

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

ÖZEL SAYI:

23 MART 2019 TARİHİNDE YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ'NDE DÜZENLENEN
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNA
İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR
ULUSAL SEMPOZYUM

SPECIAL ISSUE:

CURRENT ISSUES RELATED TO
CRIMINAL AND CRIMINAL PROCEDURE LAW
NATIONAL SYMPOSIUM
HELD AT YEDİTEPE UNIVERSITY ON 23 MARCH 2019

Cilt: XVII, Sayı:3

Vol. XVII, No.3

Yıl / Year: 2020

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /
On Behalf of Yeditepe University

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semir Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımcının Adı / Printed by

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Bostancıyolu Cad. Keyap Çarşısı Sitesi B1 Blok No:24/A 34720 Y. Dudullu-,

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Ağustos 2020 / *August 2020*

ISSN: 1303 - 4650

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
*All correspondence concerning articles and other submissions should be
addressed to*

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
*Articles published in this journal represent only the views of the
contributors.*

Copyright © 2020

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.
All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztek, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem Kurulu

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hamide Bağçeci, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tefik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk
Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve çevirilerdir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes, comments and translations which are written in Turkish and in other European languages are welcome. In addition to the text of the translation, the consent of the beneficiaries and the original text should be submitted. Translations are also subject to referee evaluation.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVII, Özel Sayı, Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

YALAN TANIKLIK SUÇU (TCK m. 272)

Arş. Gör. Batuhan AKTAŞ.....1
Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı
e-posta: batuhan.aktas@altinbas.edu.tr

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR

Arş. Gör. Anıl AKYILDIZ65
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi
e-posta: anil.akyildiz@ozyegin.edu.tr

YENİ DÜZENLEMELER İŞİĞİNDA ÖNLEME ARAMALARI

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ89
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi
Anabilim Dalı
e-posta: baris.borekci@yeditepe.edu.tr

İHMAL SURETİYLE İCRAİ HAREKETİN SINIRLI SAYIDA OLUP OLMADIĞI SORUNALI

Arş. Gör. Aras TÜRAY115
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi
Anabilim Dalı
e-posta: aras.turay@bilgi.edu.tr

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA TEHLİKE SUÇLARININ DÜZENLENİŞİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ155
Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi
Hukuku Anabilim Dalı
e-posta: a.yilmaz@tau.edu.tr

TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU

Arş. Gör. Yeşim YILMAZ177

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku

Anabilim Dalı

e-posta: : yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XVII, Special Issue, Year: 2020

CONTENTS

ARTICLES

CRIME of PERJURY (Art. 272 of TCC)

Res. Asst. Batuhan AKTAŞ1

Altınbaş University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: arikan@tau.edu.tr

PROBLEMS REGARDING THE SUSPENSION OF THE PRONOUNCEMENT OF THE JUDGMENT INSTITUTION

Res. Asst. Anıl AKYILDIZ65

Özyeğin University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Özyeğin University Social Sciences Institute Public Law Master Programme Student

e-mail: anil.akyildiz@ozyegin.edu.tr

PREVENTIVE SEARCH IN THE LIGHT OF NEW REGULATIONS

Res. Asst. Eşref Barış BÖREKÇİ89

Yeditepe University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: baris.borekci@yeditepe.edu.tr

THE PROBLEMATIC OF WHETHER THE COMMISSION BY OMISSION IS NUMERUS CLAUSUS OR NOT

Res. Asst. Aras TÜRAY.....115

Istanbul Bilgi University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: aras.turay@bilgi.edu.tr

AN ASSESSMENT ON REGULATIONS OF DANGER CRIMES IN THE SCOPE OF THE FREEDOM OF EXPRESSION

Res. Asst. Aslı Ekin YILMAZ155

Turkish - German University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: a.yilmaz@tau.edu.tr

THE CRIME OF FINANCING OF TERRORISM

Res. Asst. Yeşim YILMAZ177

Altınbaş University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal
Procedure Law

e-mail: yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr

SUNUŐ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu cildi, 23 Mart 2019 tarihinde Yeditepe Üniversitesi ve Türk Ceza Hukuku Derneği'nin işbirliğiyle Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Yeşil Salon'da gerçekleştirilen "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Güncel Sorunlar" başlıklı ulusal sempozyumda sunulan tebliğlerden yayın komisyonuna ulaştırılanları içermektedir.

Editör Kurulu

* YALAN TANIKLIK SUÇU (TCK m. 272)

(CRIME of PERJURY (Art. 272 of TCC))

Arş. Gör. Batuhan AKTAŞ* **

ÖZ

Hâkimin/mahkemenin kararının oluşmasına etki eden delillerin başında tanığın beyanı gelmektedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında başvurulmuş tanık beyanının doğru olması hem hükmün sağlıklı olması hem de adaletin sağlanmasında oldukça önemlidir. Kanun koyucu da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde - tıpkı 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi - kişinin mahkeme huzurunda yalan tanıklık yapmasını suç olarak düzenlemiştir. Hatta söz konusu maddenin ilk fıkrasında; "Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde..." hükmüne yer verilerek, yalan tanıklık suçunun yalnızca mahkeme önünde değil; tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde dahi işlenebileceği öngörülmüş ve bu bakımdan idari soruşturmalar esnasında da yalan tanıklık yapılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Keza kişinin yemin verdirmeye yetkili kişi veya kurul önünde yahut mahkeme önünde yalan tanıklık yapması suçun nitelikli hali olarak 272. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Yine bu kapsamda 272. maddenin 4. İlâ 8. fıkrası arasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllere yer verildiği gibi tanıklık sonucu yargılanan kişinin uğrayacağı birtakım tedbirlere göre de yalan tanıklık suçunu işleyen kişi hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da (TCK m. 109) gündeme gelebilecektir. Ayrıca yalan tanıklık suçuna ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nun 273. maddesinde, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen "kişinin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayamama" kuralının bir görünümü olan şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler düzenlenmiş ve yine Türk Ceza Kanunu'nun 274. maddesinde de söz konusu suça ilişkin etkin pişmanlık hâllerine yer verilmiştir.

* Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 13.04.2020. Onaylanma Tarihi: 13.04.2020.

* Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5113-2503

Eserin Atf Şekli: Batuhan Aktaş, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", YÜHFD, C.XVII 2020/Özel Sayı, s.1-64.

Anahtar Kelimeler: Tanıklık, Yalan Tanıklık Suçu, Gerçeğe Aykırı Beyanda Bulunma, Yalan Tanıklık Suçunda Etkin Pişmanlık, Yalan Tanıklık Suçunda Şahsi Cezasızlık, Adliye Karşı Suçlar...

ABSTRACT

One of the most important evidence that influences the decision of the judge / court is the testimony of the witness. For this reason, witness's truthfully testimony is very important both for the proper functioning of the court and for the provision of justice. People have right to a fair trial in the civil courts and criminal courts, so as it was referred in former Criminal Code (no 765, Art. 289), Turkish law - maker protected this right under new Criminal Code and also imposed sanction for breaching it. In this context, if the person who commits the crime of perjury in front of the court or the person or the board who is authorized to listen to the witness, the person is punished according to Art. 272 of Turkish Criminal Code (TCC) no 5237 in Turkish Law. According to Art. 272/1; "The person who is not correct testimony in front of the person or the board authorized to listen to the witness in the context investigation initiated against an unlawful act shall be sentenced to imprisonment for four months to one year.". In this regard, person who also commit the offense during the disciplinary proceedings or administrative investigation. 2nd paragraph of the Art. 272 state that, witnesses who give false testimony in front of a person authorized to listen to testify under oath or court/judge, the punishment shall be aggravated. According to the 4th and 8th paragraphs of the Article, in cases where protection measures are taken against the person whom based on false testament, the punishment shall be aggravated or in some cases the witness shall be convicted of the deprivation of liberty (Art. 272/5 -Art. 109 of the TCC). Furthermore, under the principle of "nemo tenetur", person who has given false testimony to blame himself and his relatives is regulated as a impunity for personal reason, by Art. 273 of the TCC. Finally, effective repentance cases are arranged in Art. 274 of the TCC.

Keywords: *Witness, the Crime of Perjury, False Testimony, Impunity for Personal Reasons of the Crime of Perjury, Effective Repentance of the Crime of Perjury, Offences Committed Against the Administration of Justice...*

GİRİŞ

Yalan söylemek ya da bir kişiye karşı yalan beyanda bulunmak, çoğu zaman arkasında yatan saikten bağımsız olarak toplum tarafından hoş karşılanmayan ve sonucunda yalan söyleyen kişinin kınanması veya dışlanması gibi ahlaki birtakım yaptırımların uygulandığı davranış biçimidir. Bununla birlikte, ceza hukuku kişilerin her söylediği yalan beyan ile ilgilenmez, hatta ilgilenmemesi de gerekir. Söz gelimi, eşine nerede olduğu konusunda yalan söyleyen diğer eşin davranışı veya ödevini yapmama nedeni olarak hocasına yalan söyleyen öğrencinin sözleri, bu bağlamda ceza hukuku açısından herhangi bir önem arz etmez¹. Bununla birlikte; bazı kişilerin, bazı yerlerde ve bazı anlarda söylediği yalanlar ise yukarıdaki örneklerin tersine tam da ceza hukukunun konusunu oluştururlar. Yalan tanıklık suçu da, tarihin en eski dönemlerinden itibaren karşılığında ağır yaptırımlar öngörülen ve salt yalan söylemenin cezalandırıldığı suç tiplerinden biridir. Öyle ki yalan tanıklık suçunu işleyen kişiler için Hammurabi Kanunlarında ve Roma Hukukunda ölüm cezası öngörülmüştür².

Günümüzde de hemen her ülkede suç olarak düzenlenen yalan tanıklığın yaptırım altına alınmasının sebebi, failin eylemi ile mahkemenin yetkisini gasp ederek adaletin sağlanmasını engellemesinden kaynaklanmaktadır³. Gerçekten de mahkemenin işleyişine zarar vererek yargılanan kişilerin ağır yaptırımlarla karşılaşmasına veya bir hak kaybına uğramalarına neden olacak şekilde yalan tanıklık yapmak; sadece o davanın taraflarının değil, ayrıca adaletin sağlanması noktasında haklı beklentisi olan herkesin haklarını tehlikeye düşüren bir eylem niteliğindedir⁴. Diğer bir ifadeyle, yalan tanıklık yapmak yalnızca o yargılamanın süjelerini değil, toplumu oluşturan herkesi ilgilendirmektedir. Keza söz konusu suç, 5237 sayılı Türk

¹ Buna rağmen öğretilerde, “ağır zarar doğuran pek fena yalan söyleme” şeklinde salt yalan söyleme eyleminin suç olarak düzenlenmesi gerektiği noktasında bkz. **DRUZIN H. Bryan/LI Jessica**, “*Yalan Söyleme Eyleminin Suç Olarak Öngörülmesi: Eğer Mümkün İse Hangi Şartlar Altında Yalan Söylemek Suç Olarak Öngörülebilir?*” (Çeviren: Nagehan KIRKBEŞOĞLU), *Küresel Bakış Dergisi*, Yıl:8, Sayı:23, Aralık, 2017.

² **DRUZIN/LI**, s. 21. Roma hukukunda yalan tanıklık suçu, resmi bir makamın önünde işlenmişse mahkûmiyet, Lex Cornelia de sicariss'e göre aksi takdirde Lex Cornelia de falsis'e göre olmaktadır. **TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, 2018, s. 1230.

³ **DRUZIN/LI**, s. 21.

⁴ **ÖZEK Çetin**, “*Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu*”, *İHFİM*, C. LV, S. 3, 1997, s. 42-43.

Ceza Kanunu'nda da, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmın, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmında düzenlenmiştir⁵.

Tüm muhakeme faaliyetlerinde ve özelinde ceza muhakemesinde amaç, insan haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır ve bu da ancak ispat aracı olan deliller yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu delillerden birinin gerçeğe aykırı olması o yargılamanın sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engeller ve bir nevi muhakemenin amacına ulaşmasını imkânsız hale getirir. Senet ile ispat zorunluluğu gibi şekli kısıtlamaların olmadığı ve hâkimin meseleyi re'sen araştırabildiği hukuk yargılamalarında ve genelde ceza yargılamalarında, muhakemeye konu olan olaya doğrudan veya dolaylı olarak şahit olmuş üçüncü kişinin beyanı pek çok açıdan önemini korumaktadır⁶. Bundan dolayı, tanığın tanıklık yaptığı zaman gerçeği söylemesi hem maddi gerçeğe ulaşılması hem de bu gerçek neticesinde adaletin düzgün sağlanması noktasında gereklilikten ziyade zorunluluk teşkil etmektedir. Tüm bunlara rağmen, tanıkların her zaman doğruyu söylemedikleri de yadsınamaz bir gerçektir. Tanıkların yalan söylemelerinin altında, bir kişiye bilerek zarar verme veya tam tersine masum bir kişiyi kurtardığını düşünme saiki olabileceği gibi zaman geçmesinden dolayı olayı düzgün hatırlayamama veya olayı aktarırken yetersiz kalma gibi başka birçok neden de olabilir⁷.

İşte bu nedenlerle, kanun koyucu da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde; kişinin mahkeme huzurunda yalan tanıklık yapmasını suç olarak düzenlemiştir. Hatta söz konusu maddenin ilk fıkrasında; "*Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde...*" hükmüne yer verilerek, yalan tanıklık suçunun yalnızca mahkeme önünde değil; tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde dahi işlenebileceği öngörülmüş ve bu bakımdan daha geniş bir çerçevede yalan tanıklık yapılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Keza bu kapsamda 272. maddenin 4. fıkrası ve devamında yalan tanıklık neticesinde, bu tanıklıktan zarar gören kişinin karşılaştığı yaptırımlara göre faile daha ağır ceza verilmesini gerektiren neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış durumlara da yer verilmiştir. Ayrıca yalan tanıklık suçuna ilişkin olarak

⁵ Yalan tanıklık suçunun, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan "Yalan Şahitliği ve Yalan Yere Yemin" başlıklı 286. maddesi de Adliye Aleyhine Cürümler başlığı altında düzenlenmekteydi.

⁶ Hatta bu öneme binaen halk arasında "*iki tanıkla adam asılır*" sözü ortaya çıkmıştır. **YÜCEL Mustafa Tören**, "*Ceza Adaletinde 'Tanık'*", TBB Dergisi, 1994/1, s. 100.

⁷ **GÖKTÜRK Neslihan**, "*Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, S. 1, 2016, s. 350.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

Türk Ceza Kanunu'nun 273. maddesinde, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen “*kişinin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayamama*” kuralının bir görünümü olan şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler⁸ ile yine Türk Ceza Kanunu'nun 274. maddesinde de söz konusu suça ilişkin etkin pişmanlık halleri⁹ düzenlenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yalan tanıklık suçu açısından, tanığın hangi beyanının gerçeğe aykırılık teşkil ettiği, tanıklığın ne zaman başlayıp ne zaman bittiği, kimlerin tanık olabileceği, gerçeğe aykırı tanıklık sonucunda davanın taraflarından birinin herhangi bir yaptırıma uğraması durumunda gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin nasıl cezalandırılacağı, gerçeğe aykırı tanıklığın hükme esas teşkil etmesinin gerekip gerekmediği veya tanığın etkin pişmanlıktan ne zaman yararlanacağı gibi birçok konu Türk öğretisi ve Yargıtay tarafından tartışılmış ve bu konulara ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Uygulamada ve öğretilerde tüm bu tartışmalarla beraber güncelliğini koruyan yalan tanıklık suçu, bu çalışmada suç genel teorisine uygun olarak detaylıca incelenecek, ayrıca bu suç açısından önem arz eden şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hallerine de yer verilecektir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Yalan tanıklık suçu, Türk Ceza Kanunu'nun “*Özel Hükümler*” başlıklı ikinci kitabının “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmının “*Adliyeye Karşı Suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu suçun düzenlendiği bölümün başlığı, suçla

⁸ TCK m. 273; “(1) *Kişinin;*

a) *Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması,*

b) *Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması,*

Halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.

(2) *Birinci fıkra hükmü, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmaz.”*

⁹ TCK m. 274; “(1) *Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.*

(2) *Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarı indirilebilir.*

(3) *Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarı indirilebilir.”*

korunan hukuksal değer hakkında bir fikir vermekle beraber, bugün öğretilerde yalan tanıklık suçunun koruduğu hukuksal değer ne olduğu konusunda değişik görüşler mevcuttur¹⁰. Bu bakımdan bir görüşe göre; ilgili suçla korunan hukuki değer karma niteliktedir ve hem adliyeyle ilişkin değerler hem de yargılanan bireylerin hakları korunmaktadır. Bu görüşü ileri süren yazarlar söz konusu suçta düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri görüşlerine dayanak olarak göstermekte ve adliyenin yanlış yola sevk edilmesi sonucu bireylerin masum sayılma hakları ile adil yargılanma haklarının zarar göreceğini ifade etmektedirler¹¹.

Özek'e göre ise adliye karşı suçların hukuki konusunu devletin adli fonksiyonu oluşturur¹². Adli fonksiyonun yerine getirilmesi de eşitlik, adalet, norma uygun yargılama ile ancak gerçekleştirilebilir. Bu sayılanların sağlanamaması; diğer bir deyişle adli fonksiyonun gereği gibi yerine getirilememesi bireyin adil yargılanma hakkına müdahale teşkil eder ve adil yargılanma hakkının objesi değil, süjesi olan bireyin temel hakları zarar görmüş olur¹³. En nihayetinde devletin adli fonksiyonuna yani en geniş anlamda adli yargılamaya karşı işlenen bu suçlar devletin pasif olarak korunmasını gerçekleştirdiği gibi bireyi de korumaktadır¹⁴.

Yaşar/Gökcan/Artuç suçun adliye karşı suçlar başlığı altında düzenlenmekle beraber yargılamanın taraflarını oluşturan sanık, mağdur, davacı ve davalı gibi kişilerin suçun mağduru oldukları bundan dolayı suçla korunan asıl hukuki değer de yargılamanın taraflarının adil yargılanma hakkı olduğunu ileri sürmektedir¹⁵. Bu görüşe karşı olarak *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe* ise, yalan tanıklık suçu ile yargılamanın yalan tanık beyanlarıyla gerçeğe aykırı bir şekilde yönlendirilmesi önlenerek adaletin doğru tecelli edilmesinin korunmakta olduğu, dolayısıyla tarafların adil yargılanma haklarının doğrudan değil, dolaylı olarak korunduğunu ifade

¹⁰ Hatta tarihsel gelişim içinde yalan tanıklık suçu; kamunun güvenine karşı suçlar, kişi yararına karşı işlenen suçlar ve kamu idaresine karşı suçlar başlığı altında da düzenlenmiştir. **ÜNVER Yener**, *Adliye Karşı Suçlar* (TCK m. 267 - 289), 3. Baskı, Kasım 2012, s. 176.

¹¹ **İÇER Zafer**, “*Yalan Tanıklık Suçu*”, MÜHF – HAD, C. 18, S. 1, 2012, s. 190; **GÖKTÜRK**, s. 352 vd.

¹² **ÖZEK**, s. 25.

¹³ **ÖZEK**, s. 25 vd.

¹⁴ **ÜNVER**, s. 33 - 34.

¹⁵ **YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa**, *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* (md. 252 - 345), 2. Baskı, 6. Cilt, 2014, s. 8182.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

etmektedir¹⁶. Keza; söz konusu suçla adaletin oluşumuna bir saldırı gerçekleştiğini bundan dolayı kanun koyucunun ilgili suç cezalandırmasının nedeninin adaletin yanlış yönde gerçekleşme tehlikesini önlemek olduğu da öğretilerde savunulmaktadır¹⁷.

Gerçekten de kanun koyucunun, yalan tanıklık suçunu cezalandırmasının altında yatan amaç; adliyenin yanlış yola sevk edilmesini önlemek, hukuk ve ceza yargılamalarındaki maddi gerçeğe ulaşılmasını engellemek isteyen kişileri cezalandırmak, yalan tanıklık sonucunda hakkında haksız hüküm kurulan kişi veya kişileri koruyarak toplumu oluşturan kişilerin adil yargılanma haklarını muhafaza etmektir. Bu bakımdan ilgili suçun koruduğu hukuki değer her ne kadar karma nitelikte olduğu ve bu karma nitelikteki hukuki değerlerden adaletin korunma amacının -suçun düzenlendiği yer de göz önünde bulundurularak- ön plana çıkartıldığı ileri sürülse de; aslında en temelde yalan tanıklık suçu ile bireylerin adliyeye duydukları güvenin ve adil yargılanma haklarının korunmaya çalışıldığını ifade edebiliriz¹⁸. Ayrıca, topluma veya bireylere ait olan temel değer gruplarından birinin ön plana çıkartılmasına ve birinin diğerine de tercih edilmesine gerek bulunmamaktadır. Söz konusu suçun düzenlendiği bölümde yer alan diğer suçlarda olduğu gibi toplumsal menfaat ile bireysel menfaatin birbirini tamamladığı ve birbirine bağlı olduğu söylenebilir¹⁹.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

Suçun faili, beş duyu organıyla olay hakkında bilgi sahibi olup olaya ilişkin bildiklerini ve gördüklerini aktarmak üzere mahkeme, yetkili merci veya kurul önünde tanık sıfatıyla dinlenen gerçek kişiler olabilir. Bu bakımdan öğretilerde tanık; kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında olaya ilişkin bilgilerini aktaran üçüncü kişi olarak

¹⁶ ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, 2016, s. 1134.

¹⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1232.

¹⁸ Keza, yargılamanın adli bir sonuca ulaşması için büyük bir önem arz eden kanıtların toplanması ve korunması gerekmekte ve bu koruma yalnızca davanın taraflarına değil, davada taraf olmayan kişilere de bir yükümlülük getirmektedir. Yargı kararı ancak gerçeğe uygunluğu ölçüsünde toplum nezdinde güven sağlayacağından bu bakımdan davanın maddi gerçekten saptırılması tehlikesi yalnızca davanın taraflarını değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. ÖZEK, s. 42-43.

¹⁹ GÖKTÜRK, s. 353.

tanımlanmıştır²⁰. Bu bakımdan hukuk mahkemelerinde davanın tarafları sıfatını haiz davacı ile davalı bu suçun faili olamaz iken²¹; ceza mahkemelerinde de sanık sıfatıyla yargılanan kişi söz konusu suçun faili olamaz. Bu husus Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında; "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" düzenlenen kuralın bir yansıması olan nemo tenetur ilkesinin de bir gereğidir. Keza sanığın her ne kadar olayın birinci dereceden tanığı olduğu kabul edilse de, insan doğası gereği sanığın kendini savunmak maksadıyla doğruyu söylemesi beklenemeyecektir²².

Bununla birlikte, CMK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanların yemin verdirilmeksizin tanık olarak dinlenebilecekleri öngörülmüştür²³. Bu

²⁰ **CENTEL Nur/ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul, 2018, s. 263; **ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Ankara, 2017, s. 34; **ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2018, s. 233.

²¹ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8183.

²² **İÇER**, s. 217.

²³ Yargıtay da aynı hususu dile getirmiştir; "...Ceza Muhakemesi Kanununa göre, görülmekte olan davada yargılanan sanığın, suç ortağı hakkında tanık olarak dinlenilmesi mümkündür. CMK'nın 50. maddesinde soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar tanık olarak dinlenebilirler, ancak bu tanıkların yeminsiz olarak dinlenmeleri gerekmektedir. Suç ortağının vereceği ifade, kendisinin de suçlanması sonucunu doğuracaksa, tanıklıktan çekinme olanağına sahiptir (CMK m.48).

CMK'nın 48. maddesinde, temelini Anayasanın 38/5. madde hükmünden alan ve adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Çekinme hakkı hatırlatılmadan tanığa bu tür soruların yöneltilmesi sonucu alınan cevaplar hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıt niteliğindedir, (CMK m. 206/a ve m.217/2) hukuka aykırı delil de hükmü esas alınmaz (YCGK 12.11.2013 2013/1-251, 2013/454). Sanığın kendisinin de katıldığı suçlarla ilgili tanık sıfatıyla dinlenmemesi, sanığın açıklamalarının delil niteliği taşımayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin, diğer örgüt üyeleri kabul etmediği halde örgüt üyelerinden birisinin suçu birlikte nasıl işlediklerini samimi olarak anlatması ve destekleyişi kanıtların da bulunması halinde elbetteki bu beyan delil olarak değerlendirilecektir. Bu bakımdan bir anlatımın "tanık beyanı" veya "sanık beyanı" olarak adlandırılmasının çok önemi de bulunmamaktadır. Sanığın kendisinin katılmadığı, suç ortaklarının gerçekleştirdiği diğer suçlarla ilgili tanık sıfatıyla dinlenmesi mümkündür. Bir kişinin aynı suçta iştirak etmediği takdirde iki sıfatı (tanık-sanık) birden taşınmasında engel YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

bakımdan söz konusu suçta, ileride değinileceği üzere, yemin suçun bir unsuru olmadığından, sayılan kişilerin de yalan tanıklık suçunun faili olabileceği söylenebilir²⁴. Ancak dikkat edilmelidir ki, burada genel bir yargıya varmak her zaman doğru sonuçlar vermeyecektir. Buna göre; suça iştirak eden kişilerin açıklamaları, iştirakleri kapsamında kendilerini suçlandıracak açıklamalar içermesi durumunda yalan tanıklık suçunun oluşmayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür²⁵. Nitekim henüz hakkında hüküm verilmemiş suç ortağının fiili işlediği iddia edilen sanığın eylemine tanıklık yapması bir nevi kendi fiiline de tanıklık yapması anlamına gelecektir²⁶. Ayrıca kanaatimizce suç delillerini yok etmek ve kayırmaktan şüpheli veya sanık olanlar da olaya ilişkin tanıklıkları sırasında kendilerini suçlandıracak açıklamalarda bulunmamak amacıyla verdikleri ifadelerinden dolayı yalan tanıklık suçundan cezalandırılmamalıdır²⁷.

Olayın mağdurunun yalan tanıklık suçunun faili olup olamayacağı meselesi öğretilerde tartışmalı olan bir diğer konudur. Bu noktada bir görüşe göre; suçun mağduru davanın taraflarından olup olaya ilişkin yapacağı açıklamalar sanıktan gayri taraf beyanı niteliğinde olduğu²⁸ bundan dolayı

bulunmamaktadır. AİHM de suç ortaklarının tanıklığını kabul etmektedir. Mahkemeye göre ifadenin tanık tarafından değil de kendisi de sanık olan biri tarafından verilmiş olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Bu ifade elle tutulur derecede mahkumiyetin temeli olabilecek nitelikte ise, sözcüğün dar anlamında bir tanık tarafından mı, kendisi de sanık olan biri tarafından mı verildiğinden bağımsız olarak, iddia makamı için bir delildir. Çünkü mahkemeye göre, tanık teriminin AİHS sisteminde "özerk" bir anlamı bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da AİHS'nin 6/1 ve 6/3-d maddesinin tanığa sağladığı güvenceler, sanık olup açıklamaları "tanıklık" olarak değerlendirilebilecek kişiler bakımından da devreye girebilecektir. Bu bağlamda AİHM'e göre, suça iştirak eden, olayın mağduru, şikayetçi devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı da tanık olabilir." Y. 16 CD., E. 2018/4, K. 2018/1470, T. 16.04.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

(Erişim Tarihi: 02.05.2019).

²⁴ İÇER, s. 203; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1233; ÜNVER, s. 179. Aksi görüş için bkz. GÖKTÜRK, s. 375; KOÇER Seçkin, "Yalan Tanıklık Suçu", Adalet Dergisi, S.:49, (s. 152/177), 2014, s. 162.

²⁵ İÇER, s. 203.

²⁶ CENTEL/ZAFER, s. 267. Bu bakımdan Alman Yüksek Mahkemesi de davaların ayrılması halinde suç ortaklarının tanık olarak dinlenmesini kabul etmiştir. CENTEL/ZAFER, s. 266.

²⁷ Bununla birlikte, suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme suçundan mahkûm olmuş bir kişi, öncül suça ilişkin yargılamada tanıklık yapması halinde, yalan tanıklık suçunun faili olabilecektir. KOÇER, s. 162 (Aktaran: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1233, dpt. 213).

²⁸ CENTEL/ZAFER, s. 267.

yalan tanıklık suçunun faili olamayacağı savunulmuştur²⁹. Ancak mağdurun yaptığı açıklamalar suçu işlemediğini bildiği bir kişiye suç isnadı şeklinde gerçekleşmesi durumunda diğer şartların da varlığı halinde iftira suçunun faili olacağı kabul edilmelidir³⁰. Buna karşılık diğer bir görüş, CMK'nın 236. maddesinde; “*Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır.*” şeklinde düzenlenen hükmün bir sonucu olarak mağdurun da olaya ilişkin açıklamalarda bulunduğu durumlarda tanık sıfatını haiz olacağı ve bundan dolayı yalan tanıklık suçunun oluşabileceğini ileri sürmüştür³¹. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesinin 2. fıkrasında; işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceğini; hatta cümlenin devamında da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu düzenleme de göz önüne alındığında, öğretilerde ileri sürüldüğü gibi mağdurların dinlenmesinde tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin düzenleme bir usuli düzenleme olmayıp mağdur sıfatını haiz kişilerin tanık olarak dinleneceğine ve tanıklara ait yükümlülüklerin de kendileri hakkında uygulama olanağının bulunduğuna işaret etmektedir. Buna göre, tanıkların gerçeği söyleme yükümlülükleri, mağdurlar açısından da geçerli olacaktır. Keza kanun koyucu, 2. fıkranın devamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerde işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdurların dahi birden fazla dinleneceğine işaret ederek maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasında mağdurun beyanına büyük bir önem atfetmiştir. Böylesi bir önem karşısında mağdurun maddî gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyen açıklamalarının cezasız kalması düşünülemeyecektir³².

²⁹ **GÖKTÜRK**, s. 374; mağdurun çoğu zaman mutlak doğruyu söylemesi düşünülemeyeceği ve AY m. 38/5 hükmü gereğince söz konusu suçtan fail olarak sorumlu tutulmaması gerektiği noktasında bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 1136; uyuşmazlığın tarafı olmayan gerçek kişilerin ancak yalan tanıklık suçunu işleyebileceğine ilişkin bkz. **CENTEL/ZAFER**, s. 267.

³⁰ **ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 1220.

³¹ **İÇER**, s. 203-204; ayrıca yine öğretilerde mağdurun otomatikman söz konusu suç açısından fail olamayacağının kabul edilmesinin yanlış olduğu, müdahil (katılan) olmamış ve beyanlarını tanık statüsünde vermiş mağdurun da yalan tanıklık suçunun faili olabileceği ileri sürülmüştür. **ÜNVER**, s. 179.

³² Yargıtay aksi yönde karar vermiştir; “*Sanığın mağdur sıfatıyla kolluk görevlilerine verdiği beyan doğrultusunda ... hakkında kasten öldürmeye teşebbüs, tehdit, 6136 sayılı Kanuna muhalefet ve yağma suçlarından dava açıldığı, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/107 esas sayılı dosyasında yapılan yargılama sırasında sanığın kendisine karşı anılan YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)*

Son olarak yukarıda sanıklar için açıkladığımız kendini savunmak için doğru söylemesi beklenemez şeklindeki insan doğasına içkin yaklaşımın mağdurlar açısından geçerli olduğu da söylenemeyecektir.

Suçun faili ancak tanıklık statüsüne sahip gerçek kişi olabileceğinden bilirkişiler ve tercümanlar söz konusu suçun faili olamazlar. Söz konusu kişiler ancak TCK'nın 276. maddesinde düzenlenen “*Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık*” başlıklı suçun faili olabileceklerdir. 1412 s. CMUK m. 67/2’de tanıklığın bilirkişiliğe engel olmayacağı düzenlemesine 5271 s. CMK’da yer verilmediğinden ve hâkimin davaya bakamayacağı haller (CMK m. 22) kıyasen bilirkişiler için de uygulanacağından (CMK m. 69) bir davada tanık olarak dinlenen bilirkişinin reddedilmesi ve tanıklığı sırasında yalan tanıklık suçu işlemesi halinde yalan tanıklık suçunun faili olabileceği ise kabul edilmelidir.

Son olarak, suçun özgü suç olup olmadığı meselesi de öğretide tartışmalıdır. Bu bakımdan bir görüşe göre; her gerçek kişi tanık olabileceğinden suç, özgü suç değildir³³. Bununla beraber özgü suç, bazı suçların ancak belli bir yükümlülük altında bulunan veya belli bir faillik niteliğini taşıyan kişiler tarafından işlenmesidir³⁴. Bundan dolayı, suç ancak tanıklık sıfatını haiz gerçek kişi tarafından işlenebileceğinden söz konusu suçun özgü suç olduğunu ileri süren görüşlere katılmaktayız. Keza burada her gerçek kişi değil; ancak olaya beş duyu organıyla şahit olmuş ve mahkemeye ya da tanık dinlemeye yetkili merci önünde bunları anlatmakla

suçları işleyen kişinin ... değil ...ci olduğunu beyan etmesi üzerine mahkemece ... hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı verilip ...ci hakkında suç duyurusunda bulunulduğu, ancak bu kez sanık kolluğa verdiği ifadesinde kendisine karşı atılı suçları işleyeninin ... olduğunu adı geçeninin ailesinin kendisine para vereceklerini söylemeleri nedeniyle ifadesini değiştirdiğini beyan ettiğinin anlaşılması karşısında, ... hakkında yapılan suç soruşturmasında suçun mağduru olan ve yargılamanın sujesi konumunda bulunan sanığın yalan tanıklık suçunun faili olamayacağı bu nedenle yalan tanıklık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine karar verilmesi”, Y. 9. CD., E. 2012/11127, K. 2013/2434, T. 20.02.2013, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

(Erişim Tarihi: 02.05.2019).

³³ ÜNVER, s. 178.

³⁴ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2017, s. 195; ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 291; Suçlunun belirli niteliklere sahip olmasının bazen suçun unsuru, bazen hukuka uygunluk nedeni, bazen cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleten bir hal olarak düzenlendiği noktasında bkz. DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 488.

yükümlü olan kişi söz konusu suçun faili olabilecektir³⁵. Bu sığata sahip olmayan diğer kişiler bağlılık kuralı (TCK m. 40/2) gereğince ancak; azmettiren ya da yardım eden olarak söz konusu suça iştirak edebilirler³⁶.

2. Mağdur

Suçun mağduru, suçla korunan hukuki değer ile yakından ilgilidir ve suçla korunan hukuki menfaatin sahibi suçun mağduru olarak tanımlanabilir³⁷. Bu bakımdan yalan tanıklık suçunun mağduru, yukarıda da belirttiğimiz korunan hukuki menfaat tartışmalarından etkilenmiştir. Buna göre; öğretilerde suçun düzenlendiği yeri de göz önüne alarak suçun mağdurunun adliye ve adli mekanizma olduğunu ileri sürenler olduğu gibi³⁸, aleyhine yalan tanıklık yapılan davanın taraflarının ya da lehine tanıklık yapılması durumunda da diğer tarafın suçun mağduru olduğunu savunanlar da bulunmaktadır³⁹.

Bu noktada bizim de katıldığımız ve öğretilerde ağırlıkta olan görüş, suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduęudur⁴⁰. Bu bakımdan yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki menfaat bireylerin adliyeye duydukları güven ve bireylerin adil yargılanma hakkı olduğundan, suçun düzenlendiği yer de göz önüne alınarak toplumu oluşturan herkesin söz konusu suçun mağduru olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹. Davanın tarafları ise söz konusu suç açısından suçtan zarar gören konumundadırlar. Yukarıda da belirttiğimiz gibi topluma ve bireye ait hukuki menfaatlerden birinin ön plana çıkartılmasına gerek bulunmamakta, her iki menfaatin de birbirini tamamladığı kabul edilmelidir. Mağdurun salt davada taraf olan kişiler olduğunu söylemek, kanun koyucunun amacını ve suçla korunan hukuki menfaatlerden birinin görmezden gelinmesi anlamına gelecektir. Bundan dolayı, adil yargılanma hakkının sahibi olan toplumu oluşturan bireyler

³⁵ KOÇER, s. 160.

³⁶ Ayrıca yine öğretilerde, söz konusu suçun “*bizzat işlenebilen suç*” olduğu da ileri sürülmüştür. İÇER, s. 202. Bizzat işlenebilen suç hakkında bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 292.

³⁷ KATOĞLU Tuğrul, “*Geza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, 61 (2) 2012, s. 661.

³⁸ İftira suçundan hareketle bölüm içerisinde düzenlenen suçların mağdurunun adliye ve adli mekanizma olduğuna ilişkin görüşün eleştirisi için bkz. ÜNVER, s. 41 - 42.

³⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8184; PARLAR Ali, Türk Ceza Kanunu şerhi (TCK 135-345), 2. Cilt, Ankara, 2015, s. 2901.

⁴⁰ İÇER, s. 204; GÖKTÜRK, s. 376; ÖZBEK/DOğAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1136.

⁴¹ Devletin ve toplumun hukuki menfaatin sahibi değil taşıyıcısı olduğu, bundan dolayı suçun mağduru olarak kabul edilemeyecekleri görüşü için bkz. ÜNVER, s. 35.

suçun mağduru, somut davada adil yargılanma hakkı ihlal edilenler ise suçtan zarar gören konumundadırlar⁴². Kaldı ki ileride de değineceğimiz üzere, suçun kanun koyucu tarafından soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, diğer bir deyişle davanın tarafları açısından doğrudan bir zarar sonucunun aranmaması suçun mağdurunun davanın tarafları olmadığı sonucunu desteklemektedir.

3. Hareket

a. Gerçeğe Aykırı Tanıklık Yapma

Yalan tanıklık suçunu oluşturan fiil, TCK'nın 272. maddesinin ilk fıkrasında; “*Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık...*” olarak düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde gerçeğe aykırı tanıklık; yalan söylemek veya tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilgiyi, bilerek, kısmen veya tamamen saklamak olarak tanımlanmıştır. Yine gerekçede, gerçeği inkâr etmenin de bu kapsamda olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere suçun faili olayı beş duyu organıyla algılayan ve yetkili merciler yahut mahkeme önünde tanıklık yapan kişidir. Bu bakımdan söz konusu suçun hareket unsuru açısından öğretilerde tartışılan ilk husus, tanığın yaptığı açıklamaların ne zaman gerçeğe aykırı sayılacağı noktasındadır⁴³. Diğer bir ifadeyle, tanığın gerçeğe aykırı olarak yaptığı açıklama, objektif gerçeklikle mi yoksa kendi zihninde algıladığı sübjektif gerçeklikle mi çelişkili olduğu zaman suç oluşacaktır? Bu konuda öğretilerde en temelde objektif ve sübjektif teori olmak üzere iki teori ileri

⁴² “*O halde topluma karşı suçlarda toplum suçun mağduru olacak, bu suçlar dolayısıyla menfaatleri somut olarak zarar görenler ise, suçtan zarar gören olarak kabul edileceklerdir*” KATOĞLU, s. 684. Somut davanın taraflarının dar anlamda mağdur olduğu görüşü hakkında bkz. GÖKTÜRK, s. 376.

⁴³ Yargıtay da bu hususun tespiti için çelişkili açıklamayı yeterli görmemekte tüm delillerin birlikte değerlendirilmesini aramaktadır. “...*Yerinde görülmeyen sair itirazların reddine, ancak; iddianameye konu edilen ve sanığın tanık olarak beyanının bulunduğu Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 2010/233 esas sayılı dava dosyasının aslı ya da onaylı bir örneği soruşturma aşamasıyla birlikte getirilip incelenerek ve anılan dosya kapsamında göre dinlenen diğer tanıkların beyanları ile yazılı deliller de değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırma ile yalnızca sanığın duruşmadaki kabulüne göre yazılı şekilde hüküm kurulması...*” Y. 8. CD., E. 2018/7271, K. 2018/11892, T. 31.10.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 18.05.2019).

sürülmüştür⁴⁴. Objektif teoriye göre; gerçekliğe aykırılığın saptanması noktasında tanığın beyanı ile objektif gerçekliğin karşılaştırılması gerekmekte ve bu noktada failin objektif gerçeklikten ayrılması durumunda suçun oluşacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Alman hukukunda yalan tanıklık suçunun taksirli haline de (StGB Art. 161) yer verilmesi sebebiyle objektif teorinin, suçun kastla işlenen hali ile taksirle işlenen hali arasındaki ayrımı anlamlı hale getirdiği ileri sürülmüş⁴⁶ ve bundan dolayı Alman hukuk öğretisinde ağırlıklı olarak benimsenen görüş olmuştur⁴⁷. Keza Türk hukukunda da objektif teorinin hâkim görüş olduğu söylenebilir⁴⁸.

Objektif görüşe karşı olarak ileri sürülen sübjektif teori ise; tanığın yaptığı açıklamaların kendi algıladığı gerçekliğe aykırı olması durumunda yalan tanıklık suçunun oluşacağını ileri sürmektedir⁴⁹. Başka bir ifadeyle, gerçeğe aykırılığın tespit edilmesindeki kıstas yapılan açıklamanın, objektif gerçekliğe aykırılığı değil, failin zihnindeki gerçekliğe aykırı olmasıdır⁵⁰. Tanığın olayı algıladığı halinden farklı bir biçimde anlatması yahut da algıladığı şeyleri gizlemesi durumunda yalan tanıklık suçunun oluşacağı kabul edilmekte, gerekçe olarak da tanığın objektif gerçeği söyleme yükümlülüğünün değil, bizzat yaşadığı olayı algılayabildiği kadarıyla anlatma yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürülmektedir⁵¹.

Her ne kadar bu hususta sübjektif teorinin gerekçeleri özellikle tanıklık kurumuna yüklenen anlam bakımından daha doğru olsa da, kanaatimizce

⁴⁴ Öğretide söz konusu iki teorinin yanı sıra yükümlülük teorisi de ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre; tanığın hakkında beyanda bulunduğu vakıalara ilişkin olarak idrakini gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak aktardığı durumda gerçeğe aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Yükümlülük teorisi açısından tanık, emin olmadığı şüpheli hususları ortaya koymalı ve hatırladıklarını da yükümlülüğüne uygun aktarmalıdır. Teorinin açıklaması ve örnek vakılarda uygulanışı için bkz. **ARSLAN Mehmet**, “Yalan Tanıklık Suçunda Gerçeğe Aykırılık”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10, Sayı:28, Ağustos 2015, s. 272-273; Ayrıca yükümlülük teorisinin gerekçeleri için bkz. **ÜNVER**, s. 187.

⁴⁵ Söz konusu teorinin gerekçeleri için bkz. **ÜNVER**, s. 184; **İÇER**, s. 192; objektif teorinin lehine sürülen görüşler için bkz. **ARSLAN**, s. 275.

⁴⁶ Keza sübjektif teorinin benimsenmesi ve failin gerçeği söylediği düşüncesiyle gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu durumda failin bilgisinin esas alınması nedeniyle suçun taksirle işlenen halinin hiçbir zaman işlenemeyeceği ifade edilmiştir. **GÖKTÜRK**, s. 357, dpt. 29.

⁴⁷ **ÜNVER**, s. 186; **GÖKTÜRK**, s. 357, dpt. 30.

⁴⁸ **GÖKTÜRK**, s. 357; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1141; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1235; **ARSLAN**, s. 280.

⁴⁹ **ARSLAN**, s. 267; **ÜNVER**, s. 185; **İÇER**, s. 192; **GÖKTÜRK**, s. 357, dpt. 29.

⁵⁰ **İÇER**, s. 192; söz konusu teorinin somut örneklere nasıl uygulanacağı noktasında bkz. **ARSLAN**, s. 267-268.

⁵¹ Sübjektif teorinin diğer gerekçeleri için bkz. **ÜNVER**, s. 185.

gerçeğe aykırılığın saptanması noktasında objektif teorinin seçilmesi daha yerinde olacaktır. Keza objektif teori, suçun koruduğu hukuki değerlerin korunması amacına -kanun koyucunun söz konusu hareketi suç olarak ihdas etme amacına- daha uygundur. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, söz konusu suçla korunan hukuki değer adaletle duyulan güvenin korunması ve bireylerin adil yargılanma haklarının korunmasıdır. Gerçeğe aykırılık noktasında objektif teorinin benimsenmesi, diğer bir ifadeyle tanığın açıklamalarının objektif gerçekliğe aykırı olmasının kabulü mahkemenin yahut idari veya disiplin soruşturması yürüten kişi ya da kurulun ulaşmak istediği maddi gerçeğin korunmasına sübjektif teoriden daha çok hizmet edecektir. Çünkü objektif gerçeğe aykırı her beyan aslında suçla korunan hukuki değeri ihlal etmeye daha elverişlidir⁵².

Ayrıca sübjektif teorinin kabulünün her zaman tanık lehine olduğu da söylenemeyecektir⁵³. Söz gelimi, sübjektif teori açısından tanığın kendi zihninde algıladığı gerçeklikten kasten ayrılması durumunda yalan tanıklık suçu gerçekleşecektir. Bununla beraber, tanığın kendince gerçeğe aykırı beyanının objektif gerçeklikle uyuşması durumunda yine de cezalandırılması gerekecektir. Örneğin, tanık (A); (B)'nin (C) ile kavgasını uzaktan izlemiş ve mahkemede (B)'nin (C)'ye sopayla vurduğunu görmemesine rağmen sanık (B)'nin (C)'ye sopayla vurduğu şeklinde ifade vermiştir. Ancak söz konusu örnek açısından kamera kayıtlarında gerçekten de (B)'nin (C)'ye sopayla vurduğu ortaya çıkmıştır⁵⁴. Bu durumda tanığın kendisine göre yalan beyanı (sopayla vurduğunu görmemesine karşın o şekilde ifade vermesi), objektif gerçeklikle örtüştüğü için objektif teoriye göre elverişsiz teşebbüs söz konusu olacak ve failin cezalandırılmaması gerekecek iken⁵⁵, sübjektif teoriye göre tanık olayda algıladığı bir husustan kasten ayrılması sebebiyle yalan tanıklık suçunu işlemiş sayılacak ve buna göre cezalandırılacaktır. En temelde tartışmanın felsefi dayanakları bir tarafa bırakılarak şu husus söylenebilir ki, sübjektif teori, bazı durumlarda soyut tehlike ortaya çıkmasa dahi failin suç işleme niyetini cezalandırmaktadır. Bu ise tehlikeli faili değil, tehlikeli eylemi cezalandıran çağdaş ceza hukuku açısından kabul edilemez. Öğretide de, failin, suçun koruduğu hukuki değeri tanımayarak hukuk düzeni açısından ihlal kastının

⁵² ARSLAN, s. 275.

⁵³ ARSLAN, s. 280.

⁵⁴ Daha fazla örnek için bkz. ARSLAN, s. 263.

⁵⁵ GÖKTÜRK, s. 358.

teşebbüs açısından yeterli olmadığı ayrıca tehlikeli eyleminin yani dışı yansıyan fiilinin bulunması gerektiği dile getirilmiştir^{56 57}.

Keza objektif teorinin seçilmesi söz konusu suçun maddi unsur - manevi unsur ayrımının da sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamaktadır⁵⁸. Türk Ceza Kanununda yalan tanıklık suçunun taksirli hali düzenlenmemiş olsa da, sübjektif teorinin benimsenmesi, suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirilmesi gereken hususların maddi unsur içinde ele alınmasına neden olmaktadır. Söz gelimi, tanık (A) havanın kötü olmasından dolayı çok da iyi göremediği bir kaza hakkında, mahkemede otobüs şoförü (B)'nin kırmızı ışıkta geçerek ölümlü kazaya sebebiyet verdiğiine ilişkin ifade vermiştir. Ancak MOBESE kayıtları incelendiğinde otobüs şoförü (B)'nin kırmızı ışıkta geçmediği anlaşılmıştır. Bu durumda aslında (A)'nın açıklamaları zihninde algıladığı gerçeklikten ayrıldığı ve beyanları bu gerçeklikle örtüştüğü için sübjektif teori gereğince suçun maddi unsuru oluşmayacak ve (A)'nın cezai sorumluluğuna gidilmeyecektir. Aynı sonuca daha doğru bir şekilde objektif teori ile de varmak mümkündür. Buna göre, her ne kadar (A)'nın açıklamaları objektif maddi gerçeklikten ayrıldığı için suçun maddi unsurunun oluştuğu kabul edilecek olsa da, bu gerçeklikten ayrılma hususunda (A)'nın kastı bulunmamaktadır. Olay anında gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kırmızı ışığın yanıp yanmadığını net bir şekilde göremeyen (A)'nın objektif gerçeklikten bilerek ve isteyerek ayrılmaması sebebiyle ve suçun taksirli hali de düzenlenmediğinden (A)'nın cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi hangi teori seçilirse seçilsin varsayımsal olayda tanık (A)'nın cezai sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Ancak ulaşılan sonuca giden yolda objektif teorinin seçilmesi, suç genel teorisi açısından daha yerinde olacaktır⁵⁹.

Tanığın her ne kadar olaya ilişkin bildiklerini gerçeğe uygun olarak anlatmak yükümlülüğü olsa da olaya ilişkin kişisel değerlendirmelerini, yorumlarını ve hissettiklerini gerçeğe aykırı olarak aktarmasının söz konusu

⁵⁶ Diğer bir ifadeyle, kişinin ihlal kastının cezalandırılması çoğu kez bir şüphenin cezalandırılması anlamına gelecek ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ölçsüz sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 610; benzer yönde **ÖZGENÇ**, s. 484. Gerçekten de çağdaş ceza hukukunda dış dünyaya yansımayan ve failin iç dünyasına ait kastın cezalandırılması kabul edilemez.

⁵⁷ Bununla birlikte, tanığın hayatın normal akışına göre gerçekten adliyei yanılıcı beyanının tamamen tesadüfi şekilde objektif gerçeklikle uyumlu olmasının TCK m. 35 bakımından elverişli hareket olduğu da ileri sürülmüştür. **ARSLAN**, s. 276.

⁵⁸ **ÜNVER**, s. 184-185.

⁵⁹ Bununla birlikte, objektif teorinin ispat noktasında failerin aleyhine olduğu noktasında bkz. **ARSLAN**, s. 276 vd.

suça sebebiyet vermeyeceği ileri sürülmüştür⁶⁰. Buna göre tanığın, yalnız şahit olduğu olaya ilişkin bildiklerinin onun ifadesine dâhil olduğu ve olaya ilişkin kendi kanaatlerini yanlış aktarmasının yalan tanıklık suçu açısından tipik olmayacağı ifade edilmiştir⁶¹. Gerçekten de tanık, beyanını çeşitli şekillerde aktarabilir. Bu bakımdan kişinin şahit olduğu olayı idrakinin ötesindeki açıklamalarının yalan tanıklık kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Söz gelimi, tanık (A); (B)'nin (C) ile aralarında husumet olduğunu bilmesine ve olayı görmemesine rağmen inekleri (B)'den başkasının çalmış olamayacağına yönelik verdiği ifadesinde, (A)'nın tanıklık ettiği olay yalnızca (B) ve (C)'nin arasındaki husumettir⁶². (A)'nın inekleri (B)'nin çaldığı noktasındaki açıklamaları ise kendi içsel değerlendirmesi olup idrak ettiği ya da tanık olduğu bir vakıya ilişkin olmayıp gerçeğe aykırılık denetimine tabi olmayacaktır^{63 64}. Keza öğretide de tanığın yaptığı hukuki değerlendirmeler ile sanığın kişiliğine yönelik genel çıkarımlarının da gerçeğe aykırılık denetimine tabi olmayacağı belirtilmiştir⁶⁵.

Suçun hareket unsuruna ilişkin bir diğer tartışma konusu ise tanığın gerçeği saklamasının, diğer bir ifadeyle gerçeği açıklamamasının söz konusu suça sebebiyet verip vermeyeceği noktasındadır. Bu bakımdan suçun gerekçesinde, tanığın bildiklerini az ya da çok saklaması ya da gerçeği inkâr etmesi de maddi unsur içinde değerlendirilmiştir. Öğretide de, tanığın bildiklerini tam ve gerçeğe uygun olarak aktarmasının gerektiği, olaya ilişkin bildiklerini kasten gizleyen sanığın da ilgili suçtan sorumlu olacağı savunulmuştur⁶⁶. Bununla beraber yine öğretide bir görüş, sanığın sorulan sorular dışında da tanık olduğu her şeyi gerçeğe uygun olarak anlatmakla yükümlü olduğunu savunurken⁶⁷, diğer bir görüş ise somut olayda soru cevap şeklinde ilerleme durumunda sanığın sorulan sorular

⁶⁰ GÖKTÜRK, s. 357.

⁶¹ Yargıtay da 2014 tarihli bir kararında aynı görüşe yer vermiştir. Y. 9. CD., E. 2014/31, K. 2014/9187, T. 17.09.2014, karar için bkz. GÖKTÜRK, s. 357, dpt. 28.

⁶² Örnek için bkz. ARSLAN, s. 263.

⁶³ ARSLAN, s. 266.

⁶⁴ Bu durumda eğer tanık (A), masum olduğunu düşündüğü (B) hakkında bir ceza soruşturması açılması için bu şekilde ifade veriyorsa bu durumda iftira suçundan sorumluluğu gündeme gelebilir.

⁶⁵ ARSLAN, s. 266.

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1234 – 1235.

⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1218.

dışındaki hususlara değinmemesinin yalan tanıklık suçuna vücut vermeyeceğini ifade etmiştir^{68 69}.

Bu konuda katıldığımız bir görüşe göre de, madde metni aktif olarak yalan tanıklıkta bulunmayı cezalandırmakta olup bu konuda kanun koyucunun, gerçeğin saklanması ya da eksik bildirilmesini cezalandırma amacı ancak gerekçeden anlaşılmaktadır⁷⁰. Bu bakımdan gerçeğin saklanması yahut eksik aktarılması ancak; tanığın tanıklık yaptığı olaya ilişkin önemli olması (davaya etkili olması) durumunda söz konusu suçun oluştuğu kabul edilmeli ise de madde metnindeki ifadenin de gözden geçirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de suçun ihmal şeklinde işlenip işlenemeyeceği veya sorulan sorular dışındaki açıklanmayan hususların söz konusu suçu oluşturup oluşturmayacağı noktasında kanun koyucunun madde metninde yer alan “gerçeğe aykırı tanıklık yapmak” şeklindeki ifadeyi, “gerçeğe aykırı beyanda bulunmak veya gerçeği gizlemek” şeklinde yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır⁷¹. Özellikle bu husus kanunilik ilkesi açısından da önem arz etmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, tanığın susmasının, tanıklık yapmamak şeklinde gerçekleşmesi durumunda (söz gelimi, tanığın çekinme hakkı bulunmamakta iken tanıklık yapmak istememesi, hâkimin sorularını cevapsız bırakması vb.) yalan tanıklık suçu değil, CMK m. 60’da düzenlenen kişiyi tanıklık yapmaya zorlayan disiplin müeyyideleri gündeme gelecektir⁷². Yalan tanıklık suçu ise ancak kişinin tanıklıktan çekinmediği ve buna rağmen gerçeği sakladığı durumlarda tartışılabilir.

Tanıkların usulüne uygun çağrılıp çağrılmamalarının bu suçu oluşturup oluşturmayacağı da öğretilde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Ancak burada çoğunluk görüş, usulüne uygun olarak çağrılmamasına rağmen yine de davada bulunarak yalan tanıklıkta bulunan tanığın söz konusu suçtan cezalandırılması gerektiği yönündedir⁷³. Keza usulüne uygun olarak

⁶⁸ GÖKTÜRK, s. 359; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1137.

⁶⁹ Keza 765 sayılı TCK’da “sorulan sorulara” ilişkin tanıklığın susmasının da cezalandırılacağı belirtilmiştir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1235.

⁷⁰ ÜNVER, s. 183.

⁷¹ Mukayeseli hukukta bu yöndeki düzenlemeler için bkz. ÜNVER, s. 183 vd.

⁷² GÖKTÜRK, s. 360.

⁷³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1235; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1139; GÖKTÜRK, s. 369; İÇER, s. 196; KOÇER, s. 154; bu konuda usule aykırılıklardan dolayı tanıklık hükme esas alınmasa dahi yalan tanıklık suçunun oluşacağı, keza yalan tanıklık suçu açısından usul hükümlerine uyulmasının zorunlu koşul teşkil etmediği noktasında bkz. YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 8187; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜN-YA, Özel Hükümler, s. 1219.

çağrılmadığı için gelmeyen tanık hakkında CMK'da yer alan disiplin müeyyideleri uygulanamayacak ise de, usulüne uygun çağrı tanıklığın ön şartı olmayıp mahkemeye ya da tanık dinlemeye yetkili merciin huzuruna çıkan kişiye de yalan tanıklık yapma hakkı vermemektedir⁷⁴. Böylesine bir kabul adliyenin hatasının tanıklara yalan söyleme hakkı bahsettiği şekilde anlaşılacağından öğretilerdeki çoğunluk görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca benzer bir tartışma da tanığa yükümlülüklerinin hatırlatılmaması durumunda söz konusu suçun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği noktasındadır. Bu bakımdan tanığın gerçeği söyleme yükümlülüğü olduğunun hatırlatılmaması yalan tanıklık suçunun oluşmasına engel olmayacaktır⁷⁵. Bununla beraber, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilere bu hakların hatırlatılmaması durumunda, TCK'nın 273. maddesinde düzenlenen şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler gündeme gelecek ve tanık hakkında ceza verilmesinden vazgeçilebileceği gibi cezasında indirim de söz konusu olabilecektir⁷⁶.

Son olarak söz konusu suç, neticesi harekete bitişik suçlardan olup tanığın, gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması ile suç da tamamlanacaktır⁷⁷. Bu hususta suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı ve suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. İleride teşebbüs başlığı altında ayrıntılı olarak değinilecek olsa da, suçun yapısı göz önüne alındığında söz konusu suçun teşebbüse elverişli olmadığı düşüncesindeyiz.

⁷⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Özel Hükümler, s. 1219.

⁷⁵ **KOÇER**, s. 154.

⁷⁶ Bununla birlikte, Yargıtay yakın tarihli bir kararında kanaatimizce hatalı olarak tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan alınan beyan nedeniyle verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. "...1982 Anayasasının 38. maddesinde düzenlenen "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklindeki hükmü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aynı yöndeki kararları gözetilerek suça sürüklenen çocuğun CMK 48. madde uyarınca tanıklıktan çekinme hakkının kabulüyle kendisine bu yönde hatırlatma yapılması gerekirken hatırlatma yapılmadan alınan beyanı nedeniyle beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..." Y. 8CD., E, 2018/8497, K. 2018/11526, T. 24.10.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 18.05.2019). Oysa tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmaması suçun ön şartı ya da unsuru olmayıp yalnızca cezanın verilmemesine ya da azaltılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebebidir. Bundan dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğinden söz konusu karara katılmamaktayız. Benzer görüşte bkz. **GÖKTÜRK**, s. 371.

⁷⁷ Ayrıca suçun serbest hareketli suç olduğu yönündeki görüş için bkz. **İÇER**, s. 191.

b. Tanıklık Dinlemeye Yetkili Merciler

Söz konusu suçun temel ya da nitelikli halinin oluşumu açısından yalan tanıklık fiilinin nerede ve ne zaman gerçekleştiği oldukça önemli olup failin hareketinin tamamlayıcısı durumundadır. Buna göre yalan tanıklık suçunun düzenlendiği TCK'nın 272. maddesinin ilk fıkrasında; hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde yalan tanıklık yapmak yaptırım altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, yalan tanıklık suçunun temel halini oluşabilmesi için tanığın hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık olarak dinlenmesi ve bu dinlemeyi onu dinlemeye yetkili kişi veya kurulun yapması gerekmektedir. Bu bakımdan tanıklığın tanık dinleme yetkisi olmayan bir kişi ya da kurul önünde gerçekleşmesi durumunda -tanıklık gerçekleşmiş olmayacağından- söz konusu suçtan da bahsedilemeyecektir⁷⁸. Bundan dolayı, öğretide kimlerin tanık dinleme yetkisinin bulunduğu tartışılmış ve mevzuat hükümleri de göz önünde bulundurularak birtakım çıkarımlar yapılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu hukuka aykırı bir fiil neticesinde başlatılan soruşturma ifadesine yer vererek, mutlaka bir suç kapsamında başlatılan ceza soruşturmasını kastetmemiş, daha geniş anlamıyla idari ya da disiplin soruşturmaları açısından da söz konusu suçun oluşabileceğine işaret etmiştir⁷⁹. Keza Yargıtay da disiplin soruşturmaları kapsamında yalan tanıklık suçunun işlenebileceğine ilişkin karar vermiştir⁸⁰. Bununla beraber,

⁷⁸ “5237 sayılı TCK.nun 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun oluşması için tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde ya da mahkeme huzurunda veya yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapılmasının zorunlu olduğu...” Y. 20. CD., E. 2018/188, K. 2018/1181, T. 28.02.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 18.05.2019).

⁷⁹ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1137; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1231; **GÖKTÜRK**, s. 363; **İÇER**, s. 194; **KOÇER**, s. 155.

⁸⁰ “Sanık N.. A..’ın 18.10.2010 tarihinde Koçarlı Cumhuriyet Başsavcılığında, 24.02.2011 tarihinde disiplin soruşturması yapan soruşturmacıda verdiği beyanları ile yalan tanıklık suçundan yapılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde alınan 21.03.2012 ve 19.06.2012 tarihli savunmaları ve tüm dosya kapsamında, katılan hakkında İzmir İl Emniyet Müdürlüğü tarafından başlatılan disiplin soruşturması kapsamında 24.02.2011 tarihinde yeminli tanık olarak dinlenirken sanık Z.. M..’nin azmettirmesi sonucu gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu ve bu suretle yalan tanıklık suçunu işlediği anlaşıldığından, yüklenen suçtan sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...kanuna aykırı, katılanın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...”, Y. 9. CD., E. 2014/170, YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

ilk fıkrada yer alan suçun temel halinin oluşabilmesi için tanık dinlemeye yetkili kişi ya da mercilerin yemin ettirme yetkisinin bulunmaması gerekmektedir. Bu durum öğretilerde suçun temel halinin olumsuz şartı olarak isimlendirilmiştir⁸¹. Gerçekten de eğer tanık, kanunen yemin ettirerek dinleme yetkisine sahip kişi ya da kurulun önünde yalan tanıklık suçunu işlerse yemin etmese dahi suçun nitelikli hali oluşacaktır⁸². Ayrıca suçun temel hali açısından soruşturma şartı arandığı için ve ikinci maddenin de lafzı gereğince hukuk mahkemelerinde yapılan yalan tanıklık suçu her şart altında suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilecektir⁸³.

Bununla beraber, aslında Cumhuriyet savcısının dinlediği kişinin tanık olmadığı yalan tanıklık suçunun ancak; kovuşturma aşamasında hâkim huzurunda işlenebileceği keza yeni kanun ile tanık ve ifade veren kavramlarının birleştirildiği de ileri sürülmüştür⁸⁴. Buna karşın, CMK m. 43/5, 54/2, 146 vb. düzenlemeleri göz önüne alındığında Cumhuriyet savcısı da olayla ilgili olarak tanık dinleyebilecektir⁸⁵. Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlerken olayı araştırmakta ve soruşturma sonunda bir karara varmadan önce delil değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bu bakımdan Cumhuriyet savcısına karşı yapılan tanıklık esnasında da yalan tanıklık suçunun işlenebileceğini kabul etmek gerekir⁸⁶. Buna karşılık, kolluk görevlilerinin tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır. Kolluk görevlileri soruşturma kapsamında olay hakkında bilgisi olan kişilerin ifadesine

K. 2014/2503, T. 06.03.2014, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

⁸¹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8189.

⁸² GÖKTÜRK, s. 372 ve 378; aksi yönde YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8190.

⁸³ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8190; GÖKTÜRK, s. 278; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1139; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1232.

⁸⁴ SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 795-796.

⁸⁵ "...Cumhuriyet savcısı huzurundaki yeminli beyanında gerçeğe aykırı tanıklık yaptığı anlaşılmakla; sanıklar İlhan, Suzan ve Fatih'in atılı nitelikli dolandırıcılık suçundan, sanık ...'ın ise yalan tanıklık suçundan mahkumiyetlerine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde beraatlarına hükümlenmesi..." Y. 15. CD., E. 2015/14129, K. 2018/8013, T. 14.11.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

⁸⁶ Cumhuriyet savcısı CMK'nın 54. maddesinin 2. fıkrası gereğince yemin verdirmeye yetkili olduğu için Cumhuriyet savcısına karşı yapılan tanıklık esnasında yalan tanıklık suçunun işlenmesi durumunda suçun nitelikli hali uygulanacaktır. Aynı yönde bkz. PARLAR, s. 2902; GÖKTÜRK, s. 378-37; İÇER, s. 205.

başvurabilirler, hatta ifadesine başvurmak üzere kişileri çağırabilirler⁸⁷. Ancak kolluk güçlerinin çağrıya rağmen gelmeyen kişileri zorla getirme gibi yetkisi olmadığı⁸⁸ gibi ifadelerine başvurdukları kişilerin beyanları da tanık ifadesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında; kolluğun tanık dinleme yetkisinin bulunmadığını, kolluk tarafından alınan ifadenin yalan tanıklık suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir⁸⁹. Öğretide de kolluğun teknik anlamda tanık dinleme yetkisine sahip olmadığı, olayla ilgili bilgisi olduğunu düşündüğü kişiler açısından yaptığı araştırma ve ifade almanın bilgi toplama olarak görülmesi gerektiği⁹⁰, bundan dolayı kolluktaki ifadenin yalan tanıklık suçuna sebebiyet vermeyeceği ileri sürülmüştür⁹¹. Bu noktada Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 15. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; “*Polis;*

⁸⁷ PYSK m. 15/1; “*Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar.*”

⁸⁸ **CENTEL/ZAFER**, s. 271.

⁸⁹ “...Kolluğun tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır. Yasal anlamda tanıklıktan kasıt, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, gerekli görüldüğünde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından duruşmaya çağrılmak suretiyle, naip veya istinabe yoluyla engel hali bulunmayan kişinin ispat edilmek istenen olayla ilgili bilgi ve görgüsü tespit edilmesidir. Tanığa yemin verme yetkisi olmayan kolluk görevlileri tarafından “ifade sahibi” olarak alınan ifadede yalan tanıklık suçu oluşmayacaktır...” Y. 16 CD., E. 2018/4, K. 2018/1470, T. 16.04.2018. Keza yine Yargıtay kolluktaki ifadesinden Cumhuriyet savcısı önünde dönen failin kolluktaki ifadesinin tanık ifadesi olmayacağını belirterek yalan tanıklık suçunun unsurlarının oluşmadığını belirtmiştir: “Sanık ... hakkında yalan tanıklık suçundan kurulan hükmün incelenmesinde; sanığın kollukta alınan ifadesinde maktul ...'in alkollü bir şekilde dolaşırken düştüğünü gördüğünü belirttiği, 09.08.2013 tarihli savcılık ifadesinde maktul ...'in kendisinin mi düştüğünü yoksa birisi tarafından itilme sonucu mu düştüğünü görmediğini belirttiği, sanığın kollukta vermiş olduğu ifadesinin bilgi sahibi sıfatıyla ve yeminsiz olarak alındığı, ilk yeminli beyanında sanığın yalan tanıklıkta bulunmadığı, bu itibarla yalan tanıklık suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,” Y. 1. CD., E. 2017/614, K. 2018/1056, T. 07.03.2018. Kararlar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

(Erişim Tarihi: 19.05.2019)

⁹⁰ Polisin üçüncü kişilerin bilgisine başvurması, teknik anlamda bir tanık dinleme faaliyeti değil; bilgi toplama. **CENTEL/ZAFER**, s. 271. Keza Yargıtay da 2013 tarihinde verdiği bir kararda; “*Tanık dinleme yetkisi bulunmayan kolluk tarafından düzenlenen “bilgi alma tutanağı”ndaki beyan nedeniyle yalan tanıklık suçunun oluşmayacağı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.*” şeklinde hüküm kurarak bu hususu vurgulamıştır. Y. 9. CD., E. 2012/6531, K. 2013/3087, T. 28.02.2013, karar için bkz. **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8198.

⁹¹ **GÖKTÜRK**, s. 363-364; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1139; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1231; **İÇER**, s. 194; **ÜNVER**, s. 190.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri hâlinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir.” hükmünden de söz edilmelidir. İlgili hükmün lafzına bakıldığında polisin tanık dinleyebileceği ve hatta bunu tanıkların ikamet ettikleri yerlerde ya da iş yerlerinde yapabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Ancak söz konusu hüküm, 15. maddenin 1. fıkrası ile birlikte düşünülmeli ve bu kapsamda kanun koyucunun tanık ifadesi derken bilgi alınan kişilere ilişkin bir düzenleme getirdiği ve bu düzenlemenin de teknik anlamda polise tanık dinleme yetkisi vermediği kabul edilmelidir⁹². Sonuç olarak, PVSK m. 15/2’de yer alan düzenleme ile polis, tanık dinlemeye yetkilendirilmiş olmayıp bu durum kanun koyucunun kavramları yerinde kullanmaması sonucu oluşan bir karışıklıktan ibarettir⁹³.

Genel kolluğun içinde yer alan Jandarma her ne kadar çağrıya rağmen gelmeyen kişileri zorla getirme yetkisini haiz olsa bile, polise verilmeyen tanık dinleme yetkisinin Jandarma’ya da verilmediğini ifade etmeliyiz. Keza Yargıtay da istisna birkaç kararı hariç Jandarmanın da tanık dinleme yetkisinin olmadığını kabul etmiştir⁹⁴. Ayrıca öğretide yer alan kolluk güçlerine karşı yalan tanıklık suçunun işlenmesi halinde de kanunda suç olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlere de katılmamaktayız⁹⁵.

⁹² Aynı yönde bkz. **ŞEN, Ersan**, “Kolluk Tanık Dinleyebilir mi?”, 23 Kasım 2017, <https://www.hukukihaber.net/kolluk-tanik-dinleyebilir-mi-makale,5548.html> (Erişim Tarihi: 04.08.2019).

⁹³ Ayrıca 667 sayılı KHK ile getirilen (667 sayılı KHK m. 6/1-c) Devletin güvenliğine karşı suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlardan dolayı yürütülen soruşturmalarda görev ve unvan farkı gözetilmeksizin kamu görevlileri de dahil olmak üzere tüm şüpheli, mağdur ve tanık ifadelerinin adli kolluk görevlileri tarafından da alınabileceğine ilişkin düzenleme olağanüstü halin kaldırılması ile yürürlüğü sona ermiş bir düzenlemedir. Keza söz konusu düzenlemenin 6749 sayılı Kanun ile kabulü de bu hususu değiştirmeyecek ve PVSK m. 15/2’nin dayanağı olarak addedilmeyecektir. **ŞEN**, “Kolluk Tanık Dinleyebilir mi?”, 23 Kasım 2017.

⁹⁴ “...babası olan Yusuf oğlu T. K. ’nin jandarmaya başvurarak A. K. ’in rızası dışında konutuna girdiği iddiasıyla başlatılan soruşturma sırasında sanığın 23.06.2011 tarihinde jandarmada alınan beyanının iftira suçunu oluşturmayacağı, tanık sıfatıyla ifade alma yetkisi bulunmayan kolluk tarafından alınan bu beyanın “yalan tanıklık” suçuna da vucut vermeyeceği gözetilmeden sanığın yüklenen suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...” Y. 9. CD., E. 2013/10296, K. 2014/4141, T. 07.04.2014, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 19.05.2019)

⁹⁵ *Koçer*’e göre; kolluk görevlilerinin soruşturmanın en önemli aktörlerinden biri olması ve kolluk görevlilerince alınan ifadeler dayanılarak birçok soruşturmanın yürütülmesi sebebiyle kolluk görevlilerince alınan ifadeler açısından da yalan tanıklık suçunun oluşması gerekmektedir. **KOÇER**, s. 157.

Nitekim soruşturmanın başlangıcında daha yargılama dahi ortaya çıkmamışken, adliye makamları dışındaki kolluk kuvvetlerine verilen gerçeğe aykırı ifadelerin söz konusu suç açısından soyut tehlike dahi yaratmadığını ifade etmemiz gerekir. Kaldı ki, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme, kolluk tarafından ifadesi alınan ve tanık olarak dinlenmesini gerekli gördüğü kişileri “delillere doğrudan temas ilkesi” gereğince bizzat kendileri de dinleyeceklerdir. Bu noktada tanığın ancak sayılan kişilere ifade verirken gerçekten ayrılması durumunda ancak; söz konusu suçun oluşacaktır.

Bu konu başlığı altında değinilmesi gereken bir başka husus da, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yapılan soruşturmalar esnasında kişilerin tanıklığına başvurulup başvurulamayacağı ve bu tanıklık sebebiyle yalan tanıklık suçunun oluşup oluşmayacağıdır. 4483 sayılı Kanun kapsamında ön inceleme ile görevlendirilen kişinin tanık dinleme yetkisi, ilgili Kanunun 6. maddesi uyarınca bulunmakta iken, tanıklara yemin verme yetkisinin olup olmadığı öğretilerde tartışılmalıdır⁹⁶. Katıldığımız görüşe göre, 4483 sayılı Kanun gereğince yapılan ön inceleme bir ceza soruşturması kapsamında olmayıp bu aşamada soruşturma ile görevlendirilen kişinin tanıklara yemin verdirme yetkisi bulunmamaktadır⁹⁷. Bundan dolayı, 4483 sayılı Kanun kapsamında yürütülen soruşturmalarda, tanığın yalan tanıklık yapması durumunda 272. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen suçun temel halinden sorumlu olacaktır⁹⁸.

Son olarak, tahkime gidildiği durumlarda, hakemlerin tanık dinleme yetkisi kabul edilse bile, tanığa yemin verdirme yetkileri bulunmadığından tahkim duruşmalarında da gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin suçun temel halinden cezalandırılması gerekir⁹⁹.

4. Netice

Öğretilerde yalan tanıklık suçunun sırf hareket suçu olması nedeniyle herhangi bir neticeye sahip olmadığı ileri sürülse de¹⁰⁰, kanaatimizce her suçun bir neticesi vardır ve bu netice bir zarar şeklinde ortaya çıkabileceği

⁹⁶ ÜNVER, s. 191.

⁹⁷ GÖKTÜRK, s. 366, karşı görüş için bkz. ÜNVER, s. 191.

⁹⁸ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8190.

⁹⁹ ARTUK/GÖKCAN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1216; YAŞAR/GÖKCAN /ARTUÇ, s. 8190; Buna karşılık, tahkim yargılamalarında gerçeğe aykırı tanıklık suçunun işlenemeyeceği görüşü için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1231.

¹⁰⁰ İÇER, s. 186; GÖKTÜRK, s. 355; KOÇER, s. 169;

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

gibi zarar ihtimali (tehlike) şeklinde de olabilir¹⁰¹. Bu bakımdan kanun koyucu, bazı suçlar açısından zararın ortaya çıkmasını aramamış ve zarar ihtimalinin gerçekleşmesini yeterli görmüştür. Tehlike suçları olarak öğretide adlandırılan bu suçlar, hâkimin belli bir araştırma yapmasının gerektiği somut tehlike suçları ile hareketin gerçekleşmesi ile tehlikenin meydana geldiğinin varsayıldığı soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰².

Öğretide de yalan tanıklık suçu açısından da kanun koyucunun bir zararın meydana gelmesini aramadığı ve tanığın gerçeklikten ayrılarak adliyei yanlış yöne sevk etme ihtimali yarattığı anda suçun tamamlanacağı, bundan dolayı da söz konusu suçun soyut tehlike suçu olduğu ileri sürülmüştür¹⁰³. Gerçekten de maddenin lafzı göz önüne alındığında suçun temel ve nitelikli halleri bakımından yalnızca tanığın kasten yalan tanıklık yapması yeterli olup bu tanıklığın hâkimin hükmüne etki etmesine gerek bulunmamaktadır. Keza bu açıdan kişinin sanığın aleyhine ya da lehine yalan tanıklık yapması da önemli değildir. Diğer bir ifadeyle, aleyhine olacak şekilde hakkında gerçeğe aykırı tanıklık yapılan kişinin yargılamanın sonunda beraat etmesi veya lehine tanıklık yapılmasına rağmen kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi yalan tanıklık yapan failin durumunu değiştirmeyecektir.

Bununla beraber, her ne kadar suç soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olsa da, failin yaptığı yalan tanıklık en azından mahkemenin/hakimin/soruşturmacının yanlış yola sevk edebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Nitekim dava ile ilgili olmayan ve davaya etkisi olmayacak şeylerin söz konusu soyut tehlikeyi yaratma imkânı olmadığından yalan tanıklık suçuna sebebiyet veremeyeceğini kabul etmek gerekir^{104 105}.

¹⁰¹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2010, s. 253; DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 12. Baskı, İstanbul, 1997, s. 384.

¹⁰² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 310 vd.; ÖZGENÇ, s. 205; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 256 vd.; DEMİRBAŞ, s. 247; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 111.

¹⁰³ GÖKTÜRK, s. 355; İÇER, s. 204; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1136; Koçer ise yalan tanıklık suçunu tehlike suçu olduğunu ifade etmiştir. KOÇER, s. 163.

¹⁰⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1235, KOÇER, s. 163. Bununla birlikte Yargıtay her ne kadar yalan tanıklık suçunun oluşumunda gerçeğe aykırı tanıklığın hükme etkisini aramakta ise de yargılamanın lehe yenilenmesi (CMK m. 311) açısından yalan tanıklığın hükme etki etmesini kanun gereği aramaktadır. "...Yargılama esnasında tanık olarak ifadesine başvurulmuş ...'ın, olayla ilgili yalan tanık yaptığından bahisle Tarsus 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 23/02/2018 tarihli ve 2016/471 esas, 2018/181 sayılı kararı ile mahkûmiyetine karar verilmesine dair itiraz konusuna ilişkin olarak; sanık ... ile daha önceden duygusal arkadaşlığı olan ...'ın, Mersin ili Viranşehir Mahallesi'nde bir kafede YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

B. MANEVİ UNSUR

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB Art. 161) aksine Türk Ceza Kanunu'nda suçun taksirli hali düzenlenmemiştir¹⁰⁶. Bundan dolayı söz konusu suç, ancak kasten işlenebilir. Failin, tanık sıfatı ile ifade verdiğinin bilincinde olması ve bilerek – isteyerek tanıklığı esnasında gerçeğe aykırı tanıklık yapması gerekmektedir¹⁰⁷. Bu bakımdan tanık; unutkanlığı, olay esnasında ya da mahkemedeki dalgınlığı yahut geçen zaman sebebiyle olayı eksik hatırlaması gibi durumlarda gerçeklikten ayrılma ya da gerçeği saklama kastının bulunmaması sebebiyle söz konusu suçtan sorumlu olmayacaktır¹⁰⁸. Keza öğretilerde de böyle durumlarda yalnızca tanığın çelişki teşkil eden ifadeleri ile suçun oluştuğuna hükmedilmemesi gerektiği, sanığın ayrıca manevi unsurunun bulunup bulunmadığının araştırılmasının zorunlu olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁰⁹. Yukarıda da ifade ettiğimiz ve gerçeğe aykırılık noktasında kıstas olarak belirlediğimiz objektif teorinin de bir sonucu olarak failin objektif gerçeklikten ayrılan her açıklaması değil, kasıtlı açıklamaları bu suça sebebiyet vereceğinden söz konusu kast tespiti büyük önem arz etmektedir. Yargıtay da bir kararında failin tanıklıktan

gönül ilişkisi içerisinde bulunduğu yakınan ... ile oturduğu sırada kız meselesi nedeniyle yaşanan kavgaya şahit olduğu, ...'ın tanıklığının, yakınan ...'ye karşı işyerinde gerçekleştirilen yağma olayı ile ilgili bulunmadığı ve daha önceki tarihlerde gerçekleşen anılan yağma olayları yönünden de adı geçen tanığın görgü ve bilgisinin olmadığı anlaşılıp, ayrıca bu tanığın beyanının kararda etkili delil olarak esas alınmadığı nazara alındığında; anılan hususların yargılamanın yenilenmesini gerektirecek yeni delil niteliğinde olmadığı gibi yargılamanın sonucuna da etkili görülmediğinden...", Y. 6 CD., E. 2018/2736, K. 2018/6071, T. 03.10.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>
(Erişim Tarihi: 20.05.2019).

¹⁰⁵ Tanıklığın hükme etkisi açısından öğretilerde tartışılan bir hususta yargılamanın muhakeme şartlarının oluşmaması dolayısıyla sona ermesi durumunda yalan tanıklık suçundan dolayı kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu konuda bir görüşe göre, yokluk ile sakatlanmış bir yargılama olsa dahi yalan tanıklık suçu gerçekleşecektir. **GÖKTÜRK**, s. 361. Diğer bir görüşe göre ise yargılama muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi sonucu sona ermişse yalan tanıklığın adalete menfi olarak etkisi olmayacağından suçun da oluştuğundan söz edilemeyecektir. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 1219-1220. Aynı yönde **EREM Faruk**, "Yalan Şahadet, Hakikata Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık", AÜHFD, C.: XI, S.:3-4, 1954, s. 46.

¹⁰⁶ Öğretilerde taksirli haline de yer verilmesi gerektiği noktasında bkz. **EREM**, s. 48-49.

¹⁰⁷ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1238; **ÜNVER**, s. 202.

¹⁰⁸ **İÇER**, s. 209; **PARLAR**, s. 2902; **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8195.

¹⁰⁹ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8195.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

kasten ayrılmasının gerekli olduğunu ifade etmiş¹¹⁰ ve dikkatsizlik, unutma, başka şeylerle meşgul olma nedeniyle bir tanığın tanıklığının diğer tanığın ya da sanığın ifadelerine uymamasının yalan tanıklık olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır¹¹¹.

Bununla beraber, kanun koyucu yalan tanıklık suçu açısından failin belirli bir motiv (saik) ile hareket etmesini aramadığından failin masum olduğunu düşündüğü sanığı kurtarmak amacıyla yalan tanıklık yapması da suçun oluşumuna etki etmeyecektir¹¹². Bu açıdan failin bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı tanıklık yapması yeterli olup bunu ne amaçla yaptığı önemsizdir.

Son olarak, söz konusu suçun olası kastla da işlenebileceği noktasında öğretide neredeyse görüş birliği bulunmaktadır¹¹³. Gerçekten de tanığın gerçeğe aykırılığı muhtemel olarak öngörmesine karşılık, olursa olsun diyerek açıklamalarına devam etmesi durumunda suçun olası kastla işlendiği kabul edilmeli ve TCK m. 21/2 gereğince cezasında indirim yapılmalıdır.

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İLE KUSURLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN HALLER

Yalan tanıklık suçu açısından herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Nitekim suçun düzenlendiği yer ve koruduğu hukuki değer göz önüne alındığında ilgilinin rızasının, söz konusu suç açısından hukuka uygunluk nedeni olmayacağı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, aleyhine tanıklık yapılan kişinin gerçeğe aykırı tanıklık açısından rızasının bulunduğunu söylemesi suçun oluşumunu

¹¹⁰ “Dosya kapsamına göre, sanıkların davanın sonucunu etkilemek amacıyla bilerek ve isteyerek yalan tanıklıkta bulunmadıklarının anlaşılması karşısında, sanıklara yüklenen suç açısından kastlarının bulunmadığı gerekçe gösterilerek CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken, yanlış gerekçeyle yazılı şekilde CMK'nın 223/2-(c) ve (e) maddeleri gereğince uygulama yapılması...” Y. 16. CD., E. 2015/482, K. 2015/4901, T. 09.12.2015, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 22.05.2019).

¹¹¹ YCGK., E. 1993/4-19, K. 1993/43, T. 01.03.1993, karar için bkz. İÇER, s. 209.

¹¹² Bu durumlarda adaletin zarar gördüğü yönünde bkz. EREM, s. 49.

¹¹³ GÖKTÜRK, s. 386; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1223; PARLAR, s. 2902; ÜNVER, s. 203; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8194; KOÇER, s. 164; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1238; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1145; İÇER, s. 208.

engellemeyecektir. Yine tanıklıktan çekinme yetkisinin kullanılmasının da bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür¹¹⁴.

Bununla beraber, yalan tanıklık suçu bakımından kusurluluğu azaltan veya kaldıran haller gündeme gelebilir. Özellikle tanığın gerçeğe aykırı beyanını tehdit ve korkutma halinde vermesi durumunda tanık TCK m. 28 gereğince cezalandırılmayacaktır¹¹⁵. Ayrıca benzer bir durum akıl hastası tanıklar açısından da söylenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasında akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin öneminin anlayamayanların kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilecekleri, 50. maddesinde de ayırt etme gücüne sahip olmayanların yeminsiz dinleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayanlar da yemin vermeksizin tanık olarak dinlenebilir¹¹⁶. Bu durum kanun koyucunun hiç tanık dinlenmemesinden ise, yeminsiz dahi olsa tanık dinlenmesini tercih etmesinden kaynaklanmaktadır¹¹⁷. Bu bakımdan, gerçeğe aykırı tanıklık yapan tanığın akıl hastalığı, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltmış ise artık söz konusu tanık cezalandırılmayacaktır (TCK m. 32). Son olarak, haksız tahrik hükümlerinin de TCK m. 29'daki şartların da sağlanması durumunda uygulanabileceği kanaatindeyiz¹¹⁸. Gerçekten de

¹¹⁴ **GÖKTÜRK**, s. 386; Yargıtay'ın kişiye tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmamasını, suçun ön koşulu olarak değerlendirdiği kararlar için bkz. **ÜNVER**, s. 201-202.

¹¹⁵ “*Tarafından tehdit edilmesi nedeniyle müştekiler aleyhine yalan beyanda bulunduğu dair suça sürüklenen çocuğun aşamalarda değişmeyen savunması karşısında; tehdit olgusu araştırılmadan ve TCK.nun 28. maddesi hükmü tartışılmadan eksik kovuşturmayla hüküm kurulması...*” Y. 8. CD., E. 2017/12431, K. 2018/1189, T. 07.02.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 23.05.2019).

¹¹⁶ **ÖLMEZ**, s. 9; **İÇER**, s. 202.

¹¹⁷ **GÖKTÜRK**, s. 386-387.

¹¹⁸ Keza Yargıtay da aynı görüştedir. “*Saniğin, kendisinden valizlerini x-ray cihazından geçirmesini istemeleri nedeniyle polis memurlarına çok yorgun olduğunu ve kendilerinin valizleri istedikleri gibi kontrol edebileceğini söylemesi üzerine çıkan tartışmada, saniğin katılan polis memurları tarafından hakarete uğrayıp, darp edildiğini iddia etmesi ve 20/02/2013 tarihli adli tıp raporu ile saniğin olayın hemen sonrasında durumunu gösterir fotoğraf karşısında, saniğin şikayeti üzerine polis memurları hakkında açılan Bakırköy 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/274 E. sayılı dosyanın akıbeti, yine mahkemece tarafsız tanık olarak kabul edilen ... hakkında yalan tanıklık nedeniyle yapılan ve Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığınca 2013/12644 sayı ile yürütülen soruşturma sonucu araştırılarak neticelerine göre TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükümlerinin somut olayda uygulanıp uygulanmayacağı da değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiği* YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

aralarında husumet bulunan sanığın kendisine yönelen haksız hareketinin doğurduğu şiddetli elem veya öfke hali içerisinde onun aleyhine olacak şekilde gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi haksız tahrik hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

D. NİTELİKLİ UNSURLAR

1. Mahkeme Huzurunda Ya Da Yemin Ettirerek Tanık Dinlemeye Kanunen Yetkili Kişi Veya Kurul Önünde Yalan Tanıklık Suçunu İşlemek (TCK m. 272/2)

Yalan tanıklık suçunun temel halinin, hukuka aykırı bir fiil soruşturma kapsamında gerçeğe aykırı tanıklık yapmak olduğunu ve söz konusu düzenleme gereği yalnızca ceza soruşturmalarında değil, idari ve disiplin soruşturmalarında da söz konusu suçun işlenebileceğini yukarıda ifade etmiştik. TCK'nın 272. maddesinin 2. fıkrasında ise, mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir¹¹⁹. Bu kapsamda, yalan tanıklık suçunun mahkeme önünde işlenmesi ya da tanıklara yemin ettirme yetkisi olan bir kurul önünde işlenmesini kanun koyucu, adliyeye duyulan güveni daha fazla sarsacağı inancı ile daha ağır bir ceza ile cezalandırmıştır¹²⁰.

İlgili nitelikli halin uygulanabilmesi için tanığın mahkeme önünde ya da tanığa yemin verdirme yetkisine sahip bir kişi veya kurul önünde suçun gerçekleşmesi yeterlidir¹²¹. Mahkeme deyiminden devletin yargı kolundaki

gözetilmeden eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması," Y. 18. CD., E. 2016/16147, K. 2018/16250, T. 03.12.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>
(Erişim Tarihi: 21.05.2019).

¹¹⁹ Öğretide ikinci fıkranın suçun nitelikli hali değil, ayrı bir suç oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1231.

¹²⁰ Yemin altında verilen ifadenin, yemin verilmeden verilen ifadeye nazaran delil değerinin daha fazla olduğu gerekçesiyle daha ağır cezalandırıldığı yönündeki görüş için bkz. **GÖKTÜRK**, s. 377, dpt. 99.

¹²¹ "...oluşa, tüm dosya kapsamına göre,...ün, ...'a karşı yaralama suçundan yargılandığı Cihanbeyli Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/32 esas sayılı dava dosyasında, sanığın kayın biraderi olması sebebiyle tanıklıktan ve yeminden çekilme hakları hatırlatılarak; 26.07.2012 tarihli kollukta alınan, ...'ün ...'a yumruk attığına dair beyanı ve 20.03.2013 tarihinde mahkemede sadece ağız münakaşası yaşandığına vurma olayı olmadığına dair beyanı ve ...'in 26.07.2012 günü alınan beyanında teyzesi ...'a vurduğuna ancak pişman olduğuna; tanık... 'ün ise, olay günü bağırış sesleri üzerine dışarı çıktığına ve dışarıda... 'ın ...'ı vurduğunu gördüğüne dair beyanları ve ... hakkındaki olay günü tarihinde alınan sol gözde yoğun şişlik ve ekimoz bulunduğuna dair doktor raporu karşısında, mahkeme

herhangi bir yargılama makamı anlaşılmalıdır. Buna göre söz konusu nitelikli hal, ceza ya da hukuk mahkemesinde işlenebileceği gibi Anayasa Mahkemesi'nde de işlenebilir. Sulh ceza hâkimliği önünde yapılan yalan tanıklık suçu açısından da söz konusu nitelikli uygulanacaktır¹²², keza sulh ceza hâkimliği yargılama makamı olarak fıkra kapsamında yer alacağı gibi aynı zamanda da tanığa yemin verdime yetkisine sahiptir¹²³.

Yemin verdirmeye yetkili kişi ya da kurul önünde yapılan tanıklık açısından ise söz konusu nitelikli halin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kişinin yemin etmesine gerek bulunmaksızın yalnızca yemin verdirmeye yetkili kişi yahut kurulun önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapması yeterlidir¹²⁴. Hatta kişinin yeminden çekinmesi ve yemin verilemeyen tanıklardan olması da söz konusu nitelikli halin oluşmasını engellemeyecektir¹²⁵. Önemli olan husus kişi ya da kurulun tanığı yemin verdirerek dinleme yetkisini haiz olmasıdır. Diğer bir görüşe göre ise, yemin verdirmek her ne kadar suçun unsuru olmasa dahi suçun nitelikli halinin unsurudur¹²⁶. Bu bakımdan tanığın yemin etmemesi durumunda birinci fıkrada düzenlenen suçun temel hali uygulanmalıdır¹²⁷.

Bu hususta kanaatimizce maddenin lafzı da göz önüne alındığında TCK m. 272/2'de yer alan nitelikli halin gerçekleşmesi için tanığa yemin verdirilmesine gerek bulunmamakta, tanığa yemin verdirmeye yetkili kişi ya da kurulun önünde suçun işlenmesi yeterli kabul edilmelidir. Bununla beraber Alman hukukunda, hem yalan tanıklık suçunun temel halinin

aşamasında yalan beyanda bulunduğu anlaşılan sanığın, sübuta eren ve unsurları yönünden oluşan yalan tanıklık suçundan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi..." Y. 8. CD., E. 2017/11858, K. 2018/855, T. 31.01.2018, karar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

(Erişim Tarihi: 20.05.2019).

¹²² Bu noktada tutuklama sorgusunda sulh ceza hâkiminin tanık dinleyebileceğine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İfade ve sorgu almayı düzenleyen CMK m. 147 ve 148 düzenlemeleri göz önüne alındığında sulh ceza hâkiminin de tanık dinleyebileceği kabul edilmelidir. **KARAKAYA Naim**, "Tutuklamaya Dair Birtakım Meseleler", <https://www.karakaya.av.tr/makale-07.html> (Erişim Tarihi: 20.05.2019). Keza TCK m. 272/5 de göz önüne alındığında kanun koyucunun hakkında aleyhe tanıklık yapılan kişinin tutuklanmasını söz konusu suç açısından neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal olarak düzenlemesi de yukarıda yer alan görüşü destekler niteliktedir.

¹²³ **CENTEL/ZAFER**, s. 272.

¹²⁴ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1138.

¹²⁵ **GÖKTÜRK**, s. 378-379. Aynı yönde **ÜNVER**, s. 193.

¹²⁶ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8191.

¹²⁷ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1138.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

düzenlendiği StGB Art. 153¹²⁸ hem de suçun nitelikli halinin düzenlendiği Art. 154¹²⁹ incelendiğinde tanığın yemin etmesi hususunun ön plana çıkartıldığı görülmektedir. Özellikle Art. 154'e göre; tanığın mahkeme huzurunda veya yemin ettirmeye kanunen yetkili kılınmış olan bir merci önünde gerçeğe aykırı ifade vermesi yeterli olmayacak aynı zamanda yemin altında bu gerçeğe aykırı ifadeyi vermesi gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, tanığın yemin etmesi, Alman hukukunda nitelikli halin uygulanması bakımından bir unsur teşkil etmektedir¹³⁰. Ayrıca dini sebeplerle yemin etmek istemeyen kişiler için de Art. 156'da¹³¹ yemin yerine geçecek temin verme hususu düzenlenmiş ve temin vermesine rağmen yalan tanıklıkta bulunan kişiler açısından da ceza öngörülmüştür.

Bu bakımdan Türk hukukundaki düzenlemenin de Alman Ceza Kanunu'ndaki hükümler de göz önüne alınarak revize edilmesi gerekmektedir. Çünkü TCK'nın 272. maddesinin 2. fıkrası öğreti tarafından haklı olarak -lafzı itibariyle- yemin etmenin gerekli olmadığı şeklinde yorumlansa da bu durum her zaman adaletli sonuçlar doğurmayacaktır. Keza CMK m. 50 gereğince yeminsiz dinlenmek durumunda bulunan tanıklar açısından durumun ne olacağı tartışılmalıdır. Söz gelimi, 14 yaşındaki tanık (A)'nın yemin verdirerek tanık dinleme yetkisine sahip Cumhuriyet savcısının (CMK m. 54/2) huzurunda gerçeğe aykırı tanıklık yapması durumunda (A)'nın nitelikli halden cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorun teşkil etmektedir. Buna göre, 272. maddenin 2. fıkrasının lafzı gereğince yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişinin (Cumhuriyet savcısı) önünde gerçeğe aykırı tanıklık yaptığı için (A) hakkında yalan tanıklık suçunun nitelikli hali uygulanacaktır. Ancak bu

¹²⁸ StGB Art. 153 – Yemin etmeksizin yapılan yalan tanıklık; “Her kim, mahkeme huzurunda veya yemin ettirerek tanık veya bilirkişi ifadesi almaya kanunen yetkili olan bir merci önünde, tanık veya bilirkişi sıfatı ile yemin etmeden, gerçeğe aykırı ifade verirse, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bkz. **YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried**, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 254-255.

¹²⁹ StGB Art. 154 – Yalan yere yemin; “Her kim, mahkeme huzurunda veya yemin ettirmeye kanunen yetkili kılınmış olan bir merci önünde yemin altında yalan söylerse, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.” Bkz. **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 255.

¹³⁰ **GÖKTÜRK**, s. 377, dpt. 99.

¹³¹ StGB Art. 156 – Gerçek dışı bir şekilde yemin yerine geçen temin etme; “Her kim, yemin yerine geçen temin ettirme yetkisine sahip olan bir makamın önünde, böyle bir temini, gerçeğe aykırı olarak verir veya böyle bir temine dayanarak gerçeğe aykırı bir ifade verirse, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Bkz. **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 256.

durum kanaatimizce kanun koyucunun nitelikli hali düzenlemedeki amacına (ratio legis) aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki, mehz kanun olan StGB Art. 157/2’de¹³² de; henüz yemin etme ehliyetine sahip olmayan bir kişinin yemin etmeksizin gerçeğe aykırı ifade vermesi durumu cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Benzer bir husus, yeminden çekinmesine rağmen mahkeme önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişiler açısından da söylenebilir.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, TCK’nın 272. maddenin 2. fıkrasının nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, yemin etmiş bir tanığın ifadesinin yemin etmemiş bir tanığa nazaran daha büyük önem arz etmesidir. Keza CMK’da tanıklığına güvenilemeyecek kişilerin yeminsiz de olsa dinlenmesi öngörülmüş ve gerçeği söylememe ya da gerçeği saklama ihtimali daha yüksek kişiler açısından da yeminden çekinme hakkı getirilmiştir (CMK m. 51). Bu düzenlemeler de göz önüne alındığında yemin ederek tanıklık yapmanın, yeminsiz ya da yeminden çekinmiş tanıklığa kıyasla delil değerinin daha fazla olduğu kabul edilmelidir¹³³. Bundan dolayı söz konusu fıkranın yeniden düzenlenerek nitelikli halin uygulanması için yemin şartının aranması kanun koyucunun amacına daha uygun görünmektedir¹³⁴.

2. Üç Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Bir Suçun Soruşturma veya Kovuşturması Kapsamında Yalan Tanıklık Suçunu İşlemek (TCK m. 272/3)

Kanun koyucu, failin üç yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suçun soruşturması veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık suçunu işlemesi halini -tıpkı mülga Türk Ceza Kanunu’nu zamanında da düzenlediği gibi¹³⁵ -

¹³² StGB Art. 157/2 – Tanıklıkta zaruret hali; “(2) Henüz yemin etme ehliyetine sahip olmayan bir kişi, yemin etmeksizin gerçeğe aykırı bir ifade verirse, mahkeme bu halde de cezayı takdirden indirebilir (49/2) veya ceza vermekten vazgeçebilir.” Bkz. **YENİSEY/PLAGEMANN**, s. 256.

¹³³ Alman hukukunda tanığın yemin etmesinin StGB Art.154’de daha ağır cezalandırılmasının sebebinin de yemin ederek tanıklık yapmanın, yeminsiz ya da yeminden çekinmiş tanıklığa kıyasla delil değerinin daha fazla olduğu yönünde bkz. **GÖKTÜRK**, s. 377, dpt. 99.

¹³⁴ Aynı yönde **ARTUÇ/GÖKCAN/YAŞAR**, s. 8191; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1138.

¹³⁵ 765 s. TCK m. 286/2; “Eğer fil üç seneden fazla hürriyeti tahdit eden cezayı müstelzim bir cürmün tahkik ve muhakemesi esnasında vaki olmuş ise cezası üç seneden on seneye kadar ağır haptistir.”

daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörmüştür¹³⁶. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, fıkranın lafzında hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan soruşturma veya kovuşturma şartı arandığından idari ya da disiplin soruşturması yahut hukuk davası kapsamında söz konusu nitelikli halden failin sorumlu olması mümkün değildir.

Ayrıca kanun koyucu nitelikli halin hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında işlenebileceğini düzenlediğinden tanığın soruşturma kapsamında *-üç yıldan fazla bir hapis cezasını gerektiren suç bakımından-gerçeğe aykırı tanıklık yapması yeterli olacak*¹³⁷, bu noktada kovuşturma aşamasına bir nedenden geçilememesi suçun oluşmasını engellemeyecektir. Soruşturma aşamasında daha iddianame oluşturulmadan üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun olup olmadığının nasıl anlaşılacağı ise bir muammadan ibarettir. Bu bakımdan soruşturma aşamasında şüphelinin CMK m. 147 uyarınca alınan ifadesinde kendisine isnat edilen suçun dikkate alınması bir çözüm olarak ileri sürülebilir. Kovuşturma aşamasında ise iddianamede yer alan eylem dikkate alınacaktır.

¹³⁶ “Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren dolandırıcılık suçunun kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan sanık hakkında TCK’nun 272/3. maddesi yerine aynı Kanunun 272/2. maddesi uyarınca uygulama yapılması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...” Y. 8. CD., E. 2018/7883, K. 2018/9002, T. 12.09.2018; “Sanığın, üç yıldan fazla hapis cezasını gerektirir nitelikte bulunan silahla kasten yaralama suçu nedeniyle yapılan kovuşturma kapsamında, yalan tanıklık suçunu işlediği iddia ve kabul edilmesine rağmen, TCK’nun 272/3. maddesi uyarınca cezalandırılması yerine, TCK’nun 272/2. maddesi ile uygulama yapılarak eksik ceza tayini...” Y. 8. CD., E. 2017/11234, K. 2017/13146, T. 22.11.2017; “...Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren sahtecilik suçunun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık suçunu işlediği kabul edilen sanık hakkında TCK’nun 272/3. maddesi ile ceza tayini gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 9. CD., E. 2013/6775, K. 2013/13017, T. 30.10.2013, kararlar için bkz.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

¹³⁷ “İddianamedeki anlatıma ve nitelendirmeye göre, sanıklara yüklenen üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren adam öldürmeye teşebbüs ve yağma suçlarının soruşturması kapsamında yalan tanıklık yapmaktan ibaret eylemlerinin, TCK’nun 272/3. maddesi kapsamında bulunduğu ve delilleri takdir ve davaya bakmanın 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesinin görevine girdiği, bu nedenle görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yargulamaya devamla yazılı gerekçeyle beraat kararı verilmesi...”, Y. 9. CD., E. 2014/4160, K. 2014/10102, T. 15.10.2014, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

Söz konusu fıkrada, üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç ifadesine yer verildiğinden, öğretide de haklı olarak suçun soyut üst sınırının esas alınacağı savunulmuştur¹³⁸. Bu noktada birden fazla suçun bulunması durumunda da cezaların her birinin ayrı ayrı dikkate alınması¹³⁹ ve seçimlerlik ceza gerektiren suçlar açısından da hapis cezasının göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁴⁰. Ayrıca Yargıtay da tanıklığa ilişkin suç ve cezanın incelenmemesini de bozma nedeni olarak görmektedir¹⁴¹.

Bu başlık altında şu hususa da değinmekte fayda vardır. Acaba mahkemenin, iddianamede yer alan eylemin hukuki nitelendirmesini değiştirmesi ancak; tanığın soruşturma aşamasında gerçeğe aykırı tanıklık yapması durumunda, nitelikli halin gerçeğe aykırı tanıklık yapan faile uygulanması bakımından nasıl bir yol izlenecektir? Diğer bir ifadeyle, soruşturma aşamasında güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin tanıklığına başvurulmuş (B)'nin (A)'nın lehine/aleyhine gerçeğe aykırı tanıklık yaptığı ancak; iddianamenin kabulünden sonra mahkemenin olayda hırsızlık suçunun gerçekleştiğine karar vermesi (CMK m. 225/2)¹⁴² varsayımında (B) hakkında söz konusu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir. Bu hususta kanaatimizce, varsayımsal olayda gerçeğe aykırı tanıklık yapan fail hakkında nitelikli halden hüküm kurulmamalıdır. Nitekim gerçeğe aykırı tanıklık yapan fail, tanıklık için kendisine başvurulduğu aşamada ve yine kendisinin tanıklığına başvurulmuş suçla ilişkin

¹³⁸ ARTUÇ/GÖKCAN/YAŞAR, s. 8192; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 1141; İÇER, s. 205. Nitelikli halin uygulanmasında dikkate alınması gereken hususun suçun üst sınırından ziyade suçun alt sınırı olması gerektiği yönünde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1236.

¹³⁹ ARTUÇ/GÖKCAN/YAŞAR, s. 8192; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1236.

¹⁴⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 1141.

¹⁴¹ “Sanığın TCK'nın 272/3. maddesi uyarınca cezalandırılabilmesi için, yalan tanıklığın üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç kapsamında gerçekleştirilmesi ve yalan tanıklığın ilişkin olduğu suç ve ceza miktarının da ilgili dosyası getirilip incelenerek belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA...” Y. 9. CD., E. 2014/6293, K. 2014/11362, T. 11.11.2014, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

¹⁴² Burada dikkat edilecek olursa iddianamede yer alan aynı eyleme ilişkin olarak yalnızca mahkemenin bağlı olmadığı fiilin hukuki vasıflandırılmasının değişmesinden söz edilmektedir. Keza CMK m. 225/2 uyarınca mahkeme iddia ya da savunma makamlarının fiili nitelendirmeleriyle bağlı olmayacaktır. Bu hususta detaylı bilgi için ÇINAR Ali Rıza, “Hükmün Konusu Ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 57 vd.

olarak tanıklığını gerçekleştirmektedir. Bundan dolayı, mahkemenin kovuşturma aşamasında fiilin hukuki niteliğini değiştirerek sanıkların üç hapis cezasını gerektiren bir suçla yargılanmalarına karar vermesi durumunda, gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin soruşturma aşamasındaki yalan tanıklığını etkilenmemeli, failin yalan tanıklık yaptığı sırada belirlenen suçun üst sınırı göz önüne alınarak cezalandırılmalıdır. Bununla beraber, mahkemenin fiilin hukuki niteliğini değiştirdikten sonra kişinin tanıklığına yeniden başvurması ve bu durumda kişinin gerçeğe aykırı tanıklığını tekrar etmesi durumunda nitelikli halden sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında değinileceği üzere bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır.

E. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

1. Genel Olarak

Yalan tanıklık suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri 272. maddenin 4 ilâ 8. fıkraları arasında düzenlenmiş ve söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller için kanun koyucu suçun temel haline nazaran öğreti tarafından eleştirilen ciddi yaptırımlar öngörmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi gereğince, kişinin işlediği fiilin sonucunda ortaya çıkan daha ağır veya daha başka bir neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir. Bu husus objektif ceza sorumluluğunu dışlayan çağdaş ceza hukukunun bir getirisidir. Bu bakımdan, 272. maddede düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller açısından da failin ortaya çıkan daha ağır veya başka netice açısından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir¹⁴³.

Ayrıca yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından ortaya çıkan ağır ya da başka netice ile temel suç tipini gerçekleştiren hareket arasında bir nedensellik bağının bulunması da zorunludur. Keza kişinin oluşum sürecine dahil olmadığı bir neticeden sorumluluğuna gidilmesi mümkün

¹⁴³ Bu bakımdan günlük yaşam deneyimlerine, genellikle gerçekleşen olaylara ve olasılık hesaplarına göre failin hareketinden daha ağır bir netice meydana geleceğinin objektif olarak öngörülebilir olmasına rağmen, failin bunu öngörememesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, kimseden öngörmesinin objektif olarak mümkün olmadığı daha ağır bir neticeyi de önlemesi beklenemeyecektir. Keza Anayasa Mahkemesi de bu konuda aynı yönde karar vermiştir. AYM, 19.02.2009 – 72/24, RG: 25.06.2009, Sayı: 27262, karar için bkz. **ZAFER Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), İstanbul, 2013, s. 284. Aynı yönde bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 406; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 229.

değildir¹⁴⁴. Bununla birlikte, kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi için hareketi ile daha ağır netice arasında yalnızca nedensellik bağının bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda söz konusu neticenin kişiye objektif olarak isnat edilebilmesi de gerekmektedir¹⁴⁵. Öğretide objektif isnadiyetin şartlarına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülse de, en temelde; failin hareketi ile tipik bir tehlike ya da zarar yaratması, bu ortaya çıkan tehlike ya da zarar neticesi açısından da hâkimiyetinin bulunması ve neticenin normun koruma alanı dışında kalmaması gibi şartlar aranmaktadır¹⁴⁶.

Bu noktada yalan tanıklık suçu açısından düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin oluşumunda bazı durumlarda failin tam bir hâkimiyetinin bulunduğundan söz edilemeyeceği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁴⁷. Gerçekten de neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller açısından örneğin; mahkemenin, sanık hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmettiği varsayımında yalan tanıklık suçunu işleyen tanığın söz konusu mahkûmiyet hükmü üzerinde ne kadar hâkimiyeti bulunacaktır? Ya da mahkemenin hükmü verirken gerçeğe aykırı tanık beyanının yanı sıra diğer delillere de dayanması durumunda söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal yine de uygulanacak mıdır? Tüm bu sorular açısından öğretide yalan tanıklık sonucu verilen ifadenin hükme tek başına esas alınmasına gerek olmadığı, karara etki eden diğer deliller ile birlikte hükmün gerekçesinde yer almasının yeterli olduğu savunulmuştur¹⁴⁸. Ancak bu noktada ifade etmemiz gerekir ki, söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin getirdiği ağır cezaların yalan tanıklık suçunu işleyen fail hakkında uygulanabilmesi için gerçeğe aykırı açıklamaların en azından daha ağır netice açısından hükme doğrudan etkisi olmalıdır. Haklı olarak hâkimin vicdani kanaatini oluştururken söz konusu tanık ifadesinden ne derecede etkilendiği her zaman belirlenemeyebilir; yine de hükmün veya kararın gerekçesi de göz önüne alınarak gerçeğe aykırı tanık ifadesinin hükme veya karara etkisi ortaya konulmalıdır. Burada hâkimin söz konusu tanık ifadesi olmasa da aynı kararı vereceği durumlarda ya da karardan (örn: tutuklama

¹⁴⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 397.

¹⁴⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 397. Alman hukuk uygulamasında temel suç tipi ile meydana gelen ağır netice arasında nedensellik bağı bakımından “doğrudan doğruyalık ilişkisi” aranmaktadır. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 234.

¹⁴⁶ HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 191 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 130; DEMİRBAŞ, s. 254; ZAFER, s. 213; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 285 vd.

¹⁴⁷ ÖLMEZ Gökhan, Yalan Tanıklık Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2013, s. 83.

¹⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1237; GÖKTÜRK, s. 384.

ya da gözaltı kararı) sonra verilen gerçeğe aykırı tanık beyanlarının bulunması halinde söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller uygulanmamalıdır. Aksini savunmak, diğer bir ifadeyle gerçeğe aykırı tanıklığın karara etkisini göz ardı ederek yalnızca hâkimin dayandığı delillerden biri olmasını aramak her ne kadar ispat açısından kolaylık sağlasa da her zaman adil sonuçlar doğurmayacak ve ceza hukukunun temel ilkelerine de aykırı olacaktır.

Son olarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller noktasında belirlenen cezaların “fiilin ağırlığıyla orantılı ceza” prensibini de ihlal ettiği ifade edilmiştir¹⁴⁹. Nitekim savcı huzurunda üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle başlatılan soruşturmada gerçeğe aykırı tanıklık yapılması ile aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin bir gün gözaltında tutulması, daha sonrasında evinde arama yapılması durumunda tanıklığı yapan kişi hakkında -diğer şartların da oluşması halinde- fail 3 yıl 6 ay ile 6 yıla kadar hapis cezasına mahkûm olacak aynı zamanda kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da 5 yıla kadar hapis cezası alabilecektir¹⁵⁰. Keza aleyhine tanıklık yapılan kişinin müebbet hapis cezasına mahkûm olması ve bu cezanın infazının da başlaması ancak; bir şekilde infaz sonrası durumun anlaşılabilir şekilde kişinin özgürlüğüne kavuşması varsayımında gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin alacağı ceza ise 272. maddenin 6. ve 7. fıkraları göz önüne alındığında daha da ağır olacaktır. Kanaatimizce kanun koyucunun mehz kanunu da göz önüne alarak uygulanması problemler yaratan neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerle ilişkin cezalar açısından daha adilane bir çözüm bulması gerekmektedir.

2. Aleyhine Tanıklıkta Bulunulan Kişi Hakkında Gözaltına Alma ve Tutuklama Dışında Başka Bir Koruma Tedbiri Uygulanması (TCK m. 272/4)

Aleyhine yalan tanıklık yapılarak soruşturma ya da kovuşturmada şüpheli ya da sanık hakkında gözaltına alma ve tutuklama dışında bir koruma tedbirinin uygulanmasına sebebiyet verilmesi ve yüklenen fiili işlemediğinden yine şüpheli ya da sanık hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair hüküm kurulması durumunda yalan tanıklık suçunu işleyen failin cezası yarı oranında artırılacaktır. Söz konusu hüküm ancak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında uygulanabilecektir. Keza kişinin söz konusu fıkradan dolayı cezasının artırılabilmesi için

¹⁴⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1237. ÜNVER, s. 207.

¹⁵⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1237.

yargılanan şüpheli ya da sanık hakkında aleyhe gerçeğe aykırı tanıklık yapması ve buna rağmen şüpheli ya da sanık hakkında beraat kararı yahut kovuşturmaya yer olmadığına dair hüküm kurulması gerekmektedir. Şüpheli ya da sanık hakkında lehe yapılan yalan tanıklık ile söz konusu ağır neticelere sebebiyet verilemeyeceğinden fıkrada geçen aleyhe yalan tanıklık ifadesi yerindedir. Nitekim bu husus yukarıda da ifade ettiğimiz işlenen fiil ile daha ağır veya başka netice arasında nedensellik bağının ve bununla bağlantılı olarak objektif isnadiyetin bulunmak zorunda olmasının da mantıki bir sonucudur. Bunun neticesi olarak da koruma tedbiri, aleyhe yalan tanıklıktan önce hükmedilmişse söz konusu daha ağır cezayı gerektiren hal uygulanamayacaktır.

Bu bakımdan fıkranın lafzında geçen koruma tedbiri ifadesi, CMK m. 90 vd. düzenlenen, ancak gözaltı ve tutuklama dışındaki diğer tedbirler olarak anlaşılmalıdır. Buna göre; şüpheli ya da sanık hakkında adli kontrol (CMK m. 109 vd.), arama (CMK m. 116 vd.), taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK m. 128), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m. 134), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135) veya teknik araçla izleme (CMK m 140) tedbirinden birinin uygulanması gerekmektedir.

3. Aleyhine Tanıklıkta Bulunulan Kişinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması (TCK m. 272/5)

Aleyhine yalan tanıklık yapılarak şüpheli ya da sanık hakkında gözaltına alma veya tutuklama koruma tedbirine sebebiyet verilmesi ve yüklenen fiili işlemediğinden yine şüpheli ya da sanık hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair hüküm kurulması durumunda yalan tanıklık suçunu işleyen fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre de dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bu noktada kanun koyucu diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller gibi cezayı artırma yoluna gitmemiş, gözaltına alınan ya da tutuklanan kişinin, kişi hürriyetinden yoksun kılındığı düşüncesi ile faili bu suçtan da sorumlu tutmuştur¹⁵¹. TCK m. 37/2'de suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişinin de fail olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Buna göre, failin bir başkasının iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak onu suçun işlenmesinde araç olarak kullanması durumunda dolaylı faillik ortaya

¹⁵¹ Bu hususta *Soyaslan*'a göre; kişiye hem yalan tanıklıktan hem de kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan iki ceza verilmektedir. Yazara göre doğru olan yalan tanıklıktan tek ceza verip cezanın artırılmasıdır. **SOYASLAN**, s. 800.

çıkacaktır¹⁵². Suçu bizzat gerçekleştiren kişinin iradesinin etki altına alınması ise çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir; söz gelimi dolaylı fail, suç işleyen kişiyi hileli hareketlerle kandırabileceği gibi, tehdit, cebir, zor kullanma veya şiddet göstererek de onu suç açısından araçsallaştırabilir¹⁵³. Bundan dolayı, tanığın soruşturma veya kovuşturmada karar verecek makamı (savcı/hâkim/mahkeme) yanılarak şüpheli ya da sanık hakkında gözaltı veya tutuklama kararı verilmesine sebebiyet olması durumunda yalan tanıklık suçunun yanı sıra ayrıca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da *-diğer şartların da varlığı halinde-* dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır (m. 272/5).

Bununla birlikte, tanığın söz konusu karar üzerinde ne kadar hâkimiyetinin olduğu yine tartışmalıdır. Dolaylı faillik hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin üzerinde hakimiyet kurulması ve onun araç olarak kullanılması gerekir. Bu bakımdan kanaatimizce gözaltı ya da tutuklama kararı verecek merciin başka delillere dayanması durumunda tanığın söz konusu kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olması tam bir hâkimiyet kurma ve araçsallaştırmadan bahsedilemeyeceğinden mümkün olmamalıdır¹⁵⁴. Kabul etmek gerekir ki, kararın verilmesi aşamasında tanık ifadesinin karara ne kadar etki ettiğini saptamak kolay olmamakla beraber, ceza genel ilkelerine ters düşmemek adına bu incelemenin titizlikle yapılması lazımdır.

Öğretide haklı olarak bu fıkranın uygulanabilmesi için aleyhe tanıklık yapan failin kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olması için en azından olası kastının bulunması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁵. Gerçekten de dolaylı faillik kurumunun ve gerçek içtimanın kabul edilmesinin doğal sonucu olan bu çıkarımın, her ne kadar neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağır netice bakımından en azından taksir derecesinde kusur aransa da, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun taksirli halinin düzenlenmemesi de göz önüne alındığında yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bunun sonucunda aleyhe tanıklıkta bulunan kişi, şüpheli ya da sanığın gözaltına alınabileceğini ya da tutuklanabileceğini öngörmüş ve bunu kabul etmiş (ya da kayıtsız kalmış) olmalı yahut da bu durumu bilerek ve isteyerek hareket etmelidir.

¹⁵² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 662.

¹⁵³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 662.

¹⁵⁴ Aksi görüş GÖKTÜRK, s. 382.

¹⁵⁵ GÖKTÜRK, s. 382.

4. Aleyhine Tanıklıkta Bulunulan Kimsenin Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis veya Müebbet Hapis Cezasına Mahkûm Olması ve Mahkûm Olunan Hapis Cezasının İnfazına Başlanması (TCK m. 272/6-7)

Aleyhine yalan tanıklık yapılan kişinin yargılamanın sonunda ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûm olması durumunda aleyhe yalan tanıklıkta bulunulan kişi hakkında 20 yıldan 30 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 14/1/2015 tarihli kararı ile yine bu fıkra da yer alan "...sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına..." ibaresi iptal edilmiştir¹⁵⁶. Söz konusu iptal kararı 29/4/2015 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine rağmen kanun koyucu sürelî hapis cezalarına ilişkin herhangi bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Bu noktada fıkranın kendi içerisinde ve hatta diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller olan ilişkisi bakımından bir orantısızlık meydana gelmiştir. Nitekim TCK m. 272/5 uyarınca aleyhe tanıklık sonucu bir kimsenin bir süre tutuklanmasına sebep olmuş fail açısından bir düzenleme öngörülmüşken, aleyhe tanıklık sonucu bir kimsenin 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesine sebep olan fail açısından - Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası - herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Keza fıkra kendi içerisinde de bir orantısızlık yaratmıştır. Nitekim yine aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezasına karar verilmesi durumunda yalan tanıklık suçunun faili hakkında 20 yıldan 30 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, söz gelimi; aleyhe tanıklık yapılan kimsenin 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmesine sebep olan fail açısından herhangi bir ağırlaştırılmış yaptırım mevcut değildir. Bu hukuksal boşluğun; eşitlik, failin kusuru ile orantılı ceza verilmesi gibi ceza hukukunun temel prensipleri karşısında savunulması mümkün gözükmemektedir. Bundan dolayı, kanun koyucunun söz konusu eşitsizliği gidermek adına sürelî hapis cezaları noktasında da bir yaptırım öngörmesi zorunluluk arz etmektedir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi de söz konusu hukuki boşluğun kamu yararını ihlal edici vaziyette olduğunu vurgulamıştır¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 14/1/2015 tarihli ve E:2014/116, K:2015/4 sayılı kararı, bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150429-6.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

¹⁵⁷ "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "...sürelî hapis cezasına mahkûmiyeti halinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına..." ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

TCK m. 272/6'nın uygulanabilmesi için aleyhe tanıklık sonucunda kişi hakkında ağırlaştırılmış müebbet ya da müebbet hapis cezasına hükmedilmesi yeterli olmayıp söz konusu hükmün kesinleşmesi aranacaktır¹⁵⁸. Nitekim karar kesinleştikten sonra infaza başlaması durumunda yalan tanıklık suçunun failine 6. fıkraya göre verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı özel olarak 7. fıkroda ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca yukarıda ifade ettiğimiz gibi söz konusu ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet kararı ile kişinin yaptığı aleyhe tanıklık arasında nedensellik bağı bulunmalı ve bunun yanı sıra bu durum faile objektif olarak isnat edilebilmelidir. Keza öğretide de ileri sürüldüğü gibi, hâkimin mahkûmiyet hükmünü tanığın gerçeğe aykırı beyanını dikkate almadan diğer delillere dayanarak kurması durumunda artık fail hakkında TCK m. 272/6 hükmü uygulanmamalıdır¹⁵⁹.

5. Aleyhine Tanıklıkta Bulunulan Kişi Hakkında Hapis Cezası Dışında Adli veya İdari Bir Yaptırım Uygulanması (TCK m. 272/8)

TCK m. 272/8'de; aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişinin, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra açısından adli yaptırımın hapis cezası dışında olması gerekmektedir. Buna göre adli yaptırıma; adli para cezası, güvenlik tedbirleri, velayet veya vesayet kaldırılması ya da malvarlığının dondurulması gibi kararlar örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca idari yaptırım açısından, kabahatler kanunda yer alan idari yaptırımlar ile disiplin yaptırımları bu madde kapsamındadır.

Söz konusu fıkroda; “uygulanmışsa” ibaresine yer verildiğinden artık bu tür yaptırımlara karar verilmesi yeterli olmayacak, ayrıca aleyhine tanıklık yapılan kişi açısından da ilgili yaptırımların uygulanmış olması gerekecektir. Nitekim diğer neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış haller açısından ifade ettiğimiz gibi, bu fıkroda da uygulanan adli veya idari yaptırım ile aleyhe tanıklık yapan failin fiili arasında nedensellik bağının varlığı aranacaktır.

ibareye ilişkin iptal hükmünün kararı Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.” Anayasa Mahkemesi’nin 14/1/2015 tarihli ve E:2014/116, K:2015/4 sayılı kararı, bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150429-6.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

¹⁵⁸ GÖKTÜRK, s. 384; İÇER, s. 207.

¹⁵⁹ ÖLMEZ, s. 83; GÖKTÜRK, s. 384.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı hususu, hareketin ve neticenin yapısı ile yakından ilişkilidir. Bu bakımdan yukarıda belirttiğimiz gibi, inceleme konusu suç tipinin temel hali neticesi hareketine bitişik bir suç olmasından ötürü teşebbüse elverişli olmadığı; ancak icra hareketlerinin yarıda kaldığı noktada teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir¹⁶⁰. Söz gelimi, tanığın gerçeğe aykırı ve tam yazılı ifadesinin tanık dinlemeye yetkili kişi ya da kuruma elinde olmayan sebeplerle ulaşamaması durumunda teşebbüsten söz edilebilir.

Bununla birlikte, tanık ifadesini genellikle sözlü olarak verdiğinden, öğretide suçun ne zaman tamamlanacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda bir görüşe göre, suç ancak gerçeğe aykırı beyanın tutanağa geçip tanık ifadesinin bitmesi ile tamamlanacaktır¹⁶¹. Diğer bir görüşe göre ise yalan tanıklık suçu gerçeğe aykırı açıklamanın yapılması ile tamamlanacağından, ifadenin bitmesine gerek bulunmamaktadır¹⁶². Suçun tamamlanma anına ilişkin bu tartışma suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı noktasına da sirayet etmiş ve öğretide bir kısım yazarlar, gerçeğe aykırı tanıklığın tanığın elinde olmayan sebeplerle (tanığın bayılması vb.) yarıda kalması durumunda teşebbüsün oluşabileceğini ileri sürerken¹⁶³; bazı yazarlar ise ifadenin tamamlanmasının beklenmemesinin, gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişinin ifade tamamlanmadan bu durumu düzeltme imkanını elinden alacağını savunmuşlardır¹⁶⁴. Bu yazarlara göre, tanık ifadesi tam olarak bitmeden tanığın ne söyleyeceği tam olarak ortaya koyulamayacak ve gerçeğe aykırı tanıklık yapıp yapmadığı da anlaşılamayacaktır¹⁶⁵.

Bu bakımdan, neticesi hareketine bitişik bir yapıya sahip olan yalan tanıklık suçunun, icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi durumunda teşebbüsün ortaya çıkabileceğini kabul etsek dahi, tanığın sözlü ifadesinin yarıda kalması durumunda ortada tamamlanmış bir tanıklık da olmayacağından, gerçeğe aykırılık denetimi yapılamayacaktır. Bundan dolayı, tanığın sözlü ifadesinin yarıda kaldığı durumlarda teşebbüs

¹⁶⁰ ÖLMEZ, s. 91.

¹⁶¹ GÖKTÜRK, s. 395.

¹⁶² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1224.

¹⁶³ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1224-1225.

¹⁶⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1145-1146.

¹⁶⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1146; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1242-1243.

hükümlerinin uygulanması, tanığın ifadenin devamında gerçeği ifade etme hakkını ortadan kaldıracığından tanığı teşebbüsten sorumlu tutmak yerinde olmayacaktır¹⁶⁶.

B. İŞTİRAK

Yalan tanıklık suçu, yukarıda da belirttiğimiz üzere özgü suç olduğundan, özgü suçların yapısına uygun olarak söz konusu suçta özgü faillik niteliğini taşımayanların müşterek fail olarak katılması mümkün olmayacaktır¹⁶⁷. Her ne kadar özgü suçlarda, özgü fail niteliğini taşıyan kişilerin müşterek fail sıfatını alabileceği ileri sürülebilirse de, tanıklığın kişinin bizzat yaptığı bir eylem olması ve birden fazla kişinin aynı anda tanıklık yapmasının mümkün olmaması nedeniyle müşterek faillik hükümlerinin uygulanması da olanaksızdır¹⁶⁸. Bu bakımdan yalan tanıklık suçuna; ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir.

Dolaylı faillik hükümlerinin söz konusu suçta uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüşe göre; söz konusu suç bizzat işlenebilen bir suç olduğundan tanığın üzerinde bir hâkimiyet tesis edilse dahi dolaylı faillik hükümlerinin uygulanmayacağını, bu konuda özel bir düzenleme de bulunmadığından tanığın iradesi üzerinde hâkimiyet kuran kimsenin TCK m. 277’de düzenlenen “yargı görevi yapanı bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” suçundan sorumlu tutulabileceği ileri sürülmüştür¹⁶⁹. Buna karşılık bir başka görüş ise, yalan tanıklık suçunu gerçekleştiren kişiyi; kandıran, tehdit eden veya onu zorlayan kimsenin dolaylı fail olarak cezalandırılabilmesini savunmuştur¹⁷⁰. Bu bakımdan, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, suçu bizzat gerçekleştiren kişinin iradesinin etki altına alınması ise çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir; söz gelimi dolaylı fail, suçu işleyen kişiyi hileli hareketlerle kandırabileceği gibi, tehdit, cebir, zor kullanma veya şiddet göstererek de onu suç açısından araç olarak kullanabilir¹⁷¹. Ayrıca kanun koyucu da kimlerin suçta araç olarak kullanılabilmesi noktasında bir özelleştirme yapmamıştır. Öğretilerde

¹⁶⁶ ÖLMEZ s. 93-94; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1146.

¹⁶⁷ GÖKTÜRK, s. 396; KOÇER, s. 170; İÇER, s. 211. Suçun özgü bir suç olmadığına ilişkin karşı görüş için bkz. ÜNVER, s. 222; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1148.

¹⁶⁸ Aynı sonuca suçun bizzat işlenebilen suç olduğu görüşü ile ulaşan yazarlar için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1244; İÇER, s. 211; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1148; YAŞAR/ARTUÇ/GÖKCAN, s. 8195.

¹⁶⁹ GÖKTÜRK, s. 399-400

¹⁷⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1226; ÜNVER, s. 222.

¹⁷¹ ZAFER, s. 443; ÖZGENÇ, s. 512.

de özgü suçlar açısından da dolaylı faillik kurumunun uygulanabileceği, bu durumda kişinin özgü suç failini aldatarak suçu bizzat ona işletmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir¹⁷². Kanaatimizce ikinci görüş daha yerindedir. Nitekim tanığın, tehdit edilerek, zorlanarak, yanıltılarak gerçeğe aykırı tanıklık yapmasını sağlayan kişinin bu suç açısından dolaylı fail olduğunu kabul etmek gerekir. Yalan tanıklık suçuna dolaylı faillik olmayacağı ve tanığın iradesi üzerinde hâkimiyet kuran kişinin yalnızca TCK m. 277'den cezalandırılabilceğini kabul etmek, olayda TCK'nın 272. maddesinin 4 ila 8. fıkraları arasındaki durumların gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak cezalar ile TCK m. 277'de yer alan suç karşılığında düzenlenen ceza göz önüne alındığında ceza adaleti açısından sakıncalı sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir¹⁷³.

Gerçeğe aykırı tanıklık yapma düşüncesi olmayan kişinin zihninde bu suç işleme fikrini yaratan kişi azmettiren olarak sorumlu olacaktır. Öğretide de, yalan tanıklık yapacak kişiyi para ile tedarik eden kişinin azmettirmeden sorumlu olacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁴ ¹⁷⁵. Bu bakımdan TCK'nın 40. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen bağıllık kuralı esas alınarak kişinin ifade vermediği durumlarda, onu tedarik eden kişinin de azmettirmeden sorumlu olmayacağı belirtilmelidir. Çünkü bağıllık kuralı gereğince kişinin azmettirmeden cezalandırılabilmesi için azmettirdiği kişinin suçun icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Dolayısıyla gerçeğe aykırı tanıklık yapmak üzere azmettirilen kişinin icra hareketlerine başlamaması durumunda sonuçsuz kalan (akim kalan) azmettirme durumu ortaya çıkacak ve azmettiren, 765 sayılı mülga TCK'nın 291. maddesinde düzenlenen suçun bir benzerine 5237 sayılı TCK'da yer verilmediği için cezasız kalacaktır. Bu

¹⁷² **DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, 11. Baskı, İstanbul, 1997, s. 504-505.

¹⁷³ **GÖKTÜRK**, s. 400, dpt. 170.

¹⁷⁴ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1244; Aksi görüş için bkz. **GÖKTÜRK**, s.399.

¹⁷⁵ "...Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren silahla tehdit suçunun kovuşturması kapsamında yalan tanıklığa azmettirme suçunu işleyen sanık hakkında TCK.nun 272/3. maddesi yerine aynı Kanununun 272/2. maddesi uyarınca uygulama yapılması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır." Y. 8 CD., E. 2018/8492, K. 2018/11539, T. 24.10.2018; "...Tüm dosya kapsamına göre Felahiye Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/96 numaralı soruşturma dosyasında ...'i azmettirerek yalan tanıklık yaptırdığı sübuta eren sanığın unsurları yönünden oluşan yalan tanıklık suçuna azmettirmekten mahkûmiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir." YCGK., E. 2018/89, K. 2018/267, T. 05.06.2018, kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 24.05.2019).

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

durum öğreti tarafından da eleştirilmiş ve mehzaz kanun olan StGB Art. 159'a¹⁷⁶ benzer bir düzenlemenin kanunda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Ancak kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Nitekim suçla korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesi için tanığın gerçeğe aykırı ifade vermesi gerekmekte olup ifadenin verilmediği durumlarda soyut tehlikeyi ortaya çıkaracak ve adalete duyulan güveni sarsacak bir davranış dahi bulunmayacaktır. Bundan dolayı, suçun hazırlık hareketleri niteliğinde olan yalan tanığı tedarik fiilinin cezalandırılmasına, suçla korunan hukuki değer açısından ortaya herhangi bir tehlike çıkarmayacağından gerek bulunmamaktadır. Kişinin yalan tanıklığı gerçekleştirdiği durumlarda da bu husus bağlılık kuralı çerçevesinde çözülebilecek, keza yine öncesi bir aşamada tanığı etkilemeye teşebbüsün ortaya çıkması halinde de TCK m. 277'de düzenlenen suç gündeme gelebilecektir.

C. İÇTİMA

Yalan tanıklık suçu içtima açısından birçok özellik göstermektedir. Öncelikle gerçeğe aykırı tanıklık yapılması ve bu durumun tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurulun yahut mahkemenin zapta geçirmesi ile TCK'nın 206. maddesinde düzenlenen "resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan" suçu da gerçekleşmektedir. Bu durumda yalan tanıklık suçu ile resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu arasında özel norm – genel norm ilişkisi olacağından kişi yalnızca yalan tanıklık suçundan cezalandırılacaktır¹⁷⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, tanığın gerçeğe uygun

¹⁷⁶ StGB Art. 159 – Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs; "Yemin etmeden gerçek dışı beyanda bulunma suçuna (m. 153) ve yemin yerine geçen gerçek dışı temin etme suçuna (m. 156) azmettirmeye teşebbüs hakkında 30 uncu maddenin birinci fıkrası ve 31 inci maddenin birinci fıkrasının 1 numaralı bendi ve ikinci fıkrası kıyasen uygulanır." Bkz. YENİSEY/PLAGEMANN, s. 257-258.

¹⁷⁷ İÇER, s. 216. Aynı şekilde Yargıtay da yalan tanıklık suçu ile resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu arasında "genel norm – özel norm" ilişkisi bulunduğunu belirterek aynı sonuca ulaşmıştır. "...Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu genel norm niteliğinde olup eylem ayrıca yalan tanıklık, iftira gibi başka bir suçun unsurlarını oluşturmakta ise o suçtan mahkûmiyet hükmü tesis edilmelidir.

... Bu nedenle yetkili makamlara bir suçun işlendiği konusunda gerçeğe aykırı olarak ihbarda bulunulması durumunda "özel normun önceliği" ilkesi uyarınca sadece TCK'nun 271. maddesi uygulanmalıdır. Aksi takdirde, suç uydurma (TCK m. 271), yalan tanıklık (TCK m. 272), yalan yere yemin (TCK m. 275) gibi bir resmi belgenin düzenlenmesi esnasında yalan beyana dayalı tüm suçlarda faillerin özel suç düzenlemeleri yerine resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan sorumlu tutulmaları gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, bunun kabulü mümkün değildir." YCGK., E., 2015/45, K., 2018/224, T.

tanıklık yapması; ancak kimliğine ilişkin bilgilerde yalan söylemesi durumunda yalnızca TCK m. 206'dan sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TCK m. 272/5 hükmü uyarınca aleyhine yalan tanıklık yapılan kişi hakkında gözaltı veya tutuklama kararı verilmesi durumunda tanıklığı yapan fail, yalan tanıklık suçunun yanı sıra kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da ayrıca sorumlu olacaktır. Kanun koyucu söz konusu fıkra kapsamında özel bir gerçek içtima hali düzenlemiştir.

Öğretide yalan tanıklık suçunun içtimaı noktasında en çok tartışılan hususlardan birini failin yalan tanıklık yaptığı davada birden fazla kişinin bulunması meselesi oluşturmaktadır. Bu bakımdan suçun mağdurunun davanın tarafları olduğunu ileri süren görüşe göre, fail, tek bir fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçu işlediği gerekçesiyle aynı nev'iden fikri içtima hükümleri uyarınca sorumlu olmalıdır¹⁷⁸. Suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğunu söyleyen yazarlardan biri ise aleyhine tanıklıkta bulunanlar hakkında yalnızca 272. maddenin 4 ila 8. fıkraları arasında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin uygulanması şartıyla aynı nev'iden fikri içtima hükümlerinin tatbik edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁹.

Bununla birlikte bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, yalan tanıklık suçunu işleyen kişinin yaptığı gerçeğe aykırı tanıklık olaya ilişkindir ve birden fazla kişi bu tanıklıktan etkilense yine de tek bir hareket meydana gelecek ve kişi hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır¹⁸⁰. Söz gelimi, birden fazla sanık hakkında gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi tek bir davada ve tek bir olaya ilişkin yalan tanıklık suçunu gerçekleştirdiğinden tek bir suç mevcut olacaktır¹⁸¹. Bu görüş ayrıca yukarıda suçla korunan hukuki değerın bireylerin adil yargılanma hakkının yanı sıra adliyeye duyulan güven olduğu ve davanın taraflarının suçun mağduru değil, suçtan zarar gören konumunda

22.05.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 24.05.2019).

¹⁷⁸ **KOÇER**, s. 171-172; *Yaşar/Gökcan/Artuç*'a göre, gerçeğe aykırı tanıklık aynı davada aynı olayla ilgili bulunduğu durumlarda birden fazla kişi aleyhine yalan tanıklık yapılması tek suç oluşturacaktır. **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8197. Ancak yazarların, suçun mağdurunun; davacı, davalı, şüpheli, sanık, mağdur veya katılan sıfatındaki kişiler, suçtan zarar görenin ise adliye olduğu yönündeki görüşü (**YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8184) karşısında içtima açısından katıldıkları bu görüş kendi içerisinde çelişki teşkil etmektedir.

¹⁷⁹ **İÇER**, s. 215.

¹⁸⁰ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 1147.

¹⁸¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1243.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

buldukları yönündeki açıklamalarımızla da örtüşmektedir. Bununla birlikte, birden fazla sanık hakkında davaların birleştirilmeden ayrı ayrı görüldüğü ve tanığın her bir davada gerçeğe aykırı tanıklık yaptığı durumda -TCK'nın 43. maddesinin diğer şartlarının da varlığı halinde- fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanabilir¹⁸².

Aynı husus, failin yargılamanın farklı aşamalarında yaptığı gerçeğe aykırı tanıklık fiilleri açısından da söylenebilecektir. Söz gelimi, kişinin Cumhuriyet savcısının huzurunda yaptığı gerçeğe aykırı tanıklığı, altı ay sonraki duruşmada yeniden yapması halinde de kişi hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır¹⁸³. Bu noktada failin davranışı TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşıp uzaklaşmama noktasında belirleyici olabilir¹⁸⁴.

İçtima kapsamında tartışılması gereken bir diğer husus, yalan tanıklık suçunun iftira suçu ile ilişkisidir. Bu konuda kişinin gerçeğe aykırı tanıklık yaparken davanın tarafı olmayan, masum bir kişiye karşı gerçekleştirdiği suç isnadı mahkemeyi harekete geçireceğinden aynı zamanda iftira suçunu da oluşacaktır. Bu durumda gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi tek bir fiili ile birden fazla ceza normunu ihlal ettiğinden hakkında farklı nev'iden fikri içtima hükmü uygulanacak ve en ağır olanından cezalandırılacaktır¹⁸⁵. Bununla beraber, kişinin yalan tanıklık kapsamında olayın tarafına karşı işlemediğini bildiği bir fiil isnat etmesi durumunda öğretide haklı olarak yalnızca yalan tanıklık suçunun işleneceği ileri sürülmüştür¹⁸⁶. Gerçekten de kişinin olay ve yine olayın tarafı hakkındaki gerçeğe aykırı tanıklığı, iftira suçunu değil, yalan tanıklık suçunu oluşturacaktır. Aksinin kabulü birçok durumda yalan tanıklık ile iftira suçu arasındaki ayrımı kaldırarak yalan tanıklık suçunun uygulama alanını ölçsüz bir şekilde sınırlandıracaktır.

Kişinin gerçeğe aykırı tanıklık yaparken aynı zamanda TCK'nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçunu da gerçekleştirmesi durumunda içtima meselesinin çözümüne ilişkin yine değişik görüşler ileri sürülmüştür.

¹⁸² GÖKTÜRK, s. 401-402.

¹⁸³ Belirli koşullarda (her dinlemede farklı husus için tanıklık, tanıklığın konusu olayda farklılık vb.) zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği yönünden bkz. ÜNVER, s. 224-225.

¹⁸⁴ Bu noktada İçer'e göre zincirleme suç hükümleri tatbik edilmelidir. Bkz. İÇER, s. 215.

¹⁸⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1226.

¹⁸⁶ GÖKTÜRK, s. 403. Bu noktada Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, eğer yalan beyan davanın konusu ile ilişkili ise burada artık yalnızca yalan tanıklık suçu oluşacaktır. Buna karşılık, yapılan beyan aynı zamanda dava konusu dışında bir isnat içeriyorsa bu durumda iftira suçunun oluşacağını ve fikri içtima hükümlerine başvurulması gerektiğini kabul etmek gerekir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1147.

Buna göre öğretide bir görüş, gerçeğe aykırı tanıklığın aleyhine tanıklık yapılan kimsenin onur, şeref ve saygınlığını ihlal edici bir fiil isnadı olduğunu, bundan dolayı hakaret suçunun somut bir fiil veya olgu isnat etme seçimlik hareketi ile yalan tanıklık arasında tüketen – tüketilen norm ilişkisi olduğunu savunurken¹⁸⁷, diğer bir görüş ise asli norm – tali norm kurallarının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸⁸. Bu bakımdan yalan tanıklık suçu ile korunan hukuki değer ile hakaret suçunun koruduğu hukuki değer her zaman örtüşmemektedir. Nitekim gerçeğe aykırı her tanık beyanının bir kişinin saygınlığını ya da şerefini zedeleyici bir biçimde gerçekleştiği de söylenemez. Diğer bir ifadeyle, yalan tanıklık, davanın taraflarından birinin lehine de yapılabilir ve bu durumda hakaret suçunun seçimlik hareketi olan kişiye somut bir fiil isnadı koşulu gerçekleşmeyebilir. Bundan dolayı, gerçeğe aykırı tanıklığın koruduğu hukuki değeri de göz önüne aldığımızda hakaret suçunun söz konusu seçimlik hareketinin de oluştuğu durumlarda farklı nev’iden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber, sövme kapsamındaki ifadeler tanık ifadesine dahil olmadıklarından, kişinin gerçeğe aykırı tanıklık yaparken bir de sövme şeklinde hakaret suçunu işlemesi durumunda gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır¹⁸⁹.

Son olarak, yalan tanıklık suçu ile TCK’nın 277. maddesinde düzenlenen “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” suçu¹⁹⁰

¹⁸⁷ Yazar, ayrıca hakaret suçunun diğer seçimlik hareketi olan sövme kapsamında bir fiilin gerçekleşmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini, çünkü bu durumda yalan tanıklığa ait normun hakaret suçunun haksızlığını tüketmeyeceğini ileri sürmüştür. **GÖKTÜRK**, s. 405.

¹⁸⁸ **YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ**, s. 8196.

¹⁸⁹ **GÖKTÜRK**, s. 405.

¹⁹⁰ Söz konusu suçtan önce tanığın yalan tanıklık yapmak için azmettirilmesi ancak; bir şekilde gerçeğe aykırı tanıklık yapılmaması durumunda -bağlılık kuralı gereğince-azmettiren kişinin cezalandırılmamasının önüne geçmek isteyen kanun koyucu 2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile TCK’nın 277. maddesine “tanık” ibaresini de ekleyerek bu olası sorunu çözmeye çalışmıştır. Nitekim Yargıtay da bir kararında; “*Oluşa ve dosya kapsamına göre; Yargılandığı bir başka davada tanık olan mağduru telefonla arayarak kollukta verdiği ifadesini değiştirmesini isteyen sanığın eylemi, 5237 sayılı TCK’nın 277. maddesinde değişiklik yapan 6352 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 02.07.2012 tarihinden önce gerçekleşmesi halinde TCK’nın 38. maddesi delaletiyle 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık yapmaya azmettirmek, 02.07.2012 tarihinden sonra işlenmesi halinde ise TCK’nın 277. maddesinde düzenlenen yargı görevi yapanı etkileme suçunu oluşturacağından, sanığın mağduru telefonla hangi tarihte aradığının tesbiti ile hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekirken, eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hükmün kurulması...*” şeklinde karar vererek bu hususu ifade etmiştir. Y. 16. CD., E. YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

arasındaki içtima ilişkisine de değinmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki suçun da faili ayrı kişiler olmak zorunda olsa da (yalan tanıklık suçunun faili tanık olmak zorunda iken, TCK m. 277’de yer alan suçun faili tanık dışındaki biri olmalıdır), bazı durumlarda bir kişinin her iki suçtan da sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu bakımdan, her iki suç da “Adliyeye karşı suçlar” başlığı altında aynı bölümde yer almakta olup her iki suçun da koruduğu hukuki değerler adliyeye duyulan güven ve bireylerin (toplumun) adil yargılanma hakkı olduğu söylenebilir.

Bu bakımdan kanaatimizce, TCK’nın 277. maddesi ile yalan tanıklık suçu arasında asli norm – yardımcı norm ilişkisi mevcut olacaktır¹⁹¹. Söz gelimi, dava öncesinde tanığı gerçeğe aykırı tanıklık yapmak için etkilemeye teşebbüs eden bir kişi, tanığın gerçeğe aykırı tanıklık yapması ile duruma göre azmettiren ya da yardım eden olarak yalan tanıklık suçundan da sorumlu olacaktır. Bu durumda, asli norm olarak yalan tanıklık suçu ön plana çıkacak, kişi yalnızca yalan tanıklık suçundan sorumlu olacaktır¹⁹².

2015/495, K. 2015/5275, T. 26.10.2015, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

¹⁹¹ Asli norm – yardımcı norm hakkında detaylı bilgi için bkz. **İÇEL Kayıhan**, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s. 45 vd.

¹⁹² Yargıtay bir kararında aynı hususa TCK m. 44 hükümlerini uygulayarak ulaşmıştır. “*Sanığın, kasten yaralama suçundan yargılandığı davanın tanığını 13.09.2012 günü telefonla arayarak, ondan olay yerinde gördüğü şahsın kendisi olmadığını söylemesini isteyip aleyhine verdiği kolluk ifadesini mahkemede değiştirmesi için ricada bulunması üzerine tanığın istinabe mahkemesinde söylediği olay yerinde sanığın olmadığına dair gerçeğe aykırı beyanından esas mahkemede dönerek gerçeği söylediği olayda;*

Tanık hakkında yalan tanıklık suçundan dolayı TCK’nın 274/1. madde ve fıkrasındaki etkin pişmanlık hükmü gereğince ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olup, aynı Kanun’un 40. maddesindeki bağlılık kuralı ve iddianamedeki anlatım da dikkate alındığında, sanığın sübutu kabul edilen eyleminin, TCK’nın 38/1. madde ve fıkrası yollamasıyla aynı Kanun’un 272/2. madde ve fıkrasında düzenlenen ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası yaptırımı öngören yalan tanıklık suçuna azmettirme ile 28.06.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 69. maddesi ile TCK’nın 277/1. madde ve fıkrasının sonuna eklenen ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası yaptırımı öngören iltimas suretiyle yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturduğu, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanığın, TCK’nın 44/1. madde ve fıkrası gereğince bunlardan en ağır cezayı gerektiren yalan tanıklık suçundan dolayı TCK’nın 38/1. madde ve fıkrası yollamasıyla aynı Kanun’un 272/2. madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması, ayrıca, 05.07.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun’un 90. maddesi ile TCK’nın 277.

Bununla birlikte, kişinin etkilemeye teşebbüs ettiği tanığın gerçeğe aykırı tanıklık yapmaması durumunda (akim kalan azmettirme hali kanunda yalan tanıklık açısından ayrıca düzenlenmediğinden), yardımcı norm devreye girecek ve kişi yalnızca yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır.

IV. ŞAHSİ CEZASIZLIK VE CEZADA İNDİRİM YAPILMASINI GEREKTİREN SEBEPLER (TCK m. 273)

Cezanın azaltılmasını ya da kaldırılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebepleri, suçun unsurları dışında yer alan ve tamamlanmış bir suçtan dolayı failin kişisel durumu, mağdurla ilişkisi, suçu işleme saiki gibi nedenlerle cezasında indirim yapılmasını veya hiç ceza verilmemesini sağlayan hallerdir¹⁹³. İnceleme konusu suç açısından da kanun koyucu, TCK'nın 273. maddesinde; "Şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler" başlığı altında failin cezalandırılmasını engelleyen ya da cezasının azaltılmasını gerektiren durumlara yer vermiştir.

Bu hallerden ilki, TCK'nın 273. maddesinin ilk fıkrasında yer alan, kişinin; kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halidir. Buna göre; kişinin gerçeğe uygun tanıklık yapmasının kendisi, üstsoyu ya da altsoyu ile eşi veya kardeşi hakkında bir soruşturma yahut kovuşturma ile sonuçlanabileceği durumlarda yalan söyleyebileceğini öngören kanun koyucu bu hallerde yapılan yalan tanıklık fiilinin cezalandırılmasını veya tam olarak cezalandırılmasını haklı olarak yerinde görmemiştir¹⁹⁴. Çünkü bu durum insan doğasının bir gereği¹⁹⁵

maddesinin ikinci fıkrası olarak düzenlenen "Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır." hükmü uyarınca sanığa hükmedilen cezada artırım yapılması, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan ise hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, sanık hakkında yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan dolayı TCK'nın 277/1-son madde, fıkra ve cümlesi gereğince mahkumiyet hükmü kurulması..." Y. 12. CD., E. 2017/1833, K. 2017/7745, T. 23.10.2017, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

¹⁹³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 583.

¹⁹⁴ "Oluşa, tüm dosya kapsamına göre, ...ın ...'e karşı yaralama suçundan yargılandığı Kadıköy Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2010/1575 esas sayılı dava dosyasında, usulüne uygun şekilde duruşmaya tanik sıfatıyla davet edilerek dinlenen sanıkların ...ın, müştekiyi yaralamadığına dair yeminli beyanları karşısında; olay yerinden tesadüfen geçen ve iki tarafla da yakınlığı bulunmadığı anlaşılan tanık...ün, koyu renkli arabadan inen kişilerin müştekiyi darp ettiğine dair beyanı, ... hakkında olay günü alınan burnunda yoğun kanama, YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

olduğu gibi Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen¹⁹⁶ nemo tenetur ilkesinin (kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi) de bir yansımasıdır.

Bu noktada belirtilmelidir ki, fıkrada sayılan kişilerin dışındakiler açısından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü kanunda açıkça yazılı olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne de eksiltilebilir (TCK m. 61/son). Bundan dolayı kişinin medeni kanuna göre evli olmadığı ancak; uzun süredir beraber yaşadığı ve aralarında duygusal bir ilişki olan kişi açısından söz konusu şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır. Bu durum bir ihtimal TCK m. 61 kapsamında ele alınabilir. Ayrıca kişinin dayısı, amcası, teyzesi ve halası ile bu kişilerin çocukları da bu madde kapsamında yer almadığından yine söz konusu şahsi cezasızlık sebebi uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyerek adalete duyulan güveni sarsmaya çalışan yalan tanıklık suçunun failinin cezasız kalmasını ancak; sınırlı ve dar bir alanda kabul etmiştir¹⁹⁷.

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus da maddede geçen soruşturma ve kovuşturma ifadesinden ne anlaşılacağı ve tanığın böyle bir soruşturma ve kovuşturma tehdidini bilmesinin gerekip gerekmeyeceğidir. Burada öğretilerdeki bir görüşe göre; soruşturma ifadesi adli veya idari olabilecektir¹⁹⁸. Buna karşılık bizim de iştirak ettiğimiz diğer bir görüşe göre, maddede geçen soruşturma ve kovuşturma ifadesi ceza soruşturması ve kovuşturması anlamına gelmektedir¹⁹⁹. Gerçekten de söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin düzenlenmesinin amacı kişilerin kendilerini veya kanunda sayılan yakınlarını bir ceza tehdidinden korumak amacıyla daha

sol gözünde hemetom bulunduğu dair sağlık raporu ve koyu renkli aracın arkasında müştekiye tekme ve yumruk atıldığına dair kamera görüntüleri karşısında, mahkeme aşamasında yalan beyanda bulunduğu anlaşılan sanıkların, sübuta eren ve unsurları yönünden oluşan yalan tanıklık suçundan mahkumiyeti ve sorulan sorulara verdiği cevaplar nedeniyle kendisinin de sanık durumuna düşebileceği, ancak CMK.nun 48. maddesi gereğince ihtirat yapılmadığı ve tanıklıktan çekinme hakları hatırlatılmadığı anlaşıldığından, TCK.nun 273/1, a, b madde ve fıkraları gereğince uygulama yapılması gerekirken yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...”, Y. 8. CD., E. 2017/11430 , K. 2018/1195, T. 07.02.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 25.05.2019).

¹⁹⁵ İÇER, s. 217.

¹⁹⁶ T.C. Anayasası m. 38/5; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

¹⁹⁷ Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde de yer verilmiştir.

¹⁹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1239.

¹⁹⁹ GÖKTÜRK, s. 389.

rahat yalan söyleyebileceklerinin kabul edilmesidir ve yukarıda da açıkladığımız bu husus bir nevi insan doğası gereğidir. Bundan dolayı, ceza normu ile korunmak istenen hukuki menfaat ile sanığın kendini ve yakınlarını koruma hakkı mukayese edildiğinde maddede geçen soruşturma ifadesinin idari bir soruşturma olarak algılanması yerinde olmayacaktır²⁰⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, fail kendisini ya da maddede sayılan yakınlarını ancak; bir ceza soruşturması ya da kovuşturmasından sakınmak amacıyla gerçekten ayrılmalıdır. Bu konuda belirleyici husus failin kanaatidir²⁰¹. Kanaatimizce failin kendisinin ya da yakınlarının bir ceza soruşturması ya da kovuşturmasına uğrayacağını düşünerek yaptığı gerçeğe aykırı açıklamaların sonucunda da söz konusu şahsi cezasızlık sebebi uygulanmalıdır.

TCK m. 273'de düzenlenen ikinci şahsi cezasızlık sebebi, kişinin tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması halidir. Tanıklıktan çekinme halleri; CMK m. 45'de aile ilişkileri, m. 46'da ise tanıkların meslek ilişkileri göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Bu maddenin uygulaması açısından en önemli şey tanığa tanıklıktan çekinme hakkının olduğunun hatırlatılmasıdır. Her ne kadar tanıklıktan çekinme hususunun hatırlatılmaması suçun oluşumuna etki etmese de, söz konusu şahsi cezasızlık sebebi açısından kanun koyucu bu durumu maddede açıkça aramıştır²⁰². Diğer bir ifadeyle, maddenin uygulanması için iki şartın

²⁰⁰ Hatta bu maddenin adli para cezaları için dahi uygulanmaması yönünde bkz. **GÖKTÜRK**, s. 389.

²⁰¹ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1239.

²⁰² Keza Yargıtay da bir kararında; "*Gereği görüştülüp düşünöldü: 1- Muammer Yeşilin hırsızlık suçundan yargılandığı dava dosyasında yemin ettirilerek tanık sıfatıyla, 21.02.2006 tarihinde kollukta, kayını olan ...'ın 500 YTL karşılığında yanında motorsikleti aldığına dair beyanı karşısında, 31.03.2011 tarihli duruşmada motorsiklet aldığına bilmediğine dair beyanda bulunan ve yalan tanıklık suçunu işlediği sabit olan sanığın, tanık olarak, dinlendiği davaya konu olayda, vukuatlı nüfus kayıt örneğine göre de kayın biraderi olan ...'ın motorsikleti aldığına beyanı durumunda kayınının da TCK'da düzenlenen hırsızlık suçundan yargılanacağı sonucu çıkacağına göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamaları ve 1982 Anayasasının "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklindeki hükmü gözetilerek, sanığın CMK.nun 48. madde uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunmakla, kendisine bu yönde hatırlatma yapılması gerekirken hatırlatma yapılmadan alınan beyanı nedeniyle, 273/1...b maddesi uygulanması yerine aynı sebeple beraat kararı verilmesi..." şeklindeki gerekçesiyle aynı hususu vurgulamıştır. Y. 8. CD., E. 2017/10305, K. 2018/859, T. 31.01.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi:25.05.2019). *YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)**

gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi, tanığın tanıklıktan çekinme hakkının bulunması, ikincisi bu hakkın kendisine hatırlatılmamasıdır. Bundan dolayı iki şartın gerçekleşmemesi durumunda söz konusu şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır. Söz gelimi tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına ve bu hakkını hâkimin hatırlatmasına rağmen tanıklıktan çekinmeyerek gerçeğe aykırı tanıklık yapan fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacaktır.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, her iki şahsi cezasızlık sebebi de ancak yalan tanıklık suçunu işleyen faile uygulanacaktır. Bundan dolayı, failin fiiline yardım eden veya azmettiren olarak katılan kişilerin söz konusu hallerden yararlanmasına imkân yoktur.

V. ETKİN PİŞMANLIK HALLERİ (TCK m. 274)

Yalan tanıklık suçu açısından etkin pişmanlık hükümleri TCK m. 274’de üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun söz konusu suçta etkin pişmanlık hükümlerine yer vermesinin temel nedeni, yalan tanıklığa dayalı kararlardan kaçınarak maddi gerçeğe ulaşma ihtiyacının, yalan tanıklık yapan kişinin cezalandırılma gereksiniminden daha fazla olmasıdır²⁰³. Bundan dolayı, yalan tanıklık suçunu işleyen failin, yargılamanın belirli aşamalarında söz konusu yalan tanıklığını düzelterek gerçeğe dönmesi durumunda, bu durumu gerçekleştirdiği an dikkate alınarak cezalandırılmayabileceği veya cezasında indirim yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bunun için öğretilerde de haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, failin yalnızca yalan tanıklık suçunu işlediğini itiraf etmesi yeterli olmayıp aynı zamanda gerçeği de söyleyerek mahkemeyi saptırdığı yanlış yoldan döndürmesi gerekmektedir^{204 205}.

Bu bakımdan TCK m. 274/1’de; aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce failin gerçeği söylemesi halinde cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir²⁰⁶. Buna göre, ilgili düzenlemenin lafzı

²⁰³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1241.

²⁰⁴ ÜNVER, s. 213; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8221; PARLAR, s. 2917; İÇER, s. 218.

²⁰⁵ Ayrıca öğretilerde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için sanığın hangi aşamalarda sözlerinin gerçeğe aykırı olduğu hangi açıklamalarının ise gerçeğe dönme sayıldığıın dosyada açıkça gösterilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8222.

²⁰⁶ “Sanığın, Murat İnceustaoglu’nun intihar etmesi olayıyla ilgili olarak Kastamonu Cumhuriyet Savcılığında yürütülen soruşturmada, Cumhuriyet Savcısı huzurunda, 22.05.2008 tarihinde alınan yeminli beyanında diğer sanık ...’in olay yerinde
YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

dikkate alındığında mahkeme/hâkim, cezayı indirme gibi bir takdir yetkisine sahip olmayıp fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmünü kurmalıdır. Keza failin soruşturma aşamasında gerçeğe dönmesi durumunda da Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasında takdir yetkisini kullanma yetkisini haiz olduğu ifade edilmiştir²⁰⁷. Bu hükmün uygulanabilmesi için henüz aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında hak kısıtlanmasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte bir karar verilmemiş olması aynı zamanda da failin gerçeğe dönüşünün hükümden önce olması gerekmektedir. Fıkra kapsamında yer alan “hak kısıtlaması veya yoksunluğu” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği noktasında öğretide; aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında koruma tedbirlerine karar verilmesi, özel hukuk davalarında ihtiyatı tedbir kararı alınması veya bir disiplin soruşturmasında karar verinceye kadar görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanması gibi durumlar örnek kabilinden sayılmıştır²⁰⁸. Bundan dolayı söz konusu etkin pişmanlık hükmü hukuk davalarında da uygulanabilecektir²⁰⁹.

Bununla birlikte, fıkrada yer alan “aleyhine tanıklık” ifadesine yer verilmesinin yerinde olmadığı, her ne kadar fıkrada geçen koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için kişilerin aleyhine tanıklık yapılmasının gerekli olduğu kabul edilse de, lehe yapılan gerçeğe aykırı tanıklıklar

bulunmadığına dair beyanı karşısında; 18.09.2008 tarihinde Cumhuriyet Savcılığındaki yeminli beyanında önceki beyanından dönerek ...'in olay yerinde bulunan arabada oturduğu, ancak sabikalı olması nedeniyle ismini karıştırmak istememelerinden dolayı yalan beyanda bulduklarını söylemesi ve bu durumun ... ve ...tarafından da doğrulandığının anlaşılması karşısında, TCK'nun 274/1. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi...” Y. 8. CD., E. 2017/15089, K. 2018/1193, T. 07.02.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 26.05.2019).

²⁰⁷ **GÖKTÜRK**, s. 391.

²⁰⁸ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 1241.

²⁰⁹ “*Gelmeyen sanık Alataş'ın Asliye Hukuk Mahkemesindeki yargılama sırasında tanık olarak dinlendiği 19.9.2000 ve 18.11.2000 günlü anlatımlarının doğru olmadığı, sanık Nurkan 'in baskısı altında o açıklamaları yaptığını bildiren 12.11.2002 tarihli içeriğini bilmediği dilekçeyi mahkemeye kendisinin vermediğini savunması karşısında, bu husus araştırılıp adı geçen yalan tanıklık yapıp yapmadığı saptanmadan ve sanık Nurhak Bağcılar'ın da onu yalan tanıklığa azmettirdiğine ilişkin kanular gösterilmeden, yükletilen suçların oluştuğunun kabulüyle 5237 sayılı TCY. nin274/1. maddesi uyarınca etkin pişmanlıktan söz edilmek suretiyle sanık Nurkan Bağcılar hakkında eksik soruşturma sonucu cezaya hükmolunması...”* Y. 4. CD., 30.04.2007, 1993/3971, karar için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, s. 1228, dpt. 53.

YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

açısından da aynı sonuçların ortaya çıkabileceği ve lehe yalan tanıklık yapan kişilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmamasının eşitlik ilkesine ve adalete zarar vereceği savunulmuştur²¹⁰. Gerçekten de fıkranın uygulanabilmesi için yalan tanıklık yapan kişinin, hükümden “veya”²¹¹ hakkında tanıklık yapılan kişi açısından hak yoksunluğuna ya da kısıtlamasına yol açacak bir karar verilmemesinden önce gerçeğe dönmesi gerekmektedir.

Bu bakımdan failin yaptığı tanıklığın, kişi hakkında lehe ya da aleyhe olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Söz gelimi, masum olduğunu içten içe düşündüğü bir sanığın cezalandırılmaması için lehine tanıklık yapan failin daha sonradan çektiği vicdan azabı nedeniyle hükümden önce objektif gerçeğe dönmesi durumunda hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağını savunmak yerinde olmayacaktır²¹². Yargıtay ise bu görüşün aksine son tarihli kararları da dahil olmak üzere istikrarlı bir biçimde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin aleyhe tanıklıkta bulunmasını aramaktadır^{213 214}. Bu eşitsizliğin giderilmesi

²¹⁰ GÖKTÜRK, s. 392 - 393.

²¹¹ Olması gereken hukuk için fıkroda geçen “veya hükümden” ibaresi yerine “ve hükümden” ibaresinin getirilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. ÜNVER, s. 215.

²¹² Bu husus Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Ceza Dairesinin somut norm denetimi başvurusu ile Anayasa Mahkemesinin önüne de gelmiş; ancak Anayasa Mahkemesi; “...Bu bağlamda, maddede yer alan her üç fıkranın da aleyhe tanıklık yapılması nedeniyle ortaya çıkan hak kısıtlaması, hak yoksunluğu, hüküm veya mahkûmiyet kararı nedeniyle sanığın zarar görmesi hallerine ilişkin olduğu dikkate alındığında sadece aleyhe tanıklık yapılması durumu için öngörülen bu durumların lehe tanıklık yapılması halinde uygulanacak kural olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla itiraz konusu ibareler, başvuruda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural değildir.” şeklindeki gerekçesiyle söz konusu başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/176, K. 2017/173, T. 28.12.2017, karar için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/96ca8b03-2cf7-42d8-b717-452ad6ea6d8a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 23.05.2019).

Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin kararına metnin içinde yer verdiğimiz gerekçelerle katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Keza Anayasa Mahkemesi esasa girmeksizin usulden başvuruyu reddettiği bu kararla söz konusu maddenin bu yönüyle ilgili olarak bundan sonra yapılacak başvuruların da önünü kapatmıştır.

²¹³ “...maddede yer alan her üç fıkranın da aleyhe tanıklık yapılması nedeniyle ortaya çıkan hak kısıtlaması, hak yoksunluğu, hüküm veya mahkûmiyet kararı nedeniyle hakkında aleyhe yalan tanıklık yapılan kişinin zarar görmesi hâllerine ilişkin olması, bu bağlamda kanun koyucunun, aleyhe yalan tanıklık yapılması nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesine veya doğan zararların azaltılmasına yönelik pişmanlık sergilenerek maddi gerçeğe ulaşılmasını amaçlaması ve maddenin yoruma olanak tanımayacak açıklıktaki lafzına göre etkin pişmanlık hükümlerinin sadece aleyhe tanıklık yapan kişi hakkında

öngörülmesi birlikte değerlendirildiğinde; sadece aleyhe tanıklık yapılması durumu için öngörülen TCK'nun 274. maddesinin, lehe tanıklık yapılması hâlinde uygulanmasının mümkün olmadığını kabulü gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanık ...'nın, inceleme dışı sanık ... hakkında aralarında inceleme dışı sanık ...'in de bulunduğu birden fazla kişiye kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek suretiyle tefecilik suçunu işlediği iddiasıyla ilgili yürütülen soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı huzurunda tanık olarak verdiği ifadede, "...'in kendisine, ...'dan faizle 1.000 TL borç aldığını, ancak bu borç ödenmeyince ...'un, ...'den aldığı boş bir senetin üzerine 1.500 TL yazarak icra takibi başlattığını anlatması üzerine, Üsref'e bir tarla alışverişi nedeniyle borçlu olduğundan söz konusu senetle ilgili olarak Ali'ye 'bu borcu ben ödeyeyim, senetleri bize ver' dediğini, ancak Ali'nin kabul etmeyip Üsref'den 1.000 TL'lik boş senet daha aldığını" söyleyip aleyhe tanıklıkta bulunduğu hâlde, bu olayla ilgili açılan kamu davasında tanık olarak ifadesi alındığında, önceki ifadesinden farklı şekilde, "...'in, ...'un kendisinden faizle borç para istediğini söylemediğini, bu iki şahsı anlaştırmak istediğini, olayın ayrıntısını bilmediğini" beyan ederek lehe tanıklıkta bulunduğu ve bu ikinci ifadesinden dolayı kendisi hakkında yalan tanıklık suçundan suç duyurusunda bulunulması üzerine başlatılan soruşturmada alınan ifadesinde de, kovuşturmada tanık olarak verdiği lehe ifadenin, inceleme dışı sanıkların kendisini duruşmadan önce yönlendirmelerinden kaynaklandığını beyan ettiği olayda; sanığın inceleme dışı sanık ... hakkındaki yargılamada verdiği ve yalan tanıklık suçuna konu olan ifadesinde lehe tanıklıkta bulunduğu, buna karşın etkin pişmanlığa ilişkin TCK'nun 274. maddesinin uygulanabilmesi için aleyhe yalan tanıklık yapılması nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesine veya doğan zararların azaltulmasına yönelik gerçeğin söylenmesinin zorunlu olduğu, dolayısıyla söz konusu maddenin yalnızca aleyhe yalan tanıklık yapan fail hakkında uygulanabileceği hususları birlikte değerlendirildiğinde; inceleme dışı sanık ... lehine yalan tanıklık yapan sanık ... hakkında TCK'nun 274. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır." YCGK., E. 2015/187, K. 2018/206, T. 08.05.2018; "Olay tarihinde Hatay E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka bir suçtan hükümlü olarak bulunan sanık ...'un, aynı ceza infaz kurumunda kalan Yılmaz Karabulut'un saldırıya uğradığı iddiasıyla ilgili yürütülen soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı huzurunda tanık olarak verdiği ifadede "Yılmaz'ı Süleyman'ın çağırdığını, Yılmaz'ın gözüne çöpü de onun soktuğunu" söyleyip aleyhe tanıklıkta bulunduğu hâlde, bu olayla ilgili açılan kamu davasında tanık olarak ifadesi alındığında, önceki ifadesinden farklı şekilde, "olayı görmediğini" beyan ederek lehe tanıklıkta bulunduğu ve bu ikinci ifadesinden dolayı kendisi hakkında yalan tanıklık suçundan suç duyurusunda bulunulması üzerine başlatılan soruşturmada alınan ifadesinde de, kovuşturmada tanık olarak verdiği lehe ifadenin, kasten yaralama suçunun sanığından korkmasından kaynaklandığını beyan ederek kasten yaralama suçunun sanığı hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmadan önce gerçeği söylediği olayda; sanığın kasten yaralama suçunun sanığı hakkındaki yargılamada verdiği ve yalan tanıklık suçuna konu olan ifadesinde lehe tanıklıkta bulunduğu, buna karşın etkin pişmanlığa ilişkin TCK'nun 274. maddesinin uygulanabilmesi için aleyhe yalan tanıklık yapılması nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesine veya doğan zararların azaltulmasına yönelik gerçeğin söylenmesinin zorunlu olduğu, dolayısıyla söz konusu maddenin yalnızca aleyhe yalan tanıklık yapan fail hakkında uygulanabileceği hususları birlikte değerlendirildiğinde; lehine yalan tanıklık yapan sanık ... hakkında TCK'nun YUHFD Cilt. XVII Özel Sayı (2020)

amacıyla TCK m. 274/1 hükmü yeniden gözden geçirilmeli ve lehe tanıklığı kapsayacak şekilde düzenlenmelidir.

Buna karşılık, TCK m. 274/2 açısından aynı şeyler söylenemeyecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 272. maddenin 4 ila 8. fıkraları arasında düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin fail hakkında uygulanabilmesi için failin yaptığı yalan tanıklık ile söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller arasında doğrudan bir nedensellik bağı olmalı, diğer bir ifadeyle, hâkimin kararına failin yaptığı yalan tanıklık doğrudan etki etmelidir²¹⁵. Nitekim bu husus işlenen fiil ile daha ağır veya başka netice arasında nedensellik bağının bulunmak zorunda olmasının da mantıklı bir sonucudur. Bunun neticesinde, failin lehe yaptığı yalan tanıklığın söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere etki etmesi düşünülemeyeceğinden, bu durumda 274. maddenin 2. fıkrasındaki etkin pişmanlık hallerinin ancak aleyhe yalan tanıklık yapan failer hakkında uygulanabileceği şeklindeki düzenleme yerindedir. Bununla beraber kanaatimizce, failin lehe yalan tanıklık yapmasına rağmen lehine tanıklık yaptığı kişi hakkında bir hak yoksunluğu ya da kısıtlanması uygulansa bile failin hükümden önce gerçeğe dönmesi durumunda -274/1'de yer alan "veya" bağlacı uyarınca- fail hükümden önce gerçeğe döndüğü için artık

274. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır." YCGK., E. 2015/177, K. 2018/205, T. 08.05.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 26.05.2019).

²¹⁴ Bununla birlikte Yargıtay 8. Ceza Dairesi yakın tarihli bir kararında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için tanıklığın aleyhe olmasının gerekmediğine hükmetmiştir; "Bozmaya uyularak yapılan yargılamada, yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; sanığın, Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 1994/17 esas sayılı dava dosyasının yargılaması sırasında avukat vasıtası ile yazdığı dilekçesinde ve duruşmada yeminli beyanında maktül...ı öldüren şahsın... olmadığını,... olduğunu beyan ettiği; ancak hükümden önce yeminli ifadesinde maktülün kim tarafından öldürüldüğünü bilmediğini, vicdan azabı çektiğini, .. isimli kişinin o yönde beyanda bulunması için para teklif ettiğini, maddi durumu bulunmadığından kabul ettiğini ve bu nedenle yalan beyanda bulunduğunu söyleyerek, hükümden önce gerçeği söyleyen sanık hakkında; dairemiz uygulamasına göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için tanıklığın aleyhe olması gerekmiyip, gerçeğin söylenmesi gerektiğinden sanık hakkında TCK'nun 274. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi, yasaya aykırı, hükümlü müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA..." Y. 8. CD., E. 2017/7192, K. 2018/856, T. 31.01.2018, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 26.05.2019).

²¹⁵ Bkz. yukarıda II/6 – (i).

hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. Söz gelimi, tanığın yine sanık hakkında lehe yalan tanıklık yaptığını; ancak hâkimin dosyadaki diğer deliller sonucunda sanık hakkında tutuklama kararı verdiğini ya da sanığın eşyaları hakkında el koyma tedbiri uyguladığını, bir süre sonra yaptığından pişman olan tanığın hükümden önce gerçeğe döndüğünü varsayalım. Failin madde lafzı gereğince etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağı ileri sürülebilecek olsa da (lehe yalan tanıklık yaptığı için), yukarıdaki açıklamalarımızla doğru orantılı olarak, hükümden önce maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olduğu ve davadaki sanık hakkında uygulanan hak kısıtlaması ya da yoksunluğuna da (gerek 272/4-5 hükümleri gerek nedensellik bağı bulunmaması da göz önüne alınarak) sebebiyet vermesi söz konusu olmadığı için 274/1 gereğince etkin pişmanlıktan yararlanması gerekir.

TCK m. 274/2'de ise aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce kişinin gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarını indirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Hükümün uygulanabilmesi için yukarıda da ifade ettiğimiz üzere aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlaması ya da yoksunluğuna karar verilmesi ve tanığın buna rağmen hükümden önce gerçeğe dönmesi gerekmektedir²¹⁶. Bu hüküm uyarınca hâkim, failin ancak; cezasında indirimine gidebilecek, ilk fıkra olduğu gibi ceza verilmesine yer olmadığı kararı veremeyecektir. Söz konusu hüküm, özel hukuk uyuşmazlıklarında da uygulanabilecektir.

Nihayetinde TCK m. 274/3'de; aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce tanığın gerçeğin söylemesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarının indirilebileceği öngörülmüştür. Bu fıkra açısından kanun koyucu, hükümden sonra dahi maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını, yalan tanıklık suçunu işleyen faili cezalandırmaya tercih etmiştir²¹⁷. TCK m. 274/3'ün uygulanabilmesi için aleyhine yalan tanıklık yapılan kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi ve aleyhe tanıklığı gerçekleştiren kişinin verilen hüküm kanun yolları aşaması tamamlanıp kesinleşmeden önce gerçeğe dönmesi gerekmektedir²¹⁸. Bu düzenleme de belirli sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Öncelikle

²¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1144; KOÇER, s. 175; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1242; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1229.

²¹⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1144.

²¹⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1242; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 1229.

yukarıda lehe tanıklık yapan kişiler açısından ikinci fıkra kapsamında yaptığımız açıklamalar söz konusu fıkra kapsamında da geçerlidir. Ayrıca söz konusu fıkrada, mahkûmiyet kararından bahsedildiği için üçüncü fıkradaki etkinlik pişmanlık hali yalnızca ceza kovuşturmaları bakımından uygulanacaktır. Ancak öğretide haklı olarak, yalnızca mahkûmiyet ifadesine yer verilmesinin doğru olmadığı ve beraat kararı verilen haller ile hukuk davalarında da söz konusu hükmün uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür^{219 220}. Gerçekten de hukuk davalarının kanun yolu aşamasında tanığın ifadesini değiştirerek objektif gerçeğe dönmesi söz konusu olabilir, bu durumda objektif gerçeğin ortaya çıkmasına katkıda bulunan failin etkin pişmanlıktan yararlandırılmamasını anlamak güçtür²²¹.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında HAGB kararı verilmesi halinde de TCK m. 274/3 hükmü uygulanabilecektir. Keza bu durumda hüküm herhangi bir sonuç doğurmayacağından ve kanun yolu aşaması da daha başlamadığından hükmün kesinleştiğinden de söz edilemeyecektir²²².

SONUÇ

Hem hukuk yargılamasında hem de ceza yargılamasında hâkimin/mahkemenin hükmünü etkileyecek delillerin başında gelen tanık delilinin diğer deliller gibi gerçeğe uygun olması maddi gerçeğin doğru bir şekilde ortaya çıkması ve adaletin sağlanması noktasında büyük bir önem arz etmektedir. Ancak yapısı gereği insandan sadır olan tanık delilinin her zaman gerçeğe uygun olması beklenemeyeceğinden, muhakemenin işleyişini, davanın taraflarını ve adalete güven duyan toplumu oluşturan herkesi korumak isteyen kanun koyucu, -765 sayılı mülga Ceza Kanununda olduğu gibi - Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde gerçeğe aykırı tanıklık yapılmasını yaptırım altına almıştır. Ayrıca yalnızca mahkeme önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapılmasını değil, aynı zamanda hukuka aykırı bir fiil sonucu başlatılan soruşturmada da söz konusu eylemin işlenmesini suç olarak düzenlenmiştir.

Yalan tanıklık suçunun düzenlendiği madde incelendiğinde kanun koyucunun “gerçeğe aykırı tanıklık yapma” ya da “yalan tanıklık yapma” ifadelerine yer verildiği ve tanığın aktif bir hareketle gerçekten

²¹⁹ GÖKTÜRK, s. 394-395.

²²⁰ Güvenlik tedbirlerinin de bu kapsamda kaldığına ilişkin olarak bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 8224.

²²¹ Aynı yönde GÖKTÜRK, s. 394.

²²² ÜNVER, s. 218.

uzaklaşmasını yaptırım altına aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında tanığın pasif bir hareketle gerçeği gizlemesinin de söz konusu suçu oluşturacağı belirtilmiştir. Keza 272. maddenin gerekçesinde de; tanığın gerçeği bilerek gizlemesi suçu oluşturan hareketlerden biri olarak sayılmıştır. Gerekçenin bağlayıcı olmadığı ve yalnızca maddenin yorumunda etkili olduğu göz önüne alındığında kanun koyucunun kanunilik ilkesinin gereği olarak söz konusu suçun maddi unsuru teşkil eden ve normda yer alan hareketi yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır. Buna göre; söz konusu maddede yer alan hareket öğretideki görüşlere de uygun olarak, “gerçeğe aykırı beyanda bulunmak veya gerçeği gizlemek” şeklinde yeniden düzenlenmelidir. Böylesi bir düzenlemenin - ihmali suçlara ilişkin genel hükümlerde genel bir norm olmadığından dolayı- kanunilik ilkesi bakımından da yerinde olacağı kanısındayız.

Tanığın hangi açıklamalarının yalan tanıklık suçunu oluşturacağı ise öğretide kapsamlı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan tanığın, olayı algıladığı zihnindeki gerçeklikten (sübjektif gerçeklik) bilerek ayrıldığı durumlarda gerçeğe aykırılığın oluşacağını ileri süren sübjektif teoriden ziyade; tanığın beyanının zihninde algıladığı gerçeklikten bağımsız olarak somut olaydan (objektif gerçeklikten) farklılık gösterdiği her durumda gerçeğe aykırılığın oluşacağını iler süren objektif teorinin tercih edilmesi daha yerinde olacaktır. Keza yukarıda da ileri sürdüğümüz üzere, sübjektif teorinin seçimi, söz konusu suç bağlamında maddi unsur-manevi unsur ayırımının yapılmasını zorlaştıracığı gibi bazı durumlarda da fail aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Söz gelimi, kişinin algıladığı gerçeklikten bilerek ayrılmasına rağmen objektif olayın da failin yalan beyanındaki gibi gerçekleşmesi durumunda sübjektif teori uyarınca fail yine de cezalandırılacaktır. Oysa böyle bir kabul, failin suç işleme niyetini cezalandırmayı reddeden fiil ceza hukuku açısından kabul edilemeyecektir.

Suç ile ilgili olarak tartışılan en önemli meselelerden biri de neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin faile ne zaman uygulanacağıdır. Bu hususta tanığın yalan beyanı sonucu aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında bir gözaltı kararı ya da tutuklama kararı verilebileceği gibi ağırlaşmış müebbet veya müebbet hapis cezasına da hükmolunması söz konusu olabilir. İşte bu durumlarda tanığın ağırlaşmış neticelerden sorumlu olup olmayacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan dolayı kişinin sorumlu olabilmesi için en azından taksirinin bulunmasının yanı sıra ayrıca ortaya çıkan ağır neticenin de yine kişiye objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir. Hâkimin/mahkemenin yalan tanıklık yapan tanığın hükmünü esas almadan

aleyhe tanıklık yapılan kişi hakkında hüküm vermesi durumunda söz konusu ağırlatıcı nedenin tanığa uygulanmaması kanısındayız. Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki, söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin getirdiği ağır cezaların yalan tanıklık suçunu işleyen fail hakkında uygulanabilmesi için yukarıda da savunduğumuz üzere gerçeğe aykırı açıklamaların en azından daha ağır netice açısından hükme doğrudan etkisi olmalıdır. Aksini savunmak, diğer bir ifadeyle gerçeğe aykırı tanıklığın karara etkisini göz ardı ederek yalnızca hâkimin dayandığı delillerden biri olmasını aramak her ne kadar ispat açısından kolaylık sağlasa da her zaman adil sonuçlar doğurmuyacak ve ceza hukukunun temel ilkelerine de aykırı olacaktır.

Ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerle bağlantılı olarak hemen belirtmek gerekir ki, 272. maddenin 6. fıkrasında süreli hapis cezaları açısından verilen hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 14/1/2015 tarihli ve E. 2014/116, K. 2015/4 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve söz konusu iptal sonrası ortaya çıkacak kanuni boşluğun kamu düzenini bozmaması adına iptal kararının 29/4/2015 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu noktada kanun koyucunun halen bir düzenleme yapmaması neticesinde fıkranın kendi içerisinde ve hatta diğer neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller olan ilişkisi bakımından da bir orantısızlık meydana gelmiştir. Kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyi bir an önce yaparak iptal kararı sonrası ortaya çıkan eşitsizliği ortadan kaldırması gerekmektedir.

İlgili suç açısından düzenlenen etkin pişmanlık hallerinin de yukarıda belirttiğimiz üzere kanun koyucu tarafından yeniden revize edilmesinde fayda vardır. Bu bakımdan tekrara düşmek pahasına vurgulamak gerekir ki, TCK m. 274/1'de yer alan "aleyhine tanıklık" ifadesine yer verilmesi yerinde değildir. Her ne kadar fıkrada geçen koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için kişilerin aleyhine tanıklık yapılmasının gerekli olduğu kabul edilse de, lehe yapılan tanıklar açısından da aynı sonuçlar çıkabileceği ve lehe yalan tanıklık yapılan kişilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmamasının eşitlik ilkesine ve adalete zarar vereceği açıktır. Söz gelimi, masum olduğunu içten içe düşündüğü bir sanığın cezalandırılmaması için lehine tanıklık yapan failin daha sonradan çektiği vicdan azabı nedeniyle hükümden önce objektif gerçeğe dönmesi durumunda hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmayacağını savunmak yerinde olmayacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yöndeki somut norm denetimi başvurusunu, salt normun içerisindeki "aleyhe" ibaresini göz önüne alarak ve bu ibarenin mahkemede uygulanma olanağı

olmadığını belirterek usulden reddetmiştir. Esasa girmeksizin verilen bu karar ayrıca bundan sonra yapılacak başvuruların da önünü kapatmıştır. Bu durumda maddenin kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmesi ve lehe gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişiler için de etkin pişmanlık hükümlerin uygulanabilir kılınması eşitlik ve adalet ilkelerinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak çalışmanın konusunu oluşturan suçun, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi ise eleştiriye açıktır. Olması gereken hukuk açısından konuya yaklaşıldığında yalan tanıklığın en azından soruşturmacının/hâkimin/mahkemenin kararına etki etmesi aranmalıdır. Tanık delili halen hem hukuk muhakemesi hem de ceza muhakemesi açısından önemini korusa da, gelişen teknoloji ile birlikte ortaya çıkan yeni delil türleri karşısında yavaş yavaş öneminin azalacağı da bir gerçektir. Bu bakımdan soruşturma makamının ya da yargılama makamının dikkate almadığı veya hükme esas almadığı yalan tanıklıklar dolayısıyla kişilere ağır cezalar verilmesi özellikle suçun koruduğu adaletin menfi yönde etkileme tehlikesinin dahi olmadığı durumlarda ceza hukukunun temel ilkelerine uygun düşmemektedir. Bu durum yukarıda da ifade ettiğimiz üzere özellikle maddede düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerde iyice ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı -en azından olması gereken hukuk açısından- gerçeğe aykırı tanıklığın yapılan yargılamaya ya da soruşturmaya ne derece etki ettiğini dikkate alan ve buna göre yaptırımlar belirleyen yeni bir düzenlemenin meydana getirilmesidir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN Mehmet**, “*Yalan Tanıklık Suçunda Gerçeğe Aykırılık*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 10, Sayı:28, Ağustos 2015.
- ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2015.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, İstanbul, 2018.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, İstanbul, 2010.
- ÇINAR Ali Rıza**, “*Hükümün Konusu Ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi*”, TBB Dergisi, S. 84, 2009.
- DEMİRBAŞ Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazarı ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 12. Baskı, İstanbul, 1997.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir**, Nazarı ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, 11. Baskı, İstanbul, 1997.
- DRUZIN H. Bryan/LI Jessica**, “*Yalan Söyleme Eyleminin Suç Olarak Öngörülmesi: Eğer Mümkün İse Hangi Şartlar Altında Yalan Söylemek Suç Olarak Öngörülebilir?*” (Çeviren: Nagehan KIRKBEŞOĞLU), Küresel Bakış Dergisi, Yıl:8, Sayı:23, Aralık, 2017.
- EREM Faruk**, “*Yalan Şahadet, Hakikata Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık*”, AÜHFD, C.: XI, S.:3-4, 1954.
- GÖKTÜRK Neslihan**, “*Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, S. 1, 2016.
- HAKERİ Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014.
- İÇEL Kayıhan**, “*Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008.
- İÇER Zafer**, “*Yalan Tanıklık Suçu*”, MÜHF – HAD, C. 18, S. 1, 2012.
- KATOĞLU Tuğrul**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, 61 (2), 2012
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2014.
- KOÇER Seçkin**, “*Yalan Tanıklık Suçu*”, Adalet Dergisi, Sayı:49, (s. 152/177), 2014.
- ÖLMEZ Gökhan**, Yalan Tanıklık Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2013.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, 2016.
- ÖZEK Çetin**, “*Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu*”, İHFM, C. LV, S. 3, 1997.
- ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2017.
- PARLAR Ali**, Türk Ceza Kanunu Şerhi (TCK 135-345), 2. Cilt, Ankara, 2015.
- SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2014.
- ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Ankara, 2017.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara, 2018.

ÜNVER Yener, Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267 - 289), 3. Baskı, Kasım 2012.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2018.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (md. 252 - 345), 2. Baskı, 6. Cilt, 2014.

YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2015.

YÜCEL Mustafa Tören, “*Ceza Adaletinde ‘Tanık’*”, TBB Dergisi, 1994/1, s. 100.

ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), İstanbul, 2013.

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

KARAKAYA Naim, “*Tutuklamaya Dair Birtakım Meseleler*”, <https://www.karakaya.av.tr/makale-07.html> (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

ŞEN, Ersan, “*Kolluk Tanık Dinleyebilir mi?*”, 23 Kasım 2017, <https://www.hukukihaber.net/kolluk-tanik-dinleyebilir-mi-makale,5548.html> (Erişim Tarihi: 04.08.2019).

¶ HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI
KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR
(PROBLEMS REGARDING THE SUSPENSION OF THE PRONOUNCEMENT OF
THE JUDGMENT INSTITUTION)

Arş. Gör. Anıl AKYILDIZ * **

ÖZ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, öncelikle, 19. yüzyılda, onarıcı adalet anlayışının bir sonucu olarak, Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna göre, kanuni koşulları sağlayan kişiler hakkındaki mahkûmiyet hükmü, denetim süresi içinde, kendine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeleri ve kasıtlı yeni bir suç işlememeleri kaydıyla, haklarında hukuken bir sonuç doğurmaz. Mevzuata girdiği günden itibaren uygulama koşulları hakkında üç kez kapsamlı değişiklik yapılmasına rağmen kurumla ilgili çok sayıda tartışma ve eleştiri bulunmaktadır. Çalışmamızda bu güncel tartışma ve eleştiriler de değerlendirilip kanuni düzenlemeye ilişkin öneriler getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Hüküm, Geri Bırakma, Ceza, Bireyselleştirme, Ceza Muhakemesi, Erteleme.*

ABSTRACT

The suspension of the pronouncement of the judgment emerged in the Anglo-Saxon legal system as a result of the restorative justice system in the 19th century. According to the suspension of the pronouncement of the judgment, the sentence does not have any legal effect on the persons who satisfy the legal conditions provided that, they fulfill their obligations imposed on them in the period determined by the court and do not commit a

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 03.03.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04.03.2020. Onaylanma Tarihi: 05.03.2020.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Araştırma Görevlisi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0725-472X. Bu makalenin temelini, 9 Mart 2019 tarihinde düzenlenen Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Güncel Sorunlar Sempozyumunda sunulan tebliğ oluşturmaktadır.

Eserin Atf Şekli: Anıl Akyıldız, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna İlişkin Sorunlar”, YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.65-88.

new intentional crime within five years. There have been many discussions and criticisms about the institution despite the fact that the conditions on application of the institution have been changed extensively for three times since the day the institution entered into Turkish Legal System. In this study, current discussions and criticisms will also be evaluated and suggestions will be made regarding the legal regulation..

Keywords: *Judgment, Suspension, Punishment, Individualization, Criminal Procedure, Postponement.*

Giriş

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ilk derece mahkemesi tarafından suçlu olduğuna hükmedilen kişiler hakkındaki kararın, belirli koşullar altında, beş yıl süreyle hiçbir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden kurumdur (CMK m. 231/5). Beş yılın sonunda kasıtlı bir suç işlenmez ve yüklenen yükümlülöklere uygun davranılırsa, düşme kararı verilecektir. Suç işlenmesi veya yükümlölüklerin ihlal edilmesi durumunda ise, kişi hakkındaki hüküm, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkeme tarafından açıklanacaktır.

Kurum, mevzuata 2005 yılında Çocuk Koruma Kanunu¹ ile birlikte, yalnızca suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanmak üzere girmiştir. Ardından 2006 yılında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte, yetişkinleri de kapsar şekilde hüküm altına alınmıştır². Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kurumu düzenleyen hüküm hakkında, çeşitli kısımlarıyla ilgili Anayasa Mahkemesine on bir kez itiraz yoluna başvurulmuş ve hüküm, toplam beş kez değişikliğe uğramıştır. Yapılan tüm bu değişikliklere rağmen kurum hakkındaki tartışmalı hususlar tam olarak çözüme kavuşturulamamıştır. Tam aksine kısa sürede hükümle ilgili, bu kadar çok değişiklik yapılması, kanunun anlaşılmasını zorlaştırmakta ve değişen konularla ilgili yerleşik bir içtihat oluşmasının önüne geçmektedir.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verileri incelendiğinde; 2018 yılı içerisinde ceza davalarına ilişkin toplam 4.067.380 karar verildiği ve bu kararların 488.033'ü hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir³. Bu sayılara göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının tüm kararlar içerisindeki oranı

¹ 3.7.2005 Gün ve 5395 sayılı Yasa. RG 15.07.2005, No.25876.

² Özbek, V. Ö./ Doğan, K., Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 5560 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Ceza Hukuku Dergisi*, C:1, S:2, 2006, s. 240.

³ Adli İstatistikler 2018, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, <http://www.adlisicil.ada.let.gov.tr>, e.t. 25.09.2019.

yüzde on iki, kişiler hakkında verilmiş mahkûmiyet kararları içindeki oranının ise yüzde yirmidir. Bu veriler, kurumun uygulamada ne kadar yaygın olduğunu göstermektedir. Buna karşılık kurumun uygulanmasıyla ilgili pek çok husus hakkındaki tartışma devam etmektedir. Çalışmamızda, tartışmalı hususların tespiti yapıp çözüm önerileri getirilecektir.

I. Hukuki Niteliği

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bu karar, hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı süre boyunca durma kararı niteliğindedir⁴. Yargıtay tarafından kurumun nitelendirilmesi ise istikrarlı bir şekilde koşullu bir düşme kararı olarak yapılmaktadır⁵. Her iki görüş benimsendiğinde de ilk derece mahkemesi henüz ilgili davadan elini çekmemiş olduğundan, denetim süresi içinde, kanun değişikliği sonucu fiil suç olmaktan çıkarılmışsa veya sonradan ortaya çıkan bir delil sonucu failin suçu işlemediği anlaşılırsa, sanık hakkında derhal beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

Kurumun maddi ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesi hukukuna mı ilişkin olduğunu tespit etmek; yorum kurallarının uygulanması, kıyas yasağı ve zaman bakımından uygulama ilkelerinden hangisinin uygulanacağını belirlenmesi açısından önemlidir. Özellikle 2006 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmesinden itibaren, hükmün kapsamını etkileyecek önemli değişiklikler geçirmiş kurumun, zaman bakımından uygulama kurallarından derhal uygulama kurallarına tâbi olup olmadığı, uygulama bakımından önemli sonuçlar doğuracaktır. Bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir ceza muhakemesi kurumudur ve kurumun yalnızca kişi özgürlüğüyle ilişkisi olması, onun bir maddi hukuk kurumu olarak kabul edilmesi ve zaman bakımından lehe kanunun geriye yürümesi ilkelerinin uygulanması için yeterli değildir⁶. Aksi görüşe göre, kurumun etkilerini ceza muhakemesinde göstermesi niteliğin belirlenmesi açısından yanlıtıdır ve kurumun ortaya çıkış nedenleri tarihi süreciyle birlikte değerlendirildiğinde, kurumun, saf bir maddi ceza hukuku kurumu

⁴ Centel, N./ Zafer, H., Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 14. bs., İstanbul 2017, s. 801; Özbek, V. Ö./ Doğan, K./ Bacaksız, P./ Tepe, İ., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. bs., Ankara 2018, s. 701.

⁵ 12.CD, 26.11.2018, 2018/1860, 2018/11232; 15.CD, 6.12.2018, 2016/3120, 2018/9174, www.lexpera.com.tr, e.t. 04.07.2019.

⁶ Özgenç, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. bs., Ankara 2018, s. 723, 724.

olduğu sonucuna varılacaktır⁷. Yargıtay'ın benimsediği ve bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olması sebebiyle ilk bakışta bir ceza muhakemesi kurumu olarak görünmekteyse de özellikle denetim süresi içinde tedbirlere uyulması halinde, kişinin mahkûmiyet hükmünün doğuracağı sonuçlardan tümüyle kurtulmasına, sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisinin sona ermesine neden olduğundan maddi hukuk yönü daha ağır basan, karma nitelikte bir kurumdur⁸. Bu sebeple kurumun düzenlendiği madde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bulunmasına karşın kıyas yapılması mümkün olmayacak ve zaman bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerli olmayıp, lehe kanunun geriye yürümesi ilkesi uygulanacaktır⁹.

II. Amacı

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının amacı, öncelikle, ilk defa suç işleyen, tesadüfi suçlu¹⁰ olan kişilerin, infaz sistemine dâhil edilmeden topluma kazandırılmasını sağlamaktır¹¹. Bu sayede kişi, infaz sistemine dâhil edildiğinde karşılaşılabilecek olumsuz etkilerden korunmaktadır. Özellikle

⁷ Taner, F. G., Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine, ABD, C:69, S:4, 2011, s. 290, 291.

⁸ Artuk, M. E./ Gökçen, A./ Alşahin, M.E./ Çakır, K., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. bs., Ankara 2017, s. 816; Kumbasar, E., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. bs., Ankara 2012, s. 53; Epözdemir, R., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2017, s. 56; Yıldırım, A., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. bs., Ankara 2018, s. 221; Güneş, S., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, 1. Bs., İstanbul 2018, s. 13; 11.CD., 15.11.2018, 2017/2364, 2018/9169, www.lexpera.com.tr, e.t. 03.07.2019.

⁹ Lehe kanun uygulaması hakkında örnek karar için bak. 6.CD., 21.01.2010, 2007/24501, 2010/345; 4.CD., 25.01.2018, 2017/22732, 2018/1631, www.lexpera.com.tr, e.t. 04.07.2019.

¹⁰ Tesadüfi suçlular, normalde suç işleme eğilimleri bulunmamasına karşın, o anda içinde buldukları koşullar nedeniyle suç işleyen ve işlemiş olduğu suçtan pişmanlık duyan kişilerdir. Artuk, M. E./ Alşahin, M.E., Kriminoloji, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2018, s. 55, 69.

¹¹ Güngör, D./ Okuyucu Ergün, G., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, AÜHFDD, C:65, S:4, 2016, s. 1954; Yüzbaşıoğlu, C., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Farklı Hukuk Dallarına Etkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2014, s. 25, 26.

cezaevinde infazın, kişi üzerinde yaratabileceği psikolojik ve sosyolojik etkiler, topluma kazandırılmayı güçleştirebileceğinden,¹² belli bir süre içinde tekrar suç işlememe koşulu ile cezanın kişi üzerinde sonuç doğurmaması hali, kişinin ıslah olması amacına hizmet ederken¹³, aynı zamanda, suçlu alt kültürüne dâhil olmasını engelleyeceğinden¹⁴ tesadüfi suçluluğun itiyadi suçluluğa dönüşme tehlikesi azalacaktır¹⁵.

Kurumun uygulanması için mağdurun zararının giderilmesi bir koşul niteliğinde düzenlenmiştir. Bu sayede kurum, mağdurun korunması ve zararlarının giderilmesi temelinde şekillenen onarıcı adalet¹⁶ anlayışına hizmet etmektedir¹⁷. Ancak her ne kadar mağdurun zararının karşılanması bir koşul olarak düzenlenmiş olsa da zararın karşılanmasını kabul etme konusunda, mağdurun iradesi dikkate alınmadığından diğer onarıcı adalet kurumlarından ayrılmaktadır.

Kurumun, yukarıda değinilen iki esas amacının yanında, failerin infaz sistemine dâhil edilmemesinden kaynaklanan, infaz kurumlarının işleyişi ve etkinliğine katkısı da bulunmaktadır. Kişilerin infaz kurumlarına girmemesi sonucunda, diğer mahkûmların daha iyi infaz koşullarına sahip olması sağlanmakta ve devletin ek bir maddi yük altına girmesi önlenmektedir¹⁸.

III. Uygulanma Koşulları

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, öncelikle, kişi hakkında bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmektedir. Kurulan bu mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması için kanunda öngörülen koşullar objektif ve sübjektif olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Objektif koşullar bakımından mahkemenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Sübjektif koşulda ise; mahkemenin, sanığın kişilik özellikleri ve duruşma sırasındaki tutum ve davranışlarından, yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varması aranmaktadır. Mahkeme davada ilgili koşulların bulunup bulunmadığını re'sen araştırarak

¹² Centel, N./ Zafer, H./ Çakmut, Ö. Y., Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 10. bs., İstanbul 2017, s. 569; Özgenç, s. 711.

¹³ Önder, A., Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, 1. bs., İstanbul 1963, s. 118.

¹⁴ Uludağ, Ş., Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar, Polis Bilimleri Dergisi, C:13, S:4, 2011, s. 131.

¹⁵ Önder, s. 6.

¹⁶ Baytaç, A. B., "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", İÜHFMD, C:71, S:1. 2013, s. 117.

¹⁷ Kumbasar, s. 110.

¹⁸ Yıldırım, s. 124; Yüzbaşıoğlu, s. 28.

ve süjelerden herhangi bir talep gelmese de koşulları bulunması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verecektir¹⁹.

A. Objektif Koşullar

1. Suça İlişkin Koşul

Kurumun uygulanabilmesi için hükmedilen sonuç cezanın iki yıl ve altı süreli hapis cezası veya adli para cezası olması gereklidir. Adli para cezası ve hapis cezasına birlikte hükmolunduğu hallerde de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür²⁰. Ancak, bazı suçlar bakımından, sonuç cezaya bakılmaksızın kurumun uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Bu suçlarla ilgili kanun koyucu tarafından çeşitli gerekçelerle özel hüküm getirilmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi önlenmiştir. Diğer tüm koşullar mevcut olsa da özel hüküm gereği ilgili suçlara kurumun uygulanması mümkün değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/14'e göre; "*Anayasa m.174'te koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak*" hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. Ancak, sayılan kanunlarda yer alan ceza hükümleri büyük ölçüde ilga edildiğinden yalnızca 677 sayılı Kanun'da²¹ yer alan suç tipi bakımından anlam ifade etmektedir²². Disiplin suç ve cezaları hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği, Kanun'da²³ açıkça düzenlenmiştir. Yine benzer şekilde Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da²⁴ yer alan suçlar bakımından da özel hüküm uyarınca kurumun uygulanması mümkün değildir. Kanun gereği kapsam dışında bırakılan suçların yanında Yargıtay'ın yorum yoluyla kapsam dışında bıraktığı suçlar da bulunmaktadır. İmar kirliliğine neden olma suçunda, sanık hakkındaki hüküm kesinleştikten sonra da uygulanabilecek bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiş olduğu için Yargıtay, sonuçları itibariyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan daha lehe ve özel hüküm niteliğinde olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ve

¹⁹ CGK., 05.02.2019, 2017/82, 2019/71, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

²⁰ Yenisey, F./ Nuhoglu, A., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. bs., Ankara 2018, s. 775; Özgenç, 714; Şahin, C./ Göktürk, N., Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, 8. bs., Ankara 2019, s. 198; Özen, M., Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2018, s. 1036; Güneş, s. 77; karşı. Centel/ Zafer, s. 802.

²¹ 30.11.1925 Gün ve 677 sayılı Yasa. RG 13.12.1925, No.243.

²² Yenisey/Nuhoglu, s. 774.

²³ 26.02.2008 Gün ve 5739 sayılı Yasa. RG 01.03.2008, No.26803.

²⁴ 31.03.2011 Gün ve 6222 sayılı Yasa. RG 14.04.2011, No.27905.

bu nedenle imar kirliliğine neden olma suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine hükmetmektedir²⁵. Benzer şekilde İcra İflas Kanunu'nda²⁶ düzenlenen şikâyete bağlı suçlar hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanmamaktadır^{27, 28}.

2. Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmama

Kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için kanunda aranan bir diğer koşul, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamadır. Taksirli suçtan mahkûmiyet hükmü bulunması hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi engellemez. Bilinçli taksirden mahkûmiyet halinde de taksirin bir türü söz konusu olduğu için kurumun uygulanması bakımından engel teşkil etmeyecektir. Adli para cezası ya da hapis cezasına hükmedilmiş olması koşul bakımından önemli değildir²⁹. Ayrıca kanunda açıkça kasıtlı suçtan mahkûm olmama arandığından dolayı, verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekmektedir³⁰. Örneğin verilen hüküm hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş veya hüküm henüz istinaf aşamasında ise, kişi hakkında kesinleşmiş bir hüküm olduğundan bahsedilemez.

Kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş olması yeterli olup, verilen cezanın infazının gerçekleştirilmesi önem arz etmez³¹. Ancak, hükmün infazı tamamlanmış ve adli sicil kaydından silinmiş olması halinde, bu koşulun nasıl değerlendirilmesi gerektiği irdelenmelidir. Bu konuyla ilgili kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, adli sicil kaydının silinmesinin ve kurumun amaçları birlikte değerlendirildiğinde, silinmiş olan hükmün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini engellemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Silinme zamanı geçmiş olmasına

²⁵ 18. CD., 15.01.2019, 2018/4384, 2019/1289; CGK., 25.02.2014, 2013/691, 2014/91, www.lexpera.com.tr, e.t. 03.03.2020.

²⁶ 09.06.1932 Gün ve 2004 sayılı Yasa. RG 19.06.1932, No.2128.

²⁷ 16. HD., 02.03.2009, 2008/3443, 2009/1148, 16. HD., 10.06.2008, 2008/3478, 2008/4304, www.lexpera.com.tr, e.t. 04.03.2020.

²⁸ Bu suçlar hakkında kurumun uygulanmama gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Güneş, s. 207, 208; Epözdemir, s. 131 – 133.

²⁹ Kasıtlı suçtan dolayı yalnızca güvenlik tedbirine hükmedilmiş olması bu koşul bakımından engel teşkil etmeyecektir. Bu hususta bak. Şahin/Göktürk, s. 199.

³⁰ Öztürk, B./ Tezcan, D/ Erdem, M. R./ Sırma Gezer, Ö./ Saygılar Kırıt, Y. F./ Alan Akcan, E./ Özaydın, Ö./ Erden Tütüncü, E./ Altınok Villemin, D./ Tok, M. C., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. bs., Ankara 2018, s. 646; Özgenç, s. 715; Kumbasar, s. 149; Güneş, s. 80.

³¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 776.

karşın herhangi bir sebeple kayıta görünmeye devam eden suçlar da aynı şekilde kurumun uygulanmasında olumsuz objektif koşul olarak dikkate alınmamalıdır³². Benzer bir durum, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen tekerrür süresi geçmiş suçlar bakımından da kendini göstermektedir. Bu halde de, önceki suçun infazının tamamlanmasından itibaren üç ve beş yıllık tekerrür süreleri geçmiş ise, bu suç, daha önceden kasıtlı suçtan mahkûm olmamış olma koşulu bakımından dikkate alınmamalıdır³³.

Koşulla ilgili bir diğer önemli husus, önceden mahkûmiyet hükmü bulunmama koşulunun hangi anda aranacağıdır. Konuya ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecek suçun işlendiği an esas alınarak değerlendirme yapılmalı ve suç işlendiği tarihte kesinleşmiş bir hüküm bulunmaması halinde kurum uygulanmalıdır³⁴. İkinci görüşe göre ise, esas alınması gereken tarih hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verileceği tarihtir³⁵. Bu durumda, suçun işlendiği tarihin bir önemi olmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği tarihte kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Kanaatimizce, mahkûmiyet hükmünün bulunmama koşulu ile ilgili değerlendirme yapılırken suç tarihinin esas alınması daha isabetli olacaktır. Fail hakkında yapılan tüm yargılama suçu işlendiği andaki koşullara göre yürütülmelidir. Bu sayede, yürütülen yargılamanın uzun ya da kısa sürmesinin, kişi üzerinde olumlu ya da olumsuz bir etki yaratmasının önüne geçilmiş olacaktır.

3. Mağdurun Zararının Karşlanması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesinin bir diğer objektif şartı da mağdurun veya suçtan zarar görenin zararının giderilmesidir (CMK m. 231/6-c). Onarıcı adalet anlayışının sonucu ortaya çıkan kurumda, bu sayede, mağdurun da tatmin edilmesi sağlanmıştır.

³² Centel/Zafer, s. 803; Ünver, Y./Hakeri, H., Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16. bs., Ankara 2019, s. 672.

³³ Nitekim Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da aynı yöndedir: CGK., 06.04.2010, 2010/71, 2010/76; 3. CD., 27.06.2019, 2019/5866, 2019/13876; 3.CD., 28.03.2019, 2018/12042, 2019/6587, www.lexpera.com.tr, e.t. 03.03.2020.

³⁴ Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Vilemin/Tok, s. 647, Yüzbaşıoğlu, s. 89; aynı yönde kararlar için bak. 4.CD., 15.01.2015, 2014/2531, 2015/1205, www.lexpera.com.tr, e.t. 07.09.2019.

³⁵ Artuç, M., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Hukuk Dergisi, C:3, S:21, 2008, s. 118; İpek, A. İ., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1. bs., Ankara 2010, s. 122.

Kurumun uygulanması için karşılanması gereken zarar yalnızca maddi zarar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemektedir³⁶. Suçtan kaynaklanan maddi bir zarar bulunmaması durumunda zararın karşılanması koşulu aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Karşılanması gereken zarar, mahkeme tarafından bizzat tespit edilmeli ve sanığa, hakkında kurumun uygulanması için bu zararı karşılaması gerektiği hatırlatılmalıdır³⁷. Mağdurun soyut olarak bildirdiği zararın, mahkeme tarafından ayrıca bir tespit ve inceleme yapılmaksızın, karşılanıp karşılanmayacağı sorulması yeterli değildir. Bir özel hukuk hâkiminin tazminat davasında yaptığı gibi zararın tespiti beklenmiyor olmakla birlikte, davaya bakmakta olan mahkeme genel bir tespit yapmalı ve zararı belirlemelidir³⁸. Ancak olayın özellikleri uyarınca, ortaya çıkan zarar miktarının hâkim tarafından tespit edilmesi mümkün değil ise, bilirkişiye başvurulmalı ve zarar tespit ettirilmelidir³⁹. Mahkeme tarafından tespit edilen bu zararın bir kısmının karşılanması yeterli olmayıp⁴⁰ yalnızca zararın tamamı karşılandığı takdirde kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. Mağdurun zararın karşılanmasını kabul etmesi ya da etmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca zararın doğrudan sanık tarafından karşılanması da zorunlu olmayıp, üçüncü bir kişi tarafından, sanık adına karşılanması halinde de koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır⁴¹.

Zararın giderilmesi koşulunun herhangi bir sebeple hemen sağlanamadığı hallerde; zararın denetim süresince aylık taksitler halinde giderilmesi koşuluyla da kurum uygulanabilir (CMK m. 231/9). Ortaya çıkan zarar tutarının fazla olması veya sanığın ekonomik gücünün zararı tek seferde karşılamak için yetersiz olduğu haller için taksitler halinde ödeme imkânı tanınmıştır⁴². Taksitlendirmenin nasıl yapılacağı hakkında, taksitlerin denetim süresi içinde bitmesi koşulu dışında kanunda bir düzenleme öngörülmemiş, hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Denetim süresi içinde

³⁶ CGK., 25.06.2019, 2019/32, 2019/500, www.lexpera.com.tr, e.t. 07.09.2019.

³⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 675; Güneş, s. 111.

³⁸ Güngör/Okuyucu Ergün, s. 1956.

³⁹ CGK., 08.05.2012, 2011/449, 2012/186, www.lexpera.com.tr, e.t. 07.09.2019.

⁴⁰ Zararın bir kısmının karşılanması halinde mağdur veya suçtan zarar görenin de rızasıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğine ilişkin düzenleme yapılması gerektiği hakkında bak. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 695.

⁴¹ Yenisey/Nuhoglu, s. 777, Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 675.

⁴² Karş. İpek, s. 197.

taksitlerin ödenmemesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılacak ve hüküm açıklanacaktır. Ancak ödememe durumu sanığın elinde olmayan sebeplerle ortaya çıkmışsa, mahkeme, hükmedilen cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da diğer koşulları yerine getiriyorsa hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine hükmedebilir (CMK m. 231/11).

4. Uzlaşmaya Tabi Bir Suç Söz Konu İse Öncelikle Uzlaştırma Yolunun Denenmiş Olması

Uzlaştırmaya tâbi bir suç söz konusu olduğu takdirde, öncelikle uzlaştırma yolunun denenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, uzlaştırmaya tâbi suçlar için uzlaşma yoluna başvurulması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için bir ön koşul niteliğindedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gibi uzlaştırma kurumu da onarıcı adalet kurumu olduğundan⁴³ ve amaçları ve sonuçları bakımından bir ortaklık söz konusu olduğundan, uzlaştırma kurumunun, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna göre öncelikli olarak uygulanması kabul edilmiştir⁴⁴. Ancak uzlaşma yolu denenmesine karşın, sanık ile mağdur uzlaşmamış olsalar da kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir⁴⁵.

5. Daha Önce Hakkında Verilmiş Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetim Süresi İçinde Olmama

2014 yılında maddede yapılan bir değişiklikle⁴⁶, kişi hakkında kasten işlenen suçlar dolayısıyla, denetim süresi içinde, ikinci kez hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi engellenmiştir. Değişiklik öncesi dönemde, daha önceden haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunan sanıklar, denetim süresi içinde tekrar suç işlediklerinde, haklarında ilk verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılmakta ancak yeni işlenmiş suçla ilgili tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmekteydi⁴⁷. Yapılan

⁴³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 702.

⁴⁴ Yüzbaşıoğlu, s. 115.

⁴⁵ Bıçak, V., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. bs., Ankara 2018, s. 782.

⁴⁶ 18.6.2014 Gün ve 6545 sayılı Yasa m. 72. RG 28.06.2014, No.29044.

⁴⁷ Ancak önceden verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, mahkemenin sanığın tekrar suç işlemeyeceği yönündeki kanaatini oluşturması bakımından dikkate alındığıyla ilgili bak. İpek, s. 141.

değişikliğin ardından, anılan hallerde, hem eski hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılarak hüküm açıklanacak hem de yeni işlenmiş olan suç ile ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir. Kanundaki değişiklik öncesi işlenen suçlar bakımından ise, kurumun hukuki niteliği gereği, aleyhe olan sonraki kanunun geriye yürümesi söz konusu olmayacak ve suç tarihinde böyle bir koşul kanunda bulunmadığından, bu suçlarla ilgili, önceden verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetim süresi içinde bulunsalar da tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir⁴⁸.

Yargıtay, değişiklik öncesi dönemle ilgili durumu, aleyhe kanunun geriye yürümemesi ilkesini de aşacak şekilde yorumlamış ve suç tarihi değişiklik sonrasında olsa bile, eğer denetim süresi içerisinde bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşme tarihi, anılan değişiklik öncesi ise, bu kararların denetim süresi içerisinde olunmasının, ikinci suç hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini engellemeyeceğini karara bağlamıştır⁴⁹. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu uygulaması yerinde değildir. Suç tarihi, değişiklik sonrasında ise, o suç ile ilgili verilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulları, kuşkusuz suç tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenecektir. Değişiklik sonrasında suç işleyen kişiler, haklarında önceden verilmiş bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetim süresi içinde olduklarını ve tekrar suç işlemeleri halinde yeni getirilmiş koşul nedeniyle haklarında tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla, değişiklik öncesi kesinleşmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının denetim süresi içinde bulunmanın, tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel oluşturmayacağını söylemenin herhangi bir hukuki bir zemini bulunmamaktadır.

Daha önceden verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetim süresi içinde olmama koşulu bakımından, suç işleme tarihinin mi yoksa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi anının mı denetim süresi içinde olması halinde tekrar kurumun uygulanamayacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Hüküm, “*Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez*” şeklinde

⁴⁸ 2.CD., 10.01.2019, 2016/13696, 2019/443; 3.CD., 12.12.2018, 2018/4841, 2018/19365, www.lexpera.com.tr, e.t. 04.07.2019.

⁴⁹ 4.CD., 14.01.2019, 2014/39207, 2019/70; 4.CD., 23.10.2018, 2017/17064, 2018/18026, www.lexpera.com.tr, e.t. 07.09.2019.

düzenlenmiştir. Maddenin lafzi yorumundan yola çıkıldığında, ikinci hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği tarihin, denetim süresi içinde yer alması şartı bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak, denetim süresi içinde bulunma anı, suçun işlendiği tarih itibariyle dikkate alınmalıdır⁵⁰. Aksinin kabulü halinde, yani suçun denetim süresi başlamadan işlenmesine karşın kararın denetim süresi içinde verildiği durumlarda da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin mümkün olmadığı kabul edildiğinde, sırf yargılamanın uzun ya da kısa sürmüş olmasının kişi üzerinde önemli sonuçlar doğurması söz konusu olacaktır ki maddenin amacının bu olmadığı açıktır⁵¹. Buna karşılık her halde, önceden verilmiş bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bulunması mahkemenin subjektif değerlendirmesinde dikkate alınabilir.

Ayrıca önceden verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kişi hakkında kurumun uygulanmasını engellemesinin, masumiyet karinesine aykırılık teşkil edip etmediği ve dolayısıyla hükmün yerindeligi tartışılmalıdır. Konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi önüne gelen itiraz başvurusunda, ilgili durumu kanun koyucunun takdir sınırları içinde değerlendirerek, “*cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel teşkil etmediği*” gerekçesiyle, masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine, hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın esastan reddine karar vermiştir⁵². Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı yerinde değildir. Hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunan kişiye, hakkında önceden kasten işlenmiş bir suç dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunan kişi ile aynı sonuçların uygulanması, masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir⁵³.

6. Sanığın Kabul Etmesi

2010 yılında yapılan değişikliğin⁵⁴ ardından, kurumun ilk halinde mevcut olmayan, yeni bir koşul olarak, sanığın kurumun uygulanmasını kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar

⁵⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 651.

⁵¹ 4.CD., 15.01.2019, 2014/41250, 2019/193; 4.CD., 07.06.2018, 2018/3233, 2018/11638, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

⁵² AYM, 17.06.2015, 2015/23, 2015/56, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

⁵³ Aynı yönde bak. Yıldırım, s. 282.

⁵⁴ 22.07.2010 Gün ve 6008 sayılı Yasa m. 7. RG 25.07.2010, No.27652.

verilemeyeceği düzenlenmiştir (CMK m. 231/6)⁵⁵. Kabul beyanının açıkça sorularak alınması gerekmektedir. Örneğin, sanığın, mağdurun zararını karşılamış olması, kurumun uygulanmasını kabul ettiği şeklinde yorumlanmadan; sanığa, kurumun uygulanmasını kabul edip etmediği, kurumun sonuçları hakkında bilgilendirme yapıldıktan sonra açıkça sorulmalıdır⁵⁶. Ancak sanık, kabul edip etmediğinin sorulması üzerine susma hakkını kullanırsa, kanundaki kabul etmeme halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği yönündeki düzenleme nedeniyle kabul etmeme olumsuz koşulu gerçekleşmemiş olacağından kurumun uygulanması mümkündür⁵⁷. Kurumun uygulanmasını kabul etmeme beyanında bulunma yetkisi kural olarak bizzat sanığa aittir. Buna karşılık Yargıtay tarafından vekâletname aracılığıyla özel olarak yetkilendirilen müdafinin de kurumun uygulanmasını kabul etmeme yönünde irade gösterebileceği kabul edilmektedir⁵⁸.

Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonuçları itibariyle, mahkûmiyet hükmüne göre sanık lehine bir kurum olsa da, ceza yargılamasında sanığın hakkında verilecek mahkûmiyet hükmünü istinaf ve temyize götürmesi ve bunun sonucunda aklanmayı isteme hakkı bulunmaktadır. Bu yönüyle sanığın kabul etmesinin bir koşul olarak aranması yerinde olmuştur. Kurumun uygulanmasının sanığın kabulüne bağlanmış olması, bu yönde sanığın talepte bulunması gerektiği anlamına gelmemektedir⁵⁹. Koşulların bulunduğu kanaat getiren mahkeme tarafından, kurumu uygulamadan önce, sanığın kabulünün bulunup bulunmadığı sorulacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi için sanığın kabulünün aranması olumlu bir adım olsa da sanığa kabul edip etmediğinin hangi aşamada sorulacağına kanunda düzenlenmemesi bir eksikliktir. Uygulamada, daha sonraki celselerde sanığın duruşmadan başışık tutulması ve yargılamanın daha hızlı tamamlanabilmesi adına, henüz daha sanığın ilk sorgusunda, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı

⁵⁵ Değişiklik öncesi dönemde de sanığın kabulünün hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi için bir koşul olarak eklenmesi gerektiği doktrinde önerilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bak. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 688.

⁵⁶ Centel/Zafer, s. 804; Aynı yönde bak. 14.CD., 19.12.2018, 2018/6913, 2018/7630, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

⁵⁷ CGK., 03.07.2018, 2017/19-479, 2018/327, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

⁵⁸ CGK., 22.10.2019, 2015/225, 2019/616; 18. CD., 03.05.2016, 2015/21889, 2016/9429; www.lexpera.com.tr, e.t. 03.03.2019.

⁵⁹ 3.CD., 12.12.2018, 2018/7882, 2018/19324, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

verilmesini kabul edip etmediği sorulmaktadır. Hangi gerekçeyle yapılmış olursa olsun, ilk sorgu sırasında sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediğinin sorulması hukuka aykırıdır⁶⁰. Sorgusu sırasında mahkemeyi suçsuzluğu konusunda ikna etmeye çalışan sanığın, kurumun uygulanmasını kabul etmesi halinde, mahkeme önünde suçluluğunu kabul ettiği şeklinde bir algıya yol açması kaçınılmazdır⁶¹. Sanığın, mahkemede, böyle bir izlenim oluşturmamak adına kurumun uygulanmasını kabul etmemesi halinde ise, olası bir mahkûmiyet halinde, kurumun kişiye sağlayacağı korumalardan faydalanması mümkün olmayacak ve telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Sanığın, henüz kovuşturma aşamasının başlangıcında böyle bir tercih yapmaya zorlanması yerinde değildir⁶³. Bu noktada yapılması gereken, duruşma evresinin sonunda, hüküm sanığa okunduktan sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul edip etmediğinin sorulmasıdır. Bu sayede sanık, ilgili kurumun kendisi için avantaj ve dezavantajlarını tartma imkânına sahip olacak ve ayrıca savunma hakkı da kısıtlanmamış olacaktır⁶⁴.

B. Sübjektif Koşul

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi için son koşul ise “*Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması*”dır (CMK m. 231/6-b). Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, objektif şartları olduğu takdirde uygulanması zorunlu bir kurum değildir. Ancak, mahkeme, olumsuz kanaati sebebiyle kurumu uygulamadığı hallerde, kanaatini neden bu şekilde

⁶⁰ Ünver, Y./ Hakeri, H., Ceza Muhakemesi Hukuku C. III, Adalet Yayınevi, 15. bs., Ankara 2019, s. 1744; Taner, s. 294.

⁶¹ Taner, s. 295.

⁶² Mahkemenin karar verilmeden önce sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediğinin sormasını, mahkemenin önyargıyla hareket ettiği anlamına gelmesi sebebiyle uygun bulmayan görüş hakkında bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 645.

⁶³ Sanık muhakemenin başında kabul etme veya etmeme yönünde bir açıklamada bulunsa da hüküm verilme anına kadar iradesini değiştirebileceği hakkında bak. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. III, s. 1744.

⁶⁴ Aynı yönde bak. Güneş, s. 140; Taner, s. 296; Yüzbaşıoğlu, s. 122; karş. Yıldırım, s. 238. *YUHFD Cilt. XV Özel Sayı (2020)*

kullandığını gerekçelendirmelidir⁶⁵. Yalnızca kanun metnindeki ifadelerin tekrar edilmesi yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez⁶⁶.

Objektif koşulların değerlendirilmesinde, özellikle suç tarihinin esas alınması nedeniyle dikkate alınamayacak olan hallerin, bu noktada mahkemenin kanaatini oluşturmasında esas alınması mümkündür⁶⁷. Örneğin, kişi hakkında daha önceden verilmiş iki mahkûmiyet kararı bulunması hali, suç tarihi itibarıyla, kurumun uygulanmasını engellemeyecekse de, sübjektif koşul bakımından kişinin tekrar suç işlemeyeceği yönündeki kanaatin oluşması hususunda dikkate alınabilir.

IV. Kararın Kişi Üzerindeki Etkileri

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde, öncelikle, kişi hakkında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmaktadır. Ancak ilgili mahkûmiyet hükmü hakkında, ayrıca bir geri bırakılma kararı verilmiş olduğundan, bu mahkûmiyet hükmü kişi üzerinde hukuki bir sonuç doğurmayacaktır (CMK m. 231/5). Denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmemesi ve mahkeme tarafından yüklenen denetimli serbestlik tedbirlerine uyulması halinde, denetim süresinin sonunda davanın düşmesine karar verilir (CMK m. 231/10).

Verilmiş olan mahkûmiyet hükmü henüz kesinleşmemiş olduğundan, tekerrüre esas teşkil etmesi mümkün değildir⁶⁸. Yargılama, bu esnada kesin bir hükümlerle sonuçlanmamış olduğundan, dava halen derdesttir ve kişinin sanıklık statüsü devam eder⁶⁹. Bunun sonucu olarak denetim süresi içinde yeni bir durum ortaya çıkması halinde, kişi hakkında derhal beraat kararı verilebilir⁷⁰. Yine aynı sebeple, mağdurun şikâyetten vazgeçmesi halinde, sanık da kabul ederse düşme kararı verilebilecektir ve koşulların oluşması halinde uzlaştırma yoluna⁷¹ başvurulabilecektir.

Hükmün açıklanmasına geri bırakılması kararının bir diğer sonucu da kararın kesinleştiği tarih itibarıyla, denetim süresi boyunca dava zamanaşımının durmasıdır (CMK m. 231/8). Zamanaşımı, denetim süresinin tamamlanmasının ardından veya denetim süresi içinde kasten yeni bir suç

⁶⁵ Güneş, s. 92; Yüzbaşıoğlu, s. 127.

⁶⁶ Centel/Zafer, s. 804.

⁶⁷ İpek, s. 157,158; Kumbasar, s. 160.

⁶⁸ Tekerrüre esas teşkil eden mahkûmiyet hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Center/Zafer/ Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 618, 619.

⁶⁹ Şahin/Göktürk, s. 203, 207.

⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 702; Yüzbaşıoğlu, s. 132.

⁷¹ Centel/Zafer, s. 806.

işlenmesi halinde, bu suç tarihi itibariyle kaldığı yerden işlemeye devam eder⁷².

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, açıklanması geri bırakılan hapis cezasının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevrilmesi Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/7 sebebiyle mümkün değildir. Bu düzenleme ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırıldığı ve hüküm açıklandığı takdirde karşılaşılabilecek cezanın caydırıcı olması ve bu sayede kişinin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması ve tekrar suç işlemesinin önlenmesi amaçlanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, sanık üzerinde hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı düzenlenmiş ise de bu konuda bazı istisnalar mevcuttur. Öncelikle yargılama giderlerinin, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş sanık üzerine bırakılacağı düzenlenmiştir (CMK m. 325/2)⁷³. Yargılama giderlerinin sanık üzerinde bırakılması, verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması ve asıl mahkûmiyet hükmünün açıklanması beklenmeksizin sanıktan tahsil edilmesi, hukuki bir sonuç doğurmama bakımından istisnai niteliktedir. Kanundaki özel düzenleme nedeniyle mümkün olan bu durum, henüz kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmünün sanık üzerinde hukuki bir sonuç doğurmasına sebebiyet vermesi nedeniyle kurumun genel ilkeleriyle ve amacıyla örtüşmemektedir⁷⁴. Ayrıca henüz kovuşturma aşaması devam etmekte olan bir yargılamayla ilgili giderlerin, sanığa yükletilmesi de yerinde değildir. Açıklanması ertelenmiş olan asıl mahkûmiyet hükmünde, yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi mümkündür ancak yargılama giderlerine ilişkin kararın infazı hükmün açıklanmasına bağlı olmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, bu giderlerin infazı bakımından hükmün açıklanması ve kesinleşmesi veya davanın düşmesi yolu ile kovuşturma aşamasının sona ermesinin beklenmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yapılması, kurumun nitelikleri göz önüne alındığında yerinde olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, müsadere bakımından da nasıl bir etki göstereceği de tartışmalıdır. Buna göre; mahkûmiyet

⁷² 2.CD., 17.01.2019, 2018/6347, 2019/1021; 2.CD., 17.01.2019, 2018/3693, 2019/1105, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019; Zamanaşımın, denetim süresi içinde işlenmiş olan suçla ilişkin mahkûmiyet kararının kesinleştiği anda işlemeye başlaması gerektiği hakkında bak. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 703.

⁷³ Hükmün iptali için Anayasa mahkemesine başvurulmuş ise de Mahkeme iptal istemini reddetmiş ve düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. Karar için bak. AYM, 03.11.2011, 2010/1, 2011/149, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

⁷⁴ Kumbasar, s. 202; Yıldırım, s. 286; Güneş, s. 363; karş. İpek, s. 245; Epözdemir, s. 250. *YUHFD Cilt. XV Özel Sayı (2020)*

kararına ek olarak verilen müsadere kararlarının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleştiği anda icra edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Güvenlik tedbiri niteliğinde olan müsaderenin uygulanma koşullarından biri de kişinin suç işlemiş olduğunun bir mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmasıdır. Sanık hakkında kurum uygulandığı hallerde, hukuki sonuç doğuran ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığından, müsaderenin uygulanması mümkün değildir⁷⁵. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararında, hüküm açıklanmadan önce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleştikten sonra müsadere kararının icra edilmesini, Anayasa'nın 35. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir⁷⁶. Müsadere kararı uygulanabilecek tek hal ise “*Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya*” bakımından kendini göstermektedir (TCK m. 54/4)⁷⁷. Bu eşyalarla ilgili müsadere kararı verilmesi için suçta kullanılması şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle, verilmiş mahkûmiyet hükmü, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle açıklanmamış ve kesinleşmemiş olsa da eşyanın niteliği tek başına müsadere için yeterli olduğundan, müsadere kararı icra edilebilecektir⁷⁸.

V. Kararın Denetimi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, kanunun açık düzenlemesi sebebiyle itiraz kanun yoluna tâbidir (CMK m. 231/12). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının söz konusu olduğu hallerde, aslında iki farklı karar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kişi hakkında verilmiş mahkûmiyet hükmü, bir diğeri ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır⁷⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı açıkça itiraz kanun yoluna başvurulabileceğini öngörmüş olmakla birlikte, kişi hakkında verilmiş esas mahkûmiyet hükmü bakımından, ayrıca istinaf yolunun açık

⁷⁵ Centel/Zafer, s. 806; Güngör, D./ Toroslu, H., Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, AÜHFĐ, C:65, S:4, 2016, s. 1977.

⁷⁶ AYM GK, 20.06.2019, 2015/6164, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

⁷⁷ Eşyanın türüne göre ayırım yapılmaksızın, müsadere kararının hükmün kesinleşmesinden önce infaz edilemeyeceği edilmesi halinde masûmiyet karinesine aykırılık oluşturduğu görüşü hakkında bak. Yıldırım, s. 375.

⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 703; Güngör/Toroslu, s. 1978; Güneş, s. 295; Yüzbaşıoğlu, s. 267.

⁷⁹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. III, s. 1748.

olup olmadığına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yargılamayı nihai olarak sonlandırmıyor olması gerekçesiyle, istinaf ve temyize tâbi olmadığı yönünde istikrarlı kararlar vermektedir⁸⁰. Ancak doktrinde bizce de yerinde olan bir görüşe göre⁸¹, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından istinaf yolu kapalı olsa da kişi hakkında verilmiş mahkûmiyet hükmünün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından ayrı olarak istinaf edilebilmesi yönünde bir engel bulunmamaktadır. Mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf yoluna başvurulmasını kabul etmek hak arama özgürlüğü bakımından da isabetli olacaktır. Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulmasını kabul etmek, Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'ın iş yükünün artması sonucunu doğuracak ve bununla bağlantılı olarak yargılama sürelerinin de uzamasına ve adil yargılanma hakkının zedelenmesine neden olma tehlikesi taşıyacaktır. Ancak, hak arama hürriyetinin⁸² zarar görmemesi öncelikli olarak değerlendirilerek, verilmiş mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kabul edilen itiraz denetiminin kapsamı konusunda, zaman içinde, Yargıtay içtihatlarında önemli değişiklikler meydana gelmiştir ve itiraz incelemesinde kapsamın nasıl olması gerektiği konusunda gelişen bir uygulama mevcuttur. 2013 tarihinde verilen bir Ceza Genel Kurulu Kararına⁸³ kadar olan süreçte, itiraz incelemesinin, yalnızca kurumun uygulanma koşullarının olayda mevcut olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılması gerektiği kabul edilmekteydi⁸⁴.

⁸⁰ 6.CD., 24.01.2019, 2016/1268, 2019/273; 6.CD., 24.01.2019, 2016/1268, 2019/273; 6.CD., 23.01.2019, 2016/1483, 2019/262, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

⁸¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. III, s. 1751, 1752.

⁸² Anayasa Mahkemesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz kanun yoluna tâbi olmasının hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunu, kurumun uygulanmasının sanığın kabulüne bağlanmış olması ve denetim süresi sonunda verilen düşme kararına veya açıklanması halinde mahkûmiyet hükmüne karşı temyize başvurma imkânının devam ediyor olması gerekçeleriyle kabul etmemiştir. Karar için bak. AYMK GK, 03.11.2011, 2010/1, 2011/149, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

⁸³ CGK, 22.01.2013, 2012/10-534, 2013/15, www.legalbank.net, e.t. 17.09.2019.

⁸⁴ 5. CD., 2011/1880, 2011/9649, 07.07.2011; CGK., 07.12.2010, 2010/234, 2010/252, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019; Yalnızca koşullara yönelik değerlendirme yapılması doktrinde de eleştirilmekteydi. Eleştiriler için bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 651, 652; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 700; karş. Yenisey/Nuhoğlu, s. 778, 779; İpek, s. 273. *YUHFD Cilt. XV Özel Sayı (2020)*

Söz konusu kararlar birlikte ise incelemenin kapsamının yalnızca kurumun uygulanmasına ilişkin koşullar hakkında değil, aynı zamanda esasa ilişkin de olması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre; artık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazlar bakımından, itirazı inceleyecek merci dosyanın esasına da girebilecek ve buna ilişkin olarak da karar verecektir⁸⁵. Mercii itirazı kabul etmesi halinde, dosyayı ilk kararı veren mahkemeye geri gönderecek ve bu mahkeme de itiraz mercii verdiği karar doğrultusunda bir karar verecektir⁸⁶.

Olağan kanun yolları dışında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, olağanüstü kanun yollarından biri olan kanun yararına bozma ile denetlenmesi de mümkündür⁸⁷. Bu kanun yoluyla ilgili olarak da denetlemenin kapsamı hususunda bir netlik bulunmamaktadır. Yargıtay içtihatlarında⁸⁸, denetlemenin, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşullarına ilişkin yapılacağı, bunun dışında asıl mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların denetlenemeyeceği benimsenmiştir. Yeni tarihli bir Yargıtay kararında⁸⁹ ise denetlemenin kapsamını, asıl mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkları da içine alacak şekilde genişlettiği görülmektedir. Hem itiraz kanun yolunda hem de kanun yararına bozmada ortaya çıkan denetlemenin kapsamına ilişkin tartışmalar, esas mahkûmiyet hükmünün istinaf ve temyiz yargı denetiminden geçmemesinden kaynaklanmaktadır. Esas mahkûmiyet hükmünün, olağan kanun yollarında denetimi sağlandığı takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetimi bakımından yalnızca koşulların varlığının denetlenmesi de yeterli olacaktır. İtiraz ve kanun yararına bozma denetimindeki kapsamın genişletilmesi yerine, yukarıda açıklanmış olduğu şekilde, mahkûmiyet hükmünün istinaf ve temyiz incelemesinden geçmesinin kabul edilmesi, kurumun kanun yollarındaki denetimin kapsamına ilişkin sorunları da ortadan kaldıracaktır.

⁸⁵ 3.CD., 09.01.2019, 2018/8093, 2019/238, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 700; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 652.

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 780; Kumbasar, s. 232.

⁸⁸ 3.CD., 30.09.2009, 2009/39887, 2009/36489; 3.CD., 23.11.2011, 2011/12858, 2011/18661, www.legalbank.net, e.t. 17.09.2019.

⁸⁹ Kararda kapsamın genişletildiği açıkça belirtilmemekle birlikte, asıl mahkûmiyet hükmü yerine davanın reddine karar verilmesi gerektiği tespitinin yapılması, incelemenin asıl mahkûmiyet bakımından da gerçekleştirildiğini göstermektedir. Karar için bak. CGK., 20.02.2018, 2014/783, 2018/46, www.lexpera.com.tr, e.t. 17.09.2019.

VI. Kararın Kaldırılma ve Hükümün Açıklanma Koşulları

Sanık hakkında verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, sanığın denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlemesi veya hakkında hükmedilen denetimli serbestlik tedbirlerine uymaması halinde açıklanacaktır (CMK m. 231/11). Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına ve hükmün açıklanmasına neden olan kasıtlı suçun denetim süresi içinde işlenmesi gereklidir. Suçun, denetim süresi içinde işlenmesiyle birlikte, suçla ilgili verilen mahkûmiyet hükmünün, denetim süresinin bitmesinden sonra kesinleşmesi halinde, kişi hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hükmün kesinleştiği tarihte kaldırılacak ve hüküm açıklanacaktır. Denetim süresinin başlangıcı; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşme anı, denetim süresinin sona erme zamanı ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesinden itibaren yetişkinler için beş, suça sürüklenen çocuklar için üç yıl sonradır.

Denetim süresi içinde kasten bir suç işlenmesinin yanında, mahkeme sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine hükmetmiş ise, bu hükmedilen tedbirlere uymama sebebiyle de hükmün açıklanması gerekmektedir. Bu durumda, ilgili tedbirlere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarihten başlamak üzere en fazla bir yıla kadar hükmedilebildiğinden, ilgili süre içerisinde tedbire uymama üzerine hüküm açıklanacaktır. Hükümün açıklanma koşulları gerçekleştiği takdirde, hükmü açıklayacak olan mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını vermiş olan mahkemedir. Kararın açıklanmasıyla birlikte, açıklanan hükümle ilgili istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulması da mümkündür.

Sanık, hakkında hükmedilen denetim tedbirlerini elinde olmayan sebeplerle ihlal ettiyse, mahkeme, bu sebeple açıklanan hükmün, cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verebilir (CMK m. 231/11). Yeni bir hüküm kurulması, ancak hükmedilen denetim tedbirlerine, sanığın elinde olmayan nedenlerle uyulamamış olması halinde mümkündür⁹⁰. Eğer denetim süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi nedeniyle hükmün açıklanmasına karar verilmişse bu takdirde hüküm hiçbir değişiklik yapılmadan açıklanacaktır⁹¹.

⁹⁰ Özen, s. 1052.

⁹¹ 17.CD., 31.10.2018, 2016/13447, 2018/13519; 18.CD., 31.10.2018, 2016/7066, 2018/13897, www.lexpera.com.tr, e.t. 24.08.2019.

YUHFD Cilt. XV Özel Sayı (2020)

Sonuç ve Değerlendirme

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hem maddi ceza hukukuyla hem de muhakeme hukukuyla ilişkili olduğundan, karma bir hukuki niteliğe sahiptir. Bunun sonucu olarak, zaman bakımından uygulama kuralları bakımından lehe kanunun geriye yürümesi ilkesi geçerlidir ve kanunda boşluk bulunan hallerde kıyas yapılarak boşluğun doldurulması mümkün değildir. Aynı zamanda karar, durma kararı niteliğinde olduğundan, dava derdest olmaya devam eder ve derhal beraat kararını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde, sanık hakkında beraat kararı verilmelidir. Davanın derdest olmasının bir sonucu olarak, devam eden yargılamayla ilgili giderlerin, sanığa yüklenmesi ve esas mahkûmiyet karar açıklanmadan icra edilmesi hukuka aykırıdır. Ayrıca yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesi, kesinleşmemiş bir mahkûmiyet hükmünün, sanık üzerinde bir sonuç doğurması anlamına geldiğinden masumiyet karinesine de aykırıdır ve bu nedenle konuyla ilgili kanunda yer alan düzenleme kaldırılmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan koşulların varlığı, suçun işlendiği tarihteki duruma göre değerlendirilmelidir. Buna göre, kişi hakkında daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet kararı bulunmaması koşulu açısından, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecek olan suçun işlendiği tarih dikkate alınmalıdır. Suç işleme tarihinde var olmayan bir mahkûmiyet hükmünün, kararın verileceği tarihte bulunması halinde, bu mahkûmiyet hükmü, mahkemenin sübjektif değerlendirmesinde dikkate alınabilir. Ancak mahkeme, kişinin yeniden suç işleyeceği yönündeki kanaati sebebiyle kurumu uygulamaktan kaçınırsa, bu kararını yeterince gerekçelendirmeli ve bu gerekçeler ile gerekçenin kalanı arasında çelişki bulunmamalıdır.

Bir diğer koşul olan mağdurun zararının karşılanması bakımından zararın tespiti için mağdurun soyut beyanı tek başına esas alınmamalı, mahkeme tarafından bizzat bir tespit yapılmalıdır. Yapılan tespitin ardından sanığa, sonuçları da açıklanmak suretiyle, zararı karşılayıp karşılamayacağı sorulmalıdır. Sanığın zararı karşılamayı kabul etmesinden bağımsız olarak, sanığa ayrıca kurumun uygulanmasını kabul edip etmediği de sorulmalıdır. Savunma hakkının kısıtlanmaması ve sanığın daha doğru bir değerlendirme yapabilmesi adına, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediği, hüküm kendisine okunduktan sonra sorulmalıdır.

Denetim süresi içinde, kişi hakkında tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi koşulu, masumiyet karinesine aykırılık

teşkil ettiği için kanundan çıkarılmalıdır. İlgili koşul kanundan çıkarılana kadar, denetim süresi içinde olmama koşulu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verileceği tarih itibarıyla değil, suçun işlendiği tarih itibarıyla değerlendirilerek uygulanmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, itiraz kanun yoluna ve olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma yoluna başvurulması mümkündür. Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş esas mahkûmiyet hükmüne karşı da istinaf ve temyiz kanun yoluna gidilmeli ve bu kararların esas hakkında denetimine imkân sağlanmalıdır. Uygulamada istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilene kadar ise, itiraz ve kanun yararına bozma denetimlerinde, kurumun uygulanma koşullarının var olup olmadığıyla birlikte esas mahkûmiyet hükmünün yerinde olup olmadığı da denetlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Artuç, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Hukuk Dergisi, C:3, S:21, 2008, s. 107 – 126.
- Artuk, Mehmet Emin/ Alşahin, Mehmet Emin, Kriminoloji, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2018.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. bs., Ankara 2017.
- Baytaç, Abdullah Batuhan, “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, İÜHFMD, C:71, S:1. 2013, s. 117 – 130.
- Bıçak, Vedat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. bs., Ankara 2018.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 14. bs., İstanbul 2017.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 10. bs., İstanbul 2017.
- Epözdemir, Rezan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2017.
- Güneş, Seyithan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, On İki Levha Yayınları, 1. Bs., İstanbul 2018.
- Güngör, Devrim/ Okuyucu Ergün, Güneş, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, AÜHFD, C:65, S:4, 2016, s. 1951 – 1965.

- Güngör, Devrim/ Toroslu, Haluk, Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, AÜHFD, C:65, S:4, 2016, s. 1967 – 1980.
- İpek, Ali İhsan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1. bs., Ankara 2010.
- Kumbasar, Enver, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. bs., Ankara 2012.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Fakülteler Matbaası, 1. bs., İstanbul 1963.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 5560 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, C:1, S:2, 2006, s. 227 – 252.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. bs., Ankara 2018.
- Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. bs., Ankara 2018.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. bs., Ankara 2018.
- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma Gezer, Özge/ Saygılar Kırıt, Yasemin F./ Alan Akcan, Esra/ Özaydın, Özdem/ Erden Tütüncü, Efser/ Altınok Villemin, Derya/ Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. bs., Ankara 2018.
- Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, 8. bs., Ankara 2019.
- Taner, Fahri Gökçen, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine, ABD, C:69, S:4, 2011, s. 285 – 298.
- Uludağ, Şener, Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar, Polis Bilimleri Dergisi, C:13, S:4, 2011, s. 127 – 151.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku C. III, Adalet Yayınevi, 15. bs., Ankara 2019 (Ceza Muhakemesi Hukuku, C. III).
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16. bs., Ankara 2019 (Ceza Muhakemesi Hukuku).
- Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. bs., Ankara 2018.
- Yıldırım, Akif, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. bs., Ankara 2018.

Yüzbaşıoğlu, Cihan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Farklı Hukuk Dallarına Etkisi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul 2014.

YENİ DÜZENLEMELER IŞIĞINDA ÖNLEME ARAMALARI (PREVENTIVE SEARCH IN THE LIGHT OF NEW REGULATIONS)

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ* **

ÖZ

Suçun işlenmesi ve tehlikeyi önlemek amacıyla kolluk tarafından önleme araması yapılabilen ve özel hayatın gizliliği hakkı kısıtlanmaktadır. Yine de kural olarak konut, yerleşim yeri ve işyerlerinde önleme araması yapılamamaktadır. Ne var ki, 7145 sayılı torba kanun, işyeri niteliğindeki TSK askeri mahalleri ile jandarma ve sahil güvenlik hizmet binalarında önleme araması yapılabilmesinin önünü açmıştır. Anılan bu yeni düzenleme amaç, konu, yer, zaman ve karar veya emri verebilecek merciler açısından incelenmeye muhtaçtır. Çalışmamızda önleme aramasının tarihsel gelişimi ile PVSK m. 9 ve ilgili mevzuat kapsamında güncel sorunlara değinilmektedir. Böylece yeni önleme araması düzenlemelerinin varoluş amacı, bu amaç ile araç arasındaki denge ve olması gereken hukuk daha iyi analiz edilebilecektir.

***Anahtar Kelimeler:** Arama, önleme araması, 7145 sayılı kanun, Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma, Sahil Güvenlik, erbaş ve erlerin üst ve eşya aramaları.*

ABSTRACT

Preventive search may be conducted by law enforcement authorities in order to prevent committing the crime and danger that is a restriction of the

Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 05.05.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 27.05.2020. Onaylanma Tarihi: 30.05.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6609-1759 . Bu çalışma Yeditepe Üniversitesi ve Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Güncel Sorunlar” başlıklı uluslararası sempozyum kapsamında, “Yeni Düzenlemeler Işığında Düşman Ceza Hukuku Açısından Önleme Aramaları” başlıklı sunumun yayın haline getirilmiş halidir. Makale olarak yayınlanması için kapsamı oldukça geniş olan sunum konusu, yayın haline getirilirken “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları” biçiminde sınırlandırılmıştır. Yazar bu çalışmanın olgunluğa ulaşmasında katkılarını esirgemeyen Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı üyesi Arş. Gör. Erdi Yetkin ve Saba Şahika Tahmaz Üzeltürk’e teşekkürlerini sunar.

Eserin Atf Şekli: Eşref Barış Börekçi, “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları”, YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.89-113.

right of privacy. Nevertheless, as a rule of thumb, the preventive search cannot be performed on domicile, residence and workplace. However, the omnibus bill numbered 7145 allows law enforcement authorities to perform a preventive search on facilities of the Turkish Armed Force, gendarmerie and coast guard which also constitute workplace. Before-mentioned bill must be analyzed under subcategories as purpose, scope, place, time and competent authorities for issuing the preventive search warrant. In this academic study, the historical development and current issues of preventive search under Article 9 of the Police Powers and Duties Code and relevant legislation will be examined. Thereby, ratio legis of new preventive search legislation, the interplay between ratio legis and proposed legal instruments under the preventive search legislation, and lex ferenda will be thoroughly analyzed.

Key Words: , Search, preventive search, the omnibus bill numbered 7145, the Turkish Armed Force, gendarmerie, coast guard, body and belongings search of commissioned officers and soldiers.

GİRİŞ

Benjamin Franklin'e göre "Geçici güvenlik uğruna temel özgürlüğünü feda eden insanlar ne özgürlüğe ne de güvenliğe layıktırlar". Bu sözler 1700'lü yıllardan günümüze kadar aktarılmaya devam etmektedir. Ancak, yirmi birinci yüzyılda 11 Eylül, Charlie Hebdo, Brüksel Havaalanı, Ankara Garı ve daha nice terör saldırısının sınır tanımayan şekilde yaşandığı günümüzde güvenlik uğruna temel hak ve özgürlükler kısmen veya tamamen feda edilmektedir. Bu sebeptendir ki artık suçun işlenmesi beklenmeden kamu gücünün aksiyon aldığı ve önleyici faaliyetlerin öne çıktığı bir dönemle karşı karşıyayız. Bu aksiyonun somut örneklerinden birisi de şüphesiz önleme aramalarıdır.

Önleme aramalarıyla tehlikenin veya suçun önlenmesi için özel hayatın gizliliği sınırlanabilmektedir. Yani kanun koyucu çoktandır güvenlik uğruna özel hayatın gizliliğinden vazgeçebileceğine hükmetmiştir. Ancak buradaki vazgeçme mutlak değildir. Nitekim iki hukuki nosyon arasında ince bir denge kurulmalıdır. Önleme aramalarına ilişkin 2018 yılında 7145 sayılı torba kanun ile getirilen yeni sistem ile anılan dengenin hangi noktaya vardığı incelemeye muhtaçtır.

Bu çalışmada önleme aramalarının geldiği mevcut noktayı anlamlandırılabilmesi için öncelikle tarihsel gelişime odaklanılmıştır. Tarihsel gelişimden çıkarılan sonuçların akabinde önleme aramalarının çatısını oluşturan PVSK m. 9 ve ilgili mevzuata ilişkin eleştiriler

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

yöneltmiştir. Son olarak da tarihsel gelişim ve eleştiriler ışığında 2018'deki değişiklikler analiz edilmiş ve gelinen duruma ilişkin tespitler yapılmıştır. Çalışmamızın içeriği önleme aramalarının bütün unsurlarını kapsayan ve açıklayan bütüncül bir bakış açısı yerine 2018'deki düzenlemelere etki eden unsurlarla sınırlı tutulmuştur.

TARİHÇE

Önleme aramasının tarihçesi, kanun koyucunun neden bu önleyici faaliyete ihtiyaç duyduğunu anlatmaktadır. Bu anlatıdan çıkarılacak sonuçlar hem teknik hukuk hem de önleme aramasının felsefesine ilişkin çıkarım yapabilmeyi sağlamaktadır. Bu bölümde daha çok önleme aramasına neden ihtiyaç duyulduğuna ilişkin tarihsel çıkarımlara odaklanılacaktır. Böylece Türkiye'nin içinden geçtiği tarihsel süreç ile önleme aramasına duyulan ihtiyaç arasında bir korelasyon kurulmaya çalışılacaktır. Bu korelasyon aynı zamanda güvenlik-özgürlük dengesinin önleme araması açısından nasıl şekillendiğini gösterecektir. Bu noktada Türk hukukunda önleme aramasına imkân veren ilk düzenleme olan 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) m. 9 üzerinden bir inceleme yapılacaktır. Nitekim PVSK'nın kolluğa önleme araması yetkisi veren genel nitelikli bir düzenleme olması da bu bölümde PVSK m. 9'a odaklanılmasının diğer sebebidir.

I. 1934 – 1973 arası

1934 yılına gidildiğinde PVSK'nın ilk halinde polisin serseri ve sabikalıların üzerini arayabileceği belirtilmiştir¹. Nitekim polise verilen bu yetki, sadece şüphe üzerine üst araması imkânı sağlamaktadır. Bu sebeple anılan düzenlemenin günümüzdeki önleme aramasıyla bir ilişkisi bulunmamaktadır.

1973 yılında PVSK m. 9'a eklenen ikinci fıkra ile polisin önleyici faaliyetleri sırasında milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, ilgili yerin en büyük mülki amirinin emri ile şüphe edilen kişilerin üst, eşya ve özel kâğıtlarının aranabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile günümüzdeki önleme aramasının fonksiyonuna benzeyen ilk hüküm PVSK'ya girmiştir. Ne var ki, anılan fıkra, özel hayatın gizliliği hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle AYM

¹ 1934 tarihli PVSK m. 9/1-E: “Polis ... E) Serseri ve sabikalılarda bulunan ve suç işlemiğe yarayan her türlü vasıtaları (Zabuta şüphe üzerine bu kabil eşhasın üzerini arayabilir); ... ”

tarafından iptal edilmiştir². AYM'ye göre PVSK m. 9 ile yapılabilecek aramaya sebep olarak milli güvenlik veya kamu düzeninin gösterilmesi, kolluğa keyfiliğe varabilecek geniş ve soyut bir yetki vermektedir³. Kanun koyucunun milli güvenlik ve kamu düzeni vurgusu aslında dönemin şartlarıyla bağlantılıdır.

1970'lerin başında Türkiye'ye bakıldığında çeşitli siyasi ideolojiler etrafında toplanan belirli kesimlerin aralarında çeşitli hakimiyet mücadeleleri başlamıştır. Bu hakimiyet mücadelesi içinde silahlı gerilla gruplarının eylemleri, banka soygunları, kaçırılma gibi olaylar günlük hayatın olağan bir parçası haline gelmiştir⁴. Toplumun genelinde güvenlik kaygısı yaratan böylesi bir ortamın, 1973 yılındaki PVSK m. 9 değişikliğindeki önemli etkenlerden birisi olduğu söylenebilir.

II. 1973 – 2002 arası

1970 ile 1980 yılları arasında şiddet olaylarının sayısı giderek artmıştır⁵. Bu olayların bastırılabilmesi için sıkıyönetim hali çeşitli bölgelerde süreklilik arz etmeye başlamıştır. Böylece toplumdaki güvenlik kaygısı artmış ve olası tehlikelere karşı yürütülecek mücadelenin somutlaşması ihtiyacı doğmuştur⁶. Bu ihtiyaca cevaben 1980'de PVSK m. 9'da değişikliğe gidilmiştir.

PVSK m. 9'a eklenen fıkralar ile yine fonksiyon olarak önleme aramasına imkân sağlayan bir düzenleme getirilmiştir. 1980 değişikliğinde aramanın yapılabileceği haller ve arama sebebine ilişkin 1973'e nazaran daha somut ibareler yer alsa da neredeyse her alanda önleyici arama yapılabilmesine imkân sağlayan son derece kazuistik bir düzenlemeye yer

² AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, T. 25.04.1974.

³ Bu iki halin 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 19/1-a'da sayılması manidardır. Nitekim bu iki hal günümüzdeki PVSK m. 9'da dahi bulunmamaktadır.

⁴ **Önal Tekin**, "12 Mart Muhtırası: Vesayetin Pekışmesi ve Ara Rejim Süreci (12 Mart 1971-14 Ekim 1973)", Mart 2016, Sayı: 8, Cilt: 1, sa. 89-109, s. 90.

⁵ **Demirtürk Sinan**, "1960–1980 Döneminde Türkiye'de Sosyo-Ekonomik Değişimin ve Dışa Yönelişin Toplumsal Dinamikleri", 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 2015, Cilt 4, Sayı 12, sa. 155-182, s. 157. 1970 ile 1980 arasında terör eylemlerinin son derece yüksek rakamlarda olduğu görülmektedir. Rakamlar için bkz. **Avcı Engin – Demir Cenk Korhan**, "Terörizm Çalışmaları: Türkiye'deki Araştırmalara İlişkin Betimsel Bir Analiz", Güvenlik Stratejileri Dergisi, Yıl 2017, Cilt 13, Sayı 26, sa. 1 – 44, s. 17.

⁶ **Ahmad Feroz**, Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980), Hil Yayın, İstanbul, 2010, s. 375 ve 455.

verilmiştir. 1980'deki bu düzenleme, şartları açısından günümüzdeki önleme araması düzenlemelerini etkilemiştir.

III.2002 – 2007 arası

Nihayet 2002 yılına gelindiğinde önleme araması tam anlamıyla ilk defa PVSK m. 9'daki değişiklik ile düzenlenmiştir⁷. Bu değişikliğin sebebi kuşkusuz 2001 yılında Anayasa m. 20'de yer alan özel hayatın gizliliği hakkında yapılan değişikliktir⁸. Bu değişiklik ile suçun işlenmesinin önlenmesi hali, aramanın yapılabilmesi için bir meşru sebep olarak ilk defa belirtilmiştir. Özel hayatın gizliliği karşısında güvenliği öne çıkaran bu düzenleme neticesinde önleme aramalarının da kodifikasyonu gerekmiştir. 2002 yılında yapılan değişiklik ile PVSK m. 9, Anayasa (AY) m. 20'deki mevcut rejime uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. 2006 yılında somut norm denetimi yoluyla AYM'nin önüne getirilen PVSK m. 9, Anayasa'ya uygun bulunmuştur⁹.

2002'deki önemli değişikliklerden bir diğeri, önleme araması için hâkim kararının aranmasıdır. 2002 öncesinde hâkimin önleme araması gibi soruşturma öncesinde uygulanan idari tedbirlere izin vermesi gibi bir anlayış bulunmamaktaydı. Bu anlayış idari yapılanmadan doğan bir yetkinin kullanılması ile idari bir aramanın yapılacağı esasına dayanmaktaydı¹⁰. Ancak, 2002 yılı itibariyle önleme araması kararını kural olarak hâkimin vereceği bir sistem kurgulanmıştır¹¹.

PVSK m. 9'daki anılan değişikliğin bir diğer sebebi ise 11 Eylül 2001'de Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleştirilen terör saldırılarıdır. Nitekim bu saldırılar dünya çapında güvenlik kaygısının artmasına yol açmakla birlikte risk ve tehlike odaklı önleyici faaliyetleri öne çıkartarak özgürlükler aleyhine bir eğilimin giderek ivme kazanmasına yol açmıştır¹².

⁷ **Yenisey** Feridun, Kolluk Hukuku, Beta, İstanbul, 2015, s. 280.

⁸ 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanun m. 5. **Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, s. 354.

⁹ AYM, E. 2003/29, K. 2006/24, T. 22.2.2006.

¹⁰ **Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Basım, İstanbul, 1994, s. 357.

¹¹ Böylece PVSK m. 9/1'de sayılan sınırlı hallerde hâkim kararı olmaksızın ilgili bölgenin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle belirli yerlerin suç işlenmeden önce aranması mümkün kılınmıştır.

¹² **Carvalho** Henrique, The Preventive Turn in Criminal Law, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2017, s. 157.

IV. 2007 ve sonrası

2007 yılına gelindiğinde PVSK'daki önleme araması, günümüzdeki son haline kavuşmuştur. Bu değişiklikte göze çarpan ilk husus, önleme aramasının amacına ilişkindir. 2007 yılında suçun işlenmesinin önlenmesi amacının yanında ilk defa tehlikenin önlenmesi amacı da getirilmiştir¹³. Bu değişikliğin amacı kolluğa yetki vermektense Avrupa Birliği uyum yasalarına uyum sağlayarak kamuoyunun güvenlik algısını sağlamlaştırmaktır¹⁴.

2015 yılına gelindiğinde “İç Güvenlik Paketi” olarak bilinen torba kanun¹⁵ ile durdurma ve kimlik sorma başlıklı PVSK m. 4/A/6'nın altında, kolluğa önleme araması yetkisi veren bir hal düzenlenmiştir. Böylece kolluk amirinin sözlü emriyle önleme araması yapılabileceği düzenlenmiştir. Nitekim bu yetkiyi sağlayan bölüm, 2016 yılında AYM tarafından AY m. 20'ye aykırı olduğu gerekçesiyle yürürlük tarihi altı ay ileriye etkili olacak şekilde iptal edilmiştir¹⁶.

2018 yılında ise 7145 sayılı torba kanun ile Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK), jandarma ve sahil güvenlik askeri mahalleri içinde önleme aramasına imkân veren çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere ve özellikle 2013 sonrası tarihsel sürece çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca değinilecektir.

V. Değerlendirme

Önleme aramasının teorik bir yapıya kavuşturulması 2002 yılını bulsa da benzer fonksiyona sahip arama yetkisi, 1973'ten itibaren Türk hukukunda görülmektedir. Haliyle önleme aramalarını sadece 11 Eylül saldırıları sonrasında oluşan risk ve tehlike odaklı trendin bir sonucu olarak görmek doğru olmayacaktır. Tarihçe göstermektedir ki güvenlik kaygısının arttığı dönemlerde kanun koyucu, artan bu kaygıyı giderebilmek adına önleme araması fonksiyonuna sahip düzenlemelere başvurmuştur. Bu tür

¹³ Buradaki tehlike vurgusunun Anayasa m. 20'de bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak, suçun işlenmesi ihtimali başlı başına bir tehlikeyi göstermektedir.

¹⁴ **Eryılmaz** Bedri, “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı 3, Yaz 2008, sa. 65-79, s. 63.

¹⁵ 6638 Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

¹⁶ AYM iptal gerekçesi AY m. 20/2'de arama kararı verebilecek merciler arasında kolluk amirinin bulunmaması ve yine AY m. 20/2 gereği her halükârda yazılı olarak verilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, T. 4.5.2017.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

düzenlemeler ile meşhur güvenlik mi özgürlük mü ikileminin zaman içerisinde hangi yöne kaydığı görülebilmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakkı doktrini temeline dayanan Anayasa sistemlerinin etkisinde kalan Türkiye’de, 2000’li yıllara kadar çoğu zaman özel hayatın gizliliği lehine bir tutum sergilenmiştir. Ne var ki, yirmi birinci yüzyıl itibariyle artık güvenliğin daha ön plana çıktığı kararlara denk gelmek mümkündür. AYM kararlarının ötesinde yirmi birinci yüzyılda yapılan kanun ve yönetmeliklere bakıldığı zaman dahi önleme aramalarının kapsamının genişletilmeye veya esnetilmeye çalışıldığı görülmektedir. Nitekim 7145 sayılı torba kanun anılan genişlemenin, 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) ise esnetmenin en somut iki örneğidir.

Bu noktaya kadar yapmış olduğumuz tespitler, önleme aramasının tarihçesi ve gelişimi üzerinden yapılan çıkarımlardır. İncelenen tarihsel gelişim, önleme aramasının mantığına ilişkin bir fikir verse dahi bu fikrin somutlaşması ancak teknik hukuk açısından önleme aramalarının ele alınması ile mümkündür.

GENEL OLARAK ÖNLEME ARAMASI

Arama, gizlenen delil veya izlerin beş duyu organı tarafından ortaya çıkarılması için yapılan araştırma işlemidir¹⁷. Niteliği itibariyle arama, adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılır. Soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki aramalar, adli arama niteliğindedir. Yani adli aramalar, basit suç şüphesinin yetkili makamlarca öğrenildiği an ile kesin hüküm tarihi arasında yapılabilmektedir. Basit suç şüphesinin öğrenilmesinden önce yapılan aramalar ise önleme araması niteliğindedir. Bu sebeple iki arama türünün tabi oldukları hukuki rejimler farklıdır.

Bu noktada önleme aramasını idari denetimlerle karıştırmamak gerekir. Üst veya eşya aramasına olanak vermeyen idari denetimler, belirli faaliyetlerin yürütülme koşullarının veya bu faaliyetlerin devam edip etmediğinin denetlenmesi için kolluk kuvvetlerine verilmiş bir teftiş yetkisidir¹⁸. Önleme aramasının ne olmadığını tespit ettikten sonra muhtevasına ilişkin tespitlere geçilmelidir.

¹⁷ **Kunter** Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Fakülteler Matbaası, altıncı bası, İstanbul, 1978, s. 514, p. 386; **Yenisey**, Kolluk Hukuku, s. 279; **Özbek** Veli Özer – **Doğan** Koray – **Bacaksız** Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019; s. 313.

¹⁸ İdari denetimler kolluk tarafından kendiliğinden yapılabileceği için önleme aramasında sahip olduğu üst, eşya ve özel evrak arama yetkisini de sağlamamaktadır. İdari denetim

Önleme araması tehlikenin önlenmesi veya suç işlenmesini önlemek amacıyla kişilerin üst, araç, özel evrak veya eşyalarının aranmasına imkân veren idari bir kolluk faaliyetidir¹⁹. Bu idari kolluk faaliyeti, tehlike veya suç işlenmesinin önlenmesi karşısında özel hayatın gizliliğine müdahale etmektedir. Kamu gücü vasıtasıyla özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanabileceği AY m. 20/2, 21 ve AİHS m. 8/2’de belirtilmektedir²⁰. AY m. 20’deki kriterlere bakıldığında anılan sınırlama için kural olarak hâkim kararı gerekmektedir²¹. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkilendirilmiş merciin yazılı emri de yeterlidir²².

Anayasa’nın koyduğu sistematik, kolluğa yetki veren kanunlarda ve bu kanunların uygulanışını gösteren yönetmeliklerle somutlaşmaktadır. Kolluğa verilen yetki ve görev kendi iç ayrımlarına göre çeşitlere ayrılmaktadır. Örneğin polis, jandarma veya sahil güvenliğinin kendi yetki kanunları bulunmaktadır. Bu sebeple önleme aramasına imkân veren düzenlemeler de dağınık bir şekilde bulunmaktadır²³. Ancak dağınık düzenlemelerin asıl çıkış noktası PVSK’daki önleme araması düzenlemesidir²⁴. PVSK m. 9 genel kolluğun tamamına yetki veren bir

halleri çeşitli faaliyetleri düzenleyen normlarda dağınık olarak yer almaktadır. Ancak bir grup idari denetim hali AÖAY m. 18’de sayılmıştır. **Yenisey** Feridun – **Nuhoğlu** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 2017, s. 295; **Alpsoy** Zeliha, Önleme Araması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019, s. 115.

¹⁹ **Centel** Nur – **Zafer** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2019, s. 453; **Yenidünya** Caner – **İçer** Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2016, s. 363. Doktrinde önleme araması yerine “arama-tarama” ibaresi de kullanılmaktadır, bkz. **Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet, Ankara, 2019, s. 422.

²⁰ Suçun önlenmesi özel hayatın gizliliği hakkına yönelik bir müdahale için AY m. 20/2 ve AİHS m. 8/2’de meşru sebep olarak sayılan hallerden birisidir. Ancak önleme aramasının ortaya çıkışı doğrudan suçun önlenmesiyle bağlantılı olması ve kolluğa önleme araması yetkisi veren kanunlarda sadece suçun ve tehlikenin önlenmesi amacıyla önleme araması yapılabileceği belirtildiği için paragrafta sadece bu meşru amaca yer verilmiştir.

²¹ Ancak Anayasa’daki bu gerekliliğin PVSK ve diğer ilgili düzenlemelerde somutlaşmamış olması öğretide eleştirilmektedir. **Özen** Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara, 2019, s. 464.

²² Yetkili merciin yazılı emri yine de yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacaktır.

²³ Bu dağınık düzenlemeler şu şekildedir: PVSK m. 9; AÖAY m. 19 vd.; JK m. 7, 15/A ve 24; 2016/9741 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 47; 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/A ve 56/B; SGK ek m. 7; 5253 Sayılı Dernekler Kanunu m. 20; 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m. 12; 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu m. 11/A ve ek m. 1; 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9.

²⁴ PVSK m. 9.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

düzenlemedir²⁵. Haliyle kolluğa yetki veren diğer düzenlemeler PVSK'daki düzenlemelerden etkilenmiştir²⁶. Nitekim PVSK m. 25 ve ilgili mevzuattaki atıflar da bu hususu desteklemektedir. Bu sebeple çalışmamızın “Önleme Aramalarında Yeni Düzenlemeler” başlıklı bölümüne kadar anlatılacak kısmında PVSK üzerinden kurgulanan sistem esas alınacaktır.

PVSK M. 9'A İLİŞKİN BİRTAKIM ELEŞTİRİLER

I. Önleme Araması Kararı Gerektirmeyen Haller

AY m. 20/2 gereği arama yapılabilmesi için usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri gerekmektedir. Nitekim bu esas PVSK m. 9/1'de de tekrarlanmıştır. Ne var ki, AÖAY'de bu esasa bir istisna tanınmıştır. AÖAY m. 25'teki hallerde hâkim kararı veya yetkili merciin emri olmadan önleme araması yapılabilecektir.

AÖAY'nin amacı kolluğa arama yetkisi veren kanunların uygulanışını göstermektedir. Kolluğa yetki veren kanunlarda önleme araması için karar veya yazılı emir gerektiği açıkça belirtilmektedir²⁷. Bu kanunlarda gösterilmeyen bir istisnanın yönetmelik ile getirilmesi ise kanun ve Anayasa'ya aykırıdır²⁸. AY m. 20/2'nin açık lafzı özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü arama için karar veya yazılı emir gerektiğini söylemektedir. Hukuk devleti ilkesi gereği idarenin düzenleyici işlemiyle Anayasa m. 20/2 ve PVSK m. 9'un arkasından dolanılmamalıdır²⁹. Ne var ki, Anayasa'ya aykırılık AÖAY'nin uygulanmasını kendiliğinden durdurmamaktadır. Hukuka uygunluk karinesi gereği AÖAY m. 25'teki bu düzenleme, iptal edilinceye kadar kolluk tarafından uygulanacaktır³⁰.

²⁵ **Yurtcan**, 2007, s. 354; **Alpsoy**, s. 98. Genel kolluğun tamamına yetki verilmesi kolluk yardımcısı niteliğinde olan çarşı ve mahalle bekçilerini kapsamamaktadır. 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, bekçilere birtakım önleyici yetkiler verse de önleme aramasının yapılabilmesi bu kapsamda sayılmamıştır (m. 6). Bu sebeple bekçilerin önleme araması yapması mümkün değildir. Anılan düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Erman R. Barış – Özcan Onur – Yetkin Erdi – Börekçi Eşref Barış – Üzeltürk Saba Ş. T.**, “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi” Hakkında Tespit, Düşünce ve Eleştiriler, E-kitap, İstanbul – 2020.

²⁶ **Yurtcan**, 2019, s. 422.

²⁷ PVSK m. 9/1.

²⁸ **Centel – Zafer**, s. 455.

²⁹ **Önok Murat**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular: “Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, ed. **Centel Nur**, On İki Levha, İstanbul, 2015, sa. 259-314, s. 309.

³⁰ **Alpsoy**, s. 115.

II. Önleme Aramasının Yapılabileceği Yerler

Özel hayatın gizliliğinin korunabilmesi adına önleme aramasının yapılabileceği yerler sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamanın somutlaşması iki şekilde gerçekleşmektedir. Birinci sınırlandırma, kolluğa önleme araması yetkisi veren kanun ve yönetmeliklerde hangi yerlerde önleme araması yapılabileceğinin sınırlı sayıda sayılmasıdır. İkinci sınırlandırma ise kolluğa önleme araması yetkisi veren kanun ve yönetmeliklerde hangi yerlerde önleme araması yapılamayacağına belirtilmesidir.

İkinci sınırlamaya bakıldığında konut, yerleşim yeri, kamuya açık olmayan işyerlerinde ve bunların eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır³¹. Zira önleyici faaliyetlerin olağan hayata en az müdahaleyle yürütülmesi gerekir. Böylece kişilerin kendi varlıklarını diledikleri gibi geliştirebildikleri alanlara ilişkin bir güvence getirilirken suçun ve tehlikenin önlenmesi geri plana itilmektedir. Ne var ki, AÖAY'de önleme aramasının yapılabileceği yerler sayılırken ikinci sınırlamaya aykırı düzenlemelere yer verilmiştir.

AÖAY m. 19/2-h gereği 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki (KMK) suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde önleme araması yapılabilecektir. Oysa bir önceki paragrafta belirtildiği üzere PYSK m. 9/4 gereği kolluğun işyerinde önleme araması yapma yetkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, KMK'da kolluğa işyerinde önleme araması yapma yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. PYSK'da açık hükme rağmen KMK'daki suçların önlenmesi amacıyla önleme aramasının yapılabileceğine ilişkin AÖAY'de böylesi bir istisnanın yaratılmaya çalışılması kanuna ve Anayasa'ya aykırıdır³².

İkinci sınırlamaya aykırı bir diğer düzenleme ise AÖAY m. 19/2-e'dedir. Bu fıkra uyarınca öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde önleme araması yapılabilecektir. Fiilen kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın öğrenci yurtları öğrenciler için birer yaşam alanıdır. Öğrenciler kaldıkları yurtları konut edinmek amacıyla kullanmaktadırlar. Bu sebeple doğaldır ki öğrenci yurtları da konut olarak kabul edilmelidir. Zira öğrenci yurtları da öğrencilerin özel hayatlarını sürdürdüğü yerlerdir. Haliyle AÖAY'deki bu düzenleme yine kanuna ve Anayasa'ya açıkça aykırıdır.

³¹ PYSK m. 9/4; AÖAY m. 19/3.

³² **Yalçın** Hüseyin, *Önleme Araması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 90. YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

Ne var ki, Anayasa'ya aykırılık AÖAY'nin uygulanmasını kendiliğinden durdurmamaktadır. Hukuka uygunluk karinesi gereği AÖAY m. 19'daki bu düzenlemeler, iptal edilinceye kadar kolluk tarafından uygulanacaktır.

III. Önleme Araması Kararına İtiraz

Önleme araması kural olarak bir karar veya emir ile gerçekleştirilir. Karar veya emrin verilebilmesi için öncelikle kolluk kuvvetleri önleme araması yapılması yönünde bir talepte bulunmalıdır³³. Bu talepte aramanın sebebi, konusu, kapsamı, amacı, yapılacağı yer, ve geçerli olacağı zaman aralığı belirtilmelidir. Talep kural olarak mülki amire iletilir. Kural olarak mülki amir, anılan talebi mülki amirliğin bağlı olduğu yargı çevresindeki sulh ceza hakimliğine iletacaktır. Sulh ceza hakimliği talebi incelemesi neticesinde duruşma açmaksızın dosya üzerinden bir karar verir. Sulh ceza hakiminin vermiş olduğu karara karşı AÖAY'de mülki amirin kanun yoluna başvurabileceği belirtilmiştir. Buradaki kanun yolu itirazdır. Ancak bu düzenleme yerinde değildir. Şöyle ki Anayasa'nın açık hükmü gereği mahkemelerin görev ve yetkileri kanunla düzenlenmelidir. Oysa AÖAY'deki sulh ceza hakimliklerinin önleme aramasına ilişkin verecekleri kararın kanun yoluna tabii olduğuna ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Yani idarenin düzenleyici işlemiyle kanun yolu merciine bir görev ve yetki verilmektedir. Bu sebeple anılan düzenlemeye Anayasa'ya aykırıdır. AÖAY m. 20/4'te yapılan düzenleme kanun düzeyine taşınmalıdır³⁴.

IV. Değerlendirme

Suçun işlenmesi kamu düzenini bozmakta ve toplumdaki güvenlik algısını zedelemektedir. Bu sebeple suçla mücadelede kolluğa önemli bir görev düşmektedir. Nitekim suçla mücadele görevi üstlenen kolluk, görevini yerine yetirirken hukuk devleti ilkesinin sağladığı birtakım kısıtlarla karşılaşmaktadır. Nitekim bu kısıtlar kolluk kuvvetleri nazarında yeterli kapsamda yetkilerinin olmadığı şeklinde bir algı oluşturmaktadır. Bu sebeple dönem dönem kolluğun daha fazla yetki istediği durumlar dillendirilmektedir³⁵.

Nihayetinde dönemin şartlarına bağlı güvenlik ve risk algısı neticesinde kolluğa daha geniş yetkiler verilmek istenmekte ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceler buna izin vermemektedir. Ne var ki,

³³ **Aldemir** Hüsni, Adli – Önleme Arama ve Elkoyma, Adalet, Ankara, 2019, s. 202-203.

³⁴ Aynı yönde bkz. **Yenisey** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 287.

³⁵ **Eryılmaz**, s. 63.

Türkiye’de bu güvenceler çoğu zaman idarenin düzenleyici işlemleriyle aşılmaya çalışılmaktadır. Nitekim kanunlara ve Anayasa’ya rağmen AÖAY ile önleme aramaları açısından hukuka aykırı düzenlemelere yer verilmesi bahsedilen durumun somut örneğidir.

Fikrimizce, hukuka aykırılık yaratan sistemin yeniden kurgulanması zorunludur. Anayasa ve kanunda verilen güvencelerin uygulanmaması veya göz ardı edilmesi hukuka duyulan güveni zedelemekte ve bu kavramların içeriğini boşaltmaktadır. Güncel durum güvenlik veya risk üzerinden bazı ihtiyaçları doğuruyorsa dahi öncelikle güvenlik ve riske sebep olan olguların ortadan kaldırılması yolu seçilmelidir. Bu yolda başarılı olunmadığı takdirde mevcut hukuki durum üzerinde sistematik bir değişiklik yapılması gerekir.

ÖNLEME ARAMALARINDA YENİ DÜZENLEMELER

I. Düzenlemeye Giden Süreç

7145 sayılı torba kanununa giden süreç, siyasi ve toplumsal olaylar açısından Türkiye’nin epey çalkantılı bir sürecine denk gelmiştir. 17-25 Aralık 2013 sonrasında başlayan süreçte FETÖ/PDY’nin (Fetullahçı Terör Örgütü / Paralel Devlet Yapılanması) askeri yapılanmasına ilişkin çeşitli çareler aranmaya başlanmıştır. Bu kapsamda 2014 Aralık’ta TBMM’ye sunulan bir tasarıyla 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’na (TSKK) yeni bir madde eklenerek askeri mahallerde önleme araması yapılmasının önü açılmak istenmiştir³⁶. Görüldüğü üzere aslında 7145 sayılı torba kanun ile getirilen değişikliklerin bir kısmı aslında 2014 yılında yapılmaya çalışılmıştır. 2014’teki tasarının gerekçesi 2018’deki değişikliğe giden sürece ışık tutacak niteliktedir.

2014’teki tasarının gerekçesinde PVSŞ m. 9 gereği işyerlerinde arama yapılmasına izin verilmemesi ve bu sebeple askeri mahallerde önleme aramasının yapılamadığı belirtilmiştir. Askeri mahallerde önleme aramasına imkân vererek elde edilmek istenen hususlar ise fiziki güvenlik, bilgi güvenliği, emniyet, kazaların önlenmesi, verilen emirlere riayet edilip edilmediğin tespiti olarak gösterilmiştir³⁷. Ne var ki, anılan tasarı kanunlaşmamıştır.

2015 yılında FETÖ/PDY’nin TSK’daki yapılanmasına ilişkin çeşitli operasyonlar yürütülmüştür. Ancak, 2016’da anılan örgütün darbe girişimi

³⁶ Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 281.

³⁷ Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 281.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

başarısız olmuş ve akabinde olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Olağanüstü halin kaldırılmasından sonra 2018 yılında 7145 sayılı torba kanun çıkarılmıştır.

7145 sayılı torba kanunun gerekçesi son derece önemlidir. Gerekçeye göre yaklaşık iki yıldır uygulanan olağanüstü halin uzatılmayacak olması sebebiyle mevcut terör örgütleriyle olağan dönemde hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mücadele edilmesi hedeflenmektedir³⁸. İlgili bölüm son dönemlerde kanun koyucunun olağanüstü hâl dönemini olağanlaştırması şeklinde yorumlanabilecektir³⁹.

II. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu

TSKK'nın "Yoklamalar" bölümünün altında m. 56/A'da askeri kolluğa önleme araması yapabilme yetkisi verilmiştir. Nitekim TSKK m. 56/A'da PVSK m. 9'daki sistematik esas alınmıştır.

Amaç: Suçun işlenmesi ve tehlikenin önlenmesi amacıyla önleme araması yapılabilecektir. Amaç açısından PVSK'daki düzenleme ile birebir örtüşme mevcuttur. Anılan amaç AY m. 20 ve 21'e uygundur. Amaca ilişkin daha detaylı açıklamalar madde gerekçesinde yer almaktadır. Gerekçeye göre askeri mahallerde fiziki güvenlik ile bilgi güvenliğine ve emniyet ve kazaların önlenmesine yönelik olarak verilmiş emirlere riayet edilip edilmediğinin tespiti maksadıyla idari kontroller yapılabilmesi hedeflenmektedir⁴⁰. Bu amaçlar 2014'te TSKK'da değişiklik yapılmasını öngören kanun teklifindeki gerekçelere epey benzemektedir⁴¹.

Karar veya Emir: Önleme araması kararını kural olarak sulh ceza hâkimi verecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde askeri birlik komutanının veya askeri kurum⁴² amirinin⁴³ ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri ile de önleme araması yapılabilecektir.

³⁸ 7145 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 13.

³⁹ Işık Göksu, "Türk Hukukunda ve Fransız Hukukunda Düşman Ceza Muhakemesi Uygulamaları", YÜHFD, C.XVI, 2019/2, sa. 233-278, s. 254.

⁴⁰ "Söz konusu düzenlemede askeri mahallerde fiziki güvenlik ile bilgi güvenliğine ve emniyet ve kazaların önlenmesine yönelik olarak verilmiş emirlere riayet edilip edilmediğinin tespiti maksadıyla ... idari kontroller yapılabilmesi hükme bağlanmaktadır." 7145 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, s. 14.

⁴¹ Gerekçe için bkz. Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 281.

⁴² TSKK m. 12/c'ye göre askeri kurum, -kita ve karargâh haricindeki- okul, ordu evi, dikim evi, fabrika, tersane, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkillerdir.

⁴³ TSKK m. 9'ye göre amir makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisine haiz kimsedir. Kimin amir olduğu askerin rütbesine göre belirlenecektir (TSKK m. 3).

PVSK sistematüğindeki mülki amirin emrinden burada vazgeçilmiş ve TSK'nın kendi yapılanması içerisinde önleme araması emri verilebileceğı düzenlenmiştir. Bu noktada her ne kadar Millî Savunma Bakanlığı'na bağı olsa da TSK'nın yürütme içerisinde ayrıcalıklı bir yönünün bulunduğu görülmektedir.

PVSK m. 9'daki önleme araması için hâkim kararı veya ilgili mülki amir emri gerekir. Haliyle önleme araması emri, yürütmenin taşra teşkilatındaki en yüksek hiyerarşideki memurundan gelecektir. Bu emir ise kamu gücü kullanmak suretiyle kolluk tarafından yerine getirilecek ancak kolluk ile aramaya tabi olan birey arasında ast-üst ilişkisi bulunmayacaktır. Ne var ki, TSKK m. 56/A'da önleme araması emrini veren merci, bu emri uygulamakla yükümlü asker ve bu emir kapsamında aramaya konu olan asker arasında ast-üst ilişkisi olacaktır. Emir komuta zinciri içerisinde katı bir disiplinden geçirilen bir teşkilatta, üstün astı tarafından aranması pek uygulanabilir gözükmemektedir. Çünkü TSKK m. 56/A kapsamında askeri mahaldeki herkesin aranabileceğı belirtilmiştir. Haliyle aksi önleme araması emrinde yazmadıkça emri yerine getiren askerin, aramaya konu kişilere rütbesine göre bir istisna tanınması mümkün değildir, önleme aramasının aynı statüdeki kişilere uygulanması gerekecektir⁴⁴. Örneğın askeri mahalde önleme araması emri veren hukuk hizmetleri başkanının rütbesi, önleme aramasının yapılan askerden daha düşük olabilir. Böylesi bir durum TSK hiyerarşisi içerisinde sıkıntılar yaratabilecektir.

Kişi ve Konu: Sulh ceza hakiminin kararı veya yetkili mercinin yazılı emri üzerine kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranacaktır. Kişilerin ibaresinden anlaşılacağı üzere kural olarak askeri mahaldeki herkesin üzeri aranabilecektir. Bu noktaya kadar anlatılan sistematik önleme aramasının amacı, karar veya emri vermeye yetkili merciler ve önleme aramasının konusu açısından PVSK m. 9'daki sistematüğe benzemektedir. Ancak, 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (JK) ve 2692 Sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nda (SGKK) sadece askerlik hizmetini yerine er ve erbaşların aranabileceğı düzenlenmişken TSKK'da böyle bir ayırım yapılmaması ilginçtir.

Yer: Farklılıklara geldiğinde ise polisin işyerlerinde önleme araması yapması yasakken TSKK m. 56/A'da işyeri sayılmamış, sadece konut veya yerleşim yerinde arama yapılamayacağı belirtilmiştir. Zira TSKK m. 56/A gereğı ancak askeri mahallerde önleme araması yapılabilmektedir. Askeri

⁴⁴ Kural olarak önleme aramasının yapılacağı yerde aynı statüde bulunan herkesin durdurulup aranması gerekir. **Övet**, s. 78.
YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

mahaller ise TSKK'da tanımlanmamıştır. *Fikrimizce*, kıta, karargâh ve askeri kurum niteliğinde sayılan yerler askeri mahal niteliğindedir⁴⁵.

Maddede işyeri ibaresinin geçmemesi şans ederi değildir. Askeri mahallerin çoğu niteliği itibariyle işyeridir. 7145 sayılı torba kanun ile önleme aramasının askeri mahallerde de gerçekleşebilmesini amaçlandığı için TSKK m. 56/A'da işyeri ibaresi bilinçli bir şekilde kullanılmamıştır⁴⁶. Ancak, orduvi gibi konut veya yerleşim yeri niteliği bulunan askeri mahallerde önleme araması yapılamayacaktır.

Zaman: Aramanın yapılabileceği zamana ilişkin TSKK m. 56/A'da bir belirleme yoktur. Ancak, TSKK m. 56/A'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Millî Savunma Bakanlığının çıkaracağı bir yönetmelikle ileride belirlenecektir⁴⁷. Bu olası yönetmelikte aramanın zamanına ilişkin belirlenmeler yapılması beklenmektedir.

Önleme aramasının zamanına ilişkin AÖAY'de birtakım hükümler bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerin TSKK m. 56/A kapsamında uygulanması mümkün değildir. Çünkü TSKK m. 56/A aslında askeri kolluğun önleme araması yapabilme yetkisinin farklı bir halini düzenlemektedir. İşyerinde önleme aramasının yapılamayacağı AÖAY m. 19/son'da açıkça belirtilmektedir. Oysa TSKK m. 56/A'da işyeri niteliğinde olsa dahi belirtilen yerlerde önleme araması yapılabilir. TSKK'da önleme aramasının yapılmasına yetki veren bu farklı halin uygulanmasına ilişkin ayrı bir yönetmeliğin yapılacağına da açıkça işaret edilmiştir⁴⁸. Bu sebeple TSKK m. 56/A'ya göre önleme araması yapılırken AÖAY uygulanmayacaktır.

⁴⁵ TSKK m. 12: “a) Kıta: Görevin yapılması için taktik ve idari birlikleri kapsıyan ve bir kumanda altında toplanan teşkilere kıta denir. ... b) Karargah: Kumandan veya amirlerin kıta veya kurumlarının sevk ve idarelerinde yardımcı olan bir toplumdur. Karargahlar bir kuruluş ve kadro ile tesbit edilir. c) (Değişik: 2/1/2017-KHK-681/2 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7073/2 md.) Askeri kurum: Kıta ve karargah anlamı dışında kalan okul, ordu evi, dikim evi, fabrika, tersane, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkilidir.”

⁴⁶ Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 281.

⁴⁷ TSKK m. 56/A/son. Çalışmamızın tarihi itibariyle henüz böyle bir yönetmelik çıkarılmamıştır.

⁴⁸ TSKK m. 56/A/son.

III. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu

Jandarmanın genel kolluk olarak PVSK m. 9 kapsamında önleme araması yapabilme yetkisi vardır⁴⁹. Ancak, anılan bu yetkiden bağımsız olarak 2018 yılında JK m. 15/A altında düzenlenen hükümle jandarmaya özel bir kapsamda önleme araması yapma yetkisi verilmiştir⁵⁰. Bu düzenlemede PVSK m. 9'daki fıkralar doğrudan alınmış ve bunların üzerinde küçük değişiklikler yapılmıştır.

Amaç: Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesidir. Amaç açısından PVSK'daki düzenleme ile birebir örtüşme mevcuttur. Anılan amaç AY m. 20 ve 21'e uygundur.

Karar veya Emir: Sulh ceza hakiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine önleme araması yapılabilecektir. Karar veya emir açısından da PVSK'daki sistematik takip edilmiştir. Jandarma birliklerinin teşkilatlanması İçişleri Bakanlığınca gerçekleştirilir⁵¹. Haliyle jandarma teşkilatı da aslında mülki amire bağlanmış durumdadır. Buna rağmen PVSK'daki gibi mülki amir yerine anılan mercilerin yetkilendirilmesi şaşırtıcıdır. Kaldı ki, bir önceki başlıkta TSKK'ya ilişkin emir komuta zinciri içerisinde yaşanacak sorunlara ilişkin tespitlerimiz jandarma teşkilatı için de geçerlidir.

Kişi ve Konu: Askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilecektir. Kişi itibariyle PVSK m. 9'da kural olarak herkes hakkında önleme araması yapılabilirken JK m. 15/A gereği sadece askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erler aranabilecektir. Yani JK m. 15/A kapsamında yapılan bir önleme araması sırasında jandarma askeri mahallinde yakınıni ziyarete gelen sivil kişiler aranamayacaktır. Örneğin jandarma askeri mahallinde yemek hizmeti sunan şirket çalışanları da önleme araması kapsamında aranamayacaktır.

Fikrimizce, TSKK'da herkesin aranması mümkünken JK'da sadece erbaş ve erlerin aramaya konu olması, kanun koyucunun İçişleri Bakanlığı

⁴⁹ Bu yetkinin dayanağı için bkz. PVSK m. 9, JK m. 7, AÖAY m. 4, 2016/9741 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 42'dir.

⁵⁰ Buradaki özel kapsam ibaresinden PVSK m. 25'in atfıyla PVSK m. 9 ile JK m. 15/A arasında özel-genel norm ilişkisi kurulduğu anlaşılmalıdır. Bu PVSK ve JK arasındaki bağlantıya ilişkin açıklamalar bölümün sonundaki değerlendirme kısmında yapılmıştır.

⁵¹ JK m. 5/1. mülki teşkilata tabi olan jandarma iç güvenlik birlikleri, jandarma bölge, il jandarma, il merkez ve ilçe jandarma komutanlıkları, jandarma karakol komutanlıkları ve jandarma koruma birlikleridir. **Akçe** Ercan, Türk Hukukunda İdari Kolluk Teşkilatı Olarak Jandarma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2006, s. 75.

personelini önleme aramasından ayırmaya çalıştığını göstermektedir. Çünkü askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erler doğrudan İçişleri Bakanlığının personeli değildir. TSKK'daki önleme aramasında Milli Savunma Bakanlığının personelinin önleme aramasına tabi olabilmesi karşısında İçişleri Bakanlığının jandarma personeli aramadan muafır. Buradaki muafiyet İçişleri Bakanlığına bağılı personellerin aranmaması konusunda yeknesaklık sağlamak adına yapılmış olabilir. Çünkü polis teşkilatı da İçişleri Bakanlığına bağılı olarak faaliyet göstermektedir. Aynı zamanda polis hizmet binaları da işyeri niteliğindedir. Bu sebeple anılan mahallerde önleme araması yapılamayacaktır. Bunun sonucunda da polislerin işyerinde önleme aramasına tabi olması mümkün değildir.

Yukarıda anılan kişilerin üst, özel kağıt ve eşyalarının aranabilmesi PVSK m. 9'daki kapsama benzemektedir. Ancak PVSK m. 9'da kişilerin araçlarının aranabileceğı düzenlenmişken JK m. 15/A'da buna yer verilmemiştir. Bu noktada akla araçlarda yapılacak önleme aramalarının JK m. 15/A kapsamında olup olmadığı sorusu gelmektedir. Burada suçun önlenmesi veya özel hayatın gizliliğı lehine olacak şekilde iki türlü yorum yapılabilir. Suçun önlenmesi lehine yapılacak yorumda bir tür eşya olması sebebiyle araçlarda da önleme araması yapılabileceğı sonucuna ulaşılır. Özel hayatın gizliliğı lehine yapılacak yorumda ise kanun koyucunun arama yapılabilecek konuları, PVSK m. 9'da olduğı gibi tek tek sayması sebebiyle bu noktada bilinçli bir tercih yaparak araçları önleme aramasının kapsamının dışında bıraktığına ulaşılır.

Kanatimizce, temel hak ve özgürlükleri sınırlaması sebebiyle önleme aramasına ilişkin hususların dar yorumlanması gerekir. Bu sebeple her ne kadar eşya statüsünde olsa da araçlarda önleme araması yapılabileceğinin JK m. 15/A'da belirtilmemesi bilinçli bir tercihtir. Nitekim TSKK m. 56/A'da araçlarda önleme araması yapılabileceğı açıkça yazarken JK m. 15/A'da aracın sayılmaması bu bilinçli tercihin asli göstergesidir. Haliyle JK m. 15/A kapsamında araçlarda arama yapılabileceğinin kabulü AY m. 13 ve 20'ye aykırı olacaktır. Kaldı ki, askerlik yükümlülüğünü yerine getiren er ve erbaşların araçlarıyla askeri mahallere girmesi, olağan hayat akışında pek mümkün değildir.

Yer: JK m. 15/A kapsamında önleme aramasının yapılabileceğı yer jandarma hizmet binaları ve eklentileridir. Hizmet binaları jandarma teşkilatındaki karargâh, birlik ve kurumları içerisinde yer alacaktır⁵². Bu noktada bina haricindeki açık alanlarda önleme aramasının yapılip

⁵² JK m. 2.

yapılamayacağı tespit edilmelidir. Zira jandarma teşkilatına ait olan bir yerde bina veya binanın eklentisi olmayan açık alanlar da mevcuttur.

Fikrimizce, jandarma teşkilatına ait olsa da bina veya binanın eklentisi olmayan yerlerde JK m. 15/A'ya dayalı önleme araması yapılamayacaktır. Çünkü adli aramaya göre önleme araması kararı veya emrinin alınabilmesi daha düşük kriterlere tabidir. Bu düşük kriterler karşısında kanun koyucu önleyici faaliyetin sınırlarını keskin hatlarda çizmekte ve böylece aramaya tabi olacak kişiler için bir güvence oluşturmaktadır. Bu sebeple ilgili mevzuatlarda önleme aramasının yapılabileceği yerlere sınırlı sayıda sayılmaktadır. Haliyle JK m. 15/A'da arama yapılabilecek yerler olarak sayılan hizmet binası ve eklentileri dar yorumlanmalıdır.

Zaman: Aramanın yapılabileceği zamana ilişkin JK m. 15/A'da bir belirleme yoktur. Ancak, JK m. 15/A'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığının çıkaracağı bir yönetmelikle ileride belirlenecektir. Bu olası yönetmelikte aramanın zamanına ilişkin belirlenmeler yapılması beklenmektedir. Önleme aramasının zamanına ilişkin AÖAY'nin uygulanması mümkün değildir. Çünkü JK m. 15/A aslında jandarmanın önleme araması yapabilme yetkisinin farklı bir halini düzenlemektedir. İşyerinde önleme aramasının yapılamayacağı AÖAY m. 19/son'da açıkça belirtilmektedir. Oysa JK m. 15/A'da işyeri niteliğinde olsa dahi belirtilen yerlerde önleme araması yapılabilir. JK'da önleme aramasının yapılmasına yetki veren bu farklı halin uygulanmasına ilişkin ayrı bir yönetmeliğin yapılacağına da açıkça işaret edilmiştir⁵³. Bu sebeple JK m. 15/A'ya göre önleme araması yapılırken AÖAY uygulanmayacaktır.

IV. Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu

Genel kolluğun içinde yer alan sahil güvenlik teşkilatı, PVSK m. 9 anlamında önleme araması yapmaya yetkili kolluklardan birisidir⁵⁴. 2018 yılında SGKK'ya eklenen ek madde 7 ile sahil güvenliğe özel bir kapsamda önleme araması yapabilme yetkisi verilmiştir⁵⁵. Bu düzenlemede PVSK m. 9'daki fıkralar doğrudan alınmış ve üzerlerinde küçük değişiklikler yapılmıştır.

⁵³ JK m. 15/A/son.

⁵⁴ Bu yetkinin dayanağı için bkz. PVSK m. 9, SGKK m. 4/2-5, 2016/9743 Sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 47.

⁵⁵ Buradaki özel kapsam ibaresinden PVSK m. 9 ile SGKK ek m. 7 arasında özel-genel norm ilişkisi kurulduğu anlaşılmamalıdır. Bu iki düzenlemenin arasındaki bağlantıya ilişkin açıklamalar bölümün sonundaki değerlendirme kısmında yapılmıştır.

Amaç: Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesidir. Amaç açısından PVSK'daki düzenleme ile birebir örtüşme mevcuttur. Anılan amaç AY m. 20 ve 21'e de uygundur.

Karar veya Emir: Sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine önleme araması yapılabilecektir. Karar veya emir açısından da PVSK'daki sistematik takip edilmiştir. Önleme araması emrini vermeye yetkili merci açısından da JK m. 15'deki sistematik birebir aynıdır. Bu sebeple JK m. 15/A başlığı altında karar veya emir bölümündeki değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir.

Kişi ve Konu: SGKK ek m. 7 kapsamında askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üst, özel kağıt ve eşyası aranabilir. Buradaki kapsam JK m. 15/A ile birebir aynıdır. Bu sebeple JK m. 15/A başlığı altında kişi ve konu bölümündeki değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir.

Yer: Sahil güvenlik bünyesinde yapılabilecek önleme aramaları sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında yapılabilir. Yüzer unsurlar hariç buradaki kapsam JK m. 15/A ile birebir aynıdır. Bu sebeple JK m. 15/A başlığı altında yer bölümündeki değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir.

Zaman: Aramanın hangi zaman yapılabileceği SGKK ek m. 7'de belirlenmemiştir. Bu hususa ek m. 7'nin uygulanmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte değinilmesi olası gözükmektedir⁵⁶. Zamana ilişkin AÖAY'deki hükümlerin burada uygulanması mümkün değildir. AÖAY'nin uygulanamamasına ilişkin JK başlığı altında zaman bölümündeki değerlendirmelerimiz burada da geçerlidir.

V. Değerlendirme

7145 sayılı torba kanun ile getirilen önleme araması değişiklikleri hukuka uygunluk, gereklilik ve etkililik açısından değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk açısından önleme araması yetkisi veren düzenlemelerde Anayasa'ya uygunluk açısından problemlili olabilecek nokta, işyeri niteliğindeki yerlerde önleme aramasının yapıp yapılamayacağını ilişkindir⁵⁷. PVSK m. 9'daki sistem, işyerinde önleme araması

⁵⁶ SGKK ek m. 7/son.

⁵⁷ Çalışmamızın tarihi itibarıyla AYM tarafından 7145 sayılı torba kanunun getirdiği önleme araması değişikliğine ilişkin bir karar verilmemiştir.

yapılabilmesini açıkça yasaklamaktadır. Ancak, TSKK, JK ve SGKK'da bu esasa istisna tanınmıştır. İstisnai bu düzenlemeler kapsamında askeri mahal veya hizmet binalarında önleme araması yapılabilecektir.

Diğer kamu kurumları bünyesinde önleme araması yapılamazken anılan yerlerde istisna tanınması dikkat çekmektedir. Demek ki kanun koyucu bazı mahallerde suç olasılığının ve tehlikenin var olduğunu kabul etmektedir. Nitekim askeri mahallerde casusluk vb. birtakım suçlar işlenebilmektedir. Bu tür suçların ağır sonuçlar doğuracağı açıktır. Ancak, Türkiye'nin yakın tarihinde yürütülen askeri casusluk yargılamalarının aslında birer komplo olduğu ortaya çıkmıştır. Bu sebeple hukuki güvencelerin çiğnenerek yargılamaların bu kadar rahatça kötüye kullanılabilirdiği bir gerçeklikte özel hayatın gizliliğine müdahalenin daha dar kapsamda yürütülmesi gerekir. Özgürlüklere müdahale niteliğinde önleyici faaliyetlerin kullanılmasından önce uygulayıcıların zihniyetini değiştirecek uzun vadeli politikalara ihtiyaç duyulmaktadır.

Gereklik açısından öncelikle değişikliğin gerekçesine bakılmalıdır. 7145 sayılı torba kanunun iki gerekçesi bulunmaktadır. Birinci gerekçe olağanüstü halin uzatılmayacak olması sebebiyle olağan dönemlerde terör örgütüyle mücadele edilmesidir. An itibarıyla FETÖ/PDY'ye karşı yürütülmekte olan onlarca soruşturma ve kovuşturma vardır. Soruşturma ve kovuşturma kapsamında askeri mahallerde dahi arama yapılabilmektedir. Buna rağmen anılan yerlerde önleme aramasını yapılmak istenmesi, bu yerlerde halen suç işlenmesinin veya tehlikenin var olduğu kabulünü getirir. Böylesi bir tehlikenin İçişleri Bakanlığına bağlı Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı hizmet binalarında olduğunu kabullenmek ilginçtir. Çünkü aynı bakanlığa bağlı polis teşkilatına ait hizmet binalarında önleme araması yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki polis teşkilatı içinde dahi FETÖ/PDY üyesi birçok memur bulunmaktadır. Kaldı ki, FETÖ/PDY ile mücadele için önleme araması gibi önleyici tedbirlerden önce bir terör örgütünün nasıl devletin her kademesine sirayet edebildiği çözümlenmelidir.

Etkililik açısından ise 7145 sayılı torba kanunun ikinci gerekçesine bakılmalıdır. TSKK m. 56/A'nın gerekçesine göre askeri mahallerde fiziki güvenlik ile bilgi güvenliğine ve emniyet ve kazaların önlenmesine yönelik olarak verilmiş emirlere riayet edilip edilmediğinin tespiti maksadıyla idari kontroller yapılması hedeflenmektedir. Askeri mahal ve hizmet binalarının giriş ve çıkışları güvenlik önlemleriyle denetim altındadır. Bunun haricinde bu yerlerin sınırları çeşitli güvenlik önlemleriyle çevrilidir. Aynı zamanda askeri mahaller ile hizmet binalarının içerisinde bulunan personelin kendi

içlerinde ast-üst ilişkisi bulunmaktadır. Ayrıca, anılan personelin belirli bir hizmeti yerine getirirken tabi olduğu katı kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar ise personelin üstü tarafından düzenli olarak denetlenmektedir. Haliyle bu güvenlik şartları, hiyerarşi ve katı koşullar içerisinde askerlik yükümlülüğünü yerine getiren er ve erbaşların suç işleseler dahi bunu başkaca yöntemlerle önlemek gayet mümkündür.

Son olarak PVSİ m. 9 ile 7145 sayılı torba kanun hükümleri arasındaki ilişki ele alınmalıdır. PVSİ m. 9 açıkça işyerinde önleme araması yapılmasını yasaklamaktadır. Oysaki yeni düzenlemelerde işyeri niteliğindeki yerlerde önleme araması yapılabileceği belirtilmektedir. Demek ki kanun koyucu PVSİ m. 9'un kapsamına girmeyen bir alanda önleme araması yapılabilmesine imkân vermektedir. PVSİ m. 9'un 7145 sayılı torba kanundaki değişiklikleri kapsamıyor olması sebebiyle de TSİİ m. 56/A, İİ m. 15/A ve Sİİİ ek m. 7 ile PVSİ m. 9 arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bunun sonucunda da AÖAY, 7145 sayılı torba kanundaki önleme araması düzenlemelerine uygulanamayacaktır. Nitekim TSİİ m. 56/A, İİ m. 15/A ve Sİİİ ek m. 7'de söylendiği gibi ilgili bakanlıklar bu madde kapsamında önleme aramasının usul ve esaslarını belirlemek üzere ayrı yönetmelikler düzenleyebilecektir.

PVSK, TSKK, JK ve SGKK'daki Düzenlemelerin Karşılaştırma Tablosu					
Kanun	Aramanın Konusu	GSBH ⁵⁸ Yoksa Karar Verebilecekler	GSBH Varsa Emir Verebilecekler	Arama Yapılabilecek Yerler	Aramanın Süjesi
PVSK	Üst, araç, özel kâğıt ve eşyalar	Sulh Ceza Hakimi	Mülki amirin yazılı emri	PVSK m. 9 ve AÖAY m. 19	Kişilerin
TSKK	Üst, araç, özel kâğıt ve eşyalar	Sulh Ceza Hakimi	Askeri birlik komutanının veya askeri kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri	Askeri mahallerde	Kişilerin
JK	Üstü, özel kâğıt ve eşyalar	Sulh Ceza Hakimi	Birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri	Jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde	Askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin
SGKK	Üstü, özel kâğıt ve eşyalar	Sulh Ceza Hakimi	Birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine	Sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında	Askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin

SONUÇ

Özgürlük ve güvenlik dengesini şekillendiren önleme araması fonksiyonlu düzenlemeler 1973'ten itibaren hukukumuzda var olmaya başlamıştır. Tarihçeye bakıldığında güvenlik kaygısının arttığı her dönemde önleme araması fonksiyonu gören düzenlemelerin form değiştirdiği görülmektedir. Ancak, 2000'li yıllardan sonra Türkiye'de önleme aramasının alanının gitgide genişlediği bir seyir mevcuttur. Bu seyrin en somut örneği de 7145 sayılı torba kanun ile yapılan değişikliklerdir.

7145 sayılı torba kanun ile işyeri niteliğinde olan TSK askeri mahalleri ile jandarma ve sahil güvenlik hizmet binalarında önleme araması yapılabilmesinin önü açılmıştır. Düzenlemenin gerekçesine göre terör

⁵⁸ Gecikmesinde sakınca bulunan hal.
YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

örgütleriyle mücadelenin olağan dönemde hukuk devleti ilkesi çerçevesinde sürdürülmesi hedeflenmektedir. Ancak, böylesi bir hedef manidardır. Zira 7145 sayılı torba kanun öncesindeki önleme araması rejiminde halihazırda birçok hukuka aykırı durum mevcuttur. Bunlara ilişkin herhangi bir iyileştirme politikası yürütülmeksizin önleme aramasının yapılabileceği alanı genişletmek halihazırdaki sıkıntıların başkaca alanlara sirayet etmesine sebep olabilecektir.

İçişleri Bakanlığına bağlı kolluk kuvvetlerinden sadece jandarma ve sahil güvenlik teşkilatında önleme araması yapılabilmesinin önü açılması da ilginçtir. Zira 7145 sayılı torba kanun ile polis hizmet binalarında önleme aramasına imkân sağlayan bir değişiklik yapılmamıştır. İstatiksel bir hesaplama yapıldığında polis tarafından polis hizmet binalarında işlenen suç oranı ile askerlik yükümlülüğünü yerine getiren er ve erbaşların jandarma ve sahil güvenlik hizmet binalarında işledikleri suç oranı arasında epey fark bulunmaktadır. Bu noktada kanun koyucunun sadece jandarma ve sahil güvenlik teşkilatını hedef almasına bir anlam verilememektedir. Şayet jandarma ve sahil güvenlik üzerinde FETÖ/PDY kaygısı bulunuyorsa dahi polis teşkilatının da bu açıdan sicili epey kabarık olduğu unutulmamalıdır.

Çalışmamızın sonucunda görülmektedir ki 7145 sayılı torba kanundaki önleme aramasına ilişkin değişikliklerle ulaşılmaya çalışılan amaç ile araç arasında bir uyumsuzluk vardır. Zira kanun koyucu bu düzenleme ile hem FETÖ/PDY ile olağan dönemde mücadele etmek istemekte hem de askeri mahal ile jandarma ve sahil güvenlik hizmet binalarında bir çeşit asayiş sağlamak istemektedir. Ancak bu iki amaç için önleme aramasının anılan yerlerde yapılabilmesi gerekmemektedir. Zira askeri mahaller ile jandarma ve sahil güvenlik hizmet binalarının giriş, çıkış ve sınırları güvenlik önlemleriyle çevrilidir. Buradaki personeller emir komuta zincirinde ve üst-alt ilişkisi içerisinde sıkı bir disiplin altında faaliyet göstermektedir. Bu yerlerdeki personelin tabi olduğu birçok katı meslek kuralı bulunmaktadır. Bu katı kurallar zaten getirilen değişikliğin gerekçesindeki asayiş kaygılarına cevap vermek için yeterlidir. FETÖ/PDY ile olağan dönemde mücadele edilmek isteniyorsa da yürütülen yargılamalar zaten TSK, jandarma ve sahil güvenlik mahallerinde arama yapılabilmesine imkân vermektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki TSK'nın askeri mahallerinde herkesin aranabileceğine ilişkin düzenleme özellikle önleme araması kararını veren merci ile aranan asker arasındaki ast-üst ilişkisi açısından sorun yaratabilecek niteliktedir.

Bu mahallerde önleme aramasının yapılabilmesini kabul etmek mevcut sistem ile başa çıkılamayacak bir tehlike ve riskin olduğunu kabul etmek

niteliğindedir. Şayet böyle bir tehlike ve risk varsa dahi özgürlükler aleyhine önleyici bir faaliyete imkân tanımak yerine tehlike ve riski yaratan olguları yok etmek üzerine uzun vadeli politikalar geliştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Ahmad** Feroz, *Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980)*, Hil Yayın, İstanbul, 2010.
- Aldemir** Hüsnü, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma, Adalet*, Ankara, 2019.
- Akçe** Ercan, *Türk Hukukunda İdari Kolluk Teşkilatı Olarak Jandarma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale*, 2006.
- Alpsoy** Zeliha, *Önleme Araması, Yüksek Lisans Tezi, Konya*, 2019.
- Avcı** Engin – **Demir** Cenker Korhan, “Terörizm Çalışmaları: Türkiye’deki Araştırmalara İlişkin Betimsel Bir Analiz”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Yıl 2017, Cilt 13, Sayı 26, sa. 1 – 44.
- Bilen** Mesut, *Adli Arama ve Önleme Araması, Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır*, 2006.
- Carvalho** Henrique, *The Preventive Turn in Criminal Law*, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2017.
- Centel** Nur – **Zafer** Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2019.
- Demirtürk** Sinan, “1960–1980 Döneminde Türkiye’de Sosyo-Ekonomik Değişimin ve Dışa Yönelişin Toplumsal Dinamikleri”, *21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum Eğitim Bilimleri Ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl 2015, Cilt 4 , Sayı 12, sa. 155-182.
- Erman** R. Barış – **Özcan** Onur – **Yetkin** Erdi – **Börekçi** Eşref Barış – **Üzeltürk** Saba Ş. T., “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi” Hakkında Tespit, Düşünce ve Eleştiriler, E-kitap, Yeditepe Yayınevi, İstanbul – 2020.
- Eryılmaz** Bedri, “5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, Sayı 3, Yaz 2008, sa. 65-79.
- Işık** Göksu, “*Türk Hukukunda ve Fransız Hukukunda Düşman Ceza Muhakemesi Uygulamaları*”, *YÜHFD, C.XVI*, 2019/2, sa. 233-278.
- Kunter** Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Fakülteler Matbaası, altıncı bası, İstanbul, 1978.
- Önal** Tekin, “12 Mart Muhtırası: Vesayetin Pekişmesi ve Ara Rejim Süreci (12 Mart 1971-14 Ekim 1973)”, *Mart* 2016, Sayı: 8, Cilt: 1, sa. 89-109.

- Önok** Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular: “*Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar*”, ed. **Centel** Nur, On İki Levha, İstanbul, 2015, sa. 259-314.
- Övet** Talha, Kolluğun Başucu Kitabı, Adalet, Ankara, 2016.
- Özbek** Veli Özer – **Doğan** Koray – **Bacaksız** Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- Özen** Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara, 2019.
- Suna** Başak, “*Türkiye’nin Ana Siyasal-Düşünsel Ekseninde Değişme Eğilimleri (1960-1980)*”, Journal of Economy Culture and Society, Sosyoloji Konferansları, No: 53 (2016-1), sa. 205-219.
- Yalçın** Hüseyin, Önleme Araması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- Yenidünya** Caner – **İçer** Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2016.
- Yenisey** Feridun, Kolluk Hukuku, Beta, İstanbul, 2015.
- Yenisey** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- Yenisey** Feridun – **Nuhoğlu** Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2017.
- Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Basım, İstanbul, 1994.
- Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta, İstanbul, 2007.
- Yurtcan** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet, Ankara, 2016.
- Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.

İHMAL SURETİYLE İCRAİ HAREKETİN SINIRLI SAYIDA OLUP OLMADIĞI SORUNSALI

(THE PROBLEMATIC OF WHETHER THE COMMISSION BY OMISSION IS NUMERUS CLAUSUS OR NOT)

Arş. Gör. Aras TÜRAY * **

ÖZ

Türk ceza hukuku bağlamında hareket, şekilleri bakımından, icrai, ihmali ve ihmal suretiyle icrai olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Bununla birlikte hareketin şeklinin tespitinde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Özellikle ihmal suretiyle icrai hareketin tespiti ile failin belirli durumlarda hareketinden sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Söz konusu görüş ayrılıkları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda konuya ilişkin bazı hükümlerden kaynaklanmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. (ihmal suretiyle kasten öldürme), 88. (ihmal suretiyle kasten yaralama) ve 94/f. 5. (ihmal suretiyle işkence) hükümleri konu bakımından önem taşımaktadır.

Hareketin şekilleri bakımından ayırında esas alınacak kriterlerden sonra hareketin şekilleri birbirinden ayrı şekilde incelenecektir. Hareketin şekillerinin incelenmesi sırasında özellikle ihmal suretiyle icrai hareketin tespiti bakımından üç aşamalı inceleme metodu ve ihmal suretiyle icrai hareketin sınırlı sayıda olup olmadığına ilişkin ileri sürülen görüşler ve Yargıtay içtihatları bir bütün olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hareket, İhmal, İcra, Garantör, İhmal Suretiyle İcrai Hakaret, Emir Normu, Yasak Normu.

¹⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2020; İkinci hakem raporu tarihi: 13.04.2020; Onaylanma tarihi: 19.04.2020.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8104-6101. Bu çalışma Yeditepe Üniversitesi ve Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Güncel Sorunlar Sempozyumu” kapsamında, “Hareketin Şekilleri Bakımından Ayırım Kapsamında İhmal Suretiyle İcrai Hareket” başlıklı sunumun yayın haline getirilmiş halidir. Yazılı olarak yayınlanması için kapsamı oldukça geniş olan sunum konusu, yayın haline getirilirken “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmaması Sorunsalı” biçiminde sınırlandırılmıştır.

Esere Atıf Şekli: Aras Türay, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.115-154.

ABSTRACT

In the context of the Turkish criminal law, the form of act is divided into three categories: commission, omission and commission by omission. However, there are different opinions in the doctrine on determining the form of the act. There is a disagreement in the doctrine on determination of the omission and in some cases whether the perpetrator can be held responsible for his/her act. Division of opinions in the doctrine arises from certain articles of the Turkish Penal Code (Law No. 5237). 83rd (intentional homicide by omission), 88th (intentional injury by omission) and 94/5th (torture by omission) articles of Turkish Penal Code are important for the subject.

After analyzing the criteria of the determining the form of act, the forms of the act will be examined separately. During the analyzing of the forms of act, the three-stage method, the opinions on the numerus clausus quality of the act of commission by omission and case-law of the Turkish Court of Cassation will be explained within a holistic approach.

Keywords: Act, Commission, Omission, Guarantor, Commission By Omission, Commandry Norm, Proscriptive Norm.

GİRİŞ

Ceza hukuku bakımından hareket, suç tipinde tanımlanan iradi insan davranışdır¹. Bununla birlikte failin dış dünyada bir değişikliğe sebep olduğu her davranışı, hareket olarak nitelendirilemez. Ceza hukuku bakımından dikkate alınabilecek olan hareket, tipik, yani suç teşkil eden kanuni düzenleme çerçevesinde değerlendirilebilecek harekettir. Bir hareketin yapılması gibi yapılmaması da suç teşkil edebilir². İşte icrai veya ihmali davranışla gerçekleştirilen hareket, suçun varlığı için aranan en önemli şartlardandır (hareketsiz suç olmaz, *nullum crimen sine actione*)³. Gerçekten de hareket, suçun temelini oluşturan unsurdur⁴.

¹ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 194.

² ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 35; HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 170; ROXIN, Claus; Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Beck, München 2003, s. 628.

³ ALACAKAPTAN; s. 36; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2019, s. 295.

⁴ KEYMAN, Selahattin; “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1-4, Yıl: 1988, s. 122. YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

Ceza hukuku doktrininde hareket, sayısına (tek hareketli – birden fazla hareketli), önemine (serbest hareketli – bağlı hareketli), devam edip etmemesine (ani – mütemadi) göre çeşitli tasniflere tâbi tutulmuştur. Konumuz bakımından önem taşıyan ve doktrinde önemli tartışmalara konu olan tasnif ise hareketin şekline göre tasnifdir.

I. Hareketin Şekillerine Göre Tasnif

Hareket, şekillerine göre tasnif çerçevesinde temel olarak icrai ve ihmali olmak üzere ikiye ayrılır. İcrai hareket, failin gerçekleştirilmesi gereken bir davranışı gerçekleştirmesi, ihmali hareket ise failin gerçekleştirmesi gereken bir davranışı gerçekleştirilmesidir⁵.

İcrai ve ihmali hareketi birbirinden ayrılması çerçevesinde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar bu ayırmda hareketin doğal niteliğini göz önünde bulundurmaktadır⁶. Buna göre icrai hareket, failin bir vücut hareketiyle, ihmali hareket ise failin vücudunun hareket etmemesi suretiyle gerçekleşir⁷. Bununla birlikte hareket yalnızca ontolojik bir yaklaşımla ele alınmamalıdır. Ceza hukuku bakımından değerlendirilmeye alınabilecek hareket, dış dünyaya yansıyan herhangi bir davranıştan ziyade suç tipinde yer alan davranıştır⁸. Bu nedenle hareketin şekli bakımından gerçekleştirilecek bir tasnifte, hareketin normatif boyutu, yani failin eyleminin uyduğu suç tipi düzenlemesi dikkate alınmalıdır⁹.

⁵ **HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 199.

⁶ Bu görüşlerle ilgili bkz. **HAKERİ, Hakan**; Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 70 vd.

⁷ **KUNTER, Nurullah**; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 49. Kunter, doğal hareket anlayışı ile hareketin şekli bakımından tasnifi müspet ve menfi olarak nitelendirmiştir. Yazar normatif bir ayırımla gerçekleşen hareket temelli ayırımı ise icrai ve ihmali olarak değerlendirmiştir. Benzer doğrultuda **DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir**; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 376.

⁸ **ZAFER, Hamide**; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 193; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 295, 296.

⁹ Aynı doğrultuda **KUNTER**; s. 51. Belirtmek gerekir ki ceza hukukunda hareketin şeklinin belirlenmesine ilişkin çok sayıda farklı görüş mevcuttur. Bu görüşlerle ilgili inceleme için bkz. **ERBAŞ, Rahime**; Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 81 – 101; **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 70 vd.

İcrai ve ihmali hareketin ortak özelliği suç tipinin temelindeki davranış normuna aykırı olmasıdır¹⁰. Kanunda suç tiplerinin temelini oluşturan normlarda bir davranışın gerçekleştirilmesi ya emredilmiştir ya da yasaklanmıştır. İşte kanun koyucunun bir davranışın yapılmaması gerektiğini düzenlediği, yani yapılmasını yasakladığı kurallara yasak normları (yasaklayıcı hükümler), davranışın yapılması gerektiğini düzenlediği, yani yapılmasını emrettiği kurallara ise emir normları (emredici hükümler) denilmektedir¹¹. Normatif anlamda harekete yaklaşıldığında da yasak normlarına aykırı davranış icrai hareket, emir normlarına aykırı davranış ise ihmali hareket olarak nitelendirilmektedir¹².

Doktrinde hareketin şeklinin belirlenmesi konusunda ağırlıklı olarak normatif yaklaşım benimsenmiştir¹³. Yine Yargıtay uygulamasının da icrai hareket ile saf ihmali hareketin ayrılması noktasında normatif yaklaşıma uygun olduğu görülmektedir¹⁴. Gerçekten de failin vücudunun hareket

¹⁰ **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 389.

¹¹ **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 28; **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 223; **DEMİRBAŞ, Timur**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 231, 232; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 320; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 390.

¹² **ÖNDER, Ayhan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1992, s. 50; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 205; **ÖZGENÇ, İzzet**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 226; **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 255, 256; **AKBULUT, Berrin**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 243; **YILMAZ, Zahid**; “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 123; **AVCI, Mustafa/YERDELEN, Erdal**; “Karar İncelemesi – Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIX, Yıl: 2015, Sayı: 1, s. 172; **KANBUR, Mehmet Nihat**; “Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 35.

¹³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 392;

¹⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu “Hukuk normları, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Sadece icrai bir hareketle ihlal edilebilecek olan ve belirli bir hareketin yapılmasını istenmediği yasaklayıcı normlarda, yasaklanan hareketin yapılması sonucunda bir hak ihlali gerçekleşmektedir. Örneğin; TCK’nun 81. maddesinde yer alan öldürmeyi yasaklayan norm bir kimsenin öldürülmesiyle ihlal edilmiş olacaktır. Emredici normlarda ise, belirli bir hareketin yapılması yasaklanmamakta, aksine belirli bir hareketin yapılması emredilmektedir. Bu emredici kurala uyulmaması başka bir anlatımla *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

etmesi veya etmemesi değil, failin davranışı ile hangi yasak veya emir normunu ihlal ettiği hareketin şeklinin tespitinde dikkate alınmalıdır¹⁵. Örneğin kamu görevlisi olan failin, bütün gün iş yerinde dolaşarak insanlarla konuşması ancak görevini yerine getirmemesi ya da görevini geç yerine getirmesi gibi durumlarda¹⁶ doğal anlamda aktif bir davranışı söz konusu olacaktır. Buna karşın kamu görevlisi olan failin davranışı, bir emir normu olan Türk Ceza Kanunu (“TCK”) m. 257/f. 2 hükmünde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturacaktır. Doğal anlamda aktif bir davranışı söz konusu olsa da bu örnekte bir emir normuna aykırılık söz konusu olduğu için failin saf ihmali hareketi mevcuttur.

Suç tipinin bir emir normu olması, yani icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırılığın suç olarak düzenlenmesi halinde, saf ihmali hareket söz konusu olacaktır¹⁷. Bununla birlikte failin, yasak normu olarak düzenlenen bir suçun oluşumuna, suç tipi haricindeki emirden kaynaklı yükümlülüğü bulunmasına rağmen pasif kalarak neden olması halinde ihmal suretiyle icrai hareket gündeme gelecektir^{18 19}. O halde saf ihmali hareket ile

yapılması emredilen hareketin yerine getirilmemesi sonucunda haksızlık meydana gelmekte yani kanunda tanımlanan suç ihmali hareketle işlenmektedir” (YCGK., E. 2015/986, K. 2018/102, Tarih: 20/03/2018; YCGK., E. 2014/161, K. 2015/493, Tarih: 08/12/2015; YCGK., E. 2012/1570, K. 2013/339 Tarih: 05/07/2013, kararlara erişmek için bkz. www.lexpera.com.tr) şeklinde birden fazla hükmüyle saf ihmali hareketle icrai hareket arasındaki ayrımın, emir – yasak normuna göre yapılacağını vurgulamıştır.

¹⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 392; **AKBULUT, Berrin**; s. 250.

¹⁶ Bu durumlarda da görevi ihmal suçunun oluştuğu ile ilgili bkz. **EVİK, Vesile Sonay**; Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257), İstanbul 2019, s. 138.

¹⁷ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 223, 224. **DEMİRBAŞ**; s. 232; **ZAFER**; s. 227; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 320; **ÖZGENÇ**; s. 229; **ÖNDER**; s. 51; **YURLU, Fatih**; “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 763; **GROPP, Walter**; Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Springer, Berlin 2015, s. 467.

¹⁸ Belirtmek gerekir ki yasak - emir normu ölçütünün, ihmal suretiyle icrai hareketle saf ihmali hareketi birbirinden ayrılmasında elverişli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 92. Yazar ihmal suretiyle icrai hareketlerle işlenebilecek suçların kanunda düzenlendiğini belirttiikten sonra “her iki ihmal türü bu şekilde emir normu olarak formüle edildiğinden emir normu - yasak normu ölçütü, gerçek-görünüşte ihmal ayrımında artık elverişli bir ölçüt değildir” demiştir. Kanaatimizce emir - yasak normu ayrımı, saf ihmali hareketle ihmal suretiyle icrai hareketin ayrımı bakımından elverişli ve yeterlidir. Burada saf ihmali hareketin tespitinde dikkate alınacak emir, doğrudan suç tipinde yer almaktadır. Buna karşın ihmal suretiyle icrai harekette failin icrai davranışta bulunmasına yönelik emir, suç tipinde değil, başka bir kaynaktan yer almaktadır. O halde saf ihmali hareketle ihmal suretiyle icrai hareketin ayrılması noktasında, failin icrai bir davranışta bulunması gerektiği yönündeki emrin hukuk düzeninde var olmasına

ihmal suretiyle icrai hareketin ayrılmasında, failin eyleminin aykırılığının değerlendirildiği normun bir emir normu mu yoksa yasak normu olduğuna göre belirleme yapılmalıdır²⁰.

Failin eyleminin bir yasak normuna aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği tespit edildikten sonra, ihmal suretiyle icrai hareket ile icrai hareketin birbirinden ayrılması noktasında, failin doğal anlamda aktif davranışıyla mı yoksa pasif davranışıyla mı yasak normunu ihlal ettiği önem taşımaktadır²¹. O halde normatif bir ayırımın yapılmasından sonra, failin yasak normuna aykırı davranışının değerlendirilmesi safhasında doğal anlamda hareketinin aktif veya pasif olduğu da dikkate alınarak icrai hareket ile ihmal suretiyle icrai hareket arasında bir ayırım yapılmalıdır. Eğer yasak normuna aykırılık teşkil eden hareket aktif ise failin hareketi icrai,

odaklanmak yerine, suç tipinin emri barındırıp barındırmadığına odaklanılması gerekmektedir. Nitekim bu görüş “suç normunun ayrıca bir kanun hükmü olarak garantörlük kaynağı şeklinde değerlendirilemez niteliği”yle (bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 121) de uyumludur. Buna göre doğrudan suç normundaki emir, başka bir suç bakımından kanundan kaynaklı garantörlüğü teşkil edemeyeceği için, suç normundaki emre aykırılık, yalnızca o suçun saf ihmali hareketle işlenebilmesini sonuçlayacaktır. O halde emir - yasak normu ölçütünde, hukuk düzenindeki herhangi bir emirden ziyade, suç tipini oluşturan normdaki emirin varlığı veya yokluğu dikkate alınmalıdır.

¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, saf ihmali hareketle ihmal suretiyle hareketin birbirinden ayrılmasına ilişkin, failin neticeyi önleme yükümlülüğü olup olmadığını esas almıştır. Buna göre failin neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmaktaysa, ihmal suretiyle icrai hareketi; bulunmamaktaysa saf ihmali hareketi söz konusu olacaktır. Bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 258. Benzer doğrultuda **CENTEL, Nur**; İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III (Yayına Hazırlayanlar: **HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener**), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 18, İstanbul 2010, s. 79; **TAŞKIN, Ş. Cankat**; “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, Yıl: 2008, s. 146.

²⁰ Benzer doğrultuda **ÖNDER**; s. 52; **KAUFMANN, Armin**; Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, s. 275’ten aktaran **ROXIN**; s. 635.

²¹ Benzer doğrultuda **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 390. Yazarlar hareketin şeklinin davranış normu dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini belirttikten sonra ayrıca icrai hareketle işlenebilen suçlarda hareketin, aktif bir yapma hareketiyle gerçekleştiğini ve böyle bir hareketin varlığının doğal olarak belirlenebileceğini ileri sürmüşlerdir. Benzer şekilde Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır da ihmal suretiyle icrai hareketin tespitinde failin pozitif (aktif) bir davranışı bulunmadığını vurgulamışlardır. Bkz. **ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 323. Ayrıca bkz. **AKBULUT, Emre**; “İhmali Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, Yıl: 2006, s. 187.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

pasif ise failin hareketi ihmal suretiyle icrai olarak belirlenmelidir²². Görüldüğü üzere pratik bakımdan ihmal suretiyle icrai hareketin tespiti için üç aşamadan geçilmelidir (*Üç Aşama Testi*):

1- Yasak normuna aykırılık: Eylemin bir yasak normu çerçevesinde değerlendirilmesi,

2- Pasif Davranış: Failin haksızlığın oluşumuna sebebiyet veren hareketinin ontolojik olarak pasif olması,

3- Eşdeğerlilik: Failin kanundan, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirdiği davranışından kaynaklı olarak haksızlığın meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün bulunması sebebiyle pasif davranışının aktif davranışa eşdeğer sayılması.

II. Genel Olarak İhmal Suretiyle İcrai Hareket

A- Kavram

İhmali hareket de kendi içerisinde saf ihmali ve ihmal suretiyle icrai hareket olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²³. Doktrinde “ihmal suretiyle

²² Aksi doğrultuda **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 173. Yazar hareketin tamamen normatif biçimde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Hakeri, hekimin hastaya bağlı aleti aktif bir hareketle kapatması halinde dahi, hareketin normatif olarak değerlendirileceğini ve burada aslında hastayı kurtaracak hareketin yapılmaması sebebiyle ihmali bir hareketin söz konusu olacağını belirtmiştir. Örnekle ilgili benzer doğrultuda **TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat**; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 140; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 204. Bize göre bu örnekte hastaya bağlı olan aletin aktif bir hareketle kapatılması halinde icrai hareketin varlığı kabul edilmelidir. Gerçekten de ihmal suretiyle icrai hareketle işlenen suçlar, garantörsel yükümlülüğün varlığı gereği özgü suç niteliğindedir (aynı doğrultuda bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 207; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 207; **AKYÜREK, Güçlü**; “İhmali Suçlar”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 151; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**; s. 140; **KANBUR**; s. 42). Örneğe konu olan eylemi gerçekleştiren hastayı kurtarmak şeklinde garantörsel yükümlülüğü bulunmayan kişilerin icrai hareketleri söz konusu olacaktır ve TCK m. 81’den dolayı sorumlu olacaklardır. Kanaatimizce hareketin şekli, hareketi gerçekleştiren kişiye göre değil, hareketin niteliğine göre belirlenmelidir. Halbuki ihmal suretiyle icrai hareketle işlenen suçların özgü suç olduğu kabul ediliyorsa hastayı kurtarma garantörsel yükümlülüğü altındaki hekim dışındaki kimse, hastaya bağlı aleti çıkartarak kasten öldürmeden sorumlu olmamalıdır. Dolayısıyla hem hekim hem de diğer kişiler aynı hareketi gerçekleştirerek icrai hareketleriyle hastayı kasten öldürmeden sorumlu olmalılardır. Benzer doğrultuda sonuç için bkz. **ERBAŞ, Rahime**; “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilir Biçiminin Tespiti Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Yıl: 2019, s. 426; **YILDIZ, Ali Kemal**; “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 2076.

icrai”²⁴ kavramının yanı sıra “görünüşte ihmali”²⁵ “garantörsel ihmali”²⁶, “ihmal benzeri”²⁷, “gerçek olmayan ihmali”²⁸, “nitelikli ihmali”²⁹ kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir³⁰. Yine “ihmal suretiyle icrai hareket” olarak kullandığımız terimde, hareket yerine suç (ihmal suretiyle

²³ Aynı doğrultuda **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 174; **ZAFER**; s. 227; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 205; **KANBUR**; s. 37; **YURLU**; s. 762. Doktrinde ihmali suretiyle icrai hareketin, ihmali ile icra arasında kalan kendine özgü üçüncü bir hareket türü olarak kabul eden görüş de mevcuttur. Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 12; **DÖNMEZER, Sulhi**; “İhmali Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: IX, No: 3 – 4, Yıl: 1944, s. 473. Ayrıca ihmali suretiyle icrai hareketi, hareketin şekillerine göre tasnif altında değil, suçun neticesine göre tasnifi altında değerlendiren görüşler de mevcuttur. Bkz. **KUNTER**; s. 113. Kanaatimizce ihmali suretiyle icrai hareket, ihmali hareketin altındadır. Zira ihmali hareketlerin ortak özelliği hukuk düzeni nezdindeki bir emre aykırılıktır. Suç düzenlemesinde emre aykırılık saf ihmali hareketi oluşturacakken, failin suç tipi dışındaki başka bir yükümlülüğünden kaynaklı bir emre aykırı davranışı ihmali suretiyle icrai hareketi oluşturacaktır.

²⁴ **ALACAKAPTAN**; s. 36; **BAYRAKTAR, Köksal/ERMAN, Barış**; İşkence, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 349; **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 160; **KANBUR**; s. 40; **DEMİRBAŞ**; s. 233; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**; s. 42; **ÖNDER**; s. 52; **DÖNMEZER/ERMAN**; s. 377.

²⁵ **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 205; **ÖZGENÇ**; s. 230; **YILMAZ**; s. 124; **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 10 vd.

²⁶ **HAKERİ, Hakan**; “İhmali Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 140; **ARTUK/GÖKCE/ALŞAHN/ÇAKIR**; s. 260.

²⁷ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**; s. 257.

²⁸ **ZAFER**; s. 229; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 496; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 396; **AKBULUT, Berrin**; s. 243.

²⁹ **AKYÜREK**; s. 147; **KOÇAK SÜREN, Özlem**; “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 90, Yıl: 2010, s. 251.

³⁰ Terim yabancı dillerde de farklı şekillerde kullanılmıştır. Örneğin İngilizcede “commission by omission”, “improper omission”, “inauthentic omission” ve “failure to act as duly required” gibi kullanımlar mevcuttur. Bkz. **GOMEZ-ALLER, Jacobo Dopico**; “Criminal Omissions: A European Perspective”, New Criminal Law Review, Vol: 11, No: 3, Summer 2008, s. 420; **SILVA SANCHEZ, Jesus Maria**; “Criminal Omissions: Some Relevant Distinction”, New Criminal Law Review, Vol: 11, No: 3, Summer 2008, s. 454. Almanca da “unrecht Unterlassungdelikt” (bkz. **JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas**; Lehrbuch des Strafrecht, 5. Baskı, Duncker Humbolt, Berlin 1996, s. 606; **ROXIN**; s. 632; **GROPP**; s. 467), “begehungsgleich Unterlassungsdelikt” (bkz. **JAKOBS, Günther**; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin 1993, s. 781; **FREUND, Georg**; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Springer, Berlin 2009, s. 201) veya “Begehen durch Unterlassen” (**BOCK, Dennis**; Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, Berlin 2018, s. 535) gibi terimler kullanılmaktadır. *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

icrai suç ya da garantörsel ihmali suç) kavramının da kullanıldığı görülmektedir³¹. Bununla birlikte biz ihmali suretiyle icrai hareketle gerçekleşen suçları, ayrı bir “suç” kategorisi olarak nitelendirmemekteyiz. Kanaatimizce hareket, ihmali suretiyle icrai şekilde gerçekleştirilebilir, ancak bu nevi hareketlerle işlenen suçlar ayrı bir suç kategorisi oluşturmamaktadır³².

Bütün ihmali hareketle işlenen suçların temelinde, aktif bir davranışta bulunmaya yönelik emirler mevcuttur³³. Saf ihmali hareketle işlenebilen suçlarda, suç tipi aynı zamanda emir normunun kendisini oluşturur. Bir diğer ifadeyle ihmali hareketin doğrudan suç tipinde gösterilmesi durumunda saf ihmali hareket gündeme gelecektir³⁴. Örneğin TCK m. 98’de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir kendini idare edemeyecek durumda olan kişiye yardım edilmesi veya durumun ilgili makamlar bildirilmesi, suç tipinde yer alan bir emir niteliğindedir.

İhmali suretiyle icrai hareketle işlenen suçlarda suç tipinin dışındaki bir emre aykırılık söz konusu olmaktadır³⁵. O halde failin doğrudan suç tipinden kaynaklı olmayan bir emre, pasif kalarak aykırı davranması suretiyle yasak normunu ihlal etmesiyle ihmali suretiyle icrai hareketi gündeme gelecektir. İhmali suretiyle icrai hareketle gerçekleştirilen suçlarda, failin suçun işlenmesine neden olan³⁶ aktif bir davranışı bulunmamaktadır³⁷. Buna karşın haksızlığın gerçekleşmesini önlemek³⁸ için aktif davranmak

³¹ **HAKERİ**; “İhmali Suçlar”, s. 141; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 396; **AKBULUT, Berrin**; s. 243.

³² Belirtmek gerekir ki ihmali suretiyle icrai / gerçek olmayan ihmali / görünüşte ihmali “suç” terimini de hatalı bulmamaktayız. Özellikle fiili hareketle özdeş kabul eden görüşler çerçevesinde görünüşte ihmali “hareket” yerine “suç” teriminin tercih edilmesi tutarlıdır. Bununla birlikte biz, özellikle suç tipinde arandığı takdirde neticenin de fiilin bir parçası olduğu görüşündeyiz.

³³ **ASHWORTH, Andrew**; Positive Obligations In Criminal Law, Hart Publishing, Oxford 2013, s. 32.

³⁴ **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 496; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 393.

³⁵ **AKBULUT, Berrin**; s. 251; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 207.

³⁶ Yasak normuna aykırılık teşkil eden bir olaydaki failin aktif davranışı, haksızlığın ortaya çıkışında nedensel değilse, failin aktif davranışının icrai olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Benzer doğrultuda **AVCI/YERDELEN**; s. 175.

³⁷ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 323; **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 176.

³⁸ Doktrinde genellikle failin neticenin oluşmasını önleme yükümlülüğünden bahsedilmektedir (Bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Genel Hükümler, s. 224;

hususunda failin bir yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹. Örneğin boğulmakta olan kişiyi kurtarmakla yükümlü cankurtaranın, yükümlülüğünü yerine getirmeyerek mağdurun boğulmasına sebep olması halinde ihmali suretiyle icrai hareketi bulunmaktadır. Söz konusu örnekte cankurtaranın, mağdurun boğulması bakımından aktif bir davranışı bulunmamaktadır. Buna karşın boğulma tehlikesi altında olan kişileri kurtarma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, ihmali suretiyle icrai hareketi ile ölüm neticesine yol açmıştır.

Belirtmek gerekir ki hareketin şeklinin belirlenmesi, failin sorumlu tutulacağı norma göre değişiklik gösterebilir. Örneğin devlet hastanesinde çalışan bir hekimin, hastaya gerekli ilacı vermemesi halinde de ölüm neticesi bakımından ihmali suretiyle icrai hareketi bulunduğu kabul edilmelidir. Hekimin eylemi, TCK m. 257/f. 2 bağlamında değerlendirildiğinde ise saf ihmali hareketi oluşturacaktır. Bu örnekteki kişinin hareketi TCK m. 81 vd. hükümlerinde öldürme eyleminin yasaklandığı normlar bağlamında değerlendirildiğinde ise ihmali suretiyle icrai hareketi tespit edilebilecektir. Eğer hekimin öldürme kastı varsa TCK m. 83'ten, taksiri varsa TCK m. 85'ten sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmalıdır⁴⁰. Elbette TCK m. 257 hükmü tali bir norm niteliğinde olduğu için bu örnekteki hekimin sorumluluğu TCK m. 83 veya TCK m. 85'e göre belirlenmelidir. Ancak bu son tespit, hareketin şekliyle değil, öldürme ile görevi ihmali suçları arasındaki içtima ilişkisiyle ilgilidir.

ZAFER; s. 230; **KOCA/ÜZÜLMEZ;** Genel Hükümler, s. 402; **CENEL/ZAFER/ÇAKMUT;** s. 258; **ERBAŞ;** Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 43; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR;** s. 322; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN;** s. 199). Bununla birlikte neticesi harekete bitişik suçların (sırf hareket suçları/neticesiz suçlar) da ihmali suretiyle icrai hareketle işlenebileceği de kabul edilmiştir (Bkz. **AKBULUT, Berrin;** s. 246). Dolayısıyla kapsayıcı bir tanım verilmesi bakımından neticenin oluşmasının önlenmesi yükümlülüğü yerine haksızlığın gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bununla birlikte “neticeyi önleme yükümlülüğü” kavramının öğretide yerleşmiş olması nedeniyle yazar, bu kavramı da kullandığını belirtmiştir. Bkz. **AKBULUT, Berrin;** s. 252. Belirtmek gerekir ki StGB m. 13'te de “neticeyi bertaraf etme” (*unterlässt, einen Erfolg abzuwenden*) ibaresi geçmektedir. Buna bağlı olarak Alman doktrininde de neticeyi önleme yükümlülüğü (*Pflicht zur Erfolgsabwendung*) kavramı kullanılmıştır. Bkz. **JESCHENK/WEIGEND;** s. 606. Ayrıca bkz. **JAKOBS;** s. 785. Jakobs, yalnızca ihmali suretiyle icrai suçun tanımlanmasında, ihmali hareketle bir neticenin meydana gelmesini temel almıştır.

³⁹ **HAKERİ;** “İhmali Suçlar”, s. 141; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE;** Genel Hükümler, s. 497; **CENEL;** s. 80; **ÖZTÜRK/ERDEM;** s. 206; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR;** s. 323; **KOÇAK SÜREN;** s. 291; **İÇEL, Kayıhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 277.

⁴⁰ Benzer doğrultuda **AKYÜREK;** s. 149.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

B- Yükümlülük Kaynakları

Yukarıda da belirtildiği üzere ihmal suretiyle icrai hareketin söz konusu olması için failin suçun gerçekleşmemesi konusunda aktif bir davranışta bulunma yükümlülüğü (garantörsel yükümlülük, *Garantenpflicht*) bulunmasına rağmen pasif kalarak bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve haksızlığın gerçekleşmesine sebep olması gerekmektedir. Bu nedenle ihmal suretiyle icrai hareketin ayırt edici noktası, failin suç tipinde yer almayan bir emre aykırı davranmasıdır.

Yükümlülüğün kaynağı doktrinde genel olarak kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün temelinde TCK m. 83 hükmü yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasının a ve b bentlerinde yükümlülük kaynakları “(a) *Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması*, (b) *Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*” şeklinde gösterilmiştir. Bununla birlikte söz konusu ayırımın güncel olmadığı ve belirli hukuki değerler lehine “koruma yükümlülüğü” (*Beschützergarant*) ile belirli tehlike kaynaklarını hakimiyet altında bulundurma konusunda “gözetim yükümlülüğü” (*Überwachergarant*) olmak üzere ikili bir ayırım da benimsenmiştir⁴¹. Kanaatimizce teorik olarak koruma ve gözetim yükümlülüğü ayırımı isabetlidir. Bununla birlikte koruma ve gözetim yükümlülüklerinin somut kaynağı da kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olabilecektir⁴².

Doktrinde doğal bağlılık ilişkisi, yakın toplumsal ilişki gibi yükümlülük kaynaklarına da yer verilmiştir⁴³. Garantörsel yükümlülüğün kaynakları farklı kavramlarla ifade edilse de içerikleri birbiriyle örtüşür niteliktedir. Örneğin doğal bağlılık ilişkisinden kaynaklı yükümlülüğe çoğunlukla pozitif hukuk kurallarında yer verilmiştir. Nitekim yazarların bu konuyla ilgili

⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 403. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ; s. 231; ÖZTÜRK/ERDEM; s. 208, 209. Garantörlüğü koruma ve gözetim yükümlülüğü olarak tasnif eden görüş Alman doktrinine dayanmaktadır. Yükümlülüğü bu şekilde tasnif eden çalışma için bkz. BOCK; s. 554 vd.

⁴² Koca ve Üzülmaz de eserlerinin devamında garantörlüğün kaynaklarını açıklarken kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklı yükümlülükler üzerinde durmuştur. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 405 – 407.

⁴³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 260; HAKERİ; “İhmali Suçlar”, s. 145; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; Genel Hükümler, s. 498; TAŞKIN; s. 150.

verdiği örnek, aile bireylerinin birbirlerine karşı olan yükümlülükleridir⁴⁴. Buna karşın aile bireylerinin birbirlerine karşı yükümlülüklerinin kanuna dayandığı da doktrinde kabul edilmektedir. Hatta aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğün kaynağının kanun olduğunun kabulü, aslında cezai sonuçların söz konusu olabileceği bir durumda yükümlülüğün kapsamını daha da belirli hale getirmektedir. Bu nedenle çalışmamızda yükümlülüğün kaynağı konusunda TCK m. 83 düzenlemesi paralelinde bir inceleme gerçekleştireceğiz.

1- Kanun

Kişinin haksızlığı önleme yükümlülüğü kanundan kaynaklı olabilecektir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") 322. maddesinde ebeveynler ve çocukları arasında, 185. maddesinde eşler arasında yardım yükümlülüğü ya da Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ("PVSK") 1. maddesinde polislerin görevlerinin tanımlanması gibi hükümler kanundan kaynaklı garantörsel yükümlülüklerdir. Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun iş verenin genel yükümlülüğü başlıklı 4. maddesi de kanundan kaynaklı yükümlülükler arasında önemli bir yere sahiptir.

Doktrinde kanundan kaynaklanan yükümlülüğün incelenmesinde kanun kavramının maddi anlamda mı yoksa şekli anlamda mı kabul edileceği tartışılmıştır⁴⁵. Bir görüşe göre kanundan kaynaklı yükümlülüğün kaynağı yalnızca şekli anlamda kanun olabilecektir. Bir diğer ifadeyle kanundan kaynaklı yükümlülük, yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ilgili usul ve kurallara uyularak oluşturulmuş bir yasadan kaynaklanabilecek, ancak idarenin genel düzenleyici işlemleri ihmal suretiyle icrai hareketin varlığı için yeterli olmayacaktır⁴⁶. Örneğin yönetmelikler aracılığıyla verilen görevler, ihmal suretiyle icrai hareketin tespitinde dikkate alınmayacaktır.

⁴⁴ **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT**; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 260.

⁴⁵ Şekli anlamda kanun "halkın temsilcilerinden oluşan parlamentolar tarafından, anayasanın öngördüğü usule uygun olarak çıkarılan" normlar olarak tanımlanmaktadır (bkz. **ŞİRİN, Tolga**; Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 274). Maddi anlamda kanun ise kanunun içeriğine ev niteliğine bakılmalıdır. Buna göre bir normun maddi anlamda kanun olarak nitelendirilebilmesi için ulaşılabilir, öngörülebilir, keyfilige karşı koruyucuları içerir olması gerekmektedir (bkz. **ŞİRİN**; s. 374; benzer doğrultuda **İNCEOĞLU, Sibel**; "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Edit. **İNCEOĞLU, Sibel**), 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 29).

⁴⁶ **AKYÜREK**; s. 151.

Bizim de katıldığımız görüş ise kanundan kaynaklı yükümlülük bakımından maddi anlamda kanunun dikkate alınacağıdır. Dolayısıyla erişilebilir ve belirli olan düzenlemelerden kaynaklı yükümlülüğünü ihlal eden kişinin ihmal suretiyle icrai hareketi söz konusu olabilecektir. Örneğin itfaiyenin görevleri, şekli anlamda bir kanunda değil, maddi anlamda kanun olarak kabul edilebilecek olan Belediye İtfaiye Yönetmeliği'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Belediye İtfaiye Yönetmeliği m. 6/f. 1-a bendi kapsamında yangına müdahale etme yükümlülüğü bulunan itfaiye görevlisinin imkanı varken bir yangına müdahale etmemesi sonucu meydana gelen haksızlıktan dolayı ihmal suretiyle icrai hareketinden sorumlu olması mümkündür.

Elbette garantörsel yükümlülüğün kaynağı olarak kanunun parlamento tarafından oluşturulmuş olmasa da belirli olması gerekmektedir⁴⁷. Zira ihmal suretiyle icrai hareketle, başka düzenlemelerden kaynaklı yükümlülükler aykırılık, ceza hukuku sorumluluğuna dönüşmektedir⁴⁸. Zaten normun belirli olması maddi anlamda kanun olabilmesinin de bir gereğidir. Örneğin TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıyla, özel hukuk alanında bireylere sorumluluk yüklenebilmektedir. Buna karşın Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş dürüstlük kuralının kapsamı belirli olmadığı için ceza hukuku bakımından kanundan kaynaklı garantörsel yükümlülüğün belirlenmesinde dikkate alınmaz.

2- Sözleşme

Kişinin bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğü, ihmal suretiyle icrai hareketin tespiti bakımından da dikkate alınmaktadır. Sözleşme, “karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile (icap ve kabul), daha doğrusu icap ve kabulün örtüşmesiyle oluşan çok yanlı hukuki işlem” olarak tanımlanmıştır⁴⁹. Belirtmek gerekir ki yükümlülük kaynağı olarak sözleşme yerine, iradi üstlenme⁵⁰ ya da gönüllü üstlenme⁵¹ kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce sözleşme kavramı yerine gönüllü/iradi üstlenme veya hukuki ilişki kavramının kullanılması, ceza hukukunun gerekleri bakımından daha yerinde olurdu. Zira ceza hukuku bakımından sözleşmesel yükümlülükte asıl önemli olan bir şekilde hukuki ilişki nedeniyle, belirli bir haksızlığın oluşmasını

⁴⁷ Yükümlülük kaynağının belirli olması gerektiği yönünde **AKYÜREK**; s. 151.

⁴⁸ **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 177.

⁴⁹ **SEROZAN, Rona**; Medeni Hukuk, 8. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 347.

⁵⁰ **ÖZGENÇ**; s. 231.

⁵¹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 406; **CENTEL**; s. 82.

engelleme yükümlülüğü altına girilmesidir⁵². Bununla birlikte sözleşmesel yükümlülük söz konusu olduğu için artık haksızlığın doğmasını engelleme yükümlülüğü altına girilmesinin icap edilmesi ve bu icabın açık veya zımni olarak kabul edilmesi gerekliliği aranmalıdır. Yükümlülüğün sözleşmesel temelli olması ile iradi/gönüllü üstlenmeye dayanması birçok noktada örtüşecekse de bazı noktalarda ayrılabilir. Örneğin doktrinde yükümlülüğün üstlenilmesi ve tehlike devam ederken yarıda kesilmesi halinde, kişinin ihmal suretiyle icrai hareketi olduğu belirtilmiştir. Buna göre yolda yerde yatan bir kişiye ilk yardım uygulanırken, yardımın yarıda kesilmesi halinde ihmal suretiyle icrai hareket söz konusu olacaktır. Zira kişi artık garantörlüğü gönüllü olarak üstlenmiştir⁵³. Buna karşın yükümlülüğün temelinin sözleşme olarak kabul edilmesi halinde ortada hukuki bir ilişki bulunmadığı, fiili bir durum söz konusu olduğu için garantörlük de söz konusu olmamalıdır⁵⁴. Bu nevi bir durumda yardıma muhtaç olan kişinin kendi haline bırakılması halinde TCK m. 98’de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçu oluşacaktır.

Sözleşmesel yükümlülüğün başlangıcı ve benzer şekilde sona ermesi için fiili üstlenme önemlidir⁵⁵. Zira sözleşme ya da gönüllü üstlenme temelli garantörlüğün mantığı, kişinin bu üstlenmeye güvenerek normalde gerçekleştirmeyeceği davranışları gerçekleştirmesi ya da almayacağı riskleri almasıdır⁵⁶. Örneğin bebek bakıcısının 21.00’da gelerek çocuğun bakımını üstlenmesi yönünde bir sözleşmeye rağmen, bakıcının saati gelmesine rağmen çocuğun bakımını üstlenmemesi ve ailenin çocuğu tek başına bırakarak evden ayrılması halinde, çocuğun yaralanması ya da ölmesi neticelerinden bakıcı sorumlu olmayacaktır. Zira bakıcı, yükümlülüğü fiilen üstlenmemiştir ve bakıcının sözleşmeden kaynaklı garantörsel yükümlülüğü başlamadığı için, çocuğun yaralanması ya da ölmesinden dolayı çocuğu evde tek başına bırakan ebeveynler sorumlu olacaktır⁵⁷. Garantörlüğün aktarılması da mümkündür. Örneğin dağ rehberinin grubu bir bölgede başka bir rehberle teslim etmesi halinde garantörlük aktarılmıştır. Belirtmek gerekir

⁵² KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 406; ÖZGENÇ; s. 231.

⁵³ HAKERİ; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 149.

⁵⁴ Benzer doğrultuda ÖZTÜRK/ERDEM; s. 208. Yazarlar üstlenmenin, yalnızca bu herhangi bir sözleşmeye dayandığı takdirde önleme yükümlülüğüne dayanak oluşturabileceğini, fiili üstlenmenin tek başına yeterli olmayacağını belirtmişlerdir.

⁵⁵ HAKERİ; “İhmali Suçlar”, s. 158; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 326; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 407; ÖZTÜRK/ERDEM; s. 208.

⁵⁶ HAKERİ; “İhmali Suçlar”, s. 157; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 406.

⁵⁷ Benzer doğrultuda HAKERİ; “İhmali Suçlar”, s. 158.

ki garantörlüğün aktarılması için de yükümlülüğü devralan tarafından fiilen üstlenmenin gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵⁸.

Ceza hukuku bakımından da sözleşme kavramını dar şekilde yorumlamamak gerekir. Özellikle geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme halinde veya sözleşme bir sebeple geçersiz olsa dahi garantörsel yükümlülüğün ceza hukuku anlamında devam ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Örneğin öncelenmiş borca aykırılık⁵⁹ nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz hale gelecektir. Rehberlik hizmetinin bedelinin dönüşte ödeneceği şeklinde gerçekleştirilen bir sözleşmede, bir dağ rehberi tarafından dağın zirvesine götürülen kişi, ödeme yapmayacağını beyan ettiği takdirde dağ rehberi öncelenmiş borç ilişkisine dayanan sözleşmeden dönebilecek⁶⁰ ve sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır⁶¹. Dolayısıyla dağ rehberinin dürüstlük kuralı dışında, özel hukuk bakımından bir yükümlülüğü kalmayacaktır⁶². Buna karşın kişinin dağda tek başına bırakması, özellikle yardım almaksızın dönmesinin mümkün olmadığı hallerde, ceza hukuku bakımından sorumluluğuna sebep olmalıdır⁶³. O halde kurulmuş bir sözleşmenin ve fiili üstlenmenin bulunması halinde, sözleşme ilişkisi sonradan ortadan kalksa dahi garantörlüğün devam edebileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte yok hükmünde olan sözleşmeye dayalı bir garantörsel yükümlülüğün doğmayacağı kanaatindeyiz. Sözleşmenin yokluğu ve geçersizliği birbirinden farklıdır. Yokluk, sözleşmenin kurucu unsurlarının, yani

⁵⁸ **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 150.

⁵⁹ Öncelenmiş borca aykırılık “alacaklının alacağını gereği gibi elde edemeyeceğinin vadeden önce anlaşılması durumu” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin**; “Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Mart-Nisan 2019, s. 889.

⁶⁰ **KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK**; s. 909. Ayrıca bkz. **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 482, 483.

⁶¹ Bkz. **TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 413.

⁶² Dağ rehberi o ana kadar gerçekleştirdiği hizmetle ilgili dürüstlük kuralına dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir. Benzer doğrultuda **SEROZAN, Rona**; Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 318, 319; **BAŞOĞLU, Başak**; “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXVI, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 297.

⁶³ Aksi doğrultuda görüş için bkz. **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 149. Yazara göre üstlenmenin söze muhatap olan kişiden ileri gelen bir eksiklik dolayısıyla sakat olan bir söz ile kurulması halinde yükümlülük yoktur.

karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması halinde gündeme gelecektir⁶⁴. Bu gibi bir durumda kişinin zaten sözleşmesel ilişkiye dayanarak belirli bir tehlike altına girmesi söz konusu olmayacaktır.

Kişiler arasında hukuki bir ilişki olsa dahi bu ilişkinin, tehlikeyi önlemeye yönelik taahhütleri içeriyor olması gerekmektedir. Örneğin ev arkadaşları⁶⁵ veya bir geziye çıkanlar arasında bu nevi bir muhtemel tehlikelere müdahale veya tehlikeleri önleme taahhüdü bulunmuyorsa, bir tehlike karşısında pasif kalınması halinde ihmal suretiyle icrai hareketten de bahsedilemeyecektir. Buna karşın özel bir taahhüt olmasa dahi bazı ilişkiler niteliği gereği tehlikeyi önleme yükümlülüğünü barındırmaktadır. Örneğin dalgıçların eşli (*buddy*) şekilde dalmasının sebebi, su altında bir tehlikenin (tüpün arızalanması, bitmesi, bir yere sıkışmak gibi) varlığı halinde birbirlerine yardım edebilmeleridir⁶⁶. Dolayısıyla bu nevi bir ilişkide tehlikeyi önleme ve müdahale etme yükümlülüğü, ilişkinin temelinde vardır ve ayrıca taahhüt edilmesi gerekmemektedir.

3- Öngelen Tehlikeli Davranış

Öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklı garantörlüğün kaynağı, failin bizzat kendi davranışdır. Fail, önceden gerçekleştirdiği davranışıyla başkalarını tehlikeye maruz bıraktığı için, davranışından kaynaklı tehlikeleri önlemekle yükümlüdür⁶⁷. Bu garantörlük şekli, başkasına zarar verme yasağı (*neminem laede*) ilkesine dayanmaktadır⁶⁸. Örneğin araç sürücüsünün çarptığı yayayı hastaneye götürmeyerek ölümüne sebep olmasında, sürücünün yayaya çarpması öngelen tehlikeli davranıştır. Benzer şekilde yolda açılan ve etrafına gerekli uyarıların koyulmadığı bir çukura düşen kişinin, çukuru açanlar veya uyarıları koyması gerekenler tarafından kurtarılması gerekir. Burada etrafında uyarılar bulunmayan çukurun açılması ya da somut olayın şartlarına göre açılmış çukurun etrafına uyarıların koyulmaması öngelen tehlikeli davranış olarak kabul edilmelidir. Piyasaya sunulan bir ürünün zararlı olduğunun tespit edilmesine rağmen

⁶⁴ SEROZAN; Medeni Hukuk, s. 319; OĞUZMAN/ÖZ; s. 175.

⁶⁵ HAKERİ; İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 143; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 260.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu Donanımlı Dalış Yönetmeliği'nde (10/09/2008 tarihli ve 26993 sayılı Resmi Gazete) dalış eğitmen ve rehberlerinin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna karşın birlikte dalan kişilere ilişkin Yönetmelik hükümlerinde bir yükümlülük yer almamaktadır.

⁶⁷ DEMİRBAŞ; s. 234; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 407.

⁶⁸ HAKERİ; "İhmali Suçlar", s. 160; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 407.

toplattılmaması veya gerekli uyarıların yapılmamasında, tehlikeli ürünün piyasaya sürülmesi öngelen tehlikeli davranıştır⁶⁹.

Öngelen tehlikeli davranış, taksirle gerçekleşebileceği gibi kusursuz şekilde de gerçekleşebilecektir⁷⁰. Örneğin failin araç kullanırken telefonuyla ilgilenmesi sebebiyle yayaya çarpması ve olay yerinde terk etmesi sebebiyle yaya hayatını kaybetmişse, sürücü TCK m. 83'ten dolayı sorumlu olacaktır. Sürücünün yayaya çarpmak biçiminde öngelen tehlikeli davranışını telefona bakması sebebiyle taksirle gerçekleştirdiği kabul edilebilir. Buna karşın sürücü taksiri olmaksızın bir yayaya çarpıp onu olay yerinde ölmesi amacıyla bıraktığı takdirde de yayaya çarpması yine TCK m. 83 bakımından öngelen tehlikeli davranış olarak kabul edilecektir. Benzer şekilde piyasaya sürülen bir ürünün kişiler bakımından tehlikeli olduğunun tespit edilmesine rağmen toplatılmaması halinde, daha sonradan gerçekleşen yaralanma ve ölümler, ihmal suretiyle icrai hareketle gerçekleştirilmiştir. Ürünün piyasaya sunulmasından önce gerekli testlerin yapılmaması halinde sorumluların öngelen tehlikeli hareketleri bakımından taksiri (ya da ürünün niteliğine göre olası kastı) bulunabilir. Buna karşın sorumlular bütün gerekli testleri yaparak objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmamışlarsa, öngelen tehlikeli davranış bakımından taksirleri dahi bulunmamaktadır. Buna karşı ürünün tehlikeliliğinin tespitinden sonra piyasadandan toplatılmaması veya bir uyarıda bulunulmaması, ortaya çıkan neticeler bakımından ihmal suretiyle icrai hareketle öldürme (TCK m. 83) veya yaralama olarak (TCK m. 88) olarak kabul edilmelidir.

Doktrinde öngelen tehlikeli davranışın hukuka aykırı olması gerektiği, hukuka uygun davranıştan dolayı garantörsel yükümlülüğün bulunmadığı belirtilmektedir⁷¹. Buna göre trafikte yayaya çarpan sürücü, bütün kurallara uygun bir sürüş gerçekleştirmekte ise artık öngelen tehlikeli davranışından kaynaklı garantörsel yükümlülüğü bulunmadığı için çarptığı kişiyi ölmesi amacıyla hastaneye götürmediği takdirde ihmal suretiyle kasten öldürmeden sorumlu olmayacaktır. Kanaatimizce öngelen tehlikeli davranışın hukuka uygun olması da mümkündür⁷². Örneğin ormanlık alanda kendisine saldırıyı bacağından vuran kişi, daha sonra yürüyemeyecek durumda olan saldırganı öldürmek amacıyla hastaneye götürmez veya kimseyi durumdan haberdar

⁶⁹ Örnekler bakımından aynı doğrultuda **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 407, 408.

⁷⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 408; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 208.

⁷¹ **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük", s. 471; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 408; **ZAFER**; s. 231, 232.

⁷² Aynı doğrultuda **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 208.

etmez ve saldırganın ölümüne yol açarsa artık ihmal suretiyle kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Burada ilk etapta gerçekleştirilen yaralama eylemi, meşru savunma kapsamında hukuka uygun olsa dahi, sonradan saldırganın ölmesi amacıyla kurtulamayacağı bir yerde bırakılması durumunda kişinin ihmal suretiyle kasten öldürmeden sorumlu tutulması gerekmektedir⁷³. Zira bu nevi bir durumda hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kasten aşılması söz konusu olacaktır.

Özellikle öngelen tehlikeli davranış bakımından tartışılması gereken bir diğer husus birbirini takip eden hareketlerdir. Öngelen tehlikeli davranış da bir suç teşkil edebilecektir. Örneğin yayaya taksirle çarpan kişi onu hastaneye götürmesine rağmen ölüm neticesi gerçekleşmişse taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır. Buna karşın sürücü, çarptığı kişiyi ölmesi amacıyla kasten hastaneye götürmezse ve yaya bu nedenle hayatını kaybederse failin önce taksirli icrai hareketi, sonra da kasten gerçekleştirdiği ihmal suretiyle icrai hareketi söz konusu olacaktır. Bu durumda failin önce taksirli icrai, daha sonra da kasıtlı ihmal suretiyle icrai hareketi söz konusu olacaktır. Kanaatimizce failin hem ilk taksirli hareketinden hem de sonradan gerçekleştirdiği kasıtlı ihmal suretiyle icrai hareketten sorumlu *tutulması ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu nevi bir durumda failin ilk başta gerçekleşen taksirli icrai hareketi hem sonradan gerçekleşen ihmal suretiyle icrai suç bakımından öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklı yükümlülüğünü hem de taksirli suçtan sorumluluğu bakımından dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla burada aynı hareket failin iki kere cezai sorumluluğunun tespitinde etkili olmaktadır. Burada tüketen tüketilen norm kapsamında cezalandırılmayan önceki hareket kurumuna başvurulmalı ve fail yalnızca sonradan gerçekleştirdiği ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olmalıdır⁷⁴.

⁷³ Aksi doğrultuda **ERBAŞ**; Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, s. 472. Yazara göre bu nevi bir durumda fail, TCK m. 98'de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihmal suçunu işlemiş olacaktır. Bazı yazarlar ise bu nevi bir durumda failin yardım ve bildirim yükümlülüğünü ihmal suçundan dahi sorumlu olmayacağını kabul etmektedir. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 408; **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s. 174. Hakeri'ye göre kendini savunan kişinin daha sonra saldırganı yardım etmesini beklemek, ahlaki beklentiyi ceza hukuku alanına taşımak manasına gelecektir. Bununla birlikte kanaatimizce kişinin kendini savunurken yararlandığı meşru savunmanın sınırları, belirli bir zamanın geçmesiyle ortaya çıkacak netice nedeniyle aşılabacağı için buradaki beklenti/gereklilik sadece ahlaki değildir.

⁷⁴ Aynı doğrultuda **ERBAŞ**; “İcrai veya İhmalî Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilir Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 431. *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

Öngelen tehlikeli davranışın kasten gerçekleştirildiği durumlarda ise kasten gerçekleştirilen davranıştan kaynaklı garantörsel yükümlülüğün söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁵. Buna göre kasten gerçekleştirilen eylem sonucunda failin, haksızlığı önleme gibi bir yükümlülüğü bulunmadığına göre sonradan ihmal suretiyle icrai bir hareketi de bulunmayacaktır ve fail, ilk başta kasten gerçekleştirdiği icrai hareketinden dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin hasmı olan kişiye öldürmek amacıyla ateş ederek yaralanmasına sebep olan fail, mağduru sonradan hastaneye götürmese dahi ihmal suretiyle icrai hareketinden değil, ilk etapta gerçekleştirdiği icrai hareketinden sorumlu olacaktır. Bununla birlikte fail, ateş etme hareketini yaralama kastıyla gerçekleştirdiyse, öldürme kastının bulunduğu hareket, mağduru hastaneye götürmemek suretiyle gerçekleştirdiği ihmal suretiyle icrai hareketi olacağı için TCK m. 83'ten sorumlu olmalıdır.

C- Yükümlülüğün Yerine Getirilmesinin Beklenebilir Olması

Haksızlığın oluşmasını önleme yükümlülüğünü yerine getirilmemesi sebebiyle ihmal suretiyle icrai hareketin oluşması için, failin garantörsel yükümlülüğünü yerine getirebilmesi beklenebilir olmalıdır⁷⁶. Eğer garantörsel yükümlülüğün yerine getirilmesi fiilen imkansızsa veya failden beklenemiyorsa ya da yükümlülüğün yerine getirilmesine rağmen haksızlığın önlenmesi mümkün olmayacaksa, önleme yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır⁷⁷. Söz konusu durum *ultra posse nemo obligatur* (kimseden imkansız başarıması beklenemez) prensibine dayanmaktadır. Somut olayda hareketin yapılması bir garantörden beklenemeyecekse veya

⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM; s. 208.

⁷⁶ ERBAŞ; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 52; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; Genel Hükümler, s. 498; CENTEL/ZAFER/ ÇAKMUT; s. 262; ÖZTÜRK/ERDEM; s. 209; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ ÇAKIR; s. 327; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 413. Yargıtay da benzer doğrultuda karar vermektedir. Yargıtay bir kararında “Failin yardım etmeme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, failin kendisini veya bir başkasını tehlikeye sokmadan, olanakları, gücü ve yeteneğiyle orantılı biçimde, hal ve koşullara göre yardım yapmasının mümkün olduğunun tespitine bağlıdır. Yardım yapmanın mümkün olduğu sonucuna varıldığında, bu yardımın biçimi ve kapsamı, somut olayın özelliklerine göre, bu bağlamda failin kişisel ve fiziksel özellikleri ile deneyimi, bilgisi, sahip olduğu araçlar, tehlikenin boyutu, ayrıca ani gelişen olaylarda failin şoka girip girmediği de gözetildikten sonra mahkemece takdir edilecektir” (Yarg. 4. CD., E. 2014/34362, K. 2015/40853, Tarih: 25/12/2015) şeklinde hüküm kurarak yükümlülüğün yerine getirilmesinin beklenebilir olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

⁷⁷ ÖZTÜRK/ERDEM; s. 210.

yükümlülüğün yerine getirilmesi fiilen imkansız ise, yükümlülük ortadan kalkacak ve fail yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle sorumlu olmayacaktır⁷⁸. Örneğin bir cankurtaranın boğulmakta olan kişiyi kurtarma yükümlülüğü varken, boğulmakta olan kişinin yakınlarında köpekbalıklarının bulunması halinde cankurtarandan yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenemeyecektir. Zira kişiden kendi yaşamını tehlikeye atarak başkasını kurtarması istenemez.

Yükümlülüğün yerine getirilmesinin beklenebilir olmasının hukuksal niteliği de tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş söz konusu şartı failin kusurluluğu çerçevesinde değerlendirmiştir⁷⁹. Buna karşın kanaatimizce yükümlülüğün yerine getirilme imkanı tipiklikle ilgilidir⁸⁰. Zira yükümlülüğün varlığından bahsedilebilmesi, yükümlülüğün yerine getirilebilmesinin beklenebilir olmasına bağlıdır. Yükümlülük de failin eyleminin hangi suç tipi kapsamında değerlendirileceğinin belirlenmesi bakımından etkili olduğu için tipiklikle ilgilidir. Örneğin yolda araba çarpmış bir yaralıya yardım edilmemesi sonucu ölmesi durumunda TCK m. 98'de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu oluşacaktır. Ayrıca ölüm neticesi doğduğu için TCK m. 98/f. 2 hükmü uygulanacaktır. Buna karşın yoldaki yaralıya çarpmış olan kişi, yaralıya ölmesi amacıyla müdahale etmezse, öngelen tehlikeli hareketinden kaynaklı yükümlülüğü olduğu için, burada artık TCK m. 98/f. 2 hükmünden değil, ihmal suretiyle kasten öldürmenin düzenlendiği TCK m. 83 hükmünden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır.

III- İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı

İhmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi ihmal suretiyle icrai hareketin temel yasal dayanağı olan TCK m. 83'ün, genel hükümler arasında değil, özel hükümler arasında düzenlenmiş olmasıdır. Bunun yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde bazı suç tiplerinin ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceği özel olarak

⁷⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 413.

⁷⁹ ÖZGENÇ; s. 234; KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 414.

⁸⁰ Aynı doğrultuda ÖZTÜRK/ERDEM; s. 211, 212; ERBAŞ; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 157. Erbaş ayrıca isabetli bir biçimde kusurlulukla ilişkili olarak beklenebilir olma kriterinin, failin objektif olarak hareket imkanı olduğunu ancak imkanını subjektif nedenlerle kullanmadığını; buna karşın ihmal suretiyle icrai hareket bakımından objektif bir hareket edebilme (haksızlığı önleyebilme) imkanının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ERBAŞ; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 53.

düzenlenmiştir. İhmal suretiyle kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK m. 83'ün yanı sıra TCK m. 88 (ihmal suretiyle kasten yaralama) ve TCK m. 94/5 (ihmal suretiyle işkence) hükümlerinde, kasten yaralama ve işkence suçlarının ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceği düzenlenmiştir⁸¹. Ayrıca 6831 sayılı Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmünde de yangın yerine yardım göndermeme fiilinin ihmal suretiyle icrai hareketle gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 170'de düzenlenen genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun oluşacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle bir görüş ihmal suretiyle icrai hareketle bir suçun işlenebilmesi için kanunda özel olarak düzenlenmesi gerektiği yönündedir. Bizim de savunduğumuz diğer bir görüş ise ihmal suretiyle icrai hareketin, hareketin bir şekli olduğu ve icrai hareketle işlenebilecek suçların, şartları olduğu takdirde ihmal suretiyle icrai hareketle de işlenebileceği yönündedir.

A- Sınırlı Sayıda Olduğu Yönünde Görüşler

Doktrinde baskın görüş Türk ceza hukukunda ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu yönündedir. Bu görüşü benimseyen yazarlar genel olarak, Türk Ceza Kanunu'nda ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin genel hükümlerde bir düzenleme bulunmaması ve kanun koyucunun iradesinin ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğuna dayanmaktadır.

1- Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerinde İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Düzenlenmemiş Olması

İhmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğunu ileri süren yazarlar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler başlıklı birinci kitabında ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin genel bir düzenleme bulunmamasına dayanmaktadır. Doktrindeki baskın görüş, Türk Ceza Kanunu'nda ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin genel

⁸¹ Doktrinde TCK m. 251'de düzenlenen denetim görevinin ihmali suçunun da ihmal suretiyle işlenmesinin özel olarak düzenlendiği ileri sürülmüştür. Bkz. **AKBULUT, Berrin**; s. 243. Kanaatimizce maddenin birinci fıkrası, Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin, eylem üzerinde fiili hakimiyeti olmaksızın müşterek fail olarak cezalandırılmasına; ikinci fıkrası ise denetim görevinin ihmal edilmemesine yöneliktir. Bu kapsamda birinci fıkra özel bir iştirak düzenlemesi iken, ikinci fıkradaki suç tipi bir emir normu teşkil etmekte ve saf ihmali hareketle işlenebilecek bir suç ihdas etmektedir.

hüküm⁸² bulunmadığı için bütün suçların ihmal suretiyle icrai hareketle işlenmesinin mümkün olmadığı, aksi bir kabulün kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağı yönündedir⁸³.

Nitekim Alman Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch*, “StGB”) m. 13’te⁸⁴ suçun ihmal suretiyle icrası genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Örneğin Fransız ceza hukukunda da ihmal suretiyle icrai hareketlere ilişkin genel bir düzenleme bulunmamakta ve suçun ihmal suretiyle icrai şekilde işlendiğinin kabulü için özel bir düzenleme bulunması gerektiği belirtilmektedir⁸⁵. Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kabahatin İhmali Davranışla İşlenmesi” başlıklı 7. maddesinde kabahatlerin ihmali davranışlarla da işlenebileceği, ancak bunun için kişinin belli bir icrai davranışta bulunma yönünde hukuki yükümlülüğünün bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Halbuki benzer bir düzenlemeye Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri arasında yer verilmemiştir. İhmal yoluyla bir fiilin gerçekleştirildiği yönündeki düzenlemelerin, ceza sorumluluğunu

⁸² Belirtmek gerekir ki genel hükümlerde yer alacak bir düzenlemenin de kanunilik ilkesi bakımından bütün sakıncaları gidermeyeceği de savunulmaktadır. Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 168; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 398. Alman hukukunda StGB m. 13 ile ilgili benzer tartışmalar için bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 166 vd.; **HAKERİ**; İhmal Kavramı ve İhmali Suçlar Çeşitleri, s. 200 vd. Benzer tartışmalar İspanyol ceza hukuku bakımından gündeme gelmiştir. Bkz. **SILVA SANCHEZ**; s. 456.

⁸³ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 324; **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 212; **ZAFER**; s. 229; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**; s. 758; **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; s. 713; **YILDIZ, Ali Kemal**; Çevrenin Kasten Kirletilmesi, Özel Ceza Hukuku, Cilt: V, Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 203; **YILMAZ**; s. 124; **KANGAL, Zeynel**; Dolandırıcılık, Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 258; **SÖZÜER, Adem**; Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s. 17; **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 172.

⁸⁴ **StGB m. 13 – İhmal Suretiyle İcra:**

“(1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukukî yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır.

(2) Ceza, 49 uncu maddenin birinci fıkrası gereği indirilebilir.”

Madde metninin çevirisi için bkz. **YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried**; Alman Ceza Kanunu *Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 15, 16.

⁸⁵ Bkz. **AKYÜREK**; s. 148. Fransız ceza hukuku bakımından ayrıca ihmalin ayrıca cezalandırılması konusunda çekinceler bulunduğu ve genellikle ihmalin, taksirin içinde eritilmesi yoluna gidildiği de belirtilmektedir. Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 152, 153.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

genişleteceği ve özel bir düzenleme olmaksızın böyle bir fiilin cezalandırılmasının ceza kanunlarının güvence işlevine aykırı olduğu da belirtilmiştir⁸⁶.

Bunun yanı sıra bazı suç tiplerinin özel olarak ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceğinin öngörülmesine karşın, bazı suçlar bakımından bu nevi bir belirlemede bulunulmamıştır. Buna göre yalnızca ihmal suretiyle kasten öldürme (TCK m. 83), ihmal suretiyle kasten yaralama (TCK m. 88) ve ihmal suretiyle kasten işkence (TCK m. 94/f. 5) ve yangın yerine yardım göndermeme (Orman Kanunu m. 105/f. 2) suçlarının ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceği ileri sürülmektedir. Bunların dışında kalan suçların ihmal suretiyle icrai hareketle işlenmesi mümkün değildir.

2- Kanun Koyucunun İradesi (6831 sayılı Orman Kanunu'nun 105. Maddesinin 2. Fıkrasına İlişkin Değişiklik)

Bir kısım yazarlar görüşlerini kanun koyucunun ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda düzenlediğini, iradesinin bu yönde olduğuna dayandırmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, 6831 sayılı Orman Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklik, kanun koyucu tarafından ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda kabul edildiğini göstermektedir.

Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmü, 5728 sayılı Kanun'un 212. maddesi ile değiştirilerek ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek bir suç ihdas edilmiştir. Buna karşın kanun koyucu 2008 yılında gerçekleştirdiği değişiklikle, Türk Ceza Kanunu'ndaki genel hükümlere ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin bir madde eklememiştir. Özel kanundaki değişiklikle ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek bir suç ihdas edilmesine rağmen, Türk Ceza Kanunu genel hükümlerde bir değişiklik yapılmaması sebebiyle, bazı yazarlar kanun koyucu tarafından da ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda kabul edildiğini ileri sürmüştür⁸⁷.

⁸⁶ **ÖZTÜRK/ERDEM**; s. 212.

⁸⁷ **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 177; **AKYÜREK**; s. 148. Belirtmek gerekir ki Hakeri, kitabının önceki baskılarında ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olmadığını kabul ederken, 5728 sayılı Kanun değişikliği sebebiyle görüş değiştirerek, ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu görüşünü benimsediğini belirtmiştir. Nitekim Hakeri önceki tarihli bir başka çalışmasında da ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olmadığını "Kanunun hazırlanışı da göz önünde bulundurulduğunda ve ülkemizde garantörsel ihmalî suçlara ilişkin önceki kanun dönemindeki uygulamanın neredeyse hiç olmadığı da düşünüldüğünde, kanun koyucunun, bu suçlara ilişkin açık bir düzenleme ile uygulamayı başlatmak istediği, ancak amacının diğer suçlar bakımından bir engelleme olmadığını

B- Sınırlı Sayıda Olmadığı Yönündeki Görüşler

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş, ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olmadığı, icrai hareketle işlenebilecek olan her suçun, teorik olarak ihmal suretiyle icrai hareketle de işlenebileceği yönündedir.⁸⁸ Zira ihmal suretiyle icra, hareketin görünüm şekillerinden biridir. Bu nedenle bir hareket nasıl icrai şekilde gerçekleşebiliyorsa, ihmal suretiyle icrai şekilde de gerçekleştirilebilecektir. Yargıtay'ın görüşü de benzer doğrultudadır. Yargıtay'ın TCK m. 157'de düzenlenen dolandırıcılık suçunun⁸⁹, TCK m. 181'de düzenlenen çevreyi kasten kirletme suçunun⁹⁰ ve

söylenilebileceği kanaatindeyim. Aksi düşünce tarzı, diğer suçlar bakımından garantörsel ihmali suç uygulamasını da kapatacağından, kanımca savunulamaz" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. **HAKERİ**; "İhmali Suçlar", s. 169.

⁸⁸ **BAYRAKTAR/ERMAN**; s. 349; **AKBULUT, Berrin**; s. 249; **İÇEL**; s. 278, 279; **KANBUR**; s. 64, 65; **AKBULUT, Emre**; s. 191.

⁸⁹ "... Bankası'ndan aldığı yaşlılık ve muhtaçlık maaşını, annesinin ölümünü gizleyip, ilgili kurumlara bildirmeden almaya devam etmek suretiyle haksız menfaat temin ettiğinin iddia ve kabul olunması, sanığın ise, sonradan inkar etse de soruşturma esnasında müdafii eşliğinde, sadece bir kez cenaze giderleri için annesinin maaşını çektiğini, vekaletname istenmediğini savunup, banka görevlisi tanık Murat'ın kısmen sanığı doğrular mahiyette, yöresel adetler gereği kadınların yüzlerini peçe ile kapatmaları, iş yoğunluğunun fazla olması nedeniyle kişilerin mühürleri ve parmak izleri alınmak suretiyle gerçek hak sahibi olup olmadıklarını tespit edemeden ödemede bulduklarını ifade etmesi karşısında şüphenin sanık aleyhine yorumlanamayacağı, ihtimallere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin kuşkuya neden olmayacak surette belirlenebilmesi açısından, o tarihte bankada görevli ve ödemede bulunan görevliler belirlenerek, iş yoğunluğu nedeniyle kişilere kimlik tespiti yapılmadan ödeme yapılıp yapılmadığı, mühür ve parmak izlerinin huzurlarında alınıp alınmadığı sorulup, sanığın tek başına annesinin ölümünü gizlemekten ibaret eyleminin hile olarak kabul edilemeyeceği gö-zetilerek tüm deliller toplandıktan sonra banka görevlilerinin yoğunluk nedeniyle herhangi bir aldatıcı davranış ya da belgeyle karşılaşmadan ve yeterli özeni göstermeden hesap sahibi dışında bir kişiye ödeme yapması halinde ne şekilde hileli davranışlarla aldatıldığı açıklanıp, tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması," (Yarg. 11. CD., E. 2009/16131, K. 2010/7284, Tarih: 24/06/2010, www.lexpera.com.tr). Belirtmek gerekir ki söz konusu kararla ilgili Özbek, Doğan Bacaksız ve Tepe, kararın dolandırıcılık suçunun ihmal suretiyle işlenmesiyle ilgili olduğunu şu şekilde vurgulamışlardır: "Yargıtay özellikle vefat eden yakınların yaşlılık ve emeklilik aylıklarının bankadan alınması olaylarında ölüm olayının gizlenmesinin tek başına hileli davranış olarak kabul edilip edilmeyeceğinin araştırılarak hükümde açıklanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu tür olaylarda sanığın yakınının ölümünü resmi makamlara bildirme zorunluluğu olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapmak gerekir". Bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**; Özel Hükümler, s. 713.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

TCK m. 309'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun⁹¹ ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceğine dair kararları mevcuttur.

İhmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olmadığı yönündeki görüşümüzü açıklarken, aynı zamanda sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüşlere neden katılmadığımızı da belirteceğiz. Bu bağlamda ihmal suretiyle icrai hareket ile kanunilik ilkesi arasındaki ilişkiye, özel hükümlerde ihmal suretiyle işlenebileceği özel olarak düzenlenen suçlara ve Orman Kanunu'ndaki değişiklik ile kanun koyucunun iradesi arasındaki ilişkiye de değinilecektir. Ayrıca ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüş taksirli suçlar bakımından da ayrıca değerlendirilecektir.

⁹⁰ “Türk Ceza Kanununun 181. maddesinin birinci fıkrasında suç olarak düzenlenen atık veya artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi fiili, kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak, çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların alıcı ortamlar olan toprak, su ve havaya kasten verilmesidir. Buna göre suç, atık veya artıkların teknik usullere aykırı olarak bir defa alıcı ortama verilmesiyle oluşacaktır (...) Yargılama konusu olayda atıklar alıcı ortam olan toprağa yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce bırakılmış, ancak atık dolu variller ihbar üzerine 27.03.2006 tarihi ve sonrasında gerçekleştirilen kazı çalışmaları sırasında bulunmuştur. Atıkların variller içinde toprağa gömülmesi eylemi icraî niteliktedir. Gerçekleştirildiği tarihte yasal düzenleme bulunmadığı için bu eylemin suç oluşturmayacağı düşünülebilir ise de, yasal düzenlemenin gerçekleştirilip eylemin suç olarak düzenlenmesinden sonra failler bakımından, Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, eylemlerinden doğabilecek tehlikeyi veya zararlı neticeyi engelleme yükümlülüğü doğmuştur. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen sanıkların bu ihmali davranışlarıyla çevre bakımından doğan tehlike olasılığının devamına neden oldukları, bir başka deyişle icraî davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemeleri nedeniyle kusurlu buldukları açıktır (...) Atığın Kanun'un 181/4. madde ve fıkrasında öngörülen atıklardan olması halinde ise, anılan fıkranın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ve sanıkların eylemlerinden kaynaklanabilecek tehlikeyi veya zararlı neticeyi önleme yükümlülüklerinin bu tarih itibarıyla doğması karşısında, bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen, başka bir deyişle bu tarih itibarıyla ihmal suretiyle icraî eylemde bulunan sanıkların suçtan sorumlu tutulması gerekecektir.” (Yarg. 4. CD., E. 2013/23903, K. 2014/35886, Tarih: 08/12/2014, www.lexpera.com.tr).

⁹¹ “Türk Ceza Kanununun 309 maddesi nde yer alan amaçları gerçekleştirmeye yönelik araç fiil, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli olmak kaydıyla icraî suç niteliğinde olabileceği gibi ihmali suç niteliğinde de olabilir ..(Eren Toroslu, Özel Hükümler, s 73 Soyaslan Özel Hükümler, s 582 Akdoğan s 25 Akbulut s 135 Vural Mollamahmutogulları Türk Ceza Kanunu Yorumu s 1775 Hafizoğulları TCK madde 302 s 561 Yard Doç Namık Kemal Topçu, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, S 91) Ancak, ihmali fiillerle bu suçun işlenebilmesi sanığın gerçekleştirilmekte olan icraî fiiller yönünden görevi gereği önleme yükümlülüğünün mevcudiyetine başka bir deyişle garantör sıfatının bulunmasına bağlıdır.” (Yarg. 16. CD., E. 2019/521, K. 2019/4769, Tarih: 05/07/2019 Yarg. 16. CD., E. 2017/1443, K. 2017/4758, Tarih: 14/07/2017, kararlara ulaşmak için www.lexpera.com.tr).

1- İhmal Suretiyle İcrai Hareketle İşlenebilecek Suçların Sınırlı Sayıda Olmadığı Yönündeki Görüşün Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ihmal suretiyle icrai hareket, hareketin bir görünümüdür. Dolayısıyla icrai hareketle işlenebilecek bir suçun, ihmal suretiyle icrai hareketle işlenmesi de mümkündür⁹² ⁹³. Buna karşın doktrinde ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin genel hükümlerde bir düzenleme bulunmadığı için, kanun koyucu tarafından özel olarak öngörülmediği takdirde suçun ihmal suretiyle işlenebileceğinin kabulünün kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Halbuki 765 sayılı Kanun döneminde de ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin bir düzenleme

⁹² Aynı doğrultuda **BAYRAKTAR/ERMAN**; s. 349; **AKBULUT, Berrin**; s. 249; **DÜLGER, Volkan**; “Telekomünikasyon Yoluyla Tüketicinin Dolandırılması”, 15. Türkiye - İsviçre Hukuk Günleri: Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 87; **TOPÇU, Namık Kemal**; Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 91.

⁹³ Belirtmek gerekir ki fiilin belirlenmesinde hareketi esas alan görüş çerçevesinde, bu görüş eleştirilmektedir. Erbaş, hareket yerine fiil kavramını kullanarak bu görüşe karşı şu eleştiriyi gerçekleştirmiştir: “(...) Bu görüşün bu şekilde ‘fiil’ kavramını TCK’nın hangi genel hükümüne dayandığı anlaşılamamaktadır. Keza somut bir maddeden de numarasıyla bahsetmemektedir. Oysa ETCK’nın genel hükümlerinde örneğin ‘Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler’ başlığında da olsa 45. maddesinde fiil, yapmak ve yapmamak olarak geçmekteydi. Bu da öğretilerdeki fiil kavramının icra ve ihmali kapsayacak biçimde anlaşılmasıyla uyum içinde idi. Bu şekilde icrai davranışla da işlenebilen suçlar olarak ‘ihmal suretiyle icra suçların’ temellendirilmesinde mesele ile karşılaşılmamakta idi.” Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 146. Kanaatimizce fiil, yalnızca hareket olarak anlaşılmalıdır. Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda fiilin hareketle özdeş olduğu anlayışının mevcut olduğu ifade edilmekteyse de (Bkz. **ÖZGENÇ**; s. 184) bunun Kanun metninin bütünü için geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Örneğin TCK m. 8’de “Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır” şeklindeki düzenlemeyle netice ile fiil kavramları birbirlerinden ayrı şekilde kullanılmıştır. Buna karşın TCK m. 22’de düzenlenen taksir maddesinde fiilin hareket ve neticeyi kapsadığı görülebilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında “taksirle işlenen fiiller”, üçüncü fıkrasında ise “taksirle işlenen suç” ibareleri kullanılmıştır. Görüldüğü üzere TCK m. 22’de fiil ve suç terimleri özdeş olarak kullanılmıştır. Taksirle işlenen neticesi hareketten ayrı suçlar bakımından, fiilin suç terimiyle özdeş şekilde kullanılması, aslında fiilin neticeyi de kapsar biçimde kullanıldığını göstermektedir. Dolayısıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda fiil kavramının bazen hareket bazen de hareketin yanı sıra netice karşılığında kullanıldığı görülebilmektedir.

bulunmamaktaydı⁹⁴ ve suçların ihmal suretiyle icrai hareketle de işlenebileceği kabul edilmekteydi. Yine Alman Ceza Kanunu'nda da StGB m. 13 düzenlemesi yapılmadan önce, ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin genel hükümlerde bir düzenleme bulunmamasına rağmen, suçların ihmal suretiyle işlenebileceği kabul edilmekteydi⁹⁵.

Kanunilik ilkesi gereği suçun ve cezasının kanunda açıkça tanımlanması gerekmektedir. Buna karşın hareketin nasıl gerçekleşeceğinin özel olarak tanımlanması, kanunilik ilkesi bakımından her durumda bir zorunluluk arz etmemektedir. Gerçekten de serbest hareketli suçlar olarak tanımlanan bazı suç tiplerinde, suçun kanuni tanımında, hareket bakımından özel bir tarife yer verilmediği görülmektedir⁹⁶. O halde hareketin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin özel bir tanım verilmesi, her durumda kanunilik ilkesi kapsamında yer almamaktadır. İşte hareketin nasıl gerçekleşmesi gerektiği yönünde özel bir tarife yer verilmeyen serbest hareketli suçlarda, hareketin icrai şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi ihmal suretiyle icrai şekilde gerçekleştirilmesi de mümkündür⁹⁷. Bu açıdan güvence fonksiyonunu⁹⁸ reddetmemekle birlikte, hareketin ihmal suretiyle icrai şekilde gerçekleşebileceğinin, suçun kanuni tanımında özel olarak yer almasının kanunilik ilkesinin bir gereği olmadığını düşünüyörüz.

2- Suç Tiplerinin Özel Olarak Düzenlenmiş Olması

İhmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüşün bir diğer dayanağı, özel hükümlerde yalnızca bazı suçların ihmal suretiyle işlenebileceğinin öngörülmesidir. Buna göre yalnızca ihmal suretiyle kasten öldürme (TCK m. 83), ihmal suretiyle kasten

⁹⁴ **BAYRAKTAR/ERMAN**; s. 349.

⁹⁵ Bu konuyla ilgili bkz. **KANBUR**; s. 43; **AKBULUT, Berrin**; s. 245. Akbulut'un atıf yaptığı Jescheck ve Weigend, StGB m. 13'ün ihdasından önce ihmal suretiyle işlenen suçların doktrinde zorlukla açıklanabildiği ve yargı içtihatlarıyla da açıkça ortaya koyulamamış olduğunu vurgulamışlardır. Bkz. **JESCHECK/WEIGEND**; s. 608, 609. Akbulut bu ifadeleri haklı olarak StGB m. 13'ün yürürlüğe girmesinden önce de suçların ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebildiği şeklinde yorumlamıştır.

⁹⁶ **ÖZGENÇ**; s. 178; **DEMİRBAŞ**; s. 228; **ZAFER**; s. 199; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**; s. 329; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 123.

⁹⁷ **ÖZGENÇ**; s. 229.

⁹⁸ Özel hükümlerde ihmal suretiyle işlenebilecek suçların tek tek düzenlenmesi ve garantörlüğün kaynaklarının kanuni düzenlemede gösterilmesinin, kanunilik ilkesiyle bağlantılı olarak bir güvence fonksiyonu olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 177. Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. **JESCHECK/WEIGEND**; s. 608 vd.

yaralama (TCK m. 88) ve ihmal suretiyle kasten işkence (TCK m. 94/f. 5) ve yangın yerine yardım göndermeme (Orman Kanunu m. 105/f. 2) suçlarının ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceği ileri sürülmektedir. Halbuki söz konusu düzenlemelerle ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçlar sayı itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Kanaatimizce bu düzenlemelerin aşağıda da değinileceği üzere işlevleri farklıdır.

İhmal suretiyle kasten öldürmenin düzenlendiği TCK m. 83/f. 3 ve ihmal suretiyle kasten yaralamanın düzenlendiği TCK m. 88’de takdiri bir indirim sebebi düzenlenmiştir. Dolayısıyla gerek TCK m. 83’ün gerekse TCK m. 88’in düzenlenme sebebi, hakime cezada indirim yapabilme olanağı verilmek istenmesidir⁹⁹. İlgili hükümlerle takdiri indirim öngörülmesi, cezanın belirlenmesine ilişkin TCK m. 61 hükmündeki a (suçun işleniş biçimi) ve f (failin kastına ve taksire dayalı kusurunun ağırlığı) bentlerindeki kriterlerin, ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin bir uzantısı olarak düşünülebilir.

TCK m. 94/f. 5 hükmünde ise işkencenin de ihmal suretiyle işlenebileceği belirtilmiş ve herhangi bir takdiri indirim öngörülmemiştir. Dolayısıyla takdiri bir indirim öngörülmemesine rağmen işkence suçunda bu nevi bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi üzerinde ayrıca durulmalıdır. Doktrinde işkence suçunun ihmal suretiyle işlenebileceğinin özel olarak düzenlenmesiyle, kanun koyucunun herhangi bir karışıklığın önlenmeyi ve bu önemli suçun cezasız kalmaması için uygulamacıya bir mesaj vermeyi amaçladığı belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu görüşe katılmakla birlikte burada aynı zamanda lehe kıyasın önlenmesi amacının da mevcut olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten doktrinde tartışmalı olmakla birlikte lehe kıyas bazı yazarlarca kabul edilmektedir¹⁰¹. İşte yaralama suçuyla aralarında bileşik suç ilişkisi olan işkence suçu bakımından TCK m. 88’de öngörülen takdiri indirimin lehe kıyas yoluyla uygulanmasının önüne geçilmiştir.

⁹⁹ Belirtmek gerekir ki bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle ihmalin, icraya eşdeğer sayılmasına rağmen bu nevi bir takdiri indirimin öngörülmesi eleştiriye açıktır. Ashworth ihmali hareketle ilgili indirimi şu şekilde nitelemiştir: “İhmal genellikle icraya nazaran daha az kınanabilir. Katillere ve “kurtarmayanlar”a farklı şekillerde tepki göstermeye meyilliyizdir”. Bkz. **ASHWORTH**; s. 31.

¹⁰⁰ **BAYRAKTAR/ERMAN**; s. 349.

¹⁰¹ **İÇEL**; s. 110; **BAYTAZ, Batuhan**; Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 14, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 372, 373; **KEÇELİOĞLU, Elvan**; “Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, Sayı 11, Ekim 2012, s. 97.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

Doktrinde ayrıca kanun koyucunun en sık ve yoğun şekilde ihmal suretiyle işlenen suçlarla ilgili özel düzenlemeye gittiği de belirtilmiştir¹⁰².

Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmünün işlevi ise yangın yerine yardım göndermeyen yetkililerin TCK m. 170’te düzenlenen genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçundan dolayı sorumlu olmalarını sağlamaktadır. Orman Kanunu m. 105/f. 2, 5728 sayılı Kanun’un 212. maddesi ile değiştirilerek ikinci fıkrası “*Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır*” şeklinde kaleme alınmıştır. Aslında ilgili hükümlerle ihmal suretiyle işlenebilecek yeni bir suç ihdas edilmemekte, TCK m. 170’te düzenlenen genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçuna atıf yapılmaktadır. Bir diğer ifadeyle Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmünde aslında, ihmal suretiyle işlenebileceği özel olarak düzenlenmemiş olan genel güvenliğin kasten tehlikeye düşürülmesi suçunun ihmal suretiyle de işlenebileceği açığa kavuşturulmuştur. Kanun koyucu icrai hareketle işlenebilecek suçları sınırlı sayıda kabul etseydi, icrai hareketle işlenmesi öngörülen suçun, ihmal suretiyle işlenmesi halini Orman Kanunu m. 105/f. 2’de düzenlemezdi. Zira TCK m. 170, kanun koyucu nezdinde yalnızca icrai hareketle işlenebilecek suç olsaydı, ihmal suretiyle icrai hareketle ilişkili bir suç düzenlenmesinde bu hükmün tamamına değil, yalnızca yaptırım kısmına atıf yapılırdı. Örneğin TCK m. 209/f. 2 hükmünde belgede sahtecilik suçuna yapılan atıf, Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmünde yapılan atıftan farklıdır. Açığa imzanın kötüye kullanılması hükmünün düzenlendiği TCK m. 209 hükmünün ikinci fıkrası “*İmzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıdı hukuka aykırı olarak ele geçirip veya elde bulundurup da hukuki sonuç doğuracak şekilde dolduran kişi, belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada Orman Kanunu m. 105/f. 2’dekine benzer bir atıf yapsaydı, TCK m. 209/f. 2’nin sonu “*belgede sahtecilik suçunu işlemek dolayısıyla cezalandırılır*” şeklinde kaleme alınırdı. Halbuki TCK m. 209/f. 2’de düzenlenen eylemi gerçekleştiren kişi, belgede sahtecilik suçunu değil, açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu işlemiş kabul edilmektedir. Ancak cezası belgede sahtecilik suçuna göre belirlenmektedir. Halbuki Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmünde, yangın yerine yardım göndermeyen yetkililerin, TCK m. 170’e göre cezalandırılacakları değil, TCK m. 170’deki suçu işlemiş olacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu Orman

¹⁰² KANBUR; s. 65.

Kanunu m. 105/f. 2'deki düzenlemesiyle aslında icrai hareketle işlenebilecek olan suçun, ihmal suretiyle de işlenmesinin mümkün olduğu ön kabulüyle, suç düzenlemesinin yaptırım kısmına değil, hükmün tamamına atıf yapmıştır.

3- Orman Kanunu'ndaki Değişiklik ve Kanun Koyucunun İradesi

Orman Kanunu m. 105/f. 2 hükmü, 5728 sayılı Kanun'un 212. maddesi ile değiştirilerek yangın yerine yardım göndermeyen yetkililerin ihmal suretiyle icrai hareketle TCK m. 170'de düzenlenen suçu işledikleri belirlenmiştir. Doktrinde 2008 yılında gerçekleştirilen değişiklikte özel kanunda ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek bir suç ihdas edilmesine rağmen, Türk Ceza Kanunu genel hükümlerde bir değişiklik yapılmaması, kanun koyucu tarafından da ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olarak kabul edildiği ileri sürülmüştür.

Yukarıda da açıkladığımız üzere kanaatimizce burada yeni bir suç ihdas edilmemiştir. Buna karşın söz konu değişiklik, yazarların belirttiği doğrultuda olsa dahi, söz konusu kanun değişikliği kanun koyucunun konumuzla ilgili iradesini tespit bakımından elverişli değildir. Gerçekten de 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun aslında TCK m. 5 paralelinde, özel ceza kanunları ile ceza içeren özel kanunlar ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasındaki uyumluluğunun sağlanması amacıyla ihdas edilmiştir¹⁰³. Dolayısıyla özel ceza kanunları ve ceza içeren özel kanunlarda, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri ile çelişen maddelerin değiştirilmesinin amaçlandığı 5728 sayılı Kanun, toplam 580 maddeden oluşmaktadır ve bu maddelerin hiçbirisiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hiçbir hükmünü etkilemeyen bir yasa değişikliği, kanun

¹⁰³ TCK m. 5'in temel amacı, özel kanunlarda ceza hukukunun temel prensipleriyle çelişen hükümlerin düzenlenmesini engelleyerek, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların ortaya çıkmasını ve temel ilkelerin dolanılmasını önlemektir. Kanun koyucu 23/01/2008 tarihinde, 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile uyumu sağlamaya yönelik olarak 153 adet Kanunda değişiklik yapmıştır. Dolayısıyla 5728 sayılı Kanun'un amacı aslında TCK m. 5 ile paralel olarak, Türk Ceza Kanunu'nu değil; Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri ile çelişen özel ceza kanunlarını ve ceza içeren özel kanunları değiştirmektir. Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. **TÜRAY, Aras**; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 1730 – 1743.

koyucunun iradesinin ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu şeklinde yorumlanması bakımından elverişli değildir.

Kanun koyucunun iradesinin tespiti için dolandırıcılık suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK m. 157 hükmünün gerekçesinin dikkate alınması gerekmektedir. Madde gerekçesinin ilgili kısmı “*Çok hareketli suç görüntüsü taşıyan dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından birden fazla fiilin gerçekleşmesi gerekmektedir Bu hareketlerden birincisini hile oluşturmaktadır Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmalî davranışla da gerçekleştirilebilir Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir*” şeklindedir. Doktrinde gerekçeden yola çıkan yazarlar da dolandırıcılık suçunun ihmal suretiyle işlenebileceği görüşündedir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere ihmal suretiyle işlenebileceği özel olarak düzenlenmemiş olan dolandırıcılık suçunun ihmal suretiyle de işlenebileceği hükmün gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Gerekçe bağlayıcı olmamasına karşın¹⁰⁵ kanun koyucunun iradesini göstermesi bakımından önemlidir. Yukarıda aktarılan gerekçeden yola çıkıldığı takdirde de kanun koyucunun ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçları sınırlı sayıda kabul etmediği sonucuna ulaşılabilir.

4- Taksirli Suçlar

İhmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olup olmadığı konusundaki tartışmanın en önemli noktalarından birisi de taksirle işlenen suçlarla ilişkilidir. Doktrinde ihmal suretiyle icrai hareketle işlenen

¹⁰⁴ DÜLGER; s. 87; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 692, 693. Belirtmek gerekir yazarlar genel hükümler kitaplarında ihmal suretiyle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ; Genel Hükümler, s. 398. Centel, Zafer ve Çakmut, dolandırıcılık suçunun ihmal suretiyle işlenebileceği görüşünü benimsemekle birlikte, genel hükümlerde ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin bir hüküm bulunmaması sebebiyle, Kanunda açıkça düzenlenmesi yoluna gidilmeyen suçların ihmalle işlenmesi halinin cezalandırılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 505.

¹⁰⁵ Dolandırıcılık suçunun, ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceğinin kanunda açıkça düzenlenmesi gereken yerin gerekçe değil, kanun metni olduğu, bu nedenle hileli davranışın ihmal suretiyle gerçekleştirilmesinin kanunilik ilkesiyle çelişeceği yönünde karşı görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s. 758; KANGAL; s. 258; ÖZTÜRK/ERDEM; s. 2013.

suçların sınırlı sayıda olduğunun kabul edilmesi halinde, taksirli suçların (özellikle yaralama ve öldürme) ihmal suretiyle işlendiği takdirde cezalandırılmayacakları vurgulanmaktadır¹⁰⁶. Zira bu nevi bir kabulde ihmal suretiyle icrai hareketle yalnızca kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yangın yerine yardım göndermeme suçları cezalandırılabilir. Buna karşın ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olduğunu savunan bazı yazarlar, TCK m. 22'de düzenlenen taksirin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık unsurunu içeren tanımı gereği, taksirli suçların da gerek icrai gerekse ihmal suretiyle işlenebileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁷.

Kanaatimizce ihmal suretiyle icrai hareketle işlenen suçların sınırlı sayıda olduğu kabul edildiği takdirde, ihmal suretiyle işlenebileceği özel olarak düzenlenmeyen taksirli suçların ihmal suretiyle işlenemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu görüşümüzü, taksirdeki dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörlüğün kaynağını oluşturan yükümlülüğün suçun unsurlarındaki konumları ve nitelikleri bakımından birbirlerinden farklı olmalarına dayandırmaktayız.

Gerçekten de dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmaması, hareketin ihmal suretiyle gerçekleştiği anlamına gelmemektedir¹⁰⁸. Örneğin sevgilisi ile mesajlaşmakta olduğu için aracıyla yayaya çarpıp taksirle ölümüne yol açan kişinin hareketi icrai niteliktedir. Kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı ise sevgilisiyle mesajlaştığı için trafiğe yeterince dikkat etmemesidir. Benzer şekilde sevgilisiyle mesajlaşan hekimin, hastası için önemli bir ilacı vermeyi unutarak ölümüne yol açması halinde ise

¹⁰⁶ Bkz. **AKBULUT, Berrin**; s. 245. Yazar ihmal suretiyle icrai suçlara ilişkin genel hükümlerde bir düzenleme yapılması gerektiğini, buna karşın bir düzenleme olmadan da 765 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi icrai suçların, ihmal suretiyle de işlenebileceğini savunmaktadır.

¹⁰⁷ **SÖZÜER**; s. 17; **AKYÜREK**; s. 149; **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 412. Belirtmek gerekir ki Koca ve Üzülmöz taksirli suçların esasını objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın oluşturduğunu, sadece bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin dahi taksirli suçun haksızlık içeriğini oluşturacağını vurgulamıştır. Bir diğer ifadeyle taksirli suçun kendisi bir anlamda, dikkat ve özen gösterme emrine aykırılıktır. Yazarlar bu görüşleri çerçevesinde taksirli hareket sonucu ortaya çıkan neticenin objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**; Genel Hükümler, s. 210, 211. Buna karşılık Zafer, ihmalin taksirin sonucu olması gereğinin açıkça öngörülmesi gerektiğini, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olacağını kanunda açıkça belirlenmediğini, bu nedenle de taksirli davranışın icrayı ve ihmali birlikte kapsayıp kapsamadığı hususunun açıkça düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. **ZAFER**; s. 235.

¹⁰⁸ Benzer doğrultuda **DÖNMEZER**; s. 479, 480.

hekim, ihmal suretiyle taksirle öldürme suçunu işlemiştir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı, ilk örnekteki özdeş olduğu halde, ilk örnekteki hareket icrai (araçla yayaya çarpmak), ikinci örnekteki hareket ise ihmal suretiyle icraidir (ilaç vermemek). Dolayısıyla dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörsel yükümlülük özdeş değildir. Bizim de katıldığımız görüşe göre taksirdeki dikkat ve özen yükümlülüğü, suçun manevi unsuruyla ilişkiliyken; ihmal suretiyle icrai suçlarda yükümlülüğe aykırılık suçun maddi unsuruyla ilgilidir¹⁰⁹.

Taksirin bir unsuru olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, genel sosyal davranış kuralları ile ilgilidir¹¹⁰. Buna karşın garantörlük herhangi bir genel ve sosyal ilişkiden değil, özellikle kanun, sözleşme ya da önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklı daha sıkı ve özel bir ilişkiden kaynaklanan yükümlülüktür¹¹¹. Saf ihmali hareketle ihmal suretiyle icrai hareketin birbirinden ayrılmasına ilişkin “Hukuki Yükümlülüğün

¹⁰⁹ Bkz. **ERBAŞ**; “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilir Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 182. Erbaş bu hususu isabetli bir biçimde “(...) ihmal, haksızlığın hareket unsuruna; taksir ise haksızlığın manevi unsuruna denk gelmektedir. Buna göre, taksirdeki yükümlülükler aykırılık, bizatihi ceza hukuku haksızlığı teşkil etmez; ancak uyulmaması ile ceza mevzuatında düzenlenen başka netice meydana gelirse kişi cezalandırılır. Örneğin trafik sürücüsünün kırmızı ışıkta durma yükümlülüğü, trafik düzenini sağlamaya yönelik bir yükümlülüktür. Sürücü, bu trafik kuralı nedeniyle trafikteki diğer araç sahiplerinin ve yayaların yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından trafiğe dâhil olduğu sürece garantör olmaz. Taksirde yükümlülükler ‘uymamak (aykırılık)’ söz konusudur. İhmalde ise kişinin yükümlülüğü, bir başka kişinin ‘yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zarar ve tehlikeleri önleme’ yükümlülüğünü ‘yerine getirmemesi’ söz konusudur. ‘Aykırı hareket etmek (uymamak)’ ile ‘yerine getirmemek’ aynı nitelikte davranış normunu ifade etmez. Bu yönüyle aynı zamanda ihmaldeki yükümlülük, taksirdeki yükümlülüğünden daha fazlasını ifade eder. Bu nedenle, taksirdekine göre daha yoğun ve başka bir yöndeki (neticeyi engelleme) yükümlülüğü ifade eder. Yükümlülük sahibi kişi, diğer kişinin hukuki değerlerinin korunması için garantör olur” şeklinde tarif etmiştir.

¹¹⁰ **ÜNAL, Ertuğrul**; Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 134.

¹¹¹ Hakeri bu ihmal suretiyle icrai hareketin temelindeki garantörlüğü vurgularken benzer bir hususu “Hukuki yararı ihlal edici hareketler herkese yasaklanmış iken, hukuki yararı takviye edici hareketler her halükarda ve herkese emredilmemiştir (...) Aksi takdirde her kişi bütün hukuki yararlar için yetkili ve sınırsız araçlara sahip özel polis olarak atanmış, herkes bir nevi vasi haline getirilmiş olurdu” şeklinde vurgulamıştır. Bkz. **HAKERİ**; “İhmali Suçlar”, s. 414. Yine Hakeri bir başka çalışmasında ihmal suretiyle icrai hareketle ilgili olarak “Özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde mütalaa edilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmal ise icrai harekete denk sayılır ve aynı ceza ile cezalandırılır (garantörsel ihmali suçlar)” demiştir. Bkz. **HAKERİ**; Genel Hükümler, s. 172, benzer doğrultuda **GOMEZ-ALLER**; s. 421.

Özelliğinden Hareket Eden Ölçüt” ve “Garantörlük Ölçütü” çerçevesinde¹¹² konuya yaklaşıldığında da failin çevresinin sınırlandırılmış olmasına ilişkin gerekliliğin¹¹³, herhangi bir sosyal davranış kriteriyle sağlanamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Dolayısıyla taksirdeki gibi genel bir yükümlülük, garantörlüğe yol açmamalıdır. Bu bakımdan da taksir kapsamındaki dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörlüğe yol açan yükümlülüğün nitelik bakımından da farklı oldukları sonucuna ulaşılmalıdır.

SONUÇ

Hareket icrai veya ihmali şekilde ortaya çıkabilecektir. Fail tarafından gerçekleştirilen hareketin şeklinin belirlenmesi ontolojik bir yaklaşımla, yalnızca failin vücut hareketinin dikkate alınması suretiyle belirlenemez. Zira ceza hukuku anlamında hareket, dış dünyadaki herhangi bir davranış değil, suç tipinde belirli bir değer atfedilen davranıştır. Dolayısıyla hareketin şeklinin belirlenmesinde normatif bir yaklaşım esas alınmalıdır. Buna göre dikkate alınması gereken failin hareketiyle hangi davranış normunu ihlal ettiği. Davranış normları bir şeyin yapılmasının emredildiği emir normları veya bir şeyin yapılmasının yasaklandığı yasak normları şeklinde karşımıza çıkarlar. Emir normlarına aykırı hareketler ihmali, yasak normlarına aykırı hareketler ise icrai hareket olarak nitelendirilmektedir.

İhmali hareketler de kendi içerisinde saf ihmali ve ihmali suretiyle icrai hareket olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suç tipinin bir emir normu olması, yani icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırılığın suç olarak düzenlenmesi halinde, saf ihmali hareket söz konusu olacaktır. İhmali suretiyle icrai hareket bakımından ise emir, doğrudan suç tipinden değil, kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanmaktadır.

¹¹² Bu ölçütler özetle garantörlüğün herhangi bir sosyal ilişkiden ziyade bazı özel ve yakın ilişkilerin varlığı halinde söz konusu olacağıyla ilgilidir. Söz konusu ölçütler saf ihmali hareketle ihmali suretiyle icrai hareketi ayırır, özellikle faillik çevresinin daraltılmasında kullanılmaktadır. Garantörlüğün herhangi bir genel, sosyal ilişkiden kaynaklı yükümlülüğe nazaran daha özel ve yakın ilişki gerektirmesi ise kendisini TCK m. 98 ve 83 ayırır. Şöyle ki TCK m. 98’e göre herkesin yardım ve bildirim yükümlülüğü varken, TCK m. 83 sadece kanundan, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklı bir yükümlülüğün varlığı halinde gündeme gelecektir. Ölçütlerle ilgili bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 94 – 100.

¹¹³ Belirtmek gerekir ki her iki kriter de soyut ve belirsizdir. Dolayısıyla tek başlarına saf ihmali hareketin ayırır, belirleyici olmasalar da, argümanımızla sınırlı olmak üzere yol gösterici niteliktedirler. Failin çevresinin daraltılmasıyla ilgili kriterin belirleyici olmamasıyla ilgili tespit için bkz. **ERBAŞ**; Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 98. *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

İhmal suretiyle icrai hareket, aslında icrai bir hareketle işlenebilecek olan suçun, icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı şekilde pasif kalarak işlenmesi halinde gündeme gelecektir. Dolayısıyla ihmal suretiyle icrai hareket, haksızlığı önleme yükümlülüğü bulunan failin, yükümlülüğüne aykırı şekilde pasif kalarak haksızlığın oluşumuna sebep olmasıdır. Bu bakımdan ihmal suretiyle icrai hareketin tespitinde üç aşama bulunmaktadır. (1) Failin eylemi bir yasak normuna aykırılık kapsamında mütalaa edilmelidir, (2) failin davranışı ontolojik (doğal) anlamda pasif olmalıdır ve (3) failin pasif davranışı, haksızlığın oluşmasını engelleme yükümlülüğü nedeniyle aktif davranışa eşdeğer sayılabilmelidir.

Failin haksızlığın oluşmasını engelleme yükümlülüğü TCK m. 83'te işaret edildiği üzere kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli davranışından kaynaklanabilir. Türk Ceza Kanunu'nda ihmal suretiyle icrai harekete ilişkin esasların genel hükümlerde düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu nevi hareketlerle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olup olmadığı tartışması ortaya çıkmış ve halen de güncelliğini korumaktadır.

Kanaatimizce ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçlar sınırlı sayıda değildir. Niteliği gereği ihmali hareketle işlenmeye elverişli bulunan icrai hareketle işlenebilecek bütün suçlar, ihmal suretiyle icrai hareketle de işlenebilecektir. Zira ihmal suretiyle icra, hareketin görünüm şekillerinden biridir. Bu nedenle bir hareket nasıl icrai şekilde gerçekleşebiliyorsa, ihmal suretiyle icrai şekilde de gerçekleştirilebilecektir.

İhmal suretiyle icrai hareketin sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüşleri hatalı bulmamakla birlikte, Türk ceza hukukunda yalnızca dört adet suçun (ihmal suretiyle kasten öldürme [TCK m. 83], ihmal suretiyle kasten yaralama [TCK m. 88] ve ihmal suretiyle kasten işkence [TCK m. 94/f. 5] ve yangın yerine yardım göndermeme [Orman Kanunu m. 105/f. 2]) ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebileceğinin kabulü pratik bakımdan sorunludur. Kasten gerçekleştirilebilecek birçok diğer suç tipinin yanı sıra özellikle taksirli suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği sonucuna ulaşılması, taksirin cezalandırılmasının temelleriyle bağdaşmamaktadır. Doktrinde her ne kadar taksirli suçların temelindeki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın, ihmal suretiyle icrai suçun temelindeki garantörsel yükümlülüğe aykırılık kavramıyla bağdaştırılabileceği ileri sürülmüşse de, kanaatimizce iki yükümlülük hem suç teorisindeki yerleri hem de nitelikleri itibarıyla birbirlerinden farklıdır. Dolayısıyla hem ihmal suretiyle icrai hareketin, hareketin bir görünüm şekli olması sebebiyle niteliği gereği ihmali şekilde işlenebilecek bütün suçlarda gündeme gelebileceği hem de sınırlı sayıda olma görüşünün pratik bakımdan getirdiği

sorunlar nedenleriyle, ihmal suretiyle icrai hareketle işlenebilecek suçların sınırlı sayıda olmadığını düşününüz.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016
- AKBULUT, Emre;** “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 66, Yıl: 2006
- AKYÜREK, Güçlü;** “İhmalî Suçlar”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014
- ALACAKAPTAN, Uğur;** Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara 2019
- ASHWORTH, Andrew;** Positive Obligations In Criminal Law, Hart Publishing, Oxford 2013
- AVCI, Mustafa/YERDELEN, Erdal;** “Karar İncelemesi – Garantörsel İhmalî Suçta İhmalî ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIX, Yıl: 2015, Sayı: 1
- BAŞOĞLU, Başak;** “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXVI, Sayı: 2, Yıl: 2008
- BAYRAKTAR, Köksal/ERMAN, Barış;** İşkence, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017
- BAYTAZ, Batuhan;** Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 14, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018
- BOCK, Dennis;** Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, Berlin 2018
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017
- CENTEL; Nur;** İhmalî Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III (Yayına Hazırlayanlar: **HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener**), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 18, İstanbul 2010
- DEMİRBAŞ, Timur;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: I, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1997
- YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

- DÖNMEZER, Sulhi;** “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: IX, No: 3 – 4, Yıl: 1944
- DÜLGER, Volkan;** “Telekomünikasyon Yoluyla Tüketicinin Dolandırılması”, 15. Türkiye - İsviçre Hukuk Günleri: Tüketicinin Korunması ve Telekomünikasyon, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017
- ERBAŞ, Rahime;** “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilir Biçiminin Tespiti Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, Yıl: 2019 (“İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilir Biçiminin Tespiti Meselesi”)
- ERBAŞ, Rahime;** Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük)
- EVİK, Vesile Sonay;** Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257), İstanbul 2019
- FREUND, Georg;** Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Springer, Berlin 2009
- GOMEZ-ALLER, Jacobo Dopico;** “Criminal Omissions: A European Perspective”, New Criminal Law Review, Vol: 11, No: 3, Summer 2008
- GROPP, Walter;** Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Baskı, Springer, Berlin 2015
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012
- HAKERİ, Hakan;** “İhmali Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007 (“İhmali Suçlar”)
- HAKERİ, Hakan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017 (Genel Hükümler)
- HAKERİ, Hakan;** Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003 (İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri)
- İÇEL, Kayıhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017
- İNCEOĞLU, Sibel;** “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Edit. İNCEOĞLU, Sibel), 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013
- JAKOBS, Günther;** Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin 1993

- JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas;** Lehrbuch des Strafrecht, 5. Baskı, Duncker Humbolt, Berlin 1996
- KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin;** “Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları ile Karşılaştırılması”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 175-176, Mart-Nisan 2019
- KANBUR, Mehmet Nihat;** “Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 18, Nisan 2012
- KANGAL, Zeynel;** Dolandırıcılık, Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018
- KEÇELİOĞLU, Elvan;** “Ceza Hukukunda İçtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, Sayı 11, Ekim 2012
- KEYMAN, Selahattin;** “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı: 1-4, Yıl: 1988
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018 (Genel Hükümler)
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 (Özel Hükümler)
- KOÇAK SÜREN, Özlem;** “Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla İşlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 90, Yıl: 2010
- KUNTER, Nurullah;** Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016
- ÖNDER, Ayhan;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II-III, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1992
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018 (Özel Hükümler)
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018 (Genel Hükümler)
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
- ROXIN, Claus;** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Beck, München 2003
- YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

- SEROZAN, Rona;** Medeni Hukuk, 8. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018 (Medeni Hukuk)
- SEROZAN, Rona;** Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (Sözleşmeden Dönme)
- SILVA SANCHEZ, Jesus Maria;** “Criminal Omissions: Some Relevant Distinction”, New Criminal Law Review, Vol: 11, No: 3, Summer 2008
- SÖZÜER, Adem;** Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015
- ŞİRİN, Tolga;** Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019
- TAŞKIN, Ş. Cankat;** “Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, Yıl: 2008
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017
- TOPÇU, Namık Kemal;** Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016
- TÜRAY, Aras;** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013
- ÜNAL, Ertuğrul;** Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2017
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried;** Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015
- YILDIZ, Ali Kemal;** “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014 (“Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”)
- YILDIZ, Ali Kemal;** Çevrenin Kasten Kirletilmesi, Özel Ceza Hukuku, Cilt: V, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (Çevrenin Kasten Kirletilmesi)
- YILMAZ, Zahid;** “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018
- YURTLU, Fatih;** “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı,
Beta Yayıncılık, İstanbul 2016

† İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA TEHLİKE SUÇLARININ DÜZENLENİŞİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

(AN ASSESSMENT ON REGULATIONS OF DANGER CRIMES IN THE SCOPE OF
THE FREEDOM OF EXPRESSION)

Arş. Gör. Aslı Ekin YILMAZ * **

ÖZ

Demokratik bir toplum için oldukça önem arz eden ifade özgürlüğüne ilişkin ulusal ve uluslararası mahkemelerce verilen pek çok ihlal kararı bulunmaktadır. Bu ihlal kararlarının önemli bir kısmının, ifade özgürlüğü bakımından en ağır sınırlayıcı araç olan ceza hukukuna ve özellikle tehlike suçlarına ilişkin olduğu görülmektedir. Bu durum ifade özgürlüğünün korunması bakımından tehlike suçlarının incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Bu çalışmada ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilen ilkeler tespit edilip, bu bağlamda soyut ve somut tehlike suçları değerlendirilecek; ifade özgürlüğünün korunması amacıyla yapılan kanun değişiklikleri irdelenip güncel durum analiz edilecek ve ifade özgürlüğünün daha iyi korunması için yapılması gereken değişikliklere ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *İfade özgürlüğü, soyut ve somut tehlike suçları, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, demokratik toplumda gereklilik.*

ABSTRACT

There are numerous judgements of domestic and international courts regarding the violation of freedom of expression, which has a crucial importance for the democratic society. A significant proportion of these judgements appear to be related to criminal law, which is the most restrictive mean in this regard, and to danger crimes in particular. This situation makes the evaluation of danger crimes within the scope of the protection of the freedom of expression essential. In this study, basic principles on restriction of freedom of expression will be explained and

† Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 05.07.2020. Onaylanma tarihi: 05.07.2020.

* Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6666-8068.

Eserin Atf Şekli: Aslı Ekin Yılmaz, “İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme”, YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.155-176.

abstract and concrete danger crimes will be analyzed in this context. The amendments aimed to protect the freedom of expression and the current situation will be evaluated and certain changes on an enhanced protection of freedom will be suggested.

Key Words: *Freedom of expression, abstract and concrete danger crimes, pressing social need., necessity in a democratic society.*

GİRİŞ

İnsanların kendilerini ifade ediş biçimleri her geçen gün değişmekte, buna bağlı olarak da ifade özgürlüğünün alanı genişlemektedir. Bu sebeple ifade özgürlüğüne ilişkin tartışmalar güncelliğini hiçbir zaman yitirmemektedir. Hem alışıl gelmiş yöntemlerle hem de gelişen teknoloji ile yaratılan yeni platformlarda yapılan düşünce açıklamaları, ceza veya tazminat davasının açılması yahut internet sitelerinin erişime kapatılması gibi pek çok sınırlandırma ile karşılaşmaktadır. Bu müdahalelerin meşruluğunun değerlendirilmesi, ifade özgürlüğünün bir toplum için ne denli önemli olduğunun vurgulanması ve etkili şekilde korunması için mevcut düzenlemelerin yeterliliğinin sorgulanması ve yapılması gereken değişikliklerin tespiti açısından oldukça önem taşımaktadır.

İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılması mümkündür. Ancak bir hak veya özgürlüğe yönelik sınırlandırmanın kıstaslarının belirlenmesi hak veya özgürlüğün niteliği ile doğrudan ilişkilidir. İfade özgürlüğünün nasıl sınırlandırılacağı sorusunun yanıtı, toplumdaki işlevinin belirlenmesinden geçmektedir. İfade özgürlüğünün korunmasının toplumdaki yansımalarına ilişkin yerinde bir tespit Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından “*İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.*” açıklamasıyla ortaya koyulmuştur¹. Bu tespit doğrultusunda, demokratik bir toplumun tesisi için

¹ Emin Aydın Başvurusu, Başvuru No. 2013/2602, 23.01.2014, §41; Bekir Coşkun Başvurusu, Başvuru No. 2014/12151, 04.06.2015, §35.
YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

bu denli önemli olduğu kabul edilen ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için düşünce açıklamasının toplumda bu bir işlevi yerine getirmediğinin söylenebilmesi elzemdir. Böyle bir ispattan yoksun müdahaleler ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir. Bu konudaki en yoğun tartışma, ifade özgürlüğüne yönelen en ağır müdahale aracı olan ceza hukuku bağlamında yapılmaktadır. Kanun koyucunun belirli düşünce açıklamalarını suç olarak öngörmesi için bahsi geçen ispata uygun kanuni düzenlemelerin yapılması gerekir. Ancak özellikle tehlike suçu olarak nitelendirilen suç tipleri bu kıstasa riayet edilmesi bakımından ciddi sorunlara sebep olmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilecek ölçütler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ABD Yüksek Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın içtihatları bağlamında ortaya koyulacak; daha sonra tehlike suçlarına ilişkin teorik açıklamalara yer verilip örnek suç tipleri üzerinden ifade özgürlüğünün korunması bakımından tehlike suçlarının düzenlenişine ilişkin tespitlerde bulunulacaktır.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA GÖZETİLMESİ GEREKEN İLKELER

Türk hukukunda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından dikkate alınacak kıstaslar açısından, AİHM içtihatları ile belirli suç tiplerinde karşılık bulan “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü geliştiren ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları etkili olmuştur.

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS, Sözleşme) 10. maddesinde koruma altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ifade özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür². Bu sınırlandırmanın Sözleşme ile uyumlu olup olmadığı hususunda AİHM tarafından yapılan

² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.10 “1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”, (Çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 07.05.2019.

denetim, diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi dört ana başlık altında gerçekleştirilmektedir.

Mahkeme Sözleşme'ye uygunluk açısından ifade özgürlüğüne yönelen bir müdahalenin mevcudiyeti, müdahalenin kanunla öngörülmesi, müdahalenin meşru amaçlar için gerçekleştirilmesi ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şartlarını incelemektedir. Bu çalışma bakımından sınırlandırma ölçütlerine ilişkin üzerinde durulması gereken unsur müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğidir. İlk kez *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında yer verilen³ demokratik toplum kavramının ifade özgürlüğü ile ilişkisine dair Mahkeme “*İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini, demokratik bir toplumun gelişmesinin ve insanların ilerlemesinin temel koşullarından birini teşkil etmektedir.*” tespitinde bulunmuştur⁴.

Mahkeme, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin gerekli olmasının koşullarını ise *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında verdiği kararda açıklamış⁵; gerekli sıfatının “zorunlu” sıfatı ile aynı anlama gelmediğini, bunula birlikte “*kabul edilebilir*” veya “*makul*” sıfatlarının esnekliğini de taşımadığını belirtmiştir. Buna göre Sözleşme'ye uygun bir müdahale zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaca karşı gerçekleştirilmeli ve ulaşılmaması istenen meşru amaç bakımından ölçülü olmalıdır⁶. Bu kararda her ne kadar gereklilik kavramı açıklansa da müdahalenin cevap olması gereken zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tanımı yapılmamıştır.

Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramının ele alındığı diğer kararlardan yola çıkarak bu kavramın “*sınırlama ile ulaşılmaması istenen meşru amaçla bağlantılı olarak yüksek seviyede şiddet, aciliyet veya yakınlık*” anlamına geldiği söylenebilir⁷. Müdahalenin cevap olarak gerçekleştirildiği bu şiddet, aciliyet veya yakınlık her olayın koşullarına göre farklı şekilde tespit edilmektedir. Mahkeme, müdahale ile toplumda meydana gelmesi mümkün

³ **Steven Greer**, The Exceptions to Article 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997, s.14; (**European Commission Article 29 Data Protection Working Party**, Opinion on the Necessity and Proportionality, (Çevrimiçi),

https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51517, Erişim Tarihi: 07.05.2019, s.6.

⁴ *Handyside v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976, §49.

⁵ **Greer**, s.14.

⁶ *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5947/72-6205/73-7052/75-71107/75-7113/75-7136/75, 25.03.1983, §97.

⁷ **Article 29 Data Protection Working Party**, s.7.

olan bir zararın kısmen veya tamamen önüne geçildiği veya ortadan kaldırıldığı, bu etkiye ilişkin yeterli ve ilgili delillerin mevcut olduğu ve toplumun bu müdahale aleyhine ciddi bir muhalefet göstermediği hususlarında bir kanaate ulaşırsa, müdahalenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaca cevap niteliğinde olduğuna karar vermektedir. Bu değerlendirmede, ilgili toplumun tarihi, sosyal ve siyasi özellikleri de dikkate alınmaktadır⁸. Bu inceleme bakımından muhatap devlet, müdahalede bulunmadığı takdirde toplumda bir zarar meydana gelme ihtimali olacağını ilgili ve yeterli delillerle kanıtlayarak yükümlülüğü altındadır. Bu ispatın gerçekleştirilememesi halinde, düşünce açıklaması sebebiyle toplumda zorlayıcı bir ihtiyacın doğmadığı, müdahalenin ise demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmaktadır⁹.

Zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık gerçekleştirilen müdahalenin ayrıca ölçülü olması gereklidir. Ölçülülük incelemesi müdahalenin elverişliliği, zorunlu olması ve orantılılığı üzerinden yapılmaktadır. Elverişlilik, ulaşılmak istenen amaçla müdahale arasında mantıksal bir bağın bulunması, müdahalenin amacın gerçekleştirilmesi için katkı sağlayabiliyor olması anlamına gelmektedir. Zorunluluk, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli araçlardan en az sınırlayıcı olanın tercih edilmesidir. Orantılılık ise ulaşılmak istenen amaçla özgürlüğüne müdahale edilen kişi üzerindeki yük arasında bir denge bulunmasını ifade etmektedir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 26. maddesinde¹¹ koruma altına alınan ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kriterler bakımından genel

⁸ Greer, s.14; **Article 29 Data Protection Working Party**, s.8; **Ulaş Karan**, İfade Özgürlüğü, Ankara, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayını, 2018, s.151; **Özcan Özbey**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB, S:106, 2013, s.56; Sürek v. Türkiye (No.1), Başvuru No. 26682/95, 08.07.1999, §64.

⁹ Zana v. Türkiye, Başvuru No. 69/1996/688/880, 25.11.1997, §61; **Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.560.

¹⁰ **Öykü Didem Aydın**, “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, HÜHFD, S.1(2), 2011, s.51; **Philip Kunig**, “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi” Çeviren: Burak Çelik, Gökçen Doğan, Ahmet Çağrı Yıldız, Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S.1, 2019, s.161-162; Perinçek v. Türkiye, Başvuru No.27510/08, 15.10.2015, §246; Uzun v. Almanya, Başvuru No.356/05, 02.09.2010, §78; Baka v. Macaristan, Başvuru No.20261/12, 23.06.2016, §162.

¹¹ Anayasa md.26 “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de
YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

olarak AİHM içtihatlarından ayrılmadığı görülmektedir. AYM, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini ifadenin yalnızca soyut olarak değerlendirilmesiyle değil ifadenin şekli, içeriği, açıklandığı zaman ile sınırlama sebebinin niteliğinin de dikkate alınmasıyla tespit edilmesi gerektiğini¹²; ayrıca müdahalenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaca karşılık olarak gerçekleştirilmesinin demokratik toplumda gereklilik bakımından zorunlu olduğunu belirtmiştir¹³. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığına ilişkin olarak ise özellikle ifade sahibinin sıfatı, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yararlarla ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi unsurların dikkate alınacağını¹⁴ ve zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması gerekliliğini dile getirmiştir¹⁵.

Yargıtay içtihatlarında da AİHM'in geliştirdiği ölçütlere yer verilmektedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin olarak Yargıtay, şiddeti teşvik eden söylemler ile nefret söylemlerinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında iki önemli sebebi oluşturduğunu; ifadenin şiddeti teşvik ettiğine veya nefret söylemi niteliğinde olduğuna dair belirlemenin olayın şartları göz önünde

kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

¹² Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/3986, 02.04.2014, §41.

¹³ Tuğrul Culfa Başvurusu, Başvuru No. 2013/2593, 11.03.2015 §33; Ali Rıza Üçer Başvurusu (2), Başvuru No. 2013/2015, 02.07.2015, §41.

¹⁴ Bekir Coşkun Başvurusu, §57.

¹⁵ Tuğrul Culfa Başvurusu, §57-58 "İlk Derece Mahkemesi söz konusu gazete haberlerinde yer alan ifadelerden dolayı başvurusunun ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin hangi surette acil bir ihtiyacı karşıladığını ve davacının şeref ve itibarına yapılan müdahalenin cezalandırılmasının başvuranın ifade özgürlüğünden neden daha ağır bastığını da ikna edici bir biçimde ortaya koyamamıştır. Mahkeme, söz konusu ifadelerin davacının kariyerini veyahut özel yaşantısını nasıl etkilediğini de gösterebilmiş değildir. (...) Sonuç olarak, İlk Derece Mahkemesinin ileri sürdüğü gerekçeler, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve ilişkili bir gerekçelendirme niteliğinde değildir. Bu nedenle derece mahkemelerinin, ilgili hakların koruduğu menfaatler arasında adil bir denge kurmayı başardığı söylenemez. Dolayısıyla, şikâyet konusu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı anlaşılmaktadır."

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

bulundurulacak yapıldığını belirtmiştir¹⁶. İfadenin şiddeti teşvik etmeye elverişli olup olmadığının da somut olay bakımından ayrıca incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁷.

ABD hukukunda ise Anayasa'nın 1. ek maddesi¹⁸ ifade özgürlüğünü sınırlayıcı yasa çıkarılamayacağını belirtmiş ancak buna dair herhangi bir istisna öngörmemiştir. Her ne kadar erken dönem kararlarda ifade özgürlüğü mutlak bir hak şeklinde kabul edilip sınırlandırılmayacağı ileri sürülmüş olsa da sonraki içtihatlarda bu özgürlüğün de sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir¹⁹. Maddenin düzenlenişi itibarıyla, 1. ek maddenin sağladığı korumanın yalnızca Kongre'nin çıkaracağı yasalarla sınırlı olduğu çıkarımı yapılabilecekse de ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarıyla bu korumanın devletin yapacağı tüm yasama faaliyetleri ve düzenleyici işlemlerde geçerli olduğuna kanaat getirilmiştir²⁰.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kıstaslar ilk olarak 1. Dünya Savaşı sırasında Casusluk Kanunu kapsamında yapılan yargılamalarda, özellikle *Schenck v. United States*, *Debs v. United States* ve *Abrams v. United States* davalarında ortaya koyulmuştur²¹. Bu davalar bağlamında ifadenin, ortaya koyulduğu şartlar dahilinde “açık ve mevcut bir tehlike” meydana getirmeye elverişli olması halinde sınırlandırılabilirliğini kabul edilmiştir²². Ayrıca açık ve mevcut tehlikeden söz edilebilmesi için,

¹⁶ Yargıtay 8. CD, E.2013/1567, K.2013/5627, T.15.02.2013; Yargıtay 8. CD, E.2009/7316, K.2012/17738, T.23.05.2012.

¹⁷ Yargıtay 8. CD, E.2016/10135, K.2017/4449, T.20.04.2017; Yargıtay 8. CD, E.2013/12126, K.2013/20425, T.10.07.2013.

¹⁸ ABD Anayasası 1. ek madde “Kongre, bir dinin kurumsallaşması ile ilgili ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan veya basın özgürlüğünü ya da kişilerin barışçı biçimde toplanma veya hükümete şikayetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını sınırlayan hiçbir yasa yapamaz.” (Çevrimiçi), https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment, Erişim Tarihi: 07.05.2019.

¹⁹ **Zühtü Arslan**, “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (Çevrimiçi), <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-kararlarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>, Erişim Tarihi: 07.05.2019, s.27.

²⁰ **Şule Özsoy**, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBBD, S:56, 2005, s.30.

²¹ **Arslan**, ABD Yüksek Mahkemesi, s.25; **Öykü Didem Aydın**, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku – 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.100; **Zühtü Arslan**, “İfade Özgürlüğünü Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike”nin Tehlikeleri”, in: AB Sürecinde İfade Özgürlüğünü Yeniden Düşünmek, Liberal Düşünce, Y.6, S.24, Güz 2001, s.19.

²² **Arslan**, ABD Yüksek Mahkemesi, s.28; **Özsoy**, s.35; **Aydın**, Üç Demokraside, s.101.

düşünce açıklaması sebebiyle ciddi ve yakın bir şiddet olayının gerçekleşeceği yönünde kanaate ulaşılmamasını sağlayan tarihi örneklerin varlığı şart koşulmuştur²³. Açık ve mevcut tehlike ölçütü yıllar içerisinde yeniden yorumlanmış, *Brandenburg v. Ohio* davası ile nihai haline ulaşmıştır²⁴. Bu davada Yüksek Mahkeme, bir kişinin siyasi reforma ulaşmak için şiddete başvurulmasını savunmasını veya bu yönde yol göstermesini suç olarak düzenleyen Ohio Yasa Dışı Sendikacılık Kanunu uyarınca Brandenburg'un cezalandırılmasını, bir fikrin savunulması ile yakın gelecekte gerçekleştirilmesinin teşvik edilmesi arasında fark gözetilmemiş olması sebebiyle 1. ek maddeye aykırı bulmuştur. Bu kararlar birlikte Yüksek Mahkeme, ifadenin ancak şiddet kullanımı veya benzeri hukuka aykırı fiillerin yakın gelecekte gerçekleştirilmesini olası hale getirmesi, bunların gerçekleştirilmesini sağlaması ve genel olarak da bu katkının sağlanması bakımından elverişli olması halinde sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir²⁵. Yüksek Mahkeme içtihatlarından yola çıkarak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için, düşünce açıklamasının diğer kişileri hukuka aykırı fiilleri işlemeye teşvik etmeye elverişli olması, bu elverişliliğin benzeri örnekleriyle kanıtlanması ve hukuka aykırı fiillerin yakın bir gelecekte gerçekleşmesine katkı sağlaması gereklidir.

AİHM ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları incelendiğinde, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için düşünce açıklaması sebebiyle toplumda bir zarar meydana gelme ihtimalinin, yani bir tehlikenin varlığının arandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu tehlike herhangi bir zarar ihtimali olmayıp, zararı meydana getirmeye elverişli ve bu elverişliliği kanıtlanmış, bir diğer anlatımla somut olmalıdır. Buradan yola çıkarak ne AİHM ne de ABD Yüksek Mahkemesi, soyut bir tehlikeye neden olduğundan bahisle bir düşünce açıklamasının sınırlandırılmasını hukuka uygun bulmaktadır.

²³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 1927, §376.

²⁴ **Özsoy**, s.37; **Aydın**, Üç Demokraside, s.171; bu davada Ku Klux Klan örgütünün bölge lideri C. Brandenburg, örgütün kullandığı Cincinnati'deki çiftlik evine bir televizyon kanalından muhabir çağırıp röportaj vermiştir. Röportaj kaydında kukuletalı kişiler meşalelerle yürümekte, büyük bir ahşap haçı yaktmaktadır. Kayıta buna ek olarak Brandenburg'un "...Eğer Başkanımız, Kongremiz, Yüksek Mahkememiz beyaz ırkı bastırmaya devam ederse, bir intikamın alınması muhtemeldir. (...) Şahsen, zencilerin Afrika'ya, Yahudilerin de İsrail'e dönmesi gerektiğine inanıyorum." şeklindeki konuşması da yer almaktadır. Bu kayıt televizyon kanalında yayınlanmış ve kayıta yer alan ifadeler yasa dışı sendikal faaliyet olarak nitelendirilmiştir (bkz. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 1969, §445-447).

²⁵ *Brandenburg v. Ohio*, §448-449.

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALENİN BİR GÖRÜNÜŞ BİÇİMİ OLARAK TEHLİKE SUÇLARI

Türk ceza hukukunda suçlar belirli kategorilere ayrılmaktadır. Bu kategorilerden biri de tehlike suçları ve zarar suçları ayrımıdır. Suç teşkil eden fiilin suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etkiye göre suçlar tehlike suçu ve zarar suçu olarak ikiye ayrılmaktadır²⁶. Zarar suçu, suç sebebiyle maddi konu üzerinde bir zararın doğduğu suçları ifade etmektedir²⁷. Örneğin kasten yaralama suçu, kişinin vücudu bakımından bir zarar meydana getirdiğinden bir zarar suçudur. Tehlike suçları ise, maddi konunun zarara uğramadığı ancak zarara uğrama ihtimalinin doğduğu suçlardır²⁸. Diğer bir ifadeyle tehlike maddi konunun zarar görme olasılığıdır.

Tehlike suçları da kendi içinde soyut ve somut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut tehlike suçları, fiilin icra edilmesiyle birlikte, kanunun belirli bir tehlikenin doğduğunu kabul ettiği, cezalandırılabilme için ayrıca bu tehlikenin araştırılmasına gerek duymadığı suçlardır²⁹. Bu suçlar bakımından tehlike varsayımsaldır. Örneğin TCK md.214'te düzenlenen suç işlemeye tahrik suçunda, suç işlenmesi için toplumun alenen tahrik edilmesi ile bir tehlike doğduğu varsayılmaktadır. Bu suç dolayısıyla yargılama yapan mahkemenin fiilin icrası sonrası toplumun suç işleme yönünde irade gösterip göstermediği ve suçun konusu üzerinde bir tehlikenin doğup doğmadığına dair araştırma yapması gerekmeyecektir. Tahrik fiilinin icrası ile bu tehlikenin doğmuş olduğu kabul edilmektedir.

²⁶ **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.214.

²⁷ **Mahmut Koca / İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.120.

²⁸ **Koca/Üzülmez**, s.120.

²⁹ **Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.311; **Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.228; **Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.197; **Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem**, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.218; **Nur Centel / Hamide Zafer /Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2011, s.257; **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.184; **Koca/Üzülmez**, s.120.

Somut tehlike suçları ise fiilin icra edilmesiyle kanunda gösterilen somut tehlikenin ortaya çıkmasının cezalandırılabilme için zorunlu olduğu suçlardır. Bu suçlardan yapılan yargılamada mahkemenin, fiilin icrası sonrası somut bir tehlikenin ortaya çıktığını tespit etmesi gereklidir³⁰. Aksi halde failin cezalandırılabilmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin TCK md.215'te düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçu somut tehlike suçlarındandır. Bu suç bakımından yargılamayı yapan mahkemenin, işlenmiş bir suçun övülmesiyle birlikte kamu düzeni bakımından açık ve yakın bir tehlikenin doğduğunu tespit etmesi gerekir. İşlenen suçun övülmesi şeklindeki ifadenin kanunda gösterilen somut tehlikeyi meydana getirmedeği sonucuna ulaşıldığı takdirde, kişi bu ifadesi sebebiyle cezalandırılmayacaktır.

III. TEHLİKE SUÇLARININ DÜZENLENİŞ ŞEKİLLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilecek ilkelere ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere, bir ifadenin hukuka uygun şekilde sınırlandırılması ancak bu ifade sebebiyle toplumda bir tehlikenin meydana geldiği ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulduğu takdirde, yani zorlayıcı toplumsal ihtiyacın kanıtlanması ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla ideal bir düzenlemede faile ceza verilebilmesi için ifade sebebiyle somut bir tehlikenin varlığının tespiti gerekli olmalıdır. Bu doğrultuda tehlike suçları değerlendirildiğinde, soyut tehlike suçlarında ifade sebebiyle somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırılmaksızın faile ceza verilebiliyor olması, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın kanıtlanması gerekliliği yerine getirilmeksizin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına sebep olmaktadır. Somut tehlike suçlarında ise mahkemenin ifade sebebiyle meydana gelen bir tehlikenin varlığını tespit etmesi cezalandırılabilme için zorunlu olduğundan, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması koşulunu sağlayan bir düzenlemeden söz etmek mümkün olmaktadır. Buradan yola çıkarak ifade özgürlüğünü sınırlayan suç tiplerinin somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi halinde, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkate alınan ilkelere riayet eden bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilecektir.

³⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s.257; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018, s.145; Özbek v.d., s.228; Zafer, s.195; Koca/Üzülmez, s.121; Artuk v.d., Özel Hükümler, s.549.
YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

Kanunlarımızda yer alan ve ifade özgürlüğünü sınırlandıran suç tipleri ise farklı düzenlenişlere sahip olup, bunların bir kısmı soyut bir kısmı somut tehlike suçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Soyut tehlike suçlarına örnek olarak TCK md.125 (Hakaret), TCK md.190/2 (Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin özendirilmesi), TCK md.213 (Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit), TCK md.214 (Suç işlemeye tahrik), TCK md.216/2 (Halkın belirli bir kesiminin aşağılanması), TCK md.2016/3 (Dini değerlerin aşağılanması), TCK md.220/8 (Örgüt propagandası), TCK md.299 (Cumhurbaşkanına hakaret), TCK md.300 (Devletin egemenlik alametlerinin aşağılanması), TCK md.301 (Türk milletini, devleti, devlet kurum ve organlarını aşağılama), Terörle Mücadele Kanunu md.7/2 (Terör örgütü propagandası) suçları gösterilebilir³¹. TCK md.215 (Suçu ve suçluyu övme) ve TCK md.216/1 (Halkı kin ve düşmanlığa tahrik) ise somut tehlike suçlarına örnektir.

Düzenlenişleri itibarıyla bu suç tiplerinin tamamı ifade özgürlüğünün etkin şekilde korunmasına imkan sağlamamakta, özgürlüğün sınırlandırılması için gerekli olan koşulları karşılayamamaktadır³². Bu tespitin somutlaştırılması bakımından güncel düzenlemelerde soyut tehlike suçu olarak yer alan suçlar ile çeşitli kanun değişiklikleri sonucu somut tehlike suçuna dönüştürülmeden önce soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş suçlardan yapılan yargılamalarda verilen aşağıdaki kararlar örnek olarak gösterilebilir.

TCK md.214'te düzenlenen ve bir soyut tehlike suçu olan suç işlemeye tahrik suçu³³ bağlamında yapılan yargılamada, camide hazır bulunan topluluğa “*din elden gidiyor, Kur'an kursları kapatılıyor, siz ne*

³¹ TCK md.216/3'te yer alan kamu barışını bozmaya elverişli olma ve md.220/8 ile TMK md.7/2'de yer alan örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya bunlara başvurmayı teşvik edecek şekilde ibareleri, somut tehlikenin mevcudiyetini değil bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişli fiili işaret etmektedir. Bu suçlar bakımından somut tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olduğu tespit edilen ifade sebebiyle somut bir tehlike meydana gelme dahi cezalandırılabilme mümkündür. Bu sebeple bu suçlar somut tehlike suçu teşkil etmemektedirler.

³² **Uğur Alacakaptan**, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, s.20.

³³ 5237 s. TCK md.214 “*Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, on beş yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.*”

duruyorsunuz?” şeklinde hitap eden fail, bu ifadesi sebebiyle halkın suç işleme yönünde bir irade oluşturduğu, diğer bir anlatımla somut bir tehlikenin meydana geldiğine ilişkin herhangi bir araştırma yapılmaksızın cezalandırılmıştır³⁴.

TCK md.216/3'te düzenlenen halkın bir kesiminin benimsediği değerlerin aşağılanması suçu³⁵ bağlamında görülen bir davada fail, kendi blogunda yazdığı yazıda İslam peygamberini saygın bir kişi olmaktan çıkarmayı hedefleyen aşağılayıcı ifadeler kullanması sebebiyle cezalandırılmıştır. Mahkeme, söz konusu yazıya karşı birçok kişi tarafından öfkeli eleştiriler yöneltildiğini belirterek, ifadelerin kamu barışını bozmaya elverişli olduğuna kanaat getirmiş, suç tipinde yalnızca elverişliliğin aranması sebebiyle somut bir tehlikenin meydana gelmesine gerek olmadığını belirtmiştir³⁶. Her ne kadar bahsi geçen yazıya gelen tepkiler, ifadelerin kamu barışını bozmaya elverişli olduğunu ortaya koyuyorsa da bu tepkiler doğrudan ifadenin sahibine yöneltilmiştir. Oysaki bir somut tehlikenin varlığından söz edebilmek için suçun kamu barışına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesi sebebiyle Müslümanlar tarafından Müslüman olmayan azınlığa yöneltilecek şiddete ilişkin bir somut tehlikenin tespitine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu suç bakımından ise böyle bir tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırılmaksızın failin cezalandırılması söz konusu olmaktadır.

5237 s. TCK md.216/1'de somut tehlike suçu olarak düzenlenen halkın kin ve düşmanlığa tahrik suçu 765 s. TCK'nin 312/2. maddesinde bir soyut tehlike suçu olarak yer almaktaydı³⁷. Suçun soyut tehlike suçu teşkil ettiği bu dönemde halkın din bakımından farklı özellik gösteren bir kesiminin diğer bir kesimine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilmesine ilişkin yapılan

³⁴ Yargıtay 8. CD, E.2000/9581, K.2000/9798, T.29.05.2000.

³⁵ 5237 s. TCK md.316/3 *“Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

³⁶ Yargıtay 8. CD, E.2019/10194, K.2019/11813, T.03.10.2019.

³⁷ 765 s. TCK md.312/2 *“Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”* Madde metninde yer alan *“kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde”* ibaresi, 5237 s. TCK md.216/3'te olduğu gibi ifadenin, somut tehlikenin varlığını değil, belirtilen bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmasını gerekli kılmaktadır. Düzenleme, somut tehlikeyi meydana getirmeye elverişli ifadelerin söz konusu olmasına rağmen somut tehlikenin meydana gelmediği durumlarda da fiilin suç teşkil etmesine ve failin cezalandırılabilmesine imkan sağladığından sağladığından, somut tehlike suçu olarak değerlendirilmemelidir.

bir yargılamada, bir siyasi parti üyesi olan failin miting için toplanan kalabalığa hitaben “*Minareler Süngü, Kubbelar Miğfer, Camiler Kışlamız, Müminler Asker*” şiirini okuması ve referansının İslam olduğunu, ezanları susturanların karşısında patlayacaklarını, kendilerinin sindirilemeyeceğini ifade ettiği olayda ifade sahibinin, laik düzen karşıtı olması sebebiyle kapatılan bir siyasi partinin önemli üyelerinden olduğu, mevkiî itibarıyla kitleleri etkileyebilme kapasitesinin bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu şiirin özellikle belirli bir bölümünün okunması, şiirin muhataplarının nitelikleri ve ilgili diğer koşullar ele alınarak, ifadelerin bir tahrik yaratmaya elverişli olduğu, bu şekliyle fiilin suç teşkil ettiği sonucuna varılmıştır³⁸. Ancak tahrik oluşturmaya elverişli kabul edilen ifadeler sebebiyle dini gruplar nezdinde halkın diğer kesimine yönelik bir düşmanlığın oluşup oluşmadığı araştırılmamış, somut bir tehlikenin varlığı tespit edilmeksizin fail cezalandırılmıştır. Bir başka davada, bir gazetede köşe yazarlığı yapmakta olan fail “*Din Düşmanlığı Terörü*” başlıklı yazısında başörtüsü yasağı bağlamında, dinsiz ve şirret bir azınlığın ülkede hakim olan dine karşı saldırı başlattığını, dinsizliğin propagandasının yapılmasının serbest ancak dini değerlerin hayata geçirilmesinin yasak olduğunu belirtmiş; Müslüman kesime karşı düşmanlık yapanları militan, azılı din düşmanı ve “*Selanik Dönmeleri*” olarak nitelendirmiştir. Ayrıca bu din baskısının dünyaya duyurulması için çeşitli dillerde yayınlar çıkarılıp diğer ülkeler ile paylaşılmasını tavsiye etmiştir. 312/2. madde kapsamında yapılan yargılamada bahsi geçen ifadelerin ağır eleştiri sınırını aştığı ve büyük çoğunluğu Müslüman olan bir toplumda, çoğunluğu azınlığa karşı düşmanlığa tahrik etmeye ve dolayısıyla kamu düzeni bakımından tehlike yaratmaya elverişli olduğu tespit edilerek fail hakkında cezaya hükmedilmiştir³⁹. Bu yargılama kapsamında da Müslümanlar tarafından Müslüman olmayan kişilere karşı suç işlenmesi ile sonuçlanabilecek bir tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırılmamıştır.

5237 s. Kanun’da 2013 yılında yapılan kanun değişikliği ile somut tehlike suçuna dönüşen suçu ve suçluyu övme suçu, bu değişiklikten önceki haliyle bir soyut tehlike suçu teşkil etmekteydi. Maddenin bu şekli 765 s. TCK’de de aynı şekilde yer almaktaydı⁴⁰. Suçun soyut tehlike suçu teşkil

³⁸ Yargıtay 8. CD, E.1998/10296, K.1998/11672, T.23.09.1998.

³⁹ Yargıtay CGK, E.2004/8-201, K.2005/30, T.15.03.2005.

⁴⁰ 765 s. TCK md.312/1 “*Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.*”

ettiği bu dönemde yapılan bir yargılamada, Avrupa Birliği'nin Kongra-Gel'i terörist listesine almasının talihsiz bir durum olduğu, bunun yeniden çatışmalara sebebiyet verebileceğinden çekinildiği, bu kararın kınandığı ve kamuoyunun bu konuda duyarlı olması gerektiği yönünde açıklama yapan failin, terör örgütünün faaliyetlerinin meşru göstererek suçu ve suçluyu övme suçunu işlediğine karar verilmiştir⁴¹. İlgili düzenlemede suçun oluşması ve failin cezalandırılabilmesi için herhangi bir tehlikenin ortaya çıkması yahut ifadenin bu tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmediğinden, failin ifadeleri sebebiyle halkın terör örgütünü meşru görmeye başlaması ve örgüt faaliyetleri kapsamında suç işlenmesi sonucunu doğuracak bir tehlikenin varlığı araştırılmamıştır. Bir başka yargılamada failin "*Van'dan İmralı'ya Selam*" başlıklı yazısında terör örgütü lideri lehine slogan atılan bir mitingin coşkulu bir kutlama olarak aktarmasının terör örgütünün faaliyetlerinin övülmesi anlamına geldiğinden bahisle suçu ve suçluyu övme suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir⁴². Yargılamada, bahsi geçen yazı sebebiyle halkın terör örgütünün faaliyetlerini meşru görmeye başlaması ve suç işlemeye yönelmesi şeklinde somutlaşan bir tehlikenin varlığı tartışılmamıştır. Diğer bir davada bir terör örgütü lideri lehine slogan atılması ve örgüt liderinin fotoğrafının taşınmasından ibaret fiili için fail suçu ve suçluyu övme suçundan cezalandırılmıştır⁴³. Burada da gerçekleştirilen fiiller sonucu kamu düzeni bakımından somut bir tehlikenin meydana gelip gelmediği değerlendirilmemiştir.

Bu örneklerden anlaşıldığı üzere, rahatsız edici söz veya ağır eleştiri niteliğinde olmayan, ortaya koyulmaları sebebiyle halkın suç işlemeye yönlendirilmesini sağlayabilecek nitelikteki ifadeler, bunların toplumda herhangi bir karşılık bulup bulmadığı, bir diğer anlatımla somut bir tehlike meydana getirip getirmediği göz önüne alınmaksızın cezalandırılmaktadır. Bu davalarda kararı veren makam ve merciler, ilgili AİHM kararlarına atıf yapsalar da zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramından ve ifadenin sınırlandırılması için bu ihtiyacın kanıtlanması gerekliliğinden bahsetmemektedirler. Bu yönüyle olaylara konu ifadelerin yalnızca övme yahut suç işlemeye tahrik teşkil etmesi ile sınırlı bir değerlendirmenin

6459 s. Kanun değişikliği öncesi 5237 s. TCK md.215 "*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

⁴¹ Yargıtay CGK, E.2006/8-345, K.2007/13, T.30.01.2007.

⁴² Yargıtay 9. CD, E.2004/353, K.2004/519, T.01.03.2004.

⁴³ Yargıtay 8. CD, E.1998/13415, K.1998/16390, T.09.12.1998.

yapıldığı görülmektedir. İfadenin kamu düzeni bakımından bir tehlike oluşturmaya elverişli olmasının arandığı suçlarda, olayın özelliklerinin daha detaylı incelenerek bu elverişliliğin sağlandığına kanaat getirildikten sonra mahkumiyet hükmünün kurulduğu; ancak bu davalar bakımından da zorlayıcı toplumsal ihtiyacın kanıtlanması, yani elverişli ifadeler sebebiyle somut bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının incelenmediği görülmektedir. Uygulamada soyut tehlike suçlarında, kanunun cezalandırma için aradığı asgari koşulların gerçekleştiği durumlarda, Anayasa md.90/5⁴⁴ ve tarafı olduğumuz sözleşmelerden kaynaklanan ve ifade özgürlüğünü daha çok koruyan gerekliliklerin dikkate alınmadığı görülmektedir. Nitekim soyut tehlike suçlarının bu şekilde değerlendirilmesiyle verilen kararların konu edildiği başvurularda AİHM, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın kanıtlanmaması sebebiyle cezalandırmanın demokratik toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir⁴⁵. Bu ihlal kararlarını takiben ifade özgürlüğünün ihlal

⁴⁴ Anayasa md.90/5 “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

⁴⁵ *Yalçınkaya ve Diğerleri v. Türkiye* davasında AİHM, terör örgütü lideri hakkında “*sayın*” ifadesini kullanmaları sebebiyle başvuruçuların suçu ve suçluyu övme suçundan cezalandırılmalarını, bu ifade sebebiyle toplumda meydana gelen bir tehlikeye ilişkin herhangi bir kanıt ileri sürülmemiş olması sebebiyle, ifade özgürlüğünün ihlali olarak nitelemiştir. (*Yalçınkaya ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No. 25764/09, 25773/09, 25786/09, 25793/09, 25804/09, 25811/09, 25815/09, 25928/09, 25936/09, 25944/09, 26233/09, 26242/09, 26245/09, 26249/09, 26252/09, 26254/09, 26719/09, 26726/09, 27222/09, 01.10.2013, §36). Benzer yöndeki bir karar için bkz.: *Kılıç ve Eren v. Türkiye*, Başvuru No.43807/07, 29.11.2011.

Gül ve Diğerleri v. Türkiye davasında AİHM, terör örgütü lehine atılan sloganların bir şiddet çağrısı teşkil etmemesi ve bu sloganlar sebebiyle meydana gelen açık bir tehlikeye ilişkin herhangi bir kanıt ortaya koyulmamış olması sebebiyle, başvuruçuların terör örgütü propagandası suçundan cezalandırılmalarının ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir (Bkz. *Gül ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No. 48707/02, 8.07.2010, §42). *Menteş v. Türkiye (No.2)* davasında AİHM, başvuruçunun terör örgütü lehine sarf ettiği sözleri sebebiyle terör örgütü propagandası suçundan cezalandırılmasını da benzer sebeplerle ihlal olarak değerlendirmiştir (*Menteş v. Türkiye (No.2)*, Başvuru No.33347/04, 25.01.2011, §51).

Altuğ Taner Akçam v. Türkiye davasında AİHM, başvuruçunun Hrant Dink hakkında TCK md.301 uyarınca açılan davayı eleştiren yazısı sebebiyle kendisi hakkında da aynı madde bağlamında soruşturulma yapılmasına ilişkin olarak, TCK md.301’in, bireylerin davranışlarını yönlendirmesini sağlayacak belirlilikte olmaması ve kabul edilemeyecek genişlikte terimler içermesi sebebiyle kanun niteliği taşımadığına, bu madde uyarınca

edilmesine yol açan belirli soyut tehlike suçlarında değişiklik öngören 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun çıkarılarak ifade özgürlüğünün etkili şekilde korunması amaçlanmıştır⁴⁶.

6459 sayılı Kanun ile bazı soyut tehlike suçları çeşitli ibarelerin eklenmesi ile değişikliğe uğramıştır. Örneğin TCK md.215'te düzenlenen ve değişiklik öncesinde yalnızca işlenmiş bir suçun veya işlediği suç sebebiyle bir kişinin övülmesi halinde failin cezalandırılabilmesini mümkün kılan suçu ve suçluyu övme suçuna, “*bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde*” ibaresi eklenerek suçun bir somut tehlike suçuna dönüştürülmesi sağlanmıştır. Böylece, kamu düzeni bakımından bir tehlikenin meydana geldiği kanıtlanmadığı yani somut tehlike ortaya koyulmadığı müddetçe failin cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Yapılan bu değişiklikle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından aranılan kriterlere uygun bir düzenlemeye kavuşulmuş olmaktadır.

Nitekim Yargıtay 16. Ceza Dairesi kanun değişikliği sonrası gerçekleşen olaya ilişkin gördüğü davada, katıldığı bir miting sırasında terör örgütü liderini öven nitelikte slogan atan failin bu ifadesinin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturduğuna; ancak suç tarihinde kamu düzeni bakımından ortaya çıkan açık ve yakın bir tehlikenin bulunmadığı gerekçesiyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar vermiştir⁴⁷. Aynı daire tarafından failin örgüt propagandası suçunu mu suçu ve suçluyu övme suçunu mu oluşturduğuna ilişkin değerlendirme yapılan davalarda, failin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturduğuna kanaat getirildiği durumlarda failin cezalandırılabilmesi için (daire tarafından hukuki niteliği objektif

verilen cezaların ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir (Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, Başvuru No.27520/07, 25.10.2011, §93-95).

⁴⁶ “... insan haklarına saygı ve bu konuda ortaya çıkan aksaklıkları iç hukukumuzda çözüme bağlama ilkelerinin gereğinin yerine getirilebilmesi ve ülkemizin AİHM önündeki davalar açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi amacıyla, AİHS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen çeşitli kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılması ve söz konusu olabilecek ihlal durumlarının ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.”, 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Gerekçesi, (Çevrimiçi), <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=122187&pkanunnumarasi=6459>, Erişim Tarihi: 07.05.2019.

⁴⁷ Yargıtay 16. CD, E.2016/2510, K.2018/1384, T.25.04.2018.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilen) somut tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılması gerektiğine karar verilmiştir⁴⁸.

6459 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan bir başka tehlike suçu ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinde düzenlenen terör örgütü propagandası suçudur. Değişiklik öncesinde yalnızca terör örgütünün propagandasının yapılması ile failin cezalandırılmasını mümkün kılan bu düzenlemeye “*cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde*” ibaresi eklenmiştir. Böylece ancak terör örgütünün suç teşkil eden bu yöntemlerini meşru gösteren veya bunlara başvurulmasını teşvik eden bir terör örgütü propagandası yapılması halinde fail cezalandırılabilecektir. Her ne kadar propagandanın, bireylerin suç işleme yönünde irade geliştirmeleri şeklindeki bir somut tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekli olsa da değişiklik sonrasında dahi, bu yönde bir tehlikenin meydana geldiğinin tespit edilmesi gerekliliği söz konusu değildir. Yapılan bu değişiklikle propaganda fiilinin elverişliliğine ilişkin bir ölçüt getirilmesine rağmen bu elverişlilikte bir ifadenin somut bir tehlike meydana getirmese de cezalandırılması mümkün olmaktadır⁴⁹. Bu sebeple yapılan değişikliğin,

⁴⁸ “Sanık hakkında TCK'nın 215. maddesinde tanımlanan suçu ve suçluyu övme suçunun unsurları ve cezalandırılma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdiri yerine, yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde propaganda suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,” Yargıtay 16. CD, E.2017/2131, K.2017/5379, T.20.11.2017. Benzer yönde bkz. Yargıtay 16. CD, E.2016/2659, K.2017/5018, T.13.09.2017, Yargıtay 16. CD, E.2017/1896, K.2017/4923, T.12.09.2017; Yargıtay 16. CD, E.2017/1009, K.2017/4573, T.20.06.2017.

⁴⁹ “Sanığın ... Facebook hesabında propaganda içerikli yapmış olduğu paylaşımlarda; PKK silahlı terör örgütü mensuplarının fotoğraflarını ve silahlı terör örgütün Suriye uzantısı YPG'nin alt kolu olan silahlı terör örgütü YPJ'nin sözde bayrağını eline alarak çekilen fotoğrafı paylaştığı, yorumlarında örgütü ve faaliyetlerini meşrulaştırmaya ve legal olarak göstermeye çalıştığı, terör örgütü mensuplarını övdüğü, yine silahlı terör örgütü PKK'nın mensuplarının silahlı faaliyetlerine ilişkin fotoğraf ve görüntülerini iyi göstermeye, benimsetmeye yönelik yazılar eşliğinde paylaştığı, bu şekilde sanığın PKK terör örgütünün simgeleri ile birlikte, bu silahlı terör örgütünün ve PKK/KCK terör örgütü ile iltisaklı YPG terör örgütünün mensuplarının silahlı faaliyetlerini meşru gösterme amaçlı, övücü nitelikteki yazı ve görüntülerini paylaşması şeklinde gerçekleşen eyleminin; propagandasını yaptığı terör örgütlerinin amacı, bu amacı gerçekleştirmek için yaptığı eylemlerin cebir, tehdit ve yoğun şiddet içeren niteliği ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında kabul edildiği üzere; silahlı terör örgütü PKK/KCK ile irtibatlı olan PYD/YPG yapılanmasının da silahlı terör örgütü niteliğinde bulunduğu” göz önüne alındığında, eylemin silahlı terör örgütleri PKK/KCK ve PYD/YPG 'nin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek, teşvik edecek nitelikte olduğu ve silahlı terör örgütünün propagandası suçunu

zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı bakımından gerekli olan ispat şartını karşılamadığı görülmektedir. Buna ilişkin olarak AİHM *Bakır ve Diğerleri v. Türkiye* kararında, başvuruçuların silahlı bir örgüt ile bağı olduğu tespit edilen bir gençlik örgütü lehine slogan atmaları ve örgütün üniformalarını giymeleri sebebiyle TMK md.7/2 uyarınca cezalandırılmalarını, atılan slogan ve giyilen üniforma sebebiyle toplumda bir tehlike meydana geldiği ortaya koyulmadan cezaya hükmedilmiş olması sebebiyle hukuka aykırı bulmuştur⁵⁰. Buradan yola çıkarak, ifadenin belirtilen somut tehlikeyi meydana getirme elverişliliğinin suç tipinde gösterilmesinin, cezalandırma için bu tehlikenin kanıtlanmasına ilişkin bir yükümlülük getirilmediği sürece ifade özgürlüğü bakımından yeterli bir kıstas teşkil etmeyeceği, bu şekilde düzenlenen tehlike suçları dolayısıyla verilen mahkumiyet kararlarının ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine yol açacağı söylenebilecektir.

SONUÇ

Gelişen teknoloji ile her ne kadar ifade özgürlüğünün kullanılış şekli ve ona yönelen müdahalelerin niteliği değişse de ifade özgürlüğünün etkili şekilde korunmasına olan ihtiyaç bakımından bir farklılık söz konusu olmamıştır. Bu sebeple ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken ilkelerin tespiti oldukça önem arz etmektedir. Özellikle ifade özgürlüğünün en ağır şekilde sınırlandırıldığı alan olan ceza hukuku bakımından, bir düşünce açıklamasının cezalandırılmasını öngören suç tiplerinin bu ilkelere riayet edilerek düzenlenmesi elzemdir. İfade özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil eden suç tiplerinin genellikle tehlike suçu olarak karşımıza çıkması, tehlike suçlarının düzenlenişinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütler açısından değerlendirilmesini daha da önemli kılmaktadır.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olabilmesi için, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap olması ve bu ihtiyacın ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması gerekliliği bakımından somut tehlike suçlarının, ifade sebebiyle toplumda meydana gelen bir tehlikenin mahkemece tespit edilmesini gerektirmeleri sebebiyle, ifade özgürlüğünün korunması için uygun olan düzenleme şekli olduğu görülmektedir. Soyut tehlike suçları ise ifade sebebiyle bir tehlikenin meydana geldiğini kanunen

oluşturduğu sonucuna varılmıştır.”, İstanbul BAM 2. CD, E.2017/101, K.2017/144, T.01.02.2017.

⁵⁰ Bakır ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No. 46713/10, 10.07.2018, §74-75. *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

kabul eden ve tehlikenin mahkemece kanıtlanmasına ihtiyaç duymaksızın failin cezalandırılabilmesine imkan sağlayan bir düzenleme olarak, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ilgili ve yeterli kanıtlarla ortaya koyulması şartına uygun düşmeyen bir suç tipi teşkil etmektedir. Suç tipinde belirli bir tehlikenin ortaya çıkmasına yönelik elverişliliğin ayrıca yer alması, tehlikenin kanıtlanması koşulu anlamına gelmediğinden, bu şekilde düzenlenen suç tipleri de ifade özgürlüğünün etkin şekilde korunması bakımından yetersiz kalmaktadır.

Bu hususta kanunlarımızda yer alan ve ifade özgürlüğünü sınırlandıran tehlike suçlarının, ifade özgürlüğü için asgari bir koruma sağlanması adına somut tehlike suçları olarak düzenlenmesi, somut tehlike suçu olmayan suçlarda gerekli değişikliklerin yapılması bir zorunluluk arz etmektedir. 6459 s. Kanun ile yapılan değişiklik her ne kadar bazı suç tiplerini somut tehlike suçuna dönüştürerek olumlu bir değişim sağlasa da yeterli olmamıştır. Özellikle değişiklik yapılan soyut tehlike suçlarına çok benzer suçlar için değişiklik yapılmaması, yapılan değişikliğin ifade özgürlüğünün korunması hususunda esaslı bir yaklaşım sergilenmediğini göstermektedir. Örneğin bir dolaylı tahrik teşkil eden suçu ve suçluyu övme suçu (TCK md.215) değişiklik ile soyut tehlike suçundan somut tehlike suçuna dönüştürülmüşken, bir doğrudan tahrik niteliğini haiz olup soyut tehlike suçu olan suç işlemeye tahrik suçunda (TCK md.214) herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Benzer şekilde halkı askerlikten soğutma suçu (TCK md.318) bakımından yapılacak telkin veya propagandanın askerleri firar etmeye veya askerlik hizmetine katılacakları vazgeçirmeye elverişli olması gerekliliği getiren bir değişiklik yapılmasına rağmen, askerleri itaatsizliğe teşvik suçu (TCK md.319) için herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Bunun gibi değişiklik yapılan soyut tehlike suçların somut tehlike suçuna dönüştürülmeyişi de değişikliğin etkili bir koruma sağlamasının önüne geçmektedir. Örneğin değişiklik öncesinde de soyut tehlike suçu olan örgüt propagandası suçu (TCK md.220/8) yalnızca örgütün veya amacının propagandasının yapılmasını cezalandırırken, yapılan değişiklikle örgütün cebir, tehdit, şiddet içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek veya bu yöntemleri meşru gösterecek bir örgüt propagandasının cezalandırılması öngörülmüş; propaganda sebebiyle bir tehlikenin meydana gelmesi şart olarak aranmamıştır. Bu şekilde gerçekleştirilen değişiklik suçun somut tehlike suçuna dönüşmesini sağlamamıştır. Görüldüğü üzere bu Kanun kapsamında, değişikliğe uğrayan suç tiplerine benzer suçlarda bir değişiklik yapılmamış, değiştirilen bazı suçlar ise ideal bir düzenleme formuna kavuşturulamamıştır. Sonuç olarak

ifade özgürlüğünün korunması bakımından ilerici bir düzenleme yapma fırsatı iyi değerlendirilememiştir.

İfade özgürlüğünün etkin şekilde korunması amacıyla tehlike suçlarının somut tehlike suçu olarak düzenlenmesine olan ihtiyacın karşılanması için kanun değişikliği yapılması bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bununla birlikte yapılacak değişikliklerin 6459 s. Kanun'daki eksiklikleri taşımaması adına, tipik fiilini bir ifadenin oluşturduğu tehlike suçlarını ihtiva eden tüm kanunların gözden geçirilerek soyut tehlike suçlarının tespit edilmesi, bu suçların tamamının somut tehlike suçu olarak değiştirilmesi gereklidir. Bu değişiklikler gerçekleştirilene kadar ifade özgürlüğünün etkili ve kapsamlı şekilde korunduğunu iddia etmek söz konusu olamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur:** “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirmesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, s.7-32.
- Arslan, Zühtü:** “İfade Özgürlüğünü Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike”nin Tehlikeleri”, in: AB Sürecinde İfade Özgürlüğünü Yeniden Düşünmek, Liberal Düşünce, Y.6, S.24, Güz 2001, s.14-22.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Aydın, Öykü Didem:** “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı”, HÜHFD, S.1(2), 2011, s.26-63.
- Aydın, Öykü Didem:** Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku – 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2011.
- Greer, Steven:** The Exceptions to Article 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

- Karan, Ulaş:** İfade Özgürlüğü, Ankara, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi Yayını, 2018.
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbey, Özcan:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBBD, S:106, 2013, s.41-92.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özsoy, Şule:** “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBBD, S:56, 2005, s.29-47.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan:** Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Toroslu, Nevzat:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayınevi, 24. Baskı, 2018.
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK Md.1-75, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015.

Cevrimiçi Kaynaklar

- Arslan, Zühtü,** “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, in: ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (Çevrimiçi), <http://www.libertedownload.com/ldt/ifade-hurriyeti/abd-yuksek-mahkemesi-karalarinda-ifade-ozgurlugu.pdf>.
- European Commission - Article 29 Data Protection Working Party,** Opinion on the Necessity and Proportionality, Çevrimiçi, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51517.

Mevzuat ve Yargı Kararları

- ABD hukukuna ilişkin mevzuat,** <https://www.law.cornell.edu/constitution>
- ABD Yüksek Mahkemesi kararları,** <https://supreme.justia.com/>
- AİHM kararları,** <https://hudoc.echr.coe.int/>
- Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları,** <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Türk hukukuna ilişkin mevzuat, <https://www.mevzuat.gov.tr/>,
<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>
Yargıtay kararları, <http://www.kazanci.com/>

‡ TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU (THE CRIME OF FINANCING OF TERRORISM)

Arş. Gör. Yeşim YILMAZ * **

ÖZ

Küreselleşme ile sınıraşan bir boyuta ulaşan ve ciddi bir güvenlik sorunu olan terörizm ile etkin mücadele uluslararası iş birliğini gerektirmiş, bu çerçevede uluslararası düzenlemeler ile terörizmle mücadele odaklı birtakım tedbirler geliştirilmiştir. Terörizmle etkin mücadele esasen terörizmi besleyen maddi kaynakların ortadan kaldırılması yoluyla gerçekleştirilebilecektir. Zira terör örgütlerinin varlığını sürdürebilmesi ve terör eylemlerinin gerçekleştirilebilmesi için finansal kaynaklara ihtiyaç bulunmakta; terör örgütleri ve terör eylemleri yasal ve yasal olmayan birtakım kaynaklardan finanse edilmektedir. Bu çerçevede terörizmle ve terörizmin finansmanı ile mücadele ve özellikle terörizmin finansmanının suç haline getirilerek bu suçların suçun ağırlığına uygun şekilde cezalandırılması için gerekli ulusal düzenlemelerin yapılması ve devletler arasında iş birliğinin sağlanmasını hedefleyen birtakım uluslararası belge ve sözleşmeler ortaya konulmuştur. Terörizmin finansmanı suçu, uluslararası yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla, mevzuatımızda ilk olarak 2006 yılında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 8 ilâ 8/A maddelerinde tanımlanmış, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un kabul edilmesiyle bu maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Ceza Hukuku'nda terörizmin finansmanı suçu 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir. Aynı zamanda bu Kanun ile terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla malvarlığının dondurulması tedbiri hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 3. maddesinde fon sağlanması veya toplanması yasak fiiller olarak düzenlenmektedir. Kanun'un 4. maddesi uyarınca terörizmin finansmanı suçu; 3. madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya

‡ Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2020. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2020. İkinci hakem raporu tarihi: 13.04.2020. Onaylanma Tarihi: 23.04.2020.

* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7318-6959.

Eser Atıf Şekli: Yeşim Yılmaz, "Terörizmin Finansmanı Suçu", YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, s.177-267.

kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlanması veya toplanmasıdır. Bu çalışmada kısaca 6415 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamına değinilerek suç genel teorisi çerçevesinde terörizmin finansmanı suçu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler : *Terör, Terörizm, Terörle Mücadele, Terörizmin Finansmanı Suçu, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun.*

ABSTRACT

The effective fighting against terrorism which has reached a transnational dimension and is a serious security problem with globalization, necessitated international cooperation. Within the scope of international regulations, a number of measures were developed with the aim of combating terrorism. Fight against terrorism can be made effective through the suppression of monetary resources that feed terrorism. Because financial resources are needed to ensure the existence of terrorist organizations and to carry out terrorist acts; terrorist organizations and terrorist acts are financed from legal and illegal sources. In this framework, a number of international documents and contracts have been put forward to fight against terrorism and the financing of terrorism, in particular to make necessary national regulations to punish the financing of terrorism in accordance with the severity of the crime and to ensure cooperation between states. The offense of financing the terrorism was first defined in our legislation in 2006 by articles 8.8 / A of Law No. 3713 on the Fight Against Terrorism in order to fulfill international obligations, with the adoption of Law No. 6415 on the Prevention of Financing of Terrorism, these articles were abolished. The crime of financing of terrorism in Turkish Criminal Law is regulated in Law No. 6415 on Prevention of Financing of Terrorism. At the same time, this law stipulates the freezing of assets for the purpose of preventing the financing of terrorism. Article 3 of the Law provides for the prohibition of the providing or collecting of funds. The offense of financing terrorism under Article 4 of the Act is providing or collecting funds for a terrorist or terrorist organization, even if it is not associated with a certain act, with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part in committing acts that are regulated as offenses under Article 3. In this study, firstly, the aim and scope of Law No. 6415 will be mentioned and afterwards, the crime

of financing terrorism will be discussed in accordance with the crime general theory.

Keywords : *Terror, Terrorism, Fight Against Terrorism, The Crime of Financing of Terrorism, Law No. 6415 on the Prevention of Financing of Terrorism.*

GİRİŞ

Terörizmle mücadele çok boyutlu bir yapıya sahip olup günümüzde terör örgütlerinin sahip olduğu finansal güç dikkate alındığında, terörizmle mücadele kapsamında terörizmin finansmanı ile mücadelenin öncelikli olarak ele alınması önemlidir. Nitekim terör örgütlerinin sahip olduğu ekonomik güç dikkate alındığında; klasik tedbir ve uygulamaların yanında terörizmle etkin bir şekilde mücadelenin en önemli boyutlarından biri terörizmin finansman kaynaklarını tespit ederek engellemek olarak görülmektedir. Teröristlerin ve terör örgütlerinin temel amacı gelir elde etmek olmasa da örgütlerin varlığını sürdürebilmesi, terör eylemlerinin gerçekleştirilebilmesi ve diğer ihtiyaçları için finansal kaynaklara ihtiyacı bulunmakta; terör örgütleri ve terör eylemleri yasal, ayrıca uyuşturucu ticareti gibi suçlardan elde edilen gelirler gibi yasal olmayan birtakım kaynaklardan finanse edilmektedir. Terörizmin finansmanının önlenmesi konusunda alınacak tedbirler ve yapılacak yasal düzenlemeler terör örgütlerinin varlığını sürdürmelerinin ve terör eylemlerinin gerçekleştirilmeden engellenmesi sonucunu doğuracaktır. Terörizmin; saldırılarda kullanılan malzeme ve ürünleri (yani araçları, bombaları vb.) ifade eden doğrudan maliyetleri olmakla birlikte, teröristleri eğitmek, rüşvet vermek ve halkın desteğini almak için propaganda yapmak, iletişim, lojistik vb. gibi terör örgütünü geliştirmek, sürdürmek ve ideolojisini geliştirmek için kullanılan dolaylı maliyetleri de bulunmaktadır¹.

Terörizmin finansmanının önlenmesi özellikle 11 Eylül saldırılarının ardından uluslararası alanda dikkat çekmiştir. Kara para aklama 1980'lerin sonundan itibaren uluslararası toplumun odak noktasındayken, özellikle de

¹ Stefan D. Haigner, Friedrich Schneider, Florian Wakolbinger, “*Combating Money Laundering and The Financing Of Terrorism: A Survey*”, Economics of Security Working Paper 65, Berlin: Economics of Security, 2012, s. 5 vd. Örneğin, 11 Eylül 2001 tarihinde New York'ta gerçekleştirilen terör eylemlerinin doğrudan maliyetinin 300,000 - 500,000 USD arası olduğu, 2003 yılında İstanbul'da gerçekleştirilen terör eylemlerinin doğrudan maliyetinin ise 40,000 USD olduğu düşünülmektedir. Bu doğrudan maliyetlerin şaşırtıcı derecede düşük olduğu ifade edilmektedir. Diğer örnekler için bkz Haigner – Schneider - Wakolbinger, s. 6.

New York Dünya Ticaret Merkezi'ne 11 Eylül 2001'de yapılan uçak saldırılarından sonra terörizmin finansmanı ile mücadelenin teşvik edildiği görülmektedir². Böylece terörizmin finansmanının önlenerek terör örgütlerinin eylem kapasitelerinin düşürülmesi hedeflenmiş olup özellikle Birleşmiş Milletler'in organı olan Güvenlik Konseyi tarafından 11 Eylül saldırılarının hemen sonrasında konu ile ilgili olarak kararlar çıkarılmış ve tedbirler alınmıştır. Özellikle uluslararası alanda mevzuatların küresel ölçekte uyumlaştırılmasını amaçlayan pek çok girişimde bulunulmuş ve terörizmin finansmanı ile mücadele kapsamında terörizmin finansmanının suç haline getirilerek cezalandırılması ve ülkelerin olabilecek en yüksek düzeyde iş birliğinde bulunmaları yönünde çok sayıda uluslararası belge ve sözleşme ortaya konulmuştur. Bu sözleşmeler gereğince doğan yükümlülükler çerçevesinde de ulusal mevzuatlarda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Dolayısıyla terörizmin finansmanı ile mücadele, ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde yürütülmektedir. Bununla birlikte, terörizmin finansmanının yalnızca hukuki yönünün bulunmadığını, siyasi, ekonomik ve askeri vb. mücadele yöntemlerinin uygulandığını da ifade etmek gerekir.

Terörizmin finansmanı ile hukuki mücadelenin önleyici tedbirler ile maddi ceza hukukuna ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin düzenlemeler olarak iki yönü bulunmaktadır. Önleyici tedbirler, terörizmin finansmanı suçu işlenmeden önceki süreçte, örneğin terör örgütlerinin elde ettikleri gelirlerin mali sisteme sokulması aşamasında, alınacak önleyici ve engelleyici tedbirleri kapsamaktadır. Önleyici tedbirler terörizmin finansmanı ile mücadelenin etkinliğini arttırmak bakımından son derece önemlidir. Terörizmin finansmanı ile mücadele maddi ceza hukuku yönünden terörizmin finansmanının suç olarak düzenlenerek cezalandırılmasını, ceza muhakemesi yönünden ise suçun tespit edilmesinden sonra başlayan soruşturma ve kovuşturmalarda başvuru tedbirleri içermektedir. Son olarak, terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik düzenlemelerde uluslararası iş birliği ve adli yardımlaşmanın sağlanması da bir zorunluluk olarak görülmektedir. Bu noktada mücadele

² Haigner – Schneider – Wakolbinger, s. 36. 11 Eylül'den sonra terörizmin finansmanı ile mücadele konusunda uygulanan uluslararası ve ulusal mücadele tedbirleri için ve terörizmin finansmanı ile mücadelede yürütme ile finansal kurumlar tarafından daha etkin bilgi alışverişinin sağlanması hakkında bkz. bkz. Nicholas Ridley, Dean C. Alexander, "Combating Terrorist Financing In The First Decade Of The Twenty- First Century", Journal of Money Laundering Control, Vol. 15 Issue: 1, 2011, s. 38-57.
YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

bakımından bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi ve iş birliği içerisinde gerçekleştirilen çalışmalar önem arz etmektedir.

Terörizmin finansmanı ile hukuki mücadele çerçevesinde uluslararası yükümlülüklerin de bir gereği olarak, mevzuatımızda terörizmin finansmanı 2006 yılından itibaren suç olarak düzenlenmektedir. Böylece terör suçlarını gerçekleştirenlerden başka terör örgütlerini ve eylemlerini finanse edenlerin de ayrıca cezalandırılması öngörülmektedir. Hukukumuzda ilk olarak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinde düzenlenen terörün finansmanı suçu 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılarak, Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin³ gereklerine uygun şekilde 6415 sayılı Kanun'da terörizmin finansmanı suçu olarak yeniden düzenlenmiştir. 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. Bölümünde terörizmin finansmanı suçu düzenlenmekle birlikte, 3. Bölümünde de malvarlığının dondurulması tedbirine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu çalışmanın amacı terörizmle mücadelede önemli bir yer teşkil eden terörizmin finansmanı kavramını ve terörizmin finansmanı ile mücadele enstürmanlarını genel hatlarıyla ortaya koyabilmek ve uluslararası yükümlülükler gereğince Türk Ceza Hukuku mevzuatımızda düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu detaylıca incelemektir. Bu doğrultuda öncelikle terörizmi finansmanı ile mücadelede kavramların, terörizmin finansman kaynaklarının ve terörizmin finansmanına ilişkin ulusal mevzuat ile uluslararası belgelerin üzerinde durulacaktır. Çalışmanın devamında ise 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçu, suç genel teorisine uygun olarak, özellikle Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde incelenecektir.

³ BM Sözleşmesi'nin tam metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1999/12/19991209%2009-59%20AM/Ch_X_VIII_11p.pdf (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

I. KAVRAMLAR, TERÖRİZMİN FİNANS KAYNAKLARI, ULUSLARARASI BELGELERDEKİ VE ULUSAL MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

A. Terörizmin Finansmanı ile Mücadelede Kavramlar

Fransız Devriminden sonra 1793 Konvansiyon döneminde uygulanan sistematik şiddet politikası, siyaset ve hukuk alanlarında bugünkü anlamında terörizm kavramının doğmasına yol açmıştır⁴. Terörizm esasen disiplinler arası bir olgu olup aynı zamanda birçok hukuk dalının alanına girmektedir. Uluslararası düzeyde ve çeşitli ülkelerin iç hukuklarında birçok terör tanımı önerisi getirilmiştir⁵. Tanımlara bakıldığında terörizmin başlıca iki amacı olduğu; ilk amacın toplumda korku, tedirginlik, yılgınlık yaratmak; diğerinin ise toplumda üstünlük kurarak belirli bir iktidara ya da siyasal

⁴ Emre Öktem, *Terörizm / İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 13. Ayrıca bkz. Yılmaz Altuğ, “*Terörizm Sorunu*”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, Y. 1986 – 1987, S.1, s. 51.

⁵ Öktem, s. 37 vd; Terörizmi tanımlama çabalarına ilişkin bkz. Ben Saul, “*Uluslararası Hukukta Terörizmi Tanımlama Girişimleri*”, Çeviren: S. İrem Çakırca, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 21 vd; Sami Selçuk, “*Hukukun Terörle Sınırı*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 5, 2011, s. 58 vd.; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 2004 yılında terörizmi genel anlamıyla tanımlayan bir karar yayınlamış ancak bu tanımın bölgesel suç teşkil eden; terör yaratma, halkı korkutma, bir devlete veya kuruluşa baskı yapma amacı taşıyan eylemlerle sınırlı nispeten dar bir tanım getirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Ben Saul, “*Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde Terörizmin Tanımı*”, Çeviren: Seda Koç, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 77. Bazı ülkelerdeki terör tanımları konusunda bkz. Hikmet Sami Türk, *Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 8 vd. Terörizmin tanımlanması sorunu ile tanımlama sorununun siyasal ve hukuksal nedenleri hakkında bkz. Ahmet Hamdi Topal, “*Uluslararası Hukukta Terörizmin Tanımlanması Sorunu*”, E-Akademi Dergisi, S. 32, Ekim 2004 <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ULUSLARARASI%20HUKUKTA%20TER%20D6R%DDZM%DDN%20TANIMLANMASI%20SORUNU&kimlik=1097056714&url=makaleler/ahtop-al-1.htm> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); Mehmet Akça, “*Terörizmin Kendine Özgü (Sui Generis) Niteliği: Kavramı Tanımlamada Metodoloji Sorunu*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 1, Ocak 2014, s. 32 vd. Henüz genel kabul gören bir tanım yapılmamış olmakla birlikte terörizmi tanımlamak için ilk olarak, genel bir yaklaşımın benimsenmesi, tanımda en azından bakımına, muhalefet ve grev gibi demokratik hak ve özgürlüklerin zarar görmemesi bakımından bunlar lehine belirli bir dışlama yapılması ve ülkelerin parlamentolarının herhangi bir terörizm tanımının temel unsurlarını ortaya koyması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Ben Golder, George Williams, “*What is Terrorism? Problems of Legal Definition*”, UNSW Law Journal, 27(2), 2004, s. 270-288.

amaca ulaşmak olduğu söylenebilecektir⁶. Genel kabul gören ortak bir tanım varlığından bahsedilememekle birlikte, birtakım ortak kriterlerin ortaya konulduğu göze çarpmaktadır⁷. Terör, çok genel anlamıyla devlete yönelik şiddet içeren harekettir⁸. Terör eylemlerinin tek tek sayılarak terör kavramının ortaya konulmaya çalışılması ile birlikte terörün ortak unsurlarını içeren tanımların da yapılmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir.

Terör ve terörizm kavramları arasında fark bulunduğu; terörizmden söz edebilmek için aynı siyasi amaca yönelmiş bir dizi terör olayının varlığının gerektiği, birbiriyle bağlantılı olmayan terör hareketlerinin de toplumdaki dehşeti, korkuyu arttıracığı, ancak bu durumun, terörizmden söz etmek için yeterli olmadığı ileri sürülmektedir⁹. Terörün, nihai olarak ulaşılmak istenen amaç açısından bir araç, bir hareket tarzı, bir strateji olduğu; terörizmin, insan gruplarını bir anda dehşete düşürme stratejisinden ibaret olan terör eylemlerinin belirli bir plan dahilinde sistematik olarak uygulanmasını ve dolayısıyla terör eylemlerinin bütününe ifade eden bir kavram olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Ancak, terör ve terörizm arasındaki bu fark toplum dilinde ortadan kalkmış olup belirli bir siyasi sistemi değiştirmek amacıyla belirli

⁶ Köksal Bayraktar, *Siyasal Suç*, İstanbul, 1982, s. 159.

⁷ Uluslararası terörizm tanım önerilerinde; eylem, yöntem, saik, fail, mağdur gibi birtakım müşterek kavramlardan yola çıkıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Öktem, s. 51.

⁸ Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 51-52. Terör eylemlerinin ve teröristlerin siyasi suç kapsamında değerlendirilemeyeceği konusunda genel bir kabulün bulunduğunu ifade etmek gerekir. Siyasal suçun tanımı üzerinde anlaşma sağlanamamış olmasına rağmen siyasi suçlunun iade edilmeyeceği konusunda bir anlaşma söz konusudur. Bir yanı ile terör eylemi ve terörist ile siyasi suç ve siyasi suçlu ayrımı kendisini sonuçta göstermektedir. Devrim Aydın, “*Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi*”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 2, No: 7, 2006, s. 9. Ancak üzerinde anlaşılabilen husus, hangi fiillerin terörist eylem sayılacağı ve siyasi suçla terörist eylem arasındaki farkın ne olduğudur. Aydın, s. 13. Siyasal suç hakkında detaylı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 48 vd.

⁹ İsa Döner, “*Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Terör ve Terörizm, E-Akademi Dergisi*”, S. 43, Eylül 2005. <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ULUSLARARASI%20HUKUKTA%20VE%20T%DCRK%20HUKUKUNDA%20TER%D6R%20VE%20TER%D6R%DDZM&kimlik=1129233217&url=makaleler/idoner-1.htm> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); Bkz. “*Terör ile terörizm arasında fark mevcuttur. Terör çok kez gayri iradi olarak meydana gelebilir. Birçok savaş, terör ve kitle terörünün veya ihtilal maksadıyla ayaklanmanın birden patlak verdiği ve kontrol edilemez olduğu bilinmektedir. Diğer taraftan terörizm siyasi maksatlarla iradi olarak terör yaratmaktadır, terörü sistematik ve hesaplı kullanmalıdır. Ne kadar ham olursa olsun bir terörizm felsefe teori veya ideolojiye dayanır.*” Altuğ, s. 55. Terör ve terörizm ayrımı konusunda ayrıca bkz. Akça, s. 16 vd.-29.

¹⁰ Zafer, *Terörizm*, s. 11.

bir örgüt tarafından sistematik olarak uygulanan ve kitleleri paniğe sokan, “cebir, şiddet, cebir ve şiddete yönelik güncel tehdit” eylemleri, terör eylemleri ya da terör veya terörizm olarak adlandırılmaktadır¹¹.

Terörizm, en kısa şekliyle mevcut siyasi durum ve varılmak istenen siyasi sonuç ne olursa olsun mevcut siyasi yapıyı değiştirmek veya ortadan kaldırmak için sistematik olarak şiddet uygulanmasıdır¹². Uluslararası hukuktaki ve doktrindeki tanımlar göz önüne alınarak terör eylemlerinde olması gerekli olan genel ve ortak unsurları ortaya konulmuştur. Bunlar; kişi ya da kişilere cebir ve şiddet kullanılması veya cebir ve şiddetin kullanılacağına ilişkin güncel tehdidin bulunması, siyasi bir maksada dayanma, suçsuzluk, eylemlerde süreklilik ve sistematik (planlı) hareket etme, toplumu korkutup sindirme, yıldırma¹³. Verilen tanımlarda terörün toplumda bir korku ortamı yarattığı, kamu düzenini derinden sarstığı, eylemlerin bir plan dahilinde sistematik gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmekte ve terörizm bir siyaset aracı olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Her ne kadar genel kabul gören kapsayıcı bir tanım bulunmasa da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku bakımından terör konusunda bir tanıma ulaşılması önemli olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim kanunilik ilkesinin bir gereği olarak TMK’nın 1. maddesinde terör

¹¹ Zafer, Terörizm, s. 11-12.

¹² Zafer, Terörizm, s. 57. Ancak günümüzde bir başka siyasal düzen kurmak amacını taşımadan toplumda endişe ve korku yaratmak amacıyla şiddete yönelen muhalif eylemlerin de terörist fiiller olarak ifade edildiği de söylenmektedir. Aydın, s. 13.

¹³ Döner, Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Terör ve Terörizm, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ULUSLARARASI%20HUKUKTA%20VE%20T%DCRK%20HUKUKUNDA%20TER%D6R%20VE%20TER%D6R%DDZM&kimlik=1129233217&url=makaleler/idoner-1.htm> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); Terör eylemleri incelendiğinde bunların zor/şiddet boyutu, güdü/amaç boyutu, örgütlülük boyutu, sistemlilik boyutu, süreklilik boyutu, terörün hiçbir değeri önemsememesi, terörün yakın amacının toplumda yılgınlık, kaygı yaratmak olması gibi özgül, değişmez, belirleyici ortak ve toplayıcı boyutları ve olmazsa olmaz yapısal özellikleri bulunduğu belirtilmektedir. Selçuk, s. 64 vd. Terörizmin tanımlarına bakıldığında siyasal motivasyon, örgütlenme ve şiddete başvurma şeklinde üç ortak unsurun ön plana çıktığı ifade edilmektedir. Akça, s. 55-56. Yine belirli bir tanım olmasa da ortak anlayışın sonucu olarak terörizm hakkında sivillere karşı gerçekleştirilen şiddet veya şiddet tehdidi olması, meşru araçlarla elde edilemeyeceği ileri sürülen bir politik amacı elde etme aracı olması, bir stratejinin parçası olma, korku yaratma gibi birtakım ortak ilkelerin kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Hans-Peter Gasser, “Terör Eylemleri, Terörizm ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Çeviren: Fulya Eroğlu, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 105.

¹⁴ Zafer, Terörizm, s. 57.

tanımına yer verilmektedir¹⁵. Buna göre; “*Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*” Tanıma baktığımızda terörizmin yöntem, amaç ve örgüt unsurlarını içerdiği görülmektedir. Terörle Mücadele Kanunu’nun 2. maddesi de; “*Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.*” şeklinde terör suçlusu kavramını düzenlemiştir. Söz konusu her iki düzenleme de bir suç düzenlemesi olmaktan ziyade tanım maddesi niteliğindedir. Terör suçları ise Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. ve 4. maddelerinde düzenlenmekte olup Kanun terör suçlarını sayma yolunu gitmiştir¹⁶. Kanunun 3. maddesinde belirtilen suçları mutlak terör suçları olup bu suçların belirli amaçlar doğrultusunda veya belirli yöntemlerle işlenmesi aranmamaktadır. Bununla birlikte, 4. maddede nisbi terör suçları düzenlenmekte olup 1. maddede sayılan amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde maddede sayılan suçlar terör suçu sayılmaktadır. Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiillerin finansmanı açıkça yasaklanmaktadır. Aynı zamanda

¹⁵ TMK’da yer alan terör tanımına ilişkin eleştiriler için bkz. Zafer, *Terörizm*, s. 120 vd.; Zeki Yıldırım, *Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu ve Malvarlıklarını Dondurma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 62 vd. Ayrıca tanımda yer verilen bazı ifadelerin belirsiz olmasının kanunilik ilkesini zedelediği de ifade edilmektedir. Zafer, *Terörizm*, s. 121. Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girdiği dönemde Kanun’da yer alan terör tanımı ve terör suçlarına yönelik eleştiriler için bkz. Bülent Tanör, “*Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* (MHB), 1990, Y. 10, S. 1-2, s. 166 vd.

Terör tanımına ilişkin 2003 yılında yapılan değişiklikten önce yapılan eleştiriler için ayrıca bkz. Engin Akın, *Terör ve Terörün Finansmanı Suçu Anayasa Mahkemesi-Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 55 vd.

¹⁶ Hakan Hakeri, “*Türk Hukuku’nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu*”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, Aralık 2013, s. 65.

Kanunun 7. maddesinde, cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanların Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi hükümlerine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu noktada terör tanımının yer aldığı 1. maddenin 4. ve 7. maddeler bakımından önem taşıdığını ifade etmek gerekir.

Terör örgütlerinin güttükleri amaç esasen onları diğer suç örgütlerinden ayırmaktadır. Terör örgütlerinin esas amacı tehdit ve şiddet yoluyla siyasal amaçlarla mevcut durumu değiştirmektir. Nitekim organize suç örgütlerinden temel farkı esas amaçlarının gelir elde etmek olmamasıdır¹⁷. Terör örgütleri elde ettikleri gelirlerle varlıklarını sürdürmeyi ve terör eylemlerini gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Bu kapsamda da yasal veya yasadışı faaliyetlerden elde edilen birtakım kaynaklar ile finanse edilmektedir. Terör örgütleri esasen örgüt altyapısı oluşturmak, bunu devam ettirmek ve geliştirmek ile terör eylemlerini finanse edebilmek için mali kaynaklara ihtiyaç duymaktadırlar. Bu mali kaynaklar, örgüt üyelerinin ihtiyaçlarının karşılanmasında, silah temininde, haberleşmenin sağlanmasında, örgüt üyelerinin eğitimlerinde vb. kullanılmaktadır¹⁸.

Terörizmin finansmanı, genel anlamıyla, terör eylemlerinde bulunan kişi ve gruplara bilerek değerli şeyler sağlama eylemidir¹⁹. Finansman kavramı, bir girişime; işleyebilmesi, gelişebilmesi için gereken para ve krediyi sağlama işi anlamına gelmektedir²⁰. Terörizmin finansmanı, terör eylemlerinin gerçekleştirilebilmesi için, bu eylemleri gerçekleştirecek olanlara para ve kredinin verilmesi, bunlara mali açıdan destek sağlanması olarak anlaşılmalıdır²¹. Yine terörizmin finansmanının, terör eylemi

¹⁷ Ahmet Caner Yenidünya, Olgun Değirmenci, “*Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2008, s.1270.

¹⁸ Yenidünya – Değirmenci, s. 1273; ayrıca bkz. Hasan Aykın, Kevser Sözmen, Terörün Finansmanı ile Mücadele, Mali Suçları Araştırma Kurulu Yayını, Ankara, 2008, s. 18 vd.; Akın, s. 366-367; Ahmet Said Yayla, “*Terörizmin Finansmanı ve Organize Suç Örgütleri ile İlişkileri*”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 418.

¹⁹ Jeff Breinholt, “*Terrorist Financing*”, United States Attorneys’ Bulletin, Vol:51, No:4, Washington, 2003, s.7.

²⁰ Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c88e83d3739f6.03408036 (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

²¹ Soner Hamza Çetin, “*Terörizmin Finansmanı Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, C.11, S. 31, Ağustos 2016, s. 127.

gerçekleştirme amacıyla olan gerçek kişi veya örgütlere, faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli maddi kaynakları bilerek veya bilmeyerek sağlamak veya sağlanmasına yardımcı olmak şeklinde tanımlanabileceği ifade edilmektedir²². Terörizmin finansmanı siyasi amaçlı sistematik şiddet faaliyetleri olan terör eylemlerinin, suçlarının işlenebilmesi ve yine terör örgütünün varlığını sürdürebilmesi için para ve değeri para ile ölçülebilen maddi değerleri sağlamak olarak değerlendirilebilecektir.

Terörizmin uluslararası boyut kazanması ve terör örgütlerinin diğer organize suç örgütleri gibi uyuşturucu ticareti ve benzeri alanlarda da faaliyet göstermek suretiyle önemli miktarlarda suç geliri elde etmeleri nedeniyle terörizmle etkin bir şekilde mücadele için klasik tedbir ve uygulamaların yanında terör örgütlerinin finans kaynaklarının kurutulması gerektiği fikri önemli ölçüde kabul görmeye başlamış ve böylece terörizmle mücadelenin var olan boyutlarına yeni bir boyut olan terörizmin finansmanı ile mücadele yönü eklenmiştir²³. Bu çerçevede terörizmin finansmanının önlenmesi terörizmle mücadele bakımından gerekli ve zorunlu görülmelidir. Terörizmle mücadele yalnızca hukuki tedbir ve düzenlemeler ile mücadele edilmesi mümkün olmayıp terörizmle mücadelede esasen siyasal, ekonomik ve askeri vb. mücadele yöntemleri uygulanmaktadır. Bununla birlikte, terörizmle mücadelede uygulanan yöntemler ile terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik yöntemler birbirinden farklıdır. Hukuki açıdan terörizmin finansmanının önlenmesinin önleyici tedbirler ile maddi ve şekli ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler olmak üzere iki yönü bulunmaktadır²⁴. Maddi ceza hukuku yönünden terörizmin finansmanının suç haline getirilmesi ve cezalandırılması, ceza muhakemesi açısından da bu suça ilişkin soruşturmalarda müsadere, koruma tedbirleri gibi mekanizmalara başvurulmasının sağlanması terörizmin finansmanı ile mücadelede ceza hukukuna ilişkin tedbirlerdir²⁵. Bununla birlikte, terör örgütlerinin elde ettikleri gelirlerin mali sisteme sokulması aşamasında tespiti bakımından etkin mali kontrollerin getirilmesi ise önleyici tedbirler kapsamındadır²⁶.

²² Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 34.

²³ Hasan Aykın, Kevser Gümüşay, “Terörle Mücadelede Yeni Boyut: Terörün Finansmanı ile Mücadele”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 343.

²⁴ Yenedünya – Değirmenci, s. 1264.

²⁵ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 53-54, 60.

²⁶ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 54, 60. Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçları ile mücadelede önleyici tedbirler önem arz etmektedir. Aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede önleyici tedbirler olarak getirilen yükümlülükler şunlardır: Müşterinin tanınması, şüpheli işlem bildirim, münhasıran uyum

Terörle mücadelede olduğu gibi terörizmin finansmanın önlenmesi bakımından da uluslararası iş birliği ve uluslararası alanda alınan önlemler son derece önemlidir. Yukarıda terörle mücadele bakımından ifade edildiği üzere, terörizmin finansmanı ile mücadelenin de ceza hukuku ile sınırlandırılmayacağı, hukuki, sosyal, siyasal, askeri tedbirler ile bir bütün olarak mücadele edilmesi gerekliliği ifade edilmektedir²⁷. Bu noktada mücadele bakımından bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesi ve mücadelede iş birliği içerisinde çalışılması önemli görülmelidir.

B. Terörizmin Finans Kaynakları

Terör örgütleri, ihtiyaç duydukları veya terör faaliyetlerinde kullanacakları maddi kaynakları yasal kaynaklardan temin ettiği gibi, yasal olmayan kaynaklardan finansman temin etme yoluna da başvurumaktadırlar. Bu çerçevede terörizmin finans kaynaklarının oldukça geniş olduğunu ifade etmek gerekir. Terör örgütlerinin finansal kaynakları ideolojik ve bölgesel yapılanmalara bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir²⁸. Terör örgütleri, pek çok yasadışı faaliyetle kaynak elde ettiği gibi, yasal görünümü faaliyetler aracılığı ile de önemli miktarlarda kaynak sağlamaktadır²⁹. Özellikle dernek ve vakıflarca yapılan bağışlar, dış desteklerden elde edilen gelirler, uyuşturucu kaçakçılığı gibi faaliyetlerden doğan gelirler terör

görevlisi atanması, uyum programı oluşturulması, bilgi ve belge verme yükümlülüğü, muhafaza ve ibraz, devamlı bilgi verme, elektronik tebligat. Aklama ile mücadele sistemi içinde şüpheli işlem bildirimleri ayrı bir yer tutmaktadır. Şüpheli işlem bildirim sistemi sadece aklama ile mücadelede değil, aynı zamanda terörün finansmanının önlenmesi için de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Hüseyin Aykın, “*Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*”, Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008, s. 37-65. Aklama ve terörün finansmanı suçları ile mücadelede, uluslararası düzenlemelere bakıldığında önleyici tedbirlerin başında müşterinin kendisine ve işlemlerine azami özen ve dikkat gösterilmesi ve müşterinin tanınması prensibinin (Customer Due Diligence – Know Your Customer) geldiği görülmektedir. Bu konuda bkz. Sermet Aydın, “*Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensibi*”, Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008, s. 66-88.

²⁷ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 61.

²⁸ Yaşla, s. 417.

²⁹ Haigner – Schneider – Wakolbinger, s. 15 vd. 11 Eylül saldırılarının ardından, İslamcı gruplar ile İslami yardım kuruluşları arasındaki bağlantılar terörizmin finansmanı açısından incelenmeye başlanmış olup örneğin, El-Kaide'nin Suudi merkezli AlHaramain, Küresel Yardım Vakfı, El Wafa İnsani Örgütü, Afgan Destek Komitesi ve El Barakat ile yakın ilişkileri olduğu iddia edilmektedir. Bkz. Steve Kiser, Financing Terror: An Analysis and Simulation For Affecting Al Qaeda's Financial Infrastructure, RAND Graduate School, 2004, s. 75-76.

örgütlerinin ana finansman kaynakları olduğu ifade edilmektedir³⁰. Terörün Finansmanına Yönelik Şüpheli İşlemlerin Bildirimi Genel Tebliği'nde³¹ terörizmin finans kaynakları; yasadışı faaliyetlerden sağlanan kaynaklar, yasal görünümlü faaliyetlerden sağlanan kaynaklar ile teröre destek veren diğer ülkelerce sağlanan kaynaklar şeklinde üç başlıkta ele alınmıştır. Kâr amacı gütmeyen kuruluşların kullanılması³², ticari işletmelerin kullanılması³³, görsel ve basılı yayın organlarının kullanılması, konser, şölen, sergi, kermes ve gösteri gibi çeşitli etkinlikler düzenleyip bu etkinliklere katılım ücreti olarak gelir elde edilmesi yasal görünümlü

³⁰ Mehmet Gödeklî, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017 s. 56. Terörizmin finans kaynaklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Aykın – Sözmén, s. 23 vd.; Aykın – Gümüşay, s. 347 vd. Aynı zamanda varlıklı kişiler tarafından da terör örgütlerine fon sağlandığı bilinmektedir. Örneğin, LTTE, California'da yaşayan varlıklı bir Tamil ve bağımsız Tamil devletinin destekçisi olan Shad Sunder'den son 12 yılda yaklaşık 4 milyon ABD doları tutarında makul miktarda fon almıştır. Kiser, s. 35. LTTE ayrıca yılda yaklaşık 6,5 milyon ABD doları kazandığı tahmin edilen altın ve mücevher, bilgisayar, telefon ve otobüs hizmet sektörlerinde karmaşık bir meşru ticari faaliyetler ağından da faydalanmaktadır. Kiser, s. 36. Yine, örneğin; Hizbullah, yurtdışında yaşayan destekçileri tarafından, özellikle Afrika ve Güney Amerika'da yaşayan Lübnan vatandaşlarından ve büyük Lübnan Şii gurbetçi toplulukları olan diğer yerlerden fon sağlamıştır. Matthew Levitt, Michael Jacobson, *The Money Trail: Finding, Following and Freezing Terrorist Assets*, The Washington Institute for Near East Policy, 2008, s. 53-54.

³¹ Resmî Gazete Tarihi: 07.11.2007 Resmî Gazete Sayısı: 26693.

³² Hayır kurumları ile terör örgütü arasındaki bağlantı yeni bir durum değildir; örneğin, Sovyet karşıtı savaş sona erdiğinde, İslami yardım kuruluşları diğer ülkelerdeki, söz gelimi Bosna ve Çeçenistan'daki benzer şekilde savaşan Müslümanları desteklemeye devam etmiştir. Loretta Napoleoni, *"The New Economy of Terror: How Terrorism is Financed"*, Forum on Crime and Society 4 (1-2, December) 2004, s. 35. Örneğin, ABD'de bulunan İrlanda diasporası 1970'lerden itibaren IRA terör örgütüne düzenli nakit para ve silah sağlamış olup bu yardımlar örgütün ilk yıllarında gelirinin yaklaşık yarısını oluşturmuştur. İrlanda diasporası bağışlarını ABD'de kurulan çeşitli gruplar aracılığı ile yapmışlardır. Bunlardan en önemlisi olan NORaid (Irish Northern Aid Committee) tarafından Amerika'ya yayılan şubeleri aracılığıyla görünüşte Kuzey İrlandalılara yardım adıyla veya İrlandalı dul ve yetimlere yardım adıyla toplanan paralar, IRA için önemli bir gelir kaynağı olmuştur. Jodi Vittori, *Idealism is not Enough: The Role of Resources in the Autonomy and Capability of Terrorist Groups*, University of Denver, ProQuest Information and Learning Company, 2008, s. 331-333.

³³ Örneğin, El-Kaide ağının, dünyadaki arap zammının % 80'ini sağlayan Gum Arabic Company Limited'den faydalandığı ve İsviç hastane ekipmanları endüstrisi, Norveç'te kağıt fabrikaları ve Danimarka'da süt ürünleri endüstrisi hisselerinin sahibi olduğu bilinmektedir. Kiser, s.79. Örneğin, bir terör örgütü olan IRA da çeşitli inşaat firmalarına, mağazalara, restoranlara, barlara, otellere ve kasap dükkanlarına sahip olmuş veya kontrolünde bulundurmıştır. Kiser, s.55-56.

faaliyetlerden sağlanan kaynaklardır³⁴. Uyuşturucu ve silah kaçakçılığı³⁵, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı, tehdit, şantaj, haraç, gasp, hırsızlık, sahtecilik, fidye amaçlı insan kaçırma³⁶, yine ihalelere katılan firma ve şahıslardan zor kullanma yoluyla fon toplanması ise gelir elde edilen yasadışı faaliyetlerin başlıcaları olarak gösterilmiştir³⁷. Aynı zamanda terörü uluslararası politika aracı olarak kullanmak isteyen ülkelerce teröre finansal

³⁴ Gödekli, s. 59 vd.; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 36 vd. Yasal ticari faaliyetler arasında terörist gruplar tarafından kontrol edilen şirketlerden (örneğin, Mısır İslami Cihad, Orta Doğu'da çeşitli bal dükkanlarına sahiptir.) elde edilen karlar ve yardım kuruluşlarından ve bireylerden bağışlar bulunmaktadır. Napoleoni, s. 33.Örneğin; Sri Lanka'da faaliyet gösteren Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları (Liberation Tigers of Tamil Eelam-LTTE), aynı zamanda Sri Lanka'daki sosyal hizmet ve geliştirme programlarını finanse eden organizasyonlara yapılan bağışlardan makul miktarda gelir elde etmektedir. Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları, yardım kuruluşları üzerinde sıkı bir kontrolün bulunmadığı Norveç'teki Kanada okullarını ve Norveç'teki yardım kuruluşlarını, fon sağlama faaliyetlerinde kullanmaktadır. Bkz. Kiser, s. 35.

³⁵ Örneğin, PKK'nın finansmanı ağırlıklı olarak uyuşturucu ticaretine dayandığı ifade edilmektedir. Michael Jonsson, Svante Cornell, "Countering Terrorist Financing: Lessons from Europe", Georgetown Journal of International Affairs, Vol: 8, No: 1, 2007, s. 73. Yasadışı sigara kaçakçılığındaki büyük kazançlar dolayısıyla yasadışı sigara kaçakçılığının terörizmin finansmanı yöntemi olarak uyuşturucu kaçakçılığına rakip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. William Billingslea, "Illicit Cigarette Trafficking and the Funding of Terrorism", The Police Chief, (Volume 71), 2004. Sigara kaçakçılığı, terör örgütleri tarafından en çok kullanılan kaçakçılık yöntemlerindedir. Irak - Türkiye sınır bölgesi devsigara kaçakçılığının en yoğun olarak yaşandığı yerlerden biridir. Bkz. Louise I. Shelley, Sharon A. Melzer, "The Nexus of Organized Crime and Terrorism: Two Case Studies in Cigarette Smuggling", International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, Vol: 32, No: 1, 2008, s. 43-63. Terörizmin finansmanı ile sigara kaçakçılığı arasındaki ilişkiyi inceleyen eleştirel bir çalışma için ayrıca bkz. Maarten van Dijck, "The Link between the Financing of Terrorism and Cigarette Smuggling: What Evidence is There?", HUMSEC Journal Issue 1, 2007.

³⁶ Örneğin, eski yıllarda, ETA'nın (Euskadi Ta Askatasuna) gasp ve soygun politikası, İspanya'nın Bask bölgesindeki serveti tüketerek birkaç sanayicinin katledilmesi, bazı sanayicilerin ve ailelerinin göç etmesine neden olmuştur. Napoleoni, s. 36. Örneğin, IRA örgütü ilk yıllarında hırsızlık ve adam kaçırma faaliyetlerine sıkça başvurmuştur. 1983 yılında, İngiliz iş insanı Don Tidey'in kaçırılması da başarısız bir girişim olmuştur. Kaçırılma, Tidey'in kurtarılması ile sonuçlanmıştır. Ancak çıkan çatışmada bir İrlandalı polis ve bir İrlandalı asker ölmüştür. Bu durum halkta büyük bir tepkiye yol açmış ve sonucunda IRA'nın adam kaçırma eylemlerine son vermesine neden olmuştur. Jonsson - Cornell, s.70. ETA ve IRA terör örgütleri, ilk yıllarında yasal olmayan birçok faaliyet ile finans sağlarken, zamanla az riskli ve yasal yollardan elde edilen finans kaynaklarına yönelmişlerdir. Jonsson - Cornell, s. 71-72.

³⁷ Gödekli, s. 57-59; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 40 vd. YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

destek de sağlanabilmektedir³⁸. Terör örgütleri elde ettikleri fonların örgüt üyelerine ulaştırılması bakımından da mali sistemin kullanılması, alternatif havale sistemlerinin kullanılması, nakit kuryelerin kullanılması, yasal ticari işletmelerin kullanılması, kâr amacı gütmeyen kuruluşların kullanılması, değerli taşlar ve madenlerin kullanılması³⁹, cep telefonu ile ödeme sistemlerinin kullanılması, ticari web siteleri ve internet üzerinden ödeme sisteminin kullanılması gibi pek çok yöntem ve tekniğe başvurulmaktadır⁴⁰.

C. Terörizmin Finansmanına İlişkin Uluslararası Mevzuat

Terörizmin finansmanı ile mücadele ve özellikle terörizmin finansmanının suç haline getirilerek bu suçların suçun ağırlığına uygun şekilde cezalandırılması için gerekli ulusal düzenlemelerin yapılması ve devletler arasında iş birliğinin sağlanmasını hedefleyen birtakım uluslararası belge ve sözleşmeler ortaya konulmuştur. Bu kapsamda Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Mali Eylem Görev Grubu (Financial Action Task Force, FATF) bünyesinde geliştirilen düzenlemeler ön plana çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler tarafından terörizmin finansmanı ile ilgili oluşturulan uluslararası belgeler; Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin çıkardığı kararlardır. Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılan kararların; 1267 (1999) sayılı Karar ve devamı niteliğinde sayılabilecek kararlar ile 1373 (2001) sayılı Karar ve bunun devamı niteliğinde sayılabilecek kararlar olarak temelde ikiye ayrıldığını söylemek mümkündür⁴¹. BM Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 1267 sayılı

³⁸ Gödekli, s. 61.

³⁹ Örneğin, El-Kaide ağının finanse edilmesinde hem 11 Eylül saldırılarından önce hem de 11 Eylül saldırıları sonrasında altın çok önemli bir rol oynamıştır. Kiser, s. 100. El-Kaide'nin yanı sıra, Hizbullah ve LTTE gibi diğer terörist gruplar da değerli taş ticaretinde yer almaktadır. Kiser, s. 38.

⁴⁰ Söz konusu yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aykın – Sözmen, s. 43 vd.

⁴¹ Aykın – Sözmen, s. 64. 1- Taliban'ın fonlarının ve diğer mali kaynaklarının dondurulmasına ilişkin 15.10.1999 tarih ve 1267 sayılı Karar 2- Usame Bin Laden ve El-Kaide örgütünün fonlarının ve diğer mali kaynaklarının dondurulmasına ilişkin 19.12.2000 tarih ve 1333 sayılı Karar. 3- 1267 ve 1333 sayılı Kararlar ile öngörülen tedbirlerin uygulanmasının izlenmesine ilişkin mekanizmanın oluşturulduğu 30.07.2001 tarih ve 1363 sayılı Karar. 4- Terör eylemlerinin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditleri ve Terörle Mücadele Komitesinin oluşturulmasına ilişkin hükümler içeren 28.09.2001 tarih ve 1373 sayılı Karar. 5- Ülkeleri 1373 sayılı Kararı tam olarak uygulamaya davet eden 12.11.2001 tarih ve 1377 sayılı Karar. 6- 1267 ve 1333 sayılı Kararlarda öngörülen dondurma tedbirlerinin birleştirildiği 16.01.2002 tarih ve 1390 sayılı Karar. 7- 1267 ve

Karar, Afganistan'da Taliban tarafından kontrol edilen veya Taliban'ın sahip olduğu malvarlıklarının dondurulmasına ve BM Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen 1333 sayılı Karar ise, EL Kaide ve Usame Bin Ladin'in malvarlıklarının dondurulmasına ilişkindir⁴². 1373 sayılı Karar ile de terörist eylemlerin finansmanının önlenmesine, terörizmin finansmanının suç haline getirilmesine, teröristlerin ve onlara ait kuruluşların malvarlıklarının dondurulmasına, devletlerin bu konuda en geniş şekilde karşılıklı yardımlaşmaya katılmalarına, terörist faaliyetlerin engellenmesi için sınırlarda etkili denetimlerin gerçekleştirilmesine ve terörist eylemlerin önlenmesi amacıyla iş birliğine gidilmesine karar verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1999 tarihinde kabul edilen Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme 10 Ocak 2000 tarihinde Devletlerin imzasına açılmıştır. Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından 27 Eylül 2001 tarihinde imzalanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 4738 sayılı "Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun"⁴³ 10 Ocak 2002 tarihinde kabul edilerek 17

1333 sayılı Kararlar ile getirilen dondurma yükümlülüklerine 1267 Komitesinin onayının alınmasının akabinde temel ve olağandışı harcamalar için tanınacak istisnalara izin verilen 20.12.2002 tarih ve 1452 sayılı Karar. 8- 1267, 1333 ve 1390 sayılı Kararlar ile getirilen dondurma yükümlülüğünün uygulanmasının geliştirilmesine ilişkin tedbirlerle ilgili 17.01.2003 tarih ve 1455 sayılı Karar. 9- 1267, 1333 ve 1390 sayılı BMGK Kararlarında öngörülen tedbirlerin uygulanmaya devam edilmesi ve Usame Bin Laden, El-Kaide örgütü ve Taliban mensupları ile onlarla bağlantılı olan kişi, grup, teşebbüs ve kuruluşlar için uygulanacak tedbirlerin belirlenmesine ilişkin 30.01.2004 tarih ve 1526 sayılı Karar. 10- 1267, 1333 ve 1390 sayılı BMGK Kararlarında öngörülen tedbirlerin uygulanmaya devam edilmesi ve Usame Bin Laden, El-Kaide örgütü ve Taliban mensupları ile onlarla bağlantılı olan kişi, grup, teşebbüs ve kuruluşlar için uygulanacak tedbirlerin belirlenmesine ilişkin 29.07.2005 tarih ve 1617 sayılı Karar. 11- Kişi ve kuruluşların yaptırımlar listesine alınması, bu listeden çıkarılması ve insani muafiyetlerin sağlanması konusunda adil ve açık prosedürler oluşturulmasına ilişkin 19.12.2006 tarih ve 1730 sayılı Karar. 12- Kişi ve kuruluşların yaptırımlar listesine alınması, bu listeden çıkarılması ve insani muafiyetlerin sağlanması konusunda adil ve açık prosedürler oluşturulmasına ilişkin 22.12.2006 tarih ve 1735 sayılı Karar. Detaylı bilgi için bkz. Aykın – Sözman, s. 65 vd.

⁴² Yenidünya – Değirmenci, s. 1276; Esra Yılmaz Eren, "Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", İÜHFMD, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1250 vd.

⁴³ Uygun bulma kanununun gerekçesi uyarınca; "Sözleşme, taraf devletlerde terörizmin finansmanının engellenmesini, terörizme mali destek sağlanmasının suç haline getirilmesini ve bu suçun ağır cezalara tabi tutulması için gerekli önlemlerin alınmasını ve taraf devletler arasında iş birliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır."

Ocak 2002 tarihinde 24643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. BM Sözleşmesi'nde her taraf devletin; kendi iç hukukunda terörün finansmanını suç sayması, terörist amaçlar için tahsis edilen veya kullanılan fonların; tespitini, teşhisini, el konulmasını veya dondurulmasını sağlaması, terörün finansmanı suçuna karışan şüphelileri ya kendi iç hukukuna göre kovuşturmaya tabi tutması veya ilgili ülkeye iade etmesi, suçluların soruşturma ve kovuşturmalarında diğer ülkelerle iş birliği yapması, finansal kuruluşların terörist fon akışını tespit etmesini, engellemesini ve durdurmasını sağlayacak tedbirler alması öngörülmüştür.

Konuya ilişkin bir diğer uluslararası belge Avrupa Birliği bünyesindeki 2005/60 sayılı Finansal Sistemin Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Direktif'tir. 2005/60 sayılı Finansal Sistemin Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine Dair Direktifin 1 inci maddesinde; üye ülkelerin karapara aklama ve terörün finansmanını yasaklamaları gerektiği ifade edilmiş, bu konuda önleyici tedbirleri uygulamakla yükümlü tutulan gruplar sıralanmış, hak sahibi ve siyasi nüfuz sahibi kişiler tanımlanmış, isimsiz hesap açılması yasaklanmış, yüz yüze olmayan işlemler ve muhabir bankacılık işlemlerinin nasıl yürütülmesi gerektiği hususu belirtilmiş ve müşteriye özen ilkesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmış; aynı zamanda uluslararası iş birliğinin geliştirilmesinin aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede bir zorunluluk olduğu yaklaşımı benimsenmiş ve bilgi değişiminde bulunulması gerektiği ifade edilmiştir.

Terörizmin finansmanına ilişkin bir diğer uluslararası enstrüman 16 Mayıs 2005 tarihli Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi'dir. Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi Türkiye tarafından 28.03.2007 tarihinde imzalanmıştır. 6665 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 29 Ocak 2016 tarihinde kabul edilerek 19 Şubat 2016 tarihli ve 29629 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'de terörün finansmanı tanımlanırken, BM Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin 2. maddesine atıfta bulunulmuş, taraf devletlerin terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan ya da bu amaç için tahsis edilen malvarlıklarının veya söz konusu suç gelirlerinin araştırılması, izlenmesi,

tespit edilmesi, dondurulması, el konulması ve müsaderesini temin etmesi ve bu konuda uluslararası iş birliğini sağlamaları gerektiği, müsadereye tabi olan bir malın tespiti, takibi, dondurulması ve el konulması için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Aynı zamanda aklama ve terörün finansmanı ile mücadele amacıyla şüpheli duyulan gelirlerle ilgili veya ulusal mevzuat gereğince bildirilen mali bilgileri toplamak, analiz etmek ve ilgili makamlara sevk etmekle sorumlu mali istihbarat birimi kurmaları ve gerekli tedbirleri almaları gerekmektedir olduğu ifade edilmiş ve uluslararası iş birliğinin önemine de değinilmiştir.

Türkiye açısından diğer önemli düzenlemeler, karapara aklamaya karşı uluslararası tedbirler alınması amacıyla kurulan, faaliyet alanına 11 Eylül 2001 tarihinden sonra terörizmin finansmanı ile mücadele de dahil edilen ve bu konuda politika ve standartlar üreten bir organ olan Mali Eylem Görev Grubu (FATF) çalışmalarıdır⁴⁴. FATF, karapara aklama ile mücadele amacıyla getirdiği 40 Tavsiye'ye⁴⁵ ek olarak terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla hazırlanan 9 Özel Tavsiye yayınlamıştır. FATF'ın terörizmin finansmanı ile ilgili 9 Özel Tavsiyesi; Birleşmiş Milletler belgelerinin onaylanması ve yürürlüğe konması, terörizmin, terörist eylemlerin ve terör örgütlerinin finansmanının suç haline getirilmesi, terörist malvarlıklarının dondurulması ve müsaderesi, terörizmle ilgili şüpheli

⁴⁴ Oktay Üstün, "Karapara Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Uluslararası Girişimler ve Araçlara Toplu Bakış", Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008, s. 25-26. Mali Eylem Görev Grubu (FATF), ilk kez 1988'de kara para aklamayı durdurma sözü verilen BM Genel Kurulunun önerisi üzerine 1989 yılında Paris'teki G7 ülkelerinin zirvesinde kurulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Haigner – Schneider - Wakolbinger, s. 38 vd. FATF benzeri bölgesel kuruluşlar da bölgelerindeki üyeleri ile ilgili müşterek değerlendirmelerde bulunarak terörizmin finansmanına ilişkin tedbir ve uygulama eksiklikleri ile ilgili iyileştirme çalışmaları yapmakta son gelişmeler, teknikler ve eğilimler ilgili raporlar yayınlamaktadırlar. Paul A. Schott, Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Washington, D.C.: The World Bank, 2006, s. IV-1-IV-2. Dünya bankası ve IMF'nin de kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele girişimleri bulunmaktadır. IMF ve Dünya Bankası, kara para aklama ve terör finansmanı ile mücadele alanlarında FATF ile iş birliği içerisindedir. Bkz. Schott, s. X-5. Dünya Bankası ve IMF, küresel diyalog yoluyla, kara para aklama ve terörizmin finansmanı alanlarında ülkelerin farkındalığını artırmakta, tek tek ülkelere teknik yardım sağlamakta ve kara para aklama ve terörizmin finansmanı gibi alternatif havale sistemlerini de içeren çeşitli konularda araştırmalar yürütmektedir. Bkz. Schott, s. X-3-X-11.

⁴⁵ 40 Tavsiye tam metni için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%2040%20Recommendations%20rc.pdf> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); 40 Tavsiyeye ilişkin bkz. Oktay Üstün, "Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) Yeni Kırk Tavsiye Kararı Neler Getiriyor?". Bankacılar Dergisi, S. 47, 2003, s. 16-37.

işlemlerin bildirim, ülkeler arasında terörizmin finansmanının önlenmesi konusunda uluslararası iş birliği, kara para aklamaya yönelik tedbirlerin tüm alternatif havale sistemlerine uygulanması, elektronik transfer işlemlerinde havaleyi yapan kişiye ilişkin tam ve makul bilgilerin temin edilmesinin sağlanması için önlemler alınması, kar amacı gütmeyen kuruluşların kötüye kullanılmasının engellenmesine yönelik tedbirler, sınır ötesi nakit bakımından nakit taşıyıcılar hakkındaki önlemleri kapsamaktadır⁴⁶. FATF'a üye olan Türkiye, FATF tavsiyelerini göz önünde bulundurmaktadır. FATF 40 Tavsiye ve 9 Özel Tavsiye Kararı gözden geçirilerek söz konusu kararların revizyonu Şubat 2012'de kabul edilmiş ve yayınlanmıştır⁴⁷. Türk hukukunda terörizmin finansmanı ile mücadele mevzuatı FATF tavsiye kararları dahil olmak üzere uluslararası belgelere istinaden oluşturulmuş olup mevzuat uluslararası standartlara uygun görünmektedir. Aynı zamanda FATF, Türkiye'de aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele uygulamalarının uluslararası standartlara ve ilkelere uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemektedir⁴⁸.

Kara paranın aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadele konusunda, bir önceki raporda yer alan tavsiyeler doğrultusunda bazı ilerlemeler kaydedildiği ifade edilen Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye 2018 İlerleme Raporu'nda; *“Terörle mücadeleye ilişkin olarak, terörizmin finansmanı konusunda kapsamlı bir yasal çerçeve mevcuttur. Ceza ve terörle mücadele mevzuatının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatıyla uyumlu hâle getirilmesi gerekmektedir. Uygulamada orantılılık ilkesine riayet edilmelidir.”* ifadelerine yer verilmiştir⁴⁹. Yine

⁴⁶ 9 tavsiye Kararına ilişkin tam metin için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%20IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); 9 Özel Tavsiyeye ilişkin bkz. Oktay Üstün, *“Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi”*, Bankacılar Dergisi, S. 52, 2005, s. 10-27.

⁴⁷ 2012 FATF Tavsiyeleri metni için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁴⁸ 2007 ve 2014 tarihli FATF Türkiye Değerlendirme Raporları için bkz. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Turkey%20full.pdf>; <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Turkey-FUR-2014.pdf> (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁴⁹ Avrupa Komisyonu, Komisyon Tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye ve Bölgeler Komitesine Sunulan Bilgilendirme AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi, 2018 Türkiye Raporu, s. 5. https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ukle_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

raporun “Örgütlü suçlarla mücadele” başlığı altında; “Türkiye, terörizmin finansmanı ile mücadele çalışmalarını sürdürmüştür. Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, El Konulması ve Müsaderesi ile Terörizmin Finansmanı Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ni 2016’da onaylamasının ardından Türkiye, mevzuatını Sözleşme hükümleri ile uyumlaştırmıştır. Suçtan kaynaklanan mal varlıklarına el konulmasına ilişkin mevzuat, AB müktesebatıyla kısmen uyumludur. Türkiye’nin, finans sisteminin terörizmin finansmanı amaçları doğrultusunda kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik tedbirlerini güçlendirmek suretiyle AB müktesebatına daha fazla uyum sağlaması gerekmektedir. Türkiye’nin terörle mücadele mevzuatını ve uygulamalarını, ülkenin terörle mücadele kapasitesini azaltmadan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ve AB müktesebatı ve uygulamalarıyla uyumlu hâle getirmesi gerekmektedir. Uygulamada orantılılık ilkesine riayet edilmelidir. Türkiye, rapor döneminde bu yönde bir mevzuat değişikliği yapmamıştır.” şeklinde değerlendirmelerde bulunulmuştur⁵⁰.

D. Terörizmin Finansmanına İlişkin Ulusal Mevzuat

Türkiye’nin tarafı olduğu BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin gereklerinin iç hukuka aktarılması amacıyla 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun iki önemli düzenleme ihtiva etmektedir. Bunlardan ilki terörizmin finansmanı suçunun tanımlanması, bir diğeri ise idari bir tedbir olan malvarlığının dondurulması tedbirinin düzenlenmesidir. Kanun 1. Bölümü’nde amaç, kapsam ve tanımlara, 2. Bölümü’nde terörizmin finansmanı suçuna, 3. Bölümü’nde ise malvarlığının dondurulması tedbirine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu Kanun kapsamında Mali Suçları Araştırma Kurulu’na (MASAK) önemli birtakım görev ve yetkiler verilmiş ve malvarlıklarının dondurulması bakımından Değerlendirme Komisyonu kurulması öngörülmüştür. 6415 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca “Bu Kanun, terör ve terörizmin finansmanı ile etkin mücadele edilmesi kapsamında; 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin

⁵⁰ Avrupa Komisyonu, Komisyon Tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye ve Bölgeler Komitesine Sunulan Bilgilendirme AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi, 2018 Türkiye Raporu, s. 44.

https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ülke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

bu Kanun kapsamındaki terör ve terörizmin finansmanı ile mücadeleyle ilişkin kararlarının uygulanması ile terörizmin finansmanı suçunun düzenlenmesi ve terörizmin finansmanının önlenmesi amacıyla malvarlığının dondurulmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.”

Kanunda düzenlenen ve kapsamı itibariyle bu çalışmanın konusunu aştığından detaylıca değinilemeyecek olan malvarlığının dondurulması tedbiri Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yasaklanan genel müsadere sonucunu doğuran bir tedbir görünümünde olması nedeniyle eleştirilmektedir⁵¹. Malvarlığının dondurulması kararları hakkında yapılacak mali araştırmanın Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından yerine getirilmesi, Değerlendirme Komisyonunca⁵² değerlendirme yapılması ile talepte bulunulması⁵³ ve Cumhurbaşkanı'nın kararı üzerine söz konusu tedbire başvurulması (m. 6) yürütmenin yargı alanına müdahalesi olarak nitelendirilebilecektir⁵⁴. Hâkim veya mahkeme kararı olmaksızın mülkiyet hakkına müdahale eden bu tedbirin temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiğini ifade etmek gerekir⁵⁵.

⁵¹ Nurullah Bodur, Eshat Özkul, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 214, Ersan Şen, H. Sefa Eryıldız, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 406.

⁵² 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 521, 522, 523.

⁵³ “Değerlendirme Komisyonu'na suçun işlendiğine dair makul sebeplere dayanarak yabancı ülkelerdeki malvarlığının dondurulması için talepte bulunma yetkisinin verilmesi, idari bir kurula yargısal nitelikte karar alma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. İdareyi yargısal yetki kullanır hale getiren bu düzenleme Anayasa'nın 6., 8. ve 9. maddelerine aykırı düşecektir.” Bkz. Korkut Kanadoğlu, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 2014, s. 120.

⁵⁴ Kanun ile getirilen malvarlığının dondurulması kararının yargısal olmayan bir süreç ile gerçekleştirilmesi temel hak ve özgürlükleri zedeler niteliktedir. Bkz. Çetin, s. 137. Bu kararın yargı organlarına da verilebileceği hususu TBMM Adalet Alt Komisyonu çalışmaları sırasında tartışılmış ancak gecikmeksizin alınması gereken bu tedbirin yargı organlarınca hızlı bir şekilde yerine getirmesinin her zaman mümkün olamayabileceği bu nedenle ülkemiz açısından ekonomik ve siyasi bakımdan çok önemli sonuçları olabilecek malvarlığını dondurma kararlarının Bakanlar Kurulu tarafından verilmesinin daha doğru bir çözüm olacağı ifade edilerek kanun koyucu tarafından bu yol tercih edilmiştir. Bkz. Zeki Yıldırım, “Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Y. 2013, s. 83-84.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Gülşah Kurt, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun: Nedenleri ve Muhtemel Sonuçları”, Güncel Hukuk, Mayıs 2013, s. 45. “Malvarlığının
YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un elkoyma ve kararların bildirimine ilişkin hükümleri suçtan

dondurulması mülkiyet hakkına kontrol niteliğinde bir müdahale olup bu hakka yapılacak müdahalenin yabancı devletten gelecek talep doğrultusunda yargıç kararı aranmaksızın öngörülmesi anayasal meşru bir nedene dayanmamaktadır. Düzenleme yasallık unsurunun temel bir ölçütü olan öngörülebilirlik koşulunu da sağlamamaktadır.” “BM Güvenlik Konseyi listesinde yer almayan bir kişinin Türkiye’de bulunan malvarlığının dondurulması için CMK hükümleri gereği hakim kararı aranırken, yabancı devlet hükümetinin talebi söz konusu olduğunda bu güvencenin aranmaması, eşitlik ilkesine yer veren Anayasa’nın 2. maddesi yanında elkoyma için kural olarak hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulması zorunluluğunu getiren Anayasa’nın 20. maddesine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Getirilen düzenleme, idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran müeyyide uygulayamayacağı öngören Anayasa’nın 38. maddesinin 10. fıkrasına da aykırıdır.” Kanadoğlu, s. 119-120. Anayasa Mahkemesi, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır.” ibaresinin Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi; “Buna göre, idare tarafından kamu yararı bulunduğu durumlarda mülkiyet hakkına kanunla yapılan sınırlamalar meşru görülmektedir. Uluslararası terörizmle mücadele çalışmaları kapsamında terörizmin finansmanının önlenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Terörü finanse eden fon veya diğer malvarlıklarının dondurulmasına ilişkin kamu yararı amacıyla Bakanlar Kurulu’na karar alma yetkisinin verilmesinin ölçülü olmadığı söylenemeyeceği gibi, idari nitelikli söz konusu tedbir kararının mutlaka yargı organları tarafından verilmesi gerektiğine yönelik herhangi bir anayasal zorunluluk da bulunmamaktadır. Bu bağlamda, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan, geçici nitelikli bir tedbir kararı olan ve uluslararası mevzuat ve diğer ülke uygulamalarına göre yargı organları yanında yetkili diğer organlar tarafından verilebilen malvarlığının dondurulması kararlarının Bakanlar Kurulu tarafından karşılıklılık ilkesine bağlı olarak karara bağlanacağını düzenleyen dava konusu kuralda Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.” gerekçeleriyle iptal istemini reddetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2013/45, K. 2013/113, T. 10.10.2013, RG. 10.12.2013 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f3a5a9c-bc64-466c-86f1-8bb5f9787caf?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 20.05.2019); İptal isteminin gerekçesi olarak şu ifadelerle yer verilmiştir: “Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle mal varlığına el koyma, mal varlığını dondurma gibi, mülkiyet hakkının kullanımını engelleyen bir tasarrufun idari bir kararlar değil, demokratik ve çağdaş hukuk devletinin gereklerine uygun olması için yargı kararı ile olması gerekir. Açıklanan nedenlerle iptali istenen ibare, demokratik ve çağdaş hukuk devletinin gereklerine aykırı bir düzenleme olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.”

kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu ile birlikte terörizmin finansmanı suçu ile ilgili olarak da uygulanacaktır (m.17-18). Aynı zamanda 6415 sayılı Kanun'un 16. Maddesinde; “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 5549 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. Örneğin; 5549 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bankalar, MASAK Başkanlığı ve denetim elemanlarına talepleri halinde bilgi ve belge vermekten kaçınamayacaklardır, bu konuda Bankacılık Kanunu ile TCK m. 239/1'de yazılı sır saklama ile ilgili hükümleri ileri süremeyeceklerdir. Bu düzenleme uyarınca bankacılık sırrının terörizmin finansmanına ilişkin bilgilerin verilmesi açısından da bir engel oluşturmadığını ifade etmek gerekir⁵⁶.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da terörizmin finansmanı suçu kapsamında göz önünde bulundurulması gereken düzenlemelerdir. Ayrıca terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin olarak bazı yönetmelikler yürürlüğe konulmuştur. Bunlar; Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁵⁷, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik⁵⁸ ve Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülükler Uyum Programı Hakkında Yönetmelik⁵⁹'tir. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik ile suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi amacıyla yükümlüler, yükümlülükler, yükümlülükler uyumun denetimi, gümrük idaresine açıklama yapılması ve diğer tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlenmektedir. Önlemler bankalar ile birlikte toplam 25 yükümlüye uygulanabilmektedir (Yönetmelik m. 4). Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında da terör ve terörizmin finansmanı ile etkin mücadele edilmesi noktasında; malvarlığının dondurulması kararlarının alınması, icrası, kaldırılması, dondurulan malvarlığının yönetimi ve denetimine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülükler Uyum Programı

⁵⁶ Bkz. Reşat Doğukan Hazer Gezer, “*Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 8, S. 75, Şubat 2016, s. 31-32.

⁵⁷ Resmî Gazete Tarih: 31.05.2013, Sayı: 28663.

⁵⁸ Resmî Gazete Tarih: 09.01.2008, Sayı: 26751.

⁵⁹ Resmî Gazete Tarih: 16.09.2008, Sayı: 26999.

Hakkında Yönetmelik'te ise 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasına yönelik olarak; suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi amacıyla yükümlülerin uyum programı oluşturmaları ve uyum görevlisi atamalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde MASAK tarafından çıkarılan konuya ilişkin tebliğler de bulunmaktadır. Bu noktada Hazine ve Maliye Bakanına bağlı olan Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'nın terörizmin finansmanı suçu açısından önemine değinmek gerekecektir. MASAK, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerini aklama ile birlikte terörizmin finansmanı ile mücadelede özel olarak yetkili kurumdur. MASAK'ın görev ve yetkileri 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 19. maddesinde düzenlenmekte iken, söz konusu madde 2/7/2018 tarihli 709 sayılı KHK'nın 15. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. MASAK'ın görev ve yetkileri 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 231. maddesinde düzenlenmekte olup bu kapsamda MASAK; suç gelirlerinin aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi kapsamında veri toplamak, şüpheli işlem bildirimlerini almak, analiz etmek ve değerlendirmek ile aklama veya terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair ciddi şüphelerin mevcut olması durumunda konuyu ilgili Cumhuriyet savcılığına intikal ettirmek ile görevlendirilmiştir⁶⁰. MASAK tarafından çıkarılan Terörün Finansmanına

⁶⁰ MASAK 2017 yılı faaliyet raporunda, 2017 yılı içerisinde 26.800 adet terör veya terörün finansmanı konulu bildirim alınmış olup bunların 26.647'si FETÖ/PDY terör örgütü ile bağlantı şüphesi ile gönderildiği ifade edilmektedir. Bkz. 2017 yılı Faaliyet Raporu, s. 26. MASAK'a intikal eden ihbar ve şüpheli işlem bildirimlerinden analiz çalışmalarına tabi tutulan ve aklama ve terörün finansmanı suçları açısından nitelikli olduğu anlaşılanlar hakkında değerlendirme dosyası açılmaktadır. Bu kapsamda, 2017 yılında MASAK'da aklama ve terörün finansmanı suçlarına ilişkin analiz ve değerlendirme kapsamındaki açılan dosya sayısı 20.526; analiz ve değerlendirme kapsamındaki sonuçlandırılan dosya sayısı 10.554; düzenlenen rapor sayısı 11.541 olarak belirtilmiştir. 2017 yılı Faaliyet Raporu, s. 30. MASAK tarafından yapılan analiz ve değerlendirme çalışmaları sonucunda 2017 yılı içerisinde 10 kişi hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur. 2017 yılı Faaliyet Raporu, s. 32. 2017 yılı içerisinde analiz ve değerlendirme gerekmeksizin (bilgi notu ve yazı ekinde CD) veya suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçlarına ilişkin analiz ve değerlendirmeler sonucunda 24.804 kişi hakkında çeşitli kurumlara istihbari nitelikte bilgilendirme yapılmıştır. 2017 yılı Faaliyet Raporu, s. 34. 2017 yılı Faaliyet Raporu için bkz. http://www.masak.gov.tr/userfiles/file/2017_Faaliyet_raporu.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019); 2017 yılı faaliyet raporunda terörizmin finansmanı suçu inceleme faaliyetlerine ayrı bir başlıkta yer verilmemiş olup buna ilişkin istatistiki verilere *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

Yönelik Şüpheli İşlemlerin Bildirimi Genel Tebliği 07.11.2007 tarihli ve 26693 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca konuya ilişkin olarak Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği bulunmaktadır.

II. TERÖRİZMİN FİNANSMANI SUÇU

A. Genel Olarak

11 Eylül 2001 sonrası birçok ülkenin terörizmin finansmanını bağımsız bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir⁶¹. Terörün finansmanı suçu mevzuatımızda ilk olarak 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan değişiklikle hüküm altına alınmıştır. Söz konusu fiil bağımsız bir suç olarak düzenlenmeden önce ise terörü finanse eden fiillere iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde farklı hükümler uygulanmaktaydı⁶². Nitekim mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde 169. maddede⁶³ düzenlenen silahlı çeteye yardım suçu kapsamında cezalandırılan söz konusu fiiller⁶⁴; TMK’da yapılan değişiklikten önce ise TMK’nın 7. maddesi uyarınca örgüte yardım (220/7) ve 5237 sayılı TCK’nın 314. maddesinde düzenlenen silahlı örgüt suçuna ilişkin genel hükümlere göre cezalandırılmaktaydı⁶⁵.

Terörün finansmanının terörizme iştirakin bir biçimi olmaktan çıkarılarak bağımsız bir suç olarak yaptırıma bağlandığı TMK m. 8 uyarınca; “*Her kim tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek*

erişilememiştir. Bu konuda ayrı bir değerlendirme yapılan 2015 yılı Faaliyet Raporu (s. 36) için bkz.

http://www.masak.gov.tr/userfiles/file/2015_Faaliyet_Raporu.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁶¹ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 79-80. 11 Eylül olaylarının ülkelere terörizmin daha iyi önlenmesi, soruşturulması, teröristlerin bulunması ve nihayet terörizme bir son vermek amacıyla radikal ve etkili mevzuatların oluşturulması yönünde sıçrama tahtası vazifesi gördüğü ifade edilmiştir. Joshua D. Zelman, “*Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler: Anti-Terörizm Mevzuatı- Bölüm I: Genel Değerlendirme*”, Çeviren: Ali Emrah Bozbayındır, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan, Proje yöneticisi Kayıhan İçel, Editör Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 83.

⁶² Yenidünya – Değirmenci, s. 1273.

⁶³ Madde 169: “*64 ve 65 inci maddelerde beyan olunan hal haricinde her kim, böyle bir cemiyete ve çeteye hal ve sıfatlarını bilerek barınacak yer gösterir veya yardım eder yahut erzak veya esliha ve cephaneye veya elbise tedarik ederse üç seneden beş seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.*”

⁶⁴ Bodur – Özkul, s. 205.

⁶⁵ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 81-82.

ve isteyerek fon sağlar veya toplarsa, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Fon, kullanılmamış olsa dahi, fail aynı şekilde cezalandırılır. Bu maddenin birinci fıkrasında geçen fon; para veya değeri para ile temsil edilebilen her türlü mal, hak, alacak, gelir ve menfaat ile bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değeri ifade eder”⁶⁶. 8/A maddesi gereğince suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacak ve 8/B maddesi uyarınca da suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. 6415 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle söz konusu düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Terörizmin finansmanı suçunda karmaşıklıktan uzak, iyi ve anlaşılabilir bir kanunlaştırma yapılmadığı, haklı olarak, ileri sürülmektedir⁶⁷. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, terörizmin finansmanı suçu son derece karmaşık olup öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine uygun görünmemektedir.

Fon sağlanması veya toplanması yasak fiillerin düzenlendiği 3. madde hükmü şu şekildedir: “Aşağıda sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla fon sağlanması veya toplanması yasaktır:

a) Bir halkı korkutmak veya sindirmek ya da bir hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla, kasten öldürme veya ağır yaralama fiilleri.

b) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiiller.

c) Türkiye’nin taraf olduğu; 1) Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Sözleşmede, 2) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmede, 3) Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşmede, 4) Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşmede, 5) Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkında Sözleşmede, 6) Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye Munzam, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanun Dışı Şiddet Olaylarının Önlenmesine İlişkin

⁶⁶ TMK m. 8’deki terörün finansmanı suçuna ilişkin olarak bkz. Yenidünya – Değirmenci, s. 1263 vd; Akın, s. 396 vd. TMK’ m. 8’de düzenlenen terörün finansmanı suçuna ilişkin eleştiriler için bkz. Aykın - Gümüştay, s. 372 vd.

⁶⁷ Şen – Eryıldız, s. 415.

Protokolde, 7) Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmede, 8) Kıta Sahanelğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokolde, 9) Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşmede, yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiiller.”

Terörizmin finansmanı suçu, TCK'nın 4. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir: “3 üncü madde kapsamında suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkra hükmüne göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz. (3) Bu madde kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (5) Suçun, yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlıdır. (6) 3713 sayılı Kanunun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri, bu suç bakımından da uygulanır. (7) (Ek: 14/4/2016-6704/29 md.) Bu suç bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun; a) 133 üncü maddesinde yer alan şirket yönetimi için kayyım tayini, b) 135 inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, c) 139 uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, ç) 140 inci maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme, tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir.”

Kanun'un 3. maddesindeki fiiller suç olarak düzenlenmemiş, yalnızca fon sağlanması veya toplanması yasak fiiller sayılmaktadır. Yasaklanan ve suç olarak düzenlenen fiillere bakımından a ve b bentleri dışında eylemlere açıkça yer verilmeyip; BM'nin bünyesinde terörizmle mücadele amacıyla hazırlanan dokuz tane sözleşme ve protokole⁶⁸ atıf yapıldığı görülmektedir.

⁶⁸ 1. Uçakların Yasadışı Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (16 Aralık 1970, Lahey) 2. Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi (23 Eylül 1971, Montreal) 3. Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (14 Aralık 1973, New York) 4. Rehin Almalara Karşı Uluslararası Sözleşme (17 Aralık 1979, New York) Bankacılar Dergisi 23 5. Nükleer Maddelerin Fiziki Korunması Sözleşmesi (3 Mart 1980, Viyana) 6. Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet veren Havalimanlarında Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi
YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

Kanun'da BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Sözleşme'nin 2. maddesinde⁶⁹ yer alan suç tanımına oldukça benzer bir tanım yapıldığını ifade etmek gerekir. Sözleşme'nin 2. maddesinde sayılan fiiller 3. maddenin a ve c bentleri ile örtüşmekle birlikte, b bendine ek olarak Terörle Mücadele Kanunu kapsamında terör suçu olarak kabul edilen fiillerin eklenmesi, hem maddenin kapsamını genişletmesi hem de TMK'daki terör suçunu tanımlama zorlukları sebebiyle terörizm ile ilgili suçların kapsamını genişlettiği gerekçeleriyle eleştiri konusu yapılmıştır⁷⁰.

Kanun'un 3. maddesinin c bendinde sayılan sözleşmeler BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Sözleşme'nin ekinde yer almaktadır. Bununla birlikte, söz konusu suç tanımı iç hukuka aktarılırken ceza hukukunun temel ilkeleri gözetilerek bir suç tanımının yapılmasının uygun olacağını ifade etmek gerekir. Nitekim bu şekliyle Kanun'daki düzenleme kanunilik ilkesi bakımından tartışmalı görünmektedir. Kanunilik ilkesi suçun tanımının ve yaptırımın kanun ile belirlenmesi anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 38.maddesinde “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” ve “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” hükümleri yer almaktadır. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da 2. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlenmektedir. Hem suç tanımının hem de yaptırımının bilindir ve anlaşılır olması ayrıca tanımın ve yaptırımın

Protokolü, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Protokol (24 Şubat 1988, Montreal) 7. Denizcilik Seferyollarının Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi (10 Mart 1988, Roma) 8. Kıta Sahanelğinde Kurulu Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol (10 Mart 1988, Roma) 9. Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi (15 Aralık 1997, New York)

⁶⁹ “1. Herhangi bir kişi, her ne suretle olursa olsun, tümüyle veya kısmen, aşağıda tadat edilen eylemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılması niyetiyle veya kullanılacağını bilerek, doğrudan veya dolaylı olarak, yasa dışı bir şekilde ve kasten, fon sağlamakta veya toplamakta ise, bu Sözleşmeyi ihlâl eder:

- Ekte tadat olunan andlaşmaların herhangi biri kapsamında ve vazettiği tanım çerçevesinde suç teşkil eden eylem,
- Niteliği veya kapsamı itibarıyla, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivilin ya da bir silâhlı çatışma durumunda muhasemata doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler.”

⁷⁰ Kanadoğlu, s. 113.

olabildiğince açık bir biçimde yasada gösterilmesi gerekmektedir⁷¹. Kanunilik ilkesi gereği bir ceza hükmü ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli olmalıdır. Düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir⁷². Suçun yeterli açıklıkta belirtilmemesi kişiyi kuşku içerisinde bırakacağından onun özgürlüğünü tehlikeye düşürecektir⁷³. Belirlilik ilkesi, bir kanun maddesi diğer bir kanun maddesine atıf yapıyorsa, atıf yapılan maddedeki fiillerin de belirli ve açık olmasını gerektirir. Nitekim ceza hükümlerinin birbirine atıf yapılması da belirlilik ilkesini zedelemesi bakımından tartışılması gereken bir husustur. Kanun'un 3. maddesinin c bendinde yer alan sözleşmelerde düzenlenmiş olan suçlara atıfla suç tanımının yapılması bakımından 6415 sayılı Kanun'un 4. maddesi belirlilik ilkesi kapsamında kanunilik ilkesini zedeler nitelikte görünmektedir⁷⁴. İç hukukta bu düzenlemeler suç haline getirilmedikçe bu sözleşmelerdeki düzenlemeler suç olarak kabul edilememelidir.

Terörizmin finansmanı suçu bakımından bu suç ile suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun birbirleriyle bağlantı ve ilişki içerisinde olduğu belirtilmelidir⁷⁵. Zira her iki suçun uluslararası boyutu ve sınıraşan özelliği bulunmaktadır. Bununla birlikte, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun konusu mutlak olarak bir suç geliri iken, terörizmin finansmanının konusu yasal ve meşru olarak elde edilmiş

⁷¹ Güçlü Akyürek, “*AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi*”, Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 3, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 11.

⁷² Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 118.

⁷³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 116-117.

⁷⁴ Aynı yönde bkz. Kanadoğlu, s. 113; Kurt, s. 44.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. Akın, s. 410 vd. Aklama ile terörizmin finansmanı suçları arasındaki ilişkiye yönelik olarak bkz. Aykın – Gümüşay, s. 406-411. Esasen kara para aklama tekniklerinin terörizmin finansmanı için de kullanılması terörizmin finansmanı ile karapara aklama arasındaki bağlantıyı oluşturmaktadır. Bkz. Schott, s. I-5. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu hakkında bkz. Ümit Kocasakal, “*Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu*”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 55 vd.; Olgun Değirmenci, “*5237 Sayılı Kanunda Düzenlenen Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun 4208 Sayılı Kanundaki Düzenleme ile Karşılaştırılması*”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 105 vd.; Kerim Çakır, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

bir fon olabilmektedir⁷⁶. Bu noktada her iki suç tipi arasında önemli farklılıklar bulunduğunu da ifade etmek gerekir⁷⁷. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama fiili, belirli bir suçtan elde edilen gelirin, yasal ve meşru bir yolla edinilmiş gibi göstermeye yönelik işlemleri ifade etmekte, böylece suç gelirlerinin meşru ekonomik sisteme girmesinin önlenmesi ve bunların olması gerektiği gibi müsaderesinin sağlanması amacıyla gütmekte olup terörizmin finansmanı suçu ile terör faaliyetlerinin ekonomik altyapısını, desteğini ortadan kaldırmak suretiyle terör fiillerinin önlenmesi amaçlanmaktadır⁷⁸. Bu noktada suç gelirlerinin yani kara paranın terörizmin finansmanında kullanılmak üzere aklanması söz konusu olabilmektedir. Yine terörizmin finansmanı suçundan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına çıkarmak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tabi tutulması suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun oluşuma sebebiyet verecektir.

Aralarındaki yakın ilişki sebebiyle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ile terörizmin finansmanı fiillerinin önlenmesine yönelik ortak tedbirler geliştirildiği görülmektedir. FATF'ın konuya ilişkin kararında da (Özel Tavsiye Kararı II)⁷⁹ terörizmin, terörist eylemlerin ve terör örgütlerinin finansmanının suç haline getirilmesi ve aynı zamanda karar para aklama ile ilişkisi çerçevesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin önlenmesine ilişkin tedbirlerin terörizmin finansmanı için de kullanılabilmesi yönünde düzenlemelere yer verilmiştir. Yine 2005/60 sayılı kara para aklama ve terörizmin finansmanı amacıyla finansal sistemin kullanılmasının önlenmesine ilişkin AB Direktif'inde⁸⁰ suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun önlenmesine yönelik denetim mekanizmalarının kapsamının terörizmin finansmanında kullanılabileceği ihtimali bulunan finans kaynaklarına da genişletilmesi öngörülmüştür. Nitekim yukarıda izah edildiği üzere, terörizmin finansmanı ile ilgili önleyici tedbirler suç gelirlerinin aklanması mevzuatı çerçevesinde de düzenlenmektedir.

⁷⁶ Ümit Kocasakal, “Terörizmin Finansmanı”, 18. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, 20 - 27 Eylül 2009, İstanbul, 2009, s. 126, Bodur – Özkul, s. 213.

⁷⁷ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 223.

⁷⁸ Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 126.

⁷⁹ http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/mevzuat/terorun_finansmani/uluslar_arasi_mevzuat/FATF/EK-12.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁸⁰ http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/mevzuat/terorun_finansmani/uluslar_arasi_mevzuat/AvrupaBirlii/EK-7.pdf (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

B. Korunan Hukuki Değer

Terör örgütleri varlığını sürdürebilmesini ve terör eylemleri gerçekleştirebilmek için maddi kaynağa ihtiyaç duymaktadır. Terör örgütleri, sağlanan veya toplanan değerler ile varlıklarını sürdürebilmekte ve terör eylemlerini gerçekleştirebilmektedir. BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin giriş kısmında ifade edildiği üzere; terörizmin finansmanı konusu uluslararası toplumu bütünüyle ve ciddi şekilde kaygılandıran bir sorun teşkil etmekte ve uluslararası terörizmin eylemlerinin sayı ve vahameti, teröristlerin elde edebildikleri mali kaynaklarla orantılı olmaktadır. Uluslararası sözleşmelerle terörizmin finansmanının suç haline getirilmesindeki amaç, terör örgütlerinin finansal kaynaklarını kurutarak terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve bu surette uluslararası toplumun ve ülkelerin sosyal, siyasal ve ekonomik yapılarının küresel boyuta ulaşmış olan terörün olumsuz etkilerinden korunmak olarak ifade edilmektedir⁸¹.

Dolayısıyla terörizm ile etkin mücadele esasen terörizmi besleyen maddi kaynakların ortadan kaldırılması yoluyla söz konusu olabilecektir. O halde terörizmin finansmanı ile mücadele esasen terörizmi önlemeyi hedeflemektedir. Suçla korunan hukuki değer, terörizmin finansmanının engellenmesi suretiyle terörizm ile etkin mücadele etmek olduğu ifade edilmektedir⁸². O halde terör suçları ile korunan hukuki değerler terörizmin finansmanı ile korunan hukuki değerleri belirlemek açısından eşdeğer nitelikte görülmelidir⁸³. Terör suçlarında esasen sosyal düzen, aynı zamanda devlet düzeni hedef alınmaktadır⁸⁴.

Terörizmin finansmanı fiilinin yaptırıma bağlanmasıyla terörizmle etkin mücadelenin sağlanması ve terörizmin engellenmesinin amaçlandığını ifade etmek gerekir⁸⁵. Terör ile belirli değerler bakımından tehlike yaratılmaktadır. TMK m. 1 terör kavramı ile maddede sayılan yöntemlerle maddede sayılan amaçları gerçekleştirmek amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerin ifade edildiği hüküm altına alınmıştır. Terör örgütleri varlıkları ve gerçekleştirdikleri terör eylemleri ile esasen Anayasada belirtilen

⁸¹ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 87.

⁸² Bodur – Özkul, s. 210.

⁸³ Benzer şekilde bkz. Yenidünya – Değirmenci, s. 1285; Gödekli, s. 289.

⁸⁴ Zafer, Terörizm, s. 90 vd.; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 88. Nitekim terörü oluşturan iki öğeden biri zor/şiddet, öbürü düzene karşı olmasıdır. Bkz. Selçuk, s. 69.

⁸⁵ Yenidünya – Değirmenci, s. 1284.

Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmeyi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeyi, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmeyi, temel hak ve hürriyetleri yok etmeyi, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmayı amaçlamaktadır. (TMK m. 1)

Terör kavramının düzenlendiği TMK m. 1 korunan hukuki değer açısından ele alındığında karma bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Terör; bir yandan Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını, Devlet otoritesini, Devletin iç ve dış güvenliğini hedef almakta; diğer yandan kamu düzeni ve genel sağlık da terörün hedefleri arasında sayılarak kamunun hukuki güvenliği korunmaya çalışılmakta ve son olarak bireyin yaşam hakkı, özgürlüğü, vücut bütünlüğü gibi temel hak ve özgürlükler de terörün hedefleri arasında sayılmak suretiyle hukuki koruma altına alınmaktadır⁸⁶.

Terörizmin finansmanın önlenmesi ile aynı zamanda terör örgütlerinin varlığının engellenmesi de söz konusu olacaktır. O halde terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçları ile korunan hukuki değer de terörizmin finansmanı suçu ile korunan hukuki değer açısından değerlendirilmelidir. Terör örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçlarının düzenlendiği TMK m. 7/1 uyarınca; cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla madde ile TCK m. 314'e atıf yapıldığı görülmektedir. Silahlı örgüt suçunun düzenlendiği TCK m. 314 ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitap, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısım altındaki "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" adını taşıyan Beşinci Bölümünde yer almaktadır. Terör örgütleri esasen anayasal düzeni ve bu düzenin işleyişini hedef almaktadır. Bu suç ile korunan hukuki değer toplumun güvenliği ve barışıdır⁸⁷. Aynı zamanda toplumun barışı ve güvenliği ile birlikte bireylerin hukuki güvelik duygusunun korunduğunun da söylenmesi mümkündür. Ayrıca bireylerin

⁸⁶ Zafer, Terörizm, s. 51. Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 87-88.

⁸⁷ Bodur - Özkul, s. 113.

Anayasa ile güvence alınan haklarının da korunması söz konusudur. Tüm bu açıklamalar ışığında, terör suçları ile birden fazla hukuki değer korunduğunu söylemek yerinde olacaktır. Nitekim bu suç ile hem toplum düzeni hem de yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, malvarlığı hakkı gibi bireysel hak ve özgürlükler korunmaktadır⁸⁸.

Aynı zamanda terörizmin finansmanı suçunun cezalandırılabilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmamakta olup fonun terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek sağlanması veya toplanması gerekmektedir. Bu çerçevede fonun terör eylemlerinde kullanılması da kullanılmak amacıyla sağlanması dahi toplum güvenliği ve kamu düzenini tehlikeye atmaktadır⁸⁹.

Söz konusu suç ile korunan hukuki değer, terör örgütlerinin mali gücünü ortadan kaldırmak veya zayıflatmak suretiyle, terör suçlarının önüne geçmek ve böylece toplumu bu suçların ağır sonuçlarından korumak olduğu söylenmektedir⁹⁰. Yine terörizmin finansmanı suçu ile insan yaşamı ve vücut bütünlüğü işe insanların huzur ve sükun içerisinde yaşama hakkının korunduğu ifade edilmektedir⁹¹. Ayrıca terör örgütlerinin gerçekleştirdikleri terör eylemleri ile bir ülkenin kamusal ve özel alanda, siyasal, sosyal, ekonomik ve askeri yapısındaki istikrar, güven ve sağlamlığın zarar görmesi sonucunun doğurduğu ve kamu güvenliği ve kamu düzeninin sağlanmasının korunan hukuki değeri oluşturduğu ileri sürülmektedir⁹².

Sonuç olarak, terörizmin finansmanı suçu ile de birden fazla hukuki değer korunduğunu söylemek gerekir. Suç ile korunmak istenen hukuki değer esasen toplum düzeninin korunması ile bireysel hak ve özgürlükleri kapsamaktadır. Bu çerçevede terörizmin finansmanı suçu ile korunmak istenen hukuki değer toplumun düzeni, devletin birliği ve bütünlüğü, toplumun güvenliği ve barışı, bireylerin hukuki güvelik duygusu ile birlikte bireylerin yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlükleri olduğu söylenebilecektir⁹³.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Gödekli, s. 290.

⁸⁹ Yenidünya – Değirmenci, s. 1285.

⁹⁰ Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 134; Yılmaz Eren, s. 1259.

⁹¹ Çetin, s. 138.

⁹² Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 87-88.

⁹³ Gödekli, s. 290.

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsur

a) Fail

6415 sayılı Kanun'un 4. maddesinde fail yönünden herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu itibarla terörizmin finansmanı suçunun faili, herkes olabilecektir⁹⁴. Fail, belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlayan veya toplayan kişidir. Bu kişi ancak bir gerçek kişi olabilir. Bununla birlikte, doktrinde suçun terör örgütü kurucusu, yöneticisi veya üyesi olan biri tarafından işlenemeyeceği, failin ancak bu sıfatı taşımayan kişiler olabileceği ifade edilmektedir⁹⁵. Bu görüş kapsamında bir kişinin hem terör örgütüne üye olma hem de terörizmin finansmanı suçlarından cezalandırılmasının mümkün olmadığı; 4. maddenin terörizmin finansmanı suçunun işlenebilmesi için failin bu örgüte üyeliğini aramadığının görüldüğü, ilgilinin terör örgütüne üye olması halinde yürürlükten kaldırılan TMK m. 8 hükmü de değerlendirilerek terör örgütü üyeliğinden cezalandırılması gerekeceği ileri sürülmektedir⁹⁶. Terörizme finans sağlanmasının örgüt yöneticiliği ve üyeliği suçlarının içinde bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁷. Örgüte fon sağlama ve toplama fiillerini örgütsel görev kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Bu noktada bedeli örgüt tarafından karşılanan birtakım malzeme, araç gereç gibi değerleri sağlanması durumunda fail, bu durum örgüt üyeliğinin içinde yer aldığından örgüt üyesi olarak cezalandırılacaktır. Ancak fail, fona kendisi kaynaklık ediyor veya 3. kişilerden topluyorsa bunu artık yöneticilik veya üyelik sıfatı ile açıklamak doğru olmayacaktır, bu halde terörizmin finansmanı suçunun oluştuğundan bahsetmek yerinde olacaktır.

Yargıtay istikrar kazanan kararlarında, terörizmin finansmanı suçunun failinin terör örgütünün kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olmayan her gerçek kişi olabileceği kabul etmektedir⁹⁸. Eğer örgüte finansman sağlayan örgüt

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 301; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 89.

⁹⁵ Bodur – Özkul, s. 210.

⁹⁶ Yazarlar aynı zamanda örgüt yöneticisi veya üyesi bakımından “örgüte sağladığı yardımdan/finans desteğinden dolayı ayrıca cezalandırılır” benzeri bir yasal düzenleme bulunması durumunda iki suçtan da cezalandırılmanın söz konusu olabileceğini belirtmektedirler. Bkz. Şen – Eryıldız, s. 397-398, 414-415. Yargıtay, TCK m. 315’de düzenlenen silah sağlama suçu bakımından da failin örgüt üyesi olmayan kişilerden olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Şen – Eryıldız, s. 297.

⁹⁷ Şen – Eryıldız, s. 398, 404.

⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2017/9-692, K. 2018/41, T. 13.2.2018: “Terörizmin finansmanı suçu, silahlı terör örgütüne yardım etme suçunun özel bir hâli olduğundan, bu YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

üyesi ise ya da fon sağlama veya toplama eylemleri belli bir süreklilik ve yoğunluk arz ediyor ise fail terör örgütü üyesi olmak suçundan cezalandırılacaktır⁹⁹. Yargıtay kararlarına bakıldığında, failin terör örgütü üyesi olması ihtimalinin değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu görülmektedir¹⁰⁰.

suçun faili terör örgütünün kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olmayan her gerçek kişi olabilir.” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/3054, K. 2018/313, T. 8.2.2018: “... sanığın, aldığı talimatlar üzerine örgütsel eylemlerde kullanılmak üzere örgüte sürekli olarak malzeme temin ettiği ve istihbarat sağladığı anlaşılma, eyleminin, hiyerarşik yapısına dahil olmak suretiyle örgüte üye olma suçunu oluşturacağı gözetilmeden delillerin değerlendirilmesinde ve suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” <https://karar.arama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

⁹⁹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2011/10725, K. 2014/4405, T. 11.4.2014: “Sanıkların, Dairemizin 28.06.1999 tarih 1995/2873 sayılı kararı ile Anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışmak suçunu işlemek üzere kurulmuş silahlı terör örgütü olarak kabul edilen Vasat adlı örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak, örgütün kurucusu ve yöneticisi olduğu Dairemizin anılan kararı ve 03.07.2013 tarih ve 2013/4420-10244 sayılı kararı ile kabul edilen ... ile irtibatlı biçimde örgütün propagandasını yapmak, yeni eleman kazandırmak, finansman sağlamak, örgütsel dersler vermek gibi faaliyetlerde bulunmak şeklindeki eylemlerinin TCK'nın 314/2. maddesi kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olmak suçunu oluşturduğu gözetilmeden delillerin değerlendirilmesinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/1066, K. 2015/1243, T. 24.4.2015: “Hakkında PKK terör örgütüne üye olma suçundan kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan sanığın, ... Kod adlı...’ün talimatı ile hareket ederek, sanık ...’i, örgütten satın aldığı silahların parasını ödemesi hususunda terör örgütü adına tehdit ettiğinin iletişim tespit tutanaklarından anlaşılması karşısında, sanığın sübut bulan eyleminin hiyerarşik yapısına dahil olmak suretiyle silahlı terör örgütüne üye olma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gerektiği gözetilmeden yetersiz gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi...” <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/9-692, K. 2018/41, T. 13.2.2018: “Terörizmin finansmanı suçunun oluşması açısından, toplanan ya da sağlanan fonun miktarının ya da toplama veya sağlama yönteminin herhangi bir önemi yoktur. Ancak fon sağlama ya da toplama eylemlerinin belli yoğunluk ve süreklilik arz ettiği durumlarda, diğer koşulların varlığı halinde, failin eyleminin TCK'nın 314. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen silahlı terör örgütü üyesi olmak suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁰⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2439, K. 2016/3112, T. 11.5.2016: “1-Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlar olduğu nazara alınarak; yakalama ve zapt etme tutanağı, sanık savunması, tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre terör örgütüne lojistik amaçlı malzeme aktarımı yaptığı değerlendirilen ticari takside yapılan aramada, bagajına koyduğu paket ve karton kutular içerisinde ayakkabı dörbün ve gece görüş dörbünü ile çeşitli yiyecek ve giyecek maddeleri ele geçirilen sanık hakkında,.... Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/3 E. sayılı silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan yargılandığı

Bir görüş tarafından; fon sağlama ve toplama fiillerinin kişinin her halde terör örgütü üyesi olmasını gerekli kılmadığı, fon sağlayan kişinin terör örgütü üyesi de olabileceği; ancak terör örgütü üyeliği terörizmin finansmanı suçuna nazaran daha ağır cezayı gerektiren bir suç olduğundan fon sağlayan veya toplayan kişinin aynı zamanda terör örgütü üyesi olması halinde, sadece terör örgütü üyeliğinden dolayı cezalandırılacağı ifade edilmektedir¹⁰¹. Ancak terör örgütü üyesi olup terör eylemlerini finanse eden fail hakkında; örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağına ilişkin TCK m. 220/4 uyarınca gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmek gerekir¹⁰². Nitekim örgüt üyeliği ile fon sağlama veya toplama fiilleri hukuki anlamda tek bir fiil teşkil etmemekte olup terörizmin finansmanı suçunu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç olarak değerlendirilerek bu sonuca ulaşmak mümkündür.

6415 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce TMK m. 8’de düzenlenen terörün finansmanı suçu bakımından failin herkes olabileceği¹⁰³, ancak kanunda yer alan “... örgüt üyesi olarak cezalandırılır.” atfı sebebiyle örgütün kurucusu veya yöneticisi sıfatı taşımayan kişiler olduğu ifade edilmekteydi¹⁰⁴. Ancak kanımızca bu görüş yerinde değildir, hükümde örgüte üye olmamak, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamak gibi birtakım kriterlere yer verilmemiş olup örgüt ile bağlantılı olup olmamasına

dava dosyasının getirilerek derdest olması halinde her iki dava dosyasının birleştirilmesi, karar verilip kesinleşmiş olması durumunda ise dosyanın aslı veya Yargıtay denetime olanak verecek şekilde onaylı örneği dosya arasına alındıktan sonra bir bütün halinde değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması...” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Ayrıca bkz. Şen – Eryıldız, s. 197 vd.

¹⁰¹ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 236.

¹⁰² Aynı yönde bkz. Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 101.

¹⁰³ Suçun faili bakımından bir özelliğin mevcut olmadığı, herkesin bu suçun faili olabileceği görüşü için bkz. Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 134; Aykın – Sözmenc, s. 99.

¹⁰⁴ Yenidünya – Değirmenci, s. 1285. Yazarlar, failin örgüt üyesi olması bakımından da, daha önce örgüte katılmış ve üye olmuş bir kimsenin daha sonra terörü finanse etmesi halinde, kanun koyucu terörün finansmanını örgüt üyeliği olarak değerlendirdiğinden; failin yalnızca örgüte üye olmaktan dolayı cezalandırılması gerektiğini ve bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan olmadığını ileri sürmüşlerdir. Yenidünya – Değirmenci, s. 1289-1290. Ancak bu görüş eleştirilmiş ve bu suçta failin örgüt üyesi gibi cezalandırılmasının örgüt üyesi olduğu anlamına gelmediği ve terör örgütü üyesi olduktan sonra terör eylemlerini finanse eden fail hakkında TCK m. 220/4 uyarınca gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Gödekli, s. 330.

bakılmaksızın herkesin bu suçu işleyebileceğini ifade etmek daha doğru görünmektedir¹⁰⁵. Zira TMK m. 8 ile yapılan failin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağına ilişkin atfın onun örgüt üyesi olduğu anlamına gelmemekte, bu kapsamda atfın yalnızca faile verilecek cezanın tespiti açısından yapıldığını kabul etmek ve örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesi de olsa faili ayrıca terörün finansmanı suçu ile cezalandırmak kanımızca daha isabetlidir.

Yukarıdaki görüş tarafından TMK m.8'e atf yapılmaya da bu tartışmalar mevcut hüküm uyarınca önem taşımamaktadır. 6415 sayılı Kanun ile hüküm altına alınan terörizmi finansmanı suçu ile failin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağına ilişkin atfa isabetli olarak yer verilmemiş ve suçun yaptırımı örgüt üyeliğinden bağımsız bir şekilde beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir¹⁰⁶. Nitekim 6415 sayılı Kanun ile getirilen 4. madde uyarınca örgüt üyeliğine atf kaldırılmış ve böylece örgüt üyeliği ile örgütün finanse edilmesinin bir arada bulunduğu hallerde birden fazla suçun oluşabileceği de zımnen kabul edilmiş görünmektedir¹⁰⁷. Yine hükümde failin örgüt yöneticisi veya üyesi olmasını engelleyen bir ibare bulunmadığını da ifade etmek gerekmektedir. Maddede "*terör örgütüne üye olmamakla birlikte*" gibi bir ibareye yer verilmedikçe örgüt üyesinin 220/4 kapsamında işlenen terörizmin finansmanı suçundan da ceza sorumluluğu olacağını ifade etmek doğru olacaktır. O halde terörizmin finansmanı suçunun örgüt üyesi tarafından da işlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Suçun, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hali, maddenin 3. fıkrasında nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda nitelikli hal açısından fail kamu görevlisi olmalı ve suçu kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlemelidir. Suçun nitelikli hali bakımından suç özgü suç niteliğindedir. Hüküm gereğince yapılacak artırım bakımından hâkime somut olayın özelliğine göre kullanılmak üzere takdir hakkı tanınmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁸.

Maddenin 4. fıkrasında suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunup

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 302.

¹⁰⁶ Gödekli, s. 303.

¹⁰⁷ Gödekli, s. 331.

¹⁰⁸ Çetin, s. 147.

bulunmadığı doktrinde tartışmalı olsa da¹⁰⁹ Anayasa'nın 38. maddesinde ve TCK'nın 20. maddesinin 1. fıkrasında cezaların şahsiliği ilkesine yer verilmiş, TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasında da tüzel kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin saklı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Suçun faili olamayan tüzel kişiler için öngörülen güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60. maddesinde faaliyet izninin iptali ve müsadere olarak düzenlenmiştir. O halde terörizmin finansmanı suçunun tüzel kişinin yararına olarak veya tüzel kişiliğin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ihtimallerinde tüzel kişiler hakkında söz konusu güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. 60. madde gereği iznin iptaline karar verilebilmesi, suçun özel hukuk tüzel kişinin organ ve temsilcisinin iştirakiyle ve faaliyet izninin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olmasına bağlıdır. Şartlarının bulunması halinde, suç konusu gelirin müsadere de mümkündür.

b) Mağdur

Terörizm finansmanı suçunun mağduru, toplumu oluşturan tüm bireylerdir¹¹⁰. Zira doktrindeki bir görüş uyarınca, günümüz çağdaş ceza hukukunda suçun mağduru ancak bireyler olabileceği kabul edilmekte; devlet suçun mağduru olarak kabul edilmemektedir¹¹¹.

¹⁰⁹ Tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığına ilişkin görüşler için bkz. M. Yasin Aslan, "*Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*", Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, S: 2010/2, s. 239 vd.; Muharrem Özen, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 1, 2003, s. 68 vd.; Artuk - Gökçen - Alşahin - Çakır, s. 302 vd.

¹¹⁰ Yenidünya - Değirmenci, s. 1285.

¹¹¹ Artuk - Gökçen - Alşahin - Çakır, s. 314. Bu görüşe göre, tüzel kişiler suç mağduru olamaz. Buna göre, bütün suçlarda mağdur ancak gerçek kişilerdir. Yine bu görüşe göre, tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir. Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 117; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 208-209. Bir görüş ise suçun doğası izin verdiği sürece tüzel kişiler de suçun mağduru olabileceğini ifade etmektedir. Tuğrul Katoğlu, "*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 2, 2012, s. 672; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 6. Bası, Beta, İstanbul, 2016, s. 161. Bir tüzel kişi olan devletin suç mağduru ya da suçun pasif süjesi olabileceğinin kabul edilmesi gerektiği, bir tüzel kişi olan devletin de suç mağduru olabileceği de ileri sürülmektedir. Katoğlu, s. 674; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, (Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu, R. Murak Önok), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Baskı, C. II, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 728-729. Devletin mağdur olabileceğine ilişkin ayrıca bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

Suçun mağdurunun terör olmaksızın yaşamak arzusunda olan tüm ülke insanları olduğu ifade edilmektedir¹¹². Yine suçun mağdurunun terör örgütünün doğrudan hedef aldığı ve terör örgütüne fiilen mali kaynak sağlanan ülkede yaşayan herkes; buna karşılık suçtan zarar görenin ise devlet ile birlikte uluslararası toplum ve uluslararası kuruluşlar olduğu düşünülmektedir¹¹³. Korunan hukuki menfaat başlığında ifade edildiği üzere, terörizmin finansmanı toplum düzenine karşı bir suç niteliğindedir. Bu noktada mağdur demokratik düzende barış içinde yaşama hakkı zedelenen toplumu oluşturan bireylerdir.

İfade etmek gerekir ki, terör suçlarında toplumu oluşturan herkes mağdur olduğu gibi terör eylemleri ile doğrudan hakları ihlal edilen belirli kişi veya kişiler de mağdur olabilmektedir¹¹⁴. Bu kapsamda bir bombalı terör eylemi, hem tüm vatandaşların güvenlik ve barış içinde hukukun üstün olduğu bir toplumda yaşama haklarını hem de bu eylem sonucunda hayatını kaybeden, vücut bütünlüğü ihlal edilen, malvarlıkları zarara uğratılan kişilerin bu haklı çıkarlarını zedelemektedir¹¹⁵. Terör örgütünün terör eylemleri gerçekleştirebilmesini temine yönelik fon sağlama veya toplama fiillerinin işlenmesi halinde, finanse edilen ve terör örgütü tarafından gerçekleştirilen terör eylemleri sonucu yaralanan ve ölen kişilerin de mağdur olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

Mağdur, suçla ihlal edilen varlık veya değer sahibi olan ve yaşayan her gerçek kişidir¹¹⁶. Nitekim terör ve terör suçları ile dolayısıyla terörizmin

Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 192. TCK'da, üçüncü kısmın başlığı için Toplumla Karşı Suçlar, dördüncü kısmın başlığı için ise, Millete ve Devlete Karşı Suçlar ifadeleri kabul edilmiştir. Bu düzenleme, aslında topluma yani tüzel kişiliği olmayan bir kişi topluluğuna ve bir tüzel kişi olan devlete karşı suç işlenebileceğinin kabulü olarak anlaşılmalıdır. Katoğlu, s. 690. Devletin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlar, adliye karşı suçlar ya da devletin güvenliğine karşı suçlar gibi bazı suçlar bakımından gerçek anlamda mağdur olduğu nitelendirilmektedir. Katoğlu, s. 676. Bununla birlikte, topluma karşı suçlarda toplum suçun mağduru olacak, bu suçlar dolayısıyla menfaatleri somut olarak zarar görenler ise, suçtan zarar gören olarak kabul edileceklerdir. Katoğlu, s. 684.

¹¹² Çetin, s. 141.

¹¹³ Gödekli, s. 306.

¹¹⁴ Bu durumda toplumu oluşturan bireyler geniş anlamda mağdur; belirli kişi veya kişiler ise dar anlamda mağdur olarak ifade edilmektedir. Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 314.

¹¹⁵ Yenidünya – Değirmenci, s. 1285.

¹¹⁶ Katoğlu, 661; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 312. Suçun mağduru kavramından, suç fiilinden zarar gören herkesi değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahiplerini anlamak gerekir. Katoğlu, s. 662.

finansmanı suçu ile korunan hukuki değerlere baktığımızda, toplumun düzeni, devletin birliği ve bütünlüğü, toplumun güvenliği ve barışı, bireylerin hukuki güvelik duygusu ile birlikte bireylerin temel hak ve özgürlükleri gibi değerlerin korunduğu görülmekte ve bu çerçevede mağduru toplumu oluşturan bireyler ile finanse edilen terör suçunun doğrudan kendisine yöneldiği kişilerin de mağdur olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

6415 sayılı Kanun'un 4 maddesinin 5. fıkrası uyarınca suçun, yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi hâlinde suçun mağduru yabancı devlet veya uluslararası kuruluş olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁷. Bununla birlikte, bu ihtimalde de mağdur yine toplumu oluşturan bireylerdir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, modern ceza hukuku anlayışında devlet mağdur olarak kabul edilemeyecektir. Bu suç ile yalnızca ülkede yaşayan bireylerin tümü değil, aynı zamanda yabancı ülkede yaşayan bireyler de korunmaktadır. İfade etmek gerekir ki, ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Bu durumda tüzel kişilik teşkil eden uluslararası kuruluşlar da suçun mağduru değil, ancak suçtan zarar gören olabilecektir¹¹⁸.

c) Suçun Konusu

Terörizmin finansmanı suçunun konusu, Kanun'un 3. maddesindeki terör eylemlerinde kullanılması amacıyla veya terör eylemlerinde kullanılacağını bilerek ve isteyerek bir teröriste veya terör örgütlerine sağlanan veya toplanan fon olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada fon kavramının üzerinde durmak gerekir. Kanunilik ilkesine uygun şekilde fon kavramından ne anlaşılması gerektiğine 6415 sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 2. maddesinde yer verilmektedir. Kanun'un 2/1-c maddesi gereğince, fon; *“para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi”* ifade etmektedir. Bununla birlikte, BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 1. maddesinde fonun; *“her ne suretle edinilmiş olursa olsun, maddi veya gayri maddi, menkul veya gayrimenkul, her türlü kıymeti ve bu kıymetler üzerinde bir mülkiyet hakkı veya çıkarı kanıtlayan, elektronik veya dijital şekilleri dahil olmak üzere, her türlü görünüşteki belge ve yasal araçları ve bu çerçevede banka*

¹¹⁷ Çetin, s. 141.

¹¹⁸ Suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramından geniş olup; bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri, hakları, doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kişi suçtan zarar görendir. Bkz. Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 313.

kredilerini, seyahat çeklerini, para havalelerini, hisse senetlerini, teminatları, tahvilleri, kredi mektuplarını, işbu sayım sınırlayıcı olmaksızın kapsadığı” belirtilmektedir. Kanun’daki fon kavramı Sözleşme’de belirtilen değerleri de kapsayacak şekilde geniş düzenlenmektedir. İfade etmek gerekir ki, suçun konusunu oluşturan fonun tespitinde en önemli ölçüt para ile ölçülebilir olma niteliğidir¹¹⁹. Bununla birlikte, 6415 sayılı Kanun’da mülga TMK m. 8’de düzenlenen “bunların birbirine dönüştürülmesinden hasıl olan menfaat ve değer”lere fon kapsamında açıkça yer verilmemiş olup para ile temsil edilebilir olma niteliği gereği fon kavramının birbirine dönüştürülen değerleri de kapsadığı söylenebilecektir¹²⁰.

Terörizmin finansmanı suçunun konusu oluşturan fonun miktarı önemli değildir¹²¹. Önemli miktardaki finans kaynaklarının önlenmesi kadar önemsiz meblağların da önlenmesi terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamındadır. Bununla birlikte, sistematik olmayan, devamlılık teşkil etmeyen maddi yardımların örgüte yardım suçu kapsamında olduğu; yardım yüksek miktartlı, sistematik, örgütün sevk ve idaresini sağlayacak, gelişecek, eylem kapasitesini artıracak, örgütün mali kaynağı olacak şekilde ise terörizmin finansmanı suçunun gündeme geleceği ileri sürülmektedir¹²². Ancak kanundaki düzenleme böyle bir özellik aramamakta olup bu görüşün isabetli olmadığını ifade etmek gerekir¹²³. Yine fon bir suçtan elde edilen maddi bir değer olabileceği gibi suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama yoluyla yasal görünüm kazandırılan bir değer ile birlikte yasal ve meşru yollardan elde edilmiş bir değer ile de olabilecektir¹²⁴.

¹¹⁹ Gödekli, s. 306.

¹²⁰ Gödekli, s. 307.

¹²¹ Gödekli, s. 307; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 97; Bodur – Özkul, s. 207. Fonların ekonomik değerinin az olması, hırsızlık suçunda olduğu gibi, bir cezasızlık veya cezada indirim gerektiren bir neden olarak düzenlenmemektedir. Bkz. Gödekli, s. 307.

¹²² Şen – Eryıldız, s. 399. Yazarlar, terörizmin finansmanının küçük ölçekli maddi yardımlar olmayıp büyük ölçekte maddi destekler olduğunun anlaşıldığı, bu yönüyle terörizmin finansmanı ile örgüte bilerek ve isteyerek yardım eylemlerinin ayrılabilmesi, sıradan bir yardımın veya küçük ölçekli maddi desteğin terörizmin finansmanının sağlanması olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Şen – Eryıldız, s. 400.

¹²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2017/692, K. 2018/41, T. 13.2.2018: “... terörizmin finansmanı suçunun yalnızca düzenli, sürekli ve çeşitlilik arzeden ve belli bir organizasyon dahilinde ulusal ve uluslararası boyutta yapılan yardım eylemlerini kapsadığını ileri sürmek imkân dahilinde değildir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹²⁴ Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 136; Bodur – Özkul, s. 208.

Fon kavramının kapsamına ilişkin olarak; bir görüşe göre; terör örgütünün yapısını, işleyişini sürdürebilmesi ve bu çerçevede terör eylemlerini gerçekleştirebilmesini temine yönelik, her türlü maliyeti karşılayan para veya değeri para ile temsil edilebilen aynı veya nakdi değerler fon kapsamındadır. Buna karşılık; terör örgütüne eylemlerini gerçekleştirmek üzere malzeme, araç gereç ve her türlü personel temini şartları varsa, fon sağlama olarak değil, TCK m.220/7 anlamında örgüte yardım olarak nitelendirilebilecektir¹²⁵. Bununla birlikte, terörizmin finansmanı suçunun oluşması bakımından, sağlanan veya toplanan fonun miktarı, türü ve kullanım alanı önem arz etmemekte olup terör örgütlerini, teröristleri veya terör eylemlerini potansiyel olarak finanse etme niteliğine sahip her türlü iktisadi değer bu suçu oluşturabilecektir. Bu açıdan malzeme, araç gereç, teçhizat, silah veya cephane gibi iktisadi niteliği bulunduğu açık olan şeyleri fon kapsamında değerlendirmemek için bir neden bulunmadığı ileri sürülmektedir¹²⁶. Buna karşın; örgüte mensup temin etmenin, örgütün amacına ve eylemlerine yardımcı olmak için plan ve program desteği vermenin, yol ve yön göstermenin, terör örgütünün finansmanı kapsamında değil, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme (TCK m. 220/7) olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁷.

Yukarıda ifade edilen görüş çerçevesinde, silah, cephane, patlayıcı madde gibi değerler ekonomik değer taşıma ve para ile ölçülme niteliklerini karşıladığından hem TCK m. 315 gereği silah sağlama suçunun hem de terörizmin finansmanı suçunun oluşacağı; her iki suç tek bir fiil ile işlendiğinden TCK m. 44 uyarınca fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı ve ağır olan silah sağlama suçundan sorumlu olacağı da savunulmaktadır¹²⁸. Ancak silahın ekonomik bir değeri bulunmakla birlikte örgüte silah temini bağımsız bir suç olan TCK'nın 315. maddesinde hüküm altına alınan silahlı terör örgütüne silah sağlama suçunu gündeme getirecektir¹²⁹. Bu noktada TCK m. 220/7'de düzenlenen örgüte yardım suçunun da üzerinde durmak gerekmektedir¹³⁰. Zira ekonomik değer taşıyan yardımlar fon kapsamında

¹²⁵ Yenidünya – Değirmenci, s. 1286.

¹²⁶ Gödekli, s. 309; Şen – Eryıldız, s. 411.

¹²⁷ Şen – Eryıldız, s. 411.

¹²⁸ Gödekli, s. 309-310; Şen – Eryıldız, s. 411. İfade etmek gerekir ki, bu görüşün kabulü halinde 4. maddede yer “*fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde*” ifadesi sebebiyle TCK m. 44 hükmünün uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Bodur – Özkul, s. 207; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 97; Akin, s. 398.

¹³⁰ “Yardım fiilleri, örgüte silah sağlama ve terörün finansmanı dışında tahdidi olarak sayılmamıştır. Her ne surette olursa olsun örgütün hareketlerini kolaylaştıran ve YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

değerlendirilmekle birlikte, m. 220/7 bakımından örgüte her türlü yardım söz konusu olabilmektedir¹³¹. Yargıtay kararlarına bakıldığında, terörizmin finansmanı suçunun çoğu zaman TCK m. 220/7’de düzenlenen örgüte

yaşantısını sürdürmeye yönelik eylemler yardım kapsamında görülebilir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.11.1991 tarih, Esas 9-242, Karar 305). Yardım teşkil eden hareketin başlı başına suç teşkil etmesi gerekmez. Yardım bir kez olabileceği gibi birden çok şekilde de gerçekleşebilir. Ancak yardım teşkil eden faaliyetlerde devamlılık, çeşitlilik veya yoğunluk var ise, sanığın hukuki durumunun, örgüt üyeliği kapsamında değerlendirilmesi gerekebilir.” Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2498, K. 2018/2388, T. 10.7.2018; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/3730, K. 2018/780, T. 15.3.2018; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1861, K. 2018/294, T. 15.2.2018 <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/588, K. 2018/718, T. 2.3.2018; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/2365, K. 2016/5345, T. 26.10.2016: *“Yerleşik içtihatlarda silahlı terör örgütüne silah ve finansman sağlama haricinde örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek yapılan her türlü yardımın terör örgütüne yardım kapsamında kaldığı belirtilerek; örnek olarak barınma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt üyelerinin araştırılması, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama halleri sayılmıştır. Buna göre, “örgüt üyesinin kendisine teslim ettiği şifreli örgütsel dokümanları çantasında muhafaza ederek kuryelik yapmak”, “toplantılar düzenleyerek silahlı örgütün propagandasını yapmak”, “hükümlüler ile irtibata geçerek mont ve ayakkabılardan oluşan malzemelerin silahlı terör örgütüne ulaştırılmasını sağlamak”, “örgüte eleman temin etmeye yardım etmek eylemlerinin silahlı terör örgütüne yardım niteliğinde oldukları kabul edilmektedir (Yargıtay 9. CD. ’sinin 06.07.2009 gün ve 2009/779 E. - 2009/7936 K; 16.07.2009 gün ve 2008/21670 E. Karar No: 2009/8561 K; 01.07.2009 gün ve 2008/21593 E. 2009/7935 K; 05.04.2011 gün ve 2009/7986 E. 2011/2088 K; 19.12.2011 gün ve 2009/20949 E. 2011/30216 K. sayılı kararları)”* <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Ayrıca bkz. Şen – Eryıldız, s. 200. Yazarlar, terör örgütüne ait bankaya para yatırılmasının daha ağır cezayı gerektirdiği için 220/7 kapsamında cezalandırılması gerektiğini ifade etmekte; plan, proje ve sair destek verilip de, mali kaynak içermeyen ve örgüte mali destek sağlasa bile 6415 sayılı Kanun’un 3. ve 4. maddelerine göre özel kast bulunmayan yardımlar 220/7 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak söz konusu iki suçun aynı anda oluşması mümkün görülmemekle birlikte, aynı zamanda yalnızca terör eylemlerinde kullanılmak üzere sağlanan destekler değil, örgütün varlığını sürdürmesi için sağlanan destekler de terörizmin finansmanı kapsamında görüleceğinden kanaatimizce bu görüş isabetli değildir.

¹³¹ TCK m. 220/7 bakımından yardım etme fiilinin yalnızca maddi nitelikte yardımları mı kapsadığı, manevi nitelikteki yardımların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Şen – Eryıldız, s. 212 vd. Yazarlar, yardımın maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabileceğini ileri sürmektedir. Şen – Eryıldız, s. 214. Bununla birlikte, TCK m. 220/7’ye ilişkin AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen ihlal kararı da göz önünde bulundurulduğunda, maddenin öngörülebilir şekilde yorumlanması gerektiği dikkate alınmalı ve örgüte somut katkı sunma gibi bir kriter getirilmelidir. Yardım somut bir suça yönelikse, manevi yardım hallerinde ilgili suça ilişkin olarak genel iştirak kurallarına gidilmesi daha doğru olacaktır.

yardım etme suçu ile karıştırıldığı görülmektedir¹³². FATF, terör örgütüne veya teröriste sağlanan yardımın hangi madde kapsamında cezalandırılacağını belirlerken yardımın finansal özelliğinin bulunup bulunmadığını dikkate almaktadır¹³³. Bu çerçevede ekonomik nitelikte bir değer taşımayan yardımlar terörizmin finansmanı suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir. O halde failin terör örgütüne personel temin etmesi finansal nitelik taşımadığından TCK m. 220/7’de düzenlenen örgüte yardım suçu kapsamında ele alınacaktır¹³⁴. Yargıtay’ın istikrar kazanan uygulamalarına göre, örgüt mensuplarının geçici olarak barındırılması¹³⁵, evde yemek ikram edilmesi, örgütün verdiği para ile ihtiyaç listesindeki malzemelerin temin edilmesi¹³⁶ gibi eylemler fon sağlama kapsamında değerlendirilmeyip TCK’nın 314. maddesinin üçüncü ve 220. maddesinin yedinci fıkraları delaletiyle uygulanacak olan ve TCK’nın 314. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen silahlı terör örgütüne yardım suçu

¹³² Bazı kararlarda, mahkemenin gerekçeli karar başlığının suç kısmında örgüte bilerek ve isteyerek yardım ile terörizmin finansmanının karıştırıldığı, bunun düzelterek onama konusu yapıldığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1731, K. 2017/4952, T. 12.9.2017 <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹³³ Gödekli, s. 333.

¹³⁴ Gödekli, s. 310, 332.

¹³⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5009, K. 2014/8262, T. 17.2.2014: “*Örgütün hiyerarşik yapısı içinde yer aldığı belirlenemeyen sanığın örgütün kırsalında iken eylem yapmak amacıyla ... iline gelen örgüt mensubu olan kardeşi ...’yi evinde barındırmaktan ibaret eyleminin bir bütün halinde silahlı terör örgütüne yardım suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...*”; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/12787, K. 2009/11005, T. 02.11.2009: “*Sanığın kolluk ve sorgu beyanı, sanıklar K3 ve K2’in aşama beyanları ve tüm dosya kapsamından, terör örgütü üyesi olan Sanık K3’in hal ve sıfatını bilerek, evinde barındırmak, çarşıdan kendi parası ile elbise alarak giydirmek, tedavisi ile ilgilenmek ve ev telefonundan görüşme yapmasını sağlamak suretiyle örgüte bilerek ve isteyerek yardım suçunu işlediği sübut bulunduğu gözetilmeden, mahkûmiyeti yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi ...*” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹³⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1249, K. 2017/4166, T. 25.5.2017: “*1-Tunceli ilinde terör örgütü üyelerinin ölü olarak ele geçirilmesi sonrasında, örgüt üyelerinin kullandıkları sığınaklarda jeneratör ile örgüt dokümanlarının ele geçirildiği, bu dokümanlardan birinde; “Jeneratör 1.250” notunun yazılı olduğu, diğer dokümanlarda ise örgütün kış üstlenmesine yönelik olduğu anlaşılan harcama kayıtlarının yer aldığı anlaşılan karşısında; sanığın bedeli örgütçe karşılanan jeneratörü satın alıp kırsala teslim etmek şeklindeki eyleminin silahlı terör örgütüne yardım suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...*” <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

kapsamındadır¹³⁷. TCK m. 220/7 yardım etmek fiili dışında bir kritere yer vermediğinden suç tanımının yeterli açıklıkta yapılmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen İmret (2) kararında TCK m.220/7'nin öngörülebilir olmadığından kanun ölçütünü karşılamadığı dile getirilmiş ve kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹³⁸.

Para ile birlikte ekonomik değeri olan her şey fon kapsamında değerlendirilmektedir¹³⁹. Yargıtay; paradan¹⁴⁰ başka erzak ve yaşam

¹³⁷ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/692, K. 2018/41, T. 13.2.2018. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹³⁸ Detaylı bilgi için bkz. Akyürek, s. 1 vd. İmret v. Türkiye (no. 2), Başvuru no. 57316/10, Karar Tarihi: 10.07.2018. Ayrıca AİHM, daha önce benzer bir değerlendirmeyi Işıkkırık v. Türkiye kararında TCK'nin 220. maddesinin 6. fıkrası için yapmış ve cenazeye katılan ve burada zafer işareti yaparak slogan atan bir kişiye 6 yıl 3 ay hapis cezası verilmesinin öngörülebilir olmadığına karar vermiştir. Işıkkırık v. Türkiye, Başvuru no. 41226/09, Karar tarihi: 14.11.2017.

¹³⁹ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 236.

¹⁴⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/14402, K. 2014/1214, T. 3.2.2014: "... sanık ...'in sanık ...'ya molotof yapımında kullanılması için benzin almak üzere para vermektan ibaret eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek ..."; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/14182, K. 2014/1624, T. 17.2.2014: "Sansasyonel eylem yapmak amacıyla ihtiyaç duyulan malzemelerin alımı için Cudi (K) ... bilgisi dahilinde ... tarafından gönderilen 1000 TL paranın PTT şubesinden ... tarafından çekilerek eylemlerde kullanılmak üzere sanık ...'a verilmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanıkların eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek..."; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5009, K. 2014/8262, T. 17.2.2014: "Sanığın örgüt adına gerçekleştirilecek olan bombalı eylemde kullanılacak aracın satın alınması amacıyla para vermesi şeklindeki eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek ..."; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/15389, K. 2014/10370, T. 17.10.2014: "El Kaide silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmadan örgüte finansman temin ettiği ve eleman gönderdiği kabul edilen sanığın, bankalar aracılığıyla örgüte yapmış olduğu para transferleri ilgili kurumlardan araştırılıp paraların terör örgütüne veya örgüt üyelerine gönderildiğinin tespiti halinde, eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek ... ve uygulanması suretiyle belirlenmesi gerektiği, sanığın terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilerek finansman temin ettiğine dair yeterli delil elde edilememesi halinde ise; dosya kapsamı ile kanıtlanan, örgütsel bir organizasyon olmaksızın terör örgütüne eleman gönderme eyleminin silahlı terör örgütüne yardım suçunu oluşturacağı

malzemelerinin¹⁴¹, giyim malzemelerinin¹⁴², dizüstü bilgisayar ve fotoğraf makinası¹⁴³ gibi değerlerin temin edilmesini terörizmin finansmanı

gözetilip...”; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2280, K. 2017/5548, T. 28.11.2017: “Oluşa, iletişimin tespiti tutanaklarına, tape kayıtlarına, öldüğü anlaşılan ...’ın anlatımlarına ve dosya kapsamına göre; silahlı terör örgütü ile organik bağ kurduğuna ve örgütün hiyerarşik yapısına dahil olduğuna dair yeterli delil bulunmayan ancak farklı zamanlarda 30.000 Dolar, 60.000 TL, 50.000 TL ve 40.000 TL parayı PKK/KCK silahlı terör örgütüne verdiği anlaşılan sanığın eyleminin, 6415 sayılı Kanununun 4. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne finansman sağlamak suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine delillerin değerlendirilmesinde yanlıya düşülerek yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” Kararlar için bkz. <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁴¹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/6515, K. 2016/5787, T. 10.11.2016: “1-Sanığın kırsalda faaliyet gösteren silahlı terör örgütü PKK mensuplarına değeri para ile temsil edilebilen giyim eşyası, tüp, pil, çadır brandası, bıçak, jilet, yiyecek gibi yaşam malzemesi vermek ve temin etmek suretiyle fon sağladığının anlaşılması karşısında, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmadan örgüte finansman temin etmesi şeklindeki eyleminin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanununun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanununun 4.maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...”; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9917, K. 2014/342, T. 14.1.2014: “... tüm dosya kapsamına göre, sanıkların kırsalda faaliyet gösteren silahlı terör örgütü mensuplarına erzak ve yaşam malzemesi temin etmek biçimindeki eylemlerinin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanununun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanununun 4. Maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...”; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/15837, K. 2014/3254, T. 24.3.2014: “Sanıkların 2009 yılı ve öncesinde kırsalda faaliyet gösteren silahlı terör örgütü mensuplarına değeri para ile temsil edilebilen erzak ve yaşam malzemesi temin etmek ve parasal yardımda bulunmak biçimindeki dosya kapsamına uygun şekilde iddia ve kabul edilen eylemlerinin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanununun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanununun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...”; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/8581, K. 2016/5700, T. 15.11.2016: “... sanıkların kırsalda faaliyet gösteren silahlı terör örgütü mensuplarına erzak ve para vermekten ibaret eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanununun 8/1 ve hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanununun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı nazara alınarak...” Kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁴² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/16229, K. 2014/9723, T. 26.9.2014: “...1-Sanığın terör örgütüne değeri para ile temsil edilebilen giyim malzemelerini temin etme şeklinde sübuta eren eyleminin, terör örgütüne yardım suçunu oluşturmayıp, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanununun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanununun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁴³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5464, K. 2014/12447, T. 22.12.2014: “...yine sanık 'un örgüt faaliyetlerinde kullanılmak üzere yurt dışında kendisine verilen dizüstü bilgisayar YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

kapsamında değerlendirmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yiyecek, giyecek ve yaşam malzemelerinin örgüte temininin örgüte yardım suçunu mu yoksa terörizmin finansmanı suçunu mu oluşturduğuna ilişkin uyumsuzlukta söz konusu değerleri fon kapsamında olduğunu ve terörizmin finansmanı suçunun oluşturduğunu kabul etmiştir¹⁴⁴. Söz konusu karar uyarınca, “bir teröriste veya terör örgütüne yapılan bu nitelikte yardımlar, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü cebri yöntemlerle bozmayı amaçlayan, bu amaç doğrultusunda bombalama, kasten öldürme, ağır yaralama gibi suçlar işleyen terör örgütü mensuplarının faaliyetlerini idame ettirmelerine, bu şekilde mevcudiyetini devam ettiren terör örgütünün de eylem kapasitesini yükseltmesine katkı sağlamaktadır”¹⁴⁵. Nitekim bu

ve fotoğraf makinasını ...'ye getirerek örgüt üyesi olan 'a vermesi ve örgüt tarafından hesabına yurt dışından 03.02.2011 tarihinde gönderilen 706.07 EURO, ayrıca 2011 yılının Mart ayında gönderilen 1000 EURO'yu hesabından çekip örgüt üyeleri olan ve 'ya vermesi şeklinde sübuta eren eylemlerinin terörizmin finansmanına iştirak suçunu oluşturacağı gözlemlenmektedir...” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/692, K. 2018/41, T. 13.2.2018: “PKK silahlı terör örgütünün varlığını koruması, 6415 sayılı Kanun'un 3. maddesinde fon sağlanması veya toplanması yasaklanan fiilleri gerçekleştirebilmesi ve bu husustaki örgütsel faaliyetlerini sürdürülebilmesi amaçlarına uygun olarak, örgütün kırsalda faaliyet gösteren mensuplarına, sanıklardan ...'nin 2009 yılı bahar aylarında iki kez ekme ile diğer erzak ve yaşam malzemesi, sanık ...'in 2009 yılı Mayıs ayında un, tereyağı, şeker, çay ve ekme, 2010 yılı Nisan ayında on kg un, 3-4 kg peynir, dört kg bulgur ve deterjan gibi erzak ve yaşam malzemesi, sanık ...'ün de 2009 yılına kadar yiyecek, koyun, kitap ile iki adet dijital kamera ve 3.000 TL temin ettiği olayda; sanıklar tarafından temin edilen para ve diğer eşyanın niteliği itibarıyla 6415 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (c) bendinde tanımlanan "fon" kapsamında olduğu, dolayısıyla sanıkların terör örgütü mensuplarına fon sağlamaları şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, aynı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁴⁵ Bazı Ceza Genel Kurulu üyeleri ise “örgüt üyesi olmamakla birlikte, örgüte ve örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek yapılan **kısa süreli ve günlük yiyecek ve yaşam malzemesi sağlanması, barınma, nakletme, istihbari bilgi sağlama** gibi eylemler 5237 sayılı TCK'nun 314/3-2, 220/7. maddeleri kapsamında zaten cezalandırılmaktadır. 6415 sayılı Kanundaki düzenleme, terör örgütlerine silah ve finansman sağlamak suretiyle yardım suçunun, 5237 sayılı TCK'nun 314/3-2, 220/7. maddelerindeki terör örgütlerine yardım suçunun özel bir düzenleniş şekli olup; 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak **örgütün devamlılığını sağlamak amacıyla daha organize, düzenli, süreklilik arzedecek şekilde örgüt ile hiyerarşik bağ kurulmadan, belirli bir organizasyon dahilinde ulusal veya uluslararası boyutta yapılan yardım eylemlerinin cezalandırılması** amaçlanmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında somut olaya gelecek olursak, sanıklar ... ve ...'nin PKK terör örgütü üyelerine yiyecek ve yaşam malzemesi sağlama, sanık ...'ün de örgüt tarafından kesilen ceza nedeniyle 3.000 Lira ve örgüt mensuplarına 200 Lira vermektен

değerlerin temini ile terör örgütleri güçlenerek eylem yapma kabiliyetlerini arttırmaktadır. Somut olayda TCK m. 220/7 uyarınca terör örgütüne yardım etme olarak değerlendirilen eylemlerin terörizmin finansmanı suçunu oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir¹⁴⁶.

ibaret eylemlerinin, üye olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım suçunu oluşturduğu...” gerekçesiyle karşı oy görüşü ileri sürmüşlerdir.

¹⁴⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/5503, K. 2017/3893, T. 10.5.2017: “Sanık ...'a ait dekontların 03.02.2012 tarihli operasyonda tespit edilen terör örgütüne ait sığınakta ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, sanığa ait hesap hareketlerinin ilgili bankalardan araştırılarak, sanığın para alışverişi yaptığı hesapların kime ait olduğu, söz konusu para transferlerinin kaynak ve amacı tespit edilerek, örgüt mensuplarına lojistik yardım dışında finans desteğinde de bulunduğu kabul edilen sanığın eylemlerinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturup oluşturmayacağına tartışılması gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırma sonucu suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”; Gaziantep BAM, 3. CD., E. 2017/113 K. 2017/252 T. 22.2.2017: “Mahkemece sanığın kişileri fetö silahlı terör örgütünün yayın organlarından olan sızıntı dergisine abone yapmak, esnaf ve ailelerden fitre ve zekat adı altında para toplamak, kurban adı altında para almak suretiyle çalıştığı, bu şekilde sanığın esnaftan 10-15 TL toplayarak Suriyeli mültecilere yardım ettiğine, gıda maddesi veya sarf malzemesi olarak suriyelilere dağıttığına, fetö adına himmet adı altında her hangi bir para toplamadığına, bu örgütle de her hangi bir alakası olmadığına yönelik savunmalarına itibar edilmeyerek sanığın örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçundan mahkumiyetine karar verildiği görülmüş ise de; 15/07/2016 tarihinde yapılan darbe girişimi sonrası sanık hakkında fetö silahlı terör örgütü ile ilgili bir soruşturma yapıp yapılmadığı hususunun araştırılmadığı, sanığın örgüte yakınlığı ile bilinen bankasya isimli F1 bankasında hesabının ve hesap hareketlerinin özellikle 17/25 Aralık sürecinden sonrasının incelenmediği ve ayrıca sanığın varsa diğer bankalardan hesaplarının araştırılıp hesap hareketlerinin tespit edilmediği, sanığın topladığı bu yardımları kime ne şekilde aktardığının tam anlamıyla açıklanmadığı, sanığın yardım ettiği kişilerin öğrenciler mi yoksa yardıma muhtaç kişiler mi olduğu konusunda gerektiğinde bu kişileri göstermesi için imkan tanınması gerektiği, sızıntı dergisinin 26/07/2016 tarihli KHK ile kapatıldığı, ancak abonelik kayıtlarının mutlaka olacağı, tanık K1'nin gerçekten abone kaydı bulunup bulunmadığının araştırılmadığı, eylemin 6415 sayılı Terörizmin finansmanının önlenmesi hakkında kanunun 3 ve 4. Maddeleri kapsamında hiç değerlendirilmediği bu şekilde deliller tam olarak toplanmadan yasal olmayan ve yetersiz gerekçe ile CMK'nın 230. Maddesine aykırı olarak hüküm kurulduğunda İstinaf başvurusunda bulunan sanığın istinaf itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, CMK'nın 289/1-g, 280/1-b maddeleri uyarınca HÜKMÜN BOZULMASINA,” Kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

d) Hareket

aa) Genel Olarak

Terörizmin finansmanı suçunun hareketleri BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesi ile uyumlu şekilde düzenlenmiştir. Terörizmin finansmanı suçu fon sağlamak veya fon toplamak şeklinde iki ayrı hareketle işlenebilmektedir. Fonun kullanılması, kullanılabilir hale getirilmesi, dönüştürülmesi, gizlenmesi, üretilmesi, tüketilmesi gibi hareketler terörizmin finansmanı suçunun kanuni tanımında yer almamaktadır. O halde fon üzerinde gerçekleştirilen başka bir fiille terörizmin finansmanı suçunun işlenmesi mümkün görünmemektedir¹⁴⁷. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukukta fon sağlamak ve fon toplamak dışında başka bazı hareketlerin de terörizmin finansmanı kapsamında düzenlendiği ve böylece suçla etkin mücadeleyi sağlayacak araçları temin etme amacıyla konuya yaklaşıldığı ifade edilmektedir¹⁴⁸. Belirtmek gerekir ki, yalnızca terör örgütlerine fon sağlanması veya toplanması değil, teröristlere fon sağlanması ve toplanması da suç kapsamındadır¹⁴⁹.

Fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartının aranmayacağına ilişkin 2. fıkra hükmü gereğince fonun kullanılması suç kapsamında bulunmamaktadır. Ancak sağlanmış veya toplanmış olan fonları terör eylemlerinin işlenmesinde kullanan kişi, işlediği terör suçundan dolayı sorumlu olacaktır¹⁵⁰.

Terörizmin finansmanı suçu seçimlik hareketlidir¹⁵¹. 4. maddenin metninde seçimlik hareketlere yer verilmiş ve bu seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi, suçun oluşması yönünden yeterli görülmüştür. Her iki seçimlik hareketin aynı konu üzerinde icrası, suçun teklifiğini etkilememekle birlikte, hâkim somut olayın özelliğine göre, cezayı tayin ederken TCK m. 61 uyarınca bu hususu dikkate alacaktır.

¹⁴⁷ Gödekli, s. 294.

¹⁴⁸ Yenidünya – Değirmenci, s. 1287-1288; benzer yönde bkz. Gödekli, s. 294.

¹⁴⁹ Mali Eylem Görev Gücü (FATF), TMK m. 8 yürürlükte iken Türkiye'ye ilişkin değerlendirme raporunda, düzenlemenin terör örgütü ve üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi tavsiyesinde bulunmuş olup 6415 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile bu tavsiye ile uyumlu bir düzenleme getirildiğini söylemek mümkündür. Bkz. Gödekli, s. 295.

¹⁵⁰ Gödekli, s. 310; Şen – Eryıldız, s. 410.

¹⁵¹ Gödekli, s. 292; Çetin, s. 143. Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 93; Bodur – Özkul, s. 206.

Hareketin önemine göre yapılan tasnif bakımından suç, hareket şekli tipte belirtilmiş olduğundan bağlı hareketli bir suçtur¹⁵². Terörizmin finansmanı ancak fon sağlanması veya fon toplanması yoluyla gerçekleştirilebilecektir.

Terörizmin finansmanı suçu, fon sağlama veya toplama hareketlerinin icrasıyla tamamlanmaktadır. Hareketten ayrı bir neticenin varlığı aranmaz, bu sebeple sırf hareket suçudur (neticesi harekete bitişik suç)¹⁵³. Nitekim 4. maddenin 2. fıkrasında terörizmin finansmanı suçuna göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmayacağı da açıkça hüküm altına alınmıştır. Fonun terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek sağlanmış veya toplanmış olması yeterli görülmüştür. O halde sağlanan fonun para olması durumunda para verildiği anda, taşınır ise zilyetliğin devrildiği anda, taşınmaz ise tapuda devri gerçekleştiği anda suç tamamlanmış olacaktır¹⁵⁴.

Suç genel teorisine bakıldığında, iştirak bakımından dahi doğrudan failin icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu, kural olarak, hazırlık hareketlerini cezalandırmamaktadır¹⁵⁵. Ancak belirli amaçlara yönelik hazırlık hareketlerinin özel suç tipi olarak düzenlendiği haller de bulunmaktadır¹⁵⁶. Bu bakımdan 4. maddenin 2. fıkra düzenlemesi göz önüne alındığında söz konusu suç ile hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı söylenebilecektir. Esasen terörizmin finansmanı fiili amaç suçlara yönelik hazırlık hareketi niteliğindedir. Bu madde ile hazırlık hareketlerinin suç olarak kabul edilmesinin amacı, toplum düzenine, toplum güvenliği ve barışına, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine karşı ağır zarar tehlikesi yaratacak nitelikteki hareketlerin cezalandırılmasını sağlamaktır. İşlenmesi amaçlanan terör suçları açısından hazırlık hareketi niteliğinde

¹⁵² Gödekli, s. 294; Çetin, s. 142-143. Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 93; Bodur – Özkul, s. 206.

¹⁵³ Gödekli, s. 298; Çetin, s. 144; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 93; Bodur – Özkul, s. 206.

¹⁵⁴ Çetin, s. 144.

¹⁵⁵ Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 443; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 457; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; Demirbaş, s. 463; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 503.

¹⁵⁶ Örneğin, suç işlemek amacıyla örgütlenme suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 220. maddesinde hazırlık hareketleri özel suç tipi olarak kabul edilmiştir. Bkz. Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s. 672.

olan teröriste veya terör örgütüne fon sağlama veya toplama fiilleri ilgili madde ile ayrı suç olarak tanımlanmaktadır. Terörizmin finansmanı suçu amaç suçlardan bağımsız olarak yaptırıma bağlanan bir suç olup maddede düzenlenen hareketlerin yapılması halinde amaç suça teşebbüs değil, tamamlanmış bir suç söz konusu olmaktadır. İfade etmek gerekir ki, 4. madde uyarınca belli bir fülle ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlama veya toplama cezalandırılmakta olup böylece terör eylemlerinden bağımsız olarak bu suçun cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan sağlanan veya toplanan fon ile bir terör eyleminin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Terörizmin finansmanı suçu, hareketin şekli bakımından icrai bir suçtur¹⁵⁷. Fon sağlamak ve toplamak hareketleri yasak şeklinde ortaya çıkan normlarına aykırılık teşkil eden ve yasaklama kuralını bozan olumlu davranışlardır. Terörizmin finansmanı suçunun ihmal suretiyle icrai bir suç olarak işlenebileceği de ileri sürülmekte olup buna örnek olarak terör suçlarının işlenmesinde kullanılacak bir fonun varlığını öğrenen kolluk görevlisinin rüşvet aldığı için suçun işlenmesine seyirci kalması verilmektedir¹⁵⁸. İhmal suretiyle icrai suçlarda, icrai bir hareketle işlenebilen bir suçun ihmal bir hareketle gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır¹⁵⁹. Bununla birlikte, icrai hareketle işlenen bir suçun ihmal hareketle de işlenebileceğinin kanunilik ilkesine uygun şekilde kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir¹⁶⁰. Mevzuatımızda yalnızca kural olarak icrai davranışla işlenebilen TCK m. 83 ve 88’de yer alan kasten öldürme ve kasten yaralamanın ihmal davranışla işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığından ve belirli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek bakımından kanun ile özel bir yükümlülük altında bulunmadığından yukarıda örnekteki kolluk görevlisinin suçu ihmal suretiyle icrai hareketle işlediğinden bahsedilemeyecektir.

Terörizmin finansmanı suçu, korunan hukuksal değerın somut olarak tehlikeye sokulması aranmadığı için soyut tehlike suçu şeklinde

¹⁵⁷ Gödeklı, s. 291; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 93; Bodur – Özkul, s. 206.

¹⁵⁸ Yenidünya – Değirmenci, s. 1288; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 93.

¹⁵⁹ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 260.

¹⁶⁰ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 263.

düzenlenmiştir¹⁶¹. Nitekim fon sağlama veya toplama hareketleri sonucunda bir zararın doğması şartı aranmamış olup maddenin 2. fıkrasında fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmayacağına hüküm altına alınmasıyla somut bir tehlikenin varlığı aranmadığı söylenebilecektir¹⁶².

Bazı ülke mevzuatlarında (örneğin Fransız Ceza Kanunu m. 421-5), terörizmin finansmanı suçu, teşebbüs durumunun da tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı bir kalkışma suçu¹⁶³ olarak düzenlenmekte olup Türk hukukunda ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁶⁴. Terörizmle etkin mücadele bakımından teşebbüs aşamasında kalan suçun tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin bir hükme terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği maddede yer verilmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁶⁵.

Terörizmin finansmanı suçunu ani suç olarak kabul etmek gerekir¹⁶⁶. Fonun sağlanması veya toplanması hareketleri açısından bir süreklilik aranmamaktadır. Terörizmin finansmanı suçu hareketin yapılmasıyla tamamlanmakta ve aynı anda bitmektedir. Bununla birlikte, suçun fon sağlanması bakımından ani bir suç olduğu, ancak toplama hareketi bakımından toplamının bir süre devam ederek temadi etmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷.

Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesinde “*doğrudan veya dolaylı olarak*” fon sağlamak veya toplamak ifadelerine açıkça yer verilmiş olmasına rağmen, Kanun'un 4. maddesinde böyle bir ibare yer almamaktadır¹⁶⁸. Bununla birlikte, doğrudan

¹⁶¹ Doktrinde bir görüş, suçu somut tehlike suçu olarak değerlendirmektedir. Şen – Eryıldız, s. 418.

¹⁶² Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 297. Tehlike suçu olduğuna ilişkin bkz. Bodur – Özkul, s. 207.

¹⁶³ Genelde ceza kanunları suçun tamamlanmış halini göz önünde tutarak faili cezalandırmaktadır. Kalkışma suçlarında, teşebbüs durumu da tamamlanmış suçun yaptırımına tabi tutulmakta, suçun teşebbüs veya tamamlanmış şekli arasında yaptırım bakımından fark bulunmamaktadır. Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 274.

¹⁶⁴ Gödekli, s. 299. Konuya ilişkin olarak Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesinin 4. fıkrasında “*İşbu maddenin 1 inci paragrafında yer alan suçların herhangi birini işlemeye teşebbüs eden herhangi bir kişi de suç işlemiş sayılır.*” hükmü yer almakta olup mevcut iç hukuk düzenlemesinin Sözleşme hükmü ile uyumlu hale getirilmesi isabetli olacaktır.

¹⁶⁵ Gödekli, s. 299-300, 324.

¹⁶⁶ Gödekli, s. 298.

¹⁶⁷ Çetin, s. 145.

¹⁶⁸ Söz konusu ibare Kanun Tasarısı'nda yer almasına karşılık Komisyon'da Kanun'un kapsamını genişleteceği ve nesnel kararlardan uzaklaşabileceği gerekçesiyle metinden *YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)*

veya dolaylı olarak fon sağlanması veya toplanması mümkün olduğu ve bir kişinin dolaylı olarak, örneğin aracı kullanarak teröriste veya terör örgütüne fon sağlaması durumunda ise iştirak hükümlerinin gündeme geleceği ifade edilmektedir¹⁶⁹. Yine terör eylemini gerçekleştirmek üzere yola çıkan bir teröriste yolculuk için para verilmesi örneğinde olduğu gibi dolaylı desteklerin suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda; kanun metninde yer alan fon sağlama ve toplama fiillerinin maddede belirtilen, *terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde* kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek ifadesi göz önünde bulundurulmak suretiyle bir çözüme ulaşılabilecektir. Bu noktada genişletici yorum kapsamında bu tür desteklerin madde kapsamında sayılmasına imkân verilebileceği ancak TCK'nın 2/3 maddesinde yer alan "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*" hükmünün de gözden kaçırılmaması gerektiğini ifade etmek doğru olacaktır¹⁷⁰.

bb) Fon Sağlamak

Fon sağlamak, terörizmin finansmanında kullanılacak fonun temin edilmesine yönelik her türlü faaliyeti kapsamaktadır¹⁷¹. Fon sağlamak, failin kendi malvarlığından veya başkasının malvarlığından bir fon sayılabilecek ekonomik bir değeri terör örgütüne aktarmasını ifade etmektedir¹⁷². Yine fon

çıkarılmış olup bu olması gereken hukuk açısından fon sağlama ve toplama fiillerini niteleyecek olan doğrudan ve dolaylı olarak ifadesinin hükme eklenmesinin isabetli olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Gödekli, s. 312-313.

¹⁶⁹ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 95.

¹⁷⁰ Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 135.

¹⁷¹ Yenidünya – Değirmenci, s. 1288; Bodur – Özkul, s. 207.

¹⁷² Gödekli, s. 293; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 97. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/1066, K. 2015/1243, T. 24.4.2015: "*Sanığın, PKK terör örgütünün denetiminde silah ticareti yaparak elde ettiği gelirin bir kısmını örgüte göndermek suretiyle fon sağladığının iletişim tespit tutanakları içeriğinden anlaşılması karşısında, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmadan örgüte finansman temin etmesi şeklindeki eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...*"; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/5452, K. 2016/1983, T. 14.3.2016: "*Sanığın, terör örgütüne destek amaçlı çevresinde mali yardım toplayıp göndermek suretiyle fon sağladığının iletişim tespit tutanakları içeriğinden anlaşılması karşısında, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmadan örgüte finansman temin etmesi şeklindeki eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1 ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı*

sağlamaktan anlaşılması gerekenin fon olarak belirtilen değerlerin bizzat fail tarafından yaratılması, yani fonun meydana gelmesinde bizzat kaynaklık etmek olduğu ifade edilmektedir¹⁷³. Nitekim bedeli örgüt tarafından karşılanan veya kim tarafından karşılandığı anlaşılamayan malzemeleri sağlamak fon sağlamak kapsamında kabul edilmeyip TCK m. 220/7 uyarınca örgüte yardım etme suçu olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁴.

Fon sağlama fiilinin tamamlanabilmesi için, sağlanan fonun terör örgütünün veya teröristin egemenlik alanına geçmesi, fon üzerinde terör örgütünün veya teröristin tasarrufta bulunma imkânı elde etmesi gerekmektedir¹⁷⁵. Bu kapsamda terör örgütüne para veya failin üzerinde tasarrufta bulunabileceği taşınır veya taşınmazın bağışlanması, alacak hakkının devredilmesi, bağışlanması, kıymetli evrak teşkil eden bir senedin verilmesi fon sağlamak kapsamındadır¹⁷⁶. Bağış veya yardımlar para bağışı şeklinde yapılabileceği gibi; yiyecek, ilaç, araç-gereç sağlamak vb. şekilde

Kanununun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek..."; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2280, K. 2017/5548, T. 28.11.2017: *"Oluşa, iletişimin tespiti tutanaklarına, tape kayıtlarına, öldüğü anlaşılan ...'ın anlatımlarına ve dosya kapsamına göre; silahlı terör örgütü ile organik bağ kurduğuna ve örgütün hiyerarşik yapısına dahil olduğuna dair yeterli delil bulunmayan ancak farklı zamanlarda 30.000 Dolar, 60.000 TL, 50.000 TL ve 40.000 TL parayı PKK/KCK silahlı terör örgütüne verdiği anlaşılan sanığın eyleminin, 6415 sayılı Kanununun 4. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne finansman sağlamak suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..."* Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁷³ Çetin, s. 143.

¹⁷⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1249, K. 2017/4166, T. 25.5.2017: *"1-Tunceli ilinde terör örgütü üyelerinin ölü olarak ele geçirilmesi sonrasında, örgüt üyelerinin kullandıkları sığınaklarda jeneratör ile örgüt dokümanlarının ele geçirildiği, bu dokümanlardan birinde; "Jeneratör 1.250" notunun yazılı olduğu, diğer dokümanlarda ise örgütün kış üstlenmesine yönelik olduğu anlaşılan harcama kayıtlarının yer aldığına anlaşılmaması karşısında; sanığın bedeli örgütçe karşılanan jeneratörü satın alıp kırsala teslim etmek şeklindeki eyleminin silahlı terör örgütüne yardım suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..."*; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2891, K. 2017/5768, T. 27.12.2017: *"Sanığın PKK silahlı terör örgütünün kırsal alanda yer alan üyelerine, sürekliliği saptanamayan ve bedeli kim tarafından karşılandığı anlaşılamayan gıda maddeleri götürmek şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 220/7. maddesi delaletiyle 314/2. maddesi uyarınca örgüte yardım etme suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının değerlendirilmesinde hataya düşülmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi..."* Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁷⁵ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 237.

¹⁷⁶ Çetin, s. 143.

de yapılabilecektir. Yine, örneğin, bir terör eyleminde kullanılacak aracın satın alınması için para vermek fon sağlanmak fiilini teşkil eder.

Fonun sağlanma şekli önem taşımamaktadır¹⁷⁷. Fon yasal yollardan temin edilebileceği gibi, yasadışı faaliyetler yoluyla da temin edilebilecektir. Bu kapsamda uyuşturucu ticareti yoluyla elde edilen gelirin terör örgütüne aktarılması yasadışı yoldan; müteahhitlik işleri yaparak elde edilen gelirin örgüte aktarılması ise yasal yoldan fon sağlanmasına örnek olarak verilebilir¹⁷⁸.

cc) Fon Toplamak

Fon toplamak, terör eylemlerini finanse edecek fon olarak belirtilen değerlerin başkalarından, üçüncü kişilerden temin edilmesini ifade etmektedir¹⁷⁹. Başkalarından bu değerlerin alınması, kabul edilmesi ve bunların biriktirilmesi bu kapsamdadır¹⁸⁰. Failin burada fonları biriktirdikten sonra veya alır almaz terör örgütüne iletmesi söz konusu olmaktadır.

Fon toplama fiilinin tamamlanabilmesi için, fonun terör örgütünün veya teröriste verilmek, teslim edilmek üzere 3. kişiden temin edilmesi, toplayan failin egemenlik alanına geçmesi gerekmektedir. O halde fonun terör örgütü veya teröristin hâkimiyet alanına (tasarruf imkânının bulunması) girmesi, fon toplama fiilinin tamamlanması bakımından aranmamaktadır. Bu kapsamda failin topladığı bağışları terör örgütüne veya teröriste aktarmadan yakalanması durumunda teşebbüs söz konusu olmayacak, suç tamamlanmış olacaktır.

Toplama hareketi yönünden suçun mütemadi şekilde de işlenebileceği, toplanan fonun bir süre elde tutulması halinde fonun teslim alınması ile

¹⁷⁷ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 97.

¹⁷⁸ Yenidünya – Değirmenci, s. 1288; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 97.

¹⁷⁹ Yenidünya – Değirmenci, s. 1288; Bodur – Özkul, s. 20; Gödekli, s. 293; Çetin, s. 143; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 98. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2011/7052, K. 2013/7819, T. 20.5.2013: “İhbar, arama ve el koymada ele geçen seri numaralı bulunan 49 adet kapalı zarfların tasnifine dair tutanaklar, seri numaralı 82 adet kapalı olmayan zarf ve tanık Ş.K'nin beyanı ile tüm dosya kapsamı göz önüne alındığında, sanığın terör örgütüne finansal destek sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek fon toplama şeklinde sübuta eren eyleminin, terör örgütüne yardım suçunu oluşturmayı terör örgütüne yardım suçunu oluşturmayı, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek...” Karar için bkz. Bodur – Özkul, s. 209.

¹⁸⁰ Çetin, s. 143.

suçun oluşacağı, ancak failin zilyetliğinde bulunduğu sürece devam ettiği ileri sürülmektedir¹⁸¹. Ancak bu düşünce doğru değildir; fon 3. kişiden temin edilerek failin egemenlik alanına girdiği an suç tamamlanır ve biter, örgüte veya teröriste aktarılanı kadar temadi etmez. Örneğin, failin farklı kişilerden bağış toplaması ve bu değerleri bir süre elinde tutarak örgüte aktarması durumunda, suçun mütemadi (kesintisiz) şekilde işlendiğinden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu değerleri temin etmesiyle fail, maddede sayılan terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek fon toplanması hareketini gerçekleştirmiş olacaktır. Bununla birlikte, toplama hareketinin birden çok veya art arda gerçekleştirilmesi ihtimalleri suçların içtimalı çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Fail bakımından üçüncü kişilerin fonun terör örgütüne aktarılacağını bilip bilmemesi veya cebir veya tehdit altında vermesi önem taşımamaktadır¹⁸². Bu kapsamda kâr amacı gütmeyen dernek veya vakıflara bağış yapan kişiler gönüllü olarak veya duydukları korku nedeniyle para vermesi arasında fark bulunmamakta olup, ilgili bağışlar ile terör örgütüne mali kaynak sağlayan fail açısından toplama fiili gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim bağışta bulunan kişiler çoğu zaman yapılan bağışların derneğin veya vakfın amaçları doğrultusunda kullanılacağını düşünmekte, terör örgütüne aktarılacağını bilmemekte olup bu kişilerin terörizmin finansmanı suçundan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, terör örgütüne aktarılacağını bilerek ve isteyerek bağışta bulunulması ihtimalinde, bağışı yapan kişiler fon sağlamak; bağışı toplayanlar ise fon toplamak hareketlerini gerçekleştirmiş olacaktır¹⁸³.

Birtakım gazete, dergilerin satılması suretiyle elde edilen gelirler, düzenlenen konser gibi etkinlikler kapsamında bilet satışlarından elde edilen gelirler fon toplamaya diğer örneklerdir. Yine haraç adı altında kişilerden zorla para alınarak bunların örgüte aktarılması da fon toplamak kapsamındadır.

Fon toplama hareketinin fonun taşınması, nakledilmesini, bir yerden başka bir yer aktarılmasını da kapsar şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁴. Buna karşın terörizmi finanse etmek amacıyla maddi değer taşıyan bir fonun nakledilmesi, sevk edilmesi gibi hareketlerle bu suçun

¹⁸¹ Çetin, s. 145.

¹⁸² Yenidünya – Değirmenci, s. 1288; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 98.

¹⁸³ Yenidünya – Değirmenci, s. 1288.

¹⁸⁴ Çetin, s. 143.

işlenemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁵. Bu kapsamda, yukarıda izah edildiği üzere, kanuni tipte belirtilen hareketler yalnızca sağlamak ve toplamak olarak belirtilmiş olup tipte belirtilmeyen hareketlerin suç kapsamında değerlendirmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukukunda kıyas yasağı ile kıyasa yol açacak şekilde geniş yorum yasağını (TCK m. 2/3) ihlal edecektir.

Yargıtay, fon toplanmasına yardım olmak amacıyla diğer örgüt üyeleri ile başka bir ile giden sanığın, örgüt adına fon toplama işlemini gerçekleştirememiş olması durumunda, eylemi silahlı örgüte yardım etme suçu kapsamında değerlendirmiştir¹⁸⁶.

2. Manevi Unsur

Terörizmin finansmanı suçunun manevi unsuru kasttır. Fail, terör eylemlerinin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek teröriste veya terör örgütlerine fon sağlamalı veya toplamalıdır. Bu noktada söz konusu suçun manevi unsuru, Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve FATF'ın 2 numaralı Tavsiye kararı ile uyumlu görünmektedir. Suçun taksirli halinin suç oluşturmadığı açıktır. Bununla birlikte, fon sağlama veya toplama fiillerinin fail tarafından öngörülmesinin cezai alana taşınmasının, yani en azından bilinçli taksir ve olası kastla işlenmesi halinde de cezai sorumluluğun kabul edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir¹⁸⁷.

Kanunda kullanılacağını bilerek ve isteyerek ifadesine yer verilerek suçun oluşması bakımından doğrudan kast aranmaktadır¹⁸⁸. Ayrıca failin

¹⁸⁵ Gödekli, s. 294.

¹⁸⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2280, K. 2017/5548, T. 28.11.2017: “Sanık savunmasına, tape kayıtlarına öldüğü anlaşılan...’ın anlatımlarına ve dosya kapsamına göre; silahlı terör örgütü üyesi olduğuna dair yeterli delil bulunmayan ancak örgüt adına fon toplanmasına yardımcı olmak amacıyla diğer örgüt mensuplarıyla birlikte Ankara iline giden sanığın, örgüt adına fon toplama işleminin gerçekleştirilememiş olduğu nazara alındığında, eyleminin silahlı terör örgütüne yardım etmek suçunu oluşturduğu gözetilmeden, mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

¹⁸⁷ Gödekli, s. 317.

¹⁸⁸ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 237; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 98; Bodur – Özkul, s. 209. TMK m. 8 düzenlemesi bakımından fonun tümüyle veya kısmen terör suçlarının işlenmesinde kullanılacağını bilme şeklindeki ifade sebebiyle hukuka özel aykırılık bilinci arandığı ifade edilmiştir. Bkz. Kocasakal, Terörizmin Finansmanı, s. 137. Ancak burada hukuka aykırılığın suç tipinde ayrıca gösterilmesi söz konusu olmayıp hukuka aykırılık bilincinden söz edilemez. Nitekim, kural olarak, failin suç

bilerek ve isteyerek fiili gerçekleşmesinden başka terör eylemlerinde kullanılması amacıyla hareket etmesinin aranması bakımından suç tipinde, saik, amaç(maksat) da bir manevi unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁹. Dolayısıyla, örneğin, dernek veya vakıflara bağış yapan kişilerin yapılan bağışların derneğin veya vakfın amaçları doğrultusunda kullanılacağını düşünerek yardımda bulunması ancak söz konusu değerlerin terör örgütüne aktarılması durumunda bağışta bulunan söz konusu kişiler terör örgütüne finans sağladığını bilmediğinden bu kişiler açısından terörizmin finansmanı suçu oluşmamaktadır. İfade etmek gerekir ki, kanun koyucu, fonun terör eylemlerinde kullanılması amacını fonun kullanılacağını bilmek ve istemek ile eşdeğer tutmuştur¹⁹⁰. Terör eylemlerinde kullanılması amacının veya kullanılacağını bilme ve istemenin yokluğu suçun unsurunun yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır.

Bu çerçevede terörizmin finansmanı suçu olası kastla da işlenemeyecektir¹⁹¹. Zira olası kastta fail neticeyi öngörmekte ve fakat bu neticeyi istememektedir, oysaki terörizmin finansmanı suçunun oluşabilmesi için öngörme tek başına yeterli olmayıp, ayrıca açık bir isteme gereklidir.

Failin sağladığı fonun bir kısmının başka amaçlarla kullanılacak olması suçun oluşumunu etkilemeyecektir¹⁹². Fail, sağladığı veya topladığı fonların bir bölümünün dahi olsa terörizmin finansmanında kullanılacağını biliyorsa,

saydığı bir sonucu bilmesi, istemesi ve bu suretle harekette bulunması, kastın varlığı açısından yeterlidir. Ayrıca, sonucun yasaya veya hukuka aykırı olduğunu bilme şartı aranmaz. Ancak, suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna işaret eden “hukuka aykırı olarak” gibi bir ifadeye yer verilmişse, yani hukuka aykırılık suç tipinde ayrıca gösterilmişse, failin hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve istemesi aranmaktadır. Bu durumda, hukuka özel aykırılık hali söz konusu olup failin, işlediği hukuka aykırılık bilincine de sahip olması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında, söz konusu hükmü hukuka özel aykırılık hali olarak değerlendirmek mümkün görünmemekte, burada yalnızca manevi unsurun türüne dikkat çekilmektedir. Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 319-320. Hukuka özel aykırılığa ilişkin bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 315 vd.; Centel – Zafer – Çakmut, s. 301-302.

¹⁸⁹ Doktrinde aynı zamanda maksadı terör suçlarında kullanmanın oluşturduğu, terör suçlarında kullanılma bilinci veya terör suçlarında kullanılma amacı açıkça gösterildiğinden ve failin iradesinin terör eylemlerinin gerçekleştirilmesine yönelmiş olması arandığından özel kastın varlığından söz edileceği ifade edilmektedir. Bkz. Gödekli, s. 319-320. Aynı yönde bkz. Şen – Eryıldız, s. 412, 417.

¹⁹⁰ Çetin, s. 148.

¹⁹¹ Çetin, s. 147; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 99-100; Bodur – Özkul, s. 20; Şen – Eryıldız, s. 417. Suçun olası kastla da işlenebileceği şekilde bir düzenleme getirilmesine ilişkin olarak bkz. Gödekli, s. 315, 320.

¹⁹² Akın, s. 403.

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

doğrudan kastla hareket etmektedir¹⁹³. Nitekim söz konusu düzenlemede de “... *tümüyle veya kısmen kullanılması* ...” ifadesine yer verilmektedir.

Failin sağlanan veya toplanan fonun maddede belirtilen eylemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi yeterli olup, eylemi sonucunda sağladığı fonun terör eylemlerinde kullanılmış olup olmamasının suçun oluşumuna etkisi bulunmamaktadır. O halde fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.

Terörizmin finansmanı suçuna ilişkin olarak, hata bahsi yönünden de bazı olasılıkların değerlendirilmesi gerekir. Kişinin fiili işlediği sırada fon sağladığı veya topladığı örgütsel yapının bir terör örgütü olduğunu bilmesi gerekmektedir¹⁹⁴. Kişi; fon sağladığı veya topladığı örgütün bir terör örgütü ya da kişinin bir terörist olduğunu bilmiyorsa TCK m. 30/1 uyarınca failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmayacağından sorumlu olmayacaktır¹⁹⁵. Doktrinde bir görüş tarafından ise failin hukuki ilişki içinde bulunduğu yer ile suç veya terör örgütünün irtibatı ortaya çıkmamışsa veya örgütün illegal yapısı henüz belirlenememişse, bu durumda TCK m. 30/4’de tanımlanan kaçınılmaz hata halinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (Örneğin, örgüt ile ilişkili okula veya derneğe yapılan ödemeler)¹⁹⁶. Bir kişinin terör örgütünü veya teröristi finanse ettiğini zannetmesi ancak yasal bir gerçek kişi veya tüzel kişiyi finanse etmesi halinde de suç oluşmayacaktır. Bir kişi terör örgütüne fon sağladığını düşünerek fon sağlamayıp örneğin örgüt üyelerini barındırsa (m. 220/7) veya fon sağladığını düşünerek silah sağlasa (TCK m. 315) failin kafasında canlandırdığı suçtan farklı bir suç ortaya çıktığından esaslı olmayan hata söz konusu olacak ve hata kastı kaldırmayacaktır.

¹⁹³ Gödekli, s. 311.

¹⁹⁴ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 237. Fon sağlayan kişinin fiilinin suç oluşturabilmesi için fon sağlamakla hukuka aykırı bir iş yaptığının bilincinde olması gerektiği ifade edilmektedir. Özgenç, Suç Örgütleri, s. 237. Ancak bu suç bakımından hukuka özel aykırılık bilinci arandığı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir.

¹⁹⁵ TCK m. 30/1 son cümle uyarınca “*Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*” Bilmeme hali başış yapan kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketinden kaynaklanıyorsa da terörizmin finansmanı suçunun taksirli hali cezalandırılmadığından failin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bkz. Gödekli, s. 316.

¹⁹⁶ Şen – Eryıldız, s. 215-216.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun unsurlarına dahil olan hukuka aykırılık unsuru, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişkiyi ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, suç oluşturan fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, onu hukuka uygun hale getirecek herhangi bir düzenlemenin bulunmamasıdır¹⁹⁷. Bu bakımdan hukuka aykırılık unsuru, suçun yapısına dahil olduğundan suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması durumunda artık ilgili suçun olduğundan bahsedilemeyecektir. Terörizmin finansmanı ise bütün hukuk düzenine aykırılık teşkil etmekte olup başka bir hukuk kuralı tarafından bu fiile cevaz verilmiş olması söz konusu olamayacağından bu suç bakımından uygulama alanı bulabilecek bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.

4. Nitelikli Haller

Terörizmin finansmanı suçunun nitelikli hali, suçun bir kamu görevlisi tarafından kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesidir. Kanun'un 4/3. maddesi uyarınca *“Bu madde kapsamına giren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* Bir kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile bu suçun işlenmesi daha kolay hale geldiğinden ve delillerin elde edilmesindeki güçlükler dikkate alınarak bu durumun nitelikli hal olarak düzenlediği ifade edilmektedir¹⁹⁸. Bu nitelikli halin uygulama alanı bulabilmesi bakımından öncelikle failin kamu görevlisi olması gerekmekte olup yalnızca failin kamu görevlisi olması yeterli görülmemiş; aynı zamanda kamu görevlisinin terör örgütlerine fon sağlarken veya toplarken kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması şartı getirilmiştir. Bu nitelikli hal açısından fail ancak kamu görevlisi olabileceği için bu suç özgü suç niteliğindedir¹⁹⁹.

Kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda Türk Ceza Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 6. maddesine bakmak gerekmektedir.

¹⁹⁷ Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 306; Koca – Üzülmüş, s. 264; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 422; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 294; Soyaslan, hukuka aykırılık unsurunu; suçun varlığını gösteren kural (pozitif şart) ve bu kuralı suç olmaktan çıkararak başka bir kuralın olmayışı (negatif şart) şeklinde formüle etmiştir. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 352.

¹⁹⁸ Çetin, s. 146.

¹⁹⁹ Gödeklî, s. 350. Burada görünüşte özgü suçtan bahsetmek gerekir. Suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebileceği, buna karşılık nitelikli halinin ancak kanuni tanımda belirtilen ve özel niteliğe sahip kişi veya kişilerin gerçekleştirebileceği suçlara “görünüşte özgü suçlar” denir. Bkz. Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 300.

TCK m. 6/1-c uyarınca; “Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılmaktadır. Türk ceza hukukunda kamu görevlisi kavramı idare hukukundaki memur kavramından daha geniş şekilde değerlendirilmektedir²⁰⁰. Kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanması ise kamu görevlisinin görevi gereği sahip bulunduğu otoriteden, sözünü kabul ettirme gücünden yararlanması olarak anlaşılabilir²⁰¹. Öğretmenin öğrencisi üzerinde, belediye başkanının belediye personeli üzerinde kamu görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle terörizmin finansmanı fiillerinin işlenmesi örnek olarak verilebilir. Kamu görevlisinin otoritesini kullanarak kişileri ikna etmesi, baskı uygulayarak bağışta bulunmaya zorlaması halinde bu nitelikli hal uygulama alanı bulabilir. Ancak kamu görevlisi failin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanımının TCK m. 28 anlamında cebir ve şiddet ile korkutma ve tehdit boyutuna varmamış olması gerekmektedir. Aksi durumda kamu görevlisi bakımından terörizmin finansmanı suçu ile birlikte kişilere cebir veya tehdit kullanılarak fon toplanmış olduğundan yağma suçu oluşacak ve fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır²⁰².

D. Kusurluluk

Failin cezalandırılabilmesi için kusurlu olması, yani kınanabilir olması gerekmektedir. Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu terör örgütüne fon sağlayan kişiler bakımından TCK m. 28’de düzenlenen kusurluluğu kaldıran hal gündeme gelecektir²⁰³. Hükümde ifade edildiği üzere, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmeyecek; bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili

²⁰⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 1071-1072. Kamu görevlisi kavramına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 1041 vd.

²⁰¹ Tezcan – Erdem – Önok, s. 240; Özbek – Kanbur – Doğan – Bacaksız – Tepe, Özel Hükümler, s. 208.

²⁰² Bu durumda bir görüşe göre, kamu görevlisi TCK m. 28 uyarınca suçun temel halinden dolaylı fail olarak sorumlu olacak, ayrıca cebir ve tehdit kullanmak için işlediği suçtan (kasten yaralama, tehdit) gerçek içtima hükümleri uyarınca ayrıca sorumlu olacaktır. Bkz. Gödekli, s. 351.

²⁰³ Yenidünya – Değirmenci, s. 1289; Gödekli, s. 322.

sayılacaktır. Bu kapsamda dağ başında teröristler tarafinsan sıkıştırılarak silah tehdidi altında herhangi bir yardımda bulunmaya zorlanan köylünün, bundan dolayı cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁰⁴. Bununla birlikte, bir görüş tarafından, fon toplama fiili bağlamında; kişilere yağma suçunun oluşmasını sağlayacak ölçüde cebir ve tehdit kullanılmaması gerektiği, kişilere cebir veya tehdit kullanılarak fon toplanmış ise bu durumda yağma suçunun oluştuğu kabul edilmektedir²⁰⁵. Cebir ve tehdit sonucu terör örgütüne fon sağlanması durumunda cebir ve tehdit kullanan kişiler bakımından hem dolaylı fail olarak terörizmin finansmanı suçunun hem de yağma suçunun²⁰⁶ oluştuğundan söz edilecektir²⁰⁷. Bu durumda fail aynı zamanda toplama fiili bakımından terörizmin finansmanı suçunun doğrudan faili konumunda olup failin daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Kişilerin çeşitli endişelerle terör örgütüne yardım mahiyetinde fon sağlamış olmaları halinde, fon sağlayan kişiler bakımından sorunun zorunluluk hali bağlamında ele alınması gerektiği, bu durumda yardım fiilinin isteyerek icra edilmediği ifade edilmektedir²⁰⁸. Yine terör örgütünü finanse edecek parası olmadığı için teröristlerce işkenceye maruz bırakılan komşusunu kurtarmak için örgüte fon sağlayan kişi hakkında zorunluluk halinin varlığından söz edilebileceği ileri sürülmektedir²⁰⁹. Bununla birlikte, bu gibi örneklerde, somut olayın şartlarına göre, zorunluluk halinin uygulama alanı bulabilmesinden ziyade TCK m. 28 hükmünün gündeme gelebileceğini ifade etmek daha yerinde olacaktır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere; doktrinde bir görüş tarafından, failin hukuki ilişki içinde bulunduğu yer ile suç veya terör örgütünün irtibatı ortaya çıkmamışsa veya örgütün illegal yapısı henüz belirlenememişse, bu durumda TCK m. 30/4'de tanımlanan kaçınılmaz hata halinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir²¹⁰.

²⁰⁴ Örnek için bkz. Gödekli, s. 311.

²⁰⁵ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 236.

²⁰⁶ Yağma ve nitelikli yağma suçları (TCK m. 148-149) TMK'da belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılmaktadır. (TMK m. 4)

²⁰⁷ Bodur – Özkul, s. 210.

²⁰⁸ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 237.

²⁰⁹ Gödekli, s. 321.

²¹⁰ Şen – Eryıldız, s. 215-216.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Terörizmin finansmanı suçu sırf hareket suçudur (neticesi harekete bitişik suç). Sırf hareket suçlarında icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüs mümkündür²¹¹. Fon sağlanması veya toplanması hususunda icra hareketlerine başlanması ancak failin elinde olmayan nedenlerle fonun sağlanamadığı veya toplanamadığı durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır²¹². Buna örnek olarak, terör örgütüne bağış adı altında fon toplamak amacıyla mağdurlara boş zarf vererek bir süre sonra gelip para konulmuş zarfları toplayacağını söyleyen failin henüz para dolu zarfları mağdurlardan teslim almadan yakalanması olayında eylemin teşebbüs aşamasında kalması verilebilir²¹³. Yine örgüt üyelerine teslim edilmek üzere satın aldığı birtakım malzemeleri götürürken yolda yakalanan fail teşebbüsten sorumlu olacaktır²¹⁴. Ancak örgüt adına para istenen mektupları henüz muhataplarına iletmeden ve iletme üzere giderken yolda yakalanan

²¹¹ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 642.

²¹² Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2196, K. 2017/5398, T. 20.11.2017: “... *saniğin silahlı terör örgütünün kırsalında faaliyet gösteren örgüt mensuplarına teslim etmek üzere bedelini kendisi karşılamak suretiyle satın aldığı malzemeleri örgütün kırsalına götürmesi şeklinde gerçekleşen eyleminde uygulama yeri bulunmayan TCK'nın 35. maddesinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamış...*”<https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²¹³ Bodur – Özkul, s. 210.

²¹⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/16229, K. 2014/9723, T. 26.9.2014: “*Saniğin terör örgütüne değeri para ile temsil edilebilen giyim malzemelerini temin etme şeklinde sübuta eren eyleminin, terör örgütüne yardım suçunu oluşturmayıp, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. Maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı gözetilerek ... Kabule göre de: Saniğin, silahlı terör örgütünün kırsalında faaliyet gösteren örgüt mensuplarına teslim etmek üzere satın aldığı giyim malzemelerini örgütün kırsalına götürmek istediği sırada, kendisine verilen görevi henüz tamamlamadan içinde bulunduğu araç ile yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminin, örgüte yardım etmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden değerlendirilmediği yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...*”; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/4131, K. 2014/6257, T. 26.5.2014: “*Yakalama ve araç arama tutanakları, saniğin ikrarını içerir savunması, sanıklar ... ve ...'nin beyanları ile tüm dosya kapsamına göre, saniğin kırsalda faaliyet gösteren silahlı terör örgütü mensubuna değeri para ile temsil edilebilen yaşam malzemesi temin etmeye çalışmak biçimindeki eyleminin terörizmin finansmanına teşebbüs suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi...*” Kararlar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

kişi bakımından teşebbüsten bahsetmek doğru olmayacaktır²¹⁵. Nitekim bu halde henüz suçun icra hareketlerinin başlamadığını kabul etmek gerekecektir. Fon sağlama ve toplama eylemleri tamamlanmış ise teşebbüs söz konusu olmayacaktır²¹⁶.

Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında “*Birinci fıkra hükmüne göre ceza verilebilmesi için fonun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması şartı aranmaz.*” hükmü yer aldığından fonun kullanılmamış olması halinde de teşebbüsten bahsedilemeyecektir²¹⁷. Suçun oluşması bakımından fonun sağlanması veya toplanması yeterli görülmektedir.

Terörizmin finansmanı suçu bakımından işlenemez suç gündeme gelebilecektir. İşlenemez suç, cezai müeyyide içeren bir hükmü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya vasitanın ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması ya da hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkum bir davranış olarak tanımlanabilir²¹⁸. Terörizmin finansmanı suçunun maddi konusunu Kanun'un 2. maddesi gereğince para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belge oluşturmaktadır. Bu çerçevede suçun maddi konusunu oluşturan fon niteliğinde bir ekonomik değer bulunmadığında işlenemez suç söz konusu olacaktır. O halde suçun maddi konusu ekonomik değeri bulunmayan bir şey ise suçun gerçekleşmesi mutlak olarak imkânsızdır ve fail cezalandırılmayacaktır. Failin değerli olduğu düşüncesiyle topladığı birtakım taşları veya manevi değeri olsa da hiçbir ekonomik değeri

²¹⁵ Bu durumda teşebbüsün söz konusu olduğuna ilişkin Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/17630, K. 2013/959. Karar için bkz. Bodur – Özkul, s. 217-218.

²¹⁶ Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Erzurum BAM, 2. Ceza Dairesi, E. 2016/42, K. 2017/19, T. 17.1.2017: “*Yukarıda açıklandığı şekilde, diğer sanıklarla birlikte terör örgütü mensuplarına teslim etmek üzere temin ettikleri çeşitli miktarlarda gıda ve yaşam malzemeleri ile olay yerine gelen ancak kolluk kuvvetlerinin müdahalesi sonucu yakalandığı anlaşılan sanığın eyleminin fon sağlama niteliğinde olduğu ve 6415 sayılı Kanunun 4. Maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Söz konusu malzemelerin bölücü terör örgütü mensuplarına verilmek için temin edilmesi ile fon toplama eylemi tamamlandığından sanık hakkında TCK'nın 35. Maddesi uygulanmamış ve sanığın kazanılmış hakkı da gözetilerek aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur.*” <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²¹⁷ Şen – Eryıldız, s. 415.

²¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 1 vd.; Dönmezer – Erman ve Diğerleri, s. 159 vd; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 659; Centel – Zafer – Çakmut, s. 479 vd.

bulunmayan birtakım eşyaları terör örgütüne vermesi bu duruma örnek gösterilebilecektir²¹⁹.

Terörizmin finansmanı suçu bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir. Fonun teminine yönelik hareketlere başlanmış olmakla birlikte failin vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Terörizmin finansmanı suçunun failinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması mümkün değildir²²⁰. Zira TCK'da bütün suçlar bakımından kabul edilmiş etkin pişmanlığa ilişkin genel bir hüküm bulunmamakta, sadece kanunda kabul edilen hallerde etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilmektedir. Terörizmin finansmanı suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesi bulunmamaktadır. Doktrinde, suç ile etkin bir şekilde mücadele ve suç siyasetinin bir gereği olarak, terörizmin finansmanı suçu bakımından etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir²²¹. Bununla birlikte, pişmanlık duyan failin teröre fon sağlama veya toplama şeklinde gerçekleştirdiği önceki eylemlerinin zararlı etkilerini giderme olanağından neredeyse bütünüyle yoksun olması nedeninin, suç sonrası pişmanlık hükümlerinin bu suç açısından uygulanamamasının gerekçesini oluşturduğu ileri sürülmektedir²²².

2. İştirak

Terörün finansmanının terörizme iştirakin bir biçimi olmaktan çıkarılmış olup, yukarıda da ifade edildiği üzere, yardım veya terör suçlarına iştirak niteliği göstermemekte, bağımsız bir suç olarak düzenlenmektedir. Terörizmin finansmanı suçu, maddi açıdan (özü itibarıyla) terör örgütüne yardımın tipik bir örneği olarak görülmekte, ayrı bir yasal düzenlemeye konu olması nedeniyle şekli açıdan ise bu niteliğinden tamamen uzaklaştırıldığı ifade edilmektedir²²³.

Suçta iştirakin her türü, terörizmin finansmanı suçu yönünden mümkündür²²⁴. Fon sağlama veya toplama niteliğindeki hareketleri birlikte

²¹⁹ Bkz. Çetin, s. 150.

²²⁰ Gödekli, s. 337.

²²¹ Çetin, s. 153.

²²² Gödekli, s. 337.

²²³ Gödekli, s. 328.

²²⁴ Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesinin 5. fıkrasında da iştirak hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; "Herhangi bir kişi aşağıdaki durumlarda da suç işlemiş sayılır : a) İşbu maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir suçta, suç ortağı olarak iştirak etmesi, b) İşbu YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

gerçekleştiren kişiler müşterek fail (m.37/1) olarak sorumlu olacaklardır. Suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılmasında, dolaylı faillik (m.37/2) söz konusudur. O halde karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu terör örgütüne fon sağlayan kişiler bakımından cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılacaktır. Terörizmi finanse etmeyi düşünmeyen bir kişiyi etkileyerek, aklına suçun işlenmesi konusunda fikri sokan kimse, azmettiren (m.38) olarak cezalandırılacaktır. Suçun işlenmesi sırasında, fiilin icrası üzerinde hâkimiyet oluşturmayacak tarzda yardım edenler, şerik sıfatıyla cezalandırılacaktır (TCK m. 39).

Terörizmin finansmanı suçuna iştirak, genellikle finansmana aracılık teşkil eden fiiller şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, terör örgütüne finansal destek sağlamak amacıyla yurtdışından kendi adına havale edilen parayı bankadan çekip terör örgütü üyelerine ulaştıran kişinin fiilini müşterek faillik olarak nitelendirmiştir²²⁵. Yargıtay bir başka kararında terör eyleminde kullanılmak amacıyla temin edilen aracın satın alınması için aracılık eden ve diğer kişi tarafından gönderilen paranın vasıtayı temin eden kişiye iletilmesini sağlayan kişinin de müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir²²⁶. Yargıtay bir başka kararında ise,

maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir suçun işlenmesini örgütlemesi veya başka kişilere bu suçun işlenmesi yönünde talimat vermesi, c) İşbu maddenin 1 inci veya 4 üncü paragrafları anlamındaki bir veya birden fazla suçun birlikte hareket eden bir grup tarafından işlenmesine katkıda bulunması. Bu katkı kasıtlı olmalı ve, i) Ya eylem ve amacı işbu maddenin 1 inci paragrafı kapsamındaki bir suçun işlenmesini gerektiren bir grubun bu suç teşkil eden eylemini kolaylaştırmaya veya amacına hizmet etmeye yönelik olmalı, ii) Ya da grubun, işbu maddenin 1 inci paragrafı kapsamında bir suç işleme niyetinde olduğunu bilerek yapılmış olmalı”

²²⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2012/6766, K. 2013/12505, T. 11.10.2013: “Terör örgütüne finansal destek sağlamak amacıyla yurtdışından kendi adına havale edilen 1000 avroyu bankadan çekip kırsalda bulunan PKK terör örgütü mensuplarına ulaştıran sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1, hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçuna TCK'nın 37. Maddesi kapsamında iştirak olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek ...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²²⁶ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5009, K. 2014/8262, T. 9.7.2014: “Silahlı terör örgütünün faaliyeti kapsamında eylemde kullanılmak amacıyla temin edilen aracın satın alınması için aracılık eden ve diğer sanık ... tarafından gönderilen paranın vasıtayı temin eden ...'a iletilmesini sağlayan sanığın eyleminin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 3713 sayılı Kanunun 8/1, hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren 6415 sayılı Kanunun 4. maddelerinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçuna TCK'nın 37. maddesi kapsamında iştirak olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilerek...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

kişinin örgüt tarafından hesabına yurt dışından farklı tarihlerde gönderilen paraları hesabından çekip örgüt yöneticisine vermesi ve örgüt faaliyetlerinde kullanılmak üzere yurt dışında kendisine verilen dizüstü bilgisayar ve fotoğraf makinasını getirerek örgüt üyesi olan kişiye vermesi ve örgüt tarafından hesabına yurt dışından gönderilen paraları hesabından çekip örgüt üyelerine vermesi şeklindeki fiillerini terörizmin finansmanına iştirak olarak değerlendirmiştir²²⁷. Bu tarz örneklerde olduğu gibi, davranışın bizzat sağlama veya toplama fiilleri üzerinde ortak egemenliğin kurulması şeklinde mi (TCK m. 37/1) yoksa fon sağlanmadan ya da toplanmadan önce veya sağlanırken ya da toplanırken davranışların nedensel katkıda bulunarak fiili işlemlerini kolaylaştırması şeklinde mi (TCK m. 39/2-c) gerçekleştiğinin tespiti önemlidir²²⁸.

Doktrinde, suçun işlenmesi için gereken fonların toplanmasına veya temin edilmesine maddi veya manevi olarak yardımda bulunarak işlenmesini kolaylaştıran kişilerin de, örneğin işkence suçunda olduğu gibi, asıl fail hakkında uygulanacak yaptırıma tabi tutulacağına ilişkin özel bir hüküm sevk edilebileceği görüşü ileri sürülmektedir²²⁹.

Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hal özgü suç niteliğindedir. Bu durumda fail olabilmek için kişinin kamu görevlisi sıfatını taşıması gerekmektedir. Kamu görevlisi olmayan kişi, nitelikli halin müşterek faili olamayacak olup nitelikli hale iştirak ederse, TCK m. 40/2 uyarınca azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır.

²²⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5464, K. 2014/12447, T. 22.12.2014: “Sanıkların kaçamaklı ikrarlarını içerir savunmaları, şüpheli sıfatıyla dinlenen...’ın ifadesi, yurt dışı döviz havale bilgileri, para çekme dekontları, iletişimin tespiti tutanakları ve fiziki takip tutanakları ile tüm dosya kapsamına göre, sanık ’ın örgüt üyesi olduğunu bildiği ’e değişik tarihlerde üç kez para verme şeklinde sübuta eren eyleminin terörizmin finansmanı suçunu, sanık ’ın örgüt tarafından hesabına yurt dışından 16.10.2008 tarihinde gönderilen 1.990 EURO, 05.01.2009 tarihinde gönderilen 1.000 EURO ve 24.03.2009 tarihinde gönderilen 600 EURO’yu hesabından çekip örgüt yöneticisi ...’ya vermesi, yine sanık ’un örgüt faaliyetlerinde kullanılmak üzere yurt dışında kendisine verilen dizüstü bilgisayar ve fotoğraf makinasını ...’ye getirerek örgüt üyesi olan ’a vermesi ve örgüt tarafından hesabına yurt dışından 03.02.2011 tarihinde gönderilen 706.07 EURO, ayrıca 2011 yılının Mart ayında gönderilen 1000 EURO’yu hesabından çekip örgüt üyeleri olan ve ’ya vermesi şeklinde sübuta eren eylemlerinin terörizmin finansmanına iştirak suçunu oluşturacağı gözetilerek...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²²⁸ Gödekli, s. 326.

²²⁹ Gödekli, s. 328.

3. İçtima

4. maddede terörizmin finansmanı suçu bakımından özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir “...*fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Buna göre, eylem daha ağır cezayı gerektiren bir başka suç oluşturuyorsa, fail ağır cezayı gerektiren suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Maddede yer alan “fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi nedeniyle buradaki hükmün bir tali (yardımcı) norm niteliğinde olduğu ifade edilmektedir²³⁰. O halde bu hüküm bakımından fikri içtima durumunun bulunmasının mümkün olamayacağı belirtilmektedir. Hâkim, fon teminini tespit ettikten sonra söz konusu fiilin başka bir suç oluşturup oluşturmadığını da dikkatle incelemek zorundadır. Bu düzenleme uyarınca fiil aynı zamanda herhangi bir kanunda suç olarak düzenlenmişse, her iki suçun karşılaştırılması yapılarak uygulanacak ceza belirlenecektir. Cezaların karşılaştırılmasında ise madde metinlerinde yer alan soyut cezaların üst sınırı dikkate alınacaktır. Ancak burada gündeme gelecek suçlar arasında TCK m. 220/7’de düzenlenen örgüte yardım etme suçunun bulunmadığını ifade etmek gerekir. Zira örgüte yardım suçu ile terörizmin finansmanı suçu, suçun konusu yönünden birbirinden ayrılmakta olup bir eylemin hem m. 220/7’yi hem de terörizmin finansmanı suçunu oluşturması mümkün görünmemektedir.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, terörizmin finansmanı suçu, terör örgütüne yardım suçunun özel bir hali olarak nitelendirmektedir. Yargıtay kararlarında TCK m. 220/7, m. 315 ve 6415 sayılı Kanun’un 4. maddesindeki ilişki şu şekilde ifade edilmektedir: “*Türk Ceza Hukukunda silahlı terör örgütlerine yardım suçu, aşağıdaki sistematik içinde düzenlenmiştir: 01.06.2005 tarihinden itibaren yürürlükte olan TCK’nın 314/3, 220/7, 314/2. maddelerinde düzenlenen silahlı terör örgütüne genel nitelikte yardım suçu, TCK’nın 315. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne silah sağlama suçu, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanununun 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçu. Bu çerçeveye içerisinde, terör örgütlerine silah sağlamak veya finansman sağlamak suçunun, terör örgütlerine yardım suçunun özel bir düzenleniş şekli olduğu anlaşılmaktadır...Silahlı terör örgütü üyesi olmayıp, örgütün faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla ve örgütün amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silâh temin eden, nakleden veya depolayanların eylemleri TCK’nın*

²³⁰ Çetin, s. 154.

315. maddesi, terör örgütlerine veya mensuplarına para veya değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal, hak, alacak ile bunları temsil eden her türlü belgeyi sağlayan veya toplayan kişilerin eylemleri 6415 sayılı Kanunun 4. maddesi, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte, örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek yukarıda sayılanlar dışında barındırma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt mensuplarının araştırılmasını, yakalanmasını engellemeye yönelik imkan sağlama gibi her türlü yardım ise TCK'nın 314/3, 220/7. maddeleri yollamasıyla 314/2. maddesi kapsamında kalır”²³¹.

Doktrinde de, terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği maddenin ayrı ve özel bir madde olduğu ileri sürülerek, cezanın ağırlığına bakılmaksızın “özel hüküm genel hükme üstündür.” kuralından hareketle 6415 sayılı Kanun’un 4. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir²³². 6415 sayılı Kanun’un 4. maddesinin TCK m. 220/7 karşısında hem yardımın niteliğini açıkça belirterek münhasıran fon sağlama veya toplama eylemlerine özgü olduğu için özel norm hem de daha yakın tarihte yürürlüğe girdiği için sonraki norm özelliği gösterdiği; dolayısıyla fon olarak nitelendirilebilecek bir değer söz konusuysa terörizmin finansmanı suçu; yardım manevi destekten ibaret bulunuyorsa örgüte yardım suçundan bahsetmek gerektiği ileri sürülmektedir²³³. Doktrinde bir görüş tarafından ise terörizmin finansmanı suçu ile örgüte yardım etme suçunu düzenleyen TCK m. 220/7 arasında fikri içtima hükmünün uygulama alanı bulabileceği, somut olaya göre hangisi ağırorsa o hükmün tatbik edilmesi gerektiği, TCK m. 220/7 uyarınca tespit edilen cezanın ağır olduğu ve uygulanması gerektiği, nitekim terörizmin finansmanı suçunu özel hüküm saymanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir²³⁴. 6415 sayılı Kanun’un 4. maddesini özel bir kanun olan 3713 sayılı TMK’ya göre özel hüküm saymanın mümkün olmadığı; 4. maddede yer alan “fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ibaresi sebebiyle maddeler arasında özel ve genel kanun farkından hareketle öncelik sonralık yapılamayacağını, aynı fiille ilgili birden fazla suç tanımlandığında, hangisinin uygulanacağını cezanın ağırlığına göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir²³⁵. Buna göre, terörizme fon sağlama veya toplama

²³¹ Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/588, K. 2018/718, T. 2.3.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²³² Özgenç, Suç Örgütleri, s. 43; Bodur – Özkul, s. 205; Gödekli, s. 333.

²³³ Gödekli, s. 333.

²³⁴ Şen – Eryıldız, s. 402-403, 418-419.

²³⁵ Şen – Eryıldız, s. 403-404, 419-420.

fiilleri bakımından uygulanması gereken hüküm, m. 220/7'nin ikinci cümlesinin uygulanmadığı veya pek az uygulandığı durumlarda m. 220/7 c.1 olmalıdır²³⁶. İfade etmek gerekir ki, bu yorumun kabulü halinde 6415 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen terörizmin finansmanı suçunun uygulama alanının neredeyse bulunmadığı kabul edilmiş olacaktır. Böyle bir yorumun kabulü ise mümkün değildir. Nitekim örgüte yardım suçunun düzenlendiği TCK m. 220/7 ile terörizmin finansmanı suçu yapılan yardımın niteliği bakımından birbirinden ayrılmakta olup aynı fiil ile söz konusu iki kanun hükmünün ihlali mümkün görülmemelidir.

Kanaatimizce 4. maddede düzenlenen suçun metninde "fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde" ibaresi görünüşte içtima hallerinden asli-tali norm ilişkisini ifade etmekte olup²³⁷, suçun tali norm²³⁸ olarak düzenlenmesi ise yerinde görünmemektedir. Nitekim yardımcı normlar çoğunlukla kanunda bulunması olası boşluk ve eksiklikleri tamamlama görevini üstlenen normlardır²³⁹. Türkiye'de terörizmin finansmanı ile mücadele mevzuatı, uluslararası belgelere istinaden oluşturulmakla uluslararası standartlara uygunluk bakımından da öncelikli uygulamanın terörizmin finansmanı suçu olması gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Zira 6415 sayılı Kanun'un 4. maddesi özel norm niteliğine sahip olarak değerlendirilebilecektir. Terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği norm, özel hüküm olarak nitelendirilirse, özel-genel norm ilişkisinde özel norm uygulama alanı bulacaktır. Aynı eyleme görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan biri diğer normların unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de içeriyorsa özel-genel norm ilişkisi söz konusu olacak; bu durumda, özel normun önceliği ilkesi gereğince özel norm, genel normun uygulanmasını önleyecek ve sadece özel normun uygulanması ile yetinilecektir²⁴⁰.

²³⁶ Şen – Eryıldız, s. 404, 420.

²³⁷ TCK m. 245/3'de düzenlenen kredi kartının kötüye kullanılması suçu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Veli Özer Özbek, “*Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK. m. 245)*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 1057.

²³⁸ Bir norm diğer bir norm uygulanmadığı sürece uygulanabilir hale geliyorsa ikincil ya da talidir. Bkz. Özbek, s. 1057. Bir norm, açıkça veya örtülü bir şekilde, başka bir normun uygulanabilmesi için onun gerisine çekilirse, bu norma yardımcı norm ismi verilir ve böylece yardımcı normun sonralığı ilkesi söz konusu olur. Bkz. Kayhan İçel, “*Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y: 7, S: 14, Güz 2008, s. 38.

²³⁹ İçel, s. 38.

²⁴⁰ İçel, s. 37.

Hüküm, kanun koyucu tarafından özel norm olarak düzenlenmek istemişse kanundaki ifade doğru görünmemektedir. Nitekim 4. madde kapsamında değerlendirilebilen ancak daha ağır cezayı gerektiren bir norm olduğu takdirde daha ağır cezayı gerektiren norm uygulama alanı bulacağından terörizmin finansmanı suçu bakımından genel-özel norm ilişkisinin olduğunu söylemek doğru görünmemektedir. Özel norm olarak nitelendirmek bakımından suçun yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği m. 4 normu terör örgütüne herhangi bir yardımı, desteği değil, terör örgütüne finansal destek, yardım sağlamayı yaptırım altına alan bir düzenlemedir. Aynı zamanda TCK m. 44’de düzenlenen fikri içtima hükmünün varlığı nedeni ile “fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” şeklindeki ifadeye gerek olmadığı, ifadenin metnin içeriği açısından fazlalık teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim fiilin daha ağır cezayı gerektiren bir suç olması halinde zaten fikri içtima kuralı gereği daha ağır olan ceza uygulanmaktadır. Hükümde yer alan “fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde” ifadesi özel-genel norm ilişkisinin bertaraf edilmesi amacıyla getirilmiş olabileceği yorumu da akla gelmektedir. Zira genel-özel hüküm ilişkisinde özel kanunun uygulanması gerekir, ancak bu ifade sebebiyle genel kanunda daha ağır bir ceza öngörülmüşse genel kanun uygulanacaktır. Niteliği itibarıyla düzenlemenin özel kanun olarak yorumlanması daha doğru olmakla birlikte kanundaki düzenleme asli-tali norm ilişkisine işaret etmektedir.

Terör örgütüne finansman sağlamak için örneğin, hırsızlık veya yağma suçunun işlenmesi durumunda hem hırsızlık veya yağma suçunun hem de terörizme fon toplamak fiili bakımından terörizmin finansmanı suçunun oluştuğundan söz edilecek olup fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır²⁴¹. Terör örgütüne finansman sağlamak için başka bir suçun işlenmesi, örneğin, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi halinde ve fail tarafından bu suçlardan elde edilen değerlerin terörizmin finansmanına konu olması ihtimalinde ise gerçek içtima

²⁴¹ Nitelikli hırsızlık (TCK m. 142) ve yağma ve nitelikli yağma suçları (TCK m. 148-149) TMK’da belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılmaktadır. (TMK m. 4) Bununla birlikte, doktrinde bir görüş tarafından, fail örgüt üyesi olup da veya üyesi olmadığı örgütün yararına hırsızlık veya yağma suçu işlemişse, bu suçlardan ve bu nedenle örgüt adına suç işlediğinden üyesi olmamak kaydıyla veya üyelikten ayrıca cezalandırılacağı, elde edilen maddi desteğin örgüte aktarılmasının artık terörizmin finansmanı suçunu oluşturmadığı ileri sürülmektedir. Şen – Eryıldız, s. 404.

hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁴². Yine terörü finanse etmek için suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesi ve aklanan gelirlerle terörist veya terör örgütlerine fon sağlanması durumunda veya benzer şekilde terörizmin önemli finans kaynaklarından olan uyuşturucu ticareti suçu kapsamında gelir elde edilmesi ve bu gelirin terörist veya terör örgütlerine sağlanması durumunda tek bir fiilden bahsetmek mümkün olmadığından fail veya failerin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olacaktır²⁴³. Terörü finanse eden fonun bu niteliğini gizlemek için TCK m. 282'de düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesi ihtimalinde de failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır²⁴⁴.

Yargıtay kararları çerçevesinde, fon sağlama eylemlerinin belli yoğunluk ve süreklilik arz ettiği durumlarda diğer örgüt üyeleri ile de irtibatı tespit edilen sanığın eyleminin terör örgütü üyesi olmak suçunu oluşturacağı ileri sürülmektedir²⁴⁵. Ancak terör örgütü üyesi olduktan sonra terör eylemlerini finanse eden fail hakkında TCK m. 220/4 uyarınca gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmek gerekir²⁴⁶.

Terörizmin finansmanı suçunun belgede sahtecilik suçları ile bir arada bulunabilmesi mümkündür. Sahtecilik suçlarının içtimaına ilişkin olarak TCK'nın 212. maddesinde özel bir gerçek içtima hükmüne yer verilmiştir. Buna göre; *"Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur."* Bu bakımdan, failin sahtecilik yaparak zilyetliğine fon niteliğinde değerler geçirmesi ve bu değerlerin terörizmin finansmanı suçuna konu olması durumunda, gerçek içtima kuralları uygulama alanı bulacak ve fail sahtecilik suçundan hem de terörizmin finansmanı suçundan sorumlu olacaktır²⁴⁷. Örneğin, sahte pasaport veya nüfus cüzdanı basarak gelir temin edilmesi ve bu gelirlerin terör örgütüne aktarılması durumunda, fail veya failer her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Terörizmin finansmanı suçunun sahtecilik suçu yanında dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanmak suçları ile birlikte gerçekleşmesi mümkündür.

²⁴² Çetin, s. 155.

²⁴³ Gödekli, s. 329.

²⁴⁴ Yenidünya - Değirmenci, s. 1290; Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 101; Gödekli, s. 329.

²⁴⁵ Bodur – Özkul, s. 211.

²⁴⁶ Aynı yönde bkz. Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 101.

²⁴⁷ Gödekli, s. 329.

Örneğin, failin sahte nüfus cüzdanı ile bankaya kredi başvurusu yapması, sahte nüfus cüzdanına dayanarak düzenlenen sahte içerikli kredi sözleşmesi imzalaması ve paranın faille ödenmesiyle failin bu parayı terörist veya terör örgütüne aktarması ihtimalinde, terörizmin finansmanı suçundan başka; nüfus cüzdanını sahte olarak hazırlamak suretiyle m. 204/1’de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçunun, başvuru yaptıkları kredileri alabilmek için sahte içerikli kredi sözleşmeleri düzenlemek suretiyle ise m. 207/1’de düzenlenen özel belgede sahtecilik suçundan ve ayrıca m. 158/1-j’de düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Yine örneğin, failin vekâleten bir kimseye verilmek üzere aldığı parayı teröriste veya terör örgütüne aktarması durumunda, zilyetliğin devir amacı dışında tasarrufta bulunmak suretiyle hem güveni kötüye kullanma suçu hem de terörizmin finansmanı suçu söz konusu olacaktır. Burada dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçu bakımından elde edilen değerler doğrudan teröriste veya terör örgütüne geçmişse, yalnızca daha ağır cezayı gerektiren terörizmin finansmanı suçundan cezalandırmak gerektiği; bununla birlikte, bu suçlardan elde edilen değerlerin önce failin zilyetliğine geçmesi, daha sonra teröriste veya terör örgütüne aktarılması durumunda ise her iki suçtan sorumluluk gündeme geleceği düşüncesi ileri sürülmektedir.²⁴⁸ Bununla birlikte, burada fonun failin egemenlik alanına girmesi yeterli olup terör örgütüne veya teröristin hakimiyet alanına girmesi gerekmediğinden hem toplama fiili açısından terörizmin finansmanı suçu hem de dolandırıcılık suçu veya güveni kötüye kullanma suçu oluşacak, fail ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır.

3. kişiden temin edilmesi, toplayan failin egemenlik alanına geçmesi gerekmektedir. O halde fonun terör örgütü veya teröristin hâkimiyet alanına (tasarruf imkânının bulunması) girmesi, fon toplama fiilinin tamamlanması bakımından aranmamaktadır

Yukarıda ifade edildiği üzere, failin terör örgütüne personel temin etmesi finansal nitelik taşımadığından TCK m. 220/7’de düzenlenen örgüte yardım suçunu oluşturmakla birlikte, fail personel temini ile birlikte aynı zamanda örgüte fon sağlamış veya toplamış ise gerçek içtima hükümleri uygulama alanı bulacak, fail hem terörizmin finansmanı suçundan hem de örgüte yardım suçundan sorumlu olacaktır.²⁴⁹

Fon sağlanması veya toplanması sonucunda örgütün söz konusu fonları kullanmak suretiyle gerçekleştireceği terör eylemlerinden ve terörist

²⁴⁸ Bu görüş için bkz. Çetin, s. 155.

²⁴⁹ Gödeklî, s. 332.

faaliyetlerden dolayı terörizmin finansmanı suçunun failinin ayrıca sorumlu tutulmaması gerekmektedir²⁵⁰. Bununla birlikte, bir görüş tarafından belirli bir terör eyleminin gerçekleştirilmesi için fon sağlanmışsa failin artık terörizmin finansmanı suçundan değil, gerçekleştirilen terör eyleminden iştirak hükümleri uyarınca sorumlu olacağı ifade edilmektedir²⁵¹. Ancak Kanun'un 4. maddesinde; belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlamak veya toplamaktan bahsedilmekte olup terörizmin finansmanı suçunun terör eylemlerinden bağımsız olarak cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan sağlanan veya toplanan fon ile bir terör eyleminin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamakla birlikte, bir terör eyleminin finanse edilmesi de mümkün görülmelidir. Nitekim "*belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi*" ifade biçimi sebebiyle belirli bir terör eyleminin finanse edilmesinin mümkün görüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, örneğin, belirli bir terör eyleminde kullanılmak üzere kendisine ait aracı terör örgütüne vermesi ve bu aracın kullanılması suretiyle gerçekleştirilen terör eylemi neticesinde insanların ölmesi veya yaralanması durumunda, fail tek bir fiil ile hem belirli bir terör eylemine araç temini suretiyle iştirak etmekte (TCK m.39) hem de terörizme finansman sağlanmakta olup fail ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır.

Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında terörizmin finansmanı suçunun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi cezayı ağırlaştırır bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda vergi dairesinde denetmen olan sanıkların, vergi mükellefi olan mağdura terör örgütüne bağışta bulunması, aksi halde mağduru vergi incelemeleri ile zor durumda bırakacakları gibi icbar ve ikna yöntemlerini kullanmaları halinde eylemlerinin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığı takdirde terörizmin finansmanı suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir²⁵².

²⁵⁰ Aynı yönde bkz. Gödekli, s. 329. Nitekim yazar, karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde failin sorumluluk alanının finansman sonucu işlenen faaliyetleri de kapsayacak ölçüde genişletildiği veya finanse edilen terör eyleminin işlenmesinin nitelikli hal olarak kabul edildiğini belirtmektedir.

²⁵¹ Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu, s. 86. Kanun maddesi, terör örgütü veya teröristin finanse edilmesinden bahsetmekte olup salt bir terör eylemi finanse edilmesinin bakımından teröristin mutlaka terör örgütü üyesi olması gerekmediğinden fon yine bir terör suçu faili için sağlanmış veya toplanmış olacak olup terör eylemlerinin finanse edilmesinin de cezalandırılabilir alana dâhil edildiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bununla birlikte, terör eyleminin finanse edilmesi ibaresine kanunda doğrudan yer verilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Gödekli, s. 296.

²⁵² Bodur – Özkul, s. 211.

Bununla birlikte, failin irtikap suçunun unsurlarına girecek şekilde terörizmin finansmanı suçunu, 4. maddede sayılan terör eylemlerinden birini icra etmek suretiyle işlenmesi halinde failin cezası ağır olan suçtan dolayı cezalandırılması yoluna gidilmesi uygun olacağı savunulmaktadır²⁵³.

Terörizmin finansmanı suçunun zincirleme suç²⁵⁴ yönünden de ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zincirleme suçtan söz edebilmek için söz konusu suçların aynı kişiye karşı işlenmesi gerekmektedir. Terörizmin finansmanı suçunda belirli bir kişi olmadığı, mağdur, toplumu oluşturan bireylerdir. Zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddede “*mağduru belli olmayan suçlarda da bu madde hükmü uygulanır*” hükmü yer aldığından bu suç bakımından zincirleme suç söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir²⁵⁵.

Seçimlik hareketli bir suç olan terörizmin finansmanı suçunda seçimlik hareketlerin birinin veya birden fazlasının ardı ardına gerçekleştirilmesi halinde, yine zamansal ve mekânsal anlamda bütünlük teşkil eden hareketler bakımından hukuki anlamda tek bir suç söz konusu olduğundan zincirleme suçtan söz edilemeyecektir.

Bir görüş tarafından, fon sağlamak hareketi bakımından fon sağlamanın birçok hareketten oluştuğu, failin aynı veya farklı fonları sağlamanın yalnızca bir tek suçun işlenmesi, bir tek suçun hareketinin tekrar edilmesi

²⁵³ Şen – Eryıldız, s. 413.

²⁵⁴ Zincirleme suç için birden çok fiilin bulunması gerekmekte olup birden çok fiil, hukuki anlamda birden fazla hareketin bulunması anlamına gelmektedir. Doktrinde ve uygulamada da çoğunlukla kabul gören görüşe göre, tek fiil hukuki anlamda hareket tekliğini ifade etmektedir. Bkz. Demirbaş, s. 539; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, s. 752; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 517; Neslihan Göktürk, “*Türk Hukuku’nda Suçların İçtimaı*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 2, S: 1-2, 2014, s. 41. O halde tek bir fiil varsa zincirleme suçtan bahsedilemez. Seçimlik hareketli suçlarda seçimlik hareketlerin birden fazlasının ardı ardına gerçekleştirilmesi halinde tek bir suç söz konusu olduğundan zincirleme suçtan söz edilemeyecektir. Bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 503; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 596. Ayrıca zincirleme suçtan söz edebilmek için, aynı suçun birden fazla kez değişik zamanlarda işlenmesi gerekmektedir. Zira zamansal ve mekânsal anlamda bütünlük teşkil eden hareketler hukuki anlamda tek bir fiil teşkil edeceğinden tek bir kanun hükmünün ihlali söz konusu olacak ve zincirleme suç uygulanamayacaktır. Değişik zamanlarda birden fazla işlenen suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmeleri gerekmektedir. Tek bir suç işleme kararının tespiti açısından Yargıtay’ın yeni bir sebep ortaya çıkması, fırsatların değerlendirilmesi, zaman aralığı, iddianame düzenlenmesi gibi hukuki bir kesintinin bulunması gibi kriterlerden faydalandığı görülmektedir. Bkz. Yeşim Yılmaz, İnsan Ticareti Suçu ve İçtima Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (3), 2017, s. 929-930.

²⁵⁵ Gödeklî, s. 331.

olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁶. Aynı görüş tarafından fon toplamak hareketi bakımından da toplamak kavramında birçok hareketin gerçekleştirilmesi gerektiği anlamı bulunduğu, bu nedenle failin bir tek fonu veya birçok türdeki fonları belirli zaman dilimi içerisinde toplamasının bir tek suç olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁵⁷. Bununla birlikte, soruşturmaya başlanmasının fiilleri kesintiye uğratmadığı, dava açılması gibi bir sebeple fiillerin kesintiye uğradığı durumlarda ise failin aynı kanun maddesini birçok kez ihlal ettiğinden söz edilebileceği; bu hallerde duruma göre zincirleme suçtan söz edilebileceği gibi, kastın yenilendiği durumlarda bunun ayrıca cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir²⁵⁸.

İfade etmek gerekir ki, ancak failin önüne çıkan fırsatları değerlendirerek suç işlediği ya da suç işleme kararının yenilendiği durumlarda aynı suç işleme kararından söz edilemeyeceğinden, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacaktır. Failin çıkacak fırsatlardan yararlanma hususundaki genel niyete dayalı olarak birden çok ve belirsiz sayıdaki fiilleri işleme iradesiyle gerçekleştirdiği fiilleri zincirleme suç olarak değerlendirilemeyecek, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu çerçevede yukarıdaki görüş tek bir suç işleme kararı açısından ayrıca değerlendirilmelidir. Aynı veya farklı fonları sağlama her zaman tek bir suç işleme kararı çerçevesinde değerlendirilemeyecek olup zincirleme suç için failin daha baştan itibaren bir suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvurunun bulunması gerekmektedir.

Yargıtay, failin örgüt üyesi olduğunu bildiği kişiye değişik tarihlerde üç kez para verme şeklinde eyleminin terörizmin finansmanı suçunu ve failin kendisine verilen malzemeleri ve hesabına farklı tarihlerde gelen paraları çekerek örgüt yöneticisine ve üyelerine verme şeklinde eylemlerinin

²⁵⁶ Çetin, s. 156. Yargıtay da farklı zamanlarda farklı meblağlarda paranın terör örgütüne verilmesi halinde zincirleme suç hükümlerini uygulamamıştır. Bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/2280, K. 2017/5548, T. 28.11.2017: “*Oluşa, iletişimin tespiti tutanaklarına, tape kayıtlarına, öldüğü anlaşılan ...'ın anlatımlarına ve dosya kapsamına göre; silahlı terör örgütü ile organik bağ kurduğuna ve örgütün hiyerarşik yapısına dahil olduğuna dair yeterli delil bulunmayan ancak farklı zamanlarda 30.000 Dolar, 60.000 TL, 50.000 TL ve 40.000 TL parayı PKK/KCK silahlı terör örgütüne verdiği anlaşılan sanığın eyleminin, 6415 sayılı Kanununun 4. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne finansman sağlamak suçunu oluşturduğu gözlemlenen sanığın atılı suçtan mahkumiyeti yerine delillerin değerlendirilmesinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...*” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²⁵⁷ Çetin, s. 156.

²⁵⁸ Çetin, s. 156-157.

terörizmin finansmanı suçuna iştirak oluşturduğunu kabul etmiş, ancak bu durumu zincirleme suç kapsamında değerlendirmedeği görülmektedir²⁵⁹.

F. Suçun Yaptırımı ve Muhakemesi

1. Suçun Yaptırımı

Terörizmin finansmanı suçunun yaptırımı beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir²⁶⁰. 6415 sayılı Kanun'un 4/6. maddesi uyarınca terörizmin finansmanı suçu bakımından 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri uygulanacak olup TMK m. 5'de yer alan ceza artırımına dair hükmünün ise uygulanamayacağı ifade etmek gerekir²⁶¹. Aynı zamanda Yargıtay tarafından TCK m. 58/9'un terörizmin finansmanı suçu faili hakkında

²⁵⁹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2014/5464, K. 2014/12447, T. 22.12.2014: “Sanıkların kaçamaklı ikrarlarını içerir savunmaları, şüpheli sıfatıyla dinlenen...’ın ifadesi, yurt dışı döviz havale bilgileri, para çekme dekontları, iletişimin tespiti tutanakları ve fiziki takip tutanakları ile tüm dosya kapsamına göre, sanık 'ın örgüt üyesi olduğunu bildiği 'e değişik tarihlerde üç kez para verme şeklinde sübuta eren eyleminin terörizmin finansmanı suçunu, sanık 'ın örgüt tarafından hesabına yurt dışından 16.10.2008 tarihinde gönderilen 1.990 EURO, 05.01.2009 tarihinde gönderilen 1.000 EURO ve 24.03.2009 tarihinde gönderilen 600 EURO'yu hesabından çekip örgüt yöneticisi ...'ya vermesi, yine sanık 'un örgüt faaliyetlerinde kullanılmak üzere yurt dışında kendisine verilen dizüstü bilgisayar ve fotoğraf makinasını ...'ye getirerek örgüt üyesi olan 'a vermesi ve örgüt tarafından hesabına yurt dışından 03.02.2011 tarihinde gönderilen 706.07 EURO, ayrıca 2011 yılının Mart ayında gönderilen 1000 EURO'yu hesabından çekip örgüt üyeleri olan ve 'ya vermesi şeklinde sübuta eren eylemlerinin terörizmin finansmanına iştirak suçunu oluşturacağı gözetilerek...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²⁶⁰ Terörizmin finansmanı suçunun cezasının terör ve terörizmin finansmanı ile etkin mücadele bakımından yeterli bir ceza olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Çetin, s. 136 dn. 37. Bununla birlikte, terörizmin finansmanı için öngörülen cezanın artırılması gerektiğinin, bu ceza miktarının TCK m. 220/7'nin karşılığında uygulanan cezadan az olma ihtimalinin isabetli ve dengeli olmadığına söylenebileceği de savunulmaktadır. Bkz. Şen – Eryıldız, s. 416.

²⁶¹ Şen – Eryıldız, 413-414. Terörizmin finansmanı suçunun ayrı bir kanunda düzenlenmesinin en önemli sonucu TMK m. 5'te öngörülen ceza artırımının bu suç bakımından geçerli olmayacağıdır. Bkz. Hakeri, Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu, s. 74. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1731, K. 2017/4952, T. 12.9.2017: “6415 sayılı Kanunun 4/6. maddesi uyarınca terörizmin finansmanı suçu bakımından 3713 sayılı Kanunun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, ceza artırımına dair hükmünün ise uygulanamayacağı, yine atılı suçun 3713 sayılı Kanunun 3. ve 4. maddelerinde belirtilen suçlardan olmadığı gözetilmeden, sanıklar hakkında ceza hükmü tesis edilirken 6415 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca tayin olunan cezada 3713 sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince artırımı gidilmesi suretiyle yazılı şekilde fazla ceza tayini...” <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

uygulanması bozma sebebi sayılmakta olup terörizmin finansmanı suçundan mahkum edilen örgüt mensubu olmayan hükümlüler hakkında koşullu salıverilme süreleri bakımından mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması kabul edilmemektedir²⁶². Terörizmin finansmanı suçunda müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkündür²⁶³. Aynı zamanda 4. maddenin 4. fıkrasında tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunacağı öngörülmüştür. O halde suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde izin iptali ve müsadere güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda tüzel kişilerin sorumluluğunun düzenlendiği 43/A maddesinde “*Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; ... 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun, tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.*” denilmektedir. Terörün finansmanı suçunun düzenlendiği TMK'nın 8. maddesi yürürlükten kaldırılmış olup terörizmin finansmanı suçu 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 4.

²⁶² Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/4762, K. 2017/4768, T. 17.5.2017; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/7632, K. 2016/3890. Karar için bkz. Bodur – Özkul, s. 216.

²⁶³ Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 8. maddesinde de müsadereye ilişkin hüküm yer almaktadır: “1. Her Taraf Devlet, gerektiğinde müsadere edilebilmeleri amacıyla., 2. Maddede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan temin edilen kazançların tespiti, bulunması, dondurulması, el konulması için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır, 2. Her Taraf Devlet, 2. Maddede belirtilen suçların işlenmesinde kullanılan veya kullanılması için oluşturulan fonların veya bu suçlardan elde edilen kazançların müsadere edilebilmesi için iç hukuku uyarınca gerekli tedbirleri alır, 3. İlgili her Taraf Devlet, işbu maddede öngörülen müsadere sonucunda elde edilen fonların düzenli ya da duruma göre başka Taraf Devletlerle paylaşımını düzenleyen anlaşmalar akdetme yoluna gidebilir, 4. Her Taraf Devlet, işbu maddede öngörülen müsadere sonucunda elde edilen fonların, 2.Madde 1. Paragraf (a) ve (b) bentlerinde zikredilen suçların mağdurları veya ailelerinin tazmini için kullanılması amacıyla düzenlemeler oluşturur, 5. Bu maddenin hükümleri, iyi niyetli üçüncü tarafların haklarına hanel getirmeksizin uygulanır.”

maddesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle TMK'ya yapılan bu atfın 6415 sayılı Kanunu'na yapılmış sayılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁴. Zira 6415 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Mevzuatta, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 3713 sayılı Kanunun 8 inci maddesine yapılan yollamalar bu Kanunun 4 üncü maddesine yapılmış sayılır.*” hükmü uyarınca TMK'ya yapılan bu atfın 6415 sayılı Kanunu'na yapılmış sayılacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 66/1-d maddesi gereğince “... kamu davası, ... beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl ... geçmesiyle düşer” hükmü gereğince terörizmin finansmanı suçu 15 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

2. Suçun Muhakemesi

Terörizmin finansmanı suçu, şikâyete tabi olmayıp, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca re'sen takip olunmaktadır.

4. maddenin 6. fıkrası uyarınca “*3713 sayılı Kanunun soruşturmaya, kovuşturmaya ve infaza ilişkin hükümleri, bu suç bakımından da uygulanır.*” 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun “*Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi*” başlıklı 9. maddesi yürürlükten kaldırılmış olup 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalara bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Bu çerçevede terörizmin finansmanı suçunda görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir. Aynı zamanda Terörle Mücadele Kanunu'nun “*Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma usulü*” başlıklı 10. maddesi yürürlükten kaldırıldığından suçun soruşturulması ve kovuşturulması genel hükümlere tabi olacaktır.

4. maddenin 5. fıkrası gereğince “*Suçun, yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlıdır.*” Böylelikle suçun yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlenmesi durumunda, suçun soruşturulması ve kovuşturulması bir muhakeme şartına²⁶⁵ bağlanmıştır. Şartın gerçekleşmemesi halinde soruşturma

²⁶⁴ Çetin, s. 166.

²⁶⁵ Kamu davasının açılabilmesini ve açılmış olan dava hakkında yargılama yapılabilmesini sağlayan koşulların tümüne birden ceza muhakemesi şartları denmektedir. Söz konusu şartlar, bir diğer yönüyle, muhakeme engeli olarak nitelenebilir. Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, YUHFD Vol. XVII Special Issue (2020)

başlayamayacak, kamu davası açılmayacak ve yargılama yapılamayacaktır. Bununla birlikte, doktrinde bir görüş tarafından, bir suçun takibinin izin, talep gibi bir muhakeme şartına bağlandığı hallerde, şartın gerçekleşmesi beklenirken, isnat teşkil edici nitelikte olan işlemlerin yapılmaması, yani şüphelinin ifadesinin alınmaması, sorguya çekilmesinin talep edilmemesi, şüphelinin yakalanmaması, tutuklanmaması ve hakkında kamu davası açılmaması gerektiği; ancak bu işlemler dışındaki soruşturma işlemlerinin yapılabileceği ve bu işlemlerin şartlı soruşturma işlemi niteliğinde olacağı ifade edilmektedir²⁶⁶. Muhakeme şartının bulunup bulunmadığı resen araştırılmalıdır.

Kanun'da Adalet Bakanı'nın izni yerine talebi ifadesinin yer almasının eksiklik olduğu, buradaki talep şartının gerektiğinde izin olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁷. Talep (istem), Adalet Bakanı'nın yetkili savcıdan dava açmasını istemesi anlamına gelmektedir²⁶⁸. Bununla birlikte, muhakeme şartı olarak izin de yargılamayı engelleyen bir şart olup izin ve talep (istem) şartlarının birbirinden farklı olduğunu da ifade etmek gerekir. Suçun takibinin izin şartına bağlandığı suçlarda²⁶⁹, suçtan haberdar olan savcılık yetkili makamın harekete geçmesini beklemeden kendisi izin talep etmektedir²⁷⁰. Bu çerçevede Kanun'da talep olarak ifade edilen kavramın izin şeklinde yorumlanması doğru olmayacaktır.

Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 105. Muhakeme şartının yokluğu, muhakeme şartının özelliğine göre, soruşturmanın başlamasını, suç isnadını, dava açılmasını, davanın ilerlemesini veya hüküm verilmesini engelleyebilir. Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 673.

²⁶⁶ Centel – Zafer, s. 677.

²⁶⁷ Cumhuriyet savcılığı tarafından yürütülen bir soruşturma sırasında veya açılmış bir kamu davasında suçun

yabancı bir devlet veya uluslararası bir kuruluş aleyhine işlendiğinin anlaşılması halinde, savcılık veya mahkeme tarafından durumdan Adalet Bakanlığının haberdar edilmesi ve talebinin bulunup bulunmadığının sorulması gerektiği; bu yönüyle de izin demenin daha doğru olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Çetin, s. 158-159. Yazar, bu konuda yeni bir düzenleme önerisi de getirmektedir. Bkz. Çetin, s. 159.

²⁶⁸ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 112. TCK m. 12/1,3,4 ile m. 13/2,3 bir muhakeme şartı olarak Adalet Bakanı'nın talebinin düzenlendiği hükümlerdir.

²⁶⁹ Örneğin, 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 1-3; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58.

²⁷⁰ Centel – Zafer, s. 682.

Suçun hem bir yabancı devlet veya uluslararası kuruluş aleyhine hem de Türkiye Cumhuriyeti aleyhine işlenmesi halinde ise Adalet Bakanı'nın talebine gerek olmaksızın suç re'sen takip edilebilecektir²⁷¹.

14 Nisan 2016 gün ve 6704 sayılı Kanun ile 4. maddenin 7. fıkrasına eklenen düzenlemede koruma tedbirlerine ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; *“Bu suç bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun; a) 133 üncü maddesinde yer alan şirket yönetimi için kayyım tayini, b) 135 inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, c) 139 uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, ç) 140 inci maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir.”* Böylece Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan; şirket yönetimi için kayyım tayini, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme tedbirlerine terörizmin finansmanı suçu bakımından da başvurulması mümkün olacaktır. İfade etmek gerekir ki, terörizmin finansmanı suçuna CMK'da düzenlenen ilgili tedbirlerde belirtilen katalog suçlar içerisinde yer vermek yerine suçun düzenlediği kanun maddesinde bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde görülmemektedir²⁷². Zira tedbirlere başvurma şartları ve usulü CMK'da düzenlenmiş olup ilgili tedbirlere başvurulabileceğine ilişkin düzenlemenin özel bir kanun olan Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'da yapılmış olması CMK'nın bütünlüğünü zedeler niteliktedir²⁷³. Söz konusu suç hakkında

²⁷¹ Aynı yönde bkz. Çetin, s. 159.

²⁷² Çetin, s. 163; Vedat Doğaner, Türkiye'de Terörizmin Finansmanı Mevzuatındaki Değişikliğin Muhtemel Etkileri, s. 1 <https://docplayer.biz.tr/25110196-Turkiye-de-terorizmin-finansmani-mevzuatindaki-degisikligin-muhtemel-etkileri.html> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Nitekim önceki tarihlerde yapılmış olan değişiklik ve eklemelerin tümü CMK 133, 135, 139 ve 140. maddelerde sayılmakta olan katalog suçlara eklemeler veya çıkarmalar şeklinde gerçekleştirilmiştir. 6704 sayılı kanunla ilk defa bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin hükümler CMK dışına taşınmıştır. Bkz. Doğaner, s. 5.

²⁷³ TBMM Komisyonu'nda tasarının geneli üzerinde yapılan görüşmelerde bazı komisyon üyeleri; 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanuna dercedilen düzenlemelerin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen katalog suçların içerisinde sayılmasının kanun yapma tekniği açısından daha doğru olacağı konusunda görüş bildirmişlerdir. TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu 273 sıra sayılı Rapor, s. 62. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss273.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019). Komisyondaki tasarıya ilişkin muhalefet şerhinde, tasarının içeriğine ilişkin değerlendirmede şu ifadelere yer verilmiştir: *“Tasarının 30. maddesiyle 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4. maddesine bir fıkra eklenerek terörün finansmanı suçu bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun bazı maddelerindeki tedbirlere ilişkin hükümlerin uygulanması öngörülmektedir. Ancak kanun*

ilgili tedbirlerin uygulanabileceğinin belirtilmesi suçla ilgili soruşturmalarda bu tedbirlere mutlaka başvurulacağı anlamına gelmemekte; bununla birlikte, elbette söz konusu tedbirlere başvuru şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, örneğin, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının veya başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunup bulunmadığının da araştırılması gerekmektedir²⁷⁴.

SONUÇ

Toplum barışı ve düzeni ile kişi hak ve özgürlükleri bakımından önemli bir tehdit teşkil eden ve ulaştığı küresel boyut ile uluslararası alanda iş birliğini gerektiren terörizmle ve terörizmin finansmanı ile mücadele, uluslararası ve ulusal düzenlemelerin konusunu teşkil etmektedir. Türkiye, bu konudaki uluslararası sözleşmeleri imzalayarak ve bu çerçevede uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeye gayret etmektedir. Terörizmin finansmanının önlenmesi konusunda gerçekleştirilen uluslararası girişimler terörizmin finansmanının suç olarak düzenlenmesi ile birlikte özellikle önleyici tedbirlere ve adli iş birliğine önem vermektedir. Bu çerçevede BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi gibi Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve FATF gibi uluslararası kuruluşlar bünyesindeki Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler ve birtakım belgeler yol göstericidir.

Terörizm yasal ve yasa dışı kaynaklarla finanse edilmekte olup terörizmin finansman kaynaklarının tespit edilmesi, terörizmin finansmanı

tekniği açısından bu maddelerin bir tek maddede toplanması değil, ilgili kanun olan 5271 sayılı kanunun ilgili maddelerine terörizmin finansmanı ibarelerinin eklenmesi yoluyla yapılması daha doğru olacaktır.” TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu 273 sıra sayılı Rapor, s. 102. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss273.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

²⁷⁴ Bu düzenleme tarzının birtakım kaygıları beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede örneğin, CMK'nın 135. maddesinde sayılmakta olan “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” açısından; yeni düzenlemedeki hali ile tedbirin, herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmadan da uygulanabileceği şeklinde yorumlanmaya müsait oluşu, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri var olmasa ve başka suretle delil elde edilmesi imkânı bulunsa bile tedbirin uygulanabileceği şeklinde yorumlanabilmesine zemin oluşturduğu, CMK 139 ve 140. maddelerinde sayılmakta olan tedbirlerin uygulanması açısından da benzer durumların söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Doğaner, s. 6.

ile mücadeleye yönelik tedbirlerin belirlenerek uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Türk hukukunda terörizmin finansmanının önlenmesini sağlamaya yönelik olarak birtakım tedbirler ile birlikte terörizmin finansmanı suçu 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir. Terörizmin finansmanı suçunun BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmesi ile büyük oranda uyumlu olduğu, mevzuatımızdaki düzenlemelerin uluslararası yükümlülüklerle ve gereksinimlere uygun olarak düzenlendiği tespit edilmektedir. Bu noktada terörizmin finansmanı suçu incelendiğinde uluslararası düzenlemeler ile getirilmiş birtakım standartların esas alındığı ve bunların sağlanmaya çalışıldığı söylenebilecektir. Ancak bu standartlar sağlanmaya çalışılırken ceza hukukunun temel ilkelerinin göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmelidir. Bu kapsamda özellikle kanunilik ilkesi bakımından sakıncaları bulunan terörizmin finansmanı suçuna ilişkin mevcut düzenleme mutlaka gözden geçirilmelidir.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, kimi zaman terörizmin finansmanı suçunun örgüte yardım etme suçunun düzenlendiği TCK m. 220/7 ile karıştırıldığı görülmektedir. Bu noktada ayırıcı unsur yardımın finansal özelliğinin bulunup bulunmadığı olup, konusu fon teşkil etmeyen yardımlar terörizmin finansmanı suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir. O halde maddi değeri olmayan yardımların TCK m. 220/7 kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup bu noktada Türkiye aleyhine verilen TCK m. 220/7'nin öngörülebilir olmadığından kanunilik ilkesini ihlal ettiğine ilişkin AİHM kararını da göz önünde bulundurmak ve hükmü öngörülebilir şekilde uygulamak gerekmektedir. Uygulamada öncelikle TCK m. 220/7 uyarınca terör örgütüne yardım etme olarak değerlendirilen eylemlerin terörizmin finansmanı suçunu oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir. Nitekim terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği 6415 sayılı Kanunu'nun 4. maddesi terör örgütüne herhangi bir yardımı, desteği değil, terör örgütüne finansal destek, yardım sağlamayı yaptırım altına alan bir düzenlemedir. Her ne kadar Yargıtay kararlarında özel norm olarak ifade edilse de terörizmin finansmanı suçunun düzenlendiği 4. madde görünüşte içtima hallerinden asli-tali norm ilişkisine işaret etmekte olup kanundaki ifade yerinde gözükmemekte, suçun uygulamada olduğu gibi özel norm olarak nitelendirmek bakımından yeniden düzenlenmesi ve uluslararası standartlara uygunluk bakımından da öncelikli uygulamanın terörizmin finansmanı suçu olması uygun olacaktır.

Terörist veya terör örgütlerinin finanse edilmesi ile birlikte, doğrudan terör eylemlerinin finanse edilmesi de terörizmin finansmanı kapsamında

değerlendirilmelidir. Bu durumda terör eylemine yönelik iştirak iradesi de ayrıca göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Terör örgütlerinin tüm faaliyetlerinin bir bütün olarak ele alınarak erzak ve yaşam giderleri ile birlikte eğitim, iletişim gibi örgütün varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan giderlerin de finansman kapsamında değerlendirilmesi son derece önemlidir. Zira bu tür yardımlar terör eylemlerinde kullanılsa da örgütün faaliyetlerini devam ettirmesi amacına hizmet etmektedir.

Yargıtay uygulamasında, terörizmin finansmanı suçunun failinin terör örgütünün kurucusu, yöneticisi ya da üyesi olmayan her gerçek kişi olabileceği kabul edilmekte olup suç tipinin düzenlendiği hükümde örgüte üye olmamak, örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamak gibi birtakım kriterlere yer verilmemiş olup terörizmin finansmanı suçunun örgüt üyesi tarafından da işlenmesinin mümkün olduğu ve örgüt ile bağlantılı olup olmamasına bakılmaksızın herkesin bu suçu işleyebileceği değerlendirilmektedir.

Terörizmin finansmanına ilişkin idari ve cezai tedbirler dikkate alındığında kişi hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerde ceza hukukunun son çare olması ile kişi hak ve özgürlüklerinin de dikkate alınarak sınırların çizilmesi son derece önem arz etmektedir. Bu noktada alınacak tedbirler ve yapılacak müdahalelerin hukuk devleti ilkesine ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan evrensel ilkelere aykırı olmamasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak ifade etmek gerekir ki, açıklanan hususlar çerçevesinde terörizmin finansmanı ile mücadelede terörizmin finansmanı suçunun işlenmeden önlenmesini sağlayacak şekilde finansman henüz gerçekleşmeden finans kaynaklarının engellenmesi kapsamında önleyici tedbirlerden faydalanılması ve terörizmin finansmanı suçunun caydırıcılığı sağlayarak etkin bir şekilde cezalandırılması esas olmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKÇA Mehmet, “*Terörizmin Kendine Özgü (Sui Generis) Niteliği: Kavramı Tanımlamada Metodoloji Sorunu*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 1, Ocak 2014.

AKIN Engin, *Terör ve Terörün Finansmanı Suçu Anayasa Mahkemesi-Yargıtay Kararları ve Uluslararası Hukuk Metinleri Çerçevesinde*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

- AKYÜREK Güçlü, “*AIHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi*”, Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 3, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ALACA KAPTAN Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- ALTUĞ Yılmaz, “*Terörizm Sorunu*”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S.1, Y. 1986 – 1987.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin, ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ASLAN M. Yasin, “*Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 68, S: 2010/2.
- AYDIN Devrim, “*Terör Eylemlerinin Siyasal Suç Açısından Değerlendirilmesi*”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 2, No: 7, 2006.
- AYDIN Sermet, “*Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Müşterinin Tanınması Prensibi*”, Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008.
- AYKIN Hasan, GÜMÜŞAY Kevser, “*Terörle Mücadelede Yeni Boyut: Terörün Finansmanı ile Mücadele*”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- AYKIN Hasan, SÖZMEN Kevser, Terörün Finansmanı ile Mücadele, Mali Suçları Araştırma Kurulu Yayını, Ankara, 2008.
- AYKIN Hüseyin, “*Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi*”, Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008.
- BAYRAKTAR Köksal, Siyasal Suç, İstanbul, 1982.
- BILLINGSLEA William, “*Illicit Cigarette Trafficking and the Funding of Terrorism*”, The Police Chief, (Volume 71), 2004.
- BODUR Nurullah, ÖZKUL Eshat, Uygulamada Terör Örgütü ve Terör Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- BREINHOLT Jeff, “*Terrorist Financing*”, United States Attorneys’ Bulletin, Vol:51, No:4, Washington, 2003.
- CENDEL Nur, ZAFER Hamide Zafer, ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- CENDEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ÇAKIR Kerim, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇETİN Soner Hamza, “*Terörizmin Finansmanı Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, C.11, S. 31, Ağustos 2016.

- DEĞİRMENCİ Olgun, “5237 Sayılı Kanunda Düzenlenen Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun 4208 Sayılı Kanundaki Düzenleme ile Karşılaştırılması”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, (Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu, R. Murak Önok), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 14. Baskı, C. II, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- EVİK Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013.
- GASSER Hans-Peter, “Terör Eylemleri, Terörizm ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Çeviren: Fulya Eroğlu, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008.
- GEZER Reşat Doğukan Hazer, “Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 8, S. 75, Şubat 2016.
- GOLDER Ben, WILLIAMS George, “What is Terrorism? Problems of Legal Definition”, UNSW Law Journal, 27(2), 2004.
- GÖDEKLİ Mehmet, Terörizmin Finansmanı Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- GÖKTÜRK Neslihan, “Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 2, S: 1-2, 2014.
- HAIGNER Stefan D., SCHNEIDER Friedrich, WAKOLBINGER Florian, “Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism: A Survey” Economics of Security Working Paper 65, Berlin: Economics of Security, 2012.
- HAKERİ Hakan, “Türk Hukuku'nda Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Aralık 2013.
- HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku, 21. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.
- İÇEL Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y: 7, S: 14, Güz 2008.

- JONSSON Michael, CORNELL Svante, "*Countering Terrorist Financing: Lessons from Europe*", Georgetown Journal of International Affairs, Vol: 8, No: 1, 2007.
- KANADOĞLU Korkut, "*Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun'un Mülkiyet Hakkı Açısından Değerlendirilmesi*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 4, Aralık 2014.
- KATOĞLU Tuğrul, "*Ceza Hukukunda Suçun Mağdur Kavramının Sınırları*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 2, 2012.
- KISER Steve Kise, Financing Terror: An Analysis And Simulation For Affecting Al Qaeda's Financial Infrastructure, RAND Graduate School, 2004.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KOCASAKAL Ümit, "*Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu*", Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- KOCASAKAL Ümit, "*Terörizmin Finansmanı*", 18. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, 20 - 27 Eylül 2009, İstanbul, 2009.
- KURT Gülşah, "*Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun: Nedenleri ve Muhtemel Sonuçları*", Güncel Hukuk, Mayıs 2013.
- LEVITT Matthew, JACOBSON Michael, The Money Trail: Finding, Following and Freezing Terrorist Assets, The Washington Institute for Near East Policy, 2008.
- NAPOLEONI Loretta, "*The New Economy of Terror: How Terrorism is Financed*", Forum on Crime and Society 4 (1-2, December) 2004.
- ÖKTEM Emre, Terörizm / İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.
- ÖZBEK Veli Özer, "*Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK. m. 245)*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2007.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

- ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ÖZEN Muharrem, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısında Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 52, S: 1, 2003.
- ÖZGENÇ İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- RIDLEY Nicholas, ALEXANDER Dean C., "*Combating Terrorist Financing in the First Decade of the Twenty-First Century*", Journal of Money Laundering Control, Vol. 15 Issue: 1, 2011.
- SAUL Ben, "*Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde Terörizmin Tanımı*", Çeviren: Seda Koç, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008.
- SAUL Ben, "*Uluslararası Hukukta Terörizmi Tanımlama Girişimleri*", Çeviren: S. İrem Çakırca, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi Kayıhan İçel, Editör Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008.
- SCHOTT Paul A, Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Washington, D.C.: The World Bank, 2006.
- SELÇUK Sami, "*Hukukun Terörle Sınava*", TAAD, C.1, Y. 2, S. 5, 2011.
- SHELLEY Louise I., MELZER Sharon A., "*The Nexus of Organized Crime and Terrorism: Two Case Studies in Cigarette Smuggling*", International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, Vol: 32, No: 1, 2008.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2014.
- ŞEN Ersan, ERYILDIZ H. Sefa, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- TANÖR Bülent, "*Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler*", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), 1990, Y. 10, S. 1-2.

- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TÜRK Hikmet Sami, Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ÜSTÜN Oktay, “*Karapara Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Uluslararası Girişimler ve Araçlara Toplu Bakış*”, Bankacılar Dergisi, S. 65, 2008.
- ÜSTÜN Oktay, “*Mali Eylem Görev Gücü’nün (FATF) Dokuz Özel Tavsiyesi*”, Bankacılar Dergisi, S. 52, 2005.
- ÜSTÜN Oktay, “*Mali Eylem Görev Gücü’nün (FATF) Yeni Kırk Tavsiye Kararı Neler Getiriyor?*”, Bankacılar Dergisi, S. 47, 2003.
- van Dijck Maarten “*The Link Between the Financing of Terrorism and Cigarette Smuggling: What Evidence is There?*”, HUMSEC Journal Issue 1, 2007.
- VITTORI Jodi, Idealism is not Enough: The Role of Resources in the Autonomy and Capability of Terrorist Groups, University of Denver, ProQuest Information and Learning Company, 2008.
- YAYLA Ahmet Said, “*Terörizmin Finansmanı ve Organize Suç Örgütleri ile İlişkileri*”, Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı, Editör: Süleyman Aydın, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, DEĞİRMENCİ Olgun, “*Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Terörün Finansmanı Suçu*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2008.
- YILDIRIM Zeki, “*Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Y. 2013.
- YILDIRIM Zeki, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu ve Malvarlıklarını Dondurma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- YILMAZ EREN Esra, “*Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme*”, İÜHFİM C. LXXI, S. 1, 2013.
- YILMAZ Yeşim, İnsan Ticareti Suçu ve İçtima Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (3), 2017.
- ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 6. Bası, Beta, İstanbul, 2016.
- ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
- ZELMAN Joshua D., “*Uluslararası Hukukta Son Gelişmeler: Anti-Terörizm Mevzuatı- Bölüm I: Genel Değerlendirme*”, Çeviren: Ali

Emrah Bozbayındır, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch'e Armağan, Proje yöneticisi: Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 8, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2008.

Elektronik Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f3a5a9c-bc64-466c-86f1-8bb5f9787caf?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Avrupa Komisyonu, Komisyon Tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye ve Bölgeler Komitesine Sunulan Bilgilendirme AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi, 2018 Türkiye Raporu

Birleşmiş Milletler Sözleşme Koleksiyonu https://treaties.un.org/doc/Treaties/1999/12/19991209%2009-59%20AM/Ch_XVIII_11p.pdf

DOĞANER Vedat, Türkiye’de Terörizmin Finansmanı Mevzuatındaki Değişikliğin Muhtemel Etkileri, <https://docplayer.biz.tr/25110196-Turkiye-de-terorizmin-finansmani-mevzuatindaki-degisikligin-muhtemel-etkileri.html>

DÖNER İsa, “*Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Terör ve Terörizm*”, E-Akademi Dergisi, S. 43, Eylül 2005. <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ULUSLARARASI%20HUKUKTA%20VE%20T%20DCRK%20HUKUKUNDA%20TER%20D6R%20VE%20TER%20D6R%20DDZM&kimlik=1129233217&url=makaleler/idoner-1.htm>

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/FATF%20Standards%20-%202040%20Recommendations%20rc.pdf>

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Standards%20-%2020IX%20Special%20Recommendations%20and%20IN%20rc.pdf>

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Turkey%20full.pdf>

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/Turkey-FUR-2014.pdf>

<http://www.kazanci.com>

http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/mevzuat/terorun_finansmani/uluslararasi_mevzuat/FATF/EK-12.pdf

http://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/mevzuat/terorun_finansmani/uluslararasi_mevzuat/AvrupaBirligi/EK-7.pdf

YÜHFD Cilt: XVII Özel Sayı (2020)

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

https://www.ab.gov.tr/siteimages/pub/komisyon_ulke_raporlari/2018_turkiye_raporu_tr.pdf

<https://www.lexpera.com.tr>

MASAK 2015 Yılı Faaliyet Raporu http://www.masak.gov.tr/userfiles/file/2015_Faaliyet_Raporu.pdf

MASAK 2017 Yılı Faaliyet Raporu http://www.masak.gov.tr/userfiles/file/2017_Faaliyet_raporu.pdf

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu 273 sıra sayılı Rapor <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss273.pdf>

TOPAL Ahmet Hamdi, “*Uluslararası Hukukta Terörizmin Tanımlanması Sorunu*”, E-Akademi Dergisi, S. 32, Ekim 2004 <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=ULUSLARARASI%20HUKUKTA%20TER%20D6R%20DDZM%20DDN%20TANIMLANMASI%20SORUNU&kimlik=1097056714&url=makaleler/ahtopal-1.htm>

Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c88e83d3739f6.03408036

