

# TECRİT KURUMUNA GÖNDERME TEDBİRİ

## *Sicherungsverwahrung*

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU\*

**Özet:** Suçun önlenmesi cezanın amaçlarından biri olsa da, bazı hükümlülerin cezaevinden çıktıktan sonra tekrar suç işledikleri de gerçektir. Bazı hallerde hükümlünün infazdan sonra tekrar suç işleyeceği ihtimalinin çok yüksek olmasına rağmen, hukuk bu kişiler karşısında çaresiz kalmakta, işlenecek suçları önleyememektedir. Almanya ve diğer bazı devletlerin hukuk sistemlerinde kabul edilen tecrit kurumuna gönderme tedbiri, tekrar suç işlemesi ihtimaline karşı, toplumu bu tehlikeli suçlulara karşı korumaktadır. Şiddet içeren suçlarda ve özellikle cinsel suçlarda tecrit kurumuna gönderme tedbirinin toplumun korunması amacıyla hizmet edeceği ve bu nedenle Ceza Kanununda düzenlenmesi halinde, ölüm cezasının tekrar kabulüne ihtiyaç kalmayacağı söylenebilir. Bu makalede tedbire ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile Alman Anayasa Mahkemesi kararı da yapılacak düzenlemede göz önünde bulundurulması amacıyla incelenmiştir..

**Anahtar Kelimeler:** Güvenlik tedbirleri, suçu önleme, tehlikelilik, tecrit kurumuna gönderme.

**Zusammenfassung:** Obwohl die Kriminalitätsprävention ein Strafzweck ist, begehen einige Verurteilte nach ihrer Entlassung wieder Straftaten. Das Rechtssystem steht der Tatsache, dass die Rückfallquote nach dem Strafvollzug sehr hoch ist, hilflos gegenüber und kann diese neuen Taten nicht verhindern. Die Sicherungsverwahrung, die es im deutschen Recht und einigen anderen Ländern gibt, schützt die Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern und erneuten Straftaten. Die Normierung der Sicherungsverwahrung für Gewaltverbrechen und insbesondere Sexualdelikte dient dem Schutz der Gesellschaft. Durch solch eine Regelung wäre auch eine eventuelle Wiedereinführung der Todesstrafe hinfällig. In diesem Zusammenhang werden die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Verfassungsgerichts ebenfalls dargelegt, damit diese bei einer Regelung zu Grunde gelegt und beachtet werden können.

**Schlüsselwörter:** Die Maßregeln der Sicherung und Besserung, Kriminalitätsprävention, Gefährlichkeit, Sicherungsverwahrung.

\* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0536-6517  
Makale Geliş Tarihi: 30.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 19.11.2020

## I. Giriş

Türk Ceza Kanunu'nun adalet ve kanun önünde eşitlik başlıklı 3. maddesi uyarınca, "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur". Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 3. maddesi uyarınca, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır. Maddeden de anlaşılacağı üzere diğer amaçlar yanında hükümlünün sosyalleşmesini, rehabilitasyonunu sağlamak ceza ve güvenlik tedbirlerinin temel amacıdır. Ancak her hükümlünün rehabilitasyon ihtiyacının derecesi, türü ve süresi farklıdır. Bazı hükümlülerde bu süre çok uzun olabilmektedir. Bu nedenle günümüz ceza kanunlarında cezaların suçluların kişiliğine uydurulması veya bireyselleştirilmesi amacıyla birtakım kurumlar bulunmaktadır. Örneğin şartlı salıverme kurumunun uygulanabilmesi için, diğer koşullar yanında hükümlünün iyi halli olması gerekir. Erteleme kurumunun uygulanabilmesi için tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkemede kanaat oluşması gerekir.

Görülebileceği üzere hukukumuzda cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan kurumların hepsi, hükmedilen hapis cezasının, cezaevinde geçirilmesi gereken süreyi kısaltmaya yönelik kurumlardır. Hükümlü, ceza infaz süresini tamamlayıp, cezaevinden çıkarken, sosyalleşmediği, toplumsal tehlikeliliğinin halen devam ettiği bilinse dahi, bu hükümlü serbest bırakılmak zorundadır, aksi halde kanunsuz özgürlük kısıtlaması söz konusu olacağından başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelere olduğu gibi, Anayasa'ya ve diğer kanunlara da aykırılık söz konusu olacaktır. Ancak bugün toplumda, bazı hükümlülerin sosyalleşmeden ceza süresini tamamlayıp cezaevinden çıktıkları ve çıktıktan kısa bir süre sonra suç işleyerek tekrar cezaevine döndükleri bilinen bir gerçektir. Hafif suç işleyip cezaevine girip, infaz tamamlanıp çıktıktan sonra daha ağır suçlar işleyerek tekrar cezaevlerine girenlerin bulunduğu da bilen bir gerçektir. İşte bu suçlulara karşı cezanın yetersiz olduğu, hükümlünün sosyalleşmesini sağmadığı, toplumu bu suçluya karşı koruyamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Özellikle cezaların hafif olduğu, yetersiz olduğu bu nedenle suç işlendiği veya tekerrür olduğu gerekçeleriyle ölüm cezası tartışmaları zaman zaman gündeme gelmektedir. Aslında bu gibi durumlarda ölüm cezasını savunanların çoğu, halihazırda hükmedilen cezaların yetersiz olduğu, hafif olduğu, bu tür hükümlülere karşı toplumun korunması gerektiği ve cezanın caydırıcı olması gerektiğini ileri sürmektedir. Oysa Türk Ceza Kanunu, Kara Avrupası hukuk sistemini kabul eden diğer ülke kanunları ile karşılaştırıldığında cezaların, bu ülke kanunlarına nazaran oldukça ağır olduğu görülecektir.

Bu makaleyi kaleme almama sebep olan husus da tam buradadır. Hukukumuzda cezalar ağır, fakat infaz sisteminde bulunan ve/veya sonradan çıkarılan koşullu salıverme kanunları ile infaz süreleri kısaltılmaktadır. Bu tür uygulamalar cezanın caydırıcılığını olumsuz yönde etkilemekte ve toplumda suçluların çok hafif cezalandırıldığı veya hiç cezalandırılmadığı gibi bir algı oluşturmaktadır. Toplumdaki bu algıyı ortadan kaldırmak üzere zaman zaman ölüm cezasının tekrar düzenlenmesi gündeme gelmektedir. Oysa ölüm cezasını tekrar kabul etmek, Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri düşünüldüğünde mümkün değildir, böyle bir ihtimal akla dahi getirilmemelidir. Ancak tehlikeli suçlulara karşı toplumun korunması da gerekmektedir. İşte bu noktada Avrupa'da birçok ülke ceza kanunlarında yer alan tecrit kurumuna gönderme tedbiri bir çare olabilir. Özellikle tekerrür oranı yüksek olan, kişiye karşı şiddet içeren ağır suçlarda, toplumu aynı suçlu tarafından işlenebilecek yeni suçlardan korumak ve suçlunun da sosyalleşmeden toplumun arasına katılmasını engellemek amacıyla bu tedbir uygulanabilir. Burada akla gelen ilk suç grubu cinsel dokunulmazlığa karşı olan suçlardır. Bu suçlar sebebiyle hakkındaki hapis cezası infaz edilen kişi, cezanın infazından sonra, hala tehlikeli ise, bu suçları işleme tehlikesi varsa, tehlikeliliği ortadan kalkıncaya kadar tecrit kurumunda tutulabilir. Benzer şekilde kadına yönelik şiddet fiillerinden ağır olanlarında, fail eylemin gerektirdiği hapis cezası ile cezalandırıldıktan ve cezanın infazı tamamlandıktan sonra, tekrar şiddet uygulama ihtimali varsa tecrit kurumuna gönderilebilir. Bu kişiler hakkında kurumda tedavi ve terapi metotları uygulanacaktır. Örneğin şiddet uygulama eğilimi olan kişiye, öfke kontrol mekanizmaları öğretilerek, bunun önüne geçilebilecektir.

## II. Tehlikeli Faillerin Toplumdan Tecrit Edilmesi Tedbiri

### A. Kavram

Alman Ceza Kanunu 66. paragrafta “Sicherungsverwahrung”, Avusturya Ceza Kanunu 23. paragrafta “Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter” ve İsviçre Ceza Kanunu 64. maddede “Verwahrung” terimleri kullanılmaktadır. Bu Almanca terimler “güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma”,<sup>1</sup> “tehlikeli suçluların güvenlik nedeniyle kapatılması”,<sup>2</sup> şeklinde tercüme edilmiştir. Tedbirin amacına bakıldığında, tehlikeli suçluları toplumdan ayrı tutmak, toplumu korumak amacı göz önüne alındığında “tehlikeli suçluların

<sup>1</sup> Yenisey, Feridun/PlagemannGottfried; Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) , 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 69; Mehmet Emre Yıldız; Ceza Hukukunda Akıl hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020, s. 542.

<sup>2</sup> Demirbaş, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2019, s. 653.

tecrit kurumuna gönderilmesi” olarak isimlendirmenin yerinde olacağını düşünmekteyim.

## B. Tehlikeli Suçlularla Mücadele

Mukayeseli hukukta, tehlikeli suçlularla mücadelede birden fazla yöntem uygulanmaktadır. Alman (§ 66), İsviçre (m. 64) ve Avusturya (§ 23) ceza kanunlarında tehlikeli suçlularla mücadele etmek ve toplumu bu tehlikeli suçlulardan korumak için tecrit kurumuna gönderme tedbiri uygulanmakta iken, hukukumuzda böyle bir tedbir bulunmamaktadır. Bu tedbire ilişkin hükümler 1977 yılında İngiltere’de yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>3</sup> Fransız Ceza Kanununda ise 131-36-1. maddelerinde tekerrürü önlemek amacıyla hizmet eden “sosyal gözetim altına alma” tedbiri/yaptırımı düzenlenmiştir.

Avrupa Birliğine üye ülkelerde Almanya’ya ek olarak, sözleşmeye taraf en az yedi devletin akıl hastası olarak kabul edilmeyen hükümlüler için, yani ceza sorumluluğu tam olan ve tekrar suç işleme eğilimi nedeniyle toplum açısından tehlikeli olarak kabul edilen suçlular için koruma sistemleri sağlanmıştır. Bu devletler Avusturya, Danimarka, İtalya, Lihtenştayn, San Marino, Slovakya ve İsviçre’dir. Bu ülkelerde, özgürlük kısıtlaması genellikle görevlin mahkemeler tarafından hükmedilir ve genellikle ilgili kişiler hapis cezası ile cezalandırıldığında uygulanır. Hükümlülerin tehlikelilikleri düzenli aralıklarla kontrol edilir ve artık toplum için bir tehlike oluşturmamaları koşuluyla serbest bırakılırlar.<sup>4</sup>

Ceza Kanunumuzda tehlikeli suçlulara ilişkin özel bir yaptırım bulunmasa da, bunların cezalarının infazının ağırlaştırılacağına dair Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca TCK’da (m. 6) itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu gibi kavramlar kabul edilerek, tehlikeli suçlular hakkında ceza infazının ağırlaştırılması yöntemi benimsenmiştir. Tekerrür (TCK 58) kurumu da hukukumuzda güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiş ve mükerrirler hakkında infazın ağırlaştırılması sistemi benimsenmiştir. Gerçekten TCK 58. maddenin başlığı “suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular”dır. TCK 58. maddenin

<sup>3</sup> Allen Claud; Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht, ZStW, Band 80, 1968, 163 vd. İngiliz hukukunda tedbirin yürürlükten kaldırılmasının gerekçesi, failin yaşam kusuru nedeniyle işlediği suçtaki kusurunu aşan bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanamayacağıdır. (Horstkotte, Hartmuth: Die Vorschriften des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, Nr. 5/6, 154). İngiliz mahkemeleri, İHAS’ne taraf diğer devletlerden farklı olarak, müebbed hapis cezasında, cezanın cezalandırıcı kısmı ile önleyici kısmı arasında açıkça ayırım yaparlar (Mücke kararı, prg. 73). Hollanda, İtalya, İsviçre ve Polonya hukuku açısından bkz. Nuhoğlu, Ayşe; *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbileri*, Ankara 1997, s. 262.

<sup>4</sup> Mücke kararı, prg. 70. Kararın almanca metni için bkz. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04-1.php> (erişim tarihi 01.10.2020)

düzenlemesinden kanun koyucunun itiyadi suçlu, mükerirler, suç meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçluları özel tehlikeli suçlu olarak tasnif ettiği anlaşılmaktadır.

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, ağır suçlar işlemiş ve bu bağımlılığı yüzünden ağır suçlar işleme tehlikesi olan kişilerden toplumun korunmasına hizmet eder. Tedbirin amacı, tehlikeli suçluya karşı toplumun güven altına alınmasıdır: Tedbire hükmedilirken iyileştirme düşüncesi hiç rol oynamaz, ancak infaz aşamasında sosyalleştirme düşüncesi gündeme gelir (Alman CK 66c). Tedbir failin kusurundan bağımsız, sadece özel tehlikelilik bakış açısıyla hükmedilir.<sup>5</sup>

Görüleceği üzere tehlikeli suçlulardan toplumu korumak amacıyla ülkeler genellikle iki sistemden birini benimsemektedir. Bunlardan ilki Türk hukuk sisteminde olduğu gibi, cezanın infazını ağırlaştırmak, veya İspanya da olduğu gibi cezanın ağırlaştırılması sistemi,<sup>6</sup> ikincisi ise Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, cezanın yanında ve cezanın infazından sonra uygulanmak üzere güvenlik tedbiri hükmetmek, bu halde sadece cezanın, tehlikeli faile karşı toplumu koruyamayacağı kabul edilmektedir. Sadece önleme amacına yönelik tedbirlerle toplumun, tehlikeli itiyadi suçlulardan korunmasına ilişkin yaptırımlarda, bireysel kusur ve tehlikelilik farklılaştırılır.<sup>7</sup>

### C. Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Alman Hukukundaki Gelişimi

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri Alman Ceza Kanununa ilk olarak, 24.11.1933 tarihinde girmiştir 25.06.1969 tarihli I. Ceza Kanunu Reform Kanunu ile kapsamı genişletilmiştir. Bu hüküm yaklaşık 25 yıl hiç değiştirilmeden uygulanmıştır. 1996 ve 1997 yıllarında iki çocuğa tecavüz edilip öldürülmeleri toplumda büyük bir infial uyandırmış ve toplumda şiddet suçlarında ve özellikle cinsel suçlarda cezaların ağırlaştırılması yönünde bir hareket başlamıştır. Bunun üzerine Cinsel Suçlarla ve Diğer Tehlikeli Suçlarla Mücadele Kanunu (SexBG) ile 26.01.1998 tarihinde tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesinin koşulları değiştirilmiştir. 1998 ile 2008 yılları arasında Alman kanun koyucusu altı farklı kanunla tecrit kurumuna gönderme tedbirine ilişkin hükmü on noktada değiştirmiştir.<sup>8</sup> Öğretide Almanya'da tedbire hükmedilme koşullarının 1998 yılından 2012 yılına kadar birçok

<sup>5</sup> Meier, Bernd-Dieter; Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage, Springer, 2015, s. 345.

<sup>6</sup> Ruth Rissing-van Saan/Jens Peglau; in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 12. Neu bearbeitete Auflage, Dritter Band § 56 bis 79b, De Gruyter Recht Berlin 2008, § 66, kn.1.

<sup>7</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66, kn. 1.

<sup>8</sup> Schöch, Heinz; Sicherungsverwahrung im Übergang, s. 48, in: [https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz\\_NK\\_12\\_02.pdf](https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz_NK_12_02.pdf) (erişim tarihi 12.10.2020)

kez değiştirildiği ve Alman CK 66. paragrafının, karmaşık, kafa karıştırıcı bir yapıya büründüğü eleştirileri yapılmaktadır.<sup>9</sup>

Ayrıntıları aşağıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17.12.2009 tarihli kararından sonra Alman kanun koyucusu tecrit kurumuna gönderme tedbirini 22.12.2010<sup>10</sup> tarihinde yeniden düzenlemiştir. 22.12.2010 tarihinde Alman kanun koyucusu yaptığı değişiklikle tecrit kurumuna gönderme tedbirinin koşullarını sınırlandırmış, tedbire hükmedilmesini zorlaştırmış, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararına tepki olarak, tecrit kurumunda geçirmesi gereken azami süreyi (10 yıl) geçirmiş olmasına rağmen, failin psikolojik bir rahatsızlığı varsa ve bu rahatsızlık sebebiyle yaşama, beden dokunulmazlığına, kişisel özgürlüğe veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işleme ihtimali yüksek ise, terapi amacıyla bir kuruma yatırılabilirliğine ilişkin bir değişikliği kabul etmiştir.<sup>11</sup>

Son olarak 05.12.2012 tarihli Kanunla<sup>12</sup> Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Uygulanması Hakkında Kanun ile bu kuruma ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır.

#### D. Tedbirin Amacı

Tedbirin amacı, toplumu tehlikeli faillerden korumaktır.<sup>13</sup> Tedbir suç karşılığı özgürlüğü bağlayıcı cezaya ek olarak hükmedilmektedir, bu durumda failin özgürlüğü, önemli toplumsal menfaatin varlığı halinde, kusurunun da ötesinde kısıtlanmaktadır.<sup>14</sup>

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri ceza hukukunda ancak ağır suçlarda başvurulabilen en son araçtır. Diğer yaptırımlarla toplumun korunması görevinin yerine getirilemediği hallerde, itiyadi kronik suçlular hakkında bu tedbir uygulanır.<sup>15</sup>

Fail, tedbirin infazı devam ettiği sürece, topluma zarar veremeyecek şekilde koruma altında tutulur. Bununla birlikte Alman İnfaz Kanunu'nun tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacı başlıklı 129. maddesine göre<sup>16</sup> tedbirin amacı, toplumun korunması için, kişinin

<sup>9</sup> Meier, s. 349.

<sup>10</sup> Yürürlüğe giriş tarihi 01.01.2011.

<sup>11</sup> Schöch, s. 50.

<sup>12</sup> Yürürlüğe giriş tarihi 01.06.2013 bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_\\_\\_66c.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___66c.html) (erişim 02.10.2020).

<sup>13</sup> Kögler, Matthias, Die Zeitliche unbesstimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts, Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutschlands und den USA, Diss., Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1988, s. 71.

<sup>14</sup> Laich, Mario; De vorbeugenden Massnahmen in System und Praxis, Öst. JZ, 14.12.1979, Heft 24, s. 648.

<sup>15</sup> Schönke, Adolf/Schröder, Horst; (Kinzig) Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auf München 2019, § 66, kn. 2.

<sup>16</sup> Maddenin almanca metni için bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/\\_\\_\\_129.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/___129.html) (erişim tarihi 01.10.2020)

güvenli bir şekilde barındırılmasıdır. Aynı zamanda kurumda bulunan kişinin toplumsal hayata katılabilmesine (sosyalleşmesine) hizmet etmelidir. Ancak aynı Kanununun 130. maddesine göre, tedbirin infazında, aksi belirtilmedikçe, hapis cezalarının infazına ilişkin hükümler de uygulanır. Görüleceği üzere tedbirin asıl amacı, tehlikeli suçluyu kuruma kapatarak toplumun korunmasını sağlamak, ancak ikincil amaç olarak suçlunun bu kurumda sosyalleşmesini sağlayacak metotlar uygulayarak, onu toplumla barışık bir halde yaşamaya hazırlamaktır. Benzer şekilde Avusturya CK'nun 171. maddesinde de tecrit kurumuna yatırma tedbirinin amacının kişinin kötü alışkanlıklarını devam ettirmekten alıkonulması ve faile yeniden toplum yaşamına katılabilme niteliklerinin kazandırılması olarak belirtilmektedir.

Failin tehlikeliliği karşısında, toplumun korunması, onun özgürlüğünün kısıtlanmasına nazaran daha üstün bir değere sahip ise tedbire hükmedilir. Bu tedbirin ultima ratio, son çare olma karakteri vardır ve kriminal politikanın en son başvurulması gereken zorunlu güvenlik tedbiridir.<sup>17</sup> Bağımlılığı sebebiyle kronik suçlu haline gelen, toplum bakımından tehlikeli, ağır suçluluk alanındaki kişilerle başka türlü mücadele edilemediğinde uygulanır. Fail tehlikeliliği süresince öncelikli olarak güvenli bir şekilde muhafaza edilir (Alman İnfaz Kanunu § 129).<sup>18</sup>

Tecrit kurumuna gönderme failin kusuru ile bağlı olmadığından, failin kusuru ve tedbirin süresi birbirinden bağımsızdır. Alman Ceza Kanunu'na göre, bazı hallerde tedbire hükmedilmesi zorunlu olmadığından, burada ceza hukuku değil, tehlikeyi önleme hukuku söz konusudur. Ancak önceden suç işlemiş kişiler hakkında uygulanması kabul edilmiştir.<sup>19</sup>

## E. Tedbire İlişkin Tartışmalar

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri suç ve ceza politikası açısından tartışmalıdır. Tartışmaların temel noktasını tecrit kurumuna göndermenin, diğer tehlike önleme tedbirlerinden farklı bir özel bir meşruiyet kaynağına ihtiyacı olup olmadığı konusu oluşturmaktadır. Çünkü bu tedbirin sadece belli bir noktadaki tehlikenin önlenmesine hizmet edeceği belirtilmiştir.<sup>20</sup>

Tedbirin hukuki meşruiyeti de tartışmalıdır. Tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilirken üçlü bir ilişki vardır. Bu ilişkinin bir yanında Devlet, bir yanında toplum ve diğer bir yanında da suçlu vardır. Toplumun hiç bir zaman temel hakların sahibi olamayacağı, temel hakları korunmak istenen kişinin ise tedbire hükmedilirken belli

<sup>17</sup> Meier, s. 345.

<sup>18</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66 kn. 3.

<sup>19</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66 kn. 3.

<sup>20</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66 kn. 4.

olmadığı gerekçesi ile tedbirin meşru olmayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre somut olarak hakları korunacak potansiyel mağdur belli olmadığından, tecrit kurumuna gönderme tedbiri AIHS'nin 5/1- a ve c bentlerine aykırı olacaktır.<sup>21</sup>

## 1. Tedbirin Leh Ve Aleyhindeki Görüşler

Aşağıda görüleceği üzere yüksek mahkeme kararlarında tartışılan tedbir öğretide de tartışmalıdır. Bazı hukukçular,<sup>22</sup> kişinin toplumdan tecrit edilmesini gerektiren bu tedbirin insani duygularla bağdaşmayacağı için uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre itiyadi tehlikeli suçlularla başka araçlarla mücadele edilmelidir, örneğin bu kişilerin kusurları ağır olduğu için daha ağır cezalandırılabilir, fail, suç teşkil eden fiilindeki kusuru dışında, yaşadığı hayat tarzı nedeniyle de kusurlu olduğu için daha ağır cezalandırılabilir. Fail, bu şekilde anlaşılan kusuru ile orantılı cezayı adil bulacağından, cezanın eğitici etkisi de olabilir. Zira bu durumda fail özgürlük kısıtlamasını kendisine yapılan bir haksızlık olarak kabul etmeyeceğinden eğitici etkisi olur. Tecrit kurumuna göndermede ise fail, bunu haksızlık olarak kabul edeceğinden eğitici etkisi olmayacaktır. Çünkü fail, işlediği suçun cezasını çektiğini, bu cezanın ötesinde, haksız olarak özgürlüğünün kısıtlandığını düşünmektedir.

Ayrıca yetiştirme hataları nedeniyle iradesi ve karakteri zayıf, kararsız faillere, tecrit kurumuna gönderme tedbiri gibi, ağır cezaların uygulanmasının da faydasız olduğu savunulmaktadır. Bu tür failer hakkında sosyal terapi kurumu gibi faili yetiştirici, eğitici tedbirlerin uygulanması gereği vurgulanmaktadır.<sup>23</sup>

Bunun gibi toplumsal güvenliği sağlamanın ceza hukukunun değil, polis hukukunun görevi olduğu, vatandaşların suç mağduru olmalarına karşı mutlak bir korumanın hiç bir zaman sağlanamayacağı, bir kişinin gelecekte suçlar işleyeceği konusunda da hiç bir zaman kesin olarak doğru prognozda bulunulamayacağı ileri sürülmüş ve bu nedenle düşman ceza hukukunun bir parçası, konusu olduğu belirtilmiştir.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 66 kn. 17.

<sup>22</sup> Bkz. Mayer, Hellmuth: Behandlung zur Rezidivisten (gefährliche Gewohnheitsverbrecher) im deutschen Strafrecht, ZStW, Bd. 80, 1968, s. 159-160. Hellmer, Joachim; Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, Berlin 1961, s. 24 vd., 290 vd.

<sup>23</sup> Mayer, s. 159; Hellmer, s. 24.

<sup>24</sup> Matt, Holger/Renzikowski/ Joachim; Eschelbach Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013, §66, kn. 1, 14.



Tedbir ilk olarak nasyonel sosyalistler döneminde kanuna alınmış olması ve infazının özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazından farklılaştırılmamış olması sebepleriyle eleştirilmiştir.<sup>25</sup>

Hanack da tecrit kurumuna gönderme tedbirini çok eleştirmiştir. Günümüzde bu hukuk kurumuna yönelik eleştiriler azalmıştır. Eleştiriler daha çok Alman CK 66a ve 66b paragraflarına yöneliktir, 66 ya ilişkin ise, bazıları bunu istenmeyen, bazıları ise zorunlu kötülük olarak kabul etmektedir. Ancak geçmiş yıllarda şiddet içeren suçlar ile cinsel suçlarda sayıların artmamasının, sadece durağan kalmasının, bu alandaki suçların işlenme sıklığının azalmasının, tedbirin meşru bir amacının olduğunu gösterdiği ileri sürülmüştür.<sup>26</sup>

Tedbire ilişkin olarak eleştirilen diğer bir husus, ceza adaletinin bu tedbire hükmedilirken kusurdan bağımsız olarak hareket etmesi ve faili, toplumun menfaatleri için, kusurla orantılı ceza süresinden daha uzun süre kapalı tutmak hususudur. Toplumun menfaatlerini korumak amacıyla özgürlük kısıtlaması genellikle Anayasaya uygun ve meşru olarak kabul edilmiştir.<sup>27</sup> Alman Anayasa Mahkemesi de “devletin tehlikeli faillerin özgürlüklerini kısıtlamaktan kaçınamayacağını, Anayasa’da öngörülen kişinin toplumun temel taşı olması ve toplumla olan bağı, esaslı toplumsal değerleri zarardan korumak için tedbirlere başvurulmasını meşru, haklı kılacağını belirtmiştir”<sup>28</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi,<sup>29</sup> tedbire hükmedilirken AİHS 7/1. fıkraya aykırılık olmaması için, anayasal gerekliliklerin, diğer bir ifade ile ceza ile olan nitelik farkının belirgin olmasını ve kusurdan bağımsız olarak önleyici amaçla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için sağlam gerekçelerin net bir şekilde ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre,<sup>30</sup> hapis cezasının amacı, akla gelebilecek diğer amaçların ötesinde esasen, kusurlu davranışa bir tepki olarak, kusuru telafi etmeye yarayan bastırıcı bir kötülük olmasıdır. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacı ise toplumun ve üyelerinin, önceki davranışları nedeniyle son derece tehlikeli olduğu düşünülen faillerden korunmasında yatmaktadır.

Alman hukukunda tedbire getirilen en önemli eleştiri kanun koyucunun 1998-2008 yılları arasında tedbirin uygulama alanını çok genişletmiş olması ve bu suretle 1. Ceza Kanunu Reform Kanununda “kriminal politikanın sonuncu zorunlu tedbiri” olması ilkesinden sapılmış olmasıdır.

<sup>25</sup> Bkz. S/S-Kinzig, § 66, kn. 3.

<sup>26</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66, kn. 2.

<sup>27</sup> S/S-Kinzig, § 66 kn. 2.

<sup>28</sup> BVerGE 109, 133, 151, aktaran MEIER, s. 347.

<sup>29</sup> Alman Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2011 tarihli kararı, kn. 100. Kararın almanca metni için bkz.

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504\\_2bvr236509.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html) (erişim tarihi 18.08.2020).

<sup>30</sup> BVerGE kn. 105.

Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin uygulama alanının genişletilmesine ilişkin Alman kriminal politikasındaki bu gelişme AIHM (Mücke kararı) ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2011 tarihli kararı ile durdurulmuştur.<sup>31</sup>

Tecrit kurumuna gönderme tedbirine karşı yapılan eleştirilerde, süresiz özgürlüğü bağlayıcı cezanın uygulanması görüşü ve özgürlük kısıtlaması olmaksızın terapi/tedavi suretiyle gözetim altında tutma olmak üzere tedbir yerine uygulanabilecek iki kurum öngörülmüştür.

### **a. Süresiz Özgürlüğü Bağlayıcı Cezanın Uygulanması Görüşü**

Frey, Dreher, Dünnebir tarafından savunulan bu görüşe göre, tecrit kurumu ve cezaevindeki infaz arasında fark olmadığından, süresi belirsiz özgürlüğü bağlayıcı cezanın tek başına uygulanması gerekir.<sup>32</sup> Bu görüş cezanın süresinin kusurdan daha ağır olamayacağı gerekçesi ile 1960 tarihli Alman Ceza Kanunu Öntasarısında reddedilmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, toplumun korunması ihtiyacı tecrit kurumuna gönderme tedbiri yerine, sert bir şekilde ağırlaştırılmış hapis cezaları ile yerine getirilmektedir. Hükümlü 3. kez şiddet içeren suç işlediğinde, “Three strikes and you are out” denilen salıverilme olmaksızın müebbed hapis cezasına otomatik mahkumiyet kabul edilmiştir.<sup>33</sup>

### **b. Özgürlük Kısıtlaması Olmaksızın Terapi/Tedavi Suretiyle Gözetim Altında Tutma Tedbiri**

Bu sisteme örnek Fransız hukuku verilebilir. Fransa hukukunda hükümlünün tedbirlerin gereklerine uymaması halinde, bunun özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilmesi kabul edilmektedir. Gerçekten 1994 tarihli Fransız Ceza Kanununun 131-36-1. maddesinde tekerrürü önlemek amacıyla hizmet eden “sosyal gözetim altına alma” tedbiri/yaptırımını düzenlenmiştir. Madde uyarınca ancak kanunla öngörülen durumlarda mahkeme yargısal bir sosyal gözetim kararı verebilir. Sosyal gözetim, hükümlünün tekrar suç işlemesini önlemek amacıyla, infaz hakiminin kontrolünde ve mahkemece belirlenecek bir süre için gözetim ve destek tedbirleri alma yükümlülüğünü içerir. Yargısal sosyal gözetim, işlenen suçun niteliğine göre on yıldan veya 20 yıldan fazla süremez. Mahkumiyet kararında, hükümlünün kendisine yüklenen yükümlülükler uymaması nedeniyle verebileceği maksimum hapis cezası süresini de belirlenir. Bu hapis cezası, suçun niteliğine göre

<sup>31</sup> BVerGE kn.1. Mücke kararı gegen Deutschland NR. 194359/04|17.12.2009

<sup>32</sup> Frey, Erwin; Das Verhaeltnis von Strafe und Massnahmen, Sch.ZStr, Band 66, 1951, s. 317, Dreher, Eduard; Die Vereinheitlichung von Strafen und Sichernden Maßregeln, ZStW, Band 65, 1953, s. 489.

<sup>33</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 20.

iki yılı veya beş yılı geçemez. 131-36-7. maddeye göre, basit suçlarda bu yaptırım asıl ceza olarak da hükmedilebilir.<sup>34</sup>

## 2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Görüşü (Mücke Kararı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17.12.2009 tarihinde, Alman Ceza Kanununun 66. paragrafında düzenlenen tecrit kurumuna gönderme tedbirinin düzenleniş itibarıyla Sözleşmenin 5/1 ve 7/1. fıkralarını ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>35</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı verirken Berlin Tegel'de bulunan tecrit kurumuna yapılan ziyaretleri göz önünde bulundurmuş ve tedbirin infazının nasıl gerçekleştiğini gözlemlemiştir. Mahkemeye göre,<sup>36</sup> aynı yaptırım Sözleşmeye taraf bazı devletlerde ek ceza, diğer bazı devletlerde ise güvenlik tedbiri olarak sınıflandırılabilir. Örneğin cezaevinden çıktıktan sonra hükümlünün gözetim altında tutulması Fransız Ceza Kanunu'nun 131-36-1 maddesi uyarınca ek ceza olarak kabul edilmişken, aynı yaptırım İtalyan Ceza Kanunu'nun 215 ve 228 maddelerinde güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir.

Kararda, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Almanya ziyareti sırasında çeşitli eyalet yetkililerinin, hakimler ve tıbbi uzmanlarla tecrit kurumuna gönderme tedbirini tartıştıkları belirtilerek, hakimlerin ve hekimlerin, potansiyel olarak ciddi bir suç işleyebilecek kişinin serbest bırakılmasına karar verirken toplumsal baskı ile karşılaştıklarının tespit edildiği belirtilmiştir. Buna karşın bir kişinin gerçekten tekrar suç işleyip işlemeyeceğini %100 veya kesin olarak tahmin etmenin imkansız olduğunu, suçlunun tecrit kurumu dışında karşılaşacağı tüm koşulları önceden öngörmenin zor olduğunu belirtmişlerdir.<sup>37</sup>

İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Avrupa Komitesinin 20 Kasım - 2 Aralık 2005 tarihleri arasında Tegel cezaevinde yaptıkları incelemelerde tecrit kurumunda özellikle yaşam koşulların yüksek ya da çok yüksek bir standartta olduğunu, iyi donatılmış ve tek kişinin kalabileceği alanlar, aydınlık ve nispeten temiz ortak alanlar, sıcak içecek ve ufak tefek yemeklerin hazırlanabileceği küçük bir mutfak ve çamaşırların yıkanıp, kurutulup ütülenebileceği bir alan bulunduğunu gözlemlenmiştir.<sup>38</sup> Prensipte olarak, tecrit kurumuna gönderilenlerin sıradan mahkumlarla çalışma, mesleki eğitim gibi konularda aynı imkanlara sahip olduğu, ancak buna ek olarak, tecrit kurumuna gönderilenlerin, ilgili mevzuata uygun olarak bir dizi ayrıcalıktan

<sup>34</sup> 01.03.1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 01.06.1999 tarihli Almanca metni için bkz., <https://www.bijus.eu/?p=10720>, erişim tarihi (07.09.2020).

<sup>35</sup> M/Deutschland, 19359/04. Karar, Alman kaynaklarında M. Kararı olarak kullanılırken, Türkçe kaynaklardan bunun Mücke/Almanya kararı olduğu anlaşılmaktadır

<sup>36</sup> Mücke kararı kn. 74.

<sup>37</sup> Mücke kararı kn. 203.

<sup>38</sup> Mücke kararı kn. 94.

yararlandıkları, özellikle, hücre/oda kapıları gün boyunca açık olduğu ve tecrit kurumuna gönderilenlerin ek ziyaret saatleri (ayda bir saat yerine iki saat), açık hava egzersizi (iş günlerinde bir saat yerine dört saat), dışardan paket kabul edebilmeleri (yılda üç yerine altı) ve cep harçlığı (iş yoksa) verildiği belirtilmiştir. Ayrıca tecrit kurumuna gönderilenler telefonlarını süre sınırlaması olmaksızın kullanabilmektedir.<sup>39</sup>

Yapılan incelemelerde tecrit kurumuna gönderilenlere en azından teoride, hükümlülere nazaran daha olumlu bir özgürlük kısıtlaması koşulları sunulduğu, ancak tecrit kurumuna gönderilenlerin tümünün bu fırsatlardan tam olarak yararlanmadıkları gözlemlenmiştir. Çünkü sağlık personeline göre, kuruma gönderilenlerin çoğunun çoklu kişilik bozukluğu bulunmamaktaydı. Tecrit kurumundakilerin büyük çoğunluğunda motivasyon kaybı vardı, sadece ikisi açık hava alanındaydı, üçü tam zamanlı ve biri de kısmi zamanlı çalışmaktaydı. Tecrit kurumunda bulunanların oniki tanesi çalışma teklifini reddetmişlerdi. Sonuç olarak, tecrit kurumundakilerin çoğu zamanlarını televizyon ya da video oyunları oynayarak, hücrelerinde yalnız geçirmekte idiler. Tecrit kurumundakilerden günlük yaşamlarının sorumluluğunu üstlenen ve onunla başa çıkabilenlerinin bile, belli bir amaçları olmadan faaliyette buldukları, eğlenceli zaman geçirmek şeklinde bir strateji izledikleri gözlemlenmiştir. Süresiz tecrit kurumuna kapatmanın bu sonucu doğurmasının olağan, beklenen bir sonuç olduğu, çünkü kurumdakilerle yapılan konuşmalarda birkaç tanesinin asla serbest bırakılmayacaklarına inandıklarını açıkça belirttiğini ve bir tanesinin de sadece ölüme hazırlanabileceğini söylediği belirtilmiştir.<sup>40</sup>

Tecrit kurumu yöneticileri ise, kurum personelinin, kişiyi kurumdan çıkarmak amaçlı özel tedavi yöntemleri uyguladığını, uygulanan bu özel metotlarda asıl amacın, toplumsal tehlikeliliği asgariye indirmek ve uzun süreli özgürlük kısıtlamasının fiziksel ve psikolojik etkilerini bertaraf etmek olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, incelemeyi yapan heyet, pratikte, bu bölümde uzman personelin (sosyal hizmet uzmanı dahil) genellikle bulunmadığını, böylece uzman personel ve kurumdakiler arasındaki temasın asgari düzeyde olduğunu gözlemledikleri belirtilmiştir.<sup>41</sup>

İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Avrupa Komitesi, tecrit kurumuna gönderilenlere sorumluluk vermek ve belirli bir miktar bağımsızlık tanımının, kurum personelinin bu kişileri kendi haline bırakması gerektiği anlamına gelmeyeceğini, bakım görevinin, özellikle bu kadar özel bir hükümlü grubunda göz ardı edilemeyeceğini, kurum personelinin bu kişilerle nasıl çalışacağını bilmediğini tespit etmişlerdir. Heyet, kurumdakilerin kendi yaşamlarının sorumluluğunu üstlenmeleri için yetki verme ihtiyacına ek olarak, süresiz özgürlük kısıtlamasıyla

---

<sup>39</sup> Mücke kararı kn.95.

<sup>40</sup> Mücke kararı kn. 96.

<sup>41</sup> Mücke kararı, kn 97.

başa çıkmada sürekli destek verilmesi gerektiğini ve aynı zamanda olumsuz davranışlar ve bariz zihinsel problemlerle belirginleşmiş ciddi geçmişlerinin etkilerinin incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Heyet psikolojik bakım ve desteğin son derece yetersiz görüldüğünü, bu açığı gidermek için derhal harekete geçilmesini önermiştir.<sup>42</sup>

Heyet, tecrit kurumundaki kişiler için insancıl ve tutarlı bir tedavi stratejisinin nasıl uygulanabileceğinin üst düzeyde ve aciliyetle ele alınması gerektiğini, bu hükümlü grubuyla çalışmanın kurum personelinin karşılaştığı zorluklardan en önemlilerinden biri olduğunu belirtmiştir. Heyet ayrıca Alman makamlarına, yukarıdaki yorumlar ışığında, Tegel hapishanesinde ve tecrit kurumunun bulunduğu diğer Alman cezaevlerinde tecrit kurumu tedbirine ilişkin infazın, uygulamanın derhal gözden geçirilmesini önermiştir.<sup>43</sup>

Avupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruçunun tecrit kurumunda bulunmasının İHAS 5/1. fıkra kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiştir.<sup>44</sup> AİHM'e göre, ulusal hukuk, keyfiligi önlemek açısından belli bir standartta ve öngörülebilir olmalıdır. Başvuruçunun, suç işlediği anda, işlediği suçun sınırsız bir süre özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olabileceğini öngörüp öngöremeyeceği konusunda ciddi şüpheler vardır. AİHM özellikle, tecrit kurumundaki kişinin, suç işledikten sonra değişen mevzuatın ve bu değişikliğin derhal uygulanacağını öngöreceği konusunda şüphe bulunduğunu, ve yukarıdaki bulgular göz önüne alındığında, başvurunun on yıllık sürenin ötesinde özgürlüğünün kısıtlanmasının İHAS 5/1 fıkranın hiçbir bendine göre hukuka uygun olamayacağını, sonuç olarak, Sözleşmenin 5/1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>45</sup>

Alman Hükümetinin görüşüne göre, tecrit kurumundaki infaz ile cezaevindeki infaz hem yasal bakımdan (Alman İnfaz Kanunu 129bis-135. paragraflar) hem de uygulama bakımından farklıdır. Ayrıca eyaletlerde tecrit kurumundakilerin tedavisi için gerekli geniş ekipman ve personel noksanlığı söz konusu değildir. Bununla birlikte, Almanya'da tecrit kurumuna alınan tüm kişilerin için merkezi bir kurum oluşturulmadığından, bu kurumda kalan kişilerin rehabilitasyonunda yararlı olacak yakınlarının veya diğer kişilerin arzu edilen ziyaretleri gerçekleştirmeleri zor olmaktadır. Bu nedenle, tecrit kurumuna gönderilen kişiler cezaevlerinde ayrı bölümlere yerleştirilmektedir. Ayrıca, tecrit kurumundakiler mahkumlarla karşılaştırıldığında, bazı ayrıcalıkları vardı: kendi kıyafetlerini giyme ve ayda en az iki saat ziyaretçi kabul etme hakları vardır. Ayrıca daha fazla harçlık ve kurum dışından daha fazla paket alma hakkına sahiplerdir. Buna ek olarak,

---

<sup>42</sup> Mücke kararı, kn. 99.

<sup>43</sup> Mücke kararı kn. 100.

<sup>44</sup> Mücke kararı, kn. 96.

<sup>45</sup> Mücke kararı, kn.104.

istediği takdirde, gün boyunca kapalı olmayan, kişisel zevkine göre döşeyeceği kendi özel odaya/hücreye sahip olabilir. Hükümet, özellikle başvurucunun kuruma alınmasıyla ilgili olarak, daha fazla tedavi tedbiri uygulanmayacağını, çünkü ilgili psikologun tedavisinin tamamlandığı görüşünde olduğunu belirtmiştir. Başvurucu isterse her gün kurumdaki sosyal hizmet uzmanı ile ve kurumdaki psikolog ile görüşebileceğini, her ondört günde bir tartışma grubuna katılabileceğini ve psikiyatristin tavsiyesi etmesi halinde başvurucu infazın yumuşatılmasına ilişkin imkanlardan yararlanabileceğini belirtmiştir.<sup>46</sup>

Hükümet, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin sadece ağırlığı ve süresinin, İHAS 7/1. fıkra anlamında "ceza" olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığını belirtmiştir. Yetkili mahkemelerin tespitine göre, başvurucunun, cezaevinde hangi suçu işlediği veya suç işleyip işlemediğinden bağımsız olarak toplumsal tehlikeliliği mevcuttur. Hükümet ayrıca, AİHM'nin Kafkari davasında, hükmedilen cezayı değil de, sadece cezanın infaz süresinin değiştirilmiş olması halinde 7/1. fıkrayı ihlal etmediği yönünde karar verdiğini, bu hususun da ceza olmayıp, bir güvenlik tedbiri olan tecrit kurumuna gönderme tedbirinde öncelikle geçerli olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>47</sup>

AİHM'e göre, İHAS 7. maddedeki "ceza" kavramı otonom bir kavramdır.<sup>48</sup> Bir yaptırımın İHAS 7. madde tarafından sağlanan korumadan yararlanabilmesi için, sadece dış görüşüne bakılmaz, AİHM belirli bir güvenlik tedbirinin, 7. madde anlamında bir "ceza" olup olmadığına dair kendi değerlendirmesini de yapmakta özgür olmalıdır. AİHS 7/1-2. cümlesinin lafzından, bir yaptırımın ceza mı tedbir mi olduğu denetlenirken bu yaptırımın hükedilmesinin bir suçtan mahkumiyete bağlı olup olmadığı esas alınır. Diğer önemli faktörler, iç hukuk uyarınca tedbirin karakteri, amacı, niteliği ve tedbirin ağırlığıdır. Bununla birlikte, tedbirin ağırlığı tek başına belirleyici değildir, çünkü ilgili kişi üzerinde önemli etkiler bırakan tedbirler de vardır.

AİHM'si tecrit kurumuna gönderme tedbirinin Alman Ceza Kanununda nitelendirildiği gibi bir güvenlik tedbiri mi, yoksa ceza mı olduğunu tartışmıştır. AİHM'si Marburg Mahkemesinin, başvurucunun kasten öldürmeye ve yağma suçlarına teşebbüs sebebiyle mahkumiyetin ardından 1986'da tecrit kurumuna gönderilmesine karar verildiğini, İHAS 7. maddedeki "ceza" kavramının kendi kapsamı içinde özerk olduğunu; bu nedenle, belirli bir tedbirin ulusal kanuna göre sınıflandırılmasına bağlı olmaksızın ceza olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağına kendisinin karar vereceğini belirtmiştir.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Mücke kararı, kn.114.

<sup>47</sup> Mücke kararı, kn.115.

<sup>48</sup> Mücke kararı, kn.120.

<sup>49</sup> Mücke kararı, kn. 124,

AIHM, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin özgürlüğü bağlayıcı ceza ile bağlantılı bir özgürlük kısıtlaması olduğunu tespit etmiş, buna ek olarak, Almanya'daki tecrit kurumunda yaşamın normal cezaevi yaşamı ile uygulamada açıkça farklılaştırılmadığını, cezaevlerinde tecrit kurumu olarak kullanılan ayrı bölümler olsa da, tecrit kurumuna gönderilenlerin yine cezaevlerine yerleştirildiğinin tespit edildiğini, cezaevi sisteminde, kendi kıyafetlerini giyme ve odalarını/hücrelerini dilediği gibi düzenleme hakkı gibi ayrıcalıklar da dahil olmak üzere, hükümlülere kıyasla bu küçük değişiklikler, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazı ile hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı arasında önemli bir fark olmadığı gerçeğini gizleyemeyeceğini, Alman İnfaz Kanunu'nda tecrit kurumuna gönderme tedbirine ilişkin birkaç özel hüküm olsa da, özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazına ilişkin diğer hükümlerin tecrit kurumundaki infaz için de geçerli olduğunu tespit etmiştir.<sup>50</sup>

Buna ek olarak, AIHM'si, hükümetin tecrit kurumuna gönderme tedbirinin tamamen önleyici bir amaca hizmet ettiği, cezalandırma amacının olmadığı yönündeki iddiasını, kabul etmemiştir. AIHM'si, Alman Ceza Kanunu'nun 66. paragrafı uyarınca, tecrit kurumuna gönderme tedbiri belli ağırlıktaki suçlardan defalarca mahkum edilen kişiler hakkında hükmedilebileceğinden, uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza ile mahkum olanlardan farklı olarak, tecrit kurumuna gönderilen kişilerin tehlikeliliğini ortadan kaldırarak onları korumaya yönelik özel araç, önlem veya tesis bulunmadığını tespit etmiştir.<sup>51</sup> Mahkeme buna ek olarak, Alman İnfaz Kanununun 2 ve 129. maddelerine göre, hem özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazının hem de tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazının amacının, toplumun korunması ve özgürlüğü kısıtlanan kişiye toplumda yaşama kabiliyetinin kazandırılması olduğunu belirtmiştir. Cezanın amacının esas olarak cezalandırma olduğu, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacının ise esas olarak önleme olduğu, ancak her iki yaptırımın amaçlarının kısmen örtüştüğü, tecrit kurumuna gönderme tedbiri sınırsız süresi nedeniyle, ilgili kişi tarafından işlediği suç için ek bir ceza olarak algılanabileceği ve bir caydırıcılık unsuru içerdiği, önleme amacının da cezai bir amaç ile uyumlu olabileceği ve tam olarak ceza kavramının kurucu bir unsuru olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.<sup>52</sup>

AIHM'si sonuçta, Alman Ceza Kanununda düzenlenen tecrit kurumuna gönderme tedbirinin AIHS'nin 7/1 fıkrası anlamında bir "ceza" olduğu ve Alman Ceza Kanunundaki düzenlemenin belirtilen fıkrayı ihlal ettiği sonucuna varmıştır.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Mücke kararı, kn. 127.

<sup>51</sup> Mücke kararı, kn. 128.

<sup>52</sup> Mücke kararı, kn. 130-131.

<sup>53</sup> Mücke kararı, kn. 133, 137.

### 3. Alman Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Alman Anayasa Mahkemesi 04.05.2011 tarihli kararında, o günkü düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ettikten sonra, AIHM in 17.12.2009 tarihli Mücke kararını göz önüne alarak, yasama organı tarafından yapılacak düzenlemede hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğini şu şekilde tespit etmiştir.<sup>54</sup> *“Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, daha hafif tedbirlerin toplumun güvenliğini sağlamakta yeterli olmadığı durumda, son çare (ultima ratio) olarak hükmedilebilmelidir. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin yasal koşulları düzenlenirken hakim olan ultima-ratio ilkesine, tedbire hükmedilirken de uyulmalıdır. Cezanın infazından sonra tecrit kurumuna gönderme tedbiri de söz konusu ise, hükümlünün cezasının infazı sırasında toplumsal tehlikeliliğini bertaraf etmek için gereken tüm imkanların kullanılmış gerekir. Özellikle, sonuç olumlu olsa bile genellikle birkaç yıl süren gerekli psikiyatrik, psikoterapik veya sosyo-terapik tedavilerin zamanında başlaması, gerekli yoğunlukta yapılması ve mümkünse cezanın infazının tamamlanmasından önce tamamlanması sağlanmalıdır. Ayrıca en geç tecrit kurumu tedbirinin infazının başlangıcında, kapsamlı, modern, bilimsel bir muayene derhal yapılmalıdır. Tecrit kurumuna gönderilen kişinin tehlikesini belirleyen bireysel faktörler ayrıntılı olarak analiz edilmelidir. Bu temelde, kurumuna gönderilenin tehlikeliliğini azaltmak için koruyucu faktörleri güçlendirerek mevcut risk faktörlerinin hangi önlemlerle asgariye indirilebileceğini veya telafi edilip edilemeyeceğini ve eğer öyleyse hangi önlemlerle telafi edilebileceğini ayrıntılı olarak gösteren bir infaz planı hazırlanmalı ve böylece tahliye yolunda ilerleme sağlanmalıdır. Bu suretle hükümlü için özgürlüğün yeniden kazanılmasına gerçekçi bir bakış açısı açılacaktır. Mesleki eğitim ve meslekte uzmanlık eğitim önlemleri, psikiyatrik, psiko veya sosyo-terapötik tedavilerin yanı sıra mali ve ailevi koşulları düzenlemek ve uygun bir sosyal kabul alanı hazırlayacak tedbirler dikkate alınmalıdır. Infaz planı/rejimi, ilgilinin gelişimine göre sürekli olarak güncellenmeli ve yeni koşullara uyarlanmalıdır. Planlanan tedbirler hızlı ve tutarlı bir şekilde uygulanmalıdır. Tüm bunlar, disiplinlerarası uzmanlardan oluşan bir ekip tarafından ilgili ile bireysel ve yoğun ilgiyi gerektirir”.*

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi ceza ve güvenlik tedbirlerinin meşruiyetinin farklı temellere dayandığını, tecrit kurumuna gönderme tedbirinde özgürlük hakkına müdahalenin orantılı olabilmesi için, çok sıkı koşullara ve hakim kararına bağlanması gerektiğini, orantılılık ilkesinin gereklerinin gerçekleştiğinden söz edebilmek için “hareket özgürlüğünü kısıtlama dışında” başka yükler getirmemesi gerektiğini, infazın da ise özgürlüğe yönelik ve terapi içerikli olması yanında cezanın infazından açıkça farklılaştırılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> BVerGE, kn. 111-113.

<sup>55</sup> BVerGE, kn. 97.



Yüksek Mahkemene göre,<sup>56</sup> hapis cezası ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazlarının amacı arasındaki farklılık ve meşruiyetlerinin temelleri arasındaki farklılık esasen iki noktada ortaya çıkar:

Bunlardan ilki, tedbirin uygulanması, yalnızca üstün gelen menfaat ilkesine dayanılarak gerekçelendirildiğinden, toplumun güvenlik menfaatinin, hakkında tedbir uygulanan kişinin özgürlük hakkından üstün olmadığı durumda, tedbirin infazına derhal son verilmelidir. Devlet tehlikeli suçluları kuruma gönderdiğinde, bunların tehlikeliliklerini ortadan kaldırmak için en baştan itibaren, buna uygun koşulları sağlamakla yükümlüdür.<sup>57</sup>

Bu bakımdan, infaz rejimi, infaz kurumundaki yaşam sadece ilgilinin tehlikeliliğini azaltmak için zorunlu olan kısıtlamalara izin verecek şekilde düzenlenmelidir. Anayasa'da düzenlenmiş olan kendi kaderini tayin hakkına sahip bir kişiye yönelik sosyalleştirme gerekliliği, hapis cezalarının infazı ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazı bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Ancak her iki yaptırım türü bakımından, sosyalleştirme ihtiyacının aynı olması, cezanın infazı ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazının amaçlarının farklı olması gerçeğini değiştirmez. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infaz rejimi, özgürlüğü yeniden kazanma perspektifi bakış açısıyla tasarlanmalıdır.<sup>58</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazında da farklı düzenlemeler yapılması gerektiğini; tecrit kurumunda infaz rejiminin tasarımında, bunun özel önleme niteliği hesaba katılarak normal cezaevi infaz sisteminden açık bir farklılık göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu farklılık gereği güvenlik tedbirinin infazındaki yaşam, güvenlik kayguları bertaraf edilmeli ve genel yaşam koşullarına uygun bir infaz olmalı, cezaevlerinden farklı özel binalarda veya bölümlerde konaklamayı gerektirse de, cezaevlerinden tam bir mekansal ayırım olması da gerekli değildir.<sup>59</sup>

Ayrıca tedbirin infazı sırasında, infaza devam edilip edilmeyeceği yılda en az bir kez mahkeme tarafından denetlenmelidir. İnfaz makâmı, yetkili ceza infaz dairesine düzenli ilerleme raporları sunmalıdır. Tedbirin infazına son verilebileceğine dair belirtiler varsa, derhal ayrı bir inceleme yapılmalıdır. Mahkemeler tarafından yapılan daha sıkı denetimin gereği, tedbirin tamamen önleyici amaçla uygulanıyor olmasıdır. İnfaz süresi uzadıkça tedbirin infazına devam edilip edilmeyeceğine ilişkin denetimler kontroller daha da sık yapılmalıdır.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> BVerGE, kn. 106.

<sup>57</sup> BVerGE, kn. 107.

<sup>58</sup> BVerGE, kn. 108.

<sup>59</sup> BVerGE, kn. 115.

<sup>60</sup> BVerGE, kn.118.

## **F. Alman Hukukunda Tedbire Hükmedilmesinin Koşulları**

Alman Ceza Kanunundaki düzenlemede tecrit kurumuna gönderme tedbirine üç farklı halde hükmedilebileceği kabul edilmiştir. İlk olarak Alman Ceza Kanunu'nun 66. paragrafında düzenlenen ve fail hakkında mahkumiyet kararı verilmesine bağlı olan temel şekli, ikinci olarak 66a paragrafında düzenlenen tecrit kurumu gönderme tedbirinin saklı tutulması ve tedbire sonradan hükmedilmesi ve üçüncü olarak 66b paragrafında düzenlenen yüksek güvenlikli sağlık kurumuna gönderme tedbirinin infazından sonra hükmedilen şekli.<sup>61</sup>

### **1. Fail Mahkum Edilirken Mahkumiyetle Bağlantılı Olarak, Tecrit Kurumuna Hükmedilmesi (Alman Ck §66)**

Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin geleneksel şekli, yani 1969 yılından bu yana uygulanan şekilde tedbire iki halde hükmolunur: İlki haklarında birden fazla mahkumiyet hükmü olan failler (66/1), ikincisi tedbirin hükmedildiği ana kadar haklarında mahkumiyet hükmü olmayan ancak birden fazla ağır suç işlemiş olan failler (66/2 ve 3). Failin cinsel suç veya diğer tehlikeli suçlardan mahkum edilmiş olması, halinde 3. fıkra da tedbire hükmedilmesinin koşulları hafifletilmiştir.

66/1. fıkranın koşulları gerçekleştiğinde tedbire hükmedilmesi zorunlu iken, 66/2 ve 3. fıkralar ile 66a ve 66b paragrafları uyarınca tedbire hükmedilmesi hakimın takdirine bağlıdır.

Burada örnek olması bakımından sadece 66/1. fıkra uyarınca tedbire hükmedilebilmesinin koşulları kısaca incelenecektir.

### **2. Alman Ck § 66/1 Uyarınca Hükmedilmesinin Koşulları**

#### **a. Şekli Koşullar**

##### **aa. Tedbir uygulanmasına vesile olan mahkumiyet:**

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, ultıma ratio karakteri sebebiyle, çok kısıtlı bir suç grubuna dahil suçları işleyen kişiler hakkında gündeme gelebilir. 01.01.2011 tarihli Kanun değişikliğinden sonra 1. fıkra uyarınca işlenen her kasıtlı suç tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesi için yeterli olmaz. Suçun ya önemli kişisel değerlere (66/1-a) (örneğin yaşam, beden bütünlüğü, kişisel özgürlük ve cinsel özgürlük) veya başka ağır bir suç (66/1-b) olması gerekir. Kanun koyucu 66/1-b bendinde bu kapsama giren ağır suçları şu şekilde somutlaştırarak saymıştır: Alman Ceza Kanununun 1. Bölüm (Barışa İhanet, Vatana İhanet ve Demokratik Hukuk Devletini Tehlikeye

<sup>61</sup> Meier, s. 349.

Düşürme), 7. Bölüm (Kamu Düzenine Karşı Suçlar), 20. Bölüm (Yağma ve Şantaj) ve 28. Bölüm (Toplum İçin Genel Tehlika Yaratan Suçlar) veya Uyuşturucu Maddeler Kanunu veya Uluslararası Ceza Kanununda düzenlenen suçlar. 66/1-b bendinde sayılan suçlardan dolayı tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilebilmesi için söz konusu suç için azami 10 yıl hapis cezası öngörülmüş olmalıdır (66/I-1-b). Örneğin şantaj suçunun niteliki hali (Alman CK prg. 253/4) tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesi için yeterli değilken, yağma yoluyla şantaj suçu (Alm. CK § 255) söz konusu olduğunda tedbire hükmedilir.<sup>62</sup>

Buna karşın 66/I-1-c bendinde belirli fail gruplarını kapsayan iki durum vardır. İlki hakkında, 66. paragrafın 1. fıkra 1. bent, a ve b alt bentlerinde sayılan suçlardan dolayı denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişinin, talimatlara uymaması ve talimatlara uymaması halinin, denetimli serbestlik tedbirinin amacını tehlikeye düşürmesi ve bunun da Alman Ceza Kanunu'nun 145a paragrafındaki suçu oluşturması veya a ve b bentlerinde belirtilen fiilin sarhoş bir halde işlenip de 323a paragrafındaki suçu oluşturması hali. Bu hallerin, doğrudan tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesini sağlayan, dolaylı bir tehlikelilik durumunu kapsadığı için, güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesinin düzenlendiği 62. paragraf karşısında tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir.<sup>63</sup>

Tedbire hükmedilebilmesi için failin yukarıda belirtilen kasti suçlardan dolayı asgari iki yıl hapis cezası ile cezalandırılmış olması gerekir. Failin bu suçlardan dolayı müebbed hapis cezası ile cezalandırılması halinde de, (2002 değişikliğinden sonra) tedbire hükmedilebileceği kabul edilmektedir.<sup>64</sup> Aslında 2002 değişikliğine ihtiyaç olmadan da tedbire hükmedilebileceği, çünkü müebbed hapis cezasına hükmedilmesi halinde de, toplumun güvenlik ihtiyacının halen devam ettiği kanaati uyanırsa, 57a/1 paragraf uyarınca erteleme kararı verilmeyebileceği belirtilmektedir.<sup>65</sup> Fail tecrit kurumuna gönderme tedbirine vesile olan fiille birlikte başka fiil de işlemişse, her bir suçtan dolayı hükmedilen cezanın asgari iki yıl hapis cezası olması gerekir.

### **bb. Önceki Suça İlişkin Koşul**

Fail, daha önceden Alman Ceza Kanunu'nun 66/I-1. bendin de belirtilen kasıtlı suçlardan dolayı iki kez asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmış olmalıdır (§ 66/I,1, Nr. 2). Bu faillerin ağır suçları işleme eğilimi olması gerektiğinden, hafif ve orta derecedeki suçları işleme eğiliminin varlığı halinde tedbire hükmedilemeyeceğinden, tek tek hükmedilen cezaların yüksekliği göz önüne alınır. Diğer bir ifade ile

---

<sup>62</sup> Meier, s. 350.

<sup>63</sup> Meier, s. 350.

<sup>64</sup> S/S-Kinzig, § 66, kn. 10.

<sup>65</sup> Meier, s. 351.

hükmedilen her bir hapis cezası asgari bir yıl hapis cezası olmalıdır. Önceki suçtan dolayı hükmedilen cezanın, gençlik cezası olması halinde de tedbire hükmedilebilir. Önceki mahkumiyet, birbirinden bağımsız ayrı mahkumiyetler olmalıdır.<sup>66</sup>

### cc. İnfaz Koşulu

Fail hakkında, işlediği önceki suçlardan en azından birinden dolayı, tecrit kurum gönderme tedbirinin uygulanmasına sebep olan suç işlenmeden önce, asgari iki yıl hapis cezası veya özgürlüğü bağlayıcı bir güvenlik tedbiri infaz edilmiş olmalıdır (Alman CK. § 66/I-1-3). Görüleceği üzere tecrit kurumuna göndermenin koşulları bir kez daha kısıtlanmıştır ve öyle failer vardır ki ceza veya güvenlik tedbiri infazında uzun süre bulunmasına rağmen yeni suç işlemiş ve böylece infaz kurumundaki sosyalleştirme çabalarının boşa çıktığı anlaşılmıştır. Asgari iki yıl infazın gerçekleşmiş olması koşulu tedbirin ultima ratio karakterini güçlendirmektedir. Alman CK § 66/I, 1, 3 anlamında, failin tutuklu kalması veya başka nedenlerle özgürlüğünün kısıtlanması ve bunun hapis cezasından mahsup edilmesi (Alman CK § 51) halinde de infaz koşulu gerçekleşmiş sayılır.<sup>67</sup>

### b. Maddi Koşullar (Ağır Suç İşleme Eğilimi ve Tehlikelilik)

Maddi koşul olarak, failin ve fiilinin genel değerlendirmesi, toplum için tehlikeli ağır suçlar işleme eğilimi (tutkusu) ve toplum bakımından tehlikeli olduğu sonucunu çıkarması gerekir (Alman CK § 66/I, 1, 4). Maddi koşulun iki unsuru vardır: bütün güvenlik tedbirleri hukukunda belirleyici olan gelecekteki suçluluk konusundaki prognoz, (toplum için tehlikelilik) ve ağır suçlar işleme eğilimi kavramı.

Suç işleme eğilimi ile toplum bakımından tehlikeli olmak koşulları birbirinden farklıdır. “Suç işleme eğilimi” kavramının nasıl sınırlandırılacağı, diğer fail gruplarından nasıl ayırdedileceği konusu açık değildir. Suç işleme eğilimi, hükümlünün kişiliğinin ve işlediği suçun değerlendirilmesiyle ortaya çıkarılır. Suç işleme eğilimi tespit edilirken diğer kriminolojik faktörler yanında, önceki sabıka kaydı ve işlediği suçlar göz önünde bulundurulur.<sup>68</sup>

### aa. Suç İşleme Eğilimi

Suç işleme eğilimi aslında hükümlünün iç dünyasına ilişkin bir husus olup, her an suç işlemeye hazır olmak, fırsatını bulduğunda suç işlemek, suç işlemek için sebep aramamak gibi hususlarla ortaya çıkar.

<sup>66</sup> BGHSt, 30, 220 222vd. <https://research.wolterskluwer-online.de/document/28b61819-1284-4120-9364-df4d758268b2>. (erişim tarihi 07.10.2020)

<sup>67</sup> S/S-Kinzig, § 66, kn. 21.; Meier, s. 352.

<sup>68</sup> S/S-Kinzig, § 66, kn. 27.

Bu kişilik yapısının pratiğe dayalı olarak hukuk kurallarını ihlal etme karakteri vardır.<sup>69</sup>

Suç işleme eğilimi kavramını, “hukuku ihlal etme eğilimi” ile aynı tutmak doğru değildir. Failin iradesinin zayıf olması, suç işlemeye karşı direnememesi suç eğiliminin göstergeleri olarak kabul edilmektedir.<sup>70</sup>

Failin suç işleme eğiliminin varlığı, karakterinden, suçu işleme biçiminden ve sosyal ilişkilerinden anlaşılabilir.<sup>71</sup> Failin yetiştiği ailenin sosyal ve psikik durumu, hayat standartı, ekonomik durumu, okuldaki davranışları, ailesinde alkol bağımlısı, sabıkalı birinin olup olmadığı ve bunun failin kişiliğine etkisi, suç işleme eğilimi konusunda karar verecek uzmanlar tarafından titizlikle incelenmelidir.<sup>72</sup> Failin kişilik özelliklerinin de suç işleme eğiliminin varlığı konusunda etkili olduğu, kararsız bir kişilik yapısının varlığı, normal insanlar kadar duyarlı olmaması gibi hususların da, suç işleme eğiliminin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği önceleri kabul edilmekte iken,<sup>73</sup> artık bu hususların bir kriter olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>74</sup> Bunun dışında kişilik bozuklukları, empati yeteneğinin noksanlığı, irade zayıflığı, agresif davranışlar da suç işleme eğiliminin tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır. Bunlar gibi failin iş meslek yaşantısı, arkadaş çevresi, boş zamanlarını değerlendirme biçimi, suç işlemeye başladığı yaş ve işlenen suçların sıklığı, suç işleme eğiliminin tespitinde önemlidir.<sup>75</sup>

Suç işleme eğiliminin tespitinde failin o ana kadar sosyal (toplumsal) davranışları ve suç kariyerinin gelişimi etkilidir. Önceki suç, tedbir uygulanmasına vesile olan suç ve failin gelecekte işleyeceği düşünülen suç arasında semptomatik bir bağlantı tespit edilmiş olmalıdır. Failin gelecekte işleyeceği suçlar yönünden toplum bakımından tehlikeli olduğu kabul edilmelidir. Bu tehlikelilik hüküm zamanında olmalıdır. Tüm bu koşullar gerçekleştiğinde tecrit tedbirine hükmetmek zorunludur.<sup>76</sup>

## **bb.Toplum Açısından Tehlikelilik**

Suç işleme eğilimi/tutukusu sonucu ağır suçlar işleyeceği kuvvetle tahmin edilen kişi, toplum için tehlikelidir. Tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilebilmesi için, kişinin ağır suçlar işleyeceğine dair

<sup>69</sup> S/S-Kinzig, § 66, kn. 26.

<sup>70</sup> BGHSt 24, 160 (161) aktaran Meier, 353.

<sup>71</sup> Jescheck, Hans-Heinrich; Lehrbuchs des Strafrecht AT, 4. Aufl., Berlin 1988, s. 736; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich; Strafrecht AT, 9. Aufl., Bielefeld 1985, s. 725.

<sup>72</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66, kn. 128.

<sup>73</sup> Bkz. Hanack, Ernst-Walter; in: LK, 11. Aufl., 1992, § 66, kn. 92,

<sup>74</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129.

<sup>75</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129. Van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129-130.

<sup>76</sup> Meier s. 353, 355.

basit bir tahmin yeterli değildir. Hükümlünün suç işleme eğilimi sonucu bu nitelikteki suçları işleyebileceği konusunda ciddi bir endişe olmalı ve suç işleme eğilimi ile bu suçlar arasında bağlantı olmalıdır.<sup>77</sup>

Hükümlünün toplum için değil, sadece belli bir kişi için tehlikeli olması durumunda tedbire hükümlü edilemeyeceği Alman öğretisinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,<sup>78</sup> bu halde tedbir hükmedilemez. Çünkü hükümlü ile muhtemel mağdur arasındaki ilişki değiştirildiğinde, tedbirin uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Örneğin sadece karısını öldüreceği için tehlikeli sayılan hükümlünün karısı ile arasındaki ilişki değiştirildiğinde artık karısı ve dolayısıyla toplum için tehlikeli olmayacağından tedbirin uygulanmasına da gerek kalmayacaktır.

Yargı kararlarında<sup>79</sup> da kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, hükümlü belli bir kişi için tehlikeli olsa dahi, toplum için tehlikeli sayılır ve tedbir uygulanmalıdır. Çünkü suçla korunan hukuki yararın kime ait olduğundan, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden bağımsız olarak, suçun önlenmesinde toplumsal yarar vardır.<sup>80</sup>

Hükümlünün gelecekte ağır suçlar işleyeceğine ilişkin tahmini davanın görüldüğü mahkeme kovuşturma evresinde yapar. Ancak mahkeme tahminde bulunurken, kişinin kovuşturma evresindeki halini göz önünde bulundurmalı, cezanın infazı sona ermeden önce tedbirin halen gerekli olup olmadığını tespit etmek amacıyla durumu bir kez daha gözden geçirmelidir.<sup>81</sup>

### G. Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Almanya'da Uygulanma Sıklığına İlişkin İstatistikler

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri ceza hukukunda başvurulması gereken son çare olduğundan Alman uygulaması da bu ilkeye uygun hareket etmiştir. Almanya'da yıllara göre bakıldığında; tecrit kurumunda 1999 yılında 227 kişi, 2000 yılında 251 kişi, 2001 yılında 277 kişi bulunmaktaydı. 2002 yılında 313, 2003 yılında 306, 2004 yılında 304, 2005 yılında 350, 2006 yılında ise da 375 kişi bulunmaktaydı. Almanya'da 2002 yılında cezaevinde bulunan toplam hükümlü sayısı 70977 idi. 4818 kişi akıl hastane tedbirinin infazında (Alman CK § 63), 2163 kişi 64. paragraf uyarınca göre bağımlılık tedavisi yapılan bir kuruma yerleştirilmişti. Sayılar toplandığında 2002 yılında Almanya'da özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin % 0.5 inin tecrit kurumunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. 2002 yılında yapılan araştırmaya göre

<sup>77</sup> Matt/Renzikowski/Eschelbach § 66, kn. 82.

<sup>78</sup> Hanack, in: LK, § 66, kn. 148.

<sup>79</sup> Kararlar için bkz. S/S-Kinzig, § 66, kn. 42.

<sup>80</sup> Meier, s. 321, 355.

<sup>81</sup> Lenckner, Theodor; Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, Berlin Heidelberg New York, 1972, dpn. 146; S/S-Kinzig, § 66 kn. 40.

Almanya’da tedbirin ortalama infaz süresi, eyaletlere göre iki yıl üç ay (Schleswig-Holstein) ile yedi yıl (Bayern) arasında değişmiştir.<sup>82</sup>

Son yıllardaki sayılara bakıldığında ise, 2010 yılında 524, 2011 yılında 487, 2012 yılında 445, 2013 yılında 475, 2014 yılında 498, 2015 yılında 521, 2016 yılında 524, 2017 yılında 549, 2018 yılında 553, 2019 yılında 581, 2020 yılında (31 Mart itibarıyla) 593 kişi bulunmaktadır.<sup>83</sup>

## Sonuç

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, toplumu korumak amacıyla, tehlikeli faillerin özgürlüklerinin işledikleri suçlar için öngörülen ceza süresinden daha uzun süre özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu tedbir özgürlük hakkı ve toplumun korunması noktası çok hassas bir dengeyi gerektirdiğinden, ancak şiddet içeren, tekerrür oranının yüksek olduğu ağır suçlar sebebiyle uygulanabilmeli ve tedbirin uygulanabilmesi için de kişinin toplumsal tehlikeliliğinin gerçekten ortaya çıkarılmış olması gerekmektedir. Bu gereğin doğal sonucu olarak tedbire hükmedilmesi sadece şekli koşulların gerçekleşmesine bağlanmamalı, kişideki suç işleme eğilimi ve tehlikeliliği gerçekten uzmanlarca araştırılmalı ve tespit edilmelidir.

Kişilere karşı suçlar dahil olmak üzere işlenen her suçun toplumsal düzeni bozduğu kabul edildiğinden, kişinin belli bir kişi açısından tehlikeli olması halinde de toplumsal tehlikeliliğin varlığı kabul edilmelidir. Günümüzde cinsel suçlarda ve kadına yönelik ağır şiddet eylemlerinde tekerrürü önleme bakımından tedbirin faydalı olacağı kanaatindeyim. Kadın cinayetlerinde, fail öldürme aşamasına gelene kadar şiddet içeren bir takım eylemlerde bulunmaktadır. Bu noktada müdahale edildiğinde cinayetler önlenebilecektir.

Tedbir, ölüm cezasına nazaran, ölüm cezasının sakıncalarını içermemektedir. Ancak sonuç olarak ölüm cezası ile ulaşılmak istenen, toplumun korunması amacına ulaşmaktadır. Bu nedenle günümüzde ölüm cezasının tartışılması yerine, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin tartışılması gerektiğini düşünmekteyim.

<sup>82</sup> Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66, kn. 13-14.

<sup>83</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75094/umfrage/strafgefangene-in-sicherungsverwahrung>.

## KAYNAKÇA

Allen, Claud, Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht, ZStW, Band 80, 1968, 163 vd.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2019.

Dreher, Eduard, Die Vereinheitlichung von Strafen und Sichernden Maßregeln, ZStW, Band 65, 1953.

Frey, Erwin, Das Verhältnis von Strafe und Maßnahmen, Sch.ZStr, Band 66, 1951.

Hellmer, Joachim, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, Berlin 1961.

Hanack, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 11. Auflage, Dritter Band vor § 61 - §67, De Gruyter Berlin 1992.

Horstkotte, Hartmuth, Die Vorschriften des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, Nr. 5/6.

Kögler, Matthias, Die Zeitliche unbesimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts, Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutschlands und den USA, Diss., Frankfurth am Main, Bern, New York, Paris 1988.

Lenckner, Theodor, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, Berlin Heidelberg New York, 1972.

Matt, Holger / Renzikowski / Joachim, Eschelbach Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013.

Mayer, Hellmuth, Behandlung zur Rezidivisten (gefährliche Gewohnheitsverbrecher) im deutschen Strafrecht, ZStW, Bd. 80, 1968.

Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage, Springer, 2015.

Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbileri, Ankara 1997.

Ruth Rissing-van Saan / Jens Peglau, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 12. Neu bearbeitete Auflage, Dritter Band § 56 bis §79b, De Gruyter Berlin 2008.

Schöch, Heinz, Sicherungsverwahrung im Übergang, in: [https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz\\_NK\\_12\\_02.pdf](https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz_NK_12_02.pdf)

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, (Kinzig) Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auf., München 2019.



Yenisey, Feridun / Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) , 2. Baskı, İstanbul 2015.

Yıldız, Mehmet Emre, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020.

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75094/umfrage/strafgef-angene-in-sicherungsverwahrung>.

[https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/\\_\\_\\_129.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/___129.html).

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504\\_2bvr236509.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html).

[https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_\\_\\_66c.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/___66c.html).

<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04-1.php>