

ALMAN CEZA HUKUKUNDA İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TATBİKİNDE ÖLÇÜLÜLÜK

*Proportionality of Application in Rehabilitation and Security
Measures in German Criminal Law*

H. Sefa ERYILDIZ*

ÖZ

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde tanınan ve uygulanan temel bir hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir. Ceza hukuku alanında uygulanan iyileştirme ve güvenlik tedbirleri de hukuki dayanaklarını üstün kamu yararından aldıklarından, kamusal ve bireysel menfaatler arasındaki çatışma halinde uygulanan ölçülülük ilkesinin bu alanda tatbiki kaçınılmazdır. Nitekim iyileştirme ve güvenlikte tedbirleri alanında ölçülülük ilkesine Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde açıkça yer verilmiştir. Düzenleme ile tehlike arz eden faile yüklenen ve kusuru aşan özel yükümlülükler bakımından – her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak – ek bir güvence sağlanması amaçlanmıştır. Ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme veya bu kararların içeriğini oluşturmada değil, aynı zamanda tedbirlerin derecelendirilmesi, infazı, biçimlendirilmesi, devamı, tatbik süresi, ertelenmesi, erteleme kaldırılması ve içtimal bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada, Alman Ceza Hukuku'nda ölçülülük ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında tatbikine ilişkin koşullar Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda maddenin tarihsel gelişimi, ihdas nedenleri, uygulama alanı ve uygulanma koşulları ile

Makalenin Geliş Tarihi: 10.11.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 19.07.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sefa.eryildiz@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4964-0888.

ölçülülük ilkesine aykırılığın sonuçları öğreti görüşleri ve yüksek mahkeme kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik Tedbirleri, İyileştirme Tedbirleri, Ölçülülük, Aşırılık Yasağı, Ölçülülüğün Somutlaştırılması

ABSTRACT

In German law, the principle of proportionality is recognized as a fundamental constitutional principle. As rehabilitation and security measures in criminal law also find their legal basis in the overriding public interest, it is inevitable that the principle of proportionality, which is applied in case of conflict between public and individual interests, is applied in this field. Indeed, the principle of proportionality in this field is explicitly mentioned in Article 62 of the German Penal Code (GPC). The regulation aims to provide an additional guarantee concerning the special obligations imposed on the dangerous offender that exceed his fault, - primarily, taking into account the impression of its widespread use during the fascist era. The principle's application extends beyond mere decision-making to encompass various aspects of legal actions, including grading, enforcement, shaping, continuation, application period, postponement, withdrawal of the postponement, and aggregation.

This study examines the application conditions of proportionality in German Criminal Law's rehabilitation and security measures, as defined in Article 62 of the GPC. In this context, the historical development, establishment reasons, scope of application, conditions of application and the consequences of violations of the proportionality principle, have been examined in line with doctrinal opinions and supreme court decisions.

Keywords: Security Measures, Rehabilitative Measures, Proportionality, Prohibition of Excessiveness, Concretization of Proportionality

GİRİŞ

Alman Federal Ceza Kanunu'nda (AlmCK – *StGB*) işlenen bir suçun hukuki sonucu olarak “iki izlilik” teorisi doğrultusunda cezalar ile iyileştirme ve güvenlik tedbirleri ayırımına yer verilmiştir. İyileştirme ve güvenlik tedbirleri ise Kanun'un 61. maddesinde; “1. *Psikiyatri hastanesine*

yerleştirme 2. Rehabilitasyon merkezine yerleştirme, 3. Muhafaza altına alma, 4. Denetimli serbestlik, 5. Sürücü belgesinin geri alınması ve 6. Meslek icrası yasağı” olarak sayılmıştır. Ancak ceza hukuku alanındaki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik 61. maddedeki bu sayım tahdidi değildir. Alman Federal Ceza Kanunu dışında örneğin, Federal Avcılık Kanunu’nun (*Bundesjagdgesetz – BjagdG*) 41. maddesinde “avcılık belgesinin geri alınması” ve Hayvan Koruma Kanunu’nun (*Tierschutzgesetz – TierSchG*) 20. maddesinde “hayvan sahiplenme ve bakımından yasaklanma” gibi çeşitli kanunlarda iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nda yer verilen tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbiki açısından kural olarak işlenmiş bir (sebepl) suçun ve yargılama esnasında başka suçların işlenebileceğine yönelik mevcut olan tehlikenin varlığı ile ölçülülük ilkesine uygunluk şart koşulmaktadır.¹

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında dikkate alınan ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde tanınan ve uygulanan temel bir hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir². İlke, ağırlıklı olarak savunma işlevi açısından hukuk devleti ilkesi ile kişi özgürlüğünün korunması esasına dayandırılmaktadır³. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine devlet eliyle gerçekleştirilen her türlü müdahale açısından gündeme gelen ilkenin, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında da aynı önem ve geçerliliğe sahip olduğu görüşü benimsenmektedir⁴.

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri hukuki dayanaklarını üstün kamu yararından aldıklarından, kamusal ve bireysel menfaatler arasındaki çatışma halinde uygulanan ölçülülük ilkesinin bu alanda tatbiki de kaçınılmazdır⁵. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre ilke, kamu güvenliğine ilişkin yarar ile tedbirin muhatabının özgürlük hakkının dengelenmesini ve

¹ Gerhard Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, Band 2, Bandredakteur: Bernd von Heintschel-Heinegg, §§ 61–65 (München: Verlag C. H. Beck, 2020), § 61 kn. 3.

² Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 790/58, 10.07.1963, kn. 20, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 513/65, 15.12.1965, kn. 17, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>; Van Gemmeren, § 62 kn. 3.

⁴ Johannes Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, Kommentar, Herausgegeben von: Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, §§ 61–64 (Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2014), § 62 kn. 1.

⁵ Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen* (Berlin: Springer, 2014), 273.

somut olayda karşılıklı bir ağırlık değerlendirilmesine tabi tutulmasını gerektirmektedir⁶.

Alman Kanun Koyucu iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından ölçülülük ilkesine Alman Ceza Kanunu'nun (AlmCK) Genel Hükümler Bölümünün “*Suçun Hukuki Sonuçları*” başlıklı 3. Kısımında “*İyileştirme ve Güvenlik Tedbirleri*” olarak adlandırılan Altıncı Başlık altındaki 62. maddesinde yer vermiştir. 1. Ceza Reformu Kanunu'nun⁷ 42a maddesinde Alman Ceza Kanunu'na dâhil edilip 2. Ceza Reformu Kanunu⁸ ile son halini alan “*Ölçülülük ilkesi*” başlıklı 62. madde; “*Fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise iyileştirme ve güvenlik tedbirine hükmedilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin kaleme alınış şekli, kanun koyucunun 63. madde ve devamında düzenlenen iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine ilişkin koşulların varlığı halinde, bu tedbirlere karar verilmesinin kural olarak ölçülü ve ilgisinin katlanmak zorunda olduğu bir müdahaleyi ortaya koyduğunu kabul ettiğini göstermektedir. Buna göre, bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin kanuni koşulların varlığı halinde bu tedbire istisnai olarak yalnızca ölçüsüz olduğu durumlarda karar verilemeyecektir⁹.

Esasen hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak mütalaa edildiğinden, ölçülülük ilkesinin açık bir kanuni düzenleme bulunmasa dahi uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁰. Nitekim ceza hukuku reformundan önce de ilke uygulamada tanınmaktaydı. Bu bakımdan 62. maddenin yalnızca açıklama ve aydınlatma işlevi gördüğü¹¹, zira her bir tedbirin anayasal olarak zaten aşırılık

⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80, 07.10.1985, kn. 38, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷ 1. Ceza Reformu Kanunu (1. StRG), 25.06.1969 tarihinde kabul edilmiş, 01.09.1969 ve (belirli hükümler bakımından) 01.04.1970 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir.

⁸ 2. Ceza Reformu Kanunu (2. StRG), 04.07.1969 tarihinde kabul edilmiş, 30.07.1973 ve (belirli hükümler bakımından) 01.01.1975 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir.

⁹ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 273.

¹⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80, 07.10.1985, kn. 39, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹¹ Alman Parlamentosu Beşinci Seçim Periyodu, Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonu İlk Yazılı Raporu, Deutscher Bundestag Drucksache (BT-Drs.), V/4094, 17; Jörg Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, Kommentar, Herausgegeben von: Adolf Schönke, Horst Schröder, §§ 56–72 (München: Verlag C. H. Beck, 2019), § 62 kn. 1; Ralf

yasağına (*Übermaßverbot*) tabi olduğu, böylelikle 62. maddede yer alan düzenlemenin yalnızca bu yasağın en önemli uygulaması olan ölçülülük ilkesini vurguladığı belirtilmektedir¹².

Aşırılık yasağı da, tıpkı ölçülülük ilkesi gibi bireysel yararların sağlanmasını ve mümkün olduğu kadar çok hak ve özgürlüğün korunmasını amaçlar. Bununla birlikte ölçülülük ilkesi, müdahale ve yararın makul bir denge içerisinde bulunmasını, yani yararın her halükarda müdahalenin doğurabileceği dezavantajlara ağır basmasını gerektirmektedir. Bu anlamda aşırılık yasağı, ölçülü olarak kabul görebilecek birden fazla müdahalenin varlığı halinde, en hafif olan, yani çatışan yararları en az zedeleyen ve böylelikle ilgili yarara olması gereken ölçünün ötesinde zarar vermeyen müdahale lehine karar verilmesini gerektirmektedir.¹³ Aşırılık yasağı bazı durumlarda ölçülülük ilkesinin daha katı uygulanması şeklinde anlaşılmakta ve buna göre somut olayda birden fazla ölçülü müdahaleden çatışan yararlar en az olumsuz etki edenin seçilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre aşırılık yasağı incelemesinde; temel haklara müdahale yoluyla korunan kamu yararı ile bu müdahalenin, ilgisinin hukuki yararları üzerindeki olumsuz etkileri arasında bir denge değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Birey, özgürlüğüne yönelik müdahaleden ne kadar olumsuz etkileniyorsa, kamu yararına yönelik faydanın da o derece önemli olması gerekir. Diğer taraftan, temel hakların tamamen serbest kullanımından doğabilecek sakınca ve tehlikeler ne kadar büyük olursa, toplumun korunması da o kadar acil hale gelmektedir¹⁵.

Eschelbach, "Strafgesetzbuch", Kommentar, Herausgegeben von: Matt Holger, Joachim Renzikowski. München: Verlag Franz Vahlen, 2013, § 62 kn. 1.

¹² Martin Heger, "Strafgesetzbuch", Kommentar, Herausgegeben von: Karl Lackner, Kristian Kühn, Martin Heger, (München: Verlag C. H. Beck), 2023, § 62 kn. 1; Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 1. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 790/58, 10.06.1963: "... Bu nedenle hâkimin, somut olayda kanuni açıdan uygun olan tedbiri anayasal açıdan aşırılık yasağına göre de mukayese etmesi gerekir. Bu ilke, şüphelinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81. maddesine göre akli durumu hakkında bilirkişi raporu hazırlaması için resmi bir iyileştirme veya bakım kurumuna yerleştirilmesi bakımından genellikle tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi hali hazırda defalarca tutuklama bakımından uygulamıştır.", erişim 11 Nisan 2023, <https://beck-online.beck.de>.

¹³ Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*. (München: Verlag C. H. Beck, 2011), 115 vd.

¹⁴ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*. (München: Verlag C. H. Beck, 2021), 85.

¹⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvL, 3/20, 14.06.2023, kn. 75, erişim 22 Ağustos 2023, <https://beck-online-beck-de>.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1965 senesine ait bir kararında ölçülülük ilkesine ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir: “*Almanya Federal Cumhuriyeti’nde ölçülülük ilkesi anayasal düzeyde yer alır. Ülke, hukuk devleti ilkesi ve kamu otoritesi tarafından yalnızca kamusal yararların korunması için vazgeçilmez olduğu ölçüde sınırlandırılabilen vatandaşın devlete karşı genel özgürlük talebinin bir ifadesi olan temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanmaktadır*”¹⁶.

Son olarak, ölçülülük ilkesinin, *örneğin* muhafaza altına alma (m.66/2), denetimli serbestlik (68/1) veya meslek icrası yasağı (m.70/1) gibi bazı tedbirlerin tatbikinde tanınan takdir yetkisi (*Ermessen*) ile denk tutulmaması gerektiği, tedbire yönelik kararın ölçüsüz kalacağı hallerde tedbire hükmedilemeyeceği ve artık herhangi bir takdir yetkisinin de söz konusu olmayacağı vurgulanmaktadır¹⁷.

I. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Alman Hukukunda iyileştirme ve güvenlik tedbirleri 24.11.1933 tarihli Kanun¹⁸ ile ceza hukuku alanına dâhil edilirken ölçülülük ilkesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte, *örneğin*, haksızlık içeriği hafif olan ihlallerde iyileştirme ve bakım kurumuna yerleştirme hariç tutulmuş; kuruma yerleştirmenin ancak bununla hedeflenen amacın gerektirdiği sürece devam etmesine izin verilmiş ve meslek icrası yasağının ise yalnızca mesleki yükümlülüklerin ağır ihlali durumunda uygulanması benimsenmişti.¹⁹

Elbette uygulamada ölçülülük ilkesine (*örneğin*, hafif nitelikteki dolandırıcılık suçlarından dolayı fail hakkında muhafaza altına alma tedbirinin tatbik edilmesinde olduğu gibi²⁰) tam bir riayetinin de söz konusu olmadığı ve hatalı uygulamaların Kanunda ölçülülük ilkesine ilişkin açık bir

¹⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 513/65, 15.12.1965, kn. 21, erişim 31 Mart 2023, <https://openjur.de>.

¹⁷ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 1.

¹⁸ 27.11.1933 tarihli ve 133 sayılı Alman İmparatorluk Resmi Gazetesi’nin (RGBl.) 995. sayfasında yayımlanmıştır.

¹⁹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

²⁰ Bkz. Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 228/65, 29.06.1965, erişim 26 Mayıs 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

düzenlemenin getirilmesine sebep olduğu ifade edilmektedir²¹. Getirilen kanuni düzenleme ile tehlike arz eden faile yüklenen ve kusuru aşan özel yükümlülükler bakımından – *her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak* – ek bir “güvence” sağlanması amaçlanmıştır²². Örneğin, reform taslağında muhafaza altına alma koşullarının önemli ölçüde ağırlaştırılmasına gerekçe olarak şu açıklamalara da yer verilmiştir: “... *Muhafaza altına alınan kişi sayısı içinde hırsız ve dolandırıcıların oranı makul olmayacak derecede yüksektir. Buna karşılık, yağma, şantaj, cinsel saldırı, kundaklama, öldürme ve yaralama gibi şiddet suçlarından hüküm giyen failer, muhafaza altına alınanların toplam sayısının yaklaşık olarak yalnızca onda birini oluşturmaktadır. Hırsızlık ve dolandırıcılık suçunu işleyenlerin çoğunluğu, özel bir suç işleme enerjisine sahip oldukları için değil, aksine zayıflıkları ve sosyal uyum eksiklikleri nedeniyle tekrar tekrar suç işlemektedirler. Şu anda muhafaza altına alınan kişilerin karakteristik özelliği, nispeten yaşlı olmalarıdır. Muhafaza altına alma kararı verilmesine yol açan hırsızlık ve dolandırıcılık suçları çoğu kez az değerdeki malvarlığına yönelik işlenmekteyken; şiddet suçları faileri ile özel tehlikelilik arz eden, suçu meslek edinen hırsızlar ve büyük dolandırıcılar çoğunlukla tedbirden kaçınabilmektedir ...*”²³.

II. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DÜZENLENDİĞİ ALMAN CEZA KANUNU’NUN 62. MADDESİNİN İHDAS NEDENİ

İyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ortak özelliği olan “önleme” amacının gerçekleşebilmesi için ilgisine katlanması gereken bir takım yükümlülükler getirilebilmektedir. Örneğin, uyuşturucu bağımlısı olan failin tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirilmesine katlanmasında olduğu gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesinin fail üzerinde doğurabileceği fiziksel ve ruhsal sıkıntılar, cezadan farklı olarak arzu edilen ve yapısal olarak öngörülen bir kötülük değil, aksine zorunlu, göze alınan ve cezalandırma

²¹ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat* (Heidelberg: C. F. Müller, 1989), 669.

²² Helmut Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, Nomoskommentar, Herausgegeben von: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neuman, Hans-Ullrich Paeffgen, Frank Saliger, §§ 61–64 (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023), § 62 kn. 1.

²³ BT-Drs. V/4094, 18, 19.

karakteri bulunmayan yan etkilerdir. Ancak, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin söz konusu etkilerinin de bir sınırı olduğu kabul edilmektedir.

Alman Öğretisinde bir görüş, cezanın belirlenmesinde kusur prensibinin olduğu gibi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde de ölçülülük ilkesinin, yani tedbirle bağlantılı yükümlülüğün failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız olmamasının sınırlandırıcı fonksiyonu yerine getirdiğini dile getirmektedir²⁴. Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında konuya ilişkin olarak; “*Ceza kusurun denkleştirilmesine hizmet ederken ve cezanın ağırlığı her somut olayda kusur prensibi ile ölçülmekteyken, 61. maddenin 1 ila 6 numaralı bentlerinde sayılan tedbirler hükümlünün iyileştirilmesi ve korunmasına hizmet etmektedirler. Böylece iyileştirme ve güvenlik tedbirleri, cezanın failin kusuruna bağlılığı nedeniyle üstlenemeyeceği özellikle bireysel önleyici fonksiyonları üstlenmekte ve kusur prensibi yerine aşırılık yasağına tabi olmaktadır*” açıklamalarına yer vermiştir²⁵.

Öğretide bir başka görüş iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ceza gibi adaletin gerçekleşmesine odaklı olmadığını, farklı amaçlara dayandığının göz ardı edilmemesi gerektiğini, 62. maddenin yalnızca “orantısızlığın” son sınırını ifade ettiğini ve uygulama alanının önceden de olduğu gibi somutlaştırmaya muhtaç olduğunu vurgulamaktadır²⁶. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri için standartlaştırılmış ve amaca ulaşmak için gerekli olana sınırlama getiren “*mümkün olan en az müdahale*” prensibini (*das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs*) etkilememektedir²⁷.

Son olarak bir diğer görüş ise tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından geçerli olan ölçülülük ilkesinin, kusur prensibinin getirdiği sınırlamaya karşılık gelmediğini, aksine daha fazla müdahaleye cevaz

²⁴ Hans-Heinrich Jecsheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (Berlin: Duncker & Humboldt, 1996), 804; Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 668, 669; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

²⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1001/08, 01.08.2008, kn. 3, erişim 28 Nisan 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

²⁶ Heinz Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, *Leipziger Kommentar, Dritter Band*, Herausgegeben von: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-Van Saan, Klaus Tiedemann, §§ 61-64, 67 (Berlin: De Gruyter Recht, 2008), § 62 kn. 3; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (München: Verlag C. H. Beck, 2008), § 62 kn. 1.

²⁷ Heger, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

verdiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, özellikle uzun süreli bir özgürlükten yoksun bırakma ile ilişkilendirilen süresiz tedbirler için ilke özel bir önem arz etmektedir.²⁸ Bu nedenle *örneğin*, Alman Ceza Kanunu'nun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen muhafaza altına alma güvenlik tedbiri açısından Federal Anayasa Mahkemesi, tedbirden kaynaklanan özgürlük hakkına yönelik ağır müdahalenin ancak "sıkı" bir ölçülülük değerlendirmesine göre gerekçelendirilebileceğini açıklamıştır²⁹.

III. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN DÜZENLENDİĞİ ALMAN CEZA KANUNU'NUN 62. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kural olarak tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır³⁰. Sadece Kanun'un 69. maddesinde³¹ düzenlenen sürücü belgesinin geri alınması

²⁸ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 1.

²⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 571/10, 04.05.2011, kn. 97, 98: "Kişi özgürlüğü - vatandaşın gelişim olanaklarının esası ve koşulu olarak – temel haklar arasında üst sıralarda yer almaktadır. Bu durum, kişi özgürlüğünün, Anayasa'nun 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde 'dokunulmaz' olarak tanımlanması, 104. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ancak şekli anlamda bir kanunla sınırlandırılmasına izin verilmesi ve 104. maddesinin 2 ila 4. fıkralarında usule ilişkin özel garantilerle donatılmış olmasıyla ortaya konulmuştur. Özgürlük hakkında yönelik – muhafaza altına alma tedbirinde olduğu gibi - kusurun denkleştirilmesine hizmet etmeyen önleyici müdahalelere, yalnızca ölçülülük ilkesi sıkı bir şekilde dikkate alınmak suretiyle daha üstün değerdeki hukuki menfaatlerin korunması gerektirdiği takdirde izin verilebilir. Toplumun güvenlik ihtiyacı ile tedbir altına alınanın özgürlük talebi karşılaştırılır; somut olayda her ikisi de bir denge değerlendirmesine tabi tutulur. Bu yapılırken beklenebilirliğin sınırları korunmalı; ilgilinin özgürlüğüne ilişkin temel hakkı hem usul hukuku hem de maddi hukuk açısından korunmalıdır. Bu bağlamda Senato, 5 Şubat 2004 tarihli kararda daha önce açıklandığı gibi Ceza Kanunu'nun 66. ve devamı maddeleri anlamındaki muhafaza altına alma güvenlik tedbiri için anayasal gerekliliklere bağlı kalmaktadır. Aynı şekilde ölçülülük ilkesi, bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin düzenlenmesi ve devam ettirilmesinde de geçerlidir.", erişim 14 Nisan 2023, <https://www.hrr-strafrecht.de>.

³⁰ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 2; Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 1; Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 9.

³¹ AlmCK m.69: "(1) Her kim bir motorlu taşıtın kullanılması ile bağlantılı olarak veya bir motorlu taşıt sürücüsünün yükümlülüklerini ihlal ederek gerçekleştirdiği hukuka aykırı bir fiil nedeniyle mahkum olur veya sadece kusur ehliyeti bulunmadığı sabit olduğu veya kusur ehliyeti bulunmaması ihtimali ortadan kaldıramadığı için mahkum

tedbiri bakımından, failin araç kullanmaya elverişli bir kişi olmadığının mahkemece tespiti yeterli görülmüş, ayrıca ölçülülük ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması aranmamıştır. Bunun dışında her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin, türü ve ağırlığına göre ulaşılmak istenilen amaçla makul bir ilişki içerisinde olması gerekir.³²

Alman Ceza Kanunu'nun 69. maddesinde sürücü belgesinin geri alınması tedbiri bakımından öngörülen "62. maddeye göre ayrıca bir inceleme gerekli değildir." şeklindeki düzenlemeye; failin söz konusu faaliyet açısından elverişsizliğinin topluma yönelik oluşturduğu tehlikenin, geri alma nedeniyle fail açısından gündeme gelen dezavantajlara oldukça ağır basması nedeniyle yer verildiği ifade edilmektedir³³. Ancak, tedbirin genel olarak uygulanabilirliği bakımından ölçülülük incelemesi yapılamasa da somut koşullar açısından yapılabileceği ileri sürülmektedir.³⁴ Buna göre hâkim, somut olayda failden kaynaklanan (örneğin, işini kaybetme riskiyle karşı karşıya kalması gibi) özel sebepleri dikkate alarak sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin tatbikini ölçsüz olduğu gerekçesiyle reddedebilecektir³⁵. Bu görüşü savunan yazarlara göre, 69. maddenin 1. fıkrasının son cümlesi somut olayda hâkimi yalnızca 62. maddeye göre ölçülülük incelemesi yapmak

edilmemiş olursa, işlemiş olduğu fiilden, motorlu taşıt kullanmaya elverişli bir kişi olmadığı ortaya çıktığı hallerde, mahkeme, sürücü ehliyetini geri alır. 62. madde uyarınca, ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek yoktur. (2) Birinci fıkrada bahsi geçen durumlarda hukuka aykırı fiil; 1. Trafiki tehlikeye sokma (m.315c), 1a. Yasak motorlu araç yarışı (m.315d), 2. Alkollü trafiğe çıkma (m.316), 3. Failin kazada bir insanın öldüğünü veya hafif olmayan şekilde yaralandığını veya başkasına ait malda önemli bir zarara neden olduğunu bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen, kaza yerinden izinsiz ayrılması (m.142) veya 1 ila 3 numaralı bentlerdeki fillerle bağlantılı olarak tam sarhoşluk (m.323a) suçları ise, kural olarak failin motorlu taşıt kullanmaya elverişli olmadığı kabul edilir. (3) Araç kullanma ehliyeti, hükmün kesinleşmesi ile ortadan kalkar. Bir Alman makamu tarafından verilen sürücü belgesi mahkeme kararıyla geri alınır".

³² Jescheck ve Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 804.

³³ Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669.

³⁴ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 4.

³⁵ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 69 kn. 49, 50; Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 10; Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 14; aksi yönde, Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi, 3 Ws, 614/91, 12.11.1991: "Alman Ceza Kanunu'nun 69. maddesine göre sürücü belgesinin geri alınmasında salt mesleki veya ekonomik bakış açıları dikkate alınmamalıdır.", erişim 30 Mart 2023, <https://beck-online.beck.de>.

yükümlülüğünden muaf kıldığı için, örnekteki gibi bir uygulamaya engel teşkil etmemektedir. Ayrıca, kanun koyucunun, dayanağını Anayasa'dan alan ölçülülük ilkesinin tatbikini iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında kişi hak ve özgürlüklerinin özünü zedeleyebilecek biçimde yasaklaması da mümkün değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre, 69. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde geçen “*gerekli değildir*” ifadesinden, hâkimin somut olayda kural olarak herhangi bir incelemede bulunmaksızın tedbirin ölçülülüğünden hareket ederek kararında buna ilişkin ayrıca bir gerekçelendirmede bulunmak zorunda olmadığı, ancak atipik ve istisnai durumlarda ise ölçülülük incelemesinde bulunarak gerektiğinde tedbirin tatbikini reddedebileceği anlaşılmalıdır³⁶.

Bazı yazarlara göre ise ölçülülük hali hazırda 69. maddenin tatbiki için failde aranan elverişsizliğin tespitinde dikkate alınan tanı, teşhis ve iyileşme öngörülere kapsamında değerlendirilebileceğinden ayrıca bir ölçülülük incelemesine gerek kalmamaktadır³⁷. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, sürücü belgesinin geri alınması durumunda, 69. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi ile 2. fıkrasında belirtilen koşullar temelinde ölçülülük ilkesinin gereklerinin yerine getirilmiş olduğunu değerlendirmiştir³⁸.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi lafzından hareketle ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbikinin somut olayda orantısız olduğu durumlarda uygulama alanı bulacağı şeklindeki sınırlandırıcı bir anlayışın Anayasa'da benimsenen temel esaslarla uyumlu olmadığı ve ilkenin madde lafzının da ötesinde her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanma koşullarının yorumlanmasında rol oynadığı dile getirilmektedir³⁹.

Bu bağlamda hem öğreti hem de uygulamada benimsenen hâkim görüşe göre:

- Ölçülülük ilkesi öncelikle her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tipiklik koşullarının yorumlanmasında dikkate alınmalıdır. Bilhassa, psikiyatri hastanesine yerleştirme (m.63), bağımlılık tedavisi için

³⁶ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

³⁷ Arndt Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, Band 2, Herausgegeben von: Hans-Joachim Rudolphi, Jürgen Wolter, §§ 61-72 (Köln: Wolters Kluwer, 2013), § 62 kn. 2; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 14.

³⁸ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 3.

³⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4.

rehabilitasyon merkezine yerleştirme (m.64), muhafaza altına alma (66/1-4) ve meslek icrası yasağı (m.70/1) tedbirleri kapsamında failden gelecekte işlemesi beklenen suçların “önemli” suçlar olması gerekmektedir. İlgilisinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil eden tedbirlere ancak, müdahalenin genel kamu yararı için beklenebilir ve failden kaynaklanan tehlikenin aynı derecede ağır olduğu durumlarda izin verilebilir. Failin işlediği ve tedbire dayanak teşkil eden suç ciddi değilse, tehlikenin tespitinde özellikle genel koşulların kapsamlı bir şekilde incelenmesi gerekir.⁴⁰

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin tatbikinde sonradan alınan kararlar bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır⁴¹. Örneğin, AlmCK m.67a hükmü doğrultusunda akıl hastalığı nedeniyle psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirilmesine karar verilen failin, yeniden sosyalleşmesinin daha iyi desteklenebilmesi amacıyla mahkeme tarafından başka bir tedbire sevk edilmesinde veya AlmCK m.67c hükmü kapsamında kuruma yerleştirme tedbirlerinin icrasının daha sonra başlanılmak üzere ertelenmesinde ölçülülük ilkesi dikkate alınacaktır.

- Ölçülülük ilkesi iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilme süresi bakımından da önemli bir fonksiyona sahiptir. Karar verildiği zaman diliminde ölçülülük ilkesine uygun düşen bir tedbir, daha sonra ölçüsüz hale gelebilir. Bu bağlamda, müdahalenin aşırı uzun sürmesi nedeniyle tedbirin orantısız hale gelmesi ve böylelikle diğer tüm koşulların bulunmasına rağmen sona erdirilmesi mümkündür⁴². Bununla birlikte Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, tedbir altına alınan kişinin devam eden tehlikeliliği nedeniyle gerekli olması halinde uzun süreli tedbir altına alma da insan onurunu ihlal etmez. Anayasa’da öngörüldüğü üzere bireyin toplumla ilişkisi ve topluma bağımlılığı, temel kamusal menfaatlerin zararlardan korunması için zaruri tedbirlere başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Ancak bu durumda tedbirin muhatabının kişiliğinin muhafaza edilmesi, onuruna saygı gösterilmesi ve korunması gerekir. Bu nedenle, tıpkı cezaların infazında

⁴⁰ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

⁴¹ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 804-805; Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁴² Heger, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Frankfurt am Main Eyalet Yüksek Mahkemesi’ne göre, ölçülülük değerlendirmesinde aynı kişi hakkında bir tedbirin daha önce yurt dışında da uygulanmış olması göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. 3 Ws, 626/14, 31.07.2014, erişim 31 Mart 2023, <https://beck-online.beck.de>.

olduğu gibi tedbir amaçlı muhafaza altına alma da özgürlükte sorumluluk sahibi bir yaşam için uygun koşulların sağlanmasına yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, özgürlüğü kısıtlanan kişinin yeniden sosyalleşmesi için çaba gösterilmelidir. Elbette bu yöndeki faaliyetler, tedbir altına alınanların ciddi suç eğilimleri dikkate alındığında hükümlülerin durumlarından daha zor olabilir. Fakat buna rağmen, insan onurunun korunması ilkesi, tedbir altına alınana özgürlüğünü tekrar kazanabilmesi için gerçek bir şans tanıyan kanuni düzenlemelerin ve infaz türlerinin varlığını gerektirmektedir. Zira tedbirin muhatabı, devlet eyleminin bir objesi olmadığı gibi yalnızca bir araca veya haklı bir sebebe de indirgenemez⁴³.

Federal Anayasa Mahkemesi, muhafaza altına alma tedbirine (AlmCK m.66) karar verilirken veya sonraki bir denetim aşamasında azami yerine getirme süresi belirlenmesine anayasal bir gereklilik bulunmadığını, zira gelecekteki tehlikeye ilişkin öngörülerin yalnızca şimdiki zamanda mümkün olduğunu açıklamıştır. Tehlikenin ne kadar süreceği ise kesin olarak tahmin edilemeyen gelecekteki gelişmelere bağlıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun tedbir amaçlı muhafaza altına alınan kişi hakkında önceden bağlayıcı bir karar vermemesi sakınca doğurmaz. Nitekim Kanun'da, tedbirin infazının her aşamasında ilgili kişinin serbest bırakılmasını sağlayabilecek incelemeler yapılması sağlanmıştır⁴⁴.

Mahkeme, iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tatbikine devam edilmesine ilişkin karar çerçevesinde, toplumun güvenlik ihtiyacı ile failin özgürlük talebinin somut olayda karşılıklı bir menfaat dengesi değerlendirmesine tabi tutulmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Hâkim, yapacağı bütüncül değerlendirmede, failden kaynaklanan tehlikeliliği tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile mukayese etmelidir. Bu bağlamda, failden

⁴³ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 05.02.2004, kn. 74-76, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁴⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 05.02.2004, kn. 77-81, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.servat.unibe.ch>. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri bakımından şu açıklamalara yer vermiştir: “*Kanuni olarak bir süreye bağlanmamış olan psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri, yalnızca hasta olan veya hastalık belirtileri gösteren insanın kamu güvenliğini tehlikeye düşüren ruhsal rahatsızlıklarının iyileştirilmesi veya bu mümkün değilse, hukuk düzenine yönelik kendisinden kaynaklanan tehlike diğer tedbirlerle bertaraf edilemediği için bir psikiyatri hastanesinde bu durumda bakımının yapılmasına hizmet eder.*”, 4 StR 89/91, 25.04.1991, erişim 2 Haziran 2023, <https://wolterskluwer-online.de>.

kaynaklanabilecek suç tehdidinin bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa ne tür suçlar oldukları, tehlikenin ne kadar ciddi olduğu ve tehdit altındaki hukuki menfaatlerin ağırlığı önem arz etmektedir. Kuruma yerleştirme tedbirine ne kadar uzun sürerse özgürlüğün kısıtlanmasında ölçülülüğe ilişkin koşullar da o kadar sıkı olacaktır. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi 2011 senesinde muhafaza altına alma tedbirine ilişkin vermiş olduğu bir iptal kararında; “*İnceleme konusu düzenlemeler doğrultusunda, ilgili kişi grubunun muhafaza altına alma tedbirinin on yıl sonra sona ereceği veya muhafaza altına alma kararının verilmeyeceği yönündeki güvenine ve bununla bağlantılı olarak özgürlük haklarına yönelik müdahalelere, anayasal açıdan yalnızca sıkı bir ölçülülük denetimine tabi tutulmaları ve en yüksek anayasal menfaatleri korumaları amacıyla izin verilebilir.*” açıklamalarına yer vermiştir⁴⁵. Elbette, failin tehlikeliliğinin türü ve ağırlığı; devletin, bireyin ve toplumun hukuki menfaatlerini koruma yükümlülüğü çerçevesinde özgür bırakılmasını mümkün kılmıyorsa, özgürlük talebinin zaman içerisinde artan ağırlığının da artık son sınırına ulaştığı kabul edilecektir.⁴⁶

- Ölçülülük ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin infazında da rolü bulunmaktadır. Ölçüsüz bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi, başlangıçtan itibaren ölçüsüz olan veya sonradan ölçüsüz hale gelen bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin infazına da devam edilmez veya infazının tamamlandığına karar verilerek sona erdirilir⁴⁷.

- İlke, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin infazının biçimlendirilmesi açısından da geçerlidir. *Örneğin*, tedavi olmaya hazır ve istekli olan bir sanık bakımından ölçülülük ilkesi, mümkün olan en kısa sürede tedbirin ertelenmesine yönelik koşulların sağlanması amacıyla hâlihazırda hükümde belirlenen tedavi tedbirinin derhal uygulanmasını gerekli kılabılır⁴⁸.

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ertelenmesi (m.67b) ile buna ilişkin kararların kaldırılmasında da (m.67g) dikkate alınmaktadır⁴⁹. Burada ölçülülüğün yalnızca iyileştirme değil, aynı zamanda güvenlik ihtiyacı açısından da değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁴⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2365/09, 04.05.2011, kn. 132, erişim 3 Haziran 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1001/08, 01.08.2008, kn. 3, erişim 28 Nisan 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

⁴⁷ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7.

⁴⁸ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁴⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7.

Elbette bu durum, iyileştirmenin herhangi bir yönünün önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Karşılıklı menfaatlara ilişkin değerlendirmede, fail bakımından özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ortaya çıkan iyileşme ihtimalinin derecesi de dikkate alınmalıdır⁵⁰.

- İlke, mahkemece denetimli serbestlik tedbiriyle bağlantılı olarak belirlenen talimatlar açısından da (m.68b 2. cümlesi 3. bendi⁵¹ kapsamında) geçerlidir. Buna göre, talimatlarda, failin yaşam tarzına ilişkin makul olmayan herhangi bir talepte bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır⁵².

- İlke, 72. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “*Bununla birlikte, uygun tedbirler arasından failin durumunu en az ağırlaştırıcı tedbire öncelik verilir.*” düzenlemesi doğrultusunda, somut olayda tatbiki gündeme gelen birden fazla tedbirden hangisine karar verilmesi gerektiği noktasında da işleve sahiptir. Esasen, hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan tedbirler ile bu nitelikte olanlar arasında fail için en az külfetli olanın seçiminde genellikle bir güçlük ortaya çıkmaz. Tedbirle hedeflenen amaca hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan bir tedbir vasıtasıyla, hürriyeti bağlayıcı tedbirde olduğu seviyede ulaşılabilirdiği takdirde artık ölçülülük ilkesi gereğince yalnızca buna karar verilmesi gerekir⁵³.

- Ölçülülük ilkesi, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde içtima halinde de (*Maßregelkonkurrenz*) gündeme gelir. *Örneğin*, uygulanan tedbire ek olarak getirilen yeni bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri, ilk tedbirin meydana getiremediği bir etkiye sahip değilse ölçüsüzdür⁵⁴. Buna karşılık, verilecek yeni hükmün, tedbirin yapısı ve süresi üzerinde önemli bir etkisinin olmasının beklendiği, *örneğin*, isnat edilen güncel suçun failin artan saldırganlığını gösterdiği durumlarda, tekrar bir tedbir kararı alınması ölçülü olabilecektir⁵⁵. Öte yandan, Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre; Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğünün korunması doğrultusunda, hapis cezası ile özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine mümkün olduğunca her ikisinin de

⁵⁰ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁵¹ AlmCK m.68b 2. cümlesi 3. bendi: “*Hükümlünün 66. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen türden başkaca suçları işleme tehlikesi halen mevcutsa*”.

⁵² Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁵³ Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 275.

⁵⁴ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 243/10, 21.07.2010, erişim 1 Haziran 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁵⁵ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

amacına ulaşılabilecek şekilde ve ilgisinin özgürlüğüne zorunlu olandan fazla müdahale edilmeksizin birlikte karar verilebilmesi mümkündür⁵⁶.

• İlke, çocuk ceza hukuku açısından da özel bir önemi haizdir, zira bu alanda asıl olan kuruma yerleştirme suretiyle uygulanan tedbirler⁵⁷ nedeniyle ciddi şekilde kısıtlamalara maruz kalan çocuk suçluların eğitimi, adaptasyonu ve desteklenmesine odaklanılmasıdır. Bu bakımdan, tedbirin gerekli ve uygun olup olmadığının ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir. Mahkeme, failin ceza tehdidini doğuran yargılamaya neden olan hareketi ile birlikte tüm kişiliğini, özellikle hastalığının türünü, önceki yaşamının tamamını, güncel yaşam koşullarını ve gündeme gelen diğer bütün esaslı koşulları dikkate almalıdır⁵⁸.

IV. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ALT İLKELERİ

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesinin *geniş anlamda* elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir⁵⁹. Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde yalnızca oranlılık (*dar anlamda ölçülülük*) ilkesine işaret edilse de, bu durum ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden her birinin sahip olduğu önemi ortadan kaldırmamaktadır⁶⁰. Nitekim somut olayda tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbirinin hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi bakımından elverişli ve gerekli olması da aranmaktadır.

A. Elverişlilik Alt İlkesi (*Geeignetheit*)

“Fonksiyonellik” (*Funktionalität*) olarak da adlandırılan bu alt ilke, somut olayda tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbirinin elde edilmek istenen koruma amacına ulaşmada elverişli olması zorunluluğunu

⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvL, 3/90, 16.03.1994, kn. 89, erişim 26 Nisan 2023, <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁵⁷ Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun (*Jugendgerichtsgesetz*) 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca; “Genel ceza hukuku anlamında iyileştirme ve güvenlik tedbiri olarak, psikiyatri hastanesine veya rehabilitasyon merkezine yerleştirme, denetimli serbestlik veya sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir (Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin 1, 2, 4 ve 5. bentleri)”.

⁵⁸ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 89/91, 25.04.1991, erişim 2 Haziran 2023, <https://wolterskluwer-online.de>.

⁵⁹ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

⁶⁰ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

ifade eder⁶¹. Tedbirin elverişliliğine ilişkin denetim, hâlihazırda tedbir kararına ilişkin koşulların değerlendirilmesi kapsamında gerçekleşir⁶².

Elverişlilik denetiminde, tedbirin yerine getirilmesi bakımından özellikle iyileştirme amacına uygun ortam ve koşulların mevcudiyeti ile somut olarak tedbirin muhatabı için uygunluğu kontrol edilmektedir⁶³. Buna göre, tedbir vasıtasıyla arzu edilen netice desteklenebiliyor ise tedbir elverişlidir. İstenilen sonucun daha sonra gerçekleşip gerçekleşmemesi ise belirleyici değildir⁶⁴.

Alman Hukukunda, en azından güvenlik amacı bakımından her zaman destekleyici mahiyette olacaklarından hareketle, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin elverişlilik açısından herhangi bir sorun oluşturmadığı ifade edilmektedir⁶⁵. Federal Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında, kanunların amaca uygunluğu konusunda her zaman çekimserliğini korumuş, yalnızca başvuru araçlarının “objektif olarak elverişsiz”⁶⁶, “objektif olarak uygunsuz”⁶⁷ veya “mutlak olarak elverişsiz”⁶⁸ olup olmadığını incelemiştir⁶⁹. Bu ölçütler doğrultusunda yapılan değerlendirmelerde bir tedbirin Anayasa’ya aykırılığı, sınırlı ve sadece özel durumlarda ortaya çıkabilmektedir⁷⁰. Çünkü tedbirde ölçülülük değerlendirmesinde, “kısmi” elverişliliğin yeterli olduğu, yalnızca mutlak elverişsiz tedbirin ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına geleceği kabul edilmektedir⁷¹. Dolayısıyla, kısmi elverişsizlik hali tedbirin ölçsüz olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu bağlamda *örneğin*, Alman Ceza

⁶¹ Kinzig, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 4.

⁶² Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 11.

⁶³ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 7.

⁶⁴ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 87/19, 02.05.2019, erişim 17 Temmuz 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁶⁵ Kaspar, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 3.

⁶⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 78/56, 22.5.1959, kn. 141: “Kanun koyucunun kullandığı araçların başlangıçtan itibaren objektif olarak elverişsizliği, daha sonraki eksik başarılarından kesin olarak çıkartılamaz. Kanun koyucunu kendisi de bunu elverişli görmüştür.”, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvL, 12/63, 7.04.1964, kn. 38, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 12/63, 24.9.1965, kn. 19, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁶⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvL, 13/76, 17.01.1978, kn. 38, erişim 22 Ağustos 2023, <https://openjur.de>.

⁷⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 345/69, 9.3.1971, kn. 40, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷¹ Michael Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, (2001), 656.

Kanunu'nun 63 ve 64. maddelerinde düzenlenen özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki psikiyatri hastanesine yerleştirme ile bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbirlerinde başarı olasılığı değerlendirmesi bakımından bir ayırım söz konusudur. Bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbiri ancak, tedaviden sonuç elde edilebileceğine yönelik somut ve yeterli beklentinin olduğu hallerde gerçekleşebilecekken (m.64 c.2); psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri (m.63) ise toplumun tedbirin muhatabı tarafından gelecekte gerçekleştirilmesi beklenen diğer hukuk ihlallerinden yalnızca korunmasına hizmet etmesi halinde de uygulanabilecektir. İkinci durumda tedbirin muhatabının iyileştirilmesi zorunlu olmayan, elbette arzu edilen bir ikincil amaçtan ibarettir.⁷²

B. Gereklilik Alt İlkesi (Erforderlichkeit)

Gereklilik alt ilkesi, somut olayda tatbiki gündeme gelen ve tehlikeye karşı etkili olabilecek iyileştirme ve güvenlik tedbirleri, cezalar ve diğer hukuk dallarından kaynaklanan araçlar arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini ortaya koyar⁷³. İlke uyarınca, yalnızca amaca ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde hukuki yararları müdahale edilir⁷⁴ ve bu nedenle birden fazla aynı elverişliliğe sahip araçtan en hafif olanının tercih edilmesi gerekir⁷⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Kanun koyucunun, aynı derecede etkili, ancak Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanan temel hakları sınırlandırmayan veya daha az hissedilecek şekilde sınırlandıran bir aracı seçmemesi halinde, aracın gerekli olduğu kabul edilecektir"*⁷⁶. Benzer

⁷² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 5.

⁷³ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 11.

⁷⁴ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 7.

⁷⁵ Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 4. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1013, 1019, 1034/77, 1.8.1978, kn. 118: *"Bununla birlikte kanun koyucu her şeyden önce, anayasal düzeyde korunan temel haklar alanına yapılan her bir devlet müdahalesinin araçta ölçülülüğe yönelik hukuk devleti gerekliliğine tabi olduğuna, yani tercih edilen aracın hedeflenen amaçla makul bir ilişki içinde bulunmasına dikkat etmelidir. Söz konusu durum, kanun koyucu tarafından hedeflenen amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin elverişli ve gerekli olması zorunluluğunu ifade eder. Bunun anlamı, bireye daha az külfet getiren başka bir yolla amaca aynı şekilde ulaşılamamasıdır."*, erişim 23 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁷⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 1494/78, 20.6.198, kn. 62, erişim 28 Ağustos 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

şekilde Alman Federal Mahkemesi'ne göre; “İyileştirme ve güvenlik tedbirinin gerekliliğine ilişkin olarak; ilgilinin hukuki menfaatlerine yalnızca amaca ulaşmada zorunlu olduğu ölçüde müdahale edilebileceği ve özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin ancak, daha hafif tedbirlerin failin tehlikeliliğinden yeterli düzeyde güvenilir koruma sağlamadığı durumlarda gündeme gelebileceği her zaman dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, AlmCK m.62'ye göre ölçülülük incelemesi çerçevesinde kural olarak, failin tehlikeliliğinin ceza hukuku dışındaki güvenlik araçları ... vasıtasıyla karşılanabilip karşılanamayacağına değerlendirilmesi gerekir”⁷⁷.

Failden kaynaklanan tehlikeliliği kesin olarak ortadan kaldıracabilecek daha hafif nitelikte bir araç gündeme gelmiyorsa, gereklilik koşulu onaylanmalıdır⁷⁸. Örneğin, işlediği bir şiddet suçu nedeniyle failin ceza infaz kurumuna alınması yerine, gerektiğinde yatılı olamayan tedavi yükümlülüğü veya özel hukuktan kaynaklanan bakım veya barınma tedbirleri gündeme gelebilir⁷⁹. Hakeza, fail işlediği suçta mesleğini kötüye kullanmış olsa da meslek icrası yasağı (m.70) ancak daha fazla suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olduğu ölçüde uygulanmalıdır⁸⁰. Yine bu nedenle, pedagog olan failin yalnızca erkek çocuklara karşı cinsel istismara yönelik davranışlarda bulunması halinde, meslek icrası yasağının kız çocukları ve yetişkinler açısından sınırlandırılmamasının değerlendirilmesi gerekmektedir⁸¹. Aynı durum, yalnızca kadınlara karşı cinsel suç işleyen bir doktor açısından da geçerlidir⁸².

⁷⁷ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 87/19, 02.05.2019, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>. Aynı yönde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 590/14, 8.1.2015, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁷⁸ Kinzig, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 4.

⁷⁹ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 8.

⁸⁰ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 428/01, 4.12.2001, erişim 28 Ağustos 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸¹ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 13/95, 7.2.1995, erişim 8 Eylül 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>. Benzer şekilde, bir öğretmenin kız çocuklarına karşı cinsel istismara yönelik davranışları nedeniyle erkek cinsiyetindeki çocuk ve gençlere yönelik meslek icrasının yasaklanıp yasaklanmamasına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği yönünde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 388/13, 21.1.2014, erişim 8 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸² Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 454/02, 16.1.2003, erişim 8 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>. Benzer şekilde, Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 122/08, 8.5.2008, erişim 8 Eylül 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

Öğretide, daha ağır bir yaptırıma karar verildiği veya karar verilmesinin zorunlu olduğu durumlarda, buna ek olarak getirilmesi düşünülen iyileştirme ve güvenlik tedbiri açısından da gereklilik değerlendirmesi yapılması aranmaktadır. Bununla birlikte, fail hakkında müebbet hapis cezasına hükmedilmesi durumunda ayrıca muhafaza altına alma tedbirine karar verilmesi gerekliliğine şüpheyle yaklaşılmaktadır⁸³. Zira, hükümlünün tehlikelilik hali devam ettiği takdirde AlmCK m.57a'da öngörülen on beş yıllık infaz süresinin dolmasına rağmen “müebbet hapis cezasında kalan cezanın ertelenmesi” müessesesi uygulama alanı bulmayacak; hükümlü hakkındaki öngörülerin olumlu olması halinde ise müebbet hapis cezasının yanı sıra muhafaza altına alma tedbirinin infazının da AlmCK 57a ve m.67c/1⁸⁴ kapsamında zorunlu olarak ertelenmesi gerekecektir⁸⁵. Dolayısıyla, müebbet hapis cezasına hükmedildiği hallerde ayrıca muhafaza altına alma tedbirine başvurulmasına kural olarak bir ihtiyaç bulunmamaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun “*Toplam cezanın sonradan oluşturulması*” başlıklı 55. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca; fail hakkında önceki mahkumiyet hükmüyle birlikte karar verilen tedbirler, sonradan verilen yeni bir karar ile temelden yoksun kalmadıkları müddetçe varlıklarını sürdürecektir. Federal Mahkeme'ye göre, söz konusu düzenleme, ilk kararda hükmedilen cezanın tamamen infaz edilmiş olması nedeniyle toplam ceza oluşturulmasının artık mümkün olmadığı durumlarda da uygulama alanı bulacak ve önceki kararda hükmedilen tedbir, kurulacak yeni kararda nazara

⁸³ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6.

⁸⁴ Madde fıkrası uyarınca; bir hapis cezası aynı fiil veya fiiller dolayısıyla karar verilen kuruma yerleştirme tedbirinden önce infaz ediliyor ve cezanın infazından önce yapılması gerekli olan denetimden, tedbirin amacına ulaşmak için artık kuruma yerleştirmenin gerekli olmadığı anlaşılıyorsa, mahkeme kuruma yerleştirme tedbirinin infazının ertelenmesine karar verir.

⁸⁵ Alman Federal Mahkemesi, 3 StR, 330/12, 10.1.2013: “*Bir müebbet hapis cezası, AlmCK m.57/1 1. cümle Nr.1 ve 2'ye göre belirlenen infaz süresinin sona ermesinden sonra da toplumun güvenlik menfaatleri nazara alındığında bu durum haklı gösterilebiliyorsa ertelenebilir. Hükümlü halen tehlikeli olduğu sürece müebbet hapis cezası infaz edilir. İlk olarak, hükümlüden kaynaklanan herhangi bir tehlikenin bulunmadığının ortaya çıkartılması durumunda ceza ertelenir. Bu halde, müebbet hapis cezasına ek olarak karar verilen muhafaza altına alma tedbirinin de infaz edilmemesi gerekir. Tedbirin de ertelenmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında, müebbet hapis cezasının koşullu olarak ertelenmesinin akabinde ilginin devam eden tehlikeliliği nedeniyle muhafaza altına alma tedbirinin infazı pek düşünülebilir görünmemektedir.*”, erişim 12 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

alınabilecektir. Böylelikle, yeni kararda tekrar aynı iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine gerek bulunmayacaktır⁸⁶.

Son olarak, gereklilik alt ilkesi değerlendirmesinde dikkate alınan “*güncellik prensibi*” (*Aktualitätsprinzip*) uyarınca, tedbirin tam olarak tatbik edildiği anda gerekli olması aranmaktadır; dolayısıyla tedbir kararına dayanak kabul edilen öngörüler karardan hemen önce edinilmeli ve en yeni bilgilere dayanmalıdır⁸⁷.

C. Oranlılık Alt İlkesi (*Angemessenheit*)

“*Dar anlamda ölçülülük ilkesi*” olarak da adlandırılan oranlılık alt ilkesine göre; uygulanacak tedbir ile ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin ağırlığı ve önemi arasında makul bir denge bulunmalıdır.⁸⁸ Dolayısıyla bir tedbirin tatbiki, elverişli ve gerekli olmasına rağmen farklı konu ve yararlar arasındaki bu denge gözetilerek yasaklanabilir.⁸⁹ Gerçi, bahsi geçen denge gözetiminde bir tarafta çoğunlukla Anayasa’nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan “*Herkisin yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı vardır.*” düzenlemesiyle en yüksek temel menfaatler arasında kabul edilip güvence altına alınan diğer bireylerin vücut bütünlükleri ve yaşamlarının korunması bulunmaktadır. Ancak neredeyse her zaman şüpheli/sanık aleyhine olabilecek bu soyut denge değerlendirmesinin, tekerrür tehlikesinin ne kadar yüksek ve buna yönelik öngörülerin ne kadar güvenilir olduğu gibi son derece zor öngörülerle desteklenmesi aranmaktadır. Ayrıca, mahkemenin kendi sorumluluğunda ve bilirkişiye bırakmaması gereken bir bütüncül değerlendirmede bulunması da gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁶ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 142/10, 6.7.2010, erişim 12 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

⁸⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

⁸⁸ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

⁸⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 5.

⁹⁰ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8. Alman Federal Mahkemesi, 3 StR 87/19, 02.05.2019: “*Dar anlamda ölçülülüğe ilişkin olarak Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise kuruma yerleştirme tedbirine hükmedilemeyeceğini öngörmektedir. Maddede belirtilen ölçütlerin genel olarak bütüncül bir bakış açısında değerlendirilmesi ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilmesi gerekir.*”, erişim 25 Eylül 2023, <https://beck-online.beck.de>.

Oranlılık incelemesinde esas olan, tedbirle amaçlanan kamusal yarar ile tedbirin müdahale ettiği bireysel yarar arasındaki ilişkidir (*Mittel-Zweck-Relation*). Müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin ciddiyeti ve aciliyeti arasındaki bütüncül değerlendirmede beklenebilirlik sınırları korunmalıdır. Tedbir, muhatabı üzerinde aşırı bir yük oluşturmamalı ve araçla hedeflenen amaç açısından orantısızlık oluşturmamalıdır⁹¹. Bu bakımdan, tedbirle muhatabının temel hak ve özgürlüklerine ne kadar yoğun müdahalede bulunuluyorsa, hedeflenen amacın öneminin de o kadar fazla olması aranır.

İlgilinin temel haklarına yapılan müdahalenin ağırlığı genellikle kolaylıkla belirlenebilmektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirler her zaman Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan “*Kişi özgürlüğü dokunulmazdır.*” düzenlemesi anlamında ağır bir müdahale teşkil eder. Bu bağlamda, *örneğin*, AlmCK m.63'de düzenlenen “psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri” kapsamında iyileşme ihtimalinin oldukça düşük olduğu ve uzun süreli muhafaza altına alınmanın beklenildiği durumların muhatabı açısından ek (daha da fazla) bir yük teşkil edebileceği söylenebilir⁹².

Son olarak, öğretide bir görüşe göre özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler her zaman kişi özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale teşkil eder. Bu nedenle, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanındaki gereklilik değerlendirmesinde, sadece kişinin yaşı esas alınarak yapılan farklı uygulamalar “*İnsan onuru dokunulmazdır. Ona saygı duymak ve korumak tüm devlet otoritesinin görevidir.*” şeklindeki Alman Anayasası'nın 1. maddesi bakımından sakınca oluşturabilir. Fakat, gereklilik değerlendirmesinde sadece yaş değil, *örneğin*, yaşa bağlı olarak ortaya çıkan hastalık veya sakatlık nedeniyle tedbirin faili diğer kişilere nazaran daha ağır etkileyeceğinin lehe olacak şekilde dikkate alınması mümkündür⁹³.

D. Ölçülülük ilkesi ile İkincilik İlkesi Arasındaki İlişki

Alman Hukukunda “ikincilik” ilkesini (*Subsidiaritätsprinzip*), “gereklilik” alt ilkesi kapsamında değerlendirenler bulunduğu gibi, bu ilkedeki bağımsız olarak ön plana çıkarılan görüşler de bulunmaktadır.

⁹¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1 BvR, 1494/78, 20.6.1984, kn. 62, erişim 22 Eylül 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

⁹² Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

⁹³ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

Öğretide bir görüş; 2. Ceza Reformu Kanunu ile birlikte tedbir kararları bakımından aranan “*gereklilik*” koşulunun kaldırıldığını ve yerine “*İnfazda sıra*” başlıklı 67. madde hükmüne göre⁹⁴ “*temsil/vekâlet*”⁹⁵ (*Vikariieren*) ile özellikle 67b. maddesi hükmüne göre⁹⁶ “*erteleme*” (*Aussetzung*) imkânlarının getirildiğini, ancak yine de anayasal nedenlerle ikincillik ilkesinden vazgeçilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁹⁷ Nitekim Federal Mahkeme’nin de ölçülülük değerlendirmesinde ikincillik ilkesine açıkça yer verdiği kararları mevcuttur.⁹⁸

Diğer bir görüşe göre ise ikincillik ilkesine, muhteviyatı itibarıyla anayasal düzeyde tanınan gereklilik ilkesinin ötesinde bir anlam yüklemek mümkün değildir ve bağımsız bir koşul olarak dile getirilmesinin tek faydası ilkenin amacının kavramsal karşılığında daha net bir şekilde anlaşılmaya müsait olmasıdır.⁹⁹ Bu bakımdan, ölçülülük ilkesi karşısında ikincillik ilkesi şeklinde bağımsız bir terminolojiye yer verilmesine herhangi bir ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁰⁰

Öte yandan, faildeki tehlikelilik nedeniyle 63 ve 64. maddelere göre kuruma yerleştirme gerekliliğinin ikincillik ilkesi kapsamında daha hafif

⁹⁴ AlmCK m.67/4: “*Tedbirin tamamı veya bir kısmı cezadan önce yerine getirilmişse, tedbirin uygulandığı süre, cezanın üçte ikisi tamamlanuncaya kadar cezadan sayılır*”.

⁹⁵ Birden fazla hukuki sonucu birbirini temsil edebilmesini, özellikle cezalar ile hürriyeti bağlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirleri arasındaki vekâlet ilişkisini ifade etmektedir. Benzer “*temsil/vekâlet*” ilişkisine örnek bir düzenleme Avusturya Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır.

⁹⁶ AlmCK m.67b: “*Mahkeme, psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme kararı verdiği takdirde, özel koşullar infazın ertelenmesi yoluyla da tedbirin amacına ulaşılabilirliği beklentisini haklı kıtıyorsa tedbirin infazını aynı zamanda erteler. Failin, tedbirle birlikte hükmedilen ve ertelenmeyen hapis cezasının infazı gerekiyorsa, erteleme yapılmaz*”.

⁹⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 61 kn. 59.

⁹⁸ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 215/07, 26.6.2007: “*Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesine göre, fail tarafından işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ile orantısız ise kuruma yerleştirme tedbirine hükmedilemez. Ayrıca, bir psikiyatri hastanesine yerleştirme ancak daha hafif tedbirlerin failin tehlikesine karşı yeterli ve güvenilir koruma sağlamaması durumunda gündeme gelebilir. Bu, tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri hukukunda geçerli olan ve anayasa hukuku yönünden aşırılık yasağından türetilen ikincillik prensibinden kaynaklanmaktadır.*”, erişim 28 Eylül 2023, <https://beck-online-beck-de>.

⁹⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 4.

¹⁰⁰ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9.

müdahale içeren ceza hukuku alanı dışındaki bir tedbirlerle karşılanıp karşılanamayacağı hususu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, henüz “karar verme aşamasında” ve devamında verilen kararlarda, tedbirin gerçekten gerekli olup olmadığı ve daha hafif müdahale ihtiva eden tedbirlerin failden kaynaklanan tehlikeye karşı yeterli korumayı sağlayıp sağlayamayacağının dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Dolayısıyla ikincillik ilkesi, tehlikenin bertaraf edilmesi için tatbiki gündeme gelen tedbirler arasındaki içtima halinde, yani bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri ile ceza hukuku alanındaki ve ceza hukuku alanı dışındaki diğer tedbirler arasındaki tercihte uygulama önceliğinin belirlenmesini sağlar.¹⁰²

Federal Mahkeme ise 1962 tarihli Ceza Kanunu Hükümet Taslağı’nda¹⁰³ yer alan gerekçeyle de uyumlu olarak kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerde ikincillik ilkesinin yalnızca infaz (yerine getirme) bakımından geçerli olduğunu, “karar aşamasında” dikkate alınmayacağını kabul etmektedir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 61 kn. 59; Sinn, “Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 2; Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 7.

¹⁰² Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 3.

¹⁰³ Alman Parlamentosu Dördüncü Seçim Periyodu, Hükümet Yasa Taslağı, BT-Drs. IV/650, 210: “Sonuç olarak taslak, kuruma yerleştirme kararı aşamasında ikincillik ilkesini tanımamaktadır. Bunun yerine, tedbirin amacına derhal uygulamaya konulmasa bile ulaşılabileceği beklentisinin haklı çıkabileceği, örneğin, failin güvenilir yakınları tarafından kontrol altında tutulabilmesi gibi özel koşulların mevcut olması durumunda da hâkimin ayrıca tedbir kararı vermesi gerekir. ... Böylelikle, ikincillik ilkesi kuruma yerleştirme tedbirinin yerine getirilmesi aşamasında geçerlidir.”, erişim 28 Eylül 2023, <https://dserver.bundestag.de>.

¹⁰⁴ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 454/16, 12.4.2017, kn.15: “Kuruma yerleştirme tedbirine ilişkin kararın alınmasına kural olarak daha hafif müdahale içeren ceza hukuku alanı dışındaki tedbirlerin varlığı engel olmamaktadır. Federal Mahkeme’nin içtihatlarına göre, özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde ikincillik ilkesi yalnızca infaz açısından geçerlidir. Bu nedenle, sanıktan kaynaklanan topluma yönelik tehlikenin tutarlı bir tıbbi tedavi yoluyla engellenebilip engellenemeyeceği hususunun bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirine karar verilmesi bakımından önemi yoktur. Aynı şekilde, yalnızca hükmedilen hapis cezasının infazının ertelenmesiyle bağlantılı olarak ilaç kullanımının denetlenmesi, danışman veya denetimli serbestlik yardımcısının görevlendirilmesi gibi denetimli serbestliğe ilişkin koşulların ya da talimatların getirilmesi de önemsizdir. Bu tür tedbirler, ilk olarak AlmCK m.67b hükmü uyarınca kuruma yerleştirme tedbirinin yerine getirilmesinin ertelenmesi sorusu bakımından anlam kazanmaktadır.”, erişim 28 Eylül 2023, <https://beck-online-beck-de>.

Mahkeme'nin söz konusu içtihadı öğretide eleştirilmekte ve hem anayasal düzeyde tanınan aşırılık yasağı hem de AlmCK m.62 hükmü nedeniyle ikincillik ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme aşamasında da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, ikincillik ilkesinin gündeme gelebilmesi için daha hafif aracın en azından aynı korumayı sağlaması ve toplumun güvenliğine yönelik ağır basan yararlar göz önüne alındığında güvenilirliği hususunda daha sıkı koşulların aranması gerekmektedir. Buna göre, devletin muhakemeye dair özen yükümlülüğünün bir parçası olarak olay mahkemesinin konuya ilişkin yapacağı değerlendirmede, karar verdiği araca yakın olup ondan daha hafif olan diğer aracı da ortaya koyma görevi söz konusudur. Ancak, ceza hâkiminin bu alternatifleri ortaya koymak ve uygulamak bakımından gerekli uzmanlık bilgisine sahip olmaması da muhtemel bir durumdur¹⁰⁵.

V. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN SOMUTLAŞTIRILMASINDA KULLANILAN KISTASLAR

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi, ölçülü olmaması ve böylelikle aşırılık yasağını ihlal etmesi nedeniyle bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ne zaman karar verilemeyeceğine veya tedbirin ne zaman sonlandırılacağına ilişkin üç temel kıstas sunmaktadır. Bunlar; fail tarafından işlenen suçun önemi, işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesidir. Türk Ceza Hukukunda ise güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük ilkesinin yer aldığı genel bir düzenleme olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrası gündeme gelmektedir. Madde fıkrasına göre; *“Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”*¹⁰⁶. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük değerlendirmesinde yalnızca fail tarafından “işlenen fiili” esas almıştır. Ancak bu yaklaşım öğretide haklı

¹⁰⁵ Van Gemmeren, *“Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, § 62 kn. 7.

¹⁰⁶ Ayrıca TCK m.54/3'de eşya müsadereyi güvenlik tedbiri açısından getirilen; *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereye hükmedilmeyebilir.”* ve TCK m.60/3'de tüzel kişiler hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri açısından getirilen; *“Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.”* şeklindeki hükümler de ölçülülük ilkesinin dikkate alındığı somut ve özel düzenlemelere örnek gösterilebilir.

olarak eleştirilmekte, salt geçmişe yönelik bir değerlendirmenin güvenlik tedbirleri ile hedeflenen amaçlarla bağdaşmadığı, önemli olanın “beklenen”, yani “işlenmesi beklenen suçlar” olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan tıpkı Alman Hukukunda benimsenen ölçütlerde olduğu gibi ölçülülük değerlendirmesine “işlenmesi beklenen suçlar” ve “failden kaynaklanan tehlikenin derecesi” gibi geleceğe yönelik koşulların da dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁷.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi uyarınca ölçülülük denetiminde öncelikle denetime konu iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin şekli ve maddi tüm koşulların gerçekleşmiş olması aranır. Bu koşullar bir bütün olarak var olmadıkları müddetçe 62. madde kapsamında bir denetim de gündeme gelmez.¹⁰⁸ Bununla birlikte, içeriğinin doldurulması gereken kanuni terimler söz konusu olduğunda (örneğin, m.67d/3'de geçen “ciddi suçların” işlenmesine yönelik “tehlike”) bütüncül bir yaklaşım benimsenmeli, yani kavramın yorumlanmasında ölçülülük ilkesi kullanılarak tatbiki gündeme gelen iyileştirme ve güvenlik tedbiri ile ilişkilendirilmelidir¹⁰⁹.

Eschelbach, kanun koyucunun 62. maddede fail tarafından işlenmiş fiilin önemini, işlenmesi beklenen suçun önemini ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesini değerlendirme ölçütleri olarak kabul ettiğini, ancak her bir ölçütle karşılıklı değerlendirmeye konu edilecek faile ait temel hak ve özgürlüğü açıkça belirtmediğini, bu durumun her bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinde ilgisinin farklı temel hak ve özgürlüklerinin ağırlık kazanabilmesinden kaynaklandığını, *mesela* özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerde AlmAY m.2/2 2. cümlesi kapsamında kişi özgürlüğü öne çıkarken; sürücü belgesinin geri alınması tedbirinde AlmAY m.2/1'e göre hareket özgürlüğü ve meslek icrası yasağında ise AlmAY m.12/1¹¹⁰ uyarınca mesleğini yerine getirebilme özgürlüğünün ağır basacağını, ayrıca aynı tedbir kapsamında yapılan

¹⁰⁷ Mehmet Gödekli, *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*. (Ankara: Adalet, 2020), 245 dn. 731.

¹⁰⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹⁰⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 3. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 454/16, 12.4.2017: “*Bu nedenle ölçülülük ilkesinin, m.67d/2 uyarınca (bütüncül yaklaşım) tedbirin ertelenmesine hazır olma durumu olarak adlandırılan incelemeye dâhil edilmesi gerekmektedir.*”, erişim 3 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹¹⁰ AlmAY m.12/1: “*Bütün Almanlar mesleğini, iş yerini ve mesleki eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptirler. Mesleğin icrası kanunla veya kanuna dayanılarak düzenlenebilir.*”.

müdahalenin farklı olaylarda farklı ağırlıkta etki doğurabileceğini, bu açıdan *örneğin*, sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin şoförlük mesleğini icra eden kişinin özgürlüklerinde bir emekliye nazaran daha ağır etki oluşturacağını, nihayet değerlendirmeye tabi tutulan her somut olayda bir taraftan failin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin pozisyonu diğer taraftan, işlenmiş ve işlenmesi beklenen suçun önemi ile failden kaynaklanan tehlikenin derecesinin bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini vurgulamaktadır¹¹¹.

Son olarak *Maurach*'a göre 62. maddede işlenen suç ile işlenmesi beklenen suç ölçütlerine eşit vurgu yapılması, hükmün tam anlamıyla başarılı bir şekilde kaleme alınmadığını göstermektedir. Zira ilkinin ağırlık derecesi yalnızca ikinci için ve dolayısıyla tehlike öngörüsü için bir belirti niteliğindedir¹¹². *Jescheck* ise özgürlükten yoksun bırakmayı içeren iyileştirme ve güvenlik tedbirleriyle ilgili asıl sorunun, bunların uygulanma koşullarının belirlenmesinde yattığını, tedbire ancak fail tarafından başkaca suçların işlenmesinin beklenilmesi ve karar verilecek tedbirin bu suçları önlemeye uygun olması durumunda karar verilebileceğini, bununla birlikte modern kriminoloji bulgularının dahi her iki nokta açısından da var olan şüpheciliği haklı çıkarttığını, ne bir bireyin gelecekteki meşru davranışını tahmin etmek için güvenilir yöntemlerin, ne de kuruma yerleştirmenin *örneğin*, bir rehabilitasyon merkezinde kalmanın birden fazla kez tekerrüre düşen alkol veya uyuşturucu bağımlısı suçluları gelecekte hukuka uygun davranışlara sevk ettiğinin güvenle kabul edilebileceği ampirik olarak haklı bir nedenin bulunduğunu, dolayısıyla iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine her bir somut olayda oldukça güvensiz bir olgusal temele dayalı olarak karar verildiğini ve bu nedenle de özgürlüğü kısıtlayıcı iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karşı temkinli yaklaşılması gerektiğini belirtmektedir¹¹³.

A. İşlenen Suçun Önemi

Kanun koyucu, işlenen (sebepl) suçun (*Anlasstat*) ağırlığını dikkate almak suretiyle hafif bir suçun ağır nitelikteki bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanması için bir araca dönüştürülmesini engellemek istemiştir¹¹⁴.

¹¹¹ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 5.

¹¹² Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669.

¹¹³ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805.

¹¹⁴ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 6; Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 16.

Dolayısıyla, fail tarafından işlenen hafif nitelikteki suçlar, ağır nitelikteki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararlara dayanak teşkil etmez¹¹⁵.

Muhafaza altına alma tedbirinin düzenlendiği AlmCK m.66'da, sebep suçların ağırlığına dair koşullar açıkça tanımlanmıştır. AlmCK m.68 uyarınca denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin koşullarda en az altı aylık hapis cezasına mahkûmiyetin gerekli olduğu öngörülmüştür. Meslek icrası yasağında, suçun meslekle bağlantılı yükümlülüklerin ağır şekilde ihlal edilmesi suretiyle işlenmesi aranmıştır¹¹⁶.

Belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'nun 63. maddesinde düzenlenen "*psikiyatri hastanesine yerleştirme*" ve 64. maddesinde düzenlenen "*rehabilitasyon merkezine yerleştirme*" tedbirleri açısından işlenen suçun önemli olup olmaması gerektiği hususu tartışmalıdır. İyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin amacından yola çıkıldığı takdirde incelemenin ağırlık noktasını, gelecekte işlenmesinden endişe edilen suçların öneminin oluşturduğu söylenebilir, zira hâlihazırda işlenen fiil tek başına geleceğe yönelik tatbik edilen iyileştirme ve güvenlik tedbirine dayanak teşkil etmez. Kanun koyucu, 62. maddenin açık lafzında failin işlediği suçun öneminin, yani ağırlığı, türü ve sıklığının¹¹⁷ dikkate alınması gerektiğini kabul ederek aynı zamanda bu suçlara, gelecekte işlenmesi beklenen suçlara/failin gelecekteki tehlikeliliğine ilişkin bir gösterge fonksiyonu yüklemiştir¹¹⁸. Bununla birlikte, özel koşulların varlığı, hâlihazırda işlenen suçun üstlendiği

¹¹⁵ Eschelbach, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Kaspar, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 14; Kinzig, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Schöch, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 20; Theo Ziegler, *BeckOK StGB* (München: Verlag C. H. Beck, 2023), § 62 kn. 1. Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 508/96, 7.1.1997: "*Temyiz aşamasında ileri sürülen görüşün aksine, hırsızlık suçuna ilişkin eylemlerin 'meslek edinme' nitelikli halinde sınıflandırılması, AlmCK m.63 anlamında 'önemlilik' koşuluna temel oluşturmaz.*", erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹¹⁶ Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

¹¹⁷ "İşlenen suçun önemi" ölçütünde son işlenen suçun yanı sıra daha önce işlenen suçların da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

¹¹⁸ Eschelbach, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805; Kaspar, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 14; Kinzig, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 6; Maurach, Gössel ve Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 669; Pollähne, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 10; Schöch, "*Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 20; Van Gemmeren, "*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*", § 62 kn. 16.

bu fonksiyonu zayıflatabilir. Genel olarak failden işlenmesi beklenen suçlar söz konusu olsa da, *örneğin*, işlenen suç, gelecekte tekerrür etmeyecek anlık bir gerginliğin sonucu ise gösterge fonksiyonu da işlevini yitirecektir. Aksine, işlenen suçta, haksızlık içeriğini oldukça aşan ağır suçlar için gösterge fonksiyonu yüklenmesi de spekülatif olacak ve tedbire bu açıdan dayanak oluşturmayacaktır. *Örneğin*, çocuk pornografisi bulundurmaktan hüküm giyen kişinin gelecekte çocuklara yönelik cinsel istismarda bulunabileceği yönündeki olasılıklar, uzun bir öngörü dönemi için haklı dayanak teşkil etmeyecektir¹¹⁹. Ancak işlenen suçun, işlenmesi beklenen suçtan salt daha hafif nitelikte olması, iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine doğrudan engel teşkil etmeyecektir¹²⁰.

“İşlenen suçun önemi” kıstası kapsamında yapılacak değerlendirmede; değişken, popülist, muhtemelen irrasyonel toplumsal endişelere dayalı tahminler yerine, mümkün olduğunca objektif hukuki yarar ve zarar değerlendirmelerine dayanılmalıdır¹²¹. Bu bağlamda, nazara alınması gereken hususlar arasında, anayasal değerler düzeninde ihlal edilen hukuki menfaatin konumu ve ihlalin boyutu da sayılmaktadır.¹²² Yine, işlenen suç için kanunda öngörülen en yüksek cezanın¹²³ ve suçun uzun zaman önce işlenip işlenmediğinin de rol oynayabileceği ifade edilmektedir¹²⁴.

¹¹⁹ Eschelbach, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 6.

¹²⁰ Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1.

¹²¹ Pollähne, “Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 10.

¹²² Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 16. Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 82/70, 28.4.1970: “Ayrıca Eyalet Mahkemesi kendi bakış açısından, üç yıldan daha uzun bir süre önce meydana gelen önemsiz bir olayın, (eski) m.42b/1 uyarınca kamu güvenliği nedeniyle şüphelinin kuruma yerleştirilmesini gerektirdiğini yeterince ortaya koyamamıştır. ... Olaydan sonraki son üç yılda herhangi bir olaya karışmayıp ön plana çıkmayan şüphelinin kişi özgürlüğüne yönelik yapılacak ağır bir müdahale, eyleminin düşük önemi ve bu açıdan işleminin beklendiği suçlar karşısında ölçüsüz olurdu.”, erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹²³ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 168/13, 18.7.2013: “Öngörülen tehlikelilik, hukuk barışını ciddi şekilde bozacak eylemlerle ilgili olmalıdır. Bu, Ceza Kanunu’nun 238. maddesi kapsamındaki suçlar için kolaylıkla onaylanamaz. Ciddi önem taşıyan bir suç, en azından orta düzeyde bir suç ise, hukuk barışını ciddi şekilde bozuyorsa ve halkın hukuki güvenlik duygusunu önemli ölçüde zedeleyebiliyorsa söz konusu olur. Bu nedenle, azami beş yıldan az hapis cezasıyla cezalandırılan suçların, artık kolaylıkla ciddi öneme sahip suçlar olarak sınıflandırılması mümkün değildir.”, erişim 5 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹²⁴ Van Gemmeren, “Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”, § 62 kn. 16.

Son olarak, fail tarafından gerçekleştirilen eylemin, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında tekil ve salt tesadüfi bir hadise olarak değil, karmaşık ve sosyal bir olayın bir parçası olarak görülmesi ve bu anlamda işlenen suçun öneminin belirlenmesinde *örneğin*, suçun diğer bir özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin yerine getirilmesi sırasında işlenmesi gibi, eylemin vuku bulunduğu somut olaya özgü koşulların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁵.

B. İşlenmesi Beklenen Suçların Önemi

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi kapsamında yapılan ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınan diğer bir kıstas; işlenmesi beklenen suçların önemi, yani potansiyel mağdurları/toplumu tehdit eden zararın boyutudur¹²⁶. İyileştirme ve güvenlik tedbirlerin “güvenlik” amacı açısından, işlenmesi beklenen suçların ciddiyeti, işlenen suçlarınkinden daha fazla öneme sahiptir¹²⁷. Diğer bir ifadeyle, işlenmesi beklenen suçlar işlenen suçlardan bağımsız olarak karşılıklı menfaat dengesi değerlendirmesinde failin tedbir nedeniyle kısıtlanacak temel hakları karşısındaki temel faktörü oluşturmaktadır¹²⁸.

Alman Ceza Kanunu'nun 68. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ve daha hafif müdahaleler ihtiva eden denetimli serbestliğe (*Führungsaufsicht*) ilişkin koşullarda yalnızca “*başka suçları*” işleme tehlikesinin varlığı aranırken; 63, 64, 66/1 Nr. 3 ve 70. maddelerde öngörülen ve daha ağır müdahaleler içeren iyileştirme ve güvenlik tedbirleri açısından gelecekte “*ciddi suçların*” işlenmesi tehlikesi şart koşulmuştur¹²⁹. Dolayısıyla, 62. madde anlamında “*önem*” değerlendirilmesinin ancak bu ciddiyetin ötesinde başlayabileceğini belirtmek gerekir¹³⁰. Bu bakımdan, ciddi suçların cebir veya cebir tehdidi kullanmak suretiyle işlenen suçlardan olması gerektiği, salt malvarlığına karşı işlenen suçların bu kapsamda değerlendirilmeyeceğini ileri süren görüşler de mevcuttur¹³¹.

¹²⁵ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 20.

¹²⁶ Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 7; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹²⁷ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹²⁸ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹²⁹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹³⁰ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹³¹ Bkz. Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805. Uzun süreli muhafaza altına alma tedbirinin devamında ölçülülüğün tespitinde Alman

İşlenmesinden endişe duyulan suçlar, yüksek tehlikelilik arz edecek veya hukuk barışını ciddi bir şekilde bozacak ise “önemli” oldukları kabul edilmektedir¹³². İşlenmesi beklenen suçların öneminde, tıpkı işlenen suçun öneminde olduğu gibi, öncelikle suçun ağırlığı ve türüne, yani tehdit altındaki hukuki menfaatlerin önemi ve olası ihlalin boyutuna bakılmaktadır¹³³. Bu bağlamda yapılacak öngörülerdeki tereddütler tedbirin uygulanmaması sonucunu doğurmalıdır ve buna ek olarak yapılacak değerlendirmede, hangi suçların işlenmesi ihtimalinin dışlanamayacağını değil, ne tür suçların hangi olasılıkla işlenmesi tehdidinin bulunduğu dikkate alınması gerekir¹³⁴. Ayrıca, bu suçların olası işlenme sıklığı da önem arz etmektedir¹³⁵. Ancak, işlenmesi beklenen suçların haksızlık içeriklerindeki azlık, sayılarının çokluğu ile kolayca telafi edilemez¹³⁶.

İşlenmesi beklenen suçların önemi kıstasında, suç karşılığından öngörülen ceza aralıkları da dikkate alınmakla birlikte, cezaların ve yalnızca tehlikeliliğe dayalı tedbirlerin işlevsel farklılıkları göz önüne alınarak bu hususun değerlendirme açısından ciddi bir ağırlık noktası oluşturmadığı kabul edilmektedir¹³⁷. Ayrıca, özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirin işlenmesi beklenen

Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1044/08, 9.8.2008: “*Şiddet içermeyen malvarlığı veya mülkiyete karşı suçlarda tedbir amaçlı muhafaza altına alma on yıla sınırlıdır.*”, erişim 9 Ekim 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

¹³² Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 508/96, 7.1.1997, erişim 8 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹³³ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21; Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 626/91, 11.12.1991: “*Bir restoranda hesabı ödememek (Zechprellereien) suretiyle belirli bir mağdur aleyhine büyük bir ekonomik zarara yol açma tehlikesi neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla, bu tür eylemlerden çok sayıda işlenmesinin beklenmesi, belirli bir vaka sayısı aşıldıktan sonra küçük suçların, bir psikiyatri hastanesine yatırılmayı haklı gösterebilecek orta büyüklükteki bir suça dönüşeceği varsayımını haklı çıkarmaz.*”, erişim 8 Ekim 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

¹³⁴ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 11.

¹³⁵ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21.

¹³⁶ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹³⁷ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 21. Katı bir ölçülülük değerlendirmesini gerektiren uzun süreli kuruma yerleştirme tedbirinin söz konusu olup olmadığının tespitinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985: “*Psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin (m.63) ne zaman uzun süreli olarak tanımlanabileceği sorusu genel anlamda cevaplanamamaktadır. Failin işlediği ve yerleştirilmesinin bağlantılı olduğu suçların yanı sıra işlemesi tehdidinin*

suçlar için öngörülen cezanın üst sınırı ile katı bir şekilde sınırlandırılması anayasal bir zorunluluk değildir¹³⁸. Nihayet temel ölçüt, ilgili suç bakımından öngörülen ceza aralığında ifadesini bulan soyut ceza tehdidi değil, somut olayın özellikleridir.

İşlenmesi beklenen suçlarda hukuki açıdan gelecekte daha ağır nitelikte suçların işlenmesine yönelik beklenebilirlik değerlendirmesi söz konusudur ki, bu durumun yeterli olasılık ile öngörülebilmesi neredeyse hiçbir zaman mümkün değildir¹³⁹. Failin o zamana kadar gerçekleştirdiği davranışları analiz edildiğinde, gelecekte tekrar karşılaşabileceği belirli durumlarla ancak suç işlemek suretiyle başa çıkabileceği sonucunun çıkartılması gerekmektedir. Bu bakımdan, failin gelecekte suç işleyebileceğine yönelik salt olasılıkların bulunması veya psikolojik tedavinin gerekliliğine yönelik belirtilerin varlığı yeterli değildir¹⁴⁰.

Öte yandan, tedbirle muhatabının yükü ne kadar artarsa, suçun önemine dair gereksinimler de aynı derecede artacaktır. Kural olarak, meslek icrası yasağı kuruma yerleştirme tedbirinden daha hafif niteliktedir; zamansal olarak sınırlandırılmış bağımlılık tedavisi için rehabilitasyon merkezine yerleştirme tedbiri (m.64) psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinden ve bu tedbir de muhafaza altına alma tedbirinden (m.66) daha hafif niteliktedir¹⁴¹. Failin gelecekte yalnızca hakaret, konut dokunulmazlığını ihlal, mala zarar verme veya basit yaralama gibi haksızlık içeriği az olan veya salt topluma rahatsızlık verici nitelikteki suçları işlemesinin beklenmesi halinde, meslek icrası yasağı veya kuruma yerleştirme tedbirine karar verilmesinin mümkün olmadığı; nitelikli yaralama veya nitelikli tehdit gibi orta derecede suçların ise – 66. madde kapsamında muhafaza altına alma tedbirinden farklı olarak – 63 ve 64. maddeler uyarınca kuruma yerleştirme tedbirleri açısından yeterli olabileceği belirtilmektedir¹⁴². Başka bir deyişle, işlediği ağır nitelikteki suçta rağmen failin gelecekte hafif nitelikteki suçları işlenmesi bekleniyorsa, bu durum verilecek tedbir kararının ölçülülük ilkesine aykırı olması sonucunu

söz konusu olduğu suçların ceza aralıkları da buna bağlantı teşkil edebilir.”, erişim 9 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹³⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15.

¹³⁹ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹⁴⁰ Jescheck ve Wiegand, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 805.

¹⁴¹ Van Gemmeren, “*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 17.

¹⁴² Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 309/07, 15.8.2007, erişim 8 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

doğurabilecektir, zira işlenen suçun ağırlığı arttıkça tehlikelilik doğrudan artmamaktadır¹⁴³.

Son olarak belirtilmelidir ki, işlenmesi beklenen suçların ağırlığı, iyileştirme ve güvenlik tedbirinin ertelenmesi ve tamamlanması bakımından da dikkate alınmaktadır¹⁴⁴.

C. Tehlikenin Derecesi

Failden kaynaklanan tehlikenin derecesi ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınması gereken bir diğer kanuni kıstastır. Bu kıstas, failin başkaca suçları işleme olasılığının yüksekliği ve bunların zamansal yakınlıklarına (olası tekrür hızına) bağlıdır¹⁴⁵. Bu koşullar, tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığıyla bütüncül bir değerlendirme içerisinde karşılaştırılır¹⁴⁶. Gerçekleşmesinden endişe duyulan tehlike ve zararların, ilgisinin tedbirin getirdiği özgürlük kaybından daha hafif olması halinde, ölçüsüzlüğün kabulü gerekir. Sınırdaki durumlarda, tedbir kararının verilmesine ilişkin koşulların kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi ve bunların karar gerekçesinde tartışılması aranmaktadır¹⁴⁷. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi, failden kaynaklanan tehlikeliliğin nitelik ve nicelik olarak yeterince somutlaştırılması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁸. Failin gelecekte suç işleyeceğine yönelik belirli bir olasılığın bulunması tedbir kararı verilebilmesi açısından asgari koşuldur¹⁴⁹. Ancak bu olasılığın istatistiksel açıdan, önceki suç işleme sıklığına, her şeyden önce eylemi üreten sosyal çatışmanın tekrar edip etmeyeceği veya devam edip etmeyeceği varsayımlarına ve alternatif müdahalelerin tehlikelilik düzeyini önemli ölçüde azaltmaya uygun olup olmadığı belirlenmelidir¹⁵⁰.

Federal Mahkeme'ye göre değerlendirilecek olay ne kadar sınırdaki kalırsa, mahkemece yapılacak açıklama, tespit ve denge değerlendirmesi de

¹⁴³ Eschelbach, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁴ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 21.

¹⁴⁵ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 366/03, 10.10.2003, erişim 9 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁴⁷ Kinzig, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 8.

¹⁴⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985, erişim 23 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁴⁹ Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 22.

¹⁵⁰ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 12.

o derece yüksek gereksinimleri ihtiva edecektir. Ayrıca, failin tehlikeliliğine ilişkin öngörüle, kişiliği, önceki yaşamı ve işlediği suçların kapsamlı bir değerlendirmesi de dikkate alınmalıdır¹⁵¹.

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri gelecekteki suçları önlemeyi amaçladığından, yapılacak bütüncül değerlendirmede kural olarak failin geleceğe yönelik tehlikeliliğine ağırlık verilecektir, öyle ki, işlenen suç hafif nitelikte olsa da, gelecekte ciddi ağırlıkta suçların işlenmesi bekleniyorsa tedbire karar verilebilecektir¹⁵². Olasılığın büyüklüğü, yeni suçların zamansal yakınlığına da işaret eder¹⁵³. Federal Mahkeme'ye göre, başka suçların işlenme riski konusunda “belirli”¹⁵⁴ veya “gerekçelendirilmiş”¹⁵⁵ veya “daha yüksek derecede”¹⁵⁶ bir olasılık mevcut olmalıdır. Bu bakımdan, gizli tehlike ve “neredeyse her zaman mevcut olan – gelecekte suç işlenmesi olasılığı yeterli değildir¹⁵⁷. Diğer taraftan, sadece başka suçların işlenebileceğine yönelik az veya çok olasılık derecesi değil, hukuken korunan menfaatlerin belirli bir yoğunluk ve sıklıkta ihlal edilebileceğine ilişkin olasılık da önem arz etmektedir. Son olarak, fail tarafından işlenen suçlarda tekerrür hızı da gelecekte işlenme tehdidi söz konusu olan suçların kabulü bakımından önemli bir göstergedir¹⁵⁸.

D. Bütüncül Değerlendirme (*Gesamtbewertung*)

İyileştirme ve güvenlik tedbirleri, kuruma yerleştirme gibi kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı mahiyette olanlar başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlere yönelik ağır müdahaleler ihtiva eder. Bu nedenle, kusuru bulunmaksızın hareket etse de failden kaynaklanan tehlikenin, böyle bir müdahaleyi üstün gelen toplum yararı karşısında beklenebilir kılmasının

¹⁵¹ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 168/13, 18.7.2013, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁵² BT-Drs. V/4094, 17; Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 5.

¹⁵³ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 16; Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 22.

¹⁵⁴ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 124/00, 21.9.2000, erişim 10 Ekim 2023, <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

¹⁵⁵ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 374/93, 21.9.1993, erişim 10 Ekim 2023, <https://research.wolterskluwer-online.de>.

¹⁵⁶ Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 194/02, 2.7.2002, erişim 10 Ekim 2023, <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

¹⁵⁷ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 12.

¹⁵⁸ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 9; Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 16.

gerektiği ve ancak bu koşulda haklı bir müdahaleden söz edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁹.

Ölçülülük incelemesinde referans alınan üç kıstas; fail tarafından işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemi ile failden kaynaklanan tehlikeliliğin derecesi, somut olayda öncelikle birbirinden ayrı olarak belirlenmeli ve akabinde tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilerek bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan, 62. maddede sayılan birbirinden farklı bu üç kıstas da somut olayda incelenecek, ancak tedbirin ölçülülüğü, ayrı ayrı her bir kıstasa göre değil, tüm özelliklerin bir bütün olarak değerlendirilmesine ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkisine göre belirlenecektir¹⁶⁰. Bu çok değişkenli sistemde, bir kıstasın varlığına dair belirtilerin azlığı (*örneğin*, sadece orta ağırlıkta bir tekrür tehlikeliliği), diğer bir kıstasın varlığına dair kuvvetli belirti (*örneğin*, tehlikeye düşürülen hukuki menfaatin ağırlığı) ile dengelenebilmektedir¹⁶¹. Ancak, tedbire ilişkin bir koşulun tümüyle eksikliği, diğer bir koşulun gereğinden fazla mevcudiyeti ile telafi edilememektedir¹⁶².

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan genel hüküm niteliğindeki düzenleme mahkemeyi sadece suç, fail ve tehlikeye ilişkin geçmişe dönük-istatistiksel bir bakış açısına değil, aynı zamanda suç ile karar arasında meydana gelen gelişmeleri de dikkate alarak gelecekle bağlantılı dinamik faktörler ile alternatif müdahale seçeneklerini kapsayan bütüncül bir değerlendirmeye sevk etmektedir¹⁶³.

Ölçülülük ilkesinin bir yönü de iyileştirme ve güvenlik tedbirini, tam olarak yerine getirildiği anda gerekli kılmasıdır. Böylelikle tehlikelilik öngörüsü, tedbir kararından hemen önce gelmeli ve en güncel bilgilere

¹⁵⁹ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 2; Schöch, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 24. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 21.10.2003, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁶⁰ Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, § 62 kn. 3; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274; Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 13; Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1. Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 291/10, 20.7.2010: "Ölçülülük incelemesi kapsamında, inceleme için referans noktaları olarak belirlenen kriterler bütüncül bir bakış açısıyla öz bir şekilde değerlendirilmeli ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilmelidir.", erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶¹ Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 17.

¹⁶² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁶³ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 3.

dayanmalıdır¹⁶⁴. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinden kaynaklanan müdahalenin ağırlığı, karar verilen tedbirin infazına başlanıp başlanmayacağı sorusuna bağımlı olduğundan, somut olayda tedbirin ertelenmesi kararına ilişkin koşulların (m.67b) varlığı öncelikli olarak incelenmelidir¹⁶⁵.

Öte yandan, değerlendirilmesi gereken somut olay ölçülülük ilkesi dikkate alındığında ne kadar “sınırdaki” kalıyor ise bütüncül değerlendirme açısından gereklilikler de o ölçüde artmaktadır¹⁶⁶. Bilhassa fail tarafından işlenen hafif suçlar açısından tehlikelilik öngörüsü kapsamlı bir incelemeyi gerektirmektedir¹⁶⁷. Zira bu nitelikteki suçlar tehlikelilik öngörüsünde ağırlık oluşturabilecek bir ölçüt vasfını taşımamaktadır. Bu noktada ölçülülük ilkesi de işlenen suçun önemindeki yetersizliğin, gelecekte işlenmesi beklenen suçlara ve ortaya çıkabilecek tehlikelere yönelik yüzeysel öngörüler ile dengelenmesi sonucunu desteklememektedir. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, kanun koyucunun haklı sebeplerle şart koştuğu işlenen suçun ağırlığı ölçütünün işlevsiz bırakılmasına değil, tedbire karar verme olanaklarının sınırlandırılmasına hizmet etmektedir¹⁶⁸. Uygulayıcı için kolay olmasa da, ilgilinin özellikle kişi özgürlüğü gibi en temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına tolere edilebilir mahiyetteki risklerin alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Bütüncül değerlendirmede, yalnızca tedbirden etkilenenin durumu ve kendisinden kaynaklanan tehlikelilik değil, aynı zamanda önceki davranışları, mevcut yaşam koşulları, *örneğin* 63. madde uyarınca kuruma yerleştirmenin üzerinde oluşturacağı somut etkiler ve gerekirse başka tedbirlerin alınması yönelik olasılıklar değerlendirilir¹⁷⁰. Ayrıca, hangi temel hakların etkilendiği

¹⁶⁴ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

¹⁶⁵ Ziegler, *BeckOK StGB*, § 62 kn. 1.

¹⁶⁶ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 170/14, 10.12.2014, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶⁷ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 19. Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 485/99, 7.12.1999: “*Psikiyatri hastanesine yerleştirme kararı esas olarak işlenen suçların ‘önemli’ olmasını gerektirmese bile, sanığın ağırlık bakımından en düşük seviyedeki cezalandırılabilir eylemleri göz önüne alındığında, tehlikelilik öngörüsünün özellikle sanığın saldırgan davranışının tespit edilememiş olması karşısında özenli bir şekilde ortaya konulması gerekirdi.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁶⁸ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 25.

¹⁶⁹ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10.

¹⁷⁰ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 13.

ve bunlara yönelik müdahale sınırlarının aşılmış ve aşılmadığı sorusunun da önemli rol oynadığı vurgulanmaktadır. Yine, ölçülülük ilkesi gereğince yerine getirilen söz konusu bütüncül değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen haklara yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından formüle edilen teminatların nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷¹.

Tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığında, hali hazırda ne kadar süredir devam ettiği ve somut olarak nasıl tasarlandığı da önem arz etmektedir. *Örneğin*, kuruma yerleştirilen kişinin, uzun süreli/sürekli izinler vasıtasıyla hakkında hükümlenen tedbirin infazı gevşetilmiş olabilir. Tedbirin kısa zamanda denetimli serbestlikle birlikte ertelenmesi olasılığının varlığı ise yalnızca bu konuda somut bağlantı noktalarının bulunması durumunda önem arz edebilir¹⁷².

Ölçülülük incelemesindeki bütüncül değerlendirme sınırları bir işleve sahiptir. Bu değerlendirmede kusurun denkleştirilmesi ve kefaret hususları dikkate alınmaz¹⁷³. Hakeza, pişmanlık duymaması failin aleyhine göz önünde bulundurulmaz¹⁷⁴. Hükmedilen cezanın ağırlığı ve failin yaşı ise tahliye zamanında işlenmesinden endişe duyulan suçun türü dikkate alındığında tedbirlerin amacı (*toplumun korunması*) bakımından olumlu bir öngörünün mevcut olması halinde rol oynayabilir¹⁷⁵.

Kuruma yerleştirme devam ettikçe ölçülülüğe ilişkin koşullar gittikçe sıkılaşır. Özellikle, özgürlük kısıtlamasının etkisiyle ortaya çıkmasına veya artmasına neden olunabilecek aykırı (*örneğin*, saldırgan) davranışlar da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁶.

¹⁷¹ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷² Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷³ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷⁴ Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 555/99, 25.2.2000: "İyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilirken tıpkı cezanın belirlenmesinde olduğu gibi sanığın 'kusur bilincinden veya içsel dönüşten' yoksun olmasının dikkate alınmasına izin verilmemiştir. Ancak 'eylemi ile çatışmamasının' sanık aleyhine yüklenilmesi halinde durum böyledir. Sanık bu davranışı ancak savunma stratejisinden vazgeçerek gösterebilir.", erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁷⁵ Van Gemmeren, "Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch", § 62 kn. 19.

¹⁷⁶ Pollähne, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 14. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 07.10.1985, kn. 38, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

Son olarak, ölçülülük incelemesi açısından tedbirin iyileştirme yönünün de tamamen önemsiz olduğu söylenemez¹⁷⁷. Ancak, tedbirle hedeflenen iyileştirmenin başlı başına bir amaç olarak değil yalnızca amaca yönelik bir araç ve tedbirin ihtiva ettiği kötülüğe karşı dengelenecek dayatılmış bir fayda olarak kullanılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁸. İyileştirme amacı, tedbirin amacına, yani toplumun korunmasına ulaşmanın yalnızca bir yolu olsa dahi, muhatabı bakımından ciddi öneme sahip olmaya devam eder¹⁷⁹. Kuruma yerleştirme tedbirinin uygulanmasıyla bağlantılı iyileştirme olanakları ne kadar azsa, tedbirin muhatabı için özgürlükten yoksun bırakma o kadar yük getirici olur¹⁸⁰. Özellikle Alman Ceza Kanunu'nun 63. maddesine göre bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri kapsamında uzun süreli kuruma yerleştirmeler bakımından durum böyledir. Kararın verildiği anda iyileştirme zaten şüpheli görünüyorsa ve tedbir muhafaza altına almaya dönüşme tehlikesi taşıyorsa, ömür boyu özgürlükten yoksun bırakılma riski nedeniyle ölçülülük açısından temkinli yaklaşılması gerekir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin de özellikle bu tedbirin “*süresi belirsiz olması nedeniyle oldukça külfetli bir tedbir*” olduğunu sıklıkla vurguladığı bilinmektedir¹⁸¹.

¹⁷⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2029/01, 21.10.2003: “*Ancak bu durumlarda, kuruma yerleştirilenin kişiliğinin muhafaza edilmesi, onuruna saygı gösterilmesi ve korunması da gereklidir. Bu nedenle, ceza infazı gibi muhafaza altına alma da özgürlükte sorumlu bir yaşamın koşullarını yaratmayı amaçlamalıdır. Muhafaza altına alma kapsamında, özgürlüğü kısıtlananın yeniden sosyalleşmesi için de çaba gösterilmelidir. Tedbirin muhataplarının suç işlemeye yönelik ağır eğilimleri göz önüne alındığında, bu durum hükümlülere nazaran daha zor olabilir. Bununla birlikte, insan onurunun korunması, kuruma yerleştirilenlerin özgürlüklerini yeniden kazanmaları için gerçek bir şans veren kanuni düzenlemeleri ve infaz tasarımı gerektirir.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁷⁸ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 22; Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 6.

¹⁷⁹ Kaspar, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 20. Alman Federal Mahkemesi, 1 StR, 257/96, 18.7.2013: “*(Ayrıca) Ceza Kanunu'nun 64. maddesi uyarınca bir tedbir, kamu güvenliğinin çıkarlarına yönelik olmalı ve bu amaca iyileştirme yoluyla ulaşılabilecek olsa bile, öncelikle toplumu tehlikeli faillerden korumaya hizmet etmelidir.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁰ Eschelbach, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 10; Kinzig, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 8.

¹⁸¹ Pollähne, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 15. Alman Federal Mahkemesi, 2 StR, 220/13, 31.7.2013: “*Süresi belirsiz olması nedeniyle oldukça külfetli olan kuruma yerleştirme tedbirine, işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemiyle açıkça orantısız olması halinde karar verilemez.*”, erişim 10 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>. Schöch ise 64. madde haricinde, hiçbir tedavi veya iyileştirmenin beklenmediği durumlarda

Benzer şekilde Mahkeme'ye göre, Kanun'un 64. maddesi uyarınca tehlikelilik arz eden bağımlıların tekrar sosyalleşmeleri amacıyla rehabilitasyon merkezine yerleştirilmeleri yalnızca iyileştirme başarısının mümkün olduğu ve dolayısıyla aracın elverişsiz olmadığı durumlarda gündeme gelecektir¹⁸².

VI. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ ALANINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Federal Mahkeme'ye göre, tedbir kararlarında ölçülülük ilkesi açıkça tartışılmalıdır. *Örneğin*, 63. maddede düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri kapsamında ölçülülük tartışmasının yapılmamasının başlı başına bir eksiklik oluşturduğu kabul edilmiştir¹⁸³.

Ölçülülük ilkesine aykırı bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi yerine getirilmesine de devam edilemez. Dolayısıyla ölçüsüz tedbir derhal sona erdirilir¹⁸⁴. Elbette bu durumda daha hafif bir tedbirin tatbiki gündeme gelebilir¹⁸⁵. Ancak, tedbirin ölçsüzlük nedeniyle tamamen kaldırılmasından evvel, infazının Kanun'un 67b/1. maddesi uyarınca ertelenmesinin mümkün olup olmadığının araştırılmasının uygun olacağı, zira bu durumda temel haklara müdahalenin daha sınırlı kalacağı ve böylelikle ölçülülüğün kabulünün söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁸⁶.

Son olarak belirtmek gerekir ki; ölçülülük ilkesine aykırı olarak verilenler de dahil olmak üzere iyileştirme ve güvenlik tedbirinin tatbikine yönelik kararlara karşı genel hükümler kapsamında istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurulması mümkündür.¹⁸⁷ Yine, iyileştirme ve güvenlik

dahi güvenlik amacına yönelik olarak tedbire karar verilmesinin ölçülü olabileceğini ileri sürmektedir, § 62 kn. 29; aynı yönde Kaspar, "Strafgesetzbuch", § 62 kn. 21; Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 274.

¹⁸² Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 3/9,16.3.1994, erişim 23 Ekim 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

¹⁸³ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 371/15, 23.9.2015, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 2365/09, 04.05.2011, erişim 23 Ekim 2023, <https://www.hrr-straftrecht.de>.

¹⁸⁵ Alman Federal Mahkemesi, 5 StR, 223/98, 04.8.1998, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁶ Alman Federal Mahkemesi, 4 StR, 291/10, 20.7.2010, erişim 23 Ekim 2023, <https://beck-online-beck-de>.

¹⁸⁷ Schöch, Vor § 61 kn. 129.

tedbirlerinin tatbikinde sonradan veya ek olarak alınan kararlar veya ertelenen tedbirin icrası yönünden ölçülülük ilkesi doğrultusunda ileri sürülecek itirazlar bakımından ilgilisi tarafından şikâyet kanun yoluna başvurulması olanağı da mevcuttur. Ayrıca, Kanun'da, tedbirin infazının her aşamasında ilgili kişinin serbest bırakılmasını sağlayabilecek incelemeler yapılması da sağlanmıştır.

SONUÇ

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesinde, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri alanında kamu yararı ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında ortaya çıkan karşılıklı menfaat çatışmasında gündeme gelen ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Aşırılık yasağının bir görünüm şekli olarak nitelendirilen ölçülülük ilkesi, tedbirden kaynaklanan müdahalenin ağırlığı ile hedeflenen yararın makul bir denge içerisinde bulunmasını, yani yararın müdahalenin doğurabileceği kısıtlama ve yoksunluklara ağır basmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan ilke, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin muhatabının temel hak ve özgürlüklerine karşı zorunlu, gerekli ve oranlı olanın da ötesinde bir müdahale içermesine cevaz vermemekte, aksine toplumsal yararların korunması bakımından vazgeçilmez oldukları ölçüde ve karşılıklı yarar-zarar dengesi gözetilerek uygulanmasını garanti altına almaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi ile tehlikelilik arz eden faile yüklenen özel yükümlülükler bakımından – *her şeyden önce faşizm dönemindeki yaygın kullanım izlenimi de dikkate alınarak* – ek bir “güvence” sağlanması amaçlanmıştır. Bilhassa, ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmayan hatalı uygulamaların ölçülülük ilkesine ilişkin söz konusu düzenlemenin getirilmesinde önemli bir etken olduğu belirtilmektedir. Madde hükmü, hukuk devleti tarafından kabul edilebilir son ölçüyü ortaya koymaktadır¹⁸⁸. Böylelikle, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin zorunlu, göze alınan ve cezalandırma karakteri bulunmayan olumsuz yan etkilerinin sınırları çizilmiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun 62. maddesi lafzından ölçülülük ilkesinin yalnızca iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararın somut olayda açıkça orantısız olduğu durumlarda uygulanabileceği anlaşılrsa da, ilkenin aynı zamanda karar verilen bu tedbirlerin derecelendirilmesi, infazı,

¹⁸⁸ Schöch, “*Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2; Sinn, “*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*”, § 62 kn. 2.

biçimlendirilmesi, devamı, tatbik süresi, ertelenmesi, ertelemenin kaldırılması ve içtımaki bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Alman Hukukunda ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve oranlılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirleri için gözetilmesi gereken ölçülülük ilkesi uyarınca tedbirin uygulanma koşulları kapsamında elverişliliği, gerekliliği ve oranlılığı bakımından bir denetim yapılmalıdır. “*Elverişlilik*” denetiminde, tedbirin yerine getirilmesi bakımından özellikle iyileştirme amacına uygun koşulların mevcudiyeti ile somut olarak tedbirin muhatabı için uygunluğu kontrol edilmektedir. Buna göre, tedbir vasıtasıyla arzu edilen netice desteklenebiliyor ise tedbir elverişlidir. İstenilen sonucun daha sonra gerçekteşip gerçekteşmemesi ise belirleyici değildir. Tedbirde ölçülülük değerlendirmesinde, “*kısmi*” elverişliliğin yeterli olduğu, yalnızca mutlak elverişsizliğin ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına geleceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kısmi elverişsizlik hali tedbirin ölçüsüz olması sonucunu doğurmamaktadır ki, en azından güvenlik amacı bakımından her zaman destekleyici mahiyette olacaklarından hareketle iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin elverişlilik unsuru açısından herhangi bir sorun oluşturmadığı ifade edilmektedir. “*Gereklilik*” alt ilkesi uyarınca, yalnızca amaca ulaşmak için gerekli olduğu ölçüde hukuki yararları müdahale edilir ve bu nedenle birden fazla aynı elverişliliğe sahip araçtan en hafif olanının seçilmesi gerekir. Failden kaynaklanan tehlikeliliği kesin olarak ortadan kaldıracabilecek daha hafif nitelikte bir araç gündeme gelmiyorsa, gereklilik koşulu onaylanmalıdır. Gereklilik alt ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınan “*güncellik prensibi*” (*Aktualitätsprinzip*) uyarınca, tedbirin tam olarak tatbik edildiği anda gerekli olması aranmaktadır; dolayısıyla tedbir kararına dayanak

¹⁸⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2 BvR, 1150/80 ve 1504/82, 08.10.1985: “*Tedbirden etkilenen bireyin özgürlük hakkı ile toplumun işlenmesi beklenen önemli hukuki menfaat ihlallerine karşı güvenlik ihtiyacı arasında ortaya çıkan çatışma, adil ve savunulabilir bir dengeyi gerektirir. Bu denge, tedbirin yerine getirilmesinin ertelenmesine ilişkin kararlar bakımından yalnızca güvenlik menfaati ile hastaneye yerleştirilenin özgürlük hakkının birbirlerinin düzelticisi olarak görülmesi ve somut olayda karşılıklı olarak dengelenmeleri suretiyle etki doğurmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi tutukluğu devamı için aynı hususları hali hazırda defalarca vurgulamıştır. Bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinin özel nitelikleri dikkate alındığında belirtilen hususlar burada da geçerlidir: Mahkeme, m.63’e göre hastaneye yerleştirilen bakımından m.67d/2 anlamında bir riskin mevcut olduğu kanaatindeyse, topluma yönelik olası tehlikeyi maruz kalınan özgürlükten yoksun bırakma süresi ile ilişkilendirmelidir.*”, erişim 31 Mart 2023, <https://www.servat.unibe.ch>.

kabul edilen öngörüler karardan hemen önce oluşturulmalı ve en güncel bilgilere dayanmalıdır. “*Dar anlamda ölçülülük ilkesi*” olarak da adlandırılan “*oranlılık*” alt ilkesine göre; uygulanacak tedbir ile ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin ağırlığı ve önemi arasında makul bir denge bulunmalıdır. Dolayısıyla bir tedbirin tatbiki, elverişli ve gerekli olmasına rağmen farklı konu ve yararlar arasındaki bu denge gözetilerek yasaklanabilir. Oranlılık incelemesinde esas olan, tedbirle amaçlanan kamusal yarar ile tedbirin müdahale ettiği bireysel yarar arasındaki ilişkidir (*Mittel-Zweck-Relation*). Müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin ciddiyeti ve aciliyeti arasındaki bütüncül değerlendirmede beklenebilirlik sınırları korunmalıdır. Tedbirle muhatabının temel hak ve özgürlüklerine ne kadar yoğun müdahalede bulunuluyorsa, hedeflenen amacın önemi de o kadar yüksek olmalıdır.

Alman Hukukunda “*ikincillik*” ilkesini, “gereklilik” (*Erforderlichkeit*) alt ilkesi kapsamında değerlendiren yazarlar bulunduğu gibi, bu ilkedeki bağımsız olarak ön plana çıkaranlar da mevcuttur. Federal Mahkeme’nin ölçülülük değerlendirmesinde ikincillik ilkesine açıkça yer verdiği kararları mevcuttur. Ancak Mahkeme, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerde ikincillik ilkesinin yalnızca infaz (*yerine getirme*) bakımından geçerli olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme’nin söz konusu içtihadı öğretide eleştirilmekte ve hem anayasal düzeyde tanınan aşırılık yasağı hem de Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi hükmü nedeniyle ikincillik ilkesinin iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verme aşamasında da dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.

Ölçülülük denetimi için öncelikle ilgili iyileştirme ve güvenlik tedbirine ilişkin şekli ve maddi tüm koşulların gerçekleşmiş olması aranır. Bu koşullar bir bütün olarak var olmadıkları müddetçe 62. madde kapsamında bir denetim de gündeme gelmeyecektir.

Alman Ceza Kanunu’nun 62. maddesi, ölçülü olmaması ve böylelikle aşırılık yasağını ihlal etmesi nedeniyle bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine ne zaman karar verilemeyeceğine veya tedbirin ne zaman sonlandırılacağına ilişkin üç temel kıstas sunmaktadır. Bunlar; fail tarafından işlenen suçun önemi, işlenmesi beklenen suçun önemi ve failden kaynaklanan tehlikenin derecesidir. Türk Ceza Hukukunda ise güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük ilkesinin yer aldığı genel bir düzenleme olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrası gündeme gelmektedir. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, güvenlik tedbirleri açısından ölçülülük değerlendirmesinde yalnızca fail tarafından “*işlenen fiili*” esas almıştır.

Ancak bu yaklaşım öğretide haklı olarak eleştirilmekte, salt geçmişe yönelik bir değerlendirmenin güvenlik tedbirleri ile hedeflenen amaçlarla bağdaşmadığı, önemli olanın “*beklenen*”, yani “*işlenmesi beklenen suçlar*” olduğu ifade edilmektedir. Bu açıdan tıpkı Alman Hukukunda benimsenen ölçütlerde olduğu gibi ölçülülük değerlendirmesine “*işlenmesi beklenen suçlar*” ve “*failden kaynaklanan tehlikenin derecesi*” gibi geleceğe yönelik koşulların dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Alman Kanun koyucu, fail tarafından “*işlenen suçun önemini*” dikkate alarak hafif nitelikteki bir suçun ağır nitelikteki bir iyileştirme ve güvenlik tedbirinin uygulanması için araçsallaştırılmasını önlemeyi hedeflemiştir. Dolayısıyla, fail tarafından işlenen hafif nitelikteki suçlar, ağır nitelikteki iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yönelik kararlara dayanak olmaz. Ancak işlenen suçun, işlenmesi beklenen suçtan salt daha hafif nitelikte olması, iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilmesine doğrudan engel teşkil etmez. Bu kapsamda dikkate alınması gereken hususlar arasında, anayasal değerler düzeninde ihlal edilen hukuki menfaatin konumu ve ihlalin boyutu yer almaktadır. Yine, işlenen suç için kanunda öngörülen en yüksek cezanın ve suçun uzun zaman önce işlenip işlenmediğinin de rol oynayabileceği ifade edilmektedir.

Ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınan diğer bir kıstas; “*işlenmesi beklenen suçların önemi*”, yani potansiyel mağdurları/toplumu tehdit eden zararın boyutudur. İşlenmesinden endişe duyulan suçlar, yüksek tehlikelilik arz edecek veya hukuk barışını ciddi bir şekilde bozacak ise “önemli” oldukları kabul edilir. İşlenmesi beklenen suçların öneminde, tıpkı işlenen suçun öneminde olduğu gibi, öncelikle suçun ağırlığı ve türüne, yani tehdit altındaki hukuki menfaatlerin önemi ve olası ihlalin boyutuna bakılır. Ayrıca, bu suçların olası işlenme sıklığı da önem arz eder. Ancak, işlenmesi beklenen suçlardaki ağırlık eksikliğinin sayı çokluğu ile kolayca telafisi mümkün değildir.

“*Failden kaynaklanan tehlikenin derecesi*” ölçülülük ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede dikkate alınması gereken son kanuni kıstastır. Bu ölçüt, failin başkaca suçları işleme olasılığının yüksekliği ve bunların zamansal yakınlıklarına (*olası tekerrür hızına*) bağlıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, failden kaynaklanan tehlikeliliğin nitelik ve nicelik olarak yeterince somutlaştırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Failin gelecekte suç işleyeceğine yönelik belirli bir olasılığının bulunması tedbir kararı verilebilmesi açısından asgari koşuldur. Ancak bu olasılığın derecesi her

somut olayda farklı yoğunlukta olabilir. Dolayısıyla, bu olasılığın istatistiksel açıdan, önceki suç işleme sıklığına, her şeyden önce eylemi üreten sosyal çatışmanın tekrar edip etmeyeceği veya devam edip etmeyeceği varsayımlarına ve alternatif müdahalelerin tehlikelilik düzeyini önemli ölçüde azaltmaya uygun olup olmadığı belirlenmelidir. İyileştirme ve güvenlik tedbirleri gelecekteki suçları önlemeyi amaçladığından, yapılacak bütüncül değerlendirmede kural olarak failin geleceğe yönelik tehlikeliliğine ağırlık verilecektir, öyle ki, işlenen suç hafif nitelikte olsa da, gelecekte ciddi ağırlıkta suçların işlenmesi bekleniyorsa tedbire karar verilmesi mümkündür. Olasılığın büyüklüğü, yeni suçların zamansal yakınlığına da işaret etmektedir.

Ölçülülük incelemesinde referans alınan üç kıstas; fail tarafından işlenen ve işlenmesi beklenen suçların önemi ile failden kaynaklanan tehlikeliliğin derecesi, somut olayda öncelikle birbirinden ayrı olarak incelenmeli ve akabinde tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkilendirilerek bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan, 62. maddede sayılan birbirinden farklı bu üç kıstas da somut olayda incelenecek, ancak tedbirin ölçülülüğü, ayrı ayrı her bir kıstasa göre değil, tüm özelliklerin bir bütün olarak değerlendirilmesine ve tedbirle bağlantılı müdahalenin ağırlığı ile ilişkisine göre belirlenecektir. Bu çok değişkenli sistemde, bir kıstasın varlığına dair belirtilerin azlığı, diğer bir kıstasın varlığına dair kuvvetli belirti ile dengelenebilmektedir. Ancak, tedbire ilişkin bir koşulun tümüyle eksikliği, diğer bir koşulun gereğinden fazla mevcudiyeti ile telafi edilememektedir.

Ölçülülük incelemesi açısından tedbirlerin iyileştirme yönünün tamamen önemsiz olduğu söylenemez. Fakat tedbirle hedeflenen iyileştirmenin başlı başına bir amaç olarak değil yalnızca amaca yönelik bir araç ve tedbirin ihtiva ettiği kötülüğe karşı dengelenecek dayatılmış bir fayda olarak kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Kuruma yerleştirme tedbirinin uygulanmasıyla bağlantılı iyileştirme olanakları ne kadar azsa, tedbirin muhatabı için özgürlükten yoksun bırakma o kadar yük getirici olur.

Son olarak, ölçülülük ilkesine aykırı bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine karar verilemeyeceği gibi yerine getirilmesine de devam edilemez. Dolayısıyla ölçüsüz tedbir derhal sona erdirilir. Elbette bu durumda daha hafif bir tedbirin tatbiki gündeme gelebilir. Tedbirin ölçsüzlük nedeniyle tamamen kaldırılmasından önce, infazının ertelenmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması uygun olacaktır, zira bu durumda temel haklara müdahalenin daha kısıtlı etkiye sahip olacak ve böylelikle ölçülülüğün kabulü söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Eschelbach, Ralf. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Holger Matt, Joachim Renzikowski. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: Verlag C. H. Beck, 2008.
- Gödekli, Mehmet. *Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri ve Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet, 2020.
- Heger, Martin. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Karl Lackner, Kristian Kühl, Martin Heger. München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Weigend, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1996.
- Kaspar, Johannes. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Widmaier, §§ 61–64. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2014.
- Kinzig, Jörg. *“Strafgesetzbuch”*, Kommentar, Herausgegeben von: Adolf Schönke, Horst Schröder, §§ 56–72. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Lothar, Michael. “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”. *JuS*, (2001), 654-659.
- Maurach, Reinhart, Gössel, Karl ve Heinz, Zipf. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. Heidelberg: C. F. Müller, 1989.
- Meier, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Berlin: Springer, 2014.
- Pollähne, Helmut. *“Strafgesetzbuch”*, Nomoskommentar, Herausgegeben von: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, Frank Saliger, §§ 61–64. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023.
- Schöch, Heinz. *“Strafgesetzbuch”*, Leipziger Kommentar, Dritter Band, Herausgegeben von: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-Van Saan, Klaus Tiedemann, §§ 61-64, 67. Berlin: De Gruyter Recht, 2008.
- Sinn, Arndt. *“Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, Band 2, Herausgegeben von: Hans-Joachim Rudolphi, Jürgen Wolter, §§ 61-72. Köln: Wolters Kluwer, 2013.
- Van Gemmeren, Gerhard. *“Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch”*, Band 2, Bandredakteur: Bernd von Heintschel-Heinegg, §§ 61–65. München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Ziegler, Theo. *BeckOK StGB*. München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Zippelius, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. München: Verlag C. H. Beck, 2021.
- Zippelius, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: Verlag C. H. Beck, 2011.

