

BESLENMEYİ ENGELLEME SUÇU

The Crime of Preventing Nutrition

Yusuf EŞBERK*

Başvuru Tarihi : 03/10/2020

Kabul Tarihi : 10/12/2020

Öz

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 298. maddesinde hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme suçunu düzenlenmektedir. Bu suçun ilk bölümü hak kullanımını engelleme, ikinci bölümü beslenmeyi engellenme fiillerine ilişkindir. Tutuklu ve hükümlülerin beslenmelerinin engellenmesi bu suçu oluşturur. Yine, tutuklu ve hükümlülerin açlık grevine teşvik veya ikna edilmeleri ya da onlara bu konuda talimat verilmesi beslenmenin engellenmesi suçuna yol açmaktadır. Açlık grevi suç olmadığı için, TCK m.298 özel bir iştirak düzenlemesi değil, ayrı bir suçtur. Yine, aynı maddenin üçüncü fıkrası objektif sorumluluğa yol açmaktadır. Bu makalede beslenmenin engellenmesi suçunun unsurları incelenecek, açlık grevine giren kişilerin hukuki durumu değerlendirilecek ve TCK m.298/3'e ilişkin bir kanun değişikliği önerisi sunulacaktır.

Abstract

The crime of preventing the exercise of rights and nutrition is regulated in the 298th article of the Turkish Penal Code. The first part of this crime is about preventing the exercise of rights, the second part is about the acts of preventing nutrition. Preventing the nourishment of detainees and convicts constitutes this crime. Again, encouraging or persuading detainees and convicts to go on hunger strike or instructing them on this issue leads to the crime of obstruction of nutrition. Since the hunger strike is not a crime, Article 298 of the TCK is not a special participation regulation, it is a separate crime. In addition, the third paragraph of the same article leads to objective liability. In this article, the elements of the crime of preventing nutrition will be examined, the legal status of the people on hunger strike will be evaluated and a law amendment proposal will be presented regarding TCK Art.298/3.

* Avukat, Adana Barosu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, yusufesberk5121@gmail.com
ORC ID: 0000-0001-8901-5361

Anahtar Kelimeler: Açlık Grevi, Beslenmeyi Engelleme Suçu, Türk Ceza Kanunu (TCK) m.298,

Keywords: Hunger Strike, The Crime of Preventing Nutrition, 298th article of the Turkish Penal Code, d

Giriş

Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme suçu, TCK'nın 298. maddesinde düzenlenmektedir. Bu suçun birinci fıkrasında hak kullanımını engelleme, ikinci fıkrasında beslenmeyi engelleme fiilleri yer almaktadır. Bu çalışmada TCK m.298'in ikinci fıkrasında düzenlenen beslenmeyi engelleme suçu incelenmektedir.

Beslenmeyi engelleme suçu iki şekilde işlenebilmektedir. TCK m.298/2'nin ilk cümlesine göre tutuklu ve hükümlülerin beslenmesinin engellenmesi bu suça yol açar. Aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca tutuklu veya hükümlüleri açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik, ikna veya bu yolda talimat fiilleri beslenmenin engellenmesi sayılır. Çalışmanın konusu açlık grevi veya ölüm orucunun meşruiyeti veya bu eylemlere müdahalenin hak ve özgürlükler bağlamında yol açtığı problemler değil, TCK m.298/2'deki beslenmeyi engelleme suçu ve bu suçun açlık grevleri açısından sunduğu görünümüdür. Bu bağlamda öncelikle beslenmeyi engelleme suçunun koruduğu hukuki değer, kanunun tarihçesi ve unsurları açıklanmıştır. Suçun yukarıda ifade edilen iki tip fiili ayrı ayrı incelenmiş; açlık grevi ve ölüm orucu açısından teşvik, ikna ve talimat fiillerine açıklık getirilmiştir.

Makalede ayrıca açlık grevinin kişinin kendisine zarar vermesini önceleyen hususi yapısı dolayısıyla karşılaşılan nazari problemlere yer verilmiştir. Bunlardan ilki grevcinin sorumlu tutulmamasının hukuki gerekçesidir ve bu problem şeriklerin cezalandırılmasının esasını tartışan teorilerden *bağlı hukuki değere saldırı teorisi* ile çözülmüştür. İkincisi, açlık grevine teşvik, ikna veya talimatın iştirak açısından arz ettiği şerikliğe benzer görünümüdür. Açlık grevi başlı başına suç olmadığı için beslenmenin engellenmesi suçu zorunlu iştirakin öngörüldüğü bir düzenleme değildir. Buna bağlı olarak iştirakin suçun teşebbüs aşamasına varması gibi birtakım özellikleri bu suç açısından geçerli değildir.

TCK m.298'in üçüncü fıkrasında beslenmenin engellenmesi suçuna ilişkin özel bir içtima düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, *“Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.”* Beslenmenin engellenmesi yaralamayı içinde barındıran bir suç olmadığı için kasten yaralamanın basit ve nitelikli şekli açısından

kanunda boşluk vardır. Yine, her durumda ölüm neticesinden sorumluluk doğurması bakımından objektif sorumluluğa yol açtığını düşündüğümüz bu fıkra ile ilgili içtima başlığı altında bir değişiklik önerimiz bulunmaktadır. Önerimiz, kanunun üçüncü fıkrasının “*Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama veya kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise fail bu fiillerden dolayı ayrıca sorumlu tutulur.*” olarak yeniden düzenlenmesi şeklindedir. Böylece hem ilgili boşluk doldurulacak hem de ölüm neticesi açısından hâkime failin kastına ve fiiline göre bir sorumluluk tesis edebilme alanı tanınacaktır.

Çalışmada ayrıca işlenme oranı nispeten düşük olan bu suçla ilgili birtakım AİHM, AYM ve Yargıtay içtihatlarına yer verilmiştir. Üzerinde pek az tartışma bulunduğu için beslenmeyi engelleme suçuna ilişkin yorum ve aktarımlarımızda hata ve eksikliklerin bulunmasının kaçınılmaz olduğunu da not etmek gerekir.

1. Genel Olarak

TCK'nın “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmınının 267 ila 298 numaralı maddeleri arasındaki ikinci bölümünde adliye karşı suçlar düzenlemektedir. Bu suçlar ile ceza adaletinin gerçekleşmesini engellemeye matuf fiiller yaptırım altına alınmıştır (Koca ve Üzülmöz, 2016: 943). Yasama ve yürütme ile birlikte üçüncü kuvvet olan yargının güven içinde işleyişi ve değişik ihlallere karşı korunması adliye karşı suçlar ile teminat altındadır (Tezcan vd., 2019: 1211).

Adliye karşı suçların düzenlendiği dördüncü kısım ikinci bölümdeki son suç oluşturulan “*hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*” suçu üç fıkradan ibarettir. Birinci fıkrada hükümlü ve tutukluların haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum tabii muayene ve tedavi edilmelerini, müdafii veya avukat tayin etmelerini, bunlarla görüşmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını engellemek; hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik etmek ya da bu yolda talimat vermek; mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanağını engellemek fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Bu fıkrada hak kullanımını engelleme suçu düzenlenmektedir.

TCK m.298'in bu makalenin de konusunu oluşturan ikinci fıkrasında hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleme fiili düzenlenmiştir. Fıkranın devamında hükümlü ve tutukluların açlık grevi ya da ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ile onlara bu yolda talimat verme fiilleri beslenmeyi engelleme suçu kapsamına alınmıştır. Üçüncü ve son fıkrada beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana geldiği takdirde failin kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre ayrıca cezaya çarptırılacağına ilişkin bir düzenleme mevcuttur. İşte ikinci ve üçüncü fıkraya şamil bu fiiller beslenmeyi engelleme suçunun kanuni dayanağını oluşturmaktadır.

TCK m.298'in madde başlığı "hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme" şeklindedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere birinci fıkra hak kullanımını engelleme fiilini, ikinci ve üçüncü fıkralar ise beslenmeyi engelleme fiillerini düzenlemektedir. Buradan hareketle "beslenmeyi engelleme" başlığını inceleyeceğimiz suçun ismi kabilinde yeterli görüyoruz.¹

2. Tarihçe, İlgili Mevzuat ve Gerekçe

Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme suçu 4806 sayılı ve 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu İle Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 307/a numaralı maddesine eklenmiş; düzenlemenin içeriği 5237 sayılı TCK metninde aynen korunmuştur. Gerekçe'de birçok suçta olduğu gibi kanun metninden farklı bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un kabul tarihi olan 05.02.2003 tarihli meclis görüşme tutanaklarında daha önce adliye karşı suçlar arasında düşünülmeyen bu tip bir maddeye niçin ihtiyaç duyulduğuna dair hükümet cephesinden bir konuşma bulunmaktadır. Konuşmanın ilgili kısmı şu şekildedir:

"Bugün görüşmekte olduğumuz değişiklik çalışmaları da, ceza ve tutukevlerinde yaşanan açlık grevlerine ilişkin düzenlemelerde bu ilkelerden hareketle yapılan iyileştirme çabalarıdır. Artık, çağdaş dünyada insan hakları söz konusu olduğunda in-

¹ 664 sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda da defaatle belirtildiği üzere madde başlıkları bölümler içerisinde yer almış maddeler arasında ilgili hükmün kolaylıkla saptanabilmesini sağlamak ve yorumda yol göstermek, kanun değişikliklerinde gereksiz tekrarları ve ek fıkraların yanlış maddelere konulmasını önlemek amacıyla konulmuştur. Başlıklar, Kanun'un metnine dâhil olmayıp sadece ilgili maddelerin konusunu göstermektedir. İşte bu sebeple içeriğinden hareketle ve türlü kolaylıklar sağlayacağı için 298/2'de düzenlenen suçu beslenmeyi engelleme suçu olarak tasvir etmeyi uygun görüyoruz.

san onuru konuşulduğunda, hiçbir devlet bunları tartışır durumda değildir. Değerli milletvekilleri, hafızalarımızı tazeleyerek, şöyle o cezaevlerinde yaşanan hadiseleri gözümüzün önüne getirecek olursak, hepimizin tüyleri ürperiyor; âdeta, o günlerde cezaevleri, mafyanın, teröristlerin hâkimiyet sağladığı, devletinse, orada bulunan kişilere sadece ekme ve yemek verdiği kurumlar haline getirilmişti. Devlet olmak, bir taraftan, tutuklu veya hükümlüyü insanca yaşam standardında tutmayı gerektirirken, aynı zamanda, devlet olmak bir sorumluluğu daha gerektirmektedir; bu da, üzerinde konuştuğumuz infaz kurumlarının güvenliğini sağlamak olacaktır. Eğer, bu kurumlarda gerekli otoritenin sağlanması mümkün olmazsa, güvenliğin sağlanması, otoritenin temini hususunda bir ihmal veya gevşeklik söz konusu olursa, geçmişte cezaevlerinde yaşanan ve hepimizin takip ettiği olayları bir kez daha yaşamak mu-kadder olacaktır.” (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil1/bas/b031m.htm>, 15.05.2020)

Bu konuşmadan da anlaşılmalıdır ki *tarihi yorum metodu* kullanılarak düşünüldüğünde beslenmeyi engelleme suçunun düzenlenme amacı cezaevi idaresinin işleyişini teminat altına almak ve tutuklu ya da hükümlülerin güvenliğini sağlamaktır.

3. Korunan Hukuksal Değer

Suçla ihlal edilen, ceza ile korunan, böylece hukukilik vasfı kazanan beşeri menfaat suçun koruduğu hukuksal değeri oluşturmaktadır (Hafızoğulları ve Güngör, 2007: 23). Suç teşkil eden her hareketin koruduğu bir hukuki menfaat vardır (Koca ve Üzülmöz, 2019: 116). Suçlar bir veya birden çok hukuki değeri koruyabilirler (Ünver, 130 :2003). Suçun konusu ya da korunan hukuksal değer kanun koyucunun suç ihdasında hareket noktasıdır (Artuk vd., 2014: 281; Artuk vd., 1996: 234). Kanun koyucuyu harekete geçiren bu değer, suçun konusundan farklı olarak maddi bir bünyeye sahip değildir (Önder, 1992: 169). Örneğin kasten öldürme suçunda korunan hukuksal değer insan yaşamıdır. Bir görüş korunan hukuksal değer her zaman bireylere ilişkin olduğunu ifade etmektedir (Koca ve Üzülmöz, 2019: 117; Ünver, 2003: 580). Buna göre devlet, toplum, kamu organları vs. hukuksal değer sahibi olamazlar. Bu görüş, bütün suçların mağdurlarının bireylerden teşekkül ettiği anlayışını korunan hukuksal değeri de kapsayacak biçimde genişletmektedir. Dolayısıyla bu anlayışa göre mademki suçun mağduru yalnızca bireydir, o halde suç ile tanınan ve ceza ile korunan hukuki değer de bireye aittir; şeklinde akıl yürütmek lazım gelir. Bir diğer görüşe göre ise suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suçu öngören norm tarafından korunan ve suç ile ihlal edilen varlık veya menfaatler bireye, aileye,

topluma veya devlete ait olabilir; tüm bunlar bireysel, toplumsal ya da kamusal nitelik taşıyabilir (Toroslu, 2016: 108). Mağdurun her zaman bireylerden teşekkül ettiği doğru olmakla birlikte hukuksal konu ile mağduru eşleştirmek doğru değildir. Aksi halde uyuşturucu kullanmak, ruhsatsız silah bulundurmak gibi mağduru problemlı suç tiplerinde korunan hukuksal değeri açıklamak mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte geniş anlamda mağdur doktrininden hareket ederek suç ile korunan değerin tamamen devletin çıkarlarını koruduğunu öne süren görüş de tutarlı değildir.² Korunan hukuki değerın tespiti ve tayininde suçun içeriği, unsurları, tarihi olarak düzenlenme gereğesi ve sistematiği bir bütün olarak göz önünde bulundurulmalı; hukuksal değerin çerçevesi peşin sınırlamalarla çizilmemelidir.

TCK m.298/2’de yazılı beslenmeyi engelleme suçu, millete ve devlete karşı suçlar kısmı ile adliyeye karşı suçlar bölümünde yer almaktadır. Millete ve devlete karşı işlenen suçlar ile siyasal iktidar gücünün biçimlenişi, düzeni, işlerliği sürdürülmek istenmiş, değışimci yönelişlerin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle doğrudan doğruya siyasal iktidar düzenine ve maddi koşullarına karşı eylemler suç sayılarak devlete karşı suç kavramı tesis edilmiştir. Devletin de kendine özgü çıkarları bulunduğu kabul edilmiş ve hukuki konusu devlete özgü sayılan suç tipleri oluşturulmuştur. Türü ve adı ne olursa olsun siyasal örgütlenmenin kendine özgü çıkarlarının kabul edilmesi, devletin bireylerin dışında kişiliğinin bulunduğunun varsayıldığı anlamına gelmektedir. Adliyeye karşı suçların niteliği de siyasal iktidar ile devlet arasındaki ilişki kapsamında belirlenmektedir. Devlet anlayışı ve bu anlayış kapsamında oluşan siyasal iktidar düzeninin niteliği, doğal olarak, adli fonksiyonlara karşı öngörülen hukuka aykırı eylemlerin hukuki konusunu ve cezalandırma sistemini belirlemektedir (Özek, 1997: s.13 vd.). Açıklamalar çerçevesinde beslenmeyi engelleme suçu en başta cezalandırma tekeline sahip olan devletin adli mercilerinin işleyişini korumaktır. Tutuklu ve hükümlüler açlık grevine ya da ölüm orucuna girdikleri takdirde müdahaleye cevaz veren norm, kişinin yaşam hakkını kendisine karşı koruma düşüncesinden hareket etmektedir. Beslenmeyi engelleme suçu bağlamında suç ile bozulan toplumsal barışı yeniden tesis etmenin klasik aracı olan cezaevi idaresinin işleyişi ve bu işleyişe duyulan güvenilirlik de korunan hukuki yararlar içerisinde.

² “Her ne kadar “menfaat” ile “değer” kavramları ayrı anlam öbeklerine işaret etseler de, bu iki kavram korunan hukuksal yarar veya suçun hukuki konusu açıklanırken genelde birbirinin yerine kullanılmaktadır.” (Hafızoğulları ve Özen, 2015: 193 vd.).

4. Tipiklik

Beslenmeyi engelleme suçu TCK'nın 298. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre “*Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.*” Yine üçüncü fıkrada suçun kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri ile ya da ölümlü neticelenmesi halinde gerçek içtima hükümlerine göre sorumluluk tesis edileceğine ilişkin bir düzenleme vardır.

4.1. Fail

Suçun faili hakkında özel bir düzenleme yoktur. Kanunda “(...) *beslenmesini engelleyenler*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla hükümlü veya tutuklunun beslenmesini engelleyen herkes bu suçun faili olabilir. Gelgelelim kanun çalışmalarından da anlaşıldığı üzere kanun koyucunun beslenmeyi engelleme suçu ile cezalandırmayı amaçladığı kişiler infaz koruma memurları ya da diğer cezaevi personeli değildir. Gerçekten, izleyen başlıklarda da ifade edileceği üzere kamu görevlileri bu güne kadar üretilen az sayıda içtihadın henüz muhatabı olmamıştır. Bununla birlikte beslenmenin engellenmesi fiilinin ya da açlık grevine teşvik, ikna, talimat hareketlerinin ya da tüm bu fiillere şeriklik şeklinde katılmanın kamu görevlileri tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin açlık grevine çağrı içeren pusulaları koşullar arasında dağıtan bir kimse m.298'e göre beslenmenin engellenmesi suçundan sorumludur.³ Dağıtımı gerçekleştiren kişi kamu görevlisi de olabilir. Yine kamu görevlileri beslenmeyi engelleme fiiline yardım etme veya azmettirme biçiminde katılabilir.

4.2. Mağdur

Beslenmeyi engelleme suçunun mağduru özel olarak belirtilmiştir. Mağdur, tutuklu ya da hükümlü bulunan kimsedir. Tutuklu, özgürlüğü hükümden önce hâkim kararı ile sınırlandırılarak tutukevine konulan şüpheli veya sanıktır (Öztürk vd. 460 :2019; Özen, 26 :2008; Centel, 2013: 193). Ceza mahkemesinin verdiği son karar süre aşımı veya kanun yolu muhakemesi sonucunda kesinleştiği ahvalde ilgili kararın muhatabına hükümlü denir. Hükümlü teriminden ceza mahkemesinden

³ Y. 8 CD, E: 2018/9590, K: 2019/2781, 27.02.2019: “Sanığın kurumda bulunan diğer hükümlüleri isyana, açlık grevine teşvik eden pusulaları koşullar arasında dağıtması şeklindeki eyleminin tamamlanmış suç kabul edilmesi gerekirken; mahkemenin eyleme teşebbüs hükümlerini uygulaması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 10.05.2020)

ceza nev'inde yaptırıma maruz bırakılarak cezaevine konulan kimse anlaşılmalıdır. Yoksa beraat veya düşme kararı da birer hükümdür ancak bu kararların muhatapları hükümlü olarak anılmamaktadır. Bir de kanunda bulunmamakla birlikte 22.01.2007 tarihli ve 1/45 numaralı bir genelge ile kullanıma giren “*hükümözlü*” tabiri vardır ki, hâlihazırda tutuklu bulunan ancak hakkında verilen mahkûmiyet hükmü henüz kesinleşmemiş kimseler için kullanılır. Bu kimseler Yargıtay kararlarında “*hükmen tutuklu*” olarak tasnif edilmektedir. TCK m.298/2 açısından hükümözlü veya hükmen tutuklu bulunan kişiler tutuklu kavramı içinde değerlendirilmelidir.

Beslenmeyi engelleme suçunun mağduru beslenmesi engellenen kişidir. Madde metnine göre hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır. Dikkat edilirse burada hukuki bir varsayım söz konusudur. İleride de değinileceği üzere açlık grevi suç olmadığı için burada bir çeşit iştirak ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda açlık grevine teşvik, ikna veya talimat fiillerinin sahibi açlık grevine ya da ölüm orucuna giren kimsenin fiiline şerik değildir. Aksi halde tutuklu veya hükümlü kendi fiilinin mağduru olamayacağı için nazari problemlerle karşılaşılırdı. Öyleyse TCK m.298/2 bakımından mağdur her halde beslenmesi engellenen ya da açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik, ikna edilen; bu yönde kendisine talimat verilen kişidir.

TCK m.298'in birinci fıkrasında yer alan *hak kullanımını engelleme* suçunda da mağdur tutuklu ya da hükümlüler olmakla birlikte, bu fıkroda “*ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular*” ifadesi yer almaktadır. Beslenmeyi engelleme suçunda mağdurun konumuna ilişkin bu şekilde bir belirleme yapılmamıştır. İlgili kanunun meclis çalışmalarında veya gerekçede bu durumun bilinçli bir tercih olup olmadığı belirsizdir. Birinci fıkra hükmüne bakılırsa, tutuklu veya hükümlülerin ziyaretçileriyle görüşme, sosyal ve kültürel faaliyetlere katılma, kurum tabibince muayene ve tedavi edilme, kurum görevlileri ile görüşme gibi açıkça cezaevinde sahip oldukları haklar güvence altına alınmaktadır. Dolayısıyla güvence altına alınan haklar ile madde metninde tutuklu veya hükümlülerin bulunmasının şart koşulduğu mekânlar örtüşmektedir. Oysa ceza infazının ertelenmesi⁴ gibi muhtelif

⁴ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un “hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi” başlıklı 16. maddesi şu şekildedir: (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.

kurumlar mahkûmun cezasının belli şartlarda geri bırakılmasını ya da çekilmiş sayılmasını sağlayabilmektedir. Hatta AİHM'nin açlık grevi ya da ölüm orucu dolayısı ile ağır hastalığa tutulan mahkûmların cezalarının infazına devam olunması; açlık grevi sebebiyle cezasının infazına ara verilen mahkûmun cezaevi koşullarında yaşamını sürdüreceği ölçüde sağlıklı olduğuna dair yeni bir doktor raporu alınmadan, sadece sürenin dolduğundan bahisle tekrar cezaevine konulması⁵ gibi konularda vermiş olduğu ihlal kararları vardır. AİHM'ye göre açlık grevine ya da ölüm orucuna giren mahkûmlar hakkında devletin tahliye dâhil yükümlülükleri işkence yasağını düzenleyen AİHS m.3 kapsamında ele alınmaktadır.⁶ Dolayısıyla açlık grevine giren mahkûmlar yalnızca cezaevinde değildirler. O halde beslenmeyi engelleme suçunda hak kullanımını engelleme suçundan farklı olarak yer hakkında bir belirleme yapılmamasını yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olarak yorumlamak gerekir. Böylece,

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurumlarınınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkra yazılı usule uygun olarak incelettilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkra yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkra öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.

(6) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkra belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.

⁵ UYAN/Türkiye Davası, E: 7454/04, 10.11.2005: "Öte yandan, bu alanda tek yetkili mercii olan Adli Tıp Kurumu'nun başvuranın cezasını çekmeye elverişli olduğuna dair vermiş olduğu hiçbir rapor bulunmamasına karşın 26 Şubat 2004 tarihinde verilen yakalama müzakeresini anlamak güçtür. Hükümetin görüşlerinde bu konuda sessiz kalmıştı; bununla birlikte dava dosyasından yetkililerin, Cumhurbaşkanı affı için hazırlanan dosyayı tamamlamaya çalıştıkları görülmektedir. Bu işlemin yapıldığı farz edilse dahi, Adli Tıp Kurumu'nun 27 Ağustos 2003 tarihli raporu çerçevesinde yakalama müzakeresinin gerekçesi bulunmamaktadır."; (MOUSIEL/Fransa Davası, E: 67263/01, § 37, 38 ve 40, AİHM, 2002-IX, § 52). "Öyle ki alınan tedbirlerin uygulanma koşulları, kendisini sıkıntıya ya da tutukluluğa bağlı kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir ümitsizliğe sokmamalıdır" (KUDLA/Polonya Davası, E:30210/96, § 94, AİHM 2000-XI).

⁶ YILDIZ/Türkiye Davası E: 22913/04, 10.11.2005: "AİHS'nin özgürlükten yoksun bırakılan kimselerin ve dolayısıyla bu durumdaki hasta kişilerin durumuna ilişkin hiçbir özel hüküm içermediği doğrudur. Ancak gerekli tıbbi bakımı sağlayarak devletin tutukluların fiziksel bütünlüğünü koruma yükümlülüğünden ayrı olarak, doğal yolla ortaya çıkan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan acının, yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artıyor ya da artma riski bulunuyor ise, kendi başına 3. madde alanına girebileceğini hatırlatmak gerekir."

hükümlü olmak kaydıyla örneğın sağıık sebebiyle kurum dışında bulunan ve ara verdiğı aılıık grevine tekrar başlaması konusunda teşvik edilen bir kimse yine TCK m.298/2'de tanımlı suçun mağduru olacaktır.

4.3. Fiil

Beslenmeyi engelleme suçunda fiil, beslenme iradesinin mevcut olup olmamasına göre ikiye ayrılabilir. Birincisi beslenmenin engellenmesi, ikincisi kişinin aılıık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmesi ya da bu yolda kendisine talimat verilmesidir. TCK m.298/2'nin ilk cümlesinde beslenme iradesi bulunan tutuklu veya hükümlünün beslenmesinin engellenmesi düzenlenmiştir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise hükümlü ve tutukluların aılıık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmelerinin ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesinin beslenmenin engellenmesi sayılacağı hükme bağlanmıŐtır.

4.3.1. Beslenmenin Engellenmesi

Yaşamını sürdürebilmek için ihtiyacı olsun veya olmasın beslenmek isteyen bir tutuklu veya hükümlünün bu isteğini hukuka aykırı yolla engellemek beslenmenin engellenmesi suçunu oluşturur. Bu noktada bir beslenme iradesi söz konusudur. Öte yandan, başta da belirtildiğı üzere beslenmeyi engellemenin suç olarak tanımlanma gerekçesi m.298/2'nin ikinci cümlesinden olmak üzere aılıık grevlerinin önüne geçebilmektir. Yargıya yansımıŐ bir örneğine şahit olmasak da, kanunun birinci cümlesinde tanımlanan beslenme iradesine sahip olan kişinin iradesini engellemek de bu suça vücut verir. Örneğın A ile B aynı koğuşu paylaşmaktadır. Koğuşlara dağıtılan akŐam yemeğı sırasında A, B'nin yemeğini elinden alır veya çöpe dökme ve sair hareketlerle B'nin beslenme iradesini engellerse bu suç oluşur. Buradan hareketle beslenmeyi engelleme suçunun sırf hareket suçu olduğunu ifade etmek gerekir. Buna göre, beslenmenin engellenmesi halinde suç oluşur. Herhangi bir neticenin varlığına gerek bulunmamaktadır. Yani kişi başka yollarla beslenmesini sürdürebilirse de beslenmesinin engellenmesi durumunda bu suç oluŐacaktır. Yukarıdaki örnekte B, beslenmesinin engellenmesinin hemen akabinde bir başka yolla karnını doyursa da tavsifimiz değıŐmemektedir. Ancak oyun veya Őaka yollu fiillerle beslenmenin engellenmesi durumunda manevi unsur eksikliği dolayısı ile suç oluŐmayacaktır.

Suçun oluşması için kişide açlık gibi bir belirtinin ortaya çıkmasına da gerek yoktur.⁷ Açlık veya besin yoksunluğunun bu suçta birer unsur olmadığı kanun metninde açıktır. Açlık bir objektif cezalandırılabilme şartı da değildir. Zira kabul ettiğimiz doktrin uyarınca objektif cezalandırılabilme şartı her ne kadar suçun bir unsuru değilse ve kastın bilme unsuruna dâhil olmasa da, failin kusurunun aranmadığı her koşulun objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu söylemek doğru değildir (Artuk, 2013: 19; Akbulut, 2019: 239 vd.; Dönmezer ve Erman, 318 :1997; Demirbaş, 216 :2016; Koca ve Üzülmöz, 348 :2019; İçel ve Evik: 2013: 16; Üzülmöz ve Akkaş, 2007: 72; Aksi düşünce için bkz. Kunter, 1949: 182 vd.). Doğrusu beslenmenin engellenmesi suçunda açlık ne suçun unsurudur ne de failin kastının kapsamındadır. Ancak objektif cezalandırılabilme şartları, gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır. Oysa yukarıda da ifade edildiği gibi açlık gerçekleşirse de fail beslenmenin engellenmesi fiilinden sorumludur. Kaldı ki objektif cezalandırılabilme şartları kanun koyucu tarafından aranan veya kanunun ifadesinden zorunlu olarak çıkarılan sebeplerdir. Yani muhtelif kanun maddelerinde böyle bir unsurun veya şartın bulunup bulunmadığı değil, unsur mu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu tartışılmaktadır. Beslenmenin engellenmesi suçunun kanun metninde yer alan veya bu metinden çıkarılabilen bir açlık sonucu ise yoktur.

Beslenmenin engellenmesi icrai bir suçtur; ancak ihmal hareketi ile de işlenebilir. Örneğin infaz koruma memurunun hücrede bulunan mahkûma yemeğini vermesi ihmal hareketidir. Engelleme fiilini sadece besin maddesinin mağdurun vücuduna girmesini imkânsız hale getirmek şeklinde anlamamak gerekir. Örneğin hükümlü C, A'ya hakaret etmiş, disiplin bozucu bu fiilinden ötürü tek kişilik hücreye konulmuştur. C'ye yemek getirmekle yükümlü olan infaz koruma memuru, A'nın arkadaşı olan B'dir ve yemeği verirken tabağın içine tükürmüştür. Sağlıklı iki insanın tükürükleri benzer içeriktedir. Yani B'nin tükürüğü tabakta bulunan yemeğin besin değerini etkilememekte veya C'nin bu yemeği yemesini imkânsız hale getirmemektedir. Ancak hücrede bulunan tutuklu veya hükümlü bir kimsenin yiyeceğine tükürmek, mağdur bu yiyeceği tüketmediği takdirde yalnızca açlık yönünde bir tercih olarak addedilemez. İlgili hareket veya hareketlerin yoğunluğu işkence suçunu mey-

⁷ Açlık tamamıyla fiziksel bir olgu değildir. Örneğin "açlık hissi" gibi besin yokluğunu fiziksel kategoriye sokan tamlamalar olduğu gibi "açlık duygusu" şeklinde açlığı psikolojiye indirgeyen yaklaşımlar da vardır. Yani her beslenme fiilinin neticesi açlık değildir. Örneğin obezite hastalığı beslenme ihtiyacı olmamasına rağmen açlık duygusunun bastırılmamasının sonucudur.

dana getirmedeği takdirde faili beslenmenin engellenmesi suçundan sorumlu tutmak gerekecektir.⁸

4.3.2. Açlık Grevine Teşvik, İkna ya da Bu Yolda Talimat

Beslenmeyi engelleme suçunu oluşturabilecek ikinci tip hareket hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesidir. TCK m.298/2'ye göre bu fiillerden bir veya birkaçının işlenmesi, beslenmenin engellenmesi sayılır. Burada bir kabul söz konusudur. Zira açlık grevine ikna, teşvik veya bu yolda talimat fiillerinde inisiyatif mağdurun elindedir. Aşağıda açlık grevi ve teşvik, ikna, talimat fiillerine kısaca değinilecektir.

4.3.2.1 Açlık Grevi ve Ölüm Orucu

Hukukun, insanı, insanın kendisine yönelen iradesinden koruması konusunda çok tartışmalar vardır. İnsanın doğal olarak sahip olduğu veya hukuken kendisine tanınmış hak ve yetkilerden ne ölçüde vazgeçebileceği sorunlu bir meseledir. Tartışmalar genelde rızanın kapsamı ve hukuki etkisi konusunda yoğunlaşmaktadır. Başka zaman gerçekleşse suç oluşturacak bir eylemin rıza ile birlikte hukuka uygun olarak doğması, suç ile suç olmayan arasındaki irade temelli bu neviden bir ölçütten kaynaklandığı için çoğu zaman tatmin edici sonuçlar üretmekten uzaktır. İradeye tanınan özerklik, rızanın mevcudiyetinin etkilediği birtakım hukuki neticeler arasındaki çelişme oranının limitlerine dayanmasına yol açmaktadır. Örneğin rıza ile gerçekleşen cinsel birliktelik, rızanın bulunmaması durumunda ağır hapis cezalarına tevیل edilebilir. Öte yandan kişinin kendisine zarar vermesi ya da bu zarara razı görünmesi, bozulduğu varsayılan kamu düzeninin yeniden tesisinin aracı olarak geniş anlamda cezalandırmayı da etkisiz kılabilen kimi mümkün durumları içerir. Örneğin müntehirin kendini öldürme fiilini suç olarak düzenlemenin yol açacağı nazari problemlerin haricinde intihar fiilini yaptırıma bağlamak, dolayısıyla suç ile tanınan hukuki değeri ceza ile güvence altına almak konusunda ceza hukuku çaresizdir.

Hukukun insanın kendisine yönelen iradesini engellemek hususundaki çaresizliği açlık grevi söz konusu olduğunda daha karışık bir hal alır. Süresiz yapılan bir

⁸ Tükürme şeklindeki fiilin hakaret veya görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilirse ihtilaf içtima kurallarına göre çözümlenmelidir. Tek bir fiil ile oluşan bu suçlar arasında en ağır ceza beslenmenin engellenmesi suçunda öngörülmektedir. İnfaz koruma memurunun C'ye verdiği birden fazla yemeğe tükürdüğü ve açlık hissine dayanamayan C'nin bu yiyecekleri tükettiği durumda beslenmenin engellenmesi suçundan sorumluluk doğmayacaktır. Fikrimizce bu durumda B'yi işkence suçundan sorumlu tutmak gerekir.

açlık grevi veya ölüm orucu şartlı bir intihar gibidir. Şartın yöneldiği kurumun ya da bu kurumun temsilcilerinin niteliğinde herhangi bir sınırlama olmamakla birlikte, ölüm neticelerine yol açan grevler göstermektedir ki ölüm oruçları veya süresiz açlık grevleri genelde kamu makamına yönelmektedir. Açlık grevinin bu özelliği diğer bazı fiillerden farklı olarak, kişinin kendi kendisinden koruması hususundaki fiziki imkânsızlıkların da önüne geçmektedir. Örneğin intihar fiillerinin birçoğu kapalı mekânlarda ve gizlilik içerisinde gerçekleşir. İntihar fiili sonuçlandıktan sonra yaşam hakkını iade ve ihya edebilecek bir müdahale imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla intiharın suç olarak düzenlenememesinin fail mağdur birleşimi fikrinden başka pratik imkânsızlık gerekçesi de bulunur. Pratik imkânsızlığın ispat güçlüğü sebebiyle işin gerçeğinin bir türlü araştırılmadığı rıza ihtilafları konusunda da mevcut olduğu söylenmelidir. Rızanın, hareketin suç niteliğini değiştirebildiği cinsel dokunulmazlığa, vücut bütünlüğüne, özel hayata vs. karşı gerçekleşen fiillerde cebir veya tehdit bulunmadığı ahvalde rızanın mevcudiyetinin fiil sırasında araştırılması genellikle fiziki imkânsızlıkla malul kalmaktadır. Açlık grevinde ise hâlihazır bir ihtilaf vardır. Grevcinin kendi bedeni üzerindeki menfi tasarrufu tartışmasızdır. Kişinin kendisini aç bırakıp bırakamayacağı meselesi yargılama veya müdahale imkânı gibi pratik değil, salt hukuki bir meseledir. Zira zamana yayılmış, süregelen bir eylem söz konusudur. Mevzu hukukta grevcinin kendi sorumluluğu bakımından rızasının mevcudiyetini ya da müdahale imkânsızlığı sebebiyle suç ihdasının mümkünatını tartışma gereği yoktur. Nitekim açlık grevine müdahale hem kanunen caiz hem de uygulamada mutattır. Ancak açlık grevine veya ölüm orucuna girmek başlı başına suç değildir. Grevcinin rıza gösterme yeteneği, gösterdiği rızanın ne ölçüde kendisine ait olduğu ve bu rızanın aç kalarak ölüm neticesine evrilmeye yeter bir sebep teşkil edip etmeyeceği veya grevciye müdahale sorunu tartışılmaya değerdir. Hemen belirtelim ki, tartışmaya değer olarak sunduğumuz bu problemler çalışmamızın kapsamını aşmaktadır.

Açlık grevinin⁹ tanımında görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre açlık grevi, belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da salt

⁹ Grev, kelime olarak deniz, nehir kıyısı ya da kumsal anlamına gelir. (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/grève/38180?q=greve#38124>, 15.05.2020) Kelimenin bugünkü anlamına kavuşması Seine nehrinin yanında ve Paris belediye binasının karşısında bulunan grev meydanı (la place de grève) dolayısı ile 14. asırda şehrin valisi tarafından ticari gayelerle satın alınan ve yüzyıllarca idamları ve toplu infazları seyretmek için şehirlilerin toplandığı bir alan haline gelen bu meydan, ticari potansiyeli sebebiyle işsizlerin iş bulmasını sağlamış, grev kelimesine kimliğini verecek kerte büyük protestolara sahne olmuştur. (https://fr.wikipedia.org/wiki/Place_de_la_Libération, 15.05.2020)

savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemidir (Akal, 1992: 291; Feyzioğlu, 1993: 157). Bir başka görüşe göre açlık grevi belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için kamuoyu oluşturmak düşüncesi ile kişinin tek başına veya bir grup şeklinde yemek yemeyi durdurarak veya sıvı almayarak yaptığı aç kalma eylemidir (Taşkın, 2006: 235). Bir görüş açlık grevinin kişinin kendisinden başkasına zarar vermeme niteliğinden bahisle barışçıl bir eylem, bir sivil itaatsizlik örneği olduğu yönündedir.¹⁰ Yukarıda da ifade edildiği gibi şirket veya derneklere, merkezi yönetimden ayrı bir kişiliğe sahip olan kilise kurumuna vs. yönelen eser miktarda açlık grevi eylemi bulunmakla birlikte, eylemin asıl muhatabı devlet olduğu için açlık grevinin ekseriyetle politik bir eylem olduğu kabul edilmelidir. Hal böyle olunca yapılan tanımlar görüş sahibinin politik duruşuna ya da geldiği disipline göre değişmektedir.

Ölüm orucu ile açlık grevi arasında eylemin niteliği bakımından fark bulunmamaktadır. Ölüm orucu talep karşılanana dek sürdürülecek olan açlık grevini ifade eder. Bununla birlikte açlık grevi önceden planlanmış kısa veya uzun bir süre ile sınırlanabilir.

4.3.2.2. Açlık Grevinin Hukuki Niteliği

Açlık grevi suç değildir. Ancak açlık grevi hukuka aykırıdır.

Haksızlığın oluşabilmesi için tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiil gerekir (Akbulut, 2019: 228). Haksızlık ile hukuka aykırılık farklı anlamlara gelirler. Ceza hukuku anlamı ile haksızlık, hukuka aykırılığı kapsar. Doktrinde hukuka aykırılığın norma aykırılık, haksızlığın ise fiil hakkında ortaya konan bir değer yargısı olduğu ifade edilmektedir (Önder, 1991: 134; Yüce, 1982: 249; Akbulut, 2019: 229; Artuk vd., 2014: 370; İçel vd. 2000: 94). Aksini düşünen (Katoğlu, 2003: 157) bir azınlık bulunmakla birlikte, hukuka aykırılık hukuk düzeninin tamamı ile çeliştiği için dercelendirilemez.¹¹ Yani bir fiil ya hukuka aykırıdır ya da değildir. İçeriği yönünden

¹⁰ Sivil itaatsizlikteki sembolik olma ve şiddet içermeme niteliğinin açlık grevi eylemine uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Kısa süreli açlık grevlerinin sembolik olduğu söylenebilir. Gelgelelim ne kadar kısa sürse de aç bedene zarar veren protesto amacının şiddetsiz olarak addedilemeyeceği öne sürülmüştür. Bazı yazarlar, sivil itaatsizlik tanımındaki şiddetsizliği, yalnızca "üçüncü kişilere ve eşyaya yöneltilmeyen şiddet" biçiminde algılamakta ve kişinin kendisine yöneltilen şiddeti böylelikle şiddet biçiminde değerlendirmemekte, hatta tanımda tashihe giderek başkalarına karşı şiddete dayalı olmayan şekilde bir düzenleme yapılmasını önermektedir ki bu noktada açlık grevi bir sivil itaatsizlik eylemi olarak kabul edilmektedir (Anbarlı, 2006: 244); <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/02.05.2020>).

¹¹ Ahlakın da hukukun, dolayısıyla hukuka aykırılığın kaynağı olduğu fikrine ilişkin bkz. (Özgenç, 2019: 306 vd). Bununla birlikte yazar, örf ve adetlerin bir fiili hukuka uygun hale getirebileceği fikrine karşı çıkmaktadır. Bunun sebebi ahlak

derecelendirilebilen haksızlık kavramı ise suç veya kabahat şeklinde görünüm arz edebilir.¹² Hukuka aykırılık, suç oluştursun veya oluşturmamasın fiilin bir vasfı; haksızlık ise hukuka aykırı fiilin bizzat kendisidir (Özgenç, 2019: 309; Göktürk, 2016: 21). Bir para borcunu ödememek veya eşe karşı birtakım yükümlülükleri yerine getirmemek de hukuka aykırılık teşkil edebilir; ancak tüm bu fiillerin suç sayılabilmesi için içerdikleri haksızlığın belirli bir boyuta ulaşabilmesi gerekir. Muhtelif bir fiile suç kimliğini verebilmek için kanunilik ilkesi karşısında haksızlık ve hukuka aykırılık ayrımının gereksiz olduğu ifade edilebilir.¹³ Zira bir davranışın ne tür bir haksızlık içeriğine sahip olduğu, dolayısıyla suç sayılıp sayılmayacağı kanun ile belirlenir. Örneğin kumar oynamanın içerdığı haksızlık kanun koyucu tarafından suç seviyesinde görülmemiştir. Buna karşılık uyuşturucu kullanmak suçtur. Öyleyse, zaman içinde haksızlık içeriği tayin ve tadil edilebilir. Ancak bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını tayin için bütün hukuk düzeni birlikte değerlendirilmelidir. Pek çok kanunda açlık grevine karşı idari yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁴ Buradan, her ne kadar suç oluşturmaya elverişli bir yapıya sahip değilse de açlık grevinin hukuka aykırı bir eylem olduğu çıkmaktadır.

4.3.2.3. Teşvik

Teşvik, isteklendirme, özendirme, bir kimseyi kötü bir iş yapması için kışkırtma anlamına gelir (<https://sozluk.gov.tr>, 24.05.2020) TCK m.298/2 açısından teşvik, açlık grevine girmek ya da greve devam etmek konusunda kararsız olan kimsenin grev kararı vermesini veya eyleme geçmesini ya da greve devam etmesini desteklemek, tasvip etmek, onu kararını uygulamaya sürüklemektir. İlerleyen bölümlerde de görüleceği üzere açlık grevi suç olmadığı için teşvik fiili iştirak kapsamında düşünülemeyeceğinden, buradaki teşvik TCK m. 39 anlamında yardım etme değildir. Dolayısıyla beslenmenin engellenmesi suçundan sorumlu tutulabilmek için açık

ile hukukun çelişmesi değil, her örf ve âdetin hukuk ile ahlakta olduğu gibi bir uyuşma içerisinde olmamasıdır.

¹² Nitelik ölçütünü esas alanlar suç ve kabahat ayrımı bakımından haksızlık içeriğinin derecelendirildiği bu nicelik sistemini reddetmekte ve suç ile kabahat arasında yapısal farkların bulunduğunu düşünmektedirler. Günümüzde nitelik ölçütü etkisini yitirmiştir (Özgenç, 2019: 309).

¹³ Ancak bir fiilin veya fiilde geçen bir ifadenin haksızlık içeriğini mi yoksa hukuka aykırılığı mı etkilediği hukuka uygunluk nedenleri bahsinde önemlidir. Örneğin kanunda geçen "hukuka aykırıdır" tarzında ifadelerin haksızlık içeriğine dâhil oldukları, dolayısıyla unsur oldukları kabul edilmektedir.

¹⁴ Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre açlık grevi yapmak, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma ile cezalandırılmayı gerektirir. Aynı Kanun'un 44. maddesine göre hükümlü ve tutukluları açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik veya ikna etmek, bu yolda talimat vermek hücre cezasını gerektirmektedir. Yine, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre açlık grevi öğrencinin süresiz olarak yurttan çıkarılmasını gerektirmektedir.

grevinin veya ölüm orucunun icra hareketlerinin başlaması veya teşebbüs aşamasına varmış olması gerekli değildir. Ancak mağdurun açlık grevi konusunda failin teşvik hareketinden önce düşünce içerisinde olması, belirli bir açlık grevine ilişkin ilk tohumların başka vasıtalarla zihninde bulunuyor olması gereklidir. İştirak söz konusu olmadığı için buradaki karar verme veya karar vermiş olma ediminde icra hareketlerinin başlamasına gerek yoktur. Dolayısıyla bu iki edimin de varlığı ispat hukukunu ilgilendirir.

4.3.2.4. İkna

İkna, bir konuda birinin inanmasını sağlama, inandırma ve kandırma anlamına gelir (<https://sozluk.gov.tr>, 24.05.2020). İkna edilecek konu hakkında mağdurun önceden verdiği bir karar yoktur. İkna edimindeki önemli nokta, mağdur her ne kadar açlık grevine ya da ölüm orucuna karar vermemiş olsa da inisiyatifin hala kendisinde bulunması, failin söz veya davranışlarından sonra açlık grevine karar vermesidir. Açlık grevine ikna suretiyle beslenmenin engellenmesi suçunun oluşabilmesi için mağdurun açlık grevine veya ölüm orucuna karar vermesi yeterlidir. Ayrıca açlık grevine girmesi, sağlığının kötüleşmesi vs. gerekli değildir.¹⁵ Yukarıda da ifade edildiği üzere bu noktadan itibaren açlık grevine girmek konusunda verilen karar ispat hukukunu ilgilendirir.

4.3.2.5. Talimat

Hukuki boyutuyla talimat, talimat vermeye yetkili kimsenin talimat vermeye yetkili olduğu konu ile ilgili istek, arzu veya direktiflerini iletmesidir. Ancak TCK m.298 açısından haliyle herhangi bir memuriyet ilişkisi aranmayacaktır. Bununla birlikte talimatı içeren fiilin, mağduru açlık grevine karar verdirilmeye elverişli olması lazım geldiğinden talimatı veren kimsenin kişiliği de önemlidir.

¹⁵ Y. 23. CD, E: 2015/14050, K: 2015/6243, 09.11.2015: "A.. E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun D-18 numaralı koğuşunda hükümlü ve tutuklu olarak bulunan sanıkların, koğuş arkadaşları olan sanık M.. Ö..'in, B.. Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakil edilmesine ilişkin kararın uygulanmasını engellemek amacıyla eylem birliği içerisinde hareket ederek kargaşa yaratıp ayaklanma çıkardıkları, koğuş kapısının arkasına oda içerisindeki dolap ve ranzaları yığmak suretiyle görevlilerin içeriye girmelerine engel olup nakil kararının infazının durdurulmasını talep ettikleri; ayrıca sanıklar A.. K.., K.. K., E.. K., H.. S., T. B.. ve A.. Ö..'in, koğuş odasındaki muhtelif malzemeleri yakarak bahçeye attıkları, İnfaz Kurumu Müdürü ve infaz koruma memurlarının yaptıkları telkinler sayesinde ayaklanmanın sona erdirildiği, sanıklar E.. K., M.. T. ve Ü.. D..'in ayaklanmanın sona ermesinden sonra açlık grevinde bulunmaya diğer sanıkları teşvik ve ikna etmeleri üzerine açlık grevine başlanıldığı, bu şekilde sanıkların, üzerlerine atılı suçları işlediklerinin iddia edildiği olayda; (...) hak kullanımı ve beslenmenin engellenmesi suçlarını oluşturduğuna yönelik kabullerde bir isabetsizlik görülmemiştir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 06.05.2020)

Mağdurun açlık grevine ya da ölüm orucuna girmesine yönelik talimat yazı, resim, söz vb. her türlü araçla verilebilir. Buna göre talimatın mağdurun açlık grevi yolunda karar almasından önce verilmesi gerekir. Mağdur açlık grevi kararı aldıktan sonra verilmiş talimat teşvik olarak değerlendirilmelidir.

Talimat ile ikna fiilleri arasındaki fark inisiyatif noktasındadır. Buna göre, yukarıda da belirtildiği üzere ikna fiilinde karar verici konumda olan hala mağdurdur. Mağdur açlık grevine karar vermese de, failin açlık grevine karar verdirmeye yönelik hareketleri ikna fiilini oluşturur. Talimat fiilinde ise yine mağdurun bu talimata uyup uymadığı önemsiz olmakla birlikte talimatın içeriği mağdura karar verme alanı bırakmamalıdır.

5. İştirak

Tek failli bir suçun¹⁶ birden fazla kişi; çok failli bir suçun¹⁷ ise kanunun öngördüğü fail sayısından daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde muhtemel iştirakten söz edilir.¹⁸ TCK dar faillik anlayışını benimsemiş, suç ve cezaları tek bir fail tarafından işlenmeleri esasıyla düzenlemiştir. Hâlbuki çok failli suçlarda “zorunlu iştirak” söz konusudur. Örneğin üç kişi bir araya gelmeden suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu oluşmaz. Bununla birlikte zorunlu iştirakin öngörülmediği suçlara muhtemel iştirak de mümkündür. Benzer bir örnekle, örgüt kurma suçunun faillerini bu suça teşvik eden bir kimse, örgüt kurma suçuna yardım etmekten sorumlu olur. Zorunlu iştirak halleri ilgili kanun maddelerinde ayrı ayrı gösterilirler. Dolayısıyla hangi suçun birden fazla fail gerektirdiği ve bu suçların oluşma şartları TCK’nın ikinci kitabında düzenlenen özel hükümlerin konusudur. TCK m.298’de tanımlı beslenmenin engellenmesi suçu kural olarak tek failli bir suçtur.

Beslenmenin engellenmesi suçunun incelediğimiz ilk fiili olan “beslenmenin engellenmesi” bakımından iştirak herhangi bir özellik göstermez. Tutuklu veya hükümlünün beslenmesini engelleyen kimse fail, failin fiiline azmettirme veya yardım etme biçiminde katılanlar ise şeriktir.

¹⁶ Ör: Öldürme veya müessir fiil suçları tek kişi tarafından işlenebilirler. Bu tip suçlara fail sayısı bakımından kural olarak “tek failli suçlar” denir. Bir suçun tek failli olarak addedilebilmesi için kanunun fail sayısı hususunda suskun kalması ve suçun bir kişi tarafından işlenebiliyor olması yeterlidir.

¹⁷ Ör: Rüşvet suçu, görevinin ifası ile ilgili kendisine menfaat sağlanan bir kamu görevlisi ve bu menfaati sağlayan bir başka failin aynı amaca yönelik hareketleriyle oluşur. Ayrıntılı inceleme için bkz. TCK m.252 veya [Küçükkince, 2010].

¹⁸ Çok failli suçlar da kendi içerisinde karşılaşma, yakınsama gibi sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Örneğin failler birbirlerine karşı yönlerden yaklaştıkları için rüşvet gibi suçlar karşılaşma; aynı yönde hareket ettikleri için suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yakınsama kategorisine dâhildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [Artuk vd., 2014: 632; Koca ve Üzülmüş, 2019: 445].

Suçun beslenmenin engellenmesinin cezası ile tecziye edilen ikinci kısmı ise ilk bakışta zorunlu iştiraki akla getirebilir. Gerçekten, açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik, ikna ya da bu yolda talimat fiilleri manevi iştirak biçimlerine benzemektedir. Ancak şeriklerin sorumluluğuna dair en hafif teori olan asgari bağlılık kuralı teorisinde dahi suça iştirak için işlenmesi gereken kanuni bir esas fiilin varlığı şart koşulmuştur.¹⁹ Hâlbuki açlık grevi ya da ölüm orucu suç olmadığı için açlık grevine girme hareketi “failin fiili” olarak kabul edilemez. Tutuklu ve hükümlüyü açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik, ikna eden ve ona bu yolda talimat veren kimse doğrudan, müstakil faildir. Yani iştirakte cari olan fiilin en az teşebbüs aşamasına varmış olması kuralı burada işlememektedir. Bununla birlikte teşvik, ikna ya da talimat edimleri başlı başına birer fiil olduğundan bunlara iştirak mümkündür. Bu fiile iştirak durumları aşağıda örneklerle birlikte incelenecektir. Ancak öncesinde açlık grevine giren kimsenin bu fiil açısından sorumlu tutulmamasına açıklama getirmek gerekmektedir.

Açlık grevine giren kimsenin sorumluluğu noktasında sorun, şerikliğin cezalandırılmasının esasında yatmaktadır. Şerik failin gerçekleştirdiği suça katılmakta mı, yoksa bağımsız bir haksızlık mı meydana getirmektedir? *Saf sebebiyet teorisi* bunlardan ikincisini benimser. Şeriklik asıl fiilin haksızlığından türeyen bir iştirak biçimi değildir; bilakis şerik, haksızlığı doğrudan doğruya gerçekleştirir. *Bağlılık kuralına dayalı sebebiyet teorisinde* ise, aksine, şeriklik failin fiiliyle meydana getirdiği haksızlığa bir çeşit katılmadır ve şerikler failin işlediği suçu daha muhtemel hale getirdikleri için cezalandırılırlar (Akbulut, 2019: 706). Üçüncüsü, *bağlı hukuki değere saldırı* teorisidir. Burada şerikler hem failin fiiline katılır hem de bağımsız bir haksızlık meydana getirirler. Bağlılık kuralına dayalı sebebiyet teorisi esas alınır, yani şerik, iştirak statüsünü failin fiiline katılma yoluyla elde ediyorsa; bir kimseden kendisini öldürmesini talep eden kişinin, ölmediği takdirde azmettiren olarak sorumlu tutulması gerekirdi. Zira asli fiile katılmaktan ibaret bir şeriklik anlayışı, bu olayda mağduru kendi ölümünü gerçekleştirecek fiile dâhil eder; bu ise hukuk mantığıyla

¹⁹ Asgari bağlılık kuralına göre failin suçun kanuni tanımına uygun bir fiil gerçekleştirmesi, şeriklerin sorumluluğu bakımından yeterlidir. Burada ceza sorumluluğu öyle genişler ki, taksirli fiile yapılan katkılar dahi tartışmasız biçimde şeriklik kapsamında değerlendirilir. *Sınırlı bağlılık kuralı*, asli fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasını şeriklerin bu fiile bağlanabilmeleri açısından yeterli görür. TCK “Bağlılık kuralı” başlıklı 40. maddesinde “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” düzenlemesi ile sınırlı bağlılık kuralını benimsemiştir. Ekstrem bağlılık kuralı, kasten ve hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilen fiilin ayrıca kusurlu olmasını aramaktadır. TCK m.40/1’de her bir iştirakçinin kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı, şeriklerin failin şahsi kusuruna bağlanamayacağı açıkça belirtildiği için *ekstrem bağlılık kuralı* hukukumuzda uygun değildir. *Aşırı bağlılık kuralı* ise, tüm bu belirlemelerin haricinde failin cezalandırılabilir olmasını şart koşmakta; dolayısıyla ceza yasamız tarafından evliyyetle reddedilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. (Akbulut, 2019: 708 vd).

açıklanamazdı. Yine, bu teoriye göre açlık grevine ikna edilen bir kimse uzun süren açlık sonucu bir organını kaybettiği takdirde failin fiiline katıldığı için sorumlu tutulmalıdır. Ancak şerikliğin hem asli fiile bağlı, hem de ondan ayrı bir haksızlık oluşturduğu kabul edilirse; bu örnekte öldürülmeyi isteyen kişinin talebi veya açlık grevine giren kimsenin bu eylemi hukuka aykırılık oluşturacağı ancak haksızlık oluşturmayacağı için sorumluluğu da doğmayacaktır.²⁰ Kısacası, şeriklerin fiili yalnızca asli fiile katılma şeklinde nitelendirilmemelidir. Bu noktada yaşanacak problemler, şerikliği ayrı bir haksızlık olarak gören görüş ile şerikliği sadece esas fiile katılma olarak nitelendiren iki görüşü bağdaştıran *bağlı hukuki değere saldırı teorisi* ile çözülmektedir.

Beslenmenin engellenmesi suçunda failin fiiline iştirakin her türlü mümkünüdür. Ancak müşterek faillik için fiil üzerinde ortak hâkimiyet ve ortak bir suç işleme kararı gereklidir. Örneğin A, B'yi açlık grevine ikna etmiş, B uzun süren açlık sonucunda zorla hastaneye kaldırılmış; buradaki doktor, B'yi iradesi ve metaneti sebebiyle tebrik etmiş, grevine devam etmesi konusunda cesaretlendirmiştir. Olayda doktor ile A arasında ortak suç işleme iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Doktor, 298/2'ye göre açlık grevine teşvik suçundan müstakil fail olarak ayrıca sorumlu tutulmalıdır.

6. Teşebbüs

TCK m.298/2'de tanımlı fiillerin tamamı neticesiz suçları meydana getirmektedir. Bu fiillerin parçalara bölünmesi imkân ve kabiliyeti nispetinde teşebbüse uygun oldukları söylenebilir. Örneğin bir koğuştan diğerine ya da bir başka cezaevine²¹ yollanan ve açlık grevi talimatı içeren pusula veya mektup mağdurun eline ulaşmadan yakalanırsa teşebbüs sorumluluğu doğar.²² Yani mektup veya pusulanın ele geçirilme

²⁰ Ölüm orucuna karar veren veya ölümü isteyen kimsenin ediminin haksızlık oluşturmamasının sebebi, hayat hakkını kişinin kendisine karşı korumanın pratik imkânsızlığıdır. (Akbulut, 2019: 705).

²¹ Ancak teslim edilmeyen veya yollanması engellenen mektuplara dair ihtilaflar genellikle disiplin hukuku açısından incelenmekte, 298. maddeye teşebbüs açısından değerlendirme yapılmamaktadır. Y. 9. CD, E: 2011/5182, K: 2011/3465, 22.06.2011: "Tüm dosya kapsamına göre, T. 2 Nolu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü K. G. adına, K. 1 Nolu Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü bulunan E. K. tarafından gönderilen mektuptaki ifadelerin, 19/12/2000 tarihinde yapılan ve hayata dönüş operasyonu olarak bilinen müdahalenin nedeni olan açlık grevi ile ölüm orucu eylemlerini yüceltici ifade ve ibarelerin örgüt dayanışmasını artırıcı, örgütün amacı doğrultusunda eylem gerçekleştirenleri ve gerçekleştirilen eylemleri övücü, yüceltici içerik taşıması sebebiyle ilgisine verilmemesine dair kurul kararına (...) yapılan itirazın reddi yerine yazılı şekilde karar verilmesinde, isabet görülmemektedir." (https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/, 06.05.2020)

²² AYM bir kararında, hükümlünün cezaevinden gönderdiği ve "...Sizler de takip ettiğiniz gibi 12 Eylül 2012 tarihinden bu yana birçok cezaevinde İmralı cezaevindeki tecridin son bulması ve anadilin önündeki tüm engellerin kaldırılması talepleriyle başlayan... açlık grevi eylemleri sürmektedir. Bizler de 8/10/2012 tarihinden itibaren arkadaşlarımızı destek vermek amacıyla hem kapalı hem de açık aile ziyaretlerine çıkmıyoruz. Arkadaşlarımızın talepleri yerine

anı önemlidir. Yargıtay 8. CD'nin 2018/9590 esas ve 2019/2781 sayılı kararına göre “*Sanığın kurumda bulunan diğer hükümlüleri isyana, açlık grevine teşvik eden pusulaları koşullar arasında dağıtması şeklindeki eyleminin tamamlanmış suç kabul edilmesi gerekirken; mahkemenin eyleme teşebbüs hükümlerini uygulaması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/04.05.2020>)

Dolayısıyla somut olaya göre açlık grevini teşvik eden pusulaların koşullar arasında dağıtılmasından önce yakalanması durumunda teşebbüs sorumluluğu doğar. Olaydaki gibi pusulalar koşullar arasında dağıtılmışsa bu sefer suç tamamlanmıştır. Ancak burada bir ayrıma gitmek gerekir. Pusuladaki ifadeler sadece açlık grevini övücü nitelikte ise suçun oluşması için pusulanın eline ulaştığı mağdurun daha önceden açlık grevine girme konusunda kararsız bulunması veya hâlihazırda açlık grevinde bulunması ve pusula bile birlikte karar verebilme, greve devam edebilme potansiyelinin kuvvetlenmesi gerekir. Açlık grevi aklından bile geçmeyen bir mahkûma ulaşan teşvik edici pusula bakımından sorumluluk doğmaz. Buna karşılık, açlık grevine ikna veya talimat söz konusu olduğunda mağdurun daha önceden karar vermemiş olması suçun oluşmasını engellemez. Bilakis suçun oluşması mağdurun bu konuda önceden karar vermemiş olmasına bağlıdır.

7. İçtima

TCK m. 298/3'te beslenmenin engellenmesi suçu ile ilgili özel bir içtima düzenlemesi vardır. Buna göre “*Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükümlenir.*”

getirilene kadar bu eylemimiz sürecektir. Bu konuda... gereken duyarlılığı göstereceğinize inanıyoruz.” ifadelerinin yer aldığı mektubun cezaevindeki mektup inceleme komisyonunca engellenmesinin, yani haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 298. maddesinin 2 numaralı fıkrası hükmü uyarınca kamu düzeni, cezaevlerinde güvenliğin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına matuf olduğuna ve bunun da Anayasa'nın haberleşme özgürlüğüne ilişkin 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç olduğuna hükmetmiştir. Ancak anılan içtihadta ölçülülük ilkesinin gözetilmemesi suretiyle ihlal kararı verilmiştir. (Anayasa Mahkemesi, E: 2013/1148, K: 2013/1148, 07.07.2015, R.G. No: 29448, R.G. Tarih: 17.08.2015) Benzer bir olayda Anayasa Mahkemesi mektubun bir kısmının sansürlenmesinin haberleşme hakkı ihlali bakımından kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E: 2013/1201, K: 2013/1201, 20.05.2015, R.G. No: 29441, R.G. Tarih : 10.08.2015). Yine AYM bir başka kararında ceza infaz kurumunda bulunan ve başka bir ceza infaz kurumunda bulunan bir arkadaşı tarafından gönderilen bir mektubun kendisine verilmeyerek imhasına karar verilmesi işlemi nedeniyle, haberleşme ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren başvurucunun talebinin TCK m.298/2 anlamında açlık grevine teşvik sayılacağından bahisle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, E: 2013/1822, K: 2013/1822, T: 20.05.2015, R.G. No : 29441, R.G. Tarih. 10.08.2015) Tüm bu başvurularda mektup içeriklerinin TCK m.298/2 anlamında açlık grevine teşvik içerikli olduğunun kabul edilmesine rağmen karar içeriklerinden ulaşılabildiği kadarıyla ilgili kanuna teşebbüs suçundan açılmış bir dava yoktur.

TCK m.298/2’de tanımlı beslenmeyi engelleme suçunda yukarıda da ifade edildiği üzere iki çeşit fiil vardır. Bunlardan biri temel düzenleme olan ve 2. fıkranın ilk cümlesinde yer alan beslenmenin engellenmesi; diğeri de açlık grevine teşvik, ikna ya da bu yolda talimattır. Suçların içtimasına ilişkin 298/3’te yer alan özel düzenlemede bu iki tip fiil açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir.

Bu düzenleme aynı zamanda beslenmeyi engelleme suçunun mağdurda TCK m.86’daki kasten yaralama neticelerini meydana getirdiği takdirde sorumluluk doğurmayacağı anlamına gelmektedir. Oysa özellikle beslenmenin engellenmesi suçunun TCK m.298/2’nin ilk cümlesinde yer alan temel şekli açısından bu düşünceye anlam vermek güçtür. Örneğin önünden yemeği alınan hükümlünün açlıktan başının dönmesi ve göz altlarının morarması gibi sağlığının kısa süreli bozulduğu bir durumda fikrimizce ortada iki ayrı suç vardır. Fail beslenmenin engellenmesi suçunun yanında somut olaya göre ihmali davranışla işlenen kasten yaralama fiiline göre doğrudan veya kasten yaralama fiiline göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır.

Açlık grevine ikna, talimat veya teşvik fiillerinde ise kanuni bir dolaylı faillik durumu öngörüldüğü söylenebilir. Zira faili kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına göre sorumlu tutmanın kusur sorumluluğu bakımından başka türlü izahı yoktur. TCK m.37/2, suçun işlenmesinde bir kimseyi araç olarak kullanan kişiden fail olarak bahsetmektedir. Gelgelelim bir başkası aracılığıyla suç işlemek müstakil faillikle örtüşmez. Dolaylı fail, suç fiiline diğeri bir insan üzerinden hâkimiyet kurmasıyla müstakil failden ayrılır. Dar faillik anlayışının gereği olarak kendisine fail denen kişinin fiil üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurması esastır. Burada ise dışarıdan bakıldığında tipik fiil üzerinde hâkimiyet kuran kişi, dolaylı fail tarafından yönlendirilen, araç olarak kullanılan kişidir. Ancak kanuni düzenleme sonucunda olay bir bütün halinde dolaylı failin eseri sayılır (Akbulut, 2019: 675). Öyleyse açlık grevi dolayısıyla yaralanan kimsenin failin fiili işlemesinde araç olarak kullanıldığı kabul edilmelidir.

Araç olarak kullanılan kişi, suçu işlediğinin farkında değildir veya üzerinde kurulan hâkimiyetin sonucu olarak başka şekilde hareket edememektedir. Doktrinde arka plandaki şahsın, araç kişi vasıtasıyla fiil üzerinde üç şekilde hâkimiyet kurabileceği ifade edilmiştir (Özgenç, 549 :2019). Bunlardan biri araç kişinin, tarife uygun haksızlığın gerçekleşmesi açısından etkili hususlarda düştüğü yanılığ, diğeri fiili icra edenin üzerinde cebir veya tehdit tatbikidir. Cebir veya tehdit yoluyla dolaylı faillik açlık grevine ikna, teşvik veya talimat ile uyuşmaz. Öyleyse, açlık grevi sonu-

cunda m.87'ye göre yaralanan ya da hayatını kaybeden kimsenin hareketleri üzerinde haksızlık yanılığına sürüklemek suretiyle hâkimiyet kurulduğu ifade edilmelidir.

Tüm bu açıklamalardan sonra, fikrimizce açlık grevine ikna, teşvik veya talimat fiillerinin her durumda TCK m.87'den veya 81'den sorumlu tutulmayı gerektirmesi adaletsiz sonuçlara yol açar. Özellikle öldürme suçu açısından failin kastına bakmak daha yerinde olurdu. Failin öldürme kastı yoksa TCK m. 87/4'e göre kasten yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi fiilinden, öldürme kastı varsa kasten öldürme fiilinden sorumlu tutulması daha isabetli olurdu.

Hem 86. maddede yer alan kasten yaralama suçu açısından oluşan boşluk dolayısı ile hem de kasten öldürme suçundan sorumluluğun objektif sorumluluğa yol açabileceğinden bahisle TCK m.298/3'ün şu şekilde değiştirilmesini öneriyoruz:

“Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama veya kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise bu fiillerden dolayı fail ayrıca sorumlu tutulur.”

Değişiklik önerimizin gerekçesi şöyle özetlenebilir: Beslenmenin engellenmesi açısından mağdurun herhangi bir sağlık problemi yaşamamasının gerekli olmadığını ifade etmiştik. Yine açlık grevine teşvik, ikna ya da talimat fiilleri dolayısı ile sorumluluk için mağdurun açlık grevine başlaması gerekmemektedir. Hal böyleyken, açlık grevinin veya beslenmenin engellenmesinin kapsamında kalan ve mazur görülebilecek bir kasten yaralama fiili bulunmamaktadır. Örneğin cinsel istismar fiili bünyesinde yaralamayı da barındırdığı için yalnızca ağır neticelere sonuç bağlamak anlaşılabilir. Ancak ifade edildiği üzere açlık grevine ikna, teşvik veya talimatın ya da beslenmenin engellenmesinin kural olarak bünyesinde barındırdığı bir yaralama fiili yoktur. Bu sebeple madde metnine 86. maddenin başlığı olan ‘*kasten yaralama*’ lafzı eklenmelidir. İkinci olarak, ölümün meydana geldiği her durumda açlık grevine teşvik, ikna ya da talimat fiillerini işleyen faili kasten öldürme suçundan sorumlu tutmak doğru değildir. Failde öldürme kastı bulunmuyorsa onu kasten öldürmeden sorumlu tutmak doğru değildir. Örneğin açlık grevine girme konusunda istekli fakat kararsız olan bir kimseyi 1 günlük açlık grevine girmesi için teşvik eden bir koğuştan arkadaşı, mağdur eylemini 200 gün sürdürdüğü ve hayatını kaybettiği takdirde müebbet hapis cezası ile sorumlu tutulmamalıdır. Önerimizde yer alan “*bu fiillerden dolayı fail ayrıca sorumlu tutulur*” ifadesi hâkime olayın bünyesine uygun düşen her türlü hükmü tatbik etmek konusunda takdir alanı tanımaktadır. Bu bağlamda yerine göre; yani faildeki kast, taksir ya da kusur yoğunluğuna ve fiilin dış dünyaya

yansıma biçimlerine göre ihmal suretiyle kasten öldürme, m.23'ün göndermesiyle taksirle öldürme, kasten öldürme, 87/4'e göre kasten yaralama sonucu öldürme şeklinde sorumluluk tesis edilebilecektir.

Beslenmenin engellenmesi suçunun oluşabilmesi için açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik, ikna ya da talimat fiillerinin gerçekleşmesi gerekir. Açlık grevine destek olma biçimindeki bir eylem beslenmeyi engelleme suçuna göre değil, diğer şartları da gerçekleştiği takdirde 2911 sayılı kanuna muhalefet²³ veya terör örgütü propagandası²⁴ suçları açısından değerlendirilmektedir.

Sonuç

TCK m.298/2'de düzenlenen beslenmenin engellenmesi suçu ile devletin adli-yeye matuf menfaatlerinin korunması amacı güdülmektedir. Bu suçta mağdur yalnızca tutuklu ya da hükümlü olabilir. Bu suçun işlenebilmesi bakımından 298/1'de tanımlı hak kullanımını engelleme suçunda olduğu gibi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde bulunma şart yoktur.

Beslenmenin engellenmesi suçu iki şekilde incelenmelidir. Birincisi 298/2'nin ilk cümlesinde tanımlı beslenmeyi engelleme fiili, ikincisi mağduru açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik, ikna ya da bu yolda talimat fiilidir. Birincisinde beslenme inisiyatifi failde, ikincisinde mağdurdadır.

Açlık grevi suç olmadığından beslenmenin engellenmesi suçu iştirake dair özel bir düzenleme değildir. Dolayısıyla suçun işlenebilmesi için fiilin teşebbüs aşamasına varmış olması gerekmez. Bununla birlikte suça muhtemel iştirak söz konusu olabilir.

²³ Y. 16. CD, E: 2017/1919, K: 2017/4928, 14.09.2017: "İzmir Konak Meydanında bulunan SGK İl Binası önünde, cezaevlerinde bulunan terör örgütü mensubu hükümlü ve tutukluların açlık grevlerine destek vermek amacıyla resmi mercilere bildirimde bulunmadan basın açıklaması ve oturma eylemi yaptıkları sırada; kolluk kuvvetlerince dağılmaları hususunda ihtar yapılmasına rağmen dağılmayarak, herhangi bir şiddet eylemine başvurmadan ve kolluk kuvvetlerince zor kullanılmadan gözaltına alındıklarının anlaşılması karşısında; basın açıklaması ve oturma eylemi yapma dışında başkaca eylemi bulunmayan sanıklara atılı 2911 sayılı Kanununun 28/1. maddesinde belirtilen şekilde kanuna aykırı olarak yapılan gösteriyi düzenlediği, yönettiği veya düzenleyen ve yöneten kişilerin fiillerine iştirak etme suçlarının unsurları itibarı ile oluşmadığı gözetilerek, sanıkların beraatları yerine hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması[...]" (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 05.05.2020)

²⁴ Y. 16. CD, E: 2015/3662, K: 2015/4311, 03.11.2015 "Suç tarihinde Bulanık ilçe merkezinde ceza ve tutukevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlüler tarafından yürütülen açlık grevi eylemlerine destek vermek amacıyla düzenlenen basın açıklaması ve yürüyüş için toplanan grubun herhangi bir şiddete başvurmadığı, bu grup içinde bulunan sanığın attığı sloganın cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı anlaşılınca, bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi[...]" (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 04.05.2020)

Beslenmenin engellenmesi sırf hareket suçudur. Oluşabilmesi için kişinin acıkmaması, açlık grevine karar vermesi veya açlık grevi eylemine girmesi gerekmez. Failin bu fiilleri gerçekleőtirip gerekleőtirmemesine göre sorumluluk tesis edilir. Dolayısıyla teşebbüs sorumluluğu fiil bölünebildiği takdirde doğacaktır.

Suçun içtimasına yönelik konulan özel düzenleme objektif sorumluluğa yol açmakta ve kasten yaralama suçunu içeren m.86 bakımından boşluk yaratmaktadır. Bu maddeye ilişkin önerimiz Şu Şekildedir:

“Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama veya kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise fail bu fiillerden dolayı ayrıca sorumlu tutulur.”