



# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 07.11.2018

Kabul: 07.12.2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)

Yusuf Yaşar\*

Zafer İçer\*\*

Tarık T. Yazıcılar\*\*\*

### Öz

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, kullanımı sonucunda doğrudan sinir sistemine etki eden, bireyde fiziksel ve psikolojik bağımlılık meydana getirmek suretiyle bireyi ve içinde bulunduğu toplumu iktisadi, sosyal ve ahlaki açıdan tedavisi zor çöküntülere sürükleyen maddelerdir. Bu maddelerin mezkûr etkilerinin toplumun genel sağlığına karşı büyük bir tehdit oluşturması ise, bu konuda hukuki düzenlemeler oluşturulmasını gerektirmiştir. Neticede uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ceza hukukunun konusuna girmiş ve bu maddelere ilişkin çeşitli suçlar ihdas edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 190'ncü maddesinin 2'nci fıkrasında bu maddelerin kullanımının alenen özendirilmesi de suç sayılmış olup bu düzenleme ile öngörülen yaptırımların tatbiki, hukuk camiasında ve kamuoyunda genel sağlığın cezai korunumu ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bağlamında çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Bu çalışmada öncelikle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, ilgili kanun maddeleri ışığında incelenmiş, ardından ilgili anayasal hükümler, güncel mahkeme kararları ve mukayeseli hukuka ilişkin veriler gözetilerek mezkûr tartışmalar değerlendirilmiş, nihayetinde ise tüm bu düzenlemelerin tatbikinden doğan sorunlar tespit edilerek olası çözüm yolları önerilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler • Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme • Genel sağlık • Bilim ve sanat hürriyeti

### Crime of Inciting the Use of Narcotic or Psychotropic Substances

### Abstract

Narcotic and psychotropic substances are stuffs that direct affect on the nervous system; drag to user and all society into the economic, social and moral collapses that difficult to cure, by creating physical and psychological addiction. The fact that the effects of these substances contained a major threat to the public health and it required the establishment of legal regulations on this issue. Therefore, narcotic and psychotropic substances were entered the criminal law's theme and various criminal offences have been introduced about them. According to the Turkish Criminal Code No. 5237, Article 190/2; inciting the use of these substances is considered a crime and imposed sanctions on this crime type leads to some discussions about "penal protection of public health" and "fundamental rights and freedoms" in public and law communities. First, in this study "offence of inciting the use of narcotic or psychotropic substances" have been examined with framework of related law articles; then, mentioned above discussions were evaluated with related constitutional provisions, actual court decisions and informations about comparative law. Finally; substantive and procedural problems arising from the application of these rules were identified and possible solutions were proposed in this study.

### Keywords

Narcotic and psychotropic substances • Inciting the use of narcotic or psychotropic substances • Public health • Freedom of science and art

\* Yusuf Yaşar (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: yyasar@yahoo.com

\*\* Zafer İçer (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: zafericer@marmara.edu.tr

\*\*\* Sorumlu Yazar: Tarık T. Yazıcılar (Yüksek Lisans Öğrencisi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, İstanbul, Türkiye. Eposta: tarik yazıcılar@gmail.com

Atfı: Yaşar, Yusuf; İçer, Zafer; Yazıcılar, Tarık T., "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, 691–724. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0019>

### **Extended Summary**

Narcotic and psychotropic substances are natural or synthetic substances that produce drowsiness or stimulant effects in the user's central nervous system, which have intoxicating, enjoyment, passion and alertness, driving effects and creating a two-way dependency on the user as psychological and physical. The fact that the effects of these substances contained a major threat to the public health and it required the establishment of legal regulations on this issue. Therefore, narcotic and psychotropic substances were entered the criminal law's theme and various criminal offenses have been introduced about them. According to the Turkish Criminal Code No. 5237, Article 190/2; inciting the use of these substances is considered a crime. The protected legal value within arranging this crime type is general health of society.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is an inchoate offense that can be committed by electoral acts. These electoral acts counted in TCC as "inciting publicly" and "incentive broadcast". In order for the crime to occur, it is sufficient that one of these acts is performed and any result isn't sought. At this point, it is important to correctly identify the concepts of "publicity" and "incitement" and to determine the correct distinction between "incitement" and "encouragement".

In terms of offender, anyone who carries out the electoral movements in the regulation for the perpetrator can be the perpetrators of this crime. However, qualified version of this crime, that regulated in third paragraph, was specific to some persons. In terms of the victim, there is no concrete victim and all individuals who make up the society have the title of victim.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances can be committed intentionally in terms of the intangible element. In order to be able to talk about the occurrence of the intent, the perpetrator must knowingly and willingly execute the act of incitement. The intent element sought here refers to the general intent. In addition, this crime can be commit with probable intent but can't be commit with negligence.

The act must be illegal too in that crime type as in every offense. However, there are different appearance formats of justification reason compliance with "the use of right". In this context, some justification reasons be able to come up as the "performance of the job", "the right of notification", "freedom of thought and expression", "freedom of science and art". At this point, due to their great importance, fundamental rights and freedoms, the balance between liberty and authority and social media that make people the active element of media are also especially emphasized in this study.

Crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is an inchoate offense and if the act is executed in such a way that it can be divided into sections, it may become suitable for the criminal attempt within special forms of crime. All

forms of complicity are possible in this offense and there is no property about it. Concerning the joinder of offenses, it's possible to commit the crime successively and it can be found that the provisions of conceptual aggregation can be applied in cases where there is a different crime other than this one.

The follow-up type of the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is *ex officio*. The competent court is the penal court of general jurisdiction. The authorized court, as a rule, is the place where the crime was committed. However, if the crime is committed by broadcast or publication, the authorized court will vary according to the attribute of the concrete incident.

The sanction of the crime has been increased with various changes after a very short period of time from the entry into force and crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances has been imposed with “imprisonment for five to ten years and judicial fine from a thousand to ten thousand days”. However, it should be stated that this sanction, which is quite severe compared to the injustice content of the crime, is contrary to the principle of proportional punishment and that this situation does not have a side that can be explained by the criminal policy.

Consequently, it is possible to say that even if the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances is still a new type of crime, it will increase its importance. Implementation of sanctions foreseen by this regulation, many controversies have occurred in the context of the criminal protection of general health and the limitation of fundamental rights and freedoms already. This study has been written by considering the need to discuss these issues in a scientific perspective. In this context, in the study, the elements of the crime of inciting the use of narcotic or psychotropic substances, the special appearance of the crime were examined and the limits of freedom of expression and the freedom of science and art, which constitute the reason of compliance with this law type, were tried to be evaluated.

## I. Giriş

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, kullanıcının merkezi sinir sisteminde bir uyuşukluk veya uyarıcı etki meydana getiren; sarhoşluk, keyif, tutku ve uyanıklık verici, tahrik edici etkileri bulunan ve kullanıcıda psikolojik ve fiziksel olmak üzere iki yönlü bir bağımlılık oluşturan doğal veya sentetik maddelerdir<sup>1</sup>. Ünlü kriminolog ve psikiyatr *Nils Bejerot*'nun deyiimiyle; kullanıcı, uyuşturucu madde ile öncelikle bir “*balayı dönemi*” geçirmekte, fakat bir süre sonra birçok olumsuz tesir ortaya çıktıkça maddenin etkisi artan şiddette kendisini göstermeye başlamaktadır<sup>2</sup>.

Uyuşturucu madde veya narkotik kavramı, köken olarak Yunancada “*uyku*” anlamına gelen “*narke*” kelimesine dayanmaktadır<sup>3</sup>. Tarihte bilinen en eski uyuşturuculara afyon, haşhaş ve eroin gibi maddeler örnek verilebilir. Elbette, bu maddeler yalnızca sayılanlarla sınırlı olmayıp bilhassa kimya alanındaki gelişmelere bağlı olarak günden güne çeşitlilik kazanmıştır ve kazanmaya da devam etmektedir. Örneğin, günümüzde anestezi işlemlerinde kullanılan “*morfin*” ilk defa 1803’de eczacı *Friederich Serturner* tarafından bulunmuş, vücuduna bu madde enjekte edilen kişinin acı hissetmemesi sebebiyle bu maddenin ismi hususunda Yunan mitolojisindeki düşler tanrısı olan *Morpheus*’tan ilham alınmıştır<sup>4</sup>. Böylece çeşitli adlar ve biçimler altında uyuşturucu ve uyarıcı maddeler tarihin birçok devrinde insanlar tarafından çeşitli amaçlarla kullanılmış ve büyük bir arz ve talep hacmiyle günümüze kadar ulaşmıştır<sup>5</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’nın yayımladığı Alkol ve Uyuşturucu Terimleri Sözlüğü’ne göre uyuşturucu; sağlık nedenleriyle alınanların dışında, yaşayan organizmaya alındığında, organizmanın bir ya da birden çok işlevini değiştirebilen maddelerdir<sup>6</sup>. Daha geniş bir tanımla; engellenemeyen bir istek ve ihtiyaca kaynaklık eden, tüketilen madde miktarını arttırma yönünde bir eğilime yol açan, bitkisel ya da sentetik kökenli olup merkezi sinir sistemine tesir eden, fiziksel ya da psikolojik bağımlılığa sebebiyet veren, kimi durumlarda aynı maddede dozajın yükseltilmesi ihtiyacı doğuran, bazen de değişik türden bir maddenin kullanımına bireyi sevk eden tüm maddelere “*uyuşturucu madde*” denilmektedir<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> **Öner, Mehmet Zülfi**, “Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları”, TBBD., Sayı 88, 2010, s. 106; **Güngör, Şener-Kınacı, Ali**, Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001, s. 37.

<sup>2</sup> **Dönmezer, Sulhi**, “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43, (Prof. Dr. S. F. Ülgener’e Armağan), İstanbul 1987, s. 458.

<sup>3</sup> **Yaşar, Yusuf**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m.188), İstanbul 2015, s. 5.

<sup>4</sup> **Toklu, Hale Zerrin**, “Hypnos’un Haşhaşından Morfeus’un Morfinine”, Türk Farmakoloji Derneği Bülteni; 108, Ankara 2011, s. 21.

<sup>5</sup> Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi’nin yayımladığı 2018 Dünya Uyuşturucu Raporu’na göre dünya üzerinde 275 milyon kişinin uyuşturucu kullandığı tahmin ediliyor. Bkz. World Drug Report 2018 (Pre-briefing to the Member States), Vienna, 20 June 2018, s.7.

<sup>6</sup> Dünya Sağlık Örgütü, Lexicon of Alcohol and Drug Terms, 1994.

<sup>7</sup> **Yaşar**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s.6.

Herhangi bir maddenin uyuşturucu madde olarak kabul edilebilmesi için, uluslararası anlaşmalara bağlı olan listelerde böyle bir maddenin tayin ve ilan edilmiş olması, mevzubahis maddenin toksik etkisinin bulunması, gittikçe artan miktarlarda kullanılması için eğilim duyulması, kullanılması hâlinde fiziki, psikolojik ya da her iki şekilde bağımlılık yapması, kesilmesi hâlinde ise bazı yoksunluk belirtilerini ortaya çıkarması gerekir<sup>8</sup>.

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür. İlk olarak, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler merkezi sinir sistemi üzerinde yaptıkları etkiye göre “*merkezi sinir sistemini yavaştanlar*” (örn. afyon, morfin, eroin), “*merkezi sinir sistemini uyarırlar*” (örn. kokain, crack ve amfetamin) ve kullanıcının zihin dünyasına etki ederek hayal görmesini sağlayan “*halusinojenler*” (örn. cannabis sativa, LSD) olmak üzere üç başlık altında incelenebilir<sup>9</sup>. Bunun yanında, uyuşturucu maddelerin, elde edildiği kaynağa göre de bir tasnifinin yapılması mümkündür. Bu maddeler; “*inorganik, bitkisel, doğal, hayvansal olabileceği gibi, doku kültüründen, tohumdan ya da sentetik*” yollardan elde edilmiş olabilir<sup>10</sup>.

Kanun koyucu, gerek Türk Ceza Kanunu’ndaki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle ilgili düzenlemelerde, gerekse bu kanunun tanımlar maddesinde uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin tanımını yapmamıştır. Teknoloji, lojistik ve hassaten sentetik kimya alanındaki hızlı gelişmelere bağlı olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde çeşitliliği her geçen gün artmakta olduğundan, bu maddelerin kanunda tek tek sayılması pek işlevsel olmadığı gibi teknik açıdan mümkün de gözükmemektedir. Maddelerin bu şekilde tek tek sayılması durumunda üretim aşamasının ardından hızlı bir şekilde piyasaya sürülüp kullanıcılara ulaştırılan yeni uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin hukuk düzeninde karşılıksız kalma riski mevcut olduğundan, kanun koyucunun bu maddeleri tahdidi biçimde saymaktan ve dar bir çerçevede tanımlamaktan imtina etmesi oldukça isabetlidir.

Uyuşturucu maddelere ilişkin suçlar, TCK’nın ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Kamu Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu*” ise, Türkiye’nin de taraf olduğu 1988 yılında imzalanan Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin getirdiği yükümlülükler gereğince ve genel sağlığın korunması amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda 190 ncı maddenin 2 nci fıkrasında<sup>11</sup> ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Gökler, Rıza-Koçak, Recep, “Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 2008/1, s. 91.

<sup>9</sup> Gümrük Müsteşarlığı Genel Müdürlüğü (GMGM), Kaçakçılıkla Mücadele Daire Başkanlığı (KAM), “Uyuşturucu ve Kimyasal Maddeler”, Ankara 2003, s.9

<sup>10</sup> Yaşar, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s. 14-15.

<sup>11</sup> 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu maddenin karşılığı bulunmamaktadır.

<sup>12</sup> 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 3/1-c: “Her bir

190 ncı maddenin 2 nci fıkrasında; “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” denilmektedir. Bu düzenleme ile hem uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler yerine getirilmiş, hem de madde bağımlılığı ile mücadelenin etkinliğinin artırılması hedeflenmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun düzenlendiği kanun maddesinin kenar başlığında her ne kadar “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının özendirme” şeklinde bir ibareye yer verilmemiş olsa da, maddenin gerekçesinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayın yapılmasının ikinci fıkrada ayrı bir suç olarak tanımlandığı açıkça belirtilmiştir. Buradan hareketle kanun metninin yalnızca birinci fıkrada belirtilen “uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımı kolaylaştırma” suçunu içeren kenar başlığının kanun maddesinde ihdas edilen suçları açıklamakta yetersiz kaldığı söylenebilir.

Bu çalışmada, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun unsurları ele alınacak ve yargı kararları ışığında düzenlemenin tatbikinden kaynaklanan mevcut ve olası sorunlara çözüm yolları önerilecektir.

## II. Korunan Hukuki Değer

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı, toplumda ya da toplumun belli bir kesiminde aşırı bir hoşgörü, hatta beğeni ile karşılanırsa, toplumda o maddeyi kullananların ve madde kullanımının menfi etkilerine maruz kalan insanların sayısında bir artış olması doğaldır. Bu alanda, dünyanın birçok ülkesi baz alınarak yapılmış araştırmalar, gençlerin uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını hoşgörü ile karşılayan ve bu maddelere bağımlı olmayı gelişmişlik, kültür, yaratıcılık simgesi olarak değerlendiren toplum kesimlerinde bağımlı olan genç sayısının yüksek olduğunu göstermiştir<sup>13</sup>. Bu noktada Anayasa’nın 58 inci maddesinde düzenlenen “devletin gençleri uyuşturucu bağımlılığından koruma yükümlülüğü”nün bir yansıması olan ve inceleme konumuzu teşkil eden TCK’nın 190 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, başta gençler olmak üzere toplumun tüm fertlerini bir önceki cümlede zikredilen tehlikeden korumak noktasında mühim bir fonksiyon icra etmektedir.

taraf, aşağıda sayılan fülleri, kasti olarak işlendiği zaman kendi hukukunda suç olarak ihdas etmek için gerekli önlemleri alacaktır. Anayasa ilkeleri ve hukuk sisteminin temel kavramları saklı kalarak: (iii) Bir başkasının, bu maddede yer alan suçlardan birini ne şekilde olursa olsun işlemeye veya uyuşturucu veya psiko trop maddeleri kaçak olarak kullanmaya açıkça yöneltilmesi veya teşvik edilmesi” www.uhdigm.adalet.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.10.2018); **Yılmaz, Enes**, “Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190)”, TAAD, Yıl:9, Sayı:35 (Temmuz 2018), s. 349; **Yenidünya, A. Caner**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, Ed.: Murat Balcı; Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (9 Mayıs 2011), Ankara 2011, s.106.

<sup>13</sup> **Bayraktar, Köksal**, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 51, Sy: 1-4, 1985, s. 50-51.

Bu suç tipi ile öncelikle, kanun koyucunun, uyuşturucu bağımlılığı ve uyuşturucu kullanımını yasallaştırma çabaları karşısında toplum sağlığını korumayı hedeflediği söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenleme ile toplumun genel sağlığı ile nesillerin ruh ve beden sağlığının korunması amaçlanmıştır<sup>14</sup>. Ezcümle, bu suçun ihdası ile somut bir bireyin sağlığının korunmasından ziyade, genel olarak kamu sağlığı ile toplumun genel sağlığının cezai açıdan korunmak istendiği<sup>15</sup> ve bu değerleri ihlal eden davranışların cezai yaptırıma bağlandığı ifade edilmelidir.

### III. Suçun Bileşenleri

#### 1. Tipikliğin Objektif (Maddi) Bileşenleri

##### A. Fiil

Suçun düzenlendiği 190 ıncı maddenin 2 nci fıkrasında “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek*” ve “*özendirici nitelikte yayın yapmak*” olmak üzere iki ayrı seçimlik hareket öngörülmüştür. Bu yönüyle inceleme konusu suç, seçimlik hareketli bir suç olup maddede belirtilen fiillerden birinin işlenmesi suçun oluşması açısından yeterlidir.

Diğer taraftan, bu suç, sırf hareket suçu özelliği göstermek olup maddede belirtilen fiillerden bağımsız bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Buna göre, fıkrada yazılı seçimlik hareketlerden birinin eyleme konulup tamamlanması, suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir. Bu fiil neticesinde herhangi birinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına özenmesine veya somut biçimde mağdur olmasına gerek yoktur.

Bu suç oluşturana seçimlik hareketler belirli bir şekle bağlanmamış olduğundan, alenen özendirme sözle, yazıyla, resimle icra edilebileceği gibi, bu nitelikte yayın yapma eylemi ise her türlü yazılı, görsel, işitsel, elektronik kitle iletişim aracı veya internet yoluyla gerçekleştirilebilir. Bu yönüyle suç, serbest hareketlidir.

TCK m. 190/2 ile yaptırıma tabi tutulan fiilleri, niteliklerinin daha sarıh biçimde ortaya konulabilmesi amacıyla, “alenen özendirmek” ve “özendirici nitelikte yayın yapmak” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek yerinde olacaktır.

##### a. Alenen Özendirme

TCK'nın 190 ıncı maddesinin 2 nci fıkrası kapsamında düzenlenen ilk seçimlik hareket uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını “alenen özendirmek” olup bu noktada öncelikle “aleniyet” kavramı üzerinde durulmalıdır.

<sup>14</sup> Yenidünya, s.107.

<sup>15</sup> Yokuş Sevik, Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s.241.



TCK m.190/2’de tanzim edilen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun oluştuğundan söz edebilmek için bu özendirme fiilinin “*alenen*” icra edilmiş olması gerekmektedir. Bu yönüyle aleniyet, fiilin bir özelliğidir. Aleniyet, kelime anlamı itibarıyla “*bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması*” anlamına gelir<sup>16</sup>. Aleniyet, pek çok suç tipi bakımından aranan bir unsurken bazen de suçun ağırlaştırıcı unsurunu da teşkil edebilir. Aleniyetin ne anlama geldiği hususunda doktrinde farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Birtakım görüşler, fiilin işlendiği yer ve mekâna göre bir tarif getirmiş ve fiilin kamuya açık bir yerde işlendiği hâllerde aleniyetin varlığını kabul etmiştir. Bazı düşünceler ise, fiili algılama imkânı olan kişi sayısına göre bir tanım yapma yolunu tercih etmiştir. Bu düşünceye göre, kalabalık sayıda kimseler fiili öğrenme imkânına sahipse aleniyetin varlığından söz edilebilir. Aleniyetin tanımına ilişkin bu tartışmalar, Yargıtay kararlarına da yansımıştır<sup>17</sup>.

Kanaatimizce aleniyetin varlığı açısından fiilin işlendiği yerin ya da fiilin birtakım kişilerce algılanmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. İster özel bir mekân, ister kamusal bir alan olsun, bir fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilecek şekilde icra edildiği durumlarda aleniyetin varlığından söz edilmelidir. Bu çerçevede, aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü için özendirme fiilinin belirsiz sayıda kişiye ulaşabilme ve bu kişilerce bilinebilme ihtimalinin bulunması yeterli olup, bu fiilin ayrıca kişilere ulaşmasının ya da bu kişilerce öğrenilmesinin gerekli olmadığını ifade etmek gerekir.

Aleniyet vasfını haiz olması gereken ve maddede yasaklanan özendirme fiilinin Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ndeki karşılığı ise “*teşvik etmek*”tir. Bu tanımdan yola çıkarak, bu suç tipi özelinde özendirme fiilinin; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması konusunda muhatapları teşvik etmek, isteklendirmek ya da bu yönde kışkırtmak anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür.

Doktrindeki diğer tanımlar ışığında özendirme; belirsiz sayıda soyut kişilere bu maddelerin iyi bir şey olduğu düşüncesinin aktarılması suretiyle bu kişilerde uyuşturucuya karşı sıcak duygular uyandırılması, madde kullanımının güzel ve faydalı bir aktivite olduğunun ifade edilmesi şeklinde tarif edilebilir<sup>18</sup>. Ayrıca kişilerin, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile ilgili olumsuz düşüncelerinin ve bu maddelerin kullanımının haksızlığı hususunda yerleşmiş toplumsal bilincin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik filler de özendirme kapsamında

<sup>16</sup> Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

<sup>17</sup> “...sövme eyleminin herkese açık olan mağazada meydana gelmiş olup aleniyet ögesi gerçekleşmiş bulunduğu gözetilmeden...” Yarg. 4. CD., 01.11.2007, 2006/4781 E., 2007/8616 K.; “...suça konu ifadelerin, sanığın Yargıtay C. Başsavcılığına hitaben yazarak göndermiş olduğu dilekçe içinde yer alması karşısında olayda aleniyet unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 9. CD., 07.06.2007, 2006/9252 E., 2007/5081 K.; “...sanığın müştekiye ait aleni olmayan evin holünde sövdüğü anlaşılma...” Yarg. 2. CD., 03.07.2003, 2001/39230 E., 2003/8078 K.; “...sövme içeren sözlerin yazıldığı mahallin, umumi bir yer olan sokakta gelip geçen herkesin rahatlıkla görebileceği duvar olduğu ve bu durumuyla yazıların teşhir olunmuş yazı niteliğinde olduğu cihetle...” Yarg. 2. CD., 13.02.2004, 2002/17162 E., 2004/2271 K.

<sup>18</sup> Yokuş Sevük, s. 241.



değerlendirilmelidir<sup>19</sup>. Kısacası özendirme fiili, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin güzel bir şey olarak sunulması<sup>20</sup>, övülmesi veya ilgi çekici hâle getirilmesi şeklindeki davranışları ifade etmektedir.

Özendirme teriminin hangi hareketleri kapsadığı hususunda mukayeseli hukuka ilişkin bir inceleme yapıldığında birçok ülkede ülkemizdekine benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak bu düzenlemelerde her ülke birbirine yakın fakat esasında farklı olan fiilleri cezalandırmıştır. Örneğin, Japonya’da madde kullanımını alenen tahrik ve teşvik etme fiilleri 94 sayılı ve 1991 tarihli Kanun’un 12. maddesinde suç olarak belirlenmiş ve ağır cezalar öngörülmüş olup; Rusya’da ise 8 Ocak 1998 tarihli Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelere ilişkin Federal Kanun, uyuşturucu madde kullanımını teşvik edici her türlü reklam ve tanıtım kampanyalarına ilişkin faaliyetleri yasaklamıştır<sup>21</sup>. Ayrıca Fransa, Lüksemburg, Belçika, İsviçre, İtalya, İsveç, Norveç ve İngiltere gibi ülkelerin uyuşturucu madde kullanmaya tahrik ve teşvik ya da bu maksatla propaganda yapılmasını veya uyuşturucu madde kullanılmasını yaygınlaştırmak maksadıyla teşekkül vücuda getirilmesini cezai yaptırıma tabi tuttuklarını ifade etmek mümkündür<sup>22</sup>.

Kanaatimizce, teşvik fiilinde kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaları amacıyla iradelerine yönelik bir davranış mevzubahisen, özendirmede bizatihi özendirmeye konu oluşturan şeyin kendisi hakkında bir değerlendirme söz konusudur. Dolayısıyla, özendirme, teşvik boyutuna ulaşmayan davranışları ifade etmektedir. Bu anlamda, sayısı belirsiz soyut kişiler nezdinde, uyuşturucu maddelerin iyi ve güzel bir şey gibi sunulması, övülmesi, hoş, ilgi çekici bir hale getirilmesine yönelik söylemlerde bulunması halinde, 190 ncı maddenin 2 nci fıkrasında yer alan “özendirme suçu”nun varlığı söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, sayısı belirsiz soyut kimselerin, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması hususunda yönlendirilmesi, buna teşvik edilmesi durumunda 190 ncı maddenin 2 nci fıkrasındaki suç değil, 214 üncü maddede düzenlenen “suç işlemeye tahrik” suçunun varlığı gündeme gelmelidir. Eğer, yönlendirme ve teşvik fiilleri, somut, belirli bir veya birden fazla kişiye yönelik icra edilmişse, bu ihtimalde eylem, somut olayın özelliklerine göre 188 inci maddenin 1 ve 3 üncü fıkralarında düzenlenen suçlara veya 191 inci maddede düzenlenen “kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma” suçuna iştirak (m. 38,39) çerçevesinde yaptırıma tabi tutulabilecektir.

<sup>19</sup> Yenidünya, s. 111.

<sup>20</sup> Mukayeseli hukukta Fransa örneği, incelemeye şayandır. Fransız Kamu Sağlığı Kanunu’nda uyuşturucu maddeleri güzel maddeler olarak sunmak bir suç olarak düzenlenmiştir. Fransa’da, esrar kullanımının yararlarını anlatan bir köşe yazısı ile “LSD seni seviyorum” yazılı kart postalların yayımlanması bu suç kapsamında değerlendirilmiştir. Şen, Ersan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımını Özendirme”, 03.06.2018, (www.hukukihaber.net) (Erişim Tarihi: 07.11.2018)

<sup>21</sup> Yaşar, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), s. 80-81.

<sup>22</sup> Erman, Sahir, “Uyuşturucu Maddelerle İlgili Ceza Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45-47, Sayı 1-4, (1979-1981), s. 1068.

## b. Özendirici Nitelikte Yayın Yapma

Bu suçta diğer seçimlik hareket, “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak*”tır. Türk Ceza Kanunu’nun 6 ncı maddesinin (g) bendindeki “...*basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılır*” tanımından hareketle, bu seçimlik hareketin içinde barındırdığı “yayın yapma” fiilinden de her türlü kitle iletişim aracı ile yapılan yayınları anlamak lazımdır. Bu çerçevede radyo, televizyon, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan her türlü görsel veya işitsel, sözlü ya da yazılı yayınların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici niteliği haiz olması hâlinde, bu yayınların kişilerce öğrenilmiş olması şartı aranmadan maddede ihdas edilen suçun oluştuğu kabul edilir.

Bu seçimlik harekette suçun tamamlanma anı, yayımın gerçekleştiği andır. Örneğin; bir köşe yazarının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte bir yazı kaleme alarak köşesinde buna yer vermesi hâlinde yazı yayımlandığı anda bu suç tamamlanmış olacaktır.

Kanaatimizce, özendirici nitelikte yayın yapma fiili zaten alenen özendirme fiilinin kapsamında değerlendirilebileceğinden maddede bu eylemin ayrıca zikredilmesi fazladandır. Bununla birlikte, alenen özendiriminin özel bir hâlini teşkil eden özendirici nitelikte yayın yapma eyleminin haksızlık içeriği gözetilerek ve yayının ulaşacağı kitlenin büyüklüğü göz önünde bulundurulmak suretiyle, bu fiilin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmesi yerinde olabilirdi.

## B. Fail

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirici nitelik taşıyan seçimlik hareketleri yerine getiren kişi, bu suçun failidir. Suçun temel şekli açısından failde herhangi bir özellik aranmamıştır. Bu bakımdan herkes bu suçun faili olabilir. Bununla birlikte 190 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında bu suçun; tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile işgal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmış olduğundan, bu suçun “*görünüşte özgü suç*” mahiyeti taşıdığını belirtmemiz gerekir.

Özendirme fiilinin, basın-yayın yoluyla gerçekleştirilmesi hâlinde, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde, Basın Kanunu’nun 11 inci maddesinde<sup>23</sup> ihdas edilen

<sup>23</sup> **Basın Kanunu m.11:**“(…) (2) *Sürekli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. (3) Sürekli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. (4) Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı*

hükümler de göz önünde bulundurulacaktır.

### C. Mağdur

Bu suç, kanunun “Topluma Karşı İşlenen Suçlar” kısmında düzenlenmiştir. Bu bağlamda suçun mağdurunun kamu, diğer bir ifadeyle toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu ifade etmek gerekir<sup>24</sup>. Hassaten, suçun oluşması için özendirimin alenen gerçekleştirilmesi gerektiğinin kanunda açıkça belirtilmiş olması, suçun mağdurunun somut, belirli bir kimse olmayıp toplumun bütünü oluşturan bireyler olduğunu ortaya koymaktadır. Keza, suçun TCK’da “Kamu Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde ihdas edilmesiyle de, somut bir kişinin sağlığından ziyade toplumu oluşturan tüm bireylerin sağlığının, diğer bir ifadeyle genel sağlığın korunmasının amaçlandığının ve bu sebeple suçun mağdurunun somut bir kişi değil, bir bütün olarak toplumu meydana getiren tüm bireyler olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir.

### D. Suçun Konusu

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda, suçun konusunu, ilgili maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere “*uyuşturucu veya uyarıcı maddeler*” oluşturmaktadır. Çalışmanın giriş bölümünde de üzerinde durulduğu gibi kanun koyucu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kavramını TCK’da ya da başka bir kanunda tanımlamamıştır. Bunun sebebi hiç şüphesiz uyuşturucu veya uyarıcı madde sektörünün özellikle sentetik kimya alanında olmak üzere teknolojideki gelişmelere bağlı olarak her geçen gün daha da büyümesi ve dünyanın herhangi bir bölgesinde üretilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin birkaç gün içinde bir çok diğer ülkenin sokaklarına nüfuz edebilmesidir. Örneğin; esas adı sentetik kannabinoid olup Türkiye’ye ilk kez üzerinde “bonzai” yazılı paketlerle getirildiğinden dolayı bu adla anılan bir uyuşturucu ve uyarıcı madde, son yıllarda ekseriya ergenlik dönemindeki gençler tarafından büyük ilgi görmüş ve birçok menfi etkiyi de beraberinde getirmiştir. Aynı şekilde son dönemlerde “flakka” adı verilen bir sentetik maddenin kullanıcının merkezi sinir sisteminde büyük tahribatlara yol açmak suretiyle kullanıcıyı adeta bir zombiye çevirdiği bilinmektedir<sup>25</sup>. Bu ve benzeri gelişmeler, kanun koyucunun uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri kesin bir şekilde tanımlamaktan kaçınmasındaki saiki açıklamak için yerinde örneklerdir. Esasen, kanun koyucunun bu tercihinin sebebi, 188 inci maddenin gerekçesinde; “*Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret olduğu tanımlanmadığı*

*kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.(5) Yukarıdaki hükümler; süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”*

<sup>24</sup> **Yokuş Sevik**, s.250.

<sup>25</sup> <https://www.ntv.com.tr/saglik/gencleri-hedef-alan-yeni-zehir-flakka-zombi-hapi,0cvzGu5chUmr41obA0Uqfg> (Erişim Tarihi: 20.11.2018)

*gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psiko trop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir”* denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Suçun konusunu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler oluşturduğundan, hangi maddelerin bu kapsamda kabul edileceğinin “suçta ve cezada kanunilik prensibi” ve “hukuki güvenlik ilkesiyle” yakından irtibatlı olduğunu belirtmek gerekir<sup>26</sup>. Ancak uyuşturucu veya uyarıcı madde kategorisine nelerin girip girmeyeceğine ilişkin tamamen soyut bir çerçeve söz konusu olmayıp gerek uluslararası protokoller gerek ulusal düzenlemeler içerisinde sınırlandırıcı olmayan bazı tanımlamalar mevcuttur. Bu noktada, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kapsamı konusunda 1961 tarihli Tek Sözleşmesi ile 2313 ve 3298 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

1988 tarihli Uyuşturucu ve Psiko trop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi’nin 1 inci maddesinin (n) bendinde; *“1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinin ve 1961 Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1972 Protokolü ile Değiştirilmiş 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Sözleşmesinin I ve II numaralı Cetvellerinde yer alan doğal veya yapay her türlü madde”* uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca iç hukukumuzda 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 1 inci maddesine göre; *“Tıbbi afyon ile müstahzaratının ve morfin ve bütün milhlerinin ve morfinin uzvi hamızlarla veya küül cezriyle birleşmesinden mütehasıl bütün eterlerinin ve bunların milhlerinin ve koka yaprağı, ham kokain ve kokain ekgonin ve tropokokain ile bütün milhlerinin ve yüzde 0,20 gramdan fazla morfin ve milhlerini ve yüzde 0,10 gramdan fazla kokain ve milhlerini muhtevi bütün müstahzarların ve ökodol (Eugodal), dikodit (Dicodide) ve Dilodit (Diloudide), Aседikon (Acedicone) ve bunların terki bi kimyevisinde bulunan maddeler”* ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun’un 1 inci maddesine göre ise *“Çizilmiş veya çizilmemiş haşhaş kapsülleri ile, ham afyon, tıbbi afyon ve morfin evsafını haiz afyon alkaloidleri, tuzları, esterleri ve eterleri; koka yaprağı ve bunun alkaloidleri, tuzları, tuzları, esterleri ve eterleri ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca tayin olunacak diğer uyuşturucu maddeler”* uyuşturucu madde olarak sayılmıştır.

Öte yandan, uyuşturucu madde kavramından ayrı olarak değinilmesi gereken “psiko trop maddeler” ise yine 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psiko trop Maddelerin

<sup>26</sup> Yaşar, Yusuf, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK’nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s. 180.

Kaçakçılığına Karşı BM Sözleşmesi'nin 1 inci maddesinin (r) bendinde tanımlanmış, düzenlemeye göre "...1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesinin eki I, II, III ve IV numaralı cetvellerde yer alan doğal veya yapay, herhangi bir madde veya doğal ürün..." psikotrop madde olarak kabul edilmiştir. Doğal uyuşturucu maddelerin yanı sıra en az bu maddeler kadar bağımlılık yapan ve insan sağlığı açısından tehlike yaratan sentetik uyuşturucu maddelere, doğal ya da sentetik tıbbi maddelerin tümüne psikotrop adı verilmiş ve sözleşmede dört cetvel hâlinde sıralanmış olan psikotrop maddelerin belirtilen maddeler ile sınırlı kalmayacağı, yeni maddelerin piyasaya sunulması ihtimaline karşı cetvellerin güncelleneceği belirtilmiştir. Cetvellere yeni psikotrop maddelerin eklenmesi hususunda değerlendirmeye ve cetvelleri düzenlemeye yetkili kuruluş ise Dünya Sağlık Örgütü'dür<sup>27</sup>.

Kanımızca bu düzenlemelerin koruduğu hukuki değer ve ilgili normların konuluş gayesi de göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen hukuki düzenlemelerde sayılan maddelerin yanı sıra bu maddelerin dışında kalan ve aynı ya da benzer özellik taşıyan başka maddelerin de bu suçların konusunu oluşturacağını kabul edilmesi gerekir<sup>28</sup>. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu suçlara ilişkin verdiği kararlarda<sup>29</sup> ilgili maddenin yukarıda sözünü ettiğimiz düzenlemelerin yanı sıra 2313 ve 3298 sayılı Kanun'ların verdiği yetki uyarınca yürütme organı tarafından verilen kararlarda sayılan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin arasında yer almaması hâlinde bu suçun konusunu oluşturmayacağı yönündeki içtihatlarının isabetli olmadığı, zira suçun konusunun idari organların tasarrufuna bırakılmasının suçta kanunilik ilkesine uygun düşmeyeceği ve bu suçların düzenlendiği normları "açık ceza kanunu" hâline getirebileceği ifade edilmelidir. Böyle bir duruma sebebiyet vermemek açısından bu hususun tıp biliminin kuralları gözetilerek bilirkişi marifetiyle (CMK m. 63) çözüme kavuşturulmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz<sup>30</sup>.

## E. Nitelikli Unsurlar

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli 190 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre; "*Bu maddede tanımlanan suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır*". Maddede nitelikli hâlden söz

<sup>27</sup> Tuncer, Arzu, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, s. 3. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>)

<sup>28</sup> Yaşar, "Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK'nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi", s. 183.

<sup>29</sup> Yarg. 10. CD., 29.10.2015, 2010/30978 E., 2012/2008 K.

<sup>30</sup> Yaşar, "Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK'nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi", s. 183.

edilmesine imkân sağlayan meslekler sınırlı sayıda sayılmıştır. Ancak sayılı meslek grupları kendi içlerindeki en geniş çerçevede ele alınmalıdır<sup>31</sup>.

Düzenlemede adı geçmeyen bazı meslek mensuplarının da görevleri icabı uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ulaşmalarının pek kolay olduğu söylenilebilir. Ancak kanun koyucu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli oluşturan meslekleri tahdidi biçimde saymıştır. Bu nedenle, en az sayılanlar kadar uyuşturucu veya uyarıcı maddelere kolay bir şekilde ulaşabilme imkânına sahip olup da bu fıkra da sayılmayan meslek mensuplarının söz konusu fiilleri icra etmesi durumunda -suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı uyarınca- bu kişiler bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl tatbik edilemeyecektir.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelik hâlin olduğundan söz edilebilmesi için bahsi geçen meslek ya da sıfatların mevzuata uygun şekilde kazanılmış olması yeterli olmayıp suç tarihi itibarıyla da o mesleğin kaybedilmemiş olması gerekir<sup>32</sup>. Ayrıca, suçun ilgili mesleki görevin herhangi bir sebeple bitiminden sonra işlenmesi veya failin sayılı mesleklerden birine sahip olup da o mesleği fiilen icra etmeyen bir kişi olması durumlarında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl söz konusu olmayacak, fail suçun temel şeklinden sorumlu olacaktır<sup>33</sup>.

Son olarak; kanunun ilk hâlinde bu nitelikli hâl düzenlemesinin yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma suçu için öngörülmüş olduğunu ve 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanun’la, 190. maddenin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının yerlerinin değiştirilmesi sonucunda nitelikli hâl düzenlemesinin uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçunu da kapsamı içine aldığı ifade etmek gerekir.

## 2. Tipikliğin Sübjektif (Manevi) Unsuru

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, kasten işlenebilir. Suçun olduğundan bahsedebilmek için söz konusu fiillerin kişi tarafından bilerek ve istenerek yapılması gerekir<sup>34</sup>. Eğer kişi kasten hareket etmemişse, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu gündeme gelmez. Örneğin; arkadaşına uyuşturucu madde kullandığında oluşan hisleri aktarırken konuşması gizli bir şekilde kaydedilip yayımlanan kişi açısından kastın varlığından ve dolayısıyla suçun olduğundan söz edilemez. Bu ihtimalde ancak söz konusu yayımı yapan kişi fail olabilir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

<sup>31</sup> **Yokuş Sevik**, s.255.

<sup>32</sup> **Yokuş Sevik**, s.255.

<sup>33</sup> **Erman, Sahir-Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul 1995, s.304.

<sup>34</sup> **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2014, s.5857.

Maddede yer alan kast unsurunun niteliği hakkında doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre<sup>35</sup> kanun koyucu, suçun oluşması için failin özendirme amacı gütmüş olmasını, yani “özel kastın” varlığını aramıştır. Bu görüşe göre örneğin; bir kişinin sosyal medya hesabında uyuşturucudan keyif aldığını ve kullandığı maddenin kendisine çok iyi geldiğini söylemiş olması tek başına özendirme suçunu oluşturmak için yeterli değildir. Ancak diğer bir görüş<sup>36</sup> kast unsurunun, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilinmesini gerektirdiğinden bu maddede ihdas edilen suça konu olabilecek fiillerin icrasının bilerek ve istenilerek yapılmasının suçun oluşması açısından yeterli olduğunu ve kast unsurunun “genel kastı” ifade ettiğini belirtmektedir. Kanımızca da bu ikinci görüş isabetli olup, özendirme failinin bilerek ve istenilerek icra edilmesi yeterlidir. Failin ayrıca belirli bir saikle hareket etmesi gerekmez<sup>37</sup>.

Bu suçun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu üzerinde de durulmalıdır. Bu suçta, saikin bir unsur olarak varlığını kabul edenler, suçun olası kastla işlenemeyeceğini kabul etmektedir<sup>38</sup>. Diğer görüş<sup>39</sup> ise, bu suçun kanuni tanımında aranan kastın “genel kast” olduğundan ve failin saikinin suçun oluşumu açısından önem arz etmediğinden bahisle bu suçun olası kast ile işlenmesinin de mümkün olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce de bu ikinci görüş isabetli olup, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun olası kast ile işlenmesine teorik açıdan herhangi bir engel yoktur.

### 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

#### A. Genel Olarak

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayım yapılması fiilleri kural olarak suç teşkil etmekte olup TCK m. 190/2 düzenlemesi uyarınca cezai müeyyideye tabiidir. Bununla birlikte, bu suç tipinde mesleğin icrası, haber verme hakkının kullanılması gibi birtakım hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelebilmektedir. Ayrıca birçok anayasal hükmü de doğrudan bu suçun unsurlarıyla bağdaştırmak mümkündür. Bu nedenle mesleğin icrası gibi hukuka uygunluk sebeplerinden başka, suça konu eylemlerin suç teşkil edip etmeyeceği hususunda Anayasa’da koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerin de bu başlık altında incelenmesi gereklidir.

<sup>35</sup> Yokuş Sevik, s. 245

<sup>36</sup> Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018, s. 911.

<sup>37</sup> Geçtiğimiz aylarda bu suç tipine ilişkin yürütülen bir yargılamada görevli ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında da bu suçun manevi unsuru genel kast olduğu ifade edilmiştir; “TCK m. 190/2’de tanımlanan suçun manevi unsuru genel suç işleme kastıdır. Bu hükümden tanımlanan suçun oluşması için, failin failini aleni bir şekilde madde kullanımını özendirme kastı ile gerçekleştirmesi gerekir, ancak bu eyleminin arkasındaki maksadın suçun oluşmasında bir etkisi yoktur.” T.C. İstanbul Anadolu 44. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.06.2018, 2018/394 E., 2018/361 K.

<sup>38</sup> Yokuş Sevik, s.252.

<sup>39</sup> Yenidünya, s. 111.



## B. Hakkın Kullanılması

### a. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*”. Hakkın kullanılması niteliği itibarıyla oldukça geniş bir kavram olup, bu hukuka uygunluk sebebinin özel nitelikte birtakım görünümüleri mevcuttur. Bu noktada tıp mesleğinin icrasının yanında özellikle Anayasa’da koruma alınan birtakım temel hak ve hürriyetlerin çalışmamızın konusu olan suç tipiyle birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim Anayasa’nın çeşitli hükümleri bu noktada birbirleriyle çatışmakta olup objektif bir çıkarımda bulunabilmek için bağlantılı maddelerin bir düzlemde karşılaştırılması, Anayasa’nın bu konudaki özünü ortaya koymak açısından oldukça mühimdir.

### b. Mesleğin İcrası

Tıp mesleğinin icrası kapsamında, doktorun veya diğer sağlık mensuplarının sahip oldukları aydınlatma yükümlülüğü uyarınca ilgililere yapacağı bilgilendirmeler mesleğin icrası kapsamında değerlendirilecek ve incelemeye konu özendirme suçunu oluşturmayacaktır. Keza tıp mesleğini icra eden kimselerin bilimsel toplantılarda yaptıkları aleni açıklamalar, bu hususta yapmış oldukları yayınlar (örneğin internet ortamındaki paylaşımlar), tıbbi bir nitelik taşıması kaydıyla aynı kapsamda hukuka uygun kabul edilmelidir<sup>40</sup>.

### c. Haber Verme Hakkı

Hukuka aykırılık unsuru ekseninde tartışılacak bir diğer konu, suça konu olan fiillerden biri olan “yayın yapmak” fiili açısından kendini gösterir. Haber verme hakkı ve basın hürriyeti kapsamında halkı bilgilendirme görevi icra edilirken yayının konusunu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile alakalı içeriklerin oluşturması mümkündür. Bu minvalde ve amaçta yapılan yayınlarda herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Haber verme hakkının, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, haberin güncelliğinin bulunması, gerçek ve doğru olması, haberin verilmesinde kamu yararı bulunması ve haberin sunuluşu itibarıyla herhangi bir hakkı ihlal edici nitelik taşıması gerekir. Haber, tıbbi ya da bilimsel bir araştırmanın aktarımından ibaret ise, bu araştırmanın içeriğinin bizatihi özendirici nitelik taşıması, diğer koşulların da oluşması kaydıyla, suçun oluşumuna meydan vermez. Bununla birlikte, yayıma konu haber, sunuluşu itibarıyla uyuşturucu maddeleri özendirici bir nitelik taşıyorsa<sup>41</sup>, bu konuda tıbbi ya da bilimsel bir referansa yer verilmemişse, suçun oluşumu gündeme gelebilir. Bu

<sup>40</sup> Altunç, Sinan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu ve Medya”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s. 196.

<sup>41</sup> Yokuş Sevük, s.252.

hususdaki değerlendirme, somut olayın özelliklerine, haberin amacına ve bütünü itibarıyla sahip olduğu anlama göre belirlenmelidir.

#### **d. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti**

Türkiye'nin de tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca herkes ifade hürriyetine sahiptir ve bu hak yayma hürriyetini de kapsar. Bu sözleşme hükmünün Anayasa'daki yansımalarından biri olan “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlıklı 26 ncı maddesi uyarınca ise herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu nedenle, suça konu olan bir fiilin bu hakkın kullanılması niteliği teşkil ettiği hâllerde bir hukuka uygunluk sebebinin gündeme geleceğini söylemek gerekir.

Hakkın kullanımının sınırlandırılması noktasında ise İHAS m.10/2'de birtakım sınırlandırma sebepleri de sayılmış olup bunlardan biri olan “sağlığın korunması” sebebi incelememe konumuz olan madde kullanımını özendirme suçu açısından özellikle önemlidir. Buna göre sözleşmede sayılan sebeplerin oluşması hâlinde, devlet genel sağlığın cezai korunumundan bahisle ifade hürriyetini diğer ilkelere ve sözleşmenin geri kalan hükümlerine de bağlı kalmak ve ölçülü olmak kaydıyla sınırlayabilecek ve bu kapsamda işlenen fiilleri yaptırıma tabi tutabilecektir. Bu düzenlemeden hareketle Anayasa'nın 26 ncı maddesinde de birtakım sınırlandırma sebeplerine yer verilmiştir. Bu sebepler arasında yer alan “kamu düzeni” amacının, muhteviyatında incelememizin konusu teşkil eden özendirme suçu düzenlemesinin koruduğu hukuki değer olan “genel sağlık” unsurunu da barındırdığı ifade edilebilir. O hâlde bu madde hükmüne dayanılarak genel sağlığın cezai korunumu saiki ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikteki faaliyetlerin de bu yolla yaptırıma bağlanması gündeme gelebilecektir.

Ayrıca maddede “suçların önlenmesi” ve “suçluların cezalandırılması” sebepleri de sınırlandırma sebepleri arasında bulunmaktadır. Bunlar da ilgili cezai düzenleme uyarınca öngörülen yaptırımların tatbiki için düşünce hürriyetinin sınırlandırılabilmesini sağlayan sebepler olarak sayılabilir.

#### **e. Bilim ve Sanat Hürriyeti**

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer başlık “bilim ve sanat hürriyeti”dir. Bilim ve sanat hürriyeti, Anayasa'nın 27 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme

suçuna sebebiyet verecek seçimlik hareketlerin bu hakkın kullanılması kapsamına girdiği hâllerde bir hukuka uygunluk sebebinin oluştuğundan bahsedilebilecektir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin birçok sınırlandırma sebebine yer veren kanun koyucu, bilim ve sanat çerçevesindeki düşünceleri ve bunları yayma faaliyetlerini bu noktada ayrı tutmuş ve “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlıklı Anayasanın 27 nci maddesinde oldukça özgürlükçü bir norma yer vermiştir. Bu düzenlemede bilim ve sanat hürriyeti kapsamındaki yayma hakkının ancak ilgili faaliyetlerin Anayasa’nın ilk üç maddesinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla icra edilmesi durumunda sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Buna göre, herhangi bir bilim veya sanat faaliyetini “genel sağlık” gibi genel bir sebeple sınırlandırmak mümkün değildir. Bu nedenle mevcut durumda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması özendirme suçunu oluşturacak nitelikteki bir fiilin bir sanat eseri aracılığıyla icra edilmesi hâlinde de bu fiil, sanat hürriyeti kapsamına girdiği müddetçe hukuka uygun kabul edilecektir<sup>42</sup>.

Bu noktada ilgili hukuka uygunluk sebebinin incelemeyi önce sırasıyla sanatın tanımına ve ardından hürriyet ile otorite kavramları arasındaki ilişkiye değinmekte fayda görüyoruz.

Sanat ve sanatı yayma hürriyetini değerlendirmeden önce sanatın çeşitli tanımlarına değinmek gerekir. Türk Dil Kurumu’nun yayımladığı Güncel Türkçe Sözlük’ün genel ağdaki sürümüne göre sanat; “*bir duygu, tasarı, güzellik vb. nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*”tır. Ancak sanatın bundan başka pek çok farklı tanımı mevcuttur. Clive Bell’e göre sanat, “*bütüncül biçimde estetik beğeni oluşturan, şekil, çizgi ve renk unsurlarının ilişkisi*” iken<sup>43</sup>; Aristoteles’e göre sanata üstün değerini veren şey, “*haz vermenin yanında karaktere ilişkin olarak çeşitli zihin durumları yaratma ve insanlarda doğru olan yönünde bir yatkınlık meydana getirme işlevinin olması*” idi<sup>44</sup>. Neo-Wittgensteinci görüş ise, sanatın ucu açık bir kavram olduğunu, tanımlanamayacağını ve bir eserin

<sup>42</sup> Nitekim geçtiğimiz aylarda yapılan bir yargılama neticesinde ilk derece mahkemesi de, sanat hürriyeti ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin yaptığı değerlendirmede bu yönde kanaat bildirmiştir; “... Anayasanın bu maddesinde yer alan sanat özgürlüğü Anayasanın sadece ilk üç maddesi ile sınırlandırılmış olup, ifade özgürlüğünü konu alan Anayasanın 26. maddesinde olduğu gibi kamu düzeni adına sınırlandırılması söz konusu değildir. Anayasanın bu maddesine göre; uyuşturucu kullanımının olumlu etkilerini bir şarkının sözlerini madde kullanımını özendirme olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Çünkü dikkat edilmesi gereken, TCK’nın 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi doğrultusunda, kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya açıkça özendirme ve bu nitelikte yayın yapma kastının olup olmamasıdır. Bu nedenle; bir ifadenin sanatsal niteliği, o ifadeye bahse konu suç kapsamında bir tür dokunulmazlık getirmektedir. Hayal ürünü eserlerde geçen ifadeler, bu eserleri üreten kişilerden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Aksi halde; her şarkıda, her filmde sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme değil başka pek çok suçun da oluştuğunu varsaymak mümkün olacaktır. Sanatçının ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda sadece kesin ve gerekli ölçütler çerçevesinde sınırlandırılmalıdır. Aksi halde; Anayasanın 26. ve 27. maddeleri ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade ve sanat hürriyeti, ölçüsüz ve orantısız şekilde ihlale açık hale gelecektir...” T.C. İstanbul Anadolu 44. Asliye Ceza Mahkemesi, 19.06.2018, 2018/394 E., 2018/361 K.

<sup>43</sup> Dickie, George, Introduction to Aesthetics, New York 1997, s. 53.

<sup>44</sup> Yetişken, Hülya, “Aristoteles’te Sanatın Neliği ve İşlevi”, Kaygı - Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı:19, Bursa 2012, s.31.

sanat eseri olup olmadığının yalnızca üzerinde akıl yürütülerek anlaşılabilceğini belirtmiştir<sup>45</sup>. Bu tanım karmaşasında kabul edilen tek kuramsal görüşün sahibi olan *George Dickie* ise sanat eserinin; bilinçli olarak insan eliyle yapılmış, belirli bir sosyal kurum olan sanat dünyası adına hareket eden kişi veya kişiler tarafından, bazı özellikleri hakkında fikir birliğine varılmış, özgün niteliklere sahip ve beğeni kazanmaya aday obje olduğunu belirtmiştir<sup>46</sup>. Kısacası sanat; yaratıcılığın ve hayal gücünün madde üzerindeki tecellisi, duygu ve düşüncelerin çeşitli biçim ve araçlarla, belirli bir amaca bağlı veya her türlü amaçtan münezzeh biçimde dışa vurulmasıdır ve sanatın gelmiş geçmiş tüm sanatçıların sayısı kadar farklı tanımı mevcuttur. Bu, sanatın öznel niteliğinin ve bir sanat eseriyle ilintili tüm hususların yalnızca ilgili eserin özü dikkate alınarak incelenmesi gerektiğinin en büyük göstergesidir.

Teknolojik gelişmeler ivme kazandıkça kişi hürriyetinin -ve doğal olarak sanatın ve sanat hürriyetinin- kapsamı da kimi alanlarda daralıp kimi alanlarda genişlemek suretiyle değişmektedir. Son yıllarda kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ve özellikle internetin tüm özellikleriyle neredeyse alternatif bir yaşam alanı hâline gelmesi sonucunda sınırları henüz belirgin olmayan, olması da günden güne zorlaşan özgürlük alanları ortaya çıkmış; medya, etkileşimli hâle gelmiş, insanların yayın hayatındaki pasif konumu büyük ölçüde ortadan kalkmış ve toplumu oluşturan bireyler artık medyanın aktif unsuru hâline gelmiştir. Artık bireyler sanatsal faaliyetlerinin birçoğunu da bu yolla sergilemek yoluna gitmektedir. Bu noktada devletler ise hıza yetişilemeyen bu gibi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hukuk düzeninin dışında kalmaması adına, otorite-hürriyet dengesini tesis ederken aynı zamanda farklı ölçütleri birbirleriyle kıyaslamak ve kendi öznel şartlarını da hesaba katmak suretiyle sanat alanında uygulayacakları politikalarını da ihdas etmektedirler<sup>47</sup>.

Ülkemizde sanatın oluşum alanına ilişkin anayasal koruma mutlaktır ve bu alan devletin veya kişilerin her türlü müdahalesine karşı kesin bir koruma altındadır. Ancak sanatın etkilerini doğurduğu alanda bu koruma oluşum alanının aksine mutlak değildir ve anayasada belirtilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde bu alandaki kullanımın sınırlandırılabilmesi mümkündür. Ancak sanat faaliyetlerinin sınırlandırılması hususunda yetkili makamların yetkisinin çok dar olduğuna ve kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemeyeceğine de dikkat edilmelidir<sup>48</sup>. Ayrıca

<sup>45</sup> Warburton, Nigel, *The Art Question*, New York 2003, s. 65-86.

<sup>46</sup> Dickie, s. 82; Gültekin, Ahmet Cüneyt, "Arthur Danto ve George Dickie'de Sanat Etkinliğinin Kurumsal Yapısı", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF)*, Sayı: 18 (2014 Güz), s. 127-130.

<sup>47</sup> Örneğin; Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sanat hürriyetinin anayasal sınırlarını tartışırken, sanat özgürlüğünün, bireysel karar ve yaratıcılık olmaksızın bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmiş; sanatın insan kişiliği ve onuru ile kopmaz bir bağ içerisinde olduğunu ortaya koyarak Alman Anayasası'nın, sanatın tüm sosyal uzantı ve etkilerine rağmen sanat hürriyetini sınırlandırmamayı göze aldığını ifade etmiştir. Müller, Friedrich, *Positivtaet der Grundrechte*, Berlin 1969, s. 73'den aktaran Bingöl, Bilge, "Sanat Özgürlüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, Ankara 2011, s. 119.

<sup>48</sup> AYM, Fatih Taş Başvurusu, 12.11.2014, Başvuru No: 2013/1461, § 108.

çeşitli yargı kararlarında devletin, sanat eserini yaratan kişilerin ifade özgürlüklerine gereksiz müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü konusunda daha hassas davranması gerektiği de vurgulanmıştır<sup>49</sup>. Bu noktada, hürriyet ve otorite kavramları arasındaki ilişki ortaya konulmalıdır.

Hürriyet ile otorite, birbirlerine pek çok noktada bağlı olan ve yine bu noktalarda meydana gelen çekişmelerin öznesini oluşturan kavramlardır. Bu iki kavram arasındaki ilişki açıklanırken otoritenin yaratılmasındaki öncelikli amacın idare edilenlerin kişisel hürriyetlerinin tesis edilip korunması olduğu göz önünde bulundurulmalıdır<sup>50</sup>. *Foucault* da bu yönde görüş bildirmekte ve iktidarın yalnızca özgür özneler üzerinde ve yalnızca özgür oldukları sürece uygulanabileceğini, otoritenin kurulmasının ve devamının ön koşulunun hürriyetin mevcudiyeti olduğunu belirtmektedir<sup>51</sup>. Bu nedenle bu iki kavram arasındaki ilişkinin karşılıklı değil, mecburi birliktelikten kaynaklanan çekişme odaklı bir ilişki niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu çekişme ilişkisinin tarafları arasındaki dengenin muhafazası ile şartlara göre revize edilmesi ise siyaset felsefesi kadar hukukun da başlıca problemlerinden birini teşkil etmektedir. Kavramların çekiştiği alanı bir teraziye benzetecek olursak terazide otoritenin bulunduğu kefe ağır bastığında bu; bilimin, sanatın ve nihayetinde kültür ve medeniyetin gelişmesi önünde büyük bir engel teşkil edebilmektedir. Fakat aksi ihtimalde, yani hürriyet otoriteyi galebe çaldığında ise toplum; çeşitli güvenlik ve sağlık zafiyetleriyle karşı karşıya kalabilmekte ve nihayetinde içtimai düzenin ortadan kalkması tehdidiyle yüz yüze gelebilmektedir. Bu noktada bu kavramların elverişli vasıtalarla dengelenmesi ve bu yolla kamu düzeninin tesis edilmesinin toplumu oluşturan tüm fertler için hayli mühim olduğu ortadadır. Bu dengenin tesisi ve korunması ise çağın ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte yeni normlar ihdas edilmesi yoluyla mümkündür ki normlar; sabit ve yeknesak metinler değildir, dönemin şartlarına bağlı olarak değiştirilmeleri yahut güncellenmeleri yine kendi içeriklerinde hükme bağlanmış olan usullerle mümkün ve gereklidir.

*Farid Shaheed*'e göre sanatsal yaratıcılığın diriliği, kültürlerin gelişimi ve demokratik toplumların işleyişi için gereklidir<sup>52</sup>. Bu hususta sanatın hür ve bağımsızlığının muhafazası ile sanatsal yaratıcılığın otorite tarafından garanti edilmesi, ehemmiyeti büyük sosyal zaruretlere aittir. Ancak temel hak ve hürriyetler gibi bunları sınırlayan normlar da bütünüyle insan içindir. Zira medeniyet iddiasında olan toplumların sanatsal yaratıcılığa, sanatsal yaratıcılığın da içtimai düzene ihtiyacı vardır. Sanatsal yaratıcılığın kaynağını ise hiç şüphesiz ilham oluşturur. Bu noktada mevcut ve olası sınırlandırmalar tesis edilirken sanatçının

<sup>49</sup> İHAM, Müller ve Diğerleri/İsviçre, 24.5.1988, Başvuru No: 10737/84, § 33.

<sup>50</sup> "Hükümet oluşturulmasından amaç, öncelikle kişisel hürriyetin sağlanmasıdır." **Atatürk, Mustafa Kemal**, Medeni Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010, s. 68.

<sup>51</sup> **Foucault, Michel**, *Özne ve İktidar* (çev. O. Akınhay, I. Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016, s. 75.

<sup>52</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, A/HRC/23/34, 14 Mart 2013, s. 3.

hayal dünyası, şahsından münferit biçimde ele alınmalıdır. Örneğin, sadece kanunda suç olarak tanımlanan bir fiile dair bilgileri barındırdığından bahisle hiçbir söylemin yahut eserin bu suçun işlenmesini özendirici nitelik taşıdığı iddia edilememelidir. Zira insan duygularını neyin tetiklediği ve insanın hangi etkilerle bir fiili icra ettiği kesin ölçülerle bilinemeyeceğinden böylesi bir düşünce özellikle sanat hürriyetine ve nihayetinde içtimai düzene zarar verecektir.

Konumuza dönecek olursak, yukarıda incelediğimiz sanat hürriyeti çerçevesindeki yayma hakkının neredeyse tüm sınırlamalardan münezzeh bırakılmış olması ve ilgili maddelerde çalışmaya konu suç tipi ile ilgili herhangi bir özel sebep öngörülmemesi, sanatçılara bu konuda adeta bir dokunulmazlık tanımaktadır. Özellikle “genel sağlık” ile çelişebilecek faaliyetler söz konusu olduğunda ise bu dokunulmazlık, konusu suç teşkil eden çeşitli eylemlerin sanat kisvesi altında yaygınlaşması riskini de muhteviyatında barındırmaktadır. Bu yönüyle, özellikle video barındırma siteleri, blog ve mikrobloglar, içerik paylaşımlı topluluklar, sosyal paylaşım siteleri, video oyunları ilh. denetlenilebilirlikten ve belirlilikten oldukça uzak olan sosyal ağlar olup, bu ağların algıların yönetimi ve türlü bireysel veya kitlesel manipülasyonlar için biçilmiş kaftan niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu noktada özellikle bu platformlar aracılığıyla ortaya konulan içeriklerin niteliği değerlendirilirken somut olayın şartlarının ayrı ayrı ele alınması son derece önem arz etmektedir.

Sanatın öz niteliği subjektif ve değişken olmasıdır. Bu noktada sanat, hakkında yapılacak daraltıcı tanımlamalara elverişli olmayan kaygan bir zemine sahiptir ve her toplumun, her dönemin kendine özgü fikir ve sanat anlayışı mevcuttur. Öyle ki, bugünkü anlayışın yarın geçerli olup olmayacağı veya gelecekte ne gibi faaliyetlerin sanat eseri niteliği taşıyacağı hususları malum olmadığı gibi olması da mümkün değildir. Bu nedenle bir faaliyetin sırf sanat eseri olduğundan bahisle tüm sınırlandırmalardan bağımsız pozisyonda görülmesi hiç şüphesiz rasyonel bir yaklaşım olmayacaktır. Bu noktada kurguya dayalı sanat eserlerinin yaratma hakkı kapsamında değerlendirilerek detaylı bir inceleme yürütülmeksizin kurgunun hükmettiği alanda suç işleme kastının oluşmayacağından bahsedilmesinin de kanaatimizce isabetli olmadığını belirtmek gerekir. Bu gibi durumlarda, her olay kendi somut şartları çerçevesinde değerlendirmeli ve davranışa müdahale etme ihtiyacı ile hareket serbestisi arasındaki denge gözetilmelidir. Bir fiilin sırf sanat eseri olarak kabul ediliyor olması, o fiilin ceza yargısından bağımsız tutulması için tek başına yeterli olmamalıdır. Aksi takdirde sanat felsefesinin ceza hukukunun faaliyet sahasına tecavüzü mevzubahis olacaktır. Örneğin, *Foucault*'ya göre insan yaşamı bile bir sanat eserine dönüştürülebilir<sup>53</sup>. Bu noktada sanat eserinin neliğine *Foucault* ile aynı

<sup>53</sup> “...Bana çarpıcı gelen nokta toplumumuzda sanatın, bireylerle, ya da yaşamla değil, sadece nesnelere ilintili bir şey haline gelmiş olmasıdır. Ayrıca sanatın özelleşmiş olması ya da sanatçıların oluşan uzmanlar tarafından yapılması. Peki ama herkesin yaşamı bir sanat eserine dönüştürülemez mi? Niçin bir tablo ya da ev sanat eseridir de, kendi yaşamımız değil?” *Foucault*, s. 203.

açıdan bakıldığında yaşamında bu dönüşümü gerçekleştirmeyi başaran insanların tüm fiilleri sanat eseri olarak kabul edilebilecek ve istisnasız olarak ceza yargısından bağışık tutulabilecektir. Açıkça görüldüğü üzere bu, oldukça ütöpik ve adil olmayan bir bakış açısidir. Hukuk, bu noktada rasyonaliteye dayalı bir sosyal bilim sahası olup, sübjektif bir meselenin toplumdaki karşılığı hukuku pekâlâ ilgilendirmekle beraber bu karşılık, onu şekillendirmesi gereken bir etken olarak ele alınmamalıdır. Örneğin; gelecekte insan bedeni üzerinde kalıcı yaralara ve tedavisi mümkün olmayan sağlık sorunlarına sebep olan bir dövme çeşidinin toplum nezdinde “sanat” olarak görülecek olması ihtimalinde bile bu faaliyet, hukuk düzeninde vücut dokunulmazlığına karşı suçlar kapsamında yine tartışılmalıdır.

Bu noktada esas önemli olan; her bilim ve her disiplinin, hassaten kendi alanındaki sorunlar üzerine eğilmesi ve kendi doğasına ait sınırlarla yöntemler dâhilinde gerekli düzenlemeleri en iyi ve açıklayıcı şekilde ortaya koymasidir. Özellikle “sanat hürriyeti” bağlamında hangi faaliyetlerin sanat olarak nitelendirileceği sorusuna kanun koyucunun sıralı bir liste ile cevap vermesi makul olmadığı gibi hangi faaliyetlerin suç teşkil edeceği meselesinin çözümünün sırf sanat veya siyaset felsefesinde aranması ve herkesin kendi yaşam tarzı baz alınarak çeşitli kısıtlamalar ve özgürlükler ihdas edilmesini arzulaması hukuki güvenlik prensibine aykırılık teşkil edecektir. Hukuk devletin gereği olarak bu durumda sanatçının yayma hürriyeti ancak kesin ölçütler çerçevesinde sınırlandırılmalı, varsayımlar üzerinden alınan sübjektif kararların önünün açılmasına müsaade edilmemelidir. Özellikle belirli bir kesim tarafından hoş karşılanmıyor olması bir sanat eserinin niteliği hakkında kesin bir kanaate varmak için yeterli olmayıp, bir fiilin niteliğinin tayininde o fiilin birkaç kişide uyandırdığı olumsuz izlenim tek başına bir sonuç ifade etmeyecektir. Bu noktada sanatçının sanatını icra ederken herkesin hoşuna giden eserler ortaya koymak gibi bir yükümlülüğü olmadığına da dikkat etmek gerekir. Ortak kabul, sanat eserlerinin muhteviyatında aranması gereken unsurlardan biri değildir. Ayrıca çalışmamıza konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun oluştuğundan bahsedebilmek için de kanunda tahdidi biçimde sayılan fiillerden birinin sübut bulması gerekmektedir. Fiilin sübut bulması içinse delillerin her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı nitelik taşıması gerekir.

Nihayetinde tüm bu hususlarda yargılama yapma ve değerlendirmemize konu olan kavramların çatışması sonucunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkları objektif bir şekilde uzlaştırma yükümlülüğü yine tarafsız ve bağımsız yargıya düşmektedir. Bir konuda özgürlükler yahut sınırlamalar ihdas edilecekse her ikisinin de normlar aracılığıyla sağlanması hukuk devleti olmanın bir gereğidir ve nihayetinde Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk Devletidir. Bu noktada sanat faaliyetlerinin sınırlandırılmasının kimi durumlarda



toplumu oluşturan bireylerin tümünün sağlığı için zorunluluk arz edebileceğini söylemek yerinde olacaktır. Menfi etkileri hususunda evrensel görüş birliği bulunan uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri yasallaştırma çabalarının hat safhada olduğu ve birçok kitle iletişim aracının beraberinde algıların yönetimi ile manipülasyon dalgalarını da getirmiş olduğu gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, genel sağlığın tehdit edildiği durumlarda başvurulabilecek ölçülü sınırlamaların da toplum için en az sanat kadar zaruri bir ihtiyaç olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Kanaatimizce hiçbir şey insan sağlığından daha değerli ve korunmaya değer olmadığından toplum sağlığına karşı büyük tehdit oluşturan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yaygınlaşması ve yasallaşmasıyla mücadele amacıyla birtakım temel hak ve hürriyetler hassaten ölçülülük ilkesine ve yukarıda değindiğimiz diğer koşullara bağlı kalmak şartıyla sınırlandırılabilir. Ancak sanatın etki alanına getirilecek bu sınırlamalar ihdas edilirken objektifliğe ve toplum menfaatine pekâlâ riayet etmeli ve her olay kendi şartlarıyla ayrı ayrı incelenmelidir. Bu doğrultuda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kapsamında yer alan genel sınırlandırma sebeplerinin topyekün hâlde tekrar düzenleme kapsamına alınması şüphesiz tutarlı bir hamle olmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, genel sağlığın Anayasa'nın 27 nci maddesinde sayılan sınırlandırma ölçütleri arasına dâhil edilmesi hâlinde hem toplum fertlerinin genel sağlığının korunumu sağlanabilecek, hem de sanat hürriyetinin "kamu düzeni" gibi genel sebeplere sığınarak siyasi ve keyfi amaçlarla kısıtlanmasının önlenmesi konusunda anayasal kararlılık devam edecektir.

## IV. Suçun Özel İşleniş Biçimleri

### 1. Teşebbüs

Sırf hareket suçları, neticenin oluşması aranmadığından çoğu zaman teşebbüse uygun değildir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu da bir sırf hareket suçu olduğundan niteliği gereği teşebbüse elverişli değildir. Ancak fiil, işleniş tarzı itibarıyla parçalara ayrılabilirse suça teşebbüsten bahsedilebilir. Doktrinde bu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçunun teşebbüse elverişli olduğu yönündeki görüşlere göre<sup>54</sup> failin uyuşturucu maddenin kullanılmasını özendirmeye yönelik faaliyetine henüz başlamışken seçimlik hareketi gayriihtiyari şekilde tamamlayamaması hâlinde teşebbüsten bahsedilebilir. Ancak diğer bir görüş<sup>55</sup> ise bu suçun tamamlanması için özendirme failinin kitlelere ulaşmış olması gerektiğinden bahisle bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını ve aksi hâlde

<sup>54</sup> Yenidünya, s. 111. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5860; Yokuş Sevik, s.246.

<sup>55</sup> Cankurt, Ezgi, "Sanal Dünyanın Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi", 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018, s.156.

hazırlık hareketlerinin de cezalandırılmış olacağını, bu durumun da suçta ve cezada kanunilik ile orantılılık ilkeleri uyarınca ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce bu suça teşebbüsten bahsedebilmek için, özendirici nitelik taşıyan fiilin aleniyete kavuşması amacıyla harekete başlanmış, ancak kişinin kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple aleniyetin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Örneğin özendirici nitelikte bir köşe yazısının yazarı tarafından tamamlanıp yayımlanmak üzere gazeteye gönderilmesinden sonra gazetenin herhangi bir sebeple basılamaması veya dağıtılamaması hâlinde suça teşebbüs söz konusu olabilir. Ancak kişinin icra hareketlerine başladıktan sonra, elverişsizlik nedeniyle, fiil aleniyete ulaşamamışsa, teşebbüs sorumluluğu gündeme gelmemelidir. Örneğin kişi özendirici nitelikte bir videoyu bir video sitesine yüklemek için (onaylandığı takdirde otomatik olarak yayımlanması amacıyla) kontrol merkezine gönderdikten sonra videonun merkezce incelemesi yapılırken telif hakkı ihlali içerdiği tespit edildiği için yayımlanmaması hâlinde fiilin işleniş biçimi ve içeriği itibarıyla aleniyete ulaşması başından beri imkânsız olduğundan hareketin elverişsizliği kabul edilmeli ve TCK m. 35 uyarınca teşebbüs sorumluluğu gündeme getirilmemelidir. Kanımızca bu sonuç, normun konuluş amacı ve teşebbüse ilişkin normatif düzenlemeye uygundur.

Teşebbüse elverişli suçlarda suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen veya suçun tamamlanmasını bilfiil önleyen kişi bakımından, gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK'nın 36 ncı maddesi uyarınca *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”*. İncelemeye konu uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin cezanın tatbikinde -bu suça teşebbüsün mümkün olduğunun kabulü hâlinde- gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulabilecektir.

Bu suç bakımından gönüllü vazgeçme kapsamında dikkat edilmesi gereken husus aleniyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Aleniyet bakımından elverişli olan fakat henüz sayısı belirsiz kişiler tarafından algılanabilecek bir düzeye ulaşmamış olan bir fiil söz konusu olduğunda, suçun olduğundan bahsedebilmek için aleniyetin gerçekleşeceği makul bir süre ilgili açıklamanın yayında kalması koşulu aranmalıdır. Örneğin, uyuşturucu maddeleri özendirici bir nitelik taşıyan bir sosyal medya paylaşımının, yayımlandıktan çok kısa bir süre sonra (örn. 5-10 saniye içinde) paylaşan kişi tarafından kaldırılması hâlinde henüz aleniyete ulaşma yeterliliğine sahip (makul bir süre yayında kalmış) bir yayın söz konusu olmadığından, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekir. Kuşkusuz, bu sonuca ulaşılırken, somut olayın özellikleri titiz bir şekilde değerlendirilmelidir.

TCK'nın 192 nci maddesinde “*Etkin Pişmanlık*” kenar başlığıyla uyuşturucu madde suçlarına ilişkin cezayı kaldıran veya hafifleten şahsi hâllere yer verilmiştir, ancak bu düzenleme uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu kapsamadığından bu suç tipi için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

## 2. İştirak

İştirak açısından özel bir durum arz etmeyen bu suçta, müşterek fail (m.37), azmettiren (m.38) ya da yardım eden (m.39) olarak iştirak mümkündür. Özendirme fiili üzerinde birden fazla kişinin fonksiyonel hâkimiyeti bulunmakta ise müşterek faillik söz konusu olacaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte bir yayın yahut konuşma yapması konusunda bir başkasına fikir veren kişi azmettiren, bu nitelikte bir açıklama ya da yapmak niyetinde olan birini teşvik eden, suç işleme kararını kuvvetlendiren, çeşitli şekillerle suçun icrasını kolaylaştıran kişi ise yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır<sup>56</sup>.

Fail, nitelikli hal olarak sayılan meslekleri icra eden bir kişi ile birlikte bu fiili icra ederse, kendisi açısından suçun temel şekli, diğer meslek mensubu kişi açısından suçun nitelikli hali uygulama alanı bulacaktır.

İletişim teknolojilerinin hayatın her alanına yayılması ve özellikle sosyal medyanın geniş kitleler tarafından kullanılmaya başlanmasıyla çeşitli suçlara iştirak hususunda cevaplanması gereken sorular ortaya çıkmıştır. İnsanlar artık yalnızca kendilerinin değil, başkalarının fikir ve söylemlerini de sosyal medya aracılığıyla paylaşabilmektedir. Failinin cezai yaptırımla karşılaşmasına yol açabilecek nitelikteki bir paylaşımın diğer kişilerce çeşitli suretlerle paylaşılması söz konusu olduğunda, ayrıca suç kastı içerdiklerinin tespiti hâlinde, bu paylaşımların bağımsız olarak ilgili suç kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim doğrudan inceleme konusu suç hakkında olmamakla birlikte, hakaret suçuna ilişkin Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur<sup>57</sup>.

## 3. İctima

Her ne kadar maddenin kenar başlığında ismen zikredilmemiş olsa da, 190 nci maddenin gerekçesinde suç olarak ihdas edildiği açıkça belirtilen 2 nci fıkradaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna, 1 inci fıkradaki

<sup>56</sup> **Yokuş Sevük**, s.253.

<sup>57</sup> “...Saniğin, twitter adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer sanık tarafından paylaşılan tweeti retweetlediğinin, kendi ikrarı ile de sabit olması karşısında, kamu görevlisine görevinden dolayı zincirleme şekilde hakaret suçunun unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden, saniğin mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi...” **Yarg. 18. CD, 07.12.2015, 2015/10377 E., 2015/12777 K.**; “...saniğin twitter isimli sosyal paylaşım sitesinden paylaştığı tweet ve retweetlerdeki ifadelerle, suçun işlendiği tarihler, paylaşımlarda kullanılan ifade ve resimlerden yola çıkılarak açıkça katılanı kastettiğinin anlaşılması ve bu paylaşımların küçük düşürücü, onur, şeref ve saygınlığı rencide edici boyutta olması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden beraat kararı verilmesi...” **Yarg. 18. CD., 2016/12944 E., 2018/5756 K.**

uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle birinci fıkrada düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu ile incelemeye konu özendirme suçunun birlikte işlendiği durumlarda söz konusu iki suç arasında fikri içtima hükümlerine (m.44) gidilmesi mümkündür<sup>58</sup>. Örneğin; dinleyicileri alenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya özendiren ve aynı zamanda bu maddeleri kullanma yöntemleri hakkında bilgi veren bir radyo yayını söz konusu olabilir. Bu takdirde ilgili suçlar arasında fikri içtima ilişkisi gündeme gelecektir. Ancak iki suç tipi için öngörülen ceza miktarları aynı olduğundan bu durum yeni ve farklı bir hukuki sonuca sebebiyet vermeyecek olup, bu içtima ilişkisinin pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır<sup>59</sup>.

Failin, belirsiz sayıda kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya alenen özendirmesi ve aynı zamanda bu kişilerden bazılarını uyuşturucu veya uyarıcı madde temin etmesi halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Buna göre bir görüş<sup>60</sup>, failin her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini söylerken; her iki fiilin haksızlık içeriğini kapsayacak şekilde tüketen norm olmasından ötürü sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde temini suçundan ceza verilmesi gerektiğini savunan yazarlar<sup>61</sup> da bulunmaktadır. Kanaatimizce birinci görüş yerinde olup, fiil tekliğinden söz etme imkânı bulunmadığından, her bir fiil ayrı ayrı ele alınmalı ve cezalandırmaya konu edilmelidir. Zira içtima hususundaki temel prensip, “*kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır*” şeklindedir. Bu gibi durumlarda, suçların korudukları hukuki değerler ile fiillerin yapısı farklı olduğundan, ayrı ayrı davranışlarla birden fazla uyuşturucu madde suçunun oluşumuna sebebiyet verilmesi halinde, fiil adedince suçun oluştuğu kabul edilmelidir<sup>62</sup>.

Fail, tek bir fiille hem uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunu işlemiş, hem de bir başka suça sebebiyet vermişse, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin; bir kişinin sosyal medya aracılığıyla ölüm vuruşu<sup>63</sup> yöntemini özendirici nitelikte telkinlerde bulunması halinde hem TCK m. 84/3’de düzenlenen intihara alenen teşvik suçu hem de uyuşturucu veya uyarıcı

<sup>58</sup> Özбек, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 807.

<sup>59</sup> Yokuş Sevik, s.247.

<sup>60</sup> Güngör-Kınacı, s.672.

<sup>61</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s. 912

<sup>62</sup> Nitekim böyle bir durumda yalnızca 188 inci maddeden hüküm kurulmasını savunan ikinci görüş sahibi yazarların bu görüşlerini dayandırdığı Yargıtay kararında da 188 inci madde hükmünün tüketen norm olmasından dolayı değil, yargılamaya konu olayda 190 inci maddede düzenlenen suç tipinin unsurlarının oluşmadığından bahisle 188 inci maddeden hüküm kurulması gerektiği ortaya konulmuştur. **Yarg. 10. CD., 28.02.2014, 2013/13007 E., 2014/1359 K.**

<sup>63</sup> Argodaki kullanımı “altın vuruş” şeklinde olan ve “öldürücü miktarda uyuşturucunun kullanıcı tarafından bilfiil zerki” eylemini açıklayan bu tanımlamada “altın” sıfatının kullanılmasının bu eylemin menfi sonuçları noktasında oluşan yahut oluşması gereken farkındalığı engelleme ihtimali gözetilerek yaygın kullanımdan farklı olarak “ölüm vuruşu” kullanımı tercih edilmiştir. Argodaki yaygın kullanım için bkz. **Aktunç, Hulki**, Türkçe’nin Büyük Argo Sözlüğü (Tanıklarıyla), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998, s.37.

madde kullanılmasını özendirme suçu (m.190/2) oluşacak ve fikri içtima hükümleri (m.44) uyarınca fail en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır<sup>64</sup>.

Son olarak, suçun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir (m.43)<sup>65</sup>.

## V. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu, takibi şikâyete bağlı suçlardan değildir. Bu suçun soruşturması ve kovuşturması genel hükümler kapsamında re'sen yürütülür.

Süreler bakımından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu için öngörülen dava zamanaşımı süresi on beş yıl olup bu süre, 12 yaşını doldurup 15 doldurmamış olan failler için on yıldır. Dava zamanaşımını düzenleyen TCK m.66'nın 3 üncü fıkrası, bu sürenin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin de göz önünde bulundurulacağını hükme bağlamıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu bakımından TCK m.190/3'te, cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

## VI. Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11 inci maddesi uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunda görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir<sup>66</sup>. Ancak bu hususta somut olay bağlamında TCK m.188'in kapsamına giren bir suç söz konusu olursa, bu suçlara karşı öngörülen ceza miktarı dikkate alındığı takdirde görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesi olacaktır<sup>67</sup>.

Yetkili mahkeme ise CMK m. 12/1 mucibince kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak özendirme suçunun yayın yapmak suretiyle işlenmesi halinde yetkili mahkeme somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterecektir. Şöyle ki; suç, ülke genelinde yayımlanan bir matbu eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesindedir. Aynı zamanda CMK 12/3 uyarınca aynı eserin birden fazla yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkili hale gelecektir. Suçun işlendiği yer belli değilse, sanığın yakalandığı yer; yakalanmamışsa, yerleşim yeri mahkemesi; sanığın Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyorsa, Türkiye'de en son

<sup>64</sup> Aynı yönde bkz. **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.807.

<sup>65</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.5861.

<sup>66</sup> **Yokuş Sevük**, s. 255.; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.807.

<sup>67</sup> **Yılmaz**, s. 368.

adresinin bulunduğu yer mahkemesi, bu da belli değilse, hakkında ilk muhakeme işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunları uygulanacaktır. (TCK m. 13/1-e) Ancak bu şekilde işlenen suçtan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlanmıştır (TCK m. 13/2).

## VII. Yaptırım

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna ilişkin 190 nıncı maddenin 2 inci fıkrasındaki düzenlemenin ilk halinde kanun koyucu bu suç için *iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası* öngörmüşken, 18 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile birlikte uyuşturucu ve uyarıcı madde ile ilgili suçlara ilişkin cezalarda artışa gidilmiş ve düzenleme uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu için öngörülen ceza *beş yıldan on yıla kadar hapis cezası* şeklinde değiştirilmiştir.

15 Ağustos 2017 tarihli 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 132 ila 134. maddeleriyle ise uyuşturucu madde suçları için öngörülmüş olan mevcut cezalara adli para cezaları da eklenmek suretiyle bu suçların cezalarında genel bir artırıma gidilmiştir. Mevzubahis değişiklik, 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 1 Şubat 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla kanunlaşmış ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçuna bağlanan yaptırım da *“beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası”* şeklindeki son halini almıştır. Böylece incelemeye konu olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçunun işlenmesi halinde verilecek ceza ikinci kez değişikliğe uğramıştır.

İfade edelim ki, beyan, açıklama ve yayın suretiyle işlenen bu suç, bir tehlike suçu olup, öngörülen bu cezalar, ilgili suçun haksızlık içeriğinden çok daha fazladır. Bilhassa, uyuşturucu maddeleri konu alan diğer suç tiplerine nazaran haksızlık içeriği daha az olan bu suçun, buna rağmen daha ağır bir yaptırımının bulunması, ceza siyaseti açısından bir çelişki ve tutarsızlığın tezahürüdür. Örneğin 191 inci maddede ihdas edilen ve haksızlık içeriği 190/2’den daha fazla olan suç tipi açısından *“iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası”* öngörülmüşken, özendirme suçu açısından *“beş yıldan on yıla kadar hapis cezası”* öngörülmesi, ceza siyaseti ile izah edilebilir olmaktan uzaktır. Aynı şekilde, bir tehlike suçu olarak haksızlık içeriği daha fazla olan *“suç işlemeye tahrik”* suçunun cezası *“altı aydan beş yıla kadar hapis cezası”* iken, özendirme suçu için *“beş yıldan on yıla kadar hapis cezası”* öngörülmesi, bu tutarsızlığı ortaya koyan bir diğer somut örnektir.

Suçun konusunu bizatihi uyuşturucu maddelerin oluşturuyor olması, suça bu denli ağır bir yaptırımın öngörülmesine bir gerekçe oluşturmamalıdır. Yukarıda da geniş bir biçimde yer verdiğimiz gibi bu suç ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin tesisi ve bu husustaki belirsizlik bir yana, suça bağlanan ceza tehdidinin bu kadar ağır olması TCK'nın 3/1 üncü maddesinde yer verilen "*filin ağırlığıyla orantılı ceza prensibi*"ne uygun düşmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce bu suçun, haksızlık içeriği ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle daha uygun bir yaptırıma bağlanması isabetli olurdu.

TCK 190/3 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun aynı maddenin kanun koyucunun saydığı kişiler tarafından işlenmesi durumunda, verilecek ceza yarı oranında artırılarak tatbik olunacaktır. Ayrıca bu suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halini düzenleyen bu üçüncü fıkranın uygulandığı hallerde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun birtakım mesleklere mensup olan kişilerce görevi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi dolayısıyla TCK m.53/5'teki yasaklamalara da hükmolunması iktiza edecektir<sup>68</sup>.

Son olarak, 5651 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasında erişimi engellenebilecek suçlar katalog halinde sayılmıştır<sup>69</sup>. Söz konusu fıkrada çalışmamıza konu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçuna da katalogda sayılmış olduğundan bu suçun internet ortamında içerik paylaşma yahut yayın yapma yoluyla oluştuğu yönünde şüphe<sup>70</sup> bulunması durumunda ilgili internet sitesine erişimin 5651 sayılı Kanununun m. 8 f. 1'in (a) bendi uyarınca engellenmesi kararı verilebilecektir. Ancak böyle durumlarda özendirme faaliyetinin "aleniyet" şartını haiz olup olmadığı hususunda somut olayın şartları da göz önünde bulundurulmalıdır<sup>71</sup>.

## Sonuç

Türk Ceza Kanunu'nun 190 ıncı maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ilişkin biri kullanımı kolaylaştırma diğeri ise kullanımı özendirme olmak üzere iki

<sup>68</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, s.5862.

<sup>69</sup> **5651 sayılı Kanun m. 8/1:** "(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190) suçları..."

<sup>70</sup> "...Kanun koyucu, suçun oluşmasına ilişkin "yeterli şüphe sebebi" terimini tercih etmiştir. Dolayısıyla suçun işlendiğine ilişkin emarelerin bulunması durumunda yetkili makamlar engelleme kararı verebilecektir. Öte yandan, engelleme kararı zaten tedbir niteliğinde olduğundan şayet herhangi bir suçun işlenmesi söz konusu değilse İnternet sitesinin ilgilileri engelleme kararının kaldırılmasını talep edebilecektir." **Kılıncı, Doğan**, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hüriyeti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2010, s.413.

<sup>71</sup> **Kaya, Mehmet Bedii**, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009, s. 106-107.



farklı suç ihdas edilmiştir. Çalışma boyunca incelediğimiz “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu*” madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere bu maddenin 2 nci fıkrasında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen, 190 ıncı maddenin kenar başlığı yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunu içermekte ve ikinci fıkrada düzenlenen özendirme suçunu kapsamamaktadır.

Korunan hukuki değer noktasında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçunun kanunun sistematigi içerisinde bulunduğu konum itibarıyla korumayı amaçladığı hukuki değerın “*kamu sağlığı (genel sağlık)*” olduğunu söylemek mümkündür.

Fiil ve netice unsurları yönünden uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçu seçimlik hareketlerle işlenebilen bir sırf hareket suçudur. Bu seçimlik hareketler fıkra metninde “*alenen özendirmek*” ya da “*özendirici nitelikte yayın yapmak*” şeklinde tahdidi biçimde sayılmıştır. Suçun oluşması için bu fiillerden birinin icra edilmesi yeterli olup, herhangi bir netice aranmamaktadır. Bu noktada aleniyet ve özendirme kavramlarının doğru tanımlanması, özellikle özendirme ile teşvik fiilleri arasındaki ayrımın saptanması oldukça mühimdir.

Aleniyet, kelime anlamı itibarıyla bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması anlamına gelmektedir. Aleniyetin varlığı açısından fiilin işlendiği yer ya da fiili algılayan kişi sayısının bir önemi bulunmamaktadır. İster özel bir mekân, ister kamusal bir alan olsun bir fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilecek şekilde icra edildiği durumlarda aleniyetin varlığından söz edilmelidir. Bu çerçevede aleniyetin gerçekleştiğinin kabulü için özendirme fiilinin belirsiz sayıda kişiye ulaşabilme ve bu kişilerce bilinebilme ihtimalinin bulunması yeterli olup bu fiilin ayrıca kişilere ulaşmasının ya da bu kişilerce öğrenilmesinin gerekli olmadığını ifade etmek gerekir.

Özendirme ise, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin güzel bir şey olarak sunulması, övülmesi veya ilgi çekici hale getirilmesi şeklindeki davranışları kapsamakta olup genel itibarıyla teşvik boyutuna ulaşmayan davranışları ifade etmektedir. Teşvik fiilinde kişilerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaları amacıyla iradelerine yönelik bir davranış mevzubahisken, özendirmede bizatihi özendirmeye konu oluşturan şeyin kendisi hakkında bir değerlendirme söz konusudur. Bu anlamda, sayısı belirsiz soyut kişilerin bu maddelerin kullanılmasını hususunda yönlendirilmesi durumunda çalışmamıza konu 190 ıncı maddenin 2 nci fıkrasındaki suç değil, 214 üncü maddede düzenlenen “*suç işlemeye tahrik*” suçunun varlığı gündeme gelecektir. Somut ve belirli bir veya birden fazla kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına yönlendirilmesi ya da teşvik edilmesi ihtimalinde ise bu

eylem, somut olayın özelliklerine göre 188 inci maddenin 1 ve 3 üncü fıkralarında düzenlenen suçlara veya 191 inci maddede düzenlenen suçta iştirak (m. 38,39) çerçevesinde yaptırıma tabi tutulabilecektir.

Bu suçta diğer seçimlik hareket ise “*uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak*”tır. Bu çerçevede radyo, televizyon, internet ve diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılan her türlü görsel veya işitsel, sözlü ya da yazılı yayınların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirici niteliği haiz olması hâlinde, bu yayınların kişilerce öğrenilmiş olması şartı aranmadan maddede ihdas edilen suçun oluştuğu kabul edilir. Kanaatimizce alenen özendirmenin özel bir hâlini teşkil eden özendirici nitelikte yayın yapma eyleminin ayrı bir seçimlik hareket düzenlemesi yerine, haksızlık içeriği gözetilerek ve yayının ulaşacağı kitlenin büyüklüğü göz önünde bulundurulmak suretiyle, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmesi yerinde olabilirdi.

Fail açısından düzenlemede yer verilen seçimlik hareketli icra eden herkes bu suçun faili olabilir. Ancak suçun üçüncü fıkrada düzenlenen nitelikli hâli birtakım kişilere özgülenmiştir. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçu Türk Ceza Kanunu’nun 190 inci maddesinin son fıkrasında tahdidi biçimde sayılan mesleklere mensup kişiler tarafından işlendiği takdirde bu kişiler daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi uyarınca yarı oranda daha ağır şekilde cezalandırılacaktır. Özetle bu suç tipinin görünüşte özgü suç niteliğinde olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Mağdur bakımından ise bu suç tipinde somut bir mağdur söz konusu olmayıp toplumu oluşturan tüm bireyler mağdur sıfatını haizdir.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını özendirme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın oluşması açısından ise failin özendirme filini bilerek ve isteyerek icra etmesi yeterli olup ayrıca failin belirli bir saikle hareket etmesi gerekmemektedir. Ayrıca bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin farklı görünüş biçimlerinin söz konusu olabileceği ifade edilmelidir. Bu kapsamda, mesleğin icrası, haber verme hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, bilim ve sanat hürriyeti hukuka uygunluk sebepleri gündeme gelebilecektir.

Çalışma boyunca incelediğimiz suç tipine ilişkin en önemli tartışma hiç şüphesiz bu suçta sebebiyet veren seçimlik hareketlerin sanat hürriyeti kapsamında icra edilmesi durumunda kendini göstermektedir. Kanımızca, somut olayda suçun unsurlarının oluştuğunun tespiti hâlinde genel sağlığın cezai korunumu amacıyla bu hakkın kapsama alanında çeşitli sınırlandırmaların gündeme gelebilmesi imkân dâhilindedir. Ancak, somut olayın niteliğinden açıkça özendirme kastı anlaşılmadan bu suçun

oluştduğundan bahsedilmesi, Anayasa’da koruma altına alınan düşünce hürriyeti ile sanat hürriyetine aykırılık teşkil edeceğinden, her somut olay, kendi şartları çerçevesinde ayrı ayrı ve dikkatle değerlendirilmelidir. Özellikle kurguya dayalı eser ve içerikler bu kapsamda değerlendirilirken Anayasa’nın 58. ve 64. maddelerinde düzenlenen devletin sanatı, sanatçıyı ve gençliği koruma yükümlülükleri, ilgili temel hak ve hürriyetlerle birlikte göz önünde bulundurulmalı, yukarıda bahsedilen hürriyet-otorite dengesi adil bir şekilde tespit ve tesis edilmelidir.

Sırf hareket suçu olan inceleme konusu suç, fiilin kısımlar ayrılabilir şekilde icra edilmesi halinde teşebbüse elverişli hale gelebilir.

Suçta iştirak açısından bir özellik bulunmayıp, iştirakin her şekli bu suçta mümkündür.

Suçların içtima açısından, suçun zincirleme şekilde işlenmesinin mümkün olduğunu ve tek fiille bu suçun dışında farklı bir suçun oluşumuna sebebiyet verildiği durumlarda, fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmek gerekir.

Suçun takibi resen yapılır. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir. Ancak suçun uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirici nitelikte yayın yapmak suretiyle işlenmesi halinde yetkili mahkeme somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterecektir.

Suçun yaptırımını, yapılan değişikliklerle birlikte arttırılmış ve bu suç bakımından mevcut düzenlemede “beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası” öngörülmüştür. Öngörülen bu yaptırım, suçun haksızlık içeriğine nazaran son derece ağırdır. TCK’nın 191 ve 214 üncü maddelerindeki suçlara ilişkin yaptırımlar ile özendirme suçu bakımından öngörülen yaptırım mukayese edildiğinde, açık bir tutarsızlık olduğu ve bunun ceza siyaseti ile açıklanabilir bir yönünün olmadığı ifade edilmelidir. Bu suç ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin tesisindeki belirsizlik bir yana, suçla bağlanan ceza tehdidinin bu kadar ağır olması TCK’nın 3/1’de yer alan fiilin ağırlığıyla orantılı ceza prensibine uygun düşmemektedir.

Netice itibarıyla, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme suçunun henüz yeni sayılabilecek bir suç tipi olmasına rağmen gün geçtikçe önemini artıracaklarını söylemek mümkündür. Zira günümüzde özellikle sosyal medya kullanımının oldukça yüksek düzeylere ulaşmasının bir sonucu olarak bu suç tipinin temel şartı olan aleniyetin oluşması oldukça kolaylaşmış ve bu suç, dileyen herkes tarafından kolaylıkla işlenebilir hâle gelmiştir. Bu noktada yapılacak düzenlemeler, toplumun genel sağlığını, özellikle sanat hürriyeti başta olmak üzere temel hak ve hürriyetleri ve hukuki güvenlik ilkesini yakından ilgilendirmekte olup; bu düzenlemelerin ihdasında hürriyet ile otorite arasındaki dengenin titiz bir şekilde tesis edilmesi, kuşkusuz içtimai hayatta doğuracağı sonuçlar bakımından büyük bir önemi haizdir.

## Kaynakça/References

- Atatürk, Mustafa Kemal**, Medenî Bilgiler: Türk Milletinin El Kitabı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010.
- Aktunç, Hulki**, Türkçe'nin Büyük Argo Sözlüğü (Tanıklarıyla), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1998.
- Altunç, Sinan**, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu ve Medya”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Bayraktar, Köksal**, “Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 51, Sy: 1-4, 1985.
- Bingöl, Bilge**, “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2) 2011: 92-139, Ankara 2011.
- Cankurt, Ezgi**, “Sanal Dünyanın Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu Açısından Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Dickie, George**, “Introduction to Aesthetics”, New York 1997.
- Dönmezer, Sulhi**, “Hukuk ve Uyuşturucu, Alışkanlık Yaratıcı Maddeler (Kriminolojik Yaklaşım)”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 43 Prof. Dr. S. F. Ülgener'e Armağan: 457-474, İstanbul 1987.
- Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413), İstanbul 1995.
- Erman, Sahir**, “Uyuşturucu Maddelerle İlgili Ceza Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 45-47, Sayı 1-4, (1979-1981).
- Foucault, Michel**, Özne ve İktidar (çev. O. Akınhay, I. Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2016.
- Gökler, Rıza/Koçak, Recep**, “Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Sayı 1, 2008.
- Gültekin, Ahmet Cüneyt**, “Arthur Danto ve George Dickie'de Sanat Etkinliğinin Kurumsal Yapısı”, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi (FLSF), Sayı: 18, Ankara 2014.
- Güngör, Şener/Kınacı, Ali**, Öğreti ve Uygulama Boyutu İle Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Ankara 2001.
- Kaya, Mehmet Bedii**, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, 2009.
- Kılınç, Doğan**, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 2: 407-454, Ankara 2010.
- Müller, Friedrich**, Positivitaet der Grundrechte, Berlin 1969.
- Öner, Mehmet Zülfü**, “Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları”, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Rifat Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018.

- Tuncer, Arzu**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti ve Kullanılmasına İlişkin Suçlar”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011.
- Warburton, Nigel**, The Art Question, New York 2003.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Cilt, Md. 141-196, Ankara 2014.
- Yaşar, Yusuf**, “Suçta Kanunilik İlkesi Bakımından TCK’nın 188 ve 191 inci Maddelerindeki Suçların Konusunun Değerlendirilmesi”, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali (9-15 Kasım 2018, İstanbul), Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu, (Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer), İstanbul 2018.
- Yaşar, Yusuf**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları (TCK m. 188), İstanbul 2015.
- Yenidünya, A. Caner**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadele ve Ceza Hukuku Paneli, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Editör: Murat Balcı), Ankara 2011.
- Yetişken, Hülya**, “Aristoteles’te Sanatın Neliği ve İşlevi”, Kaygı - Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı:19, Bursa 2012.
- Yılmaz, Enes**, “Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları (TCK m.190)”, TAAD, Yıl:9, Sayı:35, s. 345-374, Ankara 2018.
- Yokuş Sevik, Handan**, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar”, Ankara, 2007.

## Elektronik Ağ Adresleri/Electronic Networks

### Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, A/HRC/23/34, 14 Mart 2013

[https://digitallibrary.un.org/record/755488/files/A\\_HRC\\_23\\_34-EN.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/755488/files/A_HRC_23_34-EN.pdf)

### Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, “World Drug Report 2018 (Pre-briefing to the Member States)”, Vienna, 20 June 2018

<https://www.unodc.org/wdr2018/prelaunch/Pre-briefingAM-fixed.pdf>

### Dünya Sağlık Örgütü, “Lexicon of Alcohol and Drug Terms”, 1994

[http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686\\_eng.pdf;jsessionid=D9A15F15D90530D764AC8364FB8569E1?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/39461/9241544686_eng.pdf;jsessionid=D9A15F15D90530D764AC8364FB8569E1?sequence=1)

### İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin

<http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>

### Sen, Ersan, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Kullanımını Özendirme Suçu”

<http://www.hukukihaber.net/uyusturucu-ve-uyarici-madde-kullanimini-ozendirme-makale,5908.html>

### Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5237 sayılı Kanun, 5271 sayılı Kanun, 5377 sayılı Kanun 2313 sayılı Kanun, 3298 sayılı Kanun, 5651 sayılı Kanun

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

### Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/uhamer/aydn/Birle%C5%9Fmi%C5%9F%20Milletler/UYU%C5%9FETURUCU%20VE%20PS%4%B0KOTROP%20MADDELER%4%B0N%20KA%3%87AK%3%87ILI%4%9EINA%20KAR%5%9EI.pdf>