

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

EKİM
KASIM
ARALIK
2010

SAYI

4

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

Sahibi
Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına
Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Genel Yayın Yönetmeni
Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat / Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Prof. Dr. Durmuş Tezcan / Prof. Dr. Yener Ünver
Doç. Dr. Ümit Kocasakal / Yard. Doç. Dr. Barış Erman
Arş. Gör. Dr. Pınar Memiş / Arş. Gör. Gülşah Kurt Yücekul
Av. Fikret İlkiz / Av. Elif Yarsuvat / Av. Mustafa Tırtır
Av. Aysun Dalkılıç / Av. İlkan Koyuncu

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi
Cemile Meral
0212/511 54 32 Dahili: 112

İletişim Adresi
Türk Ceza Hukuku Derneği
Nuruosmaniye Cd. No: 56 K: 4 Cağaloğlu/İSTANBUL
Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri
Yazın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No: 12028)
Çiftelavuzlar Cd. Maltepe Mh. Prestij İş Merkezi No:27/806 K:9
Zeytinburnu/İSTANBUL

Basım Tarihi
Temmuz 2011

İçindekiler

Av. Metin Aslan	1	Parmak İzime Dokunma (Hakemli Makale)
Prof. Dr. Süheyl Donay	15	Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru
Prof. Dr. Hakan Hakeri	29	Madde Bağımlıları ve Tedavi / Denetimli Serbestlik Tedbiri
Prof. Dr. Ersan Şen	55	Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması
Prof. Dr. Yener Ünver	91	TCK'daki Suçun Manevi (Subjektif) Unsuruna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi
Burcu Dağ	131	Alman Ceza Kanunu'nda Öldürme Suçu ve Nitelikli Haller
Gülşah Güven	159	Türk Ceza Kanunu'nda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu (m.132)
Dilan Işık	169	Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu

Parmak İzime Dokunma !

(HAKEMLİ MAKALE)

Av. Metin Aslan*

Özet

Bu çalışmada, kişilerin parmak izinin hukuki niteliği, parmak izinin hangi hallerde ve kimler tarafından kaydedilebileceği ve muhafaza edilebileceği, bu çerçevede özel güvenlik şirketlerinin bu yönde bir yetkilerinin bulunup bulunmadığı irdelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Parmak izi, kişisel veri, özel hayat, vücut bütünlüğü, rıza, özel güvenlik şirketleri

Abstract

This paper deals with issues regarding the legal aspects of the fingerprint, the circumstances under which a fingerprint may be recorded and stored, and the question about whether private security companies have the legal authority to obtain fingerprints.

Keywords: Fingerprint, personal data, privacy, bodily integrity, consent, private security companies

* İstanbul Barosu, Avukat.

Son yıllarda gittikçe yaygınlık kazanan bir uygulama ile, belediyelerde, işyerlerinde, fabrikalarda ve hatta bazı okullarda, güvenlik gerekçesiyle, öğrencilerin, öğretmenlerin ve çalışanların parmak izlerinin toplandığını ve saklandığını görmekteyiz. Peki ama bu uygulamanın yasal bir dayanağı var mı? İşverenler, belediyeler, okul idareleri ve özel güvenlik şirketleri kişilerin parmak izlerini toplarken hangi hukuki zemin üzerinde hareket ediyorlar? Bu soruların açıklık kazanabilmesi için “parmak izi”nin hukuki niteliğini ve kişilerin “parmak izi”ni alma yetkisinin kimlere verildiğini ortaya koyma zorunluluğu bulunmaktadır.

I. Parmak İzinin Hukuki Niteliği

Kişisel verilerin korunmasını ve saklanmasını düzenleyen uluslararası temel düzenleme, Avrupa Konseyi'nin 28.01.1981 tarih ve 108 no.lu “Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”dir¹. Sözleşmenin “tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) fıkrasında, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler, kişisel nitelikte veri olarak kabul edilmiştir.

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi tarafından 24 Ekim 1995 tarihinde yürürlüğe konulan “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi”nin 2. maddesinde de, kişisel veriler, bir gerçek kişi hakkında olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır (95/46/EC)².

Kişisel veri kavramı, Türk Hukukunda da yukarıda belirttiğimiz düzenlemeler çerçevesinde ele alınmıştır.

Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi” başlıklı 135. maddesinin gerekçesinde³, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekliliği açıkça ortaya konulmuştur.

Kavramın tanımlandığı bir diğer düzenleme “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında

¹ <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/kisiverkorun.htm>, (25.02.2011).

² Başalp, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Kazancı, Ankara 2004, s. 34.

³ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, (25.02.2011).

Yönetmelik”te yer almaktadır⁴. Yönetmeliğin 3. maddesinde, kişisel veri, *“tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi”* şeklinde açıklanmıştır.

Nihayet, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”nın 3/ç maddesinde de, belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgilerin kişisel veri olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, kişiyi belirlenebilir kılan ve tanımlayan tüm veriler kişisel veri niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede, parmak izi, tıpkı kişinin özgeçmiş, resmi, sesi, saç teli, görüntüsü, avuç içi izi ve genetik bilgileri gibi kişisel bir veridir⁵.

Nitekim, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”nda, 3. maddenin gerekçesinde de, parmak izinin kişisel veri olduğu açıklanmaktadır:

“...İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izi, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir...”

Yukarıda açıklanan hukuki düzenlemeler çerçevesinde, vücut bütünlüğünün ayrılmaz bir parçasını oluşturan parmak izi, aynı zamanda kişinin fiziki varlığını belirleyebilme özelliğinden dolayı, özel hayat alanı içinde kalması gereken bir bilgi niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple, “parmak izi”, özel hayat kavramı içine giren diğer unsurlar gibi ulusal ve uluslararası hukukun koruduğu bir değerdir.

⁴ http://www.tk.gov.tr/Duzenlemeler/Hukuki/yonetmelikler/Kisisel_Bil_Yon_06_02_04.pdf (25.02.2011).

⁵ Başalp, s. 34.

II. “Parmak İzinin” Uluslararası ve Ulusal Hukukta Korunması

Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin 17. maddesinde; “...Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemeyeceği, hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlere bulunulamayacağı, herkesin bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkının bulunduğu...” belirtilmektedir.⁶

Her ne kadar sözleşme metninde “özel hayat” kavramı tanımlanmışsa da, sözleşmenin kurduğu denetim mekanizmasını yürütmekten sorumlu İnsan Hakları Komitesi’nin 16 no.lu Genel Yorumunda 17. maddenin çerçevesi çizilmiştir;

“...kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarında, data bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukuki düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Sözleşme’nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır. Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey otomatik veri dosyalarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca her birey hangi kamu otoritelerinin veya özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir...”⁷

“Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin 5/a maddesinde de kişisel nitelikte bilgilerin **yasal yoldan elde edilmesi ve işlenmesi** gerekliliği temel bir ilke olarak ortaya konulmuştur.

6 <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, (25.02.2011).

7 <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument>, (25.02.2011)

Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8. maddesinde de kişinin özel hayatına müdahalenin ancak yasal düzenleme ile mümkün olabileceği belirtilmektedir;

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

*2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve **yasayla** öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir..."⁸.*

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Murray/İngiltere ve Lustig/Prean/İngiltere kararlarında da, kolluk güçlerinin kişinin parmak izinin ve benzeri kişisel bir takım bilgilerinin almasının özel hayata müdahale teşkil ettiği, dolayısıyla bu yönde bir müdahalenin ancak yasayla ve meşru bir sebebin bulunması durumunda gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁹.

Görüldüğü gibi, uluslararası hukukta, kişisel bilgilerin ve bu çerçevede "parmak izi"nin korunması, "özel yaşamın gizliliği hakkı" çerçevesinde ele alınmakta ve **kanunla korunması zorunluluğunun** altı çizilmektedir.

Türk Hukukunda, konu öncelikle, Anayasa'nın "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Söz konusu hükümde, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı açıkça ortaya konulmuştur.

Anayasa'nın 20. maddesinde ise, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve

⁸ Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara, Turhan, 2007, s. 450.

⁹ Murray/İngiltere, 14310/88, 28.10.1994; Lustig-Prean/İngiltere, 31417/96, 27.09.1999, bkz. Üzeltürk, Sultan; Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta, 2004, s. 189-194.

aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, kanunun açıkça gösterdiği haller dışında bu hakkın sınırlanabilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile Anayasa'nın 20. maddesine eklenen 3. fıkra, kişisel verilerin korunması hakkına açıkça atıfta bulunmak suretiyle, önceki düzenlemeyi daha da kuvvetlendirmiştir;

*“... Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. **Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir...**”*

Görüldüğü gibi, gerek uluslararası düzenlemeler gerekse Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine göre, kişinin parmak izinin alınabilmesi ve saklanabilmesi ancak kanunla veya kişinin açık rızasıyla mümkün olabilmekte ve bu hallerde dahi ayrıca bu sınırlamanın meşru bir sebebe dayanması gerekmektedir.

Cüneyd Er, “Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı” başlıklı eserinde, kanunilik ve meşru sebebin varlığının aranması ilkelere aynen aşağıdaki şekilde açıklamaktadır;

“İnsanların vücut bütünlüğünü doğrudan ilgilendirdiği gibi, çalışmakta oldukları şirketi alakadar etmemesi gereken parmak izi, iris, retina hatta DNA gibi bilgileri kullanarak mesaiyi takip etmeye kalkmak, özel hayatın gizliliği ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu ilkenin sınırlandırılmasını sağlayan milli güvenlik, kamu düzeni, veya suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru sınırlama sebepleri de klasik bir mesai takibi için yeterli zemini oluşturmamaktadır.

Söz konusu uygulama değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken en önemli husus bu konuda kanuni bir düzenleme olup olmadığıdır. Böyle bir sınırlamaya zemin hazırlayacak kanuni düzenleme mevcut değilse, Anayasa'nın 13., 20. ve AİHS'nin 8. maddelerinde şart koşulan kanunilik ilkesi yerine gelmemiş ve uygulama gayri hukuki olacaktır”¹⁰.

¹⁰ Er, Cüneyd; Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Ankara, Vedat, 2007, s. 149-150.

Nitekim, Türk Hukukunda ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesi¹¹, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Kanunla değiştirilen 5. maddesi¹² ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 21/3 maddesi¹³ uyarınca, fiziki kimliğin tespiti amacıyla, kişilerin parmak izi alınabilmektedir.

Gerçekten, CMK'nın 81. maddesine göre, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet Savcısının emriyle, kişinin parmak izinin kayda alınabilmesi mümkündür. Bu çerçevede, 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik" in 15, 16 ve 17. maddelerinde bu kayıtların hangi suretle, kimler tarafından ve ne kadar süre ile saklanacağı ve nasıl imha edileceği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 5. maddesinde ise, polisin, görevlülerin, her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunanların, başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen kişilerin, Türk vatandaşlığına başvuruda bulunanların, sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancıların, gözaltına alınanların parmak izini alabileceği belirtilmiştir.

Nihayet, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 21/3 maddesinde de, hükümlülerin parmak izinin alınmasına ve saklanmasına izin verilmiştir.

Özetle ifade etmek gerekir ise, kişisel veri olduğu hususunda hiçbir tartışma bulunmayan parmak izinin kaydedilmesi ve saklanması için muhakkak bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, bu konu üç farklı kanunda düzenlenmiştir. Bu hükümler bir bütün olarak ele alındığında, kişilerin parmak izinin yalnız ve sadece kolluk güçleri tarafından kaydedilebileceği ve saklanabi-

11 Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun No: 5271, Kabul T.:04.12.2004, RG No.:25673, T.:17.12.2004.

12 Kanun No : 5681, Kabul T.: 02.06.2007, RG No.: 26552, T.: 14.06.2007.

13 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun No.: 5275, Kabul T.: 13.12.2004, RG No.: 25685, Tarih.: 13.12.2004.

leceği açıkça görülmektedir. Buna göre, fabrikalarda, işyerlerinde veya okullarda, önleyici güvenlik maksadıyla parmak izi toplanabilmesi, kişinin gönüllü olması hali dışında, mümkün değildir.

Rıza beyanının geçerli kabul edilebilmesi için, kişinin bütünüyle özgür iradesi ile hareket etmesi ve karar vermesi gerekmektedir. Nitekim, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi”nin 2/b.h maddesine göre, rıza beyanı, hiçbir baskıya maruz kalmaksızın, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak ve somut işlemle sınırlı irade beyanıdır. Aynı Yönergenin, 7/b.a maddesinde de, geçerli bir rıza beyanının asli unsuru olarak rızanın ilgili kişi tarafından “tereddüde yer vermeyecek” şekilde verilmiş olması aranmaktadır. Nitekim, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”nın 6. maddesinde de kişisel verilerin ancak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmektedir.

Başalp, yönergede kullanılan “tereddüde yer bırakmayacak şekilde” ibaresi yorumlanırken yönergeye hakim olan ruhun kişisel verilerin azami ölçüde korunması yönünde olduğunun altını çizmektedir¹⁴.

Bu çerçevede, örneğin, bir işçinin yanında çalıştığı işverenin talimatı uyarınca parmak izini vermesi halinde, bunun özgürce, baskı altında kalmadan beyan edilen geçerli bir rızaya dayandığını ileri sürebilmek mümkün gözükmemektedir. Keza, bir okul idaresinin aldığı karar karşısında öğrencilerin, öğretmenlerin, idari personelin ve müstahdemlerin parmak izinlerinin alınmasına itiraz etmelerinin mümkün olmadığı, bu kişilerin içinde buldukları statü gereği başka bir şekilde davranmalarının beklenemeyeceği ortadadır. Dolayısıyla, burada da rıza beyanının “tereddüde yer vermeyecek” şekilde verilmesi ihtimali bulunmamaktadır.

Nitekim, *Er* de böylesine önemli bir sınırlamanın rızayla tesis edilemeyeceği kanaatindedir;

“...Rıza da temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından Anayasaya uygunluğu sağlayacak bir sınırlama sebebi değildir. Çalışanların işlerini kaybetme korkusuyla böyle bir uygulamaya rıza gösterecek olmaları ihtimali bile başlı başına bir ölçüsüzlük halidir...” .

¹⁴ Başalp, s. 39.

¹⁵ *Er*, s. 149.

Kaldı ki, kişinin geçerli rızası bulunsa dahi, Türk hukukunda özel kişilerin parmak izi toplama ve kaydetme yetkisi bulunmadığı için bu rızanın uygulamada bir önemi bulunmamaktadır.

Gerçekten, parmak izinin kaydedilmesi ve saklanması özel hayata müdahale niteliği taşıdığı için, bu verilerin kimler tarafından toplanabileceğinin yanı sıra saklanma ve korunma usullerinin de yasayla belirlenmesi gerekmektedir.

Aksi halde, kamusal denetime açık olmayan bir takım kişilerin ve kurumların, vücut bütünlüğümüzün ve özel hayatımızın bir parçasını teşkil eden parmak izlerimizi keyfi bir şekilde saklaması, kişileri fişlemesi, bu verileri üçüncü kişilere aktarması, kısaca kullanım amacı dışında kullanılması söz konusu olabilecektir. Bu sebeplerle, parmak izi gönüllü olarak dahi, ancak kanunla açıkça yetkilendirilen kişilere verilebilir.

Nitekim, Anayasa'nın 20. maddesine eklenen 3. fıkranın son cümlesinde, **kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği**, açıkça belirtilmiştir.

Bu çerçevede, CMK'nın 81. maddesi uyarınca şüphelinin / sanığın fiziki kimliğinin tespiti için alınan parmak izi örnekleri *soruşturma veya kovuşturma dosyasının içinde* saklanmaktadır.

Ayrıca, gerek CMK m. 81 uyarınca alınan imza örnekleri gerekse PVSK'nın 5. maddesi ile CGTİHK'nın 231/3 maddesi çerçevesinde toplanan parmak izi örnekleri, PVSK'nın 5/2 maddesi uyarınca, *bu amaca özgü bir sisteme kaydedilmektedir*. Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz (PVSK m. 5/9). Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir (PVSK m.5/10). Şu hususu da belirtmek gerekir ki, aynı maddede, parmak izlerinin sistemde kaydedilmesi ve saklanması usulünün yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş ise de, bugüne kadar söz konusu yönetmelik yayınlanmamıştır.

Mevzuatımızda, parmak izinin toplanması / saklanması / kaydedilmesi hususlarını ele alan, bu konuda özel kişilere yetki veren bir başka yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kişi gönüllü olarak par-

mak izini vermek istese dahi, kanunda parmak izini kaydetme ve saklama yetkisi verilmediği için, ilgili kurumun bu verileri kaydedebilmesi hukuken mümkün değildir.

III. Özel Güvenlik Şirketlerinin Durumu

Uygulamada, özel güvenlik şirketleri kişilerin parmak izlerini özellikle mesai saatlerinin takibi gerekçesiyle kaydetmekte ve kullanmaktadır. Oysa, 5188 sayılı “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”da¹⁶, özel güvenlik şirketlerine böyle bir yetki verilmemiştir. Dolayısıyla, özel güvenlik şirketlerinin kişisel verileri hukuka aykırı bir şekilde kaydetmeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine, Anayasa’nın 17. maddesine ve dolayısıyla TCK’nın “kişisel verilerin kaydedilmesi” başlıklı 135. maddesine aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Nitekim, İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu’nun 31.10.2006 tarih ve 37 sayılı kararında, bu husus açıkça ortaya konulmuştur. (...) Hastanesi’nde mesai takibinin “parmak izi” uygulamasıyla gerçekleştirilmesini Anayasa’nın 17. maddesi ile AİHS’nin 8. maddesi bakımından inceleyen İnsan Hakları Kurulu aşağıdaki şekilde karar vermiştir;

“...Babçelievler Belediye Başkanlığı’nın ‘elektronik takip sistemi’ uygulamasının Anayasal normlara ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine uygun olmadığı, bu nedenle uygulamanın hukuka uygun hale getirilmediği görüşüne oy çokluğuyla varılmıştır...”¹⁷

İstanbul Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu’nun 21.12.2009 tarih ve 82/5 sayılı yeni bir kararı da bu yöndedir. Söz konusu kararda, hastane personelinin kamera ile takip edilmesinin kişilerin özel yaşamının gizliliğini ihlale neden olacağı belirtilmiştir,

“...Hastane personelinin mesaisinin kamera ile otomatik takibi hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından,

¹⁶ Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, Kanun No.: 5188, Kabul T.: 10.06.2004, RG No.: 25504, Tarih.: 26.06.2004.

¹⁷ <http://www.istanbul.gov.tr/?pid=12723>, (25.02.2011).

Anayasa ve uluslararası sözleşmelere göre özel hayatın gizliliğinin korunması gerektiğinden, yasal düzenlemeleri de içeren Kişisel Verileri Koruma Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşmasının beklenmesinde yarar bulunduğu,

Aksi takdirde, Hastanenin bu uygulamasının temel hak ve özgürlüklerin ve özellikle kişilerin özel yaşamlarının gizliliğinin ihlaline neden olacağı görüşüyle,

Bakırköy (...) Hastanesi'nin 01.04.2009 tarihinden itibaren sağlık personelinin kamera yerleştirilerek mesaisinin denetlenmesi yönteminin durdurulması ve bu sistemin kaldırılmasının hukuka uygun olacağı tavsiye olunur...¹⁸

Nihayet, Danıştay 12. Dairesi'nin 15.05.2006 tarih ve 2005/8811 E. ve 2006/1959 sayılı kararı da, Yüksek Mahkeme'nin konuya bakışını göstermesi bakımından aydınlatıcıdır. Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın, çalışanların mesai saatlerinin takibi maksadıyla parmak izlerini alması üzerine, Sendikanın uygulamanın iptali için açtığı davayı, Mahal Mahkemesi işlemin "...idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı..." gerekçesiyle reddetmiştir.

Danıştay Tetkik Hakiminin konuyla ilgili değerlendirmesi aşağıdaki şekildedir;

"...Kişisel veri olan 'parmak izinin' kamusal alanda da olsa 'özel hayatın gizliliği' hakkı kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bireyin izni olmadan parmak izinin alınması, uygulamanın yasal dayanağının bulunmaması, dosyadan anlaşıldığı kadarıyla bu işin yüklenen firma çalışanlarınca yapılacak olması, toplanan verilerin ileride de başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin bulunmaması göz önüne alındığında, davacı sendika üyelerinin ve diğer çalışanların hukukunu etkileyen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu kanaatine varılmaktadır..."

Bu çerçevede, Danıştay 12. Dairesi, söz konusu işlemin yürütülmesi zorunlu ve sonuç doğuran bir işlem olduğu gerekçesiyle Mahal Mahkemesi'nin kararını bozmuştur;

¹⁸ <http://www.istanbul.gov.tr/Portals/InsanHaklari/docs/kamera%20takip.pdf>, (25.02.2011).

“...Kamu görevlilerinin mesaiye devam durumlarının kontrolü konusunda ayrıntılı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Gelişen teknolojilerin İdarelerce kamu hizmetinin etkin ve verimli yürütülmesini kolaylaştırıcı etki sağlaması amacıyla kamu kesiminde kullanılmaya başlamasını doğal karşılamak gerekir. Ancak teknolojinin kullanılarak kişisel verilerin kayıt altına alınması uygulamasına maruz kalan kamu görevlilerinin hukuki durumlarında değişiklik yaratıldığının da göz önünde bulundurulması zorunludur...”¹⁹

Görüldüğü gibi, Danıştay kararında dolaylı bir şekilde de olsa parmak izinin kişisel bir veri olmasına ve buna bağlı olarak yasallık ilkesine dikkat çekilmektedir. Nitekim, Tetkik Hakiminin görüşünde bunun özel hayata müdahale teşkil edeceği ve ancak yasayla yapılabileceği açıkça vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.12.1998 tarih ve 1998/17846-19111 sayılı bir kararında²⁰, işverene parmak izini vermekten çekinen işçinin iş akdinin haklı nedenle feshedilmesi hukuka uygun bulunmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararının gerekçesinde, olay tarihinde yürürlükte bulunan 2495 sayılı “Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun”²¹ çerçevesinde 28.03.1994 tarih ve 21888 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Yönetmelikte, Bankada çalışan tüm personelin fotoğraf, el yazısı ve parmak izlerinin özel güvenlik şirketi personeline verilmesine izin veren hükme dayanılmıştır.

Gerçekten, mülga 2495 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (e) bendinde özel güvenlik teşkilatının görev ve yetkileri düzenlenirken “koruma ve güvenlik hizmetlerinin gerektirdiği diğer önlemleri almak” şeklinde genel bir hüküm konulmuş, bu çerçevede Yönetmeliğin 60/c-2 maddesinde özel güvenlik kuruluşlarına “kuruluştaki çalışan tüm personelin fotoğraf, el yazısı ve parmak izlerinin elde bulundurulması” yetkisi verilmişti.

¹⁹ Danıştay 12. Dairesi'nin 15.05.2006 tarih ve 2005/8811 E. ve 2006/1959 sayılı kararı, Yayınlanmamıştır.

²⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 23.12.1998 tarih ve 1998/17846-19111 sayılı kararı, Yayınlanmamıştır.

²¹ Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun (Mülga), Kanun No.: 2495, Kabul T.: 22.07.1981, RG No.: 17410, Tarih.: 24.07.1981. (26/06/2004 tarih ve 25504 S. R. G. de yayımlanan 10/06/2004 kabul tarihli 5188 sayılı “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”un 27. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak, 2495 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve 26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 7. maddesinde özel güvenlik kuruluşlarının yetkileri ayrıntılı bir şekilde sayılmış, bu çerçevede önceki düzenlemede yer aldığı şekilde parmak izinin alınmasına imkan verecek genel bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim, 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan ve önceki yönetmeliği bütünüyle yürürlükten kaldıran yeni Yönetmelikte de kurum personellerinin kişisel verilerinin alınmasına izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yukarıda belirttiğimiz kararı, 2004 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, hukuki dayanağını yitirmiştir.

Sonuç

Türk Hukukunda kişilerin parmak izinin alınabilmesi, kullanılabilmesi ve muhafaza edilebilmesi ancak kanunun izin vermesi halinde mümkün olabilmektedir.

Bu çerçevede, ülkemizde özel kuruluşlara parmak izi ve benzeri kişisel verileri toplama yetkisi veren bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Adli makamlar ve kolluk güçleri dışında bir başka kuruma bu alanda yetki verilmemiştir.

Dolayısıyla, halen kişilerin parmak izini ve benzeri kişisel verilerini toplayan, kaydeden ve saklayan özel güvenlik kuruluşları yasal dayanaktan yoksun bir şekilde hareket etmekte ve kişilerin özel hayatına müdahale etmektedir. Buna göre, söz konusu şirketlerin kişilerin parmak izlerini hangi koşullar çerçevesinde kullandığını, sakladığını ve daha sonra bu verileri imha edip etmediğini denetleyebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla, çeşitli gerekçelerle toplanan parmak izlerinin 3. kişilere aktarılması, kötüye kullanılabilmesi, kişilerin fişlenmesi ve benzeri tehlikelerin gerçekleşmesi her zaman mümkündür.

Telefonların kolaylıkla dinlenebildiği, gizli kamera kayıtlarının ortala-ra döküldüğü, hakimlerin fişlendiği, en hafif dedikoduların dahi İddia-

namelerde yer edebildiği, kısaca özel hayatın ve mahremiyetin alt-üst olduğu bir ortamda parmak izinin korunması üzerine bir şeyler yazmanın oldukça naif bir yaklaşım olduğunun farkındayım, ancak her şeye rağmen bir yerden başlamak zorundayız.

Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru

Prof. Dr. Süheyl Donay*

Özet

Makalede, 2010 Anayasa Değişiklikleri kapsamında kabul edilen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı incelenmektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile yasal dayanağa kavuşan bu hak, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan herhangi birisinin bir kamu gücü tarafından ihlali halinde bireysel başvuruya olanak tanımaktadır.

Çalışmada, hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokolleri kapsayıp kapsamadığı, yabancıların da başvuru hakkının bulunup bulunmadığı, iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından bu hakkın nasıl bir etkisinin olacağı sorunları üzerinde durulmuştur. Bunun dışında, Anayasa Mahkemesine diğer mahkemelerin kararlarını iptal etme ve yeniden yargılanmaya karar verme yetkisinin verilmesi konuları tartışılmıştır.

Son olarak, bireysel başvuru usulü ve ön koşulları üzerinde durulmuş, ayrıca kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin incelemelerin ne şekilde gerçekleştirileceği açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa değişikliği, 6216 sayılı Kanun

Abstract

The paper deals with the right to individual application to the Turkish Constitutional Court, accepted within the framework of the 2010 amendment to the Constitution of Turkey. The right to individual application gained legal basis through Law 6216 on the Foundation and Procedure of the Constitutional Court, and provides for a right to individually apply to the Constitutional Court if a person's fundamental rights and freedoms, as listed under the Constitution and provided by the European Convention of Human Rights, have been violated by public authority.

The paper further discusses whether the right to individual application encompasses only the Convention, or its Additional Protocols as well. Additionally, the questions on whether foreign citizens shall enjoy this right equally, have been dealt with. Other points of interest include the impact of the new condition on the condition of exhausting domestic remedies, and the controversial issue of the Constitutional Court's newly accepted powers to annul existing judgments or to order a new trial.

As a last point, the procedure and preconditions of issuing an application, as well as the procedure used to decide on the acceptability and the subject matter of the application have been explained.

Keywords: The Constitutional Court, individual application, European Convention of Human Rights, Constitutional amendment, Law 6216.

* T.C.Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

1. Genel Olarak

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Anayasamızda referandum sonucuna uygun olarak, 12.09.2010 tarih ve 5928 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine kişisel başvuru hakkını tanımıştır. Nitekim 6216 sayılı yasanın 3. maddesinin c bendi açıkça Anayasa Mahkemesinin görevlerini belirlerken "Anayasanın 148. maddesi uyarınca yapılan bireysel başvuruları karara bağlamak" olduğunu belirtmiştir. Anayasamızın 148/3 ve devam eden fıkralarına göre: "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir". Her ne kadar Anayasamız açıkça 6216 sayılı yasada yazıldığı gibi "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden" söz etmemişse de, kanımızca protokoller Sözleşmenin ayrılmaz birer parçası olduğundan, Türkiye'nin taraf olduğu protokoller esasen Sözleşme kapsamında sayılmak gerekir. Yasanın hükümet tarafından hazırlanan metninde ve gerekçesinde de protokollere yer verilmemiştir.

Alt komisyon raporuna muhalefet şerhi veren Sayın Şahin Mengü, Sayın İsa Gök, Sayın Atilla Kurt ve Sayın Atilla Emek ise aynen: "Anayasanın 148. maddesi ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi kapsamındakiler bireysel başvuruya konu olabilir. Ancak tasarıda protokollerin de kapsama alındığı görülmektedir. Bu durum Anayasaya aykırıdır. Çünkü protokoller AİHS dâhil olmayıp birçoğu imzalanmamış ve Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Buna karşın Anayasa Komisyonunda, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun onayladığı protokollerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir parçası olduğu cevabı verildiğini söyleyerek, bu şekli ile tasarımı uygun bulmuştur. Biraz yukarıda da söylediğimiz gibi protokoller Sözleşmenin ayrılmaz birer parçasıdır ve Sözleşmeden söz edilirken buna protokolleri de katmak gerekir. Elbette Türkiye'nin imzalamadığı veya çekince koyduğu protokollerin bu hükümleri, esasen Anayasanın 90. maddesine göre bir iç hukuk kuralı sayılmayacağından, kişisel başvuruya konu edilmeyeceklerdir. Gerçekten Anayasanın 90/5.

maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu açıdan Türk hukuku açısından Meclis tarafından yasa ile onaylanmış protokoller de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bir parçası haline gelmektedir.

Bu açıdan Anayasamızın yazımında bir eksiklik yoktur. Anayasamızın 148/5. maddesi ile 6216 sayılı Yasa buna Bireysel başvuru adını vermiştir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." Yine madde "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." hükmünü içermektedir.

İşte 6216 sayılı yasa, bu hakkın nasıl kullanılacağını ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır. Yasanın hükümlerine geçmeden önce belirtelim ki, bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi yeterlidir. Başka bir deyişle gerek idari ve gerekse ceza yargılama yasamızda yer alan ve olağan olarak nitelendirilen kanun yollarına başvurulmuş ve sonucunun alınmış olması gerekir. Bu sonucun olumlu veya olumsuz olması bu başvuruyu etkilemez. Başka bir deyişle olağan yasa yollarında talepler ister reddedilmiş, ister kabul edilmiş olsun, diğer koşulları da mevcutsa kişisel başvuru yolu kullanılabilir.

Bunun dışında yasanın öngördüğü olağanüstü yasa yollarına gitmiş olmak zorunluluğu yoktur. Ancak, eğer bir aykırılık iddiası olağan yasa yolunda ve bu yol kullanılırken belirtilmesi gerekirken belirtilmemişse, artık bu nedenle kişisel başvuru yoluna gidilemez. Örneğin bir hükümde belirlenen hukuka aykırılık, buna rağmen temyiz dilekçesinde öngörülmemişse, artık kişisel başvuruda bunu belirtmek başvuruya fayda sağlamaz. Zira kişi bu olanağa yasa yollarını kullandığı sırada sahipken, hangi nedene dayanırsa dayansın ileri sürmemişse, artık Anayasa Mahkemesinde bunu bireysel başvuru yolunu kullanarak iddia edemez. Zira Anayasa Mahkemesi burada bir temyiz incelemesi yapmamaktadır.

Alt komisyon raporuna muhalefet şerhi veren Sayın Behiç Çelik ve Sayın Faruk Bal aynen: "Tasarının 50. maddesi Anayasa Mahkemesini yüksek yargı organlarının üstünde bir temyiz mercii konumuna getirmektedir. Bu durum Anayasaya aykırıdır. İtirazlar üzerine sonradan

yapılan yumuşatma çabaları çalıyı arkadan dolaşmak gayretlerinden başka bir şey değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin verdiği yargılamanın yenilenmesi kararı üst yargı organının kararını ortadan kaldırmaktadır.” demişlerdir. Kanaatimizce Yüksek mahkeme özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini incelemekle görevli ise de, burada yaptığı inceleme sadece bu durumun saptanmasından ibarettir. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme sadece Anayasada, İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Protokollerde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğini araştırmaktadır. Yüksek mahkemenin bireysel başvuruda görevleri sınırlıdır. Temyiz mahkemesi gibi tüm hukuka aykırılıkları incelememektedir. Bu eleştiri kabul edilecek olsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini de bir temyiz mahkemesi olarak nitelemek gerekirdi. Burada sadece kamu gücü tarafından insan hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda inceleme yapılmaktadır. Bu konuda yapılan bir eleştiri, Anayasal açıdan eşit olan yüksek mahkemelerden birine, diğer bir yüksek mahkeme kararını iptal yetkisinin tanınmasının Anayasaya aykırı olduğu, böylece Anayasa Mahkemesinin bir nevi temyiz mahkemesine döndürüldüğü yolundadır. Anayasa Mahkemesi ile temyiz mahkemesinin işlevleri farklıdır. Bu açıdan bir yüksek mahkeme kararının diğer mahkeme tarafından iptal edilmesini bu şekilde yorumlamak kanımızca uygun değildir.

Anayasamızda yapılan bu değişiklik, esas itibarı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruları bir nebze olsun önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yönü ile, saiki ne olursa olsun Anayasada yapılan en önemli ve yararlı bir değişiklik olduğunu kabul etmemiz gerekir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu karara karşı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilecektir. Başka bir deyişle Anayasamızın bireylere tanıdığı bu hak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma olanağını ortadan kaldırmaz. Bununla beraber Anayasa Mahkememiz burada insan haklarının ihlal edilip edilmediğini çözümleyeceği için, büyük olasılıkla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulmayacaktır. Ancak bu yol, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu mahkemeye başvuruyu engellemez. Kanımızca bu başvuru hem Anayasa Mahkemesinin kararına karşı olabileceği gibi, ihlalin temelini de konu alabilir.

Bu konuda, 6216 sayılı yasanın 22. maddesi bireysel başvuruları karara bağlamak üzere Yüksek mahkemede bir başkan vekili başkanlığında yedişer üyesi bulunan iki bölüm kurmuştur. Bölümler bir başkan vekilinin başkanlığında dört üyenin katılımı ile oluşmaktadır. Bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü ile ilgili hususlar İçtüzükte düzenlenmektedir. Bu konuda madde ile ilgili olmamasına rağmen, Alt komisyona verilen bir diğer muhalefet şerhinde, “Yüce Divan ve bireysel başvuru misyonunu üstlenen, ceza ve usul hukuku yargılamalarının egemen olduğu bir mahkeme yapılanmasında; hukuk eğitimi yanında ceza yargılanmasına egemen olan hukukçu yapılanmasının egemen olması gerekirken; hukuk eğitimi almayan, hukuk formasyonu olmayan bürokratik bir yapılanmaya ağırlık verilmesi; hukuk devleti yapılanmasını tahrip eden maksatlı bir yaklaşım ve tercihtir.” denmiştir. Bu görüş biraz aşırı olmakla beraber gerek Yüce Divan ve gerek kişisel başvuruda hukuk ve özellikle ceza hukuku eğitimi alan üyelerin bulunması tercih edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin görevleri çok geniştir ve sadece bu iki kurumdan ibaret değildir. Bu açıdan bu işlemler için geçerli olabilecek eleştiriyi genişletmek kanımızca uygun olmamıştır.

Yasanın 45. maddesi bireysel başvuru konusunda ilkeleri saptarken öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek ve de Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddialarını inceleyeceğini öngörmektedir. Hemen ifade edelim ki Anayasamızın 148/3. maddesi sadece Sözleşmeden söz etmiş ve protokollerini atlamıştır. Ancak kanaatimizce protokoller de, sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğundan, Sözleşmeden söz ederken, buna protokollerin de dâhil olduğunu varsaymamız gerekir. Yine aynı madde yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan başvuru yapılamayacağını ve Anayasa Mahkemesi Kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru dışında olduğunu belirtmiştir. Daha önce gördüğümüz gibi, Anayasa Mahkemesi kararları yeniden inceleme dışında kesin olduğundan, bunlar için artık kişisel başvuru öngörülemez. Bunun yanında esasen Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı bir hususun Anayasa Mahkemesine götürülmesi düşünülemez. Bununla beraber bu tasarruflar hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru olanağı vardır.

2. Bireysel Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

Bireysel başvuru, ancak ihlale yol açan işlem ve eylemlerden güncel ve kişisel hakkı doğrudan doğruya ihlal edilenler tarafından yapılabilir. Madde gerekçesinde de aynı terimler kullanılmıştır. Özel tüzel kişiler ise ancak tüzel kişiliğine ait haklarının ihlal edilmesi halinde bu hakka sahiptirler. Kamu tüzel kişilerin böyle bir hakkı yoktur. Zira yasanın kamu gücü tarafından yapılan ihlalleri öngördüğünden kamusal tüzel kişilerin böyle bir ihlale konu olması düşünülemez. Zira bunların haklarının ihlal edilmesi halinde kamu güçleri hem durumu düzeltebilir hem de bunların faaliyetleri zaten kamu tarafından düzenlenmektedir.

Ancak yasa 46/2. Maddesine göre, özel hukuk tüzel kişileri, sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği savıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerdir. Bununla beraber özel hukuk tüzel kişisine karşı yapılan ihlal, aynı zamanda tüzel kişiye mensup bir bireyin de hakkını ihlal ederse, onun da tüzel kişinin yanında ayrıca bireysel başvuru hakkı vardır.

Bunun yanında yalnızca Türk vatandaşlara tanınan hakların ihlalinde, yabancılar başvuruda bulunamaz. Buna karşın bu ayrığın dışında, bir yabancının, özel olarak sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar dışında, diğer haklarına Türkiye’de bir ihlal söz konusu olduğunda onların da başvuru hakkı vardır. Aksi takdirde Anayasanın 10/5. maddesinde yer alan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.” ilkesine aykırılık söz konusu olur. Kaldı ki, Türk Ceza Yasasının “Adalet ve Kanun önünde eşitlik ilkesi”, ceza yasasının uygulanmasında yabancı ayırımının yapılamayacağını öngörmektedir. Bu ilke yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar nedeni ile ihlal edilmiş olmaz. Zira burada yabancılara tanınmış bir temel hak da söz konusu olabilir. Böylece, bir yabancının Türkiye’de bulunduğu sırada temel hak ve özgürlüğü ihlal edilmişse, bu yabancı uyruklu kişiye de bu hak tanınmalıdır. Örneğin hukuka aykırı olarak gözaltına alınan bir yabancıya kişisel başvuru hakkının tanınması gerekir. Bu husus görüşümüze uygun olarak Anayasa Komisyonunda da benimsenmiş bulunmaktadır. Esasen yasanın 46/3. maddesi başka bir anlayışa engeldir. Eğer bir hak yalnız Türk vatandaşlarına tanınmış bir hak olarak

düzenlenmemişse, yabancılara da tanınan bir hakkın ihlalinde de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı mevcuttur. Elbette bu başvuru için gerekli önkoşullar yerine getirilmiş olmalıdır.

Yasa işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel hakkın doğrudan etkilenmesini aramaktadır. Kanımızca buradaki güncellikten amaç belirli bir zaman sürecini değil, ihlalin olduğu zaman yürürlükte olan bir olgunun ihlalinin öngörülmesidir. Bir başka anlatımla, güncel kavramı, Anayasa Komisyonunda belirtildiği gibi aktüel ve halen devam eden anlamındadır. Gerekçede de doğru olarak belirtildiği gibi, burada potansiyel hak ihlali iddiasına dayanan ya da başvuranın kendi hakları ile ilgili olmayan hususlar bireysel başvuru konusu edilemez. Örneğin çok sevdiği bir arkadaşının haksız bir tecavüze uğradığını gören kişi, bu arkadaşı adına başvuruda bulunamaz. Zira ihlal doğrudan doğruya kendisine yönelik değildir.

3. Bireysel Başvuru Usulü

Başvuru doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine yapılabileceği gibi, mahkemeler, ya da yurt dışı temsilcilikler aracılığı ile de yapılabilir. Bu hüküm Ceza Yargılama Yasasının 158. maddesinde yer alan ihbar ve şikâyetin kime yapılacağını düzenleyen hükümden esinlenerek hazırlanmıştır. Ancak burada 158. maddeye göre bir sınırlama getirilmiş, başvurunun doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine, mahkemelere ya da yurtdışı temsilciliklere yapılabileceği öngörülmüştür. Bununla beraber yasanın 47/1. Maddesinde, başvurunun diğer yollarla kabulüne ilişkin esasların İçtüzükte belirleneceği belirtilmiştir. Bu satırlar kaleme alındığında henüz İçtüzük yapılmamış olduğundan, esas belirleme bu İçtüzüğe göre yapılacaktır. Ancak kanımızca aynen Ceza Yargılama yasasında olduğu gibi diğer resmi mercilere yapılan müracaatlar, örneğin valilik, kaymakamlık ve Cumhuriyet Savcılığına yapılan şikayetler, süresi içinde yapılmış olması koşulu ile geçerli sayılmalı ve bu makamlar ilgilinin dilekçesini derhal Anayasa Mahkemesine göndermelidirler. Böylece belirtilen makamlara yapılan başvurular süresi içinde ve aranan belgelerle birlikte yapılmak kaydı ile, beklenmeksizin Anayasa Mahkemesine teslim edilecektir.

Bireysel başvurular harca tabidir. Yasanın 75/8. maddesi, 492 sayılı Harçlar Yasasına bağlı 1 sayılı tarifeye 4 numaralı bendi dâhil ederek bu harcın 150 TL olduğunu belirtmiştir. Bunun için 492 sayılı Harçlar Yasadaki (1) sayılı tarifenin (A) “Mahkeme Harçları” bölümünün ilk cümlesine “yargı konularına” ibaresinden sonra gelmek üzere “Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda” ibaresi ve (1. Başvurma harcı) başlıklı fıkrasına 4. bent olarak “Anayasa Mahkemesinde 150.-T.L.” eklenmiştir.

Başvuru dilekçesinde, başvurucunun ve varsa temsilcisinin kimliği, adres bilgileri dâhil ihlalin hangi eylem, işlem ve ihmal ile gerçekleştiği, başvuru yollarının tüketilmesi aşamaları, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ve eğer varsa zararın da kanıtları ile birlikte eklenmesi zorunludur. Başvuru eğer bir avukat tarafından yapılmışsa, vekâletname de eklenmelidir.

Ayrıca başvuru dilekçesine dayanılan kanıtlar ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem ve kararların aslı ya da örneği ile harcın ödendiğine dair belgenin de sunulması gerekir. Şunun da hemen ilave edelim ki, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 35/1. maddesine göre, mahkemelerde gerçek ve tüzel kişilere ait işlemleri takip etme ve dava etme yetkisi yalnız avukatlara tanınmıştır. Aynı yasanın 35/3. maddesi ise, herkesin kendi davasını kendisinin de takip edebileceğini belirtmektedir. Bu açıdan maddede yazılı temsilciyi, tüzel kişilerde tüzel kişinin yetkili temsilci organı olarak kabul etmek gerekir. Eğer başvuru bir avukat tarafından yapılmışsa, avukatın vekâletinin de sunulması gerekir.

Başvuru evrakında herhangi bir eksiklik bulunduğu durumda, Mahkeme Yazı İşleri tarafından eksikliğin giderilmesi için onbeş günlük ek süre verilir ve süre içinde eksikliğin tamamlanması halinde başvurunun reddedileceği de bildirilir. Buradaki onbeş günlük süre mazeret süresi olmayıp, sadece eksikliklerin tamamlanması için verilen süredir. Bu açıdan mazeret talebi halinde dahi bu ek sürenin verilmesi olasılığı vardır.

Başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren, otuz gün içinde yapılması gerekir. Örneğin eğer temyiz yoluna başvurulmuşsa, bu süre temyize başvurulduğu tarihten değil, temyiz tarafından kesinleştirilen

kararın başvurana tebliğ edildiği tarihten başlar. Süresi içinde haklı bir mazeret nedeni ile başvurulmamışsa, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde yapılması gerekir. Bu sürelerin hak düşürücü süreler olduğunu kabul etmemiz gerekir.

Eğer haklı bir mazeret ileri sürülerek ek süre istenmişse, bu mazeretin haklı olup olmadığı konusunda mahkeme öncelikle bir karar verecektir. Eğer mazereti haklı bulmazsa talep reddedilecektir. Bu açıdan ek süre talebinde bulunanlar mazeretlerin haklı olduğuna ilişkin bilgi ve belgeleri sunmak zorundadırlar. Bunun temel nedeni mahkemenin mazeretin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını saptayabilmesini sağlamaktır.

Eğer başvuru kötü niyetle yapılmışsa başvuru aleyhine ikibin Türk lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilir. Bunun için bireysel başvuranın açıkça kötüye kullanıldığının saptanması gerekir. Örneğin bireysel başvuru hakkının bulunmadığını bilmesine rağmen bu yola başvuruda bulunma, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.

4. Başvuruların İncelenmesi ve Kabul Edilebilirlik Koşulları

Başvuru hakkının tanınması için yasada öngörülen başvurulabilirlik koşullarının bulunması gerekir. Yüksek Mahkeme başvuru Anayasanın uygulanması ve temel haklarının ihlali açısından önemli bir zarara uğramadığı sonucuna varırsa başvuruyu reddeder. Ayrıca ihlale ilişkin gerekli öğelere rastlamazsa da başvuru talebi reddedilir. Başka bir deyişle, dayanaktan yoksun başvurular kabul edilmez.

Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlarca yapılır. Eğer komisyon oybirliği ile kabul edilmezlik kararı verirse talep reddedilmiş sayılır. Oybirliği sağlanamazsa dosyalar bölümlere yollanır. Kabul edilmezlik kararları kesindir ve ilgililere tebliğ edilir. Böylece, yasa komisyon incelemesinde oybirliğini aramıştır.

5. Esas Hakkında İnceleme

Bireysel başvuruların kabul edilmesi durumunda, esas incelemeleri bölümler tarafından yapılır. Bireysel başvuru konusunda iki bölüm bulunduğundan, başvuruların bölümler arasında orantılı olarak

dağıtılması gerekir. Bu konuda başkan bu orantıyı da dikkate alarak iş yükünün bölümler arasında dengeli olarak dağıtılmasını sağlayacak önlemleri alır.

Başvuru kabul edildiğinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına yollanır. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir. Hiçbir makam ve merci mahkemelere emir ve talimat veremeyeceği için Bakanlığın cevabı sadece bir görüş bildiriminden ibaret olup, Yüksek Mahkemeyi bağlayıcı bir özelliği yoktur. Kanaatimizce burada Adalet Bakanlığına yollanan başvurular sadece yargı kararlarına ilişkin ihlaller olmalıdır. Bunun dışında bir başka kamu kuruluşu tarafından yapılan ihlallerin Adalet Bakanlığını ilgilendirmeyeceği için bunların gönderilmesine gerek yoktur. Madde gerekçesinde Adalet Bakanlığının bireysel başvurularda kamu adına yapılacak savunmada koordinasyonu sağlayacağı öngörülmüştür. Kanaatimizce Adalet Bakanlığına böyle bir görev yüklemenin anlamı yoktur. Zira birçok ihlalin mahkeme kararları dışında yapılması ve başka bakanlıkların görevine girmesi olanağı vardır. Örneğin İçişleri Bakanlığının yaptığı bir ihlalde Adalet Bakanlığını devreye sokmanın bir anlamı yoktur.

Komisyonlar inceleme yaparken temel bir hakkın ihlal edilip edilmediği konusunda her türlü araştırma ve incelemeyi yapar, gerek gördüğünde her türlü belgeleri inceleyebilir. Gerekli görülen bilgi, belge ve kanıtlar ilgililerden istenebilir. İstenen belge ve bilgilerin Devlet sırrı teşkil etmesi halinde nasıl hareket edileceği bu bölümde yer almamaktadır. Buna karşın Yüce Divan yargılaması ile ilgili olarak 62/2. madde mahkemenin bakmakla görevli olduğu dava ve işlerle ilgili belgeler, Devlet sırrı olduğu gerekçesi ile mahkemeye karşı gizi tutulamayacağı öngörülmektedir. Kanımızca burada bir Yüce Divan yargılaması olmasına rağmen, bu hüküm kıyasen burada da uygulama alanı bulmalı ve belgelerin Devlet sırrı olması halinde bunların gönderilmesine engel olmamalıdır. Zira buradaki komisyon ve bölümler de mahkemenin bir parçasıdır. Ayrıca bu konuda bir kısıtlama getirilmiş değildir.

İncelemeler kural olarak dosya üzerinden yapılmakla beraber, gerektiğinde duruşma da açılabilir. Duruşma açıldığında, duruşmalar genel usul hükümlerine tabi olacaktır. Örneğin duruşmaların açık olması ilkesi burada da geçerlidir. Burada ihlalden dolayı şikayetçinin bir nevi

katılan kabul edilmesi, katılana tanınan hakların ona da tanınması gerekir. Bölümler başvurusunun haklarının korunması için zorunlu gördükleri hallerde resen veya talep üzerine önlemlere başvurabilirler. Önlem uygulandığında en geç altı ay içinde esas hakkında kararın verilmesi gerekir. Böylece bir önleme karar verildiğinde bu önlemin gereksiz yere uzamaması için esasa ilişkin kararın kısa sürede verilmesi istenmiştir.

6. Kararlar

Esasa ilişkin yapılan inceleme sonucunda iki türlü karar verme olanağı vardır:

- a) Başvurucunun hakkının ihlal edildiği kararı;
- b) Başvurucunun hakkının ihlal edilmediği kararı.

Esas inceleme sonucu ihlalin var olduğuna karar verildiğinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedilir. Ancak bu kararlar yerindelik denetimi yapılamayacağı gibi, idari işlem ve niteliğinde karar verilemez. Yerindelik denetiminin yapılamaması, ihlal teşkil eden eylemin kamu yararı yönünden denetlenememesi anlamına gelir. Bu sınırlamanın konmasının nedeni Anayasanın referandum ile kabul edilip yasalaşan 125/4. maddesine eklenen “yargı yetkisinin hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamayacağı” şeklindeki hükmü ile paralellik sağlamak içindir. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme yapılan aykırılığın uygulanması gereken bir işlem veya eylem olup olmadığı konusunda yerindelik denetimi yapamayacaktır. Bu hükme alt komisyonda muhalefet edilmiştir. Sayın Behiç Çelik ve Sayın Faruk Bal, idarenin verilen yargı kararlarının idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırmayacağı hükmünün ilave edilmesinin idari kararlara karşı verilen yargı kararlarından rahatsızlık duyulduğu intibasını bıraktığını ifade etmişlerdir. Ayrıca bunun yargıya karşı bir güvensizlik olduğunu da eklemişlerdir. Kanımızca saik ne olursa olsun bu hüküm Anayasanın 125/4 maddesine uygundur.

Eğer ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, yeniden yargılama yapılmak üzere ihlali ve sonuçlarını kaldırmak üzere dosya mahkemesine yollanır. Buradaki yollama bir nevi yargılamanın yenilenmesi anlamını da taşır. Elbette burada tam bir yargılamanın yenilen-

mesinden söz etmemekteyiz. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme burada Ceza Yargılama Yasasının 311. maddesinde koşulları arayacaktır anlamı çıkmaz. Sadece Yüksek Mahkeme yapılan ihlalin, yeniden yargılanma yapılmasını gerektirdiğini öngörmektedir. Ancak bilindiği üzere Ceza Yargılama Yasasının 321. maddesi, yargılamanın yenilenmesi isteminde iddialar esaslı surette doğru bulunmaz veya bunların hiçbir surette daha önce verilmiş olan hükme etkili olmayacağı sonucuna varılırsa yenileme isteminin duruşma yapılmaksızın reddedilebileceği hükmünü getirmiştir. Burada teknik olarak Ceza Yargılama Yasasındaki gibi bir yenileme olmadığı için kanaatimizce mahkemenin bu yenileme talebini reddetmesi söz konusu olmayacaktır. Maddenin gerekçesinde de bu kararların bağlayıcı olduğu belirtilmektedir. Kaldı ki, bu göndermenin “ihlali ve sonuçlarını kaldırmak üzere” yapıldığı yasanın hükmüdür. Tasarıda bölümlerin kararlarının kesin olduğu ve yasama, yürütme, yargı organları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmü yasaya alınmamıştır.

Yeniden yargılama yapılmasına gerek duyulmazsa, yasanın deyişiyle “yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmeyen hallerde” başvuru lehine bir tazminata da hükmolunur. Tazminata hükmetmemesi halinde genel mahkemelerde dava açma yolu gösterilir. Kanaatimizce bu hüküm pek fazla anlam taşımayan bir hükümdür. Hangi durumlarda hukuki yarar görülmediği fevkalade soyut bir hükümdür. Gerçekten ne gibi durumlarda hukuki yarar görülmediğini saptamak doğrusu çok güçtür. Madde gerekçesinde hükmün iptalinin hak ihlalinin ortadan kaldırmaması halinde, yargılamanın yeniden yapılmasına karar verileceği belirtilmektedir. Ancak bu gerekçenin hukuki bir yararla ilgisi yoktur. Bunun yanında tazminat davası açma yolun gösterileceği hükmü de gereksiz bir hükümdür. Esasen bu kişi gerek görürse tazminat davası açabilme olanağına sahiptir.

Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, ihlali ortadan kaldıracak şekilde ve olanaklar elverdiğinde dosya üzerinden karar verir. Mahkeme esasen Anayasa Mahkemesinin öngördüğü kararları vereceğinden, esasen dosya üzerinden karar vermesi doğaldır. Bu kararını verirken, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeni kararını verecektir. Bu konu görüşülürken, Anayasa Komisyonu raporunda da belirtildiği

üzere, verilen mahkeme kararlarını iptal yetkisinin Yüksek Mahkemeye verildiğine ilişkin bir hükmün Anayasada yer almadığı ve bunun yargıda kaos ve kargaşa yaratacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce Anayasamızda bu konuda bir açıklık olmamasına rağmen bu sonucu doğal bir olgu olarak kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, iptal edilmeyen bir mahkeme kararının bulunması halinde kişisel başvurunun bir anlamı kalmayacaktır. Anayasa hükümlerini yorumlarken amaçlarına uygun olarak yorumlamak gerekir. Böylece yargılamanın yenilenmesi bir çeşit Anayasa Mahkemesinin kararının yerine getirilmesi biçiminde olacaktır. Gerekçenin deyişiyle “ihlalin bir kamu gücünün kanunen yapması gereken bir işlemi ihmal etmesinden kaynaklandığı belirlenmişse, buna ilişkin işlemin nasıl yapılacağı düzenlenmektedir.”

Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleri ile birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ olunur. Aynı zamanda internet sayfasında da yayınlanır. Yayınlanmanın nedeni şeffaflığı ve aleniyeti sağlama içindir. Madde gerekçesinde bu kararların tümünün Resmi Gazetede yayımlanacağı öngörülmüştür. Ancak yasalaşan metinde hangi kararların Resmi Gazetede yayımlanacağını İçtüzükte belirleneceği belirtilmiştir.

Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları bağlı oldukları bölümler, bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanacaktır. Böylelikle komisyon ve bölümler arasında aynı konudaki farklılıklar bir nevi içtihadı birleştirme kararı gibi çözümlenecektir. Madde gerekçesinde ise bu içtihat birleşmesinin Genel Kurul tarafından yapılacağı öngörülmekte iken, yasalaşma evresinde, gerekçedeki sistemden ayrılınmıştır.

Davadan feragat halinde, düşme kararı verilecektir. Davadan feragat her evrede yapılabilir. Başvuru yapılır yapılmaz, henüz tahkikat yapılmaya başlamadan da feragat olanağı da vardır.

Bununla beraber bu feragatin haksız eylem yapıldıktan sonra gerçekleştirilmesi gerekir. Eylem yapılmadan önce her nevi haksızlık karşısında, kişisel başvuru hakkından feragat edileceği beyanı feragat olarak kabul edilemez.

Madde Bağımlıları ve Tedavi/Denetimli Serbestlik Tedbiri*

Prof. Dr. Hakan Hakeri**

Özet

Çalışmada tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin şartları ele alınmıştır. Tedavi tedbiri bakımından aranan şartlar, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma ve daha önce tedbir uygulanmış olmamasıdır. Bağımlılık şartı aranmamaktadır. Tedbir kararı verilmesi zorunlu değildir. Hâkim, doğrudan ceza da uygulayabilir. Tedbire karar verilebilmesi için sanık veya hükümlünün tedbiri kabul etmesi gerekmemektedir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedaviye ihtiyacı olup olmadığı, tıp biliminin verileri çerçevesinde belirlenmelidir. Bir tıbbi müdahalenin zorla yapılması anlamını taşıyabileceğinden, özellikle tedavi tedbiri olmak üzere, güvenlik tedbirine mutlaka bir hâkimin karar vermesi gerekir. Tedavi tedbirinin süresi kanunda belirlenmiştir. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi kanunda belirlenmiştir. Öncelikle, bu tedbir, tedavi süresince devam edecektir. Denetimli serbestlik tedbirine tedavi sona erdikten sonra da bir yıl süreyle devam olunacaktır. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. Tedavi tedbiri TCK 191/3 gereğince "belirlenen kurumda" yerine getirilir. Şube müdürlüğü veya büro tarafından yapılan çağrılara uyulmaması veya hazırlanan denetim veya denetleme planına uyarıya rağmen uyulmaması, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülük ihlali sayılır.

Anahtar Kelimeler:

Uyuşturucu ve uyarıcı madde; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı; tedavi tedbiri; denetimli serbestlik tedbiri.

Abstract

The paper deals with the special preventive measures of treatment and probation. It is a prerequisite of treatment as a special preventive measure that no prior measures regarding offences of purchasing, accepting or having in possession drugs in order to commit drug abuse have been implemented to the subject. Being an addict is no requirement. In any case, the decision to implement a special preventive measure is optional. The judge may, if required, directly rule the implementation of a punishment, without resorting to a special preventive measure. In addition, the measure may be implemented without the subject needing to give his or her approval or consent. The necessity of treatment for the drug abuser shall be determined following scientific medical data. As the implementation of the measure of treatment would result in a non-consensual or forced medical treatment, such measures should necessarily be decided upon by judicial decree. The duration of treatment is, in contrast to the measure of probation, not specified by law. The subject shall be under probation for the duration of the treatment. The probation shall be terminated one year after the termination of the treatment. The probation may be prolonged. However, the prolongation period may not exceed three years. According to art. 191/3 TCC, the treatment shall be performed in "the designated institution". Refusal to answer to the invitations made by the Presidency or the Bureau or failure to comply with the controlling plan despite being warned shall be treated as a violation of probation.

Keywords:

Drugs; drug abuse; special preventive measure of treatment, probation

* 16-18 Şubat 2011 tarihinde, Antalya'da düzenlenen, TUBİM Uyuşturucu ile Mücadele Kongresi'nde sunulmuştur.

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I. Genel Olarak

Madde bağımlılığı, kullanımı, bedensel, ruhsal ve sosyal problemlere sebebiyet veren, hayatın idamesi için zorunlu olmayan maddelerin kullanımlarının devam ettirilmesi ve bu maddelerin kullanım arzusunun durdurulamaması halidir (Madde Bağımlılığı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, 4/e).

Mevzuatımızda madde bağımlılarına uygulanacak tedbirlere ilişkin değişik hükümler bulunmaktadır. Örneğin Medeni Kanunumuzda bu husus düzenlenmiştir¹. Ceza Kanunumuzda ise madde bağımlısı kişilere uygulanacak güvenlik tedbirine ilişkin iki hüküm bulunmaktadır.

1 MK 406:

“Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır”.

MK 432:

“Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır”.

MK 436:

“Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

- 1. Karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur.*
- 2. Bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir.*
- 3. Mahkeme kararını gerektiren her istem, gecikmeksizin yetkili hâkime ulaştırılır.*
- 4. Yerleştirme kararı veren vesayet makamu veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir.*
- 5. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması halinde denetim makamu bundan vazgeçebilir.*

Yargıtay'ın aşağıda aktaracağım, kullanan herkesin bulunduran sayılı şeklindeki kararı karşısında, uyuşturucu madde bağımlıları hakkında kısıtlama kararı veren hukuk hâkiminin de, durumu savcılığa bildirme zorunluluğu vardır”.

Bunlardan ilki 57/7. maddedir Buna göre, “suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir”.

İkinci hüküm ise 191. madde hükmüdür. Buna göre, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebilir².

2 Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı'nın verilerine göre, Ocak 2011'de toplam 51980 kişi hakkında tedavi ve denetimli serbestlik kararı verilmiştir. Bu kararın 47723'ü yetişkinler; 3257'si ise çocuklar hakkındadır. Bkz. <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr> (E.T., 18.02.2011).

3 Madde 191 -

(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükümlenen cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.

Bu çalışmada, 191. maddede yer alan ve kullanmak için uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişilere uygulanacak güvenlik tedbiri üzerinde durulacaktır³.

II. Şartları

A. Tedavi Tedbiri Bakımından

Tedavi tedbirinin amacı, kişiyi “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma alışkanlığından arındırmak ve ileriki zamanda bir daha bu alışkanlığa yönelmesini engellemektir”⁴.

Tedavi tedbirinin uygulanabilmesi için aranan şartlar şöylece özetlenebilir:

1. Kullanmak İçin Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Satın Alma, Kabul Etme Veya Bulundurmak

Sanığın uyuşturucu madde kullandığı saptanmadan tedavisine karar verilemez⁵. Suçlamayı kabul etmeyen ve uyuşturucu madde kullandığı tıbben saptanamayan ve bu konuda aleyhine başka bir kanıt da elde edilemeyen sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 191/2. maddesi uyarınca tedavi tedbirine hükmedilemez⁶.

Tedaviye hükmedilebilmesi için sanığın uyuşturucu kullandığını ikrar etmesi yeterli değildir. Uyuşturucu madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan sanık olan kişilerin, bu maddelerin kullanıp kullanmadığı da araştırılmalıdır⁷. Ancak Yargıtay ikili bir ayırım yapmaktadır:

Yargıtay'a göre, bir kimsenin üzerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde yakalanmış ve fail uyuşturucu kullandığını da kabul ediyorsa, artık uyuşturucu kullandığının bilimsel tespitine gerek yoktur. Buna karşılık,

4 Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 782.

5 10.CD, 14.06.2006, 19720/8087; Akkaya, Çetin; Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Ankara 2010, s. 413.

6 10.CD, 2.2.2009, 5976/1146.

7 Yokuş Sevük, Handan; Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s. 195; 10.CD, 14.01.2008, 4480/249.

failde uyuşturucu madde yakalanmamış, ancak fail uyuşturucu kullandığını ileri sürüyorsa, bu takdirde, kullandığı maddenin niteliğinin belli olmaması nedeniyle, uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığına ilişkin olarak hekimden rapor alınmalıdır⁸.

Uyuşturucu madde ile bağlantılı, ticaret, üretim vs. gibi diğer suçlarda bu tedbirler uygulanamaz⁹.

Bu tedbirler hapis cezasının¹⁰ yanı sıra uygulanamaz. Tek başına uy-

8 Bkz. Akkaya, s. 413.

9 Bkz., 10.CD, 26.05.2008, 10837/8489.

10 Yargıtay uyuşturucu kullanan bir kişinin zorunlu olarak bulundurmamak nedeniyle cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir (10.CD, 07.05.2007, 12505/5296):

“Kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmamak suçundan sanık Eser’in 5237 sayılı TCK’nın 191/1. maddesi uyarınca 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve aynı Kanun’un 191/2. maddesi uyarınca hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin (Zeytinburnu Üçüncü Asliye Ceza Mahkemesi)’nin 05.05.2006 gün ve 2003/404 esas, 2006/93 karar sayılı hükmü aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı’nın Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadede 13.09.2006 gün ve 41275 sayılı kanun yararına bozma talebi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 10.10.2006 gün ve 2006/220124 sayılı tebliğnamesi ile dosya Dairemize gönderilmekle incelenip, gereği görüldüğü düşünüldü:

Kanun yararına bozma talebi ve tebliğnamede, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişiler için ceza müeyyide öngörülmüş olup, uyuşturucu madde kullananlar için herhangi bir yaptırım düzenlenmemiş, ancak anılan maddenin 2. fıkrasında bu kişiler için tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükümlenildiğinin belirtilmiş olması karşısında, üzerinde uyuşturucu madde bulunmayan, ancak bir başka olay sebebiyle yakalanan ve şüphe üzerine yapılan tabilide idrarında uyuşturucu madde türevi bulunan ve kendi ifadesi ile eroin kullandığını belirten sanık hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191/2. maddesi uygulanarak tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükümlenmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmasında,

Hükümden sonra, 19.12.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinin değiştirilmiş olması karşısında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca, hükümlünün hukuki durumunun yeniden değerlendirilip belirlenmesinin mahallinde yapılarak bir karar verilmesi mümkün görülmüştür.

Kanun yararına bozma talebinde ileri sürülen ilk düşünce yönünden uyumsuzluk, 5237 sayılı TCK’nın 191. maddesinin 1. fıkrasının metninde, ‘uyuşturucu madde kullananlardan’ bahsedilmemiş olması nedeni ile kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilmeyip, sadece uyuşturucu madde kullandığı saptanan kişiler bakımında, anılan fıkrada öngörülen hapis cezasının uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

“Madde gerekçesine göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç

gulanmalıdır¹¹. Bununla beraber Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çeşkilidir. 10. Ceza Dairesi bir kararında¹² “bir kişide uyuşturucu madde kullanımının tıbben saptanması, aslında uyuşturucu madde bulundurmayı da ortaya koyan güçlü bir kanıttır. Bu durumda failin uyuşturucu madde bulundurmak eyleminden cezalandırılması, **ayrıca** uyuşturucu maddeyi kullanması nedeniyle tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmelidir” derken; bir başka kararında¹³ “fail hakkında belirtilen maddenin 1 ve 2. fıkralarının **birlikte** uygulanması mümkün değildir, fail hakkında öncelikli olarak tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gerekir” içtihadında bulunmuştur.

Kanaatimce, 191/2. madde kapsamında, sadece tedbir kararı verilmesi; buna karşılık 191/6. madde kapsamında, önce cezaya hükmedildik-

duyan kişidir. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Bir kişinin uyuşturucu maddeyi kullanması eylemi, rızası dışında zorla veya hile ile verilmesi durumları dışında, failin öncelikle kendi iradesi ile bu maddeyi, eylemsel ya da bukusal olarak egemenlik (bâkimiyet) alanına almasını ve burada tutmasını, yani zilyetliğine geçirmesini gerektirir. Bir başka kişinin, uyuşturucu maddeyi, doğrudan vücuda enjekte etmesi veya içirmesi durumlarında da bir başkasının uyuşturucu maddeyi fiili egemenlik alanına sokmasına rıza gösterilmesi söz konusudur. Her iki durum da bulundurma eylemini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, uyuşturucu madde kullanmak eylemi, öncelikle bu maddeyi bulundurma eylemini gerektirir ve bu eylem, 5237 sayılı TCK'nın 191/1. maddesi uyarınca cezalandırılır.

Sadece, uyuşturucu madde kullanımının tıbbi bir bulgu olarak saptandığı ve failin üzerinde ayrıca uyuşturucu madde ele geçirilmemesi nedeni ile kullanılan uyuşturucu maddeyi bulundurma eyleminin somut olarak görülemediği, algılanmadığı durumlarda, varlığı kesin bir olgu olan ve yasa da suç olarak tanımlanan bulundurma eyleminin yok sayılması olanaklı olmadığı gibi, bir kişide uyuşturucu madde kullanımının tıbben saptanması, aslında uyuşturucu madde bulundurmayı ortaya koyan güçlü bir kanıt niteliğini de taşımaktadır. Bu durumlarda, failin uyuşturucu madde bulundurmak eyleminden, ayrıca, uyuşturucu maddeyi kullanması nedeniyle tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kişi olması nedeni ile de 5237 sayılı TCK'nın 191/2. maddesi uyarınca hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmelidir. Aksi görüşün kabulü, hayatında hiç uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmayıp, ilk kez ve belki de basit bir merakla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurup, benüz kullanmayan bir kişiye anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca hapis cezası verilmesi sonucunu doğuracakken, sürekli kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran, ancak olay anında üzerinde bu maddelerin ele geçirilemediği kişilere hapis cezası verilmemesi sonucunu doğuracaktır ki, bu sonuç da, eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturacaktır”.

- 11 Bkz., “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmış olan sanık hakkında, belirtilen iki seçenektan biri uygulanırken nedenleri tartışılıp gerekçesi gösterilmeden, hapis cezası ile tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin birlikte uygulanması” hukuka aykırıdır, 10.CD, 16.01.2008, 18315/448.
- 12 7.5.2007, 12505/5296.
- 13 25.02.2010, 11526/4216; aynı yönde, 10.CD, 17.4.2008, 27117/6310.

ten sonra, ayrıca tedbir kararı verilmelidir. Böylece 2. fıkra kapsamında sadece tedbire hükmedilirken; 6. fıkra kapsamında her iki yaptırıma da hükmedilmelidir.

2. Daha Önce Tedbir Uygulanmamış Olması

Kişi hakkında bu suç nedeniyle daha önce tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmişse, bu tedbire tekrar karar verilemez (TCK 191/6, son cümle).

Bunun nedeni, daha önce tedavi ve denetim görmüş kimsenin, iyileşmemiş olması durumunda, tekrar bir güvenlik tedbiri uygulamasının gereksiz ve faydasız görülmesidir¹⁴.

Belirtmek gerekir ki, kişi hakkında başka bir eylem nedeniyle başka bir dava sonucunda tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmış olması, ikinci kez tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına engel değildir. Yargıtay'a göre, bu hüküm, ancak iddianamede belirtilen davaya konu aynı eylem nedeniyle daha önce tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmemiş olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵. Ancak bu içtihadın hatalı olduğu kanaatindeyim. Zira pratikte, aynı eylem nedeniyle önce tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmişse, zaten ya bu tedbire uyulmuştur ve dava düşmüş ya da cezanın infazına gerek görülmemiştir; ya da tedbire uyulmadığından, şüpheli/sanığın cezası infaz edilmiştir. Dolayısıyla bu eylem nedeniyle ikinci kez tedbir kararına hükmedilmesi pratikte zaten mümkün değildir.

3. Bağımlı Olma Şartı

Türk Ceza Kanunu uyuşturucu madde kullanan kişi hakkında tedavi tedbirinin uygulanabilmesi için, kullanma alışkanlığının iptila derecesinde olmasını aramamıştır. Kişi bağımlı olmasa bile, sadece kullandığı için tedavi tedbirine karar verilebilir. Dolayısıyla kişi maddeyi bir kez dahi kullanmış olsa bu tedbir uygulanabilir¹⁶. Yargıtay da bu hususa dikkat çekmektedir:

14 Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 473.

15 10.CD, 23.02.2009, 1263/2704; 10.CD, 24.02.2010, 9883/4202.

16 Yokuş Sevik, s. 197.

“5237 sayılı TCK’nın 191/2. maddesi uyarınca hükmedilen tedavinin konusunu, sadece uyuşturucu madde bağımlılığının değil, bağımlılık düzeyine ulaşmayan uyuşturucu madde kullanımı alışkanlıkları ile uyuşturucu madde kullanımına ilişkin, uzman doktorlarca tedaviyi gerektirdiği düşünülen diğer rahatsızlık bulgularının da oluşturabileceği gözetilmeksizin; ayrıca, sanık tarafından, uyuşturucu madde bağımlısı olmadığı belirtiltiği ve bu hususta hakkında uzman bilirkişi raporu da bulunmadığı halde, sadece tedavisine hükmedilmesi gerekirken “uyuşturucu bağımlılığından kurtulması anına kadar tedavisine” hükmedilmesi hukuka aykırıdır¹⁷.

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kuruları Yönetmeliği’nin 83. maddesinde, sanık veya hükümlünün sevk edildiği sağlık kurumunca öncelikle bir tetkik ve muayene yapılarak, bağımlı olup olmadığının belirlenmesi; bağımlı olmayanlar hakkında takip programı hazırlanması; bağımlı olanlar hakkında ise madde bağımlılığı tedavi merkezine sevk edilmesi hükme bağlanmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere, bu tedbir için bağımlı olma şartı bulunmamaktadır. Bağımlı olmayanlar hakkında da bu tedbir uygulanabilecektir.

Belirtelim ki, öğretide, ilk defa uyuşturucu madde kullanmış olan kişinin tedavi edilmesini gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacağına göre, tedaviye hükmedilemeyeceği, yalnızca denetimli serbestlik tedbirine karar verilmekle yetinilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁸.

Uyuşturucu madde kullanan kişinin alışkanlığı, akıl hastalığı derecesi-ne ulaşmış bağımlılık halini almışsa, TCK 57/7 gereğince tedavisi söz konusu olur ve bu takdirde artık TCK 191’deki tedavi tedbiri uygulanmaz¹⁹.

4. Tedbirin Zorunluluğu

Maddenin ilk şeklinde tedavi tedbirinin zorunlu olması öngörülmüştü. Bu nedenle, Yargıtay’ın konuya ilişkin bazı kararlarında, tedbire baş-

17 10.CD, 29.3.2006, 556/4773; aynı yönde: “Soruşturma aşamasında, kolluk görevlilerine verdiği ifadesinde, almış olduğu esrarın bir miktarını içtiğini ve yaklaşık bir yıldan bu yana da uyuşturucu madde kullanmakta olduğunu belirten sanık hakkında tedavi tedbirine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesinin yasaya aykırı olması...”, 10.CD, 23.02.2009, 1255/2697.

18 Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R.Murat; Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s. 680.

19 Yokuş Sevük, s. 197.

vurulmasının zorunlu olduğuna işaret edilmişti²⁰. 5560 sayılı Kanun ile tedbire başvurma konusunda hâkime takdir yetkisi tanındı. Dolayısıyla, tedbir kararı verilmesi zorunlu değildir. Hâkim, doğrudan ceza da uygulayabilir. Bununla beraber, 5560 sayılı Kanun sonrası Yargıtay kararlarında dahi, tedbir kararının zorunluluğuna işaret edildiğini görmekteyiz:

“Hüküm tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK’nın 5560 sayılı Kanun ile değişik 191. maddesi uyarınca, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, mahkemece, aynı maddenin (2) veya (6). fıkralarındaki olasılıklardan hangisi tercih edilirse edilsin, sanık, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmamış ise sadece denetimli serbestlik tedbirine, bu maddeleri kullanmış ise tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilmesinde **zorunluluk bulunduğu**, anılan tedbirlerin uygulanması yönünden mahkemeye takdir hakkı tanınmadığı gözetilmeksizin; sanığın, hapis cezası ve tedavi yerine para cezası verilmesi yönündeki isteği “tedbiri kabul etmediği” biçiminde yanlış yorumlanarak doğrudan ceza tayin edilmesi ve buna rağmen denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmemesi yasaya aykırı”dır²¹.

Mahkeme, “uyuşturucu madde kullanmış olan sanık hakkında, belirtilen iki seçenekten birini uygularken, nedenlerini tartışıp, dosya kapsamına uygun, somut, yasal ve yeterli gerekçe göstermelidir”²². Keza, “birinci fıkra uyarınca ceza tayin edilmesi öngörülmüş olduğundan; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmış olan sanıklar hakkında, belirtilen iki seçenekten biri uygulanırken nedenleri tartışılıp gerekçesi gösterilmeden, hapis cezası ile tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin birlikte uygulanması” kanuna aykırıdır²³.

Tedbire karar verilebilmesi için sanık veya hükümlünün tedbiri kabul etmesi gerekmektedir²⁴. Bu durumda, mahkemenin kişiye tedbiri kabul edip etmediğini sormasına da gerek bulunmamaktadır²⁵. Bununla beraber, şu hususa da dikkat çekmek gerekir: 191. maddenin, ikinci

²⁰ 10.CD, 18.7.2006, 1278/9776; 10.CD, 2.2.2009, 10266/1156; aynı yönde, 10.CD, 19.1.2009, 6338/115.

²¹ 10.CD, 4.2.2008, 17/1718; 23.02.2009, 1255/2697; ayrıca krş. 10.CD, 08.04.2009, 15547/6715.

²² 10.CD, 2.2.2009, 10266/1156.

²³ 10.CD, 17.4.2008, 27117/6310.

²⁴ Krş., 10.CD, 4.2.2008, 17/1718.

²⁵ Yokuş Sevük, s. 198.

fıkrasında, hüküm vermeden önce, tedavi/denetimli serbestlik tedbirine karar verebileceğine ve bu takdirde tedbirin gereklerinin yerine getirilmesi halinde, düşme kararının verilmesini öngörülmüş (TCK 191/5) olmasına karşılık; bu tedbire cezaya hükmedildikten sonra da karar verilebileceği, ancak bu takdirde, tedbirin gereklerine uygun davranılması halinde, cezanın infaz edilmiş sayılacağı öngörüldüğünden; niteliği aynı olan tedbir bakımından, hükümden önce ve sonra ayırımı yapılarak, önemli farklılıkların öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçeyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Yüksek Mahkeme söz konusu farklılığın Anayasa'ya aykırı olmadığına aşağıdaki gerekçeyle karar vermiştir:

“İtiraz konusu maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, yasa koyucu, uyuşturucu kullanan sanığı öncelikle tedavi edilmesi gereken bir kişi olarak kabul etmekte ve bu anlayışın yansıması olarak da tedavi olma konusunda sanığa hükümden önce ve sonra olmak üzere, iki kez olanak tanımaktadır.

Buna göre hâkim, öncelikle sanıktan tedavi olmak isteyip istemediğini soracak²⁶, tedavi olmayı kabul etmesi halinde, kişisel durumunu ve ya olayın diğer özelliklerini de değerlendirerek, 191. maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca, hüküm vermeden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedebilecektir. Buna karşılık, sanığın hâkim tarafından kendisine önerilen tedavi olma teklifini kabul etmemesi veya hâkimin sanığın kişisel durumunu ve olayın diğer özelliklerini dikkate alarak hükümden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmetmemesi durumunda ise yasa koyucu cezaya hükmedildikten sonra, bu kişinin bir kez de ceza tehdidi altında tedavisini sağlamak ve böylece sanığa bir olanak daha vermek amacıyla, 191. maddenin (6) numaralı fıkrasıyla hâkime takdir hakkı vermiştir. Buradaki düzenlemenin amacının, hükümden önce tedavi olmayı reddeden sanığı ceza tehdidi altında tedaviye zorlayarak, onu yeniden topluma kazandırmak olduğu anlaşılmaktadır. Sanığın rızası ile sanığın kişiliğini ve olayın özelliklerini

²⁶ Aynı yönde, Çağatay, Mustafa; “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan Sanık Hakkında Tedaviye ve Denetimli Serbestlik Tedbirine Karar Verilmesinde Hâkimin Takdir Hakkı”, Terazi, Kasım 2008, s. 100.

dikkate alarak tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmesinde hâkime hükümden önce ve sonra olmak üzere takdir hakkı tanınması ve bunlar için farklı hukuksal sonuçlar öngörülmesi, yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir. Söz konusu takdir yetkisinin, kişinin yeniden topluma kazandırılması düşüncesi gibi kamusal bir yarar dikkate alınarak kullanıldığı ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yönünün de bulunmadığı açık olduğundan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir²⁷.

Bu karar karşısında ve uygulamada tedbirden gerekli yararın elde edilebilmesi bakımından²⁸, en azından hüküm verilmeden önce, öncelikle sanığın rızasının alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyim. Bu aşamada, tedbiri kabul etmeyen sanığın, mahkûm olması durumunda ise, artık rızası alınmaksızın tedbire hükmedilebilecektir.

191. maddenin 2. fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında hem tedavi hem de denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak madde gerekçesinde, her iki tedbirin değil, ister birinin, isterse ikisinin birden uygulanabileceği belirtilmektedir. Yargıtay ise, her iki tedbirin de uygulanması gerektiği görüşündedir: "Sanık hakkında TCK 191/2 uyarınca denetimli serbestlik tedbirinin yanı sıra bir güvenlik tedbiri olan tedaviye de hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi" yasaya aykırıdır²⁹.

5. Tedavi İhtiyacının Belirlenmesi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedaviye ihtiyacı olup olmadığı, tıp biliminin verileri çerçevesinde belirlenebilecek olan bir sorundur. Bu nedenle, mahkeme, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığını, kullanmakta ise tedaviye ihtiyacının olup olmadığını bilirkişi marifetiyle belirleyecektir (madde gerekçesi).

27 AYM, 26.2.2009, 22/37.

28 Bilimsel çalışmaların, tedaviye zorlanan kişilerin tedavisinin, kendi istekleri ile katılanların tedavisine göre daha başarılı olduğunu gösterdiği aktarılmaktadır, bkz. Yokuş Sevük, s. 198.

29 10.CD, 10.05.2010, 1767/11133.

6. Tedbire Karar Verecek Makam

Bir tıbbi müdahalenin zorla yapılması anlamını taşıyabileceğinden, özellikle tedavi tedbiri olmak üzere, güvenlik tedbirine mutlaka bir hâkimin karar vermesi gerekir.

Tedbir kararı soruşturma aşamasında verilemez. Bu nedenle, savcının bu tedbire karar vermesi mümkün olmadığı gibi; sulh ceza hâkiminden de bu yönde bir karar talebinde bulunulamaz. Keza mahkeme de kovuşturma aşamasında doğrudan bu tedbiri uygulama yoluna gidemez. Mahkeme yapacağı yargılama neticesinde, sanığın suçunun sabit olması durumunda bu tedbire hükmedebilecektir. Yargılamanın hemen başında bir tedbir olarak bu konuda karar vermesi mümkün değildir³⁰.

B. Denetimli Serbestlik Tedbiri Bakımından

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 4/h maddesine göre, denetimli serbestlik, mahkemece belirtilen koşullar ve süre içinde, denetim ve denetleme planı doğrultusunda şüpheli, sanık veya hükümlünün toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı toplum temelli bir uygulamadır.

Denetimli serbestlik tedbirinin diğer şartları, esas itibarıyla yukarıda tedavi tedbiri bakımından belirtilen şartlardır. Bununla beraber, tedavi ihtiyacının belirlenmesi şartı bu tedbir bakımından aranmamaktadır.

Keza, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanabilmesi için, uyuşturucu madde kullanma şartı arandığına yukarıda değindim. Buna karşılık, 191. maddenin 2. fıkrasına göre, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmıyorsa, artık hakkında tedavi tedbirinin uygulanmasına gerek kalmamaktadır. Bununla beraber, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın aldığı, kabul ettiği veya bulundurduğu için tehlikeli bir kişilik arz ettiğinden, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması mümkündür.

30 Akkaya, s. 417.

III. Tedbirin Süresi

A. Tedavi Tedbirinin Süresi

Tedavi tedbirinin süresi kanunda belirlenmemiştir. Zira “tedavi, yalnız bir tıbbi olgudur” (madde gerekçesi). Bu durumda, kişi tıbben iyileşene kadar tedbirin devam etmesi mümkündür. Almanya’da tedavinin 6 ay ile 1,5 yıl arasında sürdüğü aktarılmaktadır³¹.

Yargıtay, kanunda süre belirtilmemesine rağmen, hâkimin kararında süre belirlemesini hukuka aykırı görmektedir³².

B. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Süresi

Denetimli serbestlik tedbirinin süresi kanunda belirlenmiştir. Öncelikle, bu tedbir, tedavi süresince devam edecektir. Denetimli serbestlik tedbiri, tedavi süresince de uygulanacağı için, tedaviden sonra bir yıl süre ile uygulanmasına karar verilmesi kanuna aykırı olur³³.

Denetimli serbestlik tedbirine tedavi sona erdikten sonra da bir yıl süreyle devam olunacaktır. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz (TCK 191/4).

Yargıtay, 5237 sayılı TCK’nın 191/4 maddesi uyarınca tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine tedavinin sona erdiği tarihten itibaren 1 yıl süre ile devam olunacağı ve uzatılmasına ancak infaz aşamasında karar verilebileceği gözetilmeden bu sürenin doğrudan 2 yıl olarak belirlenmesini, hukuka aykırı bulmuştur³⁴.

³¹ Berghof, Heinz-Hermann, Therapie und Strafe im Betäubungsmittelrecht: Recht und Wirklichkeit der Behandlung Drogenabhängiger unter besonderer Berücksichtigung der §§ 35 ff BtMG, Frankfurt a.M. 1995, s. 131.

³² 10.CD, 7.5.2007, 12505/5296.

³³ “Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirleri, farklı nitelikteki tedbirler olup, 5237 sayılı TCK 191/3 uyarınca hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzmanın görevlendirileceği, bu uzmanın anılan maddede belirtilen ve denetimli serbestlik tedbiri kapsamında olan görevleri yerine getireceği gözetilmeksizin, infazda karşılıklıya yol açacak şekilde ‘tedavi altına alınan sanığa yönelik olarak’ uzman rehber atanmasına ve anılan yasanın 191/4 maddesi uyarınca denetimli serbestlik tedbirinin, tedavi süresince de uygulanacağı gözetilmeksizin, tedaviden sonra bir yıl süre ile uygulanmasına karar verilmesi” hukuka aykırıdır, 10.CD, 15.01.2008, 8823/372.

³⁴ 10.CD, 5.7.2006, 3574/9167.

IV. Tedbirin Uygulanma Şekli

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 82 ve devamı maddelerinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir³⁵.

35 Madde 82 – (1) Tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri; 5237 sayılı Kanununun 191 inci maddesi gereğince; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesidir.

(2) Mahkemece karar Cumburiyet başsavcılığına gönderilir. Cumburiyet başsavcılığınca karar denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilir.

(3) Şube müdürlüğü veya büro tarafından; yetişkinler için verilen kararlar denetimli serbestlik defterine, çocuklar için verilen kararlar çocukların denetimine ilişkin deftere kaydedilir.

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi

Madde 83 – (1) Hakkında tedavi ve denetimli serbestlik kararı verilen sanık veya hükümlüye on gün içinde sağlık kuruluşuna sevk edilmesi için şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapılır.

(2) Sanık veya hükümlünün; baklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın şube müdürlüğü veya büroya; on gün içinde başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak durum Cumburiyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilir.

(3) Sanık veya hükümlünün belirlenen süre içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hâlinde, Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak, sanık veya hükümlünün beş gün içinde bu kuruma başvurması istenir. Sağlık kurumunca yapılan tetkik ve muayene sonucu, bağımlı olmayanların hakkında takip programı hazırlanarak sanık veya hükümlüye bildirilir. Ayrıca programın bir örneği şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Yapılan tetkik ve muayene sonucunda bağımlı olduğu anlaşılanlar ise, sağlık kurumunca madde bağımlılığı tedavi merkezine sevk ederek, durumu şube müdürlüğü veya büroya bildirir. Sanık veya hükümlü üç gün içinde madde bağımlılığı tedavi merkezine başvurur. Şube müdürlüğü veya büroca sanık veya hükümlünün sevk olunan madde bağımlılığı tedavi merkezine başvurup başvurmadığı takip edilir.

(4) Şube müdürlüğü veya büroca sağlık kurumuna; sanık veya hükümlünün kuruma başvurduğu tarih, tedavinin başladığı tarih, uygulanacak tedavi programı ile tedavinin tamamlandığı tarihin bildirilmesi konusunda yazı yazılır.

(5) Hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen sanık veya hükümlüye rehberlik etmek üzere bu Yönetmeliğin 90 inci maddesine göre tayin edilen rehber tarafından, değerlendirme formu ve madde kullanım listesi çerçevesinde sanık veya hükümlünün uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının nedenleri, etki ve sonuçları hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılarak on gün içinde denetim planı hazırlanır.

(6) Rehber denetim planı doğrultusunda; tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulama süresince sanık veya hükümlüyü uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenler. Rapor, şube müdürü veya büro tarafından mahkemeye iletmek üzere Cumburiyet başsavcılığına gönderilir.

(7) Sanık veya hükümlünün sağlık kurumunca belirlenen tedavi programına uyup uymadığı, şube müdürlüğü veya büro ile rehber tarafından her zaman denetlenir.

(8) 5237 sayılı Kanununun 191 inci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süre ile devam edilir. Tedavi sona erdikten sonra sağlık kurumu tarafından gönderilen rapor, sanık veya hükümlü hakkında düzenlenecek denetim raporu ile birlikte mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Ayrıca tedavi tamamlandıktan sonra gerektiğinde sanık veya hükümlü hakkında gözden geçirilmiş denetim planı hazırlanabilir.

(9) Sağlık kurumunca bildirilen tedavinin tamamlandığı tarih, devam edecek olan denetimli serbestlik tedbirinin başlangıç tarihidir.

(10) Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin başlama tarihi, sanık veya hükümlünün sağlık kurumuna sevk edildiği tarihtir.

(11) Tedavinin bittiği tarih;

a) Madde bağımlısı olmayanların Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumu tarafından hazırlanan takip programının tamamlandığına ilişkin düzenlenen,

b) Madde bağımlısı olanlar hakkında madde bağımlılığı tedavi merkezi tarafından hazırlanan tedavi programının tamamlandığına ilişkin düzenlenen,

c) Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumları tarafından yapılan tetkik ve muayene sonucu bağımlı olmadığı anlaşılan ayrıca takibe de gerek görülmeyenler hakkında düzenlenen, rapor tarihidir.

(12) Tedavi tamamlandıktan sonra devam eden denetimli serbestlik tedbiri süresince, şube müdürlüğü veya büroca gerekli görülmesi hâlinde sanık veya hükümlü, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için sağlık kurumuna sevk edilebilir. Sanık veya hükümlünün Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak beş gün içinde bu kuruma başvurusu istenir.

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin iblali ve kaydı kapatılması

Madde 84 – (1) Sağlık kurumuna sevk tarihinden itibaren beş gün içinde sağlık kurumuna başvurmaması, denetim planına uymadığının şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi, belirlenen tedavi programına uymadığının sağlık kurumunca bildirilmesi veya tedavi tamamlandıktan sonra devam eden denetimli serbestlik tedbiri süresince uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığının tespit edilmesi hâlinde, sanık veya hükümlü şube müdürlüğü veya büro tarafından denetim planına uyması yönünde uyarılır, gerekli görüldüğünde gözden geçirilmiş denetim planı hazırlanır. Uyarıya rağmen denetim planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Ayrıca durum ilgili sağlık kuruluşuna bildirilir.

(2) Tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri sona erdiğinde kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

Başka suçtan tutuklu veya hükümlü olanlar hakkındaki tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının infazı

Madde 85 – (1) Başka suçtan tutuklu veya hükümlü olanlar hakkındaki tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının infazı, buldukları ceza infaz kurumunun olduğu yerdeki Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumunca ilk muayene ve takibi yapılmak suretiyle yerine getirilir. Ayrıca tutuklu veya hükümlüye rehber görevlendirilir.

(2) Sağlık kurumunda yapılan muayene sonunda, tutuklu veya hükümlünün laboratuvar ve klinik bulgulara göre bağımlı olduğuna karar verilmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığınca Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen madde bağımlılığı tedavi merkezinin bulunduğu yerdeki ceza infaz kurumuna tedavi süresince bulunmak kaydıyla sevk edilerek tedavi ve denetimli serbestlik kararının infazına başlanır.

(3) Tutuklu veya hükümlünün bulunduğu yerde birinci fıkrada belirtilen kurumun bulunmaması

halinde, tutuklu veya hükümlü Cumburiyet başsavcılığınca bu sağlık kurumunun bulunduğu yerdeki ceza infaz kurumuna tedavi süresince bulunmak kaydıyla sevk edilerek tedavi ve denetimli serbestlik kararının infazına başlanır. Tutuklu veya hükümlünün laboratuvar ve klinik bulgularına göre bağımlı olduğuna karar verilmesi halinde ikinci fıkradaki işlemler yapılır.

(4) İkinci ve üçüncü fıkralardaki durumlarda; tutukluların duruşmalarına sevkleri ile hükümlülerin cezalarının infazının takibi, sevk edildikleri ceza infaz kurumunun bağlı bulunduğu Cumburiyet başsavcılığı tarafından yerine getirilir.

Denetimli serbestlik tedbirinin kayıt işlemleri

Madde 86 – (1) Denetimli serbestlik tedbiri; 5237 sayılı Kanununun 191 inci maddesi gereğince; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesidir.

(2) Mahkemece karar Cumburiyet başsavcılığına gönderilir. Cumburiyet başsavcılığınca ilâm denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilir.

(3) Şube müdürlüğü veya büro tarafından; yetişkinler için verilen kararlar denetimli serbestlik defterine, çocuklar için verilen kararlar çocukların denetimine ilişkin deftere kaydedilir.

Denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi

Madde 87 – (1) Hakkında denetimli serbestlik kararı verilen sanık veya hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması bususunda bildirim yapılır.

(2) Sanık veya hükümlünün; baklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın şube müdürlüğü veya büroya; on gün içinde başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak durum Cumburiyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilir.

(3) Sanık veya hükümlünün belirlenen süre içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hâlinde, rehber tarafından değerlendirme formu ve madde kullanım listesi çerçevesinde sanık veya hükümlüyü bu suça iten nedenler hakkında ayrıntılı değerlendirme yapılarak on gün içinde denetim planı hazırlanır. Rehber denetim planı doğrultusunda; denetimli serbestlik tedbirinin uygulama süresince, sanık veya hükümlüyü uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime gönderilmek üzere şube müdürlüğü veya büroya verir.

(4) Denetimli serbestlik tedbiri süresince, şube müdürlüğü veya büroca gerekli görülmesi hâlinde sanık veya hükümlü, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için sağlık kurumuna sevk edilebilir. Bu durumda, Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak sanık veya hükümlünün beş gün içinde bu kuruma başvurması istenir.

(5) Denetimli serbestlik tedbirinin başlama tarihi, sanık veya hükümlünün şube müdürlüğü veya büroya başvurduğu tarihtir.

Denetimli serbestlik tedbirinin iblali ve kaydın kapatılması

Madde 88 – (1) Denetim planına uyulmadığının tespit edilmesi hâlinde sanık veya hükümlü denetim planına uyması yönünde uyarılır, gerekli görüldüğünde gözden geçirilmiş denetim planı hazırlanır. Uyarıya rağmen denetim planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletmek üzere Cumburiyet başsavcılığına gönderilir.

(2) Denetimli serbestlik tedbiri sona erdiğinde kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletmek üzere Cumburiyet başsavcılığına gönderilir.

1. Tedavi Tedbirinin Uygulanma Şekli

Bilindiği üzere, tedavi tedbiri bir tıbbi müdahale uygulamasıdır³⁶. Bu nedenle, tıbbi müdahalenin şartlarına uyulması gerekmektedir³⁷. Bu şartlardan en önemlisi, ilgilinin rızasıdır. Dolayısıyla kural olarak tedavi tedbiri ancak ilgili kimsenin rızasının varlığı halinde uygulanabilir. Bununla beraber, ilgilinin rızası olmasa bile, bir kanun hükmü ile bu tedbir zorunlu görüldüğü için, tedbirin rıza olmamasına rağmen uygulanması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak kanunumuz ve yönetmelik, tedbirin uygulanmasını kişinin isteğine bırakmıştır. Zorla tedavi yapılmamakta; tedavi tedbirine uyulmamasına yaptırım bağlanmaktadır.

Tedbir tıbbi müdahale niteliğinde olunca, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi olan “hekim” olma şartının da yerine getirilmiş olması gerekir. Bu nedenle, tedbirin bir hekim tarafından uygulanması gerekir.

Nitekim Madde Bağımlılığı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 30. maddesinde, tedavi tedbirinin yerine getirileceği merkezlerde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, tabip, psikolog ve hemşire bulunması zorunluluğu getirilmiştir (ayrıca bkz. 31 ve 32. maddeler)³⁸.

Tedavi tedbirinin uygulanma şekli kanunda belirlenmemiştir. Uygulamada, öncelikle kullanma alışkanlığının derecesini tespit bakımından

36 Madde Bağımlılığı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, 4/1 maddesinde bu hususa dikkat çekilmektedir: Genel olarak; madde bağımlılarına yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak detoksifikasyon ile idame ve rehabilitasyon amacıyla, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usûl ile yapılan ve madde bağımlılarına yönelik **her türlü tedavi usûllerinin** uygulandığı....

Aynı yönetmeliğin 8'inci maddesinde de söz konusu olanın tedavi olduğuna işaret edilmektedir: Madde bağımlılarına yönelik olarak, ayakta veya yatarak uygulanan detoksifikasyon, idame ve rehabilitasyon için ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usûl ile yapılan **tedavi uygulama**...

37 Bkz. Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 94 vd.

38 a) Sorumlu Uzman: Merkezin yönetiminden sorumlu olacak bir uzman,
b) Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanı: Her on yatak için bir uzman,
c) Tabip: İlk on yatak için 24 saat boyunca hizmeti sürdürecektir şekilde asgarî beş tabip olmak üzere; ilave her on yatak için, altı ay süre ile madde bağımlılığı eğitimi görerek, bu konuda sertifika almış olan aile hekimliği uzmanı veya pratisyen tabip,
d) Psikolog: Altı ay süre ile madde bağımlılığı eğitimi görerek bu konuda sertifika almış ve klinik tecrübesi olan bir psikolog,
e) Hemşire: İlk on yatak için 24 saat boyunca hizmeti sürdürecektir şekilde asgarî altı hemşire olmak üzere, ilave her on yatak için dört hemşire.

bilirkişi raporu alınması gerektiği belirtilmekteyse de³⁹, kanunumuzun bağımlılığı zorunlu görmemesi nedeniyle böyle bir rapora gereklilik bulunmadığı düşünülebilir. Bununla beraber, şüphelinin bağımlı olup olmadığını ve ne tür bir tedavinin gerekli olduğunun belirlenmesi bakımından bu rapora gereksinim vardır.

Uzman hekim, tedavinin, yatarak mı ayakta mı yapılacağına karar verebilir. Örneğin, henüz bir kere uyuşturucu kullanmış bir kimse bakımından ayakta tedavi uygun görülürken; bağımlılık durumundaki kişiler bakımından ise yatarak tedavi gerekli görülebilir⁴⁰.

Öğretide haklı olarak, kişi açısından en az külfetli yöntemin tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla, ayakta tedavi mümkünse, öncelikle bu yöntemin tercih edilmesinde yarar vardır⁴¹.

2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanma Şekli

TCK 191/3 gereğince, “*bakında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir*”.

5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının uygulanması sırasında, sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesiyle yetinilmesi gerektiği gözetilmeksizin, infazı kısıtlayacak şekilde, “Cumhuriyet savcılığınca hükümlünün rehberliğini yapmak üzere bir uzman görevlendirilmesine” karar verilmesi hukuken aykırıdır⁴².

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirleri, farklı nitelikteki tedbirler olup; 5237 sayılı TCK'nın 191/3. maddesi uyarınca atanan ve hükümlüye rehberlik edecek uzman, anılan maddede belirtilen ve denetimli ser-

39 Bkz. Yokuş Sevik, s. 200.

40 Yokuş Sevik, 200; Soyaslan, s. 473.

41 Yokuş Sevik, s. 201.

42 10.CD, 2.2.2009, 5976/1146.

bestlik tedbiri kapsamında olan görevleri yerine getirecektir. Bu nedenle, infazda karışıklığa yol açacak şekilde, denetimli serbestlik süresi yerine, “tedavi süresince” rehberlik yapmak üzere bir uzman görevlendirilmesine karar verilmesi kanuna aykırıdır⁴³.

V. Tedbirin Yerine Getirileceği Kurum

Tedavi tedbiri TCK 191/3 gereğince “belirlenen kurumda” yerine getirilir.

Bu kurumun neresi olacağı Madde Bağımlılığı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’nde belirlenmiştir (md. 4/1). “Madde bağımlılarına yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak detoksifikasyon ile idame ve rehabilitasyon amacıyla, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usûl ile de yapılan ve madde bağımlılarına yönelik her türlü tedavi usûllerinin uygulandığı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan genel hastanelerin psikiyatri klinikleri veya özel dal hastanesi niteliğindeki akıl ve ruh hastalıkları hastaneleri bünyesinde kurulan madde bağımlılığı tedavi merkezleri ile gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olan özel hastaneler bünyesindeki madde bağımlılığı tedavi merkezleri veya sadece bu maksatla açılmış olan müstakil madde bağımlılığı tedavi merkezleri”. Bununla beraber, Sağlık Bakanlığı, 15.02.2006 tarihinde yayınlamış olduğu bir genelge ile TCK 191/3 çerçevesinde uygulanacak tedavi tedbirinin mutlaka “madde bağımlılarına özgü tedavi merkezleri”nde uygulanması zorunluluğunun bulunmadığı; TCK 57/7’de öngörülen tedbir bakımından kanunun açıkça “madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşları”nı göstermesine karşılık, TCK 191’de kanun koyucunun açıkça belli bir kuruma işaret etmediğine dikkat çekilmiştir. Genelgede, Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kuralları Yönetmeliği’nin 23 üncü ve 47 nci maddelerinde de; “bu kişilerin bir sağlık kurumuna sevk edileceği ve burada sanığa/hükümlüye tedavi programı uygulanacağı hükme bağlandığına işaretle, “ruh sağlığı ve hastalıkları” alanında uzman olan hekimlerce madde bağımlılarının teşhis ve tedavilerinin yapılabileceği ve şayet, laboratuvar ve klinik bulgulara göre “madde bağımlısı” tanısı konulur ve ileri bir mer-

43 10.CD, 2.2.2009, 5976/1146.

kezde tedavisi müdavi hekimce gerek görülür ise, madde bağımlılarına özgü tedavi merkezlerine sevk edilebileceği sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak; Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesi kapsamındaki kişilerin;

- Denetimli serbestlik bürolarınca düzenlenmiş sevk belgeleri ile birlikte bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı görev yapan ve laboratuvar imkânları yönüyle desteklenmiş devlet hastanelerine yönlendirilmeleri,

- Bu hastanelerde ilk muayene ve takiplerinin yapılarak laboratuvar ve klinik bulgulara göre bağımlı olduklarına karar verilen kişilerin ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca madde bağımlılığı tedavi merkezlerine sevk edilmeleri, genelgede öngörülmüştür.

Yargıtay mahkemenin kararında tedavinin yerine getirileceği kurumu belirlemesini infaz yetkisinin kısıtlanması olarak değerlendirmektedir⁴⁴. Böylece mahkeme sadece sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verecek, ancak tedbirin uygulanacağı kurumu belirlemeyecektir⁴⁵.

Yine Yargıtay'a göre, "yüklenen suça özgü özel bir erteleme hükmü niteliğinde olan 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükmedilen denetimli serbestlik tedbirinin, aynı maddenin 3. fıkrasına ve bu fıkra hükmüne paralel olarak düzenlenen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 104. maddesi yollamasıyla 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca hazırlanan Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 83. maddesine göre yerine getirilmesi gerekmekte olup; söz konusu düzen-

⁴⁴ "5237 sayılı TCK.nun 191/2. maddesinin uygulanması sırasında, sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesiyle yetinilmesi yerine, 'saniğin en yakın tam teşekküllü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına' karar verilerek infazın kısıtlanması...", 10.CD, 30.11.2005, 11185/17614.

⁴⁵ Kararda, tedavinin Bakırköy AMATEM'de yapılacağı belirtilmiş olup, Yargıtay kurumun belirlenmesinin doğru olmadığına işaret etmiştir, 10.CD, 7.5.2007, 12505/5296; bir başka kararda da, şu ifadeler hukuka aykırı görülmüştür: "şifa buluncaya kadar ikametgahının bulunduğu yere en yakın ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesinde tedavi altına alınmasına ve denetimli serbestlik tedbirini devamı müddetince ikametgahına en yakın devlet hastanesinde görevli psikiyatri hekimlerinden bir tanesinin rehber olarak görevlendirilmesine...", bkz., 10.CD, 12.2.2007, 3915/1402.

lemelerde denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilme usulünün açık bir biçimde öngörülmüş olduğu ve hâkime bu konuda takdir hakkı verilmemesi gözetilmeksizin, “tedavi süresi içerisinde K. Devlet Hastanesinin boya, badana, bahçe işlerinde çalıştırılmak suretiyle hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına” karar verilmesi hukuka aykırıdır⁴⁶.

TCK'nın 191/3. maddesinin uygulanması sırasında, sanıklar A.Ö. ve E.K.'a tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlü olduklarının hatırlatılmasıyla yetinilmesi yerine, “TCK 191/3. maddesi gereği, B. Devlet Hastanesi Psikiyatr Servisinde uzman psikiyatristler vasıtası ile sanıkların tedavilerine başlanmasına” denilerek infazı kısıtlar nitelikte karar verilmesi hukuka aykırıdır⁴⁷.

VI. Tedbire Uyulmamasının Sonuçları

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 6/2 maddesine göre, şube müdürlüğü veya büro tarafından yapılan çağrılara uyulmaması veya hazırlanan denetim veya denetleme planına uyarıya rağmen uyulmaması, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülük ihlali sayılır⁴⁸.

⁴⁶ 10.CD, 26.5.2008, 10821/8459.

⁴⁷ 10.CD, 9.10.2005, 9276/13507.

⁴⁸ Uygulamada, tedavi tedbirinin gereklerine uyulmadığında, herhangi bir uyarı yapılmaksızın ilk ihlalde, dosya mahkemeye gönderiliyordu. Ancak yönetmelik ile sanık veya hükümlünün denetim planına uymamakta ısrar etmesi halinde, dosyanın mahkemeye iletileceği hükme bağlanmıştır. Ataç, Asiye Selcen; “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Uygulanan Tedavi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Yayına Hazırlayanlar: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf / Prof. Dr. Yener Ünver, İstanbul 2010, s. 1044.

Yönetmeliğin 25. maddesinde tedavi ve muayene tedbirine uyma düzenlenmiştir:

- (1) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olma ve bunları kabul etme yükümlülüğünü ifade eder.
- (2) Şüpheli veya sanığa, sağlık kuruluşuna sevk edilmesi için on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılır.
- (3) Şüpheli veya sanığın haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın; on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.
- (4) Şüpheli veya sanığın süresinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hâlinde, sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak beş gün içinde bu kuruma başvurması istenir. Ayrıca, sağlık kurumuna şüpheli veya sanığın; kuruma başvurduğu tarih, uygulanacak tedavi programı ile tedavinin tamam-

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sanığın veya hükümlünün, tedbire uymamasının sonuçları konusunda uyarılması gerekir. Yargıtay da bu hususu titizlikle denetlemektedir: 5237 sayılı TCK'nın 191/5. maddesinin uygulanmasına karar verilirken, denetimli serbestlik tedbirinin yanı sıra, sanık hakkında hükmedilen tedavi tedbirinin gereklerine de uygun davranılması gerektiğinin belirtilmemesi hukuka aykırıdır⁴⁹.

Hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen şüphelinin, bu süre içinde yeniden uyuşturucu madde kullanması, hem yeni bir suç oluşturur, hem de tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uyulmadığı anlamına gelir⁵⁰.

Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. “Bunun ifade ettiği anlam şudur: Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçundan dolayı hakkında kamu davası açılmış olan sanıkla ilgili olarak cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde, açılmış olan kamu davası derdest olmaya devam etmektedir” (madde gerekçesi).

Bu takdirde, kamu davası tamamen ortadan kalkmış olacağı için, sanık hakkında bu dava hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Bunun anlamı, bu davanın tekerrür bakımından esas alınamayacağı ve seçenek yaptırıma çevirme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve ertelemeye engel olmamasıdır⁵¹.

landığı tarihin bildirilmesi konusunda yazı yazılır. Sağlık kurumu tarafından hazırlanan tedavi programının, şube müdürlüğü veya büroya iletilmesinden sonra denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır.

(5) Şüpheli veya sanığın sağlık kurumunca belirlenen tedavi programına uymaması hâlinde durum, bu kurum tarafından şube müdürlüğü veya büroya bildirilir.

(6) Şüpheli veya sanığın sevk tarihinden itibaren beş gün içinde sağlık kurumuna başvurmaması veya tedavi programına uyulmadığının sağlık kurumu tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde, şüpheli veya sanık denetleme planına uyması yönünde uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Ayrıca durum sağlık kurumuna bildirilir.

(7) Yükümlülük kaldırıldığında durum sağlık kurumuna iletilerek, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

(8) Sağlık kurumunca tedavi programının sona erdiğinin raporla bildirilmesi halinde yedinci fıkradaki işlemler yapılır.

49 10.CD, 2.2.2009, 5976/1146.

50 10.CD, 26.01.2009, 13/783.

51 Akkaya, s. 420; Çağatay, s. 98.

Tedbirin gereklerine uygun davranılmaması halinde ise, davaya devam olunarak TCK 191/1'deki cezaya hükmolunur (TCK 191/5).

Cezaya hükmedildikten sonra tedbire karar verilmesi durumunda ise, cezanın infazı ertelenir (TCK 191/6). Kişi tedbirin gereklerine uygun davranırsa bu ceza infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde ise infaz edilir (TCK 191/7).

VII. Tedbirin Gizliliği

Madde Bağımlılığı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin 36. maddesine göre, "merkezlerde hastalara ilişkin olarak tutulan bütün kayıtların gizliliği esastır. Bu bilgiler, adli ve üst mercilerce aksi öngörülmedikçe açıklanamaz. Ancak, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun üçüncü maddesi uyarınca Bakanlık tarafından kurulacak kayıt ve bildirim sistemine ve Bakanlıkça yapılacak diğer iş ve işlemlere esas olmak üzere, merkezlerden istenilen bilgi ve belgelerin, gizlilik prensibi gözetilmek suretiyle Bakanlığa gönderilmesi zorunludur. Bildirim zorunluluğuna ilişkin ilgili diğer mevzuat hükümleri saklıdır".

VIII. Tedbir Kararının Niteliği

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine, hüküm vermeden önce hükmedildiği takdirde (TCK 191/2) bu bir son karar, hüküm niteliğinde değil, ara karar niteliğindedir. Bu nedenle bu karar itiraza tabidir. Ancak Yargıtay, bu kararın da temyize tabi olduğu görüşündedir⁵².

31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun uyarınca 191.maddenin ikinci fıkrasına "**bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur**" hükmü eklenmiştir. Bu suretle, özellikle zamanaşımına ilişkin sürenin bu süre zarfında durması sağlanmıştır. Ayrıca CMK 223/8 gereğince durma kararına itiraz edilebilecek, temyize gidilemeyecektir.

52 Bkz., 10.CD, 10.05.2010, 9954/11116. "Sanıklar .. hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan dolayı verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına ilişkin kararın temyizi olanaklı kararlardan olduğu gözetilmeden, sanıklar müdafii tarafından temyiz edilen hükümlerin itiraza tabi olduğundan söz edilerek Üsküdar Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi ve Kartal Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen itirazların reddine ilişkin kararlara yok hükmünde olduğu kabul edilmiştir", 10.CD, 20.10.2009, 13596/15887.

Tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine, son karar ile birlikte hükmedildiği takdirde (TCK 191/6) ise bu karar, hüküm niteliğinde olduğundan ancak temyizi (istinaf) mümkün olacaktır.

Tedbir kararı verildiği takdirde, amaç failin ıslahı olduğundan, tedbire ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez⁵³.

IX. Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorun, gönüllü olarak bağımlılık tedavisi olmak için ilgili kurumlara başvuran kişilerin, TCK 279 ve 280 karşısında sağlık personeli tarafından ihbar edilmesinin zorunlu olup olmadığıdır.

TCK 279 ve 280. maddeler ancak bir “suç” belirtisi ile karşılaşılması halinde bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Buna karşılık uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı kanunumuzda suç olarak düzenlenmemiş ve suç olmadığı da TCK 191. madde gerekçesinde izah edilmiştir. Buna karşılık Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin bir yorumuyla, bu eylemler bulundurma kapsamına sokulmuştur. Bu durum karşısında, eylemin açıkça suç olmaması, ancak yorum sonucu TCK 191. madde kapsamında kabulü nedeniyle, gönüllü olarak bağımlılık merkezlerine tedavi için başvuran ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandıklarını ifade eden kişilerin, sağlık mesleği mensupları tarafından bildirilmesinin zorunlu olmadığı kanaatindeyim.

Bir diğer sorun, hakkında tedbir kararı verilen kimsenin bağımlı olmaması halinde yine de tedbir kararının uygulanıp uygulanmayacağıdır. Yukarıda da ifade ettiğim gibi, tedbir bakımından bağımlılık zorunlu olmadığından, bu kimseler hakkında da tedbir uygulanabilecektir.

Kolluğa uyuşturucu kullandığını söyleyerek başvuran kimse hakkında ne yapmalı? Öğretide bu takdirde, öncelikle hastaneye, oradan AMATEM'e, AMATEM'in bildiri ile savcılığın olaydan haberdar olarak⁵⁴, dava açılması ve tedavi tedbirine mahkeme kararıyla devam edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kanımca, kolluğun her hâlükârda, hastane ve AMATEM aşamalarıyla paralel olarak savcıyı haberdar ederek, savcının emri doğrultusunda soruşturma işlemleri yapması gerekir.

⁵³ 10.CD, 7.7.2008, 8491/11601; 10.CD, 21.01.2010, 13911/689.

⁵⁴ Krş. Bayraktar, Köksal; “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İÜHFİM, C.LI, S. 1-4, 1985, s. 198.

Kullanmak amacıyla satın alan kişi henüz kullanmamışsa, bu takdirde, ancak denetimli serbestlik tedbiri (TCK 191/2) uygulanacaktır.

Son bir sorun, kişinin tedavisi mümkün değilse, tedavinin tedbirine hükmedilip hükmedilmeyeceğidir. Tedbir kararı vermeden önce mahkemenin, tedavinin mümkün olup olmadığına ilişkin bir rapor alarak bu kararı vermesi ve tedavi mümkünse, bu tedbire hükmetmesi gerekir.

Sonuç

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tedavi tedbirinin uygulanabilmesi için, kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığının sabit olması gerekir. Aksi takdirde bu tedbir uygulanamaz. Ancak bu durumda denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir.

Her iki tedbirin uygulanması da hâkim açısından bir zorunluluk olmayıp, takdiridir.

Tedbire hükmedilebilmesi için bağımlılık gerekmemektedir. Bağımlı olmayan kişiler hakkında dahi tedbire hükmedilebilir.

Mahkeme, kişinin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı; tedavi ihtiyacı bulunup bulunmadığı konularında bilirkişiden rapor almalıdır. Hekimler her bağımlının tedavi edilemeyeceği kanaatinde olduğundan; bu hususun hekim raporuyla belirlenerek, tedbire ona göre karar verilmesi daha isabetli olacaktır

Hüküm öncesi verilen tedbir kararı için şüphelinin rızasının alınmasında yarar olduğu kanaatindeyim. Buna karşılık, hüküm sonrası uygulanan tedbir açısından rıza aranmamaktadır.

TCK 191/2 gereğince verilen tedbir kararı, ara karar niteliğinde olup, itiraza tabidir.

Tedavi ve denetimli serbestliğe hükmolunmasına ilişkin kararın zamanlaşımını durduran kararlardan sayılması gerekir. Kanunda bu yönde değişiklik yapılması, önemlidir; zira bu tedbirlerin uygulanması veya uygulanmaya çalışılması ile 3-4 yıllık bir zaman kaybı olduğu ve bunun da zamanlaşımı bakımından önemli olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

⁵⁵ Akkaya, s. 421.

Gönüllü olarak tedavi için sağlık kuruluşlarına başvuran bağımlıların TCK 279 ve 280 çerçevesinde ilgili mercilere ihbar zorunluluğu, bu kurumların görevlerini gereği gibi yerine getirmesini engellemektedir. Bu nedenle, bu konuya ilişkin bir yasal düzenleme gereksinimi bulunmaktadır.

UYGULAMADA ŞÜPHELİ VE SANIK HAKLARININ KORUNMASI

Prof. Dr. Ersan Şen*

Özet

Makalede, özel yetkili ağır ceza mahkemeleri çerçevesinde gerçekleştirilen soruşturmalarda gizli tutulmasını gerektiren kanun hükümleri, şüpheli hakları kapsamında tartışılmaktadır. Özel yetkili mahkemelerde ve terör yargılamalarında, diğer suçlara göre farklı soruşturma ve kovuşturma usullerinin uygulanması, yargılama birliğini bozmaktadır. Bunun haricinde, tutuklama tedbirinin uygulanma şekli, ceza muhakemesinin geneli bakımından adil yargılanma hakkını zedelemektedir. Özel yetkili savcılar tarafından gerçekleştirilen soruşturmalarda ifadesi alınan, hakkında iddianame düzenlenen ve çok uzun süreli tutukluluk süreleri nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan şüpheli, hakkındaki delilleri öğrenme hakkından yoksun bırakılmaktadır. Bu durum ayrıca halkın bilgilendirme hakkını ve masumiyet karinesini de zedelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında belirlediği standartlara aykırı olan bu durum, savunma hakkını da ihlal etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, hakkındaki isnad öğrenme hakkı, adil yargılanma hakkı, tutuklama, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract:

The paper analyses Turkish legal provisions leading to the confidentiality of the investigation file during the pre-trial period, from a perspective of the rights of suspect, especially regarding investigations led by assise courts with special powers. The fact that such courts are subject to different and special rules of investigation and prosecution violates the unity of the judiciary. In addition, the way pre-trial detention is implemented by judges, there exist general concerns regarding the right to fair trial. Suspects, who have been interrogated, indicted, deprived of their liberties due to very long pre-trial detention periods, are also being deprived from their right to be informed about the allegations against them. This additionally violates the people's right to receive information and the right to be presumed innocent until proven guilty. This situation clearly breaches the standards set by the European Court of Human Rights, and violates the right to defense.

Keywords:

Assise courts with special powers, the right to be informed about allegations, right to fair trial, pre-trial detention, ECtHR

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargı birliği esasına aykırı olduğuna¹, bu mahkemelerin görevi kapsamına giren soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanığın savunma hakkını kısıtlayıcı yol ve yöntemlerin izlendiğine, iletişim ve bilgisayarlarda arama², yakalama ve

- 1 Özel yetkili mahkemelerin “ihtisas mahkemesi” değil de, CMK m. 250/1’de sayılan suçlar bakımından “özel yetkili mahkeme” sıfatına sahip kılınması, esas itibarıyla yargı birliği ilkesine ve tüm mahkemelerin tek çatı altında toplanıp, aynı usul ve esaslarla yargılama yapmak suretiyle ihtisaslaşmış mahkemeler olarak sınıflandırılması sistemine uygun düşmemektedir. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri “ihtisas mahkemesi” olarak düzenlenmeli, diğer mahkemelerle aynı binada, mümkün olduğu kadar aynı usul ve esaslarla yargılama yapmalıdır. Aksi halde, yasal dayanağı olmayan, kendi içinde bile farklı uygulamalar izleyen ve sanık hakları bakımından kötü emsallerin oluşmasına yol açan karar ve uygulamalar nedeniyle hukuk devleti ilkesinin özünden zedelenmesi kaçınılmazdır.

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri ile diğer mahkemelerin arasındaki görev uyumsuzlukları (soruşturma aşamasında savcılık makamları arasında başlayan görev sorunları), beraberinde gelen sübjektif ve farklı uygulamalar, soruşturma ve kovuşturmaların uzamasını ve 1982 Anayasası’nın 37. maddesi ile güvence altına alınan kanuni hakim ve mahkeme güvencesi (bizce tabii hakim ve mahkeme güvencesi) ile makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açmaktadır. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görevine giren soruşturma ve kovuşturmalarda savunma hakkının kısıtlandığı, tutuklama sürelerinin daha uzun olduğu ve dürüst yargılanma hakkının şüpheli ve sanık aleyhine daraltıldığı tartışmasıdır.

Genel Mahkemeler yanında istisnai yargılama yapan özel yetkili mahkemelere yer verilmesi, yargı birliğinin sağlanması ve insan haklarının korunması gereklerine aykırıdır. Tüm yargı teşkilatı, adli, idari ve askeri yargı kolları ayırımı yapılmaksızın aynı usul ve esaslarla yargılama yapan uzman yargı mercileri kapsmalı ve teşkilatlanması da yerel mahkemeler, bölge mahkemeleri ve yüksek mahkemeden oluşmalıdır. Yalnızca Anayasa değişiklikleri ile kanun ve kanun hükmünde karar-namelerin Anayasaya aykırı olup olmadığını ve bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesi ayrı bir yargı kolu olarak bulunmalıdır.

- 2 “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” başlığı altında CMK m. 134’de düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Bu düzenleme, içeriği ve uygulanması eleştirilmektedir. Madde metni incelendiğinde, arama, kopyalama ve elkoymanın şüphelinin bilgisayarları ile sınırlı tutulduğunu, bilgisayar niteliği taşımayan dijital belgelerin kopyalandığı taşınabilir belleklerin nasıl inceleneceğinin düzenlenmediği, taşınabilir dijital veri materyali ile ilgili düzenlemenin bulunmadığı, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapıp, ancak istemesi halinde bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya müdafiiine verileceği hususunun sorunu çözmediği ve pratikte uygulanabilir olmadığı, bu konuda arama, kopyalama ve elkoyma ile eşzamanlı olacak şekilde yedeklemenin şüpheli veya müdafiiinin huzurunda yapıp bir yedeğinin şüpheli veya müdafiiine teslim edilemediği, çoğunlukla elkoyma tedbiri suretiyle kolluk tarafından alına bilgisayarlar ile bilgisayar kütüklerinden veri yedeklerinin başka bir zaman verilebildiği, tüm bunların bilgisayar kayıtlarında tahrifat iddiasını gündeme getirdiği görülmektedir.

Ayrıca, yine veri yedeklerinin kaydedildiği ortamların (hard disk) temininin şüpheli veya sanık ile müdafiiinden istenilmesi yanlış bir uygulamadır. Bilgisayar kütüklerinde yapılan arama sırasında, soruşturma makamları kendi imkanları ile verilerin yedeklerini almak ve bunları şüpheli/saniğe teslim etmekle yükümlüdür. CMK m. 134/2’ye göre, “*Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde, çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere*

gözüne alma, arama ve elkoyma, tutuklama gibi koruma tedbirlerine yönelik Kanun ve uygulama aksaklıklarına ilişkin yoğun eleştirileri bir kenara bırakarak, aşağıda soruşturmanın gizliliği ile CMK m. 250 karşısında şüpheli haklarının nasıl korunabileceğini açıklamayı amaçladık.

Esas itibarıyla, özel soruşturma ve kovuşturma usulleri uygulayarak “yargı birliği” ilkesini bozan özel yetkili mahkemeler kaldırılmalı ve bu amaçla Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250, 251 ve 252. maddelerinin yürürlüğüne son verilmelidir. Bu çalışmamızda özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde uygulanan özel usul ve esasların yol açtığı hukuka aykırılıklardan bahsedeceğiz. Bu hukuka aykırılıkların aşılmasında en uygun yol, özel yetkili mahkemelerin görevlerine son verilerek, bu mahkemelerin görev alanına giren suçların yargılmasının genel yetkili mahkemelere bırakılmasıdır³. Ancak özel yetkili mahkemelerin görevlerine son verilinceye kadar, çalışmamızda yer verdiğimiz eksikliklerin giderilmesi ve hukuka aykırılıklara son verilmesi isabetli olacaktır.

Her ne kadar çalışmamızın başlığı “CMK m. 250 karşısında şüpheli ve sanık haklarının korunması” olsa da, aşağıda yer alan eleştiri, açıklama ve önerilerimizin tüm ceza yargılaması süreçleri ile de ilgili olduğunu ifade etmek isteriz.

elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir”. Görüldüğü üzere, sadece şifrenin çözümü veya gizlenmiş bilgilere ulaşılması amacıyla bilgisayar kütüklerine elkonulabilecektir. Bunun dışında, bilgisayar kütüklerinin bulunduğu yerden alınıp götürülebilmesi mümkün değildir. Soruşturmada delil olabileceği düşünülen bilgi ve veriler, savcılık ve kolluk tarafından bilgisayar kütüğünün bulunduğu yerde yedekleme yapılmak suretiyle elde edilmelidir. Eğer şifrenin çözümü veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilme sorunu var ise, bu hususun tespiti suretiyle bilgisayar kütüklerinin savcılık ve kolluk tarafından buldukları yerlerden götürülebilmesi mümkündür. Şüpheli veya vekilinin talebi olması halinde, masrafı Devlet tarafından karşılanarak başka bir hard diske yedekleme yapılır ve bu kopya şüpheli veya vekiline imza karşılığı teslim edilmelidir. Belirtmeliyiz ki, tüm bu hallerde bilgisayar verilerinin tahrif edilmesi veya bazı eklemelerle değiştirilmesi iddiaları gündeme gelecektir. Kanaatimizce, CMK m. 134’de tüm bu sakıncaları bertaraf etmeye yönelik bir iyileştirmeye gidilmesine ihtiyaç vardır.

- 3 Belirtmeliyiz ki, elbette sırf bu mahkemelerin kaldırılması ile hukuk, adalet ve düzen alanında yaşanan sorunlar hemen çözüme kavuşturulamayacaktır. Ülkede, disiplinli, istikrarlı ve uzun süre değişikliğe uğratılmaksızın uygulanabilecek bir suç ve ceza siyasetinin benimsenmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlerin tarafsızlığının sağlanıp korunması çok önemlidir. Hakimlerimiz, herhangi bir etki ve baskı altında kalmaksızın, önyargısız şekilde verecekleri gerekçeli kararlarla adaletin süratle tecellisini sağlamalıdır.

Soruşturmanın gizliliği ve CMK m. 250 karşısında şüpheli haklarının korunması konusuna girmeden önce, şüpheli ve sanık haklarını zedelediğini düşündüğümüz birkaç hususa değinmek isteriz. Yazımızın son kısmında ise, hem şüpheli ve sanığın hem de mağdurun haklarının korunması için uygulamaya geçirilmesi gereken bazı noktalara işaret edeceğiz.

Günümüzde suç işleyenlerin cezalandırılması amacıyla takip yetkisine sahip olan Devlet, bu yetkisini kullanırken yürürlükteki hukuk kurallarına uygun davranmalı ve bu kurallarla kendisini de bağlı tutmalıdır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinden de anlaşılacağı üzere Ülkemiz, "hukuk devleti" ilkesini benimsemiş ve hukuk kurallarına bağlı kalacağını beyan etmiştir.

Ceza yargılaması hukuku, kişi hak ve hürriyetleri ile çok yakın temas halindedir. Suç işlendiği iddiasıyla bir kimse hakkında soruşturma ve ardından kovuşturma açıldığında, o kişinin suç isnadı altında kalması, şüpheli ve sanık sıfatını kazanması ve adli makamlardan kaynaklanacak birtakım eylem ve işlemlere muhatap olması gündeme gelecektir.

Suç isnadı altında kalan kişinin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/2 maddesi hükmü ve 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince "masumiyet/suçsuzluk karinesi" güvencesinden faydalanacağı, suçluluğu kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü ile sabit olmadıkça masum sayılacağı, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında 1982 Anayasası'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da yer alan "adil/dürüst yargılanma hakkı" ilkesinden kaynaklanan tüm haklara sahip olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Anayasanın 38. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddelerine göre, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz". Evrensel nitelik taşıyan masumiyet/suçsuzluk karinesi adlı bu ilke, herkes tarafından kabul edilmekle birlikte, maalesef çoğu zaman ihlale uğramaktadır. Bu karine, henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü olmaksızın, sadece hakkında başlatılmış soruşturma ve kovuşturma olduğu gerekçesiyle hiç kimseye ayırım yapılmaksızın suçlu gibi davranılamayacağı ve suç işlemiş gibi topluma takdim edileme-

yeceği, yani yargılamanın tüm safhalarında savunma ve kişilik haklarının korunacağı anlamına gelir. Sözde değil özde kabul edilmesi gereken bu ilkenin korunması gerektiği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 12.05.2009 tarihli **Slovakya'ya karşı Borovsky kararı** ile ortaya konulmuştur. Mahkeme kararında, polis ve basın mensupları tarafından daha soruşturma aşamasında suçlu gibi gösterilen sanığın masumiyet karinesi hakkının ihlal edildiği tespit edilerek, kamu görevlileri ve basın mensuplarının sanığın yargılanması ve belirli bir suçtan hüküm giymesi öncesindeki beyanlarında, kullanacakları sözlere dikkat etmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Ceza yargılamasında koruma tedbirleri olarak yakalama, gözaltına alma ve tutuklama, 1982 Anayasası'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı 19. maddesine konu olmuş ve "*Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*" hükmünün istisnaları olarak düzenlenip, bu koruma tedbirlerinin tatbikine ilişkin genel çerçeve, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5'e uygun olarak çizilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m. 90, m. 91, m. 98 ve m. 100 ile devamı hükümlerinde ise, yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin somut olaylarda uygulanabilme imkanlarını gösteren şekil ve şartlar ortaya konulmuştur. Kişi hürriyeti ve güvenliğine kısıtlama getirmeleri sebebiyle faili yakalamak ve/veya delil elde etmek maksadıyla uygulanan bu koruma tedbirleri, ancak kanun koyucu tarafından gösterilen şekil ve şartların somut olayda gerçekleşmesi kaydıyla uygulama alanı bulabilirler. Bundan başka, sadece Kanunda gösterilen hukuki gerekçelerin soyut tekrarları da, koruma tedbirlerinin tatbikinde yeterli görülemez ve hukuka uygun sayılamaz. **Kanunun somut olaya uygulanması suretiyle ortaya çıkan ve koruma tedbirini haklı gösteren somut gerekçeler yerine, yalnızca Kanun hükmündeki soyut hukuki gerekçelere dayanılarak koruma tedbirine başvurulması, şeklen Kanuna uygun sayılsa bile, özü itibariyle hukuka uygun kabul edilemez.**

Bu eleştirimiz, ikincil delil elde etme yöntemi olmakla birlikte, Türk Hukuku'na girdiği andan itibaren en fazla uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kararları da kapsamaktadır. "Telefon dinleme" adı ile bilinen tedbir kararlarında, CMK m. 135'de yazılı olan soyut hukuk metninin ötesine geçen, somut olayın özelliklerini ve kanun koyu-

cunun aradığı şartların gerçekleştiğini gösteren fiili gerekçelerin olmadığını, bir başka ifade ile soyut hukuk metninin aradığı şartların somut olayda gerçekleştiğini görememekteyiz.

Uygulamada, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan yakalama tedbiri hukuka aykırı uygulanmakta ve kişi güvenliği ihlal edilmektedir. Kanununun 98. maddesinde, “*Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir.*” hükmü bulunduğu halde, şüpheli kabul edilen kişiler hakkında maddede öngörülen çağrı usulü izlenmeksizin yakalama tedbiri uygulanmakta ve bireyler mağdur edilmektedir. Şüphelinin sürekli aranması ve yakalanıp Savcılık Makamına getirilmesinin sağlanması amaçlandığından, Kanununun 145. maddesinde düzenlenen “ifade için çağrı” ve 146. maddesinde düzenlenen “zorla getirilme” müesseselerinin tatbikinden kaçınılmaktadır. Çünkü bu hükümler, şüphelinin sürekli şekilde aranmasına, gözaltına alınmasına (belirli bir müddet nezarethanede tutulmasına) ve hakkında yakalama emri çıkarılmasına elverişli değildir.

Toplu suçlarda yakalama tedbirinin uygulanması sonrasında CMK m. 91'e göre uygulanan gözaltı tedbirinde, özellikle susma hakkını kullananların bu tedbirin dört güne kadar uzatılması sırasında bekletilmek suretiyle mağdur edildikleri, ifade vermek isteyenlerin ise CMK m. 148/1'e aykırı olarak uzun süre bekletildikten sonra ifadelerinin alındığı görülebilmektedir. Kanun koyucu tarafından öngörülen bu süreler belirli amaçlarla getirilmiş olup, sonuna kadar keyfi olarak kullanılacak süreler değildir. Zorunlu haller gereklilik gösterse dahi, gözaltına alma tedbiri ile ilgili Kanunda öngörülen sürelerin hiçbir şekilde aşılamayacağını da belirtmek isteriz. Yine susma hakkını kullananların gözaltı süresinin sonuna kadar bekletilmesi ve geç saatlerde savcılık makamı ile hakim huzuruna çıkarılmalarından dolayı özgür iradeleri ile beyan vermelerinde ciddi sorunlar yaşandığını görmekteyiz. CMK m. 148/1'e göre, şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, **yorma**, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*”

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "İfade almada yasak yöntemler" başlıklı 23. maddesinde benzer düzenlemeye yer verilerek; yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği, ifade alma işlemi sırasında ya da öncesinde şüpheli veya sanığa hukuka aykırı bir menfaat vaat edilemeyeceği, özgür iradeyi engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerde bulunulamayacağı ifade edilmiştir.

Uygulamada, bir tedbir olan tutuklama sürelerinin uzun olduğunu sıkça görmekteyiz. Özellikle örgütlü suçlulara ilişkin davalarda tutuklama süreleri uzun yıllar devam etmektedir. Bu uygulama, tutuklama ve yargılama sürelerinin makul olması gerektiğini ortaya koyan Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümlerine açıkça aykırıdır⁴. Kişi hürriyeti ve güvenliğinin çok önemli olduğu dikkate alındığında, ortada kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın birey hürriyetine yönelik amacı aşan hukuka aykırı uygulamalar, telafisi güç ve hatta imkansız zararların doğmasına yol açacaktır. Kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını tahdit eden tutuklama tedbirine süre sınırının getirilmesinde isabet bulunmaktadır⁵. CMK m. 102

4 Tutuklama ve yargılama sürelerinin makul olması gerektiğine dair hükümleri, Anayasa m. 19 ile İHAS m. 5 ve 6'da net olarak görmekteyiz. Gerçi yargılamanın makul sürede bitirilmemesine yönelik iç hukuka yönelttiğimiz sert eleştirilerden, elbette İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de nasibini alması gerektiğini söylemek isteriz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile iç hukuk metinlerine ve uygulamalarına giren, "dürüst yargılanma hakkı"nın ayrılmaz bir parçası haline gelen "makul sürede yargılanma hakkı"na, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile eki olan protokollerin ihlal edilip edilmediğine dair davalara bakan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde de riayet edilmediğini, 2004 ve 2005 yıllarında yapılan başvuruların aradan geçen uzun zamana rağmen sonuçlandırılmadığını görmekteyiz. İş çokluğu dahil olmak üzere, hangi gerekçe ile olursa olsun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 6 veya 7 yılda sonuçlandırması kabul edilemez. Bu tür uzun dava süreleri, adaletin beklenen sürede ve etkide gerçekleşmesinin önüne geçmektedir. Davaların uzun sürmesi, sanığı, mağduru ve toplumu olumsuz yönde etkilemektedir. Tutuklamanın ve yargılamanın makul sürede sona erdirilmediği iddiası ile yapılan başvuruyu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 7-8 yıllık bir zaman diliminde neticelendirilmesi, ancak trajikomik bir durum olarak değerlendirilebilir.

5 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 27.06.1968 tarihli Wemhoff - Almanya kararında, kişinin tutuklu kaldığı sürenin hesabında yalnızca ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmeye kadar geçen sürenin dikkate alınacağını, bunun dışında kalan temyiz sürecinin tutukluluk süresi ile ilgili olmayıp, makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili olduğunu ifade etmiştir. Tutukluluk döneminin Mahkeme tarafından bu şekilde tespitinin, temyiz yargılaması sırasında tutukluluğun devam

bu amaçla düzenlenmiş olup, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde azami tutukluluk süresini gösteren maddenin ilk fıkrası 01.06.2005 tarihinde, ağır cezalı suçlarla ilgili tutuklama süresine sınırlama getiren süre sınırlamasını düzenleyen maddenin ikinci fıkrası ise 31.12.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶.

etmesini ve hüküm kesinleştikten sonra hükümlülüğün başlamasını öngören Türk Hukuku gibi sistemler bakımından insan haklarını koruyucu nitelikte olmadığını ifade etmek isteriz.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda adı geçen kararı dahil birçok kararında vurgulandığı üzere, Sözleşme'nin yorumu, amacını gerçekleştirecek şekilde yapılmalıdır. Hüküm kesinleştikten sonra hükümlülüğün başlamasını öngören sistemlerde de tutuklama süresinin ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmeye kadar geçen süreç olarak yorumlayan Mahkeme'nin bu yorumunun isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Bu noktada olması gereken ve kişi özgürlüğünü koruyucu yorum, Sözleşmenin 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan iç hukuka uygunluk kriteri de dikkate alınarak yapılmalı, tutukluluk süresinin hesabında hüküm kesinleşinceye kadar tüm süreç dikkate alınmalıdır. Türk Ceza Yargılaması Hukuku, bu anlamda kovuşturmanın içinde saydığı temyiz aşamasında geçen tutukluluk süresini CMK m. 102'nin içinde kabul etmiştir.

- 6 Tutuklama tedbirinin makul süre uygulanması ile ilgili kesin sürelerin kabul edilmesinde yarar olduğunu düşünmekteyiz. CMK m. 102'den önce Eski CMUK m. 110'da da tutuklama tedbirine kısmi süre sınırlaması getirilmiş idi. Sınırsız ve keyfi şekilde, sadece Kanunda yazılı soyut hukuki sebeplerinin dayanak gösterilmesi suretiyle uzun tutuklulukların önüne geçilebilmesi ve tutuklama tedbirinde makul sürenin uygulanabilmesi mümkün olabilecektir. Bu makul süre, kanun koyunun belirlediği süre ve ölçütler çerçevesinde her somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterecektir. Kanun koyucu tarafından soyut olarak belirlenen azami tutukluluk sürelerinin sonuna kadar kullanılması, somut olayın hukuki ve fiili nedenleri gerekli kılmadıkça elbette doğru olmayacaktır. Dolayısıyla, bu tür azami süre sınırlarının sonuna kadar kullanılacağı endişesi yersizdir. Çünkü bu tehlike, azami tutukluluk sürelerinin kabul edilmediği durumda daha yoğun yaşanmaktadır. Tutuklamada nihai süreler kabul edilmediğinde, tutukluluğun özellikle bitmeyen soruşturma ve kovuşturmalar nedeniyle çok uzadığı, bunun da masumiyet/suçsuzluk karinesinden yararlanan kişiyi mağdur ettiği, tedbir olan tutuklamayı cezaya dönüştürdüğü bir gerçektir. Bu nedenle, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından azami tutukluluk süresi gösteren CMK m. 102/2'nin yürürlüğe girmesi isabetli olmuştur. Ancak bu hükmün, uzatım süresi dahil 2+1 olmak üzere azami toplam 3 yıl değil, 2+3 olmak üzere azami toplam 5 yıl uygulanacağı ileri sürülmektedir (bu düşünce kabul edildiğinde, terör ve terör amacı ile işlenen suçlarda bu süre 2 kat, yani 10 yıl olacaktır). Bu düşünceye katılmamaktayız. Çünkü kanun koyucu, toplam tutukluluk süresinin 5 yıl uygulanmasına imkan tanımak istese idi, CMK m. 102/2'nin metninde 2+3 yıl yerine, 3+2 yıl formülünü kullanmayı tercih ederdi.

Bizce, ağır cezalı işlerde tutukluluk süresi uzatma süresi de dahil olmak üzere üç yıl olup, CMK m. 250 uyarınca özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda bu süre iki katı, yani altı yıl olarak uygulanmalıdır (CMK m. 252/2). CMK m. 250 kapsamına giren suçlarda azami tutukluluk süresinin 6 yıl değil, 5 yıl olarak uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir. CMK m. 250 kapsamına giren suçlarda 2+1=3 yıllık süreye 2 yıl daha eklenip azami 5 yıl tutuklama tedbirine başvurulabilmesi mümkündür. Bu düşünceye göre, uzatma süresinin uzatması olmayacağından, 1 yıllık sürenin eklenip ortaya çıkan rakamın iki kat olarak uygulanması hukuka aykırı olacaktır.

CMK m. 102, azami tutukluluk sürelerinin tespitinde tutuklamaya konu suçun ağır ceza mahkemelerinin görevine girip girmemesine göre iki farklı süre öngörmüş olup, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlar bakımından bu süre bir yıl ve altı aylık uzatma süresinin eklenmesi ile toplam bir buçuk yıldır. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ise, bu süre iki yıl olarak belirlenmiş olup, bu sürenin ne kadar uzatılabileceği yukarıda açıklanmıştır. Özel yetkili mahkemelerde suçların ağır ceza mahkemelerinin görevine girip girmemesi konusu ile ilgili olarak iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlkinde göre, tutuklama kararı verilen suç CMK m. 250 ve devamı hükümleri gereğince özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılamasının yapılması gereken örgütlü bir suç ise, örgüt tarafında işlenen suçlar ağır ceza mahkemelerinin görevine girmeyen suçlar olsa da tutuklama süresi, CMK m. 102/2'ye göre hesaplanacaktır. Bu görüşe göre, tutuklama süresinin hesabında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da düzenlenen görev kriterleri dikkate alınmayacak, soruşturma veya kovuşturma özel yetkili savcılar veya mahkemeler tarafından yürütülmekte ise, amaç suçlara bakılmaksızın tutukluluk süresinde ağır ceza mahkemeleri için öngörülen süre uygulanacaktır.

Katıldığımız ikinci görüşe göre ise, bizatihi suçun hangi mahkemenin görev alanına girdiğine bakılmalı ve tutuklama süresi bu şekilde tespit edilmelidir. Tutuklama kararında hakim tarafından hangi suç işlendiğinden bahisle tutuklama kararı verilmişse, tutuklama süresi de ona göre tespit edilmeli ve şüpheli veya sanık birden fazla suçtan tutuklanmış olsa da süre hesabı bağımsız olarak değil her bir suçun niteliğine göre, ancak tutukluluk süresinde tekrür olmaksızın hesaplanıp uygulanmalıdır. Kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir; zira tutuklama müessesesinin düzenleyen CMK m. 100 ve devamı hükümlerinde, tutuklamada işlenen suçun vasfı dikkate alınmış, şüpheli veya sanık tarafından bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin olup olmadığının inceleneceği ifade edilmiş, yine suçların hukuki niteliği dikkate alınmak suretiyle m. 100/3'de suç kataloguna yer verilmiştir. Bu sebeple, örgüt tarafından işlenen amaç suçlar ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan olmadıkça, sırf özel yetkili mahkemelerde yargılamanın yapılması uzun tutukluluk sürelerinin uygulanmasının dayanağı olamaz. Örneğin, çıkar amaçlı suç örgütü tarafından şantaj, kasten yaralama, tehdit gibi suçların işlenmesi durumunda tutukluluk süresi CMK m. 102/1'e göre hesaplanmalıdır. Aksi halde, suçtan verilecek azami cezadan daha uzun süreli tutuklama süreleri ortaya çıkacaktır ki, bunun kabulü mümkün değildir. Kişi hak ve özgürlüklerinin bahis konusu olduğu durumlarda, hak ve özgürlükler lehine yorum yapılmasının zorunlu ve gerekli olduğu unutulmamalıdır.

Burada TCK m. 314'de düzenlenen silahlı örgüt suçu hakkında kısaca açıklama yapmak isteriz. Silahlı örgütün unsurlarının tespitinde de TCK m. 220/1'de öngörülen unsurların varlığının aranacağı tartışmasıdır. Silahlı örgüt suçundaki silah unsuru, TCK m. 6/1-f'ye göre belirlenecektir. Ancak bu silahlar niteliği itibarıyla örgüt kapsamında işlenmesi planlanan veya işlenen suçlar bakımından elverişli olmalıdır. Silahlı örgüt kurma suçu görev itibarıyla ağır ceza mahkemesinde yargılama yapılması gereken bir suç olduğundan, ister özel yetkili mahkemelerde ve isterse genel yetkili mahkemelerde yargılama yapılsın, tutuklama süresi CMK m. 102/2'ye göre belirlenecektir. Bununla birlikte CMK m. 252/2'ye göre, *"250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır"*. CMK m. 250/1-c'ye göre, *"Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; ... c) İkinçİ Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (315, 318, 319, 324, 325 ve 332. maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenen illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür"*. Kanun koyucu, bu suçları özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlar olarak sıralamış, bu suçlarla ilgili tutuklama süresinin

CMK m. 102/2'de gösterilen sürelerin iki katı olarak uygulanacağını belirtmiştir.

Sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda tutukluluk süresi, CMK m. 102/1'e göre tespit edilecektir. Ancak burada, CMK m. 100/4 hükmü gereğince yalnızca adli para cezasını gerektiren veya hapis cezası gerektirmekle birlikte üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar sebebiyle tutuklama kararı verilemeyeceğini, yani sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçların CMK m. 100/4'de gösterilen ceza sınırları dışında kalanlarının tutuklama tedbirine konu edilebileceğini ifade etmek isteriz. CMK m. 100/3'de "katalog suç" usulü öngörmek suretiyle tutuklama nedeninin var sayılabildiğini öngören kanun koyucu, CMK m. 100/4'de ise suç tipi itibarıyla katalog ortaya koymaksızın ceza sınırlarından hareketle tutuklama yasağı düzenlemiştir. Belirtmeliyiz ki, CMK m. 100/4'de belirtilen tutuklama yasağı kapsamına giren suçların failleri hakkında, CMK m. 109/2 gereğince adli kontrol tedbirine başvurulabilmesi mümkündür.

Kanaatimizce ağır cezalı işlerde azami tutukluluk süresi, iki yıl asıl süre ve bu sürenin uzatılması da altı ay olarak kabul edilmeli, belki Yargıtay (temyiz) aşamasına "kanun yolunda geçen tutukluluk süresi" adı ile ayrı bir düzenleme yapılmalıdır.

Şüpheli veya sanık hakkında birden fazla suçla ilgili soruşturma, kovuşturma ya da temyiz aşaması devam etse dahi, iddiaya konu suçların ağırlığına bakılmaksızın toplam sürenin son tutuklama kararından itibaren hesaplanıp, yukarıdaki açıklama çerçevesinde azami tutukluluk süresinin dolduğunun tespit edildiği anda herhangi bir talebe gerek olmaksızın şüpheli veya sanık hakkında tahliye kararı verilmelidir. Şüpheli veya sanık hakkında bir veya birden fazla suçtan soruşturma, kovuşturma yapılması ve bu suçların ağırlığının birbirinden farklı ve bazılarının fazla olması, azami tutukluluk süresinin tespiti ve bu süreyi aşan tutuklulukların kaldırılması bakımından önem taşımaz. Hatta soruşturma aşamasında bu yetki, CMK m. 103/2 hükmü gereğince cumhuriyet savcısı tarafından da kullanılabilir.

Hakkında birden fazla suçlama ve tutuklama kararı olup da aynı anda uygulanan tutuklama kararları ve mahkumiyet kararı ile aynı anda tatbik edilen tutuklama kararının süreleri ayrı veya ek olarak hesap edilmeyecek, tümü aynı anda infaz edilip, azami tutukluluk süresinin dolup dolmadığına bakılacaktır. Bu sebeple, "... sanıklara atılı suçların her birinin bağımsız olarak düzenlendiği, bu suçların kanıtlanması halinde her birinden ayrı ceza verileceği, CMK m. 102'de gösterilen sürelerin her bir suç için ayrı kabul edilmesi gerektiği, atılı suçlar aynı sanık tarafından işlenmiş de CMK m. 102'de yer alan sürelerin birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiği ..." veya "... sanığın birden fazla suçtan tutuklanıp yargılanmasına rağmen, tevkif müzekkeresinin birbirinden ayrı kesilmesinin sonuca bir etkisinin olmayacağı, mahsup işlemi yapılırken her suç için ayrı mahsup işlemi yapılacağından, yine bir suçtan tahliye kararı verildiğinde diğer suçlardan tutukluluğunun devam edeceği, tahliye edilen suç ile tutukluluğu devam eden suçun birbirinden ayrı değerlendirileceği dikkate alındığında, birlikte yargılama yapılmasının suçların bağımsızlığını etkilemeyeceği, sanığa atılı suçların tutukluluk durumu da tutukluluk sürelerinde birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmalı ..." gerekçelerinin hiçbir haklı, hukuka uygun, kabul edilebilir, insan hak ve hürriyetleri ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır. Bu tür gerekçeleri makul sürede yargılanma ve makul sürede tutukluluk esasları karşısında savunabilmek mümkün değildir. Sanık hakkında tutuklama müzekkeresi aynı davada bir adet olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Tutuklama kararı verilip infazına başlandığında, artık CMK m. 102'de gösterilen süreler işlemeye başlar. CMK m. 102'nin hiçbir kelimesi, yukarıda belirttiğimiz gerekçelere dayanak gösterilmeye elverişli değildir. Bir an için bir sanık hakkında birden fazla mahkemede birden fazla tutuklu yargılaması devam ettiğinde, nasıl ayrı hesap yapılmayıp da tek süre işlemekte ise, birden fazla suçla ilgili aynı mahkemede yargılama yapılması halinde de, tutuklama müzekkeresinin birden fazla olup olmadığına dahi bakılmaksızın tek süre işleyecektir. Aksinin kabulü, "makul süre" kavramı ile izah edilememenin yanında, **tutuklama "tedbir"ini "hapis cezası"na dönüştürecek** ve savunulması mümkün olmayan uzun tutuklu yargılamaların önü açılacaktır. Bu tür bir anlayışı, hiçbir yerde savunamazsınız, "hukuk devleti" ilke-

si karşısında da izah edemezsiniz. Örneğin, bir sanık hakkında aynı mahkemede dört ayrı ağır cezalı iş için dava açıldığında, CMK m. 102/2'de yer alan sürenin üç yıl olarak kabulünde toplam oniki yıl, beş yıl olarak kabulünde toplam yirmi yıl, terör suçlarında ise bu sürenin altı yıl olarak kabulünde toplam yirmidört yıl ve on yıl olarak kabulünde toplam kırk yıllık tutuklu yargılama süreleri gündeme gelebilecektir. **Bu tür bir sonucu, makul süre ve masumiyet karinesi karşısında kimseye anlatamazsınız ve hukuk devletin varlığından da bahsedemezsiniz. Münferit olaylar için kötü emsaller oluşturmamak, hukukun evrensel ilke ve esaslarının özünü zedelememek gerekir. Kural ve uygulamada yapılacak hatalar, hukuk güvenliği açısından vahim sonuçlara yol açabilecektir.**

Temyiz aşamasında geçen tutukluluk süresi, CMK m. 102'de gösterilen sürelerin dışında değildir. Çünkü olağan kanun yolu olarak temyiz, CMK m. 2/1-f'ye göre kovuşturma aşamasının içinde sayılmış olup, CMK m. 2/1-d'ye göre de yargılanan kişi temyiz sonuçlanıncaya kadar "sanık" sıfatını taşımaktadır. Tutuklama tedbirinin şüpheli ve sanık olan kişiler hakkında uygulanabildiği dikkate alındığında (CMK m. 100/1), temyiz aşamasında da "sanık" sıfatını taşımaya devam eden kişi hakkında CMK m. 102'de gösterilen azami tutukluluk süreleri, bu konuda net bir istisnai düzenleme olmadıkça (ki şu an bulunmamaktadır) kaçınılmaz şekilde uygulanacaktır. Bu tespitimizi çürütebilecek açıklıkta, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin konuyu düzenleyen 5. maddesinde ve CMK m. 102 ile devamı maddelerinde herhangi bir norm bulunmamaktadır. Anayasa m. 13'e göre, **"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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".** Tutuklama tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenliğini kısıtladığı, bu açık Anayasa hükmü sebebiyle de temyiz aşaması ile ilgili ayrı uygulama için yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu tartışmasızdır.

Yukarıda kısaca değindiğimiz hukuku zorlamanın da ötesi sayılacak kötü uygulamalarla hukukun evrensel ilke ve esaslarına aykırı davranılmaması, kötü emsallere yol açılmaması, bunların yerine yargılama sürecinin süratlendirilmesi isabetli olacaktır.

CMK m. 102/2 yürürlüğe girdikten sonra da, temel tutukluluk süresini geçsin veya geçmesin tüm tutukluluğun devamı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu devam edecektir. Kanun koyucu m. 102/2'de, sadece zorunlu hallerde tutukluluk süresinin uzatılabileceğini vurgu yapmak amacıyla "gerekçe" kavramına özel olarak yer vermeyi tercih etmiştir. "Hakim ve mahkeme kararlarının hukuki ve fiili gerekçelere sahip olması" ilkesi uyarınca, CMK m. 102/2'nin yürürlüğünden sonra da tutuklama kararı dahil olmak üzere tutukluluğun devamı ve tahliye kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu devam edecektir.

Tutuklama kararı, birden fazla suç isnadı hakkında veya aynı soruşturma ve kovuşturma kapsamında birden fazla şüpheli veya sanıkla ilgili olarak verildiğinde, tutuklama tedbirinin hangi suçlar için verildiği, birden fazla şüpheli ve sanık hakkında tutuklama kararı verildiğinde ise, her bir şüpheli ve sanık hakkında tutuklama kararına konu suç isnadının ve gerekçesinin bireyselleştirilmesi zorunludur. Tutuklu hakkında birden fazla suç isnadı olup da hangi suçtan tutuklu olduğu belirtilmemişse, o tutuklama kararı hukuka aykırıdır. Tutuklu hakkında birden fazla suç isnadı olmakla birlikte, tutuklama kararına dayanak olan suç belirtilmişse, bu suçtan tahliye edildiğinde diğer suçlardan tutuklama kararının devam edeceği ileri sürülemez. Birden fazla şüpheli ve sanığın tutuklu olduğu soruşturma ve kovuşturmalarda, isnada konu suç ve gerekçesi ile ilgili ayrıştırma yapılmaksızın verilen veya devam ettirilen tutuklama kararları da hukuka aykırıdır. Çünkü tutuklama kararı, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ilgili olup, birden fazla şüpheli ve sanıkla ilgili küll uygulamaya konu edilemez. Belirtmeliyiz ki, Ceza Muhakemesi Kanunu da bu tür kollektif koruma tedbiri uygulamalarına elverişli değildir. Sorumlulukta şahsiliği ilkesi geçerliliğini ceza yargılamasında da sürdürür.

Tutuklama sürelerinin uzun olmasının yanında, tutuklama kararı ile tutuklamanın devamına yönelik kararların, somut olayın özelliklerini ve fiili nedenleri göstermekten birçok defa uzak olduğunu, kararlarda yalnızca yasal düzenlemede gösterilen madde metinlerine yer verildiğini görmekteyiz⁷. Yargı kararlarının somut hukuki ve fiili nedenleri taşıma-

7 “ *CMK m. 100 ve devamı maddeleri gereğince, suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, kaçma şüphesinin olması, tutuklulukta geçirilen süre, delilleri ortadan kaldırma ve değiştirme bususunda kuvvetli şüphelinin bulunması sebebiyle şüphelinin tutuklama kararına itirazının reddine*” şeklinde bir gerekçe, tutuklama tedbirinin gerekçesi kabul edilemez. Çünkü bu tür bir gerekçe, soyut hukuk kuralının karara yazılmasından ibaret olup, CMK m. 101’in aradığı somut tutuklama gerekçesi sayılamaz.

Belirtmeliyiz ki, tutuklamanın ön şartı olarak CMK m. 100/1’in aradığı “şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe” yerine, “şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair makul şüphe” ibaresi tercih edilmelidir. Bu yolla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hükümleri ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin kararlarına uyum sağlanacaktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5/1-c ile örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 26.01.1993 tarihli W - İsviçre kararında, tutuklamanın ve tutuklamanın devamı kararlarının ön şartı olarak makul, yani akla uygun mantıklı şüphe (reasonable doubt) kabul edilmiştir. “Kuvvetli şüphe” ibaresine yer verildiğinde, şüpheli ve sanığın suçu işlemiş sayılması gündeme gelebiliyor. “Makul Şüphe” şartının tutuklama sayısını ve süresini artıracığına dair bir endişe ileri sürülebilir. Biz bu endişeye katılmıyoruz. Çünkü bugün, “kuvvetli suç şüphesi” şartı kabul edildiği halde tutuklama sayısının giderek arttığı ve sürelerinin de uzadığı tartışmasızdır. Bu ibareyi “makul suç şüphesi” olarak benimsediğinizde, tutuklama kararında artış ve sürelerinde uzama yaşanmayacaktır. Uygulamacının bakış açısı ve gerekçe yönünde yaşadığı tercih ve sorunlar giderilmedikçe ve bunun yanında Ülkemizde tutuklama sayısını ve süresini artıran CMK m. 100/3’ün öngördüğü “katalog suç” usulüne son verilmedikçe, bir tedbir olarak kabul edilen tutuklama yargı sırasında ceza infazına hızla dönüşmeye devam edecektir. Tutuklama tedbirinin şartları bakımından olmazsa olmaz unsur, şüpheli ve sanığın kaçma veya delil karartmaya yönelik somut hukuki ve fiili gerekçelerin ortaya konulmasıdır. Suçun ağırlığına veya kataloga göre bu nedenlerin “varsayılabilir” kabul edilmesi, maalesef Türk Hukuku’nda CMK m. 100/3’de düzenlenme amacının aksine tutuklama tedbirinin uygulanma oranını azaltmamış, aksine artırmıştır.

Bunun dışında, kuvvetli suç şüphesinin varlığının özellikle kovuşturma aşamasında araştırılması, hakim yönünden ihsası rey sayılabilir. Bu nedenle de “kuvvetli suç şüphesi” yerine, tutuklama tedbirinin ön şartı olarak “makul suç şüphesi” ölçütünün kabulü isabetli olacaktır. Bu değişiklik, tutuklamanın sayı ve süresini de artırmayacaktır. Şu an tutuklama tedbirinin ön şartı olarak “makul şüphe” kriteri fiilen uygulanmaktadır.

Düşüncemize göre, tutuklama tedbirinin CMK m. 100/1’de gösterilen şartlarına ilişkin hüküm aşağıdaki şekilde olmalıdır;

“Suçu işlediğine dair aleyhinde makul şüphe bulunan şüpheli veya sanık ancak;

a. Kaçma,

b. Delilleri karartma,

Hallerinden birisinin varlığını gösteren somut olgu ve kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması şartıyla tutuklanabilir”.

Belirtmeliyiz ki, ilk tutuklama kararı verilirken somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacak bu şartlar, elbette tutukluluğun devamı kararlarında da dikkate alınacaktır. Hatta tutuk-

sı ve gerekçeli olması zorunluluğu dikkate alındığında, buna aykırı kararların hukuken kabul edilemez olacağını belirtmek isteriz. Yargı kararının şekil açısından unsurlarını taşıması, fakat özü yönünden somut gerekçelerden yoksun olması da önemli bir sorundur (bkz. İnsan Hakları

luluğun devamı kararlarında kişinin hürriyeti ve güvenliği üzerindeki sınırlama devam edeceğinden, tutuklamanın devamına ilişkin şartların daha sıkı incelenmesi gerekir. Ancak bu tespitimiz, ilk tutuklama kararının şartlarının daha kolay gerçekleşeceği anlamına gelmez. Sadece uzatılması gündeme gelen tutuklama tedbirinde, ilk tutuklama kararına ilişkin şartların yeterli görülmeyip, bunu da aşan ve tutuklamanın devamını zorunlu kılan ek nedenlerin bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

5320 Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Yargılamaya katılmayacak hakim" başlıklı 11. maddesinde son derece ilginç ve "tarafsız yargı" ilkesi ile bağdaşmayan bir hüküm mevcuttur. Kanaatimizce bu hüküm, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile de çelişmektedir. 11. maddeye göre, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrası, Kanununun 163. maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz". "Yargılamaya katılmayacak hakim" başlıklı CMK m. 23/2'ye göre, "Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hakim, kovuşturma evresinde görev yapamaz". CMK m. 163'de, soruşturmanın istisnai olarak cumhuriyet savcısı yerine sulh ceza hakimi tarafından yapılması halleri düzenlenmektedir. 5320 sayılı Yürürlük Kanununun 11. maddesi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek hallerle ilgili olarak aynı işte soruşturma aşamasında görev yapan hakimin daha sonra kovuşturma aşamasında görev yapması ile ilgili olarak sınırlama getirmiştir. Böylece, soruşturma aşamasında koruma tedbirlerine karar veren, bu kapsamda tutuklama, iletişimin denetlenmesi veya arama ve elkoyma kararlarını veren hakimin, bu kararları sebebiyle dosya üzerinden yaptığı ön inceleme sonucunda ulaştığı kuvvetli veya makul şüphelerin hakimin tarafsızlığını bozmayacağı kabul edilmiştir. 11. maddeye göre, sadece CMK m. 163 çerçevesinde bir sınırlama getirilmesini öngörmüştür. Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısına erişilememekte veya olayın genişliği itibarıyla cumhuriyet savcısının işgücünü aşmakta ise, sulh ceza hakimi tarafından da bütün soruşturma iş ve işlemleri yapılabilir. Uygulanmasına pek rastlanmayan bu hükmü kullanan sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında yargılamaya katılmayacaktır. Soruşturma aşamasında savcılık makamının talebi ile koruma tedbirlerine başvuran hakimin kovuşturma aşamasında yargılamaya katılmasının önünü açan 11. maddenin hukuka uygun olduğunu savunmak mümkün değildir. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de 15.10.2002 tarihli Karakoç ve Diğerleri - Türkiye davasında,** "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, adigeçen hakimlerin başvurularının mahkumiyet kararlarına da imza attıklarını ve tutuklama kararının gerekçeleri ile 13 Nisan 1994 tarihli kararın gerekçeleri arasında herhangi bir fark bulunmadığını belirtmiştir. Halbuki hakimlerin görevi, suça ilişkin kuvvetli emarelerin bulunup bulunmadığının tespiti sırasında kendilerine sunulan delilleri değerlendirmektir. Bu konuda hakimlerin değerlendirmeleri ile davanın sonuçlandırılması arasında çok ince bir fark oluşmuştur. Ayrıca aynı Mahkeme Başkanı, 16 Kasım 1995 tarihli erteleme kararı ile de başvurularını mahkum etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yukarıda anılan unsurların, başvuruların ... Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığına dair endişelerini doğruladığı sonucuna varmıştır." gerekçesiyle Türkiye'nin mahkumiyetine karar vermiştir. Görüleceği üzere Mahkeme, soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hakimlerin kovuşturma aşaması ve karara katılmasının "hakimin tarafsızlığı" ilkesini güvence altına alan Sözleşmenin 6/1 maddesi hükmünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kanaatimizce, 5320 sayılı Kanunun "hakimin tarafsızlığı" ilkesini ihlal eden 11. maddesi yürürlükten kaldırılmalı ve CMK m. 23/2 tam manası ile uygulanmalıdır.

Avrupa Mahkemesi'nin 12.12.1991 tarihli Clooth - Belçika ve 26.01.1993 tarihli W. - İsviçre kararları).

Tüm bu tedbirlerin araç olarak değil de, amaç olarak kullanıldığına, hukuka aykırı yakalama, gözaltına alma ve tutuklamaların yaşandığına sıklıkla rastlamaktayız. Dürüst yargılanma hakkı, hukuk metinlerinde düzenlendiği şekilde işlememektedir. Bundan başka, muhakeme sürecinde dahi birçok aksaklığın devam ettiği görülmektedir. Örneğin, sanık ile avukatın duruşmada yan yana bulunmaması, iddia makamı olan savcının karar aşamasında dahi mahkeme heyeti ile birlikte kalması hatalı uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle, sanık ve müdafî-i tarafından savunma hakkının kullanmasının önüne geçilmekte veya savunma hakkı kısıtlanmakta ya da dürüst yargılanma hakkı ihlal edilmektedir.

Özellikle geniş görevli ağır ceza mahkemelerinin duruşma aralıklarının çok uzun olduğunu, beş aya varan duruşma ertelemelerinin yapıldığını görmekteyiz. Duruşmanın ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesi, ancak zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını sağlayacak şekilde duruşmaya istisna-i olarak ara verilmesinin mümkün olabileceğini emreden CMK m. 190/1'in hiç dikkate alınmadığını, tutuklama tedbirinin uygulandığı davalarda da bu kurala ve "makul sürede yargılanma hakkı"nın gözardı edildiğini görmekteyiz. Bu durum, tutuklama sürelerinin uzamasına ve hem de duruşmaları kısa aralıklarla veren, hatta bir dava ile ilgili haftanın birkaç günü duruşma yapan mahkemeler arasında farklı uygulamaların meydana gelmesine neden olmaktadır. Bir davanın kısa duruşma aralıklarıyla, diğer dava veya davaların yargılamalarının ise uzun duruşma aralıklarıyla yürütülmesi, eşitlik, masumiyet karinesi, dürüst yargılanma hakkı ve olağanüstü yargılama yasası ilkelerinin ihlaline sebebiyet vermektedir.

Bundan başka, savcılık makamı tarafından iddianamenin hazırlanıp mahkemeye verilmesi ile başlayan ve ilk duruşmaya kadar devam eden sürecin uzun olduğu, bazı hallerde bu sürenin (ilk duruşmanın yapılma zamanının) iş çokluğu ve duruşma günü yetersizliği gibi sebeplerle altı-yedi ayı bulabildiği, bu şekilde özellikle tutuklama tedbirinin uygulandığı uzun süren soruşturmalarda şüpheli ve sanık haklarında ciddi mağduriyetlere yol açıldığı, bitmeyen ve kesinleşmeyen davalar nedeniyle adalete karşı olması gereken güvende azalmalar olduğu, sanığın suçlu psikolojisine girdiği ve bu yolla masumiyet karinesinin ihlale uğradığı görülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 217/1'e göre, *"Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve buzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller, hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir"*. Bu hükme göre, duruşmadan evvel yargı makamının dosyayı okumaması ve delilleri incelememesi gerekir. Savcılık Makamı iddiasını destekleyen delilleri ortaya koyacak, bu deliller CMK m. 206 ve m. 216'ya göre duruşmada ortaya konulup tartışılacak ve mahkeme davayı, CMK m. 190/1'e göre ara verilmeksizin bir duruşmada ve zorunlu hallerde de davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak şekilde en fazla birkaç duruşmada bitirecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun emrettiği bu olmakla birlikte, uygulamada bunun başarılabilmesini söylemek nerede ise imkansızdır. Sanık sayısının çok olması, iddianame ve eki delillerinin yoğunluğu ve duruşma tutanağının mahkeme başkanı veya hakim tarafından yazdırılması haklı gerekçe olarak kabul edilemez. CMK m. 222'ye göre, duruşmanın nasıl yapıldığı, usul ve esaslara uygun olarak yapıp yapılmadığı ancak tutanakla ispat edilebilir. Tutanak çok önemlidir. Duruşmayı ve davanın bitirilme süresini ağırlaştıran, sözlü yargılamayı yazılı usule çeviren mahkeme başkanı veya hakim tarafından söylenenlerin sonradan özetle tutanağa geçirilmesi usulünden vazgeçilmelidir. Sözlü yargılamanın her şeyi ile kayıt altına alınmasını sağlayacak stenografi makinesi ile yazılma usulüne, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde olduğu gibi, duruşmalarda da geçilmesine, hem süratli yargılama ve hem de tutanağın ispat gücü bakımından büyük yarar bulunmaktadır⁸.

Eski adı son soruşturma ve yeni adı kovuşturma olan yargı safahatında gerçekleşen duruşmalar, "duruşmak" ve "yazışmak" için değil, sözlülük esasına bağlı CMK m. 201 ve 206'da düzenlenen şekilde tartışmak

8 Örneğin bazı ceza davalarında, hem kamera ile kayıt sistemi ve hem de sesli kayıt sistemi uygulaması yapılarak, duruşma tutanakları bir hafta sonra taşınabilir bellek ya da CD ortamında avukatlara verildiği halde, aynı usulün diğer ceza mahkemelerinde uygulanmadığı veya uygulanmadığı görülmektedir. Bu farklı uygulama, öncelikle eşitlik ilkesine aykırıdır. Esas olarak, sözlü yapılması gereken kovuşturma aşamasında, yani duruşmalarda tüm sözlerin kayda geçmesi gerekmektedir. Maalesef Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda dilekçe ile savunma yapmak ve sanık ile müdafinin savunmalarının mahkemece dinlenip, mahkeme başkanı veya hakim tarafından sonradan özet halinde tutanağa geçirilmesi usulü izlenmektedir. Buna karşılık savcılık makamının beyanları ise, tam olarak duruşma tutanağına kaydedilmekte, hatta bizzat savcı tarafından kaydedilmektedir. Bu eşitliğe aykırı uygulamada, dürüst yargılama hakkının ihlaline yol açmaktadır.

amacıyla yapılmalıdır. Duruşmada konuşulan ve olanlar ise, mümkünse sesli ve görüntülü kayıt altına alınmalıdır. Bu mümkün değilse, mahkeme başkanı ve hakimi tarafından konuşulanların özetinin zabıt katibine yazdırılması yerine, eş zamanlı olarak stenograf tarafından kayıt altına alınması usulü tercih edilmelidir. Bu tercih, rapor belge ve diğer yazıların duruşmada okunmasını düzenleyen CMK m. 214 ile duruşma tutanağının içeriğinde bulunması gereken unsurları sıralayan m. 221'e de uygun düşecektir.

I- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m. 153/2 ve Terörle Mücadele Kanunu'nun m. 10/d hükümlerinde düzenlenen, soruşturmanın şüpheliye ve müdafiiine karşı da gizli hale getirilmesinde beş ayrı sorun ortaya çıkmaktadır:

Öncelikle belirtmeliyiz ki, bir suçun işlendiği iddiasıyla başlatılan soruşturma; gizli, yazılı ve şüphelinin yokluğunda yapılır⁹. Ceza soruştur-

9 CMK m. 157'ye göre, "Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir". Görüleceği üzere, soruşturma ile ilgili kısıtlılık veya özel gizlilik adı ile bilinen ve bu çalışmamızın konusunu oluşturan karar olmasa da basit şüphe ile başlayan soruşturma aşaması zaten gizlidir. Bu sebeptendir ki, "Gizliliğin İhlali" başlıklı TCK m. 285/1'de suç tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre, "Soruşturmanın gizliliğini alenen iblal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğin iblali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz". Belirtmeliyiz ki, hakkında gizlilik kararı olmayan bir dosyaya konulan, fakat henüz infaz edilmeyen bir arama veya elkoyma kararının müdafii tarafından öğrenilip bir kopyası alınmak suretiyle müvekkili şüpheliye iletilmesinde elbette TCK m. 285/1'in ihlali, hem soruşturma dosyasının şüpheli ve müdafiiine karşı gizli olmaması ve hem de soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlal edilmemesi sebebiyle oluşmayacaktır. Ancak bu ihlal, CMK m. 153/2 veya Terörle Mücadele Kanunu m. 10/d gereğince alınan kısıtlılık kararı sonrasında gerçekleştiği takdirde, gizliliğin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi şartı da aranmaksızın TCK m. 285/1'in ikinci cümlesinde tanımlanan suç oluşacaktır.

5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Yargıyı Etkileme" başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrasında, hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimsenin para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

TCK m. 285/3'de, gizliliğin ihlali suçlarının basın ve yayın organları tarafından işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılacağı ifade edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7 numaralı Protokolünün 4. maddesinde, aynı suçtan dolayı iki kez yargılanma ve cezalandırılma yasağı olarak ifade edilen "ne bis in idem" prensibi kabul edildiğinden, bu prensibe "Fikri içtima" başlığı altında TCK m. 44'de ve CMK m. 223/7'de de yer verildiğinden, aynı hukuki yararı koruyan TCK

masının bu özellikleri, elbette savunma hakkını zedelememelidir. Kuvvetli ve hatta yeterli şüphenin varlığı aranmaksızın, yapılan bir ihbarla ortaya çıkan basit şüphe sonucunda başlatılan soruşturma çerçevesinde, şüphelinin kişilik hakları ile masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi ve delillerin karartılmasının önüne geçilmesi maksadıyla soruşturmanın gizli yürütülmesinde fayda bulunmaktadır. Görüleceği üzere soruşturmanın gizli yürütülmesi, bir taraftan delillerin karartılmasının önüne geçmekle birlikte, diğer taraftan da şüphelinin haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Ancak bu amaçlar yönünden izlenen gizlilik, şüphelinin savunma hakkının zedelenmesi şeklinde uygulanamaz; zira CMK m. 157’de de, savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizli olduğu belirtilmiştir.

CMK m. 153/2’ye göre, *“Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulb ceza bakımının kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir”*. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, *“Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile birlikte raporları ve adigeçenlerin hazırlanmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar bakımında ikinci fıkra hükümü uygulanmaz”*.

m. 285/1-3 ile Basın Kanunu m. 19/1’in birlikte uygulanması mümkün değildir. Korunan hukuki yarar ve suçun unsurları bakımından aynılık olduğu takdirde, TCK m. 285/1-3’ün tanımladığı cezanın uygulanacağını ifade etmek isteriz.

5187 sayılı Basın Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç ve cezanın, sadece bu Kanun kapsamında dava süjesi olanlara, yani sorumlu yazı işleri müdürü ya da onun yetkilendirdiği kişiye tatbik edilebileceği, basın mensubu olmayan kişiler tarafından soruşturmanın gizliliğinin alenen basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde ise TCK m. 285/1-3’ün uygulama alanı bulacağı görüşü ileri sürülse de, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını, öncelikle bu uygulamanın Anayasa m. 10 ile TCK m. 3’de düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olacağını, daha da önemlisi Basın Kanunu’nun 19. maddesinin TCK m. 44 ile m. 285/1-3’ün tatbikine engel teşkil etmeyeceğini belirtmek isteriz.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 8. ve 32. maddeleri incelendiğinde, 8. maddede yayın ilkelerine yer verildiği, 32. maddede ise bu ilkelere aykırı yayın yapılması halinde idari para cezasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu Kanunda yazılı olan idari ceza, TCK m. 285/1-3’ün yanında ve ayrıca uygulanacaktır. 6112 sayılı Kanunun 32. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Yükümlülük veya yasak iblatının suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer bakımında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir”.

153. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan istisna dışında, yürütülen bir soruşturmada cumhuriyet savcısı soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği kanaatine ulaşırsa, sulh ceza hakiminin kararıyla şüpheli müdafinin dosya içeriğini inceleme ve belgelerden örnek alma hakkı kısıtlanabilmektedir. Bu halde soruşturması gizlilik kararı ile yürütülen bir dosyada, ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılması aşamasında şüpheliye sadece soruları yöneltip, soru içeriklerini oluşturan dayanak deliller gösterilmediğinde savunma hakkı kısıtlanmış olacak, şüpheli, bilmediği ve görmediği aleyhine veya varsa lehine deliller hakkında değerlendirme yapamayacak ve gereği gibi savunma hakkını kullanamayacaktır. Esas olan, şüphelinin kendisi aleyhine ortaya konulan suçlamaları ve bu suçlamalara dayanak gösterilen delilleri, varsa bilgi ve belgeleri bilmesi, iddia ve delillere karşı şüphelinin savunma hakkını hiçbir baskı ve kısıtlamaya maruz kalmaksızın kullanabilmesidir.

Bu kısıtlama, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/d maddesi hükmünde, terör ve terör amacıyla işlenen suçlar bakımından daha geniş şekilde öngörülüp, bu hükümde CMK m. 153/3'de öngörülen istisnaya da yer verilmemiştir. 3713 sayılı Kanunun 10/d maddesi hükmüne göre, "*Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir*". Bu hüküm, soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriği incelemesi ve belgelerden örnek alması yetkisini tümü ile kısıtlamış, yakalanan, gözaltına alınan ve/veya tutuklamaya sevk edilen şüphelilere delillerin gösterilmesi bir tarafa, şüphelinin ifadesini içeren tutanak içeriğinin incelenmesi ve bundan örnek alınmasında dahi müdafii lehine bir istisna öngörülmemiştir. Böylece kanun koyucu, terör suçları ile terör amacıyla işlenen suçların özelliği gereği ve istisnai olarak, şüphelinin savunma hakkına geniş bir kısıtlama getirilmesini makul görmüştür.

Kısaca belirtmeliyiz ki, müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması talebi ve kararı tüm dosya ve içeriği üzerinde olmak zorunda değildir. Savcılık makamı, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olduğuna inandığı bir kısım belge ve delillerle ilgili müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasını talep edebileceği gibi, hakim de tüm dosya üzerinde inceleme yetkisinin kısıtlanması talebini tümü ile redde-

debilir veya bir kısım belge ve delillerle sınırlı olarak kabul edebilir. Savcılık makamının tüm dosya üzerinde olmayıp, dosyada mevcut bir kısım belge ve delillerle ilgili müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasını talep ettiği takdirde, bu talebi, soruşturma aşamasında savcılık makamının talebine bağlılık gereğince hakim kararı ile genişletilemez. Bu durumda savcılık makamının talebi dosyada mevcut bir kısım belge ve delillerle ilgili olduğu halde, hakim tarafından diğer belge ve deliller veya tüm dosya üzerinde müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması kararı verilemez. Örneğin, diğer şüphelilerin kimlik bilgileri, adresleri, telefon tapeleri (iletişim tespit tutanakları), tanıkların kimlikleri ve beyanları gizlenebilir. Ancak şüphelinin tutuklanması amacıyla hakime sevki ve tutuklanıp da tutukluluğuna itiraz etmesi aşamasında, dosyadaki bilgi ve belgelerin şüpheli ve müdafinin bilgi ve incelemesine sunulması gerekir. Bunun yegane istisnası, CMK m. 58/2 gereğince bazı tanıkların kimlik bilgilerinin gizliliğinin korunması olabilir.

Kısıtlılık veya özel gizlilik kararı olarak tanımlanabilecek CMK m. 153/2 ile Terörle Mücadele Kanunu'nun m. 10/d hükümleri keyfi ve alabildiğine geniş uygulanamaz. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek bilgi ve belgeler hakkında kısıtlama kararı verilebilmesi mümkündür. Ancak bu karar, tutuklamaya sevk edilen ve tutuklanıp da itiraz etmek için savunma hazırlayan şüpheli ve müdafinin dosya içeriğini ve delilleri inceleme hakkının önüne geçmemelidir.

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanması, yol açtığı sonuç itibarıyla savunma hakkının kullanımını daraltmaktadır. Bu sebeple, müdafinin dosya içeriğini incelemesi ve belgelerden örnek almasının soruşturmanın amacını ne şekilde tehlikeye düşürebileceği hususunun, gerek savcılık makamının talebinde ve gerekse hakim kararında fiili sebep ve gerekçeleri ile gösterilmesi gerekir. Bunun dışında, soyut olarak talep ve kararda sadece "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme ihtimaline binaen" ibaresi kullanılması, kesinlikle bir talep ve karar gerekçesi olmaz. "Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilme" kıstası, esasında son derece soyut ve savunma hakkının kısıtlanması anlamında tehlikeli bir ölçüttür. Bu ölçüt, yasal düzenlemelerle somut hale getirilmelidir. Bu değişiklik aşamasına kadar da, özel yetkili ağır ceza mahkemeleri kapsamında yürütülen soruşturmalar başta olmak üzere, soyut ölçütü mü-

dafiin dosya inceleme yetkisi kısıtlanmamalıdır. Zaten özellikle koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nun sorunu da gerekçe yetersizliğidir. Talep ve kararlarda, yasal düzenlemede bulunan hukuk metinlerine yer verildiğini, ancak somut olayın özelliklerini gösteren fiili nedenler ile bunları karşılayan hukuki gerekçelerin tartışılıp talep ve kararlara yazılmadığını görmekteyiz.

Bu kısa açıklamadan sonra konu ile ilgili iki soruna açıklık getirmek isteriz. Birincisi, CMK m. 250/1-c'nin de CMK m. 153 kapsamında olduğunu dikkate alarak, CMK m. 153/3'de öngörülen istisnanın terör suçları ile terör amacıyla işlenen suçlarda uygulanıp uygulanamayacağına tespiti gerekir. Kanaatimizce, 3713 sayılı Kanun özel bir kanun olduğundan, bu Kanunun kapsamına giren suçlarla ilgili m. 153/2, 3 yerine, 3713 sayılı Kanununun 10/d maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren soruşturmalarda müdafinin dosyayı inceleme yetkisi, CMK m. 153'e göre daha fazla kısıtlanabilecektir.

İkincisi ise, 3713 sayılı Kanunla getirilen müdafinin dosyayı inceleme yetkisini kısıtlamanın, bu Kanunda sayılan suçların özelliği gereği makul karşılanıp karşılanamayacağıdır. Terör; cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birisiyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir. Her ne kadar terör suçları için bu sert tanım yapılmış olsa da, bu tür bir suçu işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılan şüpheli ve sanıkların savunma hakkına sahip olamayacakları ve bu kişilere dürüst yargılanma hakkının tanınmayacağı söylenemez¹⁰.

¹⁰ Kanaatimizce, suç işlemek maksadıyla örgütlenme bağımsız bir suç sayılmakla birlikte (TCK m. 220 ve m. 314), suç örgütü kurmak, yönetmek veya üyesi olmaktan dolayı ceza sorumluluğunun başlayabilmesi için, iştirak iradesinin ötesine geçen bir hiyerarşik yapılanma ile örgütlenmenin, en azından işlemeyi amaçladıkları suçun elverişli vasıtalar kullanmak suretiyle icra

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 1982 Anayasası'nın güvencesi altında bulunan masumiyet/suçsuzluk karinesi, terör suçu şüphelileri ve sanıkları yönünden gözardı edilemez. Kaldı ki temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen Anayasanın 13. maddesine göre, *“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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Bu hüküm uyarınca, her ne sebeple olursa olsun soruşturma aşamasında şüphelinin savunma hakkını kullanmasının özünü zedeleyebilecek düzenleme ve uygulamalar Anayasaya aykırı olacaktır. Mevzuatımızda, soruşturmanın gizli olduğu, hatta istisnai bazı somut sebeplerle şüpheliye ve müdafisine dahi belge verilmeyebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunların hiçbirisi, tutuklanma riski ile karşı karşıya kalan, tutuklanıp da bu tedbire itiraz etmek isteyen kişinin, hakkındaki suçlamayı ve özellikle bu suçlamada dayanak alınan delilleri görme, inceleme, öğrenip savunma yapabilme ve itiraz edebilme hakkının önüne geçemez. Geçtiği takdirde, Anayasa m. 13'e aykırı olarak şüphelinin temel hakkının özü zedelenmiş olur. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesinin önüne geçilmesi, şüpheli ve avukatının soruşturma dos-

hareketlerine başlamaları, yani amaç suça teşebbüs etmiş olmaları aranmalıdır. Aksi bir durumda, kişilerin sadece niyetleri cezalandırılmış olacaktır. Suç örgütü kurulmuş, fakat amaç suçla ilgili herhangi bir icra hareketi yapılmadığı halde failin ceza sorumluluğunun başladığı kabul edildiğinde, kişi hak ve hürriyetlerine müdahale imkanı çok genişler. Türk Ceza Hukuku'nun amaç ve fonksiyonu aşarak, düşünce açıklama ve paylaşma hürriyetine keyfi müdahaleler yapılabilir. Bu nedenle, ya suç örgütlenmesi fiili bağımsız bir suç olmaktan çıkılarak özel suç tiplerinin ağırlaştırıcı sebebi sayılmalı veya bağımsız bir suç sayılacak ise, ya amaç suç en azından teşebbüs aşamasında kalmalı veya suç örgütlenmesi fiili ile ilgili kesin ve somut ölçütler tespit edilmelidir. Kanundaki tanımdan hareketle birkaç kişinin birleşmesi suç örgütü kapsamına alınıp, soruşturma ve kovuşturma yapılabilen, bu sırada da özel koruma tedbirlerine başvurulabilmektedir. Zarar suçlarının önüne geçilebilmesi maksadıyla elbette tehlike suçları için ceza sorumluluğu kabul edilmeli, ancak bunda da aşırı davranılmaması gerekir. Bağımsız bir suç tipi olarak suç örgütlenmesi fiili, hem unsurları ve hem de izlenen ceza yargılaması prosedürü açısından son derece ilginç, kişi hak ve hürriyetlerini kısıtlayıcı ve otoriter uygulamalarla sorunlu olabilmektedir. Suç örgütünün ne olduğu, kimin kurucu, kimin yönetici olduğu ve üyelerinin kimlerden oluştuğu, bu noktada somut ölçütün ne olduğu, amaç suçun işlenip işlenmediği, en azından amaç suça teşebbüs edilip edilmediği, iştirak halinde suç işlem iradesinin aşıp aşılmadığı sorularının tartışılıp çözüme kavuşturulması zor ve önemlidir. Bu soruların cevaplandırılması sırasında uygulanan koruma tedbirleri, uygulanma sıklık ve süreleri, kişi hak ve hürriyetlerine ciddi sınırlamalar getirebilmekte ve zararlar verebilmektedir.

yasındaki delilleri öğrenmek suretiyle gerçeğin saptırılması veya gizlenmesi gibi nedenler hiçbir şekilde tutuklamaya sevk edilen veya tutuklanan kişinin hürriyet ve güvenliğinden daha önemli kabul edilemez.

Özel gizlilik, yani kısıtlama kararı verilen soruşturmalarda, en azından gözaltına alınma, tutuklamaya sevk ve tutuklama sonrası yapılacak itirazların dayanak ve delilleri şüpheli ve müdafisine talebe rağmen gösterilmediği takdirde savunma makamına tavsiye edilecek en iyi yol CMK m. 147/1-e'de düzenlenen şüphelinin susma hakkını kullanmasıdır. Çünkü susmak da bir savunma türü olarak kabul edilmiştir ve suçlanan kişinin hiçbir konuda üzerine ispat külfeti yüklenemez. Daha da önemlisi şüpheli ve müdafinin, görmediği, inceleyemediği ve okuyamadığı delillere karşı ve sadece soruşturma makamının soruları ile sınırlı dürüst yargılanma hakkının kapsamına uygun savunma hakkını kullanabildiğinden bahsetmek ciddiyyetten uzak olacaktır. Neye karşı savunma yaptığını ve yapacağını bilmeden sorulara cevap vermek, Anayasa m. 36/1'de düzenlenen hak arama hürriyeti ve ayrılmaz parçası olan savunma hakkı ile bağdaştırılamaz. Kaldı ki CMK m. 147/1-f'de şüpheli ve sanığın hakları arasında, *“Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüpheli nedenlerini kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm net olarak, CMK m. 153/2 ve Terörle Mücadele Kanunu m. 10/d'de düzenlenen hükümlerin üstünde ve öncesinde yer almaktadır. Soruşturma aşamasında gözaltına alınan, tutuklamaya sevk edilen ve tutuklanan şüphelinin, kendisi aleyhine var olan şüpheli destekleyen delilleri görüp incelemeyen, şüpheli nedenlerinin ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağını kullanabilmesi imkansızdır.

Gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5 ve 6. maddelerinde ve gerekse 1982 Anayasası'nın 19., 36. ve 38. maddelerinde, terör suçu şüpheli ve sanıklarının haklarının, bu çerçevede bu kişilerin müdafilerinin yetkilerinin daha fazla kısıtlanabileceğine dair istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 36. maddesine göre, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir*

mabkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”. Görüleceği üzere 36. maddede, hak arama hürriyeti ile savunma hakkının kısıtlanabilmesine imkan verebilecek, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen şekilde özel bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. 13. madde çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin kısa açıklamaya aşağıda yer verilmiştir. Aynı şekilde Anayasanın 19. ve 38. maddelerinde de, savunma hakkının özel birtakım sebeplerle sınırlanabilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Oysa 13. maddeye göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Böylece, bir temel hak ve hürriyet olan savunma hakkının kısıtlanabilmesinde kanunun varlığı yeterli olmayıp, kanunun dayanağı olan Anayasa'nın ilgili maddelerinde gösterilen özel sebeplere ihtiyaç vardır. Savunma hakkını kısıtlamaya yönelik soruşturma aşamasındaki gizlilik kararı, her ne kadar kanun hükümlerine dayansa da, ön şart olarak aranan Anayasa dayanağına sahip değildir. Bu nedenle, savunma hakkını kısıtlamaya yol açan CMK m. 153/2 ile Terörle Mücadele Kanunu m. 10/d hükümlerinin Anayasa'nın 2, 13, 19, 36 ve 38. maddelerine aykırı olduğunu, suçlanan ve özellikle tutuklamaya sevk edilen veya tutuklanan kişilerin savunma haklarının kısıtlanması sebebiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5 ve 6. maddeleri ile dürüst yargılanma hakkını da ihlal ettiğini belirtmek isteriz.

Savunma hakkının kutsallığı ve masumiyet/suçsuzluk karinesi altında suçlanan kişiye karşı dürüst davranılması gereği karşısında, suçlanan ve özellikle tutuklanma tehlikesi ile karşı karşıya kalan şüpheli ile müdafinin, suçlamaları ve bu suçlamaların dayanağını oluşturduğu ileri sürülen delilleri görememeleri ve inceleyememeleri kabul edilemez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5 ve 6. maddeleri incelendiğinde, terör suçu faillerinin daha baştan suçlu olarak kabul edileceklerine veya bu kişiler ile avukatlarının suçlamanın dayanağını oluşturduğu iddia edilen bilgi ve belgeleri göremeyeceklerine dair bir istisna bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bir an için olsa bile böyle bir istisnanın savunulabilmesi de hukuka aykırıdır.

Kendisine ve müdafine dosya içeriği incelettirilmeyen ve belgelerden örnek verilemeyen şüphelinin susma hakkına sahip olduğunu ve

şüpheliye bu hakkını kullanmasını söylemek, ciddiyetten uzak olacağı gibi, savunma hakkının kısıtlanmasını da engellemeyecektir. Susma hakkını kullanmak, savunma hakkının aktif kullanılması ve isnatlara eylemli cevap verilmesi anlamına gelmez, çünkü şüphelinin suçlama ile dayanaklarını öğrenip görüp, aktif savunma yapabilme hakkı kısıtlanmamalıdır. Suçlamalara ilişkin dayanakları göremeyen şüpheliye susma hakkını kullanması tavsiye edildiğinde şüpheli, “bu suçu işledim, bu nedenle konuşmadığımı zannedecekler” korkusuna kapılıp, dayanağını bilmediği suçlamalar hakkında savunma yapmak zorunda bırakılabilecektir. Bu noktada savunma hakkını zedeleyen masumiyet karinesi ile dürüst yargılanma hakkını ihlal eden baskının varlığı gündeme gelecektir. Bu baskı, aşağıda kısaca izah edeceğimiz koruma tedbirlerinde daha fazla kendisini hissettirecektir.

Gerek ifade ile sorgu sırasında ve gerekse koruma tedbirlerinin uygulanmasında, dayanak oluşturduğu ileri sürülen delillerin savunma makamı ile paylaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Tutuklama kararının verildiği dosyalarda tüm gizliliğin devam etmesi ve tedbire itiraz bakımından dayanak delillerin gösterilmemesi de ciddi bir sorundur. Gözaltı ve tutuklamaya sevk aşamalarında dayanak delilleri, örneğin telefon konuşma kayıtlarını veya silahı ya da aleyhine verilen ifadeyi görmeyen şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. Bu şekilde yanıtılan ve tereddüde düşürülen şüpheliden sağlıklı beyan alındığı da söylenemez.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 30.03.1989 tarihli **Lamy-Belçika kararıyla** başlayan içtihatlar zincirinde şu şekilde bir yol çizmiştir; tutuklama kararının, savunma makamı tarafından incelenebilecek delillere dayandırılması şarttır. Soruşturmanın güvenliği gerekçesiyle savunma makamı tarafından incelenip görüş bildirilmesine izin verilmeyen deliller, bir tutuklama kararı için dayanak teşkil edemeyecektir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin soruşturmanın gizliliği kararlarına izin veren, fakat bir koruma tedbiri olan tutuklamanın dayanağını oluşturacak delillerin gizliliğini kabul etmeyen bu görüşünü diğer koruma tedbiri kararları için de uygulamak gerekir. Örneğin, arama ve telefon dinleme kararlarına karşı yapılan itirazların karara bağlanması, ancak bu kararlara dayanak oluşturan delillerin savunma makamının bilgisine sunulma-

sı ile mümkündür. Bu sebeptir ki, gizlilik kararına konu olan soruşturma dosyalarının yanında, bir de kural olarak koruma tedbiri kararlarına ilişkin dosyalar tutulmalı ve bu dosyadaki dayanak deliller şüpheli ile müdafii tarafından görülebilmeli, şüpheli hakkında isnad edilen suçlamaları ve bu suçlamalara esas alınan delilleri bilmelidir. Müdafinin şüphelinin tutukluluğunun hukuka uygunluğunu değerlendirebilme ve tutukluluğa ya da tutukluluğun devamı kararına dayanak gösterilen delillere ulaşma imkanının elinden alınması silahların eşitliği prensibine de aykırılık teşkil etmektedir.

Şüpheliye, gözaltına alındıktan sonra da bununla ilgili bilgi verilmeli ve gözaltına alınan dayanağı olan deliller gösterilmelidir. Özellikle kişinin tutuklamaya sevk edilmesi durumunda, şüpheliyi sadece suçlama ile ilgili bilgilendirmek yeterli olmayacaktır. Tutuklama istemine konu suça ilişkin olarak delillerin de şüpheliye gösterilmesi ve tutuklama kararında bu delillerin tartışılması gerekir. Örneğin, olay yerinde bulunan parmak izi veya saç teline ilişkin olarak düzenlenen rapor şüpheliye gösterilmeksizin, gözaltına alınan şüphelinin tutuklamaya sevk edilmesi hatalı olacaktır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinde, Sözleşme'nin 5/1-c bendine göre yakalanan veya gözaltına alınan kişiye, yakalanması veya gözaltına alınması ile ilgili nedenlerin bildirilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme, yetkili adli merciler karşısına çıkarılmak amacıyla yakalanan veya gözaltına alınan kişiye, buna dayanak olan delillerin gösterilmesini de kapsamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5/1'e göre kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanması durumunda, taraf devletlerin iç hukukuna tam olarak riayet edilmesi zorunludur. İç hukukta yer alan kural ve uygulamalardan farklı olarak keyfi işlemler yapmak da Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğuracaktır. Örneğin, yakalanan veya gözaltına alınan bir kimsenin, gerekli önlemler alındıktan sonra müdafii ile görüştürülmesi durumunda, iç hukuka riayet edilmediğinden bahisle Sözleşme'nin 5/1. maddesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Sabah saat 07:00'da gözaltına alınan şüphelinin, "sahada operasyon devam ediyor" veya "henüz tam olarak hazırlanamadık" gibi gerekçelerle saat 15:00'a kadar müdafii ile görüştürmemek ve bu durumu tutanakta usule uygun göstermek hile teşkil edecek, kişi özgürlüğü ve güvenliği

ği hakkı ile dürüst yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Çok sayıda şüphelinin bulunduğu soruşturmalarda, gözaltına alınanlar ile avukatlarının görüşmelerinin yer azlığı gerekçe gösterilerek, bu görüşmelerin sıraya bağlanması veya diğer avukatların beklemeleri gerekçe gösterilerek, bu görüşmelerin kısa tutulması kabul edilemez.

Şüpheli sayısı çok fazla olan soruşturmalarda, delillerin şüpheli veya müdafii tarafından incelenmesinde veya müdafii ile şüphelinin görüşmesinde zorluklar olabilir. Bu gibi durumlarda savcılık ve kolluk bazı sorunlarla karşı karşıya kalsa da, bu durum savunma hakkının kısıtlanmasını haklı kılmaz. Soruşturma makamı, yapılan soruşturmanın zorluklarına katlanmalı, şüpheli sayısındaki çokluk hiçbir şekilde şüpheli veya müdafinin aleyhine sonuç doğurmamalıdır.

İHAS m. 5, Anayasa m. 19 ve CMK m. 149/3 uyarınca şüpheli veya sanık ile müdafii, kimsenin duymayacağı şekilde ve dilediği zaman görüşme hakkına sahiptir ve bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda buna yönelik yegane kısıtlama, m. 149/2'de soruşturmada ifade alma sırasında şüpheliye en fazla üç avukatın refakat edebilmesi olarak düzenlenmiştir. Bunun dışında şüpheli, her zaman dilediği sayıda ve sürede avukatla görüşme hakkına sahiptir. Çünkü maddede yer alan kısıtlama, bir mahrumiyet niteliğinde olmayıp, şüpheli ile müdafinin görüşme sayısı ve süresinde bir kısıtlama öngörmemektedir.

Soruşturma aşamasında şüphelinin avukat ile görüşme sayısında, hem avukat sayısı ve hem de aynı avukatla görüşme bakımından sınırlama bulunmamaktadır. Her ne kadar şüpheli hakları açısından görüşme yapılacak avukat sayısına sınırlama konulmasının isabetli olmayacağı düşünülse de, çok sayıda avukatın şüpheli ile yapacağı görüşmeler, soruşturmanın süratle yürütülmesi ve şüpheli haklarının korunması açısından bazı sorunlara yol açabilir. Çok sayıda şüphelinin gözaltına alındığı soruşturmalarda her şüphelinin avukatla görüşme sayısı, ifade alma sırasında olduğu gibi üç avukatla sınırlandırılmasında savunma hakkı yönünden bir isabetsizlik doğmayacaktır. Bu sayı, şüphelinin talebi veya zaruret bulunması halinde aşılabılır. Soruşturma sırasında şüphelinin kaç avukatla görüşebileceği hususuna getirilen sayı sınırlaması, bu avukatlarla yapılacak görüşmelerin süre ve sayısına yansımamalıdır.

Terörle Mücadele Kanunu m. 10/1-b'de ise, şüphelinin gözaltı süresince yalnızca bir avukatın hukuki yardımından faydalanabileceği ifade edilmiştir. Bu kısıtlılık, hem görüşme ve hem de ifadede hazır bulunmayı kapsamaktadır. Hatta bu hak, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla yirmidört saat kısıtlanabilmektedir. Kanun, kısıtlama süresince ifade alınamayacağını düzenlemiş ve bu şekilde savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Kolluk kuvvetleri, yakalama, gözaltına alma, arama ve elkoyma gibi tedbirleri uyguladığı sırada şüpheli veya sanığa tüm haklarını bildirmeli, bu hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamalı, haklarını kullanmak isteyen kişilere karşı keyfi veya kötü niyetli olarak davranışlarda bulunulmamalıdır. Örneğin kolluk, hazırlanan tutanağı imzalamak istemeyen şüpheliye, “o zaman nezarete atarız” şeklinde zorlama çıkarılmalarının, yine bir avukatla görüşmek isteyen şüpheliye, “fezlekeyi farklı hazırlarız” veya “bir süre daha nezarete kalırsın” ya da “ailene haber veririz” gibi sözler söylemez. Bu tür ifadeler suç olup, kamu kudreti kullanıcısı olan kolluk tarafından söylendiği iddia edildiğinde, gerçeğin karanlıkta bırakılmayıp ortaya çıkarılması gerekir. Ancak belirtmeliyiz ki, bu tip sorunlar genellikle karanlıkta kalmakta ve bireylerin söylemekten kaçınmaktadır. Bu kaçınmanın sebebini, ya birey başına bir şey geleceğinden bahisle korkması ya da ispatlanacağına olan inancındaki zayıflık teşkil etmektedir.

CMK m. 147/1-e'de düzenlenen susma hakkını kullanmak isteyen şüpheliye önyargılı davranılması ve suçu işlemiş gibi muamele yapılması hatalıdır. Şüpheli ve sanık susma hakkını kullandığında savunma hakkını kullandığının bilincinde olmalı ve buna inanmalıdır. Yüklenen suç hakkında şüpheli ve sanığın açıklamada bulunmaması, savunma hakkının kullanımı olarak kabul edilmelidir.

Kısıtlılık kararı ile yürütülen soruşturmalarda, suçlamanın dayanağı olarak gösterilen delillerin şüpheli ve müdafisine gösterilmemesi durumunda, müvekkiline susma hakkını kullandırmak isteyen müdafinin, bundan endişe duymaması gerekir. Ayrıca kolluk da, susma hakkının kullanılmasını engelleyecek beyanlardan kaçınmalıdır. Örneğin, “susma hakkını kullanmazsan senin için iyi olur”, “bizi uğraştırma” ya da “susma hakkını kullanırsan tutuklanabilirsin” türünden şüpheliyi rahatsız

edecek ve avukatı zor durumda bırakacak açıklamalardan uzak durulması gerekir. Bu tür açıklamalar, “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlıklı CMK m. 148’e aykırı olup, bu yolla elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecek, bunun yanında TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun işlediği iddiasını da gündeme taşıyacaktır.

Kolluğun bu yöndeki beyanları üzerine kişi hakkında tutuklama kararı verilmesi durumunda, susma hakkının kullanılması yönünde görüş bildiren avukat da ister istemez zor durumda kalacaktır. Yine bu şekilde beyanlar, avukatın tutuklanma ihtimalinin kuvvetli olduğunu düşünmesine ve susma hakkının kullanılmasından vazgeçmesine sebep olabilir. Bu tür hukuk aykırı beyanlar olmasa dahi, savunma hakkının “susma” şeklinde kullanılmasına karar veren şüpheli ve müdafii kendisini baskı altında hissedebilir. Savunma hakkı ister susarak, isterse beyanda bulunularak kullanılmış olsun, şüpheli veya müdafii meydana gelecek neticeye katlanmak zorunda olduğu bilinci baskı oluşturabilir. Esas itibarıyla bu durum olağan bir psikolojik sonuç olup, hukuka aykırılıkla da ilgisi bulunmamaktadır.

Şüpheli ve sanık haklarının korunmasında etkin bir takip sistemi getirilmelidir. Kolluğa; mutlaka şüpheli ve sanık hakları konusunda eğitim verilmeli, bu hakların herkes için ne kadar önemli olduğu, herkese lazım olacağı ve hukukun devletinde vazgeçilemeyeceği izah edilmelidir. Özellikle avukatlar bu hakların kullanılmasında aksaklıklar olup olmadığını sıkı şekilde takip etmeli, olumsuz uygulamalarda çekinmeden tepkisini ortaya koyabilmelidir. Avukatlar, “itiraz edersek işimizi zorlaştırırlar” endişesi taşıyabilirler. Bu tür bir endişe sonucunda hukuka aykırılıkları göz ardı etmek, hukuk devleti yönünden ciddi sorunlara yol açacak, özde hukuka aykırılıkların şeklen hukuka uygun gösterilmesi sorunu ile sıklıkla karşılaşılmasına sebep olacaktır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 13.02.2001 tarihli **Lietzow-Almanya** kararında, şüphelilerin delilleri karartma ihtimalinin önüne geçmek ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek maksadıyla toplanan delillerin şüpheli ve müdafinden gizli tutulmasının, savunma hakkının önemli ölçüde kısıtlanması suretiyle gerçekleştirilemeyeceği, bu nedenle tutuklama tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirebilmek için önemli bilgi ve belgelere şüphelinin ve müdafinin ulaşmasının sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi aynı tarihte (13.02.2001) Almanya'ya karşı Garcia Alva ve Schöps davalarında da, savunma makamından savunma hakkını engelleyecek mahiyette bilgi ve belgelerin gizlenmesinin Sözleşme'nin ihlali sonucuna yol açacağını benimsemiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "Özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5/4. maddesi hükmüne göre, *"Yakalanıp gözaltına alınma veya tutuklanma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, alıkonulmasının hukuka uygunluğu hususunda süratli bir şekilde karar verecek ve bu alıkonulmanın hukuka aykırı olması durumunda serbest bırakılmasına karar verecek olan bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olacaktır"*. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ceza soruşturması sırasında savunma makamından bilgi ve belge gizlenmesinin Sözleşmenin m. 5/4 hükmünü ihlal edeceği sonucuna varmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, soruşturmanın güvenliği gerekçesiyle gizliliğin mümkün olacağı belirtilmekle birlikte, bu gizliliğin tutuklama kararına dayanak gösterilen delillerin savunma makamı tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi hususlarında kabul edilebilir olamayacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, yalnızca tutuklama tedbirine dayanak oluşturan delillerin değil, başvuru diğer koruma tedbirlerine dayanak gösterilen delillerin de şüpheli ve müdafinin bilgisine sunulması gerekmektedir. Aksi bir düşünce, savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecek ve müdafinin iddialara dayanak teşkil eden delilleri inceleme ve değerlendirme yetkisi elinden alınmış olacaktır.

Örneğin, bir soruşturma sırasında delil olarak dosyaya konulan tabanca, mermi, fotoğraf, telefon dinleme kaydı, kıyafet, kitap, not defteri, yani akla gerebilecek her türlü delil ve emare, savcılık makamı tarafından tutuklamaya sevk edilme aşamasında olan, sonrasında da tutuklama talebi ile hakime sevk edilen ve tutuklandıktan sonra tutuklama kararına itiraz etmek isteyen şüpheli ve avukatına gösterilmeli, incelenmeli ve okutulmalıdır.

Savunma tarafından saklanarak, şüpheli ve müdafine gösterilmeksizin ve incelenilmeksizin, "mevcut delil durumuna göre" ibaresi ile şüphelinin tutuklamaya sevk ve tutuklanması, elbette İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 5/4 ile CMK m. 101, m. 147/1- f

ve m. 160/2'ye aykırı olacaktır. Şüphelinin savunma hakkını kısıtlayan bu tür uygulamalara son verilmesi, şüpheli ve müdafinin dosya inceleme yetkisini kısıtlayan CMK m. 153/2 ile Terörle Mücadele Kanunu m. 10/d hükümlerinin savunma hakkının özünü zedeleyecek şekilde uygulanmaması gerekir. Aksi halde, dürüst yargılanma hakkı ve ayrılmaz parçası olan savunma hakkı ihlale uğrayacaktır.

Soruşturmanın gizliliği ve hatta hakim tarafından tüm dosya için veya dosyada bulunan bir kısım delil ve emareler yönünden verilen kısıtlama kararı karşısında, dosyadaki gizli bilgi ve belgelerin basın yayın organları ve üçüncü kişilerle paylaşılması, yayını ve yayımı, gizli bilgi ve belgeler üzerinden yapılan tartışmalar ne derece hukuka aykırı ise, suçlamayı, suçlama ile ilgili hukuki ve fiili nedenleri öğrenip savunma yapacak olan şüpheli ve avukatından delillerin gizlenmemesi, gösterilip okutulması da o derece hukuka uygundur. Çünkü ceza soruşturması aşamasında, düşünce açıklama hürriyeti ile bu hürriyetin bir yansıması olan basın hürriyetinin önüne geçen, ancak savunma hakkının da gözardı edilemeyeceği gerçeğe ve adalete ulaşmak ihtiyacı vardır. Bu ihtiyaç, elbette toplumu, mağduru ve de en önemlisi şüpheli ve sanığı gözetmek suretiyle karşılanmalıdır.

Şüpheli ve sanığın hakları karşısında, halkın gerçeği öğrenme, bilgilendirme ve basın hürriyetinin bir gereği olan araştırmacı gazetecilik kapsamında elde edilen bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması koruma göremeyecektir. Hukukun evrensel ilke ve esasları çerçevesinde soruşturmanın yürütülüp yürütülmediğini tartışmak ile gizli yürütülmesi gereken soruşturma dosyasına giren somut bilgi, belge ve delillerin değerini, etki ve sonuçlarını tartışmak arasında bir paralellik bulunmaktadır. Delilin elde edilme yol ve yönteminin hukuka uygunluğunu soruşturmanın gizliliğini ihlal etmeden tartışmayı, elde edilen veya elde edilecek bir delilin şüpheli bakımından hukuki nitelik ve değeri ile ispat gücünü değerlendirip yorum yapmayı aynı kapsamda görmek isabetli olmayacaktır.

Ayrıca:

- Eski adıyla gıyabi tevkif yeni adıyla tutuklama amaçlı yakalama olarak bilinen tedbirde, kısıtlılık olduğu iddiasıyla soruşturma aşamasında avukata dayanak delillerin gösterilmemesi yine savunma hakkını kısıtlayacaktır.

- Soruşturma gizli olduğu halde (CMK m. 153/2 olmasa bile), birçok delilin basın-yayın organları aracılığıyla kamuoyuna yansıtıldığını ve tartışıldığını görmekteyiz. Şüpheli ve müdafinin elde edemediği bilgi ve delillerin üçüncü kişiler ve özellikle basın-yayın organları tarafından elde edilip kullanılması gerçeği karşısında, dürüst yargılanma hakkı içinde yer alan masumiyet/suçsuzluk karinesinin ve savunma hakkının zedelendiği gerçeği gözardı edilmemelidir.

Masumiyet karinesinin ve dürüst yargılanma hakkının bir başka açıdan ihlali ise, soruşturma aşamasında delil toplanırken meydana gelmektedir. CMK m. 160/2 uyarınca cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve dürüst bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrinde adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Bu açık hükme rağmen uygulamada, cumhuriyet savcılarının sadece şüphelinin aleyhine olan delilleri topladığı görülebilmektedir. Bu durum, zaten gizlilik kararı sebebiyle ulaşılmadığı delillerden rahatsız olan şüpheliyi, sadece aleyhine delillerin toplandığı düşüncesinin de eklenmesi ile çaresiz bırakmakta ve adalete duyulan güvenin sarsılmaktadır.

Soruşturmaların gizli yürütülmesi gerektiği bir gerçektir. Ancak savunma makamına karşı ve özellikle tutukluluk tedbirinin uygulandığı hallerde verilen gizlilik kararları savunma hakkını kısıtlamakta, şüphelinin de “suçlu” muamelesi görmesine yol açmaktadır. En azından suçlamanın temelini teşkil eden ve karartılma ihtimali ortadan kalkan, özellikle ifade ve sorgularda geçen delil ve bilgilerin basın ve yayın organları yerine, suçlanan şüpheliye ve onun müdafisine gösterilmesi, bunların birer kopyalarının verilmesi veya en azından okutulması yolu tercih edilmelidir. Aksi halde, şüpheliden bilmediği ve görmediği bir delil hakkında beyanda bulunmasını beklemek gündeme gelecektir ki, bu husus akla ve mantığa aykırı olduğu gibi, hukuk devletinde de kabul görmemelidir.

Hukuk devletinde, bireyin hak ve hürriyetlerine müdahale istisna olup, varsa istisnaların da mutlaka 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde gösterilen genel şartlara uygun şekilde ve yasa maddeleri ile ortaya konulması gerekir. **1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre,** “*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 laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". Görüleceği üzere madde, bir hak ve hürriyete ilişkin sınırlama getirilebilmesinde öncelikle o hak ve hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde özel bir sınırlama sebebinin varlığını aramaktadır. Bu olmadığı takdirde, temel hak ve hürriyetin kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün değildir.

- Hakkında koruma tedbiri tatbik edilen şüphelinin, gerek tatbik edilen koruma tedbirinin şartları ve dayanakları hakkında beyanda bulunabilmesi ve gerekse bu tedbire karşı itiraz kanun yoluna başvurabilmesi için, hakkındaki iddiaları ve bu iddialara dayanak teşkil eden delilleri duraksamaksızın ve aldatılmaksızın bilmesi ve görmesi gerekir. **Aksi halde, Anayasa m. 36 ile güvence altına alınan kişilerin hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır.** 1982 Anayasası m. 36/1 hükmüne göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*". Aksine bir düşüncenin kabulü, deyim yerinde ise karanlığa kurşun atmak olacaktır. **Çünkü şüpheli, dayanağını bilmediği, delillerini görmediği bir suç ithamından ve bu sebeple hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinden dolayı sağlıklı ifade verme ve savunma yapabilme imkanına sahip olamayacaktır.**

Hem şüpheli ve sanığın ve hem de mağdurun haklarının korunması için uygulamaya geçirilmesi gereken bazı hususlar vardır:

- Lehe ve aleyhe olan delilleri hukuka uygun yol ve yöntemlerle toplayıp değerlendirebilecek, bu çerçevede şüpheli ve tanık ifadelerini alabilecek, savcılık makamına bağlı adli kolluk teşkilatı kurulmalıdır. Aynı şekilde, ülkemizde delilleri değerlendirme konusunda en önemli müessese olarak kabul edilen Adli Tıp Kurumu da geliştirilip yaygınlaştırılmalıdır. Adli Tıp Kurumu'nun gerçek anlamda özerkliğe kavuşturulması gereği de tartışmalıdır (CMK m. 160/2).

- Hakim, iddia ve savunmayı gerektiği gibi değerlendirebilecek, delilleri inceleyip sonuca varabilecek zaman, mekan ve imkana sahip olmalıdır.
- Hakimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayıp koruyacak kural ve uygulamalar olmalı, bunlar taviz verilmeksizin hayata geçirilmelidir. Çünkü hakim; bağımsız, tarafsız, dürüst, eşit davranan, hukukun evrensel ilke ve esasları ile bağlı, maddi vakialara ve hukuk kurallarına dayalı gerekçeli karar vermesi gereken yargı mensubudur.

II- CMK m. 250 Karşısında Şüpheli Haklarının Korunması

“Soruşturma” başlıklı CMK m. 251/1’in birinci cümlesine göre, “250. madde kapsamına giren suçlardaki soruşturma, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen cumhuriyet savcılarınınca bizzat yapılır”. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre, “Soruşturmanın gerekli olduğu hallerde, suç mahallii ile delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılabilir. Suç, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer dışında işlenmiş ise cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer cumhuriyet savcısından soruşturmanın

11 Madde 250 - (1) Türk Ceza Kanununda yer alan;

- a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,
- b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar;
- c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332’nci Maddeler hariç),
Dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.
- (2) Gelen iş durumu gözönünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bu halde, mahkemeler numaralandırılır. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.
- (3) Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yarglanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim halinde askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.
- (4) Çocuklar; bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz.

yapılmasını isteyebilir”. Aynı maddenin altıncı fıkrasına göre ise, “250. madde kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı, ağır ceza mahkemesi veya başkasının, cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olan hakim emirleri ile belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur”.

Görüldüğü üzere, CMK m. 250 kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturmaları ve soruşturmalar sırasındaki tüm iş ve işlemleri bizzat özel görevli ve yetkili cumhuriyet savcıları yerine getirecek, hatta bu kapsamda bütün delillerin toplanma ve koruma tedbirlerinin infazı aşamalarında cumhuriyet savcıları fiilen bulunacaklardır. 251. maddenin altıncı fıkrasına göre¹², adli kolluk kuvvetinin hiçbir şekilde şüphelinin, sanığın veya tanığın ifadesini alabilme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki, soruşturma aşamasında sadece savcılık makamına bırakılmış olup, tüm ifadelerin bizzat cumhuriyet savcıları tarafından alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, 250. madde kapsamına girmeyen suçların soruşturması baki-

12 CMK m. 251/6, “İfade veya sorgu için çağrı” başlıklı CMK m. 145 ve “Zorla getirme” başlıklı CMK m. 146’nın istisnai bir uygulaması, bir başka ifadeyle CMK m. 250 kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturmalarda davet usulünün tatbik edilmesinin zorunlu olmaması biçimi olarak görmek, bu maddenin anlamını daraltmak olacaktır. Madde, CMK m. 250 kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturmalarda, savcılık makamına, mahkemeye ve hakime davet usulüne başvurmaksızın, doğrudan doğruya verilecek emirle şüpheli, sanık ve tanık ile diğer kişilerin hazır bulundurulmasını isteme yetkisini tanımış gözükmektedir. Hatta 146. maddede, savcılık makamının doğrudan doğruya zorla getirme yapabilmesinin önündeki engeli kaldırmak için, 5560 sayılı Kanunun 20. maddesi ile değişiklik yapılmış ve maddenin beşinci fıkrasında “zorla getirmeyi isteyen cumhuriyet savcısı” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu şekilde hakim kararına ihtiyacı olmaksızın cumhuriyet savcılarının da doğrudan doğruya zorla getirme yapabileceği, bu konu ile ilgili uygulamada doğabilecek tereddütlerin önüne geçilmesi ve meselenin açıklığa kavuşturulması amaçlanmış, bu hususa değişiklik gerekçesinde de yer verilmiştir. Ancak değişikliğin başarılı olmadığını, istenilen maksada hizmet etmediğini, 146. maddenin metninde cumhuriyet savcıları tarafından doğrudan doğruya zorla getirme emri veya kararı verilebileceğine dair bir açıklığın olmadığını, 1982 Anayasası’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir” hükmü yer almasına rağmen, 146. maddede cumhuriyet savcılarının doğrudan doğruya zorla getirme yapabileceğini gösteren bir düzenleme olmadığından, zorla getirme kararının hakim veya mahkeme tarafından verilebileceğini ve savcılık makamının da mevcut düzenleme karşısında bu konuda sadece talepte bulunabileceğini belirtmek isteriz. Aksi yol izlenmesi durumunda, hukuka aykırı şekilde zorla getirilen ve/veya bu yolla getirilip de tatbiki mümkün olmadığı halde, CMK m. 91’e göre gözaltına alınan kişilerden elde edilen delillerin ve bu deliller yoluyla elde edilen diğer delillerin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.

mından tatbiki imkanı olan ve CMK m. 250 yönünden “genel hüküm” özelliği taşıyan CMK m. 160/2 ile m. 161/2, 3 hükümlerinin¹³, CMK m. 250 kapsamına giren soruşturmalarda uygulanması mümkün değildir¹⁴.

Netice itibariyle, CMK m. 250 kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma aşamasında kolluk tarafından alınan ifadelerin hiçbir değeri olmadığı gibi, kanun koyucu tarafından gösterilen usule uygun hareket edilmediğinden, 1982 Anayasası m. 38/6, CMK m. 206/2-a ve m. 217/2 hükümleri gereğince hukuka aykırı deliller gündeme gelecek, gerek alınan bu beyanlar ve gerekse bu beyanlar yoluyla elde edilen delillerin hukuka aykırı oldukları ve yargılamada kullanılamayacakları sonucu ortaya çıkacaktır.

Özel düzenleme niteliği taşıyan CMK m. 251/1-6'nın açık hükümleri karşısında, kollukça soruşturma aşamasında şüpheliden ifade alınmasını mümkün kılan CMK m. 148/4 ile yukarıda işaret ettiğimiz m. 160/2 ve m. 161/2,3 hükümlerinin, CMK m. 250 kapsamına giren suçlar yönünden uygulanma imkanı olamayacağını belirtmek isteriz.

13 CMK m. 160/2'ye göre, “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”.

CMK m. 161/1-2'ye göre, “Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer cumhuriyet savcısından sözkonusu işlemi yapmasını ister. Adli kolluk görevlileri, elkoşdukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür”.

14 CMK m. 251'e benzer bir düzenlemeyi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun “Özel soruşturma ve kovuşturma” başlıklı 166. maddesinde de görmekteyiz. 166. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre, “160'ıncı maddenin üçüncü fıkrası kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturmalarında aşağıdaki hükümler tatbik olunur: a) Soruşturma, iş bölümü ilişkilerine göre, cumhuriyet başsavcılarınca veya görevlendireceği cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülür. Bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsalar bile, cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. ... c) Bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi ve suçtan zarar görenleri, cumhuriyet savcısının veya mahkeme naibinin veya istinabe olunan hakimnin emriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa ibzar müzakeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir”. Görüldüğü üzere kanun koyucu, özel önem verdiği bankacılık alanında işlendiği iddia olunan suçlara ait soruşturmanın cumhuriyet savcılar tarafından bizzat yapılmasını, dolayısıyla bu soruşturmalarda ilgili iş ve işlemlerin kolluğa bırakılmamasını öngörmüştür

TCK'daki Suçun Manevi (Sübjektif) Unsuruna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Prof. Dr. Yener Ünver*

Özet

Bu makalede, Yargıtay'ın suçun manevi unsuruna ilişkin kararları incelenmektedir. Kararlar ışığında kast ve taksirin unsurları, kastın tespiti ve ispatı, kastın türleri, taammüt (tasarlama) kavramı, olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, öldürme ve yaralama suçlarında kast kavramlarına yer verilmektedir. Bunun haricinde, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar kavramı incelenerek, kast-taksir kombinasyonu kavramı tartışılmakta, objektif sorumluluğa yol açan uygulamalar eleştirilmektedir. Makalede son olarak, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler eleştirilmekte, kast ve nedensellik bağlantısı konularında yeni düzenlemelerin yapılması önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Kast, taksir, taammüt (tasarlama), kastın ispatı, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, nedensellik bağı.

Abstract

The paper focuses on the case law regarding the *mens rea* in criminal law. Case law on the following subjects are analysed: intent, negligence, the proof of intent, degrees of intent, premeditation, the question of whether it is possible to attempt while acting with *dolus eventualis*, intent and negligence with respect to crimes of murder and assault. In addition, crimes aggravated due to their consequences are analysed, debating the concept "intent-negligence combination", and criticising practices leading to objective responsibility. Finally, provisions of the TCC regarding intent and causality are criticised and a revision of the articles is proposed.

Keywords:

Intent, negligence, premeditation, proof of intent, crimes aggravated due to their consequences, causality.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

A. Giriş

Bu çalışmada, özet bir biçimde Yargıtay'ın suçun manevi unsuruna ilişkin olarak yakın tarihlerde verdiği önemli bazı kararlarının analizi yapılmaktadır. Yalnızca, çok önemli olan, yeni ve uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı için öncelikle ele alınması gereken kararları bazı alt gruplar altında incelemek kaçınılmaz olmuştur. Esasen konuya ilişkin TCK düzenlemeleri kendi içinde eksik, hatalı ve çelişkiler içermekle birlikte, bu ayrı bir çalışma konusu yapılmalıdır. Bu çalışmada, bu nedenle, mümkün olduğunca kanuni düzenlemelerin analizinde kaçınılacak, daha çok eleştiriye açık birçok yönlerine karşılık mer'i düzenlemelere ilişkin yargı kararlarının yerindeliği ve hukuka uygunluğu incelenecektir.

B. Kast ile İlgili Önemli Kararlar

1. Kastın ve Taksirin Unsurları

Yargıtay'a göre, Kanun ve öğretiyeye göre **kastın iki unsuru vardır**: bilmek ve istemek. **Taksir ise; bir kimsenin iradi bir hareketi sonucu öngörülmesi mümkün ve zorunlu olan, fail tarafından istenmeyen sonucun gerçekleşmesidir**. Taksirin unsurları; fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, sonucun öngörülebilmesi, sonucun istenmemesi, eylemle sonuç arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Neticenin öngörülebilmesi (öngörülebilir nitelikte olması), taksiri kaza ve tesadüften ayırır. Öngörülebilir neticenin istenmemesi ise, taksiri kasttan ayıran unsurdur. **Kastta sonuç istendiği halde taksirde sonuç istenmemektedir. Ancak Yargıtay, faile ceza verilmesin istemediği veya daha az ceza verilmesini istediği olaylarda, kastlı bir eylemin varlığına rağmen eylemi taksirli bir eylem olarak nitelendirebilmektedir. Bir olayda, kan kardeşi olmak isteyen iki kimseden mağdur, sanıktan bileğini kesmesini istemiştir**. Sanığın meyve bıçağı ile mağdurun bileğini kesmesi üzerine, mağdur 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralanmıştır. Sanık bilek ve isteyerek mağdurun bileğini bıçakla kesmiştir. Esasen kan kardeşi olabilmek için mağdurun vücudunda yapılan bir kesi sonucu kanamanın meydana gelmesi gerekmektedir. Sanık eyleminin sonucunda bir yaralamanın meydana geleceğini öngörmekte ve bu sonucu istemektedir. Ancak Yargıtay bu olayda, "kan kardeş olmak amacıyla, mağdurun isteği üzerine bıçakla kan çıkacak kadar çizik atmak isterken **aldığı alko-**

lün doğurduğu kontrolsüzlükle bileğini biraz derinden kesip (5) gün iş ve gücüne engel biçimde yaralanmasına neden olan sanığın etkili eyleme ilişkin sorumluluğu özensiz davranış biçiminde beliren taksire dayalıdır” gerekçesiyle, sanığın eylemini taksirle gerçekleştirdiğine karar vermiştir ki, bu değerlendirme hatalıdır. Sanık hafif bir kesi gerçekleştirmek istemiş olsa bile, mağdurun bileğini fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiştir. **Aldığı alkolle arkadaşının bileğini daha derinden kesmiş olması, alkollü olmasaydı daha hafif bir yaralama meydana getirecek olması, failin taksirle hareket ettiğini göstermemektedir.** O nedenle burada failin taksiri değil, kastı vardır¹.

Yargıtay'ın nadiren de olsa haklı olarak kullandığı ve doğru bulduğumuz bir formüle göre, “Taksir ile bilinçli taksir arasındaki yegane fark; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde, gerçekleşen sonuç fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla özellikle görevlidir².

2. Kastın İspatlanması

Kastın ispatı ile ilgili az sayıda da olsa, **Yargıtay**'ın CMK hükümlerine göre kastın ispatını aradığı ve suçun varlığını kabul için özellikle maddi unsurunun nedensellik bağı alt unsurunun ispatı gibi kastın varlığının ispatını şart koştuğu yerinde ve önemli kararları mevcuttur: “Sanığın katılana yönelik tehdit sözlerinin sanığın arkadaşı olan M. Ç. isimli kişiye gönderdiği mektupta bulunduğu anlaşılması karşısında, tehdit suçunun mağdura iletilme ögesinin ne şekilde oluştuğu tartışılıp açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi, ...yasa-ya aykırıdır”³.

- 1 CGK. 01.02.2005., E. 2004/213, K. 2005/3. Ayrıca suçun var olup olmadığı açısından ise, Yargıtay'ın bu karardaki görüşünün aksine, mağdurun rızası ile gerçekleştirilen bir eylem bulunduğu için, fiil hukuka aykırı değildir ve suç teşkil etmez.
- 2 CGK. 25.03.2008., E. 2008/9-43, K. 2008/62.
- 3 4. CD. 13. 04. 2009., E. 2008/23272, K. 2009/7124.

Yargıtay müstakar nitelik kazanmış ve yerinde kararlarıyla kastın tespitinde birçok nedeni birlikte değerlendirmektedir. Örneğin bir kararında, “hedef alınan vücut bölgesi, sanığın ikinci kez ateş ettiği sırada, mağdurun bulunduğu yerin yanındaki çukura atlayarak kendini kurtarması, tanık C'nin sanığa müdahalesi ve olay sırasında silahın tutukluluk yapması hususları gözetilerek, engel hal nedeni ile sanığın eylemini tamamlayamadığı, kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşıldığı halde, öldürmeye kalkışma yerine yaralama suçundan hüküm kurulması; bozmayı gerektirmiştir”⁴ sonucuna ulaşarak, tüm etkenlerin birden değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. **Yargıtay**'ın haklı ifadesiyle, “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.06.1985 gün 85/330 sayılı kararında belirtildiği gibi kast, öngörülen ve suç teşkil eden bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade şeklinde tanımlanabilir. **Failin iç dünyasında gerçekleşen iradenin bilinmesi mümkün olmadığına göre, bu iradenin dış dünyaya yansıyan biçimine dayalı olarak, yani sanığın eylemlerinin ve eylemlerin doğurduğu sonucun gözönüne alınarak iradenin belirlenmesi ve hangi suç kastı ile hareket ettiğinin saptanması gerekmektedir.** Esasen failin iç dünyasını ilgilendiren kastın niteliğinin belirlenebilmesi için dış dünyaya yansıyan davranışlardan hareketle sonuç çıkarmak olanaklıdır. Başka deyişle, failin olay öncesi, sırası ve sonrasındaki davranışları kastının belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır. Bu durumda; *a) fail ile ölen arasında olay öncesine dayalı, ciddi bir busumet bulunup bulunmadığı, b) failin olayda kullandığı aracın öldürmeye elverişli olup olmadığı, c) öledeki darbe sayısı ve şiddeti, d) darbelerin vurulduğu 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, esnası ve sonrasında failin ölene (veya mağdura) yönelik davranışları ve sarf ettiği sözler,* tüm bu ölçütler birlikte değerlendirilerek sanığın saklıda kalan “derunî” nitelikteki kastı ortaya çıkarılmalıdır”⁵.

4 1. CD. 20.11.2008., E. 2008/6987, K. 2008/7440.

5 CGK. 27.12.2005., E. 2005/1-131, K. 2005-167. Aynı yönde: CGK. 02. 05. 2006, E. 2006/1-97, K. 2006/132.

Esasen Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatları 1980'li yıllarda istikrar kazanmış ve Yargıtay'ın kısa bir dönem sadece silahla ateş sayısının çokluğu veya yaralama eyleminin mağdurun hayatı önemi haiz vücut bölgesinde gerçekleştirmesi durumunda öldürme kastının varlığını kabul eden içtihadından vazgeçilerek, bu ölçütlerden sadece bir tanesinin tek başına öldürme kastını ispata yeterli olmadığı ve tüm diğer koşullar ve verilerin birlikte değerlendirilerek failin kastının tespit edilmesi gerektiği müstakar içtihadına ulaşılmıştır⁶. Örneğin Yargıtay yukarıda belirtilen yeni tarihli kararlarda da halen içerdiği kuralların Yargıtay tarafından takip edildiği bir kararında, kastın failin iç dünyasını ilgilendirdiğini, failin olay öncesi, esnasında ve sonrasındaki davranışlarının ölçü alınarak belirlenmesi gerektiğini, haklı olarak belirtmiştir. Yargıtay bu kararında, failin kastının tespiti için şu hususlara bakılması gerektiğine karar vermiştir: “1) fail ile mağdur arasında olay öncesine dayalı öldürmeyi gerektirir bir busumetin bulunup bulunmadığı, 2) olayda kullanılan vasitanın öldürmeye elverişli olup olmadığı, 3) mağdurdaki darbe sayısı ve şiddeti, 4) darbenin vurulduğu bölgenin hayati önem taşıyıp taşımadığı, 5) failin fiiline kendiliğinden mi, engel bir nedenden dolayı mı son verdiği, 6) failin suç aletini kullanış biçimi ve 7) failin olay sonrası mağdura yönelik davranışları”⁷.

Yargıtay yeni tarihli kararlarında da, ilke olarak yerinde bu değerlendirme yöntemini uygulamayı sürdürmektedir⁸.

3. Hareket – Kast Farklılığı

Yargıtay bazı kararlarında ortada tipik bir hareket yok iken, Örneğin mevzuata uygun bir hareket var olduğu halde, failin kasten yaptığı bir hareketi, **kastı suç işleme kastı olarak değerlendirdiği için, failin kastının yokluğu olarak değerlendirmektedir⁹.**

⁶ Örnek olarak bkz. CGK. 15.02.1988., E. 1987/1-607, K. 1988/45.

⁷ CGK. 09.07.2002., E. 185, K. 300. Aynı yönde: CGK. 23. 11. 2004, E. 2004/1-164, K. 2004/200. Özellikle karşı. CGK. 23.03.2004, E. 2004/1-12, K. 2004/68.

⁸ 1. CD. 10.022009, E. 2007/8625, K. 2009/512.

⁹ 8. CD. 20.10.2005, E. 2004/4120, K. 2005/9920. Aynı yönde: 8. CD. 22.11.2005., E. 2004/2965, K. 2005/10808.

4. Hukuka Uygunluk Nedeni - Kastın Varlığı

Yargıtay bazen bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunda, suçun oluşmadığını ve faile bu nedenle ceza verilemeyeceğini ifade etmek yerine, **failin kastının yokluğuna karar vermektedir**. Örneğin meşru müdafaa halinde bulunan kimsenin kendisini savunmak için çektiği ve muhatabının saldırılarını önlemek için tehdit amaçlı silah kullandığı bir olayda, failin tehdit kastının olmadığına karar vermiştir¹⁰. Her ne kadar her iki durumda da suçun bir unsuru gerçekleşmediği için suç işlenmemekte ise de, hukuksal nitelme ve sonuçları açısından Yargıtay'ın bu değerlendirmesi hatalıdır.

5. Yeni Kast Türü Mü Yoksa Yeni Kusurluluk Türleri Mi?

Yargıtay bazı kararlarında içerik olarak neyi kastettiğini açıklamadan, failin esasında tasarlama (taammüd) kastıyla hareket etmediğini kabul etmesine karşılık, “tasarlamaya yaklaşan kasıt yoğunluğu”ndan söz ederek, failin cezasının asgari haddin üzerinden tayini gerektiğine karar vermektedir¹¹. Bu tutum, TCK m. 61'e uygun bir uygulama değildir.

6. Belirsiz (Gayri Muayyen) Kast Halinde Suça Teşebbüs Hükümleri Uygulanamaz

Belirsiz (gayrimuayyen) halinde, istenmeyen netice meydana gelmezse fail o neticenin oluşturduğu suça teşebbüsten cezalandırılmaz. Bu uygulama yerindedir. *Suçta teşebbüs, ancak istenen netice açısından düşünülebilir*. Yargıtay belirsiz kast halinde suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması halinde kastın sınırlarının öngörülemez derecede genişletileceğinden söz ediyor¹² ise de, esasında burada kastın sınırları değil, ceza sorumluluğunun sınırları genişletilir ve suça teşebbüsün unsurları aranmaksızın bir ceza tespitine gidilmiş olur ki, bu hukuka aykırı olur.

10 9. CD. 02.05.2007, E. 2007/3423, K. 2007/3706.

11 1. CD. 27.12.2005, E. 2005/1232, K. 2005/4792.

12 CGK. 27.12.2005, E. 2005/1-131, K. 2005-167.

7. Olası Kast

Yargıtay'ın 9. CD'nin olası kast ile taksir veya bilinçli taksir ayırımına ilişkin kararları sorunludur.

Bir örnekte, somut olayda tehlike veya zarar neticesi öngörülmüş olmamasına karşılık, olasılığı tahmin etmeyi, tehlikeli neticenin olabirliğini failin olası kast ile hareket etmiş olabileceği biçiminde değerlendirmişti. **Bir sünnet düğününde bir evin 2. kat balkonundan silahıyla ateş eden sanığın, o esnada 3. kat balkonuna bir başka kişinin çıkabileceğini öngörmesi olarak değerlendirerek, mağdurun ölümünün olası kast ile insan öldürme olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir¹³**. Oysa, sanık burada neticeyi öngörmemiştir ve esasında bilinçli taksir dahi yoktur. Yargıtay'ın olası kastın varlığını kabul etmesi hatalıdır.

Yargıtay'ın aynı yönde kararları da vardır: Yargıtay, sanığın ateş ederken maktul ile aynı yerde bulunan ve kendisine de isabet edilebileceğini **'öngörebilir durumda olması'** halinde olası kastın varlığını kabul etmektedir¹⁴. *Oysa, bu durumda istenmeyen netice açısından bilinçsiz (basit=adi=şuursuz) taksirin varlığı kabul edilmelidir.* Olası kastın (belirsiz=gayrimuayyen kastın) varlığını kabul için, istenmeyen neticenin fail tarafından silahla ateş edilmeden önceki zamanda **somut olarak öngörülmüş olması** gerekir. Ölçüt **'öngörülebilir'** olması değil, **'öngörülmesine rağmen, istenmemesi ve fakat üstlenilmesi'**dir.

Aynı şekilde, **Yargıtay** olası kasta ilişkin bir kararında, sanığın arabasını belirli kişiler üzerine sürerken üçüncü kişinin de orada olduğunu ve yaralanabileceğini öngörebilecek durumda olduğu halde eylemine devam etmesi ve üçüncü kişinin yaralanması olayında, üçüncü şahsa karşı olası kastla hareket ettiğini kabul etmiştir¹⁵. Oysa, olası kast için, istenmeyen ve meydana gelebileceğini önemsemediği neticenin somut olayda öngörülmüş olması gerekir. Bu belirttiğimiz kararda ise, henüz failin neticeyi öngörmediği bir vakada, sadece adi/bilinçsiz taksirin bir ko-

¹³ 9. CD. 12. 11. 2009, E. 2008/4218, K. 2009/11338.

¹⁴ 1. CD. 27. 12. 200, E. 2004/4562, K. 2005/4787. Aynı yönde: CGK. 08.07.2008, E. 2008/1-99, K. 2008/185.

¹⁵ 1. CD. 24. 11. 2010, E. 2008/3058, K. 2010/7533.

şulu olan ‘neticenin objektif olarak öngörülebilirliği’nden hareketle olası kastı kabul etmiştir ki, bu karara konu olayda, (üçüncü kişi üzerinde gerçekleşmesi olası) netice fail tarafından öngörülmediği için bilinçli taksir dahi kabul edilemez. Burada üçüncü kişi açısından ancak bilinçsiz taksir kabul edilebilir; bir arabanın sadece hızlı veya özensiz kullanımını olası kastı kabul açısından yeterli neden ve gerekçeyi barındırmaktadır.

Buna karşılık **başka bir kararda** ise, **öldürmek istediği kişinin çok yakınında bulunan ve kurşunların kendisine de isabet ederek ölümüne yol açabileceği üçüncü bir kişinin öldürülmesi durumunda, bu üçüncü kişinin öldürülmesinin olası kastla gerçekleştirildiğine karar verilmiştir¹⁶**. Yine **kavgayı ayırmayı çalışan annesinin silahı namlusundan tutarak almaya çalıştığı sırada, eli tetikte olan sanığın silahın ateş alarak annesine isabet edeceğini öngörmesine karşılık silahı ateşlediği bir olayda, ölen annenin olası kastla öldürüldüğüne** karar verilmiştir¹⁷. Bu ve benzeri kararlara konu olaylarda, sanığın asıl hedeflediği kimseden başkasını da vurarak öldürebileceği ihtimalini öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmemesi, ateş etmesi veya ateş etmeye devam etmesi ve istemediği neticenin de meydana gelmemesi için bir çaba sarf etmemesi söz konusudur¹⁸. Yargıtay 1. CD’nin bu yöndeki içtihatları doğrudur.

Bilinçli taksir ile olası kastın karıştırılmaması gerekir. Yargıtay’ın olası kastı tespit ederken bilinçli taksirin varlığını kabul etmediği bir karara konu olay şöyle gelişmiştir: *“sanığın, olay yeri olan D-100 Köseköy Işıklı Kavşağına geldiğinde, yayalara yeşil ışık, araçlara kırmızı ışık yandığı, diğer araçların durarak beklediği, yayaların yaya geçidinden geçtiği sırada, yaya geçidinden geçmekte olan yayalara çarpacağını, bu çarpmanın yaralanmayla ya da ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın, aracının hızını kesmeden, duran araçların sağından geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden, sanığın gidiş yönüne göre yolun solundan yolun sağına geçmekte olan maktule N.’a kaldırırma 3.50 metre kala çarptığı ve yaklaşık 20 metre sürüklediği, olay yerinden kaçtığı;*

¹⁶ 1. CD. 16.09.2008, E. 2007/3392, K. 2008/6483. Aynı yönde: 1. CD. 26.03.2007, E. 2007/532, K. 2007/1946.

¹⁷ 1. CD. 14.07.2008, E. 2007/2919, K. 2008/5911.

¹⁸ 1. CD. 31.03.2008, E. 2007 / 4914, K. 2008 / 2475.

*maktulenin, kafatası travması zemininde gelişen beyin kanaması ve genel vücut travması zemininde gelişen etraf kemiği kırıkları ile müterafik iç ve dış kanamanın müşterek sonucu olarak öldüğü; eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturduğu anlaşıldığı*¹⁹. **Dikkat edilirse, Yargıtay burada sadece trafikte hızlı araç kullanmayı esas alarak olası kastın varlığını kabul etmemiş, sanığın yayaların yaya geçidinde yürüdüğünü görmesine rağmen hareketine devam etmesini ve üzerlerine doğru araç kullanırken onlara çarpacağını öngörmesine rağmen tehlikeli hareketi yapmasını ve istemediği neticenin de doğmaması için bir çaba sarf etmediğini birlikte değerlendirerek** olası kastın varlığına karar vermiştir ki, bu içtihat yerindedir.

*Buna karşılık tartışmaya açık bir kararında, sanığın bir kimse ve eşinin oturduğu evi yaktığı olayda, mağdurun eşinin korkarak balkondan atladığı için öldüğü olayda, sanığın olası kastla insan öldürme suçundan sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir*²⁰. Nedensellik bağının kurulması için şart teorisinin uygulandığı bu olayda, **failin evi yakarken mağdur ve eşinin o esnada bulunup bulunmadığını bilmesine veya öngörmesine göre ayırım yapmak gerekir**. Eğer mağdurların o sırada evde olduklarını **bilmiyorsa**, TCK'nın 30/1. maddesi uyarınca sanığın kastla veya olası kastla değil, taksirle hareket ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Buna karşılık, mağdurların orada olduklarını **biliyor ve ölmelerini istiyorsa** doğrudan doğruya kastla ve **'ölürlerse ölsünler düşüncesiyle hareket etmişlerse'** olası kastla hareket ettiklerinin kabulü gerekir. Sadece nedensellik bağının kurulması ve evin kasten yakılmış olması, bizi, doğan diğer neticelerin başka bir değerlendirme yapılmaksızın kastla gerçekleştirildiği sonucuna götürmez.

Ancak Yargıtay'ın olası kast konusunda daba tutarlı diğer bazı kararları da vardır.

Şu karaları örnek olarak verebiliriz:

“Olay yerinin bölünmüş ve 3 şeritli asfalt yol olduğu, olay yerinde ışık kontrollü kavşak sistemi ve kavşak içinde yaya geçidi çizgilerinin

19 1. CD. 31. 12. 2007., E. 2006/8147, K. 2007/9996. Aynı yönde: 1. CD. 26. 03. 2007., E. 2007/532, K. 2007/1946.

20 8. CD. 02. 05. 2007., E. 2007/1323, K. 2007/3405.

bulunduğu; alkollü olan ve aracı ile İzmit yönünden Sakarya yönüne gitmekte olan sanığın, olay yeri olan D-100 Köseköy ışıklı Kavşağına geldiğinde, yayalara yeşil ışık, araçlara kırmızı ışık yandığı, diğer araçların durarak beklediği, **yayaların yaya geçidinden geçtiği sırada, yaya geçidinden geçmekte olan yayalara çarpacağını, bu çarpmanın yaralanmayla ya da ölümlle sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın, aracının hızını kesmeden, duran araçların sağından geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden, sanığın gidiş yönüne göre yolun solundan yolun sağına geçmekte olan maktule N.Y.'a kaldırırca 3.50 metre kala çarptığı ve yaklaşık 20 metre sürüklediği, olay yerinden kaçtığı; maktulenin, kafatası travması zemininde gelişen beyin kanaması ve genel vücut travması zemininde gelişen etraf kemiği kırıkları ile müterafik iç ve dış kanamanın müşterek sonucu olarak öldüğü; eylemin **olası kastla insan öldürme** suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK'nın 81, 21/2 ve 53 maddeleri uyarınca hüküm kurulması yerine, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırı²¹ bulunmuştur.**

Sanığın neticeyi öngördüğü halde, sonucuna kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirmesi halinde, üçüncü kişinin ölümüne neden olduğu eylem açısından olası kastın varlığı kabul edilmelidir²².

Bir kimsenin öldürmek istediği kişi ile aynı yatakta yatan oğlunun da isabet alarak ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş etmesi ve asil öldürmek istediği kişiden başka oğlunun da ölmesi halinde, oğlunun olası kastla öldürüldüğünün kabulü gerekir²³.

“Sanığın sokak üzerinde çevrede insanların bulunduğu bir ortamda, aracın arka camından tabanca ile gelişi güzel ateş etmesi sonucunda üçüncü şahısların da isabet alarak ölebileceğini öngörebilecek durumda bulunduğundan, sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu...”²⁴

Yargıtay'a göre bir sanığın silahla birisine ateş ederken onunla boğuşmakta olan başka birisinin de isabet alacağını ve ölebileceğini ön-

21 1. CD. 31.12.2007, E. 2006/8147, K. 2007/9996.

22 1. CD. 23.09.2008, E. 2007/7292, K. 2008/6666.

23 1. CD. 08. 05.2008, E. 2007/6929, K. 2008/3823.

24 1. CD. 09.04.2008, E. 2007/2759, K: 2008/2880.

görmesine rağmen ateşine devam etmesi eylemi açısından olası kastının varlığı kabul edilmelidir²⁵.

“Sanığın kavga ettikleri sanıklar V., M. ve Ş.’nün bulunduğu yere doğru evden aldığı kaleşnikof marka otomatik silahla ateş ederek geldiği sırada arkasından gelen ve başkasını vurmasını engellemek isteyen annesi (maktule) A.’nin sanığın arkasından sarıldığı, silahın namlusundan tutarak almaya çalıştığı, eli tetikte olan sanığın da vermemek için belirttiği sırada; sanığın silahın ateş alması durumunda annesinin isabet alarak yaralanıp ölebileceğini öngörmesine rağmen arızalı olduğuna dair iddia da bulunmayan silahın tetiğini çekerek ateş etmesi sonucu çene kısmından yaralayarak ölümüne neden olduğu olayda, sanığın olası kastla annesini öldürmek suçundan cezalandırılması ... gerekirken...”²⁶.

Yine örneğin, “sanık şoför mahlindeki bir kimseyi öldürürken onun yanındaki mağdurların da isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam ederek mağdurların yaralanmasına neden olmuşsa, bu üçüncü kişilerin yaralanmasına neden olan eylemlerini olası kastla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir”²⁷.

Keza, “Sanık Taner’ in mağdur Ergün’ e karşı yaptığı atışlar sırasında yoldan bisikletiyle geçmekte olan mağdur Mehmet’ in de bacağından bir kurşun isabetiyle yaralandığı olayda sanığın, hedef seçtiği mağdur Ergün’ e ateş ettiği sırada *olay yerinden geçen kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini, ölebileceğini öngörmesine rağmen atışların devamı sırasında* mağdur Mehmet’i de yaralaması eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğunun düşünülmemesi, bozmayı gerektirmiş”tir²⁸.

“Sanığın kavga ettiği sanıklar Vahit, Mustafa ve Şükrü’nün bulunduğu yere doğru evden aldığı kaleşnikof marka otomatik silahla ateş ederek geldiği sırada arkasından gelen ve başkalarını vurmasını engellemek isteyen annesi (maktule) Ayşe’nin sanığın arkasından sarıldığı, silahın namlusundan tutarak almaya çalıştığı, eli tetikte olan sanığın da verme-

25 1. CD. 02.03.2007, E. 2006/1417, K. 2007/1016.

26 1. CD. 14.07.2008, E. 2007/2919, K. 2008/5911.

27 1. CD. 22.04.2008, E. 2007/8238, K. 3250.

28 1. CD. 05.03.2008, E. 2007/9528, K. 2008/1659.

mek için direttiği sırada; **sanığın, silahın ateş alması durumunda annesinin isabet alarak yaralanıp ölebileceğini öngörmesine rağmen arızalı olduğuna dair iddia da bulunmayan silahın tetiğini çekerek ateş etmesi** sonucu çene kısmından yaralayarak ölümüne neden olduğu olayda; sanığın olası kastla annesini öldürmek suçundan cezalandırılması ve lehe yasanında buna göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde eylemin taksirle öldürme olarak nitelendirilmesi, yasaya aykırı olup (...)²⁹

Nitekim Yargıtay'ın 5237 sayılı TCK öncesinde olası kastı ifade için kullanılan belirsiz (gayrimuayyen) kasta ilişkin kararlarında, somut olayın koşullarına daha uygun ve 'üstlenme kuramı'nı esas alan belirsiz (olası) kastı kabul eden kararları yerinde görülmelidir³⁰.

Aynı şekilde, kalabalık bir düğün ortamında hedef gözetmeksizin iki kez tabancayla ateş ettiği sırada somut olayın özelliklerine göre çevrede bulunan kişilerin de isabet alarak ölebileceği veya yaralanabileceğini öngörmesine karşılık, silahla atışlarına devam ederek bitişikteki bir evin damındaki bir kimseyi vurarak ölmesine yol açtığı bir olayda, istenmeyen neticenin gerçekleşmesi olasılığı öngörülmesine karşılık ısrarla ateş etmeye devam etmek ve hareketlerine son vermeyerek birçok kez bunu tekrarlamak suretiyle doğabilecek neticeleri umursamak halinde olası kastın varlığını kabul eden kararları yerinde görmek gerekir³¹.

Buna karşılık, bazı kararlarda olası kastın varlığını kabul etmek için tüm koşullar bulunduğundan olası kastın varlığını kabul ve bununla yetinmek yerine, Yargıtay'ın olasılık dahilindeki neticeleri istememekle birlikte, hareketinin olası sonuçlarını öngördüğü halde davranışlarından vazgeçmediği bir olayda belirsiz (gayrimuayyen= olası) kastın varlığını kabul ederek yetinmek yerine, failin olası kastın sonuçlarının da gerçek-

29 1. CD. 14.07.2008, E. 2007/2919, K. 2008/5911. Aynı yönde: 1. CD. 16.09.2008, E. 2007/3392, K. 2008/6483.

30 "Düğün evinde, içinde 15-16 kişinin bulunduğu fazla geniş olmayan alanda, yer sofrasında otururken silahını yere paralel sayılabilecek bir açıyla tutup pencere önüne doğru ateş eden ve seki üzerinde oturan maktulün ölümüne neden olan sanık 'gayrimuayyen kast' nedeniyle kasten adam öldürmek suçundan sorumludur" (CGK. 0602.1996, E. 339, K. 10 = Bakıcı, Sedat / Bakıcı Yel, Özgecan; Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun., 2. Baskı, Ankara 2009, s. 55).

31 1. CD. 04.05.2009, E. 2007/8803, K. 2009/2521.

leşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğundan söz etmesi yerinde olmamıştır³². Belirtilen karara konu olayda belirsiz (olası) kastın varlığını kabul etmek gerekir. Oysa, Yargıtay'ın bu olayda olası neticelerin de istenildiğini kabul ediyorsa, o takdirde olası kast değil, doğrudan doğruya birinci derecede kastın varlığını kabul etmeliydi.

Yargıtay içeriğine katıldığımız bir kararında da, hem olası kastı doğru tespit etmiş hem de her ne kadar öğreti ve uygulamaya yıllardır yerleşmiş hatalı bir deyimle '*kastı netice belirler*' kuralını benimsemiş ise de, vardığı netice açısından doğru sonuçlara ulaşmıştır. Bu olayda Yargıtay haklı olarak kalabalık bir birahaneye silahla giren failin ateş etmesi ve orada bulunan insanları yalayıp öldürebileceğini öngörmesine rağmen silahıyla ateş etmeye devam etmesi durumunda yaralanan kimselere karşı '*olası kast*' ile insan yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmiştir³³. Olayda ikinci derecede doğrudan kastın varlığını gösteren veriler bulunmadığı için, varılan sonuç yerinde olmuştur. Her ne kadar burada kastı netice belirler ifadesini kullanmış ise de, aslında ifade edilmesi gereken '*olası kast kapsamındaki neticeler açısından ceza sorumluluğu doğan neticeye göre belirlenir*' deyimi olmalıdır. Bununla, kanımca yerinde olarak, bir taraftan doğma ihtimaline karşılık doğmayan neticeden '*failin bunu istememesi nedeniyle*' sorumluluğun doğmayacağı, diğer yandan ise failin doğrudan kastla işlediği neticeden ve bu neticeye teşebbüsten her zaman sorumlu olacağı ve fakat olası kast kapsamındaki neticelerin doğması durumunda neticeye göre suç tipi ve ceza sorumluluğunun belirleneceğini ve fakat neticenin doğmaması durumunda buna teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğuna gidilemeyeceği vurgulanmaktadır.

Yargıtay'ın sanık lehine ve kanımca yerinde uygulamasıyla, ***olası kast nedeniyle cezadan yapılacak indirim***, temel cezanın tayin ve tespitinden sonra değil, suçun cezasını ağırlatan nedenler uygulandıktan sonra olası kasta ilişkin hüküm uygulanarak ceza indirimine gidilmelidir³⁴.

³² CGK. 09.07.2002, E. 197, K. 288.

³³ 1. CD. 13.02.2009, E. 2007/8022, K. 2009/576. Aynı yönde: 1. CD. 24.11.2010, E. 2008/3058, K. 2010/7533.

³⁴ 1. CD. 14.07.2009, E. 2009/2530, K. 2009/4605. Aynı yönde: 1. CD. 13.07.2009, E. 2009/4515, K. 2009/4590.

8. Taammüde (Tasarlamaya) Yaklaşan Kast Yoğunluğu

Yargıtay bazı kararlarında taammüdün olduğunun ispat edilememesine rağmen, failin kastını *“tasarlamaya yaklaşan kast yoğunluğu”* olarak değerlendirmiş ve *failin temel cezasının asgari haddinin üzerinde belirlenmesi gerektiğine* karar vermiştir³⁵. Kanımca burada, failin ağırlığı veya başkaca bir etkenden söz edilmediği için, ceza muhakemesindeki ispat kuralları ve suçta ve cezada kanunilik ilkeleri de dikkate alınarak, eğer taammüd ispatlanamıyorsa, failin taammüde yaklaşan kast yoğunluğundan söz edilerek cezasının alt sınırdan uzaklaşarak tespiti yerinde değildir. Bu içtihat, TCK m. 61'de bu tür bir temel cezanın tayini ölçütü düzenlenmediği için suçta ve cezada kanunilik (AY. m. 38, TCK m. 7 ve 61/1, b: f veya b: g) ilkesiyle çeliştiği gibi ceza muhakemesine egemen olan ispat ilkeleriyle de çelişmektedir.

9. Kasten İnsan Öldürme Veya Kasten İnsan Yaralamada Kastın Tespiti

Yargıtay sanığın kastının öldürmek mi yoksa yaralamak mı olduğu hususunda **tek bir ölçütü değil, yerinde ve haklı olarak birden fazla ölçütü birlikte değerlendirerek karar vermektedir ki, uzun yıllardır tercih edilen bu yargı uygulaması yerindedir**. Dikkate alınan ölçütler şunlardır: *sanık ile mağdur arasındaki mesafenin uzunluğu-kısalığı, mağdurun hedef alınan vücut bölgesi, meydana gelen yaralanmanın niteliği, sanığın hareketleri sonrasındaki davranışları*³⁶ vb.

Ancak bu ölçütlerden bazılarının eleştirilmesi gerekir. Örneğin, **yaralanmanın niteliği veya ağırlığı esasında belirleyici bir ölçüt olmamalıdır**. Bu sonuçtur, hareket öncesi veya anında sanığın nasıl bir kastla hareket ettiğinin tespitinde kullanılmamalıdır. *Bunun yerine*, silahın tür, etkililik derecesi, kullanılış biçimi, kullanma yer ve zamanı, kullanma sayısı ve hangi hedefe doğru kullanıldığı vs. dikkate alınmalıdır.

10. Malın Değerinin Azlığı Ve Kastın Tespiti

Bilindiği üzere, hırsızlık suçuna ilişkin olarak TCK'nın 145. maddesi, *“hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle*

35 1. CD. 27.12.2005, E. 2005/1232, K. 205/4792.

36 1. CD. 03.04.2008, E. 2007/1742, K. 2008/2636.

le, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” hükmünü düzenlemektedir. Benzer bir düzenleme yağma suçu açısından 150/2. maddesinde yer almaktadır: “Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir”. Ancak belirtmek gerekir ki, TCK'nın 150/2. maddesinin ilk şeklinde, malın değeri nedeniyle belirli miktardaki ceza indirimi zorunlu iken, bu maddede 29.06.2005 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle, ceza indirimi açısından ‘indirilebilir’ ifadesi kullanılarak TCK'nın 145. maddesindeki düzenlemeye paralel bir hüküm getirilmiştir.

Konuyla ilgili irdelenmesi gereken Yargıtay kararlarını şöyle belirtebiliriz: “5237 sayılı TCK'nın 150/2. maddesindeki ‘malın değerinin azlığı’ kavramının TCK'nın 522. maddesindeki ‘hafif’ ve ‘pek hafif’ ölçütleriyle her iki maddenin de ezadan indirim sağlanması dışında benzerliği olmadığı, değer azlığının 5237 sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olup, bunun çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar az olan şeyin (şeyi) alma durumunda olayın özelliği ve (failin/sanığın) kişiliği de değerlendirilerek yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde, 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi gereğince yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır³⁷.”

Yargıtay TCK'nın 150/2. maddesine ilişkin bu karardaki gerekçeler ve somut uygulamayı, kelimesi kelimesine aynı gerekçelerle TCK'nın 145. maddesi açısından da kararlaştırmıştır³⁸.

Madde metninde bu tür bir istisnaya yer verilmediği ve kanunilik ilkesine aykırı olarak sanık aleyhine kıyasa varan bir genişletici yorumdan da öte aleyhe kıyas niteliğindeki bir görüş olduğu için yerinde bulmadığımız bir görüş³⁹, TCK. m. 145'in elektrik hırsızlığı suçu açısından uygulama yeri bulunmadığını ileri sürmekte ise de, Yargıtay⁴⁰ bu cezayı indirim veya ceza vermekten vazgeçebilmeye olanak veren bu hükmü

37 2. CD. 30.10.2007, E. 2007/11069, K. 2007/13959.

38 Bkz. 2. CD. 11.06.2007, E. 2007/5509, K. 2007/8566.

39 Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III, Ankara 2010, s. 4219.

40 2. CD. 18.12.2007, E. 2007/15249, K. 2007/17246.

'bu suçta da uygulama' açısından doğru bir karar vererek, suçun hangi tür maddi konuya ilişkin olduğu hususunda ayırım yapmayan madde metniyle uyumlu bir uygulamayı tercih etmiştir.

Belirttiğimiz kararlarda, aşağıda değinilecek diğer esaslı hatalı ve çelişkiler dışında, ayrıca TCK m. 150/2 ile TCK m. 145 arasındaki ilişki somut vaka açısından iyi ortaya konulmalı ve varılan sonucun her iki hüküm için de geçerli olup olmadığı belirtilmeliydi. Diğer yandan, bizatihi madde metninde yer alan ölçütün 'suça konu malın değeri' olduğunun göz ardı edilerek, sanığın/failin ihtiyaçları ile suçu işlerken mağdura daha çok maddi zarar verebilme olasılığı veya failin kişiliği gibi ölçütleri kullanması, bizatihi ceza hukukunda yasak olan cezada kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerine aykırılık oluşturduğu gibi, aynı kararda belirtilen ve hatalı bulduğumuz ölçütü uygulaması tavsiye edilen yerel mahkemelerin yasal ve yeterli gerekçeler göstermesi gerekliliğine vurgu yapılması hem bir karar ve gerekçe iç çelişkisi hem de bir madde metnine aykırı kanuni bir çelişkinin gerekliliğine değinildiği için trajik-komiktir.

Ayrıca aşağıda değinileceği üzere, bu tür bir değer ölçütüne dayalı olarak ceza indirim veya ceza vermektan kaçınma gibi bir seçeneğin sunulması hatalı olduğu gibi, benzer bir düzenlemeye gidilirken yağma suçunda ceza indiriminin bir zorunluluk olarak düzenlenmesi ve keza bu ikinci düzenlemede ise ceza vermektan kaçınmanın ne bir olanak ne de bir zorunluluk olarak düzenlenmeyişi de benzer iki düzenleme arasında hem bir çelişkiyi ve hırsızlığa ilişkin düzenlemenin hatalı olduğunu göstermekte hem de yağma suçunun daha ağır bir suç olmasına karşılık, hırsızlık suçunda hakime bir indirim olanağı tanınırken yağma suçunda bunun bir zorunluluk olarak düzenlenmesinin de arka planında bir suç politikası bulunmayan keyfi bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

Kanun koyucu mülga TCK'nın 522. maddesindeki, kanımızca daha yerinde olan veya TCK'nın 62. maddesine (765 s.K.'nun 29. maddesine) aktarılarak orada düzenlenmesi gereken hükümden daha kötü düzenlenmiş, bu hükmüyle sadece hırsızlık suçunun konusu malın değerinin azlığını ölçüt almış ve hakime somut olayda sanığın cezasını indirmek veya sanığa ceza vermektan vazgeçmek yönünde bir takdir yetkisi tanımıştır.

Kanımızca Yargıtay'ın, TCK'nın 245. veya 150/2. maddesini uygularken, madde metninde bulunmayan ve madde metninin kullanılmasına olanak vermediği '*failin çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gerekisini kadar az şeyi alma*' gibi bir ölçütü kullanarak ceza indirimini veya ceza vermekten kaçınma seçeneğini seçip uygulaması, tam anlamıyla bir kıyas olup, bu uygulama AY m. 38, TCK m. 2 ve 62/son maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Burada objektif bir ölçüt düzenlemediği için olaya göre değişkenlik gösterecek uygulamalara ve keyfiliğe yol açacak bu düzenlemede, çalınan malın değeri veya suçun tamamlanmasından söz edilmediği için suça teşebbüs halinde de bu hükmün uygulanması gerektiği yorumunu haklı kılacak bir düzenleme getirmiştir. Oysa, Yargıtay'ın 2005 öncesi müstakar ve haklı kararlarında da değinildiği üzere, suça teşebbüs halinde bu indirim hükmünün uygulanmaması gerekir ve bu yöndeki iradenin TCK düzenlemesine yansıtılması gerekirdi. Diğer yandan malın değerinin fahişliğinin ceza miktarına etkisinin değerin azlığı gibi (m. 62'ye rağmen değer azlığının cezaya etkisi özel olarak düzenlendiği için) özel olarak düzenlenmeyişi de sağlıklı ve haklı gerekçelerle izah edilememektedir. Konuyla ilgili olarak, madde gerekçesinde hakime takdir yetkisinin tanındığının ifade edilmiş olması, belirtilen gerekçelerle, ortaya çıkacak sorunların ve hatalı uygulamaların önlenmesi ve giderilmesi açısından bir önem taşımamaktadır.

Suçta konu malın değerinin azlığını tespitinde bir ölçüt sunulmadığı için bu keyfiliğe ve haksız ve hata benzer vakalar için eşitlik ilkesine aykırı kararlara yol açacaktır.

Hakime tanınan cezada indirim yapabilme veya ceza vermekten kaçınmak seçenekleri için uygun birer ölçüt ve haklı neden bulunmadığı için, hakimler açısından keyfiliğe yol açacak bir düzenlemedir. Suçun işleniş şekli ve özellikleri gibi ölçütler esasen TCK m. 62'de temel cezanın tespit ve tayini açısından zaten göz önüne alınacak ölçütlerdir. Kaldı ki, bu ölçütlerin içeriği boş ve her tür gerekçeyle doldurulmaya müsait olduğu gibi, neden bu ölçüt sadece ceza vermektan kaçınmak için hakime sunulurken, aynı ölçütün hakimin malın değerinin azlığı nedeniyle ceza indirimine gitmek için de kullanılabilir bir ölçüt olarak kabul edilmeyip sadece ceza vermektan kaçınma olasılığı için düzenlendiği de mantıken izahı olanaksız hatalı bir düzenleme biçimidir.

Yukarıda belirtilen içtihatlarda, TCK m. 145'nin mülga TCK'nın 522. maddesindeki aynı yöndeki hükümden farklı olduğu, buradaki değer azlığının farklı ölçütlerle ispatı gerektiği yönündeki görüşün haklı bir gerekçesi ve izahı bulunmamaktadır. TCK'nın 150/2 veya 145. maddelerindeki bu değer azlığı ölçütünün, mülga TCK m. 522'deki değer hafifliğinden farkının ne olduğunu ne TCK ve gerekçesi ne öğretisi ve belirtilen Yargıtay kararları ortaya koyamadığı gibi, örneğin TCK'nın 145. maddesinde neden ceza vermektan kaçınma olasılığı için bir objektif ölçüt veya mülga TCK'nın 522. maddesindeki 'pek hafif' ölçütünün dikkate alınmadığı da izah edilememektedir.

Burada öncelikle tespit edilmesi gereken şey, kişinin neden daha fazla mal çalmadığı değil, çaldığı malın değeridir. Bu nedenle, yukarıda zikrettiğim içtihatları hukuka ve kanuna aykırı bulurken, nadiren de olsa, mülga TCK zamanındaki yerinde uygulamalar gibi hukuken doğru uygulamaların olduğu kararların da verildiğini belirtmek gerekir. Örneğin bu nadir karşılaşılan ve belirttiğim içtihatlardan daha yerinde olan kararlarda, Yargıtay suça konu malın değerinin suç tarihindeki değerinin, o tarihteki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücünün esas alınarak tespiti gerektiğine karar vermiştir⁴¹.

Yukarıda belirterek eleştirdiğimiz içtihatlar açısından ayrıca, değer ne olduğu kişinin ihtiyacına göre değişmez. Malın bir reel-raiç değeri vardır ve bu tespit edilmelidir. Burada antika, bilimsel, sanatsal eser vs. olması hariç, malın manevi değeri dikkate alınamamakla birlikte, reel değeri esas alınmalıdır. Malvarlığına karşı suçlar içinde düzenlenmesi, burada mağdurun malvarlığına karşı suç işlendiği ve bu suçla sanığın ihtiyaçlarının dikkate alınmayacak olup, mağdurun mülkiyet ve malvarlığı hakkına verilen zararın ölçüt alınması gerektiği ve her şeyden önce de gerçekten işlenen suçla malvarlığındaki azalma, yoksun kalınan gelirler veya beklenen kazanımlar dikkate alınmalıdır. Korunan hukuksal değer bir tarafa bırakılarak, failin ihtiyaçlarına göre yapılan bu değerlendirme ve yargı uygulaması, yorum ilkeleriyle de, hukuksal değerlerin korunması kuramıyla⁴² da, normun *ratio legis* ile de ve normun koruma alanı ile de çelişmektedir.

⁴¹ Bkz. 6. CD. 19.09.2006, E. 2005/10185, K. 2005/7672.

⁴² Ceza normunun yorumu için bkz. Ünver, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, İstanbul , s. 846-914.

Yine, daha fazla ihtiyacının olup olmadığının tespiti bu hafifletici nedenin uygulanması için gerekli değildir. Suça ilişkin düzenlemede de hafifletici nedenin düzenlediği maddede de bu tür bir doğrudan veya dolaylı ifade yer almadığı için, Yargıtay'ın uygulamalarında failin ihtiyaçlarına veya daha fazlasını çalma olanağına göre daha azının çalınmasının dikkate alınması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine de cezanın ferdileştirilmesine ilişkin kanuni hükme de (TCK m. 7 ve 62/son) aykırılık oluşturmaktadır.

Burada gerçek ihtiyaç neden sanığı/faile göre tespit edilmektedir? Burada, mağdurun ve suçtan zarar görenin ya da üçüncü kişiye göre bu malın değerinin ne kadar olduğunun neden dikkate alınmadığı anlaşılmamaktadır ve yargı uygulaması hatalıdır.

İhtiyacı fazla olmadığı için daha az çaldığının ispatı çoğu olayda imkansız olacak ve bu suçta sürekli *in dubio pro reo* ilkesi devreye sokulacaktır ki, bu arzulanan ve doğru olan bir uygulama olmayacaktır.

Bir an için daha fazla ihtiyacı olmadığı için çalabileceğinden daha az mal çaldığı ispatlansa dahi, burada çalınan mal adedinin veya türünün sayı olarak az olduğu ispatlanmış olmakla birlikte, somut vakada çalınan alın değerinin bu suçta cezanın azaltılması veya ceza vermektan kaçınmak için aranan oranda az olduğu ispatlanmış olmayacaktır. Bu ise, bu hafifletici nedenin uygulanması için ne gerekli ne de yeterlidir.

Diğer yandan içtihatlarda ve uygulamacı bazı yazarların, burada sadece malın maddi değerinin, bu kanuni hükmün uygulanması için tek ölçüt olarak kabul edilmediği, malın değerinin yanında niteliği, niceliği, özelliği, işlevi, sağlayacağı minimum ya da maksimum faydanın failde getireceği etki v.b. hususların da değerlendirilmesi gerekeceği yönündeki açıklamaların⁴³ cezada kanunilik ilkesi karşısında yerinde ve haklı olmadığı kanısındayım. Belirtilen bu hususlar, bu madde gereğince değil, temel cezanın tespit ve tayininde dikkate alınacak (m. 3 ve 62) hususlar olup, Yargıtay içtihatları ve öğretideki bazı yazarların iddiasının aksine,

43 Bkz. 2. CD. 11.06.2007, E. 2007/5509, K. 2007/8566 ve Yaşar / Gökcan / Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, s. 4219.

bu maddenin uygulanmasında dikkate alınması olanaksız hususlar değildir. Özellikle malın değerinin tespitine yönelik yargı oluşturulurken, olayın özelliği ve sanığın kişiliğinin değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş⁴⁴ kabul edilemez ve madde metniyle çelişmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere, madde metninde de ceza indirimini veya ceza vermektен vazgeçme gibi seçenekli bir olanak hakime sunulmamalı, bunlardan birisi tercih edilmeliydi. Burada ya malın değerinin azlığını (gerekirse bilirkişilik kurumundan yararlanarak) hakimnin tespitine bırakılması veya objektif bir ölçüt kabul edilmeliydi. Halen mevcut düzenleme hakime keyfi bir yetki vermektedir. Uygulamada ya ceza vermektен kaçınma olasılığı hiç işletilmeyerek ceza indirimini tercih edilecek veya yeterli bir gerekçe gösterilmeyen hallerde malın değerinin az olduğu durumda neden sanık lehine olan ceza vermektен kaçınmak olanağı tercih edilmedi diye üst mahkemelerce yerel mahkeme kararları bozulacaktır

Bu bağlamda Yargıtay'ın yabancı (özellikle mehz Alman) öğreti ve uygulamasında öncelikle dikkate alınan ve ülkemizde de az da olsa bilgi sahibi olunan *izin verilen risk* ve *failin toplumsal uygunluğu* öğretilerinden⁴⁵ ve bu öğretinin gerekleri ve sonuçlarıyla ölçütlerinden yararlanmaması büyük bir eksiklik oluşturmaktadır.

Belirtelim ki, Yargıtay TCK'nın 150/2. maddesindeki düzenlemenin uygulanmasında, kanımca suçun manevi unsuruna esasında olmayan bin anlam vererek, somut olayda failin elinde olmayan biçimde istenilenden fazla değerde malın haksız elde edilmesi halinde, istenilen miktarın değerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Örneğin Yargıtay'ın, yağma suçunu işleyen failin tehditle istediğinden fazla miktardaki malı, mağdurun korkarak vermesi durumunda failin istediği miktarı esas alarak değer tespitine gittiği gözlemlenmektedir⁴⁶. Oysa bu durumda, yağma eylemini gerçekleştiren fail fazla miktardaki değer açısından bazen doğrudan kasta bazen de olası kasta hareket ettiği halde, hareket öncesi failin amacına atıfla işlediği suçla el-

⁴⁴ 2. CD. 11.06.2007, E. 2007/5509, K. 2007/8566.

⁴⁵ Bkz. Ünver, Yener; Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 6 vd. ve 67 vd.

⁴⁶ 6. CD. 06.04.2005, E. 14968, K. 2006/3431.

de ettiği haksız değerın bir kısmının değer tespiti incelemesi dışında tutarak failin haksız yere cezasının indirilmesi hukuka aykırıdır. Kaldı ki, aynı hatalı mantıkla verilen Yargıtay kararlarında da⁴⁷, maddenin kanuni metni ve gerekçesine ile normun koruma amacına ve *ratio legis*'ine aykırı olarak ve hatta hiçbir neden ve haklı gerekçe göstermeksizin buradaki değerın tespitinde suça konu malın/paranın değerinin değil, failin amacının değerlendirmeye esas alınacağını ve bu haliyle madde metninin mülga TCK düzenlemesinden ayrıldığına karar vermiştir. Oysa, bu gerekçe ve uygulama ne bir kanuni düzenlemenin ne de bir yorum ilkesinin bir sonucudur. Yargıtay'ın belirttiğinin aksine, bu hükmün konuluş nedeni, işlenen suçla mala verilen zararın azlığının ceza indirim nedeni olmasıdır. Kanun koyucu burada faili suça iten nedenleri, suçun mağdur üzerindeki etkileri ile failin niyetini dikkate alarak bu indirim nedenini uygulamak gerektiğinde uygulamamak veya uygulamamak gerektiğinde ise uygulamak hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay bu kararlarında kıyas yasağını ihlal etmekte, kendisini kanun koyucunun yerine koyarak norma (*kanun koyucunun hatalı veya eksik ya da çelişkili düzenlemelerini olması gereken hukuka uygun uygulamak amacıyla olsa dahi*) kanun koyucunun düzenlediğinden farklı bir uygulamayı yerel mahkemelere keyfi olarak dayatmaktadır. Yargıtay'ın bir taraftan benzeri kararlarında⁴⁸, bir taraftan suç konusu malın '*değeri*'nin, bir ölçüt olduğunu kabul etmesi ve kanuni düzenlemede tıpkı mülga TCK gibi başka bir ölçüte yer vermeyerek madde bunun raic değer tespiti suretiyle uygulanmasını istediğı gerçeğı göz ardı edilmekte diğer yandan ise, hem madde metninde objektif uygulama için belirli bir ölçütün bulunmadığın hem de malın raic değerinin bu maddenin uygulanmasında tek ölçüt olmayıp failin amacı, faili suça iten nedenler, haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri gibi ölçütlerle birlikte uygulanması gerektiğini hiçbir haklı hukuka uygun gerekçe göstermeden ileri sürmektedir ki, bu kanunilik, belirlilik ve kıyas yasağı ilkeleri gibi yorum ilkelerine de aykırı bir görüştür. İşlenen suçtaki gerçekliğı, fiilen ve kasten gasp edilen malın/paranın değerini bir tarafa iterek failin saikine ve amacına atıf yapmak, hiçbir hukuki izahı bulunmayan hatalı bir uygulama olup, ceza hu-

⁴⁷ Bkz. CGK. 23.09.2008, E. 2008/5-124, K. 2008/204.

⁴⁸ Bkz. CGK. 25.03.2008, E. 2008/6-15, K. 2008/59.

kukunda amaç, saik, suçu işleme nedeni veya suç konusunun mağdur açısından maddi veya manevi etkisinin özel düzenleme bulunmadıkça önemsiz olduğu gerçeği ile de çelişmektedir. Yine failin bizzat gasp suretiyle haksız surette elde ettiği suç konusu mal veya paranın değerini bir tarafa bırakarak bazı varsayımlardan ve fiili gerçekliklerden kopuk değerlendirmeye, fail isteseydi daha değerli veya çok malı gasp edebilirdi, mağdurun verdiği ile yetindiği için, riç değerine bakılmaksızın ne kadar kıymetli olursa olsun, failin kendisine verilenle yetinip olay yerinden uzaklaşması halinde bunu temel cezanın tespit ve tayini ilkeleriyle değerlendirmeyerek suç konusu malın değerinin azlığını varsayarak ceza indirimine gidilmesi⁴⁹ de hukuka aykırıdır. Aynı sonuca ulaşan benzeri kararlarda, malın/paranın gerçek değerini, mağdurun uğratıldığı zararı değil de, failin kişiliğini ve somut olayın koşullarını dikkate alarak bu madde uyarınca ceza indirimine gidilmesinin⁵⁰ hiçbir hukuksal temeli ve izahının bulunmadığı ve yerel mahkemeleri kanunların uygulamasında bilimsel yorum kurallarına aykırı keyfi mülhazalarla uygulamaya yapmaya teşvik edici hatalı kararlar oldukları kanısındayım. Oysa, Yargıtay'ın bu kararlarına gerekçe aldığı hususlar, TCK'nın 61 ve özellikle de 62 vd. maddelerinde düzenlenen cezanın ferdileştirilmesine ve temel cezanın tayin ve tespitine ilişkin kanuni düzenlemelerdeki ölçütler ve uygulama koşullarıdır ve o kurumlar nazarında dikkate alınması ve fakat gerek TCK'nın 2. gerek 62/son maddelerine aykırı olarak, yargı kararı ile kanun maddesinin uygulanmasını veya uygulanmamasını ya da olması gerekenden farklı ve keyfi uygulanmasına kapı aralayan, hukukun birliğini ve bilimselliğini bozan uygulamalara gidilmemelidir.

11. Taammüd'ün (Tasarlama Planlama'nın) Tespiti

Yargıtay taammüd (tasarlama) cezayı ağırlatıcı nedeninin varlığını kabul için, genellikle, mülga TCK'nın son tarihli uygulamalarında olduğu gibi, teemmül teorisini uygulamaktadır. Burada, planlama ve suç kararı sonrasında belirli bir zaman aralığının geçmesi, failin olasılıkları düşünmesi, ruhi sukûnete ulaşmasına rağmen kararından vazgeçmeyerek fiili planladığı gibi gerçekleştirmesi aranmaktadır. Örneğin: “*Samığım, öl-*

⁴⁹ 6. CD. 18.01.2010, E. 2007/20776, K. 2010/260.

⁵⁰ Bkz. 6. CD. 04.04.2007, E. 2006/1314, K. 2007/4305.

dürme olayından 12 gün önce aleyhine sonuçlanan boşanma davası ve öncesinde gelişen olaylar nedeniyle, boşanma davasının istemediği şekilde neticelenmesinin bemen ardından eşini öldürme kararını verdiği, öldürme kararından sonra suç tarihine kadar geçen 12 günlük sürede ulaştığı rubi sükûnete rağmen öldürme kararından vazgeçmediği, kararını gerçekleştirmek amacıyla olay sonrasında rahatsızlıkla kaçabilmek için olay yerine geldiği ticari taksiyi olay yerinin bemen yakınında beklettiği, konuşmak bahanesiyle yaklaştığı ve o sırada evinin bahçesinde temizlik yapmakta olan maktûleye tamamı arkadan olmak üzere, ense-sine isabet edecek şekilde 7 el ateş ederek eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmalı; öldürme eyleminin tasarlayarak gerçekleştirildiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır⁵¹

12. Temel Cezanın Tayini (Kasta Dayalı Kusurun Ağırlığı)

Yargıtay kararlarına göre, belirli hallerde **kasta dayalı kusurun ağır-yoğun olarak** kabul edilmekte ve faile verilecek cezanın üst sınırından ceza verilmesi gerektiğine işaret edilmektedir: “Maktul K.’nın **yüz ve boynundan 3 mermi ile vurulduğu, katılan mağdur R.’nin sağ meme ve göbekten 2 mermi ile yaralandığı olayda, kasta dayalı kusurun ağırlığı dikkate alınarak**, TCK’nın 21. maddesinin uygulanmasında üst sınıra yakın yerine, alt sınırdan ceza verilmesi” hükmün temyiz kanun yolunda bozulması nedenidir⁵². **Her ne kadar TCK m. 61/1, b: f’de temel cezanın tespitinde “failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı” bir ölçüt olarak düzenlenmiş ise de, kast ve taksire ile kusur/kusurluluk farklı kavramlar olup, taksire dayalı kusurdan söz edilmesi hatalı olmuştur. Esasen burada cezanın üst sınırından ceza tayini için neticenin ağırlığı, zararın büyüklüğü vs. dikkate alındığına göre, bu ölçüte göre değil, aynı madde ve fıkranın e bendindeki “meydana gelen zarar veya teblikenin ağırlığı” ölçütü uygulanmalıdır.**

51 CGK. 15.12.2009, E. 2009/1, K. 2009/290.

52 1. CD. 02.11.2007, E. 2007/2252, K. 2007/8035.

B. Taksir İle İlgili Önemli Kararlar

1. Taksirin İspatı

Yargıtay taksirin tespitine ilişkin kararlarında sanığın içinde bulunduğu somut koşulları dikkate almaktadır ki, yerinde bir uygulamadır. Buna göre, sanığın neticeyi öngörmesi beklenilemiyorsa, olası bir tehlikeyi öngörmesi **sanığın yaşı, sosyal yapısı ve bulunduğu ortam dikkate alındığında sanıktan beklemek hayatın olağan akışına uygun düşmüyorsa**, sanık taksirli davranmamıştır⁵³.

Taksir öngörülebilir bir neticenin somut olayda özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle öngörülmemesidir⁵⁴.

2. Taksirli Suçlar – Haksız Tahrik Hükümü

Yargıtay taksirli suçlarda haksız tahrik nedeniyle cezada indirim yapılamayacağı görüşündedir. Örneğin: “*taksirli suçlarda tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmeyen*, tahrik nedeniyle cezadan indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini, bozmayı gerektirmiş”tir⁵⁵.

İlk bakışta doğru gibi görünen bu uygulamanın, haksız tahrik ile ilgili madde metnine bakıldığında haklı olmadığı kanısındayım. Çünkü, her ne kadar haksız tahrik hükümünün uygulandığı olayların çok büyük bir çoğunluğu failin haksız bir fiile tepki olarak işlediği suçlar ise de, haksız tahrik ile ilgili kanun maddesi bunu bir önkoşul olarak düzenlememektedir.

Kanun metni açıkça şunu düzenlemektedir: fail hakkında bu nedenle ceza indirimi yapılabilmesi için, “haksız bir fiilin meydana getirdiği ***hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında*** suç işlenmesini” şart koşmakta ve bunu yeterli görmektedir. Yani, failin haksız fiile tepki göstererek öç almaya veya mağdura bir ders vermeye kalkışması şart koşulmamakta, haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlemiş olmasını aramaktadır. Yani failin işlediği suç,

53 9. CD. 05.11.2008, E. 2008/5242, K. 2008/11946.

54 CGK. 11.05.2004, E. 2004/2-97, K. 2004/115.

55 1. CD. 01.12.2008, E. 2008/5346, K. 2008/7646.

“haksız bir fiilin oluşturduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında” işlemiş bulunması gerekir. Failin kasten hareket etmesi, plan yapması, belirli bir saikle hareket etmesi vs. bir unsur olarak madde metninde düzenlenmemiştir. ***Failin kastı veya saiki değil, suçu mağdurun haksız hareketinin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemiş olması dikkate alınmıştır. Taksirli bir suçta da, fail kendisi veya bir yakınına yönelik haksız bir eylemin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında iken ve hatta bu hiddet veya elemin yol açtığı taksirli hareketle de işlemiş olabilir. Bu tür olaylarda da haksız tabrik hükümünün fail lehine uygulanması gerekir.***

3. Bilinçli Taksir⁵⁶

Yargıtay bilinçli taksirin varlığını kabul etmek için şu ölçütleri kabul etmektedir: **meskun mahalde geceleyin, hızlı araç kullanmak⁵⁷, uykusuz ve trafik kurallarını dikkate almadan araç kullanmak⁵⁸, alkollü araç kullanmak⁵⁹, sürücü belgesi olmadan ve aşırı hızlı araç kullanmak⁶⁰**. Oysa bu olaylarda, gerek somut olayda neticenin öngörülmemiş olunması gerekse bilinçli taksir için gerekli koşulların aranmayarak bilinçsiz taksirle yapılan hareketlerin bilinçli taksir olarak kabul edilmesi hukuka aykırı bir uygulamadır.

Çünkü, özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle öngörülebilir bir netice öngörülme ve ağır neticeler meydana gelse dahi, somut olayda neticenin öngörülme koşulu gerçekleşmemişse, bilinçli taksirin varlığından söz edilemez. Buna karşılık bu netice öngörülürse, taksirli hareketle neticeye neden olma fiilinin bilinçli taksirle meydana getirildiğinin kabulü gerekir⁶¹.

⁵⁶ CGK. 11.05.2004, E. 2004/2-97, K. 2004/115.

⁵⁷ 9. CD. 19.09.2007, E. 2007/16, K. 2007/6502. Aynı yönde: 17.10.2005, E. 2005/4701, K. 2005/7559.

⁵⁸ 9. CD. 26.09.2006, E. 2005/3763, K. 2005/6440.

⁵⁹ 9. CD. 12.05.2005, E. 2005/3763, K. 2005/6440. Aynı yönde: 9. CD. 28.01.2009, E. 2007/5379, K. 2009/844; 9. CD. 16.04.2009, E. 2007/10751, K. 2009/4420.

⁶⁰ 9. CD. 19.09.2007, E. 2007/16, K. 2007/5602. Aynı yönde: 9. CD. 06.11.2007, E. 2007/2946, K. 2007/7935.

⁶¹ CGK. 25.03.2008, E. 2008/9-43, K. 2008/62.

Yargıtay, özellikle sanığın **aşırı alkollü olarak virajlı yolda süratli seyredip** ölüme sebebiyet vermesi olayında, **bilinçli taksirin** varlığını kabul etmektedir⁶². Başka bir olayda, “**samğın alkollü bir şekilde, meskun mahalde, yağışlı havada, aşırı hızla seyrederken kavşağa geldiğinde hızını azaltmayarak kavşak içinde önünde seyreden bisiklete arkadan çarparak sürücüsünün ölümüne neden olduğu olayda bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu**”na karar vermiştir. Oysa, burada yapılan bir hareketin neticesinin öngörülmesi, buna rağmen hareketlerin icrasına devam edilmesi ve olası kasttan ayırt edici biçimde öngörülüp istenmeyen neticenin meydana gelmemesi için bir çaba söz konusu değildir. **Fail taksirli hareket etmiş ve neticeye neden olmuş bulundu için, bilinçli taksir değil bilinçsiz taksirin varlığı kabul edilmelidir**. Bilinçli taksirin varlığını kabul, bu olayda, failin taksirli sürüş hareketinin neticeye somut olayda neden olma olasılığını öngörmüş olmasına karşılık, hareketlerine devam etmesi ve neticeyi engelleyici çaba sarf etmiş olması halinde mümkündür⁶³.

Yine **Yargıtay**, başka bir kararında bilinçli taksir konusunda şu kararı vermiştir: “*Silahlı özel güvenlik eğitimi alan ve silahın tehlikelerini bilmesi gereken sanığın, gerekli özen ve dikkati göstermeyerek fişek yatağında mermi bulunan ve mandal emniyeti açık olan silahını şaka amaçlı maktule yönelttiği, silahın her an ateş alabileceğini öngörmesi gerektiği, ancak tetiği iradi olarak çekildiğini gösteren kesin ve inandırıcı delillerin bulunmadığı anlaşılmakla, eylemin “bilinçli taksirle öldürme” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlışlığa düşülerek, yazılı biçimde “olası kastla öldürme” suçundan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*”⁶⁴. Oysa bu karara konu olayda ne olası kast ne de bilinçli taksirden söz edilemez. Bilinçli taksir failin öngörmesi gerekeni öngörmemesi değil, öngördüğü halde istemediği neticeyi meydana getireceği davranışı yapması ve istenmeyen neticenin gerçekleşmemesi için azami çaba sarfetmesi ve olası kast ise, failin öngördüğü (ve istenmeyen) neticenin gerçekleşebilmesi olasılığına rağmen neticeyi kabullenmesi ve davranışlarını gerçekleştirmekten kaçınmamasıdır. Oy-

⁶² 9. CD. 06.11.2007, E. 2007/2946, K. 2007/7935.

⁶³ 9. CD. 12.11.2007, E. 2007/4840, K. 2007/8117.

⁶⁴ 1. CD. 20.05.2009, E. 2008/7778, K. 2009/2858.

sa olayda, failin neticeyi öngörmemesi, neticenin iradi olmadığı ve failin olası kastla hareket etmediği biçimde yorumlanırken aynı gerekçenin bilinçli taksirin varlığının da reddini gerektirdiği göz ardı edilerek, olası kastın varlığını kabul edilmesi hukuka aykırı olmuştur.

Çünkü **Yargıtay** bilinçli taksirde ilginç bir ölçütü esas almakta ve failin neticeyi öngörmüş olmasını değil, öngörmemesinin gerekliliği hususunu dikkate alarak, eğer dışarıdan yapılan objektif değerlendirmeye göre öngörülebilir bir netice ise, bilinçsiz taksir değil bilinçli taksirin varlığını kabul etmektedir ki, bu görüş kabul edilemez⁶⁵.

Yargıtay münferid bazı kararlarında daha yerinde olarak, **sürücü belgesiz araç kullanma başlı başına suçun bilinçli taksirle işlendiğini göstermeyeceği** gibi, sanığın 3,5 metre genişliğindeki ham yolda direksiyon hakimiyetini kaybederek kullandığı traktör ve römorkun devrilmesine neden olması şeklinde gelişen olayda da bilinçli taksirin koşullarının bulunmadığına karar vermiştir⁶⁶.

Yargıtay bilinçli taksire ilişkin uygulamalarında, gerçekte aramsı gereken 'somut olayda istenmeyen neticenin öngörülmesi' koşulunu aramamaktadır. Yargıtay, eğer netice ağır veya vahim ise, failin önceki tecrübelerine göre bir neticeyi öngörmesi gerekli ise, bilinçli taksiri kabul etmektedir ki, aynı kararlarında sürekli tekrarladığı ve bilinçsiz taksiri tanımlamak için kullandığı 'kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi' ölçütünü sadece formalite olarak karar gerekçesinde belirtmekte ve fakat kararlarına konu somut vakalarda failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi durumunda, somut faili esas olarak bu kişinin o neticeyi öngörmesi gerektiği ve eğer bunu öngörmeden hareket etmişse riski üstlendiğini belirterek bilinçli taksiri kabul etmektedir⁶⁷. Öncelikle netice öngörülmemişse bilinçli taksirden söz edilemez. Failin geçmişte benzer olaylarla karşılaşması veya bilgili-tecrübeli olması bu durumu değiştirmez. Kaldı ki, eğer netice ne olursa olsun kanısıyla yapılan hareketle meydana getirilmiş ise, o zaman neden

65 1. CD. 30.01.2008, E. 2007/8615, K. 2008/453.

66 9. CD. 30.12.2008., E. 2008/18994, K. 2008/14593. Aynı yönde: 9. CD. 17.03.2009., E. 2007/7536, K. 2009/3112.

67 CGK. 06.10.2009., E. 2009/9, K. 189-220.

olası kastın kabul edilmeyerek bilinçli taksirin kabul edildiğinin de izah edilmediği ve gerekçe gösterilmediği gibi, Yargıtay kararlarında bu iki kavramın net olarak açıklanmadığı görülmektedir.

Bu nedenle, bilinçli taksir için neticenin somut olayda öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasını, bilinçsiz taksir için öngörülebilir bir neticenin özen yükümlülüğüne aykırılık olarak öngörülmemesi ve failin tehlikeliliğinin tek başına bilinçli taksirin varlığını kabule yeterli olmadığı yönündeki kararları⁶⁸ yukarıda belirttiğim karara nazaran çok daha yerinde ve hukuka uygun buluyorum. Örneğin: “Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür. Somut olayda; Denizli il merkezinde çift yönlü olarak kullanılan ve akşam saatleri olması itibarıyla de iyice kalabalıklaştığı anlaşılan olay yeri caddede, yasal hız sınırı olan 50 km ile gidildiğinde bile sorun yaşanabileceği açıkça ortada iken, saatte 86 ila 92 km. arasında bir hızla seyreden sanık, birisine çarparak onun ölümüne neden olabileceğini öngörmüş, ancak şoförlük yeteneklerine, şansına ve yoldan geçen insanların kendilerini araçtan koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvenmek suretiyle hiç istemediği neticenin meydana gelmesini engelleyecek objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmamış, bu bağlamda hızını azaltmamıştır. Bu nedenle, meydana gelen ölüm olayında sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekir. Suçun “basit taksirle mi” yoksa “bilinçli taksirle mi” işlendiğinin belirlenmesi açısından, ölenin de kusurlu olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çünkü kusurun olup olmadığının veya derecesinin tespiti, hakim tarafından manevi unsur saptandıktan sonra, cezanın belirlenmesi aşamasında yapılması gereken bir işlemdir”.

Yargıtay’ın hiç kabul edilemeyecek bir uygulaması ise, bilinçli taksirin tespitinde somut olayda failin *taksirinin varlığı ile bilinçli taksirin tespitini birbirine karıştırdığı* ve ***bilinçli taksirin varlığını tespit***

68 CGK. 24.11.2009, E. 2009/9, K. 185-273.

için “sanığın yaşadığı yörenin sosyal ve ekonomik koşulları, eğitimi ve kültürel durumu”⁶⁹ gibi ölçütleri esas almasıdır.

Yargıtay bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayırmak için, bilinçli taksiri şöyle tanımlamaktadır. “*Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin tehlike hali ile bir tutulamaz; neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu neticeyi meydana getirecek harekette bulunmamakla özellikle görevlidir*”⁷⁰. Ancak belirtelim ki, Yargıtay somut olayda sanığın maktule zarar verebileceğini öngördüğünün kesin olarak ispatlanmadığı karara konu olayda, sırf sürücü failin çok süratli araç kullanmasını ve geçiş üstünlüğü kendisinde olamamasına rağmen kavşağa çok süratli biçimde girerek başkasına çarpması olayında, sanığın neticeyi öngörmüş ve suna rağmen hızını azaltmamış olduğunun kabulü (varsayımı) gerektiğine karar vermiştir. Oysa, **sadece hızlı veya tehlikeli hareket yapmış olması bir kimsenin bilinçli taksirle hareket ettiğini göstermez. Meydana gelebilecek bir neticeyi görmek, süratli araç kullanan bir sürücünün başkasına çarpacağı, kavşaktan birisinin çıkabileceği vs. demek değildir.** Bu esasen bilinçsiz (adi=şuursuz) taksire dayalı bir harekettir. **Bu nedenle, hareketin tehlikeliliğinden hareketle neticenin öngörülmüş olduğunun varsayılarak bilinçli taksirin varlığını varsaymak ve cezayı artırmak gerektiği yönündeki bu kararı haklı bulmuyorum.** Bu karara konu olayda, bilinçsiz taksirin kabul edilerek TCK. m. 61 göz önünde tutularak temel cezanın tayini gerekirdi.

Yargıtay’a göre, “bilinçli taksirde, neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı, talih, bilgi, yetenek, deneyim vb. gibi çeşitli etkenler olabilir”⁷¹.

69 9. CD. 14.06.2007, E. 2007/325, K. 2007/5265.

70 CGK. 25.03.2008, E. 2008/9-43, K. 2008/62.

71 CGK. 11.03.2008, E. 2007/9-275, K. 2008/49.

Buna karşılık, **nadiren de olsa**, yalnızca “*sanığın taksirinin yoğunluğu ve meydana gelen sonucun ağırlığı*” gibi gerekçelerle, bilinçli taksirin varlığını kabul eden yerel mahkeme kararları da Yargıtay tarafından bozulmaktadır⁷² ki, bu uygulama çok yerindedir.

4. Taksirin – Kusurun Paylaştırılması

Mülga kanun zamanındaki uygulama ve mülga kanun zamanında işlenen bir suça ilişkin günümüzdeki bir yargılamada Yargıtay, kanımca TCK'nın izin vermemesine karşılık uygulamayı Kanunun gereği olarak kabul ettiği ve taksirli fiillerde neticeye katkı oranına göre failer arasında ceza miktarında belirli oranda indirimine gidilmesi veya ceza miktarının failer arasında paylaşılması uygulamasına⁷³, artık TCK'nın 22/4-5. maddesindeki daha açık hükümler karşısında, **ceza miktarının failer arasında 8/8 üzerinden paylaşılması uygulamasına son verilmek zorunludur**. Burada esasen paylaştırılan şey, taksir olmayıp, her failin taksirli neticeye katkısının belirlenmesi ve bunun ceza tayinine yansıtılması uygulamasıdır.

5. TCK m. 22/6 Uygulaması

TCK'nın 22/6. maddesi şu hükmü düzenlemektedir: “Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, **münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından**, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir.”

TCK m. 22/6 taksirle neden olunan neticenin failin kişisel ve ailevi durumu açısından artık failin bir cezaya mahkum edilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması halinde, sanığa ceza verilemeyeceği yönündeki hüküm, maddenin metnindeki yanlışlıklar yanında, uygulanması açısından da suiistimal derecesinde hatalı uygulanmaktadır.

Yargıtay birçok kararda, **sanık ile mağdurun kardeş olduklarına, aynı binada anne ve babalarıyla birlikte oturup ticaretle uğraştık-**

72 9. CD. 11.05.2005, E. 2005/2498, K. 2005/2001.

73 Örneğin CGK. 20.05.2008, E. 2008/9-51, K. 2008/117.

larına dikkat çekerek, taksirle kardeşinin ölümüne yol açan failin ölümüne yol açtığı kardeşinin çocukları ve dul kalan eşinin ekonomik ihtiyaçlarını karşılaması ve Sosyal Güvenlik kurumuna olan birikmiş borçlarını üstlenmesi ve olay nedeniyle diğer aile fertleri gibi üzülmeye ve hatta ölen kimsenin eşinin (resen kovuşturulan bir suçta) şikayetçi olmamasına dikkat çekerek, failin TCK m. 22/6 uyarınca cezalandırılmaması gerektiğine, hatalı olarak, karar vermiştir⁷⁴.

Nitekim **Yargıtay**'a göre, sanığın sosyal ve ekonomik durumu, aile yapısı ve ilişkilerin, aile bireylerine karşı yükümlülükleri değerlendirildiğinde, taksirle kardeşinin ölümüne neden olan, kardeşinin ölümünden sonra kardeşinin dul kalan eşi ve çocuklarına gıda yardımı yapan sanık hakkında "ceza verilmesine yer olmadığı" kararının verilmesi gerekir⁷⁵. Bu madde hükmü, suç sonrası mağdur veya mirasçılara ya da suçtan zarar görenlere maddi yardım yapılması halinde faile ceza verilmemesini sağlayan bir madde değildir. Bu uygulama keyfilik niteliğinde olup, hukukun temel ilkeleri olan eşitlik, genel uygulama ve adalet ilkeleriyle olduğu kadar devletin ceza verme görevi, ceza hukukunun amaçları ve özellikle de somut pozitif normun kabul ediliş amacı ve gerekçesiyle bağdaşmamaktadır. Bu uygulamaya son verilmelidir. Bu madde üzerinden, yargıç kendisini kanunkoyucu yerine koymamalı, yargıcın dağıtacağı adalet, normu istediği gibi keyfi yorumlayarak, çeşitli suiistimallerle kapı aralayarak ve gerekçede pozitif normdan söz edip gerçekte norm dışı bir uygulamayla sosyal hayatı veya geride kalan aile bireylerinin geçimini sağlamak değildir.

Keza Yargıtay, başka bir kararında **ölenin, sanığın oğlu, yaralanmanın da yeğeni olması ve şikayetin bulunmaması** karşısında, taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması halinde faile ceza verilmeyeceğini düzenleyen TCK'nın 22/6. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesini istemiştir⁷⁶. Ayrıca, Yargıtay'ın **ölenin**

⁷⁴ 9. CD. 17.03.2009, E. 2007/7536, K. 2009/3112.

⁷⁵ 9. CD. 30.12.2008, E. 2008/18994, K. 2008/14593.

⁷⁶ 9. CD. 27.04.2006, E. 2006/1060 K. 2006/2464. Aynı yönde: 9. CD. 01. 11. 2006., E. 2006/4416, K. 2006/5603.

sanığın üvey kızı olması ve sanık tarafından bakılarak büyütülüş olması, TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılması ve bu hükmün uygulanarak faile ceza verilmesi yönünde kararları da vardır⁷⁷.

Kanımca, failin üzülmeye veya suçtan zarar gören bir kimsenin re'sen kovuşturulan bir suçta şikayetçi olmaması, ölen kimseye maddi yardım yapılması veya borçlarının üstlenilmesi, bu madenin uygulanarak faile taksirli suçu nedeniyle ceza verilmemesine bir gerekçe olamaz.

Diğer yandan, **Yargıtay'ın sanığın taksirli eylemi sonucunda sanık dışında başkaları da zarar görürse, TCK'nın 22/6. maddesinin koşullarının oluşmadığına karar vererek, bu madde hükmünden sanığı yararlandırmaması⁷⁸ uygulaması da bataldır. Sanık dışında başka bir kimsenin olayda zarar görmesi TCK. m. 22/6'nın uygulanmasına engel değildir**. Örneğin Yargıtay, sanığın çıkardığı "yangının sanığın kendi evi dışında komşusu olan kardeşinin oğluna ait ev ve samanlığa da sirayet ettiğinin anlaşılması karşısında 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesindeki koşulların gerçekleşmediğine" karar vermiştir⁷⁹. Aynı yönde: "sanığın kiracısı olduğu evin çatısının yanmış olması karşısında, yangında sanık dışında başkalarının da zarar gördüğünün anlaşılması nedeniyle somut olayda 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanun'a aykırı"dır⁸⁰.

Yukarıda da değinildiği üzere, **Yargıtay** birçok kararında, gerek ceza hukuku ilkelerine gerek ceza normları ve diğer hukuk normlarının amaçlarına aykırı olarak, **belirli akrabalık ilişkilerini veya fail ile mağdur ya da suçtan zarar gören arasındaki maddi açıdan desteklemek, bakımını üstlenmek, akrabası olmak gibi ilişkiler nedeniyle bu hükmü uygulayarak, hem suç işleyen hem belirli statüsü nedeniyle çok daha fazla özen yükümlülüğünü ihlal eden kimselere**

77 9. CD. 19.12.2006, E. 2006/5431, K. 2006/7415.

78 9. CD. 19. 04. 2007, E. 2006/7496, K. 2007/3466. Aynı yönde: 9. CD. 18.04.2007, E. 2006/9230, K. 2007/3423; 9. CD. 22.04.2007, E. 2006/7496, K. 2007/3466; 9. CD. 12.03.2007, E. 2006/6778, K. 2007/1941.

79 9. CD. 18.04.2007, E. 2006/9230, K. 2007/3423.

80 9. CD. 19.04.2007, E. 2006/7496, K. 2007/3466.

ceza verilmemesini ve dolayısıyla da en azından taksirle suç işlediği halde cezalandırılmama yolunu açan hatalı bir uygulama yapılmaktadır.

Bu maddeye ilişkin kararlarında Yargıtay uygulamalarında bazı temel hatalar vardır. Bunları şöyle belirtebiliriz:

- 1) **Yargıtay hatalı olarak bu maddeyi sadece fail ile mağdur arasında belirli bir akrabalık ilişkisinin bulunduğu durumlarda uygulanacak ve fakat bunun dışında uygulanamayacak bir hüküm olarak değerlendirmiştir.** Oysa, madde metni dikkatli incelendiğinde bunun gerekli veya zorunlu olmadığı görülür. Önemli olan fail ve mağdur arasındaki bu tür bir ilişki değil, mağdurun kişisel ve ekonomik durumudur. Maddedeki düzenleme akrabalar arası işlenen taksirli suçlarda uygulanacak bir cezasızlık ve/veya ceza indirimi nedenini değil, başkasına karşı işlenen ve doğal olarak başkalarının da zarar gördüğü bir olayda, sanığın da münhasıran (sadece) kişisel ve ailevi durumu açısından mağdur olmasını bilinçsiz taksirli suçlarda cezasızlık ve bilinçli taksirle işlenen suçlarda ise ceza indiriminin (istenirse uygulanacak ve istenmezse uygulanmayacak nitelikte bir) ceza indirimi nedeni olarak düzenlemiştir.
- 2) Diğer yandan **Yargıtay, fail ile mağdur arasında akrabalık varsa ve fail mağdur veya yakın akrabalarının geçimine katkı sağlıyorsa, mağdur veya maktulün sanıkça bakılıp büyütülmüş olmasını ve mağdurun şikayetçi olmamasını, bu maddeyi uygulayarak ceza verilmemesi yolunu tercih etmektedir.** Yani, *Yargıtay bu hükmü, genelde sanığın çocuğu, kardeşi, eşi vs,nin yaralandığı veya öldüğü durumlarda veya sadece sanığın zarar gördüğü ve fakat başkasının zarar görmediği olaylarda⁸² uygulamayı tercih etmektedir.* Oysa, akrabanın veya geçimi sağlanan kimsenin her mağdur olduğu durumda bu

81 9. CD. 06.11.2006, E. 2006/4199, K. 2006/5793; 9. CD. 08.11.2006, E. 2006/3492, K. 2006/5950; 9. CD. 29.11.2006, E. 2006/5841, K. 2006/6682; 9. CD. 19.12.2006, E. 2006/5431, K. 2006/7415; 9. CD. 24.10.2007, E. 2007/2904, K. 2007/7418.

82 9. CD. 08.03.2007, E. 6502, K. 2007/1927. Aynı yönde: 9. CD. 08.03.2007; E. 2006/6502, K. 2007/1927.

madde uygulanırsa, bu tür yakın akrabalara karşı işlenen taksirli suçlar fiilen hiç cezalandırılmayacak hüküm niteliğine kavuşturulacaktır ki ne maddenin *ratio legis* ne ilgili suçlarla korunan hukuksal değer ne de ceza hukuku ilkeleri bu uygulamayı desteklemez.

Yargıtay'a göre, **“bu hükmün uygulanabilmesi için, meydana gelen neticenin sanığın mağduriyetine yol açması, bu mağduriyetin sanığın cezalandırılmasını gereksiz kılacak düzeye ulaşması gerekmektedir.** Öte yandan, *mağduriyet kavramı* maddede, “ ... **münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu” ile ilişkilendirilmiştir.** Bu itibarla, taksirle sebebiyet verilen neticenin sadece, sanığın bizzat kendisinin veya eşi, anne-babası, çocukları, kardeşleri gibi yakınlarının yahut benzer ilişki oluşturabilecek düzeyde insani bağ ve yakınlığı olan ve aile kavramına dahil edilmesi mümkün bulunan kişilerin, örneğin; bakıp büyüttüğü, birlikte yaşadığı kişilerin mağduriyetine yol açması gerekir”⁸³. *Oysa, bu madde hükmü içindeki ‘münhasıran’ ifadesi, sadece sanığın veya sanık ile birlikte akrabalarının zarar görmesine işaret etmemekte, sanığa ceza vermemek için kanunkoyucunun madde metninde belirttiği “kişisel durum” ve “ailevi durum” ölçütlerinin sanıkla ilgili olması gerektiğini ifade etmek için kullanılmıştır.* Bu ifadelerin, sanıkta bu belirtilen ölçütler var iken, ayrıca sanık ve/veya sanığın akrabaları dışında, örneğin mağdur veya üçüncü kişilerin zarar göresi halinde bu hükmün sanık hakkında uygulanmasını engellemediği düşüncesindeyim. Bu nedenle, Yargıtay'ın belirttiğim içtihatlarına katılmıyorum.

6. Netice Nedeniyle Ağırlaşan Suçlarda Taksir ve Kastın Bir Araya Gelmesi (?) (TCK m. 23)

Yargıtay bazen, **hem neticenin öngörülmesine karşılık** bu unsur değerlendirme dışında tutmaktadır **hem de** TCK'nın 23. maddesinin ancak kasten işlenen suçlarda söz konusu olabileceğini göz ardı ederek, **kasten yapılan bir yaralama eyleminde neticenin ağırlaştığı olayda hem TCK'nın hem 23. maddesine hem de taksirle ilgili 22/3. maddesini uygulamaktadır**⁸⁴ **ki, bu kabul edilemez.** Örneğin: Yargıtay-

⁸³ 9. CD. 30. 12. 2008., E. 2008/18994, K. 2008/14593.

⁸⁴ 1. CD. 28. 03. 2007., E. 2007/693, K. 2007/2059. Aynı yönde: 1. CD. 25. 05. 2006., E. 2006/894, K. 2006/2130.

Yargıtay'ın bu kararına da katılmak çok güçtür: “Dosya kapsamından, sanığın iş ortağı olan maktule, kronik kalp hastalığı olduğunu bilmesine karşın olay günü basit derecede etkili eylemde bulunduğu, inzimam eden olayın stresi ve eforu sonucunda gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana geldiği, ölüm sonucunu istememekle birlikte öngördüğü anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK'nın 22/3, 23, 85. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği düşünülmeden yazılı hüküm kurulması; Bozmayı gerektirmiş...”⁸⁵. **Oysa burada failin olası kast ile mi yoksa bilinçli taksir ile mi hareket ettiğinin tartışılması gerekirdi.** Çünkü somut olayda, failin mağdurda önceden var olan bir kronik kalp hastalığı nedeniyle ölebileceğini öngördüğü (failen öngörmüş bulunduğu) hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın bu tür olaylardaki tutumu kural olarak şu şekildedir: “Sanıklar ile maktulün komşu oldukları anlaşıldığına göre sanıkların maktuldeki kalp damar rahatsızlığını önceden bilip bilmediklerinin araştırılması, bildikleri tespit edildiği takdirde 5237 sayılı TCK'nun 22/3, 85. maddeleri uyarınca, **bilinçli taksirle** öldürme suçundan, bilmedikleri tesbit edildiği takdirde 22/1, 85. maddeleri uyarınca, taksirle öldürme suçundan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması”⁸⁶ gerekir. Yani, Yargıtay'a göre, kasten yaralama suçunu işleyen bir kimse, mağdurun önceden bir hastalığı olduğunu biliyorsa, yaralama eylemi sonucunda mağdur hem sanığın eylemi hem kendi rahatsızlığı nedeniyle ölmüşse, failin bilinçli taksir ve netice nedeniyle ağırlaşan suç tipleri uyarınca (TCK'nın 22/3, 23 ve 86/2. maddeleri delaleti ile 85. maddesi uyarınca) ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerekir⁸⁷.

Örneğin **bu tür vakalarda neden olası kastın varlığının kabul edilmediği genellikle hiç tartışılmamaktadır**⁸⁸. Oysa, sanık mağdurdaki hastalığı bilerek hareket etmiş ve doğabilecek ağır netice açısından olası kast ile hareket etmiş olabilir.

⁸⁵ 1. CD. 10.05.2006, E. 2006/685, K. 2006/1921. Aynı yönde: 1. CD. 28.11.2006, E. 2005/2498 K. 2005/2001; 1. CD. 28.11.2006., E. 2005/2324, K. 2006/5242; 1. CD. 22.05.2007, E. 2006/5796, K. 2007/3947. Karş. 1. CD. 19. 11. 2007., E. 2006/6519, K. 2007/8520; 1. CD. 28. 11. 2006., E. 2006/3677, K. 2006/5255.

⁸⁶ 1. CD. 06.03.2007, E. 2005/2034, K. 2007/1109. Aynı yönde: 1. CD. 28.03.2007, E. 2007/693, K. 2007/2059; 1. CD. 29.05.200, E. 2007/2484, K. 2007/4236; 1. CD. 02.04.2008, E. 2007/9444, K. 2008/2549.

⁸⁷ 1. CD. 01.04.2008, E. 2007/1030, K. 2008/2511.

⁸⁸ Örneğin 1. CD. 22.05.2007, E. 2006/5796, K. 2007/3947.

Yargıtay sanığın kasten gerçekleştirdiği hareketi kabul etmesine karşılık, aynı zamanda aynı eylemde taksirin de varlığını kabul etmektedir. Bu içtihadı göre, suçun netice nedeniyle ağırlaştığı hallerde hem netice nedeniyle ağırlaşan suça ilişkin TCK m. 23 hem de mağdurda var olan hastalığın önceden fail tarafından bilinip bilinmemesine göre, bilinçli veya bilinçsiz taksire ilişkin 22/2 veya 22/3. maddelerin uygulanmasına karar vermektedir⁸⁹.

Oysa tek bir hareket veya eylemde hem kast hem de taksir olmaz. Yani, hareketin kasten yapılması ve aynı harekette, netice ağır veya farklı dahi olsa, hem kast hem de taksirin birleşemeyeceği gerekçesiyle, burada kasten gerçekleştirilen suçun netice nedeniyle ağırlaştığını kabul etmek ve sorumluluk için klasik suç teorisinden veya kanımızca daha doğru olarak fiilin objektif isnadiyeti teorisinden yararlanmak gerekir.

Yargıtay, eski tarihli kararlarında da, istenmeyen ağırlaşmış neticenin meydana getirilmesi açısından kast-taksir kombinasyonunu aramadığı ve failin ağır netice açısından en azından taksir derecesinde bir manevi unsurla (kanundaki ifadeye göre taksir derecesinde kusurla) hareket edip etmediği araştırılmaksızın ve sadece hareketle netice arasındaki nedensellik bağının tespitiyle ceza sorumluluğunun ağır neticeye göre belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir⁹⁰.

Yeni tarihli Yargıtay kararlarında mülga TCK'ndan farklı olarak objektif sorumluluğa son vermek için yeni TCK'nın bu netice nedeniyle ağırlaşan suç kavramını ilk kez ceza hukukumuzda soktuğu gerçeğe aykırı olarak, geçmiş öğretisi ve Yargı uygulamasından habersizce ve öğretilerdeki bir grup taraflı ve her ne pahasına olursa olsun TCK'nın hükümlerinin üstün nitelikli ve kusursuz düzenlendiği propagandasını tekrarlayan ve gerçekte yıllardır var olan ve öğretisi ve uygulamada yüzlerce karar ve esere konu maddi gerçekliği inkar eden bir görüşü tekrarlamak yanlışlığına düşme pahasına öğretilerdeki bazı yazarların eserlerinden pasajları kararlarına geçirmek suretiyle hem açıklamaları hem aynı örnekleri kopya eden kötü örnek ve sistem bekçiliği yapan yazarların her

⁸⁹ 1. CD. 22.05.2007, E. 2006/5796, K. . 2007/3947. Aynı yönde: 1. CD. 06.03.200, E. 2005/2034, K. 2007/1109.

⁹⁰ Bkz. CGK. 15.05.1989, E. 124, K. 183.

açıklamasını tek doğru gibi nakilden başka işlevi olmayan kararlara⁹¹ karşılık, bizatihi bu kararlarda dahi, yeni düzenlemenin koşul ve unsurlarının ne olduğu, madde metninin gerçekten var olduğu gibi uygulanmasının imkansızlığının nasıl giderilebileceği ve bu kavramının neresinin yeni olduğu ile objektif sorumluluğu nasıl önleyebileceğine ilişkin en ufak açıklamalara rastlayabilmek mümkün değildir.

7. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Yargıtay meşru müdafaa içinde bulunan bir kimsenin kendisini savunurken **sırf failin mağdura yönelik fazla sayıda ateş etmesini, hem sınırın taksirle aşıldığı (TCK m. 27/1) ve hem de failin bilinçli taksirle hareket ettiği (TCK m. 22/3) olarak değerlendirmiştir⁹².**

Somut olayın diğer koşullarına ve özellikle de TCK 27/1 ve 27/1'nin koşullarının somut olayda olup olmadığını incelenmeden, kendisini savunan kişiden her zaman az sayıda ateş etmesini beklemek haklı bir beklenti olamaz. **Sanık çok korkmuş, panik veya heyecanla hareket etmişse, TCK m. 27/2'nin uygulanması düşünülmelidir.** Kaldı ki, somut olayda saldırıya maruz kalanın mazur görülebilir bir heyecan, panik., korku ile hareket etmediği ispatlanmadan, sadece çok sayıda ateş edilmişse bilinçli taksirin varlığını kabul etmek, TCK.m. 27/2'nin uygulanma alanını daraltmak için ispat yükümlülüğünü tersine çevirmek anlamına gelmektedir.

8. Anayasa Mahkemesi'nin Uygulamalarından İki Örnek

a) Olası Kastta Ceza İndirimi / Anayasa Mahkemesi Kararı

TCK'nın 21/2. maddesin'in Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali davası açılmış ise de, Anayasa Mahkemesi bu hükmün iptali istemini reddetmiştir⁹³. Bu kararda Anayasa Mahkemesi tarafından olası kast halinde failin cezasının doğrudan kasta nazaran indirilmesini sonucu ve gerekçesini değil, karşıoy gerekçelerini yerinde buluyorum. Bu karara muhalif kalan üyelerin belirt-

91 Örnek olarak bkz. CGK. 20.11.2007, E. 2007/5-142, K. 2007/240.

92 1. CD. 30.05.2007, E. 2006/5834, K. 2007/4280.

93 AY. MahK. 19.02.2009, E. 2005/107, K. 2009/23.

tikleri gibi, olası kast halinde ceza indirimine gitmek, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırıdır ve bu düzenlemenin makul ve hukuksal bir gerekçesi yoktur. Belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesinde 'ulusal politika'ya, 'ülkenin sosyal ve kültürel yapısı ile etik değerlerine ve ekonomik hayatın gereksinimleri'ne atıf yapılmasını ve keyfilikten farkına değinmeksizin kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi olduğunu belirten ifadelere yer verilmesini yerinde bulmuyorum. Uluslararası hukuk, ihlal edilen hukuksal değer, ihlalin tür, biçim, gerçekleştirilme şekli ve ağırlığına dikkat etmeden içerik olarak ne anlama geldiği belirtilmeksizin 'kast türünde kusur' ve 'haksızlık içeriği' nedeniyle doğrudan kasta nazaran daha az ceza verilmesi gerektiği belirtilerek düzenlemenin iptal edilmemesi yerinde olmamıştır. Mahkeme 'kast türünde kusur'dan neyi anladığını açıklayamadığı gibi, 'olası kastın haksızlık içeriği'nden de neyi anladığını ortaya koyamamıştır. Bu düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı keyfiliğe ve eşitsizliğe yol açmış, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlı bir yetki olduğunu gözden kaçırmış, ülkenin koşulları gibi muğlak bir ölçüte itibar etmiş, evrensel hukuka aykırı tutum takınmış ve temel hakların korunması açısından Devletin görevini yerine getirirken cezanın tür ve miktarının belirlenmesindeki ölçütleri göz ardı etmiştir.

b) Netice Nedeniyle Ağırlaşan Suç Düzenlemesinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davası Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi netice nedeniyle ağırlaşan suça ilişkin TCK. m. 23 düzenlemesini objektif ceza sorumluluğunu engellemek için kabul edildiğini belirtmekle birlikte, bu düzenlemenin esasında bir genel hüküm olduğu gerçeğine aykırı başlığındaki tekil suça işaret eden ibareyi, aynı eylemde suçun hem taksir hem kast manevi (sübjektif) unsurlarının nasıl gerçekleşeceğini, taksirli suçlarda netice nedeniyle ağırlaşan suçlara ilişkin düzenlemeyi içermemesinin sakıncalarına değinmemiştir.

94 Ay. Mah K. 19.02.2009, E. 2006/72, K. 2009/24.

Madde metninin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, kanun hükmünün yanlışlığını, eksikliğini ve önemli çelişki ve hatalı içeriğini ortadan kaldırmamaktadır. Yapılması gereken şey, maddenin değiştirilerek hem bunun genel hüküm olduğu gerçeği ile çoğul suç başlığına kavuşturulması, taksirli suçlarda netice nedeniyle ağırlaşan neticelerden sorumluluğa ilişkin kural içermesi ve tek eylemde kast ve taksir gibi iki ayrı manevi unsurun bir arada gerçekleşeceği hayali düzenlemesine son verilmesidir.

Bunlar yerine, şart teorisine dayalı nedensellik teorisinin uygulanması sonucunda tespit edilen nedensellik bağına ilaveten fiilin objektif isnadiyeti teorisini esas alan sorumluluk kuramını madde metnine eklemek gerekir.

Buna karşılık uygulamada ise, genellikle sadece nedensellik bağının varlığı-yokluğu olgusuna bakılarak sonuca ulaşılmaktadır. Nedensellik bağı yoksa fail ağır neticeden sorumlu tutulmamakta, nedensellik bağı var ise fail ağır neticeden belirtilen hüküm gereğince sorumlu tutulmakta ve fakat birden fazla nedensel etki varsa o da göz önünde tutularak diğer kişilerin ceza sorumluluğuna da gidilmektedir. TCK m. 23 gibi bir hüküm mülga TCK'nda bulunmakla birlikte, aynı uygulama mülga TCK m. 452/1 ve 452/2 hükümleri göz önünde tutularak yapılmaktaydı⁹⁵.

95 Örnek olarak bkz. CGK. 05.05.2009, E. 2008/1-233, K. 2009/112.

Alman Ceza Kanunu'nda Öldürme Suçu ve Nitelikli Haller

Burcu Dağ*

Özet

Makalede, Alman Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçu konusu incelenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda "nitelikli kasten öldürme" olarak adlandırılan nitelikli hal, Alman hukukundaki "cinayet" suç tipine kısmen karşılık gelmektedir. Cinayet suçu bakımından farklı maddi unsurlar üç grupta toplanmaktadır. Makalede özellikle "bayağı saikler" olarak tanımlanmış bulunan ağırlaşmış hal üzerinde durulmakta ve namus cinayetlerinin bu kapsamda görülüp görülemeyeceği sorunu tartışılmaktadır.

Anahtar kelimeler:

Alman Ceza Kanunu, nitelikli kasten öldürme, namus cinayeti, bayağı saikler.

Abstract

The paper focuses on the offence of murder under the German Criminal Code. The circumstance called "aggravated killing" under Turkish law partly corresponds to the crime of "murder" under German criminal law. Elements leading to this offence are categorised under three different subgroups. The paper especially analyses the aggravated circumstance defined as "disreputable motivations" and debates the inclusion of honour killings to this category of murder.

Keywords:

German Criminal Code, aggravated killing, honour killings, disreputable motivations.

* Bielefeld (Federal Almanya) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi. Makale, 3. Genç Ceza Hukukçuları Kongresi 2010'da (Diyarbakır-Türkiye) sunulmuş tebliğin, genişletilmiş bir şekilde, seminer çalışması olarak sunulmuş halidir.

I. Genel Açıklamalar

A. Kanun Hükümlerinin Açıklanması

Kasten insan öldürmenin basit ve nitelikli halleri, Alman Ceza Kanunu'nun ikinci kısmında yer almaktadır. İkinci kısım “kişilere karşı olan” suçları içermektedir. İkinci kısmın birinci bölümde ise, hayata karşı suçlar düzenlenmiştir.

Kasten insan öldürmenin nitelikli halleri nelerdir? Kasten öldürme bir toplumda hangi önemi taşır ve yasal olarak bunun çözümü neden zorluk çıkarır? Bu soruların yanıtı için öncelikle temel bir tanımlama yapmak gerekmektedir:

Kasten insan öldürmenin nitelikli hali, başka bir insanın kasten ve “özellikle kınanması gereken” bir şekilde öldürülmesidir.¹ Ayrıca öldürürken Alman Ceza Kanunu'nun 211. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan nitelikli hallerden en az birinin gerçekleştirilmiş olması gerekir.² Yalnız cinayetin başka bir insana, yani doğmuş ve hala yaşayan bir kişiye, karşı işlenmesi gerektiğine dikkati çekmek gerekir.³ Anne karındaki yaşam ise Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesi tarafından korunmaktadır.⁴ Fakat cenin, yani embriyo, Alman Ceza Kanunu tarafından korunmamaktadır.⁵

Nitelikli insan öldürme Almanya'da kişiye karşı işlenebilecek en ağır suç olarak öngörülmüştür.⁶ Zira böyle bir cinayet insan öldürme suçundan daha ağır olan, ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır.⁷ Fakat ömür boyu hapis cezasının anayasal olup olmadığı çok tartışmalıdır.

Alman Ceza Kanunu'nda geçen hapis cezası, para cezasının yanında, en ağır ceza türüdür.⁸

¹ *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, §2 Pn.85.

² *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, §2 Pn.85.

³ StudKo- StGB/*Joecks* vor §211 Pn.1; *Lackner/Kühl*- StGB vor §211 Pn.1.

⁴ *Lackner/Kühl*- StGB vor §211 Pn.1.

⁵ *Lackner/Kühl*- StGB vor §211 Pn.1.

⁶ *Otto*, Jura 1994, 141 (148); *Mitsch*, JuS 1996, 26 (29); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1388).

⁷ *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.3; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, §2 Pn.86.

⁸ Krş.Kriminologie-Lexikon online: http://www.krimlex.de/artikel.php?BUCHSTABE=&KL_ID=69.

Cinayetin şartları gerçekleştirildiğinde kanun zorunlu olarak ömür boyu hapis cezasını öngörmektedir.⁹ Bu ömür boyu hapis cezası mutlak bir cezadır, yani alternatif olarak, süreli hapis cezası mümkün değildir.¹⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi ömür boyu hapis cezasının anayasallığını, bir kaç şart koyarak kabul etmiştir.¹¹ Buna göre şu şartla öngörülmüştür: Bir taraftan 211. maddedeki unsurlar kısıtlı olarak yorumlanmalıdır.¹² Öyle ki onun müdahalesi sadece ceza verildiği ve cezanın makul olduğu olaylarda mümkün olmalıdır. Diğer taraftan kişiyi önceden serbest bırakma olasılığı olmalıdır.¹³ Buna dayanarak, ömür boyu hapis cezası anayasaldır.

Federal Cumhuriyet gibi bir ülkede genel olarak insan kendini hak/adalet ve yasa tarafından bu tür şiddetlerden korunmuş hissetmektedir. Çünkü geçerli olan anayasada her insanın yaşama hakkı olduğu öngörülmüştür (Alman Anayasası'nın 2. maddesi).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi temel bir hak olan yaşama hakkını en yüksek değer olarak kabul etmektedir.¹⁴ Bu hakka sadece, hakkın hak sahibinin elinden alınmasıyla, yani kişinin öldürülmesi ile tecavüz edilebilir.

Cinayet kelimesi duyulduğunda insanın aklına hemen bir tarihi olay yahut yabancı bir devlet gelir. Çünkü cinayet ve adam öldürme eskiden, bazı ülkelerde, uyuşmazlık çözümü olarak kullanılmıştır. Bunları özellikle, bu çalışmada ayrıntılı olarak sunulacak olan, namus ve töre cinayetleri göstermektedir. Bu tür cinayetlerin kaynağı eski, modern olmayan bir çağa dayanır. Bundan çıkarılan şudur ki: Cinayet o zamandan beri alçakça ve "özellikle" cezalandırılması gereken bir suç tipi idi. Bu "alçaklık" beyanı bugün cinayetin gerçekleştirildiğinde 211. maddenin 1. fıkrasında öngörülmüş olan ömür boyu hapis cezasında kendini bulmaktadır. Norm ihlali her ne kadar "sadece" devlet tarafından cezalan-

9 Börgers, JR 2004, 139 (140).

10 Krş. BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.15; S/S- *Eser* §211 Pn.7; *Kindhäusr*, Strafrecht BT I, §2 Pn.4; *Otto*, Jura 2003, 612 (612).

11 Börgers, JR 2004, 139 (139).

12 BVerfGE 45, 187 (245).

13 BVerfGE 45, 187 (245).

14 *Dreier*, JZ 2007, 261 (262).

dırılacak olsa da, son zamanlarda gerçekleştirilen namus ve töre cinayetleri bu problemin hala mevcut olduğunu göstermektedir.

İşte bu nedenlerden dolayı cinayet, özellikle “diğer bayağı nedenler yüzünden öldürme” tam olarak da namus ve töre cinayetlerinin, Almanya’da ve de Türkiye’deki hukuki değerlendirmelerinin nasıl olduğu bu çalışmanın konusudur. Bu yüzden cinayeti oluşturan diğer unsurlar ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır. Buna mukabil tam bu soruna ilişkin olan “sürücü” olayı da çalışmanın sonunda incelenecektir.

B. Suçun Basit ve Nitelikli Hali Arasındaki İlişki

Öncelikle insan öldürme suçunun basit ve nitelikli halleri arasındaki ilişkiyi açıklamak gerekir. Bu suçun basit hali ACK, 212. maddede, nitelikli hali ise 211. maddede düzenlenmiştir. Yıllardır Almanya Federal Yüksek Mahkemesi¹⁵ ile bilimsel çevreler arasında bu ilişki hakkında açık muhalefet vardır.¹⁶ Cinayet ve adam öldürme iki ayrı suç mudur, yoksa cinayet adam öldürmenin nitelikli halini mi oluşturur? Bu sorunun cevabı çok tartışmalıdır.¹⁷

Yargıtay’a göre insan öldürmenin basit ve nitelikli hali iki ayrı, birbirinden bağımsız suçtur.¹⁸ Doktrine göre ise insan öldürmenin basit hali, suçun temelidir; nitelikli hal ise suçu ağırlaştırıcı bir sebeptir. Bu durumda ikisi bir suç oluşturmaktadır.¹⁹

Bu sorunun çözümü için tarafların gerekçelerine bakmak gerekir: Suçların özgülüğü ve böylece Yargıtay görüşünün gerekçeleri maddenin Kanun’da yazılış şekline ilişkindir, yani sistematik pozisyonu kast eder.²⁰ Suçun nitelikli hali genel olarak hiç bir zaman suçun temel halinden ön-

¹⁵ Kısaca Yargıtay olarak anılacak.

¹⁶ StudKo- StGB/*Joecks* vor §211 Pn.6; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.1.

¹⁷ *Vietze*, Jura 2003, 394 (394).

¹⁸ SK- StGB/*Horn* §211 Pn.2; StudKo- StGB/*Joecks* vor §211 Pn.6; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.1; *Momsen*, NStZ 1998, 487 (488); *Küper*, JZ 2006, 1157 (1157); *Vietze*, Jura 2003, 394 (395); *Otto*, Jura 1994, 141 (142); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108).

¹⁹ SK- StGB/*Horn* §211 Pn.2; StudKo- StGB/*Joecks* vor §211 Pn.6; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.1; *Momsen*, NStZ 1998, 487 (488); *Küper*, JZ 2006, 1157 (1157); *Vietze*, Jura 2003, 394 (395); *Otto*, Jura 1994, 141 (142); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108).

²⁰ *Vietze*, Jura 2003, 394 (395 f.); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43).

ce yazılı değildir. Bu alışılmış dışıdır. Ayrıca, Kanun'da faillere hitap etme şekli (“fail” ve “katil”) başkadır. Bu sözcükler suçların farklılığını izah etmektedir.²¹

Doktrin ise buna karşı çıkmaktadır. Bilimsel çevrelere göre bu kavramsal ayırım, çok eskiden temsil edilen bir kuramdan (“fail tipi”) oluşmuştur.²² Bu nedenle bu ayırım sonucu belirleyen bir dayanak olarak kabul edilemez. Bunun ötesinde Yargıtay ayrıca, 212. maddenin 211. madde için gerekli bir özellik olduğunu iddia etmiştir.²³ Buna ilaveten, bu maddelerle korunan haklar aynıdır²⁴, zira ikisi de insanın yaşama hakkını korumaktadır.²⁵ Yaşama hakkı bir insanın en özel hakkıdır ve Alman Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinde öngörülmüştür.

Ayrıca Yargıtay'ın görüşü suça katılım konusunda çelişkili sonuçlara yol açmaktadır.²⁶ Bu nedenle doktrinin görüşüne katılmak gerekir.²⁷ Bu durumda 212. madde, 211. maddenin “içindedir” ve insan öldürmenin nitelikli halini oluşturmaktadır.

Şimdi 211. maddede düzenlenmiş olan ve insan öldürmenin nitelikli hallerini oluşturan unsurlar ele alınacaktır.

II. Al. CK'nun 211. Maddesinde Düzenlenmiş Olan Nitelikli Öldürmeye İlişkin Unsurlar

Nitelikli halleri oluşturan üç durum vardır. Bu durumlar Kanun'un 211. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Bu durumlar kesindir²⁸, yani sadece Kanun'da yazılı olan öğelerden biri veya daha fazlası gerçekleştirilmiş ise, fail cinayetten dolayı cezalandırılabilir. Üç gruba ayrılmış olan bu öğeler farklı, ama yasal olarak “eşit” değerdendirler.²⁹

-
- 21 Rengier, *Strafrecht* BT II §4 Pn.1; *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108); *Vietze*, Jura 2003, 394 (395); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43).
- 22 *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108); *Vietze*, Jura 2003, 394 (395).
- 23 *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht* BT I, Pn.136; *Rengier*, *Strafrecht* BT II, §4 Pn.1; *Küper*, JZ 2006, 1157 (1166); *Vietze*, Jura 2003, 394 (396).
- 24 MüKo- StGB/*Schneider* vor §211 Pn.138; *Mitsch*, JZ 2008, 336 (338); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43).
- 25 *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43).
- 26 Krş. *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (47); *Vietze*, Jura 2003, 394 (397).
- 27 *Vietze*, Jura 2003, 394 (397 f.).
- 28 MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.6; *Otto*, Jura 1994, 141 (143).
- 29 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.15; *Fischer- StGB* §211 Pn.6; *Rengier*, *Strafrecht* BT II, §4 Pn.6; *Otto*, Jura 1994, 141 (144).

Burada kanuni sıralamadan farklı olarak önce ikinci ve üçüncü gruptaki unsurlar anılacak, fakat bütün ayrıntılara girilmeyecek ve sonra ilk gruba geçiş yapılacaktır, çünkü ağırlık, önceden de belirtildiği gibi, 1. gruba ilişkindir.

A. İkinci Gruba Giren Nitelikli Haller

Nitelikli öldürme öğelerinin ikinci grubu, adam öldürmeye meyilli olan veya mağduru suçta özellikle ilgilendiren durumları içermektedir.³⁰ Bu özellikler suçun belli bir şekilde gerçekleştirilmesini karakterize eder.³¹ Bu unsurlar genel olarak şunlardır:

1. Hainlik/Sinsilik

Kasten sinsice öldürme ikinci grubun ilk özelliğidir. Bu cinayet türü pratikte oldukça önemli ama aynı zamanda tartışmalıdır da.³² Ancak, burada bu tartışmalar ele alınmayacaktır.

Haince öldürme, kim masum ve savunmasız birine düşmanca saldırır ve bunun bilincinde olup bu durumdan fiili gerçekleştirmek için faydalanırsa, söz konusu olur.³³ Suç zamanında, yani ilk kasten yapılmış saldırının başlangıcında, fail tarafından kendi fiziksel bütünlüğüne veya hayatına karşı böyle bir saldırı beklemiyorsa, kişi “masum”dur.³⁴ Önkoşul, mağdur olan kişi bunların farkına varacak yeteneğe sahip olması ve kendisini bu nedenle savunabilmesidir.³⁵ Bu yetenek mesela çok küçük çocuklarda ve bilinçsizlerde yoktur.³⁶ Ayrıca, mağdur masumiyet nede-

³⁰ S/S- Eser §211 Pn.21; BeckOK- StGB/Eschelbach §211 Pn.15; Fischer- StGB §211 Pn.33; Vietze, Jura 2003, 394 (394).

³¹ Rengier, Strafrecht BT II, §4 Pn.7; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.101.

³² LK- StGB/Jähnke §211 Pn.40; S/S- Eser §211 Pn.22; StudKo- StGB/Joeks §211 Pn.23.

³³ MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.122; S/S- StGB Eser §211 Pn.23; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.42; StudKo- StGB/Joeks §211 Pn.24; Otto, Jura 1994, 141 (147).

³⁴ SK- StGB/Horn §211 Pn.30; S/S- Eser §211 Pn.24; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.44; StudKo- StGB/Joeks §211 Pn.24; Fischer- StGB §211 Pn.35; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.7; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.110; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.23.

³⁵ BeckOK- StGB/Eschelbach §211 Pn.48; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.110.

³⁶ SK- StGB/Horn §211 Pn.30; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.44; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.110; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.23.

niyle çaresiz olmalıdır.³⁷ Kişi saldırıya karşı kendini savunamazsa veya savunması şiddetle sınırlı olursa, “çaresiz”dir.³⁸ Bu iki özellik, yani “masumiyet ve çaresizlik” arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.³⁹ Fail böyle bulduğu, yani başkasının gerçekleştirdiği veya kendi sebep olduğu bu durumdan bilinçli bir şekilde, öldürme amacıyla yararlanmalıdır.⁴⁰ Ayrıca, Yargıtay failin düşmanca bir niyet içinde hareket etmesini öngörmüştür.⁴¹ Sözde mağdurun iyiliği için davranılmasını engellemek için.⁴² Yaygın görüşe göre bir başka koşul olarak özellikle kınanması gereken güvene ihanet gerekir.⁴³ Bu amaçla fail ve mağdur arasında var olan güven ilişkisi kullanımı yeterlidir. Ancak, bu özelliğin gerekliliği hala tartışmalıdır.

2. Acımasızlık/Canavarca öldürme

Acımasızca işlenmiş bir cinayet ikinci öbeğin, ikinci seçeneğidir. Zalimce öldürme, kim mağdura acımasız, duygusuz tavrı ile fiziksel veya zihinsel acı veya eziyet uygularsa ve bunlar güç veya süre olarak öldürmek için gerekli olan ölçüyü aşarsa söz konusu olur.⁴⁴ Nesnel açıdan failin yol açtığı ölüm sonucunun öncesinden fiziksel veya zihinsel acı veya eziyet olması gerekir.⁴⁵ Bu acı veya eziyetlerin mağdur tarafından hissedilmesi gerekir.⁴⁶ Ruhsal işkence bu durumda yeterlidir. Ayrıca bu acı

37 SK- StGB/Horn §211 Pn.30; S/S- Eser §211 Pn.24a; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.46; Fischer- StGB §211 Pn.39; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.8; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.112; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.24.

38 SK- StGB/Horn §211 Pn.30; S/S- Eser §211 Pn.24a; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.46; Fischer- StGB §211 Pn.39; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.8; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.112; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.24.

39 MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.123; SK- StGB/Horn §211 Pn.30; S/S- Eser §211 Pn.24a; Fischer- StGB §211 Pn.40. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.113.

40 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.47; Fischer- StGB §211 Pn.44; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.9; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.114.

41 S/S- Eser §211 Pn.25a; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.48; SK- StGB/Horn §211 Pn.31; StudKo-StGB/Joecks §211 Pn.31.

42 MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.123; StudKo-StGB/Joecks §211 Pn.31.

43 StudKo-StGB/Joecks §211 Pn.33.

44 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.55; SK- StGB/Horn §211 Pn.41; S/S- Eser §211 Pn.27; MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.110; StudKo- StGB/Joecks §211 Rn37; Fischer- StGB §211 Pn.56; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.10; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.31.

45 SK- StGB/Horn §211 Pn.41; Fischer- StGB §211 Pn.56; Kindhäuser, Strafrecht BT I, §2 Pn.32.

46 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.56.

ve eziyetlerin kasten verilmesi gereklidir.⁴⁷ Olası kast öldürme için yeterlidir.⁴⁸ Canavarca öldürme, kasıtlı gerçekleştirilen durum acımasız ve insafsız görüşten doğmalıdır, yani failin acımasız ve insafsız görüşü fiile yönlendirmiş olmalıdır.⁴⁹ Bu genellikle failin hareketinin koşullarından anlaşılmalıdır.⁵⁰

3. Genel Tehlikeli Araçlarla Öldürme

Kamusal tehlikeli araçlarla öldürme, ikinci ögenin üçüncü ve sonuncu özelliğidir. Bu “belirli bir durumda, fail tehlikeyi emniyet altında tutamadığı için, bir çok insanın hayatını tehlikeye atabilmesi” demektir.⁵¹ Bu durumda “aletin” soyut anlamda tehlikeli olup olmadığı değil, aletin yapısı ve etkisi, failin kişisel yeteneği ve niyeti dikkate alınmalıdır.⁵² Öldürme araçlarının uygulaması ile ilgili öngörülme tehlike insanlara karşı, vücut veya yaşam tehlikesi arasında bir ayırım yapılmaksızın, tehdit edilmesi gerekiyor.⁵³ Ayrıca, failin aracı kişiyi öldürmek için gerçekten kullanması gerekir.⁵⁴ Mevcut bir ortak tehlike durumunda kullanımı tek başına yeterli değildir.⁵⁵ Bu durumda tehlikenin kesin bir durumdan oluşması, üçüncü birinin oluşturması veya failin kendi kastı olmadan öldürmesi fark etmemektedir.⁵⁶ Öznel açıdan bir bakımdan failin etkisini kontrol edilebilirlik eksikliğini bilmesi ya da en azından ciddi olarak mümkün görmesi ve bunun gerçekleşmesini istemesi veya en azından buna katlanması ve öte yandan olası kastı gereklidir.⁵⁷

47 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.42; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.58.

48 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.58.

49 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.43; S/S- *Eser* §211 Pn.27; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.57; *Fischer*- StGB §211 Pn.58.

50 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.43; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.57; *Fischer*- StGB §211 Pn.58.

51 MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.103; S/S- *Eser* §211 Pn.29; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.59; StudKo- StGB/*Joeks* §211 Pn.38; *Fischer*- StGB §211 Pn.59.

52 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.59; S/S- *Eser* §211 Pn.29; *Fischer*- StGB §211 Pn.59; *Otto*, Jura 1994, 141 (150).

53 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.59; BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.66.

54 *Fischer*- StGB §211 Pn.61.

55 S/S- *Eser* §211 Pn.29; *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.11; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.103.

56 *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.11.

57 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.60.

B. Üçüncü Gruba Giren Nitelikli Haller

Bu üçüncü ve böylece son grup, suç için artan teşvik sağlayan bazı nitelikleri içerir.⁵⁸ Bunlar özellikle kınanması gereken öldürme hareketinin amacına yöneliktir.⁵⁹

1. Suç İşlemeyi Olanaklı Kılma Amacı

Suç işlemeyi olanaklı kılma amacı üçüncü grubun ilk özelliğidir. Bu unsur, failin daha fazla ceza/haksızlık işleyebilmesi için öldürmesi ile karakterize edilir.⁶⁰ Böylece fail başka bir insanın öldürmesi ile suç için yolu açar. Etkinleştirilmesi istenilen fiil Alman Ceza Kanun'unun 12. maddesi anlamında ya bir cürüm ya da bir cünha olmalıdır; çünkü kabahat yeterli değildir.⁶¹ Diğer etkinleştirmekte olan suçun ağırlığı önem taşımaz. Ayrıca, failin kendi suçu olup olmadığı da önemli değildir, bir başkasının suçu da olabilir.⁶² Kişinin öldürmesi fail tarafından diğer gerçekleştirilmek istediği suç için kullanılması gerekir.⁶³ Failin niyeti etkinleştirme hareketine yönelik olması gerekir.⁶⁴ Fakat ölüm sonucuna yönelik olması şart değildir.⁶⁵ Diğer fiilin öldürme sonucunu da kolaylaştırması yeterlidir.⁶⁶

58 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.15; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.48.

59 MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.162; S/S- *Eser* §211 Pn.30; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.123; *Vietze*, Jura 2003, 394 (394).

60 S/S- *Eser* §211 Pn.31; *Fischer*- StGB §211 Pn.64; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Pn.41; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.49; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.36.

61 S/S- *Eser* §211 Pn.32; *Fischer*- StGB §211 Pn.63; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.12; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Pn.42; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.48; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.37; *Otto*, Jura 1994, 141 (150).

62 *Fischer*- StGB §211 Pn.63; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.12; StudKo- StGB/*Joecks*, §211 Pn.42; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.38; *Otto*, Jura 1994, 141 (150).

63 S/S- *Eser* §211 Pn.35; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.48; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.39.

64 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.10; *Fischer*- StGB §211 Pn.67.

65 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.10; *Fischer*- StGB §211 Pn.67.

66 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.9; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.41; *Otto*, Jura 1994, 141 (150).

2. Suçu Karartma Amacı

Bu unsur üçüncü grubun ikinci ve aynı zamanda da sonuncu alternatifini oluşturmaktadır. Suçu karartma amacı “önceki suçun veya failin bilinir olmasını engellemek veya aydınlatmayı ağırlaştırması cabası” demektir.⁶⁷ Burada da, gizlenen fiilin bir cürüm veya cünha olması gerekir, sadece kabahat yeterli değildir.⁶⁸ Ayrıca, önceki fiil suç işlemeyi olanaklı kılma amacıyla olduğu gibi, ya kendi ya da bir başkasının fiili olabilir.⁶⁹ Önceki fiil ve öldürmenin birbirleri ile ilişkide olması gerekir.⁷⁰

Suç karartma saikinin, faili yönlendiren tek unsur olması gerekmektedir; ama “baskın motif” olması⁷¹, ayrıca birden fazla saik olduğunda bu motif bilinci en baskın olanı olması gerekir.⁷² Bundan ötürü, öldürmenin diğer suçun gizlenmesi için objektif olarak gerekli ve mümkün olması gerekir. Failin hatada bulunması dikkate alınmaz.⁷³ Gizlenen fiilin bir suç olup olmadığı ve de bu fiilin (suçun) gerçekleştirilmiş veya gerçekleştirilebilir olup olmadığı önemli değildir.⁷⁴ Önemli olan sadece failin ona yönelik olan düşüncesidir.⁷⁵ Bundan hariç, bu unsur, gizleme ile ilgili maksatlı hareketi kapsar.⁷⁶ Şimdi ana konuyu oluşturan ilk gruba devam edilecektir.

C. İlk Gruba Giren Nitelikli Haller

İlk gruptaki unsurlar fiilin kınanmasını gerektiren saikleri içerir⁷⁷. Bu saikler genel olarak şunlardır:

-
- 67 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.15; S/S- Eser §211 Pn.31 ff.; MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.165 ff.; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.12; Rengier, Strafrecht BT II, §4 Pn.53.
- 68 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.14; S/S- Eser §211 Pn.32; Fischer- StGB §211 Pn.63; Rengier, Strafrecht BT II, §4 Pn.48; Otto, Jura 1994, 141 (151).
- 69 S/S- Eser §211 Pn.32; Fischer- StGB §211 Pn.63; Otto, Jura 1994, 141 (151).
- 70 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.14; S/S- Eser §211 Pn.35.
- 71 Fischer- StGB §211 Pn.68.
- 72 Fischer- StGB §211 Pn.68.
- 73 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.10; S/S- Eser §211 Pn.33.
- 74 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.21 f.; S/S- Eser §211 Pn.33.
- 75 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.10; S/S- Eser §211 Pn.33; StudKo- StGB/Joelck §211 Pn.54; Otto, Jura 1994, 141 (151).
- 76 LK- StGB/Jähnke §211 Pn.24; S/S- Eser §211 Pn.33; StudKo- StGB/Joelck §211 Pn.53.
- 77 BeckOK- StGB/Eschelbach §211 Pn.15; Fischer- StGB §211 Pn.7; Rengier, Strafrecht BT II, §4 Pn.6; Vietze, Jura 2003, 394 (394).

1. Cinayetten Zevk Alma

İlk grubun ilk unsuru cinayetten zevk almadır. Yani, fail insan öldürmekten, insanın öldüğünü görmekten, zevk aldığı için öldürmektedir.⁷⁸ Bu unsuru gerçekleşmesine sebep olan örnekler:

Yaramazlık, hava atmak, zaman geçirme, sinir, spor eğlencesidir.⁷⁹

Bu durumda insan hayatı hiçe sayılmaktadır.⁸⁰ Öldürme fiilin tek amacı olmalıdır.⁸¹ Ayrıca, bu unsur sebepsiz yere bir insanın öldürülmesi demektir.⁸² Sebepsizdir; çünkü ne kişinin özünde ne de durumda öldürmeye yol açan bir sebep vardır.⁸³ Ama yukarıdaki saiklerden biri faili yönlendirmiş olması gerekir. Ve son olarak fiilin kasten islenmiş olması gerekir, yani fail isteyerek ve bilerek hareket etmiş olmalıdır.⁸⁴

2. Cinsel Dürtülerin Tatmini Amacıyla Öldürme

Bu unsur Kanun'da yazılı olan, ilk grubun ikinci seçeneğidir. Cinsel dürtülerin tatmini amacıyla fail bir kişiyi ya dolaysız ya da dolaylı olarak kullanırsa⁸⁵, yani öldürdüğü anda sadece cinsel düşüncelere kapılmışsa, bu unsur gerçekleşmiş olacaktır.

Bu unsur dört şekil halinde gerçekleştirilebilir: Öncelikle fail kişiyi cinsel ilişkiye karşı hevesi olduğu için öldürürse bu unsur gerçekleştirilir.⁸⁶ Yani fail kişiyi öldürürken cinsel dürtüleri tatmin etmektedir. İkinci alternatif ise failin kişiyi öldürüp ondan sonra cesediyle cinsel ilişkiye

78 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.9; StudKo- StGB/*Joelcks* §211 Pn.11; *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.4; *Fischer*- StGB §211 Pn.8; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94.

79 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.9; StudKo- StGB/*Joelcks* §211 Pn.11; *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.4; *Fischer*- StGB §211 Pn.8; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94.

80 *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.10.

81 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.16; StudKo- StGB/*Joelcks* §211 Pn.11.

82 *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.10.

83 Krş. *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.10.

84 SK- StGB/*Horn* §211 Pn.9; *Fischer*- StGB §211 Pn.8; StudKo- StGB/*Joelcks* §211 Pn.11.

85 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.17; *Fischer*- StGB §211 Pn.9; *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.4; *Otto*, Jura 1994, 141 (144); *Otto*, Jura 2003, 612 (615).

86 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.7; S/S- *Eser* §211 Pn.16; *Fischer*- StGB §211 Pn.9; *Lackner/Kübl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94a; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.12; *Otto*, Jura 1994, 141 (144).

girmesidir.⁸⁷ Yine, fail kişiye tecavüz ederken şiddet kullanır ve kişinin bundan dolayı ölebileceğini kabul ederse, yani neticeyi öngörürse, ve yine de devam ederse, yine bu unsuru gerçekleştirir.⁸⁸ Son unsur, fail kişiyi öldürdüğü anı video- ses kaydına alırsa ve sonra o videoyu cinsel dürtülerin tatmini amacıyla izlerse, oluşur.⁸⁹ Bunun ötesinde kişiyi öldürme ile cinsel dürtülerin tatmini arasında bir zamansal veya mekânsal ilişki gerekli değildir.⁹⁰ Anlatılan davranışlar için ayrıca olası kast gerekir.⁹¹

3. Açgözlülük

Açgözlülük ilk grubun üçüncü ögesidir. Açgözlülük kontrolsüz ve acımasız bir halde ne pahasına olursa olsun, yani bir insanın hayatı pahasına olsa bile, istediğini yapmak veya almak demektir.⁹² Burada failin ekonomik yararları için başka bir insanın hayatına son vermesi söz konusudur.⁹³ Birden çok saik kişiyi yönlendiriyorsa, aralarında açgözlülük saikinin en ağır basan saik olması gerekir.⁹⁴ Bu unsurun ön koşulu ise failin mülkiyetinin, objektif olarak kişinin ölümünden sonra artması veya en azından failin kendi tasavvuruna göre artacak olmasıdır.⁹⁵ Ya da bu fiilden dolayı aksi halde olmayacak bir mülkiyetin çoğalmasında olasılık bulunmalıdır.⁹⁶

-
- 87 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.7; S/S- *Eser* §211 Pn.16; *Fischer*- StGB §211 Pn.9; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94a; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.12; *Otto*, Jura 1994, 141 (144).
- 88 S/S- *Eser* §211 Pn.16; SK- StGB/*Horn* §211 Pn.10; *Fischer*- StGB §211 Pn.9; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94a; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.12; *Otto*, Jura 1994, 141 (144).
- 89 *Fischer*- StGB §211 Pn.9; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94a; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.12.
- 90 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.17; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.12.
- 91 LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.7; BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.19; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Pn.12; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94a.
- 92 StudKo-StGB/*Joecks* §211 Pn.14; *Fischer*- StGB §211 Pn.13; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94b; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.13.
- 93 StudKo-StGB/*Joecks* §211 Pn.14; *Fischer*- StGB §211 Pn.13.
- 94 MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.66; SK- StGB/*Horn* §211 Pn.18; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Pn.14; *Fischer*- StGB §211 Pn.10; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.4; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94b; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.14.
- 95 S/S- *Eser* §211 Pn.17; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.62; BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.23; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94b.
- 96 S/S- *Eser* §211 Pn.17; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.62; BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.23; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.94b.

Bu özellik çok pratik, ama aynı zamanda biraz tartışmalıdır. Fakat bu tartışmaların ayrıntılarına burada girilemeyecektir. Bunla birlikte hedefin ulaşılması ya da gerçekten ulaşılabilmesi önemli değildir.⁹⁷ Sözü edilen hedef açısından bir eylem yeterlidir.⁹⁸ Son olarak, tipikliğin manevi ögesi düzleminde, olası kast gereklidir.⁹⁹

4. Diğer Bayağı Nedenler Yüzünden Öldürme

Diğer bayağı nedenler yüzünden öldürme ilk grubun dördüncü ve sonuncu ögesidir. Bu öge, ama özellikle namus ve kan davası cinayetleri, çalışmanın ana odağını oluşturmaktadır. Bu unsur belirtilmemiş olan ama cezayı gerektiren hareketlere yönelik olan bir genel hükümdür.¹⁰⁰ Bu unsur belirsizlik nedeniyle büyük ve önemli sorunlar yaratmaktadır, başta töre ve kan davası cinayetlerin önlenmesi gelmektedir. Bu nedenle şimdi, bu anılan durumlarda nasıl “mantıklı ve ılımlı” bir ceza verilebileceği incelenecektir.

a) Tanımlama

İlk olarak bu niteliği oluşturan unsurun nasıl tanımlandığını açıklamak gerekir.

Genel olarak kabul görmüş tanıma göre: Diğer bayağı nedenler yüzünden öldürme, genel hukuki ve ahlaki değerlendirmede en derin düzeyde olan sınırsız ve kontrolsüz bencillik tarafından belirlenmiş ve bu nedenle özellikle kınanması gereken hatta rezillik derecesinde olan bir fiile ilişkin saiktir.¹⁰¹ Bu tanım genel kabul görmüş olmasına rağmen daha yakın belirlenmeye ihtiyacı vardır, çünkü bazı somut olaylarda belli bir çerçevenin sağlanabilmesi gereklidir.¹⁰²

⁹⁷ LK- StGB/Jähnke §211 Pn.8; Fischer- StGB §211 Pn.10.

⁹⁸ Fischer- StGB §211 Pn.10.

⁹⁹ MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.68; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.8.

¹⁰⁰ MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.69; Nehm, FS- Eser 2005, 419 (419).

¹⁰¹ BGHSt 3, 132 (132 f.); BGH NJW 2006, 1008 (1011); MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.69; StudKO- StGB/Joekes §211 Pn.16; Lackner/Kühl- StGB §211 Pn.5; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Pn.95; Rengier, Strafrecht BT II, §4 Pn.16; Valerius, JZ 2008, 912 (914); Grünewald, NStZ 2010, 1 (2); Otto, Jura 1994, 141 (145).

¹⁰² MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.48; Paeffgen, GA 1982, 255 (266).

b) Motivasyonların (Güdülemeler) Bayağılığı

Motivasyonlar bu unsurun ilk referans noktasıdır. Motivasyon olarak faili yönlendiren hayaller, hedefler veya duygular anlaşılabilir.¹⁰³ Motif yani güdü veya saik olarak genellikle öfke, gazap, nefret, kıskançlık ve özellikle intikam düşkünlüğü anlaşılır.¹⁰⁴ Namus ve töre cinayetlerinde dikkate alınması gereken motifler daha sonra ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ancak demin anılan saiklerin ne zaman bayağı olarak sınıflandırıldığına açıklık getirilmesi gerekir.

Saikler genel ahlak değerlendirmesinde en düşük düzeyde olur ve bu nedenle de özellikle sakıncalı bulunurlarsa bayağı yada alçak olarak sınıflandırılırlar.¹⁰⁵ Fakat bu tanım biraz sorunludur! Sorunlu olan tarafları şunlardır: İlk olarak genel ahlak değerlendirmesinin içeriğinin belirlenmesinin gerekmesi ve de saikin ne zaman sadece bayağı değil de, “en bayağı” düzeyde olduğunun tespit edilmesidir.¹⁰⁶ Bu durumda suçluyla ilgili içsel ve dışsal faktörler hakkında genel değerlendirme yapılmalıdır; özellikle de fiilin durumu, hayat hikayesi, failin hayat koşulları ve kişiliği hakkında.¹⁰⁷ Temel olarak, değerler genel ölçüsü olarak bir şeyi belirleyen bir ölçek anlaşılır.¹⁰⁸ Daha doğrusu: Bir toplumda her zaman her vakit bir fikir birliği vardır, yani neyin iyi/doğru ya da kötü/yanlış olduğunu bildiren bir görüş! Bu özellikle toplumdaki milletin sosyal konusunu kapsar. Bu toplumsal ilişkinin “kuralları” hiç bir yerde yazılı değildir. Ayrıca kuramsal üstün evrensel anlayış, neyin doğru neyin yanlış olduğunu belirler ve böylece de genel kabul edilir. Bunlardan da bir değer ölçeği oluşmaktadır. Bu değer ölçeği daha sonra “hareket kuralla-

¹⁰³ BGH GA 1980, 23 (23); S/S- *Eser* §211 Pn.14.

¹⁰⁴ BGH NJW 2006, 1008 (1011); *Otto*, Jura 1994, 141 (145).

¹⁰⁵ BGH NJW 2006, 1008 (1011); BGH JA 2006, 573 (574); *Otto*, Jura 2003, 612 (616); *Paeffgen*, GA 1982, 255 (266).

¹⁰⁶ BGH JA 2006, 573 (574); *Otto*, Jura 2003, 612 (616).

¹⁰⁷ BGH NJW 2006, 1008 (1011); MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.69; StudKO-StGB/*Joecks* §211 Pn.17; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.5; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.16; *Otto*, Jura 2003, 612 (616); *Valerius*, JZ 2008, 912 (914); *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (2).

¹⁰⁸ Krş. Duden- deutsches Universalwörterbuch: „Wertmaßstab“.

rı” olarak geçerli olur. Bu anlatılanlar her toplum için geçerlidir. Ancak, bugünkü kültürel çeşitliğin bulunduğu bir zamanda hala böyle bir birliğin olup olmadığı sorgulanabilir. Keza bu durumda bir fikir birliği oluşturmak pek mümkün değildir. Yani çoğulcu bir toplumda değer ölçeği “kayboluyor” denilebilir! Dolayısıyla bahsedilen töre ve kan davası cinayetlerinin değerlendirilmesinde özel sorunlar oluşmaktadır. Bu konuya geçmeden önce, bu unsura ilişkin şu bilgilere değinmek gerekir:

Diğer bayağı nedenler yüzünden öldürme motifinin, faili fiile teşvik eden tek motif olması gerekmektedir. Eğer daha çok motif bulunmaktaysa en ağır basanın en bayağı olarak sınıflandırılması gerekir.¹⁰⁹ Öfke, nefret gibi duyguların kendi açılarından bayağı anlaşılması gerekir.¹¹⁰ Fakat eşit çeşitli motiflerde hepsi bayağı olarak sınıflandırılmalıdır.¹¹¹

Öznel açıdan ise failin suçu işlenişi zamanında failin bayağılığını oluşturan durumların farkında olması gerekmektedir.¹¹² Ayrıca, failin hareketini belirleyecek duygusal uyarımları entelektüel olarak hakim olması ve bunları isteyerek yönetmesi gerekir.¹¹³ Bu denilenler için önkoşul, failin fiile neden olan motifinin sürüş etkisinin bilincinde olmasıdır.¹¹⁴ Ancak, fail fiile neden olan motifin bayağılığından bilgi sahibi olmalıdır.¹¹⁵ Bu demektir ki, fail nedenlerin bayağılığını yerli topluluk hukukunun yasal değerlendirmesinde, ne anlamak ne de ele almak zorundadır; çünkü kendi tahmini önemli değildir. Ancak her zaman böyle bir değerlendirmeyi yapabilecek bir durumda olmalıdır.¹¹⁶ Eğer bu koşullar gerçekleşmemiş ise kişi böyle bir cinayetten dolayı yargılanamaz.¹¹⁷ Ayrıca, ya-

109 MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.77; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Rn17; *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.5c; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.21; *Nebm*, FS- Eser 2005, 419 (424).

110 Krş. BGH NJW 2006, 1008 (1011); BGH StV 2001, 228 (229); S/S- *Eser* §211 Pn.18; StudKo- StGB/*Joecks* §211 Pn.20.

111 *Lackner/Kühl*- StGB §211 Pn.5c; *Rengier*, Strafrecht BT II, §4 Pn.21.

112 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.34; *Valerius*, JZ 2008, 912 (917); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386); *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (3); *Otto*, Jura 1994, 141 (146).

113 BeckOK- StGB/*Eschelbach* §211 Pn.34; *Valerius*, JZ 2008, 912 (917); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386); *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (3); *Otto*, Jura 1994, 141 (146).

114 BGH NJW 1995, 602 (603); LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.34; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, Pn.100.

115 *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386 f.); *Valerius* JZ 2008, 912 (917); *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (3); *Otto*, Jura 1994, 141 (146).

116 *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386 f.); *Valerius* JZ 2008, 912 (917).

117 BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (603).

bancı bir kültürden gelen ve “memleketinin görüşlerine çok bağlı olan ve de bu yüzden Almanya’da geçerli olan farklı sosyal değerlendirmeyi anlamayan” bir failin istisnai olarak “diğer bayağı nedenler yüzünden öldürmeye”, yani cinayet yüzünden, ömür boyu hapis cezasına mahkum edilemez.¹¹⁸ Çünkü böylece tipikliğin manevi ögesi yerine getirilmemiş olur. Bu durumda, adam öldürmenin basit hali gerçekleşmiş kabul edilir.¹¹⁹

c) Namus Ve Töre Cinayetleri

“Namus ve töre cinayeti” konusu Almanya’da son yıllarda daha önce hiç olmadığı kadar çok konuşulmaktadır. Bunu, en son H. S.’ye karşı gerçekleştirilen (namus) cinayeti göstermektedir. Ayrıca bu, Federal Kriminal Bürosu’nun bir çalışmasında da onaylanmıştır.¹²⁰

Fakat “namus ve töre cinayetleri” nelerdir? Bunlardan ne anlaşılması gerekir ve böyle olaylar neden gerçekleştirilir? İlk olarak bu sorulara cevap aranacaktır.

Namus cinayeti, sözde kişinin kültürel bağlılığından doğan ve kendi aile birimi içinde ailenin onuru için yapılan kasıtlı bir öldürme suçudur.¹²¹ Bu durumda mağdurlar genellikle kadın, failer de erkektir.¹²² Geleneksel olarak kadın herkes tarafından korunması gereken, ailenin onur taşıyıcısıdır.¹²³ Eğer kadın bu toplumsal görünümü kaybederse, bu ailenin erkekleri için en büyük utanç demektir.¹²⁴ Buna göre, kadının her yanlış davranışı onur kırıcı davranış olarak algılanır.¹²⁵

¹¹⁸ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (603); *Valerius*, JZ 2008, 912 (917); *Grünewald*, NStZ 2010,1 (3); *Schubert/Moebius*, ZRP 2006, 33 (35); *Nehm*, FS- Eser 2005, 419 (421); *Otto*, Jura 1994, 141 (146).

¹¹⁹ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (603); *Schubert/Moebius*, ZRP 2006, 33 (35).

¹²⁰ BKA „Ehrenmorde in Deutschland“ 2006.

¹²¹ BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.3; *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1385); *Valerius*, JZ 2008, 912 (913).

¹²² BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.3; *Valerius*, JZ 2008, 912 (913); *Grünewald*, NStZ 2010, 1 (2); *Röper*, ZRP 2006,187 (187).

¹²³ Krş. BGH: Urteil vom 28.08.2007- 5 StR 31/07.

¹²⁴ Krş. BGH: Urteil vom 28.08.2007- 5 StR 31/07; *Nehm*, FS- Eser 2005, 419 (423).

¹²⁵ Krş. BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.4.

Buna karşılık, bir kan davası (töre) kapsamında, başka ailenin üyeleri bir önceki misilleme için öldürülür.¹²⁶ Böyle bir olayda genel olarak rakip, ailenin erkeklerini hedef almaktadır.¹²⁷ Namus cinayeti ile kan davası cinayetleri arasındaki fark nelerdir?

Bu cinayetlerin arasındaki en büyük fark, kan davası sonucundaki cinayette çatışma devam ederken, namus cinayeti sonucundakinde bu sona erer ve ailenin onuru yine düzeltilir veya yeniden kurulur.¹²⁸ Bu eylemlerin ortak noktası ise, her iki durumda da namus nedeniyle bir başka kişinin öldürülmesidir.¹²⁹ Yani, iki durumda da sözde kırılan aile onuru sadece onuru kıran kişinin öldürülmesi ile düzeltilir.¹³⁰ Ayrıca, eylem failin onuruna ve çıkan toplumsal zorlamaya dayanır.¹³¹ Bu olayların kökeni İslam öncesi Doğu Akdeniz'e uzanır.¹³²

Almanya'da bu tür olaylar göçmen ve özellikle Türk veya Kürt kökenli olan ailelerde gerçekleştirilir.¹³³

Fakat bu sadece bunlarla sınırlı değildir.

Bu tür cinayetlerin, yani namus ve kan davası cinayetlerinin, dini değil de bir toplumsal olgu olduğunu unutmamak gerekir.¹³⁴

Her onur kırıcı hareket tüm zümreye karşı yapılmış olan bir saldırı veya hakaret gibi algılanır.¹³⁵ Namus kavramı, aile içinde geleneksel değerler ile bağlıdır.¹³⁶ İşte bu sözde kırılan onurunu düzeltmek, ailenin er-

¹²⁶ Valerius, JZ 2008, 912 (913); Grünewald, NStZ 2010, 1 (2); Nehm, FS- Eser 2005, 419 (425).

¹²⁷ Valerius, JZ 2008, 912 (913); Grünewald, NStZ 2010, 1 (2).

¹²⁸ Grünewald, NStZ 2010, 1 (2).

¹²⁹ Grünewald, NStZ 2010, 1 (1); Nehm, FS- Eser 2005, 419 (425).

¹³⁰ Grünewald, NStZ 2010, 1 (1); Nehm, FS- Eser 2005, 419 (425).

¹³¹ Nehm, FS- Eser 2005, 419 (425).

¹³² Dietz, NJW 2006, 1385 (1386); Röper, ZRP 2006, 187 (187); Nehm, FS- Eser 2005, 419 (422 f.).

¹³³ Dietz, NJW 2006, 1385 (1385); Valerius, JZ 2008, 912 (913); Grünewald, NStZ 2010, 1 (1); Röper, ZRP 2006, 187 (187); Allerdings sind es nicht nur türkische Staatsbürger. „Ehrenmorde“ kommen unter anderem auch in Pakistan, Jordanien, Israel, Syrien, Libanon, Afghanistan, Irak, Brasilien, Ecuador, Indien und Italien vor, Krş. BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.4; Valerius, JZ 2008, 912 (913) Fn.6.

¹³⁴ Röper, ZRP 2006, 187 (187).

¹³⁵ Nehm, FS- Eser 2005, 419 (423).

¹³⁶ BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.4.

keklerine düşer.¹³⁷ Bu tür olayların temelinde tüm “ailenin” var olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle: Mağdurun ölüm cezasına, aile içinde karar alınır.¹³⁸ Failin kim olduğuna aile ve sülalede karar verilir.¹³⁹ Çoğunlukla ailenin en küçük oğlu seçilir, çünkü o zaman Çocuk Ceza Kanunu geçerli olacaktır ve ceza normal, büyüklerin cezasının yanında, daha hafiftir.¹⁴⁰ Gençlerin çarptırılacağı en büyük ceza on yıldır, yani ömür boyu hapis cezası ve saire yoktur. Hatta gençlerin cezası hafifletirebilir. Yukarıda denilenlerden anlaşılıyor ki, kırılan onurun düzeltilmesi, sadece failin yürürlükte ve aynı zamanda geçerli olan düzenleyici değerlere karşı gelmesi ile mümkün olur. Genellikle fail bunun bilincindedir. Göz önünde tutulması gereken şeylerden bir başka husus, kırsal alanlarda bu türlü cinayetlerin hala çok önemli olmasıdır ki, fail kendini hala bunu yapmaya mecbur hissetmektedir.¹⁴¹ Bu tanımlama, bu tür olaylarda her zaman devlet-sosyal düzenleme ile arkaik bir gelenek ve toplum arasında bir “gerilim ilişkisi” var olduğunu göstermektedir. Bu iki olgu, namus ve kan davası cinayetinin, problem alanlarının aynı olduğundan, bunlar birlikte anlatılacaktır.

d) Almanya'daki Hukuki Değerlendirme

Şimdi, Almanya'da bu tür cinayetlerin yasal değerlendirmenin nasıl olduğu sorgulanılabilir.

Kasten insan öldürme Alman Ceza Kanunu'nun 212. maddesinde yer almaktadır. 211. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan unsurlardan biri gerçekleştirildiğinde cinayet gerçekleştirilir. Namus ve töre cinayetlerinde de kasten bir insan öldürüldüğü için bu anılan normlar göz önünde bulundurulur. Fakat önceden belirtildiği gibi, namus cinayeti Almanya'da genellikle göçmen aileler içerisinde gerçekleştirildiği için, bu insanların yerli inançları, yani yabancı kültürel değerlerinin, değerlendirmede göz önüne bulundurulmasının gerekli olup olmadığı tartış-

¹³⁷ BGH: Urteil vom 28.08.2007- 5 StR 31/07; BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.4.

¹³⁸ BGH NJW 1995, 602 (602); BGH NJW 2006, 1008 (1011).

¹³⁹ Röper, ZRP 2006, 187 (187); Nebm, FS- Eser 2005, 419 (424).

¹⁴⁰ BKA, „Ehrenmorde in Deutschland“, S.14.

¹⁴¹ BGH NJW 2006, 1008 (1011); BGH NStZ 1995, 79 (79).

malıdır.¹⁴² Bir görüş için, failin kültür değerleri önemlidir ve değerlendirilmede göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁴³ Böylece namus cinayetinde “diğer bayağı nedenler” yüzünden öldürme reddedilir. Buna karşılık Yargıtay başka bir görüştedir. Yargıtay’a göre bir motifin düşüklük yani bayağılık değerlendirmesi için ölçek olarak Federal Almanya Cumhuriyeti yasal topluluğunun görüşleri dikkate alınmalıdır.¹⁴⁴ Bu durumda yasal topluluğun ahlaki ve hukuki değerlerini kabul etmeyen bir etnik grubun görüşleri önemli değildir. Buna yönelik, kişinin yabancı kültür değerlendirmesi saikin bayağılık değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır!

Federal Mahkeme’nin görüşüne göre, başka yabancı bir ülkede bulunan hatta orada yaşayan kişi o ülkede geçerli olan kurallara uymak zorundadır.¹⁴⁵ Namus uğruna bir insanı öldürmek Federal Mahkeme’ye göre “özellikle kınanması gereken” ve “sosyallik açısından düşüncesiz”dir; çünkü fail kendini böylece geçerli olan genel kuralların ve de mağdurun yaşama hakkının üstüne koymaktadır, yani kendini daha üste görmektedir.¹⁴⁶ Bu suçlar dolayısıyla Alman topluluğunun “değerler ölççeğin” ihlali demektir.¹⁴⁷ Özellikle Alman Anayasası’nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı olan insanın yaşama hakkının ihlalidir.¹⁴⁸ Yaşama hakkı topluluk hukukunda çok yüksek bir hak olarak geçerlidir ve bu yüzden bu hakkın zedelenmesi alçak olarak değerlendirilir.¹⁴⁹ Sonuç olarak ve Yargıtay’a uyararak namus cinayeti alçak bir nedendir. Böyle bir eylemin faili alçak nedenler yüzünden cinayetten ömür boyu hapis cezasına çarptırılmalıdır.

¹⁴² *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (95); *Valerius*, JZ 2008, 912 (914); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386); *Nebm*, FS- Eser 2005, 419 (422).

¹⁴³ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); BGH JA 2006, 573 (574); BGH NJW 2006, 1008 (1011); LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.39; S/S- *Eser* §211 Pn.18; *Otto*, Jura 2003, 612 (617); *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (96); *Schubert/Moebius*, ZRP 2006, 33 (34).

¹⁴⁴ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); BGH JA 2006, 573 (574); BGH NJW 2006, 1008 (1011); LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.39; S/S- *Eser* §211 Pn.18; *Otto*, Jura 2003, 612 (617); *Kudlich/Tepe*, GA 2008, 92 (96); *Schubert/Moebius*, ZRP 2006, 33 (34).

¹⁴⁵ Krş. *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

¹⁴⁶ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); *Nebm*, FS- Eser 2005, 419 (421).

¹⁴⁷ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

¹⁴⁸ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

¹⁴⁹ BGH NStZ 1995, 79 (79); BGH NJW 1995, 602 (602); *Dietz*, NJW 2006, 1385 (1386).

e) Türkiye'deki Hukuki Değerlendirme

Şimdi de, Türkiye'de bu suçların yasal değerlendirmesinin nasıl olduğu hususuna kısaca değinilecektir:

Namus nedeniyle öldürme Türkiye'de yaygındır.¹⁵⁰ Çoğunlukla doğu ve güneydoğuda gerçekleştirilir.¹⁵¹ Fakat bunların hukuki değerlendirilmesi nasıldır?

Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde kasten öldürme suçu düzenlenmiş ve sabit ceza olarak müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Bunun ötesinde Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinde kasten öldürmenin nitelikli halleri yer almaktadır. Bu başlık altında ağırlaştırıcı nedenler düzenlenmiştir.¹⁵² Bu suçlar için 2002 senesine kadar ölüm cezası ve bu ceza kaldırıldığından beri ömür boyu hapis cezası öngörülmüştür.¹⁵³ Nitelikli haller olarak Türk Ceza Kanunu'nun 82-i maddesinde, Almanya'da namus cinayeti olarak anlaşılan, kan gütme saiki ve 82 j maddesinde de töre cinayeti düzenlenmiştir. Töre cinayeti baştan beri TCK'da yer almışken, namus cinayeti yeni TCK ile yasallaşmıştır.¹⁵⁴ Töre ve namus cinayetlerinin akraba içi öldürme suçları oldukları ifade edilmektedir. Böylece namus nedeniyle öldürmeler Türkiye'de de, Almanya'da olduğu gibi, çok hassas bir konudur. Ancak, Türkiye'de bazı bölgelerde, yasal düzenin aksine, hala kan davası ve namus cinayetleri geleneksel olarak devam etmektedir.¹⁵⁵

f) Ara Sonuç

Şimdilik, geçici sonuç olarak, namus cinayetleri hem Almanya'da hem de Türkiye'de kasten öldürmenin nitelikli halini oluşturduğu ve ömür boyu hapis cezası öngörüldüğü tespit edilmiştir. Gerçi Türkiye'nin bazı bölgelerinde bu tür cinayetler geleneksel olarak gerçekleştirilmek-

¹⁵⁰ Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 (96); Grünewald, NStZ 2010, 1 (1).

¹⁵¹ Grünewald, NStZ 2010, 1 (4).

¹⁵² Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku, s.134 vd.; Hakeri, Kasten öldürme Suçları, s.218; Valerius, JZ 2008, 912 (914); Grünewald, NStZ 2010, 1 (3); Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 (98).

¹⁵³ Aydın, Türk Suç ve Ceza Hukuku, S.134 vd.; Hakeri, Kasten öldürme Suçları, s.218; Valerius, JZ 2008, 912 (914); Grünewald, NStZ 2010, 1 (3); Kudlich/Tepe, GA 2008, 92 (98).

¹⁵⁴ Valerius, JZ 2008, 912 (914); Grünewald, NStZ 2010, 1 (3 f.).

¹⁵⁵ Grünewald, NStZ 2010, 1 (4).

tedir; fakat eşit veya popüler bir fenomen olarak kabul edilemez. Bu tür-
lü eylemlerde fail kendi hayatını ve onurunu kadının hayatından daha
yüksek gördüğü için, bu iki ülkede de çok hassas bir konu oluşturmak-
tadır.

III. H. S. Olayı¹⁵⁶

Namus yüzünden öldürmenin en iyi örneği S. ailesinde gerçekleştirilen cinayettir. Bu örnek konuya özel bir güncellik getirmektedir. Ayrıca, böyle davaların değerlendirilmesinde yabancı kültürel değerlerin riayet edilmemesi belirsizdir.

23 yaşındaki Alman-Türk olan H. S. dindar bir aileden gelmektedir. On beş yaşında iken Türkiye'de yaşayan ve kendisinden dokuz yaş büyük olan kuzeni ile ailesi tarafından zorunlu olarak evlendirilmiştir. Evlilik birliğinin sarsılmasından dolayı hamile hali ile Almanya'ya, ailesinin yanına, geri dönmüştür. Kısa bir süre sonra kendi evine yerleşmiş ve orada özgürce, kendi istediği gibi yaşamaya başlamıştır. Böylece bağımsız bir yaşam sürmektedir. Hem içsel hem de dışsal görünüm olarak çok değişmiştir. Bu, aileye göre kural dışıdır. H.'un kendi evine çıkmasıyla ailesi ile ilişkisi kesilmiştir. Kendisinden küçük, olay anında on sekiz yaşında olan kardeşi A. için de ablasının yaşama tarzı haysiyetsizce idi. Kardeşine göre H., ailesinin onur ve şerefine zarar vermekteydi. Buna yönelik, kendini aile onurunun müdafaası için temsilci olarak gördü. Ablasını öldürerek müdafaayı gerçekleştirmek istedi ve bunu yaptı da. Ablasını yolun ortasında silahla kafasına üç kurşun sıkarak öldürdü.

Burada gerçekleştirilmiş olay, yani A.n'ın hareketi gerçekten bir namus cinayeti miydi? Eğer A.'ın hareketini ve bu harekete sebep olan sa-
ikleri, yukarıdaki tanıtımın altına sokmak gerekirse; o zaman, Ayhan'ın H.'u sözde kırılan onuru düzeltmek için öldürdüğü düşünülebilir. Böylece A. bir namus cinayeti gerçekleştirmiştir! Ancak, bu durumda Sürücü ailesinin kültürel değerlerinin dikkate alınmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Kültürel değerlere göre A.'ın yaptığı doğruydur. Ancak, önceden anlatıldığı gibi böyle durumların değerlendirmesinde sadece

¹⁵⁶ Krş. BGH: Urteil vom 28.08.2007- 5 StR 31/07.

“yerli” değer ölççeği, ki bu noktada da Almanya Federal Cumhuriyeti'nin değer ölççeği geçerli olmalıdır. Ailenin beklentileri bu durumda önemsizdir.

Bu olayda H.'un A.'dan hariç iki abisi de diğer sanıklar olarak kabul edilebilecek olsalar da, suçlulukları ispatlanamadığından Yargıtay tahliyelerine karar vermiştir. A. ise dokuz yıl ve üç aylık bir hapis cezasına çarptırıldı.

IV. Faillik ve Suça İştirak

Önceden de belirtildiği gibi, adam öldürmenin ve cinayetin farklı sınıflandırılması farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bu özellikle suça katılım hususunda önemlidir.

A. Faillik

Herkes cinayetin faili olabilir¹⁵⁷. Bir kişi kasten, yani kendi elleriyle, bir başkasını öldürürse, başkasının menfaati için veya başkasının etkisi altında yapılmış olsa bile, suçludur.¹⁵⁸

Bu vesileyle suç ortaklığı çok sorunlu bir alandır. Eğer 212. ve 211. madde iki ayrı, yani bağımsız maddelerdir diyen Yargıtay'ın görüşüne riayet edilirse, adam öldürme ve cinayet ortakça gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusu doğmaktadır.¹⁵⁹ Alman Ceza Kanunu'nun 25. maddesinin 2. bendi suçun ortakça islenmesini gerektirir. Dolayısıyla suç ortaklığı sadece aynı suça iştirak edildiğinde gerçekleştirilir, söz konusu olabilir. Fakat bu görüşe uyulursa, faillerden biri adam öldürme suçunu gerçekleştirirse ve bir diğeri ise bir cinayet islerse ortada, 25. maddenin 2. fıkrası anlamında, ortakça gerçekleştirilen bir eylem yoktur.¹⁶⁰ Ancak, Yargıtay suç ortaklığı sorununa olumlu bir yanıt verdi.¹⁶¹ Yargıtay'a göre yukarıda anılan olayda suç ortaklığı mümkündür. Gerekçesi ise 211. madde 212. maddeyi tamamen içermesidir, yani 212. madde 211. maddenin “içinde” olmasıdır.¹⁶² Bu nedenle müsterek failler özdeş

¹⁵⁷ LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.203; S/S- *Eser* §211 Pn.42; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁵⁸ S/S- *Eser* §211 Pn.42; *Wessels/Hettinger*, Stfrect BT I, Pn.138.

¹⁵⁹ Krş. MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁶⁰ Krş. MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁶¹ BGHSt 36.Band 1990, 231 (233).

¹⁶² MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

bir halde suçun unsurlarını gerçekleştirebilmektedirler. Ama bu gerekçe tam ikna edici bir sonuç değildir.¹⁶³ Yargıtay bu görünüm ile her olayı sorunsuz çözemeyebilir.¹⁶⁴ Oysa, 211. maddeyi 212. maddenin nitelikli hali olarak gören doktrinin görüşü ile her olay sorunsuz bir halde çözülebilir. Denilenler, suç ortağının birinin adam öldürme suçu yüzünden bir diğerinin ise cinayet yüzünden mahkum edilebileceğini, tevekkül eder.¹⁶⁵ Suç ortaklığı arızı olmadığı için suçlar ayrı hukuki değerlendirmeye tabi tutulabilirler.¹⁶⁶ Denilenlerden Yargıtay görüşünün çok çelişiklere ve problemlere yol açmakta olduğu anlaşılmaktadır. Yani sadece doktrinin görüşü makul ve maddi sonuçlar doğurmaktadır.

B. Suça İştirak

Cinayetin bu münakaşalı bilimsel sınıflandırması iştirak sorunlarına yol açmaktadır. Suça iştirakte Alman Ceza Kanunu'nun 25. maddeden itibaren belirtilmiş olan bağımlılık ilkesi geçerli olmasına rağmen bazı noktalar sorunludur. Bu sorun 28. maddenin uygulanabilirliğine ilişkindir.¹⁶⁷ Sınırlı bağımlılık ilkesi bazı yerlerde 28. madde “deliniyor” daha doğrusu “gevşetiliyor”.¹⁶⁸ Bunun için gerektiğinde hangi derecede nitelikli öldürmeye ilişkin unsurların 28. madde anlamında “özel kişisel unsurları” oluşturduğunun çözülmesi gerekmektedir.¹⁶⁹ 14. maddenin 2. fıkrasında “özel kişisel unsurlara” ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmaktadır. 28. madde de anılan kişisel özellikler, suç türüne ait olan ve faili ayrıntılı olarak tarif eden özellikler, koşullar veya durumlardır.¹⁷⁰ Bu kişisel unsurlar failin şahsiyetini ya da yükümlülüğünü karakterize ettiği anda özeldir.¹⁷¹ Bu aydınlanmadan sonra, nitelikli öldürmeye ilişkin unsurların faile yönelik mi, yoksa eyleme yönelik mi olduğu tespit edilmelidir.¹⁷² Eyleme yönelik

¹⁶³ Krş. MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁶⁴ Krş. MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁶⁵ S/S- *Eser* §211 Pn.43; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.203.

¹⁶⁶ BGHSt 36.Band 1990, 231 (233).

¹⁶⁷ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.204; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.49; *Vietze*, Jura 2003, 394 (394); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (41).

¹⁶⁸ *Geppert*, Jura 1997, 299 (300).

¹⁶⁹ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.204; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.50.

¹⁷⁰ *Lackner/Kühl*- StGB §28 Pn.3; *Fischer*- StGB §28 Pn.4 f.

¹⁷¹ *Lackner/Kühl*- StGB §28 Pn.3.

¹⁷² MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.204; *Fischer*- StGB §28 Pn.3; *Vietze*, Jura 2003, 394 (394); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (42); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (107).

olan unsurlar olayın nesnel kalitesine göre tanımlayan durumlardır.¹⁷³ Buna karşılık, faile yönelik olan unsurlar, failin özel bir taahhüdünü, onun etik ve aşağılık olan düşüncelerini ya da kişisel tehlikeyi kapsayan durumlardır.¹⁷⁴ Madde 28 sadece faile yönelik olan unsurları içerir.¹⁷⁵ Bu yüzden nitelikli öldürmeye ilişkin olan unsurların hangisinin eyleme ve hangisinin faile yönelik olduğu belirlenmelidir. Duruma göre, yani hangi görüşün benimsendiğine göre sonuç değişmektedir. Aslında, nitelikli halleri oluşturan unsurların eyleme yönelik veya faile yönelik olan kategoriye sokmakta, genel olarak bir sorun yoktur, yani buna ilişkin bir muvafakat vardır. Sadece bunların ceza kurucu veya ceza ağırlaştırıcı olup olmaması değerlendirmesi biraz sorunludur. İkinci gruptaki unsurlar, fiilin ifasını içerdiği için, eyleme yönelik olan unsurları kapsar.¹⁷⁶ Buna karşılık birinci ve üçüncü gruptaki unsurlar faile yönelik olarak anlaşılabilir.¹⁷⁷ Alman Ceza Kanunu'nun 28. maddesinin uygulanması böylece mümkündür.

1. Eyleme Yönelik Olan Unsurlarda İştirak

Önceden de müzakere edildiği gibi, ikinci grubun özellikleri, yaygın görüşe göre, eyleme yönelik unsurlardır ve bu yüzden 28. maddenin uygulama alanından alınmıştır.¹⁷⁸ Asli failin gerçekleştirdiği eyleme uygun unsurlar bunu bilen şerike her zaman sirayet ettirilir.¹⁷⁹ Kavramsal olarak, “arızı bilginin sirayeti” olarak adlandırılır. Katılımcının cezası, eyleme yönelik unsurlara ilişkin olup, genel katılım kurallarına, Alman Ceza Kanunu'nun 26. ve 27. maddesine uyar. Temeldeki farklı görüşler burada mutabık kalmaktalar.¹⁸⁰

¹⁷³ BGH JR 1996, 161 (161); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (42); *Geppert*, Jura 1997, 299 (301).

¹⁷⁴ *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (42); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (107); *Geppert*, Jura 1997, 299 (301).

¹⁷⁵ S/S- *Eser* §211 Pn.47; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.208; *Fischer*- StGB §211 Pn.91 f.; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.52; *Vitze*, Jura 2003, 394 (394); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (42).

¹⁷⁶ *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (107).

¹⁷⁷ *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (42); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (107).

¹⁷⁸ S/S- *Eser* §211 Pn.47; MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.208; *Fischer*- StGB §211 Pn.91 f.; *Kindhäuser*, Strafrecht BT I, §2 Pn.52; *Vitze*, Jura 2003, 394 (394).

¹⁷⁹ *Vitze*, Jura 2003, 394 (394).

¹⁸⁰ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.209; *Rengier*, Strafrecht BT II, §5 Pn.1.

2. Faile Yönelik Olan Unsurlarda İştirak

Faile yönelik unsurların gerçekleştirildiği andan sorunlar başlar. Her şeyden evvel, suça katılanlardan sadece biri böyle bir unsuru gerçekleştirirse, ya da ikisi de birbiriyle örtüşmeyen unsurlar gerçekleştirirse bu sorun alevlenir.¹⁸¹ Bu sorunların çözümü 212. ve 211. maddesi arasındaki ilişkinin kavranışına bağlıdır.

a) Yargıtay'ın İştirak Ölçütü

Yargıtay suçların bağımsızlık iddiasını, bu gibi kişisel özellikler için 28. maddenin geçerli olduğu beyanına bağlar, çünkü bu böylece failin suçunu oluşturmaktadır.¹⁸² Bu nedenle bunlar “ceza kurucu ve faile yönelik” olan unsurlardır.¹⁸³ Ancak, 49. maddenin 1. fıkrasına göre failin cezası zorunlu olarak hafifletilmelidir.¹⁸⁴ Bu yüzden 28. maddenin 1. fıkrası zorunlu ceza hafifletici şeklinde bir ceza infazı kuralıdır.¹⁸⁵ Ve bu sadece faillerin ve katılımcılar arasındaki ilişkiyi etkiler, yani tüm katılım şekilleri için geçerli değildir.¹⁸⁶ Ayrıca, demin anılan suç hafifletici kural sadece özel kişisel unsuru kendi kişiliğinde taşımayan, ama fail tarafından gerçekleştirilen ve ceza kurucu etkisi olan, katılımcı için geçerlidir.¹⁸⁷ Bu normun tatbikatı için önkoşul fonksiyonundan oluşmaktadır. Fonksiyonu: katılım ile ilgili cezayı hafifletmek. 28. maddenin 1. fıkrası buna ilişkin katılımcının ana fiile katılım yüzünden gerçekten suçlu olduğunu farz etmektedir.¹⁸⁸ Aynı zamanda katılımcının kastı failde olan kişisel unsura ilişkin olmalıdır.¹⁸⁹ Ayrıca, Yargıtay bunun kullanım alanını genişletmiştir. Fail ile katılımcı farklı ama eşit değerlerde olan unsurlar gerçekleştirirlerse yine bu alan içinde olurlar.¹⁹⁰ Yukarıda anılan

¹⁸¹ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.206.

¹⁸² MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.202; *Vietze*, Jura 2003, 394 (395); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108); *Geppert*, Jura 1997, 299 (301).

¹⁸³ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.202; *Vietze*, Jura 2003, 394 (395); *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 41 (43); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108); *Geppert*, Jura 1997, 299 (301).

¹⁸⁴ *Lackner/Kühl*- StGB §28 Pn.7; *Fischer*- StGB §28 Pn.7; *Geppert*, Jura 1997, 299 (301).

¹⁸⁵ *Küper*, JZ 2006, 1157 (1158).

¹⁸⁶ *Küper*, JZ 2006, 1157 (1158).

¹⁸⁷ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.206; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.208; *Fischer*- StGB §28 Pn.7.

¹⁸⁸ *Vietze*, Jura 2003, 394 (397); *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108 f.).

¹⁸⁹ *Geppert/Schneider*, Jura 1986, 106 (108).

¹⁹⁰ MüKo- StGB/*Schneider* §211 Pn.206; LK- StGB/*Jähnke* §211 Pn.64; *Vietze*, Jura 2003, 394 (396).

“çaprazlık kuralı” yine sadece katılımcının kastı fail tarafından gerçekleştirilen unsuru kapsarsa geçerli olur.¹⁹¹ Hukuki sonuç, ceza sınırlarının kaydırılmasıdır. Yani, katılımcı da cinayeti oluşturan unsurun bulunmamasına rağmen cinayete iştirak yüzünden cezalandırılabilir ama cezası madde 28 I, 49 I'e göre hafifletilebilir.

b) Doktrinin İştirak Ölçütü

Doktrindeki görüşün hareket noktası, cinayetin adam öldürme suçunun nitelikli halini oluşturmasıdır. Nitelikli hali oluşturan unsurlar böylece basit hale yönelik olan ama nitelikli hali oluşturan öğelerdir. Ve bu nedenle cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak algılanırlar.¹⁹² Bu suretle doktrin 28. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasından yanadır.¹⁹³ Alman Ceza Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası tüm katılım formları için bir hüküm içermektedir.¹⁹⁴ Bu norm katılmayı kast ettiği anda “katılım bağımlılık ilkesinin” ihlali olarak algılanır. Çünkü özel kişisel unsurun varlığı veya yokluğu tipikliği etkiler.¹⁹⁵ Bu demektir ki: Katılımcının nitelikli suça katıldığı için cezalandırılıp cezalandırılmaması artık kastına bağlı değildir, bilakis sadece kendi kişiliğinde nitelikli bir unsuru gerçekleştirip gerçekleştirilmemesine bağlıdır.¹⁹⁶

Sonuç

Şimdiye kadarki tanımlamalardan dolayı, Kanun'un istisnaları olup olmadığı merak edilmektedir. Bir devlette iki ayrı idari denetim yan yana yer alabilir mi? Ünlü filozoflar, Thomas Hobbes, John Locke ve Charles-Louis des Secondat Montesquieu'ye göre¹⁹⁷ insanların doğuştan itibaren hakları vardır ve devlet bunları korumakla ve özellikle insanları birbirlerinden korumakla yükümlüdür. İnsanın doğal hali herkese karşı bir

¹⁹¹ Vietze, Jura 2003, 394 (396).

¹⁹² MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.202; Küper, JZ 2006, 1157 (1161); Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41 (43); Geppert/Schneider, Jura 1986, 106 (108).

¹⁹³ MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.210; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.65.

¹⁹⁴ Küper, JZ 2006, 1157 (1165); Geppert, Jura 1997, 299 (301).

¹⁹⁵ MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.210; Lackner/Kühl- StGB §28 Pn.1; Geppert, Jura 1997,299 (301).

¹⁹⁶ Krş. MüKo- StGB/Schneider §211 Pn.210; LK- StGB/Jähnke §211 Pn.65.

¹⁹⁷ Thomas Hobbes, Leviathan Kap.17; John Locke, Über die Regierung: Der Naturzustand des Menschen; Charles- Louis des Secondat Montesquieu, Gewaltenteilung.

mücadeledir. Ayrıca, insanlar toplumsal akitte kendi intikam haklarından vazgeçip devlete güvenmektedirler. Bu demektir ki, hak zedelenmeleri sadece devlet tarafından yargılanabilir. Fakat devlet de hata yapabileceği için kontrol altında tutulması gerekmektedir. Bağımsız ve çoğulcu bir toplum sadece dayanaklar sayesinde ayakta durabilir. Buraya gelen herkes ne yazılı nede sözlü bir “toplum akdi” imzalar ve böylece bu dayanak nedeniyle yönlendirilir. Kişilerin toplumda geçerli olan şartlara uymaları ve bazı farklı hareket tarzlarından da vazgeçilmesi gerekir.¹⁹⁸ Buna entegrasyon (uyum) adı verilmektedir. Eğer bunlar olmazsa ve devlet iki hukuk sisteminin aynı anda geçerli olmasına izin verirse, toplum sözleşmesi yıkılır.

Almanya’da sosyal entegrasyon çok konuşulan bir konudur. H. S. cinayeti işte bu çok konuşulan münakaşayı yeniden alevlendirdi ve aynı zamanda Müslüman gurbetçilerin entegrasyonu hakkında soru işaretleri bıraktı¹⁹⁹. Ondan beri eksik entegrasyon namus cinayetleri için bir sebep olabileceği konuşulmaktadır. Ayrıca, bu olay, aile iç yapısı nedeniyle oluşan bir cinayeti yansıtmakta ve bunlar her entegrasyona karşı olan şeylerdir. Bu unsurlar adetlerine (örf ve adet) göre hareket etmektedirler. Almanya’da geçerli olan Anayasa’nın başarılı entegrasyon için “kullanılması” gerektiği söylenmektedir.²⁰⁰ Fakat o zaman geleneksel, hatta arkaik dine ilişkin iç düzenler ve fundamentalizme kadar bütün düşünceler Anayasa ile bağlı kabul edilemez.²⁰¹ Ayrıca, Avrupa değer düzeniyle de karşı karşıyadır.²⁰² Başka kültürlerle ve dine karşı olan tolerans insan hakları ve eşitliğin aşağılandığı andan itibaren sona erer.

Sonuç olarak şu sonuca ulaşmış bulunmaktayım: Namus cinayetleri insan haklarına karşı olan bir davranıştır²⁰³, her insanın yaşama hakkı vardır ve hiç kimse başkasının bu hakkını, elinden almaya yetkili değildir!

198 Röper, ZRP 2006, 187 (187); Schubert/Moebius, ZRP 2006, 33 (34).

199 Krş. Röper, ZRP 2006, 187 (187).

200 Krş. Röper, ZRP 2006, 187 (187 f.).

201 Krş. Röper, ZRP 2006, 187 (187 f.).

202 Krş. Röper, ZRP 2006, 187 (187 f.).

203 Schubert/Moebius, ZRP 2006, 33 (33).

Türk Ceza Kanunu'nda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu (m.132)

Gülşah Güven*

Özet

Makalede, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açıklanmıştır. Haberleşmenin gizliliği ve özel hayat kavramları kapsamında, suç ile korunan hukuksal yarar tartışılmıştır. Bunun ardından, 132'nci maddede düzenlenen "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçları ile, TCK'nın 133'üncü maddesinde düzenlenen "kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydı" suçları arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. Son olarak, haberleşmenin gizliliğinin basit ihlali ile ifşa suçları arasındaki ilişki ve suçların içtimai konuları açıklanmıştır.

Anahtar kelimeler:

Özel hayata saygı duyulmasını talep hakkı, haberleşmenin gizliliğini ihlal, haberleşme özgürlüğü, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydı.

Abstract

The paper deals with the offence of "violation of the communications privacy". Concepts of "communications privacy" and "private life" have been explained, focusing on the legally protected interest. Subsequently, the relations between various offences of TCC, such as the "violation of the communications privacy" and the offence of "recording non-public conversation", arts. 132 and 133 TCC respectively. Finally, the concurrence of offences, including the violation of communications privacy and the disclosure of the contents of such communications, have been analysed.

Keywords:

The right to respect for private life, violation of communications privacy, liberty of communication, recording non-public conversations.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi. Makale, 3. Genç Ceza Hukukçuları Kongresi 2010'da (Diyarbakır-Türkiye) sunulmuş tebliğin genişletilmiş halidir.

A. Genel Açıklama

Teknolojik gelişmelerin hızına paralel olarak iletişim araçlarında da önemli gelişmeler olmuştur. Bu gelişmelere bağlı olarak iletişim araçları ile haberleşme çok yaygın ve kolay bir hal almıştır. Haberleşme Hürriyeti 1982 Anayasası 22., İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 12. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 8. maddeleri ile güvence altına alınmış bir haktır¹. Nitekim Anayasamızın 22. maddesinde “Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” denilerek bu hakkın önemi ve güvencesi vurgulanmıştır. Ayrıca AİHS’nin 8. maddesinde de herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir.

765 sayılı ETCK da “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” başlığı altında özel hayat ve haberleşme dokunulmazlığı 195 ve devamı maddeler ile koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Ancak bu derece öneme sahip olan bir hakkın korunması için mülga kanun hükümleri yetersiz kalmaktaydı. Zira bu hükümler yalnızca haberleşme araçlarının hukuka aykırı saldırılara uğramaması yönünde bir korumaya sahipti². Ancak haberleşmenin dokunulmazlığı ile korunması gereken “*haberleşme içeriğinin*” gizliliğidir. Bu sebeple 5237 s. TCK “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı ile mevcut eksikliği gidermiştir³.

B. 5237 s. TCK m. 132 İncelemesi

Anılan maddede ETCK 195 ve 197’nci maddeleri ile hükme bağlanan suçların kapsamı genişletilerek ve bu kapsama “haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu da dâhil edilerek haberleşmenin dokunulmazlığı hakkı güvence altına alınmıştır. Madde ile eski kanunda yapılmış olan haberleşme araçlarında sınırlayıcı bir sistem uygulanmamış tüm iletişim araçları madde kapsamına dâhil edilmiştir. “Haberleşme içeriği” ve “haberleşme gizliliği” tanımları ile genel bir tanım yapılmıştır⁴.

¹ Taşkın, Turhan; Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008, s. 24; Vatan, Zeki; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak İletişimin Denetlenmesi, İstanbul 2009, s. 22-23.

² Tezcan, Durmuş / Erdem, Ruhan / Önok, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008, 6. bası, s. 483.

³ Tezcan / Erdem / Önok, s. 484; Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer; Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, 3. baskı, s. 2069.

⁴ Parlar / Hatipoğlu, s. 2070; Tezcan / Erdem / Önok, s. 486.

1. Korunan Hukuksal Menfaat

5237 s. TCK m. 132 ile korunmak istenen hukuksal menfaat genel anlamı ile özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı ve bununla birlikte özel olarak haberleşme hürriyetinin dokunulmazlığıdır. Nitekim 1982 Anayasa'sının "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlıklı bölümünde yer alan 22. madde ile haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Belirtmek gerekir ki 5237 s. TCK m. 134 ile "Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali" suç olarak düzenlenmiştir. Haberleşmenin dokunulmazlığı ve iletişim özgürlüğü doğası gereği özel hayat alanının çok önemli bir parçasıdır. Ancak özel hayat, belirli çizgiler çizmek suretiyle sınırlarının belirlenmesi yönünden çok geniş bir kavramdır. Özel hayat tanımının soyut bir zemin üzerine yerleştirilmesi sonucu, özel hayatın önemli bir parçası olan haberleşmenin ihlali söz konusu olduğunda daha özel bir düzenleme bulunduğundan için bu özel düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir.

2. Suçun Konusu

5237 s. TCK m. 132/f.1'de tanımlanan suçun konusu "haberleşme" ve m. 132/f.2-3'de tanımlanan suçun konusu ise "haberleşme içeriğidir." Daha öncede belirttiğimiz gibi anılan hüküm mülga kanunun ilgili hükmünün aksine haberleşme araçlarına bir sınırlama getirmemiş ve her türlü haberleşme aracını madde kapsamına almıştır. Böylelikle gelişen teknolojik değişmelere rağmen kanun hükmü güvencesini koruyacaktır.

Ayrıca madde korumasından yararlanılabildiği için haberleşme içeriklerinin belirli bir kişiye izafe edilmesi yani anonim ve genel gönderi niteliğinde olmaması gerekir⁵.

3. Fail ve Mağdur

Bu suçların faili herkes olabilir. Ancak maddenin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen suçların faili haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi veya kişiler olmalıdır. Maddenin 3. fıkrasında belirtilen "Kendisi İle Yapılan Haberleşme İçeriğini Alenen İfşa" suçunun faili ise haberleşmenin tarafı olan kişidir.

Bu suçun mağduru herkes olabilir.

5 Tezcan / Erdem / Önok, s. 487.

4. Maddi Unsur

Haberleşme en az iki kişi arasında bir vasıta yolu ile yapılan iletişimi ifade eder⁶. Vasıta teknolojik gelişmelere paralel olarak değişen, bireylerin haberleşmesini sağlayan araçlardır. Bu doğrultuda belirtmek gerekir ki, *insan* vasıta değildir. Mülga kanun hükümlerinde haberleşmenin gizliliği ancak haberleşme aracını “açmak” ve “ele geçirmek” fiilleri ile ihlal ediliyordu. 5237 s. TCK ile haberleşme hürriyetinin ihlali olan her türlü fiil suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle 132. maddenin her fıkrasında farklı bir suç düzenlenmiştir.

a) Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (m. 132/f.1)

Haberleşmenin içeriğine müdahale oluşturan her türlü fiil suçun maddi unsurunu oluşturur. Bu bakımdan anılan suç serbest hareketli bir suçtur. Madde 132/f.1 de belirtilen haberleşme deyiminden anlaşılması gereken bireylerin başkalarıyla paylaşmadığı ve doğrudan doğruya olmayıp bir araç vasıtasıyla yaptıkları iletişimdir⁷. Önemli olan haberleşme özelliği taşıyan bir içeriğin gizliliğinin ihlal edilmiş olmasıdır⁸. Kişiler arasında yapılan haberleşmenin hangi nedenle yapıldığı suçun oluşması açısından bir önem taşımaz.

Haberleşme gizliliğinin ihlali, haberleşme içeriklerinin kayda alınması ile yapılmışsa 132. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen suç oluşmuştur.

b) 5237 s. TCK m. 132/f.1 ve m. 133 ilişkisi

TCK m. 133 “*kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*” eylemlerini düzenlemektedir. Haberleşme içeriğine dinleme ve ses alma cihazı ile yapılan müdahalelerin m. 133 kapsamında olduğu yönünde doktrinde çeşitli görüşler bulunsa da m. 133 kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmalara yönelik ihlalleri suç olarak düzenlemiştir. Haberleşmenin tanımı dikkate alındığında 133. maddede belirtilen suça uygun bir eylem bulunmadığından 132. maddenin uygu-

6 Tezcan / Erdem / Önok, s. 488; Parlar / Hatipoğlu, s. 2071.

7 Şen, Ersan; 5237 sayılı TCK'da “Özel Hayata Karşı Suçlar”, İBD, C:79, Sy. 3(2005), s. 712.

8 Parlar / Hatipoğlu, s. 2071.

lanması gerekir. Bu sebeple haberleşmenin içeriğine bir alet veya cihaz ile müdahale edildiğinde m. 132 ve m. 133 arasında içtima hükümlerinin uygulanması kabul edilebilir bir görüş değildir. 133. madde hükümünden de açıkça anlaşıldığı üzere ilgili hüküm “*kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*” eylemlerini suç olarak düzenlemiştir. Aleni olmayan konuşmalar ise belirli kişi veya kişiler arasında yapılmakta olan ve 3. kişilerin belir bir çaba göstererek ulaşabileceği konuşmalardır. Açıktır ki 132. maddede belirtilen suç için aranan bir vasıta yolu ile iletişim kurma durumu mevcut değildir. Bu durum dikkate alındığında haberleşmenin içeriğine bir vasıta yolu ile müdahale edildiğinde uygulanacak hüküm m. 133 değil m. 132 olacaktır.

c) Kişiler Arasındaki Haberleşme İçeriklerini İfşa (m.132/f.2)

Haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşasıyla bu suç oluşur. İfşa etmek teriminden anlaşılması gereken haberleşme içeriklerinin yetkisiz kişiler tarafından öğrenilmesidir. İfşa için mutlaka içeriğin aleniyet kazanmasına gerek yoktur. İçeriğin bir kişiye dahi açıklanması suçun oluşması için yeterlidir. İfşa için salt içerik değil içerik ile ilgili olan kişi veya kişiler de açıklanmalıdır. Ayrıca içeriğin tümünün açıklanmasına gerek yoktur. Bir kısmının açıklanması da bu suç için kâfidir. İfşa ile mutlaka haberleşme içeriğinin doğrudan birebir anlatılması aranmamaktadır. TCK m. 132/f.2’de belirtilen ifşanın oluşabilmesi için üçüncü kişilerin haberleşmenin içeriği ile ilgili bilgi sahibi olması, içeriğin üçüncü kişilerce anlaşılabilir olması yeterlidir. Yani m. 132/f.2 için dolaylı bir anlatım dahi yeterli olacaktır. Önemli olan haberleşme içeriğinin üçüncü kişilerce öğrenilmesidir.

TCK m. 134/f.2 ile TCK m. 132/f.2’nin farkı budur. TCK m. 134/f.2’de kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin doğrudan ifşa edilmesi gerekmektedir. Örneğin bir gazeteci köşe yazısında eşi ile arasındaki telefon konuşmalarının içeriğini okuyucuları tarafından **algılanılabılır** şekilde aktarsa bu haberleşme içeriğinin ifşası olacaktır. Ancak özel hayatlarına ilişkin görüntülerin ifşa edilmesi için mutlaka **doğrudan** yapılmalıdır.

Mülga kanun ifşa ile bir zarar oluşması unsuru 5237 s. TCK m. 132/f.2'de aranmamaktadır. Haberleşme içeriğinin hukuka uygun olarak veya m.132/f.1 de düzenlenen suçun işlenmesi suretiyle elde edilip edilmemesi önem taşımaz. Önemli olan içeriğin hukuka aykırı şekilde ifşasıdır. Haberleşme içeriklerinin özel hayatın bir parçası olduğu açıktır. Bu yönde bir tartışmanın varlığı dahi gereksizdir. Zira haberleşme kişilerin doğrudan ve aleni bir şekilde yaptıkları bir iletişim değildir. Haberleşmenin içeriğinin hukuka aykırı veya uygun olması dahi bu durumda bir önem taşımamaktadır.

Haberleşme içeriğini açıklayan kişinin ayrıca haberleşmenin gizliliğini de ihlal eden kişi olması halinde uygulanacak hüküm konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Doktrinde bir görüş; haberleşme içeriğinin ihlali eylemlerini yapan ve bunu ifşa eden kişinin aynı olması halinde m. 132/f.1 ve m. 132/f.2 hükümlerinin ayrı ayrı uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁹. Doktrindeki bir diğer görüş ise; ifşa ve ihlal fiillerini yapan kişi aynı ise yalnızca m. 132/f.2'den ceza verilmesi gerektiğini belirtir. Zira ifşa eylemini gerçekleştirebilmesi için içeriğin okuması, dinlenmesi veya kaydedilmesi yani bu suçu oluşturan eylemlerden birinin yapılmış olması gerekmektedir¹⁰. Ancak m. 132/f.2'nin işlenebilmesi için mutlaka m. 132/f.1'de düzenlenen suçun işlenmiş olmasına gerek yoktur. Bu suçlar birbirinden bağımsız olarak işlenebilir. Ancak buradaki açıklamalarımız, olan hukuk bakımından geçerlidir. Olması gereken hukuk açısından ise suçun cezalandırma alanının aşırı derecede geniş olduğu söylenmelidir.

İçeriğin ihlali ile aynı zamanda ifşa eylemi de gerçekleşmiş ise m. 132/f.1 ve m .132/f.2 hükümleri arasında fikri içtima uygulanır.

d) Kendisi İle Yapılan Haberleşme İçeriğini İfşa (m. 132/f.3)

Bu suçun oluşabilmesi için kişinin kendisi ile yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın ifşa etmesi gerekir. Bu suç m.132/f.2 de düzenlenen suç ile benzerlik göstermektedir. Bu açıdan ifşa ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır. An-

⁹ Tezcan / Erdem / Önok, s. 489.

¹⁰ Parlar / Hatipoğlu, s. 2072.

cak m. 132/f.2 için ifşanın alenen yapılmış olması gerekmezken m. 132/f.3 de düzenlenen suç için ifşa eyleminin alenen yapılması gerekir¹¹. Aleniyet için aranan temel ölçüt; üçüncü kişilere bu içeriğe ulaşabilme olanağının yaratılmasıdır.

5. Manevi Unsur

Bu suç genel kast ile işlenir. Madde metninde suçun işlenmesi bakımından herhangi bir özel kast veya saik aranmadığından, olası kast ile işlenmesi mümkündür.

6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bu suç açısından rıza hukuka uygunluk nedeni sayılır. Ancak somut durum açısından inceleme yapılması gerekir. Kişinin bilinmesini isteyeceği durumlarda örtülü rıza geçerli olmaz.

Doktrinde tartışmalı olan bir konu ise hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılmasının meşru müdafaa ve aklanma hakkı kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinden olup olamayacağı yönündedir.

Bir görüşe göre; her ne kadar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 217/f.2 ve 1982 Anayasası m. 38 buna engel teşkil etse de saldırıdan başka türlü kurtulma imkânı yoksa yapılan bildirim meşru müdafaa kapsamında hukuka uygun sayılacaktır.

Bir diğer görüş ise; hukuka aykırı delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınamayacağını ifade etmektedir. Aksi bir durumda açık bir kanun ihlalinin gerçekleşeceği belirtilmektedir¹².

Başka bir sorun ise bu nevi delillerin bu kez aklanma hakkı kapsamında kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. Örneğin bir ceza yargılamasında haberleşmenin izinsiz dinlenmesi neticesinde elde edilen delil sanığın kendi suçsuzluğunu ortaya koymakta ise bu delil sanığın aklanması için kullanılabilir midir? Burada da yine hukuka aykırı delillerin kullanılmaması kuralının daha önce ifade ettiğimiz farklı yorumları söz konusudur.

¹¹ Parlar / Hatipoğlu, s. 2072; Tezcan / Erdem / Önok, s. 489.

¹² Şen, Ersan; Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara 2009, 3. Baskı, s. 23; ŞAHBAZ, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s. 136-151.

Somut olayda saldırının başka türlü bertarafı imkânı mümkün değil ise ve tüm diğer meşru müdafaa şartları oluşmuş ise meşru müdafaa için bu deliller kullanılabilir. Ancak aklanma hakkı açısından açık kanun hükmü mevcut olduğundan hukuka aykırı deliller hiçbir şekilde kullanılamazlar.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 22.12.2009 tarihli ve 11957/21077 sayılı kararında eşler arasında özel hayatın olmadığını ve bu nedenle hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin medeni yargılamada kullanılabileceğini belirtmiştir. Ancak evlilik birliğinin devam etmesi konusu dikkate alındığından Yargıtay eşlerin birbirine olan sadakat yükümlülüklerine önem vermiş ve bu sebeple özel hayatın eşler arasında katı olarak mevcut olmadığını belirtmiştir. Bu noktada yarışan menfaatler söz konusu olmaktadır. Evlilik birliği altında eşlerin birbirine en önemli yükümlülüklerinden sadakat borcu ile özel hayatın gizliliği hakkı karşılaştırıldığında Yargıtay'ın evlilik birliğini korumak ve önemini savunmak adına yarışan menfaatler kapsamında sadakat borcunun önemini vurgulamak adına bu yönde bir karar vermiş olduğunu düşünmekteyiz. Bu noktada eşler arasında özel hayatın bulunmadığı yönünde kesin bir çizgi ile özel hayat hakkının koruma dışı bırakılması düşünülemez. Bunun sonucu olarak eşlerin birbirinin haberleşmelerini evlilik birliğini korumak saiki ile ihlal etmesi hukuka uygunluk sebebi sayılmamalıdır ve bu şekilde elde edilmiş delillerin kullanılmaması gerekmektedir.

Kanunun verdiği yetkinin kullanılması suretiyle haberleşme hürriyetine müdahalede bulunulabilir. (TCK m. 24/f.1) Elkoyma (CMK m. 126 vd.) ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135 vd. , PYSK Ek m. 7) çerçevesinde haberleşme içeriğine yapılan müdahale kanunun verdiği yetkiye dayandığından hukuka uygunluk nedenidir¹³.

7. Nitelikli Hal

TCK m. 132/f.4 uyarınca haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması suçun nitelikli halini oluşturur.

Ayrıca bu suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi ya da belli bir meslek ve sa

13 Tezcan / Erdem / Önok, s. 490.

8. Teşebbüs

Madde metninde yer alan suç tipi salt hareket suçu olduğundan, somut işleniş şeklinde icra hareketleri bölünebilir nitelikte ise, icra hareketlerine başlanmasına karşın failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması halinde teşebbüs söz konusu olur¹⁴.

9. İştirak

Bu suç iştirak açısından herhangi bir özellik göstermediğinden genel iştirak hükümleri dikkate alınır.

14 Tezcan / Erdem / Önok, s. 490; PARLAR/ HATİPOĞLU, s. 2073.

Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu

Dilan Işık*

Özet

Makalenin konusu, TCK m. 135'te düzenlenen "kişisel verilerin kaydedilmesi" suçunun incelenmesidir. Avrupa Konseyi'nin *Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi* başta olmak üzere uluslararası ve ulusal mevzuatta kişisel veri kavramını tanımlayan normlar karşılaştırılmıştır. Bunun ardından, 1982 Anayasası'nın konuya yaklaşımı üzerinde durulmuş, sonrasında ise Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümler incelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da dikkate alınarak, suç tipinin çeşitli olası yorumları karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel veri, AİHM, Avrupa Konseyi, özel hayat, veri kaydı.

Abstract

The paper deals with the offence of "recording personal data", as regulated under art. 135 TCC. Provisions in national and international law defining the concept of "personal data", in particular the *Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* have been compared. Later, the approach of the 1982 Constitution has been analysed, and the provisions of the Turkish Criminal Code have been explained. Finally, various possible interpretations of the offence have been compared taking into account the case law of the ECtHR.

Keywords:

Personal data, ECtHR, Council of Europe, right to privacy, data records.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi. Makele, 3. Genç Ceza Hukukçuları Kongresi 2010'da (Diyarbakır-Türkiye) sunulmuş tebliğin genişletilmiş halidir.

A. Genel Olarak

5237 s. TCK'nun 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi suçu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında “hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir” hükmü yer almaktadır. Kanunda yer alan bu hükmü anlamak ve suçun unsurlarını doğru tespit edebilmek için öncelikle kaydı suç teşkil eden “kişisel veri” kavramının ne olduğunu anlamak gerekmektedir.

Doktrinde kabul edildiği ve pek çok hukuksal düzenlemede de belirtildiği üzere, *kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi anlamına gelir.*¹ Bu tanım göstermektedir ki, bir kişinin nüfus bilgileri, adresi, telefon numarası, banka hesap bilgileri, yaşamın çeşitli alanlarındaki tercihlerinden biyolojik kimliğine kadar oldukça geniş bir yelpaze kişisel verileri oluşturmaktadır².

İnsanı oluşturan bu bilgiler tarih boyunca hep önemli olmuştur. Bu bilgileri elde etme isteği sadece basit bir merak duygusunun ve bireysel çıkarların sonucu olabileceği gibi devlet işleyişi ve ekonomik gelişmeler açısından da mümkündür³. Örneğin suçluluğu önlemek gibi meşru amaçlarla yerleştirilen kameralar, müşteri hizmetlerinden yararlanmak istendiğinde konuşmaları güvenlik için kaydeden sistemler, çeşitli imkanlar sağladığı için kişinin tüm bilgilerini vererek edindiği ve alışveriş profilinin kayıt altına alınmasını sağlayan indirim kartları; bilgisayar, internet ve insanın en büyük veri hazinesi olan DNA, parmak izi gibi biyolojik verileri kayıt altına alan teknoloji aslında bireyin bireysel özerkliğinin ve kişisel verileri üzerindeki denetiminin ne kadar sınırlı ve zor olduğunu göstermektedir.

Bu örnekler, teknolojinin, özellikle bilgilere erişimi ve depolamayı kolay, hızlı ve ucuz hale getiren bilgisayarın ve bunların paylaşımını saniyelere indiren internetin gelişmesi ile oldukça artmıştır. Ancak bu demek değildir ki kişisel verilerin korunması hukuku sadece teknoloji ile

-
- 1 Başalp, Nilgün; *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara 2004, s. 22; Küzeci, Elif; *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2010, s. 9
 - 2 Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2010, s. 565; Küzeci, s.1
 - 3 Şimşek, Oğuz; *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul 2008, s. 4; Küzeci, s. 17

ilişkilidir. Elle işlenebilen veriler de koruma hukuku kapsamındadır. Ancak, teknolojinin gelişmesi sonucu bireyin, bireysel özerkliği üzerindeki tehdidin artması hukuksal gelişmeleri de zamansal açıdan teknolojik gelişmelere paralel kılmıştır⁴.

Bu konudaki ulusal ve uluslararası düzenlemelere geçmeden önce kişisel verilerin korunması hakkının, bir hak olarak bulunduğu yeri ve bu konudaki farklı düşünceleri belirtmek gerekir. Amerikan hukukunda kişisel verilerin korunması hakkı bir ekonomik hak olarak görülmekte ve bu doğrultuda korumalar getirilmekte iken, kıta Avrupa hukukunda bu hak insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir⁵. Zira kişiliğin bütününe oluşturan bu bilgileri mülkiyete konu etmek insani değerlerle bağdaşmamaktadır. Bu hak sadece kişisel çıkarları korumamakta insan onuru ve temel özgürlükler gibi geniş bir alana hizmet vermektedir. Düşünmek gerekir ki, kişisel verilerin korunması hakkı var olmasa ve kişilerin bireysel özerklik alanı ortadan kalkarsa özel hayatın gizliliği hakkı ne derecede hayat bulabilir? Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1983 yılında verdiği ve uluslararası düzeyde etki eden bir kararında kişisel verilerin doğrudan insan onuru ile ilgili olduğunu ve bireyin bu doğrultuda bilgilerin geleceğini belirleme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir⁶.

Kişisel verilerin müdahalelerden uzak tutulmasına ve paylaşımının engellenmesine yönelik ilkeler uzun zamandan beri kabul edilmektedir. Şöyle ki M.Ö. 5. yüzyılda gelişen hekimin sır saklama yükümlülüğü bugün dahi geçerliliğini sürdürmektedir. Hekimliğin yanında birçok meslek dalında da bu yükümlülük söz konusudur⁷. Ancak bugün anladığımız anlamda kişisel verilerin korunması hukuku otomatik veri işleme teknolojilerinin gelişmesi ile 1960'lı yıllarda tartışılmaya ve 1970'li yıllarda da hukuksal düzenlemelerin konusu olmaya başlamıştır.⁸

4 Küzeci, s. 2-4.

5 Başalp, s. 21-23; Küzeci, s. 60.

6 Küzeci, s. 67-70.

7 Şimşek, s. 5, 6.

8 Küzeci, s. 17; Şimşek, s. 7-12.

B. Uluslararası Düzenlemeler

Ulusal veri koruma düzenlemelerin yasalaşmasından sonra uluslararası veri aktarımında sorun yaşanmaması ve bu hakkın uluslararası düzeyde korunması için Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi (AK), Asya-Pasifik Ekonomik İşbirliği (APEC), Avrupa Birliği (AB) gibi uluslararası kuruluşlar kişisel verilerin korunmasına ilişkin metinler kabul etmişlerdir⁹.

OECD'nin 1980 yılında kabul ettiği “*Özel Yaşamın Gizliliğinin ve Sınırlı Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*” ve BM'nin 1990 yılında kabul ettiği “*Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*”, bağlayıcı olmayan tavsiye nitelikli düzenlemelerdir. Bu nitelikleri gereği her hangi bir kontrol gücüne sahip olmamalarına rağmen bu metinlerde belirlenen kişisel verilerin korunmasındaki temel ilkeler pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemeyi etkilemiştir.

1981 yılında AK bünyesinde imzaya açılan 108 sayılı “*Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” ise kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcı olan tek uluslararası metindir. Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca, her taraf devlet bu sözleşme kendisi açısından yürürlüğe girinceye kadar, kendi iç hukukunda, bu sözleşmedeki ilkelere işlerlik kazandıracak düzenleme yapmakla yükümlüdür. Nitekim Türkiye de 28 Ocak 1981 tarihinde bu sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmediğinden hala sözleşmenin onaylanması işlemini tamamlamamıştır.

AK Sözleşmesi m. 2.a'da, kişisel veri tanımı “kimliği belirlenen veya belirlenebilen gerçek kişi ile ilgili tüm bilgiler” şeklinde yer almaktadır. Sözleşmenin 1. maddesine göre amacı, taraf devletlerde her gerçek kişinin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kişisel bilgilerinin otomatik bilgi işleme tabi tutulması karşısında özel yaşamın gizliliği haklarını güvence altına almaktır. Bu doğrultuda sözleşmede, devletlerin, korumaya yönelik düzenlemelerinde mevcudiyetini sağlaması gereken temel

9 Başalp, s. 24-27; Şimşek, s. 12; Küzeci, s. 116-118.

ilkeler 5. maddede belirlenmiştir. Bu ilkeler; verilerin belirli bir nitelikte olması, hassas kişisel verilerin özel olarak korunması, veri güvenliğinin sağlanması ve ilgili kişinin bilgi alma, verilere ulaşma ve gerektiğinde onları düzeltme hakkının bulunmasıdır. Sözleşmede yer alan bu ilkeler asgari gereklilikler doğrultusunda belirlenmiştir. Taraf devletlerin daha geniş bir koruma sağlaması da mümkündür.

Sözleşmenin 9. maddesinde, kişisel verilerin korunmasına yönelik tanınan haklara sınırlamalar getirilebileceği de öngörülmüştür. Bu sınırlamalar ancak yasa ile getirilebilir ve devletin ya da kamunun güvenliği, devletin ekonomik çıkarlarının korunması, suçlarla mücadele veya ilgili kişinin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve eğer demokratik bir toplumda gerekli ise yapılabilir.

AK bünyesindeki oldukça etkili bir metin olan AİHS kapsamında da kişisel verilerin korunması söz konusudur. Kişisel verilerin korunması hakkı, AİHS’de bağımsız bir hak olarak yer almamakla birlikte, Sözleşme’nin, sözleşme metni yanı sıra koruma alanının belirlendiği AİHM kararlarından, bu hakkın 8. maddede düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak olarak yer aldığı düzenlemelerden farklı olarak, kişisel verinin özel hayat alanlarına girip girmediği değerlendirilmesini gerekli kılmakta ve bu nedenle kesin bir korumadan bahsedilememektedir. Bunun yanı sıra AİHS bireyi devlete karşı korumaktadır ve dolayısıyla özel kişi veya sektör tarafından yapılan müdahalelere karşı koruma kapsamı belirsizdir. Fakat belirtmek gerekir ki, AİHM’nin özel hayat yorumunu geniş yapması ve günün koşullarının gerisinde kalmama düşüncesi¹⁰ ile verdiği kararlarında kişisel verilerin temel ilkelerini benimsediği görülmektedir. AİHM, kişisel verilerin korunması hakkı açısından da 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan koşullarda sınırlamaların getirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu müdahalenin yasal temelinin olması ve suistimallere karşı uygun güvencelerin belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹¹.

¹⁰ AİHM, Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 28.04.1978.

¹¹ Küzeci, s. 136-146.

C. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukuku açısından kişisel verilerin korunması hakkındaki düzenleme ve korumalara bakıldığında, teknolojinin gerisinde kalmayan ve her türlü teknolojik gelişmeyi takip eden bir ülke olarak Türkiye’de, henüz kişisel verilerin korunmasına yönelik özel düzenleme ve koruma getiren bir kanun olmadığı görülmektedir. Fakat kişisel verilerin korunması hakkında kanun tasarı halinde olup, ayrıca anayasada ve çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemeler bulunmaktadır.

1. 1982 Anayasası

1982 Anayasasının, 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı kanun ile getirilen ve 23.09.2010 tarihinde yürürlüğe giren son değişikliği ile özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesine kişisel verilerin korunması ile ilgili hüküm eklenmiştir. Bu değişiklik ile kişisel verilerin korunması hakkı, uluslararası düzenlemelere tam anlamıyla uygun olmasa da anayasada bağımsız bir hak olarak yer almaya başlamıştır. Nitekim değişiklik öncesinde de kişisel verilerin korunması hakkı, birçok ülkede olduğu gibi kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerle anayasal koruma kapsamındaydı¹². Ayrıca anayasada yer alan bu koruma dışında özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku alanlarında da bu hakkın korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır.

2. TCK m. 135 “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu”

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da kişisel verilerin korunması hakkına müdahale oluşturan eylemler çeşitli hükümlerde suç olarak düzenlenmiştir. 135. maddede “*kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*” yer almaktadır. Bu suçun korunan hukuksal değeri, kaynağını özel hayatın gizliliği hakkından alan ve süreçle kaynağından bağımsızlaşarak temel bir insan hakkı haline gelen kişisel verilerin korunması hakkıdır.

¹² Üzeltürk, Sultan; 1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 99.

a) Fail-Mağdur

Söz konusu suçun faili kişisel verileri kaydeden herkes olabilir. Mağduru ise kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edilen, kişisel verileri kaydedilen kişidir. Ancak bu kişinin gerçek ve/veya tüzel kişi mi olacağı madde metninden anlaşılmamaktadır. Hükmün gerekçesinden mağdurun gerçek kişi olacağı anlaşılmakta, şu an tasarı halinde olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan kişisel veri tanımından ise koruma altına alınan kişilerin gerçek ve tüzel kişiler olduğu görülmektedir. Ayrıca 06.02.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 25365 sayılı *“Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”*te yer alan kişisel veri tanımında da gerçek veya tüzel kişilerin bilgilerinden bahsedilmektedir. AK Sözleşmesi'nde ise koruma altına alınanlar gerçek kişilerdir. Dikkat etmek gerekir ki, kanun gerekçesi, kanunun yorumunda yol gösterici rol oynasa da, bağlı olunan bir metin değildir. AK Sözleşmesi de daha önce açıklandığı üzere, yürürlüğe girmediğinden, sözleşmenin bağlayıcı bir etkisi yoktur. Tüm bu tanımlar göstermektedir ki Türk hukuku mevzuatında suçun mağduru açısından büyük bir belirsizlik mevcuttur.

b) Maddi Unsur

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu serbest hareketli bir suçtur. Yani kişisel verileri her ne şekilde olursa olsun kaydeden kişi bu suçu işlemiş olacaktır. Doktrinde kaydetmenin elektronik, manyetik olarak veya doğrudan görülebilir olmayan bir ortamda olması gerektiği; kağıt üzerine yazmak suretiyle bu suçun oluşamayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır¹³. Ancak kanaatimizce kanun hükmünde kaydetmek eylemi herhangi bir kaydetme sınırlaması olmaksızın suç olarak düzenlenmiş olduğundan kağıt üzerine yazmak suretiyle kişisel verilerin kaydı ile de bu suç oluşmaktadır. Bu noktada önem kazanan ise kişisel verinin ne olduğu ve kapsamına nelerin girdiğidir. Kişisel veri, AK Sözleşmesi'nde *“kimliği belirtilen ya da belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler”*; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda *“belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler”*; TCK 135. maddesinin gerekçesinde ise *“gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi”* olarak tanım-

13 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 567.

lanmıştır. Ancak CMK 80. maddesinin 1. fıkrasında maddede belirtilen hükümlere göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları kişisel veri niteliğinde kabul edilmiştir. Bu tanım, bir kişiye ilişkin referans ya da ilişkilendirme olmaksızın başlı başına inceleme sonuçlarının kişisel veri olduğunu kabul etmekte ve yapılan diğer tanımlara uyumsuz farklı bir tanım getirmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken nokta, DNA analizi yapılan bir vücut parçasının veya bir fotoğrafın veri değil, bir madde olduğudur. Bunlarla ilgili yapılan inceleme sonuçları da keza kişisel veri değildir. Kişisel veri olabilmesi için belirli ya da belirlenebilen bir kişiye ait olması, yani bir kişi ile ilişkilendirilebilir olması gerekir¹⁴. Dolayısıyla hükmün inceleme sonuçlarını doğrudan kişisel veri olarak kabul etmesi, gerek ulusal gerek uluslararası yapılan tanımların dışına çıkmakta ve yeni bir kişisel veri tanım ve kapsamı getirmektedir.

Daha önce suçun mağduru hususunda değinilen telekomünikasyon sektörüne ilişkin yönetmelikte kişisel veri tanımı *“tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi”* olarak yapılmıştır. Kişisel verilere ilişkin mevcut tüm tanımların dışına çıkarak ve bilginin sınıflandırılması yoluna gidilerek yapılan bu tanım her ne kadar geniş de olsa yaptığı bu sınıflandırma ile yorumu zorunlu kılmıştır. Bu da kişisel verinin ne olduğu hususunda var olanın dışında, başka bir belirsizlik yaratmaktadır.

c) Manevi Unsur

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu, genel kastla işlenebilen bir suçtur. Yani bir kişinin bu suçu işleyebilmesi için kaydettiği verinin kişisel veri olduğunu bilmesi ve bunu kaydetmeyi bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu şekilde manevi unsurun varlığından bahsedilebilir. Genel kastla işlenebilen bir suç kural olarak olası kastla da işlenebileceğinden¹⁵ bu suç olası kastla da işlenebilir.

¹⁴ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 293.

¹⁵ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 389.

d) Hukuka Uygunluk Sebepleri

Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunması hakkına, yasa ile olmak ve bu yasada belirtilen gerekçeleri sağlamak koşulu ile müdahaleler yapılabilir. Kamu yararı nedeniyle ve orantılı olmak koşulu ile devletin suçla mücadele amaçlı sınırlamalar yapması mümkündür¹⁶. Bu sınırlamalardan biri de suçla mücadele amaçlı getirilmiş olan CMK'nın ilgili hükümleridir. Bu hükümler, kanun hükmünün icrası nedeniyle bir hukuka uygunluk sebebi yaratmaktadır. Bu hükümler ile vücuttan, kişisel veri elde edilebilecek nitelikte örnekler alınması mümkün kılınmıştır. CMK 80. maddede de bu örneklerden yapılan inceleme sonuçlarının gizliliğine ilişkin hüküm getirilmiştir. Hükümün ilk fıkrası, inceleme sonuçlarının gizliliğine ve sonuçların korunmasına yöneliktir. İkinci fıkrasında ise bu bilgilerin yok edilmesi düzenlenmiştir. Hükme göre, bu bilgiler; kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde derhal yok edilir. Aynı durum 81. maddenin ikinci fıkrasında fizik kimliğin tespiti için yapılan kayıtlar için de söz konusudur. Ancak bu hükümlerde davanın düşmesi, mahkumiyet ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararları verilmesi halinde verilerin yok edilmesi ya da ne kadar saklanacağı düzenlenmemiştir. Yani bu durumda elde edilen verilerin yok edilmesi veya ne zamana kadar saklanacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. 2751 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 2007 yılında değiştirilen 5. maddesine göre de alınan parmak izi ve fotoğrafları, kişinin ölümünden itibaren 10 yıl, her halde kayıttan itibaren 80 yıl sonra yok edilir. Düzenlemelerin bu hali oldukça hatalıdır¹⁷. Zira hüküm bu haliyle orantılılık, eşitlik ve suçu ispat edilene kadar herkesin masum olduğu ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, 80. maddenin ikinci fıkrasında yer alan kararlar ile düşme, mahkumiyet ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararları arasında ayırım yapmak, bu kararların ilgilisi olan kişileri haksız yere daha tehlikeli ve muhtemel şüpheli konumuna sokmak demektir. Bu da ma-

-
- 16 Özbek, Veli Özer; "DNA Verileri Ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2007, Yıl.2, S:1, s. 61.
- 17 Ünver, Yener; "İsviçre Mevzuatına Göre Ceza Muhakemesi Hukuku Alanı Ve Bu Alan Dışında DNA Profili Analizi Ve Veri Sistemi", Güncel Hukuk, Ekim 2010/10-82, s. 21.

sumiyet karinesine ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira AİHM'nin Marper/Birleşik Krallık¹⁸ kararında da uzlaşma ile beraat kararlarının eşdeğer olduğu kabul edilmiş ve bu kararlar açısından da aynı korumanın sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca akıbeti düzenlenmeyen verilerin ne kadar saklanacağına belirsizliği ve parmak izi ile fotoğraflar açısından belirlenen, bir kişinin yaşam süresi kadar uzun olan süreler açık bir ölçüsüzlük ve orantısızlık yaratmaktadır. Bu aykırılıkların giderilmesi için yapılması gereken, işlenen suçla orantılı saklama sürelerinin belirlendiği ve mahkemenin verdiği kararlar arasında böylesine adaletsiz bir ayırım gözetmeyen düzenlemelerin yapılmasıdır.

PVSK'nın 2007 yılında değiştirilen 5. maddesi verilerin kaydedilmesinde başka açılardan da sorun yaratmaktadır. Şöyle ki, hükme göre, hükümde sayılan kişi gruplarından parmak izi alınması mümkündür. Bu gruplardan biri gönüllüler, diğeri de silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya yerine geçen belge talebinde bulunanlardır. Ancak gönüllü sıfatı altında parmak izi verenlerin rızalarının aydınlatılmış ve bilinçli bir rıza olduğu oldukça şüphelidir. Ayrıca sayılan belgelerden örneğin pasaport talebinde bulunan bir kişiden ya parmak izi ver ya da pasaport alma gibi bir seçim beklemek kişinin seyahat özgürlüğünü kısıtlamak anlamına gelir. Alınan bu parmak izinin sadece kişinin kimlik tespiti için kullanılması zaten bir sorun yaratmamakta, birçok ülkede de uygulanabilmektedir. Ancak bizim kanunumuzda oldukça hatalı bir düzenleme ile bu verilerin suçla mücadelede kullanılacağı yer almaktadır.

e) Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile ilgili diğer hususlar teşebbüs, iştirak ve içtima halleridir.

Teşebbüs hususunda, doktrinde kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun teşebbüse elverişli bir suç olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Gerekçe olarak da bu suçun neticesi hareketine bitişik bir suç olduğu gösterilmektedir¹⁹. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlar-

¹⁸ AİHM, S. ve Marper/ Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008.

¹⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 575.

da teşebbüs de mümkündür²⁰. Bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda da icra hareketlerinin bölündüğü durumlarda teşebbüsün varlığı da kabul edilebilmelidir.

İştirak açısından ise söz konusu bir özellik arz etmemektedir ve genel hükümlere tabidir. Yani iştirakin her hali mümkündür.

İçtima bakımından; TCK m. 132/f.1, c.2; m. 133 ve m. 134'ü değerlendirmek gerekmektedir. 132. maddede haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Bu hükmün ilk fıkrasının 2. cümlesinde ihlalin haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşmesi yer alır. 133. maddede de kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu düzenlenmiştir. 134. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde de özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi düzenleme konusudur. Bu hükümde yer alan görüntü ve seslerin, 133. maddede yer alan konuşmaların ve 132. maddede belirtilen haberleşme içeriklerinin kaydı sırasında kişisel verilerin de kaydedilmesi söz konusu olursa fail tek bir fiille birden fazla suç işlemiş olur ve bu nedenle fail hakkında 44. maddede yer alan fikri içtima hükümleri dikkate alınmalıdır.

134. maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Kişisel veriler özel hayatın bir parçası olduğundan 135. maddede yer alan suçun işlendiği her halde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da işlenmiş olacaktır. Fakat özel hayatın gizliliğini ihlal suçu bir genel normdur²¹ ve özel-genel norm ilişkisi gereği özel normun uygulanması gerekir. Bu nedenle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun özel bir görünümü olan kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna göre cezalandırmanın yapılması gerekmektedir.

f) TCK m. 135/f.2'de Öngörülen Hal

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun ikinci fıkrasında hassas kişisel veriler denilen ve daha fazla koruma gerektiren kişisel veriler ile ilgili düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre "*Kişilerin siyasi, felse-*

²⁰ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 739; Centel/Zafer/Çakmut, s. 464.

²¹ Özbek, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 2, Ankara 2008, s. 945.

fi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ablaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.” Bu hükümde kanunun hassas veri olarak gördüğü veri grupları belirlenmiştir ve bu vesirler, farklı bir koruma, ağırlaştırıcı hal getirilmişçesine ikinci fıkroda düzenlenmiş ancak cezaya ilişkin olarak birinci fıkraya gönderme yapılmıştır. Nihayetinde hassas kişisel veriler de birer kişisel veridir ve farklı bir ceza öngörülmediği halde ayrı düzenlenmesi bir özellik taşımamaktadır²².

g) Ağırlaştırıcı Hal

Bu suçun ağırlaştırıcı hali 137. maddedeki genel ağırlaştırıcı haldir. Bu hükme göre; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle ve belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle kişisel verileri kaydeden kişi, 135. maddede öngörülen cezanın yarı oranda arttırılması ile cezalandırılır.

Bu hükme göre kişisel verileri kaydeden kişi yani fail kamu görevlisi ise ve bu eylemi görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiyse 137. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan ağırlaştırıcı hal gerçekleşmiş olur. TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak atanan kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu tanıma göre kamu görevlisi sayılan kişi, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlemiş olmalıdır.

137. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde ise, suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali düzenlenmiştir. Bu ağırlaştırıcı halde, “meslek ve sanatın” ifadesi kullanılarak yapılan uğraşının her iki niteliğe de sahip olması gerektiği yönünde bir koşul yaratılmıştır. Ancak aradaki bağlacın “veya” olması daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Nitekim uğraşının her iki niteliğe de sahip olması gerekmemektedir²³.

²² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 565-566.

²³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 570.

Söz konusu ağırlaştırıcı halin uygulanabilmesi için failin uğraştığı meslek veya sanatın sağladığı kolaylıkla verileri kaydetmesi gerekir. Bu hal için doktor veya herhangi bir sağlık personelinin mesleklerinin sağladığı kolaylıkla hastalarına ilişkin kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydetmesi örnek olarak gösterilebilir²⁴.

24 Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2010, s. 461; Doğan, Cahid; “Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti”, Sağlık Hukuku Kurultayı – 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 107; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s