



İSTANBUL MEDENİYET
ÜNİVERSİTESİ

İstanbul Medeniyet
Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Ceza
Hukuku**

Sempozyumu

Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında
Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler

26-28 NİSAN 2024

TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

Ekim 2024
İstanbul



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

CEZA HUKUKU SEMPOZYUMU

Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin
Değerlendirmeler

26-28 NİSAN 2024

TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

Editör: Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN
Editör Yardımcısı: Dr. Öğretim Üyesi Derya TEKİN

Ekim 2024
İstanbul

T.C. Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku Sempozyumu: Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel
Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler Tam Metin Bildiri Kitabı

© İstanbul Medeniyet Üniversitesi, 2024

e-ISBN: 978-605-81211-6-4

Yayın tarihi 15 Ekim 2024

Editör Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Editör Yardımcısı Dr. Öğretim Üyesi Derya TEKİN

Eserde yayımlanan bildiri metinlerinde ileri sürülen görüşlerin bilimsel ve hukuksal sorumluluğu bildiri sahiplerine aittir. Kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz.

Kitapta yer alan bildiri özetlerinin tamamı kör hakem kuralına uygun olarak hakem denetiminden geçerek kabul edilmiştir.

KÜTÜPHANE BİLGİ KARTI

1. Basım, Elektronik Kitap (Çevrim içi / Web tabanlı) 160*240 mm

e-ISBN: 978-605-81211-6-4

Yayımlanma adresi: [https:// library.medeniyet.edu.tr/wp-content/uploads/2024/11/IMU-Suc-Genel-Teorisi-ve-Ceza-Adaleti-Baglaminda-Guncel-Mevzuat-Degisikliklerine-Iliskin-Degerlendirmeler-4.pdf](https://library.medeniyet.edu.tr/wp-content/uploads/2024/11/IMU-Suc-Genel-Teorisi-ve-Ceza-Adaleti-Baglaminda-Guncel-Mevzuat-Degisikliklerine-Iliskin-Degerlendirmeler-4.pdf)

SEMPOZYUM DÜZENLEME KURULU

(Alfabetik olarak düzenlenmiştir)

Prof. Dr. Nur Zeliha Kaman (Başkan)

Doç. Dr. Melik Kartal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Pehlivan (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Derya Tekin (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul Ünal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Melike Şentürk Tur (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Şölen Çakıroğlu (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Kübra Tunç (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Öğr. Gör. Dr. Şule Karataş (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Ahsen Akdemir (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Ebuzer Zengin (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Şura Nur Pelit (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Veysel Topuz (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

SEMPOZYUM BİLİM KURULU

(Alfabetik olarak düzenlenmiştir)

Prof. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız (Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ali Rıza Töngür (Polis Akademisi)

Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Durmuş Tezcan (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Eylem Aksoy Retornaz (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Feridun Yenisey (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hakan Hakeri (Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hamide Zafer (Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mahmut Koca (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mehmet Emin Alşahin (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Murat Volkan Dülger (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nur Centel (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır (Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kerim Çakır (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Melik Kartal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Önok (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Selman Dursun (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ali Pehlivan (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Derya Tekin (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul Ünal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Melike Şentürk Tur (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Şölen Çakıroğlu (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Kübra Tunç (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Mehmet Ökmen (Adalet Bakanlığı)
Öğr. Gör. Dr. Şule Karataş (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Ahsen Akdemir (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Ebuzer Zengin (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şura Nur Pelit (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Veysel Topuz (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

SEMPOZYUM OTURUM BAŞKANLARI

(Alfabetik olarak düzenlenmiştir)

Prof. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız (Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan Hakeri (Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamide Zafer (Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mahmut Koca (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Doğan Gedik (Hakim)

SEMPOZYUM DAVETLİ KONUŞMACILAR

(Alfabetik olarak düzenlenmiştir)

Prof. Dr. Eylem Aksoy Retornaz (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mehmet Emin Alşahin (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Murat Volkan Dülger (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Murat Önok (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Selman Dursun (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

SEMPOZYUM KONUŞMACILAR

(Alfabetik olarak düzenlenmiştir)

Doç. Dr. Melik Kartal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Sinan Bayındır (Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Pehlivan (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Buhari Çetinkaya (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Büşra Demiral Bakırman (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Derya Tekin (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Erdi Yetkin (İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul Ünal (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi İlhan Bulut (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Levent Emre Özgüç (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Melike Şentürk Tur (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Sertaç Işıka (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Şölen Çakıroğlu (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Zahit Yılmaz (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Doğan Gedik (Hâkim)

Dr. Kübra Tunç (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Murat Sadak (Avukat – İstanbul Barosu)

Öğr. Gör. Tuğçe Özen Çalışkan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Ahsen Akdemir (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Kaan Polat (İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

Arş. Gör. Oğuzhan Demir (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Şura Nur Pelit (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Veysel Topuz (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Gülperi Küçükkaraca (Marmara Üniversitesi Uluslararası Politik Ekonomi Y.L. Öğrencisi)

Hasan Hüseyin Çevik (Avukat -İMÜ Kamu Hukuku Y.L. Öğrencisi)

Sempozyum Açılış Konuşması

Sayın Rektörüm, Değerli Hocalarım ve Kıymetli Misafirlerimiz,

“Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler” konulu sempozyuma hepiniz hoş geldiniz.

Türk ceza hukuku mevzuatımız, son yıllarda suç genel teorisi, ceza adaleti ve ceza muhakemesi bağlamında önemli değişiklikler geçirmiştir. Bir yandan Anayasa Mahkemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda somut norm denetimi yoluyla yapılan itiraz başvuruları sonucunda önemli iptal kararları vermiştir. Bir diğer yandan da kamuoyunda yargı paketleri olarak adlandırılan çeşitli kanun değişiklikleri ile ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Yakın zamanda yasalaşan ve kamuoyunda 8. Yargı Paketi olarak bilinen 7499 sayılı Kanun ise bunlardan en güncelidir.

Alanında uzman ceza ve ceza muhakemesi hukuku akademisyenlerinin öncülüğünde gerçekleştirilecek olan sempozyumda, toplam üç gün boyunca dokuz farklı oturumda bahsi geçen bu değişiklikler tartışılacak ve uygulamada çıkabilecek sorunlara ilişkin somut çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Bu duygu ve düşüncelerle, sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçen herkese ve ayrıca bizlerden desteklerini esirgemeyen Alternatif Hukuk Bürosu’na teşekkür eder, sempozyumun tüm katılımcılar için verimli ve başarılı geçmesini şimdiden temenni ederim.

Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

CEZA HUKUKU SEMPOZYUMU
BİLİMSEL PROGRAM
26-28 NİSAN 2024

26 NİSAN CUMA

09.30-10.00: Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Fatih SARIOĞLU
İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Rektör Yardımcısı

Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

10.00-11.15: I. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
(İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Davetli Konuşmacı: Doç. Dr. Selman DURSUN
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

“Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”

Takdiri İndirim Nedenleri ve 7406 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerinin İncelenmesi
Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT *(Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

Takdiri İndirim Nedeni Olarak Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlık
Dr. Kübra TUNÇ *(İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

12.05.2022 Tarihinde Yapılan Kanun Değişikliğinin 1. Maddesinin Takdiri İndirim Nedenleri Kurumu Üzerindeki Etkisi ve Değerlendirilmesi
Ar. Gör. Kaan POLAT *(İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)*

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

11.15-11.30: ARA

11.30-12.30: II. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN
(*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

8. Yargı Paketi'nin Getirdiği Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Düzenlemesine İlişkin Genel Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Melik KARTAL (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Müsadere Kararının Sonuç Doğurması

Dr. Öğr. Üyesi Buhari ÇETİNKAYA (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kabul Beyanının Alınma Zamanı Sorunu ve Bu Bağlamda 8. Yargı Paketinin Eleştirisi

Hasan Hüseyin ÇEVİK (*Avukat - İMÜ Kamu Hukuku Y.L. Öğrencisi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

12.30-14.00: ÖĞLE ARASI

14.00-15.15: III. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hamide ZAFER
(*Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Davetli Konuşmacı: Prof. Dr. Eylem AKSOY RETORNAZ

(*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

“Kadına Karşı Siber Şiddet”

Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7406 Sayılı Kanun ile Türk Ceza Kanunu'na Eklenen ‘Kadına Karşı’ İfadesinin Yorumu ve Fail ile Mağdurun Belirlenmesi

Dr. Öğr. Üyesi Melike ŞENTÜRK TUR (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanun Değişiklikleri Üzerine Ulusal ve Uluslararası Cinsiyet Eşitliği Endekslerinin Etkisi

Gülperi KÜÇÜKKARACA (*Marmara Üniversitesi Uluslararası Politik Ekonomi Y.L. Öğrencisi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

15.15-15.30: ARA

15.30-16.30: IV. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ
(*Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Davetli Konuşmacı: Prof. Dr. Hasan SINAR
(*Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

“Uygulama Örnekleriyle Siyasal Mücadelenin Kırbacı Olarak Tutuklama Kurumu”

Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Bu Sorunların Çözümüne Yönelik Yapılan Kanun Değişikliklerinin Değerlendirilmesi
Dr. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Uzlaştırmanın Sağlanması Tazminat Davalarına Etkisine Güncel Bir Bakış: Anayasa Mahkemesinin E. 2023/43 K. 2023/141 Sayılı İptal Kararının Değerlendirilmesi
Arş. Gör. Veysel TOPUZ (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

27 NİSAN CUMARTESİ

11.00-12.00: V. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU
(*Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Faydacılık (*Utilitarianism*) Anlayışı Temelinde Hayvanların Ceza Hukuku Yoluyla Korunması: 7332 sayılı Kanun’un Getirdikleri
Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Kasten Yaralama Suçunun Canavarca Hisle İşlenmesi Nitelikli Halinin Değerlendirilmesi
Dr. Öğr. Üyesi Şölen ÇAKIROĞLU (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Fiilinin Suç Olarak Düzenlenmesi (TCK 217/A)
Dr. Murat SADAĞ (Avukat – İstanbul Barosu)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

12.00-12.15: ARA

12.15-13.30: VI. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mahmut KOCA
(İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Davetli Konuşmacı: Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER
(İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

“8. Yargı Paketi ile 6698 Sayılı Kanun’da Yapılan Değişiklikler Üzerine Değerlendirmeler”

Örgüte Üye Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Suç İşleyen Kişinin Cezai Sorumluluğu Açısından Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Zahit YILMAZ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 72’de Yer Alan “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” Suçunun Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Levent Emre ÖZGÜÇ (Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Anayasa Mahkemesinin E.2020/76, K.2023/172, 11.10.23 Künyeli Kararı Sonrasında 5651 Sayılı Kanun’u Yeniden Yorumlamak

Ar. Gör. Şura Nur PELİT (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

13.30-14.30: ÖĞLE ARASI

14.30-15.30: VII. OTURUM

Oturum Başkanı: Dr. Doğan GEDİK
(Hâkim)

7499 Sayılı Kanun Bağlamında Müsadere Kurumuna İlişkin Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Sinan BAYINDIR (Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yakalanan Kişinin Hazır Bulunma Taahhüdüne Dayalı Olarak Serbest Bırakılması
Dr. Öğr. Üyesi Ali PEHLİVAN (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Sanın Yokluğunda Hüküm Verilebilmesi
Dr. Öğr. Üyesi Sertaç IŞİKA (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

28 NİSAN PAZAR

11.00-12.15: VIII. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Dr. h.c. Hakan HAKERİ
(*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Davetli Konuşmacı: Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN
(*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
“Tutukluluk Süreleri”

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Kişi Özgürlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Ar. Gör. Oğuzhan DEMİR (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Yargı Paketi ile Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminata İlişkin 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi
Dr. Doğan GEDİK (*Hâkim*)

Tutuklamanın Koruma Tedbiri Vasfının Varlık Nedeni Olarak Tutuklama Nedenleri: Normatif Ahval ve Gidişat ile Uygulamadaki Sorunlar

Dr. Öğr. Üyesi Erdi YETKİN (*İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

12.15-12.30: ARA

12.30-13.45: IX. OTURUM

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
(*İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Davetli Konuşmacı: Doç. Dr. Murat ÖNOK
(*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

**“İsrarlı Takibin Suç Olarak Düzenlenmesinde ve Unsurlarının Yorumunda
Karşılaşılan Sorunlar”**

**İsrarlı Takip Suçunda Yer Alan İsrarın Hukuki Niteliği ve Suç İçin Öngörülen Yaptırım
Üzerine Bir Değerlendirme**

Dr. Öğretim Üyesi Ertuğrul ÜNAL (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

İsrarlı Takip Suçunda Seçimlik Hareket: Fiziken Takip Etmek

Öğr. Gör. Tuğçe ÖZEN ÇALIŞKAN (*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Kapsamında İsrarlı Takip Suçu (Md. 123/A)

Ar. Gör. Ahsen AKDEMİR (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)

Değerlendirme ve Soru-Cevap: 15 dk.

İÇİNDEKİLER

Takdiri İndirim Nedenleri ve 7406 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin İncelenmesi	
İlhan BULUT	1
12.05.2022 Tarihinde Yapılan Kanun Değişikliğinin 1. Maddesinin Takdiri İndirim Nedenleri Kurumu Üzerindeki Etkisi ve Değerlendirilmesi	
Kaan POLAT	17
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Müsadere Kararının Sonuç Doğurması	
M. Buhari ÇETİNKAYA	28
Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Bu Sorunların Çözümüne Yönelik Yapılan Kanun Değişikliklerinin Değerlendirilmesi	
Büşra DEMİRAL BAKIRMAN	42
Uzlaştırmanın Sağlanması Tazminat Davalarına Etkisine Güncel Bir Bakış: Anayasa Mahkemesi'nin E. 2023/43, K. 2023/141 Sayılı İptal Kararının Değerlendirilmesi	
Veysel TOPUZ	51
Faydacılık (<i>Utilitarianism</i>) Anlayışı Temelinde Hayvanların Ceza Hukuku Yoluyla Korunması: 7332 Sayılı Kanun'un Getirdikleri	
Derya TEKİN	62
Kasten Yaralama Suçunun Canavarca Hisle İşlenmesi Nitelikli Halinin Değerlendirilmesi	
Şölen ÇAKIROĞLU	81
Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçuna Eleştirel Bir Yaklaşım (TCK M.217/A)	
Murat SADAK	101
Örgüte Üye Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Suç İşleyen Kişinin Cezai Sorumluluğu Açısından Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi	
Zahit YILMAZ	115
5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 72'de Yer Alan "Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma" Suçunun Değerlendirilmesi	
Levent Emre ÖZGÜÇ	130

Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Serdar TALAS & Oğuzhan DEMİR

154

8.Yargı Paketi ile Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminata İlişkin 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Doğan GEDİK

167

Israrlı Takibin Suç Olarak Düzenlenmesinde Karşılaşılan ve Unsurlarının Yorumunda Yaşanılacak Bazı Sorunlar

R. Murat ÖNOK

179

Kadına Yönelik şiddetle Mücadele Kapsamında Israrlı Takip Suçu (TCK Md. 123a)

Ahsen AKDEMİR

194

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ VE 7406 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN İNCELENMESİ

İlhan BULUT*

Özet

5237 s. Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 62’de düzenlenen takdiri indirim nedenleri, çeşitli kriterler çerçevesinde hâkime temel cezayı belli bir oranda indirme konusunda takdir yetkisi veren, cezanın bireyselleştirilmesi vasıtalarından biridir.

Her bir suçun işleniş koşulları, suçu işleyen failin kişiliği ve içinde bulunduğu sosyal şartlar farklılıklar göstermektedir. Cezalandırma ile ulaşılmak istenen amaçların tam olarak gerçekleştirebilmesi için cezanın belirlenmesinde bu farklılıkların göz önüne alınması gerekmektedir. Bu amacın bir yansıması olarak TCK m. 62’de failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri çerçevesinde hâkime cezada indirim yapma imkânı sunulmuştur. Fakat temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınmış olan nedenler çifte değerlendirme yasağı nedeniyle takdiri indirim nedeni olarak tekrar değerlendirilemezler.

TCK m. 62’de düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin uygulamasına ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Takdiri indirim nedenleri toplumda “*iyi hal indirimi*” ya da “*takım elbise-kravat indirimi*” olarak bilinmektedir. Takdiri indirim nedenleri sadece şekli gerekçeler ile uygulandığı iddiasıyla kamuoyunda ciddi eleştiri konusu olmuştur. Kamuoyunda oluşan kötü algıyı ortadan kaldırmak ve takdiri indirim nedenlerinin daha iyi uygulanmasını sağlamak amacıyla 2022 yılında 7406 s. Kanun ile TCK m. 62’nin 2. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmiş, bu nedenlerin uygulanması failin pişmanlığını davranışlarıyla göstermesi şartına bağlanmış, şekli tutum ve davranışların uygulama nedeni olmayacağı belirtilmiş, son olarak indirime ilişkin gerekçe şartı yazılı olarak fıkraya eklenmiştir.

Fakat TCK m. 62’de yapılan düzenlemeler yeni tartışmalar yaratmıştır. İlk olarak “*Failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları*” ifadesi kanun koyucunun takdiri indirim nedenlerine yönelik kamuoyunun yüzeysel algısına göre hareket ettiğini göstermektedir. Bunun yanında takdiri indirim nedeninin uygulanabilmesi için artık failin fiilden dolayı pişmanlığını göstermesi gerektiği şartının yerindeliliği ve uygulanabilirliğine ilişkin soru işaretleri bulunmaktadır. Takdiri indirim nedeninin gerekçeleriyle kararda gösterileceği ifadesi ise aslında zaten olması gereken bir durumun daha açık bir dille ifade edilmesinden ibarettir. Bunların yanında takdiri indirim nedenlerinin örnekleme yoluyla sayıldığını ifade eden “*gibi hususlar*” ibaresinin madde metninden

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: ibulut@aybu.edu.tr
Orcid: 0000-0003-1246-7137

çıkartılması ve takdiri indirim nedenlerinin artık tahdidi hale getirilmesi, mahkemenin takdir hakkını kısıtlama ve takdir hakkının kullanılabilceği bazı makul durumları dışlama tehlikesi nedeniyle eleştirilmiştir.

Sonuç olarak bu çalışmada takdiri indirim kavramı ile ilgili temel sorunlar ve 7406 s. Kanun ile getirilen değişiklikler eleştirel bir gözle incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Takdiri İndirim Nedenleri, Cezanın Bireyselleştirilmesi, 7406 s. Kanun, Pişmanlık Gösterme, Çifte Değerlendirme Yasası.

Giriş

Takdiri indirim nedenleri cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinin en önemli aşamalarından biridir. Takdiri indirim nedenleri ile failin cezasında önemli bir indirim imkânı sağlanmaktadır. Fakat takdiri indirim nedenlerinin önemi sadece sağladığı indirim oranından kaynaklanmamaktadır. Takdiri indirim nedenleri aynı zamanda ceza adaletinin toplumsal temsilinde sembolik bir kavram niteliğindedir.

Kamuoyunda infial uyandıran davalarda uygulanan takdiri indirim nedenleri geleneksel ve sosyal medyada yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bu yönüyle kötü bir şöhrete sahip olan takdiri indirim nedenleri toplumda “*iyi hal indirim*”, “*kravat indirim*” veya “*takım elbise indirim*” olarak bilinmektedir.

Failin giyim kuşama veya mahkemeye şeklen saygılı tutumu nedeniyle daha az ceza aldığı, ceza adaletinin sağlanmadığı, suç işleyenlerin adeta ödüllendirildiği şeklindeki toplumsal algı ve tepkiler kanun koyucu da harekete geçirmiştir. 12.5.2022 tarihli 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ (7406 s. Kanun) ile 5237 s. Türk Ceza Kanunu (TCK) ve diğer bazı kanunlarda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. TCK m. 62/2’de düzenlenen takdiri indirim nedenleri 7406 s. Kanun ile değişiklik yapılan en önemli hükümlerden biridir.

7406 s. Kanun ile takdiri indirim nedenlerinde yapılan değişiklikler çeşitli eleştirilerin konusu olmuştur. Bu değişikliklerin yerindeliği ve gerekliliğine ilişkin tartışmalar ise eleştirilerin odağını oluşturmaktadır. Bu çalışmada da temel olarak takdiri indirim nedenlerinde 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikler ile ilgili eleştiriler ele alınacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak takdiri indirim nedenlerinin kısa bir kavramsal çerçevesi verilecek, sonrasında takdiri indirim nedenlerinin 7406 s. Kanun’dan önceki hali ve değişikliğin temel gerekçeleri incelenecektir. Daha sonra 7406 s. Kanun ile takdiri indirim nedenlerinde yapılan değişiklikler ve bu değişikliklere karşı yapılan eleştiriler ele alınacaktır. Takdiri indirim nedenlerinde 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikler son olarak ceza popülizmi kavramı çerçevesinde incelenecektir. Bu sayede konuyla ilgili öz ama derinlikli bir araştırma yapılması amaçlanmaktadır.

¹ R.G. 27.5.2022, S. 31848.

I. Takdiri İndirim Nedenleri

A. Genel Bilgiler

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinin bir parçası olan takdiri indirim nedenleri, cezalandırmadan beklenen amaçlarının sağlanması ve failin kişiliğine göre adil bir cezanın tayini açısından önem taşıyan bir ceza hukuku kurumudur. Ceza hukukunda cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınan temel unsur fiildir. Çünkü ceza hukuku fiil kusurunu ölçüt almaktadır. Fakat cezanın belirlenmesinde ayrıca failin de göz önüne alınması ve cezanın failine göre bireyselleştirilmesi gerekmektedir. Cezanın fail göz önüne alınarak bireyselleştirilmesi sürecinde başvurulan en önemli kurumlardan biri takdiri indirim nedenleridir².

Kanunda bir suç tipi için öngörülen soyut cezanın TCK m. 61 ve 62’de belirlenen sistematiğe, ilke ve kurallara göre somutlaştırılması gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından her bir suç tipi için soyut bir ceza belirlenmiş ve hangi tür ve ağırlıkta ceza verileceği belirtilmiştir. Fakat gerçek hayatta her bir somut suç olayı failin özellikleri ve suçun işleniş koşulları açısından farklılık göstermektedir³. Çoğu suç için cezai yaptırım basamaklı olarak alt ve üst sınırlar arasında gösterilmiştir. Fakat bu sınırların varlığı da cezanın bireyselleştirilmesi için yeterli olmamaktadır. Buna ek olarak bazı suçlar için basamaklı cezalar yerine sabit cezalar gösterilmiştir. Bu suçlar için cezanın bireyselleştirilmesi çok daha sorunludur⁴. Cezanın bireyselleştirilmesinde rol oynayacak bütün faktörlerinin önceden tespit edilip kanunda belirtilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla mevcut cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde somut ceza adaletinin her zaman ortaya çıkmadığı görülmüş ve bir çözüm olarak takdiri indirim nedenleri kabul edilmiştir. Bu şekilde hâkime belli koşul ve şartlar çerçevesinde cezada belli bir oranda indirim yapma yetkisi tanınmıştır⁵.

Takdiri indirim nedenleri 5271 s. TCK m. 62’de iki fıkra halinde düzenlenmektedir. 2005 ve 2022 yıllarında iki değişikliğe⁶ uğrayan bu hükmün son hali şu şekildedir: “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye

² KORUCULU, İrmak, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 325-326.

³ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 711.

⁴ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 980; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2051.

⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 734; İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 767-768; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, 1992, s. 568. Takdiri indirim nedenlerinin lehine ve aleyhine görüşler için bkz. GENÇER, Muhsin, **Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi), 2019, s. 175 vd.

⁶ TCK m. 62’de yapılan ilk değişiklik indirimin oranına ilişkindir. 31/3/2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun m. 2 ile TCK m. 62/1’de yer alan “beşte” ibaresi “altıda” olarak değiştirilmiştir. Maddede yapılan ikinci değişiklik ise 2/5/2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun m. 1 ile TCK m. 62/2’de yapılmıştır. Çalışmamızın konusunu da 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikler oluşturmaktadır.

yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

Takdiri indirim nedenleri kanun tarafından belirlenmeyen, kanunda belirtilen koşullar çerçevesinde uygulanıp uygulanmaması hâkimin takdirine bırakılan ve uygulandığı takdirde cezadan belli bir oranda indirim yapılmasını sağlayan halleri ifade etmektedir⁷. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hâkim tarafından resen göz önüne alınacak olup bir talebe gerek bulunmamaktadır. Takdiri indirim nedenleri ayrıca her suça uygulanabilecek nitelikte bir genel kural hükmündedir⁸.

Takdiri indirim nedenleri hâkime indirim uygulanıp uygulanmaması konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Fakat hukukun egemen olduğu bir düzende takdir yetkisi de ancak belli ilke ve kurallar çerçevesinde keyfiliğe varmadan uygulanabilecektir. Takdiri indirim nedenlerinin de uygulanması makul bir gerekçeye dayanmalı, bu kurumun kanunda düzenlenme amacına aykırı kullanılmamalı, kamu vicdanını incitmemeli, hak ve nesafet kurallarına da uygun olmalıdır⁹.

Son olarak takdiri indirim nedenlerini uygulayan hâkim bunu kararında belirtmeli ve uygulama gerekçesine de denetimi olacak şekilde yer vermelidir. Anayasa m. 141 “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” Hükmü ile mahkemelere genel bir gerekçe yükümü getirmektedir. Buna karşın TCK m. 62/2’ye 7406 sayılı Kanun ile “*Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir*” ifadesi eklenmiştir¹⁰. Yargıtay da takdiri indirim nedenlerinin uygulamasında gerekçenin varlığına ve yeterliliğine önem vermektedir¹¹.

⁷ HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 683; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2051.

⁸ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 721; KORUCULU, s. 331.

⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2054; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 589; İÇEL, s. 769. “*TCK. nun 59. maddesi bir atıfet maddesi değildir. Murakabeye tabidir. Bu maddenin uygulanması mahkemenin takdirine bağlı hususlardan olmakla beraber; bu takdir hakkı kullanılırken gösterilen sebeplerin makul ve makbul olması, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, kanunların esas, maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması, hak ve nesafet kurallarına uygun olarak kullanıldığıının açıkça anlaşılması gerekmektedir. Sanığın, her türlü insani, medeni ve ahlaki iyi duygulardan tamamen yoksun, toplum için mutlak surette zararı ve hiçbir sebep ve ihtimal ile uslanması mümkün bulunmayan bir kişi olduğu suçun işleniş tarzı ve dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu tip sanıklar hakkında, suçlarını ikrarları sebebiyle 59. maddenin uygulanmasında isabet yoktur. Kaldı ki, sanık hazırlık soruşturması sırasında kabul ettiği suçunu, duruşmanın devamı boyunca inkar etmiştir. Böylece mahkemenin (suçun ikrar ettiği) biçimindeki gerekçesi de dosya içeriğine uygun değildir. TCK. nun 59. maddesi ancak ileride uslanma imkân ve ihtimali bulunan ve cürmü arzı ve tesadüfi sebeplerle işlemiş bulunan sanıklar hakkında ve mutlak surette makul adil ve makbul sebeplerle uygulanabilir.*” Yargıtay CGK., E. 1980/335 K. 1980/428 T. 15.12.1980.

¹⁰ ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, 203-235, s. 231; DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 1014.

¹¹ “*Dosya kapsamında sanığın dosyaya yansıyan kişiliği dikkate alınarak verilen temel cezadan 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesi gereğince indirim yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Sanık hakkında kurulan hükümde, 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca takdirî indirim sebebi uygulanmasının mahkemenin takdir yetkisi kapsamında olduğu, ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, bütün kararlarda olduğu gibi takdirî indirim nedeninin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararların da gerekçeli olması gerektiği ve gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine ve ilgili kanun hükümlerine uygunluğunun Yargıtay denetimine tabi olacağına şüphe bulunmamaktadır. Sanık öldürme kastı olmadığını beyanla suçlamayı ikrar etmiş ve pişmanlığını dile getirmiştir, sanığın fiilden sonra ve soruşturma ve kovuşturma sürecinde de dosyaya yansıyan ve aleyhine değerlendirebilecek başkaca herhangi bir söz ve davranışı*

B. Kanunda Düzenlenen Takdiri İndirim Nedenleri

1. Failin geçmişi

Failin suçun işlenmesinden önceki yaşantısı sadece lehe olarak değerlendirilmek kaydıyla takdiri indirim nedenleri arasındadır. Bu başlıkta ilk akla gelen husus failin önceden bir sabıkasının olup olmamasıdır. Bunun yanında içinde bulunduğu koşullar, suç eğilimi ve faili suç işlemeye yönelten etmenler failin geçmişi kapsamında takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir¹². Bu çerçevede uzun yıllardır dürüst bir meslek erbabı olarak bilinen, çevresinde sevilip sayılan bir kişi hakkında veya çok uzun süredir araç kullanmasına karşın ilk defa kaza yapan bir kişi için bu nedene dayanılarak takdiri indirim nedenini uygulamak makul olacaktır. Böylece suçu meslek haline getiren kişiler ile daha önce hiç suç işlememiş olup tesadüfen suç işleyen kişiler arasında takdiri indirim nedenleri ile bir fark oluşturma imkânı doğmaktadır¹³.

2. Failin Sosyal İlişkileri

Failin toplum içerisinde diğer bireyler ile ilişkileri bu neden altında incelenmektedir. Sanığın sosyal ilişkilerindeki uyumu, geçimli birisi olup olmadığı, mesleği, eğitimi, aile ilişkileri, engellilik durumunun olup olmaması, alışkanlıkları vb. durumlar mahkeme tarafından incelenerek takdiri indirim nedeni olarak uygulanabilecektir¹⁴.

3. Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını gösteren Davranışlar

Failin fiilden sonraki davranışları cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınması gereken kriterler arasında düzenlenmemiştir. Bu durum sadece takdiri indirim nedenleri içerisinde bir indirim nedeni olarak yer almıştır. Kasten yaraladığı kişiyi hemen sonrasında hastaneye bırakan, onunla ilgilenen, masraf ve zararlarını karşılayan, mağdurun ailesi ile iletişime geçip barışmaya çalışan bir kişiye bu gerekçeyle takdiri indirim nedeni uygulanabilecektir¹⁵.

Failin kişiliği hakkında bilgi veren bir durum olarak yargılama sırasındaki davranışları da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir. Özellikle failin suçun aydınlatılmasına

da bulunmamaktadır. Bu açıklamalara göre; somut olayda, "sanığın dosyaya yansıyan kişiliği" şeklindeki gerekçeye istinaden sanık lehine takdiri indirim sebebi uygulanmamış ise de; bu gerekçenin yasal bir gerekçe olmadığı gibi sanığın duruşma tutanaklarına yansıyan herhangi bir olumsuz tutum ve davranışının da bulunmadığı, varsa değerlendirmeye esas alınan olumsuz kişilik özelliklerinin neler olduğunun da gösterilmediği ve cezanın caydırıcılığı yönünden sanık üzerindeki etkisi hususunda bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda; sanık hakkında 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken içerikten yoksun, soyut, dosya kapsamı ile uyumlu olmayan yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. " Yargıtay 1. CD., E. 2023/9374 K. 2024/1434 T. 5.3.2024.

¹² ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 982. Batı ülkelerinde failin kişiliği, sosyal ilişkileri, aile durumu, toplumsal geçmişleri hakkında raporlar hazırlanmaktadır. Bu raporların amacı cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında hâkime gerekli bilgilerin sağlanması yoluyla yardımcı olmaktır. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt III, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 43.

¹³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2052; KORUCULU, s. 336.

¹⁴ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 2053; KORUCULU, s. 339.

¹⁵ ÜZÜLMEZ, s. 230; YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 295.

katkı sunması, yargılama sürecinde ikrar beyanında bulunması takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir¹⁶.

4. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Verilecek cezanın failin gelecek yaşamı, mesleği, sosyal konumu üzerindeki etkileri bir diğer takdiri indirim nedenidir. Şayet ceza failin işini kaybetmesi, toplumda kötü duruma düşmesi gibi olumsuz etkilere sahip olacaksa takdiri indirim nedenleri uygulanabilecektir¹⁷.

II. 7406 Sayılı Kanundan Önceki Hal ve Eleştiriler

7406 s. Kanun'dan önce takdiri indirim nedenlerini düzenleyen TCK m. 62/2 şu şekilde düzenlenmişti: *“Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”*

Takdiri indirim nedenleri maddenin 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikten önceki halinde sınırlı olarak sayılmamıştı. Dolayısıyla TCK m. 62/2'de sayılan nedenler dışında kalan *“suçun işlenmesine eşlik eden (yoğun ve güçlü bir ihtirasın etkisi, sarhoşluk, gençlik heyecanı, cahillik, tecrübesizlik korku ve acıma duygusu, mağdurun da kusurlu olması gibi) ya da suçun işlenmesinden önce var olan (failin zorlu koşullarda yaşamayı, topluma hizmetleri, önemli bir hastalığa yakalanmış olması gibi) veya suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan (failin pişmanlık duyması, suçunu ikrar etmesi, mağdurun zararını karşılaması, suçtan doğan zararın azlığı, duruşma sırasında sükunetli bir şekilde iyi hal göstermesi)”*¹⁸ gibi nedenler takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmekteydi.

7406 s. Kanun ile yapılan değişikliklerden önce TCK m. 62 hükmüne kamuoyunda ciddi eleştiriler yapılmaktaydı. Başta çocuk ve kadınlara karşı işlenen suçlar ile cinsel suçlar olmak üzere kamuoyunda infial uyandıran davalarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması büyük tepkilere yol açmış ve kamuoyunda suçluların ödüllendirildiği, adil olmayan indirimler yapıldığı yönünde genel bir algı meydana getirmişti¹⁹. Doktrinde ise takdiri indirim nedenlerinin kanundaki düzenlenme biçimine ilişkin bir eleştirinin bulunmadığı görülmektedir. Takdiri indirim nedenlerine yönelik eleştiriler ise daha ziyade bu hükmün uygulanmasına ilişkin idi. Bu doğrultuda failin kişiliği göz önüne alınarak, bu kurumun amacı ve dosyadaki delil durumu ile uyumlu olması halinde bu hükmeye başvurulması gerektiği, fakat uygulamada bu

¹⁶ ÜZÜLMEZ, s. 230. Suçun ikrarının pişmanlık itirafı dışında tek başına failin lehine takdiri indirim nedeni olarak uygulanmaması gerektiği, ikrarın ancak pişmanlık, hatanın kabulü ve yeniden suç işlenmeyeceğine ilişkin bir belirti olarak kabulü halinde indirim nedeni kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 594.

¹⁷ ARTUÇ, Mustafa/HIRSLI, Tahir, **Hüküm Kurma Esasları**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 86.

¹⁸ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 901.

¹⁹ Kısa bir medya taramasında dahi takdiri indirim nedenlerine ilişkin kamuoyundaki kötü algı ortaya çıkmaktadır: *“Şule Çet davası sonuçlandı: Çağatay Aksu ve Berk Akan cinayet ve cinsel saldırıdan 'iyi hâl indirimli' ceza aldı.”*, <https://rb.gy/gmxgrn>; *“Nuray Erdem'i öldüren Yusuf Akkoyun isimli erkeğe iyi hal indirimi”*, <https://rb.gy/eknwmu>; *“Engelliye tecavüze iyi hal indirimi”*, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/engelliye-tecavuze-iyi-hal-indirimi,DCQgVv5vukSmzTPqHQ9n6g>; *“Türk yargısının kanayan yarası: İyi hal indirimi”*, <https://www.yenisafak.com/gundem/turk-yargisinin-kanayan-yarasi-iyi-hal-indirimi-3446050>; *“Kırmızı kravat katile iyi hal indirimi”*, <https://rb.gy/c1vp5w>; *“Korkunç cinayet! Mahkemede kırmızı kravat indirimi...”*, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/korkunc-cinayet-mahkemede-kravat-indirimi-6421888>. E.T.: 20.04.2024.

araştırma yapılmaksızın takdiri indirimin otomatik olarak uygulandığı şeklinde eleştiriler yapılmıştır²⁰.

Anlaşılabacağı üzere takdiri indirim nedenlerine yönelik eleştiri ve tepkilerin asıl kaynağı kamuoyundaki algıdan kaynaklanmaktadır. Kamuoyundaki tepkilerin temel dayanağı, belli bazı suçlarda iyi hal gerekçesiyle takdiren yapılan indirimlerin bu cezaların etkililiğini ve caydırıcılığını azalttığı, nitelik ve sonuçları bakımından çok ağır eylemler de dahi failerin cezalarında indirim yapılması nedeniyle toplumsal vicdanın yaralandığı şeklinde ifade edilmektedir²¹. Bu gerekçeler kanun koyucuyu da hareket geçirmiş ve 7406 s. Kanun'dan önceki süreçte kadına ve çocuklara karşı işlenen fiziki ve cinsel şiddet suçlarının takdiri indirim kapsamında çıkarılmasına yönelik kanun teklifi ve tasarıları sunulmuştur. Fakat bu teklif ve tasarılar başarıya ulaşamamış ve bazı suçların takdiri indirim nedenleri kapsamında çıkarılmasına yönelik çalışmalar kanunlaşmamıştır²².

III. 7406 Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştiriler

12/5/2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun m.1 ile TCK m. 62'de "sürecindeki davranışları" ibaresi "sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya" ibaresi ile değiştirilmiş, "gibi hususlar" ibaresi madde metninden çıkarılmış, "kararda" ibaresinden sonra "gerekçeleriyle" ibaresi eklenmiştir. Ayrıca maddeye "Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz." ifadesi eklenmiştir. Yapılan bu değişikliklerin yerindeligi ve gerekliligi konusunda önemli eleştiriler ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu tartışmalar ayrı başlıklar olarak ele alınacaktır.

A. Şekli Tutum ve Davranışların Takdiri İndirim Nedeni Olarak Dikkate Alınmayacağına İlişkin Değişiklik

TCK m. 62/2 hükmüne 7406 s. Kanun m. 1 ile "Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz." ifadesi eklenmiştir. 7406 s. Kanun'un gerekçesinde bu değişikliğin nedeni şu şekilde ifade edilmiştir: "Failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği halde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır."²³

TCK m. 62'de yapılan bu değişiklik aslında kamuoyunda infial uyandıran çeşitli davalarda sanıklara yapılan kategorik indirimlerin uyandırdığı tepkiyi dindirmek, toplumsal vicdanı yatıştırmak ve takdiri indirim nedenlerinin daha titiz uygulanmasını sağlamak için yapılmış bir düzenlemedir. Yapılan bu değişiklikle "iyi hal indirimi" "kravat indirimi" veya

²⁰ DÜLGER, s. 1015; KAÇAR, Yusuf, "7406 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2022, 925-950, s. 935. Uygulamanın kötü olduğu ve otomatik kararlar verildiği görüşüne karşı bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 723.

²¹ GENÇER, s. 178.

²² GENÇER, s. 181.

²³ 7406 s. Kanun Gerekçesi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-ccae-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7406#step-2e>, ET: 2.4.2024.

“*takım elbise indirimi*” adlandırmaları ile toplumda kötü bir şöhret bulan takdiri indirim nedenlerinin, duruşmadaki giyim kuşam ile yüzeysel ifade ve davranışlara dayanılarak yapılamayacağı düzenlenmiştir²⁴.

Doktrinde bu değişiklik eleştiri konusu olmuştur. Koca/Üzülmez’e göre bu ifadeler 7406 s. Kanun ile yapılan düzenlemelerin bir tepki düzenlemesi olduğunu göstermektedir. Bu tepki aslında takdiri indirim nedenlerinin uygulamasına ilişkin sorunlardan kaynaklanmaktadır. Madde metninin içeriği ile ilgili bir sorun bulunmamaktadır. Dolayısıyla madde içeriklerinin gerekli olmadığı halde değiştirilmesi uygulamadaki sorunların sadece mevzuat değişikliği ile çözülebileceğine ilişkin yanlış bir uygulama ve alışkanlığın ürünüdür. Bu tür değişiklikler sorunu çözmede etkisiz olarak kalmakta, ayrıca mevcut ceza normlarının da niteliğini bozmaktadır²⁵.

Dülger de bu ifadenin maddeye eklenmesine gerek olmadığı görüşündedir. Yazara göre bu düzenlemenin bulunmadığı dönemde de hâkimlerin failin şekli tutum ve davranışlarını göz önüne almama yükümü bulunmaktaydı. Önemli olan hâkimin faili mümkün olduğu kadar iyi tanınması ve TCK m. 62’de belirtilen nedenlerin bir veya birkaçının varlığı halinde takdiri indirimi uygulamasıdır. Uygulamada herhangi bir araştırma ve inceleme olmaksızın adeta “*otomatik*” olarak uygulanan takdiri indirim nedenleri dolayısıyla bu düzenleme ile hâkimlere bu nedenlerin varlığını araştırma görevi hatırlatılmaktadır²⁶.

B. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışları ile Pişmanlığını Göstermesi Şartı

TCK m. 62/2’de yer alan “*fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları*” ifadesi 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikle “*fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları*” olarak değiştirilmiştir. Böylece TCK m. 62/2’de yer alan takdiri indirim nedenlerinin uygulanması failin pişmanlığını davranışlarıyla göstermesi şartına bağlanmıştır²⁷.

²⁴ KAÇAR, s. 935-936.

²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 735.

²⁶ DÜLGER, s. 1015.

²⁷ “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği herhangi bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında kurulan hükümde, “suça konu olayın toplumda meydana getirdiği tepki, kamu vicdanını rencide edici niteliği ile mağdurun öğretmeni olan sanığın suç sonrası ve yargılama sürecindeki davranışları göz önüne alındığında, sanığın dosya kapsamındaki pişmanlığının yeterli görülmemesi sebebiyle...” şeklindeki hak, ... ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanunî gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, sanık müdafinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Yargıtay 12. CD., E. 2023/2243 K. 2023/956 T. 27.3.2023; “Fiilden sonra ve yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği davranışların somut dayanakları da denetime olanak verecek şekilde açıklanmadan, “Sanığın adli sicil kaydına yansıyan geçmişi, cezanın geleceği üzerindeki olası etkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” biçimindeki kanunda yer alan ibarelerin tekrarına dayalı yetersiz ve soyut gerekçelerle sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, katılanlar vekilinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümde bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmuştur.” Yargıtay 12. CD., E. 2023/453 K. 2023/2410 T. 5.7.2023; “5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca takdiri indirim sebebi uygulanması Mahkemenin takdirinde olup Mahkemece, sanığın hazırlık aşamasında müdafii ile vermiş olduğu ifadesinden sonra daha az ceza alabilme amacıyla savunmasını değiştirmiş olması, sanığın kendisine ait olduğunu iddia ettiği gayrimenkul ile ilgili yapılan kadastro çalışmasına Kemal Özbekli’nin itiraz etmesine duyduğu kızgınlık nedeniyle eylemi gerçekleştirmiş olması, bu kızgınlığın uzun süredir var olması ve sanığın herhangi bir tartışma yaşanmaksızın eylemi gerçekleştirmiş olması dikkate alındığında mahkememizde vermiş olduğu pişman olduğuna dair beyanının daha az ceza almaya yönelik bir beyan olduğu kabul edilmekle sanık hakkında takdiren 5237 sayılı

7406 s. Kanun'un gerekçesinde bu değişikliğin nedeni şu şekilde ifade edilmiştir: *“Maddeyle, takdiri indirim uygulanırken değerlendirilecek hususlar arasında yer alan “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” nedeni, “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” şeklinde değiştirilmektedir. Takdiri indirim uygulanabilmesi bakımından Almanya, Avusturya ve İsviçre’de olduğu gibi Ülkemizde de failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığına önem atfedilmektedir. Düzenleme uyarınca, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından, pişmanlık göstergesi sayılamayacak olanları, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığını gösteren davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.”²⁸*

Yine bu değişiklik de eleştiri konusu olmuştur. Öncelikle söz konusu değişiklik susma hakkı ile bağdaşmamaktadır. Susma hakkını kullanan bir kişiye bu hakkını kullanmasından dolayı takdiri indirim nedenleri açısından aleyhe sonuç doğuran bir uygulama yapılmaması gerekmektedir. Ayrıca takdiri indirim nedenleri bir etkin pişmanlık kurumu da değildir. Takdiri indirim nedenleri cezanın bireyselleştirilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla pişmanlık ifadesi şartı yerinde değildir²⁹. Diğer eleştiri ise madde gerekçesinde belirtilen pişmanlığın içtenliği ve samimiliği kriterlerine ilişkindir. Gerekçede sayılan örneklerin varlığının pişmanlığın samimiyeti ve içtenliğini göstermeyebileceği, buna karşılık bunları yapmayan kişinin de pişman olmadığı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir³⁰. Ayrıca suçu işlememiş kişilerin suçu kabul etmemesini pişmanlık göstermeme olarak kabul edip bu hükmü uygulamamak doğru olmayacaktır³¹. Dolayısıyla bu değişiklik ve gerekçesi tatmin edici olmayıp fayda sağlayacağı da şüphelidir.

C. Takdiri İndirim Nedenlerinin Tahdidi Hale Getirilmesi

7406 s. Kanun ile TCK m. 62/2’de yapılan değişiklikle *“gibi hususlar”* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde takdiri indirim nedenleri TCK m. 62/2’de sayılan haller ile sınırlandırılmıştır³². 7406 s. Kanun’un gerekçesinde yapılan bu sınırlamanın nedeni şu şekilde açıklanmıştır: *“Yapılan değişiklikle fıkra metninden “gibi hususlar” ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmektedir. Böylelikle takdiri indirim konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama*

Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının uygulanmasına yer olmadığına, şeklindeki yerinde, yeterli ve kanunî gerekçeyle takdiri indirim sebebi uygulanmadığı belirlendiğinden, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Yargıtay 1. CD., E. 2022/8707 K. 2023/226 T. 1.2.2023.

²⁸ 7406 s. Kanun Gerekçesi.

²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 723; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 1090 dn:41.

³⁰ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 723.

³¹ AKBULUT, s. 1090 dn: 41.

³² ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 722.

sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.³³”

Bu değişiklik ve gerekçesi de doktrinde eleştirilmektedir. Bu doğrultuda takdiri indirim nedenlerinin mahiyeti gereği sınırlı sayıda olamayacağı, hâkimin her makul durumu takdiri indirim nedeni olarak değerlendirebilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁴ Kanunda sayılan nedenler uygulamada takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek hallerin çoğunu içerecek genişliktedir. Fakat takdiri indirim nedeni olarak değerlendirildiği halde kanunda sayılan nedenlerden birinin kapsamına girdiğine ilişkin tereddüdün hâsıl olduğu durumlarda kanunilik ilkesini zorlayıcı kararların da verilebileceği ifade edilmektedir.³⁵ Ayrıca TCK m. 62 sanığın lehine bir düzenleme olduğundan dolayı belirlilik ilkesinin uygulanmasını gerektiren bir kurum değildir. Şayet uygulamada bir sorun varsa bu takdiri indirim nedenleri kurumunun tahdidi hale getirilmesi ile değil uygulamadaki sorunu çözerek giderilebilir.³⁶

Takdiri indirim nedenlerinin amacından yola çıkarak da bu değişikliğin yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü kanun koyucunun bütün indirim nedenleri öngörmesi mümkün değildir.³⁷ Dolayısıyla hâkime takdir yetkisi verilerek hayatta meydana gelebilecek pek çok farklı gerekçenin takdiri indirim nedeni olarak göz önüne alınabilmesi ve daha adil bir cezanın ortaya çıkması istenmiştir. Yapılan değişiklik bu nedenle takdiri indirim nedenleri kavramının amacı ile bağdaşmamaktadır.³⁸

Bunun yanında, ne doktrinde ne de uygulamada bu tür bir değişikliği gerektirecek bir sorunun varlığına yer verilmediği, değişikliğin gerçekçi bir dayanağının bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu eleştiriye göre madde gerekçesinde takdiri indirim nedenlerine ilişkin sınırlandırmanın dayanağı olarak ileri sürülen “mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi” ile ilgili resmi herhangi bir veri veya bilginin bulunmadığı, dolayısıyla bu düzenlemenin bilimsel bir dayanağının da olmadığı ileri sürülmektedir.³⁹

D. Takdiri İndirim Nedenlerinin Gerekçelerinin Kararda Gösterilmesine İlişkin Değişiklik

7406 s. Kanun ile son olarak takdiri indirime ilişkin gerekçe şartı yazılı olarak fıkraya eklenmiştir. Bu değişiklik ile TCK m. 62/2'nin son cümlesine “gerekçeleriyle” ibaresi eklenerek söz konusu hüküm “Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

³³ 7406 s. Kanun Gerekçesi.

³⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 735.

³⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 735.

³⁶ AKBULUT, s. 1090 dn: 41.

³⁷ KORUCULU, s. 332. 765 s. TCK döneminde m. 59'da düzenlenen takdiri indirim nedenleri tahdidi olarak düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın 1976 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararında takdiri indirim nedenleri ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: “TCK. nun 59. maddesinin uygulanmasını gerektiren hallerin neler olduğu yasa metninde sınırlandırılmamıştır. Kanun koyucu, bir suçu oluşturan unsurlarla çatışmamak veya yasal indirim sınırlarını geçmemek kaydıyla hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımış; hatta, uygulamadaki çeşitli halleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında bir tanımlama yapmaktan isteyerek kaçınmıştır. Her olayın özelliği dikkate alınarak tertip edilecek cezanın, suçlunun kişiliğine ve suça uydurulması suretiyle daha insancıl koşullarla dengeli bir adaletin tahakkuku amaç edinilmiştir. Böylece belirtilen ilkelerin dikkate alınması suretiyle hüküm anına kadar sanığın davranışlarını değerlendiren hâkimin, TCK. nun 59. maddesini uygularken, yerleşmiş içtihadlara göre göstereceği gerekçe bir şekle bağlanmamış ise de, geçerli olması koşulu aranmıştır.” Yargıtay İBBGK., E. 1976/4 K. 1976/3 T. 07.06.1976.

³⁸ KAÇAR, s. 930.

³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 722.

şeklinde değiştirilmiştir. Değişikliğin nedeni madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddeyle yapılan diğer bir değişiklikle, takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Anayasanın 141 inci maddesi gereğince mahkemelerce verilen her türlü kararın gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olup, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemenin keyfilikten uzak şekilde kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmaktadır⁴⁰.”

Bu değişiklik de aslında malumun ilanından başka bir şeydir. Çünkü mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği öncelikle Anayasa m. 141’de gösterilmiştir. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 34/1 “Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak” yazılacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla TCK m. 62’nin 7406 s. Kanun’dan önceki hali bir eksiklik taşımamaktaydı⁴¹. Bu nedenle yapılan değişikliğin takdiri indirim nedenlerinin uygulamasında gerekçeli karar şartını vurgulamaktan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce hem gerekçeli karar şartı hem de diğer hükümlerdeki yasal değişiklikler bir kanun değişikliğinden beklenen sorun çözme veya mevcut hükmü daha iyi hale getirme gibi amaçlara hizmet etmemektedir. Bilakis 7406 s. Kanun ile TCK m. 62/2’nin yapısına gereksiz ve yanlış bir müdahalede bulunulmuştur. Bu durumun kanun yapım tekniği ile kesinlikle bağdaşmadığını da ifade etmek gerekmektedir.

IV. Bir Popülizm Aracı Olarak Mevzuat Değişiklikleri ve Takdiri İndirim Nedenlerindeki Yasal Değişiklikler

Ceza adaletinin sağlanması, işlenen suçlara adil ve caydırıcı cezaların verilmesi en güçlü toplumsal taleplerden biridir. Şayet toplumda suça karşı oluşan infial ve tepki cezalandırma yoluyla tatmin edilemezse toplumda suç normunun geçerliliğine olan inanç azalır, toplumdaki güvenlik ve düzen duygusu zayıflar. Bu durum suçun yozlaştırıcı etkisi (Korruptionswirkung) olarak ifade edilmektedir⁴².

Hukukun başlıca işlevlerinden biri olan toplumsal düzenin sağlanması bazı durumlarda yasal değişikliklerin sağlanmasını gerektirmektedir. Kötü, işlevsiz veya yetersiz bir hukuk normunun değiştirilmesinin istenmesi en makul ve meşru taleptir. Ceza normları ise hukukun

⁴⁰ 7406 s. Kanun Gerekçesi.

⁴¹ ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 723-724. Yargıtay da 7406 s. Kanun’dan sonra verdiği kararda TCK m. 62’ye “gerekçeleriyle” ibaresinin eklenmesi ile ilgili benzer yorumda bulunmuştur: “Ancak, 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin ikinci fıkrasında 7406 sayılı Kanun’un 1 inci maddesi ile yapılan değişiklikten önce de, takdiri indirim nedenlerinin varlığına ya da yokluğuna ilişkin kararların gerekçeli olması gerektiği; zira, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 141 inci maddesinin üçüncü fıkrası ve 5271 sayılı Kanun’un 34 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli yazılmasının zorunlu olduğu, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına dair gerekçelerin hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygunluğunun Yargıtay denetimine tabi olacağı istikrar kazanan yargısal kararlarda vurgulanmıştır.” Yargıtay12. CD., E. 2023/453 K. 2023/2410 T. 5.7.2023.

⁴² DENCKER, Friedrich, "Erfolg und Schuldidee, zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht", in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1989, s. 451.

adeta keskin kılıcı olup bu alanda yapılacak bir değişiklik en son başvurulması gereken çaredir. Zira ceza hukuku özgürlük ve güvenlik ikileminde mevcut dengenin nerede olduğunu gösteren başlıca göstergelerden biridir.

Toplumsal taleplerin yasal zeminde bir değişiklik ile karşılık bulması demokratik bir düzenin en temel gereğidir. Fakat bu alan popülist bir kullanıma oldukça açıktır. Hem dünyada hem de Türkiye’de güçlü bir akıma dönüşen popülizm, siyaset ve hukuk alanında oldukça etkilidir⁴³. Toplumunu yozlaşmış elitler ve arı, saf bir halk kitlesi olarak iki karşıt sınıfa ayıran popülizm için siyaset halkın genel iradesini yansıtmakla görevlidir. Popülizm özellikle demokratik rejimlerinin imkânlarını istismar etmekte ve kriz zamanlarında halkta güçlü bir destek bulmaktadır⁴⁴.

Popülizmin en etkili olduğu alanlardan biri ceza hukukudur. Ceza hukuku üzerinden oluşturulan popülist söylem ve eylemler, politik amaç ve hedeflerin ceza adaletinin sağlıklı işleyişinin önüne geçirilmesine neden olmaktadır⁴⁵.

Türkiye’de geleneksel veya sosyal medya yoluyla oluşturulan kamuoyu baskısının ceza mevzuatı ve yargı pratikleri başta olmak üzere hukuk düzleminde etkili olduğu görülmektedir. Bu çerçevede kamuoyunda infial yaratan pek çok olay siyaset kurumunda popülist bir karşılık için baskı oluşturmaktadır. Hukuki bir zeminden yoksun, yanıltıcı ve kitlelerin duygusal tepkilerine odaklanan haberler yürütme, yasama ve yargı erkleri üzerinde bir karşılık ve aksiyon talebine dönüşmektedir⁴⁶. Bu süreçlerin bir sonucu olarak aceleyle hazırlanmış, üzerinde yeterince tartışılmamış veya tartışılmış olsa bile hukukun ihtiyaç ve gereklerinden ziyade kamuoyundaki algıyı önceleyerek yapılmış yasal değişiklikler çözümden ziyade sorunun parçası olmaktadır. Bu şekilde yapısal sorunlar adeta sihirli değnek gibi kullanılan mevzuat değişiklikleri ile çözülmüş gibi gösterilmektedir. Fakat bu tamamen bir yanılsamadır. Ceza mevzuatı devletin meşru şiddet tekelinin en bariz görüntüsü olduğundan dolayı bu alanda yapılan mevzuat değişiklikleri toplumsal tepkileri yatıştırmak için sıkça kullanılmaktadır⁴⁷.

7406 s. Kanun ile takdiri indirim nedenlerinde yapılan değişiklikler de ceza hukuku alanındaki popülizminin bir neticesidir. Çocuk ve kadınlara karşı işlenen cinsel saldırı ve cinayet suçlarında toplumda büyük infial uyanmaktadır. Yargısal süreçler neticesinde bu

⁴³ KEÇECİ, Ali İzzet, "Popülist Politikaların Gölgesinde Kalan Hukuk", **EURO Politika**, Sayı, 2018, 145-161, s. 147 vd.

⁴⁴ DEMCHUK, Pavlo, "Criminal Law & Populism—Is There a Place for Human Rights?", **Vilnius University Open Series**, Sayı, 2021, 49-55, s. 52. Popülizm tanımlanması veya sınırlarının çizilmesi oldukça zor bir kavramdır. Elit karşıtlığı ve halkın genel iradesine vurgu karakteristik iki özellik sayılsa da gündelik kullanımı onun tam olarak kavranmasını zorlaştırmaktadır. Popülizmin teknik bir tanımı kadar pejoratif tanımları da yaygındır. Bunun yanında her ideolojiden popülist söylemlerin ortaya çıkabilmesi onun konumlandırılmasını veya kategorize edilmesini zorlaştırmaktadır. Dolayısı popülizmin bir ideoloji değil retorik ve demagoji ile karakterize olan bir üslup olduğu da ileri sürülmektedir. Popülizm kavramı ve ceza hukuku ile ilişkisine dair daha detaylı tartışmalar için bkz. ÖZTÜRK, Şerif Ahmet, **Caydırıcılık ve Rehabilitasyon Bakımından Hapis Cezasının Suça Etkisi ve Ceza Popülizmi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2023, s. 199 vd; TÜRKMEN, Metin, "Türkiye’de Ceza Adaleti Alanında Değişimi İzlemenin Bir Aracı Olarak Ceza Popülizmi", in **Current Debates in Sociology & Anthropology**, ed. Şükrü Aslan ve Cihan Cinemre, London, 2017, s. 381-388; KEÇECİ, s. 146-147.

⁴⁵ ÖZTÜRK, s. 206.

⁴⁶ TÜRKMEN, s. 396.

⁴⁷ Ceza hukukunda popülist yaklaşım ve medyadaki suç haberlerinin bu yaklaşımı beslemesine ilişkin bkz. YÜCEL, Mustafa Tören, "Hukukun Sosyal Teorisi", **TBB Dergisi**, Sayı 52, 2004, 118-133, s. 130 vd.

davalarda uygulanan takdiri indirim nedenleri medyada kendine genişçe yer bulmaktadır. Bu durum siyaset kurumu üzerinde bir baskı oluşturmuş ve çeşitli değişiklik önerileri sunulmuştur. Fakat yapılan değişiklikler sadece toplumsal tepkiyi karşılamaya ve sorunun çözüldüğü görüntüsü oluşturmaya yöneliktir. Yukarıda tartışıldığı üzere 7406 s. Kanun ile TCK m. 62/2’de yapılan değişiklikler hukuki bir ihtiyaçtan kaynaklanmamaktadır. Nitekim bu değişiklikler yapıldıktan sonra da kamuoyundaki algının değişmediği, medyada benzer haberlerin yer almaya devam ettiği görülmektedir⁴⁸.

Popülizm ceza hukukunun kavramsal mimarisine zarar vermektedir. Gereksiz ve yanlış tadilatlar ince bir denge ve kavramsal bir çabanın nihai sonucu olan kanunların yapısını bozmaktadır. Takdiri indirim nedenlerinde 7406 s. Kanun ile yapılan değişiklikler de ceza popülizminin bir neticesi olup kanun hükmünün sistematğine gereksiz ve yersiz bir müdahale niteliğindedir.

Sonuç

Takdiri indirim nedenleri cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinin son aşamasını teşkil etmektedir. Bu nedenlerin varlığı halinde failin cezası üzerinde önemli bir indirim yapılabilmektedir. Fakat takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin kamuoyunda kötü bir algının oluştuğu görülmektedir. Bu algı bir bütün olarak ceza adaleti mekanizmasına olan güvene de zarar vermiştir. Bu nedenle takdiri indirim nedenleri ile ilgili çeşitli yasal değişiklik girişimleri olmuş ve en son 7406 s. Kanun ile bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

7406 s. Kanun ile takdiri indirim nedenlerinde yapılan değişiklikler ciddi eleştirilerin konusu olmuştur. Öncelikle 7406 s. Kanun’dan önce TCK m. 62’nin düzenlemesine ilişkin doktrinde ve uygulamada bir eleştiri veya değişiklik talebinin bulunmadığını ifade etmek gerekmektedir. Uygulamada bu kararların yeterli bir inceleme yapılmadan, otomatik olarak verildiğine ilişkin bazı eleştiriler olsa dahi bu sorunun çözümü mevzuat değişikliğinde yatmamaktadır. Nitekim 7406 s. Kanun ile takdiri indirimin uygulanması için sanığın davranışları ile pişmanlık göstermesi şartının getirilmesi, takdiri indirim nedenlerinde gerekçe şartının maddeye eklenmesi ve şekli tutum ve davranışların takdiri indirim nedeni olamayacağı düzenlemesi yasal bir değişiklik için gereklilik şartını taşımamaktadır. Çünkü bu değişiklikten önce de mahkemenin bu hususları gözetmesi ve dikkate alması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu bu değişikliklerle sadece ve en fazla bazı konuları vurgulamış ve uygulamacıya hatırlatmış olmaktadır.

Takdiri indirim nedenlerinin tahdidi hale getirilmesi ise yanlış bir değişiklik olmuştur. Bu değişiklik takdiri indirim nedenlerinin amaç ve tabiatına aykırı olup, hâlihazırda bu

⁴⁸ “Ankara’da cinsel istismar sanığına iyi hal indirimine tepki”, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ankarada-cinsel-istismar-sanigina-iyi-hal-indirimine-tepki-42440651>; “Tekvando antrenörü öğrencisine cinsel istismardan yargılanıyordu... ‘İyi hal’ indirimi uygulandı!”, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tekvando-antrenoru-ogrencisine-cinsel-istismardan-yargilaniyordu-iyi-hal-indirimi-uygulandi-42338429>; “Kedi Eros’u öldüren İ. K. için verilen karara başsavcılıktan itiraz. Sanık Keloğlan hakkında Küçükçekmece 16. Asliye Mahkemesi tarafından 1 yıl 6 ay hapis cezası verilmişti. Verilen ceza iyi hal indirimi uygulanarak 1 yıl 3 aya düşürülüp hükmün açıklanması geri bırakılmıştı. Karara itirazlar üzerine yeniden yapılan yargılamada İbrahim Keloğlan hakkında ‘evcil hayvanı kasten öldürme’ suçundan 2 yıl 6 hapis cezasına hükmedilmişti.” <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/kedi-erosu-olduren-ibrahim-keloglan-icin-verilen-karara-bassavciliktan-itaraz-42436468>. E.T.: 20.04.2024.

kurumun uygulamasında sorun yaratmaktan öteye gitmeyecektir. Bu değişikliklerin kamuoyunun baskısı nedeniyle popülist bir tepki olarak hazırlandığı açıkça anlaşılmaktadır. Yanlış tanımlanmış bir soruna doğru bir çözüm mümkün değildir. Nitekim yukarıda yer verilen haber örneklerinden anlaşılacağı üzere bu değişikliklerden sonra da medyada takdiri indirim nedenleri ile ilgili eleştirel haberler yer almaya devam etmiştir. Uygulamadaki soruna ilişkin ise yapısal çözümler üretilmesi, uygulamacının zihniyetini ve bu kuruma yaklaşımını değiştirecek çözümlerin getirilmesi gerekmektedir.

Bunların dışında hukuksal sorunlar ancak hukuksal bir yöntem ile teşhis edilebilir ve çözülebilir. Kamuoyu baskısı, medya ve siyaset hukuk politikasının oluşmasında etkili unsurlar olmakla beraber adaletin veya hukuksal gereksinimlerin tek başına belirleyicisi olamazlar. 7406 s. Kanun ile takdiri indirim nedenlerinde yapılan değişiklikler, ceza mevzuatının popülist politikanın konusu olmaması gerektiği konusunda önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Kaynakça

AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

ARTUÇ, Mustafa/Hırslı, Tahir, **Hüküm Kurma Esasları**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

ARTUK, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

ARTUK, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide /ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

DEMCHUK, Pavlo, "Criminal Law & Populism–Is There a Place for Human Rights?", **Vilnius University Open Series**, Sayı, 2021, 49-55.

DENCKER, Friedrich, "Erfolg und Schuldidee, zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht", in **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1989.

DÖNMEZER, Sulhi/Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt III, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2020.

DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

GENÇER, Muhsin, **Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi), 2019.

HAKERI, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

KAÇAR, Yusuf, "7406 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 2, 2022, 925-950.

KEÇECİ, Ali İzzet, "Popülist politikaların gölgesinde kalan hukuk", **EURO Politika**, Sayı, 2018, 145-161.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

KORUCULU, Irmak, **Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul, 1992.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Meraklı, Serkan/Bacaksız, Pınar/Başbüyük, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

ÖZTÜRK, Şerif Ahmet, **Caydırıcılık ve Rehabilitasyon Bakımından Hapis Cezasının Suça Etkisi Ve Ceza Popülizmi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2023.

TÜRKMEN, Metin, "Türkiye'de Ceza Adaleti Alanında Değişimi İzlemenin Bir Aracı Olarak Ceza Popülizmi", in **Current Debates in Sociology & Anthropology**, ed. Şükrü Aslan ve Cihan Cinemre, London, 2017.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, 203-235.

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YÜCEL, Mustafa Tören, "Hukukun Sosyal Teorisi", **TBB Dergisi**, Sayı 52, 2004, 118-133.

İnternet Kaynakları:

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1ccae-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7406#step-2e> ET: 2.4.2024.

<https://rb.gy/c1vp5w>.

<https://rb.gy/gmxgrn>.

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ankarada-cinsel-istismar-sanigina-iyi-hal-indirimine-tepki-42440651>.

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/kedi-erosu-olduren-ibrahim-keloglan-icin-verilen-karara-bassavciliktan-itiraz-42436468>.

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tekvando-antrenoru-ogrencisine-cinsel-istismardan-yargilaniyordu-iyi-hal-indirimi-uygulandi-42338429>.

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/korkunc-cinayet-mahkemede-kravat-indirimi-6421888>.

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/engelliye-tecavuze-iyi-hal-indirimi,DCQgVv5vukSmzTPqHQ9n6g>.

<https://www.yenisafak.com/gundem/turk-yargisinin-kanayan-yarasi-iyi-hal-indirimi-3446050>.

12.05.2022 TARİHİNDE YAPILAN KANUN DEĞİŞİKLİĞİNİN 1. MADDESİNİN TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ KURUMU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Kaan POLAT*

Özet

27.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7406 Sayılı Kanun'un birinci maddesi, TCK m.62'de düzenlenen takdiri indirim nedenleri açısından birtakım değişiklikler meydana getirmiştir. Bu değişiklikler; takdiri indirim nedenlerinin tadadiden tahdidiye çevrilmesi, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmesi için davranışların "*pişmanlık gösteren*" nitelikte olmasının gerekmesi, failin duruşmada mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaması ve takdiri indirim nedenlerinin kararda "*gerekçeleriyle*" gösterilmesidir. Takdiri indirim nedenlerinin yalnız kanunda belirtilmiş olan failin geçmişi, failin sosyal ilişkileri, failin fiilden sonraki pişmanlığını gösteren davranışları, failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri olmak üzere toplam beş nedene dayandırılarak uygulanabilmesi; hâkimin takdir yetkisine hâle getirdiği gibi ceza adaletinin sağlanması açısından suçun ve failin tüm koşullarının dikkate alınmasını da imkânsız hâle getirmektedir. Takdiri indirim nedenleri olarak kabul edilecek davranışların "*pişmanlık gösteren*" nitelikte olma zorunluluğu, masumiyet karinesini ihlal etmekle beraber bu nitelikte olmayan ancak failin iyi hâlini gösteren nedenlerin dikkate alınmaması sonucunu doğurmaktadır. Buna bağlı olarak faile tanınmış haklardan birisi olan susma hakkının kullanımı hâlinde, failin takdiri indirim nedenlerinden yararlanması ciddi anlamda etkilenecektir. Kamuoyunda var olan "*Takım elbise indirimi/Kravat indirimi*" ne ilişkin yanlış algının önüne geçilmesi için kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi ve uygulamanın gösterilmesi yerine şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak kabul edilememesi, kanun koyucunun iradesinin kamuoyundaki anlık tepkilere göre şekillendiği sonucunu ortaya koymakta ve bugüne kadar takım elbise giyen failere bu kurumun uygulandığı izlenimini yaratmaktadır. Ay. ve CMK'de adil yargılanma hakkının temel yapı taşlarından olan mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğunun bulunmasına rağmen bazı kararlarda bu zorunluluğa uyulmamasının çözümü; ilgili kararın kaldırılması ya da bozulması ve bu konuda hâkimlere gerekli eğitimlerin verilmesi olması gerekirken, kanun maddesinin değiştirilip kararların "*gerekçeli*" olma zorunluluğunun tekraren vurgulanması hukuk tekniğine aykırıdır. 7406 Sayılı Kanun'un birinci maddesinin yapılmasındaki amaç; "*Kravat indirimi/Takım elbise indirimi*" olarak bilinen takdiri indirim nedenleri kurumunun, medyaya yansımış bazı olaylara tatbiki sonrası kamuoyu tarafından yapılan eleştirilerin ve bu kuruma yönelik tepkinin azaltılmasıdır. Ancak yapılan değişikliklerin bilimsel bir temeli bulunmamaktadır. Bilakis kurumun niteliğine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucu tarafından öngörülen soyut cezanın hâkim tarafından somutlaştırılması daha da sınırlandırılmış; serbest takdir sisteminden sınırlı takdir sistemine geçiş kabul edilmiştir. Sonuç olarak 12.05.2022 tarihinde yapılmış olan

* Ar. Gör., İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

E-posta: kaan.polat@inonu.edu.tr

Orcid: 0000-0001-7866-8789

Kanun değişikliği; takdiri indirim nedenlerinin uygulama alanını ciddi şekilde daraltmış, hâkimin serbest değerlendirme yaparak takdir yetkisini kullanmasını engellemiş ve yalnız kamuoyu tarafından gelen tepkiler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu çalışmada, yapılmış olan Kanun değişikliğinin takdiri indirim nedenleri üzerindeki etkileri ele alınmış ve kuruma yönelik öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Takdiri indirim nedenleri, İyi hâli indirimi, şekli tutum ve davranışlar, Sınırlı değerlendirme sistemi, Cezanın bireyselleştirilmesi.

Giriş

12.05.2022 tarihinde kabul edilen ve 27.05.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren 7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesi, “Takdiri İndirim Nedenleri” kurumu üzerinde önemli değişikliklere neden olmuş ve cezanın bireyselleştirilmesi müessesesini etkilemiştir. 7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesi “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 62 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “sürecindeki davranışları,” ibaresi “sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya” şeklinde değiştirilmiş ve “gibi hususlar” ibaresi madde metninden çıkarılmış, fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle ve “kararda” ibaresinden sonra gelmek üzere “gerekçeleriyle” ibaresi eklenmiştir. ‘ Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekl tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz’ ” şeklinde düzenlenmiştir.¹

Böylelikle takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği TCK m.62’in yeni hâli şu şekildedir:

“(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekl tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

Takdiri indirim nedenleriyle ilgili olarak yapılmış olan bu değişiklikler, çalışmamız kapsamında dört başlık altında ele alınacaktır. Bunlar sırasıyla; serbest değerlendirme sistemi yerine sınırlı değerlendirme sisteminin kabul edilmesi, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının “Pişmanlık gösterir” nitelikte olmasının gerekmesi, mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaması ve takdiri indirim nedenlerinin kararda “gerekçeleriyle” gösterilmesidir.

7406 Sayılı Kanun’un takdiri indirim nedenleri üzerindeki etkisine geçmeden önce belirtmek gerekir ki böyle bir değişikliğin yapılmasındaki amaç; özellikle kadına karşı şiddet ve ocuk istismarı gibi bazı davalar sonrası, kamuoyu ve medya tarafından takdiri indirim nedenleri kurumuna yönelik yapılan ciddi eleştirilerin ve gösterilen yoğun tepkilerin

¹RG. 27.05.2022, S. 31848.

azaltılmasıdır. Nitekim Kanun değişikliğinin genel gerekçesinde de kadına karşı şiddetle mücadele kapsamında ifadeler yer verilmiştir. Ayrıca takdiri indirim nedenleri kurumunun kamuoyu tarafından “*Takım elbise indirimi/Kravat indirimi*” olarak nitelendirilmesi, kanun koyucunun kanun değişikliği yapma iradesini güçlendirmiştir.

I. Serbest Değerlendirme Sistemi Yerine Sınırlı Değerlendirme Sisteminin Kabul Edilmesi

Türk ceza hukukunda takdiri indirim nedenleri kurumu ilk olarak 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nun 59. maddesinde “*Kanuni esbabı muhaffifeden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek esbabı takdiriye kabul edilirse idam ve müebbet ağır hapse bedel 24 sene ağır hapis hükmolunur. Müebbet sürgün cezası beş sene muvakkat sürgüne tebdil edilir. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir.*” şeklinde düzenlenmişti. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda takdiri indirim nedenleri tadadı şekilde dahi sayılmamıştı. Başka bir ifadeyle hâkime yol gösterici nitelikteki nedenler bile düzenlemede yer almamaktaydı. Takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği hususundaki takdir yetkisi tamamen hâkime verilmişti. İlerleyen tarihlerde 765 Sayılı Kanun’un 59. maddesini ilgilendiren iki değişiklik yapılmıştı. Fakat söz konusu değişiklikler, cezanın indirim miktarı ve oranıyla alakalıydı.² Dolayısıyla 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda takdiri indirim nedenleri kurumu açısından baştan sona kadar serbest değerlendirme sisteminin kabul edildiğini belirtmek mümkündür.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise takdiri indirim nedenleri 62. maddede düzenlenmişti. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak Yeni Türk Ceza Kanunu’nda; takdiri indirim nedenleri, hâkime yol gösterici olması açısından tadadı bir şekilde düzenleme altına alınmıştı. Örnekleyici olarak sayılan sebepler; failin geçmişi, failin sosyal ilişkileri, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklindeydi. Böylelikle 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda benimsenen serbest değerlendirme sistemi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da benimsenmeye devam etmiştir.

Nihayetinde 12.05.2022 tarihinde kabul edilen ve 27.05.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle takdiri indirim nedenleri kurumu, öncekilerinden keskin bir şekilde ayrılmak suretiyle sınırlı değerlendirme sistemine dâhil edilmiştir. Böylelikle artık hâkim, cezanın bireyselleştirilmesi müessesesi kapsamında takdiri indirim nedenleri kurumunu uygularken Türk Ceza Kanunu’nun 62. maddesinin 2. fıkrasında yer alan nedenler haricindeki hususları dikkate alamayacaktır.

²11.06.1936 tarihinde kabul edilen ve 23.06.1936 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 3038 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun: “*Kanunî tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ölüm cezası yerine otuz ve müebbet ağır hapis yerine yirmi dört sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir*”. 09.07.1953 tarihinde kabul edilen ve 15.07.1953 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 6123 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun: “*Kanunî tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir*”.

TCK m.62/f.2’de yer alan ve tahdidi olarak sayılan takdiri indirim nedenleri şu şekildedir: Failin geçmişi, failin sosyal ilişkileri, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri.

Değişikliğin gerekçesi ve amacı şu şekilde belirtilmiştir: “*Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.*”³ Belirtmek gerekir ki cezanın bireyselleştirilmesi müessesesinin varoluş amacı, failin şahsi özelliklerinin tespit edilip kanun koyucunun öngörmüş olduğu soyut cezanın faile uydurulmasıdır. Kanun koyucu tarafından failin göz ardı edilerek tayin edilen cezanın faile uydurulması, suç ve suçlunun özel nitelik arz eden tüm özel durumlarının dikkate alınmasıyla mümkün olmaktadır. Bunun sağlanmasının da en uygun yolu, cezanın bireyselleştirilmesi müessesesidir.⁴ Hiçbir failin aynı karakterde olmasının mümkün olmadığı dikkate alınırsa mahkemeler arasında farklı uygulamaların izlenmiş olması son derece doğaldır. Çünkü aynı suç zemini ve aynı suçlu profile haiz hiç kimse bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynı hususun bir fail bakımından takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkünken, bir diğer fail açısından bunun takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmemesi olağandır. Bu konuda önem arz eden husus; faili yargılama süreci boyunca gözlemleyen hâkimin, takdiri indirim nedenleri kurumunun uygulanıp uygulanmama hususunda sunmuş olduğu gerekçedir. Sonuç olarak bu değişiklikte mahkemeler arası farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlanması, takdiri indirim nedenleri kurumunun niteliğine uygun değildir.

Sınırlı değerlendirme sisteminin kabul edilmesiyle TCK m.62/f.2’de yer almayan hususların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması olanaksız hâle gelmiştir. Serbest değerlendirme sisteminin terk edilmesiyle birlikte artık dikkate alınmayacak hususların bazılarına değinmek gerekir.

TCK m.62/f.2’de yer alan “*failin sosyal ilişkileri*”, temel olarak failin ailesiyle, çevresiyle, iş arkadaşlarıyla olan davranışları ve konuşmalarını kapsamaktadır. Ancak failin mesleği, failin yaşı, failin eğitim durumu, failin cinsiyeti, failin medeni hâli, failin sağlık durumu gibi birçok hususun da “*failin sosyal ilişkileri*” kapsamında dikkate alınabileceği belirtilmekteydi.⁵ Bunun sebebi, takdiri indirim nedenleri kurumunun serbest değerlendirme sistemini benimsemiş olmasıydı. Böylelikle yukarıda sayılan hususlar doğrudan “*failin sosyal ilişkileri*” kapsamında yer almasa da bunlar, serbest değerlendirme sisteminin kabulünden dolayı failin sosyal ilişkilerini etkileyen nitelikte kabul edilip takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaktaydı. Hatta belirtmek gerekir ki 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nda takdiri indirim nedenleri her ne kadar tadadı şekilde dahi sayılmamış olsa da günümüzde kabul edilen takdiri indirim nedenlerin çoğu o dönemde “*temel cezanın belirlenmesi*” başlıklı 29.

³ARTUK, Mehmet Emin ve GÖKCEN, Ahmet, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 90.

⁴EREM, Faruk, “Cezayı azaltıcı takdiri sebepler” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1946, C. 3, S. 2, s. 357.

⁵ARTUK, Mehmet Emin ve GÖKCEN, Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 900; İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU AKINCI, Fusun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ ÜNVER, Yener, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 153; KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 736; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ MERAĞLI, Serkan/ BACAĞSIZ, Pınar/ BAŞBÜYÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 724.

maddede düzenleme altına alınmıştı. Bunlardan birisi de “*failin şahsi ve sosyal durumu*”ydu. 765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu dönemindeki bu ibare, günümüzde takdiri indirim nedenleri açısından kullanılsaydı yukarıda sayılan hususlar, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecekti. Ancak 7406 Sayılı Kanun Değişikliği ile birlikte sınırlı serbest değerlendirme sistemi kabul edildiği için bu kapsamda sadece “*failin sosyal ilişkileri*” değerlendirilebilecektir. Failin şahsi ve sosyal durumu ile failin sosyal ilişkilerinin aynı olmadığı dikkate alındığında, failin şahsi ve sosyal durumunun takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması artık mümkün değildir.

Sınırlı değerlendirme sisteminin kabulüyle etkilenen bir diğer husus; re’sen kovuşturulan suçlar açısından mağdurun suç işlendikten sonra göstermiş olduğu rızadır. Önceki Kanun döneminde sonradan verilen rızanın takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesinin önünde bir engel yoktur. Dolayısıyla şikâyete bağlı olmayan bir suç işleyen faile, mağdurun sonradan rıza göstermesi; takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmekteydi. Ancak sınırlı değerlendirme sisteminin kabulüyle birlikte bu hususun artık takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması mümkün değildir. Bu durum, takdiri indirim nedenleri kurumunun niteliğine ve cezanın amaçlarına uygun değildir. Bu konuda alanımızın dışına çıkmak suretiyle Türk borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeyi görmekte yarar vardır. Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesin 1. fıkrasında sonradan verilen rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olmasa da tazminatta indirim sebebi olduğu düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla haksız bir fiil icra eden kişiye, zarar gören mağdur tarafından sonra rıza gösterilmesi; tazminatta indirim sebebidir. Ancak Türk Ceza Kanunu’nda takdiri indirim nedenlerinin tahdidi hâle getirilmesiyle mağdurun sonradan verdiği rızanın herhangi bir etkisi olmayacaktır. Böylelikle re’sen kovuşturulan bir suç açısından mağdurun sonradan rıza göstermesi ile göstermemesi bakımından herhangi bir fark yaratılmayacaktır.

Sınırlı değerlendirme sisteminin kabulüyle yukarıda belirtilenler haricinde birçok hususun takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamaması, cezanın bireyselleştirilmesi müessesesi ve takdiri indirim nedenleri kurumuna uygun değildir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesinin 1. fıkrasında yer alan temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinin de tahdidi olduğu dikkate alındığında; 27.05.2022 tarihinden itibaren cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi müessesesi kapsamında sadece kanun koyucunun soyut olarak öngördüğü durumların göz önünde bulundurulabileceği, hâkimin somut olayda fark ettiği ve cezayı bireyselleştirirken dikkate alması gerektiğini düşündüğü hususların göz önünde bulundurulamayacağını belirtmek gerekir.

Sınırlı değerlendirme sistemine yönelik eleştirilere ilişkin “*Takdiri indirim nedenleri olarak gösterilen 5 nedenin zaten son derece genel olduğu ve birçok hususun bunun içerisinde yer alabileceği*” savunması yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki takdiri indirim nedenleri kurumuna yönelik ciddi bir tepkinin kamuoyu tarafından gösterilmesi ve netice olarak kanun koyucunun bunu dikkate alarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasını çok daha sıkı şartlara bağlaması; hâkimi değerlendirme yaparken oldukça sınırlayacaktır. Hâkimin takdiri indirim nedeni olarak gördüğü bir hususu; genel nitelikte olan beş nedenden birinin içerisine dâhil etmeye çalışması, hâkimin takdir yetkisini ciddi anlamda etkilemekle beraber takdiri indirim nedenleri kurumunu uygulamaktan imtina etmesine yol açacaktır.

Sonuç olarak 765 Sayılı Kanun ve 5237 Sayılı Kanun'un ilk hâlinde olduğu gibi takdiri indirim nedenleri kurumu açısından, sınırlı değerlendirme sistemi yerine serbest değerlendirme sisteminin tekrar kabul edilmesi yerinde olacaktır.

II. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışlarının “Pişmanlık Gösterir” Nitelikte Olmasının Gerekmesi

7406 Sayılı Kanun ile yapılan bir diğer değişiklik; failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının tamamının değil, sadece “*pişmanlık gösterir*” nitelikte olan davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmesidir. Belirtmek gerekir ki buradaki “*pişmanlığı gösteren*” niteliği, hem fiilden sonraki hem de yargılama sürecindeki davranışları bakımından geçerlidir. Dolayısıyla failin fiilden sonraki hareketinin takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmesi için, bunun da pişmanlığı gösterir nitelikte olması gerekir. Çünkü fiilden sonraki tüm hareketlerin dikkate alınabileceği belirtilmek istenseydi “*failin fiilden sonraki davranışları ile yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları*” olarak değişiklik yapılırdı. Nitekim değişikliğin gerekçesinde “*Ülkemizde de failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığına önem atfedilmektedir.*”⁶ hususu belirtilmiş ve pişmanlığın her iki süreç için de geçerli olduğuna işaret edilmiştir.

Yapılan bu değişiklik, fail lehine takdiri indirimin uygulanması için yapılan eylemlerin mutlaka “*pişmanlık gösterir*” nitelikte olmasının gerekmesine yol açmıştır. Fakat bu durum, failin sahip olduğu susma veya suçu inkâr hakkı ile masumiyet karinesine hâle getirmektedir. Yeni düzenlemeyle birlikte failin susma hakkını kullanması veya işlediği iddia edilen suçu inkâr etmesi, pişman olmadığı izlenimini yaratmakta ve failin takdiri indirimden yararlanmasını zorlaştırmaktadır. İddia edilen suçu işlemediğinden emin olan failden “*Ben pişmanım.*” denmesinin beklenmesi, hayatın olağan akışına ve masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Hatta suçu işlemediğinden emin olan failin pişman olup olmama durumu dahi bulunmamaktadır. Fakat 7406 Sayılı Kanun Değişikliğiyle failin mutlaka pişman olması gerekmektedir. Dolayısıyla masum olan fail, yargılama sürecinde oldukça olumlu bir tavır izlemiş ve mahkeme heyeti ile diğer kişilere saygısını asla bozmamış olsa bile bu hususlar; failin pişmanlığını gösteren davranışlar niteliğinde olmadığından dolayı bugüne kadar yapılan uygulamanın aksine takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacaktır.

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise failin davranışının sadece pişmanlık gösterir nitelikte olmasının yeterli olup olmadığı mı yoksa failin gerçekten pişman olmasının gerekip gerekmediğidir. Yapılan Kanun değişikliğinin gerekçesinde “*Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir.*” denmektedir.⁷ Böylelikle failin gerçekten pişman olması ve bunu samimi olarak göstermesi, hatta neredeyse ispat etmesi beklenmektedir. Dolayısıyla failin iyi hâlli hareketleri, yalnız failin samimi olarak pişman olması ve söz konusu iyi hâlli hareketleri pişman olması nedeniyle yapması hâlinde lehine takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir. Madde gerekçesinde “*Failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda*

⁶ARTUK ve GÖKCEN, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 90.

⁷ARTUK ve GÖKCEN, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s. 90.

sağlaması...” gibi örnekler verilmiştir.⁸ Burada asıl üzerinde durulması gereken husus şudur: Yargıtay’ın bugüne kadar istikrar arz eden kararlarında vurguladığı ve Doktrinde de kabul edildiği üzere; failin fiilden sonra gerçeğin ortaya çıkması için önemli ölçüde katkıda bulunması, failin olayın aydınlatılmasında fayda sağlaması, failin başka deliller bulunmayan suçunu ikrar etmesi, failin mağdurla uzlaşmak için ciddi bir çaba içerisinde olması, failin kaçma olasılığı varken kaçmaması örnekleri takdiri indirim nedeni olarak kabul ediliyordu.⁹ Zira bu hâller, failin iyi hâlini gösteren davranışlardı. Ancak yapılan değişikliklerle birlikte artık failin iyi hâlinin ziyade pişman olup olmamasına önem verilecektir. Dolayısıyla az önce belirttiğimiz olumlu davranışları yapan failin, pişman olmasından ziyade başka nedenlerden dolayı bu olumlu hareketleri yapması hâlinde artık takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecek midir sorusu gündeme gelecektir. Söz gelimi; failin kaçma olanağı varken kaçmamasının sebebi olarak işlemiş olduğu suçtan dolayı pişman olması değil de ülkesini ve çevresini çok sevmesi veya failin işlemiş olduğu suçta ikrar etmesinin sebebi pişman olması değil de kolluk kuvvetleri ve yargı mensuplarının vaktini almak istememesi hâlinde ne olacaktır? 7406 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmeden önce; fail, işlemiş olduğu suçtan dolayı pişman olmasa bile yapmış olduğu olumlu hareketler lehine takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecekti. Ancak yapılan değişikliklerle beraber takdiri indirim nedenleri kurumunun odak noktası, failin samimi olarak pişman olup olmamasıdır. Sonuç olarak pişman olmayan veya pişmanlıkla ilgili olarak bir beyanda bulunmayan failin iyi hâlini gösteren hareketler, 27.05.2022 tarihinden itibaren takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacaktır. Bu durumun da cezanın bireyselleştirilmesi müessesesine ve cezanın amaçlarına uygun olmadığını belirtmek gerekir.

III. Mahkemeyi Etkilemeye Yönelik Şekli Tutum ve Davranışların Takdiri İndirim Nedeni Olarak Dikkate Alınmaması

Takdiri indirim nedenleriyle ilgili olarak yapılan bir diğer köklü değişiklik ise failin duruşmada mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışların, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmamasıdır. Maddenin gerekçesinde “*Yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır.*” yer almıştır.¹⁰

Yargılama sürecindeki şüphesiz her fail, mutlaka takdiri indirimden yararlanmak için saygılı bir tavır sergilemeye özen gösterir. Aynı doğrultuda mahkemeye olan saygısını

⁸ARTUK ve GÖKCEN, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 90.

⁹ÖZEN, Mustafa, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2009, C. 15, S. 1-2, s. 109; YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (Doktora Tezi)**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 291; ARTUK ve GÖKCEN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 900; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami ve KARADENİZ, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1419; ALDEMİR, Hüsnü, “Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” **Terazi Hukuku Dergisi**, Y. 2006, S. 3, s. 41; “...suça azmettirenin belli olmadığı bir aşamada beyanları ile azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağladığının dayanak gösterilmesine rağmen, suç tarihi itibarıyla sabıkası olmayan, fiilden sonra maktul ...'ı öldürdüğüne ilişkin hakkında somut bir delil bulunmadığı aşamada olayı ayrıntılı biçimde anlatarak kendi suçu ile birlikte diğer sanık ...'nin suçunu ortaya çıkararak, yargılama aşamasında da aynı tutumunu devam ettiren ve herhangi bir olumsuz davranışı da dosyaya yansımayan ve bu nedenle hakkında TCK'nun 62. maddesinin uygulanması gereken sanık hakkında... TCK'nun 62. maddesinin uygulanmaması isabetli değildir.” Yar. CGK, E.2015/606, K.2016/324, 27.09.2016.

¹⁰ARTUK ve GÖKCEN, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 90.

göstermek maksadıyla fail tıraş olup takım elbise giyip kravat takıp duruşmaya temiz bir şekilde iştirak eder. Kişinin bu davranışının salt “mahkemeyi etkilemeye yönelik” bir davranış olarak nitelendirilmesinin ön kabulü, doğru bir yaklaşım değildir. Sanığın en doğal hakkı, Türk Ceza Kanunu’nda kendisine tanınan hakları kullanmak ve lehe hükümlerin uygulanmasını talep etmektir. Dolayısıyla sanığın TCK m.62’de düzenlenen takdiri indirim nedenleri kurumundan yararlanmak için dış görünüşüne özen göstermesi, failin olumsuz bir karaktere ve mahkeme heyetini kandırma saikine sahip olduğunu göstermez.

Yapılan düzenlemeyle birlikte sırf takım elbise giymenin bundan böyle olumsuz olarak algılanacağı korkusuyla failin duruşmalara özensiz bir şekilde iştirak etmesi, ters bir etki yaratarak takdiri indirimden yararlanmamasına neden olabilecektir. Ayrıca hangi şekli tutum ve davranışların mahkemeyi etkilemeye yönelik olup olmadığının tespit edilmesi, uygulamada güç olduğu gibi teorik olarak da zordur. Zira bunun tespiti için kişinin niyetinin açık bir şekilde bilinmesi gerekir. Ayrıca önceki paragrafta da belirttiğimiz üzere samimi bir şekilde pişman olan sanık bile indirimden yararlanmak için gerekli davranışları sergiler ve kılık kıyafetine özen gösterir.

Bu değişikliğin yapılmasında amaç, kamuoyu tarafından takdiri indirim nedenleri kurumunun “*Takım elbise indirimi/Kravat indirimi*” olarak nitelendirilmesi ve takım elbise giyip kravat takan her sanığın lehine takdiri indirim uygulanıyor algısıdır. Kamuoyunun tepkisinin azaltılması ve “*Artık bundan böyle takım elbise indirimi/kravat indirimi uygulanmayacak.*” izleniminin yaratılması maksadıyla 7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle bu düzenleme yürürlüğe girmiştir.

Önemle vurgulamak gerekir ki bundan önceki dönemde de failin sırf takım elbise giymesi veya kravat takması, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmemekteydi. Dolayısıyla maddenin değiştirilmesini gerektiren herhangi bir yanlışlık bulunmamaktaydı. Münferit olarak spesifik olaylarda bir ceza hukuku kuralının yanlış uygulanması hâlinde; yanlış uygulamayı düzeltecek çözümler aramak yerine içerik itibarıyla bir sorun taşımayan kanun hükümlerinin bilimsel temele dayanmayan gerekçelerle değiştirilmesi, ceza kanunu hükümlerinin niteliğini bozmakta ve yeni sorunlara sebep olmaktadır.¹¹

IV. Takdiri İndirim Nedenlerinin Kararda “Gerekçeleriyle” Gösterilmesi

7406 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle takdiri indirim nedenleri üzerinde yapılan son değişiklik; “*takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.*” yerine “*takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.*” düzenlemesidir.

Değişikliğin gerekçesi olarak “*Anayasanın 141 inci maddesi gereğince mahkemelerce verilen her türlü kararın gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olup, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemenin keyfilikten uzak şekilde kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin*

¹¹KOCA ve ÜZÜLMEZ, s. 735.

eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmaktadır.” hususları belirtilmiştir.¹²

Anayasa m.141/f.3'te yer alan “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” ile Ceza Muhakemesi Kanunu m.34/f.1/c.1'de yer alan “*Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır.*” düzenlemeleri; mahkeme kararlarının gerekçeli olarak verilmesi gerektiğini zaten düzenlemektedir. Anayasa ve Kanun'da yer alan ve hukuk devleti ile adil yargılanmanın bir gereği olan mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, ilginç bir şekilde kanun koyucu tarafından takdiri indirim nedenleri açısından ayrıca vurgulanmıştır. Bunun da temel nedeni; kamuoyu tarafından gösterilen tepkiler sonrasında hâkimlerin takdiri indirim nedenlerine doğrudan başvurmaması ve gerçekten takdiri indirim gerektiren açık bir husus varsa ancak o zaman bu kuruma başvurmalarının gerekliliğidir.

Ancak yapılan bu değişiklik, yeni bir yanlış algıya yol açmaktadır. Tıpkı mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağı düzenlemesiyle sanki önceden takım elbise giyip kravat takan failler lehine takdiri indirim uygulanıyormuş gibi; takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi düzenlemesiyle sanki önceden failler lehine uygulanan takdiri indirim nedenleri kurumunun gerekçesiz bir şekilde uygulandığı izlenimini doğurmaktadır.

Sonuç

7406 Sayılı Kanun'un 1. maddesi, takdiri indirim nedenleri kurumu üzerinde önem arz eden sonuçlara neden olmuştur. Bunların başında, serbest değerlendirme sisteminin terk edilip yerine sınırlı değerlendirme sisteminin kabul edilmesidir. Böylelikle TCK m.62/f.2'de tahdidi olarak sayılan beş neden haricindeki bir hususun, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmesi mümkün değildir. Cezanın bireyselleştirilmesine ve cezanın amaçlarına uygun olarak kanun koyucunun öngörmediği ancak hâkim tarafından fark edilen hususların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla yeni düzenlemeyle kabul edilen sınırlı değerlendirme sistemi yerine tekrardan serbest değerlendirme sistemine geçilmesi ve böylelikle kanun maddesinde yer alan nedenlerin tadadı nitelikte olmasına yönelik bir kanun değişikliği yapılması yerinde olacaktır.

Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması, bu hareketlerin failin pişmanlığını gösteren nitelikte olmasına bağlıdır. Ayrıca failin pişman olduğunun samimi bir şekilde temellendirmesi gerekmektedir. Failin fiilden sonra ve yargılama sürecindeki hareketlerinin takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilmesinin yalnız failin pişmanlığına bağlı olması, cezanın bireyselleştirilmesi müessesesi ve takdiri indirim nedenleri kurumunun niteliğinde uygun değildir. Zira pişman olmayan veya pişman olup olmama konusunda herhangi bir beyan olmayan failin iyi hâlli hareketleri olabilir. Hâkimin bu durumda takdiri indirim nedenine başvuramaması, takdiri indirim nedenleri kurumunun “*takdiri*” niteliğine aykırıdır. Bununla birlikte yapılan değişiklikle susma hakkı veya suçu inkâr hakkını kullanan failin, pişman olmadığı yönünde bir ön kabul oluşmakta ve takdiri indirimden yararlanması zorlaştırılmaktadır. Ayrıca iddia edilen suçu işlemediğinden

¹²ARTUK ve GÖKCEN, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, s. 90.

emin olan failin pişman olma veya pişman olmama durumu dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla masumiyet karinesine aykırı olarak kesin hükümden önce failin pişman olmasının beklenmesi, hukuk tekniği açısından doğru bir uygulama değildir.

Görsel, basılı ve sosyal medyada kamuoyunun görmüş olduğu ve sonrasında yoğun tepkiler göstermiş oldukları takdiri indirim nedenleri kurumu, “*Takım elbise indirimi/Kravat indirimi*” olarak bilinmektedir. Bunun önüne geçilmesi için yapılan değişikliklerle mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Fakat bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de failin sırf takım elbise giyip kravat takması, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmamaktaydı. Yargılama süreci boyunca faili en iyi şekilde gözlemleme imkânına sahip olan hâkim, tüm hususları birlikte değerlendirmek suretiyle takdiri indirim nedenleri kurumunu uygulayıp uygulamama konusunda karar vermekteydi. Yapılan yeni değişikliklerle beraber sanki önceden bu yönde bir yanlış uygulama yapılıyor izleniminin doğmasına sebep olunmaktadır. Ayrıca bu yönde bir düzenleme, failin serbest hareket etme özgürlüğünü de dolaylı olarak sınırlamaktadır. Takdiri indirim nedenleri kurumunun düzenlendiği 62. maddede herhangi bir sorun olmamasına rağmen münferit olarak karşılaşılan bazı uygulama sorunları ve yanlış kamuoyu algısının giderilmesine yönelik yapılmış olan bu değişiklik, yalnız ceza kanunlarında yer alan maddelerinin niteliğini olumsuz yönde etkilemekte ve daha büyük sorunlara yol açmaktadır.

7406 Sayılı Kanun’un 1. Maddesiyle yapılan son değişiklik, takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesine ilişkindir. Böyle bir değişiklik yapılmasına gerek yoktu. Zira Ay. m.141/f.3 ve CMK m.34/f.1/c.1’de mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği zaten düzenlenmekteydi. Böylelikle kanun koyucu, takdiri indirim nedenleri açısından gerekçeli bir şekilde karar verilmesi gerektiğini ayrıca vurgulamıştır.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından yapılan kanun değişiklikleri; teori ve uygulamada bu yönde bir eleştiri ile talep olması hâlinde yapılmaktadır. Ancak takdiri indirim nedenleri kurumuna ilişkin yapılmış olan değişiklikler, ne Doktrin ne yargı kararları tarafından talep edilmiştir. Söz konusu değişikliklerin yapılma nedeni, belli başlı ve özellikle kadına karşı şiddet ile çocuk istismarı davaları sonrası kamuoyu tarafından gösterilen yoğun tepkilerdir. Son olarak bu tepkilerin; kanun maddesinin yanlış düzenlenmesinden değil, medya kuruluşları tarafından takdiri indirim nedenleri kurumunun gerçeğinden çok daha farklı olarak gösterilmesinden kaynaklı olduğunu vurgulamak gerekir.

Kaynakça

ALDEMİR, Hüsni, “Yeni Türk Ceza Kanunu Açısından Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” **Terazi Hukuku Dergisi**, Y. 2006, S. 3, s. 31-44.

ARTUK, Mehmet Emin ve GÖKCEN, Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 20.

ARTUK, Mehmet Emin ve GÖKCEN, Ahmet, **Gerekçeli Ceza Kanunları**, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 90

EREM, Faruk, “Cezayı azaltıcı takdiri sebepler” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1946, C. 3, S. 2, s. 357-364.

İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ ÜNVER, Yener, **Yaptırım Teorisi**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 20.

KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 20.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami ve KARADENİZ, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 20.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ MERAKLI, Serkan/ BACAKSIZ, Pınar/ BAŞBÜYÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 20.

ÖZEN, Mustafa, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2009, C. 15, S. 1-2, s. 75-120.

YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (Doktora Tezi)**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 20.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI VE MÜSADERE KARARININ SONUÇ DOĞURMASI

M. Buhari ÇETİNKAYA*

Özet

Müsadere bir güvenlik tedbiri olarak Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmektedir. Müsadere, bir mahkûmiyet kararının sonucu olarak müsadere konusu eşyanın yahut kazancın mülkiyetinin devlete geçirilmesidir. Müsaderenin uygulanmasına yargılamayı yapan mahkeme karar verebileceği gibi müsadereye ayrı bir dava ile de karar verilebilir. Müsadere için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte kişinin bir cezaya mahkûm edilmiş olması zorunlu değildir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) için bilindiği üzere öncelikle bir mahkûmiyet kararı tesis edilmelidir. Ayrı bir dava ile müsadere talebinin görüldüğü durumlar hariç olmak üzere hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde açıklanması geri bırakılan hükümde müsadereye de karar verilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinin 5. fıkrası 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi, kurulan ve açıklanması geri bırakılan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağını amirdi. Bu minvalde HAGB kararının müsadereye ilişkin tedbire ne şekilde etki edeceği yakın zamana kadar bir tartışma doğurmaktaydı. Kamuoyunda 8. Yargı Paketi olarak bilinen, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair (7499 sayılı) Kanun ile fıkraya “*müsadereye ilişkin hükümler hariç*” ibaresi eklenerek bu noktadaki tartışmaların önüne geçilmek istenmiştir.

Çalışmamızda HAGB kararı ile birlikte müsadere hükmünün ne şekilde infaz edileceği meselesi, güncel değişiklik, Anayasa Mahkemesinin konuya dair verdiği kararlar, içtihat ve doktrin görüşleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Mahkûmiyet, Güvenlik Tedbiri, Müsadere, Eşya Müsaderesi, Kazanç Müsaderesi, Ceza Muhakemesi.

Giriş

7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrası, kurulan ve açıklanması geri bırakılan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağını amirdi. Bu düzenlemeye rağmen HAGB hükmündeki müsadere kararının uygulanması yolunda bir uygulama geliştirilmişti. Gerek öncesindeki uygulama gerek değişiklik sonrası bunun yasal bir zemin kazanmış olması dikkate alındığında müsadere kararının infaz edilip edilmeyeceği tartışması ikili bir ayırım çerçevesinde incelenmelidir. Bu

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: buharicetinkaya@istanbul.edu.tr
Orcid: 0000-0003-0996-5055

noktada müsadereye konu eşyanın tek başına müsadereye konu eşya mı yoksa mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşya mı olduğu ayrımı yapılmalıdır. Müsaderesine hükmedilen eşya tek başına müsadereye konu eşya (TCK md. 54/4) ise yani üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya ise bu tür bir eşyanın müsaderesi bir mahkûmiyet hükmü gerektirmediğinden değişiklik öncesinde hangi aşamada müsadere edileceğine dair bir tartışma olsa da değişiklik sonrası bu eşyanın HAGB kararının kesinleşmesi ile müsadere edilmesi noktasında bir tartışma kalmamıştır.

Mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşyalara yani bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelmiş eşyaya ilişkin müsadere kararının infaz edilebilirliğine ve hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin tartışma değişiklik sonrası büyük oranda giderilmiş olsa da bu tür eşyanın müsaderesi yoluyla mülkiyet hakkına müdahalenin kanuni dayanağının belirsizliği sürmektedir. Bu tür eşyaya dair müsadere kararının infazı HAGB ile birlikte düşünüldüğünde karmaşık bir görüntü arz etmektedir. Keza denetim süresinin iyi halli geçirilmesi akabinde verilen düşme kararı sonrası müsaderesine karar verilen eşyanın akıbetinin ne olacağına dair belirsizlik tam giderilebilmiş değildir. Aşağıda ana hatları ile müsadere kurumu incelendikten sonra HAGB kararının müsaderesine hükmedilen eşya üzerindeki sonuçları farklı tür eşyalar ve farklı ihtimaller dahilinde ele alınacaktır.

I. Müsadere

A. Genel Olarak

Müsadere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının "Güvenlik tedbirleri" başlıklı ikinci bölümünün, 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmektedir. 54. maddede eşya müsaderesi, 55. maddede kazanç müsaderesi düzenlemesini bulmaktadır. İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere edilmesi eşya müsaderesidir. Örneğin kasten öldürme ya da yaralama suçunda kullanılan silahın, ya da bıçağın, göçmen kaçakçılığı suçu için tahsis edilen şişme botun ya da teknenin, üretilen sahte banknotların mülkiyetinin devlete geçirilmesi eşya müsaderesidir. Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesi de kazanç müsaderesidir. Görülebileceği üzere müsadere için suç ile eşya arasında bir bağlılığın olması gerekmektedir. Suç ile herhangi bir ilişkisi olmayan, suçlunun aile fertlerinin, mirasçılarının mülkiyet hakkını ihlal eden, suçluyu ekonomik açıdan da mahvetmeyi hedefleyen genel müsadere Anayasa'nın 38/9 maddesi ile de yasak edilmiştir¹.

Müsadere bir güvenlik tedbiri olarak ceza hukukunun koruma amacına hizmet eder. Geleceğe yönelik olarak yeniden suç işlenmesini önleme ve failin tehlikeliliği göz önünde tutularak toplumun korunması ve bu şekilde genel önleme amacına hizmet eder. Bu manada

¹ Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, 2022, s. 667; Erdal Yerdelen, **Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, 2010, s. 30.

fail hakkında bir mahkûmiyet kararı verilmese dahi güvenlik tedbiri olarak müsadere uygulanabilir ve bunun için failin kusurlu olması gerekmez².

Müsadere, CMK'da düzenlenen muhafaza altına alma ve elkoymadan farklı bir müessesedir. Muhafaza altına alma ve elkoyma ceza muhakemesinde sağlıklı bir yargılama yürütülebilmesi için şartları oluştuğunda başvurulması gereken bir koruma tedbiriyken müsadere yargılamanın sonunda karar verilebilecek bir güvenlik tedbiridir. Müsadereye konu eşyanın da pek ala muhafaza altına alınmasına ve elkonmasına karar verilebilir. Fakat muhafaza altına alma ve elkoyma müsadere konusu eşya dışında ispat aracı olarak yararlı görülen eşya ve kazanç için de söz konusudur. Muhafaza altına alma ve elkoyma geçici birer tedbirken müsadere süreklilik arz etmektedir. Muhafaza altına alınan ya da elkonulan eşyanın mülkiyeti bu eşya hakkında yargılama sonunda bir müsadere kararı verilmedikçe devlete geçmez. Geçici süreliğine zilyetliği devlete geçer. Fakat müsadere kararı ile birlikte söz konusu eşya ya da kazancın mülkiyeti devlete geçer. Müsadereye yargılamayı yapan mahkeme ya da sulh ceza hâkimi (CMK md. 259) karar verebilirken elkoymaya hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri karar verebilir (CMK md. 127).

B. Eşya Müsaderesinin Şartları

Eşya müsaderesine karar verilebilmesi için öncelikle kasten işlenen bir suç olmalıdır. Suç oluşturan fiil doğrudan kastla ya da olası kastla işlenmediyse bir güvenlik tedbiri olarak müsadereye karar verilemez. Yani adi taksirle ya da bilinçli taksirle işlenmiş bir suç sebebiyle müsadere kararı verilemez. Müsadere kararı verilebilmesi için kasten işlenen suçun en azından icra hareketlerine başlanmış olması gerekir³. İşlenmek istenen suçun hazırlık hareketleri aşamasında kamu güvenliği, kamu sağlığı, genel ahlak açısından tehlikelilik arz eden eşyalar (TCK md. 54/2. cümle) veya tek başına müsadereye tabi eşyalar (TCK md. 54/4) hariç eşyaların müsaderesine karar verilemez.

Eşya müsaderesine karar verilebilmesi için eşya ile kasten işlenen suç arasında bir bağın bulunması zorunludur. Bu manada TCK md. 54 gereği eşyanın suçun işlenişinde kullanılması⁴, suçun işlenişine tahsis edilmesi⁵ ya da suçtan meydana gelmesi gerekir. Kasten öldürme

² M. Emin Artuk - Ahmet Gökçen - M. Emin Alşahin - Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, 2023, s. 1033; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, 2022, s. 975; Koca – Üzülmöz, s. Doğan Gedik, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Adalet Dergisi**, Y. 2005, S. 23, s.135; Ahmet Caner Yenidünya, “Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere”, içinde **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Sempozyum, Ankara 2009, s.113; Öykü Didem Aydın, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere” **AÜHF**, C. 43, S. 1-4, Y. 1993, s. 145; Nurten Kübra Özden, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5, no. 2 (2023): s. 1060, 1061.

³ Artuk – Gökçen, s. 1034; Koca – Üzülmöz, s. 670.

⁴ Y6CD, E. 2012/15478, K. 2013/25780, T. 24.12.2013: “...suçun icrasını kolaylaştıran ve suçun icrasını doğrudan ilgilendiren, suç teşkil eden fiillerin icrasında doğrudan kullanılan, suçu bizzat icra eden veya bu amaçla kendisinden yararlanan her çeşit araç...”

⁵ Y6CD, E. 2012/19177, K. 2013/18274, T. 23.09.2013: “...suçun icra edilmesi amacı ile tahsis edilen eşyanın, suçun işlenmesi için sürekli bulundurulması ve suç işlenmesinde kullanılmasına özgülenen eşya olduğu belirtilmiştir. Hal böyle olunca; Samk B.Ş.'in yakınan M.G.'e yönelik eylemlerden eşi adına kayıtlı ... plakalı araç ile gelip, yakınanı araca bindirip, zorla alıkoyduğu ve yağmaladığı, bu eylem dışında diğer eylemlerde aracın kullanılmadığı anlaşılmıştır. Bunun karşısında; öncelikle araç malikinin çağrılarak aracın kendisi tarafından sanığa verilip, verilmediği sorulmadan, olay mahalline ulaşım amacı ile bulundurulması arabanın hürriyetten

suçunda kullanılan silah suçun işlenişinde kullanılan silahtır. Bir örgütün uyuşturucu madde imal etmek için tahsis ettiği laboratuvarında bulunan üretim malzemeleri suçun işlenişine tahsis edilmiş eşyadır. Sahte olarak üretilen araç plakaları suçtan meydana gelmiş eşyadır. Bunlar yanında suçun hazırlık hareketleri aşamasında bir eşyanın müsadere edilebilmesi için eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması gerekir.

Eşya müsadereesine konu eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekmektedir. Keza TCK md. 54 ilk cümlesinde “*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla... müsadereesine hükmolunur*” diyerek iyi niyetli üçüncü kişilere ait eşyaların suçta kullanılması halinde bu kişilerin mülkiyet hakkını korumaktadır. Kişinin iyi niyetli olduğunun anlaşılması için evvela suça (müsadereye konu eşya ile) iştirak etmemiş olduğunun tespit edilmesi gerekir⁶. Suça iştirak etmiş kişinin suçta kullanılan, suça tahsis edilen eşyası ile ilgili bu yönde bir bilgisinin bulunması halinde iyi niyetten bahsedilemeyecektir. Eşyanın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmaması kuralı bakımından değerlendirilmesi gereken sorun eşyanın hangi anda iyi niyetli üçüncü kişiye ait olması gerektiğidir. Bir görüşe göre eşya suç anında iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmalıdır. Suçun işlenmesinden sonra eşyanın üçüncü bir kişiye devredilmiş olması müsadere edilmesine engel teşkil etmemektedir⁷. Aksi yöndeki görüşe göre 54. madde müsadere ile suçla alakası olmayan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı arasında bir denge gözetmekte ve iyi niyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu koruma suçun işlenişinden sonra söze konu eşyayı iktisap etmiş iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir⁸.

Müsadere kararı, işlenen suç ile müsadere ile doğacak sonuçlar arasında ölçsüzlük olması halinde verilmemelidir. Keza TCK md. 3/1 “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” Hükümünü amirdir. Bu minvalde bir güvenlik tedbiri olan müsadere kararı verilirken doğacak sonuçların işlenen suça göre orantısız bir biçimde ağır olmaması gözetilmelidir. Müsadere ölçülülük koşulu TCK md. 54/3 ile de düzenlenmiştir. Buna göre “*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmolünür.*” Bu hususta işlenen suçun ağırlığı ile müsadere sonuçlarını ve müsadere ile işlenen suça nazaran ağır sonuçlar doğacağı ve bunun hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğini takdir etmek hâkimin yetkisindedir.

Eşya müsadereğini düzenleyen TCK md. 54’ün ikinci fıkrası, ilk fıkra kapsamındaki eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadereğini başka bir surette imkânsız kılınması halinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereğini yani kaim değer müsadereğini düzenlemektedir. Bu şekilde müsadereye konu eşyanın elden

yoksun kılma suçunun ve yağma suçunun icrası için kullanılması zorunlu olduğuna dair delillerin nelerden ibaret olduğunun karar yerinde denetime olanak verecek biçimde açıklanıp, tartışılmadan arabanın müsadereğini şeklinde karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştır...”

⁶ Artuk – Gökçen, s. 1036; Koca – Üzülmöz, s. 672.

⁷ Mustafa Artuç, **Hüküm Kurma Sanatı**, Ankara, 2020, s. 669.

⁸ Aydın, s. 153.

çıkarılması, yok edilmesi, tüketilmesi vs. suretiyle müsaderecinin imkânsız kılınmasının önüne geçilmek istenmektedir.

C. Kazanç Müsaderesi

TCK md. 55 eşya müsaderesinden farklı olarak kazanç müsaderesini düzenlemektedir. Bir suç işlenmesi ile elde edilen kazancın müsadere edilmemesi ve deyim yerindeyse failin ve şeriklerin yanına kar kalması cezalandırma ile beklenen sonuçların elde edilememesi anlamına gelecektir⁹. Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar, kazanç müsaderesinin konusunu oluştururlar. Örneğin sahte resmi belge ile elde edilen gayrimenkul, rüşvet olarak alınan para yahut suç işlenmesi için sağlanan maddi faydalar veya bu ve benzerlerinin değerlendirilmesi ve dönüştürülmesi ile elde edilen ekonomik değerler kazanç müsaderesinin kapsamındadır. Kazanç müsaderesine karar verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir. Kaim değer müsaderesi kazanç müsaderesi bakımından da geçerlidir. TCK md. 55/2 hükmü uyarınca kazanç müsaderesinin konusu eşya veya maddi menfaatlara el konulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

CMK md. 256-259 hükümlerine uygun olarak ilgili yargılamada müsadere talep edilmiş ise ve yine CMK md. 231'e uygun olarak HAGB kararı verilecek ise müsadereye ilişkin karara da açıklanması geri bırakılan hükümde yer verilmesi gerekmektedir. Aşağıda HAGB kararının müsadereye ilişkin karara etkisi farklı yönleriyle incelenecektir.

II. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Müsadere

A. Genel Olarak

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukuk sistemimizde yer aldığı günden bu yana çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bir hükme varılmış olmasına karşın bu hükümün açıklanmamış olması ve ceza muhakemesi hukuku bakımından her ne kadar bir kesin hüküm etkisi doğuramayacak olsa da uygulamada ilk derece mahkemesinin varmış olduğu hükümün (müsaderenin infazı gibi) doğrudan ya da (memuriyete alım ve disiplin hukuku çerçevesinde ve özel hukuk yargılamalarında dikkate alınması gibi) dolaylı olarak çeşitli sonuçlar doğurması kurum ile arzu edilen sonuçlara tam manasıyla ulaşamamasını beraberinde getirmiştir. HAGB kararına karşı itiraz kanun yolunun öngörülmesi, itiraz merciin ilk önceleri kararı usulen denetlemesi¹⁰ ve bu surette esasa ilişkin tespitlerin HAGB kararının verilmesi ile adeta kesinleşmesi, HAGB kararlarına karşın etkin bir kanun yolu başvurusunun

⁹ Özgenç, s. 975; Koca – Üzülmüş, s. 675.

¹⁰ Doktrinde bazı yazarlar değişiklik öncesi dönemde HAGB kararlarına itiraz üzerine merciin ancak HAGB'nin koşulları yönünden bir denetim yapabileceği görüşündeydiler. Bkz. M. Ramazan Aksoy, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", **Adalet Dergisi**, Y. 2008, S. 31, 225-241, s.238, Erhan Günay, **Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2010, s. 229; İsmail Turgut Kıldan, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi", **Adalet Dergisi**, Y. 2009, S. 35, 143-176, s.154. Yargıtayın da 2013 yılına kadar içtihadı bu yöndedir. Örneğin bkz. YCGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 03.02.2009; Y8CD, E. 2011/3628, K. 2011/2675, T. 04.04.2011; Y3CD, E. 2012/22732, K. 2012/29302, T. 12.09.2012.

olmamasını sonuçlamıştır. Her ne kadar Yargıtay, itiraz merciin kararı esastan da inceleyebileceğini içtihat etse¹¹ de HAGB kararlarının sayısı ve tüm bunların denetiminin itiraz merciin iş yükünü aşması, sağlıklı ve etkin bir denetim yapılmasına engel olmuştur.

Ortaya çıkan bir diğer sıkıntı ise HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere hükmünün akibetinin ne olacağıdır. 7499 sayılı Kanun ile CMK'nın 231. maddesinde yapılan değişiklik öncesi bu maddenin 5. fıkrası, kurulan ve açıklanması geri bırakılan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağını söylese de uygulama aksi yönde örnekleri olmakla beraber müsadere hükmünün HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte infazı yönünde gelişmiştir¹².

Yapılan somut norm denetimi başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi 01.06.2023 tarihli kararı ile HAGB kurumunu düzenleyen CMK'nın 231/5 ve devamı maddelerini iptal

¹¹ YCGK, E. 2012/10-534, K. 2013/15, T. 22.01.2013: "...Görüldüğü gibi, öğretide ittifakla kabul edildiği üzere itiraz merciince, esasa müessir incelemede yapılabileceğinden, suç niteliğinin değiştiğine yönelik başvurular da itiraz merci tarafından değerlendirilebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazlar ve bunların incelenmesi usulüne ilişkin olarak Ceza Genel Kurulunca 03.02.2009 gün ve 13-12 sayılı ile; "itiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılması gerektiği" kabul edilmiş ve bu uygulama Özel Dairelerce istikrarlı olarak sürdürülebilir gelmiştir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itirazlarda, kararın sadece suça ve sanığa ilişkin objektif şartların gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlı olarak incelenmesi uygulamasının ihtilaf konusu hususlara köklü çözüm sağlamadığından bahisle öğretide yoğun olarak eleştirildiği görülmektedir: "İtiraz mercii, sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususıyla sınırlı bir inceleme yapmayacaktır. İtiraz mercii, bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin değerlendirme de yapabilecektir. Örneğin sanığa yüklenen suçun oluşmaması sebebiyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü yönünde karar, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması kararı, verilebilir. Keza, itiraz mercii, vasıf değişikliği nedeniyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir. Örneğin kasten yaralama olarak nitelendirilen fiilden dolayı sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle de itirazın kabulü yönünde karar verebilir. Yine, örneğin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin görevi kötüye kullanma suçunu değil de, zimmet veya icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gerekçesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir..."

¹² Bkz. Y3CD, E. 2012/26116, K. 2013/23757, T. 6.6.2013; Y7CD, E. 2012/24711, K. 2013/19519, T. 10.10.2013; Y7CD, E. 2015/27495, K. 2016/7849, T. 2.6.2016; Bu yöndeki uygulamanın istikrar arz etmediğini nitekim Yargıtay'ın müsadere hükmünün infazı için denetim süresinin iyi halli geçirilmesinin beklenmesi gerektiği yolunda kararları da mevcuttur. Bkz. Y8CD, E. 2015/2386, K. 2015/9521, T. 16.02.2015: "...Sanık müdafii, 21.7.2014 tarihli dilekçesi ile hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığın denetim süresini iyi halle geçirdiğini belirterek, adli emanette bulunan sanık adına taşıma ruhsatlı silahın iadesini istemesi üzerine Samsun 5. Asliye Ceza Mahkemesi, 22.7.2014 tarihli ek karar ile silahın suçta kullanılması sebebiyle müsadere gerekeceğinden bahisle talebin reddine karar vermesi üzerine, bu karara karşı yapılan itirazın Samsun 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.8.2014 gün, 2014/1090 değişik sayılı kararı ile reddedildiği anlaşılmıştır. Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında kesin hükümle sonuçlanmış bir mahkûmiyet kararının bulunmadığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın açıklanmasının gerektiği hallerde sanığın beraatına karar verilmesi olasılığının da bulunduğu ve zamanaşımı sebebiyle davanın düşürülmesi halinde ruhsatlı tabancanın müsadere edilemeyeceği hususları gözetildiğinde, sanık müdafininin 21.7.2014 tarihli talebi üzerine, mahkemece CMK'nın 231/10 maddesi uyarınca, sanığın denetim süresi içerisinde yeni bir suç işleyip işlemediği araştırılarak sonucuna göre, denetim süresi içinde yeni bir suç işlenmediğinin anlaşılması halinde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine ve adli emanette bulunan ruhsatlı silahın gerekli işlemlerin yapılması için idareye teslimine karar verilmesi gerekirken, Samsun 5. Asliye Ceza Mahkemesince herhangi bir araştırma yapılmadan talebin reddine karar verilmiş olması karşısında, itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi, yasaya aykırı.."

etmiştir¹³. Karara göre iptal hükmü, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde başlıca HAGB kararları bakımından etkili bir itiraz kanun yolunun olmaması, sanığa HAGB’yi kabul edip etmediğinin sorulmasının sanık üzerinde baskıya sebep olması, bu baskı ile kabul edilen HAGB kararının istinaf kanun yoluna tabi olmaması ve HAGB kararı ile verilen müsadere hükmü bakımından yasal düzenleme olmaması sebebiyle bu hükmün akıbetinin belirsizliği gerekçelerini dile getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal hükmü yürürlüğe girmeden 7499 sayılı Kanun ile CMK md. 231/5 ve devamı fıkraları yeniden düzenlenmiştir. İptal gerekçelerine uygun olarak, HAGB’nin sanığın kabulüne bağlı tutulması düzenlemesi kaldırılmış, HAGB kararları istinaf kanun yoluna tabi tutulmuş ve konumuzu ilgilendiren kısmı ile 231/5 maddesi son cümlesi *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”* Şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin müsadere hükmünün akıbeti ile ilgili tartışmaları ve müsadere hükmünün hangi aşamada infaz edileceğine dair belirsizliği giderip gidermediğine aşağıda değinilecektir.

Yukarıda müsadere başlığı altında açıklandığı üzere TCK md. 54 ve 55 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde müsadereye tabi eşyayı iki türe ayırmak mümkündür. İlki TCK md. 54/4’de düzenlenen tek başına müsadereye tabi eşyadır. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya bir mahkûmiyet hükmüne gerek duyulmaksızın müsadere edilir. İkinci tür eşya TCK md. 54/1’de düzenlenen mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşyadır. Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya mahkûmiyet hükmünün kurulmasıyla müsadere edilir.

CMK md. 231’de düzenlenen diğer koşullar da gerçekleştiğinde HAGB kararı verilmesi bir mahkûmiyet hükmünün kurulmasını gerektirdiğinden mahkûmiyet hükmü ile eşyanın ne tür bir müsadereye tabi eşya olduğuna bakılmaksızın güvenlik tedbiri olarak müsadereye de karar verilmelidir.

Yeni düzenleme öncesi içinde müsadere tedbirine ilişkin kararı da barındıran mahkûmiyet hükmünün geri bırakılması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının müsadere tedbirine nasıl etki edeceği açık değildi. Bir başka deyişle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulandığı hallerde, müsadere kararının infaz edilip edilemeyeceği ve edilecekse hangi aşamada infaz edileceği hususu tartışmalıydı. Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün gerekçesi, doğrudan mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına gelen müsadere tedbirinin HAGB kararı ile birlikte uygulanabilmesinin ancak kanunla düzenlenebileceğini ifade etmektedir¹⁴. 7499 sayılı Kanun

¹³ AYM, E.2022/120, K.2023/107, T. 01/06/2023.

¹⁴ “Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa’nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfî veya hukuka aykırı olup olmadığı ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında

ile getirilen yeni düzenleme HAGB kararı ile birlikte hükmolunan müsadere tedbirinin infaz edilip edilemeyeceği noktasındaki tartışmayı gidermiş görünse de kanaatimizce denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası geri bırakılan hükmün kaldırılarak düşme kararı verilmesi halinde müsadere tedbirinin akıbeti konusunda belirsizlik sürmektedir.

HAGB kararı ile birlikte müsaderenin infazını yukarıda yer verdiğimiz tek başına müsadereye tabi eşya ve mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşya ayrımı üzerinden ele almak gerekmektedir.

B. Tek Başına Müsadereye Tabi Eşya Bakımından

İlk olarak tek başına müsadereye tabi bir eşya varsa bu tür eşyanın müsaderesi için bir mahkûmiyet hükmü gerekmediğinden 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde bir görüş eşyanın HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte müsaderesinin de infazının gerekeceğini dile getirmektedir. Keza bu tür bir eşya mahkûmiyet hükmü kurulmasa dahi müsadereye tabi olacağından HAGB kararı verildiğinde evleviyetle müsadereye konu olacaktır. Müsadere hükmünü de içeren HAGB kararı kesinleştiğinde müsadere kararının infazı önünde bir engel kalmamaktadır¹⁵.

7499 sayılı Kanun öncesi meseleyi ele alan diğer bir görüş tek başına müsadereye tabi eşyanın denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası düşme kararının kesinleşmesi ile yahut iyi halli geçirilmeyip hükmün yahut yeni kurulan hükmün kesinleşmesiyle infaz edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Keza ortada her ne kadar bir mahkûmiyet hükmüne gerek duyulmaksızın tek başına müsadereye tabi eşya olsa da müsadere tedbirinin infazını gerektirir bir kesin hüküm yoktur. Zira HAGB kararının kesinleşmesi hükmün kesinleşmesi anlamına gelmeyecektir ve kesin hükme bağlı güvenlik tedbiri olarak müsaderenin infaz edilebilirliği dahil sonuçlar doğmayacaktır¹⁶.

Tek başına müsadereye tabi eşyanın müsaderesi HAGB kararının kesinleşmesiyle infaz edilirse ortaya şöyle bir sakınca çıkmaktadır. Denetim süresi iyi halli geçirilmez ve hüküm açıklanır ise kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmü ve buna bağlı kesinleşmemiş güvenlik tedbiri mahiyetinde müsadere hükmü fakat kesinleşip infaz edilmiş bir müsadere kararı ortaya çıkacaktır. Bu halde bir bütün olarak verilmiş hükmün bir kısmı kanun yolu denetimine açıkken bir kısmı kanun yolu denetimine kapanmış olacaktır. Bu da çelişkili bir durumu yaratacaktır. Yapılan kanun yolu yargılamasında eşyanın tek başına müsadereye tabi olmadığı anlaşılabilir. Bu halde müsadere edilen eşyanın sanığa iadesi imkansızlaşır. Yahut müsadereye tabi eşya delil olma vasfını hala sürdürdüğünden delil ortadan kaybolmuş olur. Bu halde tek başına

kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan sınırlamanın kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeli bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” AYM, E.2022/120, K.2023/107, 01/06/2023, § 48. Benzer yönde gerekçeler için bkz. AYM, *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63; AYM, *Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, § 101.

¹⁵ Günay, s. 436.

¹⁶ Enver Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2012, s. 198; Ali İhsan İpek, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara, 2010, s.; Kıldan, s. 170.

müsadereye tabi eşyanın HAGB kararının kesinleşmesi ile değil denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası verilecek düşme kararının kesinleşmesi ile infazının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁷.

7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası düzenleme, müsadereye ilişkin hükümler hariç geri bırakılan hükmün sanık hakkında sonuç doğurmayacağı şeklindedir. Yine yapılan değişiklik sonrası HAGB kararlarının istinaf kanun yoluna tabi olacağı düzenlenmiştir. Yeni durum göz önünde tutulduğunda bir mahkûmiyet hükmü ile birlikte eşya, tek başına müsadereye tabi eşya ise müsadereye de hükmedilecek ve müsadere tedbirini de içeren hükmün açıklanması geri bırakılacaktır. Bu halde HAGB kararı istinaf kanun yolu denetiminden geçtikten sonra kesinleşecektir. Bu noktada etkili bir kanun yolu denetimi öngörülmüş olduğu için tek başına müsadereye tabi eşyanın müsadere hükmünün HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte infaz edilmesi gerekmektedir. Sanığın denetim süresinde kasıtlı bir suç işlemesi veya yükümlülüklerine uymaması sonucu hükmün açıklanması tek başına müsadereye tabi eşyanın infaz edilmiş müsadere hükmüne tesir etmeyecektir. Her ne kadar CMK md. 231/11 açıklanan hükme karşı itiraz edilebileceğini düzenlese de CMK md. 269/1 gereği itiraz kararın yerine getirilmesini geriye bırakma sonucunu doğurmayacaktır. Öte yandan itiraz ancak md. 231/11’de sayılan sebeplerle yapılacağından itiraz merci müsadere hükmünün hukuka uygunluğuna dair bir değerlendirmeye gidemeyecektir. Sanığın denetim süresini iyi halli geçirmesi sonrası açıklanması geri bırakılan karar kaldırılarak düşme kararı verilir. Bu karar da tek başına müsadereye tabi eşyanın müsadere hükmünün infazına tesir etmez. Keza bu tür bir eşyanın müsadere için bir mahkûmiyet hükmünün varlığı zorunlu değildir. Öte yandan eşya tek başına müsadereye tabi eşya olduğundan bu tür bir eşyanın düşme kararı ile birlikte sanığa teslimi de söz konusu olamaz.

C. Mahkûmiyet Hükmüne Bağlı Müsadereye Tabi Eşya

Eşyanın tek başına müsadereye tabi eşya olmak dışında mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi (TCK md. 54/1 kapsamındaki) eşya olması halinde durum daha karmaşık bir görüntü arz etmektedir. 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki düzenleme döneminde doktrindeki bir görüş HAGB kararının kesinleşmesi ile müsadere hükmünün de infaz edilebilir olduğunu savunmaktadır¹⁸. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi uygulama da bu yönde gelişmiştir.

İkinci bir görüş kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan suça tahsis edilmiş veya suçtan meydana gelmiş bir eşya söz konusu ise müsadere hükmü eşyaya ilişkin olduğundan müsadereye ilişkin kararın açıklanması geri bırakılmış sayılamaz ve açıklanmalıdır. Yani bu tür bir eşya söz konusu ise eşya müsadereye dair karar açıklanmalı hükmün bunun dışında kalan kısmının açıklanması geri bırakılmalıdır¹⁹. Hemen belirtelim ki değişiklik öncesinde bazı mahkemelerin bu yönde bir uygulamaya gittiği, HAGB bakımından kararın itiraza, müsadere bakımından temyize açık olduğu şeklinde kararlar verdiği de olmuştur. Yargıtay bu yöndeki temyiz incelemesinde müsadereye tabi eşyanın de HAGB’nin tabi olduğu kanun yoluna tabi olduğunu

¹⁷ Mustafa Artuç, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 3. Baskı, Ankara, 2010 s. 259; Kıldan, s. 170.

¹⁸ Mehmet Balık, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2015, s.180.

¹⁹ Günay, s. 436.

söylemiştir²⁰. Kanaatimizce de bu görüş tutarsızdır. Mahkûmiyet hükmünün sonuçlarının bir kısmının kesinleşmesi bir kısmının ise askıda kalması ve hükmün farklı kısımlarının farklı kanun yolu denetimine tabi olması kabul edilebilir değildir. Her ne kadar sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmü ile eşyaya dair müsadere hükmünün aynı hükümde yer alan iki farklı hüküm oldukları kabul edilebilir ise de kanaatimizce bu iki hükmün farklı kanun yollarına tabi olması aynı anda aynı maddi olaya ilişkin denetim yapan ve ihtimal o ki farklı sonuçlara ulaşan iki farklı merciin olması sakıncasını yaratacaktır. 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası bunun bir anlamı da kalmamıştır. Çünkü HAGB kararı ile birlikte bu karara konu hükmün müsadereye ilişkin olsun olmasın esasını, kanun yolu denetiminde istinaf merci inceleyecektir.

Değişiklik öncesi dönemde bir diğer görüş, HAGB kararının yukarıdaki görüşten farklı olarak müsadereyi de kapsadığını ve bu tür bir eşyaya ilişkin müsadere hükmünün denetim süresinin iyi halli geçirilmemesi ve hükmün açıklanması sonrası bu hükmün kesinleşmesiyle ya da iyi halli geçirilip hükmün düşmesiyle infaz edilebileceğini ifade etmektedir²¹. Yani değişiklik öncesi durumda uygulamanın geliştiği şekliyle HAGB kararının kesinleşmesiyle müsadere hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bu görüşe kısmen katılmaktayız. Müsadereyi de kapsar şekilde açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması ve hükmün kesinleşmesiyle müsaderenin infaz edilebilirliği zaten tartışmasızdır. Sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememesi ve yükümlülüklerine uyması halinde hükmün kaldırılarak düşme kararı verilmesi durumunda ise müsadere hükmünün uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu durumda infazı mümkün bir müsadere hükmü kalmamaktadır. Keza hüküm, müsadere hükmünü de kapsar şekilde kaldırılmaktadır ve düşme halinde de müsaderenin uygulanabileceğini söyleyen bir kanuni düzenleme yoktur.

Bu tür eşya bakımından müsadere hükmünün denetim süresinin iyi halli geçirilmesi ve yükümlülükler uylması ile birlikte düşme kararı sonrası infaz edilemeyeceğini ve eşyanın sanığa iade edilmesi gerektiği de savunulmaktadır²². 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası bu görüşün bir dayanağı kalmamıştır.

Bir görüş ise HAGB ile birlikte bu tür bir eşya yani suçun işlenmesinde kullanılan suçta tahsis edilmiş veya suçtan meydana gelmiş bir eşya hakkında müsadere kararı verilemeyeceğini, buna ancak denetim süresinin iyi halli geçirilmemesi sonrası hükmün açıklanması ile ya da denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası düşme kararı ile karar

²⁰ YCGK E. 2012/6-1452, K. 2014/195, T. 15.04.2014: "...müsaderenin temyizden incelenebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tâbi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır."; YCGK, 11.07.2014 tarih ve E. 2014/6-66, K. 2014/365, T. 11.07.2014: "Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tabi olduğu kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararına karşı da ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müsaderenin temyizden incelenebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tabi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır."

²¹ Artuç, s.259; Kıldan, s.170.

²² Kumbasar, s.198.

verilebileceğini savunmaktadır²³. Bu görüş de kanaatimizce tutarsızdır. Hükümün bir kısmının kurulması bir kısmının ise ileride gerçekleşecek bir şarta bağlı olarak şart gerçekleştiğinde kurulması söz konusu olamaz. Bir mahkûmiyet hükmüne varıldıysa mahkûmiyete bağlı diğer sonuçlara da hükmedilmelidir. Öte yandan denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası düşme kararı ile birlikte bu tür bir eşyanın müsadereye hükmüne mümkün kılan bir kanuni dayanak değişiklik öncesi dönemde yoktur.

7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile açıklanması geri bırakılan hükmün müsadereye ilişkin olanlar hariç sanık hakkında sonuç doğurmayacak olması ve HAGB kararının istinaf denetimine tabi tutulması sonrası mahkûmiyete bağlı müsadereye tabi eşyanın akıbeti ile ilgili önceki dönemde dile getirilen görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Farklı ihtimaller çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekirse;

Müsadere hükmünü de içeren hükmün kurulması ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde istinaf kanun yolu denetimi sonrası HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte hükmün geri kalan kısmı sonuç doğurmasa bile müsadere hükmü infaz edilebilir hale gelecektir. Bu açıdan değişiklik öncesi dönemde gelişen uygulamadan farklı olarak müsadere hükmü, kararın verilmesi ile infaz edilebilir olmaktan çıkmaktadır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde dile getirildiği üzere müsadere hükmüne yönelik etkin bir denetim yolu öngörülmüş olmaktadır. Sonrasında sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi veya yükümlülüklerine uymaması halinde istinaf kanun yolunda esastan denetlenmiş olan hüküm açıklanacaktır. Bu halde müsadere hükmü infaz edilmiş bu tür eşyanın durumu değişmeyecektir. Her ne kadar açıklanan hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurmak mümkünse de yukarıda da ifade edildiği gibi itiraz kararın uygulanmasını geri bırakmayacak ve itiraz incelemesi ancak CMK md. 231/11'de belirtilen sebeplerle sınırlı yapılacağından müsadere hükmü üzerinde bir etkisi olmayacaktır.

Sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememesi ve yükümlülüklerine uyması halinde ise CMK md. 231/10 hükmü gereğince açıklanması geri bırakılan hüküm kaldırılarak düşme kararı verilir. Bu ihtimalde müsadere edilmiş eşyanın durumu 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe rağmen belirsizliğini korumaktadır. İlk olarak zikredilen fıkra hükmü gereği kurulan ve açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılacağı için müsadere hukuki bir dayanağı kalmayacağından müsadereye imkân kalmamaktadır. Bu sebeple müsadereye tabi olduğu için muhafaza altına alınmış ya da elkonulmuş olan eşyanın sanığa iadesinin gerektiği savunulabilir. İkinci olarak her ne kadar CMK md. 231/10 hükmü açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılacağını söylese de bunun, düşme kararının müsadere tedbirine etki etmeyeceği, CMK md. 231/5 düzenlemesinin düşme kararına rağmen müsadere tedbirinin uygulanmasına yönelik bir istisna düzenlemesi olarak anlaşılması gerektiği öne sürülebilir.

²³ Artuç'a göre mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşya söz konusu ise HAGB kararının verilmesi gereken hallerde kurulan hükümden müsadere tedbirine yer verilmemelidir. Bu halde müsadere zorunlu ise müsadere kararının verilmesi için denetim süresinin iyi halli geçirilmesi ile düşme kararının verilmesi yahut iyi halli geçirilmemesi sonucu hükmün açıklanması beklenmelidir. Yazar daha sonra bu görüşünden sarfınazar etmiştir. Artuç, s. 258, krş. Mustafa Artuç, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 21, Y. 2008, s. 107 – 126.

Nitekim TCK'nın sanığın veya hükümlünün ölümü başlıklı 64. maddesinde, dava veya cezanın düşmesinin etkisi başlıklı 74. maddesinde, ön ödeme başlıklı 75. maddesinde mahkûmiyet hükmü dışında müsadere söz konusu olabileceğine dair istisnai hükümler vardır. CMK 231/5 düzenlemesi de kanaatimizce düşme kararına rağmen müsadere tedbirinin uygulanmasını sağlayan bir istisna düzenlemesi halini almıştır. Keza mahkûmiyet hükmüne bağlı ama eşyaya dair farklı bir hüküm olan müsadereye ilişkin hüküm denetim süresinin iyi halli geçirilip geçirilmemesine bakılmaksızın kesinleşmesiyle hüküm doğurarak infaz edilir. CMK md. 231/10 düzenlemesini “müsadereye ilişkin olanlar hariç açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak” olarak okumak gerekmektedir. Çünkü kronolojik olarak CMK md. 231/5 düzenlemesi uygulanmakla tükendikten sonra şartları oluşmuşsa CMK md. 231/10 düzenlemesinin uygulamasına geçilmektedir. Yine de CMK md. 231/10 düzenlemesinin, hükmün kaldırılmasına karşın müsadereye infaz edileceği noktasında çok daha belirli hale getirilmesi gerekmektedir. Bu tür bir eşya bakımından Anayasal teminat altındaki mülkiyet hakkına müdahale çerçevesinde müdahaleye imkân tanıyan kanuni dayanağın çok daha belirli olması daha fazla hukuki güvence sağlayacaktır.

Sonuç

7499 sayılı Kanun ile TCK'nın md. 231/5 ve devamı fıkralarının yeniden düzenlenmesi sonrası konumuz bakımından en önemli iki değişiklik açıklanması geri bırakılan hükmün müsadere dışında sonuç doğurmayacak olması ve HAGB kararının istinaf kanun yolu denetimine tabi tutulmuş olmasıdır. Değişiklik öncesinde de müsadere hükmünün infaz edilmesi yönünde bir uygulama gelişmişse de bunun bir kanuni dayanağının bulunmaması ve buna yönelik etkin bir denetim yolunun öngörülmemiş olması Anayasa Mahkemesinin iptal kararında da değindiği gerekçeler olmuştur.

İptal kararı yürürlüğe girmeden kanun koyucu iptal gerekçeleri doğrultusunda müsadere hükmü doğurmasını yasal bir dayanağa kavuşturmuş ve HAGB kararının istinaf kanun yoluna tabi olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin değişiklik öncesi dönemde müsadereye karar verilen eşyanın akıbetinin ne olacağına dair öne sürülen görüşlerdeki tereddütlerin önemli bir kısmını giderdiğini söylemek mümkündür. Öncelikle tek başına müsadereye tabi eşyaya dair müsadere hükmünün infazı HAGB kararının kesinleşmesiyle infaz edilecek ve denetim süresinin iyi halli geçirilmemesi sonucu hükmün açıklanmasının müsadere edilen bu tür eşyanın durumuna bir etkisi olmayacaktır. Denetim süresinin iyi halli geçirilmesi sonrası geri bırakılan hüküm kaldırılarak düşme kararı verilmesi durumunda da müsadere edilmiş eşyanın durumunda bir değişiklik olmayacaktır. Keza bu tür eşya bir mahkûmiyet hükmüne ihtiyaç duyulmaksızın tek başına müsadereye tabidir ve düşme kararına rağmen bu tür eşyanın sanığa iadesi söz konusu değildir. CMK md. 231/5 düzenlemesi, (her ne kadar 231/10 hükmündeki belirsizliğe ilişkin kanaatimiz cari ise de) düşme kararına rağmen bu tür eşya ile ilgili mülkiyet hakkına müdahale yetkisinin kanuni dayanağı olarak yeteri güvence sağlamaktadır.

Mahkûmiyet hükmüne bağlı müsadereye tabi eşya bakımından ise mesele ayrıca ele alınmalıdır. Hemen belirtmeli ki 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, öncesinde ortaya konulmuş görüşlerin pek çoğunu dayanaksız bırakmıştır. Buna karşın denetim süresinin iyi halli

geçirilmesi sonrası geri bırakılan hükmün kaldırılması ve düşme kararı verilmesi halinde eşyanın akıbetine dair belirsizlik tam olarak giderilebilmiş değildir. Keza denetim süresi iyi halli geçirilmez ise daha evvel esas itibarıyla da istinaf denetiminden geçmiş geri bırakılan hüküm açıklanacak ve askıda olan mahkûmiyet hükmü infaz edilebilir hale gelecektir. Bu ihtimalde müsadere edilmiş eşyanın durumunda bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Fakat denetim süresinin iyi halli geçirilmesi durumunda ise düşme kararı verilmeden önce mahkûmiyet hükmü kaldırılacaktır. Bu durumda müsadereye dayanağı olan hüküm de ortadan kalkacağından mahkumiyete bağlı müsadereye tabi eşyanın durumu belirsiz hale gelecektir. Her ne kadar md. 231/5 düzenlemesi kurulan hükmün müsadere hariç sonuç doğurmayacağından bahsederek müsadereye bir istisna getirse ve ortada askıda da olsa bir hüküm mevcutsa da md. 231/10 düzenlemesi bu hükmün artık hukuk dünyasından kaldırılmasından bahsetmektedir. Kanaatimizce md. 231/5 ve 231/10 düzenlemeleri bir arada okunduğunda tıpkı TCK md. 64, 74, 75 düzenlemelerindeki gibi mahkûmiyet dışında da müsadereye uygulanmasına bir istisna getirdiği ve düşme kararının müsadereye uygulanmasına engel olmadığı sonucu çıkarılsa da bu tür bir eşya bakımından mülkiyet hakkına müdahalenin çok daha belirli bir güvenceye kavuşturulması için md. 231/10 düzenlemesinin müsadere uygulamasına imkân tanıyacak şekilde tekrar kaleme alınması yerinde olur.

Kaynakça

AKSOY, M. Ramazan, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, **Adalet Dergisi**, Y. 2008, S. 31, 225-241.

ARTUÇ, Mustafa, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 21, Y. 2008, s. 107 – 126.

ARTUÇ, Mustafa, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, 3. Baskı, Ankara, 2010.

ARTUÇ, Mustafa, **Hüküm Kurma Sanatı**, Ankara, 2020.

ARTUK, M. Emin – Gökçen, Ahmet – Alşahin, M. Emin - Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, 2023.

AYDIN, Öykü Didem, “*Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası ’nda Müsadere*” **AÜHFD**, C. 43, S. 1-4, Y. 1993.

BALIK, Mehmet, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2015.

GEDİK, Doğan, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme*”, **Adalet Dergisi**, Y. 2005, S. 23.

GÜNAY, Erhan, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2010.

KILDAN, İsmail Turgut, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi*”, **Adalet Dergisi**, Y. 2009, S. 35, 143-176.

KOCA, Mahmut – Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, 2022.

KUMBASAR, Enver, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2012, s. 200; Ali İhsan İpek, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Ankara, 2010.

ÖZDEN, Nurten Kübra, “*Türk Ceza Hukukunda Müsadere*”, **ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5, no. 2 (2023).

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, 2022.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere*”, içinde **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Sempozyum, Ankara, 2009.

YERDELEN, Erdal, **Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, 2010.

SERİ MUHAKEME USULÜNE İLİŞKİN UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR VE BU SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK YAPILAN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN*

Özet

Seri muhakeme usulü, 24.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) getirilmiş yeni bir alternatif yargılama yöntemidir. CMK'nın 250. maddesinde düzenlenen seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Kanun koyucu belirli suçlarla sınırlı olarak uygulanabilen seri muhakeme usulü ile yargı organlarının iş yükünü azaltmayı hedeflemiştir. Ancak bu kurum yürürlüğe girdiği günden bu yana bir takım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Alternatif çözüm yollarının birçoğunda genel muhakeme ilkelerinden önemli sapmalar olduğu gibi seri muhakeme usulünde de şüphelinin adil yargılanma hakkına ilişkin bazı problemler ortaya çıkması olasıdır. Bu sebeple bu hakkın ihlalinin önüne geçilebilmesi için usulün uygulanmasına ilişkin koşulların ve kararın denetimi ile ilgili hususların dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. 2021 yılında çıkarılan 7331 sayılı Kanun ile bu maddenin 8. ve 11. fıkrasına eklemeler yapılmış ve 4., 9. ve 14. fıkrasında değişikliklere gidilerek bu tartışmaların bir kısmının giderilmesi amaçlanmıştır. Bunlara rağmen mevcut düzenleme hala hem adil yargılanma hakkı hem de kurumun uygulanmasına ilişkin koşullar bağlamında bazı tartışmalı hususları içermektedir. Tebliğimiz kapsamında bu hususlar değerlendirilecektir. Tartışmalı hususlardan ilki kurumun uygulanabileceği katalog suçlara ilişkindir. Bu suçların belirlenmesi yapılırken her ne kadar hafif nitelikte suçların seçildiği iddia edilse de katalogda yer alan suçların bazıları cezası ağır nitelikte olan suçlardır.

Düzenlemeye göre Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirecek, teklif Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldıktan sonra şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi halinde bu usul uygulanacaktır. Ancak burada teklifin kabul edileceği süreye ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Yapılan değişikliklerle de bu hususta bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Seri muhakeme usulüne ilişkin bir diğer tartışma, ilk düzenlemede yaptırımı belirleme yetkisi Cumhuriyet savcısına verilmiş olmasıydı. Yapılan değişiklikle hakim talepten daha ağır olmamak kaydıyla kendi belirleyeceği yaptırımı uygulayabilecektir. Burada hakime takdir yetkisi tanınmış olması adil yargılanma hakkı bağlamında olumlu bir gelişme teşkil etmektedir.

Son olarak seri muhakeme usulü sonunda verilecek hükme karşı uygulanacak denetim mekanizmasına ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Kanun'a göre seri muhakeme usulü sonunda verilen hüküm itiraza tabidir. İlk düzenlemede itirazın kapsamına ilişkin bir ayrıntı yer

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: bdemiral@istanbul.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5851-4755>

almamaktayken, yapılan değişiklik ile itirazın 3. ve 9. fıkralarda yer alan şartlar doğrultusunda inceleneceği ifade edilmektedir. Bu belirleme olumlu bir gelişme olmakla birlikte, örneğin aleyhe değiştirme yasağına ilişkin belirsizlik mevcudiyetini korumaktadır. Tebliğimiz kapsamında mevcut kanun yolu ile ilgili ortaya çıkan diğer sorunlar ve düzenlemenin yapılmasından bu yana uygulamada çıkan diğer problemler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Seri muhakeme usulü, Alternatif çözüm yolları, Özel muhakeme usulleri, Soruşturma evresi, Adil Yargılanma Hakkı.

Giriş

Seri muhakeme usulü, 24.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) getirilmiş yeni bir yargılama yöntemidir. Bu usul kanunda sayılmış belirli suçlarda kamu davası açılması için yeterli şüphe sebepleri bulunmasına rağmen mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve kovuşturmanın hızlanması amacıyla kamu davası açılması yerine kabul edilmiş alternatif bir çözüm yoludur. Aynı zamanda bu yolla ağır suçların yargılanmasına daha fazla vakit ayrılması amaçlanmıştır. Şüpheli açısından bakıldığında ise daha az bir miktarda yaptırım beklentisinin oluşacağı düşüncesi ile uygulanması kabul edilen bir yoldur. Düzenleme CMK'nın 250. maddesinde yer almaktadır. Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Ancak bu kurum yürürlüğe girdiği günden bu yana birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Alternatif çözüm yollarının birçoğunda genel muhakeme ilkelerinden önemli sapmalar meydana gelmektedir. Seri muhakeme usulünde de şüphelinin adil yargılanma hakkına ilişkin bazı problemler ortaya çıkması olasıdır. Bu sebeple bu hakkın ihlalinin önüne geçilebilmesi için usulün uygulanmasına ilişkin koşulların ve verilecek kararın denetimi ile ilgili hususların dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim bu düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne norm denetimi usulü ile başvuru yapılmıştır. Başvuru sonucu verilen karara aşağıda değinilecektir.

2021 yılında çıkarılan 7331 sayılı Kanun ile CMK md. 250'nin 8. ve 11. fıkrasına eklemeler yapılmış ve 4., 9. ve 14. fıkrasında ise değişikliklere gidilerek usulün uygulanmasına ilişkin tartışmalı hususların giderilmesi amaçlanmıştır. Bunlara rağmen mevcut düzenleme hala hem adil yargılanma hakkı hem de kurumun uygulanmasına ilişkin koşullar bağlamında bazı sorunları içerisinde barındırmaktadır. Tebliğimiz kapsamında ilgili maddelerde yapılan değişiklikler madde sıralamasına uyularak değerlendirilecek ve değişikliklere rağmen uygulamada hala tartışmalara yol açan diğer hususlara değinilecektir.

I. Yaptırımın Belirlenmesi

İlgili Kanun ile yapılan ilk değişiklik yaptırımın belirlenmesine ilişkin 4. fıkra hükmüdür. CMK md. 250/4'te Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulünün uygulanması neticesinde uygulanacak yaptırımı belirleme usulü şu şekilde düzenlenmiştir:

“Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt

ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.”

Yapılan değişiklik ile fıkranın son hali ise şöyledir:

“Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği **temel cezadan** ve koşulları bulunduğu takdirde **zincirleme suça ilişkin hükümler** uygulandıktan sonra belirlenen cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.”

Türk Ceza Kanunu'nun cezanın belirlenmesi başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasına göre hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. CMK md. 250/4'te yalnızca bu fıkraya atıf yapıldığından, Cumhuriyet savcısı maddenin diğer fıkralarında cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak diğer hususları göz önünde bulundurmadan yaptırımı belirlemek durumundaydı. Suçun olası kast veya bilinçli taksirle mi işlendiği, herhangi bir nitelikli hal var mı bunlar dikkate alınmamakta, özel görünüş biçimlerini değerlendirememekteydi. Bu sebeple sonuç ceza üzerinden değil temel ceza üzerinden bir indirim söz konusuydu.

Öğretide yaptırımın belirlenmesinde yalnızca 61. maddenin ilk fıkrasının dikkate alınması sebebiyle cezanın adil bir şekilde tayininde problem çıkacağı ifade edilmekteydi¹. Özellikle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durumun varlığı halinde seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanamayacağı tartışması yapılmaktaydı. Zincirleme suçun varlığı halinde seri muhakeme usulünün uygulanması bakımından bir sınırlama olmadığı, teselsül eden tüm suçların ayrı ayrı varlığını koruyacağından bu suçlara usulün uygulanabileceği, ancak bu durumda kişinin zincirleme suç hükümleri uygulanması halinde alacağı cezadan daha fazla ceza alacağından adaletsiz bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilmekteydi².

Uygulamada ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durum var ise bu fiilen dikkate alınmakta, ceza üst sınıra yaklaşılarak tayin edildikten sonra fıkra da belirlenen yarı oranda indirim yapılmaktaydı. Yeni düzenleme ile koşulları varsa TCK md. 43'te yer alan zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böylece zincirleme suç halinde seri muhakeme usulü uygulanabilir mi şeklindeki tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir.

Kanaatimizce bu düzenleme yerinde olmakla birlikte TCK md. 61'deki diğer hususlar da dikkate alınarak sonuç ceza üzerinden indirim mümkün hale gelebilmelidir. Katalogda yer alan suçlar bakımından md. 61'de cezanın belirlenmesine yönelik bazı hususların uygulanması mümkün gözükmese de (Örneğin katalogda yer alan hiçbir suç bakımından cezayı azaltan bir hal bulunmamaktadır.) özellikle de teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından bir

¹ TULAY, M. Emre, Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250), *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2020, Mayıs, s. 133.

² BAYTAZ, A. Batuhan, Seri Muhakeme Usulü, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2020, C. 8, S. 2, s. 246, 247.

düzenlemeye gidilebilir³. Mevcut düzenleme ile seri muhakeme usulünün şüpheli açısından tek avantajlı yönü sürecin daha hızlı sonuçlanmış olması olacaktır⁴.

II. Talepnamenin İadesi

250. maddenin 8. fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Uygulamada talepname olarak ifade edilen bu yazılı belgenin içeriği de bu fıkra düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre talep yazısında; şüphelinin kimliği ve müdafii, mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi, isnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri, isnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, isnat olunan suç oluşturulan olayların özeti, üçüncü fıkra belirtilen şartların gerçekleştiği, belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri gösterilir.

Fıkraya eklenen cümle ile “*Bu fıkraya aykırı olarak düzenlendiği, belirlenen yaptırımda maddi hata yapıldığı, yaptırım hakkında 231 inci veya Türk Ceza Kanununun 50 nci ve 51 inci maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediği ya da teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmediği anlaşılan talep yazısı, eksikliklerin tamamlanması amacıyla mahkemeye Cumhuriyet başsavcılığına iade edilir*” denilmek suretiyle talepnamenin mahkemeye tespit edilen eksikliklerin tamamlanması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına iadesi düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talep yazısı yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilir.

Fıkranın ilk halinde böyle bir iade kurumu söz konusu değildi. Bununla birlikte ilgili yönetmelik md. 13'te mahkemenin talepname bulunması gereken hususların bulunup bulunmadığını, yaptırımın belirlenmesi sırasında maddi bir hatanın mevcut olup olmadığını, CMK'nın 231. veya TCK'nın 50. ve 51. maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini, belirlenen cezanın mahiyetine uygun güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmadığını inceleyeceği ve bu hususlarda bir eksiklik veya hata görülmesi halinde düzeltilmesi için dosyanın C. Savcısına gönderilmesine karar verebileceği düzenlenmişti. Kanun'da düzenlenmeyen bir hususun Yönetmelik'te düzenlenmesi öğretide eleştirilmekteydi⁵. Düzenlemenin Kanun'da da yer alması bu tartışmaları ortadan kaldırmıştır.

C. Savcısının takdir yetkisinde olan bir husus iade nedeni olamaz⁶. Bu sebeple kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemiş olması bir iade nedeni değildir. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısının neden kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediğini açıklaması gerektiği ifade edilmektedir⁷.

³ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Basım, Seçkin, Ankara, 2023, 498.

⁴ YAŞAR, Ercan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, **Adalet Dergisi**, 2020/2, S. 65, s. 274.

⁵ KETİZMEN, Muammer, Yargı Yetkisinin Kullanılması Açısından Seri Muhakeme Usulü - Anayasanın 138. Maddesine Aykırılık Sorunu, **Hacettepe HFD**, Y. 2021, 11/1, s. 239, 240.

⁶ DEVRİM, Aydın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Seri Muhakeme Usulü, **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, 2022, C.2, S. 2, s. 469.

⁷ KESKİN, İbrahim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, **Adalet Dergisi**, 2022/1, S. 68, s. 225.

Öğretide yeterli şüpheyi oluşturan deliller ve neden yeterli şüpheyi oluşturduklarının açıklanmasının talepten önce yer alması gerektiği ifade edilmekteydi⁸. Ancak yapılan değişikliklerde buna ilişkin bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

III. Mahkemenin Yapacağı İnceleme ve Hüküm

Seri muhakeme usulüne ilişkin bir diğer tartışma, ilk düzenlemede yaptırım belirleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına verilmiş olmasıydı. Tartışma konusu olan 250. maddenin 9. fıkrasının ilk hali şu şekildedir:

“Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.”

Fıkranın ilk halinde, mahkeme yaptığı incelemenin ardından seri muhakeme usulünün uygulanmasına karar verdiği takdirde talepten önce belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmaktaydı. Mahkemenin yaptırım miktarına ilişkin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktaydı. Düzenlemenin bu hali yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından değil de, Cumhuriyet savcılar tarafından kullanıyor olması gerekçesi ile Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddelerine aykırı olarak değerlendirilmekteydi⁹.

Seri muhakeme usulünün Anayasa'nın 9, 36, 37, 38, 90, 138, 139, 140. ve 141. maddelerine, aykırılık oluşturduğu iddiası ile Avanos Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, alternatif çözüm yolu olarak getirilen seri muhakeme usulünde sürecin iddia makamı ve şüphelinin anlaşmasına bağlı olarak başlaması ve yürütülmesi nedeniyle Cumhuriyet savcısının mahkeme evresine kadar şüpheliye teklif edilecek yaptırım belirlemesi, şartları varsa seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri uygulamasını, kararın denetiminin etkin bir biçimde olması şartıyla Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddeleri kapsamındaki yargı yetkisinin münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmasının ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri ile masumiyet karinesine aykırılık oluşturmayacağına karar vermiştir¹⁰. Bununla birlikte Mahkeme, 250. maddenin 9. fıkrasında yer alan “...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...” ibaresinin iptaline karar vermiştir. Bunun üzerine CMK m. 250/9'daki bu

⁸ BAYTAZ, s. 260, 261.

⁹ BAYTAZ, s. 234, 235; AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan/ HAYDAR Nuran/ KORKMAZ, Mehmet, Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/2, s. 272, 296; KARAKEHYA, Hakan/ İNCE TUNÇER, Asuman, Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, **Hacettepe HFD**, Y. 2021, 11/1, s. 51; YILMAZ, Zahit/ APIŞ, Özge, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 1, s. 79, 80; KETİZMEN, s. 246 vd.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2020/35, K. 2021/26, 31.03.2021 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/26>).

hüküm "...talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere..." şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikten sonraki fıkra metni şu şekildedir:

"Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere dört ila yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır."

Yapılan değişiklikle hakim taleplemede belirlenen yaptırımdan daha ağır olmamak kaydıyla kendi belirleyeceği yaptırımı uygulayabilecektir. Burada hakime takdir yetkisi tanınmış olması adil yargılanma hakkı bağlamında olumlu bir gelişme teşkil etmektedir¹¹.

Bu düzenlemeye göre seri muhakeme usulünde taleplemeyi alan mahkeme, fıkroda yer alan şartların yanı sıra dosyadaki delillerin mahkûmiyet kararı verilmesine yeterli olduğu kanaatine varırsa, taleplemede belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere hüküm kuracaktır. Buna karşın mahkemenin, dosyadaki delilleri değerlendirdikten sonra mahkûmiyet dışında beraat veya düşme gibi bir karar verilmesi gerektiği kanaatine varması durumunda talebi reddetmesi gerekecektir. Mahkemenin, maddi gerçeğin araştırılması amacıyla soruşturmanın genişletilmesi, yeni delillerin toplanması, tanık dinlenmesi gibi yetkileri bulunmadığından, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bir araştırma yapılmasına ihtiyaç duyduğu takdirde bu usulün uygulanmasına ilişkin talebi reddetmesi gerekecektir. Mahkeme, Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmadığından, işlenen fiilin seri muhakeme kapsamında olmadığı kanaatine ulaşması halinde de talebi reddedecektir. Bu durumda soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi gerekmektedir.

IV. Birlikte İşlenen Suçlar

Maddenin on birinci fıkrasına eklenen hükümlerle, seri muhakeme usulü kapsamına giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde, bu usulün uygulanmayacağı düzenlenmek suretiyle uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme yapılmadan önceki dönemde birlikte işlenen suçlardan birinin seri muhakeme usulüne tabi olmaması halinde her halde genel hükümlere göre yargılama yapılacağından usul ekonomisi kaygıları ile düzenlenen seri muhakeme usulünün uygulanmasında fayda olmayacağı ileri sürülmekteydi¹².

Bunun dışında uygulamada seri muhakeme usulüne tabi bazı suçlar ile usule tabi olmayan suçların birlikte işlenip işlenmediği hususunda tereddütler bulunmakta ve ne şekilde hareket edileceği hakkında fikir ayrılıkları bulunmaktaydı. Örneğin uyuşturucu madde kullanıp da bu madde etkisindeyken araç kullanılması halinde, uyuşturucu madde kullanımı birkaç gün önce gerçekleşse dahi, şüphelinin kanında hala bu madde tespit edilebildiği için

¹¹ KESKİN, s. 221.

¹² ATALAY, Ayşe Özge, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/2, s. 684.

TCK md. 179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile TCK md. 191'de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçunun birlikte işlenip işlenmediği tartışması vardı. Uygulamada suçların birlikte işlenmiş sayılmayacağı ve bu nedenle seri muhakeme usulü kapsamına giren TCK md. 179/3 bakımından seri muhakeme usulü uygulanırken, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçu için iddianame düzenlenmekteydi. Yapılan değişiklikle birlikte, birlikte işlenen bu suçlar hakkında genel hükümlere göre yargılama yapılacağı kabul edilmiştir.

V. İtirazın Kapsamı

7331 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklik seri muhakeme usulü sonunda verilecek hükme karşı uygulanacak denetim mekanizmasına ilişkindir. Maddenin 14. fıkrasına göre seri muhakeme usulü sonunda verilen hüküm itiraza tabidir. İlk düzenlemede itirazın kapsamına ilişkin bir ayrıntı yer almamaktayken, yapılan değişiklik ile itirazın 3. ve 9. fıkralarda yer alan şartlar doğrultusunda inceleneceği ifade edilmektedir. Bu değişiklikle, dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulan hükme yapılan itirazın, itiraz mercii tarafından hangi şartlar bakımından inceleneceği hususu açıklığa kavuşturulmaktadır.

İtirazı inceleyen merci, öncelikle Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması teklifinin şüpheli tarafından müdafî huzurunda kabul edilip edilmediğini denetleyecektir. Daha sonra şüphelinin mahkemece müdafî huzurunda dinlenip dinlenmediğini, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığını inceleyecektir.

İlk düzenlemede itirazın kapsamına ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, Yönetmelik md. 15'te genel hükümler çerçevesinde inceleme yapılır denilmekteydi. Öğretide itirazda yalnızca hukuki denetleme mi, yoksa hem hukuki hem de maddi yönden mi denetleme yapılacağı tartışılmaktaydı¹³. Bir görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzer şekilde hukuki ve maddi denetim yapabileceği ifade ediliyordu¹⁴. Ancak yeni düzenleme ile denetlemenin yalnızca hukuki yönden yapılacağı belirlenmiş olmaktadır¹⁵.

Burada belirtilmesi gereken son husus seri muhakeme usulüne karşı öngörülen kanun yolunun itiraz olmasına ilişkin tartışmalardır. Öğretide çoğunluğun görüşü, usulün uygulanması sonucunda bir hüküm verildiği için bu hükme karşı istinaf kanun yolunun öngörülmesi yönündeydi¹⁶. Ancak yapılan değişiklikle öngörülen kanun yolu varlığını korumakta, yalnızca kapsamına ilişkin bir belirlemeye gidilmektedir.

VI. Tartışmalı Diğer Hususlar

7331 sayılı Kanun ile CMK md. 250'de yapılan değişikliklerle usulün uygulanmasına ilişkin tartışmalı hususların giderilmesi amaçlanmış ve bu hususların bir kısmına ilişkin çözümler sunulmuştur. Bununla birlikte öğretide ve uygulamada hala sorunlu olarak değerlendirilen bazı durumlar bulunmaktadır. Bu hususlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

¹³ ERSOY, Uğur, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 28, S. 2, s. 862.

¹⁴ BAYTAZ, s. 267.

¹⁵ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Basım, Seçkin, Ankara, 2023, s. 909.

¹⁶ AYGÖRMEZ UĞURLUBAY/ HAYDAR/ KORKMAZ, s. 275, BAYTAZ, s. 265; TULAY, s. 140; ATALAY, s. 290.

1- Tartışmalı hususlardan ilki kurumun uygulanabileceği katalog suçlara ilişkindir. Bu suçların belirlenmesi yapılırken her ne kadar hafif nitelikte suçların seçildiği iddia edilse de katalogda yer alan suçların bazıları (başkasına ait kimlik bilgilerinin kullanılması suçu gibi) cezası ağır nitelikte olan suçlardır¹⁷. Bu sebeple katalogda yer alan suçlar tekrar gözden geçirilmelidir.

2- Düzenlemeye göre Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirecek, teklif Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldıktan sonra şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi halinde bu usul uygulanacaktır. Ancak burada teklifin kabul edileceği süreye ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu husus Yönetmelik'te düzenlenmekle birlikte yapılan değişikliklerle de bu hususta bir düzenlemeye gidilmemiştir. Talepnamenin iadesinde olduğu gibi bu belirleme Kanun'a alınabilirdi.

3- İştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin hepsi usulün uygulanmasını kabul ederse seri muhakeme usulünün uygulanması mümkündür. Ancak cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemede yalnızca TCK md. 61/1'e atıf yapıldığından, suçun iştirak halinde işlenmesi dikkate alınmamaktadır.

4- Seri muhakeme usulüne ilişkin teklifin bilgilendirmeden ne kadar süre sonra yapılacağına ilişkin düzenleyici bir süre Kanun'da yer alabilir.

5- Kamu davasının açılmasından sonra suçun seri muhakeme usulüne tabi olduğunun fark edilmesi ve sanığın seri muhakemenin uygulanmasını talep etmesi halinde nasıl bir yol izleneceği Kanun'da belirtilmemiştir. Oysa mahkeme tarafından uzlaştırmanın düzenlendiği 254. maddede bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda nasıl bir yol izleneceğinin uzlaştırmadakinine benzer şekilde Kanun'da düzenlenmesi gereklidir.

6- Mevcut düzenlemeye göre teklifin kabulü sırasında müdafinin bulunması zorunludur. Ancak teklif sırasında da müdafii bulundurulmasının zorunlu olması adil yargılanma hakkı bakımından daha uygun olacaktır.

Kaynakça

ATALAY, Ayşe Özge, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020/2, s. 653-732.

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan/ HAYDAR Nuran/ KORKMAZ, Mehmet, Serî Muhakeme Usûlüne İlişkin Sorunlar, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/2, s. 255-306.

BAYTAZ, A. Batuhan, Seri Muhakeme Usulü, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Y. 2020, C. 8, S. 2, s. 227-273.

DEVİRİM, Aydın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Seri Muhakeme Usulü, **Kırıkkale Hukuk Mecmuası**, 2022, C.2, S. 2, s. 463-485.

ERSOY, Uğur, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 28, S. 2, s. 857-885.

¹⁷ KARAKEHYA, Hakan/ İNCE TUNÇER, Asuman, Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, **Hacettepe HFD**, Y. 2021, 11/1, s. 48.

KARAKEHYA, Hakan/ İNCE TUNÇER, Asuman, Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi, **Hacettepe HFD**, Y. 2021, 11/1, s. 1-62.

KESKİN, İbrahim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, **Adalet Dergisi**, 2022/1, S. 68, s. 205-252.

KETİZMEN, Muammer, Yargı Yetkisinin Kullanılması Açısından Seri Muhakeme Usulü - Anayasanın 138. Maddesine Aykırılık Sorunu, **Hacettepe HFD**, Y. 2021, 11/1, s. 229-254.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Basım, Seçkin, Ankara, 2023.

TULAY, M. Emre, Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250), **İzmir Barosu Dergisi**, 2020, Mayıs, s. 117-157.

YAŞAR, Ercan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, **Adalet Dergisi**, 2020/2, S. 65, s. 255-299.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Basım, Seçkin, Ankara, 2023.

YILMAZ, Zahit/ APİŞ, Özge, Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 1, s. 62-106.

**UZLAŞTIRMANIN SAĞLANMASININ TAZMİNAT DAVALARINA
ETKİSİNE GÜNCEL BİR BAKIŞ: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN E. 2023/43, K.
2023/141 SAYILI İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Veysel TOPUZ*

Özet

Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırıcı tarafından anlaşdırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi süreci uzlaştırma olarak ifade edilir.

Uzlaştırmadan önceki ismiyle uzlaşma kurumu, ilk defa 14/04/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında yer almış olup, 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı kanun değişikliği ile 5271 sayılı CMK'nın 253. Maddesinde uzlaşma kurumu yeniden düzenlenmiştir. Bahsi geçen hüküm günümüze değin çeşitli değişikliklere uğramış olup hükmün 19. fıkrasının 5. cümlesinde yer alan ve hem çalışmamıza hem de iptale konu olan düzenlemesi şu şekildedir: *“Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz.”* İptal edilen bu düzenleme uzlaştırmının özel hukuk bakımından en önemli sonuçlarından birisini oluşturmaktaydı.

İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, önünde maddi ve manevi tazminat talebiyle açılan bir davada 5271 sayılı CMK'nın 253. Maddesinin (19) numaralı fıkrasının beşinci cümlesinin *“uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz”* bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla, iptali için AYM'ye başvurmuş, Yüksek Mahkeme 18/10/2023 tarih ve 32343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan iptal kararıyla (E. 2023/43, K. 2023/141) ilgili bölümün iptaline oyçokluğuyla karar verilmiştir. İptal kararının yürürlük tarihiyle ilgili olarak ayrıca bir belirlemede bulunulmadığından, Resmi Gazetede yayımlandığı tarih itibariyle (18/10/2023) iptal kararı yürürlüğe girmiştir.

Uzlaştırma kurumu onarıcı adalet anlayışının somut bir görünümünü oluşturan ceza muhakemesi hukukundaki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bir tanesidir. Birçok uyuşmazlığın mahkemelere gitmeden, iş yükü oluşturmada, hızlı bir şekilde çözümünü sağladığı için her geçen gün uygulaması ve kapsamı genişlemekte ve çeşitli yargı paketlerine konu olabilmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin uzlaştırmının sağlanması halinde tazminat davası açılmayacağına ilişkin hükmü iptal etmesi özellikle uzlaştırmının geleceği ve karşılaşılabilecek sorunlar bakımından yeni bir tartışma ortamı oluşturmıştır. Özellikle uzlaştırmının taraflarından birisi olan failin uzlaşmayı kabul etse bile ileride sürekli dava tehdidiyle karşı karşıya kalabilecek olması onun uzlaşmaya yaklaşımını nasıl etkileyecektir?

Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı sorununu, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesi ile Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama

* Ar. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: veysel.topuz@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0002-9831-2816

hürriyeti bağlamında incelemiş olup, oy çokluğu ile iptal kararı vermiştir. Karşı oy gerekçeleri de oldukça önemlidir.

Biz de çalışmamızda hem Anayasa Mahkemesinin iptal kararını hem de hemen yürürlüğe giren bu iptal kararı sonrasında uzlaştırmacıların ve diğer uygulamacıların karşılaşabilecekleri sorunları tartışıp, bunlara ilişkin çözüm önerilerimizi dile getirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Uzlaştırma, AYM İptal Kararı, Zarar, Tazminat davası, Hak arama hürriyeti.

I. Genel Olarak

Uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşıtırlmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi süreci uzlaştırma olarak ifade edilir¹.

2005 yılından itibaren ceza adalet sistemimizin temel kanunlarının değışmeye başlamasıyla birlikte modern ceza hukukunun da bir yansıması olarak sisteme yeni kurumlar eklenmeye başlanmıştır². Klasik cezalandırıcı adaletin karşısında yer alan bir kurum olarak onarıcı adalet düşüncesinin bir yansıması olan uzlaştırma kurumu ihtilafların çözümünde kullanılan bir yöntemdir³. Onarıcı adalet, cezalandırıcı adaletten farklı olarak suçtan zarar göreni merkezine alarak bir yandan mağdurun suçun işlenmesiyle ortaya çıkan zararının giderilmesini diğer yandan ise failin işlemiş olduğu suçtan pişmanlık duymasını, mağdurla empati kurmasını sağlar. Bu bağlamda failin tekrar suç işlemesi önlenmeye çalışılır.

İlk uzlaştırma uygulamaları 1970'lerde Kuzey Amerika'da başlamış ve oradan Batı Avrupa'ya yayılmıştır. Bu nedenle uzlaştırma kurumunun esasen Anglo-Amerikan hukukuna özgü bir kurum olduğu söylenebilir. Kurumun ihtilafların çözümü bakımından faydaları ortaya çıktıkça diğer ülke uygulamaları bakımından da benimsenmesini sonucu ortaya çıkmıştır. Nihayetinde Kara Avrupası hukuk sistemine dahil birçok ülke tarafından da uzlaştırma kurumu kabul edilmiş ve hali hazırda uygulanmasına devam edilmektedir.

Uzlaştırmadan önceki ismiyle uzlaşma kurumu, ilk defa 14/04/2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısında yer almış olup, 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı kanun değışikliği ile 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde uzlaşma kurumu yeniden düzenlenmiştir. Suçun işlenmesinden sonra taraflar arasında alternatif çözüm yöntemi olarak uzlaştırmaya başvurulabilmesi için hem işlenen suça hem de taraflara ve ceza muhakemesine ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; işlenen suçun uzlaştırma kapsamında olması, suçun

¹ AŞKIN, Uğur/ TOPUZ, Veysel/ BİLGE, Burak, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 41; TOPUZ, Veysel, “Sağlık Çalışanlarına Karşı İşlenen Suçlarda Uzlaştırma”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Ed. Hakeri/Doğan), C.1, Ankara 2019, S. 865-877, s. 866.

² **Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı**, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, (Ed: Orhan CÜNİ/ Merve ÖZCAN/ Çetin ARSLAN/ Olgun DEĞİRMENCİ), Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu Matbaası, Ankara, 2021, s. 29.

³ AŞKIN/TOPUZ/BİLGE, s. 18.

işlendiği hususunda yeterli delilin bulunması, mağdurun gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması ve muhakeme şartlarının gerçekleşmesi olarak sayılabilir⁴.

Uzlaştırmanın sağlanmasının hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından önemli sonuçları vardır⁵. Ceza hukuku bakımından en önemli sonucu CMK m. 253/19'da düzenlenmiştir. Buna göre, *“uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır.”* Ceza hukuku bakımından bir diğer önemli sonucu da, uzlaşmanın sağlanması halinde failin işlemiş olduğu suçun sicil kaydına işlenmemesidir⁶.

Uzlaştırmanın ceza hukuku bakımından sonuçları olduğu gibi özel hukuk bakımından da önemli sonuçları vardır. Örneğin, uzlaştırmanın edimli olarak sağlanmasına rağmen sanığın, edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaştırma raporu 2004 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde yazılı ilâm mahiyetini haiz belgelerden sayılacağından doğrudan ilamlı icraya konu edilebilecektir. Özel hukuk bakımından en önemli sonuçlarından bir diğeri olarak gösterilen düzenleme ise CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrasının 5. cümlesinde yer almakta idi. Buna göre uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacaktır. Ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin kararıyla iptal edilmiş (E. 2023/43, K. 2023/141, RG. 18/10/2023 – 32343) ve iptal hükmü yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir.

Bu hüküm uzlaştırma uygulamalarında önemli tartışmaları beraberinde getirmekteydi. Uygulamada bu hükmün sebep olduğu tartışmaların başında tazminat sorumluluğunun birden fazla kişi üzerinde olduğu hallerde nasıl bir uygulama yapılacağı yer almaktaydı. Örneğin trafik kazalarındaki taksirle yaralama suçundan açılan uzlaştırma dosyasında bir tarafta fail diğer tarafta mağdur yer almakta iken, işin tazminat sorumluluğu kısmına baktığımızda bu taraflara ek olarak bir de zorunlu trafik sigortası yaptırılan sigorta şirketi karşımıza çıkmaktadır. Tarafların uzlaşmalarının sigorta şirketini de sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı uygulamadaki en önemli tartışmalı konularından birisini oluşturmuştur⁷. Bu sebeple birçok mağdur uzlaşmayı kabul etse bile uzlaştırma raporuna *“sigorta şirketine ilişkin tazminat/alacak haklarım saklıdır”* şeklindeki bir ifadenin şerh olarak düşülmesini istemektedir.

Yargıtay kararları incelendiğinde CMK m. 253/19 hükmünün katı yorumlandığı ve uzlaşma olması halinde sigorta şirketlerine de dava açılmayacağına karar verildiği

⁴ AŞKIN/TOPUZ/BİLGE, s. 86.

⁵ Adalet Bakanlığı Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı, s. 129.

⁶ Adalet Bakanlığı Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı, s. 129.

⁷ Uygulamadaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. TOPUZ, Veysel, **Uzlaştırmanın Tazminat Hukuku Yönünden Sonuçları: Trafik Kazaları Örneği Üzerinden Bir İnceleme**, Arabuluculuk Yıllığı 2020, (Ed. Begüm Kocamaz/Baybüke Kurtuluş), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 257.

görülmektedir⁸. Yargıtay’a göre sigorta şirketine tazminat davası açabilmek için uzlaştırma tutanağına bu hakkın saklı tutulduğuna ilişkin bir şerh düşülmesi gerekmektedir⁹.

Yargıtay uygulamasında da görüldüğü üzere iptal edilen hüküm birçok tartışmalı noktayı beraberinde getirmekteydi. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi iptal edilen hükmün anayasaya uygunluğunu denetlerken bu tartışmalı alanlara ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamış hükmü başka açıdan zarar miktarının net olup olmaması açısından incelemiştir. Oysa tazminat sorumluluğunun ait olduğu kişilerin birden fazla olması halinde şüpheli ile mağdurun uzlaşmasının onları da sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı çözülmesi gereken esas sorunlardan birisiydi. Bu bağlamda ifade edelim ki, AYM’nin yaptığı değerlendirme eksik kalmıştır.

II. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Gerekçeleri

İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen bir davada yerel mahkeme, 5271 sayılı CMK’nın 253. maddesinin (19) numaralı fıkrasının beşinci cümlesinin “*uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz*” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla, iptali için AYM’ye başvurmuş, Yüksek Mahkeme 18/10/2023 tarih ve 32343 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan iptal kararıyla (E. 2023/43, K. 2023/141) ilgili bölümün iptaline oyçokluğuyla karar vermiştir. İptal kararının yürürlük tarihiyle ilgili olarak ayrıca bir belirlemede bulunulmadığından, Resmi Gazetede yayımlandığı tarih itibarıyla (18/10/2023) iptal kararı yürürlüğe girmiştir.

Yerel mahkeme itiraz başvurusunda özetle, mağdurun şikâyetten vazgeçmesi durumunda şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıkça belirtmediği sürece tazminat davası açma hakkının bulunmasına karşılık söz konusu kural uyarınca uzlaşma teklifinin kabul edilmesi durumunda tazminat davası açma hakkının ortadan kalkmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, herhangi bir edim karşılığı olmadan uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda tazminat davasının açılmamasının orantılılık ilkesiyle çeliştiği, kuralın bedeni zararlar yönünden kişinin yaşam, maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına aykırı olduğu ayrıca çalışma gücü kaybının mülkiyet hakkıyla bağlantılı olması nedeniyle mülkiyet hakkını da ihlal ettiği,

⁸ “Kanun maddesinin 253/19. bendine göre uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Bu yasal düzenleme ışığında da uzlaşma raporu düzenlenmekle davalının tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır. Uzlaşma raporu da ilam mahiyetinde olacağından aksinin aynı kuvvetteki belge ile ispatlanması gerekir. Tüm bu nedenlerle uzlaşma raporu ilam mahiyetinde olduğundan ve uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağından açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken” Yar. 17. HD., 26.03.2019 T., 2016/13482 E., 2019/361 K. Benzer yöndeki bir diğer karar için Yar 17. HD., 04.02.2020 T., 2018/3250 E., 2020/677 K.

⁹ “davacı ... ile anne ve babasının sigortalı işletenden ve sürücüdün 30.000 TL tahsil ettiği, aynı protokol ile davacının sigortalı işletenin zorunlu trafik sigortacısına dava açma hakkını saklı tuttuğu görülmektedir. Bu durumda davacının zararının tamamen giderildiği düşünülemez. Davacının zararı tamamen giderilerek kaza sebebiyle bir ibralaşma yapılmadığından ve yapılan anlaşma sigorta şirketinin işletene rücu olmadığı için sigorta şirketinin durumunu ağırlaştırmaması sebebiyle ancak ödeme miktarı kadar sigorta şirketini sorumluluktan kurtaracağından, zarar görenin bakiye zararını sigorta şirketinden talep edebileceği anlaşıldığından, mahkemece taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” Yar. 17. HD., 17.01.2017 t., 2015/17658 E., 2017/190 K. Bu yönde birçok Bölge Adliye Mahkemesi kararı da mevcuttur. KAYA, Mustafa İsmail/ TATLI, Burçak, **Yaralamalı Trafik Kazalarında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Sağlanan Uzlaşmanın Sigorta Tazminatı Üzerindeki Etkisi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, Y. 2022, Sa. 2, s. 60, dn. 73.

doğrudan yargısal bir denetime tabi olmayan uzlaştırma sürecinin sonunda uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde dava açılmamasını haklı kılacak nesnel bir nedenin bulunmadığı, kuralda uzlaştırma kurumu ile amaçlanan kamusal yarar ile zarar görenin kişisel yararı arasında dengenin sağlanamadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Yüksek Mahkeme itiraz başvurusunu öncelikle Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" başlıklı 36.maddesi bağlamında incelemiştir. Mahkemeye göre, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir¹⁰.

Mahkemeye göre, uzlaşmanın sağlanması hâlinde ilgililerin soruşturma konusu suç nedeniyle uğradıkları zararın tazmini talebiyle yargı mercilerine başvurabilmesini yasaklayan kural, mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Bununla birlikte getirilen sınırlandırmanın Anayasa m. 13 bağlamında değerlendirilmesi gerekir.

İtiraz konusu kuralda uzlaşmanın sağlanması hâlinde açılmayacağı öngörülen davalar soruşturma konusu suç nedeniyle açılacak olan tazminat davalarıdır. Kuralın lafzında herhangi bir sınırlama bulunmadığından uzlaşmanın sağlanması durumunda maddi tazminat talebinin yanı sıra manevi tazminat talebiyle de yargı mercilerine başvurulması mümkün değildir. Bu bağlamda kural, açılacak olan hem maddi hem de manevi tazminat davalarını kapsamaktadır ve sınırı belirlidir. Bununla birlikte getirilen sınırlamanın meşru bir amacının bulunup bulunmadığının ve ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" Yargı mercilerinin makul olmayan bir iş yükü ile karşı karşıya kalmaları hâlinde anılan görevi yerine getirmeleri güçleşeceğinden uzlaşma, tahkim, dostane çözüm ve arabuluculuk gibi yöntemlere ilişkin yasal düzenlemeler gerçekleştirilerek uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az masrafla sonuçlandırılmasının yanı sıra yargının iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Gerçekten de uzlaşma kurumu sayesinde şüpheli işlediği fiilin sonuçlarını giderme imkânı elde etmekte, devlet ise yaptırım uygulamak için yapacağı birçok giderden kurtulmaktadır. Bu bağlamda getirilen kısıtlama usul ekonomisi ve bireyin makul sürede yargılanma hakkının temini bakımından meşru bir amaç taşımaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme getirilen düzenlemenin meşru bir amacının bulunduğunu kabul etmekle birlikte ölçülülük ilkesi bağlamında bazı problemlerin bulunduğunu tespit etmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre, uzlaşma sürecinde suç nedeniyle ortaya çıkan tüm sonuçların öngörülebildiği ve gerçek zararın belirlenebildiği durumlarda uzlaşan kişinin tazminat davası açamaması anayasal bir soruna sebep olmayacaktır. Zira anılan süreçte öngörülebilir ve hesaplanabilen zararlar yönünden uzlaşılması durumunda ilke olarak uyuşmazlık ortadan

¹⁰ AYM, E.2021/20, K.2022/84, 30/6/2022, § 10; AYM, E. 2023/43, K. 2023/141, 18/10/2023, § 10.

kalkmış ve zarar giderilmiş olacaktır. Bununla birlikte zararın tespiti her zaman çok da kolay veya mümkün olmayabilecektir. Özellikle trafik kazası veya iş kazasından kaynaklanan maluliyet oranı gibi teknik bazı verilere ihtiyaç duyulan hâllerde uzlaşma süreci içinde zararın sağlıklı ve net şekilde belirlenebilmesi güçleşecektir. Başka bir ifadeyle taraflara uzlaşmanın sağlanmasının sonuçları hakkında bilgi verilmesi öngörülmüş ise de teknik birtakım verilerle ve ayrıntılı hesaplamalarla ortaya konulabilecek zararın uzlaşma görüşmeleri esnasında belirlenmesi mümkün olmayabilir. Uzlaşma görüşmeleri sırasında henüz belli olmayan bir zararın tamamen giderildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda uzlaşma görüşmeleri esnasında sağlıklı şekilde belirlenmesi güç veya öngörülmesi mümkün olmayan zararlara ilişkin açılacak davalar yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın uzlaşmanın sağlanması durumunda tazminat davası açılmayacağını düzenleyen kuralla ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklenmiştir. Başka bir deyişle kuralda yargının iş yükünün azaltılması amacıyla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama arasında makul bir denge kurulamamıştır. Bu nedenle kural orantılılık ilkesini ihlal etmekte olup, Anayasanın 13 ve 36. maddelerine aykırıdır.

Yüksek Mahkeme bu iptal kararını oyçokluğuyla almıştır. Karşı oy gerekçelerinde de özetle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin harekete geçebilmesi için medeni bir hakkın varlığı yeterli olmayıp aynı zamanda bu medeni hakka ilişkin bir uyuşmazlığın da bulunması gerektiği, söz konusu kural gereğince tazminatlarla ilgili olarak taraflar arasında bir uyuşmazlığın bulunup bulunmadığının da ortaya konulması gerektiği, önemli olan hususun uzlaşma tarihi itibarıyla zararın öngörülebilir olması gerektiği, sonradan ortaya çıkan maluliyet, sakatlık oranında artış gibi olguların mağdurun tazminat davası açma hakkını engellemediği bu nedenle Anayasaya aykırılık halinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

III. Kararın Değerlendirilmesi

Yerel Mahkemenin itiraz başvurusuna ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına bakıldığında çözüme kavuşturulması gereken iki hukuki uyuşmazlığın olduğu görülmektedir. Zararın net olarak belli olduğu olaylar açısından, uzlaşmanın sağlanması halinde ileride tazminat davası açılmaması halinde hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmediği söylenebilir. Bununla birlikte uzlaştırma müzakereleri sırasında zararın net miktarının henüz belli olmadığı ya da sonradan ortaya çıkabilecek maluliyet, engellilik gibi haller bakımından da ileride tazminat davasının açılmasını yasaklayan hüküm hak arama hürriyetine ölçüsüz bir müdahale teşkil edecek midir? Bu ilk sorundur. Karşı oy gerekçelerini dikkate aldığımızda ise çözülmesi gereken ikinci sorun karşımıza çıkacaktır. Buna göre iptal kararı gerekli midir değil midir? Bir diğer ifadeyle, uzlaşmanın sağlanması halinde tazminat davası açılmasını yasaklayan ve iptale konu olan hüküm zaten uzlaştırmanın sağlandığı ana kadar oluşan zararlara ilişkindir ve uzlaşma sağlanmış olsa bile sonradan ortaya çıkan maluliyet, engellilik gibi vücutta meydana gelen zararlar mağdur tarafından her zaman talep edilebileceğinden hak arama hürriyetine halel getirmiş değildir, iptali gerekmezdir.

Anayasa Mahkemesi'nin hükmü iptal ederken zararın miktarının net olarak belirlenip belirlenemediğine ilişkin bir ayırmadan hareket ederek sorunu çözüme kavuşturmaya çalışması, öncelikle ifade edelim ki, makul bir yaklaşım olmakla birlikte yeterli değildir. Örneğin hırsızlık

(TCK m. 141) ya da dolandırıcılık (TCK m. 157) gibi uzlaşma kapsamındaki malvarlığına yönelen bu suçlarda mağdurun zararının net olarak belirlenmesi mümkündür ve dahi kolaydır. Örneğin, açıktan yapılan bir telefon hırsızlığında mağdurun zararı, çalınan telefonun bedeli kadar olacağından ve sonradan mağdurun zararının artması ihtimali bulunmayacağından genellikle böyle olaylarda uzlaştırma edimi olarak bu bedel istenmektedir. Böyle bir dosyada uzlaşma sağlandıktan sonra mağdur, zararının net olarak karşılanmadığını ileri sürse bile mağdurun tazminat davası açma hakkının bulunmaması isabetli ve doğru bir yaklaşımdır. Zira tazminat bir zenginleşme aracı olmadığı gibi uzlaşmayla sonuçlanan bir ihtilaftan başka yeni ihtilafların ortaya çıkması ihtimali yargıdaki iş yükü ve usul ekonomisi açısından isabetli olmadığı gibi sulh olmanın mantığıyla da bağdaşmayacaktır.

Yaşanan bazı somut olaylarda ise mağdur veya suçtan zarar görenin zararının miktarının net olarak belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin gerçekleşen bir trafik kazasında (bu bir iş kazası da olabilir) mağdurun vücudunun bazı yerleri yaralanıp zarar görebilir ve sonrasında uzun süren tedavi, rehabilitasyon veya bakım faaliyetleri gerekebilir. Trafik kazası sonrası gerçekleşen böyle bir yaralanma hali taksirle yaralama suçu teşkil edeceğinden ve suç uzlaştırma kapsamında olduğundan dosya uzlaştırmacıya gönderilir. Uzlaştırmacının dosyayı neticelendirmek için kural olarak otuz günlük, ikişer defa yirmişer günlük uzatma ile birlikte toplam yetmiş günlük kısa bir süresi mevcuttur. İşte bu tarz olaylarda ortaya çıkan zararın miktarı yetmiş günlük süre zarfında net olarak belirlenemeyebilir ya da birtakım arazlar yetmiş günden çok sonra ortaya çıkabilir. Zararın net miktarının henüz belli olmadığı böyle olaylar bakımından uzlaşmayı kabul eden mağdurun ileride ortaya çıkabilecek zararları açısından tazminat davası açmasını yasaklayan hükmün katlanılması zor bir külfet teşkil edebileceği söylenebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu zararların uzlaştırma sağlandıktan sonra ortaya çıkması halidir. Bir diğer ifadeyle uzlaştırma müzakereleri sırasında henüz bu maluliyet artışı ve sakatlık hali ortaya çıkmış değildir.

Yargıtay'ın kararlarında¹¹ maluliyet artışı veya yeni gelişen durum şeklinde ifade edilen ve trafik kazası sonrasında vücut bütünlüğünü bozan durumların ortaya çıkması veya gelişmesi halinde bunların ayrı bir davaya konu edilebileceği kabul edilmektedir. Zira bir haktan vazgeçilebilmesi için ortada vazgeçilmesi mümkün bir hak bulunmalıdır¹². Zarar görene bir tazminat ödemesi yapılmış olmasına karşın, bu tarihten sonra maluliyet durumunda bir artış olduğu tespit edilirse artış miktarı esas alınarak yeniden bir hesaplama yapılması gerekir¹³. Yeni bir hal ortaya çıkmıştır¹⁴. Maluliyette artış olduğuna dair iddia teknik bir konu olduğundan zarar

¹¹ “Uyuşmazlık, 18.01.1994 tarihli rapora göre belirlenen %71 sürekli iş göremezlik oranı bakımından davalının zaman aşımı definin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Meslek hastalığı ya da **iş kazası nedeniyle belirlenen maluliyet oranında bir artma olduğu taktirde, bu durum yeni bir olgu olup artan miktar için ayrı bir dava açılabilmesi mümkündür.**” Yar. HGK, 12/03/2008 T., 2008/ 245 E., 2008/249 K.

¹² KAYA/TATLI, s. 59.

¹³ KAYA/TATLI, s. 50.

¹⁴ “Beden gücü kayıp oranındaki her artış ayrı bir maddi olgudur. Önceki işgöremezlikten bağımsız olarak tazmini gerekir. Öyle ki, zarar görenin, önceki davada hakkını saklı tutmamış olması, gelecekteki gelişmelere dayanarak yeni bir dava ile artan zararını istemesini engelleyen bir kesin hüküm kabul edilemez. Davacı vekili tarafından, davalıya karşı açılan davada, artan maluliyet nedeniyle ek tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda, mahkeme ve davanın reddine ilişkin kararın Yargıtayca incelenmesi sonucu gereği görüldü: Davacı, davalı şirkette staj sözleşmesi gereği çalışırken, sağ el ve kolu matkap tezgahı tarafından sarıldığını, %15.2 oranında kalıcı işgöremez durumuna düştüğünü, %5.1 oranı karşılığı maddi tazminatın ilk dosyada kesinleştiğini; bu davada ise %10.1 fark işgöremezlik karşılığı maddi tazminat isteğinde bulunduğunu açıklamıştır. Mahkemece, %15.2

gören tarafından ispatlanması gerekir. Dava dosyasına sunulan bir raporla maluliyetinin arttığı ispatlanması gerekir¹⁵. Bu noktada Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2’de yer alan “tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.” hükmü akla gelebilse de bu hükmün burada uygulanma kabiliyeti yoktur. Bu hüküm belli şartların varlığı halinde ibra sözleşmesinin iptal edilebileceğini öngörmektedir. Sigorta şirketi ile yapılan anlaşmanın iptal edilebilmesi için ödenen tazminat miktarının yetersiz veya fahiş olması ve iptale ilişkin irade beyanının iki yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekir. KTK m. 11/2 hükmünün uygulanabilmesi için taraflarca akdedilen bir ibra sözleşmesinin bulunması zorunludur. Uzlaştırma dosyasına konu fiil bir ceza hukuku ihtilafı olduğundan ve dosyanın tarafları olarak da fail ile mağdur karşımıza çıktığından, taraflar arasında sağlanan uzlaştırmanın bir ibra sözleşmesi mahiyetinde olmadığı açıktır. Bir diğer ifadeyle uzlaştırma raporu veya uzlaşma belgesi sigorta şirketi ile yapılan bir ibra sözleşmesi mahiyeti kesinlikle taşımamaktadır. CMK m. 253/19 hükmünü, mağdurun henüz tazminat hakkının doğmadığı bir aşamada bundan vazgeçmesi şeklinde yorumlamak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu bağlamında ‘doğmayan haktan feragat olmaz’ ilkesi ile de uyumlu olmaz¹⁶. Bu bağlamda söz konusu hüküm iptal edilmemiş olsaydı bile zaten mağdur veya suçtan zarar gören sonra ortaya çıkan zararlarını failden isteyebilecekti. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi tazminat hukuku bakımından Yargıtay’ın yerleşik uygulaması zaten bu şekildedir. Bu açıdan iptal kararının karşı oyundaki gerekçeler yerinde ve isabetlidir¹⁷.

IV. İptal Kararı Sonrası Ortaya Çıkabilecek Sorunlar ve Hüküm Önerisi

İptal kararıyla beraber CMK’nın 253. maddesinin 19. fıkrasının 5. cümlesi şu şekilde kalmıştır: “(...) açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.” Yürürlük tarihi olarak ileri bir tarih belirlenmediği ve iptal hükmü resmi gazetede yayımlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girdiğinden (RG. 18/10/2023) kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapıncaya kadar hüküm bu şekilde kalacaktır. Görüldüğü üzere AYM cümlenin tamamını iptal etmemiş,

oranında raporun davalı idarenin itirazı üzerine verilen rapor olduğu, davacının %5.1 oranını gösteren ren rapora itirazı olmadığı gerekçesiyle isteği red etmiştir. Kural olarak, beden gücü kayıp oranındaki her artış ayrı bir maddi olgudur. Önceki işgöremezlikten bağımsız olarak tazmini gerekir. Öyle ki, zarar görenin, ilerdeki gelişmeleri saklı tutmaksızın tazminat istemiş olması, gelecekteki gelişmelere dayanarak yeni bir dava ile artan zararı karşılayacak miktarda tazminat isteğini engelleyen bir kesin hüküm kabul edilemez. Somut olayda davacının, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu’nun 01.05.1995 günlü raporunda işgöremezlik oranı %5.1 olarak belirlenmiştir. Davacı anılan oranın karşılığı olan maddi tazminat almıştır. Davacının zaman içerisinde işgöremezliği, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun 13.11.1996 günlü raporuna göre %15.2’ye yükselmiştir. Şu durumda işgöremezlikteki %10.1 fark için maddi tazminat isteği haklıdır. Çünkü önceki dava kesin hüküm oluşturmaz. Her bir artış ayrı bir maddi olgudur. Davalı şirket işgöremezlik farkı için hesap edilecek maddi tazminatı ödemekle yükümlü tutulmalıdır. Mahkemece anılan yönler üzerinde durulmaksızın davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 4. HD., 29.06.2000 T., 2000/4141 E., 2000/6380 K. Karar için bkz. KAYA/TATLI, s. 54, dn. 56.

¹⁵ KAYA/ TATLI, s. 50.

¹⁶ KAYA/TATLI, s. 58.

¹⁷ “Bu yönüyle önem taşıyan husus, zararın uzlaşma tarihi itibarıyla öngörülebilir olmasıdır. Uzlaşma tarihi itibarıyla öngörülebilir bir zararın sırf hesaplanmasının karmaşık olması, onu öngörülebilir olmaktan çıkarmaz. Kuşkusuz uzlaşma tarihidenden sonra (sakatlık oranındaki artış veya vücuttaki arızanın sonradan ortaya çıkması gibi) yeni olguların ortaya çıkması mümkündür. Ancak sonradan ortaya çıkan olgular uzlaşmanın kapsamı dışında olduğundan bunlarla ilgili olarak mağdurun tazminat davası açmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle dava konusu kural, uzlaşma tarihinden sonra ortaya çıkan olgular nedeniyle tazminat davası açılmasını engellememektedir. Dava konusu kuralın kapsamına uzlaşma tarihindeki olgular çerçevesinde yapılan uzlaşmalar girmektedir.” (AYM, E.2023/43, K.2023/141, 26/07/2023, karşı oy gerekçesi, para. 18)

yalnızca yerel mahkemenin itiraz başvurusunda bulunduğu kısmını iptal etmiştir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 43. maddesinin 3. fıkrasında, “Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.” hükmü bulunmaktadır¹⁸. İtiraz yolu bakımından bu hüküm değerlendirildiğinde, kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırılığı hususunda Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükümle bağlıdır. Yerel mahkeme de itiraz başvurusunda hükmün sadece bu kısmı itibariyle talepte bulunduğundan AYM’de bu bağlamda inceleme yapmış ve bu yüzden hüküm bu şekilde kalmıştır.

Hüküm iptal kararı sonrası kalan kısmı itibariyle lafız ve Türkçe dil kuralları açısından anlamlı olsa da hukuken aynı şeyi söylemek zordur. Uzlaştırma kurumu bağlamında düşündüğümüzde, hüküm kadük hale gelmiştir. Bir defa cümlede bir sebep sonuç ilişkisi kalmamıştır. Yani hangi davalardan feragat edilmiş sayılacağı belirli değildir. Bu bağlamda hükmün hukuki mahiyeti ve anlamı kaybolmuştur. İkinci olarak ise; bir çelişki hali ortaya çıkmıştır¹⁹. İptal kararı ile uzlaştırma sonrasında artık yeni bir tazminat davası açılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, açılmış olan davalar bakımından feragat sonucunun kabul edilmesi bir çelişkidir. Bir başka ifadeyle iptal kararıyla birlikte uzlaştırmayı kabul eden mağdura hem yeni bir tazminat davası açma hakkı tanınmakta ama bir yandan da açtığı bir dava varsa bundan feragat etmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Cümlenin tamamı iptal edilseydi en azından bu çelişki ortadan kalkmış olabilirdi ancak kısmen iptal edildiği ortaya anlaşılması zor karmaşık bir durum ortaya çıkmıştır.

Ortaya çıkabilecek bir diğer problem iptal kararı öncesinde uzlaşmayı kabul eden mağdurlar bakımından hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesidir. Önceki düzenleme gereğince uzlaşmayı kabul eden mağdur veya suçtan zarar görenin artık tazminat davası açma imkanı bulunmamakla birlikte, yeni düzenleme ile bu yasak kalktığından zamanaşımı süresince mağdurların yeni bir tazminat davası açmaları mümkün hale gelebilir mi? Bu soruya doğru cevap verebilmek için konuya uzlaştırmının hukuki mahiyetinden yola çıkarak zaman bakımından uygulama kurallarını yorumlamak gerekecektir.

Uzlaştırma, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer alan bir kurumdur. Ancak tek başına kurumun düzenlendiği yere bakarak uzlaştırma kurumunun ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğuna dair yorum yapmak isabetli olmayacaktır. Zira her ne kadar CMK’da düzenlenmiş bir kurum olsa da Devlet ile fail arasındaki cezalandırma ilişkisini etkilediği, Devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği bir hali oluşturması sebebiyle de bir yandan da ceza genel hukukuna ilişkin bir kurumdur. Ceza muhakemesi hukukunun zaman bakımından uygulamasına baktığımızda derhal tatbik ilkesinin söz konusu olduğunu, yürürlüğe giren bir hükmün lehe aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın derhal tatbik edilmesi gerektiğini, eskiden yapılan işlemlerin tekrar canlanmayacağını, yeni yapılacak işlemlerin ise yeni kanuna uygun

¹⁸ <https://sen.av.tr/tr/makale/anayasa-mahkemesinin-itiraz-yoluyla-iptal-davasinda-taleple-bagl%C4%B1%C4%B1g%C4%B1 e.t.26/08/2024>.

¹⁹ Aynı yönde bkz. <https://sen.av.tr/tr/makale/anayasa-mahkemesinin-itiraz-yoluyla-iptal-davasinda-taleple-bagl%C4%B1%C4%B1g%C4%B1 e.t.26/08/2024>.

olarak yapılacağını söylememiz gerekir. Türk Ceza Kanunumuz bakımından ise yeni kanun kural olarak yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanacaktır²⁰ ancak sonradan yürürlüğe giren bir kanun failin lehinde ise geçmişe etkili olarak uygulanacaktır²¹(TCK m. 7). Uzlaştırmayla ilgili iptal hükmüne baktığımızda kuralın Devletin cezalandırma ilişkisine dair olmadığı, daha çok uzlaştırmanın ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren tarafı ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukundaki derhal tatbik ilkesinin bir sonucu olarak yeni kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanması, geçmişte yapılan ve sona eren uzlaştırma dosyaları açısından tazminat davası açılmaması gerekir.

Failin uzlaşmaya karar vermesindeki önemli saiklerden birisini hem işlemiş olduğu suçun sicil kaydına işlenmeyecek olması hem de mağdurla uzlaştıktan ve talebini yerine getirdikten sonra tekrar bir dava tehdidiyle karşılaşma ihtimalinin bulunmaması durumu oluşturmaktaydı. Gerçekten de uygulamaya bakıldığında uzlaşma teklifi iletilen şüpheli/sanığın uzlaştırmacıya ilk sorduğu soruların başında “uzlaşmayı kabul edersem hakkımda tekrar bir dava açılabilir mi” sorusu gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle uzlaşmayı kabul eden fail tekrar bir dava tehdidiyle karşı karşıya kalmayacağını, ihtilafın nihai olarak (hem ceza davası hem de özel hukuk bakımından) sona ereceğini düşünmekte ve mağdurun talebini yerine getirmektedir. Zaten bu husus şüpheli/sanığa gönderilen uzlaştırma teklif formunda da açıkça yazmakta uzlaştırmacı tarafından da açıkça şüpheliye iletilmektedir. Ancak geline güncel durum itibariyle kanun koyucu tarafından henüz bir düzenleme yapılmadığı için mağdur ile şüpheli/sanık arasında uzlaştırma sağlansa da ileride zamanaşımı süresi dolmadığı müddetçe mağdur yeni bir tazminat davası açabilecektir. Şüpheli/sanık zamanaşımı süresi boyunca bir dava tehdidiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu durum ise hiç şüphesiz şüpheli/sanık açısından uzlaşma teklifini kabul etme oranlarını düşürecek ve uzlaşmaya bakışı olumsuz etkileyecektir.²².

AYM'nin iptal hükmüyle birlikte ortaya çıkan olumsuz sonuçların önlenmesi, tarafların uzlaşmaya soğuk bakmalarının önüne geçilmesi adına kanun koyucu tarafından gerekli düzenlemenin ilgili fıkra da yapılması önem arz etmektedir. Bu bağlamda yapılacak değişikliğe ilişkin önerimiz Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünü de dikkate aldığımızda şu şekilde olabilir: “Uzlaştırmanın sağlanması halinde tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Ancak uzlaştırma sırasında tespiti güç veya öngörülmesi mümkün olmayan zararlar bakımından tazminat davası açma hakkı saklıdır.” Bu sayede hem uzlaşmayı kabul eden şüpheli/sanığın sürekli bir tazminat davası açılması tehdidiyle karşı karşıya kalması önlenmiş hem de uzlaştırma müzakereleri sırasında öngörülmesi mümkün olmayan veya sonradan ortaya çıkan zararların ileride mağdur tarafından istenmesi mümkün hale gelmiş olur.

²⁰ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2023, s. 94.

²¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 95.

²² Alternatif Çözümler Daire Başkanlığının 2023 yılı uzlaştırma istatistiklerine bakıldığında kurumun ceza yargılamalarındaki iş yükünün azaltılması bakımından oldukça faydalı olduğu, birçok dosyanın mahkemelere intikal etmeden uzlaşmayla sonuçlandığı görülecektir. Üstelik bu durum sadece yargıdaki iş yükünün azaltılması bakımından değil buna ek olarak toplumsal uzlaşma ve hoşgörünün sağlanması, ceza infaz kurumlarındaki sorunların önlenmesi ve suç işleyen failerin rehabilitasyonu bakımından da oldukça önemlidir. Türkiye geneli ve il bazlı istatistikler için bkz. <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20420241343372023%20UZLA%C5%9ETIRMA%20G%C3%96RSEL.pdf> et. 27/08/2024.

Kaynakça

AŞKIN, Uğur/ TOPUZ, Veysel/ BİLGE, Burak, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020.

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, (Ed: Orhan CÜNİ/ Merve ÖZCAN/ Çetin ARSLAN/ Olgun DEĞİRMENCİ), Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu Matbaası, Ankara, 2021.

<https://sen.av.tr/tr/makale/anayasa-mahkemesinin-itiraz-yoluyla-iptal-davasinda-taleple-bagl%C4%B1%C4%B1g%C4%B1>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://kazanci.com.tr/>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/>

KAYA, Mustafa İsmail/ TATLI, Burçak, **Yaralamalı Trafik Kazalarında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Sağlanan Uzlaşmanın Sigorta Tazminatı Üzerindeki Etkisi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVI, Y. 2022, Sa. 2.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2023.

TOPUZ, Veysel, “**Sağlık Çalışanlarına Karşı İşlenen Suçlarda Uzlaştırma**”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, (Ed. Hakeri/Doğan), C.1, Ankara 2019, S. 865-877.

TOPUZ, Veysel, **Uzlaştırmanın Tazminat Hukuku Yönünden Sonuçları: Trafik Kazaları Örneği Üzerinden Bir İnceleme**, Arabuluculuk Yıllığı 2020, (Ed. Begüm Kocamaz/Baybüke Kurtuluş), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

FAYDACILIK (*UTILITARIANISM*) ANLAYIŞI TEMELİNDE HAYVANLARIN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI: 7332 SAYILI KANUN'UN GETİRDİKLERİ

Derya TEKİN*

Özet

9.7.2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanun ile Hayvanları Koruma Kanunu ve Türk Ceza Kanununda hayvanların ceza hukuku yoluyla korunması noktasında esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de sahipli hayvanın mala zarar verme suçunun konusu olabileceğini düzenleyen TCK m. 151/2'nin yürürlükten kaldırılması, aynı doğrultuda Hayvanları Koruma Kanunu'nda ev hayvanına veya evcil hayvana yönelik öldürme, işkence veya acımasız ve zalimce muamelede bulunma eylemlerinin hapis cezasını gerektiren suç olarak düzenlenmesidir. Ev hayvanı veya evcil hayvan niteliğinde sayılmayan hayvanlar bakımından ise bu eylemler sadece idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak mevzuatımızda yer almaktadır. Diğer taraftan hayvanlara cinsel saldırıda bulunma veya tecavüz etme eylemleri ise hayvanın ev hayvanı/evcil hayvan niteliğinde olup olmaması önem arz etmeksizin hapis cezasını gerektiren bir suç olarak mevzuatımıza girmiştir. 7332 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklikler hayvanların bir mal olarak değil can olarak suçun konusu haline getirilmesi bakımından olumlu karşılanmakla beraber, söz konusu değişikliklerin yeterli olup olmadığı noktasında eleştiriler devam etmektedir. Bazı suçların sadece ev hayvanı/evcil hayvan niteliğindeki hayvanlar bakımından suç olarak düzenlenmesi ve söz konusu hayvanlara karşı işlenen suçlarda öngörülen cezaların uygulamada ne kadar caydırıcı olduğu da bir başka sorundur. Bu çalışma hayvanların ceza hukuku yoluyla korunması noktasında faydacılık anlayışının görüşleri doğrultusunda mevcut mevzuatı değerlendirmeyi amaçlamaktadır. *Bentham*'ın formüle ettiği bu anlayışta duyarlılık yani acı çekme kapasitesi bir canlıya “eşit değerlendirilme hakkı” veren en önemli özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu duyarlılık ise faydacılık anlayışının acı ve zevk ölçeğine yerleştirilerek bir hayvanın hayatına duyulacak saygının derecesini belirlemektedir. Buna göre genel refahın artması ile sonuçlanacaksa bazı hayvanlara verilen zararlar meşru ya da mazur görülebilecektir. Çalışma kapsamında 7332 sayılı Kanun ile belirli hayvanların ceza hukuku ile korunmaya layık şekilde kategorileştirilmesi işte bu faydacılık anlayışının görüşleri doğrultusunda bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Faydacılık, Hayvanları Koruma Kanunu, 7332 Sayılı Kanun, *Jeremy Bentham*, *Peter Singer*.

Giriş

09.07.2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanun ile Hayvanları Koruma Kanunu'nda (HKK) ve Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), hayvanların ceza hukuku yoluyla korunması noktasında esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en dikkat çekici olanları, sahipli hayvanın mala zarar verme suçunun konusu olabileceğini düzenleyen TCK m. 151/2'nin yürürlükten

* Dr. Öğretim Üyesi, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
Eposta: derya.tekin@medeniyet.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9877-8336>

kaldırılması, aynı doğrultuda Hayvanları Koruma Kanunu'nda ev hayvanına veya evcil hayvana yönelik öldürme, işkence veya acımasız ve zalimce muamelede bulunma eylemlerinin hapis cezasını gerektiren suç olarak düzenlenmesidir. Ev hayvanı veya evcil hayvan niteliğinde sayılmayan hayvanlar bakımından ise bu eylemler sadece idari para cezasını gerektiren bir kabahat olarak mevzuatımızda yer almaktadır. Diğer taraftan hayvanlara cinsel saldırıda bulunma veya tecavüz etme eylemleri ise hayvanın ev hayvanı/evcil hayvan niteliğinde olup olmaması önem arz etmeksizin hapis cezasını gerektiren bir suç olarak mevzuatımıza girmiştir. 7332 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklikler hayvanların bir mal olarak değil can olarak suçun konusu haline getirilmesi bakımından olumlu karşılanmakla beraber, söz konusu değişikliklerin yeterli olup olmadığı noktasında eleştiriler devam etmektedir¹. Bazı eylemlerin sadece ev hayvanı/evcil hayvan niteliğindeki hayvanlar bakımından suç olarak düzenlenmesi ve hayvanlara karşı işlenen suçlarda yazılı başvuru şartının bir muhakeme şartı olarak öngörülmesi de bir başka sorundur.

Bu çalışma, hayvanların ceza hukuku yoluyla korunması noktasında faydacılık (*utilitarianism*) anlayışının görüşleri doğrultusunda mevcut mevzuatı değerlendirmeyi amaçlamıştır. İngiliz hukukçu ve filozof *Jeremy Bentham* tarafından formüle edilen ve Avustralyalı filozof *Peter Singer* tarafından geliştirilen bu anlayışta duyarlılık, yani acı çekme kapasitesi, bir canlıya “eşit değerlendirilme hakkı” veren en önemli özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu duyarlılık aynı zamanda faydacılık anlayışının acı ve zevk ölçeğine yerleştirilerek bir hayvanın hayatına duyulacak saygının derecesini de belirlemektedir. Buna göre genel refahın artması ile sonuçlanacaksa bazı hayvanlara verilen zararlar meşru ya da mazur görülebilir.

Çalışmanın ilk bölümünde hayvan kavramına ve hayvanların hukuktaki yerine dair genel bir giriş yapılmıştır. İkinci bölümde ise *Bentham*'ın ünlü faydacılık anlayışının hayvanların korunmasına ilişkin belirlemeleri okuyucuya sunulmuştur. Bu bölümde ayrıca çıkar faydacılığını savunarak klasik faydacılık anlayışından ayrılan *Peter Singer*'ın görüşlerine de yer verilmiştir. Sonuçsalcı bir teori olarak nitelendirilen faydacılık anlayışına ilişkin genel bir değerlendirmeyi takiben, 7332 sayılı Kanun sonrası Türk hukukunda hayvanların ceza hukuku yoluyla nasıl bir korumadan faydalandıkları irdelenmiştir. Son olarak faydacılık anlayışının belirlemeleri doğrultusunda söz konusu mevzuat değerlendirilmiştir.

I. Hayvan Kavramı ve Hayvanların Hukuktaki Yeri

Sözlük anlamı “duygu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık” olan hayvan kavramının, insanı da kapsar şekilde tanımlandığı görülmektedir². Nitekim İngilizce literatürde insanlardan bahsederken insan hayvanlar (*human animals*), hayvanlardan bahsederken ise insan olmayan hayvanlar (*non-human animals*) ifadeleri kullanılmaktadır³. Literatürde bu şekilde kullanımlar yaygın olmakla beraber, gerek günlük

¹ Örneğin bkz. <https://www.haytap.org/tr/hayvanlara-bakis-acimiz-cikan-yasadan-belli>, E.T. 01.04.2024.

² Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 01.04.2024

³ Örneğin bkz. BANWELL, Stacy, **The War Against Nonhuman Animals**, London, Palgrave Macmillan Cham, 2023; CAVALIERI, Paola, **The Animal Question: Why Nonhuman Animals Deserve Human Rights**, Oxford University Press, 2003; FLYNN, Clifton, “Battered Women And Their Animal Companions: Symbolic Interaction Between Human and Nonhuman Animals”, **Society & Animals**, Y. 2000, C. 8, S. 2, s. 99-127; FRANCIONE, Gary L., “Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animals”, **Law, Culture and the Humanities**, Y.

dilde gerekse Türk hukuk literatüründe hayvan, insanlar ve bitkiler dışındaki canlıları ifade etmektedir.

Hayvanların nasıl bir hukuki statüye sahip oldukları konusunda farklı yaklaşımlar ve politikalar geliştirildiği görülmektedir⁴. Örneğin İsviçre ve Almanya’da hayvanların eşya sayılmadığı, *sui generis* yani kendine özgü bir hukuki niteliğe sahip oldukları fakat onlara dair özel bir kanuni düzenleme bulunmadığı takdirde eşyalara dair hükümlere tabi olacakları düzenlenmiştir⁵. Fransız hukukunda da benzer bir anlayış hâkimdir: hayvanlar “hissedebilen canlılar (*être vivant doué de sensibilité*)” olarak kabul edilmekle beraber, onları koruyan özel bir hüküm olmadığı takdirde eşyalara dair hükümlere tabi olur⁶. Hayvanların bazı ülkelerde istisnai olarak “kişi” olarak nitelendirildiği, örneğin Kolombiya’da mahkemelerin, hayvanların kişi olduğunu ve haklarının bulunduğunu kabul ettiği, 2016 yılında Arjantin’de Mendoza Mahkemesi’nin şempanzenin “kişi” olduğuna hükmettiği de aktarılmıştır⁷.

Türk hukuk doktrininde, Türk hukukunda hayvanların eşya statüsünde görüldüğüne dair genel bir kabul mevcuttur; çünkü gerek TCK’de yer alan hükümler gerekse 5199 sayılı HKK’de yer alan hükümler hayvanların haklara ehil değil ancak eşya statüsünde bir konu olabileceğini göstermektedir⁸. 7332 sayılı Kanun ile HKK ve TCK’de yapılan değişikliklerden sonra Türk hukukunda hayvanların eşya statüsünde olup olmadığının tekrar tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Kanaatimizce sahipli hayvanların, eşya ve borçlar hukuku bağlamında hala eşya statüsünde olmaları, bu hayvanlar için bir hukuki koruma eksikliği oluşturmaz. Çünkü önemli olan sahipli olsun ya da olmasın hayvana acı veren insan müdahaleleri karşısında hayvanı hukuken nasıl konumlandığımızdır. Hayvanın fiziksel veya ruhsal zarar görmesine yol açan eylemler öncelikli olarak ceza hukukunun konusudur. TCK m. 151/2 hükmünün yürürlükten kaldırılması ve hayvanlara zarar verici eylemlerin ayrı bir kanun altında suç olarak düzenlenmesi, en azından ceza hukuku bakımından hayvanların artık bir eşya olarak görülmediğini iddia etmek için yeterlidir. Kanaatimizce söz konusu suçlardan bazılarının ihdas edilmesinde hayvanın insan ile ilişkisinin göz önünde bulundurulması da bu sonucu değiştirmez. Aynı şekilde TCK kapsamında insana ait bir malvarlığı değeri olarak ya da

2010, C. 6, S. 1, s. 24-36; PEGGS, Kay, “The ‘Animal-Advocacy Agenda’: Exploring Sociology For Non-Human Animals”, **The Sociological Review**, Y. 2013, C. 61, S. 3, s. 591-606.

⁴ Bu konuda detaylı incelemeler için bkz. AKBEN, Dilara, “Alman Hukukunda ve Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasının Karşılaştırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 25, S. 2, s. 1047-1102; AKBULUT, Onur/ ÇOBANOĞLU, Nesrin, “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2020, C. 36, s. 1-37; BAŞ, Eylem, “Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 12, S. 1, s. 1-16; ÇELEBİ, Özgün, “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Y. 2018, C. 76, S. 2, s. 559-622; ERTAŞ, Şeref, **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir, 2012; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Hayvanın Hukukî Konumu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 1691-1723.

⁵ AKBEN, 1064-1065; BAŞ, s. 3, 13.

⁶ AKBEN, s. 1052.

⁷ BAŞ, s. 3, dipnot 26.

⁸ AKBEN, s. 1051; DÖNMEZ, Burcu, “Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 903-925, s. 904; ÖZGÜR, Atilla, “Türk Hukuk Sisteminde Hayvanlar”, **Veteriner Hekimler Derneği Dergisi**, Y. 2010, C. 81, S.1, s. 31-34, s. 33; SİNMEZ, Aybige, **Hayvanların Ceza Hukuku Yoluyla Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022, s. 114.

çevresel bir unsur olarak hayvanı koruyan suç tiplerinin⁹ mevcut olması da sadece hayvanların insanlarla ve çevreyle olan kaçınılmaz ilişkilerini yansıtmakta olup, farklı bir çıkarımı zorunlu kılmaz.

II. Faydacılık (*Utilitarianism*) Anlayışının Hayvanlara Bakışı

A. *Jeremy Bentham*'ın Faydacılık Anlayışının Hayvanlara Bakışı

1748-1832 yılları arasında yaşamış İngiliz hukukçu ve filozof *Jeremy Bentham*, ünlü faydacılık ilkesini¹⁰ (*the principle of utility*) 1789 tarihli Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*) isimli eserinde detaylı bir şekilde okuyucuya sunmaktadır. *Bentham*, doğanın insanoğlunu iki egemen efendinin, acının ve hazzın yönetimi altına soktuğunu; yalnızca onların ne yapmamız gerektiğine işaret ettiğini ve ne yapacağımızı belirlediğini; doğru ve yanlış standardı ile nedenler ve sonuçlar zincirinin onların tahtına bağlandığını savunur¹¹. *Bentham*'a göre fayda ilkesi bu tabiiyeti tanır ve onu, mutluluk düşüncesinin akıl ve hukuk eliyle inşa edilmesini amaçlayan bir sistemin temeli haline getirir¹².

Bir eylem veya bir hükümet tedbiri (*a measure of government*) toplumun mutluluğunu azaltmaktan ziyade büyütme eğilimine sahipse, faydacılık ilkesi ile uyumludur¹³. *Bentham*'a göre mutluluk, zevki tatma ve acıya karşı güvenlik içinde olma durumu olup, toplumu oluşturan bireylerin mutluluğu, yasa koyucunun göz önünde bulundurması gereken tek amaç ve standarttır¹⁴. Cezalandırma ve ödüllendirme yoluyla toplumun mutluluğunu artırmak hükümetin bir görevi olup, bir eylemin mutluluğu rahatsız etme eğiliminin artması o eylemin cezalandırılması için ortaya çıkan talebi aynı oranda artıracaktır¹⁵.

Bentham, etiği, insanların eylemlerini çıkarları söz konusu olan kişiler için mümkün olan en fazla mutluluğu üretecek şekilde yönlendirme sanatı olarak tanımladıktan sonra, bir insanın hangi eylemleri yönetme gücüne sahip olabileceğini sorgular¹⁶. Ona göre bunlar ya kişinin kendi eylemleri ya da diğer öznelerin (*agents*) eylemleri olmalıdır. Bir insanın kendi eylemlerini yönetme sanatı olarak düşünülen etik, özyönetim sanatı ya da özel etik (*the art of*

⁹ Bu suçlar hakkında değerlendirmeler için bkz. ÖZEN İNCİ, Zekiye, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 1, s. 1-24, .s. 10-14.

¹⁰ *Bentham* eserinin 1822 yılında çıkan baskısına eklediği dipnotta bu etiketin en büyük mutluluk ilkesi (*greatest happiness principle*) ile birleştirildiğini veya ikame edildiğini ifade eder. En büyük mutluluk ilkesi kısaca şu ilkenin kısaltılmış halidir: “Çıkarları söz konusu olan herkesin en büyük mutluluğu, doğru ve uygun insan eyleminin - her durumda doğru ve uygun ve evrensel olarak arzu edilen - insan eyleminin; her durumdaki ve özellikle de Hükümet yetkilerini kullanan görevlilerin olduğu durumdaki insan eyleminin amacıdır.” *Bentham*'a göre “fayda” kelimesi, ne “mutluluk” kelimesi kadar açık bir şekilde haz ve acı fikirlerine işaret eder; ne de bizi ne kadar çıkarın etkilediği düşüncesine götürür. Oysa bu sayı burada söz konusu olan standardın, yani her durumda insan davranışının uygunluğunun uygun bir şekilde test edilebileceği tek doğru ve yanlış standardının oluşumuna diğer tüm faktörlerden daha fazla katkıda bulunur. Yazara göre bir yanda mutluluk ve haz fikirleri ile diğer yanda fayda fikri arasında yeterince açık bir bağlantı kurulamaması, bazen bu ilkenin kabul edilmesinin önünde çok etkili bir engel teşkil etmiştir. Bkz. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Yayına Hazırlayan: Jonathan Bennett, 2017[1823], <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>, s. 6, dipnot 1, E.T. 01.04.2024.

¹¹ BENTHAM, s. 6.

¹² BENTHAM, s. 6.

¹³ BENTHAM, s. 7.

¹⁴ BENTHAM, s. 20.

¹⁵ BENTHAM, s. 43.

¹⁶ BENTHAM, s. 143.

self-government or private ethics) olarak adlandırılabilir¹⁷. *Bentham* hemen ardından “İnsanın eylemlerinden etkilenebilecek ve mutlu olma kapasitesine sahip olabilecek başka hangi özneler vardır?” sorusunu sorar¹⁸. Ona göre bunlar iki türdür: diğer insan varlıklar “kişiler (*persons*)” ve diğer hayvanlar (*other animals*). *Bentham* antik hukukçuların duyarsızlığı nedeniyle çıkarları göz ardı edildiği için hayvanların “şeyler sınıfına (*class of things*)” indirgendliğini belirtir¹⁹. Yazar, hayvanların bu göz ardı edilen çıkarlarına ilişkin faydacılık ilkesinin nasıl bir çözüm üretebileceğini ise bir dipnot olarak okuyucuya sunar²⁰. *Bentham*, hayvan yaratılışının insan olmayan kısmının çıkarlarının Hindu ve Mahometan dinlerinde bir miktar ilgi görmüş olduğunu kabul etmekle beraber, neden insan yaratıklarının çıkarları kadar (duyarlılık farklılıkları göz önünde bulundurularak) tamamen dikkate alınmadığını sorgular. Ona göre mevcut yasalar ortak bir kuruntunun (*mutual fear*) yani daha az rasyonel olan hayvanların yararlanmak için (*for turning to account*) insanın sahip olduğu araçlara sahip olmadığı duygusunun bir eseridir. *Bentham*’a göre bunun için geçerli bir sebep yoktur. Ona göre yemekten hoşlandığımız hayvanları yememize izin verilmesi için çok iyi bir neden vardır: bu, bizim yararımızayken onları daha kötü duruma düşürmüş de olmayız. Çünkü hayvanlar bizim “gelecekteki sefalet dair uzun süredir devam eden beklentilerimizin (*long-protracted anticipations of future misery*)” hiçbirine sahip değildir ve bizim ellerimizde maruz kaldıkları ölüm genellikle ve her zaman doğanın kaçınılmaz akışı içinde onları bekleyen şeyden daha hızlı ve dolayısıyla daha az acı verici olabilir. Ayrıca bize saldıran hayvanları öldürmemize izin verilmesi için de çok iyi bir neden vardır: yaşadıkları için biz daha kötü durumda oluruz, onlar ise öldükleri için daha kötü duruma düşmezler.

Tüm bunlardan sonra *Bentham*’ın sorduğu bir diğer soru “Ama onlara eziyet etmemize izin verilmesi için herhangi bir neden var mı?” sorusudur. Bu soruyu “Görebildiğim kadarıyla yok” şeklinde cevapladıktan sonra son bir soru sorar: “Onlara eziyet etmemize izin verilmemesi için herhangi bir neden var mı?” *Bentham*’a göre bu nedenler birden fazladır, fakat yazar bu konuya dair detaylı bir açıklamada bulunmaz. Bu noktada *Bentham*, İngiltere’de olduğu gibi, insanların köle olarak adlandırıldığı ve aşağı hayvanlara verilen bir yasal statünün verildiği zamanların insan türünün çoğunluğunu etkilediğinden ve bunun hala da birçok yerde mevcut olduğundan üzülen bahseder. Ona göre hayvan yaratılışının insan olmayan kısmının, tiranlık eli dışında kendilerinden asla esirgenemeyecek hakları elde edeceği gün de gelebilir:

“Fransızlar, derinin siyah olmasının, bir insanın çaresizce bir işkencecinin kaprislerine terk edilmesi için bir neden olmadığını çoktan keşfettiler. Belki de bir gün bacak sayısının, derinin tüylülüğünün ya da kuyruğa sahip olmanın, hissedeleyen bir canlıyı aynı kadere terk etmek için eşit derecede yetersiz nedenler olduğu kabul edilecektir? Sınırı çizmek için başka ne kullanılabilir? Akıl yetisi ya da dile sahip olmak mı? Ama yetişkin bir at ya da köpek, bir günlük, bir haftalık, hatta bir aylık bir bebekten kıyaslanamayacak kadar daha mantıklı ve konuşabilir. Böyle olmasaydı bile, bu neyi değiştirirdi? Asıl soru akıl yürütebilirler mi ya da konuşabilirler mi değil, acı çekebilirler mi?”

¹⁷ BENTHAM, s. 143.

¹⁸ BENTHAM, s. 143.

¹⁹ BENTHAM, s. 143.

²⁰ Bu bölümde aktarılan *Bentham*’a ait tüm görüşler için Bkz. BENTHAM, s. 143-144, dipnot.

Görüldüğü üzere *Bentham*'ın faydacılığında insan refahının artması ile sonuçlanacak eylemler için hayvanların öldürülmesi meşru görülebilir. Fakat her halükarda acı çekme kapasitesi olan bir varlığa eziyet edilmesi için hiçbir meşru neden yoktur.

B. Peter Singer'in Faydacılık Anlayışının Hayvanlara Bakışı

Avustralyalı filozof *Peter Singer*, Hayvan Özgürleşmesi (*Animal Liberation*) (1975) ve Hayvan Özgürleşmesi Hemen Şimdi (*Animal Liberation Now*) (2023) isimli eserleriyle *Bentham*'ın klasik faydacılığını tercih/çıkar faydacılığı ("*preference*" or "*interest*" *utilitarianism*) olarak geliştirerek kendi faydacılık anlayışını ortaya koymuş ve bunu hayvanların sömürülmesinin engellenmesi konusuna uygulamıştır. *Singer*, çağdaş hayvan özgürlüğü hareketinin (*animal liberation movement*) kurucu babası olarak kabul edilmekte olup, fabrika çiftçilikleri, tıbbi araştırmalar, ürün testleri gibi hayvanlara yönelik muamelelerimizde tam olarak neler yaşandığına dair artan kamu bilincinin, önemli ölçüde onun çalışmalarının yaygınlaşmasından kaynaklandığı savunulmaktadır²¹.

Singer'a göre *Bentham*'ın işaret ettiği acı çekme kapasitesi (*the capacity for suffering*) bir canlıya çıkarları konusunda "eşit değerlendirilme hakkı (*the right to equal consideration*)" veren en önemli özelliktir²². Ona göre acı çekme ve zevk alma kapasitesi, çıkarlara sahip olmanın ön koşuludur ve çıkarlardan anlamlı bir şekilde bahsedebilmemiz için yerine getirilmesi gereken bir koşuldur. Dahası, acı çekme ve zevk alma kapasitesi bir varlığın çıkarları olduğunu söylememiz için yalnızca gerekli değil, aynı zamanda de yeterlidir: en azından acı çekmemeye yönelik bir çıkarı vardır²³. Örneğin bir farenin yol boyunca tekmelenmemekte bir çıkarı vardır, çünkü tekmelenirse acı çekecektir²⁴.

Burada "eşit değerlendirme" kavramı hayvanların eşit muamele görmesi anlamına gelmez, ya da bir insanı veya hayvanı istismar etme kararının ahlaki olmasını engellemez; önemli olan çıkarların adil bir şekilde değerlendirilmesidir²⁵. *Singer*'a göre hayvanların çıkarlarının eşit değerlendirmeye tabi tutulmamasının nedeni ise yazarın ırkçılık (*racism*) kelimesine kıyasen kullandığı "türçülük" (*speciesism*) tutumudur ve bu tutum kınanmalıdır²⁶. Yazarın, kişinin kendi türünün üyelerinin çıkarları lehine ve diğer türlerin üyelerinin çıkarları aleyhine bir önyargı veya taraflılık olarak tanımladığı türçülüğün kaçınmak için, ilgili tüm açılardan benzer olan varlıkların benzer bir yaşam hakkına sahip olmalarına izin verilmelidir ve sadece kendi biyolojik türümüze mensup olmak bu hak için ahlaki açıdan uygun bir kriter olamaz²⁷. Bir eylem faydacısı (*act utilitarian*) olarak *Singer*, fayda ilkesini olay bazında uygulamaktadır²⁸. Ona göre türçülüğün reddedilmesi tüm yaşamların eşit değerinde olduğu anlamına gelmez. Öz farkındalık, ileriye düşünme ve geleceğe dair umut ve beklentilere sahip

²¹ ROWLANDS, Mark, *Animal Rights Moral Theory and Practice*, 2nd Edition, Palgrave Macmillan, Londra, 2009, s. 31. *Rowlands*'a göre hayvanların refahını önemseyen herkes *Singer*'a büyük borçlu olduğunu kabul etmelidir.

²² SINGER, Peter, *Animal Liberation*, HarperCollins, New York, 2002, s. 7.

²³ SINGER, s. 8.

²⁴ SINGER, s. 8.

²⁵ FRANCIONE, Gary L., "Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance", *Animal Law*, Y. 1997, C. 13, s. 75-101, s. 79.

²⁶ SINGER, s. 6.

²⁷ SINGER, s. 19.

²⁸ FRANCIONE (1997), s. 100; FRANCIONE (2010), s. 29.

olma, başkalarıyla anlamlı ilişkiler kurma kapasitesi gibi özellikler kimin hayatının feda edileceği ya da tercih edileceği konusunda ilgili olabilir fakat bir canlıya acı verme konusunda bu kapasitelerin hiçbir önemi yoktur: acı acıdır²⁹. Normalde bu, bir insanın yaşamı ile başka bir hayvanın yaşamı arasında seçim yapmamız gerektiğinde, insanın yaşamını kurtarmayı seçmemiz gerektiği anlamına gelir; ancak bunun tersinin geçerli olduğu özel durumlar olabilir, çünkü söz konusu insan normal bir insanın kapasitelerine sahip olmayabilir³⁰. Dolayısıyla *Singer*'a göre, bu görüş ilk bakışta öyle görünse de aslında türücü değildir: normal durumlarda, bir canlıyı kurtarmak için yapılan bir tercih yapılması gerektiğinde insan yaşamının hayvan yaşamına tercih edilmesi, yalnızca kendi türümüzün bir üyesi olmalarına değil, normal insanların sahip olduğu özelliklere dayanan bir tercihtir³¹.

Singer'a göre, bugün tüm dünyada görülen hayvanlar üzerinde acı veren deney yapma uygulaması, türçülüğün sonuçlarını ortaya koymaktadır³². Hayvanlara verilen zarara karşı potansiyel faydaların “dengelenmesi” hala hayvanlara yönelik türücü bir tutum varsayımı çerçevesinde yürütülmekte, böylece hayvanların çıkarlarının insanların benzer çıkarlarıyla eşit şekilde dikkate alınması imkânsız hale gelmektedir³³. Tüm dünyada hayvan deneyleri oldukça acı verici şekilde yapılmalarının yanı sıra çoğu zaman tedavi edici ilaçların test edilmesinde olduğu gibi herkese azami fayda sağlama arzusuyla değil azami kâr arzusu ile yapılmakta, ya da geniş “tıbbi araştırma” etiketi, genel bir entelektüel merakla motive edilen araştırmaları kapsamak için de kullanılabilir³⁴. Bu tür bir merak, hiçbir canlının acı çekmesini gerektirmediğinde temel bilgi arayışının bir parçası olarak kabul edilebilir, ancak acıya neden olduğunda hoş görülmemelidir³⁵. Dahası hayvan deneylerinden elde edilecek olan yarar gerçek hayatta her zaman uzaktır ve çoğu zaman da hiç yoktur³⁶. Bir diğer hayvanlara yönelik türçülük örneği olarak *Singer*, fabrikasyon hayvan çiftliklerinin (*factory farm*) hayvanlara nasıl düşük fiyatlı yemi yüksek fiyatlı ete dönüştüren makinelermiş gibi muamele gösterdiğine de değinmektedir³⁷. Ona göre, ağrısız ve acısız öldürme teorik olarak mümkün gözükse de günümüzün büyük ölçekli et endüstrisi uygulamaları hiçbir zaman acısız olmamıştır³⁸.

C. Sonuçsalıcı Bir Teori Olarak Faydacılık

Faydacılık, en etkili ve aynı zamanda en çok tartışılan sonuçsalıcı (*consequentialist*) etik teoridir³⁹. Sonuçsalıcı bir teori olarak faydacılık, ahlaki değerlendirme standardının refah olduğunu ve doğru eylem tarzının beklenen en yüksek net refahı getiren eylem tarzı olduğunu ileri sürer⁴⁰. *Bentham*'ın faydacılık anlayışı, hayvanların acı hissetme kapasitesine dayanarak

²⁹ SINGER, s. 20.

³⁰ SINGER, s. 21.

³¹ SINGER, s. 21.

³² SINGER, s. 36, 69.

³³ SINGER, s. 78, 92.

³⁴ SINGER, s. 61.

³⁵ SINGER, s. 61.

³⁶ SINGER, s. 85.

³⁷ SINGER, s. 97.

³⁸ SINGER, s. 210.

³⁹ SHAW, William, “The Consequentialist Perspective”, *Contemporary Debates in Moral Theory*, James Drier (ed.), Blackwell Publishing, Oxford, 2006, s. 5-20, s. 10.

⁴⁰ SHAW, s. 10. “Sonuçsalcılığın faydacı olmayan varyantları, refaha olan bu münhasır bağlılığı bir kenara bırakarak, refahın dışındaki veya ona ek olan şeyleri ahlaki olmayan içsel bir değere sahip olarak görür. Faydacı olmayan bir sonuçsalıcı, refaha verilen eşsiz değere meydan okumanın yanı sıra ya da bunun yerine, herkesin

onlara ahlaki bir statü atfetmemizi gerekçelendiren sonuçsalcı teorilerin (*consequentialist theories*) en belirgin örneklerindendir⁴¹. Faydacıların ahlak teorisine göre bazı hayvanların acı hissetme kapasitelerinin oluşu, onların da çıkarlarının olduğu ve onlara yönelik davranışların ahlaki olup olmadığının belirlenmesinde bu çıkarların da dikkate alınması gerektiği anlamına gelmektedir⁴². *Singer, Bentham* ile aynı doğrultuda acı çekebilen tüm varlıkların ahlaki açıdan çıkarlara sahip olduğu konusunda hemfikirdir; fakat *Bentham*'ın hesabına (*calculus*) eklediği şey, insanların, çıkarları hayvanların çıkarlarından öncelikli olan üstün varlıklar olduğu normuna bir meydan okumadır⁴³. *Bentham*'a göre, acı çekebildikleri için hayvanların çıkarları önemli olabilir, ancak terazi her zaman insani çıkarlardan yana ağır basar⁴⁴. Ona göre insanlara fayda sağlıyorsa hayvanlar üzerinde deney yapılabilir, çünkü hayvanların acı çekmesi deney sonucunda çıkabilecek en büyük iyilikle dengelenmiş olur⁴⁵. *Singer* ise hayvan deneylerine, fabrika çiftliklerine ve hayvanların acısız bir şekilde de olsa yemek için öldürülmesine karşıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere *Singer*, hayvanlara verilen acıyı haklı çıkaracak bir yararın gerçek hayatta söz konusu olabileceğine yönelik oldukça şüphelidir.

Sonuçsalcı olmayan (*non-consequentialist*) teorilerde ise bir eylemin meşruluğunu değerlendirirken o eylemin sonuçlarına atıfta bulunmaya gerek yoktur. Örneğin Amerikalı hayvan hakları savunucusu *Tom Regan*'ın hak teorisine göre kültürümüzde rutin olarak yenen, avlanan ve laboratuvarlarımızda kullanılan milyarlarca hayvan da bizim gibi yaşamın öznelidir (*subjects of a life*); insanlarla eşit içsel/doğuştan bir değere (*inherent value*) sahip oldukları ve bu nedenle eşit muamele görme haklarının olduğu tanınmalıdır⁴⁶. *Regan*'ın teorisi, hayvan sömürsünün her biçimini ve hayvanların her türlü araçsal kullanımını, bu kullanımın genel refahı artırdığı durumlarda bile, kınamakta ve tamamen ortadan kaldırılması çağrısında bulunmaktadır⁴⁷. *Gary L. Francione*'nin abolisyonist (*abolitionist*) yaklaşımı da benzer şekilde hayvanların “mal (*property*)” statüsünde görülmesine karşıdır ve hayvanların insanlara hizmet eder şekilde kullanılıp sömürülmesine yol açan her türlü uygulamanın kaldırılması gerektiğini savunur⁴⁸.

Singer'ın teorisi bir hak teorisi değildir. Çünkü ona göre hakların dili (*the language of rights*), kullanışlı bir siyasi stenodur (*shorthand*) ve otuz saniyelik TV haber klipleri çağında *Bentham*'ın zamanında olduğundan çok daha değerlidir; ancak hayvanlara karşı tutumumuzda

refahını eşit saymayı reddederek faydacılıktan sapabilir. Örneğin, faydacı olmayan bir kişi, mevcut refah düzeyi ortalamasının altında olan kişilerin refahını artırmanın, mevcut refah düzeyi ortalamasının üzerinde olan kişilerin refahını eşit miktarda artırmaktan daha değerli olduğuna inanabilir.” Bkz. SHAW, s. 11.

⁴¹ BAGARIC, Mirko/ KOTZMANN, Jane/ WOLF, Gabrielle, “A Rational Approach to Sentencing Offenders for Animal Cruelty: A Normative and Scientific Analysis Underpinning Proportionate Penalties for Animal Cruelty Offenders”, *South Carolina Law Review*, Y. 2019, C. 71, S. 2, s. 385-447, s. 431.

⁴² BAGARIC/ KOTZMANN/ WOLF, s. 432.

⁴³ BLOSH, Marie, *The History of Animal Welfare Law and the Future of Animal Rights*, Electronic Thesis and Dissertation Repository, The School of Graduate and Postdoctoral Studies the University of Western Ontario, 2012, s. 73.

⁴⁴ BLOSH, s. 74.

⁴⁵ BLOSH, s. 92.

⁴⁶ REGAN, Tom, “A Case for Animal Rights”, *Advances in Animal Welfare Science*, Michael W. Fox & Linda D. Mickley (eds.), s. 179-189, The Humane Society of the United States, Washington, 1986.

⁴⁷ JONES, Robert C., “Animal Rights is a Social Justice Issue”, *Contemporary Justice Review*, Y. 2015, C. 18, S. 4, s. 467-482, s. 472.

⁴⁸ FRANCIONE (2010), s. 34.

radikal bir değişim için yapılan tartişmalarda hiçbir şekilde gerekli deęildir⁴⁹. Varlığının doğası ne olursa olsun, eşitlik ilkesi bir varlığın çektiği acının -kabaca kıyaslamalar yapılabildiği ölçüde- başka herhangi bir varlığın çektiği acıyla eşit sayılmasını gerektirir⁵⁰. Aynı doğrultuda, eğer bir varlık acı çekme ya da zevk veya mutluluk yaşama yeteneğine sahip değilse, hesaba katılması gereken hiçbir şey yoktur⁵¹. *Regan* ve yandaşları için ise gerçek hayvan özgürleşmesi ancak hak temelli bir yaklaşımla sağlanabilir, çünkü ancak hak temelli bir yaklaşım hayvanların insanlar tarafından her türlü kullanımının ve sömürüsünün ortadan kaldırılmasına yönelik çağruları doğru bir şekilde temellendirebilir⁵². *Regan*, hayvanların bilimsel çalışmalarda kullanılmasının, ticari hayvancılığın, ticari ve sportif avcılık ve tuzaklamanın tamamen tasfiyesini savunurken; *Singer*, söz konusu uygulamaların hayvanlar için zararlı sonuçlarının farkındadır fakat bunların tamamen tasfiyesinden ziyade aşamalı olarak kaldırılması veya iyileştirilmesine odaklanmaktadır⁵³.

Giderek artan sayıda hayvan savunucusu, haklar teorisinin kesin bir normatif rehberlik sağlamaktan aciz olduğu gerekçesiyle bu teoriden kaçınmış; haklar teorisinin talep ettiği gibi hayvan sömürüsünü derhal ortadan kaldırmanın gerçekçi olmadığı yönündeki endişelerini dile getirmiş; bunun yerine, acıyı azaltmak ve nihayetinde ortadan kaldırmayı başarmak için “gerçekçi” bir araç olarak aşamalı refahçı reform (*incremental welfarist reform*) arayışını desteklemişlerdir⁵⁴. Hak teorilerinin yüzeysel çekiciliğine rağmen, bunların epistemolojik bir temelden yoksun olduğu, dolayısıyla gerçek ve hayali haklar arasında ayırım yapmanın ve birbiriyle çatışan hakların önceliklerini belirlemenin imkânsız olduğu da savunulmaktadır⁵⁵. Doktrinde bir görüşe göre bu ahlak teorisi akımlarından hangisinin baskın olması gerektiği konusunda bir karara varmak gereksizdir; çünkü her ikisinin de uygulanması hayvanların ahlaki statüye sahip olduğu sonucuna götürmektedir⁵⁶. Ancak aynı görüş uyarınca hayvanların çıkarlarını korumak için daha ikna edici bir argüman, hayvanların acı hissetme kapasitesine ilişkin bilimsel kanıtlar ışığında sonuçsalcı teorilere dayandırılabilir⁵⁷.

III. 7332 sayılı Kanun Sonrası Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Yoluyla Korunması

Bugün yürürlükte olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ilk olarak 1995 yılında Çevre Bakanlığı’nın tasarısı ile gündeme gelmiş ve dokuz senelik bir süreçten sonra 24 Haziran 2004 tarihinde yasalaşmıştır⁵⁸. Bu kanunda değişiklik yapılmasına dair 2012 ve 2018 yıllarında

⁴⁹ SINGER, s. 8.

⁵⁰ SINGER, s. 8.

⁵¹ SINGER, s. 8.

⁵² JONES, s. 472.

⁵³ JONES, s. 472.

⁵⁴ FRANCIONE, s. 76.

⁵⁵ BAGARIC/ KOTZMANN/ WOLF, s. 431.

⁵⁶ BAGARIC/ KOTZMANN/ WOLF, s. 431.

⁵⁷ BAGARIC/ KOTZMANN/ WOLF, s. 431.

⁵⁸ Türkiye’de Hayvanları Koruma Kanunu’nun yasalaşma ve değişiklik süreci şu şekilde özetlenebilir:

18.10.1995 - Çevre Bakanlığı’nın Hayvanları Koruma Kanunu Tasarısı

22.06.1999 - Bakanlar Kurulunca yenilenecek 21. dönem TBMM Başkanlığına sunulması

23.12.2002 - Bakanlar Kurulunca yenilenecek TBMM Başkanlığına sunulması

26.12.2002 - TBMM Başkanlığınca İçişleri Komisyonuna, Çevre Komisyonuna ve Adalet Komisyonuna havale edilmesi

15.01.2003 - Adalet, İçişleri, Çevre ve Tarım ve Köy işleri Bakanlıkları temsilcilerinin de katılımıyla incelenip görüşülmesi

24.06.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (RG. 01.07.2004, S. 25509)

da kanun tasarıları hazırlanmış ve fakat değişiklikler 2021 yılında 7332 sayılı “Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile gerçekleşmiştir. 14 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe giren bu kanun ile sahipli hayvanın mala zarar verme suçunun konusu olabileceğini düzenleyen TCK m. 151/2⁵⁹ yürürlükten kaldırılmıştır.

7332 sayılı Kanun ile idari para cezasını gerektiren kabahatlerin yer aldığı HKK’ye çeşitli suç tipleri eklenmiştir. Söz konusu kanun teklifinin gerekçesinde, mevcut kanunda hayvanlara zarar veren fillerin idari para cezası ile cezalandırılmasında, uluslararası sözleşmelerin ve evrensel hukuk ilkelerinin devletlere yüklediği pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak caydırıcı niteliğe sahip düzenlemeler yapma ihtiyacının göz önünde bulundurulduğuna dikkat çekilir⁶⁰. Fakat aradan geçen zaman içinde bu yaptırımların yeniden değerlendirilmesi ihtiyacının ortaya çıktığı da kabul edilmekte ve hatta son dönemde yaygınlaşan ve basına da yansıyan hayvanlara yönelik şiddet eylemleri toplum vicdanını yaraladığından daha etkin tedbir almanın bir zorunluluk olarak ortaya çıktığına işaret edilmektedir. İşte bu gerekçelerle sunulan ve kanun koyucu tarafından kabul edilen 7332 sayılı Kanun ile HKK’ye 28/A maddesi altında eklenen suçlar ve karşılığında öngörülen cezalar şu şekilde tablolaştırılabilir:

Suç	Ceza
Nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldürmek	1 yıldan 5 yıla hapis cezası
Bir hayvan neslini yok etmek	5 yıldan 10 yıla hapis cezası
Bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldürmek ⁶¹	6 aydan 4 yıla hapis cezası

2012 - Hayvanları Koruma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

2018 - Hayvanları Koruma Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

09.07.2021 tarihli ve 7332 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 14.07.2021, S. 31541)

⁵⁹ TCK m. 151 - Mala zarar verme

“(1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirlüten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) (Mülga: 09.07.2021-7332/17 md.) *Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*”

⁶⁰ Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi, Adalet ve Kalkınma Partisi TBMM Grup Başkanlığı, Tarih: 01.07.2021, Sayı: 151.

⁶¹ HKK m. 28/A/5 uyarınca HKK m. 12 kapsamındaki hayvan kesimleri ile m. 13’ün birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında belirtilen hususlar saklı tutulmuştur. 30.07.2024 tarihli ve 7527 sayılı Kanun m. 11 ile bu fıkra “birinci” ibaresinden sonra gelmek üzere “ikinci ve üçüncü” ibaresi eklenmiştir.

HKK m. 12 - Hayvanların kesimi

“Hayvanların kesilmesi; dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak hayvanı korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, hijyenik kurallara uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda yapılır. Hayvanların kesiminin ehliyetli kişilerce yapılması sağlanır.

Dini amaçla kurban kesmek isteyenlerin kurbanlarını dini hükümlere, sağlık şartlarına, çevre temizliğine uygun olarak, hayvana en az acı verecek şekilde bir anda kesimi, kesim yerleri, ehliyetli kesim yapacak kişiler ve ilgili

Hayvanlara cinsel saldırıda bulunmak veya tecavüz etmek	6 aydan 3 yıla hapis cezası ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası
Bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence etmek veya acımasız ve zalimce muamelede bulunmak	6 aydan 3 yıla hapis cezası
Hayvanları dövüştürmek ⁶²	3 aydan 2 yıla hapis cezası veya adli para cezası

Görüldüğü üzere kanun koyucu bazı eylemler için hayvanlar arasında bir ayrım yapmaksızın suç tipi ihdas ederken, bazı suç tiplerinde suçun konusunun bir ev hayvanı veya evcil hayvan olmasını gerekli kılmıştır. Örneğin hayvanlara cinsel saldırıda bulunma veya tecavüz etme suçunda hayvanın sahipli veya sahipsiz, evcil hayvan veya ev hayvanı niteliğinde olup olmaması önem taşımaz. Fakat kasten öldürme, işkence etme, acımasız ve zalimce muamelede bulunma suçları bakımından hayvanın ev hayvanı veya evcil hayvan niteliğinde olması gerekir. 7332 sayılı Kanun'un gerekçesinde ev hayvanı ve evcil hayvan tespit edilirken HKK m. 3'teki tanımların esas alınacağı belirtilir. "Ev hayvanı" terimini HKK'ye 7332 sayılı Kanun eklemiş ve bu terime şöyle bir tanım getirmiştir⁶³: "Gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan". HKK m. 3(e) uyarınca evcil hayvan ise "insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanlar" olarak tanımlanmıştır. Gerekçeye göre:

"Yabani hayvan olmakla birlikte, ev, işyeri veya arazide özel ilgi ve refakat amacıyla veya ilgili mevzuat uyarınca verilen izinle muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen papağan, geyik ve yaban keçisi gibi hayvanlar "ev hayvanı" olarak suçun konusu olabilecektir. Bunun gibi kedi veya köpek, sahipsiz bile olsa, insan tarafından kültüre alınmış bir tür olarak "evcil hayvan" sıfatıyla suçun konusu olabilecektir."

diğer hususlar Bakanlık, kurum ve kuruluşların görüşü alınarak, Diyanet İşleri Başkanlığının bağlı olduğu Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

HKK m. 13 - Hayvanların ötanazisi (Değişik başlık: 30/7/2024-7527/5 md.)

"(Ek: 30/7/2024-7527/5 md.) Bakımevine alınan köpeklerden; insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen, bulaşıcı veya tedavi edilemeyen hastalığı bulunan ya da sahiplenilmesi yasak olanlara 11/6/2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen tedbir uygulanır.

(Ek: 30/7/2024-7527/5 md.) Yerel yönetimler sahipsiz köpeklere ilişkin yürüttüğü iş ve işlemlerde Bakanlar Kurulunun 28/8/2003 tarihli ve 2003/6168 sayılı Kararı ile onaylanan Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamında gerekli idari tedbirleri almaya yetkilidir.

Kanunî istisnalar ile tıbbî ve bilimsel gerekçeler ve gıda amaçlı olmayan, insan ve çevre sağlığına yönelik önlenemez tehditler bulunan acil durumlar dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanlar öldürülemez.

Öldürme işleminden sorumlu kişi ve kuruluşlar, hayvanın kesin olarak öldüğünden emin olunduktan sonra, hayvanın ölüsünü usulüne uygun olarak bertaraf etmek veya ettirmekle yükümlüdürler. Öldürme ve ötanazi işlemine ilişkin esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

⁶² HKK m. 28/A/5 uyarınca HKK m. 11/2'nin ikinci cümlesi olan "Folklorik amaca yönelik, şiddet içermeyen geleneksel gösteriler, Bakanlığın uygun görüşü alınarak il hayvanları koruma kurullarından izin alınmak suretiyle düzenlenebilir." hükmü saklıdır.

⁶³ HKK m. 3(1).

HKK m. 28/A/6, söz konusu suçların birden fazla hayvana karşı aynı anda işlenmesi durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını belirterek özel bir içtima hükmü ihdas etmiştir⁶⁴. HKK m. 28/A/7’de bu suçların belirli kişiler tarafından işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir⁶⁵. HKK m. 28/A/8’de ise bir muhakeme şartı öngörülmüş ve “sahibi tarafından işlenen suçlar da dâhil olmak üzere bu maddede belirtilen suçların işlenmesi halinde soruşturma yapılması Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına” bağlanmıştır. Yine aynı fıkra uyarınca, suçüstü halinde soruşturma, genel hükümlere göre yapılır; nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldürme suçu hariç olmak üzere maddede düzenlenen suçların başka bir kişi tarafından sahipli bir hayvana karşı işlenmesi halinde ise hayvan sahibinin şikâyeti üzerine de soruşturma yapılabilir. Son olarak maddede düzenlenen suçlara konu olan ve HKK m. 24 uyarınca el konulan kedi ve köpekler ile Bakanlıkça uygun görülen diğer hayvanlar koruma altına alınarak bakımevi bulunan en yakın belediye tarafından hayvan bakımevine götürülür.

Sahipsiz hayvanlara karşı işlenen suçların yazılı başvuru şartına bağlanmış olması 134 milletvekili tarafından Anayasa’ya aykırı görülmüş ve soyut norm denetimi kapsamında Anayasa’nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 36., 40., 56., 63., 74., 90. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur⁶⁶. Dava dilekçesinde özetle, “hayvanlara karşı işlenen suçlar bakımından genel soruşturma usulünden ayrılarak yeni bir muhakeme şartı getirilmesinin haklı bir nedeninin bulunmadığı, sağlıklı ve dengeli çevrenin unsurlarından olan hayvanların korunmaları bakımından onlara karşı işlenen suçların da adli makamlarca etkin bir şekilde soruşturulması gerektiği, kuralla hayvanları koruma kapsamının önemli ölçüde daraltıldığı, hayvanların korunmasına yönelik ihdas edilen suç tiplerinden beklenen kamusal yararın önemli ölçüde etkisizleştirilerek ortadan kaldırıldığı, bu durumun hayvan haklarını koruyan uluslararası sözleşmelerle de bağdaşmadığı, kuralla adli sürece idari müdahalede bulunduğu, hangi durumlarda yazılı başvuru yapılacağına kuralda belirlenmediği, bu itibarla belirli ve öngörülebilir olmayan kuralın keyfiliğe neden olabileceği, hayvanlara karşı suç işleyen kişilerin yargılama ve cezalandırma bakımından diğer suç tiplerini işleyen kişilerden kapsamlı ve belirgin bir şekilde ayrılmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı” gerekçelerine dayanılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, diğer gerekçelerin yanı sıra, yazılı başvuru şartının getirilmesi suretiyle genel soruşturma usulünden farklı bir usulün belirlenmesinin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu ve kuralın, suç teşkil edebilecek eylemlerin suç oluşturmayan diğer

⁶⁴ Karşılaştırınız: **TCK m. 43 - Zincirleme suç**

“(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

⁶⁵ **HKK m. 28/A/7**: “Maddede düzenlenen suçların veteriner hekim, veteriner sağlık teknisyeni, hayvan koruma derneği üyeleri, hayvan koruma vakfı üyeleri veya hayvanlara bakmak yahut onları korumakla görevlendirilen kişiler tarafından işlenmesi durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

30.07.2024 tarihli ve 7527 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle, bu fıkra yer alan “hayvan koruma gönüllüsü” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁶⁶ **AYM, Esas Sayısı: 2021/97, Karar Sayısı: 2022/36, Karar Tarihi: 24/3/2022, R.G. Tarih – Sayı: 8/6/2022 – 31860.**

olaylardan ilk aşamada ayrıştırılarak adli makamların gereksiz emek ve zaman kayıplarının önlenmesi amacıyla ihdas edildiği gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir.

Bu tebliğin yazıldığı sırada HKK’de yapılan en son değişiklikler ise 2 Ağustos 2024 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.07.2024 tarihli ve 7527 sayılı “Hayvanları Koruma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile gerçekleşmiştir. Bu Kanun ile sahipli hayvan⁶⁷ ve sahipsiz hayvan⁶⁸ terimleri tanımlanmış ve HKK m. 13’te yapılan değişikliklerle “bakımevine alınan köpeklerden insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen, bulaşıcı veya tedavi edilemeyen hastalığı bulunan ya da sahiplenilmesi yasak olanlara” ötenazi tedbirinin uygulanması öngörülmüştür⁶⁹. Kamuoyunda “sokak köpeklerinin uyutulması” olarak nitelendirilen ve büyük tepki toplayan bu uygulamanın da faydacılık anlayışı bağlamında değerlendirilmesi mümkündür.

Değerlendirme ve Sonuç

Kanaatimizce Türk kanun koyucunun 7332 ve 7527 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle sonuçsalıcı bir yaklaşım olan faydacılık anlayışını benimsediği söylenebilir. Fakat burada benimsenen faydacılık anlayışı olsa olsa *Bentham*’ın klasik faydacılığıdır. Çünkü

⁶⁷ **HKK m. 3(j)**: (Değişik: 30/7/2024-7527/2 md.) “Sahipli hayvan: Bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan ve Bakanlık veri tabanına kaydedilen ev hayvanlarını”, ifade eder.

⁶⁸ **HKK m. 3(f)**: (Değişik: 30/7/2024-7527/2 md.) “Sahipsiz hayvan: Sahipli hayvanlar dışında kalan evcil hayvanları”, ifade eder.

⁶⁹ **HKK m. 13 - Hayvanların ötanazisi (Değişik başlık: 30/7/2024-7527/5 md.)**

“(Ek: 30/7/2024-7527/5 md.) Bakımevine alınan köpeklerden; insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen, bulaşıcı veya tedavi edilemeyen hastalığı bulunan ya da sahiplenilmesi yasak olanlara 11/6/2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen tedbir uygulanır.

(Ek: 30/7/2024-7527/5 md.) Yerel yönetimler sahipsiz köpeklere ilişkin yürüttüğü iş ve işlemlerde Bakanlar Kurulunun 28/8/2003 tarihli ve 2003/6168 sayılı Kararı ile onaylanan Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamında gerekli idari tedbirleri almaya yetkilidir.

Kanunî istisnalar ile tıbbî ve bilimsel gerekçeler ve gıda amaçlı olmayan, insan ve çevre sağlığına yönelik önlenemez tehditler bulunan acil durumlar dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanlar öldürülemez.

Öldürme işleminden sorumlu kişi ve kuruluşlar, hayvanın kesin olarak öldüğünden emin olunduktan sonra, hayvanın ölüsünü usulüne uygun olarak bertaraf etmek veya ettirmekle yükümlüdürler. Öldürme ve ötanazi işlemine ilişkin esas ve usuller Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

Ayrıca bkz. **Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 9 – Hayvan Refahı**

“(1) Hayvan sahipleri veya bakımından sorumlu kişiler, hayvan refahının sağlanması amacıyla, hayvanların barınma, bakım, beslenme, sağlık ve diğer ihtiyaçlarını karşılamak, sorumluluklarındaki hayvanların insan, hayvan ve çevre sağlığı üzerinde oluşturabilecekleri olumsuz etkilere karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

(2) Hayvanların kesimi ve hastalık kontrolü amacıyla itlafi, hayvanlarda heyecan, acı ve ıstırap oluşturmadan, uygun araçlar kullanılarak yerine getirilir.

(3) Hayvanlara ötenazi yapmak yasaktır. Ancak,

a) Hayvanlara acı ve ıstırap çektiren veya iyileşme durumu bulunmayan hastalık durumlarında,

b) Akut bulaşıcı bir hayvan hastalığının önlenmesi ya da eradikasyonu amacıyla veya insan sağlığı için risk oluşturan durumlarda,

c) Davranışları insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen durumlarda,

veteriner hekim tarafından ötenazi yapılmasına karar verilebilir. Ötenazi işlemi veteriner hekim tarafından veya veteriner hekim gözetiminde yapılır.

(4) Hayvanların barınma, nakil, kesim öncesi ve kesimi sırasındaki hayvan refahı esasları Bakanlıkça belirlenir. Hayvan kesimlerinin Bakanlıktan onaylı kesim yerlerinde yapılması zorunludur.

(5) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.”

Singer'ın çıkar faydacılığı, *Bentham*'da olduğu gibi, insan refahının hayvanlara acı vermediği sürece daha üstün tutulmasını gerektirmez. *Singer*, endüstriyel hayvan kesimleri ve hayvan deneyleri gibi uygulamaların hayvanlara acı vermeden de yapılabileceğine inanmaz. Dahası bu uygulamalardan elde edilecek faydanın genel refaha olan katkısına da şüpheyle yaklaşır. HKK m. 9 ise “başkaca bir seçenek olmaması” şartıyla hayvanların denek olarak kullanılmasına izin vermekte ve bunun şartlarını düzenlemektedir⁷⁰. Hayvanların yemek için kesimi ise HKK m. 12’de düzenlenmiş, kesimin “dini kuralların gerektirdiği özel koşullar dikkate alınarak hayvanı korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, hijyenik kurallara uyularak ve usulüne uygun olarak bir anda” ve ehliyetli kişilerce yapılması öngörülmüştür. Ülkemizde dini sebeplerle hayvanlar uyutulmadan kesilmektedir. Hatta Almanya’da yaşayan Türk bir kasabın, dini nedenlerle hayvanlarını uyutmadan kesmek istemesi Alman İdare Mahkemesi’nin bir kararına konu olmuş, mahkeme, Alman Hayvan Koruma Kanunu §4(1)’deki “Sıcakkanlı bir hayvan ancak kan akışı başlamadan önce uyutulmak şartıyla kesilebilir.” hükmünü gerekçe göstererek kasabın talebini reddetmiştir⁷¹. Bunun üzerine kasap, kanun önünde eşitlik, kişisel özgürlük, girişim ve din özgürlüğü haklarının ihlal edildiği gerekçeleri ile Almanya Federal Anayasa Mahkemesi’ne (*Bundesverfassungsgericht*) bireysel başvuruda bulunmuştur⁷². Mahkeme, “bir hayvanın uyutulmadan kesilmesinin hayvana çok acı çektireceğini kabul etmiş olmasına karşın Hayvanları Koruma Kanunu’nun (*TierSchG*) temelinin ‘makul bir gerekçe olmaksızın’ hayvana acı çektirilmesi, eziyet edilmesi ve zarar verilmesinin önüne geçilmesi olduğunu ve bu sebeple başvurucu kasabın hayvanlarını uyutmadan kesme gerekçesinin makul olduğunu belirtmiş ve kasabın üstün anayasal haklarının ihlal edildiğine, kasabın hayvanlarını uyutmadan kesebileceğine karar vermiştir”⁷³. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında da görüldüğü üzere makul bir gerekçenin mevcut olması halinde hayvanın uyutulmadan kesilmesi mümkündür ve bu gerekçe çoğunlukla insan hak ve çıkarlarını temsil eden bir gerekçedir. Yine de söz konusu karar, Almanya’da hayvanların korunmasının anayasal güvence altına alınmasına giden yolda oldukça etkili olmuştur⁷⁴.

⁷⁰ Bkz. **HKK m. 9 - Hayvan deneyleri**

“Hayvanlar, bilimsel olmayan teşhis, tedavi ve deneylerde kullanılamazlar.

Tıbbî ve bilimsel deneylerin uygulanması ve deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması ve deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması ve barındırılması esastır.

Başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanlar bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabilir.

Hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda bu deneylerin yapılmasına kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurullar yoluyla izin verilir.

Etik kurulların kuruluşu, çalışma usul ve esasları, Sağlık Bakanlığının ve ilgili kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Deney hayvanlarının yetiştirilmesi, beslenmesi, barındırılması, bakılması, deney hayvanı besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin tescil edilmesi, çalışan personelin nitelikleri, tutulacak kayıtlar, ne tür hayvanların yetiştirileceği ve deney hayvanı besleyen, tedarik eden ve kullanıcı işletmelerin uyacağı esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

⁷¹ AKBEN, s. 1061.

⁷² AKBEN, s. 1061.

⁷³ AKBEN, s. 1061.

Ayrıca bkz. **GG §20a - Doğal yaşam kaynaklarının ve hayvanların korunması**: “Gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devlet, doğal yaşam kaynaklarını anayasal düzenin çerçevesinde yasamayla, yasalara ve hukuka uygun olarak yürütme ve yargı organlar aracılığı ile korur.” <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, E.T. 01.04.2024.

⁷⁴ AKBEN, bu kararın kamuoyunda büyük bir tepkiye neden olduğunu, hayvan hakları aktivistlerinin bunu Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası GG §20a’da yapılması planlanan ama yapılamayan değişikliğin önemi

Türkiye’de çevrenin korunması Anayasa’da düzenlenmekle beraber, hayvanların korunmasına dair bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁵. Anayasamız daha ziyade hayvancılığa ilişkin olarak bir hüküm getirmiş ve bu üretim dalında çalışanların korunmasını güvence altına almıştır⁷⁶. Ülkemizde hayvanların korunmasına ilişkin güvenceler ve bunların çerçevesi Hayvanları Koruma Kanunu (HKK) kapsamındadır. HKK m. 1’e göre kanunun amacı “insan, hayvan ve çevre sağlığı gözetilmek kaydıyla hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır”. “İnsan, hayvan ve çevre sağlığı gözetilmek kaydıyla” ibaresi maddeye yakın zamanda, 30.7.2024 tarihli ve 7527 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle, eklenmiştir. Yine HKK m. 4(g) uyarınca “Hayvanların korunması ve rahat yaşamalarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır.”

Görüldüğü üzere kanunun uygulanmasında insan sağlığı ve güvenliği gözetilmektedir. Dahası 7332 sayılı Kanun değişiklikleri kapsamında HKK m. 28/A’da düzenlenen hayvana yönelik öldürme, işkence etme veya acımasız ve zalimce muamelede bulunma suçlarında, suçun konusunun ev hayvanı veya evcil hayvan ile sınırlandırılması da hayvanların çıkarlarının insanların çıkarlarından bağımsız olarak ele alınmadığını göstermektedir. 7332 sayılı Kanun gerekçesinde sahipsiz kedi ve köpeklerin de insan tarafından kültüre alınmış bir tür olarak “evcil hayvan” sıfatıyla suçun konusu olabileceği vurgulanmıştır. Ev hayvanı veya evcil hayvan niteliğinde olmayan hayvanlara yönelik “kasıtlı olarak kötü davranmak, dövme, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek” fiilleri ise HKK m. 28/1(j) uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmaktadır. Hayvanlar arasında yapılan bu ayrımın *Singer*’ın kınadığı türde bir türçülük örneği olduğu iddia edilebilir. Nitekim Güney Avustralya’da hayvan refahı suçları için azami cezaların artırılmasının cezai değişime neden olup olmadığı araştıran bir araştırma bunu iddia etmektedir. Bu çalışmada türçülük, bir hayvan türünün mağdur olduğu suçlarda diğer hayvan türünün mağdur olduğu suçlara kıyasen daha ağır cezalar verilmesi ve dolayısıyla

konusundaki farkındalığı arttırmak için kullandıklarını ve nihayet 2002 yılında GG §20a’ya “ve hayvanların” ibaresinin eklenmesine karar verildiğini aktarmaktadır. Bkz. AKBEN, s. 1061-1063.

Ayrıca bkz. **GG §20a - Doğal yaşam kaynaklarının ve hayvanların korunması**

“Gelecek kuşaklara karşı da sorumlu olan devlet, doğal yaşam kaynaklarını anayasal düzenin çerçevesinde yasamayla, yasalara ve hukuka uygun olarak yürütme ve yargı organlar aracılığı ile korur.” <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, E.T. 01.04.2024.

⁷⁵ Bkz. **Anayasa m. 56 - Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması**

“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”

⁷⁶ Bkz. **Anayasa m. 45 - Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması**

“Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer’aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır.

Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.”

daha fazla içsel değer atfedilmesi olarak ele alınmıştır⁷⁷. Örneğin, refakatçi hayvanlara (*companion*) karşı suç işleyenlerin, çiftlik hayvanlarına karşı suç işleyenlere kıyasla daha ağır cezalar alması türcülük olur⁷⁸. Hem refakatçi hayvanlara hem de çiftlik hayvanlarına yönelik suç işleyenlerin aldığı ortalama cezaların karşılaştırılarak incelendiği çalışmada, beklenenin aksine, çiftlik hayvanlarına karşı işlenen suçlarda ortalama cezaların daha yüksek olduğu tespit edilmiştir. Yazarlara göre bu durum, çiftlik sektörünün faydacı doğasının (*utilitarian nature*) yanı sıra, çiftçilerin, istihdamları gereği hayvanlara insanca davranma konusundaki etik sorumluluğu nedeniyle yargıçların çiftlik hayvanlarını istismar edenleri daha yüksek derecede sorumlu tutmasıyla açıklanabilir⁷⁹.

Türk kanun koyucunun hayvanlara ilişkin olarak cinsel saldırıda bulunma veya tecavüz etme suçunda bir ayırım yapmaması ise kayda değerdir. Kanaatimizce bu suç bağlamında hayvanların çıkarlarının ayırım olmaksızın ön planda tutulmasından ziyade, kamu ahlakının korunması noktasında bir caydırıcılığın hedeflendiği söylenebilir. Çünkü hayvanlara yönelik öldürme ve eziyet gibi eylemler kamuoyu vicdanını yaralamakla beraber, “hayvana tecavüz edildiği” şeklinde çıkan haberler, ahlaki bozulma ve sapkınlık eğilimi noktasında sosyolojik olarak daha vahim görülebilmektedir.

Kamuoyunda oldukça ses getiren bir değişiklikte, HKK m. 13 uyarınca “bakımına alınan köpeklerden insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen, bulaşıcı veya tedavi edilemeyen hastalığı bulunan ya da sahiplenilmesi yasak olanlara” ötenazi tedbirinin uygulanması ise *Bentham*’ın klasik faydacılığına uygun görülmektedir. Fakat *Singer*’ın faydacılığında bu uygulama da bir “türcülük” göstergesi olarak değerlendirilebilir. Çünkü hayvanların tehlikeli ve saldırgan olmalarının altındaki nedenin hayvanın türünden değil, yetiştirilme ve eğitime yöntemi gibi insan kaynaklı olabileceği de savunulmaktadır⁸⁰.

Son olarak 7332 sayılı Kanun ile HKK’ye eklenen suçlar için getirilen, Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlükleri tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunma şeklindeki muhakeme şartına da değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi tarafından oyçokluğu ile Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilen bu hüküm de faydacılık anlayışı bağlamında değerlendirmeye açıktır. Nitekim ilgili AYM kararına karşı oy kullanan hâkim *Zühtü Arslan* da karşı oyunun gerekçesinde *Bentham*’a atıfta bulunmaktadır⁸¹. Fakat bundan önce *Arslan*, 7332 sayılı Kanun’un gerekçesinde “bir can ve dost olarak kabul ettiğimiz hayvanların daha etkin bir şekilde korunması” ve bu amaçla “hayvanlara yönelik haksız eylemlere karşı caydırıcı yaptırımlar belirleme” şeklinde bir yaklaşımın benimsendiğini ve dava konusu kural ile ortaya konulan bu yaklaşımın en az iki nedenle bağdaşmadığını ifade eder. Bu nedenlerden ilki, başvuru yapıp yapmama konusunda tüm takdir idareye ait olduğundan, kuralın, haksız eylemlerin cezasız kalmasına yol açabilecek mahiyette olmasıdır. İkinci neden

⁷⁷ MORTON, Rochelle/ HEBART, Michelle L./ WHITTAKER, Alexandra L., “Increasing Maximum Penalties for Animal Welfare Offences in South Australia—Has It Caused Penal Change?”, *Animals*, Y. 2018, C. 8, S. 12, s. 236-253, s. 248.

⁷⁸ MORTON/HEBART/WHITTAKER, s. 248.

⁷⁹ MORTON/HEBART/WHITTAKER, s. 248.

⁸⁰ ÖZGÜR, s. 33.

⁸¹ Bkz. AYM, Esas Sayısı: 2021/97, Karar Sayısı: 2022/36, Karar Tarihi: 24/3/2022, R.G. Tarih – Sayı: 8/6/2022 – 31860.

ise sahipli hayvanlar ile sahipsiz hayvanlara karşı işlenen suçların soruşturulmasına ilişkindir. Çünkü dava konusu yapılmamakla birlikte ilgili hükümde, hayvanın sahipli olması ve suçun başka kişiler tarafından işlenmesi halinde hayvan sahibinin şikâyeti üzerine de soruşturma yapılacağı öngörülmektedir. Oysaki hayvanları “mal” olarak değil, “can” olarak gören yaklaşımla uyumlu bir şekilde TCK m. 151/2 yürürlükten kaldırılmışken, soruşturma başlatılmasına ilişkin olarak sahipli/sahipsiz hayvan ayrımı yapılması aynı yaklaşımla bağdaşmaz. *Arslan*, hayvanlara yönelik suç teşkil eden eylemlerin asıl ve doğrudan mağdurunun bu eyleme muhatap olan hayvanlar olduğunu, hayvanların hissedebilen ve bu anlamda acı çekebilen varlıklar olduğunu, dolayısıyla hukuk tarafından etkili şekilde korunmaları gerektiğini ifade eder ve bunu *Bentham*’ın yukarıda yer verilen ünlü sözleriyle destekler.

Arslan’ın haklı olarak ifade ettiği üzere, “hayvanların aynı zamanda ekonomik değeri olduğu, dolayısıyla onların haksız yere öldürülmesi ya da yaralanması durumunda sahibinin de “mağdur” olacağı yönündeki anlayış da dava konusu kuralı haklılaştırmak için yeterli değildir”. *Arslan*’a göre hayvanlara karşı işlenen suçlarda mağdurların şikâyetleri esas alınacaksa, herkesin doğrudan savcılığa şikâyette bulunabilmesi gerekir. Çünkü sahibi tarafından kendi hayvanına ve herhangi bir kişi tarafından sahipsiz hayvana yönelik suçta mağdur, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olan herkes olarak görülmelidir. Gerek *Bentham*’ın gerekse *Singer*’ın faydacılık anlayışında sahipli hayvanlar ile sahipsiz hayvanlara karşı işlenen suçların soruşturulmasında bu şekilde bir ayrıma gidilmesini haklı gösterecek bir gerekçe bulmak güçtür. En azından *Arslan*’ın önerdiği üzere, ilgili suçlarda mağdurun, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olan herkes” olarak kabul edilmesi, insan refahının üstünlüğü vurgusunun daha belirgin şekilde yapıldığı *Bentham*’ın faydacılığı ile de uyumlu görülebilir.

Kanaatimizce 7332 sayılı Kanun ile HKK ve TCK’de yapılan değişikliklerden sonra Almanya, İsviçre ve Fransa kanun koyucularının yaptığı gibi açıkça belirtilmese de, hayvanların ceza hukuku yoluyla korunması noktasında artık eşya statüsünde olmadıklarını ve özel bir hukuki korumadan faydalandıklarını belirtmek gerekir. Bu hukuki koruma *Bentham*’ın klasik faydacılık anlayışına daha yakın olmakla beraber, *Singer*’ın çıkar faydacılığından oldukça uzaktır. Fakat hayvanların acı çeken, dolayısıyla çıkarları olan ve eşit değerlendirilmeye layık canlılar oldukları fikrinin daha çok içselleştirilebileceği bir toplum tasavvurunda en azından bir başlangıçtır.

Kaynakça

AKBEN, Dilara, “Alman Hukukunda ve Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasının Karşılaştırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 25, S. 2, s. 1047-1102.

AKBULUT, Onur/ÇOBANOĞLU, Nesrin, “Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2020, C. 36, s. 1-37.

BAŞ, Eylem, “Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 12, S. 1, s. 1-16.

BAGARIC, Mirko/KOTZMANN, Jane/ WOLF, Gabrielle, “A Rational Approach to Sentencing Offenders for Animal Cruelty: A Normative and Scientific Analysis Underpinning Proportionate Penalties for Animal Cruelty Offenders”, **South Carolina Law Review**, Y. 2019, C. 71, S. 2, s. 385-447.

BANWELL, Stacy, **The War Against Nonhuman Animals**, London, Palgrave Macmillan Cham, 2023

BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Yayına Hazırlayan: Jonathan Bennett, 2017[1823], Erişim: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>, E.T. 01.04.2024.

BLOSH, Marie, **The History of Animal Welfare Law and the Future of Animal Rights**, Electronic Thesis and Dissertation Repository, The School of Graduate and Postdoctoral Studies the University of Western Ontario, 2012.

CAVALIERI, Paola, **The Animal Question: Why Nonhuman Animals Deserve Human Rights**, Oxford University Press, 2003.

ÇELEBİ, Özgün, “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Y. 2018, C. 76, S. 2, s. 559-622.

DÖNMEZ, Burcu, “Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 903-925.

ERTAŞ, Şeref, **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, İleri Kitabevi, İzmir, 2012.

FLYNN, Clifton, “Battered Women and Their Animal Companions: Symbolic Interaction Between Human and Nonhuman Animals”, **Society & Animals**, Y. 2000, C. 8, S. 2, s. 99-127.

FRANCIONE, Gary L., “Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance”, **Animal Law**, Y. 1997, C. 13, s. 75-101.

FRANCIONE, Gary L., “Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animals”, **Law, Culture and the Humanities**, Y. 2010, C. 6, S. 1, s. 24-36.

JONES, Robert C., “Animal Rights is a Social Justice Issue”, **Contemporary Justice Review**, Y. 2015, C. 18, S. 4, s. 467-482.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, “Hayvanın Hukukî Konumu”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 8, S. Özel, s. 1691-1723.

MORTON, Rochelle/ HEBART, Michelle L./WHITTAKER, Alexandra L., “Increasing Maximum Penalties for Animal Welfare Offences in South Australia—Has It Caused Penal Change?”, **Animals**, Y. 2018, C. 8, S. 12, s. 236-253.

ÖZEN İNCİ, Zekiye, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 1, s. 1-24.

ÖZGÜR, Atilla, “Türk Hukuk Sisteminde Hayvanlar”, **Veteriner Hekimler Derneği Dergisi**, Y. 2010, C. 81, S.1, s. 31-34.

PEGGS, Kay, “The ‘Animal-Advocacy Agenda’: Exploring Sociology for Non-Human Animals”, **The Sociological Review**, Y. 2013, C. 61, S. 3, s. 591-606.

REGAN, Tom, “A Case for Animal Rights”, **Advances in Animal Welfare Science**, Michael W. Fox & Linda D. Mickley (eds.), s. 179-189, The Humane Society of the United States, Washington, 1986.

ROWLANDS, Mark, **Animal Rights Moral Theory and Practice**, 2nd Edition, Palgrave Macmillan, Londra, 2009.

SHAW, William, “The Consequentialist Perspective”, **Contemporary Debates in Moral Theory**, James Drier (ed.), s. 5-20, Blackwell Publishing, Oxford, 2006.

SINGER, Peter, **Animal Liberation**, HarperCollins, New York, 2002.

SİNMEZ, Aybige, **Hayvanların Ceza Hukuku Yoluyla Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2022.

KASTEN YARALAMA SUÇUNUN CANAVARCA HİSLE İŞLENMESİ NİTELİKLİ HALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Şölen ÇAKIROĞLU*

Özet

31100 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 15.4.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la birlikte kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendine “canavarca hisle” işlenmesi ibaresi eklenerek kasten yaralama suçunun yeni bir nitelikli hali öngörülmüştür. Değişiklik uyarınca kasten yaralama suçunun nitelikli hali olarak kabul edilen canavarca hisle işlenmesi durumunda verilecek ceza diğer nitelikli hallerden farklı olarak yarı oranında değil bir kat arttırılacaktır. Aslında söz konusu değişikliğin eski erkek arkadaşı tarafından yüzüne kezzap atılarak bir kadının yaralandığı somut olayda verilen cezanın hafif olduğuna ilişkin eleştiriler ve gelişen olaylar etkisiyle oluşan bir tepki hükmü niteliğinde olduğu görüşü hakimdir. Nitekim kasten yaralama suçunun nitelikli haline canavarca hisle işlenmesinin eklenmesine ilişkin gerekçede de canavarca hisle işlenmesine ilişkin örnek olarak yüze kezzap atılmak suretiyle işlenmesi gösterilmiştir. Belirli tepkiler kapsamında getirilen bir değişiklik olması nedeniyle gelişen eleştirilerine ek olarak kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesine ilişkin başkaca problemler bulunmaktadır. Bu doğrultuda ilgili nitelikli halin ayrıca düzenlenmesine ilişkin gereklilik hususu tartışmaya değerdir. Söz konusu düzenlemenin madde kapsamında yer almaması ihtimalinde yine kezzap örneği üzerinden hareket edilirse gerek kezzap zaten silah olarak sayılacağından ceza yarı oranında gerekse de sabit iz bırakması özelliğinden mütevellit ceza bir kat arttırılarak uygulanabilecektir. Bu kapsamda ayrı bir nitelikli hal öngörülmesinden kasten yaralama suçunun cezasının üst sınırının arttırılması ve Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesi uyarınca cezanın alt sınırdan uzaklaşarak verilmesi şeklinde önerilen alternatif çözüm yolları da değinilmesi gereken diğer bir konuyu teşkil etmektedir. Zira canavarca hisle işlenmesinin içeriğinin net olarak belirlenmesindeki güçlükler de çalışma kapsamında ele alınacak bir diğer başlıktır. Caydırıcılığı sağlamak ve suçla etkin bir şekilde mücadele etmek amacıyla getirilen bu değişiklik ile ilgili belirtilen problemler üzerinde durulacak ve konuya ilişkin çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kasten yaralama, Nitelikli yaralama, Canavarca his, Eziyet çektirme, Zevk için öldürme.

Giriş

31100 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 15.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la birlikte kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendine “*canavarca hisle*” işlenmesi ibaresi eklenerek kasten yaralama suçunun yeni bir nitelikli hali öngörülmüştür. Bir suçun canavarca hisle işlenmesi kanunda kasten yaralama suçu dışında ve zamansal olarak daha öncesinde öldürme suçu açısından öngörülmüş bir nitelikli hali teşkil etmektedir. TCK’nın 82. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde “*canavarca hisle ve eziyet çektirerek*” demek suretiyle öldürme suçunun nitelikli hali düzenlemiştir. Yaralama suçuna ilgili nitelikli hal eklenirken öldürme suçundaki eziyet çektirerek kısmı dâhil edilmemiştir. Yaralama suçunun eziyet çektirerek gerçekleştirilmesinin

nitelikli hal kapsamına alınmaması yerinde bir tercih olmakla birlikte bu durum canavarca hissin tanımlanmasında da yardımcı olacaktır.

Yaralama suçuna canavarca hisle işlenmesi nitelikli halinin eklenmesinde aslında kamuoyunda büyük bir ses uyandıran yüzüne eski erkek arkadaşı tarafından kezzap atılan bir genç kızın ağır bir şekilde yaralandığı olay etkili olmuştur. Nitekim yaşanan bu olayın ardından asitli saldırıya uğrayan kadının yüzündeki kalıcı ize ek olarak bir gözünün kör olması ve ağır ameliyatlar geçirmesinde kasten yaralama suçundan kurulan hükmün yetersiz olduğu yönünde görüşler ortaya çıkmıştır¹. Verilen cezanın yetersiz olduğuna ilişkin toplumsal tepkiler, haberler ve görüşler de inceleme konusu değişikliğin yapılmasının temellerini atmıştır. Bu nedenle mezkûr değişiklik esasında bir tepki normu² niteliğinde olduğundan bahisle eleştirilere konu olmaktadır³. Kamu baskısı nedeniyle getirilen değişiklikler kamuoyunda yankı uyandıran her olayda bir düzenleme yapma tehlikesi barındırdığından ve adeta panik normu niteliğinde olduğundan⁴ problemlere gebe dir.

I. Canavarca His Kavramı

Canavarca hisse ilişkin bir tanım gerek 765 sayılı gerekse de 5237 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Bu nedenle canavarca hissin tanımına ilişkin öğretiyeye ve yargı kararlarına bakma gereği hâsıl olmuştur. Fakat kavramın muğlaklığı dikkate alındığında doğrudan bir tanımlama yapmanın güçlüğü de aşikârdır.

Tanımın yapılması ve kapsamının belirlenmesinde uzun yıllardır uygulama alanı bulan öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli haline ilişkin öğretideki görüşler ve

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı.

E-posta: solen.cakiroglu@medeniyet.edu.tr

Orcid: 0000-0002-0723-7946

¹ TBMM Tutanak Dergisi, C. 25, Dönem: 27, Oturum 4, Yasama Yılı: 3, 27. Birleşim, 5 Aralık 2019, s. 149.

² Türk Ceza Hukuku Derneği, **7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler**, 25 Haziran 2020, s. 3; ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/KOCA Mahmut, “**Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi**”nin Değerlendirilmesi, 06.04.2020, s. 3. Toplumda infial uyandıran bir olay üzerine eklendiği yönünde bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 242.

³ Değişikliğin ilgili olay üzerine getirildiğine ilişkin “İnfaz teklifinde 'Berfin' sürprizi! Cezanın üst sınırı 18 yıla çıkarılıyor!” başlıklı haberler için bkz. <https://www.hukukihaber.net/infaz-teklifinde-berfin-surprizi-cezanin-ust-siniri-18-yila-cikariliyor>; <https://www.haberturk.com/son-dakika-haberler-infaz-teklifinde-berfin-surprizi-cezanin-ust-siniri-18-yila-cikariliyor-2623256>. Değişikliğin ceza adalet hissindeki incinmenin ortadan kaldırılması amacıyla getirildiği yönünde bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 220. Değişikliğin o dönem gündem konusu olan kezzap atma olayına dayandığı yönünde bkz. ARTUK, Mehmet Emin/YILMAZ, Erkam, “Yargıtay 1 CD. Kararlar Işığında Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 82/1-b)”, **İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri– I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu 1. Ceza Dairesi Kararları**, Ed: Veli Özer Özbek, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 44. Aynı yönde bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 273. Nitekim TBMM birleşimlerinde de bu hususun zikredildiği ve tutanaklardaki ifadelerde toplumsal hassasiyet dikkate alınarak cezalarda artırım yapıldığı bunlardan birinin de kezzap olayının etkisiyle kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli halinin eklenmesi olduğu yönündeki ayrıntılı açıklamalarla ilgili bkz. ARTUK/YILMAZ, s. 44.

⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 221; aynı yönde BAŞ, Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Canavarca His”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2021, s. 418-419. Değişikliğin suç politikası ürünü olmaktan çok toplumsal reaksiyonlara bağlı olarak getirildiği yönünde bkz. TCHD Raporu, s. 3-4.

Yargıtay kararları yardımcı olacaktır. Ayrıca kasten yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesine ilişkin Yargıtay kararlarının sayısındaki azlık, öldürme suçuna ilişkin kararların önemini özellikle doğurmaktadır.

İlk olarak öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli haline ilişkin açıklamalara bakıldığında canavarca his kavramının tanımlanmasında tam anlamıyla bir görüş birliğinin bulunmadığı göze çarpmaktadır. Nitelikli hal esas itibarıyla acıma hissi ve merhamet duygusu olmadan öldürme halinde uygulama alanı bulmaktadır⁵. Ağırlıkla kabul edildiği üzere bu durum nitelikli halin uygulanması için tek başına yeterli olmamakta canavarca hissin arz ettiği özellik ayrıca suç oluşturan hareketin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesinde yatmaktadır⁶. Fakat burada vahşi bir yöntemle gerçekleştirme esasında suçun işleniş şekli ile ilgili olduğundan canavarca hissi “öldürme amacından ileri giden vahşiyane hareketler”⁷ olarak tanımlamak suçun işleniş şekli ile ilgili bir nitelikli hal olmadığından daha isabetli olacaktır. Çünkü esasında daha fazla cezalandırılması arzulanan hal, kişinin zalimane, acımasız ve saf kötü bir hisle suç oluşturan hareketini icra etmesidir⁸. Bu bağlamda canavarca hissin mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden faydalanırken bir çeviri olarak kullanıldığı aslında burada canavar kavramının gerçek anlamıyla kullanılmadığı, “yalnızca hayvanca/yabanıl kötü yüreklilik içtepsi”⁹ ve “yabanıl kötülük içtepsi”¹⁰ni ifade ettiği ileri sürülmektedir. Faildeki kötülüğün yoğunluğu ve insani duygulardan yoksunluk nitelikli hale sebebiyet vermektedir¹¹. Böylelikle canavarca his esas itibarıyla failin subjektif durumu, psikolojik ve ruh durumu ile bağlantılı olarak oluşmaktadır¹². Bu nedenle madde metninde his ifadesine yer verilerek duygu,

⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 154; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 148; ARSLANTÜRK, Mustafa, **Öldürme Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 386; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, 5. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021, s. 48.

⁶ ARSLANTÜRK, s. 386; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 48. Fakat vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmesinde canavarca his değil eziyet çekirtmenin söz konusu olacağı yönünde bkz. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 21. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.113. Vahşi bir yöntemle öldürmenin suçun işleniş şekline işaret ettiği canavarca histe ise acıma ve insani duygulardan yoksun bir şekilde hareketin icra edilmesi gerektiği yönünde bkz. YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 83. Suçun vahşi bir şekilde işlenmesinin tek başına canavarca hissin oluşumu için yeterli olmadığı buna ek olarak öldürmeden duyulan bir hazzın, sırf öldürmüş olmak için öldürmenin mevcut olması gerektiği yönünde bkz. Yar. 1. CD. 2505/1046 sayılı ve 07.03.2018 tarihli karar için bkz. TURAN, Ersin/OTACI, Cengiz, **Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 731.

⁷ DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. bs., Beta Basım A. Ş., 2004, s. 51.

⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 133.

⁹ SELÇUK, Sami, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme”, **Yargıtay Dergisi**, C.14, S. 4, Ekim 1988, s. 468. Zaten öldürme ve yaralama suçlarında insan hayatı ve vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen hareketlerde genelde kötü yürekliliğin bulunduğu ve normal olmadığı yönünde bkz. BAŞ, s. 423-424.

¹⁰ SELÇUK, s. 481.

¹¹ DÖNMEZER, s. 51.

¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 153; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 111; AKBULUT, Berrin, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, **Adalet Dergisi**, 2020/2, S. 65, s. 116. Canavarca hissin fiili gerçekleştiren kişiye özgü psikolojik bir kavram ve olgu olduğu yönünde SELÇUK, s. 470-471, 481; TURAN/OTACI, s. 720. Saik suçu kapsamında değerlendirileceği yönünde bkz. OTACI, s. 489-490; TURAN/OTACI, s. 720-722. Sadist bir duygu ve düşüncenin hâkim olduğu yönünde bkz. Yar. 1. CD., 27.09.1994, 2431/2977 sayılı karar için bkz. OTACI, s. 494.

içtepi ve güdünün temel alındığı belirtilmelidir¹³. İşbu güdünün ise toplumun ortak bilinci, duygusu ve vicdanı tarafından onaylanmadığı malûmun ilâmı olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴.

Toplumun tepkisini çeken bu psikolojik olgunun tespitinde birçok neden etkili olabilmektedir. Bunlar somut olayın özellikleri çerçevesinde hâkim tarafından değerlendirme konusu yapılacaktır. Örneğin Yargıtay, satanist olduklarının beyanı ve şeytanın kurban istediği gerekçesiyle öldürme, tecavüz etme ve kuyuya atma hareketlerinin icra edildiği olayda ister dini inanış isterse bir fikir akımından kaynaklansın ne amaçla olursa olsun bir kişiyi kurban etmede toplumsal açıdan tehlikeliliğin, ikelliğin ve vahşiliğin açık olduğuna ve bu nedenle hiç kuşkuyla yer vermeyecek şekilde somut olayda canavarca hissin varlığını kabul ederek nitelikli halin uygulama alanı bulması gerektiğine karar vermiştir¹⁵.

Ayrıca yaralama veya öldürme ile bu suçu işlemeye iten neden arasındaki ölçüsüzlüğün canavarca hareket edildiğine ve failin kötülük eğilimine ilişkin en nesnel ölçüt olduğu ileri sürülmektedir¹⁶. İlaveten olağanın dışında vahşi ve insafsız bir zihniyet¹⁷, ilkel ve insanlık dışı saik¹⁸, tiksindirici veya hoyrat davranışlar ile kötülük eğilimi¹⁹ de tespitite belirleyici olmaktadır. Örneğin Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda eski sevgilisinin ondan ayrılmasını kabul edemeyen fail, telefonla eski sevgilisini tehdit etmeye başlar. Tehdit amacıyla aradıklarından birinde telefon açıkken o gün anneannesinde uyuyan eski sevgilisinin çocuğuna ateş ederek silah seslerini ve çığlık seslerini dinlettiği olayda Yargıtay, canavarca hissin varlığını onaylamıştır²⁰. Söz konusu olayda insanlık dışı, vahşi ve insafsız bir zihniyet ile birlikte suç işlemeye neden olan ayrılık ile ayrılmak isteyen tarafın çocuğunun öldürülmesi arasındaki ölçüsüzlüğün toplumun ortak bilinci, duygusu ve vicdanı tarafından onaylanmayacağı kabul edilmelidir. Keza Yargıtay, aynı şekilde eşi ile ilişkisi olduğundan bahisle sadece intikam almak için eşi ile ilişki kuran kişinin üç küçük çocuğunu boğarak öldüren failin, suçu canavarca hisle işlendiğinin açık olduğuna karar vermiştir²¹.

Doktrinde ayrıca belirtilenlere ek olarak öldürme suçu özelinde yapılan açıklamalarda eğer faili suç işlemeye iten saik başka bir hisle açıklanamıyor ve anlamsız bir sebeple öldürme hareketi gerçekleştiriliyorsa canavarca hisle hareket edildiği ileri sürülmektedir²². Örneğin gördüğü bir rüyanın etkisiyle çocuğunun cennete gideceğine inanarak onu öldürmesinde veya komşunun büyü yapmasından mütevellit başına facia geldiğini düşünerek komşusunu öldürmesinde insani duygulardan uzak ve başka bir hisle açıklanamama söz konusu olacaktır²³.

¹³ HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 230.

¹⁴ SELÇUK, s. 481-491.

¹⁵ YCGK, E. 2002/1-294, K. 2002/425, T. 17.12.2002, Erişim: Legalbank.

¹⁶ SELÇUK, s. 469, 481.

¹⁷ HAKERİ, s. 230.

¹⁸ HAKERİ, s. 230.

¹⁹ SELÇUK, s. 481-482.

²⁰ Karar için bkz. Yargıtay 1. CD, E. 2004/2994, K. 2004/4402, T. 29.12.2004, Erişim: Yargıtay Karar Arama. Aynı yönde ARTUK/YILMAZ, s. 64. Fakat burada belirleyici kıstasın failin saiki olması gerektiği ve somut olayda fiilin işleniş şekliyle hareketle canavarca hissin varlığına karar verilmesinin eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 114.

²¹ Yar. 1. CD., E.1984/2469, K. 1984/2730, T.12.06.1984, Erişim: Legalbank. Somut olayda canavarca hissin bulunmadığına ilişkin bkz. BAŞ, s. 392.

²² GÖKCEN/BALCI, s. 148.

²³ BAŞ, s. 393.

Fakat burada salt bir neden yokluğunun tek başına canavarca his ve bu psikolojik içtepinin kanıtı olarak yorumlanması her defasında doğru sonuca götürmeyecektir²⁴. Bu neden yokluğu, örneğin failin geçmişi, kişiliği, yapısı gibi diğer gerekçelerle birlikte değerlendirilerek canavarca hissin varlığına ilişkin sonuca varmada etkili olacaktır²⁵. Misal yolda yürürken denk geldiği, daha önceden aralarında tanışıklık olmadığı halde ve aralarında tartışma dahi geçmeksizin elinden aldığı bastonla kişinin kafasına vurarak öldürmenin söz konusu olduğu olayda, şartlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde öldürme suçunun canavarca hisle işlendiği yönünde karar verilmiştir²⁶. Bu noktada öldürme sebebinin tespit edilememesi ile sebepsiz yere öldürmenin farklı iki durum olduğunun izahı gerekmektedir. Öldürmenin nedeninin tespit edilemediği hallerde başka nitelikli haller de uygulama alanı bulamıyorsa fail suçun temel şeklienden ceza alacakken sebepsiz yere öldürmede ise canavarca his akla gelecektir²⁷. Örneğin silahın etkisini kişi üzerinde test etmek ve ölüm korkusunun nasıl olduğunu görmek²⁸ veya silahı denemek amacıyla²⁹ öldürmede sebepsiz yere öldürme söz konusu olmakta ve canavarca hisle hareket edilmektedir.

Öldürme suçunda acımasız ve canavarca davranmanın tespitinde kan şehveti ile öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi aranacaktır³⁰. Öldürmenin canavarca hisle işlenmesinde adeta bir kana susamışlık bulunmaktadır³¹. Bu doğrultuda canavarca hisle öldürme, öldürmeden zevk alma, öğrenildiğinde iç ürperten bir şekilde, vahşi ve acımasızca öldürme olarak tanımlanmaktadır³². Burada birinin yaşamına son vermektен duyulan zevk ve bu zevkin

²⁴ Aynı yönde bkz. YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank.

²⁵ İnsan hareketlerinin genel itibariyle herhangi bir nedenden bağımsız olarak gerçekleşmeyeceği bu nedenle bir neden yokluğunun canavarca hissi açıklamada tek başına yeterli olamayacağı, fakat başka gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca varmada etkili olabileceği yönünde bkz. SELÇUK, s. 469. Benzer şekilde çok sayıda bıçak darbesi ile öldürmenin de tek başına canavarca hisle işlendiğini kabul için yeterli olmadığı yönünde bkz. Yar. 1. CD., 07.10.2003, 1911/223 sayılı karar için bkz. OTACI, s. 494; aynı yönde çok sayıda bıçak darbesinin tek başına canavarca hisse sebebiyet vermediği, somut olayda failin maktule olan kızgınlığı nedeniyle suçu işlediği gözetilerek canavarca hissin bulunmadığı yönünde bkz. YCGK, 1-659/668 sayılı ve 20.12.2018 tarihli kararı ve öldürme nedeni tespit edilemese bile çok sayıda yaralamanın tek başına canavarca hisle öldürme suçunun işlendiğine kanıt teşkil etmeyeceği yönündeki YCGK'nın 1-334/317 sayılı ve 20.09.2016 tarihli kararı ve aynı yöndeki kararlar için bkz. TURAN/OTACI, s. 726-727. "*sanıkların, başka bir saik etkisinde kalmaksızın sırf ölüm neticesini alabilmeye yönelik olarak önce jiletle boynunu kestikleri maktulü, daha sonra ayakkabı bağıyla boğup ardından da atkı ile ağaca asmaktan ibaret eylemleri canavarca hisle öldürme suçunu oluşturmayacağından*" kararı için bkz. Yar. 1. CD., E. 2010/6300, K. 2011/2131, T. 11.04.2011, Erişim: Yargıtay Karar Arama. Aynı yönde örneğin yara sayısının tek başına nitelikli halin uygulanmasına yol açmayacağı somut olayın tüm özelliklerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. HAKERİ, s. 231.

²⁶ Yar. 1. CD., E. 2018/3880, K. 2018/5267, T. 11.12.2018, Erişim: Yargıtay Karar Arama. Benzer şekilde aralarında anlaşmazlık olmayan, herhangi bir nedene dayanmaksızın ve acıma hissi olmadan öldürmenin canavarca his olarak değerlendirildiği Yar. 1. CD.'nin 4858/8128 sayılı ve 25.12.2013 tarihli karar için bkz. TURAN/OTACI, s. 741.

²⁷ ARTUK/YILMAZ, s. 63.

²⁸ ARTUK/YILMAZ, s. 64, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 133.

²⁹ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank.

³⁰ SELÇUK, s. 468.

³¹ HAKERİ, s. 230.

³² BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/MEMİŞ KARTAL, Pınar/ALTUNÇ, Sinan/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış/ EROĞLU ERMAN, Fulya/KURT, Gülşah/SINAR, Hasan, **Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar -1-**, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 42.

tatmini söz konusudur³³. Yargıtay da kararlarında “öldürmüş olmak için öldürme”yi veya bundan bir zevk ve keyif duyulmasını ve bu zevkin tatmini için öldürmeyi canavarca hissin tanımlanmasında örnek olarak göstermiştir³⁴. Mesela herhangi bir neden olmadığı halde baş bölgesine çok sayıda bıçak darbesi ile yaralama sonucu ölüme sebebiyet verilen olayda failin “katılandan gıcık alıp, sevmediği için bıçakladığına” dair beyanı³⁵ ile de aslında fail sadece öldürmüş olmak için öldürmeyi gerçekleştirmiş olup hareketi herhangi bir nedene dayanmamaktadır. Yine benzer bir olayda ve benzer şekilde Yargıtay, babasının öldürülmesinden yakınlarının onu suçladığı bir dönemde failin “Allah'ım bana bir kurban gönder babamın intikamını alayım” dediği esnada daha önceden tanımadığı maktulün tesadüfen olay yerinden geçtiği ve sadece içgüdüsel tatmin amacı ile birçok defa taşla vurmak suretiyle maktulün öldürülmesinde failin sırf öldürmek için öldürdüğü, kendisini suç işlemeye iten başka bir nedenin olmadığına karar vermiştir³⁶.

Görüldüğü üzere Yargıtay’ın genel itibariyle kararlarına bakıldığında fiilin canavarca hisle işlendiğinin tespitinde fiilin ağırlığından ziyade başka bir sebep olmaksızın öldürmenin tek başına asıl amaç olmasını ve sırf öldürmüş olmak için öldürmeyi temel aldığı görülmektedir³⁷. Nitekim bu tutum canavarca hissin fiilin işleniş şekli ile ilgili değil failin subjektif durumu ile ilgili olduğunu destekler niteliktedir³⁸. Ayrıca bu noktada Alman hukukundaki öldürme zevki olarak çevrilebilen *Mordlust* kavramı ile benzerlik ortaya çıkmaktadır. Bu kıstas canavarca hisle işlenmenin eziyet çektirerek öldürmeden farkı açısından önem arz etmektedir.

Yargıtay doktrinde canavarca hisse ilişkin yapılan açıklamalar ışığında bir takım ölçütleri temel alarak her somut olayın kendi özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır³⁹. Bu kapsamda numaralandırarak sıraladığı ölçütler ve kabuller ise özetle, canavarca hissin psikolojik bir olgu olduğu, bu olgunun ispatında failin hareketleri, faili bu harekete iten neden ile sonuç arasındaki orantısızlığın ölçüt olarak kullanılabilmesi, burada kullanılan aracın değil içtepinin varlığının önemli olduğu, failin toplumun ortak bilinci

³³ Aynı yönde BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/MEMİŞ KARTAL/ALTUNÇ/BOSTANCI BOZBAYINDIR/ERMAN/EROĞLU ERMAN//KURT/SINAR, Özel Ceza Hukuku, C. II, s. 42; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 48.

³⁴ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank. Aynı yönde örnekler için bkz. SELÇUK, s. 469.

³⁵ Yar. 1. CD., E. 2022/1535, K. 2022/9669, T. 06.12.2022, Erişim: Legalbank.

³⁶ Yar. 1. CD., E. 2019/3513, K. 2019/5634, T. 18.12.2019, Erişim: Yargıtay Karar Arama.

³⁷ ARTUK/YILMAZ, s. 49. “...odada koğuştta otururken herhangi birisini öldürmek için plan yaptım. Daha sonra koğuştumda birlikte kaldığım ve ranzasında ...'ın uyuduğunu gördüm ve cezaevinin kantininden almış olduğum meyve bıçağını Kurtuluş'un yüzüne salladım. Daha sonra bir daha yüzüne doğru salladım...” şeklindeki savunması karşısında, uyumakta olan katılanı sebepsiz yere, sırf öldürmüş olmak için öldürmeye teşebbüs eden...” şeklindeki karar için bkz. Yar. 1. CD., E. 2020/4911, K. 2021/11738, T. 06.09.2021, Erişim: Yargıtay Karar Arama. Aynı yönde “Sanığın önceden tanımadığı ve yolda yürürken gördüğü maktülü aralarında her hangi bir tartışma geçmeksizin elinden bastonu alarak kafasına vurarak öldürdüğü olayda; maktülü sırf öldürmüş olmak için öldüren sanığın eyleminin TCK'nin 82/1-b maddesinde düzenlenen "canavarca hisle öldürme" suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin” şeklindeki karar için bkz. Yar. 1. CD., E. 2018/3880, K. 2018/5267, T. 11.12.2018, Erişim: Yargıtay Karar Arama.

³⁸ ARTUK/YILMAZ, s. 49.

³⁹ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank.

tarafından onaylanmayan içtepesinin tehlikelilik ve kötülüğü yansıtan ölçütlerle her somut olayın kendine özgü özellikleri çerçevesinde ortaya konması gerektiğidir⁴⁰.

Bu ölçütler bağlamında Yargıtay, duygusal ilişki içerisinde bulunduğu kadının eski erkek arkadaşı ile yaptığı yazışmaları görmesi üzerine maktulenin üzerine benzin döküp tutuşturduğu peçeteyi üstüne atarak yakmasının ardından sanığın araba paspası ile ateşi söndürmesi, fakat oluşan yanıklar ve yanıklara bağlı komplikasyonlar sonucu ölümün meydana geldiği olayda hareketin ağırlığı ile harekete iten neden arasındaki aşırı derecede ölçüsüzlük bulunduğu, bu hareketin toplumun ortak bilinci, vicdanı ile onaylanamayacağı ve kullanılan yöntem itibariyle somut olay değerlendirildiğinde canavarca hisle işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁴¹.

Öte yandan mezkûr karar açısından da özellik arz eden suçun işlenmesinden sonra gerçekleştirilen davranışların canavarca hissi değiştirip değiştirmeyeceği hususu incelemeye değerdir. Öldürme veya yaralama suçunun işlenmesinin ardından gerçekleştirilen hareketler aslında tek başına failin canavarca hissini ve saikini değiştirmeyecektir. Çünkü canavarca his belirtildiği üzere suça iten bir neden olup suç oluşturan hareketin gerçekleştirilmesinin ardından varlığı önem arz etmemektedir. Fakat suç oluşturan hareketin icrasından sonra gerçekleştirilen vahşice hareketler de failin kişiliği veya vahşi, insanlık dışı hislere sahip olduğunun anlaşılması açısından faydalı olacağı göz ardı edilmemelidir. Yine tersten düşünüldüğünde suçun işlendiği sırada canavarca hissin bulunması yeterli olup örneğin hastaneye götürme gibi sonrasında gerçekleştirilen hareketler faili suç işlemeye iten neden olan canavarca hissin varlığını değiştirmeyecektir⁴². Nitekim suç yoluna girildikten sonra canavarca hissin devam etmesi şart değildir⁴³. Yargıtay da sevgilisini yakan sanığın belki daha sonradan gelen insanların etkisiyle yanan sevgilisini söndürmeye çalıştığı olayda, failin gerçekleştirilmesinden sonraki davranışların suç işlemeye iten his ve saik değiştirmeyeceği ve failin canavarca hisle gerçekleştirildiğinin kabulünü vurgulamıştır⁴⁴. Fakat bu durumda sonra gerçekleştirilen hareketler canavarca hissin varlığına ilişkin karar vermede bir etken olarak göz önünde bulundurulacaktır⁴⁵.

Yargıtay'ın cesetten kurtulmak için sonradan yapılan hareketler açısından farklı uygulamalarına rastlanılmaktadır. Örneğin yaşanan bir kavga neticesinde silahla vurulan fakat ölmeyen maktulün daha sonra yakılmasında ve maktulün yanma sonucunda öldüğünün tespit edildiği olayda Yargıtay, kurşun ile ölümcül bir yara alınsa bile ölümün derhal gerçekleşmediğinin olağan yaşam tecrübesi ile tespit edilebileceğini gözetmiştir. Bu nedenle

⁴⁰ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank; YCGK, E. 2002/1-294, K. 2002/425, T. 17.12.2002, Erişim: Legalbank.

⁴¹ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank. Söz konusu kararda her ne kadar teorik açıklamalar kısmında canavarca his psikolojik bir olgu olarak ifade edilse de kararda failin kullandığı yöntemin dikkate alınarak karar verildiği yönünde bkz. ARTUK/YILMAZ, s. 50.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 134.

⁴³ YCGK, E. 2017/905, K. 2019/146, T. 05.03.2019, Erişim: Legalbank.

⁴⁴ YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank. Aynı yönde öldürme sonrası cesetten kurtulmak için yapılan hareketler de canavarca his kapsamında değerlendirilmeyeceği yönündeki Yar. 1. CD., 1911/223 sayılı ve 07.10.2003 tarihli ve Yar. 1. CD., 2187/3835 sayılı ve 31.10.1986 tarihli kararlar için bkz. OTACI, s. 494. Benzer yönde YOKUŞ SEVÜK, s. 89.

⁴⁵ Yar. 1. CD.'nin 22.10.2001 tarihli ve 3378/3795 sayılı kararı için bkz. OTACI, s. 497; aynı yönde YOKUŞ SEVÜK, s. 241.

olayda yakma fiilinin delilleri ortadan kaldırma amaçlı değil kesin ölüm sonucunu elde etmeye yönelik olduğundan bahisle canavarca hissin varlığına karar vermiştir⁴⁶.

Aksi yönde cinsel saldırıyı denemesi fakat başarısız olması üzerine çok sayıda bıçak darbesi ile maktulün ölümüne sebebiyet verilen olayda cinsel saldırıyı gerçekleştirememekten duyulan infial ile soruşturulmaktan kurtulmak amacıyla suçun işlendiğinden bahisle canavarca his kabul edilmemiş, fakat karşı oy yazısında failin öldürme ile aslında maktulü cezalandırmayı ve kendisini tatmini amaçladığından bahisle öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli halinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁷.

II. Zevk için Öldürme, Öldürme Zevki Kavramı (*Mordlust*)

Alman Ceza Kanunu'nda öldürme suçunun öldürme zevki, cinsel dürtünün tatmini, açgözlülük (hırs, tamah) veya diğer sair ilkel saiklerle⁴⁸ gerçekleştirilmesi durumları nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İnceleme konusu öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli halinin esasında Alman Ceza Kanunu'ndaki öldürme zevki veya zevk için öldürme olarak çevrilebilen *Mordlust* ibaresine karşılık geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle ilgili kavrama ilişkin açıklama yapma gereği hâsıl olmuştur.

Öldürme zevki, zevk için öldürme olarak çevirdiğimiz *Mordlust* nitelikli halinde birinin hayatını yok etmekten, sonlandırmaktan duyulan bir haz söz konusudur⁴⁹. Kavrama ilişkin farklı bakış açıları aynı şekilde Alman doktrininde de bulunmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) ilk yaklaşımına göre nitelikli halin uygulanmasının nedeni bir insanın hayatının yok edilmesinden duyulan doğal olmayan bir sevincin, hazzın varlığıdır⁵⁰. Tanımlamada yer alan “doğal olmayan” kısmı eleştirilere konu olmuş ve tersten okunarak öldürmeden normal bir zevk duyulmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁵¹. BGH yeni

⁴⁶ Yar. 1. CD.'nin 662/3031 sayılı ve 07.07.2006 tarihli kararı için bkz. OTACI, s. 496-497. Ayrıca önce jiletle veya bıçakla boynunu kestikten sonra ayakkabı bağıyla boğarak ağaca asma ya da çok sayıda bıçak darbesi ve taşla vurma şeklinde gelişen olaylardaki gibi suçun işlendiğinden emin olmak için yapılan hareketlerin canavarca hisle işleme kapsamında değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüş ve ilgili kararlar için bkz. GÖKCEN/BALCI, s. 151; ARTUK/YILMAZ, s. 48; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 134. Aynı yönde AKBULUT, s. 119.

⁴⁷ Yar. 1. CD.'nin 821/8702 sayılı ve 23.11.2007 tarihli kararı için bkz. OTACI, s. 496. Buna karşı olarak cinsel ilişkinin reddinden kaynaklanan kızgınlık nedeniyle öldürmede TCK md. 82/1-i'de düzenlenen “bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle” öldürme nitelikli halinin uygulanacağına ilişkin olarak bkz. HAKERİ, s. 232.

⁴⁸ “aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen.” Çeviri için bkz. Yenisey/Plagemann, 320.

⁴⁹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8.

⁵⁰ BGH, 07.07.1953, I StR 195/53LG Ansbach 09.01.1953, Erişim: Beck-Online. BGH'nin kararındaki tanımlama için bkz. Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB § 211, p. 15; BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16; MüKoStGB/Schneider, StGB § 211, p. 49.

⁵¹ MüKoStGB/Schneider, StGB § 211, p. 49. Aynı yönde KÖHNE, Michael, “Die Mordmerkmale »Mordlust« und »zur Befriedigung des Geschlechtstriebes«”, *JURA*, Heft 2/2009, s. 100. Ayrıca BGH'nin bu tanımlamasına karşı olarak bir insanın öldürülmesinde zaten doğan bir zevk veya sevincin bulunamayacağı yönündeki eleştiri için bkz. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8. Bu tanımlamanın failin hastalıklı, sağlıksız psikolojik durumuna işaret edebileceği ve bu nedenle aslında çok ağır kusurun bulunduğu bu hallerin kusur yeteneğini azaltan nedenler (StGB 21) kapsamında değerlendirme eğilimi yaratabileceği yönündeki endişe için bkz. BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16; aynı yönde bkz. MüKoStGB/Schneider, StGB § 211, p. 49; KÜHL, Kristian, “Die drei speziellen niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB”, *JA*, 2009, s. 566; KÖHNE, s. 100. Fakat BGH, başka bir kararında her ne kadar “doğal olmayan” ifadesinin yanlış yorumlanmaya açık olduğunu kabul etse de karardaki tanımla sağlıksız psikolojik durumun kast edilmediğini vurgulamaktadır. Bu kelimeye bu şekilde bağımsız ve tanımlayıcı bir anlam tanımayıp bir insanın hayatını yok etmenin salt sevincinin doğal olmayan olarak

içtihatlarında tanımını geliştirerek doktrindeki açıklamalarla aynı doğrultuda bir açıklamaya yer vermiştir: sadece birini öldürken görmekle ilgilenen, kötülük veya kabadayılık yapmak için öldüren, öldürmeyi uyarıcı veya sportif bir zevk olarak değerlendiren veya vakit geçirmek için birini öldüren kişilerin hareketleri öldürme zevki altında değerlendirilmektedir⁵².

Alman doktrininde öldürmenin kendisi tek başına harekete sevk eden etkense burada öldürme zevkinin olduğu görüşü hâkimdir⁵³. BGH de içtihadını aynı doğrultuda geliştirerek tek amaç, mağdurun ölümü olduğunda nitelikli halin varlığını kabul etmiştir⁵⁴. Fakat tek amacın öldürme olduğunun tespiti oldukça zordur, bu kapsamda fail ile mağdurun daha öncesine dayanan bir tanışıklığının olması bile başka etkenlerin varlığını akla getirebilecektir⁵⁵. Failin hiç tanımadığı ve tesadüfen karşısına çıkmış birini öldürmesi ile daha önceden tanıdığı birini öldürmesi olayları karşılaştırıldığında ilk ihtimalde nitelikli halin uygulama alanı bulması daha kolay olacaktır.

Örneğin tren garında oturduğu bir bankta kendi kendine öldürme ile ilgili şeyler düşünen ve bilinçli değerlendirmeler yapan failin tam banktan kalkmak üzereyken yanından geçen kişiyi hiçbir neden yokken birinin hayatına son verme arzusu ile öldürmeye çalışmasında BGH öldürme zevkinin varlığı yönünde karar vermiştir⁵⁶. Nitekim bu olay akla direk Türkiye’de meydana gelen bir olayı akla getirmektedir. Canavarca hisle öldürmenin söz konusu olduğu ve aslında zevk için öldürmenin de bir örneğini teşkil eden olayda fail, haber sitelerinde yer alan ifadesinde cezaevindeyken birini öldürmesi gerektiğine ilişkin hep düşündüğünü, parası bıçak almaya yettiği için bıçak aldığını, bıçağın karşısında kim durabileceğine ilişkin merakıyla bir kadını seçip öldürdüğünü belirtmiştir⁵⁷. Burada failin öldürmekten duyduğu bir haz, bu hazzın ve merak duygusunun tatmini için öldürme gerçekleştirilmiş olup bu amaçla tanımadığı bir kişiyi öldürmüştür. Bu da canavarca hissin tartışmasız uygulanacağı hallerden birini teşkil etmektedir.

tanımlanması gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. BGH, 15.04.1986, 1 StR 651/85, Erişim: Beck- Online. Benzer bir eleştiri olarak Türk hukukundaki öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesinin sadece akıl hastaları tarafından işlenebileceğinden bahisle söz konusu hükmün eleştirildiği ve akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki etkisi dikkate alındığında aynı zamanda bunun nitelikli hal olarak kabulünün çelişkili olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖNDER, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 27-28. Öldürme suçunun canavarca hisle işlenmesinin fiilin işleniş şeklinden kaynaklanan bir nitelikli hal olduğunun kabulü görüşünden hareketle kısmi akıl hastalığı ile canavarca hissin aynı olayda birleştiği hallerde ilk olarak fiilin işleniş şekli ile ilgili olarak cezanın arttırılacağı sonra ise kusuru etkileyen nedenler kapsamında akıl hastalığının değerlendirme konusu yapılacağına ilişkin görüş için bkz. GÖKCEN/BALCI, s. 153; aynı yönde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 114; ARTUK/YILMAZ, s. 60-61. Herhangi bir patolojik rahatsızlığın bulunmadığı hallerde nitelikli halin uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. HAKERİ, s. 231. Canavarca hisle öldürme veya yaralamada failin böyle bir saik ve güdü ile hareket etmesinde ilk olarak akıl hastalığı akla gelebilecekse de bu durumun otomatik olarak failin akıl hastalığını beraberinde getirmeyeceği ve kısmi akıl hastalığının canavarca hisle hareket etmeyi önlemeyeceği yönünde bkz. BAŞ, s. 421-422.

⁵² BGH, 15.04.1986, 1 StR 651/85. BGH kararı ile ilgili olarak bkz. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8. Aynı yönde bkz. KÜHL, 567.

⁵³ Lackner/Kühl/Heger/Heger, StGB § 211 Mord, p. 4.

⁵⁴ BGH, 15.04.1986, 1 StR 651/85; BGH, 16. 04. 2007 - 5 StR 335/06. BGH’nin kararlarının ayrıntılı incelenmesine ilişkin olarak bkz. KÖHNE, s. 100.

⁵⁵ KÖHNE, s. 100.

⁵⁶ BGH, 15.04.1986 - 1 StR 651/85, Erişim: Beck-Online.

⁵⁷ <https://www.ntv.com.tr/turkiye/ceren-ozdemirin-katil-zanlisindan-kan-donduran-ifadeler,gE07kDnmXk-t1kn0IIZlcQ>, Erişim: 01.08.2024.

Hiç tanımadığı veya henüz yeni tanıştığı bir kişinin başka bir neden olmadan öldürülmesinin nitelikli hal kapsamında kaldığına ilişkin diğer bir örnek olarak BGH kararına konu olmuş bir olaya daha değinilmelidir. Somut olayda faillerin suçun işlendiği gün tanıştıkları kişiyi kendisine saldırmaları için hiçbir neden vermemesine rağmen elini ve ayaklarını bağlayıp dövmelemleri, tekmelemeleri, kafasında şarap şişesi kırmaları, kemiklerini kırıp karnını önce bahçe makasıyla sonra bıçakla kesmeye çalışmaları ile bıçağın ucu yuvarlak olduğu için başarısız olmalarının ardından çamaşır ipiyle boğarak öldürdükleri olayda BGH suçun öldürme zevki (canavarca his) ile işlendiğine karar vermiştir. Şiddetli ağrı çeken maktul onu düzgün öldürmeleri için yalvarmıştır. Fakat failler bundan zevk aldıkları için hareketlerine devam etmişlerdir. Tam olarak bu noktada yaralamaktan ve ölümünü izlemekten duydukları haz, suçun öldürme zevki ile işlenmesini beraberinde getirmiştir. Somut olayda BGH da aynı şekilde değerlendirme yaparak başkalarının hayatlarını hiçe saymanın verdiği mutluluk ve hazzı dikkate almıştır. Kararda faillerin kendilerine hiçbir şey yapmayan savunmasız bir kişiyi yaralayarak ellerinde ölmesini izlemekten keyif aldıkları için öldürme suçunu işledikleri belirtilerek öldürme zevkinin uygulama alanı bulacağı vurgulanmıştır⁵⁸.

Aslında öldürme zevki ile öldürmede öldürülen kişiden bağımsız olarak başkalarının hayatının hiçe sayılmasının ve başkalarının hayatına karşı bu umursamazlığın doğurduğu tehlikelilik kriterine odaklanılmaktadır⁵⁹. Nitekim kararlarda da görüldüğü üzere durduk yere bir neden dahi belirtmeden sebepsiz öldürenler özellikle tehlikeli olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Bu noktada dış koşul olarak mağdurun faile suçu işlemesi için hiçbir sosyal neden vermemesi belirtilmekte ve örnek olarak şiddet içeren öldürmelerden duyulan zevk, başka bir neden olmaksızın öldürme, motivasyon olarak öldürmenin fiilin tek amacı olması⁶¹ veya sadece sıkıntıdan, meraktan, heyecan nedeniyle veya kabadayılıktan birini öldürmek için öldürme⁶² gösterilmektedir. Diğer önemli bir örnek olarak BGH “*Spaßtötungs-Fall*” adlı eğlence için öldürme olayında nitelikli hali daha net olarak ortaya koymuş ve kendisine bir şey yapmayan çaresiz bir kişiye acı vermekten ve onun kendi ellerinde ölmesinden keyif alıp eğlendiği için öldürme bu kapsamda değerlendirilmiştir⁶³. Fakat motivasyon olarak başka bir amaç ve saik yokluğunun tek başına öldürme zevki nitelikli halinin uygulanmasını doğurmayacağına dikkat edilmelidir⁶⁴. Aksi yönde bir tutum mahkemelerin anlaşılabilir buldukları her olayı bu kapsamda değerlendirmeye itebilir ve bu geniş yorum failin öldürmeden duyduğu zevk, sevinç veya hazzı ortaya koymamaktadır⁶⁵.

Rastgele bir mağdura karşı saf kötülük, kötü niyet, tamamen keyfi veya cinsel uyarılma amacıyla öldürme veya avcılıkla ilgili olan ama besin elde etme amacına hizmet etmeyen spor

⁵⁸ BGH, 12,01,1994 - 3 StR 633/93, Erişim: Beck-Online.

⁵⁹ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB § 211, p. 15. Aynı yönde Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8. Başkalarının hayatının hiçe sayılmasının sadece öldürme zevkinde bulunmadığı başka nedenlerle işlenen öldürme suçunda da bu unsurun bulunacağı ve öldürmenin öldürme zevki ile işlenmesine ilişkin özel bir unsurunun bulunmadığı, temel alınması gerekenin öldürme ile failin pozitif bir duygu uyandırmanın amaçlanması olduğu yönünde bkz. KÖHNE, 102-104.

⁶⁰ BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16.

⁶¹ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB § 211, p. 15.

⁶² BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16; MüKoStGB/Schneider, StGB § 211, p. 49.

⁶³ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KÜHL, 567.

⁶⁴ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8; BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16.

⁶⁵ KÖHNE, s. 101.

faaliyetleri olarak adlandırılan sportif avcılık kapsamında⁶⁶ veya sıkıntıdan, heyecan arzusundan veya sadece vakit geçirmek için birinin öldürülmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁶⁷. Fakat failin ölümü dışında rol oynayan merak, sportif faaliyet için yapılması gibi bu diğer ek motivasyonlarda da failin öldürme ile kendisi için pozitif bir etki yaratmaya çalışması gerekmektedir, aksi takdirde öldürmeden duyulan sevinç, sevk, haz aranmamış olacaktır⁶⁸. Cesaret testi veya sportif bir faaliyet olarak gerçekleştirilen öldürmelerde fail kendi kişisel sınırlarını test etmekte olup meraktan ya da birinin ölürken izlenmesi arzusu nedeniyle öldürmede ise failin sebebiyet verdiği ölüme karşı kendi tepkisini merak etmesi ön planda olmaktadır⁶⁹.

Meraktan öldürmeye ilişkin BGH kararına konu olan ve T ile M'nin 19 yaşındaki hamile P'yi pusu kurarak öldürdüğü olayda çocuğun babası T gelecekte doğacak olan babalık yükümlülüğünden kurtulmak, M ise birini öldürmenin nasıl bir şey olduğunu deneyimlemek için öldürmeyi gerçekleştirmiştir. Gece ıssız bir ormanda pusuya düşürdükten sonra önce bıçaklayıp daha sonra üzerine benzin döküp yakarak ölümüne sebebiyet verdikleri olayda olayın gerçekleştiriliş şekli canavarca ve eziyet çektirerek olmakla birlikte M'nin fiilinin tek amacı birinin ölümü olduğundan ve sırf merak ile birini öldürmenin verdiği sevinçten, hazdan dolayı suçu işlediğinden öldürme zevki ile yani canavarca hisle hareket ettiği aşikârdır⁷⁰.

Görüldüğü üzere mağdurun şahsına veya öldürmeye ilişkin bir neden veya menfaatin yokluğunda canavarca hissin bulunacağından bahsedilmekte ve buna örnek olarak öldürme zevki, sevinci ile hareket etmek, bir kişinin ölümünü görmeye ilişkin merak, sadece kötü niyet veya vakit geçirmek için öldürmek gösterilmektedir⁷¹. Mağdurun şahsından bağımsız gerçekleşen bu fiil ile aslında kişilerin yaşamına karşı bu umursamazlık mağdurdaki değişikliğin önemsizliğini de beraberinde getirmektedir⁷². Mağdur burada bir nesne olarak görülmektedir⁷³. Öyledir ki mağdurun A kişisi veya B kişisi olması arasında fail için hiçbir fark olmayacaktır. Fiildeki yegâne amaç öldürme olup fail için mağdurun kim olduğu önemli değildir⁷⁴. Bu nedenle mağdur tesadüfen veya şans eseri seçilmiş olabilmekle birlikte başkası da onun yerine mağdur olabilecektir⁷⁵.

⁶⁶ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, StGB § 211, p. 15.

⁶⁷ KÜHL, 567.

⁶⁸ KÖHNE, s. 101. Ayrıca failin olumlu bir duyguya sahip olmasının bir şart olduğu yönünde bkz. KÖHNE, s. 102.

⁶⁹ Bu nedenle tek amaç yorumunun zevk, sevinç veya haz duyma değerlendirmesini reddetmediği aksine açıklığa kavuşturmayı çalıştığı yönünde bkz. KÖHNE, s. 101.

⁷⁰ Babalık yükümlülüklerinden kurtulmak için fiilin işlenmesinin tamah/ açgözlülük kapsamında değerlendirilebileceği ve mezkur kararlar ilgili ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. BOSCH, Nikolaus, "Das Mordmerkmal der Grausamkeit", *JURA*, Vol. 39, No. 4, 2017, s. 493.

⁷¹ Lackner/Kühl/Heger/Heger, StGB § 211 Mord, p. 4.

⁷² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8.

⁷³ KÖHNE, s. 100. Mağdurun değiştirilebilir olması, ya da mağdurun tesadüfen seçilmesi veya yedek bir mağdurun olmasının öldürme zevkinin karakteristik özelliği olduğu yönündeki görüşler için bkz. KÖHNE, s. 102. Fakat failin rastlantısal seçiminin işlenen başka bir suça tanık olan kişinin öldürülmesi veya yoldan geçen bir kişinin soygun için öldürülmesinde olduğu gibi başka motivasyonlarla işlenen öldürme suçunda da olabileceği, bu nedenle de rastlantısal seçimin karakteristik özellik teşkil etmediği yönünde bkz. KÖHNE, s. 102.

⁷⁴ MüKoStGB/Schneider, StGB § 211, p. 49.

⁷⁵ KÜHL, 567.

Rastgele, tesadüfen tanımadığı veya çok yakından tanımadığı birini öldürerek öldürmeden duydukları hazzı tatmin etmek isteyen faillerin kurbanlarını seçerken direnç gösterme gücünü tartarak kadın veya çocuklara yöneldiği görülmektedir. Bu şekilde gelişen bir olayda filmlerden ve sadist öldürme sahnelerinden duyduğu heyecanla öldürme fantezileri kuran fail, başkasını öldürmenin onda uyandırdığı haz ile fiilini icra etme arzusu duymuştur. Bunun için direnç gösterme gücü daha az olacağı için kendine kurban olarak bir çocuk seçmeyi tercih etmiştir. Uyuşturucu ve alkol aldığı ve 7 yaşındaki komşu çocuğunun parkta yalnız olduğu bir gün büyük bir heyecan ile öldürme fantezilerini onun üzerinde gerçekleştirmeye karar vermiştir. Maktulün önce boğazını sıkarak sonra tekmeleyerek öldüğünü düşünen fail kendini çok iyi hissederek ve aldığı bu güç duygusunun tadını çıkararak başkasının hayatını sona erdirdiği için büyük bir haz duymuş ve ölen çocuğu çöp konteynırına atmıştır. Somut olayda BGH, failin akut uyuşturucu ve alkol zehirlenmesi, kıskançlık gibi psikolojik durumunun suçun öldürme zevki ile işlenmesine mani olmayacağını belirtmiş ve burada failin birinin hayatını sona erdirmeye ilişkin bir haz ile hareket ettiği ile suça iten başka bir neden olmadığından bahisle öldürme zevki ile suçun işlendiğine karar vermiştir⁷⁶. Bu nedenle inceleme konusu nitelikli hal ile ne fail için şahsı önemli olmayan mağdurun ne suç işlemeye iten nedenin ne de amacın belirleyici olmadığı hallerin ifade edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁷⁷.

III. Eziyet Çektirme ile Canavarca Hissin Karşılaştırılması

Bir suçun işleniş şeklinin canavarca olması ile canavarca his ile işlenmesi farklı iki duruma işaret etmektedir⁷⁸. Aslında bu iki durum öldürme suçunun canavarca hisle ve eziyet çektirerek işlenmesi nitelikli halindeki iki seçimlik hareket arasındaki farkı ortaya koymaktadır.

Canavarca hisle birinin öldürülmesi failin subjektif durumu ile ilgili bir halkan eziyet çektirerek öldürme suçun işleniş şekli ile ilgilidir⁷⁹. Böylelikle canavarca histe failin subjektif durumu mevzubahisken eziyet çektirme mağdurun acı ve ıstırap çekmesinde karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. Öldürme suçu özelinde öldürmenin canavarca bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde eziyet çektirerek öldürme nitelikli haline gidilecektir⁸¹. Bu nedenle iki nitelikli halin iç içe olarak ve ayrıca eziyet çektirmeyi canavarca hissin dışavurumu olarak kabul eden görüşler

⁷⁶ Kararın tamamı için bkz. BGH, 16. 04. 2007 - 5 StR 335/06, Erişim: Beck-Online. Ayrıca suçun işlenmesi sırasındaki içgüdüsel ve duygusal eğilimlerin (*Regung*) öldürme zevki ile hareket etmeye mani olmayacağı yönünde bkz. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, p. 8.

⁷⁷ BeckOK StGB/Eschelbach, StGB § 211, p. 16.

⁷⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 111; AKBULUT, s. 117; GÖKCEN/BALCI, s. 152; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 121; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 135; ARTUK/YILMAZ, s. 62; BAŞ, s. 398-399.

⁷⁹ Aynı şekilde tasnif için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 153; HAKERİ, s. 221, 229; BAŞ, s. 396-397; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 127; OTACI, s. 489, 490; ÖZEN, s. 121; TURAN/OTACI, s. 721. Canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürmenin ikisinin de fiilin işleniş şekli altında değerlendirilmesi ve canavarca hissin etkisiyle mağdura işkence yapılması şeklinde yorumlama için bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. bs., Ankara, 2023, s. 99-100. Canavarca hisle öldürme suçunun işlenmesi failin psikolojik durumu ile ilgili olduğu kabul edilmekle birlikte gerekçedeki örnekler dikkate alındığında fiilin işleniş şekli ile ilgili bir nitelikli hal olduğu yönünde bkz. GÖKCEN/BALCI, s. 147, 153.

⁸⁰ BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/MEMİŞ KARTAL/ALTUNÇ/BOSTANCI BOZBAYINDIR/ERMAN/EROĞLU ERMAN//KURT/SINAR, s. 43.

⁸¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 111.

de mevcuttur⁸². Fakat canavarca hissin dışavurumunun her zaman eziyet çektirmeyi getirdiğinin kabulü kanaatimizce problemlili gözükmektedir. Öldürmekten duyulan haz ile gerçekleşen öldürmede eziyet çektirmek bu hazzı arttırabileceği gibi eziyet çektirilmese de salt öldürmenin kendisi haz için yeterlidir⁸³. Örneğin maruz kalınan ağır küfürler neticesinde küfür eden kişinin doğranarak öldürülmesinde kişiyi öldürme hareketine yönelten his ve güç canavarca olmayıp hareketin gerçekleştiriliş şekli canavarcadır⁸⁴ ya da bunun tam tersi örneklerin verilmesi de mümkündür. Nitekim canavarca hisle bir suçun işlenmesine örnek olarak sıklıkla verilen sadece zevk için suç oluşturan hareketin gerçekleştirilmesinde (örneğin zevk için öldürme) hareket canavarca gerçekleştirilmek zorunda değildir, sadece öldürme zevki ile ateş edilmesinde tek bir kurşunla öldürme bile canavarca hissin bulunması için yeterli olacaktır⁸⁵.

Eziyet çektirerek öldürmede aslında failin hemen öldürme imkânı varken fail bunu o anda gerçekleştirilmeyip öldürme acı vermek için yavaş bir şekilde ve eziyet çektirme sürecinin bir ürünü olarak gerçekleştirilmektedir⁸⁶. İşbu nitelikli halin uygulanmasında öldürme için gerekli olandan daha fazla ölçüde eziyet çektirilmektedir⁸⁷. Bu nedenle failin aslında öldürme kastının yanında eziyet ve acı çektirmeyi de istemesi gerekmektedir⁸⁸.

Hulâsa öldürmenin eziyet çektirmek suretiyle ve canavarca hisle gerçekleşmesi arasındaki farklardan biri suçun işleniş şekli ile ilgiliyken diğerinde saik ile hareket etmenin gerekmesinde yatmakta, fakat canavarca hisle işlendiğinin tespitinde suçun işleniş şekli ve kullanılan araçlar yardımcı olacaktır⁸⁹. İç içe olan bu iki durum arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesinin zorluğu somut olayın özellikleri bağlamında takdiri de beraberinde getirecektir. Bu noktada sadece suçun işleniş şekli değil failin psikolojik durumu, güdü, içtepi ile birlikte değerlendirme yapılacaktır. Nitekim örneğin pala ile maktulün boyun bölgesine tek bir darbe ile vurulması ve bu darbenin etkisiyle maktulün hayatını kaybettiği olayda Yargıtay canavarca hisle işlendiğine ilişkin delil olmadığından dolayı öldürme suçunun temel halinden hüküm kurmuştur⁹⁰. Pala ile bir kişinin boynuna vurmanın canavarca olduğu düşünülebilse de burada somut olay bağlamında değerlendirme yapılarak sadece kullanılan araç ve suçun işleniş şekli failin canavarca hisle işlendiğinin tespitinde yeterli olmamıştır.

Yapılan tanımlamaların netleşmesi açısından örnekler üzerinden inceleme yapılmalıdır. Bu kapsamda ilk örnek olarak kasten öldürme suçunun canavarca hisle ve eziyet çektirerek

⁸² ÖZEN, s. 121.

⁸³ Aynı şekilde şeytana adak olarak öldürmede tek bir kurşun ile fark ettirmeden arkadan vurmada suçun işleniş şekli itibariyle canavarca olmadığı ve fakat canavarca hissin bulunduğu yönünde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.112. Benzer şekilde suçun işleniş şeklinin her zaman hissin canavarca olduğunu kanıtlamayacağı yönünde bkz. ARTUK/YILMAZ, s. 45, 62-63.

⁸⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 111-112; ARTUK/YILMAZ, s. 64. Burada önemli olanın failin acıma hissi olmadan hareket etmesi olduğu hangi yöntemin kullanıldığının önemli olmadığı yönünde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 127-128.

⁸⁵ ARTUK/YILMAZ, s. 64.

⁸⁶ HAKERİ, s. 222; ÖNDER, s. 28.

⁸⁷ HAKERİ, s. 222; ÖNDER, s. 28.

⁸⁸ HAKERİ, s. 222; ÖNDER, s. 28.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s. 231. Suçun işleniş şekli ile kullanılan aracın canavarca hissin tespitinde bir hareket noktası teşkil ettiğine ilişkin bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155. Kullanılan aracın içtepinin varlığına ilişkin tespit için yardımcı olacağına ilişkin bkz. YCGK, 2017/905, 2019/146, 05.03.2019, Erişim: Legalbank; SELÇUK, s. 481.

⁹⁰ Yar. 1. CD., E. 2021/13229, K. 2022/7777, T. 10.10.2022, Erişim: Legalbank.

işlenmesi nitelikli haline ilişkin madde gerekçesindeki örnekler değerlendirilmelidir. Madde gerekçesinde yapılan açıklamalarla aynı doğrultuda olarak canavarca hissin varlığı için “*kişinin acıma hissi olmadan*” ve “*vahşi bir yöntemle*” hareketin gerçekleştirilmesi aranmakta, örnek olarak da birinin “*yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek ya da vücudu parçalanarak öldürülmesi*” gösterilmektedir. Eziyet çektirerek öldürmek ise kişilerin o anda hemen öldürülmesi değil bir süreç içerisinde acı çektirilerek yaşamına son verilmesi halinde uygulama alanı bulacaktır⁹¹. Öldürme suçundaki eziyetle öldürmeye ilişkin madde gerekçesinde örnek olarak göz çıkarılması, kulak ya da sair organların kesilerek acı çektirilmesi ve sonucunda öldürülmesi verilmektedir. Bu bağlamda eziyet çektirme ağırlıklı olarak mağdurla ilgili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁹². Burada mağdura acı çektirme ön plandadır ve öldürmek için gerekli ölçünün ötesinde acımasızca gerçekleştirilen hareketler söz konusu olmaktadır⁹³. Öldürmek için zorunlu olmayan vahşice hareketler icra edilmektedir. Acı çektirmekten keyif almak canavarca hisle işlenen fiillerde de bulunabilmekle birlikte bu acı çektirmenin eziyet boyutuna ulaşması halinde eziyet çektirerek öldürme uygulama alanı bulacaktır.

Açıklamalar ışığında aslında iki seçimlik hareket arasındaki ayrım net ve belirlenmesi kolay durmakla birlikte uygulamada ve doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁹⁴. Örneğin gerekçede canavarca his için örnek olarak gösterilen yakarak öldürmeyi Yargıtay’ın canavarca his altında değerlendirdiği kararların yanı sıra aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Samanlıkta benzin döküp yakılarak ölüme sebebiyet verilen somut olayda yerel mahkemenin kararı, yanıcı bir madde ile maktulün yakılmasının öldürme için zorunlu olmayan vahşi bir hareket olduğu bu nedenle de nitelikli hal kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Bozmaya karşı direnme kararı verilmesi üzerine YCGK somut olayın meydana geliş şekli ve akışını değerlendirerek failin kaçan maktulü engellemeye çalışmadığı veya odunluğun kapısını kapatmadığı veya etraftan yardım gelip yangını söndürenlere mani olmadığını da gözeterek failin öldürme için zorunlu olmayan vahşi hareketlerde bulunduğu ve öldürmeden önce eziyet çektirdiğine ilişkin verilerin olmadığı yönünde karar vermiştir⁹⁵.

IV. Kasten Yaralama Suçu Bağlamında Değerlendirme

7242 sayılı Kanun’la birlikte kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK’nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendine “*canavarca hisle*” işlenmesi ibaresinin eklenmesi ile birlikte suç için yeni bir nitelikli hal eklenmiştir. Kasten yaralama suçunun nitelikli hallerini öngören 86. maddenin 3. fıkrasındaki bentlerde düzenlenen (kişilere karşı veya silahla işlenmesi gibi) nitelikli hallerde yarı oranında artırım öngörülmüşken bu oranın canavarca hisle işlenme nitelikli hali açısından bir kat olarak uygulanacağı yönünde bir değişiklik yapılmıştır. Böylelikle yapılan değişiklikte hem yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesi nitelikli hal

⁹¹ Gerekçe

⁹²BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/MEMİŞ KARTAL/ALTUNÇ/BOSTANCI
BOZBAYINDIR/ERMAN/EROĞLU ERMAN//KURT/SINAR, s. 43.

⁹³BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/MEMİŞ KARTAL/ALTUNÇ/BOSTANCI
BOZBAYINDIR/ERMAN/EROĞLU ERMAN//KURT/SINAR s. 43.

⁹⁴ Yakılmak suretiyle öldürmede eziyet çektirerek öldürmenin varlığının aşikâr olduğu ve nitelikli halin uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. ÖNDER, s. 29. Yargıtay’ın yakarak öldürmeyi canavarca his altında değerlendirdiği kararları için bkz. TURAN/OTACI, s. 741-742.

⁹⁵ Kararla ilgili ayrıntılı değerlendirme ve aynı yönde görüş için bkz. ÖNDER, s. 29-31.

olarak düzenlenmiş hem de cezadaki artırımı oranı diğer nitelikli hallerden farklı olarak bir kat artırılacağı belirtilerek ayrı tutulmuştur⁹⁶.

Değişiklik öngören hükmün gerekçesine bakıldığında getiriliş amacı olarak yaralama suçuyla daha etkin bir mücadelenin ve caydırıcılığın sağlanması gösterilmiştir. Yaşanan acı olaylara ilişkin toplumsal tepkinin etkisiyle öngörülen bu değişikliğin esas itibarıyla getiriliş şekli tartışmalı olmakla birlikte mezkûr değişikliğin amaca hizmet edip etmediği sorusu ayrıca sorulmalıdır.

Canavarca his ile ilgili yapılan tüm açıklamalardan anlaşıldığı üzere gerek öldürme gerekse de yaralama suçunda canavarca hissin tanımına ilişkin bir ifade yer almamakta esas itibarıyla tanımlama somut olaylar özelinde mahkeme kararları ışığında gelişmekte ve nitelikli halin uygulanması ve tanımlanması hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Yaralama suçunun canavarca hisle işlenmesine ilişkin Yargıtay kararlarındaki azlık dikkate alındığında nitelikli halinin incelenmesinde ilk olarak canavarca hisle ilgili olarak öldürme suçundaki açıklamalara başvurma ihtiyacı doğmaktadır. Aynı doğrultuda doktrinde öldürmedeki canavarca his altında değinilen dürtülerle bir kişinin yaralanmasında canavarca hisle hareket edilmiş olacağı kabul edilmektedir⁹⁷.

Öldürme suçuna ilişkin kıstaslar yaralama suçuna uyarlandığında yaralamanın vahşi duygularla işlenmesi⁹⁸, sadece yaralamaktan duyulan zevkle, zarar vermektan ve kişinin acı duymasından zevk alarak ve bu zevki tatmin etmek için⁹⁹, acıma duygusu olmaksızın bir başkasının yaralanması¹⁰⁰ halinde nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Canavarca his, ilgili başlık altında ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, failin subjektif durumu ile ilgili olup burada failin işleniş şekli değil içtepi, güdü ve saik cezalandırılmaktadır. Yaralama hareketine götüren neden ve bu hareketi şekillendiren duygu canavarca olmalı ve acımasızlığı ortaya koymalıdır¹⁰¹. Yaralamanın canavarca hisle işlendiğinin tespitinde yaralamanın hangi yöntemle gerçekleştirildiğinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁰². Önemli olan kişinin subjektif durumu çerçevesinde yapılan değerlendirme olup temel alınan kişilerin yaralama hareketini zalimane, saf kötü ve acımasız bir hisle gerçekleştirmesidir¹⁰³. Nitelikli halin öngörülme nedeni, failin subjektif durumundan dolayı özellikle tehlikeli hali, kötülüğü ya da insani duygulardan uzak olmasının cezalandırılmasında dikkate alınması isteğidir¹⁰⁴. Nitekim canavarca hisle hareket etmede failin tehlikeliliğinin veya kötülüğünün yoğunluğu ile suç işleme eğilimi mevzubahistir¹⁰⁵. Vücuda defalarca yapılan bıçak darbeleri, darbelere ek olarak organ kesilmesi veya göz oyulması¹⁰⁶ veya kızgın yağ atarak¹⁰⁷ ya da yolda giden bir kişinin sadece giyim

⁹⁶ Seçimlik öngörülen nitelikli hallerdeki ağırlaştırma oranının farklı olmasının TCK'nın genel sistematığı ile uyumlu olmadığına yönelik eleştiri için bkz. TCHD Raporu, s. 6-7.

⁹⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 162.

⁹⁸ SOYASLAN, s. 137.

⁹⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 162; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220.

¹⁰⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 162; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220.

¹⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 273.

¹⁰² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220.

¹⁰³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 133.

¹⁰⁴ YOKUŞ SEVÜK, s. 240.

¹⁰⁵ BAŞ, s. 393-394.

¹⁰⁶ SOYASLAN, s. 137.

¹⁰⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220.

tarzının beğenilmemesinden dolayı bacaklarına kezzap dökerek¹⁰⁸ yaralama bu kapsamda örnek olarak gösterilmektedir.

Yaralama suçuna ilişkin nitelikli halin öngörüldüğü maddenin gerekçesinde canavarca hissin tanımına ilişkin bir ibareye yer verilmemekle birlikte sadece “*yüze kezzap atmak suretiyle*” yaralama suçunun işlenmesi örnek olarak sayılmıştır. Fakat bu örnek eleştiriye açıktır. Yapılan tüm açıklamalarda da değinildiği üzere canavarca his failin subjektif, psikolojik durumu ile ilgilidir. Fakat yüze kezzap atmak suçun işleniş biçimi ve kullanılan araçlar ile ilgili bir örneği teşkil etmektedir¹⁰⁹. Failin yaralarken kullandığı araç, yaralama öncesi ve sonrası gerçekleştirilen hareketler canavarca hisle işlendiğinin tespiti için yardımcı olabilecekse de ispat için tek başına yeterli olmayıp somut olayın bütün halinde değerlendirilmesi gerekecektir¹¹⁰. Bu hususların değerlendirilerek canavarca hissin varlığına somut olayın şartları altında hakim takdir edecektir¹¹¹. Bu nedenle mezkûr düzenlemenin getiriliş amacı ile birlikte canavarca his kavramının anlamı ve niteliği gözetildiğinde değişikliğin gereksiz ve amaca aykırı olduğu belirtilmelidir¹¹². İşbu düzenleme yaralama suçu ile eziyet suçunu birbirinden ayırmada da güçlülere sebebiyet verecek niteliktedir¹¹³. Failin kastının belirlenmesi her zaman mümkün olamayacaktır¹¹⁴.

Ayrıca tüm bunlara ek olarak gerekçede belirtildiği ve özellikle ağır cezalandırılması yönünde bir irade ortaya konduğu için yine kezzap atma örneği üzerinden hareket edilirse ilgili değişikliğin getirilmediği varsayımında bu hareket yaralama suçunun “*silah ile*” işlenmesi nitelikli hali (TCK md. 86/3-e) kapsamında değerlendirileceğinden cezanın yarı oranda artırımı söz konusu olacaktır¹¹⁵. Canavarca hisle yaralama suçunun işlenmesi nitelikli halinin eklenmesinden yaralama suçunun üst sınırının artırılarak silahla işlendiği için ceza yarı oranında artırım ve yüzde sabit iz bırakıldığından TCK’nın 87. maddesi uyarınca bir kat artırım ile yine aynı sonuca varılabileceği yönünde görüşler ve öneriler de mevcuttur¹¹⁶. Diğer bir öneri ise TCK’nın 87. maddesinde düzenlenen yüzde sabit izin önemi doğrultusunda bir artırım yapılmasının veya 87. maddede bir kat artırım oranı yerine alt üst sınırlar öngörülmesinin daha isabetli olacağıdır¹¹⁷.

¹⁰⁸ YOKUŞ SEVÜK, s. 241.

¹⁰⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 273; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220-221; BAŞ, s. 419; ÖZGENÇ/SÖZÜER/KOCA, s. 3.

¹¹⁰ YOKUŞ SEVÜK, s. 241. Yargıtay birlikte yaşadığı kişinin çocuklarından rahatsız olan failin onları sürekli dövmesi ve daha rahat fuhuş yapıp para kazanmasını sağlamak için çocuklarını döverek öldürdüğü olayda suç işlemeye iten saik, suçun işlenme şekli ile sonra gerçekleştirilen davranışları bir bütün olarak değerlendirilerek canavarca hissin varlığına karar vermiştir. Yar. 1. CD.’nin 3378/3795 sayılı ve 22.10.2001 tarihli kararı için bkz. OTACI, s. 497.

¹¹¹ YOKUŞ SEVÜK, s. 241; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 154.

¹¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 273; ÖZGENÇ/SÖZÜER/KOCA, s. 3.

¹¹³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219. Ayrıca kavramın belirsiz niteliği nedeniyle de uygulamada sorun yaratabileceği yönünde ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 221. Ortak bir canavarca his kavramı yaratmanın mümkün olmadığı ve yoruma açık bir kavram olduğu yönünde bkz. BAŞ, s. 422.

¹¹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 220.

¹¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219.

¹¹⁶ Bu nedenle belirli bir ceza miktarına ulaşmak için hükmün esasına uygun olmayan bir düzenleme getirmenin yerinde olmadığı yönünde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 221.

¹¹⁷ SÖZÜER Adem/DURSUN Selman/TALAS Serdar, **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Bilimsel Görüş** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Görüşü), s. 4.

Tepki normu olma niteliği ve gerekçede verilen kezzap atma şeklindeki fiilin işlenişine yönelik örnek dikkate alınarak belli şekilde işlenen yaralama suçlarının önlenmesi gayesi bulunduğu varsayımı¹¹⁸ ile birlikte bu amaçla canavarca hisle işlenmesinden ziyade canavarca şekilde işlenmenin düzenlenmesi daha isabetli görülmektedir¹¹⁹. Ayrıca getirilen nitelikli hal ile aslında yaralamada belirli yöntemlerin kullanılmasının canavarca saik veya güdü, içtepinin ispatını doğrudan sağladığı şeklindeki eleştirileri beraberinde getirecektir¹²⁰. Yaralama suçuna ilişkin bu şekilde bir nitelikli hal öngörmede ısrarcı olunması halinde doktrinde diğer bir öneri olarak “yaralama zevki” ile yaralama ifadesinin kullanılması önerilmektedir¹²¹. Nitekim öldürme suçunda öngörülen canavarca his nitelikli halinde esasında öldürme zevki ile hareketin arandığının kabulü ile hareket edildiğinde kanunda kavramlar arasındaki birlik gözetilmesi amacıyla bu ifade kanaatimizce yerinde gözükmemektedir. Aksi yönde bir tutum öldürme suçunda kabul edilen canavarca hisle yaralama suçundaki canavarca hissini farklı olmasını doğuracaktır. Çünkü öldürme suçunda öngörülen nitelikli halde canavarca his ile eziyet çektirme durumlarının farklı ifadeler olarak kullanılması, kanun koyucunun iradesinin bu iki kavramın farklı kullanılması yönünde olduğunu göstermektedir. Bu vesileyle yaralama suçundaki değişiklik yerine yaralama zevki ifadesinin kullanımı ile yaralanan kişinin şahsından bağımsız olarak sadece yaralamak için yaralamanın, can sıkıntısından veya sadece birini yaralamanın uyandırdığı merak veya heyecan ile yaralamanın söz konusu olması halinde nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Nitekim Yargıtay’ın da canavarca hisle yaralama suçunun işlenmesine ilişkin verdiği kararlarda canavarca his kavramını öldürme suçundaki gibi yorumladığı gözükmemektedir. Yaralama suçunun canavarca hisle işlendiğine ilişkin kararların sayısının azlığı da vurgulanarak bu başlık altında ilgili nitelikli hali konu alan mevcut önemli kararlar ışığında değerlendirme yapılacaktır.

İlk inceleme konusu karar olarak nitelikli halin öngörülme sebeplerinden olan kezzapla yaralamanın bulunduğu bir olay tercih edilmiştir. Failin kendisinden ayrılmak isteyen mağduru yüzüne kezzap atarak yaralaması nedeniyle yüzde sabit iz ile görme kaybına yol açtığı olayda, somut fiil “*toplumun ortak bilinci, duygusu ve ortak vicdanının hiçbir zaman onaylamayacağı gayriinsani bir güdüyle*”¹²² işlendiğinden bahisle Yargıtay canavarca hissini varlığına karar vermiştir. Bu doğrultuda canavarca hisse ilişkin öldürme suçu altında yaptığı açıklamaların aynısını yinelemiştir. Böylelikle canavarca hissini failin subjektif durumu ile ilgili olarak bir içtepi, güdü niteliğinin kabulü ve kezzap atmanın daha ziyade temelde suçun işleniş şekli ile ilgili olduğu gözetilerek aynı olayın önceki aşamalarında Yargıtay Ceza Dairesi kezzap atma suretiyle yaralamayı canavarca hisle işleme kapsamında değil silahla işleme nitelikli hali altında değerlendirmiştir¹²³. Bu doğrultuda Yargıtay Ceza Dairesi “*sırf yaralamış olmak için, yaralananın acı çekmesinden zevk duymak için veya silahın tesir alanını kontrol etmek için yaralama gibi içgüdüsel tatmin amacıyla*” yaralamanın gerçekleştirilmesini canavarca his

¹¹⁸ SÖZÜER/DURSUN/TALAS, s. 4.

¹¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 219. Canavarca hisle işlenmesindenense “eziyet çektirerek” işlenmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. BAŞ, s. 419. Fakat kanaatimizce bu kabulün eziyet suçu ile yaralama suçu arasındaki ayrımı zorlaştıracığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

¹²⁰ TCHD Raporu, s. 8.

¹²¹ BAŞ, s. 425. Ayrıca canavarca hissini TCK’nın 6. maddesinde tanımlanmasına yönelik öneri için bkz. BAŞ, s. 425.

¹²² YCGK, E. 2023/1-244, K. 2023/378, T. 5.7.2023, Erişim: Kazancı İçtihat Bankası.

¹²³ Yar. 1. CD., E. 2022/3265 K. 2022/9301, T. 24.11.2022, Erişim: Kazancı İçtihat Bankası.

kapsamında değerlendirilerek aslında öldürme suçundaki açıklamalar doğrultusunda görüş belirtmiştir. Karardaki karşı oy yazısında ise olayda silahla işlenmesi nitelikli halinin değil canavarca hisle işlemenin uygulanması gerektiğine ilişkin şerh koyulmuş, fakat hükmün gerekçesine atıfla yetinilmiş görüşe ilişkin ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemiştir. Aslında teorik olarak yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde öldürme suçundaki canavarca his kapsamında yapılan açıklamalarla uyumlu ve isabetli ifadeler yer verildiği görülmektedir. Fakat varılan neticede kezzap ile yaralamanın canavarca his kapsamında ele alınmasına ilişkin açıklamalar yetersiz olup canavarca his esasında failin subjektif durumu ile ilgili olan bir konuyken suçun işleniş şekli ile bir olarak görülmüştür.

Hükümlü bulunduğu cezaevinde çıplak gezen mağdurun bu hareketinden rahatsız olan diğer hükümlüler her ne kadar idareye şikayette bulunsa da mağdur bu hareketini devam ettirir. Bunun üzerine mağdurun çıplak şekilde dolaşmasına sinirlenen hükümlülerin mağdurun cinsel organını kestikleri olayda, bu hareket Yargıtay tarafından canavarca hisle gerçekleştirdiğinin kesin olarak saptanamadığından ve şüpheli durumun sanıklar aleyhine yorumlanamayacağından bahisle canavarca his altında değerlendirilmemiştir¹²⁴.

Kaynakça

AKBULUT, Berrin, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, **Adalet Dergisi**, 2020/2, S. 65, s. 99-165.

ARSLANTÜRK, Mustafa, **Öldürme Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 20. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

ARTUK, Mehmet Emin/YILMAZ, Erkam, “Yargıtay 1 CD. Kararlar Işığında Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 82/1-b)”, **İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Günleri– I Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu 1. Ceza Dairesi Kararları**, Ed: Veli Özer Özbek, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 21-69.

BAŞ, Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Canavarca His”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2021, s. 383-429.

BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/MEMİŞ KARTAL, Pınar/ALTUNÇ, Sinan/BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış/EROĞLU ERMAN, Fulya/KURT, Gülşah/SINAR, Hasan, **Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar -1-**, C. II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

BOSCH, Nikolaus, “Das Mordmerkmal der Grausamkeit”, **JURA**, Vol. 39, No. 4, 2017, s. 493-493.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, 5. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2021.

¹²⁴ Yar. 1. CD., E. 2023/1008, K. 2023/6270, T. 17.10.2023, Erişim: Legalbank.

DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 17. bs., Beta Basım A. Ş., 2004.

GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat, **Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları**, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 5. bs., Nomos, 2017. (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Bearb.)

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

KÖHNE, Michael, “Die Mordmerkmale »Mordlust« und »zur Befriedigung des Geschlechtstriebes«”, **JURA**, Heft 2/2009, s. 100-104.

KÜHL, Kristian, “Die drei speziellen niedrigen Beweggründe des § 211 II StGB”, **JA**, 2009, s. 566-573.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. bs., Münih, C.H. Beck, 2023. (Lackner/Kühl/Heger/Bearb.)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: (MüKo/Bearb.), Band 3: §§ 80-184k, 4. bs., C.H. Beck, 2021.

OTACI, Cengiz, **Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

ÖNDER, Ayhan, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.

ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/KOCA Mahmut, “**Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi**”nin Değerlendirilmesi, 06.04.2020, [https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%20B1bayram%20AHBV/turkcemer\(tr-TR\)/i%20CC%27nfaz-kanunu-de%20C4%29Fi%20C5%29Fiklik-teklifi-de%20C4%29Ferlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cms.hacibayram.edu.tr/api/files/1/Hac%20B1bayram%20AHBV/turkcemer(tr-TR)/i%20CC%27nfaz-kanunu-de%20C4%29Fi%20C5%29Fiklik-teklifi-de%20C4%29Ferlendirmesi-(2020.04.06).pdf) (Son Erişim: 20.08.2024).

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. bs., Münih, C.H. Beck, 2019. (Schönke/Schröder/Bearbeiter).

SELÇUK, Sami, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme”, **Yargıtay Dergisi**, C.14, S. 4, Ekim 1988, s. 467-482.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. bs., Ankara, 2023.

SÖZÜER Adem/DURSUN Selman/TALAS Serdar, **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkında Bilimsel Görüş** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Görüşü), <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=%E2%80%9Cceza-ve-guvenlik-tedbirlerinininfazi-hakkında-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunteklifi%E2%80%9D-hakkında-bilimsel-gorus.pdf>.

TBMM Tutanak Dergisi, C. 25, Dönem: 27, Oturum 4, Yasama Yılı: 3, 27. Birleşim, 5 Aralık 2019.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 21. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

TURAN, Ersin/OTACI, Cengiz, **Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Türk Ceza Hukuku Derneği, **7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler**, 25 Haziran 2020.

von Heintschel-Heinegg, Bernd (Herausg.), **Beck'sche Online-Kommentare**, 57. Edition, Stand: 01.05.2023, Münih, C.H. Beck, 2023. (BeckOK StGB/Bearb.)

YOKUŞ SEVÜK, Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUNA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM (TCK m.217/A)

Murat SADAK*

Özet

Bireylerin düşünce, fikir ve inançlarını serbestçe ifade edebilme yetisi anlamına gelen ifade özgürlüğü çoğulcu demokratik toplum yapısının mihenk taşlarından birisidir. Bu hak, sadece bireylerin kendi seslerini duyurmasını sağlamakla kalmaz, aynı zamanda diğer hakların kullanılmasını da güvence altına alarak toplumun gelişmesine ve bireylerin kendini gerçekleştirmesine katkı sağlar. İfade hürriyeti, demokratik toplumların ilerlemesini desteklerken aynı zamanda hoşgörü, çeşitlilik ve tartışma kültürünün gelişmesine olanak tanımaktadır.

Ancak, enformasyon teknolojilerinin gelişmesi ve sosyal medya kullanımının artmasıyla birlikte, bilgi alışverişi ve iletişimdeki artış, dezerformasyonun da artmasına neden olmuştur. Bu durum, iyi niyetli olmayan kişilerin kamu düzenini bozmak ve toplumu istismar etmek için dezerformasyonu bir araç olarak kullanmasına yol açmıştır. Yalan ve gerçeğe aykırı bilgiler, bireylerin sağlıklı kanaat oluşum süreçlerini engellerken, çoğulcu demokratik toplum yapısına da zarar vermektedir. Bu tür durumlarla mücadele etmek için devletler, ifade hürriyeti kapsamında belirli sınırlamalara gitmekte ve ilgili yasal düzenlemeleri yapmaktadır.

Bu kapsamda Türkiye örneğinde, Türk Ceza Kanunu'na "Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma" başlıklı 217/A maddesi eklenmiştir:

"(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır."

Kanun koyucuya göre bu düzenleme, ifade özgürlüğünü sınırlamak yerine, kamu düzeni ve toplumun güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Ancak, bu tür sınırlamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'da belirtilen sınırlama rejimine uygun olması gerekir. Başka bir ifadeyle, sınırlama, hakkın özüne dokunmamalı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmalı; aynı zamanda hem kişiler hem de kamu erkleri yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, öngörülebilir ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Ancak, ilgili düzenlemede geçen neredeyse bütün unsurların bu şartları karşılamadığı açıktır:

- İlk olarak, "gerçeğe aykırı beyan" ibaresi, açık ve öngörülebilir bir yapıya sahip olmadığından, erk sahiplerinin keyfi olarak kendi çıkarlarına göre yorumlama riskiyle karşı

* Av. Dr., İstanbul Barosu
E-posta: muratsadak@yahoo.com

karşıyadır. Bu nedenle, rahatsız edici gerçeklikleri reddetme eğilimi, farklı sesleri bastırma ve çoğulcu demokratik toplum yapısını zayıflatabilir.

- İkinci olarak ilgili fiilin “açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması” şartının aranmayarak sadece “kamu yararını bozmak” bakımından “elverişli” olmasını aramak suç tipini genel kanaatin aksine soyut tehlike suçuna dönüştürmektedir. Bu durum, ifade özgürlüğünün keyfi ve kolayca askıya alınabileceği bir riski beraberinde getirebilmektedir.

- Son olarak, ilgili suç tipinin müeyyidesinin sadece hapis cezası olması ve hapis cezasına alternatif daha hafif müeyyidelerin olmaması ölçülülük ilkesine de aykırıdır.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, Dezenformasyon, Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu, Gerçeğe aykırı bilgi.

Giriş

- İfade Özgürlüğünün Önemi ve Demokratik Toplumlar İçin Rolü

Bireylerin düşünce, fikir ve inançlarını serbestçe ifade edebilme yetisi anlamına gelen ifade özgürlüğü çoğulcu demokratik toplum yapısının mihenk taşlarından birisidir.¹ Başka bir tanımla ifade özgürlüğü; “kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”² Bu hak, yalnızca bireylerin kendilerini ifade etmelerine olanak tanımaz; aynı zamanda diğer hak ve özgürlüklerin kullanımını güvence altına alarak toplumun ilerlemesine, bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerine ve toplumsal katılımın artmasına katkıda bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, demokratik toplumlar için ifade özgürlüğü, yalnızca ilerlemeyi desteklemekle kalmaz, aynı zamanda hoşgörü, çeşitlilik ve tartışma kültürünün de gelişmesini teşvik etmektedir.

- Enformasyon Teknolojilerinin Gelişimi ve Dezenformasyon Sorunu

Enformasyon teknolojilerinin hızlı gelişimi ve sosyal medya platformlarının yaygınlaşması, bilgi alışverişi ve iletişim olanaklarını büyük ölçüde artırmıştır. Bu gelişmeler, bireylerin düşüncelerini ifade etme ve bilgilere erişim süreçlerinde önemli bir dönüşüm sağlamış, kamusal alanda fikirlerin serbestçe dolaşımını kolaylaştırmıştır. Ancak, bu durum aynı zamanda dezenformasyonun yayılmasına da zemin hazırlamış ve çağdaş toplumlar için ciddi bir tehdit haline gelmiştir. Dezenformasyon, kasıtlı olarak yanlış veya yanıltıcı bilgilerin yayılması olup genellikle kötü niyetli aktörler tarafından kamu düzenini bozmak, toplumu manipüle etmek ve bireylerin sağlıklı bir kanaat oluşturma süreçlerini engellemek amacıyla kullanılmaktadır.³

Bu tür yanlış bilgi akışları, demokratik toplumların temel dayanaklarından biri olan çoğulcu bir toplumun oluşumuna zarar vermekte, toplumsal huzuru tehdit etmekte ve bireyler

¹ Nasuh Buğra Karadağ, “İfade Özgürlüğü: Bir İnsan Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi 2024/1 (2024), s.312.

² (Bekir Coşkun, [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-34; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-36, 38).

³ Türay Aras, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama Merkezi, (2023), s.7.

arasında güvensizlik oluşturmaktadır. Dezenformasyon, toplumsal kutuplaşmayı derinleştirirken, demokratik tartışma ortamını da zedelemekte ve kamusal karar alma süreçlerinin sağlıklı işlemlerini engellemektedir. Bireyler, bu tür yalan ve gerçeğe aykırı bilgilerle yanlış yönlendirildiklerinde, doğru bilgilere dayalı rasyonel kararlar vermekte zorlanmakta olup demokratik toplumun işleyişini de olumsuz etkilemektedir.

- Dezenformasyonla Mücadele ve Hukuki Düzenlemeler

Dezenformasyonla mücadele, son yıllarda hem ulusal hem de uluslararası alanda büyük önem kazanmıştır. Bu bağlamda, devletler dezenformasyonun neden olduğu bu tehlikeleri önlemek için çeşitli müdahalelerde bulunmak zorunda kalmaktadır. Ancak bu müdahalelerin, bireylerin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmeyecek şekilde, hukukun üstünlüğü ve demokratik toplumun korunması ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Dezenformasyonla mücadele amacıyla devletler, çeşitli hukuki ve idari düzenlemeler yapmışlardır. Bu düzenlemeler arasında, dijital platformların içeriğini denetleme ve içerik kaldırma yükümlülükleri, yanlış bilgilendirme yapan kişilere yönelik idari para cezası gibi yaptırımlar ve dezenformasyonun yayılmasını önlemeye yönelik kamuoyu bilgilendirme kampanyaları gibi önlemler yer almaktadır. Örneğin Almanya ve Birleşik Krallık, dezenformasyonla mücadele kapsamında çevrimiçi içeriklerin denetlenmesi ve kaldırılması konusunda çeşitli önlemler almışlardır. Almanya'nın NetzDG'si, platformların yasa dışı içeriklere karşı hızlı hareket etmelerini sağlamakla birlikte, dezenformasyona yönelik doğrudan cezai yaptırımlar getirmemektedir.⁴ Birleşik Krallık'ın Online Safety Bill'i ise, kullanıcıların çevrimiçi ortamda daha güvenli bir deneyim yaşamalarını hedeflemekte ve zararlı içeriklerin kaldırılmasını sağlamakla ancak yanlış bilgi yayan kişilere karşı cezai kovuşturma öngörmemektedir.⁵

Türkiye, dezenformasyonla mücadele kapsamında diğer devletlerde olduğu gibi son yıllarda önemli adımlar atmış ve bu alandaki idari ve hukuki düzenlemeleri sıkılaştırmıştır. Bu çerçevede yapılan düzenlemeler arasında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) sosyal medya platformlarına belirli içeriklerin kaldırılması için talimatlar vermesi ve bu platformların yasal düzenlemelere uymaması durumunda, erişim engeli ya da idari para cezası gibi yaptırımlar uygulaması örnek gösterilebilir.

Ancak, kanun koyucumuz, mevcut idari ve hukuki önlemlerin dezenformasyonla etkin bir şekilde mücadele etmek için yeterli olmadığını ileri sürmüş ve ceza hukuku yaptırımlarıyla düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur.⁶ Unutulmaması gerekir ki, ceza hukuku, toplumsal düzeni ve bireylerin haklarını korumak amacıyla devletin en ağır müdahale araçlarını devreye aldığı bir hukuk dalıdır. Devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını çizen son çare (ultima ratio) ilkesi ceza hukukunun yalnızca, diğer hukuki veya idari önlemlerle sonuç alınmadığı durumlarda devreye girmektedir.⁷ Diğer bir ifadeyle ceza hukukunun amacı, toplumsal düzeni sağlamak ve bireylerin haklarını korumak olsa da bu amaca ulaşılırken en ağır yaptırımların

⁴ Zeynep Burcu Şahin, "Dezenformasyonla Mücadelede İfade Özgürlüğü: İçeriğin Korunması ve 29. Madde". Yeni Medya, 15 (2023), s.287.

⁵ Şahin, "Dezenformasyonla Mücadelede" s.288.

⁶ TCK 217/A Madde'nin Gerekçesi.

⁷ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*: Seçkin, Ankara, 2003, s.446

uygulanması bir zorunluluk değildir. Kanaatimizce Türkiye’de dezenformasyonla mücadele amacıyla etkin hukuki ve idari yaptırımlar mevcutken, bu alanın cezai yaptırımlarla düzenlenmesi, *ultima ratio* ilkesiyle bağdaşmamakta; aksine, tahakküm sahibi erklerin bir terbiye aracına dönüşmesi riskini doğurmaktadır.

Tüm bu risklere rağmen, mevcut idari ve hukuki önlemlerin dezenformasyonla mücadelede yetersiz olduğunu öne süren kanun koyucu, bu nedenle ülkenin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini, toplumun genel sağlığını ve kamu barışını korumak amacıyla ifade özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayan Türk Ceza Kanunu’nun 217/A maddesini ihdas etmiştir:

“(1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır.”

Ancak, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında korunan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, yalnızca AİHS ve Anayasada belirtilen sınırlama rejimine uygun olduğu takdirde mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), diğer haklarda olduğu gibi ifade özgürlüğünde de getirilen sınırlamaların meşruiyetini değerlendirmek amacıyla geliştirdiği üçlü kriteri (kanunla öngörülme, meşru amaç, demokratik bir toplumda gereklilik) uygulamaktadır. Bu makalede, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 217/A maddesinde düzenlenen “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu”nu AİHM’nin üçlü kriteri bağlamında eleştirel bir bakış açısıyla inceleyeceğiz.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ÜÇLÜ KRİTERİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kanunilik Kapsamında Değerlendirme

Hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin hukuka uygun olarak sınırlandırılabilmesi için temel koşul, bu sınırlandırmanın yasama organı tarafından çıkarılan bir “kanun” ile yapılmasıdır. Ancak, bir hakkın sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemenin yalnızca varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda bu düzenlemenin hukukun genel ilkelerine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun şekilde, keyfiliğe izin vermeyecek biçimde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir.⁸

Bu bağlamda, bir kanuni düzenlemenin sadece şeklen var olması hukuka uygunluk için yeterli değildir; zira düzenleme, bireylerin hangi davranışlarının ne tür bir yaptırımla karşılaşacağını anlamalarına olanak tanımıyor veya keyfi uygulamalara kapı aralıyorsa, yeterince belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmadığından kanunilik şartını sağlamaz.

⁸ AYM, Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § 56, 57; AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 16.

Kanunilik şartı, yalnızca şeklen bir kanunun varlığını değil, aynı zamanda bu kanunun hukukun temel ilkelerine uygun olarak belirli ve öngörülebilir nitelikte olmasını gerektirmektedir.⁹

Bu nedenle, mevcut düzenlemenin, özellikle hapis cezası dışında kalan alanlarda, kanunilik ilkesine uygun olmadığı karşılamadığını değerlendirmekteyiz. Anayasa Mahkemesi'nin, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuna ilişkin soyut norm denetimi çerçevesindeki muhalefet şerhleri de bu yöndedir.¹⁰Söz konusu düzenleme, belirlilik, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik ilkelerini tam anlamıyla karşılamadığı için, bireylerin hukuki güvenliğini temin etmekten uzak kalmakta ve keyfi uygulamalara zemin hazırlayabilecek niteliktedir.

1. Gerçeğe Aykırılık

“Gerçeğe aykırılık” kavramı, hukuk literatüründe ve uygulamalarında sıkça karşılaşılan, ancak tam olarak tanımlanması zor ve muğlak bir ifadedir. Bu kavram, hukukun çeşitli alanlarında, özellikle ceza hukuku bağlamında büyük öneme sahiptir. Bununla birlikte, gerçeğe aykırılık unsurunun ne olduğu ne zaman ve nasıl ortaya çıktığı soruları, hukuk teorisinde tartışmalı kalmaya devam etmektedir. Düşünce tarihi boyunca, gerçek bilginin doğası ve hakikatin ne olduğu üzerine yapılan felsefi tartışmalar, bu kavramın karmaşıklığını ve belirsizliğini daha da derinleştirmiştir. Gerçekliğin sabit ve tek bir durumda olmadığı, mekân ve zamana göre değişebileceği düşüncesi, bu belirsizliği daha da pekiştirmektedir.

Tarih boyunca, çeşitli siyasi ve dini otoriteler, hakikati kendi tekelinde tutma girişiminde bulunmuşlardır¹¹. Bu girişimler, otoritelerini pekiştirmek ve toplum üzerindeki kontrolü artırmak amacıyla yapılmıştır. Antik dönemde krallar ve imparatorlar, kendi egemenliklerini meşrulaştırmak ve korumak için hakikatin kontrolünü ellerinde bulundurmak istemiştir. Benzer şekilde, dini liderler ve kurumlar da inanç sistemlerini ve öğretilerini korumak adına hakikati kontrol altında tutma çabasına girmiştir.

Özellikle Orta Çağ'da, Kilise'nin hakikati tekelinde bulundurması ve bu bağlamda Engizisyon Mahkemeleri'nin kullanılması, bu durumun en bariz örneklerinden biridir. Galileo Galilei'nin, Kilise'nin öğretilerine aykırı olarak bilimsel gerçekleri savunması ve bu yüzden Engizisyon tarafından yargılanması, tarihte hakikat ve otorite arasındaki çatışmanın trajik bir örneğini teşkil etmektedir. Galileo'nun mahkumiyeti ve idamı, yalnızca bilim ve özgür düşünce üzerindeki baskıyı değil, aynı zamanda hakikatin tekel altına alınmasının doğurduğu tehlikeleri de gözler önüne sermektedir. Galileo'nun haklılığı, zamanla bilimsel gerçeklerin Kilise dogmalarından daha önemli ve geçerli olduğunu göstermiştir.

Yine aynı şekilde otoriter ve totaliter rejimlerin en önemli hedeflerinden biri, toplumu kendi ideolojik doğruları doğrultusunda şekillendirmek ve bu doğruların tartışılmaz olduğu bir bilgi ortamı yaratmaktır. Bu hedefe ulaşmak için propaganda ve sansür gibi araçlar kullanılarak hakikat tekelini elde tutma çabası, bu rejimlerin en belirgin stratejilerinden biridir. Özellikle Nazi Almanya'sı döneminde, Adolf Hitler'in Propaganda Bakanı Joseph Goebbels, hakikatin kontrolünü ele geçirme ve sürdürme konusunda dikkat çekici bir örnek teşkil etmiştir.

⁹ AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 16.

¹⁰ AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 5 (Zühtü Arslan'ın Karşı Görüşü), s.9.

¹¹ AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 14 (Zühtü Arslan'ın Karşı Görüşü), s.10.

Goebbels, Nazi ideolojisini geniş kitlelere kabul ettirmek için propagandayı sistematik bir şekilde kullanmış ve hakikat tekeli ele almak amacıyla toplumun bilgiye erişimini manipüle etmiştir.¹² Bu süreç, toplumda gerçek dışı bilgilerin yayılmasına, toplumsal hafızanın çarpıtılmasına ve eleştirel düşüncenin bastırılmasına yol açmıştır.

Hukuk sisteminde gerçeğe aykırılık kavramı, hukukun temel ilkelerinden biri olan maddi gerçeğe ulaşma hedefini doğrudan etkileyen ve uygulamada birtakım sorunlara yol açabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bu kavramın hukuki işlemler ve yargı kararları üzerindeki etkisi, özellikle günümüzde tartışmalara neden olan bazı olaylarla yeniden gündeme gelmiştir. Tarihsel olarak incelendiğinde, gerçeğe aykırılık iddialarının geçmişte hakikat kavramının manipülasyonu ile sonuçlandığı ve bu hataların tekrarlanma riskinin mevcut uygulamalarda da gözlemlendiği görülmektedir. Son dönemde Türkiye’de meydana gelen iki yargı olayı¹³, bu kavramın uygulamadaki sorunlarına dikkat çekmektedir. Bu olaylarda, suçlamaların hedefi olan yargı kurumlarının aynı zamanda yargılama süreçlerini yürüten merciler olması, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerini zedeleyen bir etki yaratmaktadır.

Bu olaylarda, suçlamanın tarafı olan yargı mercilerinin aynı zamanda yargılama sürecini yürüten kurumlar olması, sürecin tarafsızlığını zedelemekte ve adaletin doğru şekilde tecelli etmesini engellemektedir. Dahası, yargılamanın diğer süjesi olan kurumların, ilgili iddialar üzerine idari ve hukuki soruşturma başlatmaktan kaçınmaları, gerçeğe aykırılık unsurunun objektif bir şekilde değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Bu durum, hukukun temel ilkelerine aykırı olarak, yargı sürecinde taraflı ve adaletsiz uygulamalara zemin hazırlamaktadır.

Sonuç olarak, gerçeğe aykırılık kavramının tanımlanmasındaki belirsizlikler ve bu kavramın uygulamada yol açtığı sorunlar, tarih boyunca hakikatin tekeli elinde bulundurma girişimlerinin neden olduğu olumsuz sonuçlarla paralellik göstermektedir. Hukukun temel prensiplerine aykırı olarak yürütülen bu tür uygulamalar, toplumda adalet ve güven duygusunu zedelemekte, dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesine ciddi zararlar vermektedir. Bu nedenle, gerçeğe aykırılık kavramının daha net ve objektif bir tanıma kavuşturulması, hukukun adaletli ve tarafsız bir şekilde uygulanması açısından büyük önem taşımaktadır.

2. Ülkenin İç ve Dış Güvenliği, Kamu Düzeni, Genel Sağlık ve Kamu Barışını

¹² Esra Bozkanat, “Algı Yönetimi ve Propaganda: Nazi Almanyası Üzerinden Bir Değerlendirme”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 16/55 (2021) s,74.

¹³ Avukat Eyüp Akıncı, X (eski adıyla Twitter) platformunda “Küçükçekmece Adliyesi’nde yaygınlaşan rüşvet iddiaları” hakkında yaptığı paylaşımın ardından, Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu kapsamında başlatılan soruşturma kapsamında hukuka aykırı bir şekilde konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirine tabi tutulmuştur. Avukatlık mesleği gereği duruşmalara katılmak ve diğer hukuki işlemleri takip etmek zorunda olan Akıncı hakkında, adli kontrol tedbiri şartları oluşmamasına rağmen, hukuki faaliyetlerini engellemek ve terbiye etmek amacıyla bu tedbirin uygulanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Küçükçekmece 23. Asliye Ceza Mahkemesi’nde görülen yargılama sonucunda, 2023/1043 esas numaralı ve 2024/548 karar numaralı dosyada, 05.07.2024 tarihli kararla Avukat Eyüp Akıncı beraat etmiştir. Yine aynı şekilde Gazeteci Tolga Şardan, “MİT’in Cumhurbaşkanlığı’na sunduğu yargı raporunda neler var?” başlıklı yazısı nedeniyle yargıdaki atama ve görevlendirmelerle ilgili yaptığı haber kapsamında 1 Kasım’da tutuklanmıştır.

Mevcut düzenlemelerde yer alan ve artık kategorik olarak her sınırlanan hakkın otomatik olarak içine dahil edilen “*kamu düzeni, genel sağlık, kamu barışı, iç ve dış güvenlik*” gibi kavramlar, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında merkezi bir rol oynamaktadır. Ancak bu kavramlar, yasal ve anayasal düzenlemelerde açıkça tanımlanmamış, mahkemelere geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu muğlaklık, hukuk güvenliği açısından çeşitli sorunlara neden olmakla beraber ve yargının keyfi kararlar almasına kapı aralamaktadır.

Mahkemelerin bu kavramları yorumlama yetkisi bulunsa da bu yetkinin belirli sınırlar dahilinde kalması gerekmektedir. Çünkü sınırsız bir takdir yetkisi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin öngörülemez hale gelmesine ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır. Hukukun temel ilkelerinden biri olan öngörülebilirlik, bireylerin hangi durumlarda haklarının sınırlanabileceğini bilmesi açısından hayati bir önem taşımaktadır. Bu kavramların tanımlanmamış olması, yargı kararlarının keyfiliğe varma potansiyelini artırmakla beraber bireylerin temel haklarının korunmasını zorlaştırmaktadır.

Ayrıca, uluslararası insan hakları hukukunda da bu kavramların sınırlama sebebi olarak kullanılması, demokratik toplumun gereklilikleri ile dengelenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu tür sınırlamalara ilişkin davalarda, sınırlamanın demokratik bir toplum için zorunlu olup olmadığını titizlikle incelemekte ve muğlak kavramlara dayalı sınırlamaların kabul edilemez olduğu sonucuna varabilmektedir. AİHM’nin bu konudaki içtihadı, sınırlama gerekçelerinin öngörülebilir ve hukuka uygun olmasını zorunlu kılmaktadır.

3. Elverişlilik

Düzenlemelerde yer alan *elverişlilik* kavramı, ilgili suç tipinin soyut tehlike suçu mu yoksa somut tehlike suçu mu olduğu sorusunu doğurmaktadır. Bu belirsizlik, hukuki güvenliği zedelemekte ve özellikle ifade özgürlüğü gibi temel hakların korunmasında ciddi sorunlar yaratmaktadır. Her ne kadar madde gerekçelerinde suçun somut tehlike suçu olarak ihdas edildiği belirtilse de “*açık ve yakın tehlike*” gibi objektif kriterlerin eksikliği, suçun soyut tehlike suçu olarak yorumlanmasına yol açmaktadır. Soyut tehlike suçlarında, cezalandırma için herhangi bir somut tehlike şartı aranmamakta; sadece bir tehlike ihtimalinin varlığı yeterli görülmektedir¹⁴. Oysa somut tehlike suçlarında, fiilin gerçekleşmesiyle birlikte kamusal bir yararın veya bireysel bir hakkın ciddi ve yakın bir tehdit altına girdiği somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır.¹⁵

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel taşlarından biridir ve bu özgürlüğe getirilen sınırlamaların en dar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Ancak, ifade özgürlüğünün soyut tehlike suçu kapsamında düzenlenmesi, bu hakkın keyfi biçimde sınırlandırılmasına ve hatta ortadan kaldırılmasına zemin hazırlamaktadır. Bu durum, bireylerin kendilerini özgürce ifade edebilmeleri ve toplumda serbest bir düşünce akışının sağlanması açısından ciddi tehditler içermektedir.

¹⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, “*Ceza Hukuku Genel Hükmümler*”, 12. Baskı, İstanbul 2018, s.320; İzzet Özgenç, “*Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler*”, 14. Bası, Ankara 2018, s.215; Hakan Hakeri, “*Ceza Hukuku Genel Hükmümler*”, 21. Baskı, Ankara 2017, s.184; Kayıhan İçel, “*Ceza Hukuku Genel Hükmümler*”, 5. Bası, İstanbul 2018, s.267.

¹⁵ İzzet Özgenç, “*Genel Hükmümler*” s.224;

Bu nedenle, düzenlemenin ağır ve yakın tehlike gibi objektif kriterlerle yeniden ele alınması, ifade özgürlüğünün korunması bakımından elzemdir. Bu tür bir yaklaşım, ifade özgürlüğü ile kamu düzeni arasında makul bir denge kurulmasına imkân sağlayacak ve keyfi uygulamaların önüne geçilmesini sağlayacaktır. Ayrıca, somut tehlike suçu anlayışının benimsenmesi, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ölçülülük ve belirginlik ilkelerinin korunmasına da katkı sağlayacaktır. Böylelikle, hukuki güvenlik ilkesi pekiştirilecek ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir şekilde temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün hale gelecektir.

4. Halk

Mevcut düzenlemelerde kanunilik ilkesini zedeleyen bir diğer önemli ifade “*halk*” kavramıdır. Geleneksel olarak halk toplumun geneline atıfla kullanılan bir terimdir. Ancak sosyal medya platformlarının yaygınlaşmasıyla birlikte, halk kavramının hukuki ve teorik olarak yorumlanması daha karmaşık bir hale gelmiştir. Günümüz toplumunda, bireyler düşüncelerini büyük ölçüde sosyal medya aracılığıyla paylaşmakta, bu da yargı mercilerinin sosyal medya üzerindeki ifadeleri, yalnızca halkı etkilediği gerekçesiyle yargılama konusu yapmasına neden olmaktadır.

Bu bağlamda, sosyal medya platformlarında paylaşılan düşüncelerin halkı ne ölçüde temsil ettiği sorunu hem hukuk teorisi hem de yargı pratiği açısından yeniden ele alınması gereken bir mesele haline gelmiştir. Örneğin, X (Eski adıyla Twitter), Instagram ve Facebook gibi platformlarda oluşturulan görüşlerin, halkın genel düşüncelerini yansıtıp yansıtmadığı ciddi bir tartışma konusudur. Bir sosyal medya grubunun görüşleri, toplumun genelini temsil edebilir mi? Bu tür platformlarda belirli bir kesimin düşüncelerinin, halkın genel duygu ve düşüncelerini temsil ettiği yönünde bir değerlendirme yapılması, oldukça sorunlu ve eksik bir yaklaşımdır.

Dolayısıyla, sosyal medyada paylaşılan düşüncelerin halkı etkilediği gerekçesiyle cezai takibata tabi tutulması, belirli bir kesimi temsil eden görüşlerin tüm toplumu etkilediği gibi bir varsayımı içerir. Bu durum, hukuki güvenlik açısından önemli riskler taşımakta ve ifade özgürlüğüne yönelik keyfi müdahalelere neden olabilmektedir. Bu nedenle, halk kavramının örneğin sosyal medya bağlamında yorumlanmasında, daha şeffaf ve nesnel kriterlerin getirilmesi gerekmektedir.

5. Aleniyet

Bu maddenin uygulanmasında tartışmalara neden olan diğer kavramlardan biri de “*aleniyet*”tir. Aleniyet, hukukta genellikle bir eylemin veya ifadenin kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesi anlamında kullanılmaktadır. Ancak, aleniyet kavramının kapsamı, özellikle dijital çağda ve internet ortamında, giderek daha karmaşık hale gelmiştir.

Öğretide ve yargı kararlarında aleniyet kavramının tanımı ve belirlenmesi için hangi ölçütlerin kullanılacağı konusunda ortak bir görüş birliği bulunmamaktadır¹⁶. Geleneksel anlamda aleniyet, bir eylemin geniş bir kitle tarafından erişilebilir olmasını ifade ederken,

¹⁶ Türey Aras, “Halkı Yanıltıcı” s.14.

internet ortamında bu kavramın sınırları belirsizleşmiştir. İnternet, doğası gereği kamuya açık bir platform olarak kabul edilmekle birlikte, burada yapılan bazı paylaşımlar, erişimi kısıtlı hale getirilebileceği gibi, yalnızca belirli bir gruba yönelik de olabilmektedir. Bu durum, internet üzerinde yapılan paylaşımların aleniyet şartını ne ölçüde karşıladığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Özellikle sosyal medya platformlarında ve diğer çevrim içi ortamlarda, paylaşımların aleniyet düzeyi, paylaşımın yapıldığı platformun yapısına ve paylaşımın erişim sınırlamalarına bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin, kapalı bir grupta yapılan bir paylaşım ile herkesin erişimine açık bir platformda yapılan paylaşımın aleniyet düzeyi aynı şekilde değerlendirilmeyebilir. Kapalı gruplar veya özel mesajlaşma platformlarında yapılan paylaşımların, başka kullanıcılar tarafından yeniden paylaşılması durumu da aleniyetin sınırlarını zorlayan bir diğer unsurdur.

Bu bağlamda, aleniyet kavramının internet ortamında nasıl yorumlanacağı konusunda net bir çerçevenin olmaması, uygulamada çeşitli belirsizliklere yol açmaktadır. Hukuki açıdan aleniyetin değerlendirilmesi, somut olayın özelliklerine, paylaşımın yapıldığı platformun doğasına ve paylaşımın kimlerin erişebildiğine göre değişiklik gösterebilmektedir. İnternetin dinamik ve sürekli gelişen yapısı, aleniyet kavramının yorumlanmasını daha da karmaşık hale getirmekte, bu da yargı kararlarında farklı değerlendirmelere neden olabilmektedir.

6. Endişe, Korku veya Panik

Gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma suçu kapsamında yer alan “*endişe, korku ve panik*” kavramlarının net bir tanımının yapılmaması, hukuki uygulamada ciddi belirsizlikler yaratabilecek niteliktedir. Ceza hukukunda, suçun unsurlarının açık ve kesin bir şekilde tanımlanması, hukuki öngörülebilirlik ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması açısından büyük önem taşır. Ancak, mevcut düzenlemelerde bu kavramların nasıl anlaşılması gerektiğine dair bir belirsizlik bulunmakta olup, bu durum hem suçun yorumlanmasında hem de uygulanmasında çeşitli sorunlara yol açmaktadır.

Bir bilginin endişe, korku veya panik yaratıp yaratmadığının kim ve nasıl belirleyeceği meselesi de aynı derecede muğlak olup, bu durum farklı yargı mercilerinin aynı olguya ilişkin farklı kararlar vermesi riskini doğurmaktadır. Hukukun birliği ve eşitliği ilkesi doğrultusunda, benzer olayların benzer şekilde değerlendirilmesi gerekirken, bu tür kavramsal belirsizlikler nedeniyle mahkemeler arasında farklı yorumların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) gibi yüksek yargı organlarının yerleşik içtihatları, ifade özgürlüğünün kapsamını geniş bir perspektiften ele almaktadır¹⁷. AİHM, ifade özgürlüğünün yalnızca genel kabul gören veya zararsız bilgiler için değil, aynı zamanda kırılcı, şok edici ve rahatsız edici ifadeler için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır.¹⁸ Bu bağlamda, endişe, korku veya panik yaratma potansiyeline sahip ifadeler dahi ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Ancak bu durum, ilgili suç tipinin unsurlarıyla da bir çelişki yaratmaktadır.

¹⁷ AİHM, Handyside/United Kingdom, B: No: 5493/72, 07.12.1976, § 49.

¹⁸ AİHM, Handyside/United Kingdom, B: No: 5493/72, 07.12.1976, § 49.

B. Meşru Amaç Kapsamında Değerlendirme

İfade özgürlüğü her ne kadar çoğulcu demokratik bir toplumun mihenk taşlarından biri olsa da sınırlandırma rejimi kapsamında yaşam hakkı, işkence yasağı gibi da mutlak haklardan olmayıp sınırlandırılabilen ve mutlak olmayan haklardan biridir. Bu kapsamda Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında belirtilen meşru amaçlar için sınırlandırılabilir. Mevcut düzenlemeler kapsamında ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların dayandığı meşru amaçlar bu suç tipi özelinde, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlık olarak kategorize edilmiştir.

Bu tür meşru sınırlama gerekçeleri, çoğu zaman yasaların genel güvenlik kaygıları doğrultusunda şekillendirilmesine dayansa da uygulamada ciddi belirsizlikler yaratabilmektedir. Özellikle, bu kategorik sınırlama nedenlerinin muğlak ve geniş kapsamlı olması, keyfi yorumların önünü açmakta olup bu durum, ifade özgürlüğünün gereğinden fazla kısıtlanmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle, bu kategorik sınırlamaların daha somut ve net bir şekilde tanımlanması ve istisnaların belirlenmesi gereklidir.

C. Demokratik Bir Toplumda Gereklik Kapsamında Değerlendirme

1. Sosyal İhtiyaç Baskısı

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ancak belirli şartların sağlanması durumunda meşru kabul edilebilir. Bu şartlardan biri, sınırlandırmanın sosyal bir ihtiyaç baskısı doğurmasıdır. Sosyal ihtiyaç baskısı, toplumun temel yapısını ve işleyişini tehdit eden bir durumun acil ve gerçek bir müdahale gerektirdiği hâllerde ortaya çıkmaktadır.¹⁹ Ancak bu baskı keyfi veya soyut bir gerekçe olmamalı, somut ve ölçülebilir bir tehdit karşısında zaruri hale gelmelidir.

Son yıllarda dijital platformların yaygınlaşmasıyla birlikte, dezenformasyonun küresel düzeyde ciddi bir tehdit oluşturduğu yaygın bir kabul görmektedir. Bilgi kirliliği olarak adlandırılan dezenformasyon, sadece bireylerin değil, toplumların demokratik işleyişine de zarar verebilmekte, sosyal huzursuzluk yaratmakta ve kamu düzenini tehdit etmektedir. Özellikle seçim süreçlerinde, sağlık alanında veya kamu güvenliğini ilgilendiren kriz dönemlerinde, dezenformasyonun yayılması toplumun doğru bilgiye erişimini engelleyerek güven zedeleyici bir etki yaratmaktadır.

Bu bağlamda, dezenformasyonun sosyal ihtiyaç baskısı doğuran bir tehdit olarak kabul edilmesi mümkündür. Demokratik bir toplumun temel işleyişine zarar veren bu tür bilgi kirliliği karşısında alınacak önlemler, mevcut düzenlemelerin sosyal ihtiyaç baskısı şartını sağladığını göstermektedir. Dezenformasyonun yaygınlaşması durumunda, toplumun güvenliğine ve huzuruna yönelik ciddi tehditler ortaya çıkabilmekte olup bu da sınırlandırma gerekliliğini daha da pekiştirmektedir.

2. Ölçülülük

Dezenformasyonun önlenmesi amacıyla yapılan düzenlemeler, toplumsal ihtiyaçların gerçek ve acil bir sorun teşkil ettiği durumlarda sosyal ihtiyaç baskısı kriterini karşılamaktadır.

¹⁹ AYM, Tuğrul Culfa Kararı, B. No: 2013/2593, 11/3/2015, § 33.

Ancak, bu sınırlamaların uygulanması esnasında demokratik toplumun temel ilkelerinden olan *ölçülülük* ilkesinin gözetilmesi daha fazla önem taşımaktadır.

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere 3 alt ilkeden oluşmaktadır²⁰. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* aynı amaca daha hafif bir sınırlama amacı ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ilkesi ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesidir.²¹

İlk olarak, düzenleme ile getirilen müeyyidenin doğrudan hapis cezası olması, ilgili suçun mahiyeti dikkate alındığında ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir. Ceza hukukunda, bir suça karşı verilecek ceza belirlenirken, suçun ağırlığı ve toplum üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı zamanda, suçluya verilecek cezanın amacının, yalnızca cezalandırma değil, aynı zamanda topluma yeniden kazandırma olduğunun da dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda, hapis cezasının tek seçenek olarak belirlenmesi, daha hafif nitelikteki suçlar açısından orantısız bir yaptırımdır. Daha ağır suçlar için adli para cezası veya diğer alternatif yaptırımların öngörüldüğü hâllerde, suçun mahiyeti daha hafif olan durumlar için de aynı şekilde alternatif yaptırımların sunulması gerekmektedir. Hapis cezasının tek yaptırım olarak dayatılması, cezalandırma amacını aşarak gereksiz bir özgürlük kısıtlamasına yol açmakta olup ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Türk ceza hukukundaki bazı suç tiplerinde, hapis cezası dışında adli para cezası gibi alternatif müeyyidelerin öngörülmüş olması, ölçülülük ilkesine uygun bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Örneğin, daha ağır vasıf ve mahiyetteki suçlarda dahi, suçlunun durumuna göre alternatif yaptırımların bulunması, bu suçlar karşısında dengeli bir ceza sisteminin kurulduğunu göstermektedir. Ancak, bazı suç tipleri için yalnızca hapis cezası öngörülmesi, hukuk sisteminin belirli suç tiplerine karşı orantısız bir yaklaşım sergilediğini ortaya koymaktadır.

Bu yaklaşım, özellikle ifade özgürlüğüne veya internet üzerinden işlenen suçlara yönelik cezalar açısından daha dikkat çekicidir. Söz konusu suçların niteliği, doğrudan topluma veya kişilere karşı bir tehdit oluşturmayan, ancak belirli sosyal düzenlemeleri ihlal eden durumlar olmaktadır. Bu tür suçlarda, salt hapis cezası öngörülmesi, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olarak cezaların keyfi ve aşırıya kaçmasına neden olmaktadır. Bu durumun, ceza hukukunun topluma kazandırma amacından uzaklaşarak, yalnızca baskıcı bir yaptırım politikasına dönüştüğü eleştirisine yol açmaktadır.

İkinci olarak, suçun vasıf ve mahiyeti bakımından daha hafif hapis cezası olması gerekirken üst sınırının bilinçli olarak 3 yıl belirlenerek tutuklama yasağını bertaraf edilmesi, çok kolay bir şekilde idare tarafından deyim yerindeyse terbiye edilmesine yol açabilecektir. Ceza hukukunda tutuklama, en ağır koruma tedbirlerinden biri olup, bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için belirli sınırların öngörülmesi gerekir.

²⁰ AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 34.

²¹ AYM, E. No: 2022/129, 8/11/2023, § 34.

Türkiye'de tutuklama yasağının uygulanabilmesi için, suçun üst sınırının iki yılı aşmaması gerekir. Bu bağlamda, suçun niteliği gereği daha hafif hapis cezası öngörülmesi gereken durumlarda, üst sınırın bilinçli olarak üç yıl olarak belirlenmesi, hukukun tahakküm aracı olarak kullanılmasına yol açmakta ve toplumdaki iktidar sahibi bireylerin, cezai yaptırımları, kendi kontrol ve otoritelerini pekiştirmek amacıyla kullanmasına neden olmaktadır. Bu durum sadece bireylerin düşüncelerini baskılamakla kalmamakta, aynı zamanda toplumda özgür düşünce ve eleştirinin gelişmesini de engellemektedir. Bu bağlamda, hukukun tahakküm amacıyla kullanılması, demokratik bir toplumun temel ilkelerine aykırıdır ve otoriter yönetimlerin bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle tutuklama gibi ağır yaptırımların, düşünceyi baskı altına almak ve eleştirileri cezalandırmak amacıyla kullanılması, hukukun asli işlevinden sapmasına yol açmaktadır. Hukuk, bireylerin özgürce düşüncelerini ifade edebileceği bir zemini sağlamalıdır. Ancak, ceza kanunlarının ve yargılamaların bu tür keyfi uygulamalar için araçsallaştırılması, devletin vatandaşları üzerinde bir baskı aracı oluşturmasına hizmet edeceği açıktır. İdarenin, bireyleri terbiye etmek amacıyla cezai yaptırımları kullanması, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması görevinden sapıldığı anlamına gelmektedir.

Üçüncü olarak, gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma suçunun, “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek” gibi diğer suçlarla birleştirilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (HAGB) engellenmesi uygulamada karşılaşılabilecek ihtimallerden biri değeridir.

Son olarak, genel hüküm olan TCK m. 218, gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde cezanın yarıya kadar artırılmasını öngörmekte, ancak bu düzenleme suçun temel düzenleniş amacıyla bağdaşmamakta ve “*Ne bis in idem*” ilkesini ihlal etmektedir. TCK m. 217/A'nın gerekçesinde belirtildiği üzere, bu suçun uygulama alanı ağırlıklı olarak internet ortamıdır; dolayısıyla aleni bir şekilde işlenen suçun basın veya yayın yoluyla gerçekleştirilmesi, suçun özünde bir değişiklik yaratmamakta, sadece suçun işleme aracını genişletmektedir. Basın ve yayın yoluyla işlenmesi, suçun etkisini ya da ağırlığını artırmamakta, yalnızca yayılma aracını değiştirdiğinden, bu durumun cezanın yarıya kadar artırılmasına gerekçe yapılması, aynı fiilden dolayı iki kez cezalandırma anlamına gelmektedir. Suçun alenen işlenmesi zaten suçun temel unsuruyken, basın veya yayın yoluyla işlenmesi durumunda cezanın artırılması, mükerrer cezalandırmaya yol açmakta ve ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, hem ceza hukukunun belirlilik ve orantılılık ilkeleri hem de ne bis in idem ilkesine uygun şekilde, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlarda ceza artırımını yerine orantılı ve makul cezalandırma yöntemleri benimsenmelidir.

Sonuç

Küreselleşme süreciyle birlikte bilgi akışının hızlandığı bir dünyada dezenformasyon, demokratik toplum düzeni açısından büyük bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehditle etkin şekilde mücadele edilmesi, toplumsal barışın korunması ve doğru bilgilendirme hakkının güvence

altına alınması için zorunludur. Ancak, dezenformasyonla mücadelede ceza hukukunun devreye girmesi, bu mücadelenin ölçülü ve hukuka uygun şekilde yürütülmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Ceza hukuku, son çare (ultima ratio) ilkesi gereği, yalnızca başka hiçbir yol kalmadığında devreye sokulmalıdır. Bu bağlamda, TCK m.217/A, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunu düzenlerken içerdiği belirsiz kavramlar, tanımlanmamış suç unsurları ve aşırı cezalandırma politikası nedeniyle, cezai yaptırımları gereksiz ve aşırı şekilde kullanmakta ve hukuk devleti ilkesine aykırılıklar barındırmaktadır.

Bu hüküm, muğlak ve soyut kavramlarla şekillendirilmiş olup, özellikle gerçeğe aykırılık, endişe, korku ve panik, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık ve halk gibi tanımsız ve belirsiz ifadeler içermektedir. Bu durum, ceza hukukunda belirlilik ilkesinin zedelenmesine yol açmakta ve siyasal iktidarların bu suç tipini muhalif sesleri bastırmak için bir araç olarak kullanma riskini doğurmaktadır. Özellikle iktidarın kendi çıkarlarına aykırı görüşleri baskılamak için bu tür suçları keyfi biçimde kullanma tehlikesi, demokratik toplum düzenini ciddi şekilde tehdit etmektedir. Böylece, ceza hukukunun önleyici işlevi ortadan kalkmakta ve cezalandırma siyasal bir araç haline gelmektedir.

Ceza hukukunun müdahalesine başvurulacaksa dahi, bu suç tipinin unsurları açık ve kesin şekilde tanımlanmalı, hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi için suçun kapsamı netleştirilmelidir. Bu bağlamda, gerçeğe aykırılık kavramı somut kriterlerle belirlenmeli, endişe, korku ve panik gibi soyut duygusal etkilerin varlığı somut kanıtlarla desteklenmelidir. Ayrıca, açık ve yakın tehlike ölçütü getirilerek, suçun somut bir tehlike suçu olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu şekilde, suçun oluşumu yalnızca soyut bir tehdit değil, somut ve net olarak ortaya çıkabilecek bir tehlike şartına bağlanmalıdır. Bu, aynı zamanda ifade özgürlüğünün korunması için de önemlidir; zira soyut tehditler nedeniyle bireylerin cezalandırılması, düşünce ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır.

Öte yandan, cezanın ağırlığı orantılılık ilkesi çerçevesinde gözden geçirilmelidir. Suçun basit hali için öngörülen hapis cezalarının üst sınırı düşürülmeli, adli para cezası gibi daha hafif müeyyideler getirilmelidir. Bu sayede, tutuklama yasağının dolanması gibi sorunların da önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca, TCK m. 218'in uygulanması bakımından ne bis in idem ilkesine uygun bir istisna getirilerek, aynı fiilden dolayı mükerrer cezalandırma sorunu ortadan kaldırılmalıdır. Ceza hukukunda mükerrer cezalandırmanın önlenmesi, temel bir insan hakkı olarak kabul edilen bu ilkeye uygun düşecek şekilde yapılmalıdır.

Kaynakça

ARAS, Türey, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m.217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler" İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama Merkezi, 2023.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Handyside v. United Kingdom, B. No: 5493/72, 7 Aralık 1976.

BOZKANAT, Esra, “Algı Yönetimi ve Propaganda: Nazi Almanyası Üzerinden Bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi**, 16/55 (2021).

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

KARADAĞ, Nasuh Buğra, “İfade Özgürlüğü: Bir İnsan Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2024/1 (2024).

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Seçkin, 2023.

ŞAHİN, Zeynep Burcu, “Dezenformasyonla Mücadelede İfade Özgürlüğü: İçeriğin Korunması ve 29. Madde”, **Yeni Medya**, 15, (2023).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Hayriye Özdemir Kararı, B. No: 2013/3434, 25 Haziran 2015.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Tuğrul Culfa Kararı, B. No: 2013/2593, 11 Mart 2015.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, E. No: 2022/129, 8 Kasım 2023.

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

ÖRGÜTE ÜYE OLMAMAKLA BİRLİKTE ÖRGÜT ADINA SUÇ İŞLEYEN KİŞİNİN CEZAI SORUMLULUĞU AÇISINDAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Zahit YILMAZ*

Özet

Kamuoyunda “8.Yargı Paketi” olarak bilinen Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’nin 10.maddesi ile “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*” şeklindeki 5237 sayılı TCK’nın 220/6’ncı maddesi “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu doğrultuda TCK’nın “Silahlı Örgüt” başlıklı 314.maddesinin 3’üncü fıkrası ise “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bahse konu değişikliğin sebebi, Anayasa Mahkemesi’nin, önceki düzenlemeyi 2023/132 Esas ve 2023/183 Karar sayılı hükmü ile suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa’nın 38’inci maddesi kapsamında iptal etmesiyle oluşan boşluğun giderilmesidir. Bu anlamda iptal kararının ardından yapılan değişikliğinde bu ihtiyacı giderir şekilde olması gerekirdi.

İlgili kararda, özellikle belirlilik ve öngörülebilirlik hususlarına yer verilmesine rağmen, sonradan yapılan düzenlemenin de bu eksiklikleri tam olarak giderdiği söylenemez. Özellikle, iptal kararında belirsizlik meydana getirdiği vurgulanan *örgüt adına işlenen suç* kavramının yeni düzenlemede de mevcudiyetini koruduğu görülmektedir. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek cezada indirimle gidilebileceği ifade edilerek hakime, suçun nitelik ve ağırlığına göre cezanın belirlenmesinde takdir hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte *suçun niteliği* ölçütü de belirsiz olup örgüt adına hangi suçların işlenmesi halinde, ilgili düzenlemenin tatbik edileceği açıkça belirtilmiş olsaydı Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında vurguladığı şekliyle, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine daha uygun olurdu. Ayrıca bu düzenlemenin, örgüt adına işlenen suçun cezası dikkate alındığında kimi durumlarda ceza adaletine aykırı bir takım sonuçlar doğurması da mümkündür.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmaktan dolayı cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeye, iptal kararında belirtilen gerekçelerle

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.
E-posta: zahityilmaz@marmara.edu.tr
Orcid: 0000-0003-3959-3141

yeni düzenlemede yer verilmemesi olumlu bir gelişme ise de bahse konu gerekçeler ışığında, ilgili hükmün de özellikle kanunilik ilkesi açısından sorunlar içerdiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Suç örgütü, Örgüt üyesi, Silahlı örgüt, Belirlilik, Örgüt adına suç işleme.

Giriş

Kamuoyunda “8.Yargı Paketi” olarak bilinen Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’nin 10.maddesi ile “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*” şeklindeki 5237 sayılı TCK’nın 220/6’ncı maddesi; “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu doğrultuda, TCK’nın “*Silahlı Örgüt*” başlıklı 314.maddesinin 3’üncü fıkrası ise “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bahse konu değişikliğin sebebi, Anayasa Mahkemesi’nin, önceki düzenlemeyi 2023/132 Esas ve 2023/183 Karar sayılı hükmü ile suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa’nın 38’inci maddesi kapsamında iptal etmesiyle oluşan boşluğun giderilmesidir.

Yapılan değişiklikle birlikte ;

a. Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, işlediği suçun yanı sıra örgüte üye olmak suçundan cezalandırılacakken artık işlediği suçun yanı sıra iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

b. Önceki düzenlemede, *örgüte üye olmak suçundan* verilecek cezada yarısına kadar indirilebileceği ifade edilmekteyken mevcut durumda artık *örgüte üye olmak suçundan* ayrıca ceza verilemeyeceği için bu durumdaki kişiler bakımından öngörülen “*iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasının*”, işlenen suçun niteliğine göre yarısına kadar indirileceği ifade edilmektedir.

c. Bu fıkra hükmünün sadece silahlı örgütler hakkında işleneceği konusundaki durum ise aynen muhafaza edilmiştir.

Silahlı örgüt suçu ise TCK’nın 314’üncü maddesinde; “(1) *Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkroda tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. (3) (Ek:2/3/2024-7499/11 md.)105 Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (4) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece TCK. M.220/6 benzeri bir düzenleme, bu suç açısından da öngörülmüştür.

Çalışmamızda bu değişiklikten önceki düzenlemeye ilişkin genel bilgiler, değişikliğin gerekçesi olan Anayasa Mahkemesi'nin kararı, bu karar öncesinde verilen İHAS'ın Işkırık/Türkiye kararında yer alan konuya ilişkin değerlendirmeler, değişikliğe ilişkin öğretinin yaklaşımı ve bu değişikliğe ilişkin eleştirilerimize yer verilecektir.

I. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu Hakkında Açıklamalar ve İlgili Kavramlar

A. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu Hakkında Genel Bilgiler

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK'nın 220'nci maddesinde; “ (1) *Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.* (2) *Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* (3) *Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.* (4) *Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.* (5) *Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.* (6) (Değişik:2/3/2024-7499/10 md.) *Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.* (7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) *Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.* (8) *Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”* şeklinde düzenlenmiştir. İlgili suça ilişkin olarak TCK'nın 221.maddesinde suça ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir.

“*Elverişli araçlarla, asgari sayıda kişinin bir araya gelerek suç örgütü kurması*”nın amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi olmasına rağmen bu fiillerin, somut tehlike suçları olarak düzenlendiği ifade edilmiştir¹. Aynı düşüncelerle, silahlı örgüt adına suç işleyen kişinin de mülga düzenleme açısından işlediği suçun yanında ayrıca örgüte olmaktan ceza alması ve mevcut düzenleme açısından, işlediği suçun yanı sıra ayrı bir ceza ile cezalandırılması mümkün hale gelmiştir. 765 sayılı TCK döneminde de aynı duruma işaret edilmiş ve mülga Kanun'un 313'üncü maddesi kapsamında herhangi bir suç işlenmemesine karşın tehlikenin cezalandırılması lüzumsuz olarak telakki edilebilecekken hem sadece teşekkül oluşmasının

¹ OSMANOĞLU, Bilal-KIDIL, Fahrettin, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Y.2019, C. 21, s.1144. Ayrıca bkz. TURAN, Ubeydullah, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2016, C.4, S.1, s.42; ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, 6.Baskı Seçkin, Ankara, 2013, s.19. Bu anlamda bahse konu ölçütlerden özellikle sürekliliğin, 220'nci maddenin suç olarak ihdas edilmesini sağladığı ifade edilmektedir. DEMİR, Oğuzhan, **Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu**, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.39.

kamu düzenini bozma ihtimalinin dikkate alınmasının gerekmesi hem de ilerde vuku bulabilecek müstakbel suçların engellenmesine dikkat çekilmiştir².

5237 sayılı TCK'nın gerekçesinde, somut tehlike ifadesine vurgu yapılması eleştirilmiş ve somut tehlike ifadesinin, zarar suçunu mu, zarar tehlikesini mi yoksa tehlike suçunu mu ifade ettiği konusundaki belirsizliğe işaret edilerek bu suçun zarar suçu olmadığı, bu anlamda tehlike suçu olan bu suça, bünyesinde olmayan unsurların eklenmesinin özgünlüğünü bozacağı ve cezalandırmanın alanını daraltacağı ifade edilmiştir³. Bununla birlikte somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin, cezalandırılabilirlik alanını daraltması ve korunan hukuki değeri somut tehlikeye sokmayan eylemleri ceza alanının dışına taşıması sebebiyle yerinde bulunduğu da görülmektedir⁴.

TCK m.220/6 ve TCK m.314/2'de yapılan değişikliğin anlaşılabilirliği ve anlam kazanabilmesi için öncelikle bir suç örgütünden bahsetmek gerekir. Esasen TCK m.220'de suç örgütünden bahsedilebilmesi için gereken şartlar yer alsa da öğretide bunun bir tanım anlamına gelmediği ve bu hususun öğreti ve içtihatlarla bırakıldığı ifade edilmiştir⁵. Buna göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu açısından genel olarak suç işleme etrafında fiili birleşme, devamlılık, en az üç kişiden oluşan bir üye sayısı, elverişlilik ve hiyerarşi ölçütlerinden bahsedilebilir⁶.

1. Suç İşleme Konusunda Fiili Birleşme

Kanun koyucu, 220'nci maddede, "*Kanunun suç saydığı filleri işlemek amacıyla*" ifadesini kullanmakla birlikte bu suçların özellik veya niteliği hakkında bir belirleme yapmamıştır⁷. Şu var ki TCK m.220'nin niteliği dikkate alındığında bu suçların örgüt faaliyetinde işlenmek için elverişli olması gerektiği ifade edilmiştir⁸. Bu kapsamda TCK'nın 314'üncü maddesinin daha belirgin olduğu ifade edilebilir. Zira ilgili suç tipinin, "*Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar*" ve "*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*" şeklindeki amaç suçlarla sınırlı bir düzenleme olduğu söylenebilir.

2. Devamlılık Niyeti

Örgütün varlığından bahsedilebilmesi için belirsiz sayıda suç işleme amaç ve iradesinin varlığı ortaya konmalıdır⁹. Bahse konu kriter açısından, tarafların belirli bir suç işleme amacıyla

² EREM, Faruk, "Cürüm İşlemek İçin Cemiyet Kurmak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1955, C.12, S.3, s.50.

³ HAFIZOĞULLARI, Zeki- KURŞUN, Günel, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", **TBB Dergisi**, Y.2007, S.71, s.38.

⁴ KARCILIOĞLU, N. Kaan, "Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları", **Suç ve Ceza Dergisi**, Y. 2011, S.1, s.118

⁵ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1145.

⁶ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1145. Ayrıca bkz. TAŞTAN, Mehmet, "Silahlı Örgüt Kurmak, Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olma Suçu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.2008, S.20, s.340. Örgütlü suçun, birden fazla kişinin iştirak kavramını aşar bir şekilde bir araya gelmesi, kamu düzenini bozduğu var sayılan aynı amaca yönelik suçları işlemek için *disiplinli, sürekli ve hiyerarşik düzene sahip* bir örgütlenme oluşturması şeklinde adlandırıldığı da görülmektedir. TURAN, s.44. Disiplin, iş bölümü gibi ifadelerin Yargıtay kararlarında yer aldığı görülmektedir. Bkz. KARCILIOĞLU, s.106. Benzer şekilde "*süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider olan ve en az üç kişiden oluşan suç işlemek için kurulmuş bir yapılanma*" şeklinde de ölçütlerden bahsedilmiştir. YENİDÜNYA, A.CANER-İÇER, ZAFER, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **MÜHF- HAD.**, Y.2013, C.19, S.2, s.800.

⁷ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1145.

⁸ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1146. Örgüt yapısının, istenen suçları işlemek için elverişli olması gerektiği görüşü için bkz. TURAN, s.46.

⁹ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1146.

bir araya gelmeleri, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında değil iştirak olarak değerlendirilmesi mümkün hale gelir¹⁰. Örgütün devamlılık niyetiyle kurulmuş olması şart ise de bu örgütün az ya da çok devam etmiş olması, fiili suç olmaktan çıkarmaz¹¹. Bununla birlikte 314. maddede yer alan suç açısından örgütün, maddede yer alan suçu amacına aldığı ve amaç suçla, örgütün faaliyetinin sona ereceğine işaret edilmektedir¹².

3. Asgari sayı şartı

Kanun koyucu, suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olmasını şart koşmuştur (TCK m.220/1). Silahlı örgüt suçu açısından da bu sayı, TCK m.314/4'ün yollaması ile geçerlidir. En az üç kişi koşulu gerçekleşmemişse diğer şartlar olsa da ne TCK m.220 ne de TCK m.314 anlamında bir örgütten bahsedilebilir. Bu ihtimalde iştiraktan bahsedilmelidir¹³. Üç kişinin mevcut olması halinde ise diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılarak örgütün mü yoksa iştirak ilişkisinin mi mevcut olduğuna karar verilmelidir¹⁴. Yine sadece sempatican olan ya da örgüt için propaganda yapan¹⁵ ve üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişiler de bu sayıya dahil değildir¹⁶.

4. Elverişlilik

TCK'nın 220'nci maddesinin birinci fıkrasında “*örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması*”ndan bahsedilerek somut tehlike suçunun varlığına işaret edilmektedir. Kanun koyucu bu hususa madde gerekçesinde üç kişinin bir araya gelmesi ile ekonomik çıkar amaçlı suçlar açısından elverişlilik söz konusu olsa da devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşımayabileceğini ifade etmiştir¹⁷. Elverişliliğin, amaç, araç, failerin şahsi özelliği, sayısı, amaç suçun işleneceği yer, zaman gibi hususlarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸.

5. Hiyerarşi

Örgüt üyeleri arasında, hiyerarşi bulunması mecburiyeti, madde metninde yer almasa da gerekçede yer alan bir husustur. Yine TCK m.220/7.fıkarda “*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir*” şeklindeki ifade de hiyerarşiye vurgu yapmaktadır¹⁹. Bu anlamda üyeler arasında gevşek ya da sıkı bir hiyerarşinin varlığı zorunludur²⁰. Ancak akrabalık ya da iş yerindeki olağan çalışma pozisyonlarının hiyerarşik ilişki olarak kabul edilemeyeceği

¹⁰ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1146; TURAN, s.47; YENİDÜNYA-İÇER, s.801; ÖZGENÇ, s.16.

¹¹ Yazar uzun süren örgütler açısından cezanın ağırlaştırılmasının isabetli olabileceğini ifade etmiştir. EREM, s.52.

¹² KARCILIOĞLU, s.109.

¹³ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1147. Ayrıca bu sayının, amaç suçlar açısından yeterli olup olmadığının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. ÖZGENÇ, s.19.

¹⁴ YENİDÜNYA-İÇER, s.803. Belirtmek gerekir ki öğretide *hiyerarşi* unsurunun arandığı dikkate alındığında *üç üyenin yanı sıra yöneticinin* de olması gerektiği ifade edilerek maddede yer alan *üç* kelimesinin *iki* olarak değiştirilmesi ya da cümlelerin, “*örgütün varlığı için asgari kişi sayısının en az üç kişi olması*” şeklinde bir değişiklik önerilmektedir. DEMİR, s.14, 15.

¹⁵ KARCILIOĞLU, s.90, 91.

¹⁶ KARCILIOĞLU, 94.

¹⁷ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1147.

¹⁸ YENİDÜNYA-İÇER, s.803, 804. Ayrıca bkz. DEMİR, s.31.

¹⁹ KARCILIOĞLU, s.105.

²⁰ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1148; YENİDÜNYA-İÇER, s.802; DEMİR, s.19. Bu hiyerarşi astlık-üstlük ve iş bölümünü işaret etmelidir. TURAN, s.46, 47.

belirtilmektedir²¹. Belirtmek gerekir ki 765 s. TCK'nın “Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir” şeklindeki düzenlemesi sebebiyle herhangi bir -meratip silsilesi-hiyerarşinin aranmadığı da ifade edilmiştir²².

B. Silahlı Örgüt ve Terör Örgütü Kavramları Hakkında Genel Bilgi

1. Silahlı Örgüt

Kanun koyucu TCK'nın 314'üncü maddesinde yukarıda ifade edilen suçların işlenmesi amacıyla kurulan örgütlere ilişkin farklı bir düzenlemeye yer vermekle birlikte maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır” şeklindeki düzenleme ile TCK m.220 vd. hükümlerine de yollama yapmıştır. Öğretide bahse konu suçun, TCK m.220'de düzenlenen suçun özel bir şekli olduğu da ifade edilmiştir²³. Silahlı örgüt, TCK m.220'de yer verilen suç örgütünden, örgütün silahlı olmasının suçun unsuru olması ve örgütün, belirli suç tiplerinin işlenmesi amacıyla kurulması açısından farklılaşmaktadır²⁴. Bu anlamda silahlı örgütün, **TCK m.220**'de yer alan suç örgütünün varlığı açısından aranan kriterlerin yanı sıra yöntem, amaç-saik, elverişlilik, araç-gereç unsurlarına da sahip olması gerekmektedir²⁵.

Belirtmek gerekir ki TCK m.220'te yer alan suç örgütünün de silahlı olması pekala mümkündür. Ancak bu durum, ilgili maddenin 3'üncü fıkrasına göre suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Oysa TCK m.314'te yer alan suçların Kanun koyucu tarafından sadece silahlı bir örgüt tarafından işlenebileceği öngörülmüştür²⁶. Burada kastedilen, silahlı örgütün bütün üyelerinin silahlı olması değil, belirtilen suçların işlenebilmesine imkan verecek sayıdan örgüt mensubunun silahlı olmasıdır²⁷. İlgili madde ile belirli tipteki suçları işlemek amacıyla örgüt kuranların, bu örgütü yönetenlerin veya bu örgüte üye olanların daha ağır şekilde cezalandırılması amaçlanmıştır²⁸. Esasen ilgili düzenlemenin adının da doğru olmadığı, öğretide suç tipi tanımlanırken yer verilen “belli suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma” olarak düzeltilmesi daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz²⁹.

2. Terör Örgütü

3713 s. Kanun'un 7. maddesinde terör örgütleri olarak adlandırılan örgütlenmenin, diğer suç örgütlerinden saik açısından ayrıldığı ifade edilmektedir³⁰. İlgili düzenleme “*Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar,*

²¹ YENİDÜNYA-İÇER, s.802. Bununla birlikte öğretide kamu kurumlarının bünyesinde yasal olarak belirlenen yasal bir hiyerarşi mevcut olsa da mevzuatla belirlenenin dışında hiyerarşik yapılanma meydana gelmesi ihtimalinde örgütlenmeden bahsedilebileceği ifade edilmektedir. Ancak bu ihtimalde de bu ilişki biçiminin varlığı açısından somut dayanakların bulunması gerektiği belirtilmektedir. ÖZGENÇ, s.17. Yine meşru bir temele dayanan örgütler açısından ayrıca bir suç örgütünün tespitinin hiyerarşiden çok diğer unsurların değerlendirilmesi neticesinde yapılması gerektiği ifade edilmiştir. DEMİR, s.23.

²² EREM, s.52.

²³ HAFIZOĞULLARI-KURŞUN, s.43, 44 ; KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay, “Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m.314)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2023, Cilt.72 ,Sayı.1, s.299.

²⁴ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.299.

²⁵ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.303.

²⁶ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1150; TURAN, s.53.

²⁷ OSMANOĞLU-KIDIL, s.1150.

²⁸ TURAN, s.54

²⁹ TURİNAY, Faruk, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, *TBB Dergisi*, Y.2015, C.27, S.116 s.51.

³⁰ TURİNAY, s.52.

yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır” şeklindedir.

Terör örgütlerine ilişkin düzenlemenin de TCK m.314’e atıf yaptığı düşünüldüğünde, yollamanın örgüt kurucuları, yöneticileri ve üyeleri ile sınırlı olduğu ifade edilebilir. Her ne kadar bahse konu düzenlemenin sadece ceza açısından 314’üncü maddeye atıf yaptığı söylenebilirse de ³¹ genel olarak Kanun sistematigi dikkate alındığında suçun unsurlarının da bu atıf kapsamında olduğu söylenebilir ki öğretide de belirsizliğin giderilmesi adına *terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar hakkında TCK’nın 314’üncü maddesinde yer alan hükümler uygulanır* şeklinde bir düzenleme önerilmektedir³².

Maddenin 2’ci fıkrasında terör örgütünün propagandasının yapılması belirli şartlarla suç olarak düzenlenmiş olup konumuzla ilgili olarak (Ek fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına; a) İkinci fıkrada tanımlanan suç, ³³ b) 6’ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç, ³⁴ c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28’inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu, ³⁵ işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 314 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez hükmünü havidir. TCK m.314/3’te yapılan değişiklik neticesinde bahse konu fıkrada boşluk oluştuğu ifade edilebilirse de Kanun koyucunun, bu fiillerden dolayı ayrıca cezalandırma yapılmaması yönündeki iradesi dikkate alınarak yeni düzenleme açısından da cezanın verilmeyeceği söylenebilir. En doğrusu bu fıkrada da değişikliğe gidilmesi olacaktır. Zira bu durum çelişki meydana getirmektedir.

Sonuç olarak silahlı örgüt, terör örgütüne göre daha dar bir kapsamı ifade etmektedir zira silahlı örgüt sadece belirli suçları işlemek için teşekkül etmiş bir örgüte işaret etmekte iken terör örgütü, 3713 s. Kanun’un 7’nci maddesinin birinci fıkrasındaki amaçlarla kurulmak kaydıyla birçok suç kapsamına alabilir³⁶. Öğretide bu duruma işaret edilirken silahlı örgüt suçu açısından silahın varlığı şart ise de terör örgütünün varlığı için açıkça silahlı olma bir şartın aranmadığına işaret edilmektedir³⁷. Bu görüş açısından, her terör örgütü silahlı örgüt olmak zorunda değilse de -örn. genel sağlığı bozmak amaçlı bir terör örgütü- her silahlı örgüt, TMK

³¹ Tartışmalar için bkz. TURİNAY, s.76. Ayrıca bkz. TAŞTAN, s.341.

³² TURİNAY, s.76.

³³ “Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayıncıların sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. (Ek cümle:17/10/2019-7188/13 md.) Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:”

³⁴ “(Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/7 md.) Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlar veya yayımlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

³⁵ “Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

³⁶ TURİNAY, s.77. Bu anlamda amaç suçlar açısından TCK m.314’te yapılan sınırlandırma, TCK m.220 açısından söz konusu değildir. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.316.

³⁷ TURİNAY, s.77.

m.3 anlamında bir terör örgütüdür³⁸. Esasen örgüt suçları ile ilgili olarak birbirine yapılan atıflar, her ne kadar yeknesaklık açısından olumlu görülebilirse de yukarıda işaret ettiğimiz kanun değişiklikleri ya da yapısal olarak birbirine uymayan örgütlerin aynı maddelere tabi tutulması açısından kanaatimce sorunlu bir durum oluşmaktadır. Nitekim öğretide de TMK'nın 7/1'inci maddesinde yer verilen atfın TCK m.314/3 ve dolayısıyla TCK m.220'e yollama yapması ile TCK m.314'ün, TMK 7'ye onun da TCK m.220'ye atıf yapmasına dikkate çekilmiştir³⁹.

II. TCK m.220/6'nın Önceki Haline İlişkin Açıklamalar

A. Genel Bilgi

Önceki düzenleme ile Kanun koyucu, silahlı örgüte üye olmamakla birlikte bu tarz bir örgüt adına suç işleyen kişilerin ayrıca örgüte üye olarak cezalandırılmasını amaçlamıştı. Bu anlamda şahsi çıkarı olmadan, sadece örgütün amaçları doğrultusunda suç işleyen kişiler açısından cezai sorumluluk genişlemekteydi⁴⁰. Düzenleme, örgüte üye olmamakla birlikte örgütün devamlılığına katkı sunacak şekilde suç işlenmesinin ve böylece örgütün güçlenmesinin engellenmesini amaçlamaktaydı⁴¹. Belirtmek gerekir ki bahse konu hükmün ceza miktarları bakımından çok ağır sonuçlara yol açacağı ve ibarenin “*örgüte üye olmamakla birlikte örgütün korkutucu gücünden yararlanarak suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır*” şeklinde değiştirilmesinin daha adil olacağı ifade edilmiştir⁴². Bu kapsamda örgüt adına suç işleyen kişinin mutlaka fail olması gerektiği belirtilmekte aksi halde m.38 veya m.39 kapsamında şerik olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir⁴³.

Kanun koyucu, 02.07.2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun'la bu durumda örgüte üye olmaktan dolayı faile verilecek cezada indirim gitme noktasında hakime takdir hakkı tanımış buna gerekçe olarak da örgüte üye olan ile üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi açısından aynı şekilde cezalandırmanın, ceza adaletine uygun düşmeyeceğine işaret etmişti⁴⁴. Bu kişinin örgütün varlığı için gereken en az üç kişilik sayıya dahil edilemeyeceği de belirtilmiştir⁴⁵.

TCK m.220/6'da ifade edilen silahlı örgütler cümlesinin, TCK m.220/3 açısından da geçerli olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre TCK m.220/6 hükmü, TCK m.220'de yer alan örgütün silahlı olması halinde söz konusudur, TCK m.314'te bahsedilen örgüt bu kapsamdaki bir örgüt değildir. Zira amaç suçlar TCK m.314 açısından farklılık arz etmektedir ki bu ihtimalde TCK m.314/3 düzenlemesi, özel düzenleme olarak dikkate alınmalıdır⁴⁶.

³⁸ TURİNAY, s.78.

³⁹ TURİNAY, s.78, 79.

⁴⁰ TURAN, s.55.

⁴¹ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.314.

⁴² ÖZGENÇ, s.29.

⁴³ DEMİR, s.45.

⁴⁴ Madde gerekçesi ve düzenlemenin doğru olduğuna ilişkin görüş hk. Bkz. TURAN, s.55

⁴⁵ TURAN, s.56.

⁴⁶ ÖZKAYA, Burçin, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s.76, 77.

Diğer görüşe göre ise TCK m.220/6 her iki tip örgüt suçu açısından da geçerlidir⁴⁷. Yazar buna gerekçe olarak mevcut düzenlemenin, TCK m.314'te değil TCK m.220'de düzenlenmiş olmasını göstermektedir⁴⁸. Bununla birlikte mevcut durum açısından 7499 sayılı Kanun'la eklenen fıkra ile Kanun koyucu silahlı örgüt suçuna da benzer hükmü eklenmiş bulunmaktadır. Netice olarak son durumda, Kanun koyucunun her iki örgüt suçuna da benzer bir hüküm koyması sebebiyle ister TCK m.220/3 açısından söz konusu olan örgütün silahlı olması isterse de 314'üncü maddesi açısından silahlı örgütün söz konusu olması halinde mevcut düzenlemenin geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Belirttiğimiz üzere TCK m.314'üncü maddede benzer bir hüküm olmadığı dönem itibariyle yapılan tartışmalarda (değişiklikten önceki) TCK m.314/3 yeni TCK m.314/4 atfı ile TCK'nın 220/6 ve 220/2'ye göre cezanın belirlenmesi düşünülebilirse de burada (değişiklikten önceki) TCK m. 314/2 gereğince cezanın belirlenmesi gerekirdi⁴⁹. Zira Kanun koyucu burada özel bir ceza belirlemesi yapmamış ve herhangi bir örgüt üyeliği için verilen cezanın bu kişiye de verilmesine uygun bir düzenleme yapmıştır⁵⁰. Öğretide de bundan hareketle bu ihtimalde (değişiklikten önceki) TCK m.314/3 yeni TCK m.314/4 atfı ile önce TCK m.314/2'den ceza belirlenmeli ancak bu cezada TCK m.220/6 uyarınca indirim yapılmalıdır⁵¹.

Öğretide, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyenlerin ayrıca örgüte üye olma suçundan ceza almasının doğru olduğu zira bu kişilerin istese de istemese de adına suç işlediği örgüte bilerek ve isteyerek katıldığı yani örgütün üyesi olduğu ifade edilmiştir⁵².

Ancak kamu barışını bozan suçlarla etkin mücadele amacıyla açıklanabilen bu düzenlemenin örgüte üye olmayan birinin üye gibi cezalandırılması anlamında, ceza adaletine aykırı düşeceği ifade edilmiştir⁵³. Bu sebeple cezanın indirilmesine ilişkin yapılan değişiklik olumlu görülmüştür⁵⁴. Ayrıca TMK'nın 7'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan istisnalar halinde TCK m. 220/6 kapsamında ceza verilmemesi, suç politikası ile izah edilemez olarak bulunmuştur⁵⁵. Öğretide örgüt üyesi için sadece amaç suçla sınırlı olarak ceza sorumluluğunun öngörülmesi gerektiği ya da bu kişiler açısından örgüt üyeliğinden verilecek cezanın indirilmesi yerine ayrı bir hüküm getirilmesi veya işlediği suçun cezasının artırılması şeklinde bir düzenlemenin isabetli olacağı da ifade edilmiştir⁵⁶.

Bir kimsenin bahse konu hükümden sorumlu tutulabilmesi için suçun, örgüt tarafından istenmesi veya en azından örgütün bilgisi halinde işlenmesinin gerektiği belirtilmekte, buna gerekçe olarak da maddede yer alan *örgüt adına* ibaresi gösterilmekteydi⁵⁷. Benzer şekilde öğretide örgüt ile fail arasında bir temsil ilişkisi aradığı da belirtilmektedir⁵⁸. Ayrıca örgütün genel çağırısına uyararak suç işlenmesi halinde de failin genel çağrı üzerine hareket ettiğinin

⁴⁷ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.316. Ayrıca bkz. SARITAŞ, Erkan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, On iki levha Yayıncılık,, İstanbul, 2018, s.559.

⁴⁸ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.316.

⁴⁹ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.316.

⁵⁰ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.316, 317.

⁵¹ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.317.

⁵² HAFIZOĞULLARI - KURŞUN, s.41.

⁵³ YENİDÜNYA-İÇER, s.808-809.

⁵⁴ YENİDÜNYA-İÇER, s.809.

⁵⁵ YENİDÜNYA-İÇER, s.809.

⁵⁶ ÖZKAYA, s.72.

⁵⁷ DEMİR, 45, 46. Ayrıca bkz. ÖZKAYA, s.73, 74.

⁵⁸ SARITAŞ, s.548.

ortaya konması gerektiği söylenmektedir⁵⁹. Kanaatimizce burada örgütün, bahse konu suçun işlenmesini isteyeceğinin öngörülmesi de ilgili fıkra kapsamında mütalaa edilmelidir.

Bir görüşe göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen bir kimsenin cezalandırılması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkesi ile ters düşmekte, kişi aynı fiil sebebiyle iki kere cezalandırılmaktadır⁶⁰.

TMK'nın 7/4'üncü maddesinde yer alan terör örgütü propagandası suçu işleyen kişilerin bunun yanında TCK'nın m.220/6 düzenlemesi sebebiyle cezalandırılmayacağına ilişkin 2013 yılında bir değişiklik gerçekleşmiş ve böylece kişinin hem terör örgütü propagandası hem de TCK m.220/6 dolayısıyla cezalandırılması engellenmiş oldu⁶¹.

B. İHAM'ın Işıkırık/Türkiye Kararı

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne konu olan Işıkırık/Türkiye kararında, başvurunun TCK'nın 220/6 maddesine yapılan yollama neticesinde TCK m.314/2 hükmünden mahkumiyet alan başvurunun talebi ile ilgili kararında, Venedik Komisyonu'nun 220/6 ve 220/7. fıkralarda yer alan “o örgütün üyesi olmasa dahi, örgüt üyeliği suçundan da cezalandırılır” cümlesinin yürürlükten kaldırılması gerektiğine işaret ettiği bildirilmektedir⁶². Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki silahlı örgüte üye olmamakla birlikte suç örgütüne yardım eden ve fiili suç teşkil eden kişinin örgüte yardım mı yoksa örgüt adına suç işlemekten mi cezalandırılacağı hususu tartışmalı olup kanaatimizce yapılan yardım bağımsız bir suç niteliğinde ise artık örgüt adına suç işlemek kapsamında cezalandırma söz konusu olmalıdır⁶³. Öğretide TCK m.220/6'nın, TCK m.220/7'de yer alan örgüte yardım suçunun özel bir görünümü olmadığı ifade edilmiştir⁶⁴.

İlgili kararda ayrıca öngörülebilirlik konusunda da tespitlere yer verilmiş olup kanuni düzenlemeler açısından kesinliğin oldukça arzu edilmesine rağmen bunun beraberinde aşırı katılık içereceği bu anlamda çoğu kanunun kaçınılmaz bir biçimde az ya da çok oranda muğlaklık olduğu, bu durumun yorum ve uygulanmasının tatbikle ilişkili olduğuna dikkat çekilmektedir⁶⁵. Mahkeme nihai olarak “TCK'nın 220 § 6 maddesinin uygulanışında “öngörülebilir” olmadığına, zira başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesi ile korunan hakkın⁶⁶a yönelik keyfi müdahaleye karşı başvurana yasal koruma sağlamadığı sonucuna varmıştır” şeklinde hüküm tesis etmiştir⁶⁷.

C. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 2023/132 E. ve 2023/183 K. sayılı kararında yukarıda yer verdiğimiz Işıkırık/Türkiye kararına da vurgu yapılmış ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun

⁵⁹ SARITAŞ, s.553.

⁶⁰ KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.3318.

⁶¹ TÜRKOĞLU, Selin, “Terör Örgütünün Propagandası Suçu (TMK m. 7/2-5), **Suç ve Ceza Dergisi**, Y.2021, S.1, s.185.

⁶² İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Işıkırık / Türkiye, (Başvuru no. 41226/09), 14.11.2017 tarihli karar, Par.120, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-187675&filename=CASE%20OF%20I%20C%205%20EIKIRIK%20v.%20TURKEY%20-%205BTurkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.docx&logEvent=False>, Erişim Tarihi: 09.06.2024.

⁶³ Benzer görüş için bkz. ÖZKAYA, s.85. Diğer görüş açısından, failin kastı dikkate alınarak bir karar verilmelidir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, s.321.

⁶⁴ DEMİR, s.182.

⁶⁵ Işıkırık- Türkiye, Par.57.

⁶⁶ Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, İHAS m.11.

⁶⁷ Işıkırık-Türkiye, Par.70.

220. maddesinin 6. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır.*" şeklindeki suç ve ceza düzenlemesinin şekli bakımından kanunilik ölçütünü taşımakla birlikte söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesine, 13.maddesinde yer alan kanunilik ilkesine ve 38.maddede yer alan suç ve cezanın ancak kanunla konulabileceği şeklinde suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir. İlgili kararın gerekçesi olarak "*Örgüt adına suç işleme fiilinin hangi hallerde ne yapılarak gerçekleşeceği konusu, yorumu açık bir nitelik taşımaktadır. Bu fiilin sınırlarını belirleyen herhangi bir çerçeve bulunmamaktadır*" şeklindeki durum gösterilmiştir⁶⁸.

İlgili kararda, özellikle belirlilik ve öngörülebilirlik hususlarına yer verilmesine rağmen, sonradan yapılan düzenlemenin de bu eksiklikleri tam olarak giderdiği söylenemez. Özellikle, iptal kararında belirsizlik meydana getirdiği vurgulanan *örgüt adına işlenen suç* kavramının yeni düzenlemede de mevcudiyetini koruduğu görülmektedir. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek cezada indirim gidilebileceği ifade edilerek hakime, suçun nitelik ve ağırlığına göre cezanın belirlenmesinde takdir hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte *suçun niteliği* ölçütü de belirsiz olup örgüt adına hangi suçların işlenmesi halinde, ilgili düzenlemenin tatbik edileceği açıkça belirtilmiş olsaydı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında vurguladığı şekliyle, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine daha uygun olurdu. Nitekim öğretide, örgüt üyeliği açısından 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olması, örgütün silahlı olması durumunda ise cezanın 2 yıl 6 aydan, 6 yıla kadar hapis cezasının öngörülmesi karşısında, üyesi olmadığı örgüt adına suç işleyen kişi açısından da aynı cezanın öngörülmesi hakkaniyete uygun, adil ve ölçülü bir düzenleme olarak kabul edilmemektedir⁶⁹. Ayrıca bu düzenlemenin, örgüt adına işlenen suçun cezası dikkate alındığında kimi durumlarda ceza adaletine aykırı bir takım sonuçlar doğurması da mümkündür.

Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca örgüte üye olmaktan dolayı cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeye, iptal kararında belirtilen gerekçelerle yeni düzenlemede yer verilmemesi olumlu bir gelişme ise de bahse konu gerekçeler ışığında, ilgili hükmün de özellikle kanunilik ilkesi açısından sorunlar içerdiği görülmektedir.

III. Değişiklikten Sonraki Duruma İlişkin Açıklamalar

Yukarıda yer verdiğimiz üzere TCK'nın 220/6'ncı maddesinde yapılan değişiklikten sonra örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi ya da kişilerin örgüt üyesi gibi cezalandırılmasına ilişkin düzenleme ortadan kalkmıştır. Bunun yerine faile işlediği suçun yanında ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına ilişkin bir hüküm ihdas edilmiştir. Ayrıca önceki düzenlemeye benzer şekilde işlenen suçun niteliğine göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme sebebiyle kendisine verilecek ceza yarısına kadar indirilebileceği düzenlenmiştir.

⁶⁸Anayasa Mahkemesi, 2023/132 E. ve 2023/183 K. sayılı kararı

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2023-183-nrmd.pdf> , Erişim Tarihi : 09.06.2024.

⁶⁹ŞEN, Ersan, "*Üyesi Olmadığı Silahlı Örgüt Adına Suç İşleme Suçuna İlişkin Yeni Hükmün Tatbiki*", (Çevrimiçi) <https://www.sen.av.tr/tr/makale/uyesi-olmadigi-silahlı-orgut-adına-suc-isleme-sucuna-iliskin-yeni-hukmun-tatbiki> (E.T: 09.06.2024).

Mevcut durum açısından, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme, bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla TCK m. 220/6 düzenlemesi gereğince bu durumda olan kişiler hem işlediği suçtan hem de TCK m.220/6'daki suçtan dolayı gerçek içtima hükümleri dikkate alınarak cezalandırılacaktır⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verdiğimiz iptal kararına uygun bir biçimde, kişilerin örgüt üyeliği için aranan kriterler söz konusu olmaksızın sadece örgüt adına suç işlemesi, kendilerinin örgüt üyesi gibi cezalandırılması sonucunu doğurmayacaktır⁷¹.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, “*örgüt adına işlenen suç*” ifadesinin, farklı mahkemelerce farklı şekillerde değerlendirildiğine işaret etse de bu hususun, yapılan değişiklik açısından dikkate alındığı söylenemez⁷².

Yukarıda yer verdiğimiz üzere, yapılan düzenleme, her zaman kişilerin örgüt adına işlenen suçlardan dolayı daha az ceza almasını sağlar nitelikte de değildir.

Silahlı örgüt adına suç işlemenin bağımsız bir suç yerine, TCK'nın genel sistematığına uygun şekilde belirli suçlar veya genel olarak kasten işlenen suçlar açısından ağırlaştırıcı neden olarak kabulü şeklinde bir öneri olsa da⁷³ kanaatimizce bu noktada asıl sorun, görüş sahibi yazarların da işaret ettiği üzere *örgüt adına suç işleme* ifadesindeki belirsizlik ve yapılan değişikliğin, fail açısından ceza yönünden ciddi bir anlam ifade etmemesidir.

Öğretide, örgüt adına suç işlenmesi halinde indirim noktasında takdir hakkı tanınması, örgüt adına işlenen suçun cezasının, örgüt adına suç işleme suçunun (TCK m.220/6) daha az olması şeklinde bir adaletsizliğe sebep olacağı ifade edilse de⁷⁴ kanaatimizce kişinin örgüt adına suç işlemesinin, haksızlık içeriği ve ceza politikası açısından işlenen suçun ağırlığından bağımsız olarak cezalandırılması hakkaniyete uygun olabilir; yine de bu durumda “*örgüt adına işlenen suçun cezası, 220/6'da yer alan suçun cezasından az ise indirim tatbik edilmez*” şeklinde bir hükümle bu durum dikkate alınabilir. Ya da işlenen suçun cezasının TCK m.220/6'nın öngördüğü cezadan az olması halinde sadece işlenen suçun cezasının belirli ölçülerde (örneğin yarı oranında) arttırılması şeklinde bir formül de düşünülebilir. Bu husus, kanun koyucunun suç politikasını ilgilendirmektedir.

Yapılan bu değişiklikten sonra, *örgüt adına suç işleyen* kişilere atıf yapılan maddelerin akıbeti konusu da belirsizdir. Örneğin TCK'nın 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının j bendinde “*Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi, anlaşılır*” denmektedir. Bu bentte örgüt adına suç işleyen kişileri, örgüt kuran, örgütü yöneten, örgüte katılan kişilerle bir ele almıştır. Ancak eski düzenleme açısından geçerli olan örgüt adına suç işleyen kişinin, örgüt üyesi ile aynı şekilde cezalandırılacağı şeklinde düzenleme artık mevcut değildir. Bu anlamda mevcut düzenleme açısından infaza ilişkin düzenlemeler nazara alındığında bu kişilerin ne şekilde ele alınacağı hususu belirsizdir. Öğretide 6/1-j düzenlemesinin değişmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁷⁵. Aynı husus, 5275 s. Kanun'un 107/4'üncü fıkrasında yer alan ve

⁷⁰ ŞEN, Ersan- CEYLAN, Doğa, “Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”, (Çevrimiçi) <https://sen.av.tr/tr/makale/orgut-adina-suc-islemeye-iliskin-kanun-teklifi-degerlendirmesi> (E.T: 25.05.2024).

⁷¹ ŞEN-CEYLAN, Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”.

⁷² ŞEN-CEYLAN, Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”.

⁷³ ŞEN-CEYLAN, Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”.

⁷⁴ ŞEN-CEYLAN, Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”.

⁷⁵ BAŞER BERKÜN, Beyza - ŞEN, Ersan, “Örgütlü Suçlarda İnfaza Dair Mevzuat Değişikliği Önerisi” <https://sen.av.tr/tr/makale/orgutlu-suclarda-infazina-dair-mevzuat-degisikligi-onerisi>,

koşullu salıvermeye ilişkin istisnai süreler öngörülen “*örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkumiyet*” hükmü alanlar bakımından da geçerlidir. Suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlara ilişkin 58’inci maddesinin 9’uncu fıkrasında örgüt mensubu suçluya ilişkin hükmün de mevcut halde tatbik edilip edilmeyeceği sorunlu bir alandır. Öğretide bu hususla ilgili olarak 6/1-j maddesi gereğince **TCK m.58/9’un uygulanmasının, “kanunilik” bakımından bir sorun oluşturmaya da mevcut durumda örgüt adına suç işleyen kişinin, örgüt mensubu olmadığından (TCK m.220) bu hükmün TCK m. 220/6’da düzenlenen suçu işleyen kişiler açısından uygulanmasının isabetli olmayacağı ifade edilmektedir**⁷⁶.

Son olarak değişiklik öngören maddenin 12.03.2024 tarihinde yürürlüğe girdiği, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ile bahse konu tarih arasında mahkemenin iptal kararının yürürlüğe girmemesi nedeniyle farklı uygulamalar olduğuna da dikkat çekilmiştir⁷⁷. Bu durumda AYM’nin tanımış olduğu 4 aylık erteleme süresi dolmadığı yani iptal kararının yürürlüğe girdiği bir dönem olmadığı için yeni düzenleme yürürlüğe girmediği için eski ve yeni düzenlemeler arasında mukayese yapılarak sanığın lehine şeklinde karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda yeni düzenlemenin alt haddinin lehe olup ilga edilen eski düzenlemenin ceza artırımı bakımından aleyhe olduğu; alt haddin üst sınırının aleyhe, ceza üst sınırı bakımından değerlendirildiğinde ise eski düzenlemenin alt haddinin daha lehe olduğu ifade edilmek suretiyle değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸.

Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere örgüt adına suç işleme açısından hangi suçun işlenmesi gerektiği hususu belirsizdir. Maddeden yola çıkılarak öncelikle kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesinin yeterli olduğu ifade edilebilir. Ancak her ne kadar her suç tipi bu açıdan bu kapsamda sayılabilecekse de bahse konu suçun, örgüt adına işlenebilmesi için müsait olması gerektiği söylenmelidir⁷⁹. Bu anlamda taksirli suçların bu kapsamda işlenmesi mümkün değildir⁸⁰.

Sonuç

Çalışmamızın sonuç kısmında yukarıda vardığımız sonuçları ve önerilerimizi maddeler haricinde saymayı tercih ediyoruz.

Buna göre;

- 1- Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişilerin kamu düzenini tehlikeye sokan bir yapılanma adına suç işlenmesi, cezayı müstelzim bir fiildir.
- 2- Anayasa Mahkemesi’nin iptal sonrası düzenleme ile 220’nci madde ve ona atıf yapan 314’üncü madde arasında insicam bozulmuştur.
- 3- “*Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, **örgüt üyesi olarak cezalandırılır***” şeklinde bir ibare içeren TCK m.220/7 düzenlemesinin de m.220/6’ya benzer şekilde yeniden düzenlenebileceği düşüncesindeyiz.

E.T.: 25.05.2025.

⁷⁶ BAŞER BERKÜN- ŞEN, “Örgütlü Suçlarda İnfaza Dair Mevzuat Değişikliği Önerisi”.

⁷⁷ Şen, “Üyesi Olmadığı Silahlı Örgüt Adına Suç İşleme Suçuna İlişkin Yeni Hükmün Tatbiki”.

⁷⁸ Burada dikkat edilmesi gereken, iki hüküm arasında karma bir uygulamanın mümkün olmayıp yeni düzenlemenin alt sınır açısından daha lehe olduğunun dikkate alınması gerektiğidir. Öğretide terör örgütleri ve silahlı çıkar amaçlı örgütler açısından ise uyarılma davası yapılarak bir karara varılabileceği ifade edilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Şen, “Üyesi Olmadığı Silahlı Örgüt Adına Suç İşleme Suçuna İlişkin Yeni Hükmün Tatbiki”.

⁷⁹ SARITAŞ, s.542.

⁸⁰ SARITAŞ, s.543.

4- 221'inci maddenin "4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır" şeklindeki düzenlemesi, mevcut durumda TCK m. 220/6 açısından boşlukta kalmıştır. Kanun koyucunun düzenleme yapması gerekir.

5- Mevcut durumda silahlı olmayan örgüt üyesinin 2-4 yıl; silahlı halinden ise artırılma neticesinde 2 yıl 6 aydan-6 yıla kadar hapis cezası söz konusu iken üye olmadığı örgüt adına suç işleyen kişinin de 2 yıl altı aydan 6 yıla kadar hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmaktadır. Bu durumda yapılan değişiklik -takdiri indirim dikkate alınmadığında- anlamsız kalmaktadır.

6- Anayasa Mahkemesi ve İHAS'ın öngörülebilirlikle ilgili eleştirileri ışığında kişinin örgüt üyesi gibi cezalandırılacağına ilişkin düzenleme yerine mevcut düzenleme, TCK'nın 220/7'nci maddesinin varlığı sebebiyle anlamsız kalabilme ihtimalini doğurmaktadır.

7- TCK'nın 6'ncı maddesinde örgüt mensubu açısından yapılan tanımda yer alan "örgüt adına suç işleyen" ifadesi mevcudiyetini korumakta iken hiyerarşik olarak örgüte bağlı olmamakla birlikte örgüte yardım eden kişiden bahsedilmemektedir. Bu ihtimalde TCK m.58 kapsamında mükerrerler açısından söz konusu olan hükmün tatbik edilip edilmeyeceği hususu yeniden ele alınmalıdır.

8- TCK m.220/6 hükmünün silahlı örgütler açısından tatbik edilmesi şeklindeki ifade, 314'üncü maddeye de benzer bir hüküm konulması ile kanaatimce artık sadece TCK m.220/3.madde açısından söz konusu olacaktır. Örgütün, TCK m.314'teki silahlı örgüt olması halinde uygulanacak hüküm ise TCK m.314/2'dir.

9- TCK m.78'inci maddenin uygulama alanı olmamakla birlikte bahse konu hükmün bu tarz bir örgüt açısından tatbik edilip edilemeyeceği belirsizdir. Kanaatimce bahse konu örgüt eğer TCK m.314'üncü madde açısından söz konusu olan amaç suçlarını da işlemeyi amaçladıysa TCK m.314/2 gereği cezalandırma söz konusu olabilir.

10- Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında vurguladığı *örgüt adına suç işleme* açısından hangi suçların kastedildiğine ilişkin belirsizlik, mevcut düzenleme açısından da devam etmektedir. Bunun yerine metne "*örgütün amacı doğrultusunda*" ya da "*örgütün amaçladığı suçları*" şeklinde bir ibare eklenmesi şeklinde bir düzenleme yapılabileceği gibi 5237 sayılı TCK'nın kimi hükümlerinde yer verilen (ör. m.106/4, 119/1-d, 149/1-f, 265/4) "*suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak*" şeklinde bir ibare eklenmesi düşünülebilir.

Sonuç olarak mevcut düzenleme, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt mensubu gibi cezalandırılmasının önüne geçmesi açısından isabetli olsa da bahse konu fiil için öngörülen cezanın kimi durumlarda eski düzenleme ile bir farkının olmaması, Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr iptal hükmünde yer verdiği örgüt adına suç işleme ifadesinin taşıdığı belirsizliği gidermemesi, yukarıda yer verdiğimiz ve mevzuatla uyumsuzluğa yol açması sebebiyle ihdas edilme amacını yeterince karşılamadığı kanaatindeyiz.

Kaynakça

BAŞER BERKÜN, Beyza - ŞEN, Ersan, “Örgütlü Suçlarda İnfaza Dair Mevzuat Değişikliği Önerisi” <https://sen.av.tr/tr/makale/orgutlu-suclarda-infazina-dair-mevzuat-degisikligi-onerisi>, E.T.: 25.05.2025.

DEMİR, Oğuzhan, **Suç Örgütüne Yardım Etme Suçu**, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

EREM, Faruk, “Cürüm İşlemek İçin Cemiyet Kurmak”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1955, C.12, S.3.

HAFIZOĞULLARI, Zeki- KURŞUN, Günel, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, **TBB Dergisi**, Y.2007, S.71.

KARCILIOĞLU, N. Kaan, “Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütün Unsurları”, **Suç ve Ceza Dergisi**, Y. 2011, S.1.

KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, Tülay, “Silahlı Örgütlenme Suçu (TCK m.314)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2023, Cilt.72, Sayı1.

OSMANOĞLU, Bilal- KIDIL, Fahrettin, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Y.2019, C. 21.

ÖZGENÇ, İzzet, **Suç Örgütleri**, 6.Baskı Seçkin, Ankara, 2013.

ÖZKAYA, Burçin, “**Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK m.220)**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.

SARITAŞ, Erkan, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220-221)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

ŞEN, Ersan, “Üyesi Olmadığı Silahlı Örgüt Adına Suç İşleme Suçuna İlişkin Yeni Hükmün Tatbiki”, (Çevrimiçi) <https://www.sen.av.tr/tr/makale/uyesi-olmadigi-silahli-orgut-adina-suc-isleme-sucuna-iliskin-yeni-hukmun-tatbiki> (E.T: 09.06.2024).

ŞEN, Ersan- CEYLAN, Doğa, “Örgüt Adına Suç İşlemeye İlişkin Kanun Teklifi Değerlendirmesi”, (Çevrimiçi) <https://sen.av.tr/tr/makale/orgut-adina-suc-islemeye-iliskin-kanun-teklifi-degerlendirmesi> (E.T: 25.05.2024).

TAŞTAN, Mehmet, “Silahlı Örgüt Kurmak, Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olma Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y.2008, S.20.

TURAN, Ubeydullah, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2016, C.4, S.1.

TURİNAY, Faruk, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı”, **TBB Dergisi**, Y.2015, C.27, S.116.

TÜRKOĞLU, Selin, “Terör Örgütünün Propagandası Suçu (TMK m. 7/2-5)”, **Suç ve Ceza Dergisi**, Y.2021, S.1.

YENİDÜNYA, A.CANER-İÇER, ZAFER, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, **MÜHF- HAD.**, Y.2013, C.19, S.2.

**5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU M. 72’DE YER ALAN
“TEKNOLOJİK ÖNLEMLERİ ETKİSİZ KILMA” SUÇUNUN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Levent Emre ÖZGÜÇ*

Özet

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Teknolojik önlemleri etkisiz kılma” başlıklı 72. maddesi, ilgili kanundan kaynaklanan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere uygulanan çeşitli teknolojik koruma yöntemlerinin etkisiz hale getirilmesine yönelik ürün ve araçların imal veya ithal edilmesi, dağıtılması, satılması, kiraya verilmesi, ticari amaçla elde bulundurulması, reklamının, pazarlamasının, tasarımının yapılması veya uygulama hizmetinin sunulmasını suç haline getirmektedir. İlgili düzenlemenin temelini oluşturan suç, 1995 yılında 4410 sayılı Kanun ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na eklenmişse de 5728 sayılı Kanun ile 2008 yılında esaslı değişikliklere uğramış, ardından 7346 sayılı Kanun ile 2021 yılında suçun kapsamı ciddi ölçüde genişletilmiştir. Bu değişikliklerin, Avrupa Birliği’nin 2001/29/AT Direktifine uyum amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir. Düzenleme her ne kadar “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” başlığını taşıyor ise de suçun maddi unsuru, herhangi bir önlemi etkisiz kılmayı içermemektedir. Aksine, suç kapsamında cezalandırılan hareketler, bu önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün veya araçların elde edilmesi, bulundurulması veya elden çıkarılmasına dair çeşitli fiillerdir. Dolayısıyla, düzenleme açık bir hazırlık hareketi cezalandırması örneğini oluşturmaktadır. Bu durum, 2021 yılında yapılan değişiklik öncesi madde başlığının “Koruyucu Programları Etkisi Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri” olmasından da anlaşılabilir. Hazırlık hareketlerinin ceza sorumluluğu kapsamına alınması, ilgili fiillerin haksızlık içeriğine dair sorunlar ve ceza hukukunun son çareliği ilkesi ışığında bu hareketlerin ceza yaptırımına tabi tutulmasının gerekliliği çerçevesinde ciddiyle sorgulanması gereken bir husustur. Çalışmada FSEK m. 72’nin bu açıdan değerlendirilmesi ve Türk ceza hukukunun temelleriyle uygunluğunun test edilmesi hedeflenmektedir. Yapılan değerlendirme ışığında teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçuna dair eleştiriler dile getirilmiş, bu suçun kapsamı, unsurları, suçta özel görünüş biçimlerinin uygulanma şekli incelenmiştir. Bunun yanında, ilgili düzenlemenin yürürlüğe konma amacı ve niteliği de dikkate alınmak suretiyle Avrupa Birliği Direktifiyle uyumluluğu, suça dair yargılama usulü ve suç sonucunda öngörülen yaptırımların amacı yerine getirmeye elverişliliği ele alınmıştır. Bunların ardından düzenlemeye ilişkin değişiklik önerileri ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçu, Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması; Manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz; Fikri mülkiyet, Avrupa Birliği Bilgi Toplumu Direktifi.

* Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı.
E-posta: levent.ozguc@ozyegin.edu.tr
Orcid: 0000-0002-4561-1601

Giriş

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK)¹ 72. maddesinde yer alan “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” suçu, şu şekildedir:

Bu Kanunda yer alan hakların korunması amacıyla eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamalarıyla sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik;

a) Ürün ve araçları imal veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar,

b) Ürün ve araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanlar, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Görüldüğü üzere, FSEK m. 72, belirli koruma yöntemlerini etkisiz kılacak ürün ve araçlar üzerinde gerçekleştirilen kimi hareketleri hapis cezası ile yaptırıma bağlamaktadır. Buna göre, örneğin kopyalanması yazılım yoluyla engellenmiş bir müzik CD'sinin kopyalanabilmesi için bu yazılımı etkisiz kılacak programın üretilmesi, bir bilgisayar oyununun lisanssız kullanılabilmesi için “crack” yazılımının internet üzerinden dağıtılması, bir internet platformuna şifresiz ve abonelik olmaksızın erişilebilmesi için kullanılacak araç veya donanımın reklamının yapılması gibi eylemler FSEK m. 72 kapsamında suç haline getirilmiştir. İlgili düzenleme, Yargıtay kararlarına pek konu olmamış ve ciddi anlamda uygulaması olmayan bir madde olmasına karşılık, FSEK'nin en çok değişiklik yapılan hükümlerinin başında gelmektedir. Bu durumun sebebi, kanun koyucunun uluslararası düzenlemeleri yakından takip etmek gayreti içerisinde olması ve gelişen teknolojiler aracılığıyla fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahipliği bulunan kişilerin haklarının etkili bir şekilde korunabilmesi yönünde bir çabanın olması gibi görünmektedir. Gerçekten düzenleme henüz 30 yaşında dahi olmamasına rağmen iki kez tümüyle değişikliğe uğramıştır. Buna karşılık, değişiklikler ile düzenlemenin sorunlu noktalarının kesin bir şekilde giderilemediği, hatta suç tipinin kapsamının genişlemesinin yeni eleştirilere kapıyı araladığını söylemek hatalı olmayacaktır. Bu bakımdan, özellikle ceza hukukunun nitelikleri ve yapısı ışığında değerlendirildiğinde, salt hazırlık hareketlerini ceza sorumluluğu kapsamına alan bu suç tipinin gerekliliği ve amaca ulaşmadaki elverişliliği dahi tartışma konusu yapılabilecektir.

Bu çalışmada FSEK m. 72'de yer alan suç tipinin ilk ihdas edilmesinin ardından yaşadığı değişikliklere bakılacak, düzenlemenin uluslararası hukuktaki karşılıklarına ve Türk hukukundaki esin kaynaklarına değinilecek, suçun mevcut halinin kapsamı değerlendirilecek, düzenlemeye ilişkin sorunlu noktalar ve eksiklikler irdelenecektir.

I. “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” Suçunda Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Uluslararası Hukuk ve Yükümlülükler Işığında Değerlendirilmesi

“Teknolojik önlemleri etkisiz kılma” suçu, mevcut halini 21 Aralık 2021 tarihinde almışsa da düzenleme 1995 yılında yürürlüğe girdiği halinden sonra çok çeşitli değişikliklere uğramıştır.

¹ 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu”, RG. 13.12.1951, S. 7981.

Suç tipi, ilk olarak 12 Haziran 1995 tarihinden yürürlüğe giren ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ciddi anlamda değişiklik hükümleri içeren 4110 sayılı Kanun² ile hukukumuzda girmiştir. Bu düzenleme FSEK m. 72'de değil, "Diğer suçlar" başlıklı mülga m. 73'ün birinci fıkrasının 6 numaralı bendinde bulunmaktadır ve şu şekildedir:

Kasten: (...) Yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticari amaç için elinde bulunduran veya dağıtan, (...) Kişiler hakkında üç aydan üç yıla kadar hapis ve 300 milyon liradan 600 milyon liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

Görüldüğü üzere, düzenlemenin orijinal hali hem suçun konusu hem de kapsama giren hareket biçimleri bakımından mevcut halinden çok daha sınırlıdır. Suç tipiyle öngörülen koruma yalnızca bilgisayar programlarına yöneliktir ve "yegane" amacı bir bilgisayar programını korumak olan teknik aygıtların geçersiz kılınmasına veya izinsiz olarak ortadan kaldırılmasına yarayan araçlar üzerinde gerçekleştirilen hareketler cezalandırılmaktadır. Suçun hareket unsuru ise ticari amaç için elde bulundurmak veya dağıtmaktan ibarettir. Bunun yanında, öngörülen hapis cezasının süresi daha kısa olmakla birlikte, bir de ağır para cezası suç karşılığında belirlenmiştir³.

Düzenleme 3 Mart 2001 tarihinde 4630 sayılı Kanun⁴ ile yalnızca yaptırımı itibariyle değişikliğe uğramış, hapis cezasının alt sınırı iki yıla indirilmiş, üst sınırı dört yıla çıkarılmış ve para cezası miktarı değişen ekonomik koşullar karşılığında güncellenmiştir.

Bunun ardından, suç 12 Mart 2004'te yürürlüğe giren 5101 sayılı Kanun⁵ ile değiştirilen FSEK m. 73'te korunmuş, madde sistematığının değişmesi sonucunda birinci fıkranın (c) bendi haline gelmiştir.

Suçta dair ilk ciddi değişiklik, 2008 yılında gerçekleşmiştir. 8 Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun⁶ ile, ceza hukuku mevzuatının önemli bir kısmında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) genel hükümlerine uyum amacıyla değişiklikler gerçekleştirilmiş, bu değişikliklerden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan suçlar da nasibini almıştır. FSEK m. 73'ün "Diğer suçlar" başlıklı maddesi tümüyle ilga edilmiş, önceki m. 71'de yer alan "Manevi haklara tecavüz" ile m. 72'de yer alan "Mali haklara tecavüz" maddelerindeki suç tipleri m. 71'de "Mali, manevi veya bağlantılı haklara tecavüz" başlığıyla birlikte düzenlenmiş, fikir ve sanat eserleri hakkında suçlarda fail sıfatını düzenleyen m. 74 yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan suç tipi ise m. 72'de "Koruyucu

² 4110 sayılı "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun", RG. 12.06.1995, S. 22311.

³ Düzenlemenin bu dönemki haline ilişkin bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1999, C. 48, S. 1, ss. 1-14. 4110 sayılı Kanunun geneli hakkında değerlendirme ve eleştiriler için bkz. ÜSTÜN, Gürsel, "Türkiye'de Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'ndaki Son Gelişmeler", **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, Y. 1995/1996, C. 4, S.1-2, ss. 101-116.

⁴ 4630 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun", RG. 03.03.2001, S. 24335.

⁵ 5101 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", RG. 12.03.2004, S. 25400.

⁶ 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", RG. 08.02.2008, S. 26781.

Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri” başlığı ile aşağıdaki şekilde tekrar düzenlenmiştir:

Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışı arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

2008 yılında yürürlüğe giren 72. madde önceki düzenlemeye benzer bir şekilde bilgisayar programlarını koruma altına almakta, bununla birlikte suç konusuna ilişkin kısmi bir değişiklik yaparak bu programların çoğaltılmasını engelleyecek ilave programları etkisiz kılacak program ve teknik donanımlar üzerinde gerçekleştirilen hareketleri ceza sorumluluğu kapsamına dahil etmektedir. Uygulama bakımından teknik araç ile program veya teknik donanım arasında kayda değer bir değişiklik olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Buna karşılık, yeniden düzenleme öncesinde ilgili teknik aracın “yegane” amacının programları etkisiz kılmak olması aranmaktayken, yeni düzenlemede birden çok amaçlı program ve teknik donanım ile de suç işlenebilir hale gelmiştir. Bunun yanında suçun hareket unsuru önemli ölçüde somutlaştırılmış ve elinde bulundurmada ticari amaç yerinde kişisel kullanım amacı dışılık aranmaya başlanmış, dağıtmak yerine üretmek, satışı arz etmek veya satmak hareketleri suç kapsamına alınmıştır. Bu noktada herhangi bir ivaz olmaksızın başkasına bu programın verilmesi artık satışın aranacak olması sebebiyle suç kapsamından çıkarılmıştır.

2008 yılında yürürlüğe giren düzenlemenin koruma kapsamı itibariyle uluslararası hukuk ışığında yeterli olmaması ve yükümlülüklerimizi karşılamaktan uzak olması doktrinde bir eleştiri sebebi olmuştur⁷. Bunun ardından, düzenlemedeki son değişiklik 21 Aralık 2021 tarihinde 7346 sayılı Kanun⁸ ile yapılmış ve FSEK m. 72 başlığıyla birlikte tümüyle tekrar düzenlenmiştir. Bu çalışmanın başında da görülebilecek mevcut düzenleme hem suçun konusu hem de cezalandırılan hareket bakımından son derece köklü bir değişikliği içermektedir. Değişiklik öncesi suçun dolaylı koruma altına aldığı eserler bilgisayar programlarından ibaret iken, mevcut düzenlemede eser, icra, fonogram, yapımlar ve yayınların korunduğu görülmektedir⁹. Bunun yanında, suçta satmak hareketi korunmuş, üretmek ve satışı arz etmek hareketleri metinden çıkarılmış, buna karşılık imal veya ithal etmek, dağıtmak, kiraya vermek, reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunmak hareketleri¹⁰ suça dair düzenlemeye eklenmiştir. Son olarak, kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurmak

⁷ BAŞTÜRK, İhsan, “Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınavı: Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2022, C. 80, S. 1, ss. 283-300, s. 287; YAVUZ, Levent/ ALICA, Türkay/ MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 2 (49-91. Maddeler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 2253; BAYAMLIOĞLU, İbrahim Emre, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 249; BOZBEL, Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 592.

⁸ 7346 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, RG. 25.12.2021, S.31700.

⁹ Aynı yönde bkz. ARAL, Nihal, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2024, s. 168-169.

¹⁰ Bu hareketlere dair açıklamalar için bkz. DEĞİRMENCİ, Olgun, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu (5846 s. Kanun m. 72)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, ss. 112-117, s. 114; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s. 2252.

hareketi 2008 değişikliği öncesi halinde geri dönüştürülerek ticari amaçla elde bulundurmak şeklinde tekrar düzenlenmiştir.

Düzenlemenin uluslararası hukuktaki dayanakları ve esin kaynaklarına bakıldığında, 1995 yılındaki ilk ihdasın yalnızca bilgisayar programlarıyla sınırlı bir koruma öngörmesinin şartıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 4110 sayılı Kanun gerekçesi, ilgili düzenlemenin Avrupa Birliği (AB) Yazılım Yönergesi¹¹ esas alınarak hazırlandığını belirtmektedir. Gerçekten, dönemin FSEK m. 73/1(6) hükmü Yönerge m. 7/1-c'nin¹² tercümesi niteliğindedir. AB Yazılım Yönergesi 1991 yılında yürürlüğe girmiş ve 2009 yılında aynı hususları düzenleyen bir Direktif'in düzenlenmesine kadar yürürlükte kalmıştır. Benzer davranışların yasaklanmasını öngören diğer düzenlemeler ise Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization – WIPO) bünyesinde hazırlanan Telif Hakları Anlaşması ve İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'dır. 1996 yılında imzaya açılan her iki düzenleme de 2002 yılında yürürlüğe girmiştir ve Yönerge'ye benzer şekilde koruyucu önlemleri etkisiz kılmaya yönelik araçların üretimi, bulundurulması ve dağıtımına ilişkin çeşitli hareketlerin engellenmesi için önlemlerin alınması yükümlülüğünü taraf Devletlere yüklemektedir¹³. Türkiye açısından her iki sözleşme de 28 Kasım 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴. Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşmelerde eserler, icralar ve fonogramlar bakımından da koruyucu önlemlere ilişkin yükümlülükler öngörülmesine rağmen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan korumanın bu tür eserlere genişletilmesinin uzun bir zaman aldığı görülmektedir. Nihayet FSEK m. 72'de 2021'de yapılan değişiklik suç konusunu bu tür eserleri de koruma altına alacak biçimde genişletmiştir¹⁵. Buna karşılık, dikkat edilmesi gereken bir husus bu değişikliğin sebebinin kanun gerekçesine göre WIPO sözleşmeleri olmadığıdır. Gerekçe, değişikliğin yapılma

¹¹ Bilgisayar Programlarının Hukuki Korumasına İlişkin 14 Mayıs 1991 Tarihli 91/250/EEC Konsey Direktifi (Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs)

¹² “Özel Koruma Önlemleri” başlıklı 7. maddenin Türkçe tercümesi şu şekildedir: “4, 5 ve 6. Maddelerin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Üye Devletler, ulusal mevzuatlarına uygun olarak, aşağıdaki (a), (b) ve (c) alt bentlerinde listelenen fiillerden herhangi birini işleyen bir kişiye karşı makul giderimler sağlarlar: (a) bir bilgisayar programının bir kopyasını, ihlal eden bir kopya olduğunu bilerek veya buna inanmak için bir nedene sahip olarak dolaşıma sokma fiili; (b) bir bilgisayar programının bir kopyasının, ihlal yaratan bir kopya olduğunu bilerek veya buna inanmak için bir nedene sahip olarak ticari amaçlarla bulundurulması; (c) yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanmış olabilecek herhangi bir teknik cihazın yetkisiz olarak kaldırılmasını veya atılmasını kolaylaştırmak olan herhangi bir aracın dolaşıma sokulması veya ticari amaçlarla bulundurulması.”

¹³ WIPO Telif Hakları Anlaşması m. 11'in Türkçe tercümesi şu şekildedir: “Akit Taraflar, ilgili eser sahiplerine yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Anlaşma ve Bern Sözleşmesi ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde eser sahiplerince kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngörecektir.” Tercüme için bkz. 5647 sayılı ve 02.05.2007 tarihli WIPO Telif Hakları Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun. Benzer bir düzenleme içeren WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması m. 18 de şu şekildedir: “Akit Taraflar, ilgili icracı sanatçılar ya da fonogram yapımcılarına yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Andlaşma ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarınca kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngörecektir.” Tercüme için bkz. 5646 sayılı ve 02.05.2007 tarihli WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun.

¹⁴ WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması bakımından bkz.: https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=20. WIPO Telif Hakları Anlaşması bakımından bkz.:

https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=16.

¹⁵ BAŞTÜRK, **Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınava**, s. 289.

amacının Avrupa Birliği'nin 2001/29/EC nolu Bilgi Toplumu Direktifi'ne¹⁶ uyum sağlama olduğunu ifade etmektedir¹⁷. İlgili direktif, bilgisayar programlarına dair 2009 yılında yürürlüğe giren direktifte herhangi bir değişiklik yapmamak suretiyle¹⁸ diğer tür eserler bakımından yeknesak bir koruma yükümlülüğünü m. 6 ile getirmiştir¹⁹. Türk kanun koyucusunun da bu yeknesak korumayı iç hukukumuzda ceza hukuku aracılığıyla sağlamaya tercih ettiği anlaşılmaktadır²⁰. Bu hususun bir gereklilik olup olmadığı ise çalışmanın ileriki kısımlarında tartışılacaktır.

II. Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma Suçuna Dair Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları Bakımından Önem Taşıyan Noktaların Değerlendirilmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 72'de yer alan "Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma" suçu, çeşitli değişikliklere uğramışsa da belirtildiği üzere suçun lafzına ve uygulamaya dair çeşitli tartışmalı noktalar ve noksanların göze çarptığı belirtilmelidir. Düzenlemeye ilişkin eleştirileri karşılamak amacıyla yapılmış değişiklikler ve düzenlemeler bu sorunları gidermek için yeterli olmamış hatta suçun kapsamının genişlemesi bazı yeni sorunları beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada suçun tüm unsurlarının detaylı bir incelemeye tabi tutulmayacaktır. Bunun yerine, çeşitli seçilmiş önemli konular incelenecek ve sorunlar vurgulanacaktır. Bu sorunların arasında, suçla korunan hukuksal yarar ile bağlantılı olarak suç mağdurunun ve şikayet hakkı sahibinin belirlenmesi, suç düzenlemesi ile ceza sorumluluğu kapsamına alınan hareketlerin hazırlık niteliği ışığında suçun ceza hukukunun temel ilkeleri açısından yarattığı sakıncalar, suçun

¹⁶ "Infosoc Directive" adıyla bilinen Direktif'in tam adı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Kimi Hususların Uyumlulaştırılmasına Dair 2001/29/EC nolu ve 22 Mayıs 2001 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society) şeklindedir. İlgili Direktif metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>.

¹⁷ Değişiklik gerekçesi: "5846 sayılı Kanun'da yer alan bilgisayar programlarına ilişkin olarak sağlanan ve koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerini yaptırma bağlayan düzenlemeye, tüm eser, icra, fonograf, yapım ve yayınların dahil edilmesi, canlı spor etkinliklerinde çevrimiçi korsan yayınlarla mücadele edilmesi noktasında mevzuatta bulunan eksikliğin giderilmesi, telif hakkı sahipleri tarafından izinsiz kullanımları engellemek amacıyla öngörülen teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçların ticaretini veya tanıtımını yapanların cezalandırılması amaçlanmakta, ayrıca 2001/29 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi ile de uyum sağlanmaktadır."

¹⁸ Bilgi Toplumu Direktifi Giriş Kısmı 50. paragraf bu konuyu ifade etmektedir: "(50) Böyle bir uyumlaştırılmış yasal koruma, 91/250/EEC sayılı Direktif tarafından sağlanan korumaya ilişkin özel hükümleri etkilemez. Özellikle, bilgisayar programları ile bağlantılı olarak kullanılan teknolojik tedbirlerin korunmasına uygulanmamalıdır; bu husus münhasıran söz konusu Direktifte ele alınmaktadır. 91/250/EEC sayılı Direktif Madde 5(3) veya Madde 6'nın hükümleri ile uyumlu eylemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak için gerekli olan teknolojik bir önlem atlatmaya yönelik herhangi bir aracın geliştirilmesini veya kullanılmasını ne engellemeli ne de durdurmalıdır. Bu Direktifin 5. ve 6. maddeleri münhasıran bilgisayar programlarına uygulanan münhasır hakların istisnalarını belirlemektedir."

¹⁹ Direktif'in "Teknolojik Önlemlere İlişkin Yükümlülükler" başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmının Türkçe tercümesi şu şekildedir: "1. Üye Devletler, ilgili kişinin bu amacı güttüğünü bilerek ya da bilmesi için makul gerekçelerle gerçekleştirdiği her türlü etkili teknolojik önlemin aşılmasına karşı yeterli yasal koruma sağlar. / 2. Üye Devletler, aşağıda belirtilen cihazların, ürünlerin veya bileşenlerin üretimi, ithalatı, dağıtımı, satışı, kiralanması, satış veya kiralama için reklamının yapılması veya ticari amaçlarla bulundurulmasına veya hizmetlerin sağlanmasına karşı uygun yasal koruma sağlayacaklardır: (a) herhangi bir etkin teknolojik önlemin atlatılması amacıyla tanıtılan, reklamı yapılan veya pazarlanan veya (b) atlatma dışında ticari açıdan sadece sınırlı bir amacı veya kullanımı olan veya (c) esas olarak herhangi bir etkin teknolojik önlemin atlatılmasını sağlamak veya kolaylaştırmak amacıyla tasarlanan, üretilen, uyarlanan veya icra edilen cihaz, ürün veya bileşenler."

²⁰ BAŞTÜRK, İhsan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 86-87.

yaptırımı ve suça dair soruşturma sırasında FSEK m. 75/3 uyarınca uygulanması söz konusu olabilecek elkoyma tedbirine ilişkin meseleler yer almaktadır.

A. FSEK m. 72 ile Korunan Hukuksal Değer, Suç Mağduru ve Şikayet Hakkının Kullanılması

Günümüzde ceza hukukunun amacının toplum düzeninin işlerliğini sağlayan ve hukuk devletinin temellerini oluşturan hukuksal değer ve yararların korunması yoluyla kamu düzeninin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması olduğu kabul edilmektedir²¹. Bu sebeple, ceza hukuku bünyesinde bulunan tüm yaptırım konusu yasak ve emirlerin belirli bir hukuksal değeri korumaya hizmet ettiği belirtilmelidir. Bir suçun varlık amacı, bireyler, toplum veya kamuya ait olan yararları korumaktır²². Modern ve özgürlükçü ceza hukukunun hukuksal değerler paradigması üzerine kurulmuş olması, suçun unsurlarına ve uygulanmasına ilişkin yorumun da korunan hukuksal değer ışığında yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla, suç mağduru kavramı da suçla korunan hukuksal değer sahibi olarak tanımlanmaktadır²³. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar açısından da şikayet hakkı sahibinin suçtan zarar gören kişi olduğuna bir genel hüküm olan TCK m. 73'te işaret edilmiştir²⁴. Özel olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında yer alan suçlar bakımından ise şikayet sahibinin “hak sahipleri veya üyesi oldukları meslek birlikleri” olduğu m. 75'te öngörülmektedir²⁵. Suçtan zarar gören kavramı, geniş anlamıyla suç mağdurunu aşan bir kümeyi ifade etse de şikayet hakkı sahibi olan kişinin dar anlamda suçtan zarar gören kişi olan suç mağduru olduğu doktrinde belirtilmektedir²⁶.

²¹ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2023, s. 4; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 53; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 3; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 54; AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 36; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 43; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 31; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 7; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 47; ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 436.

²² 5237 sayılı TCK m. 1 uyarınca bu, Ceza Kanununun amacıdır: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

²³ ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, par. 318; TÜRAY, Aras, **5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)**, Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2022, s. 252.

²⁴ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2022, s. 106-197.

²⁵ “Soruşturma ve Kovuşturma” başlıklı FSEK m. 75/1: “71 ve 72nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.” FSEK m. 75'te yer alan şikayet hakkına ilişkin değerlendirmeye için bkz. TÜRAY, s. 594-600.

²⁶ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 609; DİKMEN, Esra, **Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018, s. 140.

FSEK m. 72'nin lafzına bakıldığında, suçun “bu kanunda yer alan hakların korunması amacıyla” sağlanan teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçlar üzerinde gerçekleştirilen hareketleri kapsadığı görülmektedir. Dolayısıyla, suçun ihdas amacının fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların korunması olduğu söylenebilir²⁷. Bu hakların ise öncelikli olarak kanunun üçüncü bölümünde yer alan manevi ve mali haklar olduğu görülmektedir²⁸. Buna karşılık, FSEK m. 72'nin doğrudan bu hakların ihlal edilmesini konu etmediğini, bu hakların korunması için mevcut önlemleri etkisiz kılabilecek ürün ve araçlara dair birtakım hareketleri cezalandırdığını da akılda tutmak gerekmektedir²⁹. Doğrudan manevi veya mali hakların ihlalini oluşturan fiiller FSEK m. 71 aracılığıyla cezalandırılmaktadır. Bu sebeple, FSEK m. 71 açısından korunan hukuksal değerler eser sahiplerinin manevi, mali ve bağlantılı hakları olduğu doktrinde kabul edilmekteyse de³⁰ FSEK m. 72 bakımından kabul gören anlayış, bu suçların teknolojik önlemlerin koruma altına aldığı eserler üzerindeki haklar değil, doğrudan teknolojik önlemler üzerindeki haklar olduğudur³¹. Bu durumda, örneğin bir bilgisayar programı veya müzik CD'si üzerindeki çoğaltmayı engelleyecek lisans yazılımının etkisiz kılınmasına yönelik aracın veya ürünün imal edilmesinin yasaklanmasıyla korunan hukuksal değerler bilgisayar programı veya müzik CD'si üzerindeki haklar değil, çoğaltmayı engelleyecek lisans yazılımı üzerindeki haklar olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Suçun formülasyonu itibarıyla bu düşünce yerindedir. Ancak korunan hukuksal değerler teknolojik önlemler üzerindeki haklar olduğunun kabulü, suçun mağdurunun belirlenmesinde ve özellikle şikayet hakkı sahibinin tespitinde de etki doğurmaktadır. Zira eğer suç mağduru hukuksal değerler ait olduğu kişiye ve şikayet hakkı sahibi FSEK m. 75 uyarınca suç mağduru ve onun üyesi olduğu meslek birliğiyse FSEK m. 72'nin mağduru nihai olarak korunan fikir ve sanat eseri üzerindeki hak sahibi kişi değil, bu eser üzerindeki koruyucu teknolojik önlem üzerindeki hak sahibidir³². Şikayet hakkı sahibi de koruyucu teknolojik önlem üzerindeki hak sahibi ve onun üyesi olduğu meslek birliğidir³³.

Bu durumun yarattığı sorunlara şöyle bir örnek verilebilir: Türkiye’de yayın yapan kimi dijital TV platformları, merkezi yurt dışında bulunan siber güvenlik şirketleri tarafından üretilen erişim kontrolü programlarını kullanmaktadırlar. Örneğin (X) adlı Türkiye’de tüzel

²⁷ Selcen Turan bu sebeple “suçla dolaylı da olsa hak sahibinin mali haklarının korunmasının” amaçlandığını ifade etmektedir. SELCEN TURAN, Hilal, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2010, s. 280.

²⁸ DİKMEN, s. 139.

²⁹ Bu sebeple FSEK m. 72’de yer alan düzenlemenin fikir ve sanat eserleri ile doğrudan bir ilgisinin bulunmadığı da ifade edilmiştir. Bkz. BAŞLAR, Yusuf, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2012, S. 1, ss. 243-259, s. 246.

³⁰ TÜRAY, s. 452 vd.; GÜLLÜ, Çiğdem, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarının Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022, s. 53.

³¹ Baştürk suçun hukuki konusunun “eser ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK’te yer verilen haklarının teknolojik önlemlerle korunmasının sağlanması” olduğunu belirtmektedir. Bkz. BAŞTÜRK, **Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınava**, s. 290. Aksi yönde bkz. ARAL, s. 169: “Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçuyla eser sahibi ve diğer hak sahiplerinin haklarının korunması amaçlanmaktadır, zira suç olarak düzenlenen fiiller ile eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımını kontrol etmek üzere gerçekleştirilen teknolojik önlemlerin işlevsiz bırakılmasına dair eylemlerin cezalandırılması söz konusudur.” Fakat yazar s. 170’te mağdurun teknolojik önlem bakımından hak sahibi olan kimseler olduğunu ifade etmekte, bu şekilde koruma amacıyla korunan hukuksal değeri birbirinden bu eserde olduğu gibi ayırmaktadır.

³² Aynı yönde bkz. BAŞTÜRK, **Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınava**, s. 291; BAŞLAR, s. 247; ARAL, s. 170.

³³ Benzer yönde bkz. BAŞLAR, s. 254.

kişiliği ve temsilcisi bulunan şirketin kullanıcılara sunduğu (X)Turk yayın platformunun merkezi Hollanda'da bulunan ve Türkiye'de herhangi bir tüzel kişiliği ya da temsilciliği bulunmayan (I) adlı şirket tarafından üretilen "(I)Sec" adlı lisans yazılımını kendi yayın platformu üzerine kurduğu varsayıldığında, Türkiye'deki (F) kişisi (X)Turk yayınlarının şifresiz izlenilebilmesi amacıyla "(I)Sec" adlı lisans yazılımının denetiminden kaçınabilecek ve abonelik olmaksızın (X)Turk yayınının izlenebilmesini sağlayabilecek bir bilgisayar programını imal ederek FSEK m. 72'de yer alan suçta işlediğinde, bu suçun mağduru (X)Turk yayın platformu üzerindeki hak sahibi olan (X) şirketi değil, (I) şirketi olacaktır. Bu durumda (X) şirketinin şikayet hakkı da bulunmayacaktır. Eğer (I) şirketi suçun işlendiğinden bir şekilde haberdar olup suçun takibi yönündeki iradesini adli mercilere iletmezse FSEK m. 72 dolayısıyla soruşturma yapılamayacaktır. (X) şirketinin iradesi ise şikayet koşulu bakımından önem taşımayacaktır.

Uygulamada şikayet hakkı bakımından böyle bir sorun henüz Yargıtay kararlarına yansımamıştır³⁴. Bu durumun bir sebebi, kimi durumlarda koruyucu teknolojik önlem üzerindeki hak sahibi kişinin korunan fikir ve sanat eseriyle aynı kişi olabilmesidir. Bunun yanında, koruyucu önlemin üreticisi olmayan ve eseri üzerinde teknolojik koruma tesis etmek isteyen bir hak sahibinin, bir anlaşmayla koruyucu önlem üzerinde de belirli haklar elde etmesi mümkün gözükmektedir. Böyle bir durumda FSEK m. 75 uyarınca onun da şikayet hakkı sahibi olabileceğini söylemek hatalı olmayacaktır. Bunun yanında, şikayet hakkına yetkili olan kişilerin geniş yorumlanması ve teknolojik önlemin üzerine kurulduğu tüm eser, icra, fonogram, yapımlar ve yayınlara ilişkin hak sahiplerinin de suçtan zarar gören olarak kabul edilebileceğinin söylenmesi de belirtilen sorunları ortadan kaldıracaktır. Buna karşılık, böyle bir yorum da şu sorunu meydana getirmektedir: Yukarıda verilen örnekte yer alan (I)Sec adlı lisans yazılımının binlerce farklı bilgisayar programı, internet yayın platformu gibi eser veya yayını korumakta olduğu varsayılırsa, bu durumda suçtan zarar gören, şikayet hakkı sahibi ve yargılamaya katılma olanağı bulunan kişi sayısı beklenmedik şekilde artmaktadır. Zira suçun oluşması için failin sayısı belirli veya belirlenebilir somut bir eser üzerindeki teknolojik önlemi etkisiz kılmak gibi bir amaca sahip olması aranmamıştır³⁵.

Her halde, şikayet hakkı sahibine ilişkin bu durumun 2008 yılında FSEK m. 75'te yapılan değişiklik sonrasında ortaya çıktığı görülmektedir. Zira 5728 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklikten önce eser üzerindeki hak sahiplerinin yanında belirli durumlarda Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür Bakanlığı ve hak sahiplerinin faaliyet gösterdikleri alanlardaki meslek birlikleri de şikayet hakkını kullanabilmekteydi. Günümüzde ise yalnızca eser üzerinde hak sahipleri ve bu hak sahiplerinin üye oldukları meslek birlikleri şikayet hakkını

³⁴ Yargıtay nezdinde hukuki sorun haine gelen şikayet meselesi, genellikle şikayet hakkı sahibinin FSEK m. 75 uyarınca sunması gereken haklarını kanıtlayan belge ve sair delillere ilişkindir ve doğrudan FSEK m. 72'yi ilgilendirmemektedir. Örneğin bkz. Yar. 19. CD, E. 2016/12882, K. 2017/2425, 20.3.2017 (Lexpera); Yar. 7. CD, E. 2008/13023, K. 2011/908, 17.01.2011 (Lexpera); Yar. 7. CD, E. 2007/16776, K. 2009/13083, 10.11.2009 (Lexpera).

³⁵ Suçun kasten işlenebileceği ve failin ürettiği, sattığı, satışı arz ettiği program veya teknik aracın, koruyucu programları etkisiz kılacak program veya teknik araç olduğunu bilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık failin belirli bir esere yönelik kastının olmasının aranacağı ileri sürülmektedir. Bkz. DEĞİRMENCİ, s. 115.

kullanabilmektedir³⁶. Demek ki, hak sahibinin Türkiye’de bilfiil faaliyet göstermiyor olması ve bu sebeple herhangi bir meslek birliğine üye olmaması durumunda şikayet hakkının kullanılması söz konusu olmayabilecektir.

B. FSEK m. 72 Kapsamında Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması

FSEK m. 72, belirtilmiş olduğu üzere fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi, mali ve bağlantılı hakları korumak nihai amacıyla bu eserler üzerindeki koruyucu teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araçlara ilişkin çeşitli hareketleri ceza sorumluluğu kapsamına almaktadır. Bu bakımdan, FSEK m. 72, başlığının aksine “teknolojik önlemleri etkisiz kılma” hareketini kapsamamaktadır. Maddede yer alan suç düzenlemesi, teknolojik önlemleri etkisiz kılmak için kullanılacak ürün veya araçları imal veya ithal etmek, dağıtmak, satmak, kiraya vermek, ticari amaçla elde bulundurmak, ürün veya araçların reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunmayı içermektedir. Dolayısıyla, maddenin lafzından çıkan şekli nitelik bir kenara bırakıldığında, suç tipiyle yaptırıma bağlanan hareketlerin maddi olarak hazırlık hareketleri olduğu açık bir şekilde görülebilmektedir³⁷. FSEK m. 72, teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik hazırlığı cezalandırmaktadır³⁸. Zira suç kapsamında yer alan hareketlerin yapılmasıyla teknolojik önlemler etkisiz kılınamayacaktır, bunun için suçun konusunu oluşturan ürün ve araçların teknolojik önlemler üzerinde kullanılması da gerekecektir. Bu durumda FSEK m. 72 kapsamındaki hareketlerin gerçekleştirilmesi ile suçla korunan hukuksal değer ihlal edilemeyeceğini de belirtmek gerekir. İhlal ancak teknolojik önlemin fiilen etkisiz hale getirilmesi ile söz konusu olacaktır.

Esasında, FSEK m. 72’nin hazırladığı teknolojik önlemleri etkisiz kılma hareketinin dahi bir çeşit hazırlık hareketi olduğu iddia edilebilir. Her ne kadar teknolojik önlemlerin etkisiz kılınmasıyla suçla doğrudan korunan hukuksal değer ihlal edilecekse de bu değer FSEK m. 72’nin nihai koruma amacı yolunda bir ara hedef olduğunu hatırlamak gerekir. Maddenin lafzında da açıkça görülebildiği üzere kullanılan teknolojik önlemin varlık amacı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer alan hakların korunması olmalıdır. Dolayısıyla, suçun nihai koruma amacı teknolojik önlemin koruduğu esere ilişkin haklardır. Bu hakların ihlali ise ancak FSEK m. 71’de yer alan manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarının işlenmesiyle mümkündür. Bu durumda, FSEK m. 72 bir hedef suça (FSEK m. 71) hazırlığın (teknolojik önlemlerin fiilen etkisiz kılınması) hazırlığı (FSEK m. 72) niteliğindedir. Bu durum FSEK m. 72’nin 2021 yılında yeniden düzenlenmesinden önceki başlığının “Koruyucu Programları Etkisi Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri” şeklinde olmasından da anlaşılabilir. Hatta, suçun mevcut başlığı suçun kapsamıyla herhangi bir biçimde uyumsuzdur, çünkü

³⁶ FSEK m. 75/2 uyarınca sözü edilen merciler hak sahiplerini bilgilendireceklerdir: “Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler.”

³⁷ Maddi hazırlık hareketi kavramıyla ilgili hareketin suç tanımı içerisindeki şekli kategorizasyonundan bağımsız olarak, hukuksal değer ihlaliyle ilişkisine dayalı anlamı ifade edilmektedir. Bu ayrıma dair detaylı değerlendirmeler için bkz. ÖZGÜÇ, Levent Emre, **Türk Ceza Hukukunda Hazırlık Hareketlerinin Belirlenmesi ve Cezalandırılabilirliği**, Doktora Tezi, Koç Üniversitesi, 2024, s. 89 vd.

³⁸ Aynı görüşte bkz. BOZBEL, Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 266; YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 584.

FSEK m. 72 teknolojik önlemleri etkisiz kılmayı kapsamamaktadır. Suçun kapsamının salt önlemleri etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerinden oluşması ise kanun koyucu tarafından yaratılan ceza sorumluluğunun meşruiyeti bakımından ciddi bir tartışmayı beraberinde getirmektedir.

Hazırlık hareketleri, suç yolunda (*iter criminis*) suçun işlenmesine dair psikolojik tasavvuru ifade eden düşünce aşamasının ardından gelen hazırlık aşamasının içerisinde yer almaktadır³⁹. Suçun hazırlık aşamasında fail gelecekte kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından işlenmesini hedeflediği bir suçun işlenmesini mümkün kılmak veya kolaylaştırmak amacıyla çeşitli hareketlerde bulunur⁴⁰. Bu hareketler her ne kadar suçun işlenmesine katkı sağlasa da kendileri suçla korunan hukuksal değeri ihlal etmezler veya ihlal edecek hareketlerle doğrudan bağlantı içerisinde değildir ve bu hareketleri gerçekleştiren kişi hedeflediği suçu icra etmemektedir⁴¹. Dolayısıyla suça hazırlıkta bulunmak, ceza hukuku anlamında bir suça teşebbüs etmek anlamına gelmez.

Hazırlık aşamasının kural olarak ceza sorumluluğu kapsamında olmadığı ancak kanun koyucunun kimi durumlarda suça hazırlığı özel olarak cezalandırabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁴². Ancak kanımca kanun koyucunun suç ihdas etme ve ceza sorumluluğunun sınırlarını belirleme konusunda geniş bir takdir alanına sahip olması, her hazırlık hareketinin ceza sorumluluğu kapsamına alınabileceği ve bu şekilde yaratılan hazırlık dolayısıyla cezalandırılabilirlik formlarının ceza hukukunun temel nitelikleriyle ve ilkeleriyle bağdaşacağı sonucunu doğurmamaktadır. Ceza sorumluluğu kapsamına alınan her hareketin cezaya layık olması ve her ceza hukuku müdahalesinin bir ceza ihtiyacına karşılık gelmesi gerekir⁴³. Bu kapsamda, ceza sorumluluğunu ortaya koyan düzenleme haksızlık niteliği taşıyan bir fiili kapsamlı ve ölçülü bir müdahale olmalıdır. Fiilin haksızlık seviyesine ulaşması için ise salt şeklen hukuka aykırı olması yeterli değildir, hareketin bir hukuksal değer ihlaline yönelmesi ve bu hukuksal değere yönelik bir zarar veya tehlike neticesini doğurması zorunludur⁴⁴. Bu

³⁹ GROPP, Walter/ SINN, Arndt, “§ 9 Versuch und Rücktritt – strafbare Vorbereitungshandlungen – tätige Reue”, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Heidelberg, Springer, 2020, par. 12; TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 13.

⁴⁰ Yargıtay’a göre; “Hazırlık hareketleri, suçun icrasını hazırlayıcı hareketler olup, failin suç işleme amacına yönelik gerçekleştirdiği hareketlerdir. Suçun tipik hareketleri, icra hareketleri ile gerçekleştirildiğinden, hazırlık hareketleri tipik hareket kapsamında değerlendirilmeyip sadece suçun icrasının kolaylaştırıcı nitelik taşımaktadır”. Yar. 19. CD, E. 2021/3664, K. 2021/16435, 29.6.2021 (Lexpera).

⁴¹ ÖZGÜÇ, s. 93; HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019, par. 704.

⁴² VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Verlag C.H. Beck, Münih, 2010, par. 8; MURMANN, Uwe, “Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, ed. Gabriele Cirener vd., 13. Baskı, De Gruyter, 2020, par. 7; MEINECKE, Donata, **Die Gesetzgebungssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB**, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2001, s. 151; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 460; AKBULUT, s. 811; AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C. 55, S. 1, ss. 85-113, s. 92; HAFT, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2004, s. 227.

⁴³ ÖZGÜÇ, s. 122; ALTPETER, Frank, **Strafwürdigkeit und Straftatsystem**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990, s. 1. Aynı yönde DÜZENLİ, Hilal: “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 5, S. 1, ss. 1191-1229, s. 1204; ÖZKAN, Halid **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 124.

⁴⁴ ROXIN, Claus, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Y. 2006, C. 116, S. 4, s. 944; PUSCHKE, Jens,

kapsamda tehlike ise ancak doğrudan bir tehlike olarak kabul edilebilecektir, yani gerçekleştirilen hareket veya bu hareketin hukuken ayrılmaz parçası olan hareket kendisi, başka herhangi bir ek fiile ihtiyaç olmaksızın hukuksal değerın zarar görmesi ihtimalini doğurabilecek potansiyelini içerisinde barındırmalıdır⁴⁵. Bu koşulu sağlamayan hareketlerin ceza hukuku yaptırımına tabi tutulmaları kanımca gayrimeşru bir ceza hukuku müdahalesi olacaktır. Dolayısıyla, yalnızca gelecekte bir suçun işlenebilmesi olasılığını artıracak hazırlık hareketleri, kendiliklerinden bir hukuksal değeri tanımları gereği ihlal edemeyecekleri için, ceza sorumluluğu kapsamına alınmamalıdır.

Belirtilmiş olduğu üzere, FSEK m. 72 yalnızca gelecekte bir fikir ve sanat eserinin üzerindeki koruyucu teknolojik önlemin etkisiz kılınmasını kolaylaştıran veya mümkün kılan hareketleri içermektedir. Ancak maddede yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesinin ardından teknolojik önlemlerin etkisiz kılınması ve bunun da ardından fikir ve sanat eserine hukuka aykırı biçimde erişilmesi veya eserin çoğaltılması gibi hareketlerle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan hakların ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple, kendileri herhangi bir ihlal sonucu doğurmayan FSEK m. 72 kapsamındaki hareketlerin gelecekte bu suçun faili veya bir üçüncü kişi tarafından nihai koruma altına alınan hakların ihlal edilebileceği varsayımıyla cezalandırılmaları doğru değildir.

İfade etmek gerekir ki; doktrinde FSEK m. 72’de yer alan suçun bir soyut tehlike suçu olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶. Kanımca, salt bir hazırlık hareketinin cezalandırıldığı bir suçun soyut olsa dahi tehlikelilik niteliğini taşıması söz konusu olmayacaktır⁴⁷. Zira, soyut tehlike suçunun var olabilmesi için suç kapsamındaki hareketin korunan hukuksal değere yönelik bir tehlike yaratabilme vasfını içinde barındırması, istatistiki olarak bu tehlikeyi doğurabilecek hareketler sınıfının bir parçası olması gerekir⁴⁸. Hazırlık hareketleri ise tanımları itibariyle böyle bir tehlikelilik niteliğini haiz değildirler, dolayısıyla hazırlık suçları soyut tehlike suçlarının bir parçası değildir ve FSEK m. 72’nin de soyut tehlike suçu olarak adlandırılması doğru olmayacaktır.

Bu noktada belki FSEK m. 72’ye ilişkin kanun gerekçelerinde kimi uluslararası düzenlemelere atıf yapıldığı ve Türkiye’nin de tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler dolayısıyla böyle bir suçun mevcut olmasının gerekli olduğu öne sürülebilecektir. Ancak bu çalışmada da belirtilen uluslararası düzenlemeler, fikir ve sanat eserleri üzerindeki teknolojik önlemlerin etkisiz kılınmasının veya buna yönelik ürün veya araçlar üzerindeki kimi hareketlerin engellenmesine ilişkin yükümlülükler öngörseler de bu engelin ceza hukuku

“Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte”, **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, ed. Roland Hefendehl, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010, s. 27.

⁴⁵ Dolaylı tehlike kavramına ilişkin bkz. ANTOLISEI, Francesco, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, s. 235–236; DARAGENLİ, Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1998, s. 56-57.

⁴⁶ BAŞTÜRK, **Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınanı**, s. 294; SELCEN TURAN, s. 281. Ayrıca farklı bir değerlendirme için bkz. DEĞİRMENCİ, s. 115. Yazar FSEK m. 72’nin bir somut tehlike suçu içerdiği kanaatinde.

⁴⁷ Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı haller ve soyut tehlike suçları arasındaki ayırım için bkz. ÖZGÜÇ, s. 94-96.

⁴⁸ MITSCH, Wolfgang, “Vorbereitung und Strafrecht”, **JURA – Juristische Ausbildung**, Y. 2013, C. 35, S. 7, ss. 696–704, s. 697; CHOU, Yang-Yi, **Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011, s. 69.

müdahalesi aracılığıyla gerçekleştirilmesi mecburiyeti yoktur. Türkiye'nin tarafı olduğu WIPO Telif Hakları Anlaşması m. 11 de İcralar ve Fonogramlar Anlaşması m. 18 de teknolojik önlemlere ilişkin fiillerin önlenmesi için "makul hukuki koruma" (*adequate legal protection*) sağlanmasından söz etmektedir⁴⁹. Avrupa Birliği düzenlemelerinde de aynı husus geçerlidir, üye devletler teknolojik önlemleri etkisiz kılacak ürün ve araçlara yönelik yasağın ihlali karşılığında özel hukuk veya ceza hukuku müdahalesi araçlarını seçmek konusunda özgürdürler⁵⁰. Kaldı ki; Türkiye bir AB üye devleti olmadığına göre, AB hukukunun Türkiye için herhangi bir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır.

Çeşitli devletlerde teknolojik önlemlerin etkisiz kılınmasına yarayacak ürün ve araçlara dair hareketlerin farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. Birçok hukuk sisteminin bu hareketlere karşı para cezası veya hapis cezası yaptırımını öngördüğünü belirtmek gerekir. Ancak bu durum, yalnızca kasıtlı ve ticari fayda veya gelir elde etme amacıyla gerçekleştirilen

⁴⁹ Taraf Devletlerin uygulanacak yaptırımını seçmekte takdir hakkına sahip olduğu yönünde BAYAMLIOĞLU, s. 169.

⁵⁰ GUIBAULT, Lucie/ WESTKAMP, Guido/ RIEBEMOHN, Thomas/ HUGENHOLTZ, Bernt/ VAN EECHOU, Mireille/ HELBERGER, Natali/ STEJGER, Lennert/ ROSSINI, Mara/ DUFFT, Nicole/ BOHN, Philipp, **Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society**, Institute for Informational Law, Amsterdam, 2007, s. 81.

hareketler bakımından geçerlidir. Bu durum ABD⁵¹, Japonya⁵², Kanada⁵³, İsviçre⁵⁴, Almanya⁵⁵ hukuklarında söz konusudur. Buna karşılık, ticari amaçla gerçekleştirilmeyen hareketlerin suç olarak düzenlenmemesi ve yalnızca kabahat olarak idari yaptırıma tabi tutulması uygulamasıyla da karşılaşılmaktadır⁵⁶. Türk hukukunda ise böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Failin ticari amaca sahip olup olmaması yalnızca elde bulundurma fiili açısından önem taşımakta, bunun dışında FSEK m. 72 kapsamında giren fiillerde failin saik veya amacının suçun oluşmasına etkisi olmamaktadır. Dolayısıyla, failin herhangi bir gelir amacı gütmeksizin teknolojik önlemleri etkisiz kılacak bir ürün veya aracı imal etmesi veya bir üçüncü kişiye vermesi hareketleri ile ticari amaçla bu tür ürün veya araçların satışa sunulması hareketi aynı suç oluşturur⁵⁷. Hangi fiilin suç olarak düzenleneceği ve hangi fiilin idari bir ihlal niteliğinde

⁵¹ 17 U.S. Code § 1204(a): “Bölüm 1201 veya 1202’yi kasten ve ticari avantaj veya özel mali kazanç amacıyla ihlal eden herhangi bir kişi - (1) ilk suç için 500.000 \$’dan fazla olmamak üzere para cezasına veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına veya her ikisine birden çarptırılır; ve (2) sonraki herhangi bir suç için 1.000.000 \$’dan fazla olmamak üzere para cezasına veya 10 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına veya her ikisine birden çarptırılır.” Orijinal metin için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2022-title17/html/USCODE-2022-title17-chap12-sec1204.htm> (Son erişim tarihi 20.06.2024.)

⁵² Japonya Telif Hakkı Kanunu m. 120-2: “Aşağıdaki maddelerden birinin kapsamına giren bir kişi üç yıla kadar hapis cezasına, üç milyon yene kadar para cezasına veya her ikisine birden çarptırılabilir: (i) teknolojik koruma önlemlerini veya teknolojik kullanım kısıtlama önlemlerini aşan bir işleve sahip bir cihazı (böyle bir cihaz için kolayca monte edilebilen bir parça seti dahil) veya teknolojik koruma önlemlerini veya teknolojik kullanım kısıtlama önlemlerini aşan bir işleve sahip bir bilgisayar programının kopyalarını kamuya aktaran veya kiralayan; böyle bir cihazı veya böyle bir bilgisayar programının kopyalarını kamuya aktarmak veya kiralamak amacıyla üreten, ithal eden veya bulunduran; veya böyle bir cihazı veya böyle bir bilgisayar programının kopyalarını kamunun kullanımına sunan kişi; veya söz konusu bilgisayar programını kamuya ileten veya iletme hazır hale getiren bir kişi (cihazın veya programın bu tür atlatma işlevleri dışında işlevleri varsa, bu durum cihazın veya programın teknolojik koruma önlemlerinin atlatılması yoluyla bir telif hakkının vb. ihlalini mümkün kılmak veya teknolojik kullanım kısıtlama önlemlerinin atlatılması yoluyla 113. Maddenin (3). fıkrası hükümlerinde öngörülen bir telif hakkının, basım haklarının veya komşu hakların ihlalini teşkil ettiği kabul edilen eylemleri mümkün kılmak için kullanılmasıyla sınırlıdır)” Maddenin İngilizce versiyonu için bkz. <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl8.html> (Son erişim tarihi 20.06.2024.)

⁵³ Kanada Telif Hakkı Kanunu m. 42/3.1: “Bir kütüphane, arşiv veya müze ya da bir eğitim kurumu adına hareket eden bir kişi hariç olmak üzere, 41.1 maddesini bilerek ve ticari amaçlarla ihlal eden her kişi suç işlemiş olur ve (a) iddianame üzerine mahkumiyet halinde 1.000.000 doları aşmayan bir para cezasına veya beş yılı aşmayan bir süre için hapis cezasına veya her ikisine birden veya (b) seri mahkumiyet halinde 25.000 doları aşmayan bir para cezasına veya altı ayı aşmayan bir süre için hapis cezasına veya her ikisine birden çarptırılabilir.” Orijinal metin için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/page-14.html#h-104349> (Son erişim tarihi 20.06.2024.)

⁵⁴ İsviçre Federal Telif Hakkı Kanunu m. 69a: “Koruması ihlal edilen kişinin şikayeti üzerine, aşağıdaki eylemlerden herhangi birini kasten ve yasa dışı olarak gerçekleştiren herhangi bir kişi para cezasına çarptırılır: (...) b. aşağıdaki özelliklere sahip cihazları, ürünleri veya bileşenleri üreten, ithal eden, teklif eden, devreden veya başka bir şekilde dağıtan, kiralayan, kullanım için veren veya reklamını yapan veya ticari amaçlarla bulunduran veya hizmet sağlayan 1. Etkin teknolojik önlemleri aşmak amacıyla satış promosyonu, reklam veya pazarlamaya konu olan, 2. Etkin teknolojik önlemlerin aşılması dışında ticari açıdan yalnızca sınırlı bir amacı veya kullanımı olan veya 3. Esas olarak etkin teknolojik önlemlerin aşılmasını sağlamak veya kolaylaştırmak amacıyla tasarlanan, üretilen, uyarlanan veya gerçekleştirilen; (...) 2 1. paragrafta belirtilen herhangi bir fiili ticari kazanç amacıyla işleyen herhangi bir kişi resen kovuşturulur. Ceza, bir yılı aşmayan hapis cezası veya para cezasıdır. (...)” Orijinal metin için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/1798_1798_1798/de (Son erişim tarihi 20.06.2024.)

⁵⁵ Alman Telif Hakkı Kanunu m. 108b/2: “Bölüm 95a (3)’e aykırı olarak ticari amaçlarla bir cihaz, ürün veya bileşen üreten, ithal eden, dağıtan, satan veya kiralayan herhangi bir kişi de cezalandırılacaktır.” Orijinal metin için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/___108b.html (Son erişim tarihi 20.06.2024.)

⁵⁶ Alman hukukunda ticari amaçla gerçekleştirilmeyen fiiller Telif Hakkı Kanunu m. 111a ile karşılığında idari para cezası öngörülen kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “UrhG § 108b”, **Beck’scher Online-Kommentar Urheberrecht**, Ed. Horst-Peter GÖTTING/ Anne LAUBER-RÖNSBERG/ Nils RAUER, 42. Baskı, Münih, C.H. Beck, 2024, par. 1.

⁵⁷ Buna karşılık, FSEK m. 72 kapsamındaki hareketlerin kişisel kullanım amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda FSEK m. 38 uyarınca hukuka uygun olacağına doktrinde öne sürüldüğüne dikkat edilmelidir. FSEK m. 38

olacağına dair düzenlemeyi yapmak her ne kadar kanun koyucunun takdir alanı kapsamında da kanun koyucunun da ceza hukukunun devletin elindeki müdahale araçları arasında en ağırı olduğunu göz önünde bulundurarak ve yalnızca bir hukuksal değeri ihlal eden haksızlıkları, gerekli olduğu ölçüde ve son bir çare olarak ceza hukuku müdahalesiyle yanıtlaması doğru olacaktır⁵⁸.

Sonuç olarak, FSEK m. 72’de yer alan suç tipi kapsamındaki hareketler, bir hukuksal değer ihlalinin hazırlığı aşamasında kaldıkları için ceza sorumluluğu kapsamına alınmaları hem her suçun bir haksızlık oluşturması gerekliliğine hem de ceza hukukunun hukuk düzeninde son çare olarak kullanılması ilkesine uyumlu görünmemektedir. Buna karşılık, kanun koyucunun bu hareketleri hedeflenen hukuksal değer ihlalden tümüyle bağımsız bir suç haline getirmiş olduğu da dikkate alınmalıdır⁵⁹. Bu düzenleme yöntemi, özellikle suçların içtima bakımından önemli sonuçlar arz etmektedir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda bir eserin kullanımının kontrolünü sağlayan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürünün bulundurulması ve bu ürünün kullanılmasının ardından bu eserin hak sahibinin yazılı izni olmaksızın umuma iletilmesi (FSEK m. 71/1(1)) birbirinden tümüyle ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, bir failin örneğin bir filmi yasal bir biçimde satın aldıktan sonra üzerindeki erişim kontrolüne ilişkin koruma yazılımını etkisiz hale getirecek bir aracı kullanmak suretiyle filmi yasadışı yayıma uygun hale getirmesi ve ardından bir internet platformunda hukuka aykırı biçimde umuma açması halinde hem FSEK m. 72 hem de FSEK m. 71/1(1) oluşmuş olacaktır. Koruma yazılımını etkisiz hale getiren aracın bulundurulması ve filmin umuma açılması hukuken tek hareket olarak kabul edilemeyeceğine göre burada fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına imkan yoktur. Bu durumda iki ihtimal bulunmaktadır, ya FSEK m. 72 ile FSEK m. 71 arasında bir görünüşte içtima ilişkisi kurulacaktır ya da bu iki suçtan da cezalandırma gerçek içtima biçiminde yapılacaktır. Bu halde doktrinde her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verileceği görüşü ileri sürülmektedir⁶⁰. Kanımca, olağan koşullarda cezalandırılmaları Türk ceza hukukunda meşru kabul edilemeyecekse de hukukumuzda mevcut olan hazırlık suçlarının cezalandırılmasında hedeflenen suçla aralarında bir görünüşte içtima ilişkisi kurulması gerekir. Zira bu tür hazırlık suçları, hedef suçla korunan hukuksal değeri daha erken aşamada korumak ve bu şekilde gerçekleşebilecek zararı henüz bir ihtimali dahi ortaya çıkmadan önlemek amacıyla düzenlenmektedirler. Korudukları hukuksal değer, hedef suçla korunan hukuksal değer ile aynıdır⁶¹. Bu sebeple, hedef suçun da işlenmesi halinde ayrıca suç yolunun ön

uyarınca fikir ve sanat eserlerinin şahsen kullanımla sınırlı olarak çoğaltılması mümkündür. Kanımca haklı olarak, birçok yazar bir eserin şahsen kullanım amacıyla çoğaltılması hukuka uygun ise, bu amaçla sınırlı olarak çoğaltımı engelleyen önlemin etkisiz kılınmasının da etkisiz kılmayı sağlayacak aracın üretilmesi veya elde edilmesinin de hukuka uygun olacağını belirtmektedirler. Fakat bu durum bu tür ürün veya araçların bir başkasına verilmesi, dağıtılması, ticari amaç olmaksızın uygulama hizmetinin sunulması gibi hareketleri kapsamayacaktır. Bkz. OĞURLU, Cüneyt Şamil, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, 2019, s. 103; BAŞLAR, s. 250; DEĞİRMENCİ, s. 115. Kişisel kullanım kavramına ilişkin bkz. ÖZDERYOL, Teknail, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, par. 1309; TÜRAY, s. 406-418.

⁵⁸ JAHN, Matthias/ BRODOWSKI, Dominik, “Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Y. 2017, C. 129, S. 2, ss. 363-381, s. 366

⁵⁹ Hazırlık hareketlerinin hedef suça bağımlı veya hedef suçtan bağımsız cezalandırılmaları hakkınca bkz. ÖZGÜÇ, s. 112-116.

⁶⁰ SELCEN TURAN, s. 285; BAŞTÜRK, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma**, s. 95.

⁶¹ Aynı görüşte YETKİN, s. 505.

aşamasında gerçekleşen hazırlık suçundan dolayı cezalandırma yapmak bir ihlalin iki kez cezalandırılması anlamına gelecektir⁶². Buna karşılık, FSEK m. 72 ve m. 71 arasında böyle bir ilişkinin kurulması pek mümkün gözükmemektedir, zira FSEK m. 72, m. 71'den farklı olarak ayrıca eser, fonogram, icra ve yayın üzerindeki etkili teknolojik önlemler üzerindeki hakları koruma altına almaktadır. Korunan hukuksal değerler örtüşse de bütünüyle denk değildir. Dolayısıyla, genel olarak korunan hukuksal değer aynı olduğu hazırlık suçlarında kanun koyucu tarafından hedef suçla bağımlılık bağlantısı nasıl kurulursa kurulsun bir görünüşte içtima ilişkisi olduğunu düşünsem de FSEK m. 72 ile m. 71 bakımından doktrinde kabul edildiği gibi gerçek içtima uyarınca cezalandırmanın haklı olduğu kanaatindeyim.

C. FSEK m. 72 Karşılığında Öngörülen Yaptırım ve Yargılamada Uygulanacak Elkoyma Tedbiri

Teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçu (FSEK m. 72), belirtilmiş olduğu üzere fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz kapsamında eserlerin hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlenmesi, temsil edilmesi, çoğaltılması, değiştirilmesi, dağıtılması, umuma iletilmesi, yayımlanması, hukuka aykırı olarak işlenene veya çoğaltılan eserlerin satışa arz edilmesi, satılması, kiralanması, ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayılması, ticari amaçla satın alınması, ithal veya ihraç edilmesi, kişisel kullanım amacı dışında elde bulundurulması ya da depolanması fiillerinin (FSEK m. 71/1(1)) hazırlığı niteliğindedir. FSEK m. 71'in birinci fıkrasının birinci bendi karşılığında öngörülen yaptırım bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. FSEK m. 72'de yer alan suç bakımından ise yaptırım altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Görüldüğü üzere, salt öngörülen hapis cezalarının miktarları üzerinden bir karşılaştırma yapılacak olursa, FSEK m. 72'nin yaptırımını daha hafif görünmektedir. Buna karşılık FSEK m. 71/1(1)'in cezası seçimliktir, hakim adli para cezasına hükmetme yönünde takdir yetkisini kullanması mümkündür. FSEK m. 72 bakımından ise bu ancak TCK m. 50 uyarınca kısa süreli bir hapis cezasına hükmedilmesi ve bu cezanın adli para cezası veya seçenek tedbire çevrilmesi şeklinde mümkün olabilecektir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması bakımından meşruiyet tartışması bir kenara bırakılsa dahi, bir suçun hazırlığının bu suçun kendisine göre daha hafif bir yaptırıma tabi tutulması gerektiği doktrinde öne sürülmüştür⁶³. Zira, bir hukuksal değer ihlalinin hazırlığının toplum düzenine yönelik olumsuz etkisinin bu hukuksal değer ihlaline oranla daha düşük olacağı aşikardır. Ceza hukuku müdahalelerinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkilerinin fiilin yarattığı ihlalin ağırlığıyla orantılı olması Anayasa m. 13'ün gereğidir. Aynı şekilde TCK m. 3 de hükmedilecek ceza veya güvenlik tedbirinin işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu durumda, kanımca FSEK m. 72'nin yaptırımının da manevi,

⁶² Jescheck ve Weigend bağımsız hazırlık suçları ile hedef suçlar arasında talilik ilişkisi olduğu kanaatinindedir. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Baskı, Duncker&Humblot, Berlin, 1996, s. 735. Aynı görüşte bkz. YETKİN, s. 505.

⁶³ YETKİN, s. 171; MOELLER, Uriel, **Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit**, Osnabrück, Universitätsverlag Osnabrück, 2018, s. 162. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği de bu konuda düzenlenen 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde bu yönde bir tavsiye kararı almıştır. Karar metni için bkz. "L'elargissement des formes de préparation et de participation", **Revue Internationale de Droit Penal**, Y. 2009, C. 80, S. 3, s. 537-540.

mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçundan daha hafif olacak biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

Bunun yanında, FSEK m. 71/3 uyarınca “Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde” ceza indirimi yapılabilmekte veya cezadan vazgeçilebilmektedir. Bu etkin pişmanlık düzenlemesine eşdeğer bir imkan FSEK m. 72 açısından öngörülmemiştir. Yani fail hukuka aykırı olarak çoğaltılmış bir eseri elde etmiş ve bunu satarken yakalanmış ise, eseri kendisine veren kişinin kimliğini ortaya çıkararak cezadan kaçınabilecektir⁶⁴. Buna karşılık, bu kişi hukuka aykırı olarak çoğaltılmış bir eserin değil, bu eser üzerindeki teknolojik önlemi etkisiz kılmaya yarayan ve çoğaltımda kullanılacak ürünü bir başkasından elde etmiş ve satarken yakalanmış ise böyle bir etkin pişmanlıktan yararlanamamaktadır. Örnek vermek gerekirse, genellikle bilinen ismiyle “korsan” bilgisayar programını satarken yakalanmış esnaf (E), bu programı kendisine sağlayan tedarikçi (T)’yi ihbar ederek cezadan kurtulabilecek; ancak bu esnaf (E) programı “korsan” program haline getirmeye yarayacak lisans kırıcı “crack” yazılımını satarken veya başkasına verirken yakalanırsa bu yazılımı kimden aldığını açıklamasının ancak alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesinde bir etkisi olacaktır. Bu durum kanımca hazırlık suçu ile hedef suç arasındaki dengesizliği gözler önüne sermektedir.

Son olarak, FSEK m. 75/3 uyarınca teknolojik önlemleri etkisiz kılma suçuna ilişkin yapılan bir soruşturmada Cumhuriyet savcısının “suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri” yapacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme, 2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önce kendine has bir tedbir öngörmekteydi. Buna göre Cumhuriyet savcısı yetkili mahkemeden teknik araçların mühürlenmesini, satışını ve usulsüz çoğaltımının gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını talep edebilmekteydi. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ise bu mühürleme tedbirine ilişkin imkanı ortadan kaldırmış, bunun yerine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca gerçekleştirilecek bir elkoyma tedbiri imkanı öngörmüştür⁶⁵. Öncelikle, bu tür bir özel düzenlemenin gerekli olmadığını belirtmek gerekir, zira gerçekleştirilecek soruşturmada gerek görüldüğü takdirde zaten 5271 sayılı CMK uyarınca elkoyma tedbirine, bu imkan FSEK m. 75’te özel olarak öngörülme dahi, başvurulabilecektir. Buna karşılık denilebilir ki; FSEK m. 75’in lafzı uyarınca savcının elkoyma tedbirine ilişkin talepte bulunma yönünde bir takdir yetkisi yoktur ve bu tedbire ilişkin talep kanun hükmü gereği mahkemeye sunulmalıdır. Bu durumda ise, elkoyma tedbirinin özellikle FSEK m. 72’de yer alan suç bakımından işlevselliğinin sorgulanması gerekmektedir. Özellikle teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yarayacak ürün veya aracın birçok halde bir bilgisayar yazılımı olacağı göz önünde bulundurulduğunda, elkoyma tedbirinin CMK m. 134 uyarınca

⁶⁴ Uygulamada etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesinin yanında, kovuşturma evresi başlamadan önce yakalanmasının arandığı, bu sebeple bu hükmün uygulanamaz hale getirildiği belirtilmektedir. Bkz. BAŞTÜRK, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma**, s. 68. Ayrıca bkz. TÜRAY, s. 640 vd. Yazar kovuşturma aşamasında da indirim oranı farklı olsa dahi bir etkin pişmanlık imkanının tanınmasını önermektedir.

⁶⁵ DİKMEN, s. 146.

“Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” koruma tedbirine dair kurallar ve usul uyarınca gerçekleştirileceği belirtilmelidir. CMK m. 134 uyarınca elkoyma işleminin kural olarak kütüklerde kopyalama suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmekte, eğer kopyalama CMK m. 134/2 uyarınca mümkün değil veya uzun sürecek ise delillere elkonulabilmektedir⁶⁶. Bu durumda dahi, CMK m. 134/3 tüm verilerin yedeklenmesini ve m. 134/4 verilerin yedeğinin şüpheli veya vekiline teslim edilmesini mecbur kılmaktadır⁶⁷. Bu zorunluluk, FSEK m. 75/3’te öngörülen elkoymanın amacını tümüyle etkisiz hale getirmektedir. Zira eğer amaç teknolojik önlemleri etkisiz kılacak yazılımın şüpheli veya sanıktan uzaklaştırılması ise, CMK m. 134/4 sebebiyle bu amaç gerçekleşmeyecektir. Çünkü yazılıma elkonulurken yazılımın bir kopyası da şüpheli veya sanığa geri verilecektir. Bu da elkoyma tedbirinin FSEK m. 72 bakımından tümüyle elverişsiz bir uygulama haline gelmesine yol açmaktadır. Bu sonucun FSEK m. 75’te 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gözden kaçan bir yan etkisi olduğu ileri sürülebilir.

Bilgisayar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma halinde suç teşkil eden verilere erişilmesi halinde bunun şüpheli veya sanığa teslim edilmemesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bu konuda sorunlar yaşanmasına neden olmaktadır⁶⁸. Bu durum diğer birçok suçun yanında FSEK m. 72 açısından da önem arz etmektedir. Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi m. 19/3(d) uyarınca taraf Devletlerin ilgili mercilere bilgisayarlarda suç konusu oluşturan verilerin erişilmez kılınması veya ortadan kaldırılması bakımından yetki tanınması için gerekli hukuki düzenlemeleri yapması gerekmektedir. Bu konuda, doktrinde de belirtildiği üzere hukukumuzda tanınan tek imkan eşya müsadereci imkanıdır⁶⁹; ancak yargılamanın devam etmesi aşamasında CMK m. 134/4 uyarınca verilerin şüpheliye teslim edilip edilmeyeceğine dair bir düzenleme olmaması sebebiyle yargılamanın tamamlanması ve müsadere kararının verilmesi anına dek bu verilerin şüphelide bulunması sonucu doğmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için konusu suç teşkil eden veriler bakımından CMK m. 134/4’te bir istisna tanınması uygun olacaktır⁷⁰.

⁶⁶ Dikmen de FSEK m. 75 uyarınca yapılacak elkoymada CMK m. 134’te yapılan atıf sebebiyle doğrudan bilgisayar kasasına elkonulamayacağını belirtmektedir. Bkz. DİKMEN, s. 147. Uygulamada genellikle kopyalama yerine elkoyma işlemine başvurulduğuna dair bkz. DÜLGER, Murat Volkan/ TAŞKIN, Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 474-475.

⁶⁷ ŞAHİN, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK M. 134)”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 2, s. 277. Ayrıca bkz. ÖZEN, Muharrem/ ÖZOCAK, Gürkan, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2015, S. 1, s. 63: “Hükme göre, inceleme kopya üzerine yapılmaktadır. El konulan bilgisayarın (veya daha doğru bir ifadeyle harddisk in) kopyası alınıp, orijinali derhal sahibine iade edilmelidir.”

⁶⁸ Aynı görüşte YÜKSEL, Çağatay, **Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 127.

⁶⁹ YÜKSEL, s. 127.

⁷⁰ ATEŞ BENEK, Neslihan, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Y. 2022, C. 10, S. 2, s. 396; ÖZEN/ÖZOCAK, s. 70. Bu konuda Dülger’in önerisi hem delilin doğruluğunun tespiti hem de suç işlenmesinin devamının engellenmesi bakımından son derece faydalı olabilecektir. Yazar konusu suç teşkil eden verinin varlığı halinde yedeğin şüpheli veya sanığa değil, müdafisine verilmesine olanak sağlanmasını teklif etmektedir. Bkz. DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 586. Aynı şekilde bkz. DÜLGER/TAŞKIN, s. 476.

Sonuç

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesinde yer alan "Teknolojik önlemleri etkisiz kılma" suçu, 1995 yılında yürürlüğe girmesinin ardından iki kez tekrar düzenlenmiş, mevcut halini 2021 yılında almıştır. Bu değişiklikler aracılığıyla suçun kapsamının giderek genişletildiği görülmektedir. Buna karşılık, hem Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili diğer hükümlerinde yapılan değişiklikler hem de mülga m. 73 ile mevcut m. 72'de yapılan düzenlemeler suç tipine dair sorunları bütünüyle gidermeye yetmemiştir.

Düzenleme uluslararası hukukta yer alan ve birçok farklı ülkenin hukukunda da suç olarak düzenlenen, fikir ve sanat eserlerine dair hakların ihlaline yol açabilecek eylemlerin yapılmasını kolaylaştıracak çeşitli hazırlık hareketlerini ceza sorumluluğu kapsamına almaktadır. Bu bakımdan, FSEK m. 72'de yer alan suçun nihai koruma amacının birkaç adım ön aşamasındaki bazı hareketleri cezalandırdığını söylemek mümkündür. Zira fikir ve sanat eseri üzerindeki hakların ihlal edilebilmesi için FSEK m. 72'nin işlenmesinin ardından teknolojik önlemlerin etkisiz kılınması ve onun da ardından ilgili eser, icra, fonogram, yapım veya yayının hukuka aykırı biçimde işlenmesi, çoğaltılması, erişime sunulması gibi hareketlerde bulunulması gerekmektedir. Dolayısıyla, FSEK m. 72'nin suça hazırlığın hazırlığı olduğunu ileri sürmek dahi mümkündür. Bu sebeple, FSEK m. 72'nin bir suç olarak düzenlenmiş olması, her suçun birer haksızlık olmasının gerekliliğiyle ve ceza hukukunun son çare niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Buna karşılık, bu durum madde kapsamındaki hareketlerin engellenmesi için hukuk düzenince uygun tedbirlerin alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Tam aksine, tarafı olduğumuz WIPO Anlaşmaları uyarınca böyle tedbirlerin alınması Türkiye için bir yükümlülük arz etmektedir. Bu noktada, bu tür davranışların idari birer ihlal teşkil etmesi veya özel hukuk sorumluluğu doğurması gibi yöntemlerin izlenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyim.

Suç tipine ilişkin bir diğer sorun, korunan hukuksal değerle ilintili olarak şikayete kimlerin yetkili olacağı meselesidir. Eğer yalnızca suçla korunan hukuksal değer sahibi olan teknolojik önlem üzerinde hak sahibi kişinin şikayet hakkı kabul edilecek olursa, birçok halde yurt dışında faaliyet gösteren ve Türkiye'de temsilciliği veya meslek birliği üyeliği bulunmayabilecek bilişim güvenliği şirketlerinin ürettiği teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik araçların üretilmesi, dağıtılması, satılması gibi fiillerin soruşturulması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, suç herhangi bir esere yönelmeyi içermediği için, bu teknolojik önlemlerin koruduğu tüm eser, icra, fonogram, yapım veya yayın üzerindeki hak sahiplerinin suçtan zarar gören sayılması da hem sayısız kişinin şikayet hakkının tanınması anlamına gelecek, hem de suç tipinin lafzı ve niteliğiyle bağdaşmayacaktır.

Bunun yanında, suç tipinde öngörülen yaptırım, hazırladığı suçla karşılaştırıldığında da orantısız görünmektedir. FSEK m. 72 uyarınca yalnızca hapis cezasına hükmedilebilmekte ve bu ceza ancak kısa süreli hapis cezası olduğu takdirde adli para cezasına veya seçenек tedbire çevrilebilmekteyse de FSEK m. 71 kapsamında hakların bilfiil ihlali halinde hapis cezası veya adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Bunun yanında, FSEK m. 71'deki belirli ihlal biçimleri açısından tanınan etkin pişmanlık imkanı, bu suçların ön aşamasında yer alan ve onlara göre toplum düzenini daha az zedeleyen FSEK m. 72 için öngörülmemiştir. Eğer FSEK m. 72 bu çalışmada önerilenin aksine bir suç olarak tutulacaksa, kanımca yaptırımının

azaltılması, hapis veya adli para cezası olarak seçimlik hale getirilmesi ve FSEK m. 71/3'te yer alana benzer bir etkin pişmanlık imkanının bu suç için de getirilmesi uygun olacaktır.

Son olarak, FSEK m. 71 ve 72 kapsamında işlenen suçlar sebebiyle yapılan yargılamalarda Cumhuriyet savcısının suç konusu eşya için Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca elkoyma işlemi için gerekli işlemleri yapacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, bilgisayar yazılımlarının suç konusu eşya olduğu hallerde amaca ulaşmak için tümüyle elverişsiz hale gelmektedir. Zira CMK m. 134 uyarınca yapılacak elkoymalarda elkonulan verilerin yedeğinin şüpheli veya sanığa teslim edilmesi gerekmektedir. Bu durumda aslında kanun koyucunun elkonulması suretiyle ilgili kişiden uzaklaştırılmasını amaçladığı yazılım doğrudan kolluk kuvvetleri tarafından şüpheli veya sanığa geri teslim edilmektedir. Bu durumun anlamsızlığı ortadadır. Sorunun çözümü için FSEK m. 75'e bu tür verinin yedeklenmesinin ardından güvenilir bir üçüncü mercie teslimine dair bir istisna eklenmesi ve CMK m. 134/4'ün bu hüküm bakımından uygulanmaması gibi bir çözüm düşünülebilir.

Kaynakça

“L'elargissement des formes de préparation et de participation”, **Revue Internationale de Droit Penal**, Y. 2009, C. 80, S. 3, ss. 537-540.

AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

ALTPETER, Frank, **Strafwürdigkeit und Straftatsystem**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990.

ANTOLISEI, Francesco, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.

ARAL, Nihal, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2024.

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

ATEŞ BENEK, Neslihan, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Y. 2022, C. 10, S. 2.

AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, C. 55, S. 1, ss. 85-113.

BAŞLAR, Yusuf, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2012, S. 1, ss. 243-259.

BAŞTÜRK, İhsan, “Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasında Teknoloji Sınırı: Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2022, C. 80, S. 1, ss. 283-300.

BAŞTÜRK, İhsan, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

BAYAMLIOĞLU, İbrahim Emre, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2007.

BOZBEL, Savaş, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

BOZBEL, Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2023.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2022.

CHOU, Yang-Yi, **Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2011.

DARAGENLİ, Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1998.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu (5846 s. Kanun m. 72)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 140, ss. 112-117.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

DİKMEN, Esra, **Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2018.

DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

DÜLGER, Murat Volkan/ TAŞKIN, Şaban Cankat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

DÜZENLİ, Hilal: “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 5, S. 1, ss. 1191–1229.

GROPP, Walter/ SINN, Arndt, “§ 9 Versuch und Rücktritt – strafbare Vorbereitungshandlungen – tätige Reue”, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Heidelberg, Springer, 2020.

GUIBAULT, Lucie/ WESTKAMP, Guido/ RIEBEMOHN, Thomas/ HUGENHOLTZ, Bernt/ VAN EECHOUD, Mireille/ HELBERGER, Natali/ STEJGER, Lennert/ ROSSINI, Mara/ DUFFT, Nicole/ BOHN, Philipp, **Study on the Implementation and Effect in Member States’ Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of**

Copyright and Related Rights in the Information Society, Institute for Informational Law, Amsterdam, 2007.

GÜLLÜ, Çiğdem, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarının Ceza Hukuku Aracılığıyla Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2022.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1999, C. 48, S. 1, ss. 1-14

HAFT, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2004.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2019.

JAHN, Matthias/ BRODOWSKI, Dominik, “Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Y. 2017, C. 129, S. 2, ss. 363-381.

JESCHECK, Hans-Heinrich/ WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Baskı, Duncker&Humblot, Berlin, 1996.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

MEINECKE, Donata, **Die Gesetzgebungssystematik der Versuchsstrafbarkeit von Verbrechen und Vergehen im StGB**, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2001.

MITSCH, Wolfgang, “Vorbereitung und Strafrecht”, **JURA – Juristische Ausbildung**, Y. 2013, C. 35, S. 7, ss. 696–704.

MOELLER, Uriel, **Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit**, Osnabrück, Universitätsverlag Osnabrück, 2018.

MURMANN, Uwe, “Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, ed. Gabriele Cirener vd., 13. Baskı, De Gruyter, 2020.

OĞURLU, Cüneyt Şamil, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması**, Yüksek Lisans Tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, 2019.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZDERYOL, Teknail, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

ÖZEN, Muharrem/ ÖZOCAK, Gürkan, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2015, S. 1.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

ÖZGÜÇ, Levent Emre, **Türk Ceza Hukukunda Hazırlık Hareketlerinin Belirlenmesi ve Cezalandırılabilirliği**, Doktora Tezi, Koç Üniversitesi, 2024.

ÖZKAN, Halid **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

PUSCHKE, Jens, “Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte”, **Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?**, ed. Roland Hefendehl, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2010.

ROXIN, Claus, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Y. 2006, C. 116, S. 4.

SELCEN TURAN, Hilal, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2010.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “UrhG § 108b”, **Beck’scher Online-Kommentar Urheberrecht**, Ed. Horst-Peter GÖTTING/ Anne LAUBER-RÖNSBERG/ Nils RAUER, 42. Baskı, Münih, C.H. Beck, 2024.

ŞAHİN, Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK M. 134)”, **Yaşar Hukuk Dergisi**, Y. 2019, C. 1, S. 2.

TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

TÜRAY, Aras, **5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)**, Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2022.

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

ÜSTÜN, Gürsel, “Türkiye’de Fikir ve Sanat Eserleri Yasası’ndaki Son Gelişmeler”, **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, Y. 1995/1996, C. 4, S.1-2, ss. 101-116.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Verlag C.H. Beck, Münih, 2010.

YAVUZ, Levent/ ALICA, Türkyay/ MERDİVAN, Fethi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu 2 (49-91. Maddeler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, On İki Levha, İstanbul, 2024, s. 584.

YÜKSEL, Çağatay, **Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA YAKALAMA VE TUTUKLAMA KORUMA TEDBİRLERİ İLE KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT

Serdar TALAS* & Oğuzhan DEMİR**

Özet

Ceza muhakemesi hukuku öğretide uygulamalı anayasa hukuku olarak adlandırılmaktadır, zira devletin şiddet tekelinin doğrudan uygulama alanı bulduğu en somut alanlardan birisi ceza muhakemesi hukuku ve koruma tedbirleridir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol koruma tedbirleri özel bir önemi haizdir, zira söz konusu tedbirleri doğrudan veya dolaylı, kısmen veya tamamen olarak kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı ile aynı etkiyi haizdir.

Anayasa Mahkemesinin konusu ceza soruşturması ve kovuşturması olan bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar incelendiğinde özellikle tutuklama tedbirine yönelik kararların ciddi yer tuttuğu da görülmektedir. Gerek Mahkemenin ihlal kararları gerekse Kanun koyucunun bu konudaki hassasiyeti nedeniyle özel olarak tutuklama, genel olarak Anayasanın 19. Maddesinde düzenlenen hakka yönelik tedbirler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından müteaddit defalar değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda anılan tedbirler bakımından azami süre, gerekçe, ölçülülük, etkili hukuki denetim, mahkumiyetten mahsup, tazminat gibi konular ciddi değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler bir yandan Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarında işaret ettiği, diğer yandan uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermeye yöneliktir. Ancak beraberinde gerek Ceza Muhakemesi Kanununun gerekse ilgili koruma tedbirlerinin genel teorisine, bu bağlamda Anayasanın 19., İHAS'nin 5. Maddelerine uygunlukları bakımından değerlendirmeye muhtaçtır.

Bu kapsamda suça sürüklenen çocukların soruşturmasında ve kovuşturmasında yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol; kolluk amirlerinin talimatıyla verilebilecek gözaltı kararları, emre istinaden yakalama ve mesai saatleri dışında yakalama durumunda taahhüde istinaden serbest bırakma, tutuklamada gerekçe, ölçülülük, tutuklamanın denetimi ve itiraz, mahkumiyetten mahsubu gerektiren adli kontrol tedbirleri, kişi özgürlüğüne yönelik koruma tedbirleri bağlamında tazminat ve özel olarak 8. Yargı paketi olarak adlandırılan 7499 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler incelemenin ana konusunu oluşturmaktadır.

Çalışma ile asıl hedeflenen ise Anayasanın 19. Ve İHAS'in 5. Maddesi esas alınarak kişi özgürlüğüne yönelik koruma tedbirleri bakımından bir olması gereken ilkeler bütünü ortaya

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: stalas@istanbul.edu.tr
Orcid: 0000-0002-7254-4299

** Ar. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: oguzhandemir@istanbul.edu.tr
Orcid: 0000-0001-5731-4367

koyarak, tarihsel gelişimi içerisinde CMK’nda yer alan hükümlerin yapılan değişikliklerin bu ilkelere uygunluğu ve değişiklik önerilerinin geliştirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Yakalama, Taahhülle serbest bırakma, Tutuklama nedenleri, Tazminat, Adli kontrol.

Giriş

Ceza muhakemesi hukuku öğretide uygulamalı anayasa hukuku olarak adlandırılmaktadır, zira devletin şiddet tekelinin doğrudan uygulama alanı bulduğu en somut alanlardan birisi ceza muhakemesi hukuku ve koruma tedbirleridir. Bu tedbirler arasında ise yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol koruma tedbirleri kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında özel bir önemi haizdir, zira söz konusu tedbirleri doğrudan veya dolaylı, kısmen veya tamamen olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı ile aynı etkiyi haizdir.

Tatbik edilen bir koruma tedbirinin meşru olup olmadığı hususu ancak tesis edilen hükümlerle anlaşılabilir. Dolayısıyla tatbik edildikleri anda koruma tedbirleri sadece “görünüşte haklı” tedbirler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tedbirlerin bazıları, sonradan tatbik edilecek yaptırımdan mahsup edilebildiklerinden, ancak mahkûmiyet durumunda etkilerini mahsup ile telafi ederler. Ancak telekomünikasyonun denetlenmesinde olduğu gibi bazı tedbirlerde, böyle bir yaptırım türü olmadığından, mahkûmiyet durumunda dahi etkinin telafisi imkanı bulunmamaktadır. Bu tür tedbirlerin tatbiki için Kanunda aranan şartların, hükümlerle de tespit edilmesi, şartlara ilişkin olgusal ve hukuki durumun kesinleşmesi durumunda, şüphe hali tedbiri meşru hale getirecektir. Aksi durumda, mahkûmiyet söz konusu olduğunda dahi, tedbirin tatbik anında “görünüşte haklı”, ancak hükümlerle birlikte meşru olmadığı sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, konusu ceza soruşturması ve kovuşturması olan bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar incelendiğinde özellikle tutuklama tedbirine yönelik kararların ciddi yer tuttuğu da görülmektedir. Gerek Mahkemenin ihlal kararları gerekse Kanun koyucunun bu konudaki hassasiyeti nedeniyle özel olarak tutuklama, genel olarak Anayasanın 19. Maddesinde düzenlenen hakka yönelik tedbirler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından müteaddit defalar azami süre, gerekçe, ölçülülük, etkili hukuki denetim, mahkûmiyetten mahsup ve tazminat gibi konularda ciddi değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler bir yandan Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin içtihatlarında işaret ettiği, diğer yandan uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermeye yöneliktir. Ancak bu değişikliklerin koruma tedbirlerinin genel teorisine, bu bağlamda Anayasanın 19., AİHS’nin 5. Maddelerine uygunlukları değerlendirmeye muhtaçtır.

Bu kapsamda mesai saatleri dışında yakalama durumunda taahhüde istinaden serbest bırakma, tutuklamada gerekçe, ölçülülük, tutuklamanın denetimi ve itiraz, mahkûmiyetten mahsubu gerektiren adli kontrol tedbirleri ile kişi özgürlüğüne yönelik koruma tedbirleri bağlamında tazminat konularında 8. Yargı paketi olarak adlandırılan 7499 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler incelemenin ana konusunu oluşturmaktadır.

I. Anayasa ve AİHS’de Öngörülen Çerçeve Düzenleme

Anayasamızın 19. Maddesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması hallerinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanmasını mümkün görmektedir. Düzenleme, suç şüphesi nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanmasını kişinin tutuklanması ve yakalanması şeklinde iki farklı biçimde düzenlemektedir. Hükmün içeriğinden yakalama ile ifade edilmek istenen hususun hem CMK’nun 90. ve 98. Maddeleri anlamında yakalamayı hem de 91. Maddesi anlamında gözaltını kapsamına aldığı görülmektedir.

Bu çerçevede tutuklama ancak “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti” bulunması durumunda, “ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen” diğer hallerde ve “hâkim kararı” ile mümkündür. “Hâkim kararı olmadan yakalama” ise ancak “suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” şartları kanunda gösterilen hallerde mümkündür.

Aydınlatma yükümlülüğü de Anayasal düzeyde getirilmiş bir yükümlülük ve süje bakımından korunan hak olarak düzenlenmiştir. Buna göre tedbirin sebepleri ve dayanağı olan soruşturma konusu iddiaların, herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesi ve yine kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilmesi gerekmektedir.

Kişinin hâkim kararı olmaksızın bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılması en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli yol süresi hariç azami kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gündür.

Kişi, yakalama veya tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakıldığı zaman diliminde makul süre içinde yargılanma, soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmak, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma istemek haklarına sahiptir. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, *tazminat hukukunun genel prensiplerine* göre, Devletçe ödenir.

AİHS’nin 5. Maddesinde ise özgürlük ve güvenlik hakkı başlığı altında bireylerin soruşturma ve kovuşturma kapsamında tutulması, “Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine yada suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması”, hakkın kısıtlanma nedenleri arasında zikredilmiş, devamlı tutulan kişinin hakları bakımından “Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir”; suç şüphesi nedeniyle yakalanan veya tutulu durumda bulunan kişiye ilişkin olarak “hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını

sağlayacak bir teminata bağlanabilir” şeklindeki düzenlemeden sonra “Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini, serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir”. “Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.” hükümlerine yer verilmiştir.

II. Yakalama

Yakalama koruma tedbiri bakımından CMK’deki düzenleme CMK’nın 90. Maddesinde herhangi bir emir veya karara bağlı olmayan (müzekkeresiz) yakalama hallerini düzenledikten sonra, bir emre istinaden (müzekkereli) yakalama hallerine yer vermektedir. Bu düzenlemeye göre soruşturma çerçevesinde Cumhuriyet Savcısı, iki farklı durumda emre istinaden yakalamaya başvurabilir ya da bu koruma tedbirinin uygulanmasını ilgili merciden talep edebilir. Bunlardan ilki CMK m. 98/1 çerçevesinde *çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenmesidir.* Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde emre dayalı yakalama işlemine başvurabileceği ikinci hal ise CMK m. 98/2’de düzenlenen *yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutukluya ilişkindir.*

Soruşturma evresinde hâkim tarafından verilen yakalama koruma tedbirinin infazı tamamlandıktan sonra CMK m. 94/1 gereği şüpheli, 24 saat içerisinde hâkim karşısına çıkarılmalı, şayet bu sağlanamıyorsa bir sonraki fıkradan hareketle sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılarak sorgu veya ifade alınmalıdır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki hâkim tarafından ifade alınma ibaresine yer verilmesi teknik açıdan isabetli değildir.

2021 yılında yürürlüğe giren 7331 sayılı Kanununun 12. maddesiyle birlikte CMK m. 94’e ek bir fıkra eklenmiş olup bu fıkra şu şekildedir:

CMK m. 94(3)- *İfadesi alınmak amacıyla düzenlenen yakalama emri üzerine mesai saatleri dışında yakalanan ve belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması, Cumhuriyet savcısı tarafından emredilebilir. Bu hüküm her yakalama emri için ancak bir kez uygulanabilir. Taahhüdünü yerine getirmeyen kişiye, yakalama emrinin düzenlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk lirası idari para cezası verilir.*

Taahhütle serbest bırakma, yalnızca ifade amacıyla çıkarılan yakalama emri üzerine söz konusu olabilecektir. Fıkranın getiriliş amacına bakıldığında yakalama emrinin amacı olan ifade almanın, mesai saatleri dışında gerçekleşmesinin elverişli olmayacağı ve bu sebeple şüphelinin, zor duruma sokulmaması amacıyla Cumhuriyet savcısının takdirine bağlı olarak taahhüt karşılığı serbest bırakılması öngörülmüştür. Bu taahhüdün yerine getirilmemesine yönelik yaptırım ise idari para cezasıdır. Böylelikle ilgili düzenlemede yeni bir kabahate yer verilmiştir.

Mevzubahis fıkraya ilişkin olarak yapılan 22.02.2024 karar tarihli somut norm denetiminde¹ AYM, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi, adil yargılanma ilkesi ve kanunilik ilkesi çerçevesinde şu tespitlerde bulunmuştur:

- Öngörülen usulün ceza verme faaliyetlerinden tamamen bağımsız olduğu, yargı yetkisinin kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği,

- Öngörülen usulün mahkemelerin yargılamayı makul sürede sonuçlandırma yükümlülüğünün yerine getirilmesini engelleyecek, sanığın duruşma gününde duruşma salonunda hazır bulunma ödevini hafifletecek veya ortadan kaldıracak herhangi bir düzenleme içermediği,

- Kurala konu yaptırımın türü ve miktarının, hangi hâl ve şartlarda, hangi makam tarafından ve kim hakkında uygulanacağı herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak belirlendiği gözetildiği,

- Taahhüdünü yerine getirmeyen kişi hakkında bir yaptırımın öngörülmesinin caydırıcı etki yapmak suretiyle ilgili kişinin belirlenen tarihte yargı mercii önünde hazır bulunma yönündeki taahhüdünü yerine getirmeye teşvik edeceği gözetildiği,

- Anılan amacı gerçekleştirmek için idari para cezasına alternatif olacak nitelikte ve daha hafif bir aracın bulunduğu tespit edilemediği.

Kanaatimizce gerek CMK m. 94/3'ün ele alınışı açısından gerekse bu fıkranın, CMK m. 98/1'de yer alan koruma tedbirinin amacı- *ratio legis*- bakımından çeşitli problemler söz konusudur.

Öncelikle ilgili düzenlemenin lafzına bakıldığında bir yandan “*ifade alınma amacından*” bahsedilirken diğer yandan “*yargı merci önünde hazır bulunma*” ibaresine yer verilmiştir. Bu durumda kanun koyucunun ya hâkimin artık ifade de alabileceğini kabul ettiği ya da savcılık kurumunun artık yargı merci olarak görüldüğü sonucuna varılacaktır. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından her iki yönde de bir amaç güdülmemiş, yalnızca hükmün kaleme alınışı yönünden bir ikilem ortaya çıkmıştır.

Taahhütle serbest bırakmayı düzenleyen CMK m. 94/3, esasında CMK m. 98/1'in ilk cümlesine yönelik getirilen bir uygulamadır. Zira soruşturma evresindeki çeşitli işlemleri yapabilmek amacıyla yapılan yakalama işlemi, CMK m. 98/1'den hareketle Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine gerçekleşmektedir. Bu tedbire ise çağrı üzerine gelmeyen ya da çağrı yapılamayan bir şüpheli hakkında başvurulabilecektir. Diğer bir deyişle çağrı üzerine gelmeyen, adresi bulunamadığı için kendisine çağrı yapılamayan veya adresi bulunmasına rağmen bu tür bir davetin kişinin kaçması sonucunu doğurmasından şüphelenilen bir hal söz konusudur. Bu suretle ifade edilebilir ki bu koruma tedbiri bakımından ulaşma noktasında güçlük yaşanan bir şüpheli mevcut olup bu şüpheliye bir şekilde ulaşılmasına rağmen taahhüt

¹ GK, 2023/163 E., 2024/57 K., KT: 22.02.2024, RG Tarih ve Sayı: 05.04.2024-32511.

verdirilerek serbest bırakılması ne gerçekçi ne de isabetlidir. Nitekim uygulamada da şüpheliye taahhüt verdirilip sonrasında ulaşılamayan birçok olay bulunmaktadır².

Yine lafzi açıdan bakıldığında bu fıkranın, gözaltı sonrasında yeniden yakalama koruma tedbirine başvurmayı mümkün kılan CMK m. 91/6 açısından uygulanması da mümkün değildir. Zira taahhülle serbest bırakma, emirli yakalama tedbiri yönünden öngörülmüş olup mezkûr fıkra açısından böyle bir durum söz konusu değildir. CMK m. 91/6'ya göre şayet şüpheli hakkında yeni ve yeterli delilin varlığı ile Cumhuriyet Savcısının kararı mevcut ise artık yeniden yakalama işlemine başvurulabilir. Örneğin, yeni ve yeterli delil sebebiyle kişinin ek ifadesine başvurulması gerekebilir. Bu durumda bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade alınacaktır. Artık bu durumda CMK m. 94/3'deki uygulama, CMK m. 98/1'deki durumun aksine bir anlam ifade edebilecektir. Zira soruşturma evresinde dosyayı takip eden Cumhuriyet Savcısının, mesai saati dışında ifade alamayacak olması sebebiyle kişiye taahhüt verdirilmesi isabetli görülecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere CMK m. 94/3 hükmü bu amaçla getirilmemiştir ve bir yakalama emri söz konusu olmadığından CMK m. 91/6 çerçevesinde taahhülle serbest bırakma söz konusu olamayacaktır.

Bu açıklamalardan sonra kanaatimizce hem ele alınan fıkranın lafzına ilişkin ortaya çıkan sorunlar hem de bu fıkranın, yakalama koruma tedbirine başvurma noktasında amaçlanandan farklı bir duruma hizmet etmeye müsait olması sebebiyle CMK m. 94/3 yeniden düzenlenmelidir.

III. Tutuklama ve Adli Kontrol Düzenlemelerinde Yapılan Değişiklikler

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2005'ten beri en fazla değişikliğe uğrayan hükümleri koruma tedbirlerine ilişkin olanlardır. Bu değişiklikler içinde CMK m. 90-109 arası hükümler özel ve geniş bir yer tutmaktadır. Bu noktada meri düzenlemenin geldiği nokta ve yapılan değişiklikler incelendiğinde temel gerekçeler; tedbirlerin ve özellikle tutuklamanın alanının sınırlandırılması ile uygulama koşullarının somutlaştırılmasına yönelik değişiklikler yapma ihtiyacı şeklinde özetlenebilecektir. Bu değişikliklerin ise tutuklamanın maddi koşullarından ziyade şekli koşullarının tasrih edilmesi suretiyle yapıldığı görülmektedir. Ancak diğer yandan problem, tutuklamaya getirilen sınırlayıcı hükümlere getirilen istisnalardır. Tutuklamanın alanının genişletilmesine yönelik "panik mevzuat" olarak nitelendirilebilecek bu değişiklikler, tutuklama yasağının alanın daraltılması, CMK 100/2'de yer alan kataloğun

² 1- K. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2021/... numaralı soruşturma dosyası kapsamında şüpheli hakkında çıkarılan yakalama emri çerçevesinde A. İlçe Jandarma Komutanlığı'nca yakalama yapılmıştır. İfade ve imza-yazı örneklerini almaya yönelik bu yakalamanın saati mesai içinde 13.00 olmasına rağmen kolluk birimince taahhüt tutanağı tanzim edilmiştir. Hakkındaki yakalamayı öğrenen kötü niyetli şüpheli, kendisine verilen süreyi aşmasına rağmen müracaat etmemiş ve geçen 5 aylık zaman diliminde yakalanamamıştır.

2- D. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2022/... numaralı soruşturma dosyasında şüpheli, nitelikli dolandırıcılık suçu üzerinden tutukluluk koruma tedbirinin değerlendirilmesi için sulh ceza hakimliğine sevk edilmiştir. Tutukluluk talebinin reddiyle adli kontrol şartı getirilerek salıverilen şüpheli, dolandırıcılık neticesinde elde ettiği 450.000-USD ile birlikte K. İlinde yurtdışına kaçmak üzere yola koyulmuştur. Talebin reddediğini fark eden Cumhuriyet Savcısı, itirazın sevk etmek üzere derhal re'sen yakalama emri çıkarmıştır. Sorguya yönelik bu yakalama emrine rağmen M. ilinde yakalanan şüpheliye taahhüt verilmiştir. Neticeten geçen 4 aylık zaman diliminde ne para ne de şüpheli ele geçirilebilmiştir. (naklen: Enes Bakkaloğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yeni Bir Usul Olarak Öngörülen İfade Verme Taahhüdü", İMHFD, C. 7, S. 13, 2022, s. 263, dn. 36.).

genişletilmesi ve yine benzer saiklerle CMK m. 91’de kolluk amirlerine gözaltı yetkisinin verilmesi şeklindedir.

Yapılan değişiklikler, ölçülülüğe ilişkin olarak tutuklama yasakları ve azami sürelerle ilişkin olanlar, tutuklama nedenlerine ilişkin olanlar, talep ve kararlarda yer alması gereken hususlara ilişkin olanlar, tutuklamanın denetlenmesine ilişkin olanlar ve tutuklama adli kontrol ilişkisine ilişkin olarak tasnif edilebilir. Ancak yapılan neredeyse tüm değişikliklerde uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesi bir gerekçe olarak ifade edilmişse de değişikliklerin bir türlü “*uygulamada ortaya çıkan sorunları*” gidermemesi ve tekrar tekrar, zaman zaman aynı fıkra veya aynı konu ile değişiklik yapılması ihtiyacının görülmesi, üç farklı şekilde yorumlanabilir. Bunlar sorunun yanlış tespit edilmesi, yani giderilmesi gereken sorunun nedeninin “*uygulamadan kaynaklanan sorunlar*” olmaması; ikincisi sorunların uygulamadan kaynaklandığının kabulü ile birlikte çözümün yanlış araçlarla arandığı, daha açık ifadeyle normatif değişiklikler dışında araçlarla uygulama sorunlarına müdahale edilmesi gerektiği ve bu müdahalenin yasama faaliyeti ile değil yargısal denetimle sağlanması, üçüncüsü ise sorunların kaynağına ilişkin tespit ve çözüm araçlarının kısmen veya tamamen doğru olmasına karşın, öngörülen çözüm yollarının eksik veya yanlış olmasıdır.

Tutuklama koruma tedbiri yönünden yapılan değişikliklerde iki husus bakımından değerlendirmede bulunulacaktır. Bunlardan ilki, CMK m. 100/1’de yer alan “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller*” ile CMK m. 100/3’de belirtilen “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” ifadeleridir. CMK m. 100/3’de yer alan ifade, esasında CMK m. 100/1 ile uyumlu olması amacıyla 2021 yılında değişikliğe uğramıştır. Ancak kullanılan kelimeler, sebebiyle iki fıkra arasında bir uyumsuzluk doğmuştur. Zira *somut delillerin, kuvvetli suç şüphesini göstermesi* ile *kuvvetli suç şüphesinin, somut delillere dayanması* şüphe yoğunluğu bakımından farklı sonuçlara yol açabilir. Bu suretle kanun koyucu tarafından tutuklama koruma tedbirinde aranan şüphe yoğunluğu noktasında bir belirsizlik doğmuş ve bu belirsizlik süregelmektedir.

IV. Tutuklama Nedenlerinin Varsayılmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Tutuklama bakımından asıl önemli sorun, tutuklama nedenlerinin varsayılmasına ilişkin kanuni düzenlemedir. Bilindiği gibi CMK m. 100/3. Fıkrasında “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir” hükmü ile belirli suçlarda tutuklama nedenleri bakımından kanuni bir karineye yer vermektedir.

CMK m. 100/2. Fıkrası, tutuklamanın ölçülülük dışında iki maddi koşulunu tutuklama nedenlerinin varsayılabilmesi haller olarak şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması ve şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması olarak belirlemiştir. Zikrettiğimiz CMK m. 100/3. Fıkrası ise fıkrada belirtilen suçlarda “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*” halinde tutuklama nedeninin varsayılmasını mümkün kılmaktadır. Mevcut hali ile hükmün bir kanuni karine teşkil ettiği açıktır. Zira belirli suçlardaki kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması, o suçlar bakımından

şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması koşullarının, aksi ispat edilmedikçe varsayılmasına imkân tanımaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda ispat yükünün, masumiyet (suçsuz sayılma/suçlu sayılmama) karinesi nedeniyle, soruşturma veya kovuşturma makamı üzerinde olduğu dikkate alındığında, düzenlemenin ne anlama geldiğinin tespitinin zorluğu bir yana tutuklama muhakemesinde ispata ilişkin kanuni karine ihdasının ne ölçüde muhakeme hukukunun genel ilkelerine ve Anayasaya uygun olduğu tartışmalı hale gelmektedir. Zira düzenleme bu haliyle iki anlama gelmektedir, tutuklama nedenleri bakımından anılan suçlarda şüpheli veya sanık bakımından kuvvetli suç şüphesinin bulunması durumunda, tutuklama nedeni kanuni karine nedeniyle varsayılacak, ancak aksinin ispatı şüpheliden veya sanıktan bekleneyecektir ki bu düzenleme hukuk devleti ilkesine, Anayasanın 38. Maddesinin 4. Fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesine ve kendi aleyhine delil gösterme yasağına aykırıdır. Bir diğer yorum ise soruşturma veya kovuşturma makamının, kanuni karine gereği ispat ameliyesini tutuklama nedeninin ispatı değil, kanuni karineyi ortadan kaldıran nedeninin araştırılması ve ispatı şeklinde icrası gerekir şeklinde olabilir ki, bu yorumun abesle iştigal olduğu açıktır. Zira maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gereği gerek soruşturma evresinde gerek kovuşturma evresinde şüpheli veya sanığın gerek lehine gerekse aleyhine olan hususların, bir öncelik, sonralık; aslilik talilik tasnifi olmaksızın araştırılması gerekmektedir.

Diğer yandan kanun koyucunun CMK m.103/3. Fıkarda teccsüm eden iradesinin, Anayasanın 19. Maddesinde yer alan ve yukarıda yer verdiğimiz tutuklama nedenlerine ilişkin düzenlemeleri ile ne ölçüde uyumlu olduğunun da ele alınması gerekmektedir. Anayasanın 19. Maddesi tutuklamanın maddi koşullarını bizzat belirlemektedir. Düzenlemeye göre tutuklamanın iki maddi koşulu belirlenmektedir. Bunlardan ilki şüpheli veya sanığın “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti” bulunmasıdır, ki bu koşul CMK m. 100/1’de de yer almaktadır. İkinci maddi koşul ise bu kişilerin “**ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde**” tutuklanabilir şeklinde ifade edilmiştir. Daha açık ifadeyle kişi hakkında kuvvetli suç şüphesinin bulunması, tutuklama bakımından yeterli değildir ve Anayasa m. 19’un ifadesi ile bu kişi “**ancak**” maddede açıkça ifade edilen iki amacın temini veya iki durumun izalesine yönelik dayalı olarak, yani iki nedenle “**veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde**” mümkündür. Görüldüğü üzere Anayasa’nın 19. Maddesi tutuklama nedenleri bakımından öngördüğü iki neden dışında nedenler öngörülmesine izin vermekte, ancak bu nedenlerin maddede yer alan nedenler gibi tutuklamayı zorunlu kılar nitelikte (ölçülü) olmasını ve bu nedenlerin kanunda gösterilmesini aramaktadır. Bu açık düzenleme karşısında CMK m. 103/3’te yer alan hükmün anayasaya uygunluğuna ilişkin yanıtlanması gereken ilk soru, düzenlemenin Anayasa’nın 19. Maddesindeki ifade ile “**diğer haller**” kapsamında kabulünün mümkün olup olmadığıdır. Düzenleme açıkça yeni bir nedene yer vermemektedir. Mevcut nedenlerin ispatı bakımından bir ispat ölçütü öngörmektedir. Kanun koyucunun bir temel hak ve özgürlüğü bu biçimde sınırlama *nedenine benzer* düzenlemeyle sınırlaması ise Anayasa’nın 13. Maddesinin lafzı ile uyumsuzdur. Zira hükme göre “**Temel hak ve hürriyetler, ...Anayasanın ilgili maddelerinde**

belirtilen sebeplere bağlı olarak...” sınırlanabilir. Sebeple bağıllık ve kanunilik, bir tutuklama nedeninin varsayılması şeklinde bir yaklaşımı dışlamaktadır.

Sonuç olarak CMK’nun 100/3. Fıkrası Anayasa’nın 19. Maddesinde ifade edilen nedenler esas alınarak “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu” kıldığı değerlendirmesine konu yeni bir tutuklama nedeni öngörmemektedir. Mevcut nedenlerin varsayılması ise esasen Anayasadaki tutuklama nedenlerinin ve Anayasa’nın 13. Maddesinde yer verilen kanunda neden gösterme zorunluluğu ve nedenle bağıllık kurallarının içeriğinin boşaltılması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin CMK m. 231. Maddesine ilişkin verdiği iptal kararında, soyut normatif değerlendirme yerine normun somut uygulanmasından kaynaklanan sorunları da dikkate alarak anayasaya aykırılık tespiti yaptığı dikkate alındığında, CMK’nun 100/3. Fıkrasının da benzer sorunlu uygulamaya yol açtığı tespiti yapılabilecektir³. Nitekim Anayasa Mahkemesi Kanun’un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında yer alan ve HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kurala ilişkin yapılan başvuruda, anılan kuralı bireysel başvuru kapsamında görünür hâle gelen hususları göz önünde bulundurarak anayasallık denetimine tâbi tutmuş ve kuralın itiraz kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmediği sonucuna ulaşarak iptaline karar vermiştir.

CMK’nun 100/3. Fıkrasında yer verilen kanuni karine, uygulamada açıkça gerekçeli karar ve tutuklama kararlarına karşı etkili hukuki yollara başvurmak haklarının kısıtlanması bir yana bırakılsa bile normatif olarak Anayasa’ya aykırıdır.

V. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Anayasa m. 19 ve m. 40’dan hareketle kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen bir işlemde kaynaklı zarar gündeme gelirse bu zararın tazmini Devlet tarafından yapılacaktır. Bu hükmün koruma tedbirleri nedeniyle doğan tazminat bakımından somutlaştırılması CMK m. 141-144’de düzenlenmiştir.

Görünüşte haklı olma özelliğini haiz koruma tedbirlerinin esasında haklı olmadığı durumlarda devreye giren koruma tedbirleri nedeniyle tazminat müessesesi bakımından 2024 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan ilki, adli kontrol koruma tedbirine yöneliktir. 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun öncesinde CMK m. 141/1’de *sınırlı sayıda-numerus clausus-* sayılan tedbirlerde adli kontrol koruma tedbirine yönelik bir hususa yer verilmemiş ve bu tedbirin hukuka aykırı olduğu hallerde CMK m. 141/3’den hareketle tazminat davası açılabilmesi belirlenmiştir. Mezkûr değişiklikle birlikte CMK 141/1 çerçevesinde *adli kontrol işlemine karşı kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan* kişilerin maddi ve manevi zararlarını Devlet’ten isteyebileceği kabul edilmiştir⁴. Yine CMK m. 141/1-1 gereği *konutunu terk etmemek veya*

³ AYM, 2021/121 E., 2022/88 K. ve 20.07.2022 T. Kn. 28-30, RG.: 23.09.2022/31962; AYM., 2022/120 E., 2023/107 K. 01.06.2023, Kn. 28-29, RG. 01.08.2023/32266;

⁴ Hakan Hakeri, **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, B.3, Ankara, Seçkin, 2024, s. 244.

uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra şüpheli/sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı yahut beraat hükmüne karar verilmişse bu kimseler artık CMK m. 141/1'den hareketle tazminat davası açabilecektir⁵. Nitekim bu değişikliğe uyum sağlanması amacıyla diğer düzenlemelerde de çeşitli uyarlamalar gerçekleştirilmiştir.

Yukarıda bahsi geçen değişiklikler sonucunda ifade edilebilir ki kanun koyucu, artık tüm adli kontrol tedbirleri açısından itiraz müessesesine başvurma imkânından yararlandırılmamayı hukuka aykırılıktan kaynaklı tazminat nedeni olarak görmüştür. Ancak koruma tedbirine haksız olarak başvurulması yönünden doğan haksızlık sebebiyle tazminat bakımından yalnızca iki adli kontrol tedbirine yer verilmiştir. Bunlar, konutu terk etmeme ve bağımlılık tedbirlerine uyma olup sayılanlar haricindeki adli kontrol tedbirleri bakımından artık CMK m. 141/1 değil, CMK m. 141/3 gündeme gelebilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki mezkûr tedbirler açısından tazminat, yalnızca kovuşturmaya yer olmadığı kararı ve beraat verildiği takdirde mümkün olacaktır.

Kanaatimizce 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle CMK m. 141 çerçevesindeki tazminatın, yalnızca iki adli kontrol tedbiriyle sınırlanması bu değişikliğin gerekçesi ile uyuşmamaktadır. Zira *temel hak ve özgürlüklerin daha güçlü bir şekilde korunması ve muhtemel hak ihlallerinin önlenmesi* amacıyla bir değişiklik yapılmıştır. Yine gerekçede *şahsî hürriyeti sınırlama sebebi* hususuna vurgu yapılarak sayılan tedbirlere yer verilmiştir. Oysa tüm koruma tedbirleri bakımından *temel hak ve özgürlüklere* bir müdahale mevcuttur. Kaldı ki adli kontrol, ölçülülük dışında tutuklama koruma tedbiriyle aynı şartların varlığını gerektiren bir koruma tedbidir⁶. Nitekim her ne kadar konutu terk etmeme tedbiri bakımından tespitlere yer verilse de tüm adli kontrol koruma tedbirleri bakımından hukuka aykırılık halinde özel bir tazminat mekanizmasına yer verilmemesinin bir yapısal bir sorun teşkil ettiğine dair AYM tespiti de oldukça dikkat çekicidir:

“...Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen yetki ve görevlerini yerine getirerek, adli kontrol tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulandığı durumlarda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali iddiasıyla ilgili başvuru yapılabilecek etkili bir yolun ihdas edilmesi gerektiği tespitini yapmıştır. Dolayısıyla böyle bir düzenleme benzeri ihlallerin de önüne geçerek bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olacağından Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanında yer alan bir temel hak ve hürriyetin ihlaline yol açtığı tespit edilen söz konusu yapısal sorunun çözümü için...”⁷

Yapılan değişikliklerle kanun koyucunun, koruma tedbirlerinde tazminat noktasında bir ayırım yapma amacı gütmeye devam ettiği görülmektedir. Bu noktada CMK m. 141/1 yönünden CMK m. 109'daki *“yurt dışına çıkamama, hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak belirli bir yerleşim bölgesini terk etmeme ve belirlenen*

⁵ AYM tarafından 2022 yılında verilen kararda konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbiri bakımından etkili bir tazminat imkânının bulunmadığı yönündeki tespit için bkz: E.Y. Başvurusu, BN: 2018/10482, KT: 14.12.2022, RG Tarih ve Sayı: 21.02.2023-32111.

⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s. 266.

⁷ Bkz: **E.Y. Başvurusu.**

yer veya bölgelere gitmeme” adli kontrol koruma tedbirlerine yer verilmemesi bir diğer eksikliklerdir. Zira hukuka aykırı olarak karar verilen bu tedbirlerle, diğer tedbirlerde olduğu gibi gerek kişi hürriyeti gerekse seyahat özgürlüğüne doğrudan bir müdahale söz konusudur. Bu husus bakımından örnek vermek gerekirse *bulunduğu ilçeyi terk etmeme* ile *konutu terk etmeme* adli kontrol koruma tedbirleri bakımından yegâne fark, **kişinin hareket edebileceği alanın genişliği noktasında** kendini göstermektedir⁸. Yine *hastaneye yatma haricindeki bağımlılık tedbirlerine uyma* ile *hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurma* arasındaki yegâne fark, **başvurulan idari merci noktasındadır**.

Tüm bu açıklamalardan sonra CMK m. 141/1’de adli kontrol koruma tedbiri bakımından bir değişiklik yapılması; ilk bakışta olumlu gibi görülse de değişikliğin kaleme alınış tarzı, diğer adli kontrol tedbirlerini dışlaması sebebiyle isabetli olmamıştır. Keza bu noktada CMK m.141/1’de mahiyeti sebebiyle gizli olarak uygulanan koruma tedbirlerinden doğabilecek zararların tazminine yer verilmemesinin de bir diğer eksiklik olduğunu belirtmek isteriz⁹.

7499 sayılı Kanun ile yapılan bir diğer değişiklik, bazı koruma tedbirlerinden doğan zararların tazmininde başvuru merciinin değişmesidir. Değişiklik öncesinde tazminat taleplerinde başvuru merci, ağır ceza mahkemesi iken; değişiklik sonrasında CMK m. 141/1’de yer alan e, f ve l bendindeki hallerde 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun’dan hareketle başvuru merci tazminat komisyonu olarak belirlenmiştir. Bu suretle CMK m. 141/1’de yer alan haller bakımından ikili bir sisteme geçildiği ifade edilebilir. Yeni sistemin gerekçesi ise “*tespiti herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmeyen tazminat istemleri hakkında kısa sürede karar verilmesi imkânı*” olarak belirtilmiştir.

CMK ve 6384 sayılı Kanun karşılaştırıldığında ağır ceza mahkemesi ile Tazminat Komisyonuna yönelik başvuru süresi ve başvuru şartları bakımından bir farklılık söz konusu değildir. Lakin Tazminat Komisyonu’na yapılacak başvuruların, Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla da yapılması mümkün kılınmıştır. Yine başvuru şekli açısından Tazminat

⁸ AYM’nin 2017/32052 numaralı Esra Özkan Özakça başvurusunda şu tespitlere yer verilmiştir: “...*Yukarıda da değinildiği üzere kişilerin fiziki hareket özgürlüklerini sınırlayan bir tedbirin Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına mı yoksa Anayasa’nın 23. maddesinde düzenlenmiş olan seyahat özgürlüğüne mi müdahale teşkil ettiği belirlenirken önemli olan husus sınırlamanın niteliği veya esası değildir. Bir tedbirin bunlardan hangisine müdahale oluşturduğunun tespitinde sınırlamanın derecesi ve yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Bunun tespitinde tedbirin türü, süresi, uygulanış şekli, gündelik hayatın denetiminin boyutu gibi faktörler önem taşımaktadır (bkz. § 71). Bu bağlamda yapılan değerlendirmede konutu terk etmeme; kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlayan, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve -kaldırılıncaya kadar- gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen bir adli kontrol tedbiri niteliğindedir. Anılan tedbirin bu niteliği, uygulanış şekli ve özellikleri itibarıyla hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluk olarak seyahat özgürlüğüne göre oldukça ileri bir boyutta olduğu, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale teşkil ettiği sonucuna varmak gerekir. Nitekim AİHM de gün boyunca devam eden ve aralıksız olarak sürdürülen sınırlı bir bölgeyi (bkz. § 46) veya konutu terk etmeme (bkz. §§ 49-52) tedbirlerinin derece ve yoğunluk itibarıyla -seyahat özgürlüğüne değil- Sözleşme’nin 5. maddesinde güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale teşkil ettiği yönünde kararlar vermiştir.”. KT: 08.10.2020, RG Tarih-Sayı: 30.12.2020-31350.*

⁹ Aynı yönde bkz: Veli Özer Özbek, “Sekizinci Yargı Paketi Olarak Bilinen 7499 Sayılı Kanun’un Ceza Hukukuna İlişkin Olarak Getirdiği Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 19, S. 54, 2024, s. 30-31.

Komisyonu'na CMK'dan farklı olarak elektronik ortamda başvuru yapılması imkânı mevcuttur. Komisyon ile ağır ceza mahkemesi arasındaki görev uyumsuzluğunun çözüm merci ise Ankara Bölge Adliye Mahkemesi olarak belirlenmiştir.

Uygulamada en çok başvurulmuş koruma tedbirleri yönünden de Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı tanınması, doğan iş yükünü azaltma gayesi olarak ifade edilebilir. Bu değişikliğin gerekçesi “*tespiti bir yargılama gerektirmeyen tazminat istemleri hakkında karar verme imkanı ve idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması*” olarak belirtilmiştir. Nitekim 6384 sayılı Kanun'dan hareketle Tazminat Komisyonu kendisine yapılan başvurular ve verilen tazminatın geri alınması bakımından CMK m. 141, 143 ve 144'ü uygulama yetkisini haizdir. Keza Komisyon, 6384 sayılı Kanun m. 4/6 gereği müracaatın ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve verilecek tazminat miktarının saptanmasında gerekli gördüğü araştırmaları yapmaya veya üyelerden birine yaptırmaya ya da Cumhuriyet başsavcılıklarından bilirkişi incelemesi yapılmasını talep etmeye yetkilidir. Bu hüküm, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat bakımından gereksizdir. Zira Komisyon tarafından CMK m. 141, 143 ve 144'ü uygulanabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Yeni sistemde Komisyona cevaz veren birçok hüküm, Anayasa'ya uygunluk bakımından incelenmelidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki değişiklik gerekçesi olan *yargılama gerektirmeyen tazminat isteminden* ne anlaşılması gerektiği belirsiz kalmıştır. Esasında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasında gerek tazminat şartının sağlanıp sağlanmadığı gerek tazminat miktarının belirlenmesi yönünden çekişmeli bir dava söz konusudur. Zira CMK m. 142'de Devlet Hazinesi'nden varsa beyan ve itirazları istendiği açıkça belirtilmiştir. Bu durum ise Anayasa m. 9'da yer alan “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” hükmüyle bağdaşmamaktadır. Yine tazminatın belirlenmesi bakımından her türlü araştırma yapmaya yetkili Mahkeme, bu amaç için çeşitli muhakeme işlemlerine başvurabilecek iken; Tazminat Komisyonu açısından bu mümkün değildir. Örneğin, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde tanık dinlenmesi bakımından Komisyonun tanığı zorla getirme yetkisi bulunmamaktadır. Yine bilirkişi dinlemek isteyen Komisyon'un bilirkişinin gelmediği durumda başvurabileceği bir yol bulunmamaktadır. Bir diğer sorun ise tazminat talebine ilişkin kararın denetimi noktasındadır. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararlar Bölge Adliye Mahkemesi'nce denetlenecek iken; Tazminat Komisyonu'nun verdiği kararların denetimi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin yetkisindedir. Keza tazminat başvuruları yönünden gerekçede belirtilen, “*idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması*” tespitinde, hangi hususa dayanılarak ne gibi bir garantinin de sunulduğu anlaşılmalıdır¹⁰.

2024 yılı itibariyle yapılan ve ele aldığımız nihai değişiklik ise başvurulacak kanun yolu noktasında kendini göstermektedir. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kararlarına karşı başvurulabilecek en yüksek merci, artık Bölge Adliye Mahkemeleri olarak belirlenmiş ve dolayısıyla istinaf incelemesiyle sınırlandırılmıştır. Bu incelemede yerinde görülmemeyen kararlar bakımından ise istinaf mahkemesi tarafından işin esası hakkında karar verilecektir. Bu düzenleme, temyizde HMK kaynaklı kesinlik sınırının bakımından çıkan tartışmaları sona

¹⁰ Özbek, **a.g.m.**, s. 31. Yine Komisyonun, avukat bakımından vekalet ücreti tayin etme yetkisinin bulunmadığına dair bkz: Özbek, **a.g.m.**, s. 32.

erdirmiştir¹¹. Tazminat Komisyonu bakımından ise denetim merci Ankara Bölge İdare Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Kanun yolu denetimi için süre, Bölge Adliye Mahkemelerine başvuru yönünden iki hafta iken; Ankara Bölge İdare Mahkemesi bakımından on beş gündür.

Kaynakça

Bakkaloğlu, Enes; “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Yeni Bir Usul Olarak Öngörülen İfade Verme Taahhüdü”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: 7, S.: 13 (Eylül 2022), ss.: 255-272.

Hakeri, Hakan; **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2024.

Özbek, Veli Özer; “Sekizinci Yargı Paketi Olarak Bilinen 7499 Sayılı Kanun’un Ceza Hukukuna İlişkin Olarak Getirdiği Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.: 19, S.: 54, Nisan 2024, ss.: 17-42.

¹¹ Hakeri, **a.g.e.**, s. 446.

8.YARGI PAKETİ İLE KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNATA İLİŞKİN 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doğan GEDİK*

Özet

Ceza muhakemesinin amaçladığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi, sağlıklı ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi ve yine yargılama sonunda verilecek kararın infaz edilmesine olanak sağlamak bakımından sıklıkla koruma tedbirlerine başvurulabilmektedir. Hükümden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olmaları nedeniyle koruma tedbirlerinin uygulanması kanun koyucu tarafından sıkı koşullara bağlanmıştır. Koruma tedbirlerinin öngörülen koşul ve usullere aykırı uygulanması nedeniyle bireylerin zarara uğraması söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda hukuka aykırı olarak uygulandıkları anlaşılan koruma tedbirleri nedeniyle hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin uğradıkları zararları talep etmeleri, hukuk devletinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim soruşturma ve kovuşturma sırasında hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesine yönelik olarak açılacak tazminat davalarına ilişkin 5271 sayılı CMK'nın "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" ana başlığı altında 141 ila 144. maddelerinde kapsamlı düzenlemeler yer almaktadır.

Bu tebliğe konu 7499 sayılı Kanun değişikliği öncesi 5271 sayılı CMK'nın 141/1.maddesinde tazminat istemine konu edilebilecek koruma tedbirleri, 11 bent halinde yalnızca "yakalama", "gözaltına alma", "tutuklama" ile "arama" ve "elkoyma" tedbirleri ile sınırlandırılmıştır. Özellikle uygulaması çok ve aynı zamanda hukuka aykırı uygulanma ihtimali de yüksek olan iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı görevlendirme ve adli kontrol gibi koruma tedbirlerine yer verilmemesi öğretide yoğun bir şekilde eleştiri konusu yapılmıştır.

Kamuoyunda 8. yargı paketi olarak bilinen ve 02/03/2024 tarihinde kabul edilen 7499 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 5271 sayılı CMK'nın "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlıklı yedinci bölümünde, değişiklik veya ekleme içeren yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Adli kontrol tedbiri de dahil edilmek suretiyle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat nedenleri genişletildiği gibi Anayasaya uygunluğu tartışma yaratacak kabilden bir kısım tazminat nedenleri bakımından idari bir başvuru yolu ihdas edilmiştir. Söz konusu kanun ile koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin değişiklik içeren yeni hükümlerin değerlendirilmesi, bu tebliğin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koruma Tedbirleri, Tazminat, Tazminat Komisyonu, 8. Yargı Paketi.

* Dr., İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hakimi.
E-posta: dogangedik@hotmail.com
Orcid: 0000-0001-6131-9726

Giriş

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması devletin sorumluluğu altındadır. Bireyler, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, kendilerine hukuk düzeninde tanınan hakların ihlal edilmesi halinde, ihlalin ortadan kaldırılması ve yol açtığı zararı giderilmesini talep etme hakkına sahiptir¹.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma amacıyla koruma tedbirlerine başvurmak gerekebilir². Temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunma nitelikleri dolayısıyla koruma tedbirleri yasada ayrıntılı ve sıkı koşullara bağlanarak düzenlenmiştir. Öngörülen bu koşullar gerçekleşmeden koruma tedbirlerine başvurulması veya yargılama sonunda koruma tedbirinin haksız olduğunun anlaşılması durumlarında, tedbirlere maruz kalan kişilerin maddi ve manevi zarara uğramaları mümkündür³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*" başlıklı 5'nci maddesinin ilk dört fıkrasında, kişi özgürlüğünün nasıl ve hangi hallerde kısıtlanabileceği düzenlenmişken, son fıkrasında, "*Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutuklu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır*" şeklinde ifadeye yer verilerek sözleşmede belirlenen esaslara aykırı şekilde gerçekleştirilen yakalama veya tutuklama işlemi nedeniyle zarara uğrayanların tazminat talep edebileceği hükmüne bağlanmıştır⁴.

Haksız yakalanan ve tutuklanan kimselere tazminat ödenmesine ilişkin düzenlemeye yer veren 1982 Anayasası'nın 19'uncu maddesinde, yakalama ve tutuklama koşullarına vurgu yapıldıktan sonra (17.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile değişik) son fıkrasında, "*bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödenir*" şeklinde hükme yer verilmiştir. Diğer taraftan Anayasa'nın 40/3'ncü maddesinde ise kişinin, resmi görevliler tarafından meydana getirilen haksız işlemler sonucu uğradığı zararının kanuna göre devlet tarafından tazmin edileceği düzenlenmiştir⁵.

¹ ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Eker Behiye/GÜLEÇ, Soyer Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.267; ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.277; AKSÜNGER, Duygu, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2017, s. 219; SÜMER, Seda Yağmur, "Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi-Karar İncelemesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan), C.21, İzmir, 2019, s.1272; YILDIZ, Mehmet, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Koruma Tedbirlerinin Usule Göre Uygulanmaması Dolayısıyla Doğan Zararlar Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Kırıkkale, 2020, s.5; GEDİK, Doğan, "Güncel Yargı Kararları Işığında Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Tazminat İstemi Koşulları, Başvuru Şekli Ve Yargılama Usulü", İstanbul Barosu Dergisi , Yıl: 2022, Cilt: 96, Sayı: 2, s.135 vd.

² ŞAHİN, s.276; AKSÜNGER, s.1; HAKERİ, Hakan, Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, 3.Baskı, Ankara 2024, s.21 vd.

³ ÖZALP, Nabi, "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.145, 2019, s. 82; AKSÜNGER, s. 219; SAVAŞ KETEN, Semra, Türk Ceza Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Gaziantep, 2018, s.22; ŞAHİN, s. 276.

⁴ HAKERİ, s.26; ÖZALP, s.83.

⁵ GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.220; HAKERİ, s.133; ÖZALP, s.83; SAVAŞ KETEN, s.23.

Koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat nedenlerine yönelik ilk kanuni düzenleme 7 Mayıs 1964 tarih ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanunla yapılmıştır⁶. Söz konusu kanun yalnızca haksız yakalama ve tutuklama hallerinde tazminat talep edilebilmesini düzenlenmiştir⁷.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yedinci bölümünde “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” ana başlığı altında 141. maddesinde tazminat nedenleri, 142. maddesinde tazminat isteme koşulları ve yargılama usulü, 143. maddesinde tazminatın geri alınması ve 144. maddesinde ise tazminat isteyemeyecek kişiler düzenlenmiştir⁸. İleride değineceğimiz üzere CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, tazminat talep edilebilecek koruma tedbirleri sayısı ile koruma tedbirleri dışında kalan tazminat nedenleri çoğalmıştır.

466 sayılı Kanunu 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldıran 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 6. maddesinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemine ilişkin olan 141. ve devamı maddelerinin 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yapılan işlemler hakkında uygulanacağı, bu tarihten önceki işlemler için ise 466 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir⁹.

Buraya kadar olan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere soruşturma ve kovuşturma evresinde uygulanan koruma tedbirleri ile yapılan çeşitli muhakeme işlemleri nedeniyle kişiler zarara uğramış olabilirler. Kişiler uğranılan tüm zararlarını, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri devletten tazmin etmek için başvuru hakkına sahiptirler. Dolayısıyla koruma tedbirleri nedeniyle tazminat sorumluluğu, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı olarak sınırlandırılması sonucu ortaya çıkmakta ve bunun sonucu oluşan zarardan Devlet sorumlu tutulmaktadır¹⁰.

Bu tebliğde, kamuoyunda 8. yargı paketi olarak bilinen ve 02/03/2024 tarihinde kabul edilen 7499 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile 5271 sayılı CMK'nın “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” başlıklı yedinci bölümünde, değişiklik veya ekleme içeren yeni düzenlemelere değinilecektir.

I. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Tazminat Nedenleri

5271 sayılı CMK'nın yedinci bölümünde “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*” ana başlığı altında 141 ila 144. maddelerinde tazminat nedenleri, tazminat isteminin koşulları, tazminatın geri alınması ve tazminat isteyemeyecek kişiler kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

⁶ 466 Sayılı Yasa hakkında bilgi ve CMK hükümleri mukayese için YALVAÇ, Gürsel, “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, İstanbul, 2015, s.269 vd. Ayrıca YILDIZ, s. 29 vd.

⁷ AKSÜNGER, s.225; AŞKIN, Uğur, Uğur, “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s. 25.

⁸ ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.268.

⁹ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.560; AKSÜNGER, s. 228; KOCABEY, Serkan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Kırıkkale, 2020, s.47.

¹⁰ KOCABEY, s.102.

Bölüm başlığı “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” olsa da içerik itibari ile kanunda düzenlenen tüm koruma tedbirleri ile ilgili olarak tazminat hususu düzenlenmemiş, alt başlık altında değindiğimiz üzere CMK m. 141/1’de belirli (yakalama, gözaltı, tutuklama, arama, elkoyma) koruma tedbirleri bakımından tazminat talep edilebileceği düzenlenmiştir¹¹.

CMK 141/1.maddesinde sayılan durumlarda koruma tedbirine maruz kalan kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler. Belirtelim ki CMK madde 141/1’de düzenlenen bu tazminat nedenleri ancak *soruşturma ve kovuşturma kapsamında yapılan işlemler* için geçerlidir¹².

Öğretide de ifade edildiği üzere CMK m. 141’de düzenlenen tazminat nedenleri sınırlı sayıda olup istisnai düzenlemeler kıyas yolu ile genişletilemediğinden bunun dışındaki nedenlerle CMK m.141 ve devamı hükümleri kapsamında tazminat talep edilemez¹³. Bu anlayış doğrultusunda Yargıtay da, 7499 sayılı yasa değişikliği öncesi CMK m.141/1’de yer verilmeyen “*adli kontrol*” ile “*iddianamede yer almaması gereken mağdura ait bilgilerin yer alması*” nedeniyle açılan tazminat davalarını kabul eden az sayıdaki kararları haricinde¹⁴, tazminat nedenlerinin yasada sınırlı olarak düzenlendiği gerekçesiyle açılan davaların reddi yönünde kararlar vermektedir¹⁵. Dolayısıyla CMK’nın 141. maddesinde yer alan bentlerdeki sınırlı sayıdaki tazminat nedenleri dışında uygulanan bir koruma tedbiri nedeniyle zarar meydana gelmişse, bunu tazmin yolu İdare Hukuku esasları çerçevesinde idare aleyhine tam

¹¹ HAKERİ, s.139 vd; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.560;SÜMER, s. 1275 vd. Hükümün olumlu olmakla birlikte güncel ve yaygın koruma tedbirlerini içermemekle eksik olduğu hususunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 560; KARAKEHYA, s. 383; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.471; SÜMER, s.1278;ÖZALP, s.86;AKSÜNGER, s. 226; AŞKIN, s. 28.

¹² GÜNGÖR, s.27.

¹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE , s.561; KARAKEHYA, s.383-384;SÜMER, s.1278; KOCABEY, s. 48.“Tazminat istemine ilişkin CMK’nın 141. maddesinde suç soruşturması ve kovuşturması sırasında gerçekleşen koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği belirtilerek tazminat istenebilecek hallerin **tahdidi şekilde sıralandığı, davacının, hükümlü olarak cezasını infaz ettiği sırada,...Davacının fazladan cezaevinde kalmasında denetimli serbestlik memurunun hatasının bulunduğu vurgulayarak tazminat istemine ilişkin davanın gereğinin takdirinin idari yargı görev alanında kaldığı** ve bu mahkemeler önünde tazminat isteminde bulunulabileceği gözetilip; **görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi**” (Y.12.CD, 01.03.2021, 2019/2326- 2021/2040, UYAP). “5271 sayılı CMK’nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemini düzenleyen 141. maddesinde tazminat istenebilecek hallerin tahdidi olarak sayıldığı ve sayılan tüm hallerin de suç soruşturması veya kovuşturması sırasında gerçekleşmiş olması şartının arandığı, bu kapsamda davacıya ait iki adet cep telefonu hattının sahte isimler gösterilerek hukuka aykırı olarak dinlendiği gerekçesiyle tazminat talebinde bulunulmuş ise de, dosya içeriğine göre, davacı hakkında Milli İstihbarat Teşkilatı İstanbul Bölge Başkanlığı’nın talebi üzerine 5397 sayılı Kanunla değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenen istihbari dinleme yapıldığı, davacı hakkında herhangi bir suç soruşturması veya kovuşturması bulunmadığı ve 5271 sayılı CMK’da düzenlenen bir koruma tedbiri de uygulanmadığı, **dolayısıyla aynı Kanununun 141. maddesinde sayılan tazminat istenebilecek hallerin bulunmadığı**, davacının idari yargı mercilerinde tazminat isteminde bulunabileceği dikkate alınarak, **davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi**” (Y.12.CD, 18/12/2019, 2019/89-2019/11993, UYAP).

¹⁴ Örneğin bkz. Y. 12. CD, 20.3.2017, 2016/12408, 2017/2139; 12.CD, 16.2.2015, 2014/13444, 2015/2705; 12. CD, 11.11.2015, 2015/13049, 2015/17584 (ÖZALP, s. 85).

¹⁵ ÖZALP, s. 86. Örneğin bkz. Y. 12. CD, 29.5.2017, 2016/2333, 2017/4473; Y. 12. CD, 10.12.2015, 2015/12815, 2015/19162; Y. 12. CD, 10.12.2015, 2015/334, 2015/19161 (ÖZALP, s.86). Ayrıca bkz. “5271 sayılı CMK’nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemini düzenleyen 141. maddesinde tazminat istenebilecek hallerin tahdidi olarak sayıldığı ve sayılan tüm hallerin de suç soruşturması veya kovuşturması sırasında gerçekleşmiş olması şartının arandığı” (Y.12.CD, 18/12/2019, 2019/89- 2019/11993, UYAP).

yargı davası açmak olacaktır¹⁶. Çünkü devlet kendinden kaynaklanan sebeplerden meydana gelen zararları karşılamak zorundadır (AY m.125/son)¹⁷.

CMK'nın 141. maddesinin 1.fikrasında sayılan sınırlı tazminat nedenlerinin yanı sıra 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 70. maddesiyle CMK 141.maddeye eklenen 3. fıkra ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının soruşturma ve kovuşturma evresinde 141/1. maddede sayılan tazminat sebepleri dışındaki verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle de tazminat istenebileceği belirtilmiştir.

CMK 323/3'te yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararların da 141 ilâ 144'üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edileceği hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan 23.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6723 sayılı Kanun 32.maddesiyle "Şirket İçin Kayyım Tayini" başlıklı 5271 sayılı CMK'nın 133.maddesine 5.fıkra eklenerek; kayyımın iş ve işlemlerinden dolayı meydana gelebilecek zararlar nedeniyle Devlet aleyhine tazminat davası açılacağı, Devlet'in ise dava neticesinde ödediği tazminatı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyıma rücu edeceği belirtilmiştir.

II. 8.Yargı Paketinde Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminata İlişkin Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Değişiklikler

A. Genel Olarak

7499 sayılı Kanun'un 12. 13. ve 14. maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "**Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**" başlıklı yedinci bölümünde yer alan 141, 142 ve 144. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

B. Adli Kontrol Tedbirine İlişkin Düzenlemeler

Yeni tazminat nedenleri: 7499 sayılı Kanunun 12.maddesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141'inci maddesinde değişiklik yapmak suretiyle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemlerinin kapsamı genişletilmiştir.

Nitekim "*k) Yakalama, adli kontrol veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkanlarından yararlandırılmayan*" şeklinde maddenin birinci fıkrasının (k) bendinde

¹⁶ "Tazminat istemine ilişkin CMK'nın 141. maddesinde "suç soruşturması ve kovuşturması sırasında" gerçekleşen koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat istenebileceği ve madde metninde bu aykırılıkların tahdidi şekilde sıralandığı, **infaz aşamasında meydana gelen** hukuka aykırılıkların madde kapsamında bulunmadığı bu yöndeki hukuka aykırılıkların Uyuşmazlık Mahkemesinin 19.03.1993 tarih ve 1993/6 Esas ve 1993/5 sayılı kararında da belirtildiği üzere, **idari yargı görev alanında kaldığı ve bu mahkemeler önünde tazminat isteminde bulunulabileceği gözetilip; görevsizlik kararı verilmesi yerine,** yargılamaya devamla yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi," (Y.12.CD, 25.11.2014 ,2014/6023-2014/23719, UYAP).

¹⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 560; ÜNVER/HAKERİ, s.472;YILDIZ, s. 33; GÜNGÖR, s.27. "Bununla birlikte dava konusu yapılan eylem veya işlemlerin bir yargısal faaliyet olmaması gerekir. Zira Anayasa'nın 125.maddesi, idarenin kendi eylem veya işlemlerinden dolayı sorumlu olacağını düzenlenmiş olup, idari işlem veya eylem niteliğini haiz olmayan yargısal işlemlerden dolayı idarenin sorumluluğu öngörülmemiştir" (bkz. ÖZALP, s. 86)

yapılan düzenlemeyle, yakalama ve tutuklama işlemlerinin yanında “adli kontrol” işlemlerine karşı da kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişilerin tazminat isteminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Böylelikle, adli kontrol işlemlerinin de başvuru imkânlarından yararlandırılma bakımından yakalama ve tutuklama işlemleriyle aynı güvenceye kavuşturulması öngörülmüştür.¹⁸

Öte yandan “**1) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen**” şeklinde düzenlemeyle CMK m.141 hükmüne (I) bendi eklenmek suretiyle; hakkında CMK m.109/3/(e) bendinde düzenlenen adli kontrol yükümlülüğü ile CMK m.109/3/(j) bendinde düzenlenen adli kontrol yükümlülüğü uygulanan kişiler bakımından da haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi halinde, maddi veya manevi tazminat talebinde bulunma imkanı getirilmiştir. Atıf yapılan CMK’nın 109 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen “**özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek**” adli kontrol yükümlülüğü ile (j) bendinde belirtilen “**konutunu terk etmemek**” adli kontrol yükümlülüğü altında geçen sürelerin, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edileceği öngörülmüştür.

Tazminat hakkının bildirilmesi: CMK’nın 141/2.maddesinde bazı tazminat nedenleri için ilgiliyi uyarma yükümlülüğü getirilmiştir. Maddede yapılan değişikliklerle; 141.maddeye yeni eklenen (I) bendinde sayılan adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlarına karar verilen kişilere, ilgili merciler tarafından tazminat haklarının bulunduğu bildirileceği hüküm altına alınmıştır¹⁹.

7499 sayılı Kanunun 22.maddesiyle CMK’ya Geçici Madde 6 eklenerek, CMK m.141’de yapılacak değişikliklerin ne zaman ve nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; bu maddeyi ihdas eden Kanunla 141’inci maddede yapılan düzenlemeler, 1/6/2024 tarihinden sonra kesinleşen karar veya hükümler bakımından uygulanacaktır. 7499 sayılı Kanunun 40.maddesine göre bu hükümler 1 Haziran 2024’te yürürlüğe girecektir.

Tazminat istemeyecek kişiler: “Tazminat İsteyemeyecek Kişiler” başlığını taşıyan 144.maddesinde; “**(1) Kanuna uygun olarak yakalanan, adli kontrol altına alınan veya tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler**” ve “**e) Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına, adli kontrol altına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar**” şeklinde düzenlemelerle, CMK m.141’de yapılan değişikliğe uygun olarak “adli kontrol altına alınan” ibaresi eklenmiş ve böylece usulüne uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerin yanında usulüne uygun olarak adli kontrol altına alınan kişilerin de tazminat istemeyeceği öngörülmüştür.

¹⁸ Madde Gerekçesi

¹⁹ CMK m.141: “**(2) Birinci fıkranın (e), (f) ve (I) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.**”

C. Dava Açma Prosedürüne İlişkin Değişiklikler

1. Genel Kural

5271 sayılı CMK'nın 141 vd. maddelerinde, suç soruşturması ve kovuşturması dolayısıyla uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla açılacak tazminat davalarının devlet aleyhine açılabileceği ve yetkili mahkemenin davanın zarara uğratanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi olduğu ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde davanın görülüp karara bağlanacağı düzenlenmiştir (CMK m.141/1, 142/2).

2. CMK 141. Maddenin 1. Fıkrasının (e), (f) ve (l) Bentleri Kapsamındaki İstemler Bakımından Tazminat Komisyonuna Başvuru

“Tazminat İsteminin Koşulları” başlığını taşıyan CMK'nın 142.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “(2) İstem, zarara uğratanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır” şeklindeki hükmün devamına, 7499 sayılı Kanunun 13.maddesiyle “Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bu fıkra uyarınca 6384 sayılı Kanun kapsamında olmasına rağmen ağır ceza mahkemesine yapılan istemler, Komisyona gönderilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle Komisyona gönderir. Bu hâllerde ağır ceza mahkemesine yapılan istem tarihi esas alınır.” şeklinde önemli bir cümle eklenmiştir.

Anlaşılabileceği üzere Kanun koyucu bu ek düzenlemeyle genel kuraldan ayrılarak, bazı tazminat nedenleri bakımından başvurunun, ağır ceza mahkemesi yerine Tazminat Komisyonu'na yapılmasını öngörmüştür. Düzenlemeye göre;

- “Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenler” (141/1-e);
- “Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılanlar” (141/1-f);
- “Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenler” (141/1-l) ,

Bakımından CMK m.142 değil, 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Gereğe göre değişiklikle, koruma tedbirleri nedeniyle yapılacak bu tazminat istemlerinin 6384 sayılı Kanunla kurulan Tazminat Komisyonuna yapılması öngörülmekte ve bu istemlerin idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. Böylelikle, tespiti herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmeyen tazminat istemleri hakkında kısa sürede karar verilmesi sağlanmış olacaktır.

3. Başvuruda Yanılgı

Kanunun açık hükmüne rağmen 6384 sayılı Kanun kapsamına giren ve Tazminat Komisyonunca karara bağlanması gereken tazminat istemleri hakkında yetkili ağır ceza mahkemesine başvuru yapılması halinde ise bu istem Komisyona gönderilecektir. Buna ek olarak, şüpheli veya sanığın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen istemleri birlikte yapması halinde de ağır ceza mahkemesi, görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle yine Tazminat Komisyonu'na gönderecektir. Bu hallerde ağır ceza mahkemesine yapılan *istem tarihi* esas alınacaktır. Böylece Komisyon yerine ağır ceza mahkemesine başvuru yapılan durumlarda, başvurunun süresinde ve geçerli sayılması uygun görülmüştür. Ayrıca ağır ceza mahkemesine, görev alanına girmeyen istemleri ayırma ve Tazminat Komisyonuna gönderme görevi yüklenmiştir.

4. Görev İhtilafı

7499 sayılı Kanunun 29.maddesiyle 6384 sayılı Kanuna eklenen “Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemine ilişkin usul ve esaslar” başlıklı 5/B. maddesinin 2. fıkrasına göre, CMK'nın 142 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olmasına rağmen Komisyona yapılan istemler, ağır ceza mahkemesine gönderilir. Komisyonun görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise Komisyon görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle ağır ceza mahkemesine gönderir. Bu hallerde Komisyona yapılan *istem tarihi* esas alınır. Komisyon ile ağır ceza mahkemesi arasında görev konusunda anlaşmazlık çıkması halinde Komisyonun görevine giren işlerin tespiti amacıyla ağır ceza mahkemesi veya Komisyon, kesin olarak karar verilmek üzere Ankara Bölge Adliye Mahkemesine başvurur²⁰.

5. Yürürlük Tarihi

7499 sayılı Kanunun 22.maddesiyle CMK'ya Geçici 6.Madde eklenerek, CMK m.142'de yapılacak değişikliklerin ne zaman ve nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142 nci maddede yapılan değişiklikler, **1/6/2024 tarihinde ve sonrasında yapılan istemler bakımından uygulanacaktır**. Bu tarihten önce yapılan istemlere, kesinleşinceye kadar bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142. maddede yapılan değişiklikten önceki hükümlere göre yargı mercilerince bakılmaya devam olunacaktır. Bu fıkra da yer alan düzenlemeler ile bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142. maddede yapılan değişiklikler, mülga 7/5/1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılan veya yapılacak olan istemler hakkında da kıyasen uygulanacaktır.

7499 sayılı Kanunun 32.maddesiyle 6384 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3. Maddenin 3.fıkrasına göre; Komisyona, Ceza Muhakemesi Kanununun 142. maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki istemler bakımından 1/6/2024 tarihinden sonra müracaat edilebilir.

²⁰ Komisyon, tazminat istemlerine ve tazminatın geri alınmasına ilişkin yapacağı değerlendirmede Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci, 143 üncü ve 144 üncü maddelerini uygular. Komisyon tarafından verilen tazminatlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 143 üncü maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısının tazminatın geri alınmasına ilişkin yazılı istemleri Komisyona yapılır (6384 Sayılı Kanun m.5/B-3).

Böylece CMK m.142’de yapılan değişikliklerin 01.06.2024 tarihinde ve sonrasında yapılan istemler bakımından uygulanacağı, bu tarihten önce yapılan istemlerin ise yargı mercilerince kesinleşinceye kadar, CMK m.142’de yapılan değişiklikten önceki hükümlere göre sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır. 7499 sayılı Kanununun 40.maddesine göre bu hükümler 1 Haziran 2024’te yürürlüğe girecektir.

D. 15 Gün Olan Hazinenin Beyan ve İtiraz Süresi İki Hafta Olarak Değiştirilmiştir

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, devlet aleyhine açıldığından ve davalı olarak da hazinenin gösterilmesi gerektiğinden, mahkeme, yeterli olan veya eksikliği tamamlanan dilekçeyi davalıya tebliğ ederek, uygulamadaki tabirle taraf teşkilini sağlamak zorundadır²¹. Nitekim CMK m.142/5’e göre, mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

7499 sayılı Kanun’un 13.maddesiyle 142.maddenin 5. fıkrasında yapılan değişiklikle, 15 gün olan Hazinenin beyan ve itiraz süresi “iki hafta” olarak değiştirilmiştir.

E. İstinaf Yasa Yolunda İşin Esası Hakkında Karar Verme Görevi Verilmiştir

Yargı paketi ile CMK m. 141/8’e eklenmesi öngörülen cümleye göre, “*Karar yerinde görülmezse bölge adliye mahkemesince işin esası hakkında karar verilir. Bölge adliye mahkemelerince bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir.*” Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren hâllerde, ağır ceza mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulduğunda, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmemesi hâlinde işin esası hakkında “kesin olarak” karar vermesi öngörülmektedir. Gerekçeye göre bu düzenlemeyle dosyaların merciler arasında gidip gelmesi önlenmekte ve kesin karara daha kısa bir sürede ulaşılması hedeflenmektedir.

Bilindiği üzere istinaf edilen ilk derece mahkemesi kararlarına yönelik Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen “esastan red” veya “düzeltilerek esastan red” kararları , kabul edilen veya reddedilen tazminat miktarının temyiz edilebilirlik sınırlarının üstünde olması kaydıyla temyize tabidir²². Ancak 7499 sayılı yasa değişikliği ile eklenen “...*bu fıkra uyarınca*

²¹“ 5271 sayılı CMK’nın 142. maddesinin 7. fıkrasındaki; "Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir." şeklindeki düzenlemeye muhalefet edilerek, davacı tarafa açıklamalı **çağrı kâğıdı çıkarılarak, taraf teşkili sağlanmasından sonra karar verilmesi gerektiği gözetilmeden**, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi,” (Y.12.CD, 26/03/2018, 2017/8663-2018/3368, UYAP). “Dava dilekçesi ve duruşma günü 05/03/2015 tarihinde davalı kuruma tebliğ edilmiş olmasına karşın, taraf teşkili sağlanmadan bu tarihten daha önce 16/02/2015 tarihli duruşmada **davanın reddine karar verilmek suretiyle CMK’nın 142/5-7. maddesine aykırı davranılması**” (Y.12.CD, 19/02/2018, 2017/9365- 2018/1712, UYAP). “Davalı vekiline dava dilekçesi ile duruşma gününü bildirir tebligatın yapıldığına dair evraka dosya içerisinde rastlanılmaması karşısında, davalı vekiline dava dilekçesi ile **duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilerek dava dilekçesine karşı beyan ve itirazlarını bildirme imkanı tanınması ve taraf teşkili sağlanması gerektiğinin gözetilmemesi**” (Y.12.CD, 21.11.2016, 2015/12164- 2016/12901, UYAP).

²² Burada da HMK 362.maddesindeki temyiz sınırları dikkate alınmaktadır. “Karar tarihi itibarıyla **temyiz kesinlik sınırının 2.190,00 TL olduğu** ve davacı lehine hükmedilen tazminat miktarının 50,00 TL olması nedeniyle hükmün **davalı açısından kesin olduğu görülmekle;**

verilen kararlar kesindir” şeklindeki hükme göre, artık (miktar itibariyle kesinlik sınırı üstünde kalsa bile) temyiz yasa yolunun kapalı olduğu düşüncesindeyiz²³. Ayrıca yine eklenen “Karar yerinde görülmezse bölge adliye mahkemesince işin esası hakkında karar verilir” şeklindeki hüküm gereğince, Bölge Adliye Mahkemeleri, ağırlıklı olarak HMK’ya atıf yaparak verdikleri “bozma” kararlarını vermek yerine ya “düzeltilecek esastan red” veya duruşma açarak yeni bir karar vereceklerdir. Bu kararlara karşı, red veya kabul miktarı sınırın üstünde olsa bile temyiz yasa yoluna başvurulamayacaktır.

Değerlendirme ve Sonuç

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davasına ilişkin CMK 141 vd. maddelerinde öngörülen düzenlemeler, 466 sayılı Kanuna göre olumlu ve ileri bir aşamayı ifade etmektedir. Gerek tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak görülmesi, gerek içtihatlarla tazminat nedenlerinin genişletilmesi ve giderek hak odaklı bir yaklaşımın sergilenmesi, gerekse 466 sayılı Yasa dönemine göre tazminat miktarlarının nispeten artmış olması, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarına olan ilgiyi artırmıştır. Açılan dava sayısında her yıl artış görülmektedir. Tarihsel gelişimi ile birlikte gelinen aşama göz önünde bulundurulduğunda, eksiklikleri olmasına rağmen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumunun önemli bir gelişme gösterdiğini söyleyebiliriz.

7499 sayılı Kanun değişikliği öncesi 5271 sayılı CMK’nın 141/1.maddesinde tazminat istemine konu edilebilecek koruma tedbirleri, 11 bent halinde yalnızca “yakalama”, “gözetim altına alma”, “tutuklama” ile “arama” ve “elkoyma” tedbirleri ile sınırlandırılmıştır. Özellikle uygulaması çok ve aynı zamanda hukuka aykırı uygulanma ihtimali de yüksek olan “iletişimin denetlenmesi”, “teknik araçlarla izleme”, “gizli soruşturmacı görevlendirme” ve yine “adli kontrol” gibi koruma tedbirlerine yer verilmemesi öğretilde yoğun bir şekilde eleştiri konusu yapılmıştır.

Kamuoyunda 8. yargı paketi olarak bilinen ve 02/03/2024 tarihinde kabul edilen 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 5271 sayılı CMK’nın “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlıklı yedinci bölümünde, değişiklik veya ekleme içeren yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle “adli kontrol tedbiri” dahil edilmek suretiyle koruma tedbirleri nedeniyle tazminat nedenleri genişletilmiştir. Nitekim 7499 sayılı Kanun ile CMK’nun 141.maddesinin 1’inci fıkrasının k bendindeki, Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmama tazminat sebebinin kapsamına halen mevcut yakalama ve

Davalı vekilinin temyizinin katılma yolu ile yapılmadığı dikkate alınarak, 6100 sayılı HMK’nun geçici 3. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan ve 21.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik HUMK’nun 427. ve ek 4. maddelerindeki temyiz sınırı ve hükmolunan tazminat miktarına göre hükmün kesin olması nedeniyle **davalı vekilinin temyiz isteminin 1086 sayılı HUMK’un 432. maddesi gereğince isteme uygun olarak REDDİNE**” (Y.12.CD, 05.07.2020, 2020/1040- 2021/5429, UYAP).). “Karar tarihi itibariyle temyiz kesinlik sınırının 3.200,00 TL olduğu ve davacı lehine hükmedilen tazminat miktarının 100,00 TL olması nedeniyle hükmün davalı açısından kesin olduğu” (Y.12.CD, 05.07.2021, 2020/12197- 2021/5406, UYAP). 6100 sayılı HMK’nun geçici 3. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan ve 21.07.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik HUMK’nun 427. ve ek 4. maddelerindeki temyiz sınırı ve hükmolunan tazminat miktarına göre hükmün kesin olması nedeniyle davalı vekilinin temyiz isteminin 1086 sayılı HUMK’nun 432. maddesi gereğince isteme uygun olarak REDDİNE.” (Y.12.CD, 05.07.2021, 2020/1027-2021/5419, UYAP).

²³ Aynı yönde HAKERİ, s.446.

tutuklamadan başka adli kontrol tedbirlerinin tamamı da katılmıştır (7499 sayılı Kanun m.12). Ayrıca “l) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen” şeklinde düzenlemeyle CMK m.141 hükmüne (l) bendi eklenmek suretiyle CMK m.109/3/(e) bendinde düzenlenen adli kontrol yükümlülüğü ile CMK m.109/3/(j) bendinde düzenlenen adli kontrol yükümlülüğü uygulanan kişiler bakımından da haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi halinde, maddi veya manevi tazminat talebinde bulunma imkanı getirilmiştir

Öte yandan 7499 sayılı yasa ile Anayasaya uygunluğu tartışma yaratacak kabilden bir kısım tazminat nedenleri bakımından idari bir başvuru yolu ihdas edilmiştir. Gerçekten de 7499 sayılı Kanununun 13.maddesiyle CMK 142.maddesinin 2.fikrasında yer alan düzenlemeye, “Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır...” şeklindeki ek cümle eklenerek bazı tazminat nedenleri bakımından başvurunun, (1/6/2024 tarihinden itibaren) ağır ceza mahkemesi yerine Tazminat Komisyonu’na yapılması öngörülmüştür.

Düzenlemeye baktığımızda uygulamada ağır ceza mahkemelerinde en çok dava konusu edilen (m.141/e-f) istemler ile dava konusu edilme ihtimali yüksek olan (141/-l) istemin, Tazminat Komisyonuna devredildiğini görmekteyiz. 7499 sayılı Yasa gerekçesinde, bu bir kısım tazminat nedenleri için idari bir başvuru yolu ihdas edilme gerekçesi olarak, “tespiti ve karşılanması herhangi bir yargılama yapılmasını gerektirmeyen tazminat istemlerinin tercih edildiği” ve “bu istemlerin idari başvuru yoluyla hızlı bir biçimde sonuçlandırılması amaçlandığı” şeklinde açıklamaya yer verildiğini görmekteyiz.

Yukarıda da açıkladığımız üzere “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davaları”, HMK ve CMK hükümlerinin birlikte uygulandığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin içtihatlarının yön verdiği, akademik ilginin her geçen gün arttığı ve uygulamada da sıklıkla da başvuru olan özgün bir dava türüdür. Hal böyleyken, 7499 sayılı yasa ile adli kontrolü de dahil etmek suretiyle tazminat istenebilecek hallerin genişletilmesini yerinde bulmakla birlikte, tazminat istenebilecek bir kısım nedenler bakımından idari başvuru yolu (Tazminat Komisyonuna başvuru) ihdas edilmesini yerinde bulmadığımızı, beraberinde bir çok sorunu da getireceğini söylememiz gerekir. Öncelikle gerekçe, suç siyaseti bakımından neden bir kısım tazminat istemleri bakımından idari yolun tercih edildiğini rasyonel şekilde izah etmekten uzaktır. Ayrıca aynı kuruma ilişkin iki ayrı yargı koluna başvuru ve ilerleme, fayda getirmekten çok, yeknesaklığı bozma ve kurumun gelişmesini sekteye uğratma gibi olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Son olarak bir hak ihlali olup olmadığını, bunun tazminat gerektirip gerektirmeyeceği ve miktarının ne olacağı hususları esasen yargısal bir faaliyeti gerektirmektedir ve hukuka uygun olanı da hak aranacak ve hakkı teslim edecek merciin idari bir komisyon değil mahkeme olmasıdır.

Kaynakça

AKSÜNGER, Duygu, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2017

AŞKIN, Uğur, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.2, 2018

GEDİK, Doğan, “Güncel Yargı Kararları Işığında Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Tazminat İstemi Koşulları, Başvuru Şekli ve Yargılama Usulü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2022, Cilt: 96, Sayı: 2.

GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

HAKERİ, Hakan, **Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, 3.Baskı, Ankara 2024.

KOCABEY, Serkan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Kırıkkale, 2020

ÖZALP, Nabi, “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.145, 2019

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

ÖZTÜRK, Bahri/KAZANCI, Eker Behiye/GÜLEÇ, Soyer Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017

SAVAŞ KETEN, Semra, Türk Ceza Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Gaziantep, 2018

SÜMER, Seda Yağmur, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi-Karar İncelemesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan)**, C.21, İzmir, 2019

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YALVAÇ, Gürsel, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 3, S. 2, İstanbul, 2015

YILDIZ, Mehmet, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Koruma Tedbirlerinin Usule Göre Uygulanmaması Dolayısıyla Doğan Zararlar Nedeniyle Tazminat, (Yayınlanmamış YL Tezi), Kırıkkale, 2020.

ISRARLI TAKİBİN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİNDE KARŞILAŞILAN VE UNSURLARININ YORUMUNDA YAŞANILACAK BAZI SORUNLAR

R. Murat ÖNOK*

Özet

Tebliğde 12/5/2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanunun 8. maddesiyle Türk Ceza Kanunu'na 123/A maddesi olarak eklenen ısrarlı takip suçu bazı yönleriyle ele alınmıştır. Çalışmada ilk olarak ısrarlı takip eylemlerini suç olarak düzenlemekte yaşanan özel zorluklar tartışılmıştır. Ardından, mukayeseli hukuka nazaran suç tipinin kapsamının darlığı izah edilmiştir. Sonra, TCK m. 123/A'da düzenlenen suçun unsurları, teori ve uygulamada özellikle tartışma doğurması beklenen noktalarla sınırlı olmak üzere, irdelenmiştir. Keza, içtima, teşebbüs, yaptırım ve soruşturma-kovuşturma usulü açısından, yine mukayeseli hukuk da gözetilerek, tereddütlü ve/veya eleştiriye açık olan yönlere değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İsrarlı takip, Talking, Kadına karşı şiddet, Kanunilik, Belirlilik.

Giriş

TCK m. 123/A hükmü, Adalet Bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren Ceza Mevzuatı Bilim Kurulu'nca etraflıca tartışılmış ve Kurulca kabul edildiği şekliyle yasalaşmış bir suç tipidir¹. Elbette Kuruldaki tartışmaları aktarmak mümkün olmamakla birlikte, bu süreçteki tecrübeme de kısmen dayanmak suretiyle, ısrarlı takip suçu açısından iki temel meseleye değineceğim:

- 1) Böyle bir suç tipinin düzenlenmesinde ceza hukuku açısından yaşanan sorunlar nelerdir?
- 2) Bizdeki düzenlemenin ortaya çıkarmasını beklediğim bazı sorunlar ve tartışmalar nelerdir?

I. İsrarlı takip (stalking) eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi ceza hukuku açısından ne tür sorunları ortaya çıkarmaktadır?

Mukayeseli öğretilerde ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesi çok tartışmalı bir konudur². Bunun temel bir nedeni, ısrarlı takip nitelikli fiillerden önemli bir kısmının (örneğin, bir kimsenin sokakta karşısına çıkmak, mağdurun bulunduğu – kamuya açık – mekanlara gitmek, bir kimseyi sosyal medyadan takip etmek, bir kişiyle iletişim kurmaya çalışmak gibi) tek başına değerlendirildiğinde, hukuka uygun görünüm arz eden, toplum tarafından “tasvip edilemez” nitelikte telakki edilmeyen, müstakil haksızlık içeriğinden yoksun davranışlar olmasıdır³.

* Doç. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: monok@ku.edu.tr

Orcid: 0000-0002-9758-2769

¹ Bununla birlikte, ülkemizde maalesef genellikle olduğu gibi, bilimsel, sistematik bir yöntem izlenerek böyle bir suçun var olması gerektiğine karar verilmiş değildir. Oysa bkz. BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ÖNOK, R. Murat; Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda İsrarlı Takip, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022/1, 2022, s. 367.

² Bu konuda bkz. BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 310 vd.

³ VİLLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código penal italiano, *InDret*, C. 3, 2009, s. 11-12; TÜRKÖĞLU, Selin, *Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip*, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 79. Geçmişte bu davranışların sadece “nezaketsizlik” olarak görüldüğüne dair bkz. SOYGÜT,

Israrlı takip durumlarında, temelde hukuka aykırı olmayan davranışları haksızlığa çeviren husus, muhatabın rızasının bulunmadığı halde, anılan davranışların sistematik olarak tekrar edilmesi (ısrar unsuru)⁴ ve bu eylemler nedeniyle mağdur üzerinde doğan veya doğması muhtemel çeşitli olumsuz sonuçlardır⁵.

Ayrıca, kanun teklifinin madde gerekçesinde belirtildiği üzere⁶, bu tür fiiller mağdura, özellikle de kadına, yönelik daha ağır başka fiillerin ön aşamasını teşkil edebilmektedir⁷; bu bakımdan şiddetin (ve bilhassa kadına karşı olanın) önlenmesi açısından önem taşımaktadır. İsrarlı takip suçuna yer vermek suretiyle, bu tür potansiyel eylemlerin böylece önü kesilmek istenilmiştir. Kaldı ki, ısrarlı takip de esasen bir şiddet türüdür⁸.

Bir kısmı yukarıda aktarılan nedenlerle, ısrarlı takip nitelikli fiillerin bir kısmını zaten mevcut suç tipleri içerisinde değerlendirme olanağı bulunmasına rağmen; ısrarlı takip eylemine karşı müstakil bir cezalandırma sağlanmak istenilmiştir.

Bununla birlikte, mukayeseli doktrinde ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesi gereği, ülkeden ülkeye dozu değişmekle birlikte, itiraza uğramakta⁹; bu tür eylemlere karşı ceza hukuku haricinde kalan etkili araçların mevcut olduğu, cezai düzenlemenin etkisiz kalacağı ve daha ziyade “sembolik” mahiyette olacağı da öne sürülmektedir¹⁰.

Israrlı takip eylemlerinin suç olarak düzenlenmesinde yaşanan temel bir sorun, müstakil olarak hukuka aykırı olmayan eylemleri ceza hukukunun temel ilkeleriyle -özellikle de kanunilik ilkesiyle- uyumlu olacak şekilde, bir suç tipi olarak formüle etmekteki zorluktur¹¹.

M. Buket, Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, 2020, s. 2786.

⁴ MACRÌ, Francesco, Il Cyberstalking, **Cybercrime**, Ed. A. Cadoppi / S. Canestrari / A. Manna / M. Papa, Vicenza, UTET Giuridica, 2019, s. 616.

⁵ TÜRKÖĞLU, s. 94; DOĞAN, Recep, Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/2, s. 142. Yine bkz. SOYGÜT, M. Buket, Ceza Hukuku Bakımından İsrarlı Takip, **Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler**, Yay. Haz. M.Buket Soygüt/ Aras Türay), Beta, İstanbul, 2020, s. 85, 87.

⁶ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/WebOnergeMetni/4997a6c2-ab62-43c1-a74a-37958c4cf6cb.pdf>

⁷ BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 341.

⁸ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “İsrarlı Takip (Stalking), Kişinin Huzur ve Sükununu Bozma ve Türk Ceza Hukuku Bakımından Genel Değerlendirme”, **Balıkesir Barosu Dergisi**, Y. 2021, S.1 (<https://balikesirbarosu.org.tr/medya/balikesir-barosu-dergisi-sayi-1>)

⁹ Türk doktrininde ısrarlı takibin müstakil bir suç olarak düzenlenmesini destekleyen görüş için bkz. TÜRKÖĞLU, s. 116-117; YENERER ÇAKMUT, a.g.e.; ÖNOK, R. Murat, Ceza Hukukun Tekniği Açısından İsrarlı Takip Eylemlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi, **İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi – 8 Mart 2022 Özel Yayımları**, İstanbul 2022, s. 21; SOYGÜT, ÇÜHFD, s. 2810; MAVİŞ, Volkan, Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 3, 2021, s. 2493; ERDOĞAN, Yavuz/İŞTEN, İnanç, İsrarlı Takip Suçu, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 20, Sayı 238, Ekim 2022, s. 3806; TAŞKIN, Şaban Cankat, İsrarlı Takip Suçu, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 10 (1), Bahar 2023, s. 129; YILMAZ-İMRET, Hamdiye, Kadına Karşı Şiddetin Bir Türü Olarak İsrarlı Takip Suçu (TCK’nın 123/A Maddesi), **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11 (1), Bahar 2024, s. 20. Yine bkz. DOĞAN, s. 139; DERELİ, Alparslan, İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu, **Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK’a Armağan**, Ed. Mahmut KOCA, Ankara, 2020, s. 1383.

¹⁰ ÜNVER, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı 11, Aralık 2009, s. 114; CASSANİ, Carlotta, Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione, **Archivio Penale**, S. 1, 2018, s. 10.

¹¹ TÜRKÖĞLU, s. 16; ÜNVER, s. 113.

İsrarlı takip eylemlerinin homojen bir yapısal özellik taşıması¹² tüm görünüş biçimlerini tek bir tanım altında toplamayı zorlaştırmaktadır.¹³ Bu bakımdan, ısrarlı takip suçu her ülkede kanunilik ilkesi açısından sıkıntı arz etmekte¹⁴ ve hükmün kapsamının yorumu güç olmaktadır. İtalya gibi, geniş kapsamlı genel tanımlar getiren ülkeler açısından bu sorun daha akuttur. Bu sorunu aşmak için Almanya gibi bazı ülkeler ise oldukça kazüistik (meseleci) bir düzenleme tarzını benimsemektedir. Daha genel tanımlar içeren ve serbest hareketli suç yaratan düzenlemeler, zaman içinde yeni ihlal türlerinin kapsam dışında kalması nedeniyle hükmün eskimesinin önüne geçebilmektedir¹⁵. Ancak bu tür bir düzenleme aynı zamanda suç tipinin kapsamını genişleterek belirsizlik (ve kanunilik ilkesine aykırılık) riskini artırmaktadır.¹⁶

II. Suçun Kapsamına Dair Bazı Değerlendirmeler ve TCK m. 123/A'nın Unsurlarının Yorumunda Yaşanabilecek Bazı Sorunlar

A. Suçun Kapsamına Dair Genel Değerlendirmeler

TCK m. 123/A'da yer verilen ısrarlı takip suçunun, ısrarlı takip olgusunun kavramsal anlamına ve diğer bazı ülkelerdeki muadil suç tipine nazaran dar kapsamlı olduğu söylenmelidir¹⁷.

Seçimlik hareket sayma tekniğine ve bağlı hareketli bir suça¹⁸ yer vermek suretiyle, mukayeseli hukukta ısrarlı takip kapsamına giren birçok eylem yasal tanıma dahil edilmemiştir. Mesela mağdura hediyeler göndermek veya bir şeyler ısmarlamak¹⁹ ya da mağdurun arkadaşlarıyla temas kurmaya çalışmak²⁰ ya da sosyal medyada mağdurun kimliğine bürünerek hareket etmek²¹ ya da sosyal medyada sürekli bir kişi hakkında paylaşım yapmak²² ya da

¹² TÜRKOĞLU, s. 4; SOYGÜT, ÇÜHFD, s. 2786.

¹³ MACRÌ, s. 616; ÜNVER, s. 111.

¹⁴ Nitekim bkz. DÜLGER, M. Volkan, Normatif Düzenleme Açısından İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 8 Sayı 2, Aralık 2022, s. 33; ÜNVER, s. 114.

¹⁵ VİLLACAMPA ESTIARTE, s. 21. Ayrıca bkz. TÜRKOĞLU, s. 80.

¹⁶ VİLLACAMPA ESTIARTE, s. 21. Nitekim bkz. YILMAZ İMRET, s. 8.

¹⁷ Aynı yönde ÖZAR, Süleyman, İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 71 (3), 2022, s. 1408.

¹⁸ Aynı yönde DÜLGER, s. 34; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3782; ÖZAR, s. 1407; YILMAZ İMRET, s. 9 (fakat sonra bkz. aksi yönde, s. 20).

¹⁹ Fakat bazı yazarlara göre hediye göndermek ve/veya bir şey ısmarlamak gibi eylemleri temas kurmaya çalışmak (veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak) olarak görmek gerekir, KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 536; DÜLGER, s. 40; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3773, 3786; YILMAZ İMRET, s. 11. Gramatik yorum ile objektif amaçsal yoruma beraber başvurmak suretiyle bu sonuca varmak teorik olarak mümkün olsa da; bazı başka ülkelerin düzenlemelerinde bu tür eylemlere açıkça yer verilmiş olması, bizde ise sadece temas kurmaya çalışmaya yer verilmiş olması karşısında, aksinin savunulması da olanak dahilindedir (nitekim bu tür fiillerin suçun kapsamı dışında kaldığına dair bkz. ÖZAR, s. 1407).

²⁰ Buna karşılık madde gerekçesinde “üçüncü kişileri kullanarak mağdurla temas kurulmaya çalışılması” suç kapsamında zikredilmiştir. Gerekçede tarif edilen husus, üçüncü kişileri kullanarak failin mağdurla temas kurma teşebbüsüdür. Metindeki örnekte tarif edilen husus ise, bir şekilde mağdurun arkadaş çevresine dahil olmak amacıyla, mağdurun arkadaşı olan kişilerle temas kurmaktır.

²¹ Fakat kıyaslayınız BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim; İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A), **KHASHFD**, C. 10, S. 2, Aralık 2022, s. 330; yazarlar bu eylemi de hüküm kapsamında saymıştır.

²² Sosyal medyada mağdurun paylaşımlarına beğeni yapmayı da suç kapsamında sayan görüş mevcuttur (ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3782). Kanaatimce bu eylemi de “temas kurmaya çalışmak” olarak yorumlamak mümkün gözükmemektedir.

teknolojik vasıtalarla mağdurun hareketlerini uzaktan takip etmek²³ gibi²⁴, kriminolojik açıdan ısrarlı takip olarak tasnif edilen²⁵ (ve diğer bazı devletlerde suç tipinin kapsamına giren) bazı eylemler TCK m. 123/A kapsamında gözükmemektedir.

Keza, “hukuka aykırı başka bir davranış” veya “benzeri davranışlar” türünden, hükmün kapsamını genişletecek ibarelere, muhtemelen belirlilik ilkesine bağlı kaygılarla²⁶, TCK m. 123’ün aksine, yer verilmemiştir. Zaten böyle bir ibareye yer verilse, hükmün neresinde buna yer verileceği ve bu doğrultuda bu ibarelerin suç genel teorisine göre anlamı ve fonksiyonu tartışması doğacaktır²⁷.

En azından, TCK m. 123/A hükmünün – kapsamına girdiği ölçüde – bazı siber stalking eylemlerini cezalandırması önemlidir.

Bu dar kapsamın başlıca nedeni, şüphesiz, kanunilik ilkesi ve belirlilik gereğine dair kaygılardır²⁸.

Belki başka bir nedeni de hükmün henüz “deneme aşamasında” olmasıdır. Uygulamanın nasıl şekilleneceğine göre, ileride genişletilmesi mümkün olabilir. Lehe kanun değişikliğinin infaz aşamasında dahi dikkate alınmasını öngören TCK m. 7/2 hükmü nedeniyle hükmü başta geniş tutup daha sonra, duruma göre, daraltmak uygun bir yöntem olmamaktadır.²⁹

Öte yandan, toplumsal cinsiyet eşitliği kavramının bile yer yer reddedildiği bir siyasi ortamda, geniş bir düzenlemenin meclisten geçmesi, kanaatimce, zor olurdu.

Hükmün gerekliliğine ilişkin doktriner tartışmalar ve bazı durumlarda zaten mevcut bazı suç tiplerinin uygulama alanı bulabilecek olması da, muhtemelen, m. 123/A’nın dar kapsamını izah edebilir.

1. Maddi Unsurlar Açısından Gözlemler

TCK m. 123, aksine görüş olsa da³⁰, bir zarar suçu olarak düzenlenmiştir³¹. Benim de katıldığım, doktrindeki ezici çoğunluğa göre bir tehlike suçu yaratılmıydı³². Mesela Almanya’da 2007 yılında zarar suçu olarak yaratılan bu suç, on yıl sonra potansiyel tehlike

²³ DÜLGER, s. 38; TAŞKIN, s. 114; ÖZAR, s. 1410; ayrıca bkz. ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3786 (kısmen farklı gerekçelerle aynı sonuca varılmaktadır). Kanaatimce bu durumda bir “temas kurma çabası” yoktur. Aslında hükümdeki temastan kasıt, kişisel türden bir ilişki kurma gayretidir (benzer yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3772) fakat kıyas yasağını ihlal etmeksizin, mağdurun hareketlerinin uzaktan takip edilmesini “onunla temas (yani kişisel ilişki) kurmak” olarak yorumlamak mümkün gözükmemektedir. Keza bir görüşe göre (Balıcı/Çakır, s. 329), “failin, televizyon programlarına çıkıp mağdurun ismini zikretmesi, onun hayatıyla ilgili bilgiler paylaşması” da bu suç kapsamındadır. Kanaatimce bu eylemleri de ne fiziksel takip ne de temas kurmaya çalışmak olarak değerlendirmek mümkündür.

²⁴ Mesela TÜRKOĞLU bu nedenle suçun serbest hareketli olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindedir (TÜRKOĞLU, s. 81); aynı yönde DÜLGER, s. 41 ve TAŞKIN, s. 129.

²⁵ YENERER ÇAKMUT, a.g.e.

²⁶ DÜLGER, s. 34.

²⁷ Bu konuda bkz. ÖNOK, s. 18.

²⁸ Aynı yönde ÖZAR, s. 1425.

²⁹ TCK m. 7/2’nin infaz aşamasında da lehe hükmün geçmişe yürütmesini öngörmesinin maddi ceza hukukunu reform çalışmaları önünde ciddi bir engel teşkil ettiğini söylemeliyim. Uyarlama yargılamaları sebebiyle uygulamanın tikanacağı korkusuyla, lehe olabilecek bir yasal değişiklik yapmak “korkulur” bir şey olmaktadır.

³⁰ Koca/Üzülmüş’e göre (s. 533) somut tehlike suçu söz konusudur. Oysa huzursuzluğun oluşması ya da güvenlikten endişe duyulmasını bizatihi bir zarar olarak görmek gerekir.

³¹ Aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3782; ÖZAR, s. 1412; TAŞKIN, s. 115.

³² Aynı yönde SOYGÜT, ÇÜFH, s. 2804; DÜLGER, s. 44; TAŞKIN, s. 115; ÖZAR, s. 1412.

suçuna çevrilmiştir³³. Belki, zaten belirsiz olarak görülen bir suç tipini bir de tehlike suçu olarak düzenlemenin cezalandırmayı fazla genişletebileceği kaygısı etkili olmuş olabilir. Mesela soyut tehlike suçu öngörülmüş olsaydı mağdurda gerçekten huzursuzluk ya da endişe doğduğunu kanıtlamak gerekmecekti; fakat bu sefer cezalandırma alanı oldukça öne çekilmiş olacaktı³⁴. Zarar suçu tercihiyle suç tipinin uygulama alanı kısıtlanıp daha belirgin kılınmıştır.

Belirli neticelerin doğması aranmak suretiyle, aksine görüş olsa da³⁵, neticeli bir suç düzenlenmiştir³⁶. Madde gerekçesi de bu yöndedir. Kanaatimce, yasada zikredilen neticeler objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun netice unsurudur³⁷.

Uygulamada bu tipik neticelerin doğup doğmadığının nasıl bir yaklaşımla tespit edilmesi gerektiği tartışması yaşanacaktır. Bu tartışma iki yönden doğabilir.

İlkin, huzursuzluk ve endişenin tespiti objektif bir yaklaşımla mı yoksa sübjektif bir yaklaşımla mı ele alınacaktır? Şayet sübjektif bir esastan hareketle, mağdurun sübjektif algısını yeterli gören bir yaklaşım benimsenirse somut olaydaki mağdurun psikolojisine ve direncine göre, aynı nitelikteki kimi davranışlar suç teşkil edecek, kimileri ise, mağduru “yeterince” etkilenmediğinden, en fazla teşebbüs aşamasında kalacaktır³⁸. Ayrıca, mağdurun kişisel algılarını ceza hukuku vasıtasıyla korumak gibi bir tehlike doğacaktır³⁹.

Alternatif olarak, mağdurun bulunduğu konumda olan ortalama, makul bir vatandaş üzerinde doğacak etkiyi esas alan objektif bir yaklaşım da benimsenebilir⁴⁰. Bu durumda ise, tipik neticeyi şahsında yaşamış olan kişilerin yine de hükmün koruması dışında kalması söz konusu olacaktır.

Bizdeki neticeli zarar suçu düzenlemesi nedeniyle somut olaydaki mağdur üzerinde doğan etkiyi esas alan, sübjektif bir yaklaşım benimsenmelidir⁴¹. Bununla birlikte, madde gerekçesine göre, fiilin hükümde belirtilen neticeleri doğurmaya elverişliliği de hakimce değerlendirilmelidir. Demek ki, bir yandan mağdur üzerindeki sübjektif etki tespit edilecek; diğer yandan, mağdurun konumundaki üçüncü kişi kıstası uygulanarak, somut olaydaki mağdurun aşırı hassasiyeti nedeniyle bazı neticelerin doğmuş olması durumunda, suçun oluşmadığı kabul edilecektir. Böylece, gerekçe esas alınır, esasen iki aşamalı bir karma değerlendirmenin yapılması düşünülebilir. Bu durumda, objektif bir değerlendirmeyle, tipik

³³ BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 315.

³⁴ ÖNOK, s. 15.

³⁵ Koca/Üzülmez'e göre (s. 537) salt hareket suçu söz konusudur.

³⁶ DÜLGER, s. 34, 41; ÖZAR, s. 1412. Karşılaştırmalı hukukta da genelde belirli neticelerin meydana gelmesi gerektiği konusunda bkz. DERELİ, s. 1373.

³⁷ Aksi görüşte KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 538. İtalyan doktrininde de çoğunluk, bunları suçun netice unsuru olarak görmektedir (BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 347). Aksi görüşte olup bu neticeleri “objektif cezalandırılabilme şartı” olarak nitelendiren Mantovani'ya göre, bu neticeleri suçun unsuru saydığımız takdirde failin kastının bunları kapsamaması gerekecektir ve bu konudaki bilgi eksikliği ya da hata kastı kaldıracaktır; böyle bir durumda ise vakaların neredeyse tümünde kasıt yokluğu nedeniyle fail cezalandırılmayacak ve hüküm uygulanamaz hale gelecektir (MANTOVANİ, Ferrando, **Diritto Penale - Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona**, 6. Bası, Wolters Kluwer - CEDAM, Vicenza, 2016, s. 361-362).

³⁸ Yine bkz. TÜRKOĞLU, s. 96; ÖNOK, s. 16.

³⁹ CASSANİ Carlotta, “Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione”, Archivio Penale, S. 1, 2018, s. 4.

⁴⁰ VİLLACAMPA ESTIARTE, s. 12.

⁴¹ Aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3784. Farklı yönde BALCI/ÇAKIR, s. 331: yazarlar “makul üçüncü kişi standardı”nı önermektedir; benzer yönde YILMAZ İMRET, s. 4.

neticeleri doğurmaya elverişli gözükmeyen hareketlerin, bir şekilde (mesela mağdurun aşırı duyarlılığı ya da evhamlılığı gibi sebeplerle) hükümde belirtilen türden etkileri doğurması durumunda suç oluşmayacaktır⁴². Fakat, ileride izah edileceği gibi, bu elverişliliği haiz fiillerin bir şekilde (mesela mağdurun kuvvetli psikolojisi nedeniyle) tipik neticeyi doğurmaması durumunda, teşebbüsten ceza verilebilecektir. Her hâlıkârda, mağdurun psikolojik algısının suçun kurucu bir unsuru olarak karşımıza çıkması, hükmün uygulanma alanını belli ölçüde sübjektif kılacaktır⁴³.

Tipik neticelerin doğup doğmadığının nasıl tespit edileceği konusunda ikinci bir tartışma da şu açıdan doğacaktır: Hâkim bunu kendisi mi tespit edecektir yoksa tıbbi bir rapor mu gerekecektir? Benim de katıldığım İtalyan uygulamasına göre⁴⁴, hâkim bu tespiti re'sen yapabilir. Madde gerekçesine göre de “Bu durum somut olayda hâkim tarafından belirlenecektir.” Raporla ispat aranır, eskiden cinsel suçlarda olduğu gibi, ikincil mağduriyetin doğması ve yargılamaların uzaması kaçınılmaz olacaktır. Öyle ya da böyle, tipik neticelerin tümüyle sübjektif ve manevi yapısı nedeniyle tespiti hiç kolay olmayacaktır⁴⁵.

Öte yandan, ceza hukukunun *ultima ratio* niteliği dikkate alındığında, ne düzeyde bir huzursuzluğun aranacağı ve bunun göstergelerinin ne olacağı da tartışılacaktır. Mesela İtalya’da süregelen ve ağır endişe/kaygı aranmıştır. Bizde de huzursuzluğun “ciddi” olmasının aranmasının nedeni, hukuken önemsiz sayılabilecek etkileri kapsam dışı bırakmaktır⁴⁶. Ne var ki, ciddiyetin tespiti ve ciddi olan huzursuzluk ile ciddi sayılamayacak huzursuzluğun ayrımı zor olacaktır⁴⁷.

Bazı devletlerde, mağdurun okul veya konut ya da iş yerini değiştirmesi gibi bazı sonuçların doğması durumunda yasada aranan türden huzursuzluğun vb. sonucun meydana geldiği kabul edilmektedir. Ne var ki bizde bu türden sonuçlar suçun neticesi sebebiyle ağırlanmış hali olarak düzenlenmiştir⁴⁸; bu nedenle de bu türden etkilerin doğması bizde suçun temel halinin oluşması için gerekli görülmez⁴⁹. Buna karşılık, başka bazı ülkelerde suçun unsuru olan, mağdurun hayat alışkanlıklarında değişiklik yapmak zorunda kalması hususunu (ya da gündelik hayat akışının etkilenmiş olması⁵⁰), ciddi huzursuzluğun ya da endişe

⁴² Mesela İtalya’da da hükümde (m. 612bis) kaygının “haklı görülebilen/makul” olması gerektiği öngörülmüştür.

⁴³ Yine bkz. ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3784.

⁴⁴ BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 349 vd. Türkiye’de aynı yönde ÖZAR, s. 1413.

⁴⁵ MANTOVANİ, s. 361.

⁴⁶ İbarenin eleştirisi için bkz. ÖZAR, s. 1413; yerinde bulan görüş için bkz. DÜLGER, s. 42.

⁴⁷ Aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3773, hatta yazarlara göre “ciddi” ibaresi metinden çıkartılmalıdır (s. 3808; aynı yönde ÖZAR, s. 1413). İtalya bakımından aynı yönde sorun için bkz. BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 369.

⁴⁸ Aslında ikinci fıkrada (kastın varlığını gerektiren) nitelikli haller ile TCK m. 23’e göre sorumluluğu gerektiren ağır neticeler iç içe düzenlenmiştir fakat b bendindeki düzenlemenin “ağırlaşan netice” olarak görülmesi gerekir, yani bu durumda bir nitelikli hal değil, netice sebebiyle ağırlaşan suç söz konusudur (aynı yönde Koca/Üzülmez, s. 539 ve BALCI/ÇAKIR, s. 333; aksi yönde ÖZAR, s. 1414, 1417 ve YILMAZ İMRET, s. 12). Ayrıca bkz. ÖNOK, s. 19: “...ısrarlı takip eylemlerini suç olarak düzenlememizi gerekli ve haklı kılan, bu tür fiillerin doğal ve olağan olarak doğurduğu türden sonuçlar, NSAS olarak düzenlenmemelidir; bu tür sonuçlar, zaten böyle bir suç tipine yer verilmesinin gerekçesidir ve tek başına ceza artırımını gerektirmemelidir.” (yine bkz. BALCI/ÇAKIR, s. 338); aksi görüşte DÜLGER, s. 46 ve YILMAZ İMRET, s. 14.

⁴⁹ Yabancı doktrine bakıldığında, suçun oluşmuş sayılması açısından, çoğunluğa göre mağdurda doğan korku veya kaygı gibi hisler esas alınmalı, azınlıkta gözükken görüşe göreyse, mağdurun özel hayatı bakımından bir etki doğmuş olmalıdır (hayat alışkanlıklarında değişikliğe yol açmak gibi), bkz. VİLLACAMPA ESTIARTE, s. 12.

⁵⁰ ÖZAR, s. 1412.

duyulduğunun ispatında dikkate almak mümkündür⁵¹. Fakat burada iki hususa dikkat edilmelidir: 1) Az önce ifade edildiği gibi, hükmün 2. fıkrasının b. bendine giren durumlardan biri varsa zaten nitelikli hal uygulanacaktır; 2) Mağdurun hayat alışkanlıklarında değişiklik yapmamış olması, huzursuzluk ya da endişenin oluşmadığını ya da yeterli düzeye varmadığını illa göstermez⁵². Mukayeseli hukuktaki bazı örneklerin aksine, fail ile mağdur arasındaki bazı ilişki türleri de (önceden duygusal ilişki yaşamış olmak gibi) nitelikli hal olarak öngörülmemiştir⁵³.

Suçun oluşması için belirli neticelerin doğması arandığına göre, ona hissettirmeden ve fark ettirmeden, mağdurun “gizlice” takip edilmesi durumunda m. 123/A uygulanamayacaktır⁵⁴. Buna karşılık, ısrarı teşkil edecek süreklilikte ve/veya yoğunlukta olan hareketler bütününe *bir kısmının* mağdurca fark edilmemiş olması durumunda, yine de hareketlerin bütünü üzerinden ısrarın varlığını tespit etmek doğrusu olacaktır.

Gizli kalan takip açısından belki şu tartışma yapılabilir: Geçmişte bu tür eylemlerin yaşandığını eylemler *tamamlandıktan sonra* öğrenen mağdurun bu bilgi nedeniyle ciddi bir huzursuzluk yaşaması durumunda hüküm uygulanabilir mi? Doktrinin ve yargının bu soruya vereceği cevabı görmek gerekecektir. Fakat bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün gözükmemektedir.

“Israrlı” kelimesinin yorumu zorluk çıkartacaktır. Gereğe göre “Israr, bir düşüncede veya davranışta ayak direme, üsteleme anlamına gelen bir sözcük olup, maddede belirtilen hareketlerin tekrarlanarak yapılmasını ifade etmektedir.” Yine madde gerekçesine göre “mağdurun karşısına çıkılması veya takip edildiğinin hissettirilmesi ya da konutunun önünde, sokağının girişinde beklenmesi gibi fiillerin *ölçüsüz biçimde tekrarlanması*, fiziki takip olarak kabul edilebilecektir.” Demek ki ısrarın belli bir boyuta ulaşması gerekecektir; “ölçüsüz” olmayan bir tekrar suçun oluşmasına yol açmayacaktır⁵⁵. Bunun tespitinde ısrarın düzeyi, hareketlerin sayısı ve sıklığı, failin uyarılıp uyarılmadığı, mağdur üzerindeki etkinin boyutu gibi hususlar dikkate alınabilir.

Israr koşulunda eşiği yüksek tutmamak gerekir⁵⁶. Almanya ve İtalya’da, kural olarak, iki fiil yeterli görülmektedir. Kimi ülkelerde asgari bir fiil sayısı, kimi ülkelerde ise asgari bir süre zarfı belirlenmiştir⁵⁷. Bu tür tercihler hâkimin işini kolaylaştırır da, tümüyle subjektif

⁵¹ ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3783.

⁵² Doktrinde bir görüşe göre (Balıcı/Çakır, s. 330-331), “mağdurun fiilden rahatsız olduğu, bu durumu dış dünyaya yansıtmasından anlaşılabilir. Şayet mağdur söz konusu fiil sebebiyle ciddi anlamda huzursuz olduysa bunu izhar etmesi beklenir.” Bu açıklamalara katılmadığımı belirtmeliyim. Birçok farklı psikolojik faktör nedeniyle, gerçekten ciddi rahatsızlık duyan failin bunu dış dünyaya yansıtmamış ve/veya başkalarıyla paylaşmamış olması mümkün olabilir.

⁵³ Oysa doktrinde faille mağdur arasındaki ilişkinin niteliğinin nitelikli haller düzenlenirken dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir (YENERER/ÇAKMUT, **a.g.e.**).

⁵⁴ Aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3785. Oysa salt hareket suçu ve/veya tehlike suçu düzenlense, en azından bazı hallerde, aksini savunmak da mümkün olurdu. Tehdit ve korkunun mağdur tarafından algılanmasının gerekip gerekmediği hususunun (yabancı) doktrinde tartışmalı olduğu konusunda bkz. DERELİ, s. 1365.

⁵⁵ YILMAZ İMRET, s. 6.

⁵⁶ Bu konuda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 536: “ısrar, fiilin haksızlık içeriği bakımından cezayı gerekli kılacak boyuta erişmesini ifade eden bir ölçüttür.” Gereğe de de bu yönde açıklama vardır. Fakat bu durumda ısrar suçun müstakil bir unsuru olmaktan ziyade, sanki kapsamın tayininde bir yorum aracına dönüşmektedir.

⁵⁷ Mesela ABD örneği için bkz. TÜRKÖĞLU, s. 25 vd.

niteliktedir. Bizde, bence yerinde olarak⁵⁸, böyle bir yasal kıstas olmadığına göre, ısrarın anlamı yoruma bırakılmıştır⁵⁹. Kısa süre içerisinde (mesela bir günde) tekrar edip biten davranışların bu kapsamda olup olmayacağı tartışılacaktır⁶⁰. İtalyan Yargıtayı “çok kısıtlı” bir zaman diliminde tekrarlanan davranışların bile, bu davranışların “özerk nitelikte” olması (yani bağımsız birden çok fiilin bulunması) ve normda öngörülen alternatif neticelerden birine yol açması kaydıyla, bu suç oluşturabileceğine karar vermiştir⁶¹.

Uygulamada çıkacak sorunları göstermek açısından, failin gece kulübünde gördüğü mağduru çıkışta evine kadar arabayla, 10 km. boyunca takip ettiğini düşünelim. Acaba bu eylem TCK m. 123/A kapsamında mıdır? Hükümdeki “ısrarlı bir şekilde” ibarelerine verilecek anlam belirleyici olacaktır. İsrarlı takibin bir olgu olarak tanımı, tekrar eden (*repeated*) ve belli bir süreklilik gösteren⁶² (*persistent*) davranışlar bütünüdür ifade eder. Bu örnekte süreklilik, en azından temadi anlamında, vardır ama tekrarlanma unsuru yoktur. Peki acaba TCK m. 123/A hükmü kesintisiz bir suç mudur⁶³ yoksa birden fazla hareketli bir suç⁶⁴ mudur? Kesintisiz suçtur dersek, yukarıdaki örnekte suç oluşacaktır. Oysa birden fazla hareketli suçtur dersek, suç oluşmayacaktır. Belki şöyle düşünülebilir: ısrarlı takip suçu ani ve tek hareketle işlenemez⁶⁵ ama bazen (ani nitelikte de olsa) birden fazla hareketli bazense kesintisiz tek bir hareketle işlenmesi mümkündür⁶⁶. O zaman yukarıdaki örnek her hâlükârda hükmün kapsamına girecektir. Ele alınan örnekte birden çok hareket yoktur ama temadi vardır. Olgusal tüm şartlar bir arada değerlendirmek suretiyle, tekrarlanmayan ama kısa sayılmayacak bir süreye yayılan tekil bir mütemadi hareketi de “ısrar” koşulunu karşılar olarak yorumlamak mümkün olabilir⁶⁷. Nitekim TCK m. 123/A’nın yürürlükte olmadığı dönemde, Yargıtay benzer bazı eylemlerin “ısrar” koşulunu karşıladığını ve m. 123 kapsamında kaldığını tespit etmiştir⁶⁸. Ne var ki birçok

⁵⁸ Aynı görüşte TÜRKOĞLU, s. 93; ÖZAR, s. 1408.

⁵⁹ DÜLGER, s. 35; ayrıca yazar, ceza sınırı itibarıyla temyize tabi olmayan bir suçun söz konusu olması nedeniyle bölge adliye mahkemeleri arasında farklı uygulamalar yapılması riskine dikkati çekmektedir (a.g.e., s. 36).

⁶⁰ Olumlu görüşte DÜLGER, s. 37. Mesela “tekrarlanan davranışlar”ın varlığını arayan İt. CK açısından İt. Yargıtayı, zamansal olarak birbirine yakın olsa bile, *iki* eylemin bu koşulu sağladığına ve suçun oluşması için davranışların illa uzunca bir zaman dilimine yayılmasının gerekmediğine karar vermiştir (Cass. pen., Sez. V, sentenza n. 33842, 19/07/2018 (www.brocardi.it)). Bu içtihada rağmen, kısa bir süre içerisinde gerçekleşen çoklu davranışların suça vücut vermeyeceği söylenebilir; doktrinde de davranışların kayda değer/önemli (*significativo*) bir zaman aralığı boyunca sürmesi gerektiği ifade edilmektedir (DELPİNO, Luigi/PEZZANO, Rocco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale**, 16. Bası, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2019, s. 560).

⁶¹ 29.7.2015 tarihli ve 33563 sayılı karar, aktaran DELPİNO / PEZZANO, s. 560.

⁶² ÜNVER, s. 115; DERELİ, 65; YILMAZ İMRET, s. 5.

⁶³ Bu yönde ÖZAR, s. 1413; YILMAZ İMRET, s. 20.

⁶⁴ Bu yönde bkz. DÜLGER, s. 34; BALCI/ÇAKIR, s. 328; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3769, 3781.

⁶⁵ Tekil bir eylemin stalking olamayacağına dair DOĞAN, s. 140-141; SOYGÜT, ÇÜHFD, s. 2787; TÜRKOĞLU, s. 79; TAŞKIN, s. 112; BALCI/ÇAKIR, s. 325.

⁶⁶ Mesela bu son yönde bkz. Koca/Üzülmez, s. 537; DÜLGER, s. 35; ÖZAR, s. 1409. Aksi yönde TAŞKIN, s. 113; BALCI/ÇAKIR, s. 325; YILMAZ İMRET, s. 11 (yazarlar hep birden fazla fiilin varlığı şart görmektedir).

⁶⁷ Fakat bu konuda şöyle bir karşı argüman öne sürülebilir: ısrarlı takibin suç olarak düzenlenmesini mucip husus, hareketlerdeki tekrar ve ısrar unsurudur; bu süreklilik nedeniyledir ki mağdur, fail tarafından yapılacak bir sonraki hamlenin endişesi ve kaygısıyla yaşamak zorunda kalır (bu gözlem için Dr. Irmak Duman’a müteşekkirim). Tekil bir eylemde ise böyle bir paradigma yoktur.

⁶⁸ Kararlar için bkz. YILMAZ İMRET, s. 17. Bir olayda sanık, mağdur daha önceden arkadaşlık yapıp ayrılmış olup olay günü katılanın bulunduğu minibüse binmiş, daha sonra araçtan inip okuluna gitmekte olan katılanın arkasından seslenerek konuşmak istemiş, aldığı olumsuz yanıt üzerine sanığı ısrarla takip ederek konuşma isteğini yinelemiş, katılanın “beni bırak” diye bağırması nedeniyle çevreden insanların geldiğini görünce olay yerinden uzaklaşmıştır. Diğerinde ise, sanık, önceden tanıdığı 17 yaşındaki mağdureye olay günü ablasının evlenip evlenmediğini sormuş, mağdure cevap vermeden yürümeye devam etmesi üzerine onu ısrarla takip ederek yaşını

ülkede mutlaka tekrar koşulu aranmaktadır; bizim madde gerekçemizde de ısrar ibaresi için “maddede belirtilen hareketlerin tekrarlanarak yapılmasını ifade etmektedir” denilmiştir. Bu yaklaşım esas alınırsa, kesintisiz değil⁶⁹, birden çok hareketli bir suç söz konusudur⁷⁰ ve anılan örnekte suç oluşmamıştır.

Almanya’da hükme eklenen “yetkisi olmaksızın” (*unbefugt*) ibareleri yoluyla sosyal açıdan uygun eylemler tipiklik dışında bırakılmaya çalışılmıştır⁷¹. Bizde ise “hukuka aykırı olarak” ve türevi ibarelere metinde yer verilmemiştir. Bu bağlamda, acaba borç takibi veya seçimde oy istemek gibi nedenlerle ısrarla mesaj yağdıran kişilerin eylemini hangi unsurlardan hareketle hükmün kapsamı dışında göreceğiz? Yoksa bunları ısrarlı takip mi sayacağız⁷²? Diğer bir örnek, bir üniversite öğrencisinin ders programını özellikle, belirli bir kişiyle aynı dersleri aynı sınıfta alacak şekilde oluşturmasıdır. Acaba bunlar meşru bir davranış mıdır yoksa ısrarlı takip kapsamında görülebilir mi? Bu tür örnekler, şüphesiz, yargıyı zorlayacaktır. Bu tür durumlarda hukuka uygunluk nedeninden (bilhassa hakkın icrasından) hareket etmek akla gelebilir. Fakat mesaj yağdırmak gibi, aşırı ısrarın var olduğu hallerde, hakkın sınırları içerisinde icra edilip kötüye kullanılmadığını savunmak kolay olmayacaktır.

2. Manevi Unsurlar Açısından Değerlendirmeler

Manevi unsur açısından, gerekçede de ifade edildiği üzere, kast yeterlidir; amaç veya saik suçun unsuru değildir. Karşılaştırmalı hukuka uygun olan⁷³ bu anlayışın benimsenmesi çok yerindedir⁷⁴. Eski deyişle “özel kast” aransaydı suç tipinin uygulama alanı fevkalade daralardı zira çok büyük çoğunlukla, ısrarlı takip failleri mağduru rahatsızlık ettiklerini bilirler fakat amaçları bu değildir. Saik veya amaca suçun unsuru olarak yer verilmemesi sayesinde, amacı ne olursa olsun (eski sevgilisi olan mağdurla “barışmak” isteği, “hala seviyor olmak”, mağduru unutamadığı için “sadece görmek istemek” vs.) davranışları nedeniyle mağdur üzerinde hükümde aranan türden belirli olumsuz etkilere yol açtığını bilen (doğrudan kast) ya da bu ihtimalin bilincinde olup bu neticelerin doğmasını göze alan, kabullenen kişi (olası kast), ısrarlı takip suçundan mahkûm edilebilecektir.

Huzursuzluk ve endişe gibi neticeleri suçun unsuru olarak gördüğüm içi, failin kastı bunları kapsamalıdır. Bu konuda olası kast da yeterlidir⁷⁵.

sormuş, mağdurenin oturduğu binaya geldiğini görünce yaklaşip kolundan tutarak durmasını istedikten sonra tepki gösterilmesi nedeniyle başkaca bir eylemde bulunmaksızın kaçmıştır. Her iki kararda da m. 123 uygulanmıştır.

⁶⁹ Bu yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3787. Aksi görüşte ÖZAR, s. 1413; TAŞKIN, s. 124. Bir görüşe göreyse ısrarlı takip suçu mahiyeti itibarıyla itiyadi suçtur (TÜRKOĞLU, s. 89). Ne var ki TCK m. 6’da itiyat kavramı suç üzerinden değil, fail üzerinden tanımlanmıştır ve bu nedenle de bizdeki ısrarlı takip suçunun “itiyadi suç” olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır (ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3787-3788; ÖZAR, s. 1414).

⁷⁰ Ani olarak da kesintisiz olarak da işlenebileceği yönünde bkz. TAŞKIN, s. 115, fakat bkz. s. 124.

⁷¹ BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 328-329.

⁷² Alacak tahsili için borçluyu ısrarla aramanın bu suç kapsamına gireceği görüşü için bkz. ÖZAR, s. 1415-1416. TCK m. 123 açısından, “sırf huzur ve sükunu bozmak amacı” olmadığından hareketle suçun oluşmadığının savunmak kolaydı.

⁷³ SOYGÜT, in: Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele, s. 89; TÜRKOĞLU, s. 103; DERELİ, s. 1366.

⁷⁴ SOYGÜT, in: Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele, s. 88; ÖNOK, s. 17; ÖZAR, s. 1416; DÜLGER, s. 48; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3808.

⁷⁵ TAŞKIN, s. 121. Kıyaslayınız KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 538: yazarlara göre “ısrar” unsuru nedeniyle ısrarlı takip suçu açısından doğrudan kast aranır. Tabii, yazarlar zikredilen neticeleri zaten suçun unsuru olarak görmemektedir. Yine bkz. YILMAZ İMRET, s. 11: yazar da ısrar unsuru nedeniyle olası kast ile suçun işlenemeyeceğini belirtmektedir. Oysa metinde belirtildiği gibi, ısrar unsuru açısından doğrudan kast aransa bile – ki bu konuda da

İtalyan Yargıtayının kabul ettiği üzere, anılan neticelerden birinin meydana gelmesinin bir bütün olarak ısrarlı takip nitelikli davranışların sonucu olması kafidir; ısrar unsurunu meydana getiren her bir münferit davranışın bu neticelere yol açmış olması gerekmez.⁷⁶

3. İçtima Açısından Değerlendirmeler

Uygulamada içtima açısından sorun çıkması çok olasıdır.

Gerekçede sadece ısrarlı takibin m. 123'teki suçun “özel bir şekli” olduğu⁷⁷ ve ayrıca m. 123'ten işlem yapılamayacağı açıklanmıştır. Kanaatimce m. 123/A özel norm, m. 123 genel norm olamaz çünkü özel norm, genel normun tüm unsurlarını ve buna ilave bir veya daha fazla unsur bünyesinde barındırmalıdır. Oysa 123 ile 123/A'nın unsurları arasında kısmen örtüşme, kısmen ayrışma vardır ve ısrarlı takip suçu, m. 123'ün tüm unsurlarını bünyesinde barındırmamaktadır. Bu husus özellikle m. 123 açısından aranan “huzur ve sükunu bozma amacı”nın m. 123/A'da aranmamasından anlaşılabilir. Kanaatimce, m. 123 ve m. 123/A'nın oluşmasına yol açan hareketler arasında kısmi ayniyetin bulunduğu durumlarda pek ala bu iki hüküm arasında fikri içtima ilişkisi doğabilir. Şayet hareketlerden hiçbirinde mağdurun (sırf) huzur ve sükununu bozmak maksadı yoksa, m. 123 zaten devre dışı kalacaktır. Fakat böyle bir maksadın bulunduğu hallerde, saik veya maksadın suçun unsurunu oluşturmadığı m. 123/A'nın tüm unsurları da aynı zamanda oluşmuş olabilir; bu durumda – gerekçe dikkate alınmazsa ve asli-tali norm ilişkisi kabul edilmezse⁷⁸ - fikri içtima esasından hareket edilebilir⁷⁹.

Ağır ısrarlı takip vakalarının hâlihazırda zaten başka suç tiplerinden bir kısmına girmesi⁸⁰ sorunu ağırlaştırmaktadır. Özellikle, ruhsal sağlığın bozulmasının zaten kasten yaralama teşkil ettiği düşünüldüğünde, bu suçla aradaki ilişkiyi çözmek kolay olmayacaktır. Gerekçeye bakılırsa, “ısrarlı takip... kapsamında gerçekleştirilen [hareketlerin] hakaret veya tehdit suçunu oluşturması durumunda... bu suçlardan dolayı da fail *ayrıca* cezalandırılabilir.” Dikkat edilirse, yüklem seçiminde kesin bir ifadeye başvurulmamıştır. Fakat gerçek içtima esasının uygulanmasına işaret edilmektedir⁸¹. Ne var ki, hükümde bir açıklık olmaması karşısında uygulama farklı yönde gelişebilir. Özellikle de tek fiilin kısmi ayniyetinin fikri içtimaya başvurulması için yeterli olduğu savunulursa, ısrarlı takip nitelikli eylemlerin bir kısmının aynı zamanda hakaret, tehdit gibi fiiller teşkil etmesi durumunda, fikri içtima esaslarını uygulamak gerekebilir⁸². Bu noktada neden kanunda içtima konusunda hiçbir düzenleme yapılmadığı sorgulanabilir. Fakat ısrarlı takip eylemlerinin daha önce zikredilen

pek ala aksi savunulabilir - netice unsuru açısından olası kastın varlığı yeterli olabilir. Nitekim suçun olası kast ile işlenebileceğine dair bkz. ÖZAR, s. 1415.

⁷⁶ Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 51718, 11/12/2014 (www.brocardi.it).

⁷⁷ Doktrinde aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3792 ve BALCI/ÇAKIR, s. 333.

⁷⁸ Bu konuda bu çalışmada kesin bir kanaat belirtmiyorum. Zira asli-tali norma ilişkisinin bulunup bulunmadığını tespit etmek için öncelikle her iki suç tipiyle korunan hukuksal değerleri tespit etmek gerekecektir. Oysa bu çalışmada suçla korunan hukuksal değer konusuna girilmemiştir.

⁷⁹ İsrarlı takibin m. 123'e göre asli norm olduğu görüşü için bkz. DÜLGER, s. 51 ve ÖZAR, s. 1424. Neticede bu durumda m. 123'ün ayrıca uygulanmayacağına dair TAŞKIN, s. 126.

⁸⁰ BOZBAYINDIR/ÖNOK, s. 310.

⁸¹ Doktrinde aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 541; DÜLGER, s. 51; BALCI/ÇAKIR, s. 333. Kıyaslayınız TAŞKIN, s. 126 (yazar tehdit ve şantaj bakımından fikri içtima esasına dayanmaktadır); yine kıyaslayınız YILMAZ İMRET, s. 16 (yazara göre “fail tarafından ısrarlı takip suçu ile birlikte başka suç tiplerinin de ihlal edilmesi halinde” fikri içtima kuralları uygulanacaktır).

⁸² Kıyaslayınız ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3800 ve ÖZAR, s. 1422: yazarlara göre tam ayniyet esas alınmalıdır. Fakat kasten yaralama ile arada fikri içtima ilişkisi bulunabileceğine dair bkz. ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3801.

heterojen yapısı ve temas edebildiği çok fazla sayıda mevcut suç tipi bulunduğu düşünüldüğünde, böyle bir düzenlemeyi yapmanın çok zor olduğu da kabul edilmelidir. Fakat gerekçedeki irade dikkate alındığında, gerçek içtima esasına yer veren açık bir düzenleme yapılması en iyisi olurdu⁸³. Eğer gerekçeye uygun olarak gerçek içtima esası uygulanacaksa, mağdurla temas kurmak için ona ısrarla mesajlar atan ve bu mesajlardan bazılarında hakaret, tehdit, cinsel taciz içerikli ifadeler kullanan fail hem bu suçlardan hem de ayrıca m. 123/A'dan mahkûm edilecektir⁸⁴.

Öte yandan, fiil sonucunda mağdurun intihar etmesi ya da buna teşebbüs etmesi gibi neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere bizim kanunumuzda yer verilmemiştir⁸⁵. Böyle bir durumda faili mevcut suç tiplerine ve genel hükümlere göre, kasten/taksirle öldürme veya yaralama gibi suçlardan sorumlu tutmaya çalışmak yoluna gidilebilecektir. Burada da fikri içtimadan bahsetmek teorik olarak mümkün gözükmektedir.

Bu noktada bir kaygıma işaret etmek isterim: eğer Yargıtay -eziyet suçunda yaptığı gibi- ısrarlı takip kapsamında işlenen çeşitli suçları (basit yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi) m. 123/A kapsamında eritirse ısrarlı takip suçunun varlığı fail için ödül haline gelir. Zira bu diğer suçların ısrarlı takip içerisinde eritilmesi ve tek bir ısrarlı takipten ceza verilmesi, ısrarlı takip diye bir suç yaratılmasaydı birçok suçtan mahkûm olup daha fazla ceza alacak olan failerin daha az cezayla kurtulması anlamına gelir.

Yargıtay'ın TCK m. 123 ve eziyet suçu açısından uyguladığı, bu suçlarda aranan, sırasıyla, ısrar ve süreklilik unsuru nedeniyle hiçbir zaman zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki anlayışı ısrarlı takip için de uygulayıp uygulamayacağını görmek gerekecektir. Kanaatimce, bazı durumlarda m. 123/A açısından pek ala zincirleme suç hükümleri uygulanabilir⁸⁶.

4. Teşebbüs Açısından Değerlendirmeler

İsrarlı takibi “neticeli suç” olarak gördüğümüze göre, teşebbüs hükümleri uygulanabilir fakat doktrinde bu hususun tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir⁸⁷. Kanaatimce, objektif

⁸³ Bu konuda yasada açıkça gerçek içtima esasının öngörülmesi önerisi için bkz. ÖNOK, s. 20. İsrarlı takibin açıkça tali norm olarak öngörülmesi önerisi için bkz. TÜRKOĞLU, s. 108 (İtalya'da düzenleme bu yöndedir. Bu yaklaşımın sakıncaları için bkz. ÖNOK, s. 20: bu halde *stalking* olgusu hükme yansımayacaktır; oysa bu durum, ısrarlı takibi bağımsız bir suç tipi olarak düzenleme ihtiyacını ortaya koyan gerekçelerle çelişir.)

⁸⁴ ÖZAR, s. 1422.

⁸⁵ Eleştirisi için bkz. YILMAZ İMRET, s. 7.

⁸⁶ TCK m. 43/1'in, en azından bazı durumlarda, uygulanabileceğine dair bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540; DÜLGER, s. 50; ÖZAR, s. 1419; YILMAZ İMRET, s. 16; TAŞKIN, s. 125; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3798 vd.

⁸⁷ İtalya'da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği yönünde COCCO, Giovanni/AMBROSETTI, Enrico Mario, **Manuale di Diritto Penale Parte Speciale - I Reati Contro Le Persone**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 2010, s. 385; MANTOVANI, s. 363. Türkiye'de teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği yönünde BALCI/ÇAKIR, s. 333; DÜLGER, s. 48; ÖZAR, s. 1419; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3795-3796; aksi görüşte KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540 (yazarlar salt hareket suçu olduğunu düşündükleri gibi, ısrar unsurundan hareketle aksi sonuca varmaktadır); TAŞKIN, s. 124; YILMAZ İMRET, s. 15. Öte yandan, DÜLGER'in belirttiği gibi (s. 49), ısrar boyutuna ulaşmış hareketler yoksa zaten tipiklik oluşmayacak ve teşebbüs gerçekleşmeyecektir; ısrar etmek gerçekleşikten sonra failin planladığı sonraki hareketlerin gerçekleşmemesi durumunda ise suç zaten tamamlanmış olacaktır. Yine bkz. ve kıyaslayınız ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3795-3796: İsrara vücut verecek davranışlar yarım kalmışsa neticeye ulaşıp ulaşılamayacağı belirsizdir ve henüz hareketi söz konusudur fakat mevcut hareketler bu haliyle bile belirtilen neticelere yol açmışsa, demek ki fiil aslında yarım kalmış değildir ve suç tamamlanmıştır. Son tespite katılmak mümkün değil: ısrar unsuru neticeden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. İsrar unsuru oluşmamışsa zaten tipiklik yoktur ve belirli neticeler doğmuş olsa bile fail

olarak kanunda aranan türden neticelerden birini gerçekleştirmeye elverişli olan hareketlerin herhangi bir şekilde ve nedenle bu etkileri somut olaydaki mağdur üzerinde doğurmamış olması durumunda teşebbüs hükümleri uygulanabilir⁸⁸. Bu bakımdan, objektif olarak ısrarlı takip oluşturabilecek davranışların “sırf mağdurun bu hareketler neticesinde huzursuzluk veya endişe duymaması nedeniyle cezasız” kalabileceği görüşüne katılmıyorum⁸⁹. Fakat bu hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna verilecek cevabın, yukarıda kısmen değindiğim, tipik neticelerin objektif bir yaklaşımla mı sübjektif bir yaklaşımla mı yoksa karma bir yaklaşımla mı tespit edileceği tartışmasına bağlı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Öte yandan, teşebbüs hükümlerinin uygulanması kabul edilse dahi, suçta icra başlangıcını belirlemek çoğu zaman kolay olmayabilir. Bilhassa, henüz “ölçüsüz” bir ısrar mahiyetine bürünmeyen türden münferit birkaç hareketi yaptıktan sonra yakalanan bir failin, bunları sürdürmek kastı konusunda bir itirafı da yoksa, sorumlu tutulması mümkün olmayabilir.

Çözülmesi gereken bir sorun da şudur: belirli bir süredir devam eden hareketlerin mağdurun ancak belli bir noktadan sonra farkına varması durumunda, acaba ısrarın belirlenmesinde hangi an dikkate alınacaktır: hareketlerin başladığı an mı yoksa mağdurun bunların ilk farkına vardığı an mı? Kanaatimce ilk görüşü benimsemek gerekir.

Suçun tamamlanma anı, hükümde sayılan alternatif neticelerden birinin meydana geldiği andır⁹⁰.

5. Yaptırım ve Soruşturma ile Kovuşturma Usulü Açısından Değerlendirmeler

TCK, Avrupa kanunlarına göre çoğu suç için daha ağır cezalar öngörmüşken, ısrarlı takip suçunda durumun tersine olduğu dikkati çekmektedir⁹¹. Yasalaşma aşamasında da cezanın az olduğu eleştirisi meclis görüşmelerinde dile getirilmiştir⁹². Nitelikli hallerin ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış sonuçların azlığı da sorunu büyütmektedir.

Suçun takibi bir bütün olarak şikâyete bağlı tutulmuştur⁹³. İdeali, en azından nitelikli hallerin varlığında, şikâyetin aranmaması olurdu⁹⁴.

sorumlu tutulamaz. Bunun tek istisnası şudur: mevcut haliyle hareketlerin ısrara teşebbüs sayılması, yani ısrar unsurunun icrasının başladığının kabulü durumunda, tipik neticelere dönük kastın da kesin olarak tespit edilebilmiş olması durumunda teşebbüsten ceza verilebilir. Yine bkz. ÖZAR, s. 1410: Yazarın katıldığım görüşüne göre, fail “belirli bir süre ısrarlı bir şekilde yaptığı takibini mağdur tarafından fark edilince sona erdirmişse teşebbüsten sorumluluk yoluna gidilmelidir.”

⁸⁸ Aynı yönde ÖZAR, s. 1413. Kıyaslayınız ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3796: Yazarlar bu durumda suçun tamamlandığı kanaatindedir. Oysa yazarlar, aynı benim gibi, neticeli bir zarar suçunun söz konusu olduğu ve neticenin de mağduru esas alan sübjektif bir yaklaşımla tespit edileceğini savunmaktadırlar. Böyle olunca, tipik netice gerçekleşmemişse, suç da tamamlanmış olamaz. Şayet salt hareket suçu ve/veya bir tehlike suçu düzenlemesi yapılmış olsaydı, o zaman belirli nitelikteki hareketlerin işlenmesi suçun tamamlanmış sayılması için yeterli olabilirdi. Keza, daha önce ifade edildiği gibi, ısrar fiilinin anılan neticeleri doğurmaya elverişli olması gerektiğine dair gerekçede yer verilen açıklamaların amacı bu durumda suçun tamamlanmış olacağını belirtmek değil, bilakis, tipik neticeler bir şekilde doğmuş olsa bile objektif olarak buna elverişli sayılmayacak hareketlerin varlığında suçun oluşmayacağını açıklamaktır.

⁸⁹ ÖZAR, s. 1412.

⁹⁰ Aynı yönde ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3782-3783; ÖZAR, s. 1410.

⁹¹ Yabancı kanunlardaki cezalar için bkz. TÜRKÖĞLU, s. 23 vd.

⁹² DÜLGER, s. 51. Yine bkz. BALCIÇAKIR, s. 338.

⁹³ Birçok ülkede şikâyetin arandığına dair SOYGÜT, ÇÜHFED, s. 2809; TÜRKÖĞLU, s. 113.

⁹⁴ ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3804; YILMAZ İMRET, s. 21. Yine bkz. DÜLGER, s. 53 ve ÖZAR, s. 1426.

Şikâyet süresi açısından İtalyan uygulaması şu şekildedir: Davranışların tekrarını gerektiren bir suç söz konusu olduğu için, geçmişte kalmış münferit fiillerin üzerinden altı aylık şikâyet süresi geçmiş olsa bile, ısrarlı takip kapsamına giren son fiilin işlenme tarihine göre şikâyet süresi hesaplanmalıdır⁹⁵. Kanaatimce bizde de uygulama bu şekilde gelişmelidir.

İtalyan doktrinde şikâyet süresinin alternatif neticelerden birinin meydana gelme tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı savunulmaktadır⁹⁶. Ben de bu görüşteyim.

Olumlu bir tercih olarak, suç uzlaştırma kapsamına alınmamıştır⁹⁷.

Sonuç

Nihai bir değerlendirme yapmak gerekirse, ısrarlı takip suçunun kanuna dahil edilmesi olumlu olmuştur. Doktrinimizde bu suçu inceleyen yazarlar da bu suç tipinin hukukumuzda dahil edilmesini olumlu olarak değerlendirmişlerdir.

Bununla birlikte, hükmün içeriğine dair eleştiriler elbette mevcuttur. Bu eleştirilerin ortak noktalarından biri, hükmün dar kapsamıdır. Keza, bu suç tipi açısından yer verilmesi düşünülebilecek birçok nitelikli hal (ya da neticesi sebebiyle ağırlaşan suç düzenlemesi) kanunumuzda yer almamaktadır⁹⁸. Ne var ki, TBMM önüne götürülen hükmün -o anki siyasal konjonktür ve kompozisyonu düşünüldüğünde- Meclis çoğunluğunun kabul edebileceği türden bir formülasyona sahip olması gerekmektedir. Bu da etkinlikten fedakârlık edip belirlilikten yana hareket edilmesini gerektirmiş gibi gözükmektedir. Belki, seçimlik hareketlerinin sayısının ve/veya kapsamının genişletilmesi, cezanın artırılması, bu tür bir suç tipinde yer almasında fayda olabilecek çeşitli nitelikli hallerde yer verilmesi gibi hususlar zaman içinde gerçekleştirilebilir.

Başka devletlerde olduğu gibi, bizde de bu hükmün yorumunda esaslı sorunların yaşanması kaçınılmazdır. Bunlardan bir kısmına yukarıda değinilmiştir. Her halükârda, eldeki hükmün adil ve amacına en uygun şekilde uygulanması, doktrinin yol göstericiliğine ve son kertede uygulamanın çabasına ve maharetine bağlı olacaktır.

Son olarak, cezai himayenin sorunu çözmekte tek başına yetersiz ve sadece kısmi bir adım olduğu gerçeğinin bilincinde olarak, ısrarlı takip nitelikli eylemlerin önlenmesi için gerekli olan hukuki ve hukuk alanı dışındaki diğer tedbirleri de yasa koyucunun hassasiyetle değerlendirip uygulamaya geçirmesi elzemdir.

Kaynakça

BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim, “İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 10, S. 2, s. 323–339.

⁹⁵ Cass.pen., Sez. V, sentenza n. 20065, 14/05/2015 (www.brocardi.it).

⁹⁶ MANTOVANİ, s. 366, dn. 182.

⁹⁷ DERELİ, s. 1384. Fakat bunu eleştiren görüş de vardır (bkz. ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3805).

⁹⁸ İtalya’da olduğu gibi, fiilin mağdurla duygusal ilişkisi olan veya geçmişte olmuş bir kişi tarafından işlenmesi ya da dezavantajlı belirli kişilere karşı işlenmesi artırım nedeni olabilirdi (nitekim bkz. DÜLGER, s. 55; ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3779). Öte yandan, nitelikli haller arasında mağdurun kadın olmasına, diğer bazı başka suçların aksine, yer verilmemesi de bazı yazarlarca eleştirilmiştir (ERDOĞAN/İŞTEN, s. 3791; YILMAZ İMRET, s. 13.) Yine bkz. ÖZAR, s. 1417 vd.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ÖNOK, R. Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, S.1, s. 295–376.

CASSANİ, Carlotta, “Atti persecutori e recenti modifiche normative: spunti di riflessione”, **Archivio Penale**, Y. 2018, S. 1, s. 1–13

COCCO, Giovanni/AMBROSETTİ, Enrico Mario, **Manuale di Diritto Penale Parte Speciale - I Reati Contro Le Persone**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 2010.

DELPİNO, Luigi/PEZZANO, Rocco, **Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale**, 16. Bası, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2019.

DERELİ, Alparslan, “Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan**, Mahmut Koca (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

DOĞAN, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2014, S. 2, s. 137–154.

DÜLGER, M. Volkan, “Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2022, C. 8, S. 2, s. 21–57.

ERDOĞAN, Yavuz/İŞTEN, İnanç, “Israrlı Takip Suçu”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2022, C. 20, S. 238, s. 3759–3812.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

MACRÌ, Francesco, **Il Cyberstalking, Cybercrime**, Ed. A. Cadoppi / S. Canestrari / A. Manna / M. Papa, Vicenza, UTET Giuridica, 2019.

MANTOVANİ, Ferrando, **Diritto Penale - Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona**, 6. Bası, Wolters Kluwer - CEDAM, Vicenza, 2016.

MAVİŞ, Volkan, “Ceza Hukuku Boyutuyla Siber Zorbalık”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 29, S. 3, s. 2455–2500.

ÖNOK, R. Murat, “Ceza Hukukun Tekniği Açısından Israrlı Takip Eylemlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi”, **İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi – 8 Mart 2022 Özel Yayını**, İstanbul 2022.

ÖZAR, Süleyman, “İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 71, S. 3, s. 1397–1430.

SOYGÜT, M. Buket, “Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (İsrarlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 5, S. 1, s. 2781–2814.

SOYGÜT, M. Buket, **Ceza Hukuku Bakımından İsrarlı Takip, Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler**, Yay. Haz. M.Buket Soygüt/ Aras Türay), Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

TAŞKIN, Şaban Cankat, “İsrarlı Takip Suçu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2023, C. 10, S. 1, s. 91–136.

TÜRKOĞLU, Selin, **Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip**, On İki Levha, İstanbul, 2020.

ÜNVER, Yener, “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2009, C. 4, S. 11, s. 101–127.

VİLLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La introducción del delito de “atti persecutori” en el Código penal italiano”, **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Y. 2009, C. 3, s. 1–29.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “İsrarlı Takip (Stalking), Kişinin Huzur ve Sükununu Bozma ve Türk Ceza Hukuku Bakımından Genel Değerlendirme”, **Balıkesir Barosu Dergisi**, Y. 2021, S.1 (<https://balikesirbarosu.org.tr/medya/balikesir-barosu-dergisi-sayi-1>)

YILMAZ-İMRET, Hamdiye, “Kadına Karşı Şiddetin Bir Türü Olarak İsrarlı Takip Suçu (TCK’nın 123/A Maddesi)”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2024, C. 11, S. 1, s. 1–24.

KADINA YÖNELİK ŞİDDETLE MÜCADELE KAPSAMINDA ISRARLI TAKİP SUÇU (TCK md. 123A)

Ahsen AKDEMİR*

Özet

2022 yılında mevzuatımıza 7406 sayılı Kanun ile dahil edilmeden önce somut olaydaki fiile göre birçok suç tipiyle ilişkilendirilebilen ısrarlı takip, hem suçun işlenişi hem de koruduğu hukuki değer bakımından çeşitlilik arz eden bir suçtur. Esasında, İstanbul Sözleşmesi ile bu eylemlerin bir suç olarak düzenlenmesi öngörülse de Türkiye'nin 2021 yılında Sözleşme'nin tarafı olmaya son vermesi ile bu yükümlülük son bulmuştur. Ancak, yine de bu suç tipi Sözleşme'nin öngördüğü kapsamdan daha da geniş bir içeriğe sahip olacak şekilde Türk Ceza Kanunu'nda kendine yer edinmiştir. Kadına şiddetle mücadelede önemli işlevi haiz bu suç tipinin düzenleme şeklinin bu amacı ne ölçüde karşılamaya elverişli olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sayede kanun koyucu, bu suç tipi için elinde olumlu ve olumsuz geri dönüşleri bir araya getirebileceği ve bunları gelecekte yapacağı değişiklikler için referans alabileceği gibi kadına şiddetle mücadele edebilme maksadıyla yeni ihdas edeceği başka suç tipleri için de bir ön değerlendirme olarak kullanabilecektir. Bu bağlamda bildirimizde, muhteviyatı itibariyle, öncelikle ısrarlı takip eyleminin kadına karşı şiddet olgusuyla mücadeledeki yeri somutlaştırılacaktır. Sonrasında ise yapılan düzenleme, bu çerçevede ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İsrarlı takip, Kadına yönelik şiddet, Psikolojik şiddet, Stalking.

Giriş

Son 10 yıl içerisinde kadına yönelik şiddet olgusu ile mücadele edebilmek adına kanun koyucu başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere birçok kanun üzerinde çalışmalar yaparak bir yol haritası geliştirmeye çalışmıştır. Bu çalışmaların en büyük hareket noktası olan İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi) ilk imzalayan devlet olan Türkiye'ye ve diğer taraflarına bu hususta birçok yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlülüklerden biri *taciz amaçlı takip* eylemlerinin cezalandırılması için gereken tedbirlerin alınmasıdır¹. Sözleşmede: “*Bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkar davranışlar*” olarak tanımlanan taciz amaçlı takip 2022 yılında Ceza Kanunu'na yeni bir madde eklenmek suretiyle bir suç haline gelmiştir.

* Ar. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
E-posta: ahsen.akdemir@medeniyet.edu.tr
Orcid: 0000-0003-2678-4045

¹ İstanbul Sözleşmesi md. 34: “*Taraflar başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkar davranışların cezalandırılmasını temin edecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır.*”

Kriminolojik açıdan bakıldığında Türkiye’deki kadınların %27’sinin hayatları boyunca en az bir defa ısrarlı takibe maruz kaldığı bilinmektedir². Özellikle ısrarlı takibin en çok işlendiği ortam olan siber dünyada, sosyal medyanın kullanıcılarına sağladığı anonimlik olgusunun da risk arttırıcı bir faktör olduğu da bir gerçektir³. Bu yönleriyle ısrarlı takip, kadına yönelik şiddetin alt türleri olan psikolojik şiddetin içerisine dahil edilir. Bunun yanı sıra maddenin ikinci fıkrasında “*Mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması*” şeklinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal de ekonomik şiddetin sonuçlarından biridir. Böylelikle ısrarlı takip suçunun çok boyutlu bir şiddet türü olduğu söylenebilir.

Kadına yönelik şiddetle mücadelede etkin bir rol oynaması gereken bu suçun bu amaca olabildiğince hızlı ulaşması ve verimli bir sonuç doğurması için birtakım özellikleri ihtiva etmesi beklenmektedir. Bu özellikler suçun herhangi bir belirsiz ifadeye veya doktrinde tartışma yaratacak bir hususa yer vermeyecek kadar açık ve net olması ve gereken koruma kapsamına sahip olmasıdır. Ancak bakıldığında henüz yeni düzenlenmiş olan bu suçun özellikle maddi unsurlar bakımından birkaç belirsiz ifadeyi ve tartışmalı hususları ihtiva ettiği görülmektedir. Bu tebliğde, bu eksiklikleri giderebilmek adına ne gibi adımlar atılabileceği sorusuna yanıt aranacaktır. Bu bildiriye özgülünen amaç, kadına şiddet olgusu içerisinde bu denli sıklıkla işlenen bu suçun, bu olguyla mücadelede en etkili korumayı ne şekilde sağlanacağını belirlemeye çalışmaktır.

I. Bir Kadına Yönelik Şiddet Biçimi Olarak İsrarlı Takip Eylemi

Kadına yönelik şiddet, son 50 yıl içerisinde başta sosyoloji ve psikoloji olmak üzere hukuk ve sağlık gibi birçok alanda popülerlik kazanan bir araştırma alanı haline geldiği görülmektedir. Bunun temel sebebi kadına yönelik şiddetin zannedildiğinin aksine sadece fiziksel veya cinsel olarak değil, aynı zamanda psikolojik, ekonomik ve sembolik olarak da gerçekleştirilebilen çok boyutlu ve komplike bir yapıya sahip olmasına dayandırılabilir. Kadına yönelik şiddetin ortaya çıkış sebeplerinin incelenmesiyle sosyoloji, mağdur üzerindeki etkilerinin incelenmesiyle psikoloji, önlenmesi ve cezalandırılmasıyla hukuk ve bir kamu sağlığı sorunu olması sebebiyle sağlık bilimleri ilgilenmiş ve kayda değer miktarda bilgiyi ortaya koymuşlardır. Böylelikle de toplumun yarısını oluşturan kadınların hayatları boyunca maruz kalma riski ile karşı karşıya oldukları bu olgu hakkında insanların farkındalığı gün geçtikçe daha da artmıştır.

Bu farkındalığın bir sonucu olarak kadına yönelik şiddetin önlenmesine yönelik gerek ulusal gerekse de uluslararası birçok yasal girişim söz konusu olmuştur. Bu girişimlerin biri olan İstanbul Sözleşmesi kadına yönelik şiddetin önlenmesi hususunda taraf devletlere birçok yasal yükümlülük getirmiştir. Bu yükümlülüklerden bir tanesi İstanbul Sözleşmesi’nin 34’üncü

² YÜKSEL-KAPTANOĞLU, İlknur/ ÇAVLİN, Alanur, “Kadına Yönelik Şiddet Yaygınlığı” Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması- 2015, (Çevrimiçi) http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/28_1.pdf, 29.08.2024, s. 118.

³ AKDEMİR, Ahsen, “Kadınlara Yönelik Siber Ortamda Gerçekleştirilen Şiddet Fiilleri ve Faillerinin Tipolojisine Yönelik Fenomenolojik Bir Çalışma,” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C.24, S. 1, s. 405.

maddesinde yer alan; “*taciz amaçlı takip*” eylemlerine yönelik tedbirleri alma yükümlülüğüdür.

Kadınlara yönelik şiddetin bir biçimi olan ısrarlı takip, son yıllarda giderek daha belirgin bir sorun haline gelmiştir. Bir kimseye yönelik istenmeyen ve tekrarlanan bir davranış örüntüsünü içeren ısrarlı takip, özellikle kadınlar olmak üzere mağdurların güvenliği ve refahı için önemli bir tehdit olarak kabul edilmiştir⁴. Son yıllarda ısrarlı takip olgusu özellikle farklı bilim dallarında yapılan araştırmalara, artan toplumsal farkındalığa ve yasalara konu olmaktadır. Bakıldığında 2000’li yılların başından itibaren birçok gelişmiş ülkede bir suç olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde de 2022 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na eklenen 123A maddesiyle bir suç olarak düzenlenmiştir. Özellikle gerekçe metninde de belirtildiği üzere ısrarlı takip eyleminin bir suç olarak kabul edilmesi kadına yönelik şiddetle mücadelede kilit bir rol oynamaktadır⁵.

Gerek işleniş şekilleri gerekse de mağdur üzerinde doğurduğu çeşitli neticeler bakımından ısrarlı takip, asli olarak bir psikolojik şiddet türüdür. İsrarlı takip, mağdurların ruh sağlığı ve yaşam biçimlerini özgürce şekillendirme hakkı üzerinde yarattığı olumsuz etki sebebiyle kadınlara yönelik psikolojik bir şiddet biçimi olarak kabul edilir. Zira ısrarlı takip, kaygı, depresyon ve korku gibi ciddi psikolojik sorunlara neden olabilir. Mağdurların genellikle sürekli bir korku ve güvensizlik hissine maruz kalması ruh sağlıklarını ciddi şekilde etkileyebilir. Bu hususa yönelik gerçekleştirilen araştırmalara bakıldığında, ısrarlı takibin derin psikolojik etkilerinin olabileceği ve birçok mağdurun travma sonrası stres bozukluğuna benzer semptomlar bildirdiğini görülmektedir⁶. Bunun yanı sıra ısrarlı takibin, çoğu zaman mağdurun hayatını kontrol altına almaya yönelik sistematik bir girişim olması sebebiyle mağdurun kendini güçsüz hissettiği bir durum yaratır⁷. Böylelikle de mağdur savunmasını yitirdikçe fiilin devamı kolaylaşmış olur. Bu da doğrudan mağdurun gündelik hayatını etki eder. Nitekim bu etkilerin bazıları ısrarlı takip suçunun nitelikli halleri olarak daha ağır cezaya layık görülmüştür. En nihayetinde de ısrarlı takibin mağdur psikolojisi üzerindeki etki uzun süre devam edebilir. Mağdurlar, ısrarlı takip sona erdikten sonra bile kronik anksiyete ve aşırı uyarılmışlık gibi devam eden ruh sağlığı sorunları yaşayabilirler. Araştırmalara bakıldığında, mağdurun yaşadığı travmanın kalıcı etkilere sahip olabileceği, mağdurların güvenilir ilişkiler kurma ve günlük hayata devam etme gibi çabasının etkileyebileceğini göstermektedir⁸.

Bireysel boyutta bu denli sorunlara yol açabilecek ısrarlı takip olgusu, toplumsal boyutta da birçok problemi doğurmaktadır. İsrarlı takip olarak nitelendirilen eylemler bir toplumun

⁴REYNS, Bradford, “A Situational Crime Prevention Approach to Cyberstalking Victimization: Preventive Tactics for Internet Users and Online Place Managers”, **Crime Prevention & Community Safety**, C.12, Y. 2010, s. 99.

⁵ TBMM, “Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi- 16 Mart 2022” (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, 02.09.2024, s. 6.

⁶ CUPACH, William/SPITZBERG, Brian, “The State of the Art of Stalking: Taking Stock of the Emerging Literature”, **Aggression and Violent Behavior**, Y. 2007, C. 12, S.1, s. 74.

⁷ BRADY, Patrick Q./REYNS, Bradford W., “The Focal Concerns of Stalking Victims: Examining Victims’ Decisions to Engage Civil and Criminal Legal Systems”, **Criminal Justice and Behavior**, Y.2024 C.51, S. 8, s. 1200.

⁸ STOREY, Jennifer/ PINA, Afroditi/ WILLIAMS Cherise S., “The Impact of Stalking and Its Predictors: Characterizing the Needs of Stalking Victims”, **Journal of Interpersonal Violence**, Y. 2023, C. 38 S. 21-22, s. 11571.

huzurunu ve sosyal düzeni etkilemektedir. Özellikle kadınlar, sosyalleşmeye yönelik girişimde bulunmada korku duyabilmektedirler. Dolaylı olarak da bu şiddet türü toplumsal yaşamın birçok fonksiyonunu etkileyecektir. Kamu güvenliğinin sarsılması, mağdurlara sağlanacak psikolojik desteğe yönelik ihtiyacın artması, toplumun hukuk sisteminden bu soruna yönelik efektif bir çözüm üretmesine yönelik haklı beklentisi ve beraberinde getireceği ekonomik etki, bu beklentinin karşılanmadığı durumda hukuka olan güvenin sarsılması gibi birçok sorun ısrarlı takibin toplum üzerindeki olası etkilerine örnek gösterilebilir⁹.

Filinin haksızlık içeriğinin cezaya müstahaklığı bakımından önemli dönüm noktalarından ilki, 1990 yılında A.B.D.'de Kaliforniya¹⁰, 1993'te de Avustralya'nın Queensland eyaletlerinin ısrarlı takibi bir suç olarak düzenlenmesi olmuştur¹¹. Hukuk doktrini bu dönemden itibaren ısrarlı takibi analiz etmeye ve bu tür davranışların yol açtığı psikolojik hasarı gerekçe göstererek bir suç olması gerektiğini savunmaya başlamıştır. Ancak ısrarlı takibin bir suç olmasına karşı olan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerde ısrarlı takibin suç olmaması yönünde gösterilen gerekçelerden ilki bu suçun ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edeceğine yönelik endişe duyulmasıdır¹². Bu görüşe göre bazı davranışlar potansiyel olarak kişi yaşamına müdahale etmekle birlikte, şayet şiddet veya doğrudan tehdit içermiyorsa bir suç teşkil etmemesi gerekir. Suç olmaması yönünde ortaya atılan bir diğer sebep de muhakeme evresinin olayların daha da büyümesine yol açabilecek riski doğurmasıdır. Ancak bu görüş mağdurun failin potansiyel saldırılarından korunması gerektiği durumlarda bunu yapabilmek için bir kanuni dayanağı olması gerektiği için eleştirilere maruz kalmıştır¹³.

Türkiye açısından önemli dönüm noktası ise 2011 yılında İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olmasıdır. Bu sözleşmenin 34. maddesi taraflara taciz amaçlı takip olarak Türkçeye çevrilen *stalking* eylemlerinin cezalandırılması için tarafları yükümlendirmektedir. Ancak ısrarlı takip suç haline getirilemeden Türkiye, 2021 yılında Sözleşme'nin tarafı olmaktan çekilmiştir. Aynı yıl kadına yönelik şiddetle mücadele için 7331 sayılı Kanun ile kasten öldürme, kasten yaralama, eziyet ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının "*boşanılan eşe karşı*" işlenmesi nitelikli haller arasına eklenmiştir. 2022 yılında ise 7406 sayılı Kanun ile ısrarlı takip suç haline getirilip kasten öldürme, kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek hali, işkence, eziyet ve tehdit suçlarında suçun *kadına karşı* işlenmesi durumunda cezalarda artırım yapılmıştır. Bunun yanı sıra toplumda iyi hal veya kravat indirimi¹⁴ olarak da bilinen sanığın duruşma esnasında etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak sayılmayacağı teminat altına alınmıştır.

⁹ KAMPHUIS, Jan H./ EMMELKAMP, Paul M.G., "Traumatic Distress Among Support-Seeking Female Victims of Stalking", **Am J Psychiatry**, Y. 200, C. 158, s. 797.

¹⁰ MALSCH, Marijke, "Stalking: Do criminalization and punishment help?", **Punishment & Society**, Y. 2007, C. 9, S. 2, s. 201.

¹¹ OGILVIE, Emma, "Stalking: policing and prosecuting practices in three Australian jurisdictions", **Trends & Issues in Crime and Criminal Justice**, Y. 2000, S.176, (Çevrimiçi) <https://www.aic.gov.au/sites/default/files/2020-05/tandi176.pdf>, 04.09.2024, s. 2.

¹² KARBARZ, Suzanne L., "The First Amendment Implications Of Anti-stalking Statutes", **Journal of Legislation**, Y. 1995, C. 21, s. 333.

¹³ ROBINSON, Gail E./TSCHAN, Werner, "Treatment of Stalking-Offenders" 162nd Annual Meeting of the American Psychiatric Association, (Çevrimiçi) <http://www.bsgp.ch/userdocs/APA%202009%20Handout.pdf>, 03.09.2024, s. 2.

¹⁴ ÖZALP, Ahmet, **Suç ve Sembolleri**, 1. Basım, Astana Yayınları, Ankara, 2022, s. 51.

II. Maddi Ceza Hukuku Bağlamında Israrlı Takip Suçunun Özellikleri ve İçeriğindeki Eksiklikler

2022 yılında 7406 sayılı Kanun ile suç haline getirilmeden önce ısrarlı takip olarak nitelendirilen eylemler, duruma göre eziyet (md. 96), cinsel taciz (md. 105), tehdit (md. 106), şantaj (md. 107), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (md. 109), kişilerin huzur ve sükununu bozma (md. 123) ve özel hayatın gizliliğini ihlal (md. 134) suçlarından hangisi veya hangilerini ihlal ediyorsa o suç tipine göre cezalandırılmaktaydı¹⁵. Böylelikle de söylemek mümkündür ki ısrarlı takip, koruduğu hukuki değer bakımından çeşitlilik arz eden bir suç tipidir. Kişilerin huzur ve sükununu korumanın dışında, ısrarlı takip sonucunda gerçekleştirilecek fiziksel veya cinsel saldırı gibi daha ağır netice doğurabilecek suçlar bakımından önleyici ve koruyucu bir görev üstlenmektedir. Madde gerekçesinde bu husus şu ifadelerle açıklanmaktadır: “(...) mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamada ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanması amaçlanmaktadır.”

Israrlı takip, kadına yönelik şiddetle mücadele açısından anahtar bir rol oynaması sebebiyle, muhteviyatında herhangi bir belirsizliği veya tartışmalı hususu barındırması, söz konusu mücadele bakımından faydadan çok zarara sebebiyet verebilme riskini taşır. Zira, hem doktrinin hem de yargı organının bu hususlarda net ve tartışma gerektirmeyen bilgiye sahip olması, yargılamanın da hızlanmasını beraberinde getirecektir. Böylelikle tartışmalı hususlar bakımından mağdurun adalete erişimi gecikirse bu da ikincil mağduriyeti beraberinde getirecektir¹⁶. Bu nedenle özellikle kadına yönelik şiddetle mücadele bakımından önem arz eden suç tiplerinde herhangi bir eksiklik veya belirsizliğin olmaması elzemdir¹⁷.

Suçun muhteviyatındaki eksiklik ve belirsizlikleri suçun maddi ve manevi unsurları ve özel görünüş şekilleri üzerinden yapılacak değerlendirmeler üzerinden tespit edilecektir.

A. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları Bakımından Eksiklikler

Israrlı takip herkes tarafından işlenebilen şikayete tabi bir suçtur. Mağduru herkes olabilmeyle birlikte araştırmalar ısrarlı takip eylemlerinin kadınları orantısız biçimde etkilediğini ortaya koymaktadır¹⁸. Bu suçun konusu fiilden etkilenen kişidir¹⁹.

Israrlı takip suçu iki seçimli hareket üzerinden işlenebilir. Bu hareketler sırasıyla failin ısrarlı bir şekilde:

- mağduru fiziken takip etmesi

¹⁵ Recep Doğan, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2014, C. 72, S. 2, 2014, s. 138; TÜRKÖĞLU, Selin, **Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 55-72.

¹⁶ AYDIN, Murat, **Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması**, On İki Levha, İstanbul, 2023, s. 241.

¹⁷ Bu ilke doğrultusunda incelenen Türk Ceza Kanunu’na yönelik çalışma için bkz. AKDEMİR, Ahsen, Kadına Yönelik Şiddetin Münhasır Bir Suç Olarak Düzenlenmesinin Değerlendirilmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2024.

¹⁸ YÜKSEL-KAPTANOĞLU/ ÇAVLİN, s. 118.

¹⁹ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 520.

- haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak mağdur ile temas kurmaya çalışması şeklinde Kanun’da belirtilmiştir.

Israrlı takip suçunun muhteviyatı ile ilgili tespit ettiğimiz ilk sorun *ısrar* kelimesinin belirli ve objektif olmamasıdır. Suç tipinde yer alan seçimlik hareketler kaç defa yapılırsa ısrar unsurunun gerçekleştiğinin kabul edileceği madde metninde belirtilmemiştir. Doktrinde de tartışmaya konu olan bu husus hakkında birkaç görüş sunulmuştur. Hakim görüşe göre ısrarın varlığı, fiilin haksızlık içeriği sebebiyle cezayı gerekli kılacak düzeyde olma şeklinde değerlendirilecektir. Böylelikle bu görüşe göre ısrarın varlığını da hakim kendisi takdir edecektir²⁰. Bu görüşün ana dayanağı madde gerekçesinde geçen: “*Hâkim, ısrar unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayın şartları çerçevesinde tespit edecektir.*” ifadesidir²¹. Ancak bu görüş tam anlamıyla aradığımız o *belirli olma* özelliğini sağlayıp bu sorunu giderecek nitelikte değildir.

Yargıtay’ın md. 123’te düzenlenen *kişilerin huzur ve sükununu bozma* suçunda geçen ısrar ifadesi hakkında verdiği kararlara bakıldığında ise birçok kararında yerel mahkemenin mutlaka ısrar unsurunun ne şekilde oluştuğuna dair bir değerlendirme yapması gerektiğini belirterek takdiri hakime bıraktığına yönelik bir görüşünün olduğu²², bir diğer görüşünün ise suçtaki seçimlik hareketleri birden fazla yapılmasıyla suçun oluşacağı yönünde olduğu görülmektedir²³.

Kanaatimizce, ısrar unsurunun belirlenmesinde seçimlik hareketlerin birden fazla icra edilmesi ile bu suçun gerçekleşeceği madde metni içerisinde belirtilerek açıklığa kavuşturulmalıdır. Burada ısrar ifadesinin belirli olması halinde suçun sübut edip etmediği konusunda bir tartışma olmayacağı için hem yargılama daha hızlı ilerleyecek hem de objektif bir kriter getirilerek mahkemeler arası görüş ayrılığı söz konusu olmayacaktır. Nitekim her hakimin somut bir olayda ısrarın var olduğuna yönelik kanaati aynı olmayabilir. Bu durumda her hakime göre ısrar farklı şekilde değerlendirilmeye açık olur. Bu tür görüş ayrılıkları da doğrudan hem mağdur hem de sanık nezdinde haksızlıklara sebebiyet verebilir. En azından kadına yönelik şiddetle mücadele kapsamında ihdas edilen suç tipleri için belirsiz ifadelerin olmaması izlemesi daha uygun bir politika olacağı kanaatindeyiz²⁴.

²⁰ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 500; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 522; YILDIZ, Ali Kemal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma”, **Özel Ceza Hukuku Cilt III**, Ed. Köksal BAYRAKTAR, Serap KESKİN KIZIROĞLU, Ali Kemal YILDIZ, Hamide ZAFER, Eylem AKSOY RETORNAZ, Güçlü AKYÜREK, Ali Hakan EVİK, Hasan SINAR, Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU, Fulya EROĞLU ERMAN, Sinan ALTUNÇ, Barış ERMAN, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 387; ÖZAR, Süleyman, “Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 71, S. 3, s. 1408; TÜRKOĞLU, s. 92.

²¹ TBMM, s. 6.

²² Yar. 18. CD, E. 2016/6670, K. 2018/5837, 18.04.2018, (www.legalbank.net); Yar. 18. CD, E. 2015/12350, K. 2015/12218, 30.11.2015, (www.legalbank.net).

²³ Yar. 4. CD, E. 2016/4715, K. 2016/9234, 09.05.2016, (www.legalbank.net)

²⁴ Diğer ülke mevzuatlarının bazılarında ısrarlı takipten soruşturma açılabilmesi için en az iki kez makul bir insanın huzur ve sükununu bozabilecek veya ona zarar verebilecek nitelikte fiillerin varlığı aranmasına dair bkz. BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ ÖNOK, Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2022, No: 1, s. 304.

Suçun maddi unsurları bakımından tespit edilen bir diğer belirsizlik madde metninde geçen “*bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ... neden olan*” ibaresidir. Israr ifadesinde olduğu gibi *ciddi huzursuzluk* ifadesi de belirsiz ve sübjektiftir. Kişiler üzerinde huzursuzluğun ciddi seviyede olması durumunun neye göre belirleneceği muğlaktır. Doktrinde bir görüşe göre burada olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır²⁵. Diğer bir görüş ise ciddi ifadesinin belirsiz olduğunu ve uygulamanın bir sonuca ulaşmasını zorlaştıracığı gerekçesiyle ciddi ibaresinin kullanılmamasının daha doğru olacağını savunmuştur²⁶. Kanaatimizce burada yer alan *ciddi* ifadesi burada suçun mahiyetinin anlaşılması için kullanılan retorik bir ifade olarak değerlendirilebilir.

Suçun maddi unsurları bakımından tespit edilen son sorun suçun neticeli bir suç mu yoksa tehlike suçu mu olduğuna ilişkin belirsizliktir. Diğer bir ifade ile “*bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma*” suçun netice unsuru olarak mı değerlendirilmelidir yoksa bir objektif cezalandırılabilme şartı mıdır? Henüz yeni ihdas edilmiş bir suç tipi olması sebebiyle doktrinde kısıtlı sayıda görüş yer almaktadır. Bir görüşe göre bu ifade bir objektif cezalandırılabilme şartıdır²⁷. Diğer bir deyişle suç, sırf hareket suçudur. Diğer görüş ise Alman Ceza Kanunu’nda 2017 değişikliklerinden önceki haliyle düzenlenen ısrarlı takip suçunda²⁸ olduğu gibi burada da ısrarlı takibin bir neticeli suç olarak düzenlendiğine yöneliktir. Netice de kasta dahil olduğundan failin bu neticeyi göze alması gerekmektedir²⁹. Failin ciddi bir huzursuzluk yaratma veya mağdur veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma gibi bir kastı yoksa ikinci görüşe göre illiyet bağı da kurulamayacağından suç oluşmayacaktır. Bu iki görüşün ortaya çıkardığı neticeler birbirinden farklılık arz ettiğinden bu husus üzerindeki şüphenin giderilmesi oldukça büyük önem arz etmektedir.

Suçun nitelikli halleri bakımından da bir değerlendirmede bulunduğumuzda, eklenmesi gereken bir nitelikli halin olduğunu görmekteyiz. Bu nitelikli hal, kadınlara yönelik *siber ısrarlı takip* vakalarında sosyal medya platformları üzerinden isim belirtmeden anonim hesaplarla gerçekleştirilen ısrarlı takip suçuna ilişkindir. Burada kadının sürekli olarak tanımadığı bir kimse tarafından rahatsız edilmesi ve faili bulmak için kolluk görevlilerinin daha fazla teknik çaba sarf etmesinin yarattığı haksızlık, suçun temel hali için öngörülen cezadan daha fazlasına layıktır. Özellikle kişinin kimliğini tespit edilmesi IP adresinin incelenmesi ile mümkün olduğundan burada özellikle soruşturma evresi daha da zorlaşmaktadır. Mağdur da bu süreçte kim olduğunu bilmediği biri tarafından rahatsız edildiği için endişesi daha da artabilir. Bu nedenle bu hususlara da kanunda yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁰.

²⁵ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Ceza Özel s. 523.

²⁶ YURTCAN, Erdener/ İRTİŞ, Begüm, **Israrlı Takip Suçu**, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 14.

²⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, Ceza Özel s. 523.

²⁸ Bkz. BOZBAYINDIR/ ÖNOK, s. 315.

²⁹ ÖZAR, s. 1412; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 501. Suçun netice unsuru ile objektif cezalandırılabilme şartı arasında tereddütte kalınması durumunda netice görüşüne ağırlık verilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. BEKAR, Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 45.

³⁰ AKDEMİR, s. 111.

Suçun manevi unsuru bakımından bir eksiklik bulunmamakla beraber suçun genel kastla işlenebilir olmasının doğru bir tercih olduğu belirtilmelidir³¹. Başka bir deyişle failin özel bir kastla hareket etmesinin aranmaması daha doğru bir yaklaşımdır zira Türkoğlu'nun da belirttiği üzere bu durumda: “*failin mağduru korkutma, huzursuzluk yaratma, hayatında değişikliğe sebebiyet verme gibi saiklerle hareket ettiğinin de ortaya konulması gerekecek ve böylece suçun oluşması için aranan koşullar daha zorlaşmış olacaktır.*”³²

Yukarıda da belirtildiği gibi bir suç tipinde yer alan belirsiz ifadeler ve görüş ayrılıkları, kadına yönelik şiddetle mücadele ile bağdaşmayan ve kadına yönelik şiddeti ortadan kaldırmaya yönelik süreci yavaşlatan olgulardır. Bu nedenle belirtilen bu hususlar üzerinde kanun koyucunun bir adım atması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Suçun Özel Görünüş Şekilleri Bakımından Eksiklikler

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından ısrarlı takip suçunda değinmek istediğimiz bir husus suçun dolaylı faillik yoluyla işlenemeyeceğine yönelik bir görüş üzerinedir. Bu görüşe göre ısrarlı takip bizzat işlenebilen bir suç olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle dolaylı fail tarafından işlenememektedir³³. Ancak failin kusur yeteneği olmayan bir çocuğu veya akıl hastasını araç olarak kullanarak bu suçu işlemesinde herhangi bir engel bulunmadığı aşıkardır. Bu nedenle suç tipinin koruma kapsamını daraltan bu görüşü benimsemediğimizi belirtmeliyiz³⁴.

Sonuç

Israrlı takip, genellikle karmaşık bir psikolojik ve duygusal faktörlerin bir araya gelmesiyle failin hedefine karşı yoğun bir saplantı veya takıntıyla iletişim kurmaya çalışma, takip etme veya rahatsız etme şeklinde karşımıza çıkar. Mağdurlarının büyük çoğunluğunu kadınların oluşturması sebebiyle bir suç olarak düzenlenmesi doğrudan kadına yönelik şiddetle mücadele bakımından önemli bir adım olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu adım, istenilen sonuçların doğabilmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Gerek potansiyel faileri caydırarak suç sayılarını azaltması gerekse de suç sonrası gerçekleşecek yargılamanın uzun ve meşakkatli bir süreç doğurmaması için madde metnindeki birtakım belirsizliklere açıklık getirmeli ve bünyesinde barındırdığı eksiklikler gidermelidir. Zira ısrarlı takip, daha ağır netice doğurabilecek suçlar bakımından önleyici ve koruyucu bir görev üstlenmektedir. Hal böyle iken bu suç işlendiği vakit doğru bir müdahale aracı olamayacak bir suç tipi, daha ağır neticelerin önlenmesine katkıda bulunamayacaktır. Bu sebepten dolayı ısrarlı takip suçu, gerek suçun maddi ve manevi unsurları gerekse de özel görünüş şekilleri bakımından incelenmiştir.

Maddi unsurlar bakımından *ısrar* ve *ciddi bir huzursuzluk* ifadelerinin sübjektif ve belirsiz olduklarına dikkat çekilmiştir. Doktrindeki hakim görüşün aksine, ısrar unsurunun varlığının tespitinin hakim tarafından yapılmasının doğru olmadığı, onun yerine suç metninde belirli bir ifadenin kullanılması savunulmuştur. *Ciddi bir huzursuzluk* ise suçun mahiyetini

³¹ ÖZAR, s. 1415-1416; DEMİRKALE, Sezgi, “Israrlı Takip Suçu” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Gaziantep, 2024, s. 62.

³² TÜRKÖĞLU, s. 103.

³³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 519.

³⁴ Benzer görüşler için bkz. ÖZAR, s. 1412; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 501; DEMİRKALE, s. 68.

açıklayan retorik bir ifade olarak değerlendirilmiştir. Maddi unsurlar bakımından bir belirsizlik de suçun neticeli bir suç mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir tehlike suçu mu olduğu tartışmasıdır. Doktrinde her iki görüş savunulmaktadır. Failin kastı kapsamında olup olmaması bakımından her iki görüşün farklı sonuçlar doğurması yargılamayı da gereksiz meşgul edeceğinden bu hususa da kanun koyucunun bir açıklık getirmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Nitelikli haller bakımından ise suçun siber ortamda anonim olarak işlenmesinin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur. Suçun manevi unsurları bakımından bir eksiklik bulunmamıştır.

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından değinilen tek husus suçun dolaylı faillik kurumu ile işlenemeyeceğine dair doktrinde yer alan bir görüşün kanaatimizce doğru olmamasıdır. Israrlı takip, kusur yeteneği olmayan bir çocuk veya akıl hastasının araç olarak kullanılması şeklinde dolaylı fail olarak işlenebilir.

Henüz Ceza Kanunu'na eklenen oldukça yeni bir suç olan ısrarlı takibin, kadına yönelik şiddet bakımından oldukça önemli bir adımdır. Ancak bu tek bir adım olarak kalmamalı ve atılan bu adıma dikkatlice planlanmış yeni hedefler eklenerek devamı getirilmelidir. Bu hususta özellikle yapılacak çalışmalar neticesinde ortaya çıkarılacak adli istatistiklerin de desteğiyle bu suç tipi derin bir incelemeye alınmalı ve suçun ihtiva ettiği sorunlar giderilmelidir.

Kaynakça

AKDEMİR, Ahsen, “Kadınlara Yönelik Siber Ortamda Gerçekleştirilen Şiddet Fiilleri ve Faillerinin Tipolojisine Yönelik Fenomenolojik Bir Çalışma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C.24, S. 1, s. 387- 422.

AKDEMİR, Ahsen, “Kadına Yönelik Şiddetin Münhasır Bir Suç Olarak Düzenlenmesinin Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 2024.

AYDIN, Murat, **Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması**, On İki Levha, İstanbul, 2023.

BEKAR, Elif, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ ÖNOK, Murat, “Alman ve İtalyan Ceza Hukukunda Israrlı Takip Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2022, No: 1, s. 295- 376.

BRADY, Patrick Q./REYNS, Bradford W., “The Focal Concerns of Stalking Victims: Examining Victims’ Decisions to Engage Civil and Criminal Legal Systems” **Criminal Justice and Behavior**, Y.2024 C.51, S. 8, s.1181-1203.

CUPACH, William/SPITZBERG, Brian, “The State of the Art of Stalking: Taking Stock of the Emerging Literature”, **Aggression and Violent Behavior**, Y. 2007, C. 12, S.1, s. 64-86.

DEMİRKALE, Sezgi, “İsrarlı Takip Suçu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, Gaziantep, 2024.

DOĞAN, Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 2014, C. 72, S. 2, 2014, s. 135-154.

KAMPHUIS, Jan H./ EMMELKAMP, Paul M.G., “Traumatic Distress Among Support-Seeking Female Victims of Stalking”, **Am J Psychiatry**, Y. 200, C. 158, s. 795–798.

KARBARZ, Suzanne L., “The First Amendment Implications Of Anti-stalking Statutes”, **Journal of Legislation**, Y. 1995, C. 21, s. 333-350.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

MALSCH, Marijke, “Stalking: Do Criminalization and Punishment Help?”, **Punishment & Society**, Y. 2007, C. 9, S.2, s. 201-209.

OGILVIE, Emma, “Stalking: Policing and Prosecuting Practices In Three Australian Jurisdictions” **Trends & Issues in Crime and Criminal Justice**, Y. 2000, S.176, (Çevrimiçi) <https://www.aic.gov.au/sites/default/files/2020-05/tandi176.pdf>, 04.09.2024, s. 1-6.

ÖZALP, Ahmet, **Suç ve Sembolleri**, 1. Basım, Astana Yayınları, Ankara, 2022.

ÖZAR, Süleyman, “İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 71, S. 3, s.1397-1430.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.

REYNS, Bradford, “A Situational Crime Prevention Approach to Cyberstalking Victimization: Preventive Tactics for Internet Users and Online Place Managers”, **Crime Prevention & Community Safety**, C.12, Y. 2010, s. 99-118.

ROBINSON, Gail E./TSCHAN, Werner, “Treatment of Stalking-Offenders” 162nd Annual Meeting of the American Psychiatric Association, (Çevrimiçi) <http://www.bsgp.ch/userdocs/APA%202009%20Handout.pdf>, 03.09.2024.

STOREY, Jennifer/ PINA, Afroditi/ WILLIAMS Cherise S., “The Impact of Stalking and Its Predictors: Characterizing the Needs of Stalking Victims” **Journal of Interpersonal Violence**, Y. 2023, C. 38 S. 21-22, 11569-11594.

TÜRKOĞLU, Selin, **Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip**, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

YILDIZ, Ali Kemal, “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma”, **Özel Ceza Hukuku Cilt III**, Ed. Köksal BAYRAKTAR, Serap KESKİN KIZIROĞLU, Ali Kemal YILDIZ, Hamide ZAFER, Eylem AKSOY RETORNAZ, Güçlü AKYÜREK, Ali Hakan EVİK, Hasan SINAR, Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU, Fulya EROĞLU ERMAN, Sinan ALTUNÇ, Barış ERMAN, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

YURTCAN, Erdener/ İRTİŞ, Begüm, **İsrarlı Takip Suçu**, 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

YÜKSEL-KAPTANOĞLU, İlknur/ ÇAVLİN, Alanur, “Kadına Yönelik Şiddet Yaygınlığı” Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması- 2015, (Çevrimiçi) http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/28_1.pdf, 29.08.2024.