddi unsurlardan ziyade haksızlık içeriğiyle ilgili olduğu kabul edilirse, failin hukuki nitelendirmeye ilişkin bu hatası yasak yanılığısı olarak kabul edilecektir<sup>86</sup>. Fail burada TCK m. 30/f. 4 kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hataya düşmüş olacak ve bu hatasından ancak kaçınılmaz<sup>87</sup> ise faydalanabilecektir. Kanaatimizce eylemin trafik düzeninin hakim olduğu bir alanda gerçekleştirilmesi, suçun unsuru değil, korunan hukuksal değerle bağlantılı olarak suçun ihlal edicilik karakterinden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla eylemin trafik düzeni içerisinde gerçekleşmediği yönündeki hata, suçun maddi unsurlarıyla ilgili değildir. Gerçekten de eylemin “trafikte araç kullanılması” şeklinde düzenlenmediği, “araç kullanılması” şeklinde düzenlendiği, ancak korunan hukuksal değerle bağlantılı şekilde bu eylemin trafik düzenini tehlikeye sokabilecek nitelikte olması gerektiğinden bahisle trafik düzeninin hakim olduğu bir alanda gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak düşülen bir hata ise normun yorumlanmasında düşülen bir yasak yanılığısıdır ve haksızlık bilinciyle ilgilidir. Dolayısıyla yukardaki sorunun çözümünde TCK m. 30/f. 4 hükmü kapsamında ele alınması gereken bir hata söz konusu olacaktır. Burada ayrıca değerlendirilmesi gereken husus ise söz konusu hatanın kaçınılmaz olup olmadığıdır. Bir diğer deyişle fail, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi söz konusu hataya düşmeyecek idiyse, hatası kaçınılabılır hatadır ve TCK m.

86 Yasak yanılığısından bahsedilebilmesi için failin maddi koşulları doğru algılamış olması, ancak hukuk düzeni kapsamında bir hataya düşmüş olması gerekmektedir. O halde yasak yanılığısında failin bilincindeki gerçeklik ile objektif gerçeklik arasında bir tutarsızlık söz konusu değildir. Buna karşın yasak yanılığısına düşmüş olan fail, yanılmasaydı, eylemi yürürlükte bulunan hukuk normlarına göre herhangi bir suç teşkil etmeyecekti. Dolayısıyla burada failin bilincinde geçerli olan ceza normları ile gerçekte yürürlükte bulunan ceza normları arasında bir tutarsızlık mevcuttur. Bu nevi bir hataya düşen kişinin de haksızlık bilinci, dolayısıyla kusurluluğundan bahsedilemeyecektir. Bu konuyla ilgili bkz. **ERMAN**; s. 123. Aslında doktrinde hukuki yanılığısı olarak da adlandırılan yasak yanılığısı, failin normun varlığı veya yorumlanmasında hataya düşmesidir. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 354, 355; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**; s. 560; **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 469, 470.

87 Hatanın kaçınılmaz olması, faile içine düştüğü hatadan kurtulmak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü yüklemiştir. Bir diğer deyişle eylemin hukuka aykır olduğuna dair şüpheye düşen kişi, bunu aydınlığa kavuşturmak için kendisinden beklenilebilecek bütün yollara başvurmakla yükümlüdür. Bkz. **ERMAN**; s. 274.

30/f. 4 hükmünden faydalanamaz. Kanaatimizce bir araç sürücüsünün hangi alanların Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine tabi olduğunu bilmesi, objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla failin bu yöndeki hukuki hatası kaçınılabilir bir hata olarak nitelendirilmeli ve fail söz konusu hatasından faydalanamamalıdır.

TCK m. 179/f. 3 bakımından tartışılması gereken son bir husus, hükümde “emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma” unsurunun tehlike suçları bakımından etkisidir. Yukarıda da belirtildiği üzere suçun kanuni tanımında, korunan hukuksal değer belirlenmiş şekilde etkilenmesi gerektiği öngörülmüşse somut tehlike, ancak fiilin korunan hukuksal değer üzerinde herhangi bir etki gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmemişse soyut tehlike suçu söz konusu olacaktır. Buradaki “emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma” aslında trafik güvenliği üzerinde yaratılacak tehlikenin belirli bir boyuta gelmesi gerektiği yönünde bir unsurdur. Gerçekten de her alkollü araç kullanımı trafikteki riski arttıran bir harekettir<sup>88</sup>. Buna karşın suç olarak düzenlenmiş hareket alkollü araç kullanılması değil, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmaya rağmen araç kullanılmasıdır. Dolayısıyla kişi alkollü de olsa emniyetli şekilde araç kullanabilecek durumda ise suç oluşmayacaktır. “Emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma” unsurunun anlaşılabilmesi için, bu kavramın karşıt anlamına bakılması gerekir. Bir kişinin emniyetli şekilde araç sevk ve idare edebilecek durumda kabul edilmesi için trafikte bulunduğu her anda, hiç kimseye zarar vermeyecek, tehlikeye sokmayacak ve herhangi bir şekilde trafiğin düzenli işleyişini engellemeyecek şekilde davranabilmesi gerekir. Ayrıca trafiğin akışı içinde ortaya çıkabilecek ani durumlara karşı gerekli reaksiyonu gösterebilmesi, bu bağlamda dikkatini anlık gelişen koşullara yoğunlaştırabilme yeteneğinden de yoksun bulunmaması gerekir<sup>89</sup>.

88 **DUTTGE**; s. 218. Benzer bir husus alkol tesiri altında araç kullanmanın trafik kazalarına davetiyeye çıkardığından bahisle vurgulanmıştır. **AŞÇIOĞLU, Faruk/YAPAR, Belkıs/TÜTÜNCÜLER, Aliye/BELCE, Ahmet**; “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol”, Adli Tıp Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, Yıl: 2009, s. 9.

89 **ÇINAR**; s. 690; **ÖNOK**; s. 174; **FAHL**; s. 106.

Tartışılması gereken husus ise suçun oluşumu için tehlikenin bu şekilde sınırlandırılmasının, suçu somut tehlike haline getirip getirmeyeceğidir. Suç tipinde hakim tehlikenin yönelmesi gereken değerler dışında, tehlikenin oluşumu için araştırması gereken bir takım unsurlara yer verilmişse bu tür suçların niteliği tartışılmıştır. Bu nevi suç tipleri hem soyut hem de somut tehlike suçları için aranan özellikleri haizdir. Gerçekten de TCK m. 179/f. 3'te öngörülen hareket aracın kullanılmasıdır. Buna karşın aracın emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmaya rağmen kullanıldığına da ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir. İşte bu şekilde gerçekleştirilmesi gereken ayrı bir araştırma nedeniyle bu tür suçlara “soyut-somut tehlike suçları” denilmiştir<sup>90</sup>. Gerçekten de soyut-somut tehlike suçlarında hakim hem soyut tehlike suçlarında olduğu gibi genel tehlikeyi hem de somut tehlike suçlarında olduğu gibi tehlike bakımından normda belirtilen kriterlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır. Ancak belirtmek gerekir ki günümüzde bu tür suçların da soyut tehlike suçları olduğu kabul edilmektedir<sup>91</sup>. Dolayısıyla TCK m. 179/f. 3'te trafik güvenliği üzerinde gerçekleşmesi gereken tehlikeyle ilişkili “emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma” unsurunun ayrıca araştırılacak olması, suçun soyut tehlike suçu olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

### **C- Mutlak Karine Sisteminin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

Mutlak karine sistemi, ceza hukukunun temel prensipleriyle uyuşmaktadır. Gerçekten de mutlak karine sistemi hem tehlike suçlarının genel esasları hem de ceza muhakemesi bakımından birçok noktada sorunlara yol açmaktadır. Bu başlık altında söz konusu sorunlar incelenecek, ardından da Yargıtay'ın mutlak karine uygulamasına geçmesindeki olası sebepler değerlendirilecektir.

90 Bu konuyla ilgili bkz. **DARAGENLİ**; s. 53. Zafer de benzer bir ayrımı hareketin elverişliliğine vurgu yapan ve hareketin elverişliliğine vurgu yapmayan soyut tehlike suçları olarak nitelendirmiştir. Bkz. **ZAFER**; s. 208, 209.

91 **DARAGENLİ**; s. 54.



## 1- Tehlike Suçlarının Genel Esasları Bakımından İnceleme

Yukarıda da belirtildiği üzere TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suç soyut tehlike suçudur. Buradan bahisle yasada düzenlenen hareketin gerçekleştirilmesiyle tehlikenin de aslında olduğu düşünülebilecektir. Ancak soyut tehlike suçlarında dahi hareket, normun amacı ve mantığıyla birlikte ele alınarak, korunan hukuksal değer üzerinde genel bir tehlikeyi yaratmalıdır. Bir diğer deyişle alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olunmasına rağmen araç kullanılma hareketi, trafik güvenliği üzerinde de genel bir tehlike yaratmalıdır.

Yargıtay tarafından uygulanan mutlak karine sisteminde ise 1,00 promil miktarın üzerinde alkollü olarak araç kullanmanın, suç tipindeki hareketi oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna karşın hareketin, yani alkollü şekilde araç kullanmanın, trafik düzeni üzerinde genel bir tehlike yaratıp yaratmadığı hiçbir biçimde ele alınmamaktadır. Halbuki 1,00 promil miktarın üzerinde alkol almış sürücünün hareketi trafik düzenine yönelik bir tehlike oluşturmadığı takdirde failin mutlak karine sistemine dayanılarak cezalandırılması, tehlike suçlarının genel esaslarıyla bağdaşmayacaktır<sup>92</sup>. Örneğin fail 1,00 promilin üzerinde alkollüdür, ancak trafik düzenini tehlikeye düşüren, trafiğin akışına mani olan veya trafik kurallarına aykırı herhangi bir eylem gerçekleştirilmemiştir. Burada fail, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edebilme yeteneğini kaybetmiş ve araç kullanmıştır. Ancak araç kullanma hareketi trafik güvenliği üzerinde tehlike yaratmamıştır. Bir diğer deyişle söz konusu hareketle gerçekleştirilen eylem, cezalandırılmaya muhtaç bir eylem seviyesine ulaşmamıştır. Örneğin evinde alkol tüketen kişi, aracını dar sokakta çöp arabasının geçmesi amacıyla çekip on metre ileriye park etmiştir. Failin söz konusu hareketinin trafik güvenliği üzerinde bir tehlike yarattığını söylemek mümkün değildir. Bu durumda TCK m. 179/f.

92 Hatta belirtmek gerekir ki bu nevi bir uygulamayla aslında soyut tehlike olarak düzenlenen TCK m. 179/f. 3'teki suç, öngörülen tehlike suçu haline getirilmektedir. Önok da bu hususu "varsayılan tehlike suçu" olarak nitelendirmek suretiyle vurgulamıştır. Bkz. ÖNOK; s. 175, dpt. 91. Halbuki TCK m. 179/f. 3'teki suç bakımından bu nevi bir uygulama öncelikle ceza hukukunun koruyucu karakteriyle ve ceza hukukunun *ultima ratio* olması prensibiyle bağdaşmamaktadır.

3'ten dolayı cezalandırılmasının da bir anlamı olmayacaktır. Zira fail tarafından gerçekleştirilen hareketin herhangi bir ihlal edicilik niteliği yoktur.

Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta somut olayın şartlarını değerlendirmeli ve suçun unsurları ile yargılamaya konu olayı bağdaştırarak bir hüküm kurmalıdır. Bu durum bilimsel verilerden faydalanılmaması, bilimsel verilerin göz ardı edilmesi anlamına gelmeyecektir. Gerçekten de 1,00 promil miktarın üzerinde alkollü olunması, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiren bir veri olarak kabul edilebilir. Nitekim Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu tarafından, anılan sınırın belirlenmesinde, alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıkların görülebileceği, ancak bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 1,00 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin bilimsel olarak kabulü gerektiği yönünde raporlar düzenlenmektedir<sup>93</sup>. O halde Adli Tıp Kurumu güvenli sürüş yeteneğinin kaybının herkes bakımından farklılık gösterebileceğini, ancak 1,00 promil sınıra ulaşıldığında herkes bakımından bu unsurun gerçekleştiğinin kabulü gerektiği görüşündedir. Söz konusu sınırın belirlenmesi tıp bilimine ilişkindir ve inceleme konumuzun temelinde yer almaktadır<sup>94</sup>.

93 “Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporlarında istikrarlı bir şekilde vurgulandığı üzere; alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıklar göstermekle birlikte trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde, güvenli sürüş yeteneğini kaybedip etmediği, bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebilecek dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor ve nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomodasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine yönelik tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak böyle bir tespit yapılmamış olsa bile bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 100 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin bilimsel olarak kabulü gerektiği anlaşılmalıdır” (bkz. Yar. 12. CD., E. 2015/8527, K. 2016/7205, Tarih: 26/04/2016; aynı yönde Yar. 12. CD., E. 2016/3381, K. 2016/9737, Tarih: 08/06/2016; Yar. 12. CD., E. 2012/12992, K. 2012/5144, Tarih: 23/02/2012). Benzer bir husus Aşçıoğlu ve diğerleri tarafından kaleme alınan bir çalışmada şu şekilde aktarılmıştır: “Kurul (Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu) 101 mg/dL üzerinde kan alkol düzeyine sahip sürücülerin ise bunun tam aksine bireysel farklılıkları ortadan kaldıracak ölçüde alkollü olduğunu ve bu seviyede alkol tesiri altındaki sürücülerin hemen tümünün emniyetli sürüş yeteneğinin olumsuz olarak etkilendiğinin kabulünü rapor etmektedir”. Bkz. **AŞÇIOĞLU/YAPAR/TÜTÜNCÜLER/BELCE**; s. 15.

94 Bununla birlikte söz konusu sınırın herkes bakımından istisnasız şekilde geçerli olup olmadığı

Buna karşın tıp bilimi tarafından belirlenmiş sınırın esas alınması sonucunda, TCK m. 179/f. 3'ten dolayı hüküm kurulması hukuksal bir meseledir. Kişi hakkında, yalnızca 1,00 promil miktar üzerinde alkol almasına dayanılarak, yani sadece emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edebilme yeteneğini kaybettiği yönündeki bilimsel veriye dayanılarak hüküm kurulması kabul edilemez. Soyut tehlike suçuna ilişkin yaklaşımımız paralelinde, TCK m. 179/f. 3'teki suçtan bahsedilebilmesi için alkol alan kişilerin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumdayken araç kullanması suretiyle trafik güvenliği üzerinde genel bir tehlike yaratması gerekmektedir. O halde TCK m. 179/f. 3'ten hüküm kurulması için alkol alan kişinin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edebilme yeteneğini kaybettiği<sup>95</sup>, hareketiyle trafik güvenliği üzerinde genel bir tehlike yarattığı ve söz konusu tehlikenin yaratılmasına yol açan hareketin alkol alınmasına bağlı olarak gerçekleşip gerçekleşmediği, yani nedensellik<sup>96</sup> olmak üzere üç ayrı

---

şüpheli ise, burada sınırın mutlak karine biçiminde uygulanmasının da kabul edilmemesi gerektiği vurgulanmalıdır. Bkz. **ÖNOK**; s. 196. Nitekim Aşçıoğlu ve diğerleri tarafından yukarıda da (dpt. 95) alıntılanan kısımda, yazarlar 2009 tarihinde sınırın 101 mg/dL olarak uygulanacağını ve burada "sürücülerin hemen tümünün emniyetli sürüş yeteneğinin olumsuz olarak etkilendiğinin kabulünü" vurgulamışlardır. Bkz. **AŞÇIOĞLU/YAPAR/TÜTÜNCÜLER/BELCE**; s. 15. Burada "sürücülerin hemen tümünden" bahsedilmesi, aslında 101 mg/dL sınırın üzerinde halen güvenli sürüş yeteneğini muhafaza eden sürücülerin varlığına işaret etmekteyse, karinenin mutlak şekilde uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Yine "olumsuz etkileme" kavramının hükümde aranan "emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olma" kriterini karşılayıp karşılamadığı da şüphelidir. Benzer doğrultuda **ÖNOK**; s. 176.

95 Kılıçarslan İsfen de "Alkol etkisi altında trafiğe çıkmak cezalandırılacaksa, bu ceza düzenlemesinin uygulanabilmesi için güvenli araç sürme yeteneğinin kaybının mahkeme önünde ispatlanması gerekir" diyerek benzer doğrultuda bir görüş ileri sürmüştür. Bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN, SİBEL**; "Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kan Örneği Alınması – CMK md. 75'e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım", Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 247.

96 Belirtmek gerekir ki doktrinde soyut tehlike suçlarında hareket ile tehlike arasında nedensellik sorunu olmadığı, bu hususun ayrıca araştırılmasının gerekmediği savunulmaktadır. Bkz. **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 197; **ZAFER**; s. 209; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; s. 114. Burada vurguladığımız husus ise alkol nedeniyle güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilmesine rağmen araç kullanılması ile trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi arasındaki ilişkidir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, trafik güvenliği failin davranışı nedeniyle tehlikeye düşmüyorsa, örneğin fail kırmızı ışıkta nizami şekilde beklerken duramayan bir araç onun aracına arkadan çarpıyorsa, burada failin davranışının tehlikeye yol açmadığı kabul edilecektir. Ancak bu husus hareketi ve tehlikenin birbirinden ayrı şekilde gerçekleştiği gerekçesi ile yapılacak bir nedensellik araştırması anlamına gelmemektedir. Zira bu iki husus, hareketin tehlikeliği haiz olması şeklinde bir etkileşime sahip oldukları için birbirinden ayrılmaz.

hususun ispatı şarttır. Aksi bir durum, yani failin sadece 1,00 promil üzerindeki miktarlarda alkollü şekilde araç kullanması nedeniyle cezalandırılması, aslında failin eylemiyle ortaya çıkan tehlikeden ziyade, failin tehlikeliliğinin esas alınması suretiyle cezalandırılması anlamına gelecektir<sup>97</sup>. Halbuki Türk ceza hukuku fail esaslı değil, fiil esaslıdır, yani objektiftir<sup>98</sup>. Bu nedenle failin değil, fiilin tehlikeliliğine odaklanılmalıdır. Buna karşın Yargıtay ikinci dönem uygulamasıyla, failin 1,00 promil miktarın üzerinde alkollü olmasını suçun oluşumu için yeterli kabul etmekte, trafik güvenliği üzerindeki etkiyi ve bu etkiyle alkol alınması arasındaki ilişkiyi dikkate almamaktadır. Dolayısıyla söz konusu uygulama tehlike suçlarına ve Türk ceza hukukuna ilişkin temel esaslarla bağdaşmamaktadır. Gerçekten de failin tehlikeliliğinin esas alınarak, tehlike yaratmayan eylemine rağmen cezalandırılması, ceza hukukunu koruyucu karakterinden soyutlamak anlamına gelecektir. Bu durum ise ceza hukukunu, tarih içerisinde terk edilmiş fail esaslı, subjektif olan cezalandırıcı ve bastırıcı rolüne büründürmek anlamına gelecektir<sup>99</sup>.

Her ne kadar inceleme konumuz dışında kalsa da uyuşturucu madde etkisi altında araç kullanımına ilişkin durumu da ele almak yararlı olacaktır.

97 Benzer doğrultuda **ÖNOK**; s. 168. Belirtmek gerekir ki Önok, alıntılanan kısımda alkollü araç sürmek nedeniyle sürücü belgesi alınmış kişinin araç kullanmasının tek başına somut tehlikeye yol açmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla örnek tam olarak bizim argümanımızla bağlantılı değildir. Bununla birlikte devamında “Somut bir tehlike yarattığını varsayım olarak kabul etmek gerçekçi olmadığı gibi, ceza hukuku ilkelerine de uygun değildir. Böyle bir yaklaşımın ‘fail ceza hukuku’ anlayışını yansıttığı görüşüdeyiz; zira geçmiş fiillerinden hareketle, failin tehlikeli kişilik yapısı kabul edilerek her araç kullandığında, bu yönde ayrıca bir araştırmaya gerek olmaksızın, tehlikeli şekilde hareket ettiği kabul edilmiş olmaktadır” demiştir. Dolayısıyla yazar tarafından isabetli bir şekilde tehlikenin, araştırılmadan, fail esas alınarak varsayılması “fail ceza hukuku” anlayışını yansıtacağı vurgulanmıştır.

98 Nitekim bu husus TCK m. 35’te düzenlenen teşebbüs hükmü gereği elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmamasından da çıkartılabilmektedir. Bkz. **ERMAN**; s. 392; **KANGAL, Zeynel**; Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 203 – 205; **DURSUN, Selman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah**; “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, İÜHFİM, Cilt: 73, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 84.

99 Bu nevi bir yaklaşım modern ceza hukukunda terkedilmekte olan, özellikle Nazi döneminde olduğu gibi totaliter devletlerin tercih ettiği ve fiil yerine failin iradesini ön plana çıkaran subjektif ceza hukuku kapsamındaki bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Bu konuyla ilgili bkz. **KERMAN, Onur Kemal**; “Ceza Hukuku Sistemlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 1148.

Uyuşturucu madde kullanımına ilişkin de mutlak karinenin uygulanacağı yönünde görüşler mevcuttur. Buna göre KTK m. 48/f. 8 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücülere 3.600 Türk Lirası idari para cezası verilecek, sürücü belgeleri beş yıl süreyle geri alınacaktır. Hükmün devamında bu sürücüler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanacağı da düzenlenmiştir. Doktrinde söz konusu atfı güvenli sürüş yeteneğinin kaybedildiği yönünde kanuni bir karinenin düzenlendiği şeklinde yorumlayan bir görüş vardır<sup>100</sup>. Buna karşın bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre söz konusu atıftan her durumda TCK m. 179/f. 3'ün uygulanacağı gibi bir sonuç çıkartılmamalıdır. Yukarıdaki çekincelerimiz dışında, her türlü madde kullanımının, dozu ne olursa olsun, güvenli sürüş yeteneğini yok ettiğini söylemek bilimsel açıdan da doğru olmayacaktır<sup>101</sup>. Örneğin bir defalık veya çok nadir esrar kullanımının, güvenli sürüş yeteneğini bozduğu ispatlanmış değildir<sup>102</sup>. Dolayısıyla bu nevi bir karinenin kabulünün yukarıdaki çekincelerimizin dışında ayrıca bilimsel olarak da yanlış olacağı yönünde ayrı çekinceler ileri sürülebilecektir.

## 2- Ceza Muhakemesi Bakımından İnceleme

Mutlak karine sistemi, ceza muhakemesi bakımından iki noktada sorunludur. Bunlardan birincisi masumiyet karinesine, ikincisi ise uygulama temeli de olan suçla ilgili toplanan delillerin güvenilirliğine ilişkindir.

100 **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 119. Benzer doğrultuda **APAYDIN**; s. 72; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 5524.

101 Bu konuyla ilgili bkz. **ÖNOK**; s. 192, dpt. 172. Önok'a göre söz konusu atf TCK m. 191 açısından değerlendirilmelidir.

102 **WIRTH, Klaus/SWOBODA, Sabine**; "Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci Bölüm)" (Çev. **HAKERİ, Hakan**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 67; **ÖNOK**; s. 193. Bununla birlikte uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımına ilişkin tespitlerin pratik zorlukları da mevcuttur. Bkz. **SCHÖH**; s. 49. Ayrıca alkol ve uyuşturucu maddelerin bir arada kullanılmasının, yalnızca alkol kullanmaya göre beş kat daha etkili olduğuna yönelik tespitler de vardır. Bu konuyla ilgili bkz. **PEK, Ahmet/PINARCI, Mustafa**; "Alkol ve Bağımlılık Yapıcı Madde Kullanımının Trafik Güvenliğine Etkisi", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 4, Yıl: 2010, s. 8. Dolayısıyla çoklu madde kullanımının olup olmadığı, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin etkileri her somut olayda dikkate alınarak, TCK m. 179/f. 3 bakımından gerekli tespitler yapılmalıdır.

## **a- Masumiyet Karinesi**

Yargıtay tarafından uygulanan mutlak karine sistemiyle 1,00 promilin üzerinde alkollü olan kişilerin güvenli sürüş yeteneğini kayb ettikleri kabul edilmektedir ve bu şekilde araç kullanan kişilerin, TCK m. 179/f. 3te düzenlenen suçu işlediği kabul edilmektedir. Bu durumda hareketin trafik güvenliği üzerinde bir tehlike oluşturduğu ayrıca araştırılmadığı gibi, sürüş yeteneğinin mutlak surette kaybedildiği kabul edildiği için aksinin ispatı da mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce bu nevi bir mutlak karine uygulaması, masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır<sup>103</sup>.

Yargılama süreci bakımından masumiyet karinesi, şüphelinin veya sanığın suçlu olduğu ön kabulüyle ceza muhakemesi sürecinin yürütülememesini gerektirmektedir. Yine *in dubio pro reo*, yani şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanık, suçsuzluğunu ispat etmek zorunda değildir<sup>104</sup> ve hakim şüpheyi kesin bir biçimde yenemezse o hususu sabit olmamış kabul edecektir<sup>105</sup>. Hakim bu şüpheyi yenerken, aslında delil serbestisi içerisinde vicdani kanaatine göre karar verecektir. Ancak vicdani delil sisteminin istisnası olarak bazı durumlarda fiili veya hukuki karineler kabul edilebilecektir<sup>106</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/f. 2'deki koşullara bağlı olarak bu nevi karinelerin makul sınırlar içerisinde kalması ve savunma hakkını ihlal etmemek koşuluyla masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündedir<sup>107</sup>.

TCK m. 179/f. 3 bakımından Yargıtay tarafından uygulanan karine kanaatimizce fiili bir karinedir. Fiili karine ile kanuni karine birbirinden farklıdır. Söz konusu farkı Feyzioglu, "Gerçeğe uygun kabul edilen olay ya da

103 Aynı doğrultuda **ÖNOK**; s. 196.

104 **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**; Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000, s. 55.

105 **KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe**; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1336.

106 Bu konuyla ilgili görüşler için bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU**; Suçsuzluk Karinesi, s. 55, dpt. 169.

107 *Salabiaku v. France*, Başvuru No. 10519/83, Tarih: 07/09/1988, para. 28. Ayrıca bkz. **GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref**; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 298, para. 535/b., **AYTEKİN İNCEOĞLU**; Suçsuzluk Karinesi, s. 59.

olaylardan yola çıkılarak başka bir olayın da gerçeğe uygun olduğuna karar verilmesi, bir hukuk kuralının gereğiyle, kanuni karineden söz edilir. Böyle bir hukuk kuralı yoksa, fakat bir tecrübe kuralı bunu öngörüyorsa, söz konusu karine, fiili karinedir” şeklinde ifade etmiştir<sup>108</sup>. TCK m. 179/f. 3 uygulamasının “Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır” şeklinde kaleme alınan KTK m. 48/f. 6 hükmüne dayandığı düşünülebilirse de, ilgili hüküm Yargıtay uygulamasından daha sonra yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle söz konusu karinenin en azından ilk safhada fiili bir karine olduğu kabul edilmelidir. Karayolları Trafik Kanunu’ndaki değişiklik sonrası ise söz konusu fiili karinenin kanunlaşarak, kanuni bir karine haline getirildiği de ileri sürülebilir. Ceza hukuku bakımından fiili ya da kanuni karine olsun, savunma hakkı gereği bu karinelerin aksinin ispatlanması imkanının bulunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>109</sup>. Hatta aksini ispat imkanı yoksa bir karineden ziyade kanuni delilden bahsedildiği, bunun ise çağdaş ceza muhakemesi anlamında kabul edilemez bulunduğu ifade edilmiştir<sup>110</sup>.

Bu bakımdan 1,00 promil miktarın üzerinde alkollü olduğu tespit edilen kişinin, TCK m. 179/f. 3’ten dolayı yargılanması sırasında, güvenli sürüş yeteneğini kaybetmediği ya da en azından trafik güvenliği üzerinde genel bir tehlike yaratmadığını ispat etme imkanı elinden alınmamalıdır. Aksi bir durum adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açacaktır. Burada ayrıca halen ceza hukukunun genel esaslarına ilişkin çekincelerimiz devam etmektedir. Ancak söz konusu durum, yani kişinin karinenin aksini ispat imkanının bulunmaması, adil yargılanma hakkının ihlal edilecek olması nedeniyle ceza muhakemesi bakımından da kabul edilemeyecektir.

108 **FEYZİOĞLU, Metin**; Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 252.

109 Bkz. **TOSUN, Öztekin**; Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I, 4. Baskı, İstanbul 1984, s. 730; **FEYZİOĞLU**; s. 253.

110 **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**; s. 1496.

## **b- Delil Toplanması**

TCK m. 179/f. 3'te düzenlenen suça ilişkin getirilen genel bir eleştiri, suçun tespitinde nefes ölçüm metodunun kullanılmasıdır. Nefes ölçümüne dayalı olarak kişi, KTK m. 48'te öngörülen idari yaptırımlara ve TCK m. 179/f. 3'te öngörülen cezai yaptırıma maruz bırakılabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki alkolmetreyle gerçekleştirilen nefes ölçüm metodunun, ceza mahkumiyeti kurmak bakımından yeterliliği tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar nefes ölçüm metoduyla, mahkumiyet hükmü kurmak için gerekli delillerin elde edilebileceğini kabul etmektedir. Bu görüşteki yazarlar ceza muhakemesi hukukunda vicdani kanaat sistemi ve delil serbestisi olduğuna dayanarak, nefes ölçüm metodu ile elde edilen delillere dayalı olarak mahkumiyet hükmü kurulabileceğini belirtmektedir<sup>111</sup>. Buna karşın doktrindeki ağırlıklı görüş nefes ölçüm metodunun<sup>112</sup> güvenilir olmadığı ceza yargılamasında kullanılmaması gerektiği yönündedir<sup>113</sup>. Gerçekten de alkolmetreler aracılığıyla yapılan ölçümlerin sorunlu olduğu ve güvenilir verilere ulaşamadığı belirtilmektedir<sup>114</sup>. Ceza muhakemesinde delil serbestisi olmakla birlikte, yargılamada kullanılacak delillerin güvenilir olması gerekmektedir. Bir diğer deyişle güvenilir olmayan delillerin kullanılmasıyla mahkumiyet hükmü kurulamayacaktır. Bu nedenle nefes ölçüm metoduyla elde edilen deliller, güvenilirliği başkaca delillerle desteklenmediği sürece ceza yargılamasında esas alınmamalıdır.

Mutlak karine sisteminin uygulanması, yalnızca güvenilir olmayan nefes ölçüm metoduyla mahkumiyet hükmü kurulması sonucunu doğuracaktır. Yukarıda aktarılan Yargıtay kararları incelendiği takdirde de birçok olayda

111 Bu görüşle ilgili bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 750; **APAYDIN**; s. 88; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 5531; **NARTER**; s. 259.

112 Nefes ölçümü ve kan testine ilişkin çeşitli teorik sorun ve incelemeler için ayrıca bkz. **KILIÇARSLAN İSFEN**; "CMK md. 75'e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım", s. 244 vd.

113 **YENİSEY, Ferdiun**; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğu", Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 21; **CENTEL**; s. 160; **ÖNOK**; s. 190; **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 121, 128; **ÇINAR**; s. 683.

114 **AŞÇIOĞLU/YAPAR/TÜTÜNCÜLER/BELCE**; s. 12 - 14. Yazarların gerçekleştirdiği çalışmada alkolmetre ile yapılan ölçümlerde 95 olgunun 40 adedinde iki ölçüm sonucunun birbiriyle uyumsuz olduğu saptanmıştır.



yalnızca nefes yoluyla ölçümün yapıldığı ve buradan elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmünün kurulduğu görülebilecektir. Bu durum ise ceza hukukunda ne esas ne de usul bakımından tahammül edilebilecek bir sonuç değildir.

TCK m. 179/f. 3'teki suçtan dolayı gerçekleştirilecek yargılamalarda kan alınması suretiyle alkol miktarının tespit edilmesi ve bu metotla elde edilen sonuçların delil olarak kullanılması gerekmektedir. Bunun için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ("CMK") m. 75'te düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulacaktır. CMK m. 75/f. 7 uyarınca özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. KTK m. 48/f. 3 hükmü ise "Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır" şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere mevzuat, kan örneği üzerinden alkol ölçümünü mümkün kılmaktadır.

### **3- Mutlak Karine Sistemine Geçiş Sebeplerine Bağlı Değerlendirme**

Mutlak karine sistemine geçilmesinin çeşitli sebepleri olduğu yukarıda aktarılmıştı. Bunlar trafikte alkolün tehlikelilik rolüne ilişkin veriler, uygulamadan kaynaklı sorunlar ve KTK m. 48'e, 24/05/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile değişik altıncı fıkranın eklenmesi olarak özetlenebilir. Kanaatimizce belirtilen bu sebepler mutlak karine sistemine geçilmesi geçerli sebepler değildir.

Yukarıda da aktarılan bilgiler ışığında trafiğin riskli bir alan olduğu ve alkolün de burada önemli risk faktörlerinden biri olduğu vurgulanmıştı. 2015 yılındaki ölümlü yaralanmalı kazaya neden olan kusurlara ilişkin ista-

tistiğe göre 210.498 kusurlu kazadan, 187.980 tanesi sürücü kusuruyla gerçekleşmiştir. Burada ise toplamda on iki neden arasından alkollü araç kullanmak 3.900 kaza ile dokuzuncu sırada yer almıştır. Ancak “araç hızını yol, hava ve trafiğin gerektirdiği şartlara uydurmamak” sebebiyle 77.659 kaza, “kavşaklarda geçiş önceliğine uymamak” nedeniyle 24.483 kaza meydana gelmiştir<sup>115</sup>. Belli bir seviyede alkollü sürüş gerçekleştirmek, doğrudan ceza hukuku kapsamında yaptırıma bağlanmalıysa, belli bir süratin üzerinde seyretmek, ışıklara uymamak, kavşaklarda geçiş önceliğine riayet etmemek de ceza hukuku kapsamında değerlendirilmelidir. Zira söz konusu faktörler sebebiyle alkollü araç kullanımına nazaran çok daha tehlikeli sonuçlara yol açılmaktadır. Ancak böyle bir kabul ceza hukukunun *ultima ratio*, yani son çare olmasıyla bağdaşmayacaktır. İdari yaptırım ve tedbirler ile yapılacak müdahalenin yeterli olması halinde, ceza hukuku yaptırımlarına ihtiyaç yoktur. Ceza hukukunun *ultima ratio* olması ve koruyucu karakteri nedeniyle TCK m. 179 ve 180 hükümlerinin, ancak trafik güvenliği üzerinde toplumsal düzeni etkileyen bir tehlike olduğu takdirde uygulanabileceği kabul edilmelidir. Trafik düzenine aykırı fiiller bakımından Karayolları Trafik Kanunu'nun etkili şekilde uygulanması gerekmektedir. Ceza hukuku ise ancak belirli bir seviyenin üzerinde tehlikelilik arz eden eylemler bakımından gündeme gelebilecektir.

Mutlak karine sistemine geçilmesindeki bir diğer sebep ise yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması ve uygulamada suçların tespitindeki çeşitli sorunlardır. Halbuki bu nedenler de ceza ve ceza muhakemesiyle bağdaşmayan bir sisteme geçişi meşrulaştırmamaktadır. Yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması, Yargıtay tarafından yol gösterici nitelikte daha çok karar verilmesi, konuyla ilgili bilimsel çalışmaların teşvik edilmesiyle ve uygulamadaki tespit sorunları da personel eğitimi gibi yollarla çözülmeye çalışılmalıdır. Trafikte görev yapan kolluk personelinin alkol ve uyuşturucu etkileriyle ilgili eğitilmesi, alkolmetrelerin daha nitelikli testlere tabi tutulması ve gerektiğinde kan alınması yoluyla alkol miktarının belirlenme-

115 Ölümlü Yaralanmalı Kazaya Neden Olan Kusurlar 2015 verileri için bkz. [www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb\\_id=6](http://www.tuik.gov.tr/HbGetir.do?id=21611&tb_id=6) (son erişim 19/11/2016).

sinin kolaylaştırılması yoluna gidilmelidir. Yine idari tedbir olarak kontrollerin artırılması ve tehlike yaratan sürücülerin tespitinde MOBESE görüntülerine daha yoğun şekilde başvurulması da bu kapsamda düşünülebilir.

Mutlak karine sisteminin bir diğer dayanağı da 24/05/2013 tarih ve 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile KTK m. 48/f. 6 hükmünün değiştirilmesidir. İlgili hüküm "Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hükmün mutlak karine sistemi uygulamasını kanunlaştırdığı ileri sürülmüştür<sup>116</sup>. Hatta Yargıtay bazı kararlarında bu hükmeye dayanarak mutlak karine sistemini uygulamıştır<sup>117</sup>.

Kanaatimizce hüküm, kabahatler ile suçlar arasında içtima kuralının düzenlendiği 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3'e bir istisna getirmektedir. Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3 uyarınca bir fiil hem kabahat hem de suç oluşturuyorsa, bu durumda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacaktır. KTK m. 48/f. 6'da ise güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş kişinin hem KTK m. 48'deki idari yaptırımlardan hem de TCK m. 179/f. 3'ten dolayı sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir<sup>118</sup>. Bir diğer deyişle burada özel bir içtima düzenlemesi yapılmış ve Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3'ün uygulanmaması sağlanmıştır<sup>119</sup>. Bunun dışında KTK m. 48/f. 6, ceza ve ceza muha-

116 **ÖNOK**; s. 187; **KILIÇARSLAN İSFEN**; Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, s. 112.

117 "İncelenen dosyada 170 promil alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sanığın, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48/6. maddesindeki 'yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır' şeklindeki düzenleme de dikkate alınarak atılı suçun yasal unsurlarının oluştuğu gözetilmeksizin, sanığın mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi" (bkz. Yar. 12. CD, E. 2015/8527, K. 2016/7205, Tarih: 26/04/2016).

118 Belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün *ne bis in idem* prensibine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla gerçekleştirilen somut norm denetiminde, Anayasa Mahkemesi hükmü söz konusu ilkeye ve Anayasaya aykırı bulmamıştır. Kararla ilgili bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/124, K. 2015/24, Tarih: 05/03/2015 (Genel Kurul).

119 Farklı yönde **ÖNOK**; s. 187. Önok'a göre söz konusu özel içtima düzenlemesi KTK m. 48/f. 5'te getirilmiştir. Hükmeye göre "Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluşturma bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır". Önok'a göre söz konusu fıkradaki "fiili bir suç oluştursa bile" ifadesiyle Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3'e bir istisna getirilmiştir. KTK m. 48/f.

kemesinin temel prensiplerine aykırı bir uygulamayı meşrulaştırıcı bir etkiye sahip değildir. Hükümdeki ifadeyle TCK m. 179/f. 3'ün uygulanacak olması, bu hükmün ceza ve ceza muhakemesi hukukuna aykırı şekilde uygulanacağı biçiminde yorumlanamaz.

Son olarak Alman ceza hukukunda StGB m. 316'da düzenlenen suç bakımından mutlak karine sisteminin uygulanması, Türk ceza hukuku bakımından bu sistemin uygulanabileceği anlamına gelmemektedir. Zira Alman ceza hukukunda fiilin tehlikeliliğinin yanı sıra failin tehlikeliliği de önem taşımaktadır. Örneğin Alman ceza hukukunda StGB m. 22 ve 23/f. 3 uyarınca elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılması, StGB m. 30 uyarınca azmettiremeye teşebbüsün cezalandırılması, hukuka uygunluk sebebinde tersine hatada failin teşebbüsten sorumlu tutulması<sup>120</sup> gibi hususlar Alman ceza hukukunun sübjektif yapısını ön plana çıkartmaktadır. Halbuki söz konusu bu hususlar, bazıları doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Türk ceza hukukunda görülmemektedir. Aksi bir durum kabul edilse dahi, alkol kaynaklı trafik kazalarının oranları Almanya ve Türkiye'de oldukça farklıdır. Gerçekten de Almanya'da 2008 yılına ait ceza tatbikatı istatistiklerine göre trafikte işlediği suçlardan ötürü mahkum edilenlerin %54,6'sı ilgili suçları sarhoş durumdayken işlemişlerdir. Yine 2011 yılında alkolden kaynaklanan trafik kazaları %5,4 oranında artış göstererek 15.887'ye yükselmiştir. Dolayısıyla alkolün trafik üzerindeki olumsuz etkisi Almanya'da ve Türkiye'de çok farklı oranlarda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Almanya'daki bir uygulamanın Türk ceza hukukuna ilişkin temel prensiplerin süzgecinden geçirilmeden uygulamaya alınması doğru değildir.

---

<sup>6</sup> ise mutlak karine uygulamasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Kanaatimizce KTK m. 48/f. 5'teki ibare tek başına yorumlandığında Kabahatler Kanunu m. 15/f. 3'ün uygulanmayacağı, suç hükümleri yerine sadece KTK m. 48'deki idari yaptırımların uygulanacağı sonucunu doğuracaktır. Gerçekten de hükümdeki ifade, sürücünün fiili suç oluştursa dahi KTK m. 48'in uygulanması gerektiği yönündedir. Buna karşın KTK m. 48/f. 6 ile hem cezai hem de idari yaptırımın bir arada uygulanacağı açıkça hükme bağlandığı için güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş sürücüler hakkında hem KTK m. 48 hem de TCK m. 179/f. 3'ten dolayı yaptırım uygulanması mümkündür.

<sup>120</sup> Bu konuyla ilgili bkz. **DURSUN/BOZBAYINDIR**; s. 77 vd.

## SONUÇ

TCK m. 179/f. 3 ile ilgili verilen kararların değerlendirilmesinde Yargıtay tarafından 2012 yılından itibaren uygulanan mutlak karine sistemi, fiilin tehlikeliliği yerine, failin tehlikeliliğinin esas alınması, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine zemin hazırlaması ve güvenilir olmayan delillerle mahkumiyet hükmü kurulmasını mümkün kılması bakımından sorunludur. Bu nedenle söz konusu sistem, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensipleriyle örtüşmemektedir.

Her ne kadar bu sisteme geçilmesi çeşitli pratik ihtiyaçları karşılar görünse de, bu ihtiyaçların ceza hukukuna ilişkin temel prensiplerle örtüşen yöntemlerle çözümlenmesi mümkündür. Özellikle idari tedbirler aracılığıyla da korunabilecek olan trafik güvenliğinin korunması bakımından ceza hukuku, ancak toplumsal düzeni ciddi seviyede etkileyecek derecede tehlikelilik arz eden eylemler bakımından devreye girmelidir. Kanaatimizce mutlak karine sistemi, bu eşiği çağdaş ceza hukuku bakımından kabul edilmeyecek ölçüde düşürmekte ve ceza hukuku prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle mutlak karine sisteminin uygulanmasına son verilmesi ve trafik güvenliğinin korunması amacıyla oluşturulan suçlarla mücadelede ceza ve ceza muhakemesi hukukuna uygun yolların tercih edilmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- ALACAKAPTAN, Uğur;** “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Yıl: 2000, s. 6 – 32. (“Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları”)
- ALACAKAPTAN, Uğur;** İşlenemez Suç, Ankara 1968. (İşlenemez Suç)
- ALACAKAPTAN, Uğur;** Suçun Unsurları, Ankara 1970. (Suçun Unsurları)
- APAYDIN, Cengiz;** Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları ve Trafik Ceza Hukuku, İstanbul 2015.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015.
- AŞÇIOĞLU, Faruk/YAPAR, Belkıs/TÜTÜNCÜLER, Aliye/BELCE, Ahmet;** “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol”, Adli Tıp Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, Yıl: 2009, s. 8 – 16.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006. (Bankacılık Suçları)
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000. (Suçsuzluk Karinesi)
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul 2016.
- CENTEL, Nur;** “Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m.179/3)”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 155 – 165.
- ÇINAR, Ali Rıza;** “Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 647 – 704.
- DARAGENLİ, Vesile Sonay;** Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998.
- DEĞİRMENCİ, Olgun;** “Ceza Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, Sayı: 77, Yıl: 2008, s. 33 – 86.
- DEMİRBAŞ, Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.

- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, 11. Baskı, İstanbul 1997. (Cilt II)
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 12. Baskı, İstanbul 1997. (Cilt I)
- DURSUN, Selman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah;** “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, İÜHFM, Cilt: 73, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 63 – 90.
- DUTTGE, Gunnar;** “Trafikte Alkol: Cezalandırılması Gereken Bir Haksızlık mıdır? Yoksa Halk Pedagojisinin Yasal Olmayan Bir Eğitim Alanı mıdır?” (Çev. **MERAKLI, Serkan**), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 215 – 225.
- ERMAN, R. Barış;** Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- FAHL, Christian;** “Alman Ceza Kanunu Prg. 316: Bisiklet Sürücülerinin Araç Kullanamama Ehliyetsizlik Hali” (Çev. **YERENER ÇAKMUT, Özlem**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 105 – 110.
- FEYZİOĞLU, Metin;** Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- GERÇEKER, Hasan;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, 2. Baskı, Ankara 2014.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2002.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012. (Genel Hükümler)
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2012. (Özel Hükümler)
- HAKERİ, Hakan;** “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 55 – 96. (“Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”)
- HAKERİ, Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016. (Genel Hükümler)
- HEINRICH, Bernd;** Ceza Hukuku, Genel Kısım I, (Edit. **ÜNVER, Yener**), Ankara 2014.

- İÇEL, Kayıhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- KANGAL, Zeynel;** Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- KATOĞLU, Tuğrul;** “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, Cilt: 61, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 657 – 693. (“Mağdur Kavramının Sınırları”)
- KATOĞLU, Tuğrul;** Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003 (Hukuka Aykırılık)
- KEÇELİOĞLU, Elvan;** “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticesinin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s. 21 – 32.
- KERMAN, Onur Kemal;** “Ceza Hukuku Sistemlerinin Kısa Bir Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 1143 – 1152.
- KEYMAN, Selahattin;** “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1-4, Yıl: 1988, s. 121 – 171. (“Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”)
- KEYMAN, Selahattin;** “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1-4, Yıl: 1980, 59 – 105. (“Tipiklik ve Ceza Hukuku”)
- KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel;** “Güvenli Araç Sürme Yeteneğinin Kaybının Tespiti Bağlamında Kan Örneği Alınması – CMK md. 75’e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2013, s. 241 – 254. (“CMK md. 75’e Alman Hukuku Açısından Eleştirel Bir Yaklaşım”)
- KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel;** Alman ve Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Ankara 2013. (Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçlar)
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ,, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe;** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.
- MALKOÇ, İsmail;** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2013.
- NARTER, Sami;** Trafik Kazalarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil;** Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007.
- ÖNDER; Ayhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, 1. Basılı, İstanbul 1989.



- ÖNOK, R. Murat;** “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 121, Yıl: 2015, s. 157 – 202.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2016. (Genel Hükümler)
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016. (Genel Hükümler)
- ÖZEK, Çetin;** “1997 Türk Ceza Yasa Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 639 – 701.
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2016.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016.
- Parlar, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer;** Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 3, 3. Baskı, Ankara 2010.
- PARLAR; Ali;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Ankara 2015.
- PEK, Ahmet/PINARCI, Mustafa;** “Alkol ve Bağımlılık Yapıcı Madde Kullanımının Trafik Güvenliğine Etkisi”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 4, Yıl: 2010, s. 1 – 18.
- SCHÖH, Heinz;** “Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç” (Çev. **HAKERİ, Hakan**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 47 – 54.
- SUNGUR, İslim/AKDUR, Recep/PIYAL, Birgül;** “Türkiye’deki Trafik Kazalarının Analizi”, Ankara Medical Journal, Sayı: 14, No: 3, Yıl: 2014, s. 114 – 124.
- TOROSLU, Nevzat;** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- TOSUN, Öztekin;** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I, 4. Baskı, İstanbul 1984.
- TÜRAY, Aras;** Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara 2016.
- ÜNVER, Yener;** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- WIRTH, Klaus/SWOBODA, Sabine;** “Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci Bölüm)” (Çev. **HAKERİ, Hakan**), Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 55 – 70.
- YARSUVAT, Duygun;** Trafik Suçları, İstanbul 1972.

**YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 4, 2. Baskı, Ankara 2014.

**YENİSEY, Ferdiun;** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğu”, Trafik ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Ankara 2006, s. 13 – 26.

**YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried;** Alman Ceza Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2015.

**ZAFER, Hamide;** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

**Irmak DUMAN\***

### ÖZET

Koruma tedbirleri, bir suç şüphesinin varlığı halinde yapılacak olan ceza yargılamasının en önemli yardımcılarındandır. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasında kullanılacak delillerin temin ve muhafazasını sağlamak, sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak, şüphelinin ifade-sine başvurmak konularında soruşturma aşamasında savcıya; kovuş-turma aşamasında ise hâkime yardımcı olmakla mükellef bu kuru-mun, hukuka uygunluğunun kabul edilebilmesi için sahip olması ge-reken birtakım özellikleri vardır. Koruma tedbirleri kişinin güvenliği, özgürlüğü ve temel hakları ile doğrudan bağlantılı nitelikte olmasın-dan dolayı düzenlemesinde dikkat edilmesi gereken noktalar hayati önem arz etmektedir. Nitekim uyulması gereken ölçütlere uyulmama-sı şüpheli veya sanık konumundaki kişi güvenliği bakımından ciddi sonuçlara sebep olabilecektir. Koruma tedbirlerinin asıl amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olsa bile, madalyonun öbür yüzünde bir in-sanın temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı unutulmadan dü-zenleme yapılmalı ve maddi gerçeği ortaya çıkarıp sonuçlandırma iste-ği ile kişinin güvenliği hak ve özgürlükleri ihlal edilmemelidir. Koruma tedbirlerinin sahip olması gereken ölçütlerle uyumlu mevzu-at düzenlenmeli ve uygulamada da aynı şekilde hukuka ve insan haklarına uyumlu hareket edilmelidir.

Bu çalışmada koruma tedbirlerinin hukuka uygun olarak nitelendiril-mesini sağlayan ölçütlerden detaylıca bahsedilecektir. Ölçütün içeri-ğinin ve uygulamadaki yansımalarının tam anlaşılabilmesi için AİHM kararlarının yardımına başvurulacaktır. Çalışmanın ilgili her bölümü-

\* İstanbul Barosu'na bağlı Avukat, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

nün son aşamasında ise bahsi geçen ölçütün Türk Mevzuatı'na yansıması incelenecek gerekli görülen yerlerde Türk Mevzuatı ile ilgili eleştirilere yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Yasa ile düzenleme, şüphenin yoğunluğu, özgürlüğün sınırlandırılması, geçicilik, gecikmesinde sakınca bulunan hal, hâkim kararı, ölçülülük

### **KISALTMALAR**

- CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu  
TCK : Türk Ceza Kanunu  
PVSK : Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu  
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi  
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi  
YGİAY : Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği  
AÖAY : Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

### **KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ**

“Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin yapılmasını, yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üstünde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip yetkililer tarafından gecikmede sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvurulmuş ve hüküm verilmesinden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çareler”<sup>1</sup> olarak tanımlanabilir. “Koruma tedbirleri şüpheliye sanığa veya üçüncü bir kişiye uygulanabilir.”<sup>2</sup> Bu bağlamda koruma programı koruma tedbirine karar verilmesi üçüncü kişiye uygulanan bir koruma tedbiri niteliğindedir. Doktrinde koruma tedbirlerinin özellikleri ve şartları olarak iki farklı ana grupta belirtilen birtakım nitelikler olsa bile, sınıflandırma konu-

1 Bahri Öztürk / Behiye Eker Kazancı / Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 1. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2013, s. 19

2 Nur Centel / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2011, s. 313

sunda bir fikir birliği olmadığı görülmektedir. Zafer/Centel koruma tedbirlerinin özellikleri olarak yasa ile düzenlenme, geçici olma ve araç olmayı, koruma tedbirlerinin ön şartları olarak ise gecikmesinde tehlike bulunan halin varlığı, görünüşte haklılık ve orantılılık aramıştır.<sup>3</sup> Ünver/Hakeri'nin sınıflandırmasına baktığımız zaman; zorlayıcı olma, araç olma ve geçici olmayı koruma tedbirlerinin özellikleri; suç şüphesi bulunması, kanuni düzenleme bulunması, gecikmez hal bulunması, görünüşte haklılık bulunması ve orantılılık ilkesini ise koruma tedbirlerinin ön şartları arasında görüyoruz.<sup>4</sup> Diğer bir bakış açısıyla Öztürk/Tezcan/Erdem'in ise özellikler kategorize etmeden bir bütün olarak sunduklarını görüyoruz.<sup>5</sup> Belirtildiği üzere bu tasnif açısından doktrinde hâkim olan bir görüş yoktur. Bu çalışma bakımından ise koruma tedbirlerinin sahip olması gereken özellikler herhangi bir tasnife tabi tutulmadan tek çatı altında incelenecektir.

Hukuken geçerli bir koruma tedbirinden bahsedebilmek için koruma tedbirinin şu şartları sağlaması gerekir:

- I. Yasa ile düzenlenmiş olma
- II. Şüphelerin belli bir yoğunlukta olması
- III. Henüz hüküm verilmeden temel bir hak ya da özgürlüğün sınırlandırılması
- IV. Geçici olması
- V. Muhakemenin yapılabilmesini/ delil temin etmeyi/ kararların kağıt üzerinde kalmamasını amaçlama
- VI. Gecikmede sakınca bulunan bir halin varlığı dolayısıyla başvurulması
- VII. Hâkim, gecikmez hallerde savcı kararı bulunması
- VIII. Ölçülülük ilkesi bulunmasıdır

3 Centel / Zafer, s.312-315

4 Yener Ünver / Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2014, s. 327-335

5 Bahri Öztürk ve diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013, s.446- 449

## **YASA İLE DÜZENLENMİŞ OLMA:**

### **KAVRAMIN TANIMI:**

Koruma tedbirleri temel hak ve özgürlükleri hükmün verilmesinden önce sınırlandıran işlemlerdir. Bir temel hak veya özgürlük ise ancak kanun ile sınırlandırılabilir. İdarenin genel düzenleyici işlemleri ile bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla koruma tedbirlerinin yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği halleri şu şekilde sınırlandırmıştır: *Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

*b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;*

*c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;*

*d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması*

Maddenin anılan ilgili kısmında görüldüğü üzere, “yasanın gördüğün usule uygun olmadan” ibaresi ile hak ve özgürlüklere ilgili sınırlandırmaların ancak yasa ile yapılabileceği açıkça belirtilmiştir.

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin hangi şartlarda sınırlandırılabileceğine ilişkin 11. maddesi de, şartlardan biri olarak kanuni düzenlemeyi aramıştır: *Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yal-*

*nızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*

Anayasa, düzenlemesini bu kapsamda bırakmayarak, 19. Maddesinde: “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; balleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” düzenlemesini getirmiştir.

19. maddenin ceza muhakemesi hukuku açısından büyük önem arz eden bir düzenleme olduğu ortadadır. Zira maddede konumuzu ilgilendiren güvenlik tedbirlerine, yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerine, tedavi eğitim ve ıslah tedbirlerine özel olarak yer verilmiştir. Sayılan hallerde kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceğini düzenlemiştir.

Özetle, konumuz açısından Türk Hukuku’nda özgürlüklere yapılabilecek sınırlamaları belirlerken Anayasa’nın 11. Ve 19. Maddelerini birlikte değerlendirmemiz gerekmektedir. Nitekim Türk düzenlemesinde kişinin hak ve özgürlüğünün kısıtlanabilecek hallerin ne olduğunu ve bunların sınırlanmasında uyulması gereken kuralları bize bu iki madde söylemektedir.

Anayasadaki düzenlemeye bağlı olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 74 ile 140. Maddeleri arasında koruma tedbirlerinin kanuni düzenlemeleri yapılmıştır.

## AIHM KARARLARI

### *Wieser/Bicos Beteiligungen Avusturya Davası<sup>6</sup>:*

Wieser, Salzburg'da avukatlık yapmakta olup aynı zamanda ikinci başvuran holding Bicos Beteiligungen'in sahibi ve genel müdürüdür. Bu holding aynı zamanda Novamed adı verilen limited şirketin tek sahibidir. 30 Ağustos 2000'de Salzburg Bölge Mahkemesi ikinci başvuran olan Bicos ve Novamed hakkında arama kararı çıkartmıştır. Ancak iki şirketin de merkezi ilk başvuran avukat Wieser'in avukatlık bürosudur. Mahkeme, İtalya ile yasadışı ilaç ticareti yapıldığını ve faturaların Novamed'e yollandığını fark etmiş dolayısıyla şüpheli müşterilere uğraşmak için şirketin merkezi olan avukatlık bürosundaki bütün işle ilgili dosyalara el konulmuştur. 10 Ekim 2000 tarihinde ilk başvuruçunun avukatlık ofisi 8-10 görevli ve veri uzmanları tarafından aranmıştır. Avukatın bilgisayarlarında tarama yapılmış ve bazı veriler disklere kaydedilmiştir. Başvuruçunun hangi verilerin aranmasına izin verdiği konusundaki beyanları dikkate alınmamıştır. Arama bittiğinde başvuruçuya arama tutanağı verilmediği gibi kendisi arama sonuçlarından haberdar da edilmemiştir. Başvuruçuya daha sonraki bir zamanda gelen polisler bir arama tutanağı vermişlerdir.

Başvuruçucu öncelikle yapılan arama işlemleri sonucunda avukat müvekkil ilişkisi içerisinde gizli kalması gereken belgelerin de disklere kaydedildiğini söylemiştir. Sonraki iddiası ise, aramayı yapan 8-10 görevli olmasına rağmen tutanakta sadece üç görevlinin imzasının olduğu ve tutanağın hangi dosyaların arandığını hangi dosyaların diske kaydedildiğinin kaydını detaylıca tutmadığı yönünde olmuştur.

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139 ila 149 arası maddelerinin kişi ve mülkün aranması ve nesnelere el koymayı düzenlediği belirtilmiştir. 145. Madde şu şekildedir: "Belgelerde arama yaparken bu belgelerin yetkisiz üçüncü kişilere ifşa olmaması için gerekli önlemler alınmalıdır. Eğer belgelerin sahibi, dokümanları arasında arama yapılmasına izin vermiyorsa,

6 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["wieserbicos"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-82711"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)



İlgili belgeler mühürlenip mahkemeye sunulmalı ve bu belgelerin incelenmesi ya da iade edilmesi konusuna mahkeme karar vermelidir”. Mahkeme içtihatları ve doktrine göre dokümanlar hakkındaki bu uygulama elektronik veriler hakkında da uygulanabilir nitelik taşımaktadırlar. Buna bağlı olarak kişinin aranmasına izin vermediği elektronik veri de mühürlenip mahkemeye sunulmalıdır.

Konuyla ilgili olarak AIHM, bir işlemin ulusal hukukta yasal tabanı olmadıkça hukuka uygun sayılamayacağını vurgulamıştır. Bu kapsamda Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun elektronik verilerin aranması hakkında özel madde içermediğini, genel arama hükümlerinin elektronik verilere de uygulanacağı kanısının yalnızca doktrin yorumu ve mahkeme içtihatlarıyla geldiğini belirtmiştir. Olayda belgelere el konulması açısından yukarıda tanımlanan garantilere tamamen uyulduğunu gözlemlenmektedir. Gerçekten de başvuru bu açıdan herhangi bir yakınmada bulunmamışlardır. İşbu davada can alıcı nokta sözü geçen güvencelerin elektronik veriler açısından uygulanmamış oluşudur.

İlk olarak, her ne kadar baro temsilcisi bilgisayar sistemlerinin aranması sırasında geçici olarak huzurda bulunmuşsa da temsilci esasen yazılı belgelerin el konulmasını denetlemekle meşguldür ve bu nedenle elektronik veriler açısından denetim rolünü uygun bir şekilde yerine getirememiştir. İkinci olarak, hangi arama ölçütüne başvurulduğu, hangi dosyaların kopyalandığı ve hangilerine el konulduğunu gösteren bir arama, el koyma tutanağı el koyma işleminin sonunda değil aynı gün daha sonra tanzim edilmiştir. Ayrıca, görüldüğü kadarıyla görevliler, işlerini bitirdiklerinde aramanın sonucu hakkında birinci başvurucuyu veya Baro temsilcisini bilgilendirmeksizin ayrılmışlardır.

Sonuç olarak Mahkeme, ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulü güvencelere uygun davranılmamasının, ilk başvuru elektronik verilerinin aranması ve bunlara el konulması işlemlerinin hedeflenen meşru amaç ile orantısızlık teşkil ettiğine karar vermiştir.

*Kararın değerlendirilmesi:* Bu karar, bir koruma tedbirinin uygulanması için “yasal dayanak arıyor olması” bakımından incelemekte olduğumuz ölçüt için önem teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere AİHM, ülkedeki doktrin veya içtihatlar bir kıyası kabul etmiş olsa bile, bir koruma tedbirinin uygulanmasında kıyasa dayanılmasını reddetmiştir. Arama koruma tedbiri hükümlerinin, elektronik verilerde yapılacak bir aramada kıyasen uygulanabilirliğini kabul etmeyen AİHM, her farklı koruma tedbiri için ayrıca bir düzenleme aramaktadır.

## **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### ***Yakalama***

Yakalamaya dair düzenlemeyi incelerken Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yakalama Gözaltı Yönetmeliği’ni incelemek gerekir. Ceza Muhakemesi’nin kanununun 90. ve 93 ile 99. maddeleri arasında yakalama koruma tedbiri hakkında kanuni düzenleme yapıldığını ve yasayla düzenleme ölçütüne uyulduğunu görüyoruz. Yakalama Gözaltısına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nde ise yine yakalamaya ilişkin hükümler bulunmakla birlikte, yönetmelik varlığını CMK 99’dan yani yine bir kanun maddesinden almaktadır. Dolayısıyla yakalama ile ilgili hukuka uygun bir kanuni düzenleme olduğunu belirtebiliriz.

### ***Göz Altına Alma***

Gözaltı düzenlemeleriyle ilgili yorum yapmak için CMK 91-92 ve YGİAY incelenmelidir. Gözaltı koruma tedbirinin yasa ile düzenlenme ölçütüne yakalamada olduğu gibi uyulduğu görülmektedir.

### ***Arama***

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116 ile 122. maddeleri arası arama tedbirini düzenlemiştir. Arama tedbiriyle ilgili bunun dışında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ne de bakmak gerekmektedir. Yasa ile düzenleme ölçütüne uyulmuştur.

### ***Tutuklama***

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesinden 109. maddesinde kaski kısımda tutuklama koruma tedbirinin kanuni düzenlemesi yapılarak, yasa ile düzenlenmiş olma ölçütüne uyulmuştur.

## ŞÜPHELERİN BELLİ BİR YOĞUNLUKTA OLMASI:

### A. KAVRAMIN TANIMI

Koruma tedbirlerine başvurabilmek için öncelikle ortada bir suç şüphesi olmalıdır. Bu suç şüphesi ilgili koruma tedbirine göre farklı yoğunlukta olabilir. Hangi suç şüphesinin aranacağı ilgili koruma tedbirinin temel hak ve hürriyetlere müdahale oranı ile doğru orantılıdır. Buna bağlı olarak kişinin özgürlüğünü en üst düzeyde sınırlandıran tutuklama bakımından kuvvetli şüphenin varlığı aranacak gözaltına alma bakımından ise kişinin suç işlediğini düşündüren emareler aranacaktır. Bahsedilen suç şüphesi varlığını eldeki delillerden alır. Şüphenin kuvvetini sağlayan ise, elde bulunan delillerin kuvvetidir. Bu kapsamda şüphe çeşitlerini daha yakından tanımakta fayda vardır:

#### *Makul şüphe:*

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin altıncı maddesinde makul şüphe:

*“Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.*

*Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.*

*Makul şüphede, ibbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.”*şeklinde tanımlanmıştır.

Makul şüphe, şüphenin yoğunluğundan bağımsız bir nitelikte olup yoğunluğu ne olursa olsun her şüphenin taşıması gereken bir niteliği ifade eder. Makul şüphe akla dayanan şüphedir, tespitinde varsayımlara yer yoktur.

#### *Basit şüphe:*

Bir şüphenin dayandığı deliller basit, yetersiz ya da sayıca azsa ortada

basit şüphe vardır. Sadece tahminden ibaret olan bir şüphe ile soruşturmaya başlanması mümkün değildir. En azından basit şüpheye mahal verecek delillerin varlığı aranmazsa, uygulamada keyfiliğin önüne geçilmesi mümkün olmayacaktır.

### *Yoğun şüphe:*

Yoğun şüphe genel itibariyle soruşturmaya başlanması için yeterli yoğunluktaki delilleri ifade eder. Yoğun şüphe kavramına giren:

a) Yeterli Şüphe: Eldeki deliller, sanığın isnat edilen fiil bakımından be-  
raat edeceğinden ziyade mahkûm olacağını işaret ediyorsa bu durumda  
yeterli şüphe vardır.

b) Kuvvetli Şüphe: Eldeki deliller sanığın büyük olasılıkla mahkûm ol-  
acağını gösteriyorsa kuvvetli şüphenin varlığından söz edilir.

## **AİHM KARARLARI**

### *1) Labita ve İtalya Davası<sup>7</sup>:*

Başvurucu 21 Nisan 1992 tarihinde mafya tipi bir örgüte üye olması se-  
bebiyle yakalama kararı ile 46 kişilik bir soruşturma kapsamında yakalan-  
mıştır. Başvurucu hakkında ayrıca bölgedeki en bilindik mafya örgütünün  
lideri olduğu düşünülen kayınbiraderinin şirketini yönettiği için de suçla-  
malar yapılmıştır. Başvurucu hakkındaki iddialar, aynı şekilde mafya üyesi  
olma suçuyla yakalanan ama daha sonra işbirliği yapmayı seçen (*pentiti*)  
B.F adındaki kişinin ifadelerine dayandırılmıştır. B.F bu bilgiyi G.D adlı kişi-  
den, G.D adlı kişi ise bu bilgileri F.M'den almıştır. G.D ve F.M mafya tarafın-  
dan öldürülmüştür. Başvurucu Palermo hapisanesinde 35 gün izole edil-  
miş şekilde kalmıştır. *Bütünün güvenirliliği (global credibility)* ilkesi uya-  
rınca, B.F'nin beyanları Labita'nın örgütteki görevi nedir, ne yapmıştır soru-  
larına yanıt vermese bile beyanlarının tümünün tutarlılığı değerlendirildiği  
zaman, bu beyanların Labita'nın gözaltında kalmasına yeterli sebep oldu-

7 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["labita"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)  
CHAMBER"],"itemid":["001-58559"]}

ğuna karar verilmiştir. Mahkeme ayrıca Labita'nın gözetim altında tutulmasının gerekliliğini, kanıtların çoğunun sözlü tanık ifadesi olması ve baskı sonucu tanıkların ifadesini değiştirme riskinin bulunması ile açıklamıştır. Başvurucu daha sonra hapse atılmış ve bu kararı temyiz etmiştir. Temyiz sebebi olarak, hapisanede bulunma sebebinin yalnızca B.F'nin ifadesi olduğunu ve bunların maddi kanıtlarla desteklenmemiş olduğunu belirtmiştir. Labita ayrıca şirkette sıradan bir çalışan olduğunu hatta hakkında daha önceden disiplin soruşturması bile açıldığını ifade etmiştir. Temyiz mahkemesi Labita'nın talebini reddetmiştir.

Mahkeme, ortada makul bir şüphe olması için maddi gerçeklerin ve bilgilerin objektif bir gözlemciyi kişinin suç işlediğine dair ikna etmesi gerekir diyerek makul şüphede ana kuralı koymuştur. Bu olayda ise başvurucu hakkındaki suçlamalar yalnızca tek bir kaynaktan gelmektedir. Mahkeme, eski üyelerin iş birliğinin İtalyan otoritelerinin mafya ile mücadelesinde çok önemli bir silah olduğunu kabul etmekle birlikte bu kurumun beraberinde önemli sorunlar getirdiğine de işaret etmektedir. Örneğin, bu tarz beyanların manipülasyonlara açık olması, beyanların yalnızca İtalyan hükümetinin işbirlikçiye sağladığı imkânlardan yararlanmak için veriliyor olması veya intikam duygusuyla beyan verilmesi mahkemenin belirttiği dezavantajlardır. Bu sebeplerden dolayı işbirlikçilerin ifadeleri başka delillerle desteklenmelidir. Bunun dışında başkalarından işitilerek öne sürülen deliller (*bearsay*) objektif kanıtlarda desteklenmelidir.

Anılan olayda B.F'nin başkalarından işiterek öne sürdüğü deliller haricinde delil bulunmamaktadır. Hatta B.F'nin ana ve dolaylı bilgi kaynağı sorgulanamadan ölmüştür. Bunun dışında B.F'nin beyanlarının başka kişilerin beyanlarıyla da yer yer çeliştiği göz önünde tutularak, mahkeme, hükümetin başvurusunun bu uzun tutukluluk halinin hukuka uygunluğunu savunabilmesi için başka ikna edici sebepler sunması gerektiğine karar vermiştir.

*Kararın Değerlendirilmesi:* Karar, makul şüphenin tanımını açık bir şekilde yapması bakımından önemlidir. Ayrıca dikkat edilmelidir ki kararda

anılan tanıklar sıradan tanıklar değil, aynı suçtan hakkında soruşturma başlatılmış ancak daha sonra iş birliği yapmayı seçmiş tanıklardır. Bu hususun altının mahkeme tarafından çizilmesi ve bu tanık beyanlarının güvenilirliğinin sorgulanarak objektif kanıtlarla desteklenmesi gerektiği yönünde karar vermesi hukuk güvenliği bakımından da isabetli bir karar olmuştur.

*Fox/Campbell/Hartley ve İngiltere Davası*<sup>8</sup>:

5 Şubat 1986 tarihinde Fox ve Campbell polis tarafından durdurulmuş ve içinde buldukları araçta arama yapılmıştır. Daha sonra 1978 Yasası'nın 11. Maddesi uyarınca gözaltına alınmışlardır. Gözaltına alınma sebeplerinin terörist olmalarından dolayı duyulan şüphe olduğu taraflara bildirilmiştir. Taraflara ayrıca kanun uyarınca 72 saate kadar tutulabilecekleri bildirilmiş ve gün içerisinde ayrı ayrı ifadelerine başvurulmuştur. Taraflara, IRA olarak bilinen terör örgütü hakkında sorular yöneltilmiştir. Hükümet, durdurulma anlarındaki şüphe hakkındaki bilginin polis tarafından önceden biliniyor olduğu savunmasında bulunmuştur.

Taraflar ceza verilmeden serbest bırakılmışlardır. Toplamda Fox 44 saat, Campbell 44 saat 5 dakika gözaltında tutulmuştur. Yakalanmalarından sonra taraflara haklarını bildiren bildirinin iletildiği tespit edilmiştir.

Taraflar bu davada makul şüphe olmadan yakalandıklarını iddia etmektedirler. Başvuruculara göre 1978 Yasası'nın 11. maddesi "Terörist olduğundan şüphelenilen kişiler yakalama kararı olmadan yakalanabilirler" düzenlemesinin AİHS'nin 5/1/c hükmüne açıkça aykırılık teşkil ettiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, ortada makul şüphe olduğunu gösteren maddi olaylara da yer verilmesi gerektiğini söylemişlerdir.

11. Maddeye göre, bir yakalamanın hukuka uygun olması için yalnızca dürüstçe yapılması yeterli bulunmuştur. Oysaki AİHS/5/1/c'nin bahsettiği ölçüt, dürüstçe gibi herkes tarafından farklı yorumlanabilecek sübjektif bir ölçüt değil makul şüphe gibi objektif bir ölçüttür. Mahkeme burada, makul şüphenin üçüncü kişi konumundaki bir izleyiciyi suç işlediğine dair ikna

8 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["foxcampbell"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"chamber"},"itemid":\["001-57721"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

edecek bilgiler ve gerçekler olarak tanımlamış ancak bu gerçeklerin olaydan olaya değişebileceğini vurgulamıştır.

Ayrıca mahkeme, terörizm gibi hassas bir konuda polisin elde ettiği güvenilir bilgilere dayanarak yakalama yapabilmesini kabul etmiştir çünkü polisin bilgi kaynağını açıklamasının o kaynağı tehlikeye sokmak olduğunu düzenlemiştir. Ancak mahkeme, bu tarz suçların soruşturması her ne kadar zor olursa olsun bu hukuk güvenliği oluşturan “makul şüphe” kavramını esnetmek için yeterli olmayacağını vurgulamıştır. Komisyonun çoğunluğu, hükümetin bu yakalamaya dair AİHS madde 5/1/c'nin öngördüğü bir makul şüphenin varlığını ibraz edemediği, yalnızca İrlanda Kanununun öngördüğü dürüst bir şüphenin varlığını gösterebildikleri yönünde görüş bildirmiştir.

*Kararın Değerlendirilmesi:* Anılan karar, makul şüphelyi objektif ölçütlere bağlamış olması yönüyle önem arz eder. Burada AİHM terör her ne kadar hassas bir konu olsa bile kişinin özgürlüğünü, haklarını ve güvenliğini tehlikeye atmayacak bir yorum benimsemiş ve objektifliğe dayanan makul şüphe esasından vazgeçmemiştir.

## TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### ***Yakalama***

Yakalama Göz Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesi, yakalama fiilinin tanımını yaparken “*Suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alınma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denerim altına alınması*” ifadesini kullanılmıştır. Yukarıda tanımı verildiği üzere bu ifade bizi makul şüphe tanımına götürmektedir. Buna göre, kişi hakkında yakalama kararı verilebilmesi için makul şüphe aranması gerekecektir. Yakalama yapabilmek için bunun dışında başlangıç şüphesi yeterlidir.<sup>9</sup>

9 Öztürk / Kazancı / Güleç, s.46

### ***Göz Altına Alma***

CMK'nın 91. maddenin ikinci fıkrası ise koruma tedbirine karar verilmesi için bulunması gereken şüpheden bahsetmektedir: "*Gözaltına alma bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suç işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır*" düzenlemesi kişi hakkında gözaltına karar verilebilmesi için öncelikle ortada suç işlediğine dair bir şüphe olması gerektiğini gösterir. Bu şüphe, somut delillerle desteklenmesi gereken bir şüphedir. Belirtilen tarzda bir şüphe olmadığı takdirde kişi hakkında gözaltına alma tedbirinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

### ***Arama***

CMK 116 "*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*" düzenlemesi ile, arama kararı verilebilmesi için yukarıda açıklamasını yaptığımız makul şüphenin aranacağını belirlemiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesi de paralel bir düzenleme yapıp "*Adli Arama bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin...*" ifadesi ile makul şüphe aranacağını düzenlemiştir.

### ***Tutuklama***

CMK madde 100 "*Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir*" düzenlemesi ile bir koruma tedbiri bakımından aranacak en etkili şüphe olan kuvvetli şüpheliyi aramıştır. Bunun sebebinin tutuklama koruma tedbirinin kişi hak ve özgürlüklerini en fazla sınırlandıran tedbir olduğunu yukarıda belirtilmişti. Buna bağlı olarak tutuklama kararı verilebilmesi için Türk mevzuatında aranan şüphelinin AİHM ölçütlerine uygun olduğunu söylemek mümkündür.



## HÜKÜM VERİLMESİNDEN ÖNCE TEMEL BİR HAKKIN SINIRLANDIRILMASI:

### A. KAVRAMIN TANIMI

Koruma tedbirleri, suçlu olup olmadığı henüz yargı kararıyla kesinleşmemiş birinin hak ve özgürlüklerine kısıtlamalar getirmektedir. Normal şartlar altında kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi ancak bu yönde yetkili kişi (bu yetkili kişi genellikle hâkim olarak kabul edilmektedir ancak aşağıda AİHM'nin yetkili kişi konusundaki kriteri detaylıca açıklanacaktır) tarafından verilen bir kararla mümkün olabilirken, ceza muhakemesinin kâğıt üzerinde kalmamasını ve hayata geçirebilmesini amaçlayan bu tedbirler, hüküm verilmesinden evvel kişinin temel bir hakkının ya da özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olmaktadır. “Yöneldikleri değer açısından koruma tedbirleri özgürlüğe, vücut bütünlüğüne ve zilyetliğe yönelik olabilir. Tutuklama yakalama özgürlüğe, üst araması vücuda ve özel hayata, arama konut dokunulmazlığına, el koyma ise zilyetliğe yönelik olan koruma tedbirleridir.”<sup>10</sup>

Öztürk/Tezcan/Erdem “İletişimin denetlenmesi suretiyle haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmektedir<sup>11</sup> “diyerek, sınırlanan bir başka özgürlüğe dikkat çekmektedir.

Öztürk/Kazancı/Güleç ise “El koyma tedbiri ile mülkiyet hakkı kısıtlanmakta, telefonların dinlenmesi tedbiri ile özel hayatın gizliliği ihlal edilmekte, tutuklama yapma suretiyle kişi özgürlüğüne müdahale edilmektedir”<sup>12</sup> şeklinde örnekler vererek, kişinin müdahale yapılan hak ve özgürlüklerinden bir kısmını belirtmiştir.

## TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Klasik koruma tedbirleri olarak adlandırılan yakalama, gözaltına alma arama ve tutuklamaya baktığımız zaman, hepsinin temel hak ve özgürlüğü

10 Centel / Zafer, s.312

11 Öztürk ve diğerleri, s. 448

12 Öztürk / Kazancı / Güleç, s. 23

sınırlandırıcı özelliğini fark edebiliyoruz. Yukarıda da belirtildiği gibi, hakkında yakalama gözaltı veya tutuklama kararı verilen kişinin aslında serbest dolaşma özgürlüğü kısıtlanmış olmaktadır. Aynı şekilde, evinde arama kararı verilen ya da hakkında üst araması kararı verilen kişinin özel hayat gizliliği hakkı ihlal edilmektedir. Tanımda belirtildiği gibi, tüm bu işlemler kişiye ceza muhakemesinden önce veya ceza muhakemesi esnasında uygulandığı için esasen henüz kişiler hakkında belirli bir hüküm verilmeden temel hak ve özgürlükleri sınırlandırılmış olmaktadır.

## **GEÇİCİ OLMASI:**

### **A. KAVRAMIN TANIMI**

Koruma tedbirleri ulaşılmak istenen nihai amaç değil, bu yolda kullanılması gereken araçlardır. Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin gerçekleşmesine hizmet eden araçlardır. Bunun yanında birbirlerine araçlık etmek özellikleri de bulunmaktadır.<sup>13</sup> Örneğin tutuklanmak amacıyla bir kişinin yakalanması durumunda, yakalama tedbiri korumaya aracılık etmektedir. Dolayısıyla geçici niteliğe sahiptirler. Amaca ulaşıldığı noktada koruma tedbirlerinin derhal sona erdirilmesi gerekmektedir.

“Koruma tedbirlerinin geçici oluşu bazen sadece zaman sınırlaması anlamında olsa da geçicilik, açıkça bir sürenin gösterilmesini öngörmez. Zira geçicilik bir tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması halinde o tedbirin nihayet bulmasını ifade eder”.<sup>14</sup> Gözaltına alma koruma tedbirini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 91. Maddesine baktığımızda, gözaltı süresinin yakalama anından itibaren 24 saati geçemeyeceğini düzenleyerek, geçici olma ilkesini açıkça bir süreye bağlamıştır. Aynı şekilde tutuklulukta geçecek süreyi düzenleyen 102. madde de tutukluluk süresinin ne kadar olacağını belirtmiştir. Bu iki düzenleme de koruma tedbirlerinin geçici olma özelliğinin bir sonucudur. Ancak kanun bu süreleri açıkça sınırlamasaydı da tedbire karar verilme zorunluluğu doğuran sebebin ortadan

<sup>13</sup> Ünver / Hakeri, s. 329

<sup>14</sup> Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015, s. 306

kalkması ile birlikte koruma tedbirlerinin de ortadan kalkmasına karar verilmesi gerekecektir.

Doktrinde geçici olma özelliğinin yalnızca sebep ortadan kalkınca koruma tedbirinden vazgeçilmesi olmadığını ileri süren yazarlar da vardır. Bu yazarlar, hakkında yurtdışına çıkma kararı verilen bir sanığın, gerekli hallerde bu tedbirinin tutuklama tedbirine çevrilmesini de yine geçici olma kapsamı içinde almışlardır. Bir koruma tedbirinin diğerine dönüşmesi hususunu yine koruma tedbirlerinin geçiciliği olarak nitelendirmişlerdir. “Tedbiri haklı gösteren sebebin çoğalması veya çok defa rastlandığı üzere azalması ile de orantılılık ilkesi gereği yerini daha ağır veya daha hafif bir başka koruma tedbirine bırakır.” Diyerek durumu açıklamışlardır.<sup>15</sup> Bu görüşün bir kısmına katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bizce, koruma tedbirlerinin geçici özelliği özgürlüğü kısıtlanan kişinin güvenliğini korumayı hedefleyen bir özellik olduğundan dolayı mümkün olduğunca kişinin lehine yorumlanmalı, geçicilik özelliği ile kişinin bir önceki durumundan daha özgür olduğu bir durum ifade edilmek istenmektedir. Dolayısıyla, mevcut durumun şartlarının ağırlaşması durumunda hafif bir koruma tedbirinin yerini daha ağır bir tedbire bırakması, koruma tedbirlerinin geçici olma özelliğine pek uygun bir örnek olduğunu düşünmüyoruz.

“Koruma tedbirleri hüküm verilinceye kadar devam edecek diye bir kural yoktur.”<sup>16</sup> Geçici olma, tam da bu noktada devreye giren bir özelliktir. Hükmün verilmesi beklenmeden, şartlar ortadan kalktığı anda kişi hakkında koruma tedbiri kaldırılmalı ve kişinin temel hak veya özgürlüğüne engel olan uygulama durdurulmalıdır.

Koruma tedbirlerinin geçici olma özelliği, verilen koruma tedbirlerinin uzun sürmesi hususunu da içinde barındırır. Buna bağlı olarak uzun tutuklama süreleri, kanunun öngördüğü sürelerden daha uzun olarak gözaltında tutmak koruma tedbirlerinin geçicilik özelliğine zarar vermekte ve AİHS'nin 5. maddesini açıkça ihlal etmektedir.

<sup>15</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s. 306

<sup>16</sup> Öztürk ve diğerleri, s. 448

## AİHM KARARLARI

### *Brogan ve İngiltere Davası*<sup>17</sup>:

Davacıların hepsi Birleşik Krallık Terörle Mücadele Kanunu (1984 Act)'nun 12. maddesi kapsamında gözaltına alınmışlardır. Başvuruculardan Brogan 5 gün 11 saat, Coyle 6 gün 6 saat 30 dakika, Mc Fadden 4 gün 6 saat, Tracey 4 gün 11 saat gözaltında tutulmuştur. Davacılar maruz kaldıkları gözaltının AİHS madde 5'i ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuşlardır. Davacılar, İngiltere ve Galler kanunlarında maksimum gözaltı süresinin 4 gün olduğunu ve bunun da ilk 36 saatinden sonrası için yargı kararı gerektiğini vurgulamışlardır.

Hükümet, terör olaylarının doğası gereği dava açmak için yeterli kanıtları toplamak için uzun bir araştırma süresine ihtiyaç duyulduğunu dolayısıyla gözaltı süresinin uzadığını öne sürmüştür.

Ancak AİHM, AİHS 5/3'teki "makul zamanda yargıç önünde çıkarılma" ifadesindeki uygun zamanın dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve başvurular arasında en kısa süreyle gözaltında tutulan Mc Fadden'in, 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini bile makul olmayan zaman olarak nitelendirmiştir. Bu davanın özel bir durum olarak yansıtılıp, terör içeriği sebebiyle makul süreyi geniş yorumlama eğiliminin madde 5'te düzenlenen hukuki güvenlik ilkesine zarar vereceğini belirtmiştir. Davacıların yakalanıp gözaltına alınması ardındaki yasal amaç toplumu terör tehlikesine karşı korumak olsa bile bu savunmanın, yapılan uygulamanın AİHS/5 ile uyumlu kabul edilebilmesi için yeterli olmadığını belirten mahkeme olayda 4 davacı açısından da AİHS/5'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

*Kararın Değerlendirilmesi:* AİHM burada tıpkı Fox/Campbell/Hartley davasında olduğu gibi ölçütlerini mevcut mevzunun konusu terör olsa bile esnetmemiştir. Bu davada en dikkat çekici şey kuşkusuz İnsan Hakları Mahkemesi'nin gözaltı sürelerinde gösterdiği hassasiyettir. Normal gözaltı süresinin 4 gün olarak belirlendiği durumda, AİHM 4 gününü yalnızca 6 saat

17 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["brogan"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57449"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

aşan bir gözaltı uygulamasında da ihlal kararı vererek kişi özgürlüğünün önemini adeta vurgulamıştır. Nitekim uygulayıcılar yasa ile öngörülen süreyi ne kadar az geçirmiş olursa olsun, kanun ile çizilen sınırın dışına taşılan her saniye kişi özgürlüğüne yapılan haksız bir müdahale niteliğindedir.

*Filiz / Kalkan ve Türkiye Davası*<sup>18</sup>:

28 Temmuz 1996 tarihinde davacılar İzmir’de illegal terör örgütü PKK’ya mensup olmaktan dolayı yakalanmış ve 5 Ağustos tarihinde gözaltına alınmaları kararlaştırılmıştır. İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi 28 Ağustos tarihinde davacılar hakkında devletin bütünlüğünü bozmaya yönelik girişimlerinden dolayı TCK 125 ve 168 hükmü uyarınca iddianame düzenlemiştir. 14 Ağustos 1997 senesinde ise davacılarından Melahat Filiz hakkında yeterli delil olmadığından dolayı serbest bırakılmış, Nadir Kalkan ise suçlu bulunarak idam cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine Kalkan kararı temyiz etmiştir.

Hükümet davacıların gözaltında tutulma sürelerinin fiil gerçekleştiği zaman yürürlükte olan kanun ile uyumlu olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin yargı yetkisine giren bir suçla ilgili yakalanan kişilerin en geç 48 saat içinde hâkim karşısına çıkarılması gerekmektedir. Bu süre, failerin çok olması ve delil toplanmasındaki güçlükler sebebiyle savcının yazılı kararıyla 4 güne kadar uzatılabilmektedir. Bu süre içinde soruşturma tamamlanamazsa savcının isteği ve hâkim kararı üzerine bu süre 7 güne çıkarılabilmektedir.

Buna cevaben davacılar gözaltında kalma sürelerinin kanunda belirtilen süreyi aştığını ve AİHM 5/3’ün ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme, Sözleşme’nin 5. maddesinin amacının devletin keyfi uygulamaları karşısında bireylerin özgürlüklerini korumak olduğunu vurgulamıştır. Daha sonra mahkeme davacıların gözaltında 8 gün tutulduğunu belirlemiştir ve Brogan davasında verdiği şu kararı tekrarlamıştır: “Polis gözetiminde geçen 4 gün ve 6 saat, gözaltının amacı toplumun tamamını terö-

18 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["filizkalkan"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-60516"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

rizm tehlikesine karşı korumak olsa bile, Sözleşmenin 5/3 hükmüyle sınırları belirlenen zaman kısıtlamasının dışında kalmaktadır”. Sonuç olarak mahkeme, terörizm suçlarının sorgulamasının özel bir sorun teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte yine de 8 günlük bir gözaltı süresinin gerekliliğinin bulunmadığına ve Sözleşme’nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilmesine karar vermiştir.

## **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### ***Yakalama***

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90. maddesinin 6. fıkrası: “*Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhal iadesi istenir*” düzenlemesini yaparak koruma tedbirlerin geçicilik özelliğini yakalama tedbiri bakımından adeta kanuna dökmüştür. Yakalama sebebinin ortadan kalkması durumunda, ya da yakalama gerçekleştirilerek amaca ulaşılması sonunda artık yakalama emri ortadan kaldırılmalıdır. Zira yakalama aracı kullanılarak amaca ulaşılmış, sanık ulaşılabilir ifadesine başvurulabilir hale gelmiş, ceza muhakemesi sürecinde oluşabilecek tikanıklık bu vesileyle önlenmiştir.

### ***Göz Altına Alma***

CMK 91: “*Gözaltı süresi yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre bariç yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz*” düzenlemesi ile gözaltı koruma tedbirine karar verilebilecek azami süreyi belirtmiş, böylelikle gözaltının geçici olma özelliğini vurgulamıştır. Toplu suçlarda ise bu sürenin 48 saat olabileceği CMK 90/3 ve YGİAY madde 14’te belirtilmiştir. YGİAY 14’teki şu ifade geçicilik özelliğini ve koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmasını göz önüne sermesi bakımından dikkat çekicidir: “*Kimse bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden mahkûm bırakılamaz.*”

## ***Arama***

Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119/2-c gerekse Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7. Maddesinin 7. Fıkrasının c bendine baktığımız zaman şöyle bir ifade ile karşılaşmaktayız "*Arama talep, karar veya emrinde karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir.*" Bu ifade, arama emrinin sınırsız süre için geçerli olamayacağını, ancak sınırları belli bir zaman dilimi içerisinde bu emre dayanarak arama yapılabileceğinin göstergesidir. Buna bağlı olarak diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi arama tedbiri de geçicilik özelliğini taşımaktadır.

## ***Tutuklama***

Tutuklama tedbirinin geçicilik özelliği birden fazla maddede belirtilmiştir. CMK 102 bu hususu: "*Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir*" şeklinde düzenlemiştir. Tutukluluk tedbiri verilebilecek azami süreyi belirterek tutuklamanın geçicilik özelliğini vurgulamıştır. İkinci fıkra ise, ağır ceza mahkemesinde görülen işlerde bu sürenin iki yıl olabileceğini, uzatmalar ile üç yıla çıkabileceğini düzenleyerek ağır ceza mahkemeleri bakımından da bir sınır koymuştur. Konuyla ilgili başka bir madde olan CMK 103'ün ikinci fıkrasına baktığımızda "*Soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re'sen serbest bırakır. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde şüpheli serbest kalır*" düzenlemesi ile tutuklama koruma tedbirinin ceza muhakemesinin bir aracı olduğunu düzenlemiş ve amaca ulaşıldığı zaman tutuklamanın bitmesi gerektiğini düzenleyerek bu tedbirin asıl amaca ulaşana kadar geçici bir yöntem olduğunu vurgulamıştır.

Maddi hukuk olarak Türk düzenlemesinde sertçe eleştirilecek bir husus bulunmamasına rağmen, uygulamada durumun biraz daha farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Sürekli uzayan göz altı sürelerine son zamanlarda sıkça rastlanmaya başlanmıştır. Özellikle, 23 Temmuz 2016 tarihli ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. Maddesi ile göz altı süresinin 30

güne çıkarılması, geçicilik özelliği ve kişi güvenliği bakımından kabul edilemez bir durumdur. AİHM'in Brogan davasındaki altı saatlik bir aşımın bile kişinin güvenliğini ihlal ettiği görüşünden sonra, göz altı süresi olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı biçimde 30 gün belirlemek, anılan Kanun Hükmünde Kararname hakkında yapılabilecek en ciddi eleştirilerden birisidir.

## **MUHAKEMENİN YAPILABİLMESİNİ, DELİL TEMİN EDİLMESİNİ VEYA KARARLARIN KÂĞIT ÜZERİNDE KALMAMASINI AMAÇLAMA**

### **A. KAVRAMIN TANIMI**

Bu husus, koruma tedbirlerinin amaç değil araç olması şeklinde de belirtilebilir. Koruma tedbirlerine başvurulmasındaki esas amaç ceza muhakemesinin vuku bulmasını ve sonuçlanmasını sağlamak veya daha geniş bir ifade ile maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Bu kapsamda koruma tedbirleri, sanık dâhil delillerin toplanması ve korunmasını, muhakemenin yapılmasını ve muhakeme sonucunda alınan kararların hayata geçmesini sağlar. Kaçma veya delilleri karartma şüphesi olan bir sanığı muhakemede hazır bulundurmak, ya da delil olarak sanığın ifadesine başvurmak bazı durumlarda ancak tutuklama koruma tedbirine başvurmakla olmalıdır. Arama koruma tedbiri aynı şekilde muhakemenin yapılması ve sonuçlanmasında temel teşkil eden delillerin toplanması bakımından başvurulması zorunlu bir tedbir olabilmektedir. Eşyaların müsadere altına alınması ve el koyma maddi gerçeği ortaya çıkarmak için başvurulabilecek tedbirlerdir. Verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere, koruma tedbirleri asıl amaç değil, asıl amaca giderken kullanılan araç tedbirlerdir.

### **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Koruma tedbirlerinin asıl amaç olmadığı, araç özellikleriyle ceza muhakemesinin gerçekleşmesi amacına hizmet ettiği yukarıda belirtildi. Buna bağlı olarak klasik anlamda koruma tedbirleri kabul edilen yakalama göz



atlına alma arama ve tutuklama baktığımız zaman: Yakalamada şüpheli kişinin kaçmasını önlemek ve kimliğinin belirsiz kalma riskini bertaraf etme amacı olduğunu görüyoruz. Bu yönüyle yakalama aslen, ceza yargılamasının belirli bir şekilde yapılması, kimliği belirli şüphelinin ifadesinin alınması, sorgusunun yapılabilmesi amaçlarına hizmet etmektedir. Gözaltına alma işlemi yine en önemli delillerden olan şüpheli ifadesi almaya ön ayak olan bir koruma tedbiridir. Arama yapılması, maddi gerçeği ortaya çıkarmada kullanabilecek delillerin elde edilmesi konusunda yardımcı olurken tutuklama da yine aynı şekilde kaçma şüphesi bulunan sanığın kaçmasını önleyerek beyanlarından faydalanılmasını mümkün kılmaktadır. Görüldüğü gibi koruma tedbirleri, tek başına bir amacı gerçekleştirmeye çalışmaz. Kullanılabilir durumda olan vasıtaları kullanarak, başvurulabilecek ifadeleri başvurarak tarafsız, delillerle ispat edilebilen gerçeği ortaya çıkarmak adına soruşturma esnasında savcıya, ceza yargılaması esnasında ise hakime yardımcı nitelikleriyle araç vasfı taşır.

## **GECİKMEDE SAKINCA BULUNMASI**

### **A. KAVRAMIN TANIMI**

Gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğuna dair tanım YGİAY madde 4'teki tanımlarda belirtilmiştir. Buna göre: “*Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali*” gecikmesinde sakınca bulunan haldir. Gecikmede sakınca yoksa koruma tedbirlerine başvurmaya da gerek yoktur. Bu çarelere başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda muhakeme yapılamaz, hüküm infaz edilemez veya muhakeme masrafları karşılanamaz duruma geliyorsa gecikmede sakınca var demektir ve koruma tedbirlerine hükmedilmelidir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğuna dair çeşitli açıklamalar mevcuttur. Centel/Zafer : “Gecikmede tehlike, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının tedbire karar verdiği hallerde yargı makamına yani sulh ceza hâkimliğine başvurulup karar alındıktan sonra tedbirin uygulan-

mayacak ya da tedbirden beklenen yararın sağlanamayacak olmasını ifade eder.”<sup>19</sup> Yenisey/Nuhoğlu ise: "Gecikmezlik için tehlikenin mümkün olması yetmez muhtemel olmalıdır. Herhangi bir muhtemel tehlike de yeterli sayılmaz, derhal müdahale edilmediği takdirde korunan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını kabul ettirecek somut unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır.”<sup>20</sup>

## **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### ***Yakalama***

CMK 90 tarafından yakalama yapılabilecek halleri “*Kişiyi suç işlerken rastlanması ve kişinin kaçma olasılığının bulunması ile kimliğini belirleme olanağının bulunamaması*” olarak belirlemiştir. Kanun maddesinin bu düzenlemesi, YGİAY madde 4’te yer alan ve yukarıda açıkça ifade edilmiş olan halleri kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle kanun herkes tarafından yakalama yapılabilecek halleri sayarken aslında gecikmesinde bulunan halleri zaten saymış bulunmaktadır. YGİAY Madde 5’te kolluk görevlilerin yapabileceği yakalamadan bahsederken yine “*Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde*” diye belirterek, bu çeşit bir yakalama-daki gecikmesinde sakınca bulunan hal vurgusunu da yapmıştır.

### ***Göz Altına Alma***

91. Maddenin ikinci fıkrası “Gözaltına alma bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına bağlıdır” diyerek tıpkı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi burada da soruşturmanın selametini zora sokacak, maddi gerçeklerin gün ışığına çıkmasını engelleyecek bir durumun oluşma ihtimalinde bu tedbire karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu fıkra aslında gecikmesinde sakınca bulunan bir hal aranması kuralının da farklı şekilde ifade edilmiş halidir.

### ***Arama***

CMK 119, Arama Kararı ile arama yapılabilecek hallerde hâkim kararına

19 Centel / Zafer, s. 314

20 Yenisey / Nuhoğlu, s. 307

gerek olmadan cumhuriyet savcısının harekete geçebileceği durumları “*Gecikmesinde sakınca bulunan haller*” olarak tanımlamıştır.

### ***Tutuklama***

Hangi hallerde tutuklama nedeninin var sayılabileceğini düzenleyen CMK 100/2 “*Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, şüpheli veya sanığın davranışları delilleri yok etme gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususunda kuvvetli şüphe uyandıran hal*”leri tutuklama nedeni olarak saymıştır. Bu sayım, YGİAY’de tanımı yapılan gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımına uyduğu gibi doktrinin ortaya koyduğu yorumlara da uymaktadır. Dolayısıyla tutuklama tedbiri bakımından da kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hal ölçütünün benimsendiğini söylemek mümkündür.

## **YETKİLİ MERCİ KARARI İLE KORUMA TEDBİRİNİN UYGULANABİLMESİ**

### **A. KAVRAMIN TANIMI**

Koruma tedbirlerine karar vermeye yetkili kişi kural olarak hâkimdir. Bazı durumlarda ise bu kurala istisnalar getirilmiş ve yerine göre savcı, kolluk hatta yakalama koruma tedbirinde herkes yetkili kişi olarak düzenlenmiştir Hâkim kararı olmadığı hallerde savcının emri ile koruma tedbirlerine karar vermek kabul edilebilecek bir düzenlemedir. Ancak böyle bir düzenleme olması, sıklıkla bu yola başvurulma tercihinin yapılması anlamına gelmemelidir. Nitekim kanun, hâkim kararı olmadan savcının yazılı emriyle karar verilebilecek halleri yukarıda açıklaması yapılan “gecikmede sakınca bulunan haller” ile sınırlı tutmuştur. Buna göre, savcının emri ile bir koruma tedbirine karar verilmediği zaman, muhakemenin gidişinin önüne engel konulmuş oluyorsa, örneğin delile ulaşımın önü kapanacak, sanık kaçacaksa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğu kabul edilmeli ve savcının yazılı emri seçeneği kullanılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hâkim kararı olmayan hallerde yetki verilen kişinin yürütmeye

bağlı bir memur olmamasıdır. Zira yürütme kuvvetinin bir aktörüne yargı ile ilgili bir görev vermek Anayasa'nın Yargı Yetkisini düzenleyen 9. Maddesine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine ayrılık teşkil eder. Aşağıda detaylıca inceleneceği gibi, bu çalışmaya konu edilen sekiz ölçüt açısından Türk mevzuatının en fazla zorlandığı ölçüt bu olmuştur. İdari makamlara yargıya dair yetkilerden olan koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin verilerek kuvvetler ayrılığı ve hukuk güvenliği ilkelerinin ihlal edildiği görülmektedir.

### **AİHM KARARLARI**

*Schiesser v. İsviçre Davası*<sup>21</sup>:

AİHM'nin bu kararı, kişinin özgürlüğünü kısıtlayabilecek kararı verebilecek makamın kim olabileceğini ortaya koymuş, sonraki davalarda da örnek dava olarak atıf yapılmıştır. Mahkeme'ye göre sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan görevli illa bir hâkim olmak zorunda değildir, hâkimliğin bazı özelliklerini taşıyan kişi olması yeterlidir. Buna bağlı olarak, bu görevlinin kişi hakkında hâkimin sağlayabileceği güvenceleri sağlayabiliyor olması gerekmektedir. Bu kişide aranacak ilk şart yürütmeden ve davanın taraflarından bağımsız olmasıdır. Bu kişinin, bir hâkim veya memura bağlı olabilir burada dikkat edilmesi gereken nokta bu kişinin üstünün de aynı şekilde yürütmeden bağımsız hareket ediyor olmasıdır. İkinci olarak bu kişinin özgürlüğü kısıtlanan kişiyi bizzat dinlemesi gerekmektedir. Son olarak ise bu kişinin aynı zamanda yapacağı yargısal incelemeler sonucunda tutukluğunun gerekliliğini ortaya koyan sebepler bulunmadığı takdirde salıverme yetkisinin bulunması gerekir.

Bu davada, tutuklama kararını vilayet savcısı vermiştir. Ancak tutuklama kararını veren bu savcı daha sonra davada iddia makamı olarak görev yapmamıştır. Dolayısıyla savcı, tarafsızlığını korumuştur. Bu sebeple davanın sonunda AİHM vilayet savcısının yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul edilebileceğine hüküm getirmiştir.

21 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["schiesser"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-57573"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

*Kararın Değerlendirilmesi:* Bu karar, koruma tedbirini verebilecek yetkili kişinin sahip olması gereken özellikleri ortaya koyması bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme açıkça kişinin taşıdığı sıfattan ziyade sahip olduğu özelliklere, özellikle de bağımsızlığına vurgu yaparak koruma tedbiri verebilecek kişinin sınırlarını belirlemiştir.

*Pauwels v. Belçika Davası*<sup>22</sup>:

Suç şüphesiyle yakalanan bir sanık askeri mahkeme önüne çıkarılmadan önce “*auditeur militaire*” sıfatında bir kişi tarafından tutuklanmıştır ve bu kurumun yargı yetkisine sahip olup olmadığı tartışılmıştır. Eski subay Pauwels anılan olayda askeri baş müşavir yardımcısı Van Even tarafından sorgulanmıştır ve daha sonra yine Van Even tarafından toplanan Askeri Mahkeme Soruşturma Heyeti Pauwels’in tutuklanmasına karar vermiştir. Pauwels tutuklandıktan sonra salıverme talebinde bulunmuş ancak yine Van Even başkanlığındaki heyet talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Pauwels askeri mahkemeye salıverme talebinde bulunmuştur ancak talebi bu sefer mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme burada Van Even’ın kanunen yargılama yetkisine sahip bir görevli olup olmadığını tartışmış ve öncelikle savcı gibi hareket edip daha sonra ise tutuklama kararı veren komisyona başkanlık ettiğini göz önünde bulundurarak tarafsızlık ölçütünü sağlamadığına kanaat getirmiştir ve AİHM 5/3 hükmüne aykırılık kararı vermiştir.

*Kararın Değerlendirilmesi:* Bahsi geçen olaydaki yetkili olduğu iddia edilen kişi öncelikle savcı konumunda davranarak davanın gidişatı hakkında bir fikir sahibi olmuştur. Aynı kişinin daha sonrasında ise tutuklama kararı veren komisyona başkanlık etmesi, bu kişinin tarafsızlık özelliğinin tartışılmasına sebebiyet vermiştir. Pauwels v. Belçika kararı, olayı araştıran savcının daha sonraki aşamalarda taşıyabileceği tarafsızlığa gönderme yapması bakımından önemlidir.

22 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["pauwels"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57555"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

*Moulin v. Fransa Davası*<sup>23</sup>:

Olayda, Uyuşturucu trafiğiyle ilgili bir davada soruşturma sırtına aykırı davrandığı gerekçesiyle savcılık tarafından gözaltına alınan ve makul bir sürede yargıç önüne çıkarılmayan France Moulin adlı Fransız avukat, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili maddesine aykırı olduğunu savunarak Strasbourg Mahkemesine başvurmuştur. AİHM'nin gerekçeli kararında, “tutukluluk konusunda karar ve kontrol ile temel hakların korunmasının savcıların işi olmadığına” vurgu yapılmıştır.

İhlalin sebebi kararda şöyle açıklanmıştır: Fransa'da savcılar, hükümetin bir kolu olan Adalet Bakanlığı'nın otoritesinin altındadır. Adalet Bakanlığı ile savcılık arasındaki hiyerarşi Fransa'da zaten tartışma konusu olmuştur. Ancak bir ülkenin iç işlerine karışmak mahkemenin yetkisinde olan bir şey değildir. Dolayısıyla mahkeme kendini ilgilendiren kısımla ilgili yorum yapmıştır. Buna bağlı olarak mahkeme, Fransa'daki savcılık makamının AİHS madde 5/3'te yargı yetkisine sahip görevli kavramının sahip olması gereken tarafsızlık özelliğine, yürütme kolundan bağımsız olmadığı için sahip olmadığına vurgu yapmıştır. Daha da fazlası kanun savcılık makamını devlet adına ceza yargılaması yapmak için görevlendirmiştir. Savcılıklar gerek ilk derece mahkemelerinin gerekse temyiz mahkemesinin ayrılmayan bir parçası olarak duruşmalarda temsil edilmektedirler. Ancak taraflardan ve yürütme kuvvetinden bağımsızlık ilkesinin zorunlu kıldığı garanti, savcılık makamının ceza yargılamasına müdahalesini de önlemeyi amaçlamaktadır. Tüm bunlardan dolayı, Adalet Bakanlığı'nın bir temsilcisi olan savcı Sözleşme'nin 5. Maddesinin 3. Fıkrasında belirtilen yargı yetkisi kullanmaya haiz yetkili kişinin sunması gereken garantileri sunabilecek kapasitede değildir. Dolayısıyla savcının başvuran davacıyı gözaltına alma yetkisinin bulunmadığına kanaat getirilmiştir.

*Kararın Değerlendirilmesi:* Bu kararın Türkiye için ayrıca bir önem teşkil ettiği ortadadır. Türk Yargı Teşkilatı incelendiği zaman anılan olayla

<sup>23</sup> <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-708&filename=002-708.pdf>

benzerlikler hemen fark edilmektedir. Öncelikle hâkimlerin ve savcılarının bağlı olduğu HSYK Kurumu, yargının yürütmeye bağlılığının adeta bir sembolüdür ve bu nokta tam olarak bu kararda eleştirilen husustur. Nitekim tam da kararda belirtildiği üzere hâkim ve savcılar adeta Adalet Bakanlığı'na bağlılık gösterir konumdadırlar. Bu kararın da ışığında Adalet Bakanı'nın HSYK'ya başkanlık ettiği ve doğal üyesi olduğu bu sistem derhal terk edilmeli ve hâkim ve savcılar bağımsızlığına kavuşturulmalıdır. Kararın Türkiye açısından bir diğer dikkat çeken noktası ise, savcılara ilk derece ve temyiz mahkemelerinde yer verilmesi olmuştur. Bilindiği gibi, savcılar Türkiye'de Ağır Ceza Mahkemeleri'nde hâkimlerin yanı başında oturmakta ve yargılamada iddia makamı olarak aktif şekilde yer almaktadır. Türk yargısında bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayabilmek adına Moulin v. France davasında Fransa'ya yapılan eleştiriler Türkiye'ye de yöneltilmiş gibidir, belirtilen aksaklıkların değiştirilmesi gereklidir.

## **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### ***Yakalama***

Yakalamayı, yakalama kararı ile yapılabilecek yakalama ve bir karar olmadan yapılacak yakalama olarak ikiye ayırmak gerekmektedir. CMK 90. Maddesinde kişiye suç işlerken rastlanılması durumunda ve suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçma ya da kimliğinin belirlenme olanağının bulunmaması durumlarında herkese yakalama için yetki vermiştir. Ancak suçüstü hali bir kenara bırakıldığı zaman, yakalama yapma yetkisi kanun tarafından kolluk görevlilerine verilmiştir. Kolluk görevlileri, tutuklama kararı ya da yakalama emri düzenlenmesi gereken durumların mevcut olduğu, gecikmede sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanakları yoksa yakalama yapabilirler.

Bir yakalama kararı ile yakalama yapılabilecek durumlarda ise çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan, kaçak diye adlandırılan şüpheli hakkında cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenecektir. Burada artık gecikmesinde sakınca olan

hal aranmasına gerek yoktur. Görüldüğü gibi aslolan, cumhuriyet savcısının istemiyle sulh ceza hâkiminin yakalama kararı çıkarmasıdır. Ancak bu süreci beklemenin sakıncalı olabileceği hallerde, örneğin suçüstü hallerinde herkes ve cumhuriyet başsavcısına başvurma imkânı olmayan hallerde ise kolluk yakalama yapabilecektir. CMK madde 90/2 kolluk görevlilerinin “Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı halde yakalama yetkisine sahip” olduğunu düzenlemiştir. Buradaki cumhuriyet savcısına başvuramama kısmı anlaşılmakta ancak amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmayan halin neden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim normal şartlar altında da kolluk amirinin yakalama kararı verme yetkisi zaten bulunmamaktadır.<sup>24</sup> Burada normal şartlar altında yetki, sulh ceza hâkimine verilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan ceza yargılamasını etkileyecek hallerde yetki başkalarına verilmiştir. Burada mevzuatta bir uyumsuzluk yoktur.

### **Gözaltı**

Yakalanma fiilinin bir sonraki aşamasını gözaltı aşaması oluşturur ancak yakalanan kişilerin otomatik olarak gözaltına alındığı bir sistemimiz yoktur. Yakalanan kişinin gözaltına alınması cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü emri ile mümkündür. Görüldüğü üzere gözaltına alma konusunda yetki cumhuriyet savcısına verilmiştir ve bu emrin sözlü olabilmesine de kanun tarafından cevaz verilmiştir. Burada fikrimce, kişinin özgürlüğü ile ilgili geleceğinin ne olacağını çabuk öğrenmesi adına gözaltı kararı çabuk verilmesi gereken bir karar sayılabileceğinden dolayı cumhuriyet savcısına yetki vermek kabul edilebilir. Nitekim bu işlem soruşturma işleminin bir parçasıdır ve savcıyı yetkilendirmek kabul edilebilir. Ancak gözaltı emrinin sözlü olarak verilebilmesi konusunda kanun koyucuya katılmıyorum. Özgürlüğü sınırlayan bu kararın sebepleri, gözaltına alınacak kişiye yazılı olarak sunulmalıdır. Nitekim daha sonra haksız bir uygulama iddiası ile tazminata başvurmak isteyen kişinin elinde davasını kanıtlamaya yarayan belgeler olmalıdır. Burada kişinin özgürlüğünü sınırlarken, en azından ona

---

<sup>24</sup> Aynı görüş için: Öztürk / Kazancı / Güleç, s. 34



daha sonra etkin bir itiraz başvurusu ya da tazminat talebi yaratabilmek adına bu emrin yazılı olarak yapılması gerektiğini düşünüyorum. Zira kişi zaten yakalanmış durumdadır, başka bir ifade ile yeri bellidir ve kimliği de tespit edilebilir durumdadır. Burada sözlü emir verme telaşını gerektirecek bir durum yoktur.

### ***Arama***

Türk Ceza Hukukunda arama adli arama ve idari arama olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Adli arama, CMK idari arama ise PVSK'da düzenlenmiş ve yetkiler farklı kişilere verilmiştir. Burada en büyük sıkıntıyı idari arama oluşturmaktadır.

Adil Arama konusunda yetki, arama kararını düzenleyen CMK 119'da: *“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumburiyet savcısının, Cumburiyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumburiyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak ölçüt ile uyumlu bir sıra izlenmiş, öncelikle hâkim kararı, daha sonra savcı ve kolluk amiri emri aranmıştır.

Önleme aramasına geldiğimiz zaman, asıl düzenleme PVSK 9. Maddede yapılmıştır. *“Polis tehlike veya suçun önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle, kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar”* demek suretiyle ilk bakışta hukuka uygun bir düzenleme yaratmış gibi gözükmektedir. Ancak konuyla ilgili PVSK 4/A maddesinin 6. Fıkrasında yapılan ve *“İç Güvenlik Paketi”* adı ile bilinen değişikliklerde *“Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışa-*

*ırdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dbilde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir.”*, kişinin üstünün ve aracının dışarıdan bakınca görülemeyen kısmının araştırılması konusunda esasları belirleme yetkisini İçişleri Bakanlığı’na, görevlendirmeyi mülki amire vererek kuvvetler ayrılığı ilkesini çiğnemiş, yetkinin sözlü olabilmesine de mahal vererek hukuki güvenliği tehdit eden bir düzenlemeye imza atmıştır. Bir kez daha altı çizilmelidir ki bir koruma tedbirine karar verme yetkisi kural olarak hkimdedir. Yargı kuvvetinin bir mensubu olan savcıya bile bu yetki verilirken, hâkime ulaşılamaması ve gecikmesinde sakınca olan bir halin bulunması şartları aranmalıdır. Yürütme deyince akla gelen iki isimden biri olan bakanlıklara bu konuda bir yetki verilmesi kabul edilemez. Yukarıda incelenen AİHM kararlarının eleştiri yaptığı noktanın tam olarak bu olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Bu düzenleme yalnızca AİHM ltne değil CMK 119’un açık hükmüne de aykırılık göstermektedir.

### ***Tutuklama***

CMK 101: *“Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulb ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir”*. Söz konusu tutuklama gibi kişi özgürlüğünü en derinden etkileyen uygulama olunca tutuklamaya karar verme yetkisinin de münhasıran hâkime verildiğini görmekteyiz. Bu düzenlemenin aksini düşünmek zaten mümkün değildir.

## **LLLK İLKESİ**

### **A. KAVRAMIN TANIMI**

lllk ilkesi ile ifade edilen şey, “bir koruma tedbirine karar vermekle elde edilecek yarar ile bu suretle ortaya çıkacak zarar arasında akla

uygun makul bir ölçü olmasıdır.<sup>25</sup> Kanun bazı durumlarda ölçüyü kendisi belirleyebilmektedir. Kanunun ölçüyü kendisinin belirlediği örneklerden bir tanesi Çocuk Koruma Kanunu'dur. İlgili kanunun 21. Maddesine göre: *“Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan bapis cezası gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilemez.”* Kanun koyucu Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğünü düzenleyen maddesinde, 12 yaşından küçük çocukların ceza sorumluluğunun hiç olmadığını, yaş 12- 15 arasında olanların ise işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını anlamasını aradığını görüyoruz. 15 yaşından küçük çocuğun durumunu bu şekilde hassas düzenleyen kanunu bu yaş grubu için ceza sorumluluğunu bile mutlak olarak kabul etmemişken, tutuklamaya cevaz vermeyen bir uygulama yaparak küçüğün menfaatini gözlemişti. Burada, yaş küçük bir çocuğu tutuklayarak ortaya çıkacak yarar, kendini savunmaktan nispeten yoksun çocuğun tutuklu halde olmasından daha az olduğu için, ilgili koruma tedbirine karar verilmesi kanun tarafından engellenmiştir. Başka bir ifade ile, *“Hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile bir yandan korkulan zararın ağırlığı bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasından ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranması”* sonucunda böyle bir karar verilmiştir.<sup>26</sup> .

Hangi durumlarda ölçülü davranıp davranılmadığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. 80 yaşında tekerlekli sandalye ile bir noktadan diğerine gidebilen bir yaşlı adamın tutuklanmasında oran yoktur, zira tutuklamanın sanığın kaçma veya delilleri gizleme ihtimali olan hallerde verilmesi esastır. Bu durumda ise, sanığın kaçabilmesi zor bir ihtimal olarak gözükmeyle birlikte sakat olan bir kişinin tutuklu durumunda bulunarak kaybedecekleri, kişi tutuklanarak elde edilecek menfaatten çok daha büyüktür.

Tanıklıktan çekilme hakkı bulunan bir baba ile çocuğunun telefonlarının dinlenmesinde ya da sanık ve müdafî arasında yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesinde orantı bulunmamaktadır. Burada ilk durumda ço-

25 Öztürk / Kazancı / Güleç, s. 25

26 Yenisey / Nuhoglu s. 309

çuğun özel hayatının gizliliği, ikinci durumda da sanığın savunma hakkı ile sağlanacak faydanın koruma tedbirleriyle sağlanacak yarardan daha büyük olduğunun kabulü gerekir.

Ölçülülük ilkesi ayrıca “aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi”<sup>27</sup> gerekliliğini de ifade eder. Eğer ceza muhakemesini sağlama, delilleri teminat altına alma, ceza muhakemesi masraflarının ödenmesini sağlama amaçlarına temel hak ve özgürlükleri daha az zedeleyici bir koruma tedbiri uygulanarak ulaşılabiliyorsa, daha az zarar verici tedbirin uygulanması gerekir. Bu bağlamda gözaltına alınması yeterli olacak bir şahsın, tutuklanma yerine gözaltına alınması kararı verilmelidir.

## **AİHM KARARLARI**

### *1) Niemitz v. Almanya Davası*<sup>28</sup>:

Niemitz Almanya’da avukattır. Freising Bölge Mahkemesine “Klaus Wegner” imzası taşıyan ve muhtemelen sahte bir kişi olan biri tarafından bir mektup yollanmıştır ve mektubun sonuna “papaza karşı olan Freiburg Bunte Liste çalışma grubu adına” ibaresi eklenmiştir. Bunun üzerine, yerel bir politik parti olan Freiburg Bunte Liste’nin eski başkanı olan davacı Bay Niemietz’in avukatlık ofisinde Klaus Wegner’in gerçek kimliğini tespit etme amacıyla arama yapılmasına yönelik karar çıkarılmıştır. Arama süresince müvekkil bilgilerini içeren dört tane dolap ve altı tane de dosya incelenmiş ancak hiçbir bilgi bulunamamıştır. Bunun üzerine davacı AİHS madde 8’de güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının çiğnendiği gerekçeleriyle önce iç hukuk yollarına daha sonra ise AİHM’ye başvurmuştur. Mahkeme, avukatlık bürosundaki aramayı hukuka uygun bulmuştur nitekim aramanın amacı yasal bir amaçtır. Ancak mahkeme, demokratik bir toplumda böyle bir arama gerekli midir sorusuna hayır yanıtını vermiştir. Mahkemeye göre, incelenen dokümanlar mesleki sır saklama yükümlülü-

27 Yenisey / Nuhoğlu, s. 308

28 [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["niemietz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

ğünü orantısız bir şekilde ihlal etmiştir. Dolayısıyla AİHS madde 8'e aykırılık tespit edilmiştir.

*Kararın Değerlendirilmesi:* Karar aynı zamanda özel hayatın gizliliğini de ilgilendiren bir karar niteliğindedir. Bir kişinin kimliğinin tespit edilmesi uğrunda bir avukatın, arasında sır saklama yükümlülüğü olan müvekkili hakkında bir yığın dosyanın incelenmesinde ölçü bulunmamaktadır. Unutulmamalıdır ki, ceza yargılaması kapsamında elde edilebilecek bir menfaat için kalan her şey gözden çıkarılamaz, kişinin hak ve özgürlüklerinin ihlalinin boyutu sağlanacak menfaatten daha büyük olamaz.

## **TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### ***Yakalama***

Yakalama ile kanun metni orantılılık ilkesine açıkça yer vermemiştir. Ancak CMK 90/3 şu şekilde bir düzenleme yapmıştır: “*Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikayete tabi değildir.*” Madde, normalde şikâyete tabi olan bir suçun, anılan zayıf kişilere işlenmesinin suçüstü olarak görülmesi durumunda, ceza muhakemesi için gerekli olan şikayet şartından vazgeçmiş ve şikayet olmasa bile yakalama yapılabileceğini öngörmüştür. Bu düzenleme orantılılık ilkesinin bir uzantısıdır. Kanun koyucu normalden daha zayıf durumda olan mağduru korumak adına, suçüstü yakalanan şüphelinin özgürlüğünü normal durumdan daha ileri bir seviyede sınırlamıştır, ancak bu kararı orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak almıştır. Normalde şikâyet olmasa hakkında işlem yapılmayacak olan şüpheli, bu durumda böyle bir imkândan faydalanamayacaktır.

### ***Gözaltı***

CMK 91/3'ü orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak yorumlamak gerekir. “*Toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüp-*

*beli sayısının çokluğu nedeniyle, Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün uzatılmasına yazılı olarak karar verebilir.*” Bireysel işlenen suçlarda, gözaltı süresinin uzatılması gibi bir durum kabul edilmemiştir. Nitekim tek kişi tarafından işlendiği düşünülen bir olayda araştırma yapmak kıyasen daha kolay niteliktedir ve buna bağlı olarak şüpheli kişinin özgürlüğünün toplu işlenen suçlardaki kadar kısıtlanmasının gerekliliği yoktur. Kanun metninin de belirttiği üzere toplu işlenen suçlarda gözaltı süresinin daha uzun tutulması ve bu sürenin uzatılabilme imkânı tanınarak, şüphelilerin özgürlüklerinin daha fazla kısıtlanmasına sebebiyet verilmesi ölçülülük ilkesinin bir neticesidir. Nitekim burada ceza yargılaması bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bireysel suçlara göre daha zordur ve şüphelilerin özgürlüklerine daha fazla müdahale gerekmektedir.

### ***Arama***

Arama ile ilgili ölçülülük ilkesi açıkça kanun metninde yer almamıştır ancak ölçülülük ilkesinin bir uzantısı olarak 118. Maddede şöyle bir düzenleme yapılmıştır: “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz*”. Bu düzenlemenin sebebi gece yapılmaya çalışacak bir aramanın kişinin özel hayatını ve gizliliğini gündüz yapılacak bir aramaya kıyasla daha fazla ihlal edecek olmasıdır. Buna bağlı olarak, kanunun bu maddeyi kabuk etmesinin sebebi, arama ile elde edilecek menfaat ve kişinin ihlal edilecek hakkı arasında bir denge kurmak, ya da bilindik adıyla ölçülülük ilkesidir.

### ***Tutuklama***

CMK 100, ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer vermiştir. Buna göre: “*İşin önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez*” denmiş, ölçülü kelimesi kullanılmak suretiyle ölçülülük ilkesi belirtilmiştir.

## KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınları; 8. Bası; İstanbul, 2011
- ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku; Adalet Yayınevi; 9. Bası; İstanbul, 2014
- YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku; Seçkin Yayınevi; 3. Bası; Ankara,2015
- ÖZTÜRK, Bahri – TEZCAN, Durmuş – ERDEM, M. Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin – ÖZAYDIN, Özdem – AKCAN, Esra - ERDEN, Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku; Seçkin Yayınevi; 6. Bası; Ankara, 2013
- ÖZTÜRK, Bahri – KAZANCI, Behiye Eker – GÜLEÇ, Sesim Soyer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri; Seçkin Yayınevi; 1. Baskı; Ankara, 2013
- TURHAN, Faruk; AİHM Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye  
[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)





## KARAR ANALİZİ

### "TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİ OLAN KASTIN DEĞERLENDİRİLMESİ"

---

**Av. Uğur GÜNER\***

---

#### **1. OLAY**

Çalışmanın konusunu oluşturan Karar'da olay şu şekilde meydana gelmiştir:

Sanık (İ) ile maktul (H) arasında yol verme konusunda çıkan tartışmanın ardından maktul (H), aracı ile sanığın yolunu kapatacak şekilde çapraz durarak önünü kesmiş ve hemen peşinden gelmekte olan sanığın kendisine çarpmasına neden olmuştur. Maktul (H), daha sonra küfür ederek sanık (İ)'ye saldırmış ve yumruk atmıştır. Araç içinde başlayan küfür ve yumruklama, sanığın aracın içinden çıkması ile araç dışında da devam etmiştir. Bu esnada sanık (İ), aracından tabancasını alarak maktul (H)'ye birden fazla kez ateş ederek kasten adam öldürme suçunu işlemiştir.

Sanık (İ), gerçekleştirmiş olduğu bu fiilden sonra, kendisine yönelik bir eylemi bulunmayan ve esasında sanıkla maktul (H) arasındaki kavgayla da ilgisi olmayan mağdur (R)'nin aracına, gece karanlığında ve önceki olayın da etkisinde kalarak hedef göstermeksizin rastgele atış yapmıştır. Bu atış sonucunda mermi, arabanın tavanı ile camının birleştiği yere isabet etmiştir. Bunun neticesinde de merminin parçalanıp sekmesi sonucu mermi nüveleri mağdur (R)'nin yaralanmasına neden olmuştur.

Yukarıda açıklandığı şekilde meydana gelen olay neticesinde Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 26.09.2003 tarihli ve 201 - 392 sayılı Kararında, sanık (İ) hakkında maktul (H)'ye gerçekleştirdiği fiil bakımından kasten

---

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

öldürme suçundan sekiz yıl dört ay ağır hapis cezası ve sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına, mağdur (R)'ye yönelik fiili bakımından kasten öldürmeye teşebbüs suçundan altı yıl sekiz ay ağır hapis cezası ve sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına hükmetmiştir. Sanık hakkında ayrıca 6136 sayılı Kanun gereğince on ay hapis ve 288.985 Türk Lirası ağır para cezasına hükmedilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 01.02.2005 tarih ve 14 – 161 sayılı Karar ile sanığın, mağdur (R)'yi mermi nüvelerinin isabeti sonucunda yaralaması eyleminin sonucundan sınırlı bir şekilde sorumlu tutularak yaralama suçu ile cezalandırılması gerekirken öldürme kastının kabulüyle fazla ceza verilmesi ve mağdurun mermi isabeti ile yaralandığı gözetilerek eylemin tam teşebbüs yerine eksik teşebbüs olarak vasıflandırılması isabetsizliğinden Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.<sup>1</sup>

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin bozma ilamına karşı Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi direnme kararı vermiş ve dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından incelenmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 27.12.2005 tarihli, 2005/1-131 Esas ve 2005/167 Karar sayılı ilamında, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlığın sanığın mağdur (R)'ye yönelik eyleminin yaralama suçunu mu yoksa öldürmeye teşebbüs suçunu mu oluşturduğu noktasında olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan olası kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme kararının isabetsiz olduğuna oy çokluğuyla karar vermiştir.

## I. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Olayda çözümü gereken hukuki sorun, teşebbüse elverişli olan kastın tespit edilmesidir. Başka bir ifadeyle, faile olası kastla işlemiş olduğu fiil

<sup>1</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımı kalktığından çalışmamızda bu husus irdelenmeyecektir.

neticesinde bu fiilin teşebbüs derecesinde kaldığından bahisle ceza verilip verilmeyeceğidir.

Buna göre olayda sanığın, mağdur (R)'ye yönelen fiilin kasten yaralama suçunu mu yoksa kasten öldürmeye teşebbüs suçunu mu oluşturduğu sorununun çözülmesi gerekmektedir. Olayda çözülmesi gereken diğer bir hukuki sorun da sanığın mağdura yaklaşıp yeniden tetik düşürdüğüne ilişkin beyanların kabulü bakımından mercilerin görüş ayrılığına düşmeleri ile ortaya çıkan ispat hukukuna ilişkin sorundur.

## II. MERCİLERİN HUKUKİ SORUNU ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Olaydaki hukuki sorunun çözümünde Yerel Mahkeme, sanığın ilk atış sonrasında mağdurun yanına gelerek yeniden tetik düşürdüğü kabulüne dayanarak, tek atış ile yetinmemesini, mağduru hedef alarak yakın mesafeden atış yapmak istemesini göz önüne alarak, sanığın yaralama kastı ile hareket ettiğinin düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre, sanığın mağdur (R)'ye yönelik eyleminde öldürme kastı ile hareket ettiği ve bu fiilin kasten adam öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği hükmüne varmıştır. Yerel Mahkeme, sanığın ikinci kez gerçekleştirdiği tetik düşürme eylemini sanığın dış dünyaya yansıyan iradesini belirlemek amacıyla kullandığını belirterek olayda öldürme kastının olduğuna ilişkin kararını bu şekilde gerekçelendirmiştir.

Bunun yanı sıra Yerel Mahkeme, kasten öldürme fiilinin işlendiği kabulüyle hareket ettiğinden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kaldırılan eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımında sanığın eksik teşebbüsle hareket ettiğine karar vermiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise mağdur (R)'nin sanık (İ)'ye yönelik bir eyleminin bulunmadığını ve daha önceden maktul (H) ile yaşanan kavga ile de bir ilgisinin olmadığını belirterek, sanığın rastgele yapmış olduğu atışla mağdurun arabasının tavanı ile camının birleştiği yere isabet eden mermi'nin parçalanıp sekerek mermi nüvelerinin isabet etmesi sonucundan sınırlı bir şekilde sorumlu tutularak kasten yaralama ile cezalandırılması gerekti-

ğine hükmetmiştir. Sanığın mağdura yaklaşım tetik düşürdüğünü kabul etmeyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından bu gerekçelerle öldürme kastının bulunmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin kararına direnen Yerel Mahkeme, direnme kararını "sanık, mağdurun yanına yaklaşım tetik düşürmeseydi, olası kast netice ile belirir kuralı uyarınca olası kastla yaralama hükmü vermek gerekirdi; ancak, sanık tetik düşürmüş olduğundan kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiştir." şeklinde gerekçelendirmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise failin olay öncesi, sırası ve sonrasındaki davranışlarının kastın belirlenmesinde ölçü alınması gerektiğini belirterek bu konuda bazı kıstaslar sıralamıştır. Buna göre;

- a) Fail ile ölen arasında olay öncesine dayanan ciddi bir husumetin bulunup bulunmadığı,
- b) Failin olayda kullandığı aracın öldürmeye elverişli olup olmadığı,
- c) Failin gerçekleştirmiş olduğu darbe sayısı ve darbenin şiddeti,
- d) Darbelerin gerçekleştiği bölgelerin hayati bakımdan önemi,
- e) Failin davranışlarına kendiliğinden mi yoksa engel bir nedenin etkisiyle mi son verdiği,
- f) Failin suç aletini kullanım biçimi,
- g) Olay öncesi, sırası ve sonrasında failin ölene ya da mağdura yönelik davranışları ve sarf ettiği sözler dikkate alınarak sanığın esasında kendi iç dünyasında yer alan kastının ortaya çıkarılabileceği belirtilmiştir.

Tüm bu kıstaslar değerlendirildiğinde sanığın mağdur (R)'ye yönelik eyleminin maktul (H)'ye gerçekleştirdiği fiilden ayrı olduğu, ilk olayda hangi kasıtle hareket etmişse ikinci olayda da aynı kasıtle hareket etmiştir şeklindeki kabulün isabetsiz olduğu ileri sürülmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında, rastgele yapılan ateş sonucu

mermilerin araçtakilere isabet etmesi ile araçtakilerin ölmesi (yani neticenin gerçekleşmesi) halinde olası kast kuralları gereğince sanık meydana gelen sonuçtan sorumlu olacakken; neticenin gerçekleşmemesi durumunda (ki olayda ölüm neticesi gerçekleşmemiştir) sanığın öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu durumu, aksi halde olası kast durumunda kastın sınırlarının öngörülemez derecede genişletileceği gerekçesiyle savunmuştur<sup>2</sup>. Bu durumda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun sanığın mağdura yaklaşım tetik düşürdüğüne yönelik kuşkulu beyanları kabul etmediğini belirtmek gerekmektedir. Sonuç olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan olası kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, sanığın eyleminin kasten adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme kararının isabetsiz olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne katılmayan iki üye, iki aşamalı olarak gerçekleşen olayda sanığın kastının bölünmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçunun olduğu yönünde karar verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Belirtmek gerekir ki bu karşı oy, sanığın mağdura yaklaşım tetik düşürdüğü kabulüne dayanmaktadır.

Yine çoğunluk görüşüne katılmayan diğer bir üye ise sanığın kastının bölünemeyeceğini, aksi takdirde sonuca göre karar verilmesinin yolunun açılacağını ve bu durumun teşebbüs kurumunun varlığına aykırı olduğunu belirterek olayda yaralama suçunun olduğu görüşüne katılmadığını ifade etmiştir. Buna göre sanığın hem ön cama ateş etmiş olmasını hem de sonradan mağdura yaklaşım tekrar tetik düşürmesini kasten öldürmeye teşebbüs olarak yorumlamış ve bu gerekçeyle karşı oy kullanmıştır.

2 Aynı doğrultuda bkz. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 484

### III. GÖRÜŞÜMÜZ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun çalışmanın konusunu oluşturan kararı bakımından tartışılması gereken hususlardan ilki olası kastın teşebbüse elverişli olup olmadığıdır. Bu hususta doktrinde ve Yargıtay kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle suça teşebbüs ana hatlarıyla açıklanacak, teşebbüse elverişli olan kastın belirlenmesi konusunda doktrinin ve Yargıtay'ın görüşleri değerlendirilecek ve inceleme konusu karar bakımından hangi görüşün isabetli olduğu hakkındaki görüşümüz ifade edilecektir. Bu değerlendirmelerin ardından inceleme konusu Karar bakımından çözülmesi gereken diğer hukuki sorun olan ispat hukukuna ilişkin açıklamalar yapıp, mercilerin sanığın mağdura yaklaşp tetik düşürdüğüne ilişkin beyanların kabulü konusundaki görüş ayrılıkları ispat hukuku açısından açıklığa kavuşturulacaktır.

#### A. TEŞEBBÜSÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Fail, işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerini bitirince istediği netice de meydana gelir. Meydana gelen neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olur. Ancak tabiidir ki failin neticeye yönelmiş olan iradesi her defasında başarıya ulaşmamaktadır. Bazı durumlarda failin gerçekleşmesini istediği netice ya gerçekleşmez ya da failin ortaya koyduğu iradenin yöneldiği neticeden daha ağır bir sonuç ortaya çıkar. Failin istediği neticenin gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs<sup>3</sup>, diğer halde ise netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusu olur.<sup>4</sup>

Failin suçu işlerken izlediği yolun<sup>5</sup> başlıca dört aşamasının bulunduğu

3 Sulhi DÖNMEZER / Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 413 vd; Ayhan ÖNDER, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 430 vd; Âdem SÖZÜER, **Suçta Teşebbüs** (Doktora Tezi), Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1994, s.45 vd; Doğan SOYASLAN, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Yayıncılık, Ankara, 1994, s. 26 vd.

4 Mehmet Emin ARTUK / Ahmet GÖKCEN / A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 553

5 "iter criminis"

kabul edilmektedir.<sup>6</sup> Bunlar düşünme, hazırlık hareketleri, icra hareketleri<sup>7</sup> ve netice aşamalarıdır. Bu noktada, üçüncü aşamada suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanıldığını ifade etmek gerekmektedir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı yapıldığından icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmaması verilecek cezanın tespiti bakımından önem taşımaktaydı. Ancak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış ve indirim oranının belirlenmesi meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı dikkate alınarak yargı mercilerinin takdirine bırakılmıştır.<sup>8</sup> Bu nedenle de failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin tamamlanıp tamamlanmaması bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu yönde bir ayrıma gidilmemiştir.

## B. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILMASININ HUKUKİ SEBEPLERİ

Suçta teşebbüsün cezalandırılmasının sebeplerini açıklayan iki temel teori bulunmaktadır.<sup>9</sup> Bunlardan biri subjektif teori, diğeri ise objektif teoridir.

Subjektif teoriyi<sup>10</sup> savunanlara göre bir suçta teşebbüs eden fail, hareketi ile hukuk düzenini tehlikeye atacak bir kişiliğe sahip oluşunu, diğeri bir ifadeyle dışarıya yansıyan bu suç işleme iradesi ile ahlaki kötülüğünü<sup>11</sup> ortaya koyduğundan cezalandırılmalıdır.

Objektif teoriyi<sup>12</sup> savunanlara göre ise teşebbüs halinde kalan suçun,

6 DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, s. 413, n. 547; ÖNDER, **a.g.e.**, s. 431; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 553

7 **Dönmezer** ve **Erman** üçüncü aşama olan icra hareketleri aşamasının teşebbüs biçiminde görüldüğünü ifade etmektedir. (Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, s. 413, n. 547)

8 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 554-555

9 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZÜER, **a.g.e.**, s.48 vd.

10 Subjektif teori, failin tehlikeliliği teorisi olarak da ifade edilmektedir. Ayrıca teori, pozitivistler tarafından yoğun olarak savunulduğu için pozitivist teori olarak da adlandırılmaktadır. (Bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 556)

11 Köksal BAYRAKTAR, "**İşlenemez Suç**", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4, s. 6

12 Objektif teori, hukuki yarar üzerinde meydana getirilen tehlike teorisi olarak da ifade edilmektedir. (Bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 556)

suçun ihdasıyla korunan hukuki yararı tehlikeye soktuğu için cezalandırılması gerekir. Diğer bir ifadeyle failin suç işlemeye kalkışarak topluma yansıttığı kişiliği değil de muhtemel neticeyi gerçekleştirmesi ihtimali ile hukuki yarar bakımından yarattığı tehlike cezalandırılır.<sup>13</sup>

**Dönmezer** ve **Erman'a** göre teşebbüsün, tamamlanmış suçtan tamamıyla ayrı bir hukuki varlığı bulunmadığından teşebbüsün cezalandırılma sebebini anlamak için, tamamlanmış suçun hangi sebepten dolayı cezalandırıldığını tespit etmek yeterli olacaktır.<sup>14</sup>

**Artuk, Gökçen** ve **Yenidünya'ya** göre ise her iki teori de suça teşebbüsün cezalandırılmasının sebebini belirlemede tek başına yeterli değildir ve birlikte ele alınmalıdır. Yazarlara göre, teşebbüs hem failin tehlikeliliği hem de hukuki yarar üzerinde meydana getirdiği zarar ihtimali dolayısıyla cezalandırılmalıdır.<sup>15</sup>

### C. TEŞEBBÜSÜN ŞARTLARI (UNSURLARI)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde suça teşebbüs şu şekilde düzenlenmiştir:

"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsünden dolayı sorumlu tutulur.

Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

Görüldüğü üzere anılan hükümde teşebbüsün şartları (unsurları) da açıklanmıştır. Teşebbüsün şartlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

13 Aynı doğrultuda bkz. ÖNDER, **a.g.e.**, s. 432-433; SÖZÜER, **a.g.e.**, s. 49 vd.

14 Bu nedenle de **Dönmezer** ve **Erman'a** göre teşebbüsün cezalandırılması bakımından ayrıca başka bir sebep aramaya gerek yoktur. (Bkz. DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, s. 416, n. 551)

15 Bkz. ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 557



### a. Suçun Kasten İşlenmesi:<sup>16</sup>

Suçun kasten işlenmesi şartını, kastın bulunması şartı olarak ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.<sup>17</sup> Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi "*kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu...*" diyerek bu durumu ortaya koymuştur.<sup>18</sup>

### b. Gerçekleştirilen Fiilin İcra Hareketi Niteliğinde Bulunması:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde, "*kişi ... bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da...*" ifadesi kullanılarak fiilin icra hareketi niteliğinde bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Anılan hükümde icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi için "*doğrudan doğruya icraya başlama*" ölçütü ortaya konulmuştur.<sup>19</sup>

Doğrudan doğruya icraya başlama ifadesi, Türk Ceza Kanunu'ndaki madde gerekçesinde şu şekilde açıklamıştır:

"Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu haline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir.

16 Suçun kasten işlenmesi şartı, teşebbüsün sübjektif unsuru olarak da ifade edilmektedir. (Bkz. Kayıhan İÇEL, İzzet ÖZGENÇ, Adem SÖZÜER, Fatih S. MAHMUTOĞLU, Yener ÜNVER, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 318 vd.)

17 DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, s. 416, n. 553; Bahri ÖZTÜRK / Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 292 vd.

18 Çalışmanın konusunu oluşturan teşebbüse elverişli olan kastın belirlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar Görüşümüz başlığı altında yapılacaktır.

19 ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 561

Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.”

### c. Gerçekleştirilen Fiilin<sup>20</sup> Neticeyi Meydana Getirmeye Elverişli Olması:<sup>21</sup>

Bir suçun icrasına teşebbüsten söz edilebilmesi için, icrasına başlanılan fiilin kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir.<sup>22</sup> Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinin gerekçesinde<sup>23</sup> de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Suça teşebbüste

20 **Dönmezer**, gerçekleştirilen fiilin yanı sıra kullanılan aracın da neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Sulhi DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 121; ÖNDER, **a.g.e.**, s. 436;

21 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “elverişli vasıta” ifadesi kullanılmıyken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde “elverişli hareketler” ifadesi kullanılmıştır.

22 ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 570

23 Anılan hükmün gerekçesi şu şekildedir: “Suça teşebbüste fail suçu tamamlamak amacıyla hareket etmesine rağmen, elinde olmayan nedenlerden dolayı bunu gerçekleştirememektedir. Bu durumda ise kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir. Ancak teşebbüs hâlinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, cezanın belirlenmesinde “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımının esas alınmasıdır. Çünkü, “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunamamaktadır.

Bu nedenle suçun tamamlanmadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir. Özellikle silahlı yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda bu durum söz konusu olmaktadır. Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye “eksik teşebbüs”ten dolayı, buna karşılık silâhındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için “tam teşebbüs”ten dolayı cezalandırılmaktadır.

Görüldüğü üzere 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Hükümet Tasarısında yer alan “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımını adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu ayrım, sırf hareket suçlarında uygulanamamaktadır.

Belirtilen bu sorunların giderilmesi için, yabancı birçok ceza kanununda olduğu gibi suça teşebbüste cezanın tespit edilmesinde, “eksik teşebbüs” – “tam teşebbüs” ayrımına maddede yer verilmemiş, adil ve eşit bir cezalandırma bakımından, teşebbüs hareketinin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığının esas alınması öngörülmüştür.

Buna göre, suça teşebbüs durumunda hâkim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. Bu hüküm uygulanırken, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir.

kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramı dahil edilmiştir."

Neticenin gerçekleşmesi bakımından elverişlilik incelemesi yapılırken somut olaydaki fiilin gerçekleştiği şartlar göz önünde tutularak "ex ante" değerlendirme yapılmalıdır.<sup>24</sup>

Teşebbüs bakımından hem kullanılan araç hem de suçun konusu bakımından elverişlilik koşulu aranmıştır. Fiilin gerçekleştirilmesinde kullanılan aracın ve suçun konusunun elverişsizliği hallerinde işlenemez suç günde me gelebilecektir. Suçta kullanılan aracın elverişsizliği, fiilin elverişsizliği içinde değerlendirilmekte olup<sup>25</sup> böyle bir durumda ya da suç konusunun yokluğu halinde işlenemez suçtan bahsedilmesi gerekmektedir.<sup>26</sup>

---

Suçta teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki subjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir.

Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.

Ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.

Suçta teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suça teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "uygun hareketler" kavramı dahil edilmiştir."

24 Doğan SOYASLAN, **Teşebbüs Suçu**, Ankara, 1994, s. 99 vd.

25 Uğur GÜNER, "İşlenemez Suç", **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, Cilt: I, İstanbul, 2014, s. 334

26 Uğur ALCAKAPTAN, **İşlenemez Suç** (Doçentlik Tezi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Tarihi Belli Değil), s. 61 vd. , Bayraktar, **a.g.e.**, s. 15-16

#### **d. Failin Elinde Olmayan Nedenlerle İcra Hareketlerini Bitirememesi veya Neticeyi Gerçekleştirememesi:**<sup>27</sup>

Suçta teşebbüs için aranan koşullardan bir diğeri de suçun icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, failin “elinde olmayan nedenlerle” bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.<sup>28</sup>

#### **D. TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİ KAST**

Teşebbüsün hukuki niteliği ve şartları ana hatlarıyla açıklandıktan sonra konumuzun esasını teşkil eden teşebbüse elverişli olan kast türünün değerlendirilmesi gerekmektedir.

Teşebbüse elverişli olan kastın doğrudan kast mı yoksa olası kast mı olduğu hususu hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Çalışmanın bu bölümünde doktrinde yer alan görüşler ve Yargıtay içtihatları ortaya konulduktan sonra konu hakkındaki görüşümüz açıklanacaktır.

Kast, düşünüldüğü öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade olarak ifade edilmektedir.<sup>29</sup> Buna göre doğrudan kastın varlığından söz edebilmek için düşünme ve öngörme yeterli kabul edilmemekte, bilme ve isteme yönündeki iradenin varlığı aranmaktadır. Olası kast ise failin, gerçekleştirdiği fiil sonucunda ortaya çıkabilecek neticeyi düşünüp öngörmesi ancak bu neticeye yönelik iradesinin “bilme ve isteme” şeklinde değil “gerçekleşmesi riskini kabullenme” olarak ortaya çıkması halinde söz konusu olmaktadır.

27 Doktrinde ek bir şart olarak neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması gerektiği de belirtilmiştir. ( Bkz. ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 570) Gerçekten de bu şart teşebbüsün özünden çıkarılabilecektir. Sırf hareket suçları, suçun oluşması için hareketin gerçekleşmesinin yeterli olması, diğer bir ifadeyle neticenin gerçekleşmesinin aranmaması itibarıyla teşebbüse elverişli değildir; meğer ki sırf hareket suçunun hareketleri kısımlara bölünebilsin. Yazarlar tarafından sırf hareket suçuna örnek olarak mektupla hakaret suçu verilmiştir ve yazarlar burada sırf hareket suçu olan hakaret suçunun hareketini mektubu yazmak, zarflamak, postaya vermek gibi kısımlara ayırmışlardır.

28 ÖZGENÇ, **a.g.e.**, s. 478

29 DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, C: II, s. 216

**Dönmezer** ve **Erman'a** göre, tamamlanmış suç olası kastla işlenebildiği takdirde, teşebbüs bakımından böyle bir kast yeterli olamaz ve olası kastın esasını oluşturan hareketten belirli bir suçun doğabileceğini tahmin etmek ve buna rağmen hareketten vazgeçmemek yoluyla bu sonucu da istemiş olmak hususu, ancak sözü geçen netice gerçekleştiği takdirde faile yüklenebilecektir.<sup>30</sup> Yazarlara göre, olası kastta "*dolus indeterminatus determinatur ab exitu*", yani "*olası kast (belirli olmayan kast) netice ile belirir*" kuralı uygulanır ve sonucun gerçekleşmemesini ifade eden teşebbüs halinde, böyle bir kastla hareket eden faile ceza verilemez.<sup>31</sup>

Buna göre, örneğin, A'ya ateş ederken ona siper olan B'yi de zorunlu olarak yaralayacağını veya öldürebileceğini kesinlikle öngören fail, B bakımından olayda gerçekleşen neticeye göre kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarından sorumlu tutulacaktır. Diğer bir ifadeyle, B'nin sadece yaralanması durumunda failin onu öldürebileceğini de kesin olarak öngördüğünden, yani öldürme kastı ile hareket ettiğinden bahisle, olayda adam öldürmeye teşebbüsün bulunduğu kabul edilmemelidir.<sup>32</sup>

**Binding'e** göre, eğer fail neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak öngörmüş ve netice de meydana gelmişse, ortada kasten tamamlanmış bir suç vardır. Buna karşın, eğer hukuka aykırı netice failin olası öngörüsüne rağmen oluşmamış ise, artık o suç yönünden kasttan söz edilemeyeceğinden, suça teşebbüsten de bahsedilemeyecektir.<sup>33</sup> **Stoos** da olası kastı, kast kavramına dahil etmediğinden **Binding** ile aynı görüşü paylaşmaktadır.<sup>34</sup>

**Soyaslan** tarafından kastın belirlenememesi halinde failin olası kast ile hareket ettiğinin kabulünün gerektiği ve olası kast ile işlenen suçlarda kastı, neticenin belirlenmesi nedeniyle de bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir.<sup>35</sup>

30 DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, s. 417

31 **A.e.**, s. 417, n. 553

32 DÖNMEZER / ERMAN, **a.g.e.**, C: II, s. 271

33 Normen BINDING, II, s. 324, 327, 820, aktaran SÖZÜER, **a.g.e.**, s. 162

34 Carl STOOS, Dolus Eventualis und Gegaehrdung, ZStw, 15, 1904, s. 199 vd., aktaran SÖZÜER, **a.g.e.**, s. 162-163

35 SOYASLAN, **a.g.e.** s. 204

**Özgenç'e** göre ise, her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin hükümlerinde genel olarak kast kavramı kullanılmış ise de işlenen fiilin muhtemelen sebebiyet vereceği neticenin gerçekleşmemesi halinde; bu netice açısından faili teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmamak gerekir. Yazara göre aksi durumda sorumluluk alanı katlanılamayacak ölçüde genişletilmiş olacaktır.<sup>36</sup>

**Artuk, Gökçen ve Yenidünya** ise, teşebbüse elverişli olan kastın, belirli bir neticeye yönelik bulunan kast olduğunu ve olası kastla işlenen suçlarda fail belirli bir neticeye yönelik kastla hareket etmediğinden ve sorumluluk, meydana gelen neticeye göre tespit edildiğinden teşebbüsten bahsedilemeyeceğini belirtmişlerdir.<sup>37</sup>

**Özbek** ve diğerleri de olası kast netice ile belirlenir ve bunun sonucu olarak olası kastta teşebbüs kabul edilemez diyen görüşün daha makul olduğunu, aksi halde gerçekleşmeyen neticeden failin sorumlu tutulmasının izah edilemeyeceğini ve bunun da sorumluluğu genişlettiğini belirtmişlerdir.<sup>38</sup>

Olası kast ile teşebbüsün mümkün olduğu görüşünü savunan **Önder'e** göre ise, olası kastta failin netice ile subjektif bir bağ içinde bulunduğu açık olduğundan ve fail, neticeyi öngörmekte, neticenin meydana gelebileceğini düşünmekte ve meydana gelmesi halinde bu neticeyi kabullenmekte olduğundan olası kast halinde de teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır.<sup>39</sup>

**Sözüer** ise öncelikle failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeler bakımından olası kastın değil, doğrudan kastın söz konusu olduğunu ifade etmektedir.<sup>40</sup> Örneğin, mirasına sahip

<sup>36</sup> ÖZGENÇ, **a.g.e.**, s. 484

<sup>37</sup> ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, **a.g.e.**, s. 560

<sup>38</sup> Veli Özer ÖZBEK / M. Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAĞIZ / İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.252

<sup>39</sup> ÖNDER, **a.g.e.**, s. 435

<sup>40</sup> Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeler gibi bir ayırım bulunmasa da Sayın **Sözüer'in** vermiş olduğu örnekten de anlaşılacağı üzere bu durumda oluşan kast türünün kanaatimizce de doğrudan kast olması nedeniyle bu görüş önemlidir.

olmak için annesinin bindiği uçağa tahrip gücü yüksek bir bomba koyan failin, bombanın uçak havada iken patlayıp diğer kişilerin ölebileceğini istediği sonucuna ulaşılmamasının gerektiğini belirtmiştir.<sup>41</sup> **Sözür** devamla, asıl neticeye zorunlu olarak bağlı olmayan ikinci derece neticeler bakımından bir ayırım yapmıştır.<sup>42</sup> Yazara göre, olası kastta failin gerçekleştirmek istediği asıl neticeye zorunlu olarak bağlı olmayan ve fakat gerçekleşme ihtimali oldukça yüksek olan ikinci derece neticelerin failce kabullenilmesi söz konusudur. Bu durumda örneğin, kalabalık bir topluluğun içinde bulunan bir kişiye tabancayla birçok kez ateş eden fail, başkalarının da ölebileceğini öngörmesine rağmen, diğer kişilerin ölmesi neticesini kabulleniyor ve bu neticeler bakımından "olursa olsun" diyorsa, muhtemel bu netice gerçekleşmese dahi fail kasten adam öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulabilecektir.<sup>43</sup> Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ikinci derece neticeler şeklinde yapılan ayırım ortadan kalkmışsa da, **Sözür**, olası kast halinde de teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmektedir.

**Öztürk** ve **Erdem** de olası kastta ikinci derece neticeler<sup>44</sup> bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmiştir.<sup>45</sup>

Yargıtay'ın olası kastın söz konusu olduğu durumlarda teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin kararları da tıpkı doktrindeki görüşler gibi istikrarlı değildir.

Öncelikle, çalışmaya konu olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 tarihli ve 1-131/67 sayılı kararında, rastgele yapılan ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabet etmesi ile araçtakilerin ölmesi, yani neticenin gerçekleşmesi halinde olası kast kuralları gereğince sanık meydana gelen sonuçtan sorumlu olacak iken; neticenin gerçekleşmemesi durumunda öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamayacağını ifade ettiğini ve bunu, aksi halde olası kast durumunda kastın sınırlarının öngörülemeyecek derecede

41 SÖZÜER, **a.g.e.**, s. 163

42 Bu noktada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ikinci derece neticeler bakımından yapılan ayırımın önemini yitirdiğini ifade etmek gerekmektedir.

43 SÖZÜER, **a.g.e.**, s. 163

44 Bu ayırımın önemini kaybettiğini yukarıda ifade etmiştik.

45 ÖZTÜRK / ERDEM, **a.g.e.**, s. 293

geniştirileceği gerekçesiyle savunduğunu yinelemek gerekmektedir.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.06.1985 tarih, 83/330 sayılı bir kararında da olası kasta teşebbüsü mümkün görmemiştir.<sup>46</sup>

Öte yandan Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 19.12.2006 tarih, 2953/5813 sayılı kararında olası kast halinde teşebbüsün mümkün olduğuna hükmedilmiştir.<sup>47</sup> Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

"Trafik kazasını müteakip sanıkların silahlı olarak eve geldiklerini gören ev sakinlerinin demir kapıyı kapatmaları üzerine sanık O'nun kapıya doğru birkaç el ateş ettiğinin, olay yerinde bulunan boş kovanların tek silahtan atıldığına dair ekspertiz raporundan ve ateş edenin sadece kendisi olduğu hususunda sanık O'nun safahat beyanlarından anlaşılmasına, sanık B'nin de elinde silahla olay yerinde sanık O ile birlikte bulunmasına, kapı arkasında ve avlu içinde gerek ev sakinleri ve gerekse trafik kazası sebebiyle geçmiş olsun dileğiyle gelenlerin bulunmasına, evde bulunan mağdurenin de bu amaçla eve gelen misafir konumunda şahıs olup kurşun isabetiyle başından ağır şekilde yaralanmasına, müteaddit el kapıya doğru ateş sırasında kapı arkasındakilerin veya avluda bulunan şahısların isabet alabileceklerinin öngörülebilmesine göre sanık O'nun olası kastla öldürmeye teşebbüs, sanık B'nin de olası kastla öldürmeye teşebbüse yardım suçundan tecziyeleri gerekirken suça yaralama vasfı verilmesi... bozmayı gerektirmiştir."

Yine Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 24.05.1983 tarihli ve 1983/1812 sayılı olası kast halinde teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin kararda şu ifadelere yer verilmiştir:<sup>48</sup>

"Tabancayı düğün yerinde bulunan topluluğa doğru yatay ve hatta yukarıdan aşağı eğik durumda tevcih ederek müteaddit el ateş eden ve hayatı nahiyeden isabet sağlayan sanıkta öldürme bilinci ve muayyen olmayan öldürme kastının varlığı kabul edilmelidir. Sanığın normal bir insan boyun-

46 Vural SAVAS / Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, Cilt: I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 693

47 Necati MERAN, **Açıklamalı – İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 116

48 **Yargıtay Kararları Dergisi**, Eylül 1983, s. 1381 vd.



dan daha aşağı bir seviyede topluluğa yönelerek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edebileceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla olayda muayyen olmayan kastla adam öldürmeye tam teşebbüste bulunmak suçu oluşmuştur.”

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihatları da bu konuda istikrar arz etmemektedir. Konu ile ilgili doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları ortaya konulduktan sonra teşebbüse elverişli olan kastın belirlenmesi sorununun çözülebilmesi için öncelikle Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen olası kastın tanımına bakılmalıdır. Anılan hüküm şu şekildedir:

“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”

Buna göre olası kastta failin, gerçekleştirdiği fiil sonucunda ortaya çıkabilecek neticeyi düşünüp öngördüğü ancak bu neticeye yönelik iradesinin “bilme ve isteme” şeklinde olmadığı ifade edilmiştir. Failin olası kasttaki iradesi, gerçekleşme riskini kabullenme, göze alma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenledir ki olası kast, tamamlanmış suçlarda bir anlam ifade etmektedir.<sup>49</sup> Bu durum “olası kast netice ile belirir” kuralının tezahürüdür.

Teşebbüs halinden söz edebilmek için failin, işlediği fiil ile ortaya çıkacak neticeyi bilerek ve isteyerek icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Bu nedenle failin iradi olarak gerçekleşmesini istemediği bir durumda, sadece failin bu neticeyi kabullenmesi ya da göze alması nedeniyle ve neticenin ortaya çıkmamasına rağmen failin teşebbüsten cezalandırılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Aksi halde failin on kişinin bulunduğu bir grup içinde bulunan tek bir kişiyi öldürmek amacıyla ateş etmesi, ancak kimsenin ölmemesi halinde failin on kişi bakımından da kasten öldürme suçuna teşebbüs ettiği sonucuna ulaşılması gerekecektir ki bunun cezalandırma alanını oldukça genişleteceği açıktır.

<sup>49</sup> Pervin Aksoy İPEKÇİOĞLU, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 167-168

Kaldı ki teşebbüsün unsurlarından olan doğrudan doğruya icraya başlama şartının da olası kast ile gerçekleşmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Buna göre failin hareketinin doğrudan doğruya icraya yönelik oluşunun failin iradesi ile de ortaya konulması gerektiğinden icra hareketinin doğrudan doğruya oluşu ile olası kastın birlikte değerlendirilmesi de mümkün değildir.<sup>50</sup>

Buna göre bir neticenin meydana gelip gelmemesine göre failin suça teşebbüs edip etmediğinin tespit edilmesi teşebbüsün unsurları ile örtüşmemektedir. O halde failin bilerek, isteyerek ve doğrudan doğruya icra ettiği bir fiilin söz konusu olmaması halinde neticenin meydana gelmemesi hali olarak ifade edilen teşebbüsten söz etmek doğru olmayacaktır.

Tüm bu açıklamaların ardından, değerlendirmeye konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2005 tarihli, 1-131/67 sayılı, rastgele yapılan ateş sonucu mermilerin araçtakileri isabeti ile araçtakilerin ölmesi halinde olası kast kuralları gereğince sanık meydana gelen sonuçtan sorumlu olacakken; neticenin gerçekleşmemesi durumunda öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamayacağını ileri süren kararına katılmak gerektiği kanaatindeyiz.

## **E. İSPAT HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME**

Çalışmanın konusunu oluşturan Karar bakımından çözülmesi gereken diğer hukuki sorun mercilerin, sanığın mağdura yaklaşıp tetik düşürdüğüne ilişkin beyanlarının kabulü sonucunda ortaya çıkan ispat hukukuna ilişkin meseledir. Bu nedenle bu bölümde önce ceza muhakemesinde ispat hukukuna ilişkin temel prensipler açıklanacak, daha sonra mercilerin görüşleri ispat hukuku açısından açıklığa kavuşturulacaktır.

---

<sup>50</sup> İPEKÇİOĞLU, a.g.e, s. 171

## a. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İSPATA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

### 1. Delillerin Doğrudan Doğrualığı (Kolektifliği) İlkesi

Ceza yargılamasında öne sürülen bütün delillerin doğrudan doğrualık niteliğine sahip olması gerekmektedir. Deliller duruşmada öne sürülüp yargılamaya katılan tüm süjeler tarafından tartışma olanağı sunulduğunda doğrudan doğrualık niteliğini kazanır; çünkü, ancak bu şekilde yargı organını oluşturan hâkim veya hakimler beş duyusuyla o delile somut ispat ve yön gücünü verebileceklerdir.<sup>51</sup>

Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217. maddesi uyarınca da hakimler, kararlarını öne sürülmüş ispat araçlarına dayanarak verebileceklerdir.<sup>52</sup> Buna göre, hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve mahkeme huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir.<sup>53</sup>

### 2. Delillerin Re'sen Araştırılması İlkesi

Ceza yargılamasının temel işlevi, toplum düzeninin sağlanması ve bireylerin ilişkilerinin düzenlenmesi amacıyla suç olarak düzenlenen eylemleri gerçekleştiren bireylere, kanunlarda öngörülen yaptırımların uygulanması olarak ifade edilebilir. Ceza yargılamasının bu işlevini layıkıyla yerine getirebilmesi, maddi gerçeğe ulaşılması ile mümkündür. Ceza yargılamasında kişinin suçlu sayılması halinde, cezalandırılması şart olduğuna göre, ceza yargılaması kişi özgürlüğünü yakından ilgilendirmekte ve bu nedenle de medeni yargılamanın aksine biçimsel gerçekle yetinilmemekte ve maddi gerçek aranmaktadır.<sup>54</sup>

Maddi gerçeğe ulaşılması amacı, ceza yargılamasının taraflarının hak ve menfaatlerini koruduğu gibi bütün toplumun menfaatini de korumaktadır. Bu nedenle ceza yargılamasının amacı gerçeğin özünün ortaya çıkarılması

51 Yener ÜNVER / Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C: 1 , Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 68

52 YENİSEY / NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 68

53 ÜNVER / HAKERİ, **a.g.e.** s. 68

54 Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 5

ve buna göre hüküm kurulmasının sağlanmasıdır.<sup>55</sup> Bu nedenle, medeni yargılama hukukundan farklı olarak benimsenen en önemli prensip hâkimin de delil araştırabilmesidir.<sup>56</sup> Buna göre ceza yargılamasında hâkim, delilleri tarafların sunmasına gerek olmaksızın, kendiliğinden araştıracaktır. Bu durum delillerin re'sen araştırılması ilkesi olarak ifade edilmektedir.

### 3. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 225/2. ve 217/1. maddesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ifade edilmiştir. Buna göre, hâkim delilleri önceden konulmuş kayıtlara bağlı olmaksızın serbestçe değerlendirebilecektir.<sup>57</sup> Ayrıca hâkimin delilleri vicdani kanaatine göre değerlendireceği belirtilmektedir. Buna göre hâkimin sanığın ikrarı, bilirkişi raporu ya da başkaca ispat kuralları ile bağlı olmadığı, delilleri serbestçe ve vicdani kanaatine göre değerlendireceği ifade edilmektedir.<sup>58</sup>

### 4. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Ceza hukukunun en temel prensiplerinden biri olan "şüpheden sanık yararlanır"<sup>59</sup> ilkesi" gereğince kuşku ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kaniya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelecektir.

55 Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 61

56 ÜNVER / HAKERİ, **a.g.e.**, s. 70

57 Veli Özer ÖZBEK / M. Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAŞIZ / İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 84

58 YENİSEY / NUHOĞLU, **a.g.e.** s. 68

59 "in dubio pro reo"

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi bir ispat ilkesi olmaktan çok, delillerin değerlendirilmesi sonrasında ortaya çıkan ve çözümlenemeyen kuşkulu durum nedeniyle, diğer bir deyişle, hâkimin delilleri değerlendirmesi neticesinde "kuşkuyu yenememesi" halinde devreye girmekte olup<sup>60</sup> ispat hukukuna da doğrudan temas eden bir prensiptir.

## **b. OLAYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**

Yukarıda yapılan ceza yargılamasında ispat hukukuna ilişkin temel ilkelere hakkındaki açıklamalar göz önüne alınarak sanığın, mağdura yaklaşım tekrar tetik düşürdüğüne ilişkin tanık beyanlarının hükme esas oluşturup oluşturamayacağı hususunu değerlendirmek gerekmektedir.

Buna göre, yargılama aşamalarında çelişkiler içeren, olay sırasında mağdurun yakınında bulunan tanıkların beyanları kanaatimizce kuşkulu olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki doktrinde de tanık beyanları en az güvenilir olan delil araçlarından biri olarak kabul edilmektedir.<sup>61</sup> Bunun nedeni de tanığın bilerek gerçek dışı ya da olayı hatırlayamaması nedeniyle yanlış beyanda bulunmasının mümkün oluşu olarak ifade edilebilecektir.

Kaldı ki, çalışmanın konusunu oluşturan Karar'da tanıkların beyanlarının aşamalarda çelişkili olduğu da dikkate alındığında, bu beyanlara itibar edilerek sanığın mağdura yaklaşarak ikinci kez tetik düşürme eylemini gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi ve kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlediğinin ileri sürülmesi ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerinden olan şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Buna göre, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı'nın, sanığın mağdura yaklaşım tetik düşürdüğüne yönelik beyanların kuşkulu kabul edilmesi ve hükme esas alınmaması yönünden de isabetli olduğu kanaatindeyiz.

60 ÜNVER / HAKERİ, **a.g.e.**, s. 85

61 Bkz. Bahri ÖZTÜRK / Durmuş TEZCAN / M. Ruhan ERDEM / Özge SIRMA / Yasemin F. Saygılar KIRIT / Özdem ÖZAYDIN / Esra Alan AKCAN / Efsar ERDEM, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 302

## KAYNAKÇA

- Âdem SÖZÜER, Suça Teşebbüs (Doktora Tezi), Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1994
- Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989
- Bahri ÖZTÜRK / M. Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011
- Bahri ÖZTÜRK / Durmuş TEZCAN / M. Ruhan ERDEM / Özge SIRMA / Yasemin F. Saygılar KIRIT / Özdem ÖZAYDIN / Esra Alan AKCAN / Efser ERDEM, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- Doğan SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayıncılık, Ankara, 1994
- Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014
- İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005
- Kayihan İÇEL / İzzet ÖZGENÇ / Adem SÖZÜER / Fatih S. MAHMUTOĞLU / Yener ÜNVER, Suç Teorisi, 2. Kitap, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999
- Köksal BAYRAKTAR, "İşlenemez Suç", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XXXIV, Sayı: 1-4
- Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ , Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- Mehmet Emin ARTUK / Ahmet GÖKCEN / A. Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- Necati MERAN, Açıklamalı – İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- Pervin Aksoy İPEKÇİOĞLU, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- Sulhi DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003
- Sulhi DÖNMEZER / Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I-II, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994
- Uğur ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç (Doçentlik Tezi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (Tarihi Belli Değil)
- Uğur GÜNER, "İşlenemez Suç", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014

- Veli Özer ÖZBEK / M. Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAKSIZ / İlker TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- Veli Özer ÖZBEK / M. Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAKSIZ / İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011
- Vural SAVAŞ / Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, Cilt: I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999
- Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül, 1983
- Yener ÜNVER / Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012





## SMART AMNESTIES AND INDIVIDUAL ACCOUNTABILIT

**Duru YAVAN**

Amnesty laws offered by states, as components of peace-making negotiations, are one of the most controversial aspects of transitional justice.<sup>1</sup> The debate, namely *peace versus justice*, revolves around the concept of individual accountability.

Amnesties are described as laws or executive policies designed to remove or reduce criminal and civil sanctions from specified categories of offenders or offences.<sup>2</sup> Amnesties may be used for a wide range of purposes in the context of transitional justice, such as encouraging combatants to surrender and disarm, facilitating peace agreements and providing an incentive to offenders to participate in truth recovery or reconciliation programs.<sup>3</sup> In the past decades, many states have used different types of amnesty policies or measures for crimes committed during conflicts, as means of pacification and reconciliation in the aftermath of conflicts.

In the last quarter century however, as a consequence of the development of global accountability policy<sup>4</sup>, an anti-amnesty position for serious crimes has taken hold across a majority of international bodies.<sup>5</sup> The sup-

1 Freeman, M. and Pinsky, M., (2012) "The Amnesty Controversy in International Law", *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability, Comparative and International Perspectives*, Edited by Francesca Lessa and Leigh A. Payne, Cambridge University Press, p. 42.

2 Mallinder, L. (2008) *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide* (Oxford, Hart).

3 The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability, University of Ulster, Transitional Justice Institute, *The Role of Amnesties*, p.9.

4 Close, J. (2016), *The International Legal Status of Amnesties Granted For Serious Crimes: Historical and Contemporary Perspectives*. PhD thesis, Middlesex University p.2.

5 Such as the United Nations Secretariat, the IACHR, the ICC as well as international NGOs and academics. Human Rights Watch Report "Smoke and Mirrors, Colombia's demobilization of paramilitary groups" August 2005 Vol. 17, No. 3 (B) p.2 and Amnesty International Report, "Colombia: The

porters of this opinion emphasize that amnesties violate the legal obligations of States<sup>6</sup> in responding to mass violence perpetrated during conflict; such as the duty to investigate, prosecute and punish the alleged perpetrators of gross human rights violations.<sup>7</sup> As amnesties shield their beneficiaries from legal penalties, they automatically decried as undermining individual accountability.<sup>8</sup>

This approach creates an unnecessary tension between the two essential goals of transitional justice, namely peace-making and ensuring justice. A flawed and narrow construction of accountability is the root cause of this tension. As explained below, amnesties may actually serve transitional justice under a broader understanding of accountability.

Accountability is recognized as an indispensable component of peace and eventual reconciliation.<sup>9</sup> Those responsible for serious crimes should be held accountable for establishing a sustainable peace. However, the notion of accountability in the context of transitional justice is generally dominated by a narrow legalistic lens<sup>10</sup> and interpreted as the demands for retribution of those involved in serious crimes. This deployment of the term accountability creates a perception about amnesties as the total absence of accountability, “the very embodiment of impunity.”<sup>11</sup>

Indeed, it is true that historically, amnesty laws were often granted unconditionally to specified groups of offenders to prevent their individual

---

paramilitaries in Medellín: Demobilization or legalization?”, 1 September 2005, AMR 23/019/2005, UN Secretary-General Ban Ki-moon’s speech at International Criminal Court Review Conference, available at : <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=34866>

6 Sadat, L. N. (2006) “Exile, Amnesty and International Law”, Notre Dame Law Review 81, Amnesty for Crime in International Law and Practice, p.976.

7 The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability, University of Ulster, Transitional Justice Institute, p.6.

8 Mallinder L. and McEvoy K., (2011) Rethinking Amnesties: Atrocity, Accountability and Impunity in Post-Conflict Societies, Contemporary Social Science: The Journal of the Academy of Social Science, Vol. 6, No.1, pp. 107-28, Transitional Justice Institute Research Paper No. 11-02, p.113.

9 Bassiouni C. (1999) “The Need for International Accountability”, in International Criminal Law, Volume III Enforcement, New York: Transnational Publishers, p.21.

10 McEvoy K., (2007) Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice, Journal of Law and Society Volume 34, Number 4, p.413.

11 Mallinder L. and McEvoy K., (2011), p.109.

accountability.<sup>12</sup> Today it is undisputed that, these blanket amnesties<sup>13</sup> cannot be justified as serving the goal of transitional justice.<sup>14</sup> However, amnesty laws do not necessarily have to be mechanisms behind which perpetrators of such crimes can shelter with impunity.<sup>15</sup>

A broader perspective of accountability<sup>16</sup> may reveal the capacity of amnesties to have a more constructive role in post conflict societies.<sup>17</sup> The two main characteristics of accountability are *answerability* and *enforcement*.<sup>18</sup> There should be a process by which the offenders are required to disclose and explain their acts and omissions; and a process in which the accountability actor may impose sanctions on offenders.

Under this broader perspective of accountability goals of transitional justice may be achieved without automatic recourse to retribution. Conditional amnesties that operate in conjunction with other transitional justice processes, could offer a means of delivering both answerability and enforcement elements albeit in varying degrees.<sup>19</sup> This “new law”<sup>20</sup> of transitional justice enables “smart” amnesties to enhance the individual accountability.

Reliance solely on formal trials, does not meet with post-conflict accountability requirements for several reasons. Tribunals provide enforcement dimension of individual accountability through conviction and sen-

---

12 Mallinder L. and McEvoy K., (2011), p.119

13 Berdal, M. and Suhrke, A., (2011) *The Peace In Between: Post-War Violence and Peacebuilding*, p.120

14 Olson, L. “Provoking the Dragon on the Patio. Matters of Transitional Justice: Penal Repression v. Amnesties”, *International Review of the Red Cross* 88 (2006): 284

15 Hughes, E., Schabas, W.A., and Thakur, R., (2007) Introduction, *Atrocities and international accountability: Beyond Transitional Justice*, United Nations University Press, p.5.

16 Bovens, M. *Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework*, European Governance Papers, No.C-06-01, p.8.

17 Mallinder L. and McEvoy K., (2011), p.107.

18 Mallinder L. and McEvoy K., (2011), p.115.

19 The South African Truth and Reconciliation Commission (TRC) is considered by many to be a successful example of conditional, or smart amnesty.

20 Bell, C., (2006) *The “New Law” of Transitional Justice, Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*. p.105.

tencing.<sup>21</sup> However, it is known that trials often create incentives for offenders to obfuscate rather than answer for their actions;<sup>22</sup> which undermine the answerability dimension of accountability. Furthermore, since these judicial institutions may often not have the capacity to try the thousands of individuals who have engaged in criminality during conflict<sup>23</sup>, they mostly focus on the criminal prosecutions of those most responsible for serious crimes.<sup>24</sup> This creates an impunity gap, which undermines the enforcement dimension of accountability.

However, amnesties can be used to encourage offenders to answer for their crimes by incentivizing testimony, thereby enhancing the answerability dimension of accountability. Moreover, while prosecutions focus on the most severe of offenders, conditional amnesties may involve the whole society into the alternative accountability processes. Conditional amnesties may also provide an incentive to offenders to participate into the reparation programs, where they take the responsibility of their crimes, come to grips with consequences of their offences personally and work to repair the harm done to the victims. This would strengthen both answerability and enforcement dimension of accountability.

In conclusion, smart amnesties may provide the balance that the transitional justice needs to strive between peace and justice, by enhancing accountability together with judicial and non-judicial transitional justice mechanisms.

---

21 Mallinder L. and McEvoy K., (2011), p.115.

22 Cohen, S., (2009) *Unspeakable Memories and Commensurable Law*. In: S. KARSTEDT ed. *Legal Institutions and Collective Memories*. Oxford: Hart Publishing, p. 27-38.

23 Burbidge, P., (2008) "Justice and Peace? – The Role of Law in Resolving Colombia's Civil Conflict", *International Criminal Law Review* 8, p.577.

24 Sissons M. and Al-Saiedi, A. *International Center for Transitional Justice, March 2013 IRAQ A Bitter Legacy: Lessons of De-Baathification in Iraq*, p.32-33.