

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: VI

Sayı: I

Genel Sayı: 11

Bahar 2019



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Serdar Kale
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel

Yazı İşleri Müdür Yardımcıları

Arş. Gör. Mustafa Çattık
Arş. Gör. Abdullah R. Gencer
Arş. Gör. M. Emre Hayyar

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad.
No: 40/16 34815 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Karakuş İletişim Yapı San. ve Tic. Ltd Şti.
Ziya Gökalp Mahallesi Süleyman Demirel
Bulvarı
Sinpaş İş Modern A 17-18 İkitelli İstanbul
Tel: 0212 501 82 20

ISSN

2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi****Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenc
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Harun Demirbaş
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Dr. Öğr. Üye. Levent Korkut

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.
Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca
ve Fransızca dillerinde makaleler
kabul edilmektedir.



İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Galma Akdeniz, İdil Elveriş, Arca Alpan

Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye’de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet 5

Mehmet Emin Artuk

Kriminolojide Çoklu Öldürmeler 39

A. Ersin Bayra

Güvenlik Devleti: Leviathan’dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan’a 93

Burak Bilge

şantaj Suçu 131

Tülin Çağdaş

Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi 161

Mehmet Sercan Ercan

Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları 181

Ali Osman Karaoğlu

Libya’ya Askeri Müdahale ve Uluslararası Hukukta Yeniden İnşa Sorumluluğu 199

Suphan Olcay

Konut Dokunulmazlığu Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu 225

Halit Eyüp Özdemir

Cumhurbaşkanlığu Kararnemelerinin Hukuki Çerçevesi 265

ÖZEL HUKUK

Gökçe Canarslan

Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlarından Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı . . . 283

KAMU HUKUKU

Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye’de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet*

How Administration of Prison Sentences in Turkey
Undermines the “Truth in Sentencing”

Galma AKDENİZ**, İdil ELVERİŞ***, Arca ALPAN****

ABSTRACT

Prison population in Turkey has ballooned since 2000. At this time, prisons are overcrowded and full. Instead of developing a comprehensive crime and justice policy to address this issue, temporary regulatory patches have been used to relieve the immediate overcrowding, by playing with how sentences are executed. Through these changes adopted in the Law on the Execution of Sentences and its related bylaws, a substantive gap has opened between the sentences imposed by criminal courts, and those executed in actuality. As a result, we conclude that Turkey currently has two penal policies: The “visible” one, as reflected in the Penal Code and the sentences meted out by courts, and the “invisible” one which is the result of how those sentences are executed, which is hidden from the public view. In order to demonstrate the size of this gap and the extent of the lack of “truth in sentencing” under the current state of affairs, a number of crime vignettes are presented, showing what the meted and executed sentences would be in each case. Keeping these results in mind, we call for an open and comprehensive discussion on how crime and criminality should be addressed, while taking into account the realities of prison and rehabilitation management, in order to improve the transparency, predictability, and the efficiency of penal policies.

Keywords: Penal policy, Execution of sentences, Amnesty, Crime, Criminal justice, Prisons.

* Makale gönderim tarihi: 14.03.2019. Makale kabul tarihi: 12.06.2019. Galma Akdeniz, İdil Elveriş, Arca Alpan, “Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye’de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 5-37. *Bu makalede yer alan ceza senaryoları ve infaz hesaplarındaki katkıları için Cumhuriyet Savcısı Fikret Yılmaz ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesi Başkanı Ersoy Yüce’ye çok teşekkür ederiz.*

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. İletişim: Kazım Karabekir Cad. No:2/13, Eyüp 34060 İstanbul, Türkiye. E-mail: galma.akdeniz@bilgi.edu.tr; 0212 311 5171. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7255-8260.

*** Dr., London School of Economics’te ziyaretçi akademisyen. İletişim: idil.elveris@bilgi.edu.tr. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8073-0032.

**** Arş. Gör. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. İletişim: arca.alpan@bilgi.edu.tr. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9501-4522.

I. Giriş

Türkiye’de kamuoyunun büyük bir kısmı, ki buna birçok hukukçu da dahildir, mahkemeler tarafından verilen hapis cezalarının, ceza infaz kurumlarında aynen yerine getirildiğini sanmaktadır. Oysa durum böyle olmadığı gibi, verilen ceza ile yerine getirilen ceza arasında suç tipine de bağlı olarak oldukça önemli farklar bulunmaktadır. Diğer yandan, on yıldan fazla bir zamandır Türkiye’de ceza infaz kurumlarındaki nüfus hızla artmaktadır ve bunun sonucunda kitle-sel bir hapsedme olgusu yaşanmaktadır. Buna karşın, cezaların kapalı kurumlarda infaz edilecek olan kısımları sürekli kısalmaktadır. İşte biz bu makalede, çeşitli suçlardan mahkûm bulunan kişilere verilmiş cezalar ve bu cezaların yerine getirilmesindeki (infazındaki) süre farkını, değişik suç tipleri bakımından ortaya koymayı ve senaryolar ışığında analiz etmeyi amaçlıyoruz. Amacımız, mahkemeler tarafından belirlenen cezaların infaz aşamasında Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹ ve özellikle Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği² ile büyük ölçüde değiştirildiğini ve bunun aslında cezaevindeki mevcut kalabalıklaşma ile bir baş etme politikasına dönüştüğünü göstermektir.

Hemen belirtmek gerekir ki mahkemelerin verdikleri cezaların tamamının kapalı kurumlarda infaz edilmemesi birçok ülkede rastlanan bir uygulama hatta bir ceza politikası olabilir. Erken ve koşullu salıverilme veya cezanın bir kısmının toplum içinde infaz edilmesi gibi ve benzeri olanak ve uygulamalar hem mahkûmların infaz sürecinde daha olumlu davranışlar göstermesini teşvik eder, hem de infaz sürecinde rehabilitasyonu ödüllendirerek cezayı daha kişiselleştirilmiş bir hale getirebilir. Fakat Türkiye’de sorun, mahkemece verilen cezalar ile bunun yerine getirilme süreleri arasında sürekli açılan farkın, konunun tamamen bürokratikleştirilerek bir cezaevi nüfusu yönetim işine indirgenmesi sonucunu doğurmasındadır. Bir başka deyişle, mevcut durumun arkasında bir ceza (veya cezalandırma ve rehabilitasyon) politikası amacı bulunmamaktadır. Türkiye’deki şeffaflıktan uzak yönetim şekline uygun olan bu durum, infazla ilgili hususların teknik nitelikleri nedeniyle kamuoyu ilgisine mazhar olmamasından da beslenmektedir.

II. Ceza Politikaları ve Cezaevi Nüfusu Sorunu

Ceza yargılaması büyük ölçüde kamuya açık şekilde gerçekleşir. Verilen ceza miktarı mahkeme salonlarında herkesin duyabileceği şekilde açıklanır, kamuoy-

1 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (İnfaz Kanunu), Kabul: 13.12.2004, RG: 29.12.2004 – s: 25685

2 Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği (Yönetmelik), RG: 2.9.2012 – s: 28399

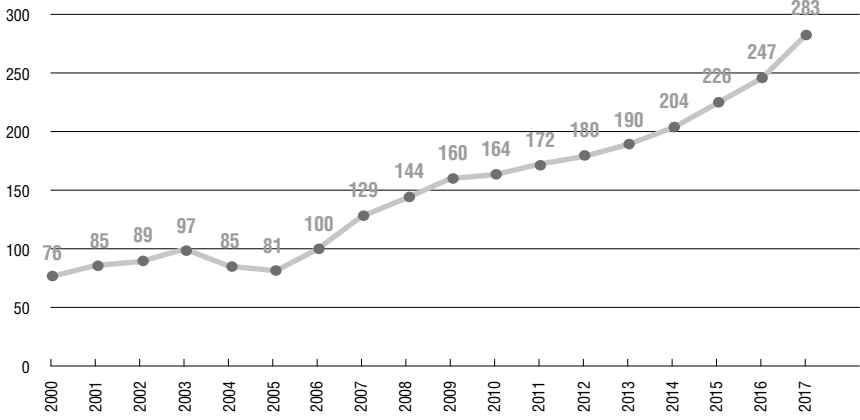
yunun ilgisini çeken davalarda medya da bu bilgileri yayınlar. Bu açıklık karşısında kamuoyunun, bir kişinin aldığı ceza süresinin gerçekten ceza evinde geçireceği süre olmasını beklemesi, son derece doğaldır. Ancak bilinmeyen ve tabii beklenmeyen, mahkemelerce verildikten sonra, cezaların tam Kafka'nın Metamorfoz adlı eserindeki gibi bir dönüşüm geçirmesidir. Gerçekten de, ilgilinin cezasının temyiz aşamasından geçip kesinleşmesiyle, aldığı toplam ceza çeşitli zaman dilimlerine ayrılır. Bu bölümler tam infaz süresi; kapalı infaz kurumunda kalma süresi; açık kuruma geçiş zamanı ve en sonunda denetimli serbestlik süresi olarak hesaplanır. Böylece mahkeme kararlarında belirtilen ve kamuoyuna da "XX yıl hapis cezası" olarak açıklanan cezanın aslında tamamen kapalı cezaevinde geçirilecek olmadığı, hatta o cezanın belki sadece çok küçük bir kısmının (hatta bazen hiçbir kısmının) kamuoyunun "hapishane" olarak düşündüğü kurumlarda geçirileceği bilgisi verilmez. Mahkemeler tarafından belirlenen ve kamusal ortamda "görünen" ile kamuoyunun görmediği "gerçek" ve "yatılan" cezalar arasındaki büyük fark, uçurum olarak da adlandırılabilir. Literatürde bu soruna "hükme riayet edilmemesi"³ denilmektedir.⁴

Diğer yandan, Türkiye cezaevleri ciddi bir kalabalıklaşma sorunuyla karşı karşıyadır. Şekil 1'de de görüldüğü gibi, ülke genelinde açık ve kapalı cezaevlerinde kalan mahpusların (hükümlü ve tutukluların) toplam sayısının 100.000 nüfusa oranı 2000'de 76'dan, 2017'de 283'e çıkmıştır. Bir başka deyişle, 17 yıllık bir zaman diliminde infaz kurumlarına kapatılan nüfusun oranı %272 artmıştır. Oysa 1970'li yıllardan 2000'lere kadar (askeri müdahale dönemleri dışında) 100.000 nüfusa düşen mahpus oranı 47 ile 127 arasında seyretmiştir. Aynı dönemde Avrupa ülkelerinin hapishane nüfuslarında bu hızda bir artış eğilimi gözlenme-

3 *Hükme riayet (Truth in sentencing)*, Amerika'da 1990'larda ceza yargıçları tarafından belirlenen cezaların belli ve yüksek bir yüzdesinin kapalı kurumlarda infaz edilmesini zorunlu kılan cezalandırma politikalarına verilen kolektif isimdir. Bu politikalarla amaçlanan, yargı sürecinde verilen ve kapalı kurumlarda infaz edilen cezalar arasındaki uçurumu azaltmak, ve cezaların uzunluğunun belirleme yetkisini ceza mahkemeleri dışındaki aktörlerinden elinden almaktır (koşullu salıverilme kurulları gibi). Bu fikir, cezaların uzunluğunun ceza hukukuna dayanarak ve ceza muhakeme süreci ve usullerine göre belirlenmesi gerektiği, ve bu şekilde belirlenen cezalardan sapmaların kamuya karşı "dürüst" olmayan bir politika olduğu görüşüyle savunulmuştur. Kapalı kurumlarda infaz edilmesi gereken sürelerin açık bir şekilde kanunlarla belirlenmesi, ve bu sürelerin verilen cezalardan fazla sapmaması, "cezada dürüstlük" ya da "hükme riayet" olarak isimlendirilmiştir. (Joel Samaha, *Criminal Procedure*, Wadsworth, 2014, s. 628; William J. Sabol, *The Influences of Truth-in-Sentencing Reforms on Changes in States Sentencing Practices and Prison Populations*, Washington, D.C., 2002; Amie R. Scheidegger, "Truth in Sentencing", *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Der.; Jay S., Wiley-Blackwell Albanese, 2014, ss. 1-3)

4 Bu durum para veya hapis, birçok ceza tipinde görülebilir. Fakat karşılığı hapis cezası gerektiren suçlar kamuoyunun gözünde daha ağır suçlar olduğundan, alınan hapis cezası ve infaz edilen hapis cezası arasındaki uçurum, en göze çarpandır. Bundan dolayı bu makede hükme riayet edilmemesini tartışırken, bunu sadece hapis cezaları üzerinden tartışacağız.

miştir.⁵ Böylece 2016’da Türkiye’deki kapatma oranı, Avrupa ortalaması olan 100.000’de 146’nın çok üstüne çıkmış, Rusya ve Gürcistan’ın ardından Avrupa Konseyi ülkeleri arasında üçüncü en yüksek kapatma oranı haline gelmiştir.⁶ Artış hızındaki bu radikal değişim sonucu oluşan tablo, Türkiye’de bir kitlesel hapsedme olgusunun ortaya çıkmış olduğuna işaret etmektedir.



Şekil 1. Türkiye’de ceza infaz kurumlarına kapatılanların oranı (100.000 nüfusa düşen toplam hükümlü ve tutuklu sayısı).⁷

Buna karşın, ceza infaz kurumlarındaki yatak sayısı, kapatılan eski ve küçük kurumların yerine yapılan yeni ve sayı bakımından daha yüksek yatak kapasiteli ceza infaz kurumlarına rağmen, aynı hızda artmamıştır.⁸ Hatırlanmalıdır ki, cezaevlerinde kapasite artışı, basit bir yatak sayısını artırma işi değildir.

5 Marcelo F. Aebi, Léa Berger-Kolopp, Christine Burkhardt, Mélanie M. Tiago, *Prisons in Europe 2005-2015 Volume 1*, Strasbourg, 2018, s. 345, <https://bit.ly/2tBftfl>, (24.2.2019).

6 Marcelo F. Aebi, Mélanie M. Tiago, Léa Berger-Kolopp, Christine Burkhardt, *Council of Europe Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations Survey 2016*, Strasbourg, 2018, <https://bit.ly/2Xm3eAI>, (24.2.2019).

7 Bu tabloda gösterilen oranları hesaplamak için, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü’nün web sitesinden alınan hükümlü ve tutuklu sayıları; http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/istatistikler/yeni_yillar.asp, (21.02.2019); 2000-2015 için 31 Aralık durum verileri; 2016 için 1 Kasım 2016 durumu verileri, 2017 için 2 Ekim 2017 verileri kullanılmıştır ve Türkiye İstatistik Enstitüsü’nün Nüfus ve Demografi (<http://tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>, 21.02.2019) tablolarındaki Türkiye Nüfus sayıları kullanılmıştır.

8 Avrupa Konseyi’nin değerlendirmelerinde, Türkiye 2005’ten beri doluluk oranı “ciddi olarak artan” ülkelerin arasında yer almaktadır. Ayrıca, 2015 verilerine göre doluluk oranının yüzde 100’ün üstünde olması, yatak sayısından daha fazla mahkum ve tutuklunun infaz kurumlarında olduğu anlamına gelmektedir. (Marcelo F. Aebi, Léa Berger-Kolopp, Christine Burkhardt, Mélanie M. Tiago, *Prisons in Europe 2005-2015: Turkey – Country Profile*, Strasbourg, 2018, s. 1, <https://bit.ly/2FIImtyV>, (24.2.2019)

Aynı zamanda cezaevinde sosyal alanların artırılmasını da gerektirir. Dahası, yeni cezaevleri inşa edilmesi yanında o cezaevlerinde görevli olacak insanların işe alınması; eğitilmesi ve cezaevlerinin yönetilebilmesi için gerekli altyapının hazırlanmasını da gerektirir. Dolayısıyla cezaevi kapasitesini artırmak uzun süren ve ciddi maddi kaynakları gerektiren bir süreçtir.⁹ Yukarıdaki veriler, Türkiye’de cezaevlerine fiziki şartlar ve personel anlamında kapasitesinin yetemeyeceği kadar çok kişinin koyulmaya çalışıldığını göstermektedir.

Bu durumda kalabalıklaşma sorununa dair bir ya da birden fazla çözüm bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle, kalabalıklaşmayı önlemek, azaltmak ya da kontrol altına almak için, cezaevine giren ve çıkan kişilere¹⁰ dair mevcut oranları değiştirmek zorunludur. Bunu başarabilmek için öncelikle cezaevine girenlerin sayısı azaltılırken cezaevlerinden çıkanların sayısı artırılabilir. Böylece çıkan sayısı giren sayısından az olursa, kalabalıklaşma azalacaktır.

Cezaevine cezasının infazı için giren kişi sayısı ve bu kişilerin cezaevlerinde ne kadar zaman geçirdiği ve dolayısıyla ne zaman çıktığı üç etkenle şekillenir:

- 1) kanunlarda öngörülen cezaların miktarı;
- 2) mahkemeler tarafından verilen cezalar; ve
- 3) ceza infaz uygulamaları.

Şimdi bunları tek tek ele alalım. İkincisi en basit açıklama olduğundan buradan başlamak gerekirse, yargı bağımsızlığı, hükümetin mahkemelerin verdiği kararlara yargılama aşamasında etki etme araçlarına sahip olmaması anlamına gelir. Her ne kadar yurt dışında yapılan araştırmalar mahkemelerde verilen cezaların miktarlarında zamanla belirli tutarlılıkların oluştuğunu gösterse de aynı araştırmalar, bunun bir devlet politikasının değil; mahkemelerde zamanla oluşan kurumsal yargı kültürünün yarattığı uyumluluk eğiliminin sonucu olduğunu da ortaya koymaktadır.¹¹ Dolayısıyla cezaevi nüfusunu azaltmada bu etken üstünden sonuç elde edecek bir politika yaratmak pek mümkün değildir.

9 Örneğin, 2016’da T tipi bir cezaevinin inşaat maliyetinin, m² başına 825 TL olduğu hesaplanmıştır. Burada yoldan çıkarak, dört bloktan oluşan T tipi bir cezaevinin toplam inşaat maliyeti 20.165.862 TL olarak hesaplanmıştır. (Tamer Manav, Mürsel Erdal, “Ceza İnfaz Kurumu Projelerinin Maliyet-Etkililik Analizi ile Değerlendirilmesi”, *TÜBAV Bilim Dergisi*, C. 10, S. 3, ss. 21-27)

10 Ekim 2017’de cezaevlerinin nüfusunun %61’i hükümlülerden oluşuyordu. Bu tarihten sonrası için daha yeni bir veriye ulaşılamamıştır. http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/istatistikler/yeni_yillar.asp, (24.2.2019).

11 James Eisenstein, Roy B. Flemming, Peter F. Nardulli, *The Contours of Justice: Communities and Their Courts*, Boston, 1988, s. 131.

12 Ceza adaleti literatüründe *diversiyon* terimi, suç soruşturmaları resmi ceza adaleti sistemi ve süreci dışına yönlendirme yöntemleri anlamına gelir. (Harry R. Dammer, Varrie A. Erise-Pengelly, “Diversions”, *Encyclopaedia Britannica*, 2016, <https://bit.ly/2E7rhL3>, (24.2.2019))

Kalan etkenlerden ilki olan kanunda öngörülen ceza miktarını azaltmak popülar bir siyasi tercih değildir. Zira bu tercihi kullanmak hapis cezası gerektiren bazı suçlar için ya dekriminalizasyona (suç olmaktan çıkarma) gidilmesini; ya bu cezayı gerektiren suç sayısının azaltmasını (yerine para cezaları ve diğer yaptırımlar öngörülerek “diversiyon”¹² yapılmasını); ya da hapis cezası gerektiren suçlar için öngörülen cezaların kısaltılmasını gerektirir. Bunların hepsi ceza hukukundaki kanunilik ilkesi nedeniyle kanun değişiklikleriyle yapılabilir. Fakat böyle bir kanun değişikliği uzun, siyasi ve kamuya açık bir süreci içerecektir. Dahası, siyasi aktörler bu tarz bir kanun değişikliği sonucunda suçlulara karşı “yumuşak” bir tutum almakla veya bazı tip suçluları korumakla suçlanabilirler.¹³ Nitekim, geniş toplumsal bir destek olmaksızın “yumuşama” olarak algılanabilecek ceza politikası değişikliklerine gitmek siyasi intihar anlamına gelebiliyor. Dolayısıyla bu hükümetlerin öncelikle tercih edeceği bir yöntem değildir.

Kalan seçenek infaz uygulamalarıyla oynamaktır. Böylece, çok görünür bir ceza kanunu değişikliği yerine, suçlar için öngörülen cezalara dokunmadan, cezaların infaz etme biçimini değiştirerek, arzu edilen sonuç yaratılabilir. Üstelik ceza infaz düzenlemeleri çok teknik ve kamuoyunun çok kolay anlayamayacağı nitelikte olduğundan, yapılan değişiklikler fazla dikkat de çekmez.

III. Kalabalıklaşmanın İnfaz Politikalarıyla Yönetilmesinin Sonuçları

Ancak ceza kanununda değişiklik yapmak yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı ne kadar tercih edilir bir yol değilse, İnfaz Kanununda değişiklik de bir o kadar arzu edilir değildir. Zira cezaevinden çıkacak kişi sayısını anlamlı ölçüde, hızlı ve ani olarak etkileyecek bir kanuni değişiklik, aftan başka bir nitelik arz etmeyecektir. Nitekim geçmişte, Türkiye’de cezaevi nüfusu bu tarz af ve affa benzer (örtülü af) düzenlemelerle zaten yönetilmişti.¹⁴

13 Bu tarz toplumsal tepkilerin ve kamuoyunun beklentilerinin cezalandırma politikalarını yönlendirilmesi literatürde “ceza popülizmi” olarak tanımlanır. Bu akımın yarattığı sonuç, ceza politikalarının, uzmanların ve bilimsel bulguların yerine, halkın bilimsel gerçeklerle her zaman örtüşmeyen arzularına kulak verilerek oluşturulmasıdır. Buna dair daha detaylı tartışmalar için bkz. David Garland, *Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, 2002, s. 13-14; John Pratt, *Penal Populism*, London, 2007, ss. 12-13; Türkiye’de 1990’larda yaşanan kapkaç olayları üzerinden geliştirilen ceza popülizmi söylemine ilişkin bkz. Zeynep Gönen, “Yoksulluğun Suçlaştırılması, Suçun İrksallaştırılması: Kapitalizmin Tarihsel Mirası ve Türkiye Örneği”, *Praksis*, 28, ss.57-80; Söz konusu tartışmaların TBMM’ye ve yeni TCK’nın kabul edilme sürecine yansımaları için bkz. Arca Alpan, *Neoliberal Ceza Devleti ve Kitlese Hapsetme*, İstanbul, 2018, s.40-44

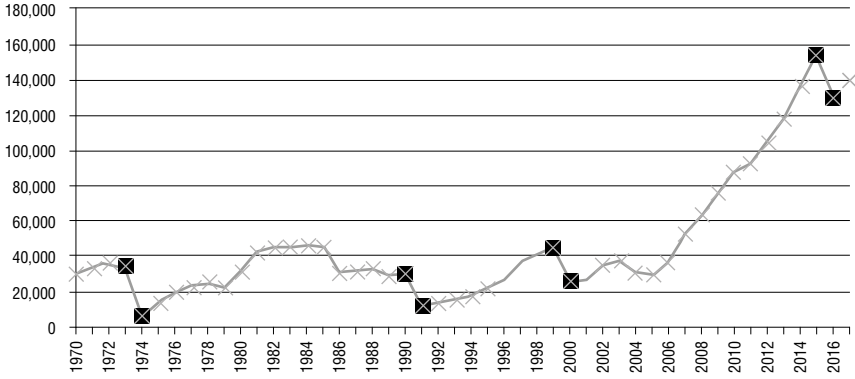
14 İrem Yıldırım, Tuna Kuyucu, “Neoliberal Penalty and State Legitimacy: Politics of Amnesty in Turkey During the AKP Period”, *Law & Society Review*, C:51, S:4, 2017, ss. 859-894; N. Talat Arslan, “Kamu Örgütlerinde Hukuksal Düzenlemelerden Kaynaklanan Sorunlar (İnfaz

Örneğin, 1974'te "Af Kanunu" olarak bilinen Cumhuriyetin 50nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun¹⁵ yürürlüğe girmişti. Bu kanun ile birçok suçun cezası azaltılmış ve bu sayede birçok hükümlü erkenden cezaevinden çıkmıştı. Keza 1991'de kabul edilen Terörle Mücadele Kanunu'nun¹⁶ geçici maddeleriyle cezaların infaz sürelerinin ciddi anlamda kısaltılması cezavleri nüfusünde belirli bir rahatlama sağlamıştı. Bu düzenleme 1974'teki af kanunu gibi olmasa da, uygulamada birçok mahkumun aldığı cezaya göre çok daha erken bir zamanda cezaevinden bırakılmasına neden olduğundan "af" olarak nitelendirilebilir. Keza 1999-2000 arasında mahkum sayılarındaki azalma, 2000 yılında 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun¹⁷ kabul edilmesinin yansımasıdır.¹⁸

Cezaevi nüfusunu hızlı bir şekilde düşürmek için bu tarz düzenlemelerin kullanımının son örneği de 2016'da OHAL kapsamında alınan tedbirlerden biri olan 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 28. maddesiyle 5275 sayılı İnfaz Kanunu'na bir geçici maddenin eklenmesidir.¹⁹ Bu geçici madde uyarınca, birçok suç için hem infaz kurumlarındaki infaz süreleri hem de detimil serbestliğe geçmeden cezaevlerinde geçirilmesi gereken süreler kısaltılmıştır. Bu dört örneğin cezaevi nüfusuna yönelik anlamlı, hızlı ve ani etkisi Şekil 2'de net olarak görülmektedir.

Kurumları Örneği", *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C: 4, S: 1, 2003, ss. 31-47; Hasan Dursun, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 85, 2009, ss. 373-402, 401; Sibel Can, "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), ss. 1291-1312, s. 1311.

- 15 1803 sayılı Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, Kabul: 15.5.1974, RG: 18.5.1974 – s: 14890
- 16 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Kabul: 12.4.1991, RG: 12.4.1991 – s: 20843 mükerrer.
- 17 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun, Kabul: 21.12.2000, RG: 22.12.2000 – s: 24268; .
- 18 Bu konuya ilişkin tartışma için bkz. İbrahim Hakkı Seydioğulları, "Türkiye'de Ceza Afları: Ankara'da Af Konulu Alan Araştırması", *Polis Bilimleri Dergisi*, C: 8, S: 3-4, ss. 1-28
- 19 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile TBMM tarafından da kabul edilmiştir. Kabul: 09.11.2016, RG: 24.11.2016 – s: 29898



Şekil 2: Cezaevlerinde bulunan hükümlü sayısı (Bu veriler 1970-2015 arasında 31 Aralık itibarıyla; 2016 yılı için 1 Kasım 2016 ve 2017 için 2 Ekim itibarıyla durum verileridir).

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, af ve af benzeri infaz uygulamaları uzun bir dönem hükümetler açısından cezaevi nüfusunu kontrol etmek için kullanılan bir araç olmuştur. Bu “af”ların her biri cezaevi nüfusunun 10.000-20.000 civarında azalmasıyla sonuçlanmıştır. Geçmiş dönemlerde (2016 hariç) bu büyüklükte bir “tahliye” toplam cezaevi nüfusu üstünde yüzdesel anlamda ciddi etki yaratmıştır. Fakat bugün cezaevi nüfusunun geldiği boyut dikkate alındığında, 20.000 civarında kişinin tahliyesinin dahi yüzde anlamında toplam cezaevi nüfusuna etkisi %10’dan az olacaktır. Bu anlamda, şu anda yaşanan kalabalıklaşma sorunu, mahkum nüfusunun sırf yönetilebilir bir büyüklüğe gelebilmesi için dahi çok daha fazla kişinin cezaevinden hızlı bir şekilde çıkmasını gerektirmektedir.

Rahşan affının²⁰ zamanında kamuoyunun oldukça tepkisini çekmiş olması,²¹ mahpus sayısının hızla artması sorununa rağmen, affa karşı katı bir söylem geliştirilmesine²² ve sonuç olarak, hukuk sistemini başka araçlar kullanmaya yöneltmiştir. Bunlar arasında, denetimli serbestlik; hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB); cezanın ertelenmesi; kısa süreli hapis cezalarına alternatif seçimlik cezalar; ön ödeme gibi yeni uygulamalar bulunmaktadır. Bunlara topluca “örtülü af”

20 Kanunun çıkarılmasında Rahşan Ecevit’in etkisinden dolayı “Rahşan affı” olarak da bilinmektedir.

21 Veysel Dinler, “Mağduriyet Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım”, *Suç Mağdurları*, Der.; Halil İbrahim Bahar, Ankara, 2006, s. 60; Yıldırım, Kuyucu, *Politics of Amnesty*, ss. 859-894.

22 Yıldırım, Kuyucu, *Politics of Amnesty*, ss. 859-894

denmişse de²³ aslında kast edilen, aksi takdirde hapis cezası öngörülecek durumlar için ceza evine girilmesini gerektirmeyen yeni yaptırımların getirilmiş olmasıdır.

Tüm bunların sonucunda, cezaevinden çıkan sayısını artırmak için, kendi iktidarları döneminde “af çıkarmadık” söylemine sadık kalmak isteyen bir hükümetin²⁴ elinde çok da fazla siyasa aracı kalmamaktadır. Oysa bu araçlar hem Türk Ceza Kanunundaki²⁵ cezaların sürelerini hem de İnfaz Kanunundaki fiilen yatış sürelerini eskisine göre oldukça artıran²⁶ politikaların arkasında olan bir hükümetin en ihtiyacı olan şeylerdir. Geçen süre zarfında bu araçlar bulunamadığı gibi, iki koldan artan cezaevi nüfusuna yetecek yatak kapasitesi de yaratılamamıştır.

Sonuç olarak, siyaseten bedeli ağır olabilecek bir af düzenlemesi yerine, istenen sonuca erişebilmek için benimsenen yöntem, bir yandan zor anlaşıldığı için kamuoyunca çok da tartışılmayan İnfaz Kanununda infaz süre hesabına dair oranlar ile; diğer yandan da Adalet Bakanlığı bürokratlarınca kapalı kapılar ardında infaza ilişkin Yönetmelik maddeleri ile oynayarak değişiklikler yapmak olmuştur.

Mahkemeler tarafından verilen cezaların cezaevinde geçirilmesi gereken sürelerini azaltma politikasının, infaza dair düzenlemelerde değişiklikler yaparak, kamuoyunun dikkatini fazla çekmeden yapılabilmesinin başka sebepleri de bulunmaktadır. Gerçekten de, genelde kamuoyunun suç yargılamalarına olan ilgisi, genelde yargılamanın bitmesiyle azalır. Bu aşamada mahkemece hükümlüye verilen ceza miktarı hükümlünün cezaevinde ne kadar yatacağına dair aslında fazla bir bilgi sağlamaz. Yatacağı cezanın ne olacağına dair net bilgiyi hükümlü ancak hükmün temyiz aşamasından geçerek kesinleşmesinden sonra, hakkında müddetnamenin düzenlenmesiyle alacaktır. Bir hükümlünün hangi mahkemeden ne kadar ceza aldığı; bu ceza uyarınca koşullu salıverme tarihinin; koşulsuz (bihakkın) bir başka deyişle tüm cezasının bittiği salıverilme tarihinin ne olduğu; hangi tarihte fiilen yakalanmış olup buna göre hangi tarihte serbest kalacağını yazıldığı bu belgenin hazırlanması, yargılamanın sonuçlanmasının üstünden yıllar geçtikten sonra da olabilir. Dahası müddet-

23 İrem Yıldırım, *The Dilemma of Amnesty Politics in the AKP Era: Balancing the Questions of Legitimacy and Instrumentality*, İstanbul, 2016, ss. 53-56

24 Yıldırım, Kuyucu, *Politics of Amnesty*, ss. 859-894

25 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK), Kabul: 26.9.2004, RG: 12.10.2004 – s: 25611

26 647 sayılı ve 13/7/1965 kabul tarihli Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (RG: 16.7.1965 – s: 12050), 40 yıl boyunca yürürlükte kalsa da pek çok değişikliğe uğradı. 1990’lı yıllarda yapılan değişiklikler, hesaplama karmaşıklığı bir kenara bırakılırsa, bir hükümlünün ortalama olarak ceza mahkemesinden aldığı cezanın yarısını hapiste geçirmesini öngörüyordu. 13.12.2004 kabul tarihli Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ise hükümlülerin cezalarının 2/3’ünü hapiste geçirmesini öngörmüştür (Md. 107).

name, kamuoyuna açık yahut kamuoyunun içeriğini bilebileceği bir belge değildir. Tam tersine, kamuoyu ve medyanın ilgisinden uzak Cumhuriyet Başsavcılığı İnfaz Savcılığı birimi tarafından düzenlenen, TC kimlik numarası ve ana-baba adı gibi de şahsi bilgiler içeren bir belgedir. Kamuoyu ilgisi bittiğinde düzenlenmesi ve kamuoyu ile paylaşılmaması sayesinde, ceza politikalarının kamuoyuna görünen yüzü hiç değiştirilmeden, hatta uzun cezalar verilerek ve bunlar güya sertleştirilerek, kamuoyuna görünmeyen infaz tarafını yumuşatmak işte bu sayede mümkün olmaktadır.

Özetlemek gerekirse, yukarıda cezalandırmanın görünen ve görünmeyen yüzü arasında yaratılan uçurumun bilinçli bir politika seçiminin sonucu olduğunu nedenleriyle göstermeye çalıştık. Bu anlamda, cezaevlerindeki kalabalıklaşma sorununun boyutunun ceza politikalarında bir değişikliği zorunlu kıldığını ortaya koyduk. Ancak değişikliğin siyasi açıdan riskli olan dekriminalizasyon ve cezaları azaltarak yumuşama politikalarıyla yapılmak yerine, örtülü ve anlaşılması zor infaz politikalarıyla yapıldığını açıkladık. Böylece, alınan ceza ile yatılan ceza arasındaki uçurumun, siyasi olarak daha geniş destek bulan “görünen” ceza politikaları ile siyasi açıdan riskli “gerçek” cezalandırma politikaları arasındaki farktan ibaret olduğunu göstermiş olduk. Sonuç olarak, aslında ceza politikalarında kamuoyunu *uyandırmadan* bir yumuşamaya gidilmektedir. Şimdi söz konusu uçurumun nasıl oluştuğunu anlamak için, Türkiye’de cezaların infaz rejimine daha yakından bakacak ve bu uçurumun boyutunu birkaç senaryoyla ortaya koymaya çalışacağız.

IV. İnfaz Rejimleriyle Günü Kurtarma: Ağır Cezalar (Kamuoyunu Uyandırmadan) Nasıl Yumuşatılıyor?

Yukarıda açıklandığı üzere, Türkiye’de alınan hapis cezasının tümü kapalı bir ceza infaz kurumunda geçirilmemektedir. Mahkemenin verdiği hükmün kesinleşmesinden sonra gelinen infaz aşamasında, ceza artık dört kısımdan oluşmaktadır: Kapalı cezaevi; açık cezaevi; denetimli serbestlik; ve koşullu salıverilme çerçevesinde infaz edilen kısım. Bu kısımlar ve devletin icra ettiği denetim şekline göre anlamları, Tablo 1’de gösterilmiştir.

Mahkeme tarafından belirlenen *hapis cezalarının* İnfaz Kanunu ve ilgili yönetmeliklerle bu şekilde kısımlara bölünmesi, bir nevi *cezanın traşlanması* olarak tanımlanabilir. Bunun adımlarını aşağıda anlatmaya çalıştık. Sonuç olarak buradan anlaşılması gereken, mahkemede alınan “hapis” cezasının *sadece bir kısmının* (ki bu bazı durumlarda sıfır gün olabilir) gerçekten kapalı bir infaz kurumunda infaz edilmesidir. Kalan kısmı, kişinin çok daha fazla özgürlüğe sahip olduğu açık cezaevlerinde, fiilen dışarıda olduğu denetimli serbestlikle, ve neredeyse denetimsiz olduğu koşullu salıverilme ile infaz edilir.

Tablo 1. Hapis cezasının infaz şekilleri ve aşamaları

İnfaz aşamalarının düzenlenişi			
Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği		İnfaz Kanunu Geçici Md. 3	İnfaz Kanunu Md. 107 ve 108
Mahkeme tarafından verilen hapis cezasının infaz aşamaları			
Kapalı cezaevi	Açık cezaevi	Denetimli serbestlik	Koşullu salıverilmesi sonrası
Kapalı cezaevinde	Kapalı cezaevi dışında		
Cezaevlerinde		Cezaevlerinin dışında	
Devletin aktif gözetiminde			Devletin pasif gözetiminde

Tabloyu açıklamak gerekirse, ilk iki satır hapis cezalarının infaz aşamasındaki birleşmelerinin uzunluğunun ne olacağını hangi mevzuatla düzenlendiği göstermektedir; üçüncü ve dördüncü satır da bu birleşmelerin ne olduğunu göstermektedir. Beşinci satırda, toplam cezanın kapalı cezaevi dışında infaz edilen kısmının, kapalı cezaevinde infaz edilenden daha fazla birleşeni olduğu vurgulanmaktadır. Altıncı satırda, hapis cezalarının cezaevi içinde ve dışında infaz edilecek kısımları gösterilmektedir. Yedinci satırda, bu dört birleşenden hangilerinin devletin aktif, hangilerinin pasif gözetimi altında gerçekleştiği gösterilmektedir.

A. Birinci Tıraşlama: Koşullu Salıverilme

Mahkeme tarafından belirlenen cezanın ilk tıraşlaması, koşullu salıverilme uygulamasıyla yapılır. Koşullu salıverilme İnfaz Kanunu Md. 107 ve 108'de tanımlanmıştır. Bu maddelere göre ceza mahkemesi tarafından verilen cezaların belli bir kısmı infaz kurumunda infaz edildikten sonra, mahkum tek bir şartla koşullu salıverilir. O da infaz kurumlarında geçirdiği süreyi "iyi halli" olarak geçirmiş olmasıdır.²⁷ Uygulamada, neredeyse tüm mahkumlar infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreyi geçirdikten sonra salıverilir.

Genel olarak kural, süreli ceza almış birisinin koşullu salıverilmesi için, ceza mahkemesi tarafından verilen cezanın 2/3'ünü infaz kurumunda geçirmesi gerekmesidir.²⁸ Örneğin, dokuz sene hapis cezası almış bir mahkum, infaz kurumundan altıncı senenin sonunda koşullu salıverilecektir. Fakat, Md. 108/9'da belirlenmiş bazı özel suçlar²⁹ söz konusu olduğunda, bu süre verilen cezanın

27 İnfaz Kanunu Md. 107/1. Dolayısıyla iyi hal engeli oluşturacak herhangi bir disiplin cezası almamak bu dönemde özellikle önem taşır.

28 İnfaz Kanunu Md. 107/2

29 TCK Md. 102/2 Cinsel saldırı, Md. 103 Çocukların cinsel istismarı; Md. 104/2 ve 3 Reşit olmayanla cinsel ilişki; Md. 188 Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti.

$\frac{3}{4}$ ’üdür.³⁰ Örneğin, bu maddede belirlenen suçlardan dokuz sene hapis cezası almış olan mahkum, altı yıl dokuz ayı infaz kurumunda geçirmesi sonucunda koşullu salıverilecektir.³¹ Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının koşullu salıverilmeye kadar olan süresi oran üstünden değil yıl üstünden 30 yıl³², müebbet hapis da ise 24 yıl olarak belirlenmiştir.³³

Yukarıda koşullu salıverilmeye kadar olan sürenin *infaz kurumunda* geçirilmesi gerektiğini belirtmiştik. İlk bakışta, “infaz kurumu”nun sadece kapalı cezaevi anlamına geldiği düşünülebilir. Oysa bu maddedeki “infaz kurumu” tabiri kapalı cezaevleri, açık cezaevleri ve denetimli serbestlik olmak üzere devletin hükümlüyü aktif olarak denetlediği tüm infaz kurumlarını da kapsar. Bu anlamda, çoğu zaman bir mahkum “koşullu salıverilmekle” kapalı cezaevinden çıkmaz. Tablo 1’de de görüldüğü üzere, mahkum zaten koşullu salıverilmeden önce cezaevinden çıkmıştır ve cezasının bir kısmı denetimli serbestlik aracılığıyla devletin aktif gözetimi altında infaz edilmeye devam ediyordur. Koşullu salıverilme, bu anlamda, “cezaevinden salıverilme” değil, devletin aktif gözetiminden salıverilme anlamına gelmektedir. Bu anlamda, cezaevinden salıverilme çoğu vakada daha da erken gerçekleşir.

Ancak burada vurgulanmak istenen husus, verilen hapis cezalarının öncelikle herkes için otomatik şekilde, koşullu salıverilme düzenlemesiyle yaklaşık $\frac{1}{3}$ oranında tıraşlanmakta olduğudur. Diğer yandan, Tablo 1’de görselleştirildiği üzere, cezanın “infaz kurumlarında” geçen kısmının da sadece cezaevlerinde geçirilmediği vurgulanmalıdır. Böylece cezalar daha da tıraşlanmaktadır.

B. İkinci Tıraşlama: Açık Cezaevine Geçiş

İnfaz kurumu denildiğinde bunun içine sadece kapalı kurumların girmediğini yukarıda ifade etmiştik. İşte koşullu salıverilme süresine değin olan zamanın bir kısmı da açık cezaevinde geçirilmektedir. Bu anlamda, açık cezaevi kişinin, kapalı cezaevinden *sonra bir süre kaldığı* dışarıdaki hayata ve özgür yaşam biçimine daha yakın kapatma kurumlarıdır.³⁴ Bu kurumların kurulmasındaki amaç, ceza infaz kurumunun kişi otonomisini kaldıran ve kişiyi belirli bir düzende yaşamaya alıştıran yapısından kişiyi çıkarmak ve dışarıdaki ha-

30 İnfaz Kanunu Md. 108/1

31 32’nci dipnotta geçen suçlar dışında, başka özel durumlar ve istisnalar da Md. 107 ve 108’de tanımlanmıştır: Mahkumun birden çok fazla cezasının olması; suçta tekerrür hali; işlenen suçun örgütlü olması; mahkumun çocuk olması, gibi. Bu makalede amacımız cezaların infazında en tipik durumları tartışmak olduğundan, tüm özel durum ve istisnaları ele almayacağız.

32 İnfaz Kanunu Md. 107/2

33 Md. 108/9’daki suçlar için de bu süreler şöyledir (Md. 108/1): Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası için 39 yıl, Müebbet hapis cezası için 30 yıl.

34 Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 401

yata hazırlamaktır. Cezaları açık cezaevinde infaz edilirken mahkumlar, her ne kadar geceleri açık ceza infaz kurumlarında yatmak zorundaysa da, gündüz çalışabilir (hatta cezaevinin dışında)³⁵; eğitime devam edebilir³⁶; serbestçe telefonla görüşme yapabilir³⁷; ve dört ayda bir cezaevinden ailesini görmek için izinli çıkabilir.³⁸ Ashında açık cezaevleri, “hapis cezası” denildiğinde birçok kişinin aklına gelmeyecek denli özgürlük barındıran kurumlardır.

Kapalı bir kurumda geçirdiği zaman itibarıyla koşullu salıverilmesi yaklaşan bir hükümlünün, kapalı kurumdan açık kuruma ne zaman geçeceği, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.³⁹ Bir başka deyişle, ceza politikasının kanunlardan ayrılarak, yönetmeliklerin kapalı dünyasına ilk adım attığı yer ikinci tıraşlama anı olan açık cezaevine geçiştir. Bu Yönetmeliğe göre, çoğu suç bakımından kapalı cezaevinde geçirilecek süre, mahkeme tarafından verilen cezanın uzunluğuna; suçun kastla veya taksirle işlenmiş olmasına; kapalı kurumda geçirilen süreye ve koşullu salıverilme tarihine ne kadar kaldığına bağlı olarak değişmektedir. Adalet Bakanlığı’nda (bürokratlarca) belirlenen oldukça karmaşık bu dört şartın yanında Yönetmelik, bazı suçlar bakımından biri; bazen birkaçı; bazen de tümünün bulunması gereğini ve bir de bu kuraldan ayrıık istisnai suç kategorilerini de düzenlemiştir.

Söyle ki, kastla işlenmiş bir suçtan ceza alanlar bakımından, ceza üç yıldan; taksirle işlenmiş suçlardan ceza alanlar bakımından da beş yıldan az ise, mahkum kapalı cezaevine hiç girmez.⁴⁰ Bir başka deyişle, bazı suçların cezası hem hükümlünün aldığı cezanın süresi, hem de suçu işlediği sıradaki kastı veya taksiri düşünülerek kapalı bir ceza infaz kurumunda bulunmasını gerektirmeyecek nitelikte görülmüştür. Bu durumda, cezanın infazı doğrudan açık cezaevinde başlar.

Diğer yandan, kastla işlenmiş suçlar bakımından üç yıldan ve taksirle işlenmiş suçlar için beş yıldan uzun ceza almışların, tüm sürelerini kapalı infaz

35 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (Tüzük), BK: 20.03.2006 – 2006/10218, RG: 06.04.2006 – 26131, Md. 97

36 Tüzük Md. 106

37 Tüzük Md. 88

38 “Özel izin” olarak tanımlanan bu imkan, Tüzük’ün 140. maddesinde “Açık kurumlarda bulunanlarla, kapalı kurumda olup da açık kurumlara ayrılmaya hak kazandığı halde, nakledileceği kurumun kapasitesi ve/veya hükümlünün yaşı ve sağlığı gibi nedenlerle açık kurumlara gidemeyenler ile çocuk eğitimevlerinde bulunanlara, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet başsavcılığının onayı ile yılda en çok üç kez olmak üzere her defasında yol hariç üç güne kadar izin verilebilir” şeklinde yer almaktadır.

39 Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği (Yönetmelik), RG: 2.9.2012 – s: 28399

40 Yönetmelik Md. 5/1

kurumunda geçireceği de sanılmamalıdır. Bu kişiler cezanın *bir kısmını* kapalı kurumda geçirmekle birlikte, geçirecekleri sürenin, aldıkları cezanın toplam süresinin on yıldan az ya da çok olmasına bağlı olarak belirlenir. Bu bağlamda, alınan ceza on yıldan az ise⁴¹ kapalı kurumda kalınacak süre en az bir ayken⁴²; ceza on yıldan fazla olduğunda, bu süre toplam cezanın onda biridir.⁴³ “Bir ay”, “on yıl”, “onda bir” gibi yer verilen oran ve sayıların neye dayanarak belirlendiğine dair bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak Adalet Bakanlığı yetkilileri ile gayriresmi görüşmelerden, yapılan değişikliklerin kaç kişiyi etkilediğinin UYAP üstünden görülebildiğini anlıyoruz. Bu da söz konusu sayıların herhangi bir suç politikası bağlamında değil cezaevi doluluk kapasitesine bağlı olarak önerildiğini bir kez daha düşündürmektedir.

Son olarak, kapalı cezaevinde geçirilmesi gereken bu asgari süreler hesaplandıktan sonra, açık cezaevine geçişin ne zaman mümkün olacağına bakılır. Kasten işlenmiş suçlar bakımından bu zaman koşullu salıverilmeye yedi sene kaladır.⁴⁴ Müebbet cezalarda ise, koşullu salıverilme tarihine beş sene kaladır.⁴⁵

Düzenlemeyi daha da karmaşık hale getirmek bakımından, bu genel kural- ların dışında belirli suç kategorileri bakımından, açık cezaevine en erken geçiş zamanı, koşullu salıverilmeye daha az süre kala olarak düzenlenmiştir.⁴⁶ Bir başka deyişle, bu suçlardan mahkum olanların kapalı kurumda diğer suçları işlemlere göre daha uzun kalması arzu edilmiştir. Bu makalede ele alınan suç senaryoları arasında cinsel suçlar; aile içi şiddet ve sokak suçları bulunduğundan, söz konusu suçlar bakımından aranan açık cezaevine en erken geçiş süreleri şöyledir:

1) Bazı cinsel (Cinsel saldırı TCK Md. 102 ve Çocukların cinsel istismarı TCK Md. 103) ve aile içi şiddet suçları (Öldürme TCK Md. 82/1-d, Yaralama TCK Md. 86/3-a ve Eziyet TCK Md. 96/2-b) bakımından koşullu salıvermeye üç sene kala⁴⁷; ve

2) “Sokak suçları” olarak tanımlayabileceğimiz (Nitelikli hırsızlık TCK Md.

41 Paragrafın ilk kısmında anlatılan da dikkate alınrsa, kastla işlenen suçlar için 3-10 yıl arası, taksirle işlenenler içinse 5-10 yıl arası ise.

42 Yönetmelik Md. 6/1a

43 Yönetmelik Md. 6/1a

44 Yönetmelik Md. 6/1a

45 Yönetmelik Md. 6/1b

46 Yüksek güvenlikli cezaevlerinde infaz edilen, örgütlü suçlar, terör suçları, ve diğer istisnalar Yönetmeliğin Md. 10-6'da belirlenmiştir. Tüm olası durumları bir makalenin kapsamına alınması mümkün olmadığından, bunlar tartışma dışında bırakılmıştır.

47 Yönetmelik Md. 6/2b

142; Yağma TCK Md. 148 ve 149, ve bazı daha ağır uyuşturucu suçları TCK Md. 188 ve 190) suçlardan ceza alanlar için beş sene kala.⁴⁸

Cinsel suçlar, aile içi şiddet ve sokak suçlarından alınan cezalarda, eğer verilen hapis cezası on seneden kısa ise, mahkumların kapalı cezaevinde asgari bir ay geçirmeleri gerekirken, on yıldan fazla olan cezalar için, kapalı cezaevinde geçirilecek asgari süre cezanın toplam süresinin onda biridir.⁴⁹ Ortaya çıkan durum şu ki, her ne kadar aldıkları ceza süresine bağlı olarak kapalı kurumda kalma süresi kılacak veya uzayacak olsa da, bu suçlardan ceza alanların kapalı cezaevine mutlaka girmeleri istenmiştir.

Açık cezaevine geçilmesine dair düzenlemelerin, hem kapalı cezaevinde geçirilecek asgari süreyi, hem de koşullu salıvermeye kalmış olan süreyi içeren şartlar bakımından oldukça karmaşık olduğu ortadadır. Bu anlamda, ceza politikasının infazın görünmeyen ve anlaşılmayan Yönetmelik maddeleri ile düzenlenmesine kaydığını vurgularken aslında tam da bunu kastediyoruz. Nitekim, Yönetmeliğin kapalı kurumda kalınması gereken asgari süreleri düzenleyen maddesi, son on yıl boyunca defalarca değiştirilmiş ve hapis cezaların infazı çerçevesinde kapalı kurumda kalınması gereken süreler ciddi anlamda kısaltılmıştır.⁵⁰ Sırf bu bile infazın bir ceza politikası şekillendirme aracı haline geldiğini gösterir niteliktedir. Oldukça karışık bu düzenlemelerin, kapalı cezaevinde kalınacak süreleri nasıl belirlediğini daha iyi anlatmak için bunları Tablo 2’de görselleştirdik. Söz konusu tablo aslında suç tipi; suçun kast ve taksirle işlenmesi; ve alınan cezanın süresine bağlı olarak ne denli farklı infaz rejimi tipleri ortaya çıktığını göstermek bakımından da anlamlıdır.

48 Yönetmelik Md. 6/2a

49 Yönetmelik Md. 6/1a

50 Bu konuya dair ilk yönetmelik, 2005’te Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları Hakkında Yönetmelik adıyla çıkartılmıştır. Açık kurumlara geçiş, bu yönetmeliğin 6. maddesinde “Toplam cezalarının beşte birini kapalı ceza infaz kurumlarında iyi halli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine en fazla beş yıl kalmış hükümlüler” için tanınmıştır. 2012 yılında bu yönetmeliği yürürlükten kaldıran yeni bir düzenleme, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayırma Yönetmeliği adıyla yürürlüğe girdi. Bu anlamda, kapalı kurumda geçirilmesi gereken süreye dair toplam cezanın 1/5’ini kapalı kurumda geçirilmesine yönelik düzenleme değişmedi. Ama koşullu salıverilme tarihine kalan süre beş yıldan altı yıla çıkartıldı. Böylece kapalı cezaevinde geçecek olan süre azaltılmış oldu. 2015 yılında yapılan değişiklikle bu süreler bir kez daha değiştirildi. Buna göre, toplam cezanın 1/5’inin değil, 1/10’unun kapalı kurumlarda infaz edilmesi hükmü getirildi. İkinci olarak, koşullu salıverilme tarihine kalması gereken süre altı yıldan yedi yıla çıkartıldı. Böylece, açık cezaevine geçecek hükümlü nüfusunun kapsamı daha da genişletildi. 2016 yılında ise nitelikli hırsızlık, yağma, uyuşturucu ticareti, cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, eşe karşı öldürme ve yaralama gibi suçlar için koşullu salıverilme için aranan süre şartı ağırlaştırılarak üç yıl ve beş yıllık sürelerle bağlanmıştır. 2017 yılında ise yapılan son değişiklikle asgari kapalı kurumda kalma süreleri on yıl üzerinden yeniden düzenlemiş ve cezaları on yıldan az olanların bu sürenin bir ayını, on yıl ve yukarı olanların ise 1/10’unu kapalı kurumda infaz edeceği düzenlemesi getirilmiştir.

Tablo 2. Verilen cezanın kapalı cezaevinde infaz edilecek olan kısmının hesaplanmasının koşulları ve ortaya çıkan infaz rejimleri.

İnfazı Belirleyen Faktörler				İnfaz Rejiminin Sonucu		
İnfaz Rejimi	Suç tipi	Kast/ Taksir	Cezanın uzunluğu (yıl)	Kapalıya giriyor/ girmiyor	Kapalıda asgari süre	Açık cezaevine geçme zamanı
1	Cinsel,	Önemsiz	<10	Giriyor	1 ay	Koşullu salıverilmeye
2	aile içi şiddet ve öldürme		>10		Toplam cezanın 1/10'u	
3	Hırsızlık,		<10		1 ay	Koşullu salıverilmeye
4	yağma ve uyuşturucu		>10		Toplam cezanın 1/10'u	
5	Diğer suçlar	Kast	0-3	Girmiyor	0	Direkt
6		Taksir	0-5			
7		Önemsiz	<10	Giriyor	1 ay	Koşullu salıverilmeye
8			>10		Toplam cezanın 1/10'u	
9			Müebbet		yok	Koşullu salıverilmeye
						5 yıl kala

C. Üçüncü Tıraşlama: Cezanın Denetimli Serbestlik Aracılığıyla İnfaz Edilen Kısmı

Bir mahkumun kapalı cezaevinden açık cezaevine geçişini koşullu salıverilmesine kalan süreye bağlayan düzenleme şekli, bir kez açık cezaevine geçen mahkumun koşullu salıverilmeye kadar olan süresinin açık cezaevinde infaz edileceği yönünde bir beklenti doğurmaktadır. Ancak cezaevi nüfusundaki kalabalıklaşma sadece kapalı kurumları değil açık kurumları da etkilemektedir. Bunun sonucunda meydana gelen yer sıkıntısı, cezanın bir kısmının açık cezaevi yerine denetimli serbestlik aracılığıyla cezaevlerinin *dışında* infaz edilmesini gerekli kılmıştır. İnfaz Kanununa eklenen Geçici Md. 3'e göre⁵¹, koşullu salıverilmesine bir sene kalmış olan mahkumlar, açık cezaevinde infaz edilmesi gereken cezalarının bu bir senelik kısmının denetimli serbestlik aracıyla infaz edilmesi için talepte bulunabilirler. Bir başka deyişle, koşullu salıverilmesine bir sene kala, mahkum açık cezaevinden çıkarak, denetimli serbestlik yüküm-

51 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Md. 2, Kabul: 5.4.2012, RG: 11.4.2012 – s: 28261.

lülüğüne tabi olmakla beraber topluma dönebilir. Böylece infaz sistemi içinde, fiilen mahkumların ceza infaz kurumundan bir sene erken tahliye olmaları olanağı bu şekilde sağlanır.⁵² İşte bu da mahkemede alınan “XX yıl hapis cezasının” bir kısmının daha kapalı bir kurumda infaz edilmeden üçüncü kez tıraşlanması ve toplumun bundan yine haberdar olmaması anlamına gelmektedir.

V. Görünen ve Gerçek Cezalandırma: Senaryolar Üzerinden Analiz

Makalenin önceki bölümlerinde hapis cezalarının infaz aşamasında nasıl “kısıldığını” anlatmaya çalıştık. “Kısalma” tabiri kullanılırken tabii ki mahkeme tarafından verilen cezanın kısaldığını iddia etmemiz mümkün değil. Fakat uygulanan infaz biçimleri herhangi bir hapis cezasının büyük bir kısmının, kamuoyunun “hapis” olarak algıladığı kapalı cezaevlerinin dışında infaz edilmesine yol açtığı için, zihinlerde “kısılmış” olduğu algısı doğmaktadır.

Makalenin bu kısımda, yukarıda anlatılan ve Tablo 2’de gösterilen unsurların uygulamada ne gibi ceza adaleti sonuçları verdiğini göstermek amacıyla, çeşitli senaryolar sunulmuştur. Aşağıdaki senaryolar arasında, toplumsal açıdan en çok tartışılan ve tepki çeken suçlar yer aldığı gibi, kast-taksir yahut alınan ceza süresi gibi infaz tıraşlama kriterlerini karşılamak bakımından seçilmiş suçlar da bulunmaktadır.

İnfaz rejimi 1: Cinsel suç veya aile içi şiddet suçu

Senaryo 1: Cezası 10 yıldan az cinsel suç (TCK 102/1 ve 3-a)⁵³

Bir otelde kat temizlik görevlisi Sabri⁵⁴, odasında uyuyan alkollü müşterinin (Meltem) odasına girerek, yatakta yanına yattı. Meltem’in göğsüne dokunarak avuçladı, ancak Meltem’in uyanarak Sabri ile boğuşup bağırması neticesinde odadan hızla kaçtı. Sabri, cinsel saldırı suçundan 7 yıl 6 ay ceza aldı.

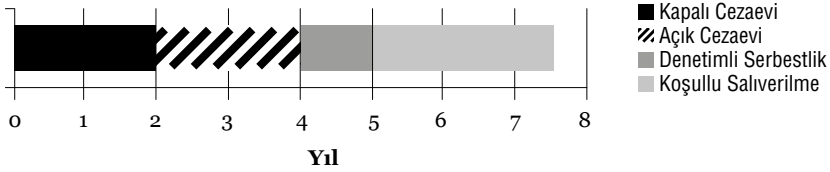
Bu senaryodaki cinsel suç yetişkin birine karşı işlendiğinden ve sarkıntılık düzeyinde kaldığından, koşullu salıverilmeye kadar infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre toplam cezanın 2/3’üdür, ve 5 yıla denk gelmektedir. Bu

52 Hakan A. Yavuz, “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik”, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı Uluslararası Yaklaşımlar*, Der.; Deniz Özyörük, Ankara, 2016, <https://bit.ly/2NvklGr>,(26.2.2019). ss.15-23

53 Makalede ele alınan senaryolardaki cezaların gerçek durumu yansıtmaları adına, ceza ve infaz hesaplamaları yargı mensuplarının görüşleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu anlamda suçlar için verilen cezaları belirlemek için pratikte genelde uygulanan indirimler de dikkate alınmıştır, ve böylece senaryolarda “verilen” cezaların olabildikçe gerçek hayatta mahkemelerce verilen cezalara benzer/yakın olmalarına dikkat edilmiştir.

54 Kullanılan tüm isimler tamamen farazidir.

suçu işleyenlerin, kapalı kurumdan açık cezaevine geçmesi için koşullu salıverilme sürelerine üç sene kalması gerektiği için, Sabri kapalı cezaevinde toplam 2 yıl geçirecektir. Açık cezaevinde de 2 yıl geçirdikten sonra, koşullu salıverilmesine bir yıl kala da denetimli serbestliğe geçebilecektir. Bu suçun infaz biçimi Şekil 3'te gösterilmiştir.



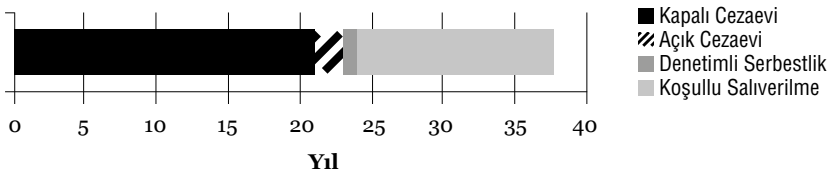
Şekil 3. Cinsel saldırı suçundan alınan 10 yıldan kısa hapis cezasının infaz rejimi - 7 yıl 6 ay hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 2: Cinsel suç veya aile içi şiddet suçu; 10 yıldan uzun hapis cezası

Senaryo 2: Eş öldürme (TCK 82/1 d), müebbet ceza

Sabri, bir hafta önce bir tabanca aldı. Kendisinden boşanmak isteyen eşi Lale'yi, bavulunu toplamış evden gittiği sırada ateş ederek öldürdü. Duruşmalarda pişmanlık belirten Sabri bunun sonucunda müebbet hapis cezası aldı.

Bu senaryodaki suç müebbet ceza ile sonuçlandığından, mahkumun koşullu salıverilmesi, infaz kurumlarında 24 sene geçirdikten sonra mümkün olacaktır. Zira müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet gerektiren suçlarda İnfaz Kanunu, koşullu salıverilme için oran yerine asgari süre getirmiştir. Sabri, koşullu salıverilmesine en erken 3 sene kala kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilir (kapalı cezaevinde 21 yıl geçirdikten sonra). Koşullu salıverilmesine bir sene kala da, açık infaz kurumundan denetimli serbestliğe geçebilir. Eş öldürmekten müebbet alan birisinin cezası Şekil 4'teki gibi infaz edilmektedir.

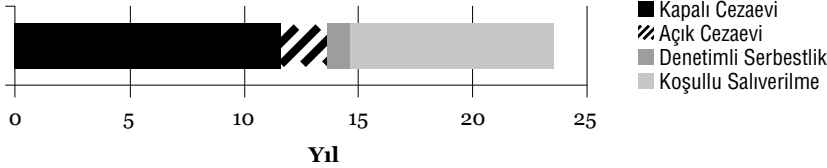


Şekil 4. Eş öldürmekten alınan müebbet hapis cezasının infaz aşamaları.

Senaryo 3: Eş öldürme (TCK 82/1 d), süreli ceza

Sabri, şiddetli geçimsizlik yaşadığı eşinin, kendisini kardeşiyle aldattığından şüphelendi. Bir gün eve geç geleceğini söyleyerek evin dışında saklandı, kapıyı gözetledi, kardeşinin eve gelmesi sonrasında elindeki anahtarla eve girdi. Eşi ve kardeşini birlikte yakaladı. Eşini, kardeşiyle olmakla suçlayarak bıçaklayarak öldürdü. Sabri, haksız tahrik indirimi uygulanarak 22 yıl ceza aldı.

Bu senaryo bir üstteki örneğe çok benzer olup, tek fark hâksiz tahrik indirimi uygulandığında, eşe karşı öldürme fiilinin cezasının müebbet yerine süreli olmasıdır. 22 yıl hapis cezası alan böyle bir mahkum, infaz kurumunda 14 yıl 8 ay geçirdikten sonra koşullu salıverilecektir (toplam cezanın 2/3'ü). Sabri, koşullu salıverilmesine 3 sene kala kapalı cezaevinden açık ceza evine geçeceğinden, kapalı cezaevinde toplam 11 yıl, 8 ay geçirecektir. Koşullu salıverilmesine bir sene kala denetimli serbestliğe geçebileceğinden, açık cezaevinde toplam 2 sene geçirecektir. Bu senaryoda eş öldürme suçundan alınan süreli ceza Şekil 5'teki gibi infaz edilecektir.⁵⁵



Şekil 5. Eş öldürmekten alınan süreli hapis cezasının infaz rejimi - 22 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

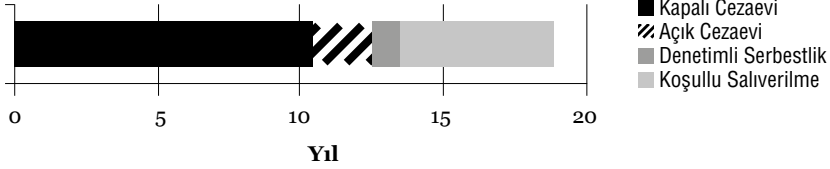
Senaryo 4: Çocuğun Cinsel İstismarı (TCK 103/2)

Aynı binada oturduğu komşusunun 10 yaşındaki çocuğu Lale'yi apartmanın bodrumuna götürerek cinsel istismarda bulunan Sabri, 18 yıl ceza aldı.

Burada 10 yıldan uzun cinsel nitelikte bir suçun çocuğa karşı işlenmesi sebebiyle, koşullu salıverme süresi toplam cezanın 3/4'ü olarak hesaplanır. Bu durumda Sabri'nin infaz kurumlarında 13 yıl 6 ay geçirmesi gerekir. Koşullu salıverilmesine 3 sene kala da kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilecektir. Söz konusu tarihe bir sene kala ise açık cezaevinden denetimli serbestliğe çık-

⁵⁵ Senaryo 2 (Şekil 4) ve senaryo 3 (Şekil 5) ile eşe karşı işlenen kasten öldürme fiillerinde, kadın örgütlerinin de hep eleştirdiği, haksız tahrik indiriminin yarattığı ceza farkı net olarak ortaya konmaktadır.

bileceğinden, açık cezaevinde toplam 2 sene geçirecektir. Bu örnekte cezanın infaz biçimi Şekil 6’da gösterilmiştir.



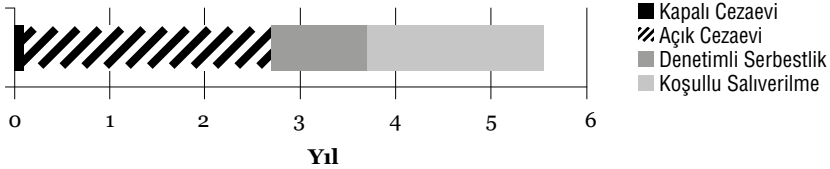
Şekil 6. Çocuğun cinsel istismarı suçundan alınan 10 yıldan uzun hapis cezasının infaz rejimi – 18 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz Rejimi 3: Sokak suçları, 10 yıldan kısa hapis cezası

Senaryo 5: Hırsızlık suçu (TCK 142/1c, 2b)

Sabri, bindiği Metrobüste yolculuk yapmakta olan Meltem’in çantasında bulunan cep telefonunu çantasına jilet atmak suretiyle özel beceri göstererek aldı. Bir süre sonra telefonunun olmadığını fark eden Meltem’in şikayetiyle araçtaki kamera sisteminden kimliği tespit edilerek yargılandı ve 5 yıl 6 ay 20 gün ceza aldı.

Bu senaryoda Sabri’nin koşullu salıverilmesi için, 3 yıl 8 ay 15 günü infaz kurumlarında geçirmesi gerekecektir (toplam cezanın 2/3’ü). Kural olarak bu tarz sokak suçlarında koşullu salıverilmeye 5 sene kala açık infaz kurumuna çıkılabilir. Ancak, Sabri’nin infaz kurumlarında geçireceği toplam süre 5 seneden kısa olduğundan, kapalı cezaevinde geçirilmesi gereken asgari süreye bakılır, ki o bu suçların infaz rejiminde bir aydır. Bir başka deyişle, bu senaryoda Sabri bir ayını kapalı cezaevinde geçirdikten sonra, açık cezaevine geçebilecektir. Ardından, açık cezaevinde 2 yıl 7 ay 15 gün geçirdikten sonra, koşullu salıverilmesine bir yıl kala da denetimli serbestliğe geçebilecektir. Bu örneğin infaz biçimi Şekil 7’de gösterilmiştir.



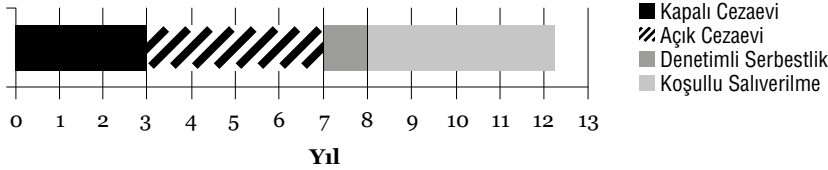
Şekil 7. Hırsızlık suçundan alınan 10 yıldan kısa hapis cezasının infaz rejimi – 5 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 4: Sokak suçundan, 10 yıldan uzun hapis cezası

Senaryo 6: Yağma suçu (TCK 149/1a ve b)

Sabri, silahlı ve kar maskeli olarak, oğlu ile oturmakta olan Semra'nın yazlık evine girdi. Semra'ya silah zoru ile evde bulunan kasayı açtırarak, kasada bulunan altın ve diğer ziynet eşyalarını aldı. Karşı koyan Semra'ya eliyle vuran Sabri, Semra'nın basit şekilde yaralanmasına neden oldu. Sabri, 12 yıl ceza aldı.

Sabri'nin koşullu salıverilmesine kadar 8 yılı infaz kurumlarında geçirmesi gerekecektir (toplam cezanın 2/3'ü). Koşullu salıverilmesine 5 sene kalaysa kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilecektir. Böylece Sabri kapalı cezaevinde toplam 3 sene geçirecektir. Dört yıl da açık cezaevinde kaldıktan sonra, koşullu salıverilmesine bir yıl kala denetimli serbestliğe geçebilecektir. Özetle, bu senaryoda infaz biçimi Şekil 8'de gösterildiği gibi olacaktır.

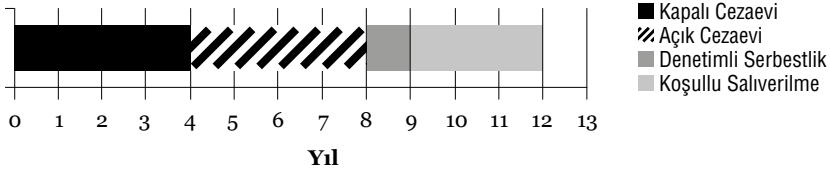


Şekil 8. Yağma suçundan alınan 10 yıldan uzun hapis cezasının infaz rejimi – 12 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

Senaryo 7: Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188)

Sabri, birine 1 gram esrar sattıktan sonra, elinde diğer esrarlar ve satıştan elde ettiği para ile yakalandı. Sabri, 12 yıl hapis ve 100 güne tekabül eden para cezası aldı.

Bu senaryoda Sabri'nin koşullu salıverilmesi için infaz kurumlarında 9 yıl geçirmesi gerekecektir (verilen toplam cezanın 3/4'ü). Koşullu salıverilmesine 5 sene kala kapalı cezaevinden açık cezaevine çıkabileceği için, kapalı cezaevinde toplam 4 sene geçirecektir. Sabri, dört yıl da açık cezaevinde geçirdikten sonra, koşullu salıverilmesine bir yıl kala denetimli serbestliğe geçebilecektir. Özetle, bu senaryodaki suç için infaz biçimi Şekil 9'da gösterildiği gibi olacaktır.



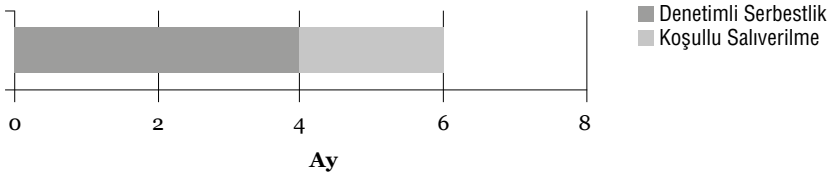
Şekil 9. Uyuşturucu imal ve ticareti suçundan alınan 10 yıldan uzun hapis cezasının infaz rejimi – 12 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 5: Kasten işlenen bir suç için 3 yıldan kısa hapis cezası

Senaryo 8: Kasten işlenmiş tehdit suçu (TCK 106)

Sabri, borç verdiği parasını birden fazla kez istemesine rağmen geri vermeyen arkadaşı Ahmet'i parasını vermemesi halinde öldüreceğini söyleyerek tehdit etti. Bunun üzerine Sabri, 6 ay hapis cezası aldı.

Bu senaryoda Sabri'nin koşullu salıverilmeye kadar infaz kurumlarında geçirmesi gereken süre 4 aydır (toplam cezanın 2/3'ü). Fakat bu infaz rejiminde, kapalı cezaevine hatta açık cezaevine hiç girmeden infaz yapılmaktadır. Bu nedenle Sabri doğrudan denetimli serbestliğe geçebilir. Bu senaryo için infaz şekli aşağıdaki Şekil 10'da gösterilmiştir.



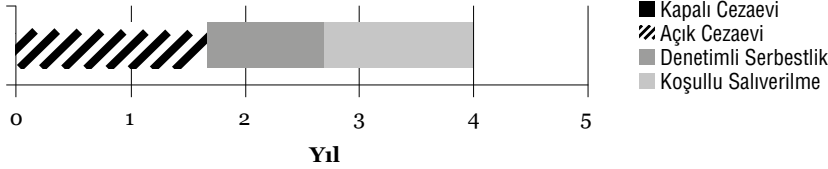
Şekil 10. Kasten işlenmiş tehdit suçu için verilen 3 yıldan kısa hapis cezasının infaz rejimi – 6 ay hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 6: Taksirle işlenmiş bir suç için, 5 yıldan kısa hapis cezası

Senaryo 9: Taksirle öldürme (TCK 85/2)

On beş saatten fazla süre araç kullanan Sabri, şehir merkezine girince direksiyonda uyuyakaldı. Kontrolünü kaybedince araç yoldan çıktı ve kaldırımında yürümekte olan Lale ve yedi yaşındaki oğlu Cemil'e çarparak ölümlerine neden oldu. Sabri, 4 yıl hapis cezası aldı.

Bu senaryoda Sabri'nin koşullu salıverilmesi için 2 yıl 8 ay 6 gün infaz kurumlarında geçirmesi gerekecektir (verilen cezanın 2/3'ü). Bu infaz rejiminde de, kapalı cezaevinde hiç zaman geçirmeden doğrudan açık cezaevine geçilebilmektedir. Bu örnekte, Sabri koşullu salıverilmesine bir sene kala denetimli serbestliğe geçebileceği için, açık cezaevinde toplam 1 yıl 8 ay 3 gün geçirmesi gerekecektir. Bu suçun infaz aşamaları Şekil 11'de gösterilmiştir.



Şekil 11. Taksirle işlenmiş öldürme suçundan alınan 5 yıldan kısa hapis cezasının infaz rejimi - 4 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

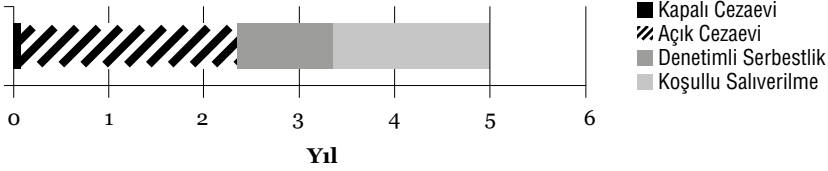
İnfaz rejimi 7: Hapis cezası 10 yıldan az olan suçlar

Senaryo 10: Nitelikli dolandırıcılık (TCK 158)

Sabri, 65 yaşındaki Ahmet'i telefonla arayarak, kendisini adliyede çalışan savcı olarak tanıttı. Ahmet'in torunu Cemil'in karıştığı bir trafik kazası sebebiyle yargılandığı ağır ceza heyetinde arkadaşı olan hakimle konuşarak, Cemil'in tahliye edilmesini sağlayabileceğini söyleyerek, Ahmet'i konuyu görüşmek üzere bir yere çağırdı. Sabri, buluşmada inandırıcı olmak için önceden yaptırdığı sahte savcı kimliğini gösterip, torununun yargılandığı mahkemede görevli hakimlerden biri ile bu hakimden önceden internetten bulunduğu fotoğrafına kendi fotoğrafını monte etmek suretiyle oluşturduğu samimi fotoğraflarını gösterip inandırıcılığını pekiştirdi. Hakimden kendisinin hatırını sayacağını ve tahliye için hakime 100.000 TL vereceğini söyleyip, bu parayı aldıktan sonra kayıplara karıştı. Sabri, nitelikli dolandırıcılık suçundan 5 yıl hapis ve 200.000 TL adli para cezası aldı.

Bu senaryoda Sabri'nin koşullu salıverilmesine kadar infaz kurumlarında geçirmesi gereken süre 3 yıl 4 aydır (toplam cezanın 2/3'ü). Kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilmesi için, koşullu salıverilmesine 7 sene kalmış olması gerekir. Fakat bu örnekte aldığı toplam ceza 7 seneden kısa olduğundan, kapalı kurumda geçirmesi gereken asgari süreye bakılması gerekir. Bu infaz rejiminde sözkonusu süre bir aydır. Böylece bir ayını kapalı infaz kurumunda, ve sonra 2 yıl 3 ayını açık cezaevinde geçirdikten sonra denetimli serbestliğe

geçebilecektir. Böylece bu örnekteki suçun infaz aşamaları Şekil 12'de gösterildiği gibi olacaktır.



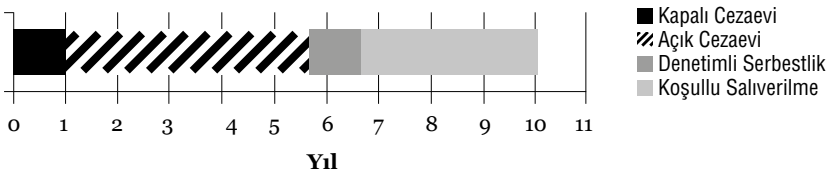
Şekil 12. 10 yıldan kısa hapis cezasının infaz rejimi – 5 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 8: 10 yıldan uzun hapis cezası

Senaryo 11. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (ölümle sonuçlanan) (TCK 86/3, 87/4)

Sabri arazi anlaşmazlığı yüzünden husumetli olduğu komşusu Ferhat'la yolda karşılaşp kavga etmeye başlar ve onu karnından bıçaklar. Ferhat yere düşer, Sabri komşusunun karnını tekmeler. Yaralı biçimde hastaneye kaldırılan Ferhat, . hastanede yaşamını yitirir. Sabri, silahlı ve ölümle sonuçlanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan on yıl hapis cezası alır.

Bu senaryoda Sabri'nin koşullu salıverilmesi için 6 yıl 8 ay infaz kurumunda geçirmesi gerekecektir (toplam cezanın 2/3'ü). Kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilmesi için, koşullu salıverilmesine 7 yıl kalması gerekir. Fakat bu örnekte kapalı cezaevinde geçirilmesi gereken asgari süre toplam cezanın 1/10'ü olan bir yıldır. Böylece Sabri bir yılı kapalı cezaevinde, 4 yıl 8 ayı açık cezaevinde, ve bir yılı da denetimli serbestlikte geçirecektir. Böylece bu örnekteki suçun infaz aşamaları Şekil 13'te gösterildiği biçimde olacaktır.



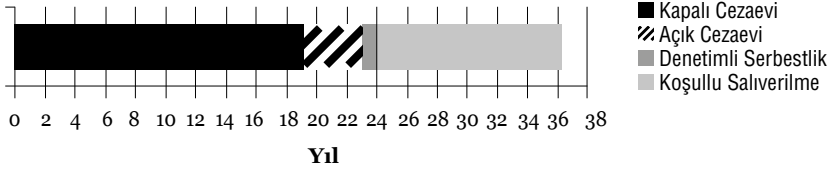
Şekil 13. 10 yıl ve üzeri hapis cezasının infaz rejimi – 10 yıl hapis cezasının infaz aşamaları.

İnfaz rejimi 9: Müebbet hapis cezası

Senaryo 12. Kan gütme saikiyle kasten öldürme (TCK 82/1/j)

Ferhat'ın kardeşi Ali, babasının intikamını almak için *Sabri'nin 17 yaşındaki oğlu Sinan*'ı, okul çıkışında babasının tabancasıyla öldürür. Ali, kan gütme saikiyle kasten öldürmeden müebbet hapis cezası alır.

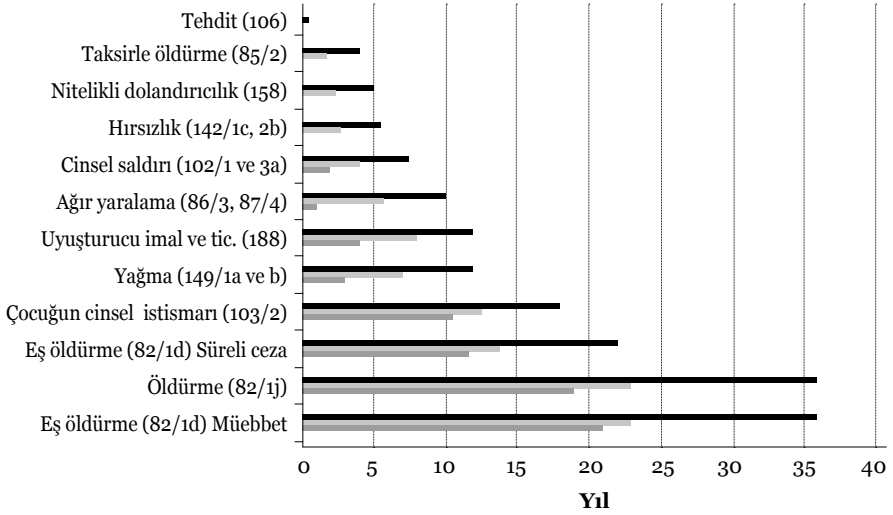
Bu senaryoda Ali'nin koşullu salıverilmesine kadar infaz kurumlarında geçirmesi gereken süre 24 yıldır. Kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilmesi için, koşullu salıverilmesine 5 yıl kalması gerekir. Böylece Ali 19 yılı kapalı cezaevinde, 4 yılı açık cezaevinde, bir yılı da denetimli serbestlikte geçirecektir. Bu örnekteki suçun infaz aşamaları Şekil 14'te gösterildiği biçimde olacaktır.



Şekil 14. Müebbet hapis cezasının infaz rejimi – müebbet hapis cezasının infaz aşamaları.

VI. Tartışma ve Sonuç

Yukarıda senaryolar eşliğinde her bir suç tipi için ayrı ayrı gösterildiği ve bu makalede başından beri değinildiği üzere, mahkemede verilen ceza ne denli uzun olsa da, bunun cezanın infazı aşamasında hem genel olarak toplam cezaevinde geçirilen süre hem de özel olarak kapalı kurumda geçirilen süre bakımından mahkemede alınan cezanın çok gerisinde kaldığını ortaya koyduk. Ele alınan tüm senaryolarda ortaya çıkan infaz aşamaları Şekil 15'te karşılaştırılmalı olarak da gösterilmiştir. Anlaşıldığı üzere, bazı suçlarda verilen ve cezaevlerinde (ve özellikle kapalı cezaevlerinde) infaz edilen cezalar arasındaki fark açıklanamaz boyuta ulaşmaktadır. Dolayısıyla kamuoyuna özellikle belirli suçlara müsamaha gösterilmediği ve hatta bu suçların cezalarının uzatıldığına dair verilen imajın, pratikte ortaya çıkan gerçeği yansıtmadığı rahatlıkla söylenebilir.



Şekil 15. Senaryolardaki suçlardan alınan toplam cezalar ile o cezaların cezaevlerinde infaz edilecek kısımları.

Nitekim toplumda en çok tepki çeken çocuklara yönelik cinsel istismar ve eşe karşı öldürme suçları gibi hem cezası uzun hem infazı en sıkı olan suçlarda dahi bu fark ciddi boyuttadır. Aradaki tek fark, kişiyi infaz kurumlarında diğer suçlara göre daha uzun tutarak (2/3 yerine 3/4), cezanın açık cezaevinde infaz edilen kısmı oransal olarak bu suçlarda daha küçüktür. Diğer yandan, yağma ve uyuşturucu gibi, tekrerrü yüksek suçlar (ve ilki bir de şiddet suçudur) için öngörülen cezaların da görece uzun ve ağır olması beklenir. Fakat infaz edilmişlerine bakıldığında bu suçlar için gösterildiğinden çok daha yumuşak bir cezalandırma politikasının olduğu anlaşılmaktadır.

Verilen cezaların süreleri kısaldıkça (özellikle 12 yılın altına inildikçe) kişilerin kapalı cezaevinde geçirecekleri sürelerin daha yüksek oranda azaldığı ve mahkemece verilen hapis cezalarının infaz aşamasında adeta buharlaştığı Şekil 15'te açıktır. Hatta bu durum, tekrerrü yüksek olan hırsızlık veya daha yaratıcı şekilleri her gün ortaya çıkan dolandırıcılık suçları bakımından ürkütücü boyuttadır. Mahkumlar beş yıl ceza almaları halinde, kapalı infaz kurumlarında sadece bir ay kadar bir süre geçirmektedir. Bu sonuçlar suç politikası bakımından birbiriyle çelişik nitelik arz ettiği gibi, kim tarafından hangi politika öncelikleri ile belirlendiğini anlamak da mümkün değildir.

Hemen belirtmek gerekir ki, infaz edilen ceza ile mahkemede alınan ceza arasındaki farkı vurgularken şu anda verilen cezaların tamamının kapalı ceza-

zaevlerinde infaz edilerek çektirilmesi gerektiğini savunmuyoruz. Cezaların uzunluğunun suçu caydırma konusunda en önemli etken olmadığı birçok araştırmayla çoktan gösterilmiştir.⁵⁶ Uzun cezaların ayrıca hem mahkumların psikolojisi, hem ülkenin kaynaklarının etkin kullanımı, hem de halihazırdaki kalabalıklaşma sorununun ışığında gerçekçi ve anlamlı olmadığını biliyoruz. Nitekim, halihazırda, infaz aşamasındaki tüm bu tıraşlamaya rağmen, cezaevlerinde infaz bakımından geçirilen sürenin uzunluğunun ortalamasıyla Türkiye, Avrupa üçüncüsüdür (Portekiz ve Romanya'dan sonra).⁵⁷ Bu anlamda, sözkonusu ortalamalara bakıldığı zaman, Türkiye'de cezaevlerindeki infaz sürelerinin kısa olduğu söylenemez. Verilen ile infaz edilen cezaların, ve dolayısıyla görünen ve gerçek cezalandırma politikaları arasındaki uçurumun ortadan kalkması, ya da en azından azalması, infazın uzamasıyla değil, kanunda öngörülen ve dolayısıyla mahkemelerce verilen cezaların gözden geçirilmesiyle gerçekleşebilir. Bunun mahkeme hakimlerinin özel konuşmalarda sıklıkla dile getirdiği "boşuna iş yapıldığı" duygusunun önüne geçilmesine katkı sağlayacağı da açıktır. Bu anlamda, verilen ile infaz edilen cezalar arasındaki fark azalması dediğimizde, infaz edilenin uzatılması gerektiğini değil, verilenlerin gözden geçirilmesi gerektiğini savunuyoruz. Bazı suçların cezalarında ciddi oranda kısaltma gerektiğine dair bir inanç ve siyasi iradenin de zaten bulunduğu ve kamuya açık bir şekilde olmazsa dahi infaza ilişkin düzenleme ve uygulamalardan cezalandırma politikalarında yumuşamaya gidildiği zaten anlaşılmaktadır. Söz konusu bu iradenin arkasındaki temel nedenin cezaevindeki kalabalıklaşma olduğunu düşündüğümüzü ifade etmiştik. Fakat asıl önemli olan şu ki, cezalandırma gibi temel hak ve özgürlükleri, can ve mal güvenliği- ni ve çoğu vatandaşın gündelik hayatını ve dolayısıyla kamuoyunu doğrudan ilgilendiren bir konuda aslında ciddi bir politika değişiminin demokratik bir tartışma ortamında yürütülmesi gerektiği aşıkardır. Hangi suçların cezalarında kısaltmaya gidilip hangi suçlarda gidilmeyeceği bir suç ve ceza siyaseti olarak tartışılmadan, verilen cezaların şeffaflık ve öngörülebilirlik olmaksızın birtakım bürokratların kararları ile daha kısa hale getirilmesi, hem yargılamayı yapan mahkemeler, hem yargılananlar, hem de kamuoyu açısından kabul edilebilir bir sonuç değildir.

Bu anlamda, cezalandırma politikalarını tartışırken, suçları arz ettikleri tehlike, yarattıkları zarar ve tekrür gibi unsurları bakımından farklı şekilde ele

56 Andrew von Hirsch, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*. Oxford, 1999; Daniel S. Nagin, "Deterrence in the Twenty First Century", *Crime and Justice*, C. 42, 2013, ss. 199-263; Zahir Kızmaz, "Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi", *Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 7, S: 2, ss. 210-231.

57 Aebi vd., *Prisons in Europe*, s. 39

almak mümkündür ve aslında siyasa üretmek isteyenler için bir çok seçenek de vardır. Sadece cezaların uzunluğunun ne olması gerektiğini tartışmak yerine, farklı suçlar için alternatif cezalandırma politikalarının tartışılması da söz konusu olabilir: bir fiili suç olmaktan çıkarma; tedavi ve rehabilitasyon odaklı yaptırımlar; bir ceza biçimi olarak denetimli serbestlik⁵⁸; diversiyon niteliğindeki alternatif yaptırımlar, hapis cezasına alternatif olabilecek seçeneklerden sadece bir kaçıdır. Farklı suçlara yönelik en etkin yanıtın ne olacağı bir infaz ya da ceza hukuku meselesi olarak değil; bir sosyal politika meselesi olarak ele alınmalıdır. Bu tarz politikaların geliştirilmesi için, sadece normatif değişiklikler yerine, suç ve suçluluk sorusuna ilişkin açık ve kapsamlı bir tartışma gereklidir.

Bunun yanında, suç ve adalet meselesi ve bu çerçevede cezalandırma politikası “fail ne hak eder” sorusunun yanı sıra, “toplum neyi hak eder” sorusuna da cevap aramalıdır.⁵⁹ Bu çerçevede, toplum ceza adaleti sistemine yaptığı yatırımın kendisine daha az suç ve daha güvenli bir yaşam olarak geri dönmesini talep etme hakkına sahiptir.⁶⁰ Bu öncelikle cezalandırma politikalarının sayısal bir mesele olmanın ötesine geçmesi gerektiği anlamına gelir.

Birincisi, istenen caydırıcı etki ise, ki mevcut durumda cezaların caydırıcı etkisi olduğu tartışmaya açık bir öneridir, bu etkiyi elde etmenin yolunun cezaları uzun tutmaktan geçmediği gerçeği artık kabul edilmelidir.⁶¹ Cezaların caydırıcı etkisinin, cezaların ağırlığından çok cezaların kesinliğine bağlı olduğu bir çok araştırmayla desteklenmiştir.⁶² Başka bir deyişle, cezaları uzun tutmak yerine, daha kısa ancak daha kesin hale getirerek caydırıcı etkisini arttırmanın mümkün olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan, cezaların kesinliğinin basit bir kanun değişikliğiyle değil, çok daha sistematik bir ceza adaleti reformu ile artacağımı söylemek gerekir.

İkincisi, amaç tekerrürü önlemek ise, farklı tipte suçlar ve suçlular için farklı müdahale çeşitleri gerekli olabileceğinden, cezalandırma politikasının suç tipine göre farklılık gösterebileceği gerçeği de masaya yatırılmalıdır. Bu anlamda daha ağır olarak algılanan bir suç (ki suçların ağırlığı, büyük ölçüde subjektif

58 Denetimli serbestlik, burada bir infaz biçimi olarak ele alınmış olsa da aslında hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında gündeme gelebilir. Aynı zamanda başlı başına bir cezalandırma şekli de olabilir.

59 Ki buraya “mağdur ne hak eder” sorusu da eklenmelidir.

60 Bu yatırımın boyutunun bir örneği de cezaevleri için yapılan harcamalardır. Sadece 2015'te Türkiye'de cezaevlerinin işletilmesi için 1.169.879.370 Euro harcanmıştır (Aebi vd., *Turkey - Country Profile*, s. 1).

61 Michael H. Tonry, *Sentencing Matters*, Oxford, 1997, ss. 8-9; Nagin, *Deterrence*, ss. 199-263.

62 von Hirsch, *Criminal Deterrence and Sentence Severity*; Nagin, *Deterrence*, ss. 199-263.

bir değerlendirmedir) her zaman daha ağır ceza gerektirmeyebilir; daha farklı türde bir müdahale kişinin ileride tekrar suç işlemesini önlemek açısından daha etkili olabilir. Örneğin, bir uyuşturucu bağımlısı için bağımlılık tedavisi hapis cezasından çok daha anlamlıdır. Uzun vadede bu tarz suçluların suç işleme oranlarında bir azalma olması isteniyorsa, cezalandırma yerine bağımlılık tedavisine yatırım yapmak daha etkili bir politika olabilir.

Üçüncüsü, hapis cezasının öngörülmeven bazı sonuçları olduğu, ve bunların da yarar-zarar değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiği de hesaba katılmalıdır. Kişiyi toplumdan izole eden cezaların daha sonra kişinin topluma entegrasyonunu zorlaştırdığı bilinmektedir. Böyle bir cezanın yaratacağı yararın, hangi suçlar açısından zarardan daha fazla olacağı dikkatlice değerlendirilmelidir. Kısa dönemde toplum açısından ciddi tehlike oluşturan suçlular bakımından cezaevlerinin hızla yarattığı etkisizleştirme sonucu, cezaevlerinin dışlayıcı etkisinin yarattığı olumsuz sonuçlardan daha önemli olabilir. Bunlar dışında, kişiyi toplumdan ve toplumsal kurumlardaki yerinden ve düzeninden (ailesinden, işinden, eğitim programından) koparacak kadar uzun, ama anlamlı bir dönüşüm yaratabilmek ya da toplumu koruyabilmek için kısa olan cezaların (cezaevinde birkaç ay geçirilmesi gibi) topluma maddi bir yük getirmek ve yeni sorunlar yaratmaktan başka bir yararı yoktur. Bu anlamda, cezalandırma politikasını tasarlarken, hapis cezalarının hangi suçlar için etkili ve anlamlı olacağı bilimsel araştırmaların ve başka ülkelerin deneyimlerini de dikkat alarak değerlendirilmeli, ve asıl elde edilmek istenen sonuçların ne olduğu (caydırma mı, rehabilitasyon mu, yeniden entegrasyon mu, etkisizleştirme mi) suç ve suçlu tipi bazında göz önünde tutulmalıdır.

Mahkemece verilen ve infaz edilen cezalar arasındaki farkın tamamen kapatılmasının bir takım yeni sorunlar yaratabileceği tartışmasızdır. Hapis cezalarının infazında belli bir esnekliğin olması infaz kurumlarının yönetimini kolaylaştıran bir unsurdur çünkü bu esneklikle gelen erken tahliye olasılığı ceza infaz süreci boyunca mahpusların uyumlu davranmalarına ve rehabilitasyona yönelik çaba göstermelerine yönelik bir teşvik oluşturmaktadır. Bu esnekliğin tamamen kaldırılmasının, zaten zor bir iş olan cezaevi ve infaz yönetimini daha da zorlaştırması, ve ceza infaz aşamasındaki mahpusların rehabilitasyona yönelik çabalarını azaltması kuvvetle muhtemeldir.

Ayrıca, cezaların kişiselleştirilebilmesi de başarılı bir cezalandırma politikasının özelliği olmalıdır. Bunu infaz aşamasında mümkün kılacak düzenlemeler halihazırda mevcut değildir. İnfaz rejimi mevcut biçimiyle mahkumların kendilerine özgü rehabilitasyon ve sosyalizasyon sürecine bakılmaksızın uygulanmaktadır. İnfaz aşamasında esneklikler olacaksa, bunları topyekün hafifletme şeklinde uygulanması yerine cezanın kişiselleştirmeye yönelik kullanılması

daha anlamlı bir yaklaşım olur. Bunlardan dolayı, verilen ile infaz edilen cezaların arasındaki farkın tamamen kaldırılmasının değil, öngörülebilir ve makul bir seviyeye indirilmesinin ve bu farkın cezalandırmaya ait yasalarla öngörül-müş bulunan belirli amaçlara hizmet edecek biçimi almasının daha gerçekçi olacağını düşünüyoruz.

Sonuç olarak, cezaevleri nüfusunda yaşanan hızlı artışla başa çıkmak için, şimdiye kadar yama benzeri ve her daim yetersiz infaz düzenlemelerinin kullanılmış olması sonucunda ortaya çıkan tablo, amacı ve hedefi anlaşılmayan, şeffaflıktan uzak ve tutarsız bir cezalandırma uygulaması olmuştur. Söz konusu yama yöntemi sonucunda gerçek cezalandırma politikası ile *görünen* cezalandırma politikası arasında büyük bir uçurum oluşmuş, fakat buna rağmen cezaevi nüfusundaki artış kontrol altına alınamamıştır. Bu uçurumun küçülmesi, cezaevi nüfusunun kontrol edilebilir bir noktaya çekilmesi, ve tutarlı ve etkili bir suç ve adalet politikası geliştirilmesi için, kanunla öngörülen cezalar gözden geçirilmeli, ve hükmedilen ve infaz edilen cezaların arasında büyük uçurum yaratan ve şeffaf olmayan infaz düzenlemeleri kaldırılmalı, ya da en azından asgari seviyeye indirilmelidir. Bu topyekûn bir dekriminalizasyon, ya da cezalarda azaltma anlamına gelmek zorunda değildir. Tam tersine, cezalandırma politikası ile elde edilmek istenen sonuçlara odaklanılarak, suç ve suçlu tipi bazında çeşitli alternatifler masaya yatırılarak, ince ayar yapılabilir. Ama en önemlisi böyle bir politika değişikliğinin bilimsel bulgulardan faydalanarak, şeffaf bir süreçle ve demokratik bir tartışma çerçevesinde yapılmasıdır. Ancak eğer geçmiş geleceğin bir göstergesiye, önümüzdeki dönemde böyle kapsamlı ve temellendirilmiş bir suç ve adalet politikası reformu yerine, yine örtülü bir afla yetinileceği kehanetinde bulunmak çok da gerçek dışı olmayacaktır

KAYNAKLAR

Kitap, Kitap Bölümleri ve Makaleler

- Aebi, Marcelo F.; Berger-Kolopp, Léa, Burkhardt, Christine; Tiago, Mélanie M.:
- *Prisons in Europe 2005-2015 Volume 1*, Strasbourg, 2018, <https://bit.ly/2tBftfl>, (24.2.2019)
- *Prisons in Europe 2005-2015: Turkey - Country Profile*, Strasbourg, 2018, <https://bit.ly/2FIImtyV>, (24.2.2019)
- Aebi, Marcelo F.; Tiago, Mélanie M.; Berger-Kolopp, Léa; Burkhardt, Christine: *Council of Europe Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations Survey 2016*, Strasbourg, 2018, <https://bit.ly/2Xm3eAI>, (24.2.2019).
- Alpan, Arca, *Neoliberal Ceza Devleti ve Kitleli Hapsetme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi: İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2018
- Arslan, N. Talat, “Kamu Örgütlerinde Hukuksal Düzenlemelerden Kaynaklanan Sorunlar (İnfaz Kurumları Örneği)”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C: 4, S: 1, 2003, ss. 31-47
- Can, Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), ss. 1291-1312
- Dammer, Harry R.; Erise-Pengelly, Varrie A., “Diversion”, *Encyclopaedia Britannica*, 2016, <https://bit.ly/2E7rhL3>, (24.2.2019)
- Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015
- Dinler, Veysel, “Mağduriyet Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım”, *Suç Mağdurları*, Der.; Bahar, Halil İbrahim, Ankara, 2006
- Dursun, Hasan, “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 85, 2009, ss. 373-402
- Eisenstein, James; Flemming, Roy B.; Nardulli, Peter F., *The Contours of Justice: Communities and Their Courts*, Boston, 1988
- Garland, David, *Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, 2002
- Gönen, Zeynep, “Yoksulluğun Suçlaştırılması, Suçun İrksallaştırılması: Kapitalizmin Tarihsel Mirası ve Türkiye Örneği”, *Praksis*, 28, ss. 57-80
- von Hirsch, Andrew, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*. Oxford, 1999
- Manav, Tamer; Erdal, Mürsel, “Ceza İnfaz Kurumu Projelerinin Maliyet-Etkililik Analizi ile Değerlendirilmesi”, *TÜBAV Bilim Dergisi*, C. 10, S. 3, ss. 21-27
- Nagin, Daniel S., “Deterrence in the Twenty First Century”, *Crime and Justice*, C. 42, 2013, ss. 199-263
- Pratt, John, *Penal Populism*, London, 2007
- Sabol, William J., *The Influences of Truth-in-Sentencing Reforms on Changes in States Sentencing Practices and Prison Populations*, Washington, D.C., 2002
- Samaha, Joel, *Criminal Procedure*, Wadsworth, 2014
- Scheidegger, Amie R., “Truth in Sentencing”, *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Der.; Albanese, Jay S., Wiley-Blackwell, 2014, ss. 1–3

- Seydioğulları, İbrahim Hakkı, “Türkiye’de Ceza Afları: Ankara’da Af Konulu Alan Araştırması”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C: 8, S: 3-4, ss. 1-28
- Tonry, Michael H., *Sentencing Matters*, Oxford, 1997
- Yavuz, Hakan A., “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik”, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı – Uluslararası Yaklaşımlar*, Der.; Özyörük, Deniz, Ankara, 2016, <https://bit.ly/2NvkiGr>, (26.2.2019), ss. 15-23
- Yıldırım, İrem, *The Dilemma of Amnesty Politics in the AKP Era: Balancing the Questions of Legitimacy and Instrumentality*, İstanbul, 2016 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi: Boğaziçi Üniversitesi)
- Yıldırım, İrem; Kuyucu, Tuna, “Neoliberal Penalty and State Legitimacy: Politics of Amnesty in Turkey during the AKP Period”, *Law & Society Review*, 2017, C:51, S: 4, ss. 859-894
- Kızmaz, Zahir. “Ceza veya Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 7, S: 2, ss. 210-231

• Mevzuat

- 1803 sayılı Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, Kabul: 15.5.1974, RG: 18.5.1974 – s: 14890.
- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Kabul: 12.4.1991, RG: 12.4.1991 – s: 20843 mükerrer
- 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Salıverilmeye, Davaya ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun, Kabul: 21.12.2000, RG: 22.12.2000 – s: 24268
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul: 26.9.2004, RG: 12.10.2004 – s: 25611
- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun; Kabul: 13.12.2004, RG: 29.12.2004 – s: 25685
- 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul: 5.4.2012, RG: 11.4.2012 – s: 28261
- 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Kabul: 13/7/1965, RG: 16.7.1965 – s: 12050
- 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kabul: 09.11.2016, RG: 24.11.2016 – s: 29898
- Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği, RG: 2.9.2012 – s: 28399
- Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, BK: 20.03.2006 – 2006/10218, RG: 06.04.2006 – 26131

• Web Kaynakları

- Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü’nün web sitesinden alınan hükümlü ve tutuklu sayıları; http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/istatistikler/yeni_yillar.asp, (21/2/2019)
- Türkiye İstatistik Enstitüsünün Nüfus ve Demografi, <http://tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>, (21/2/2019)

ÖZ

2000 yılından beri Türkiye'deki cezaevi nüfusu aşırı hızla artmış ve gelinen şu noktada, cezaevlerinde yer kalmamıştır. Bu sorunu çözmeye yönelik ceza ve adalet politikalarında kapsamlı bir reforma gidilmesi yerine, günü kurtarmaya yönelik, TCK'da öngörülen cezalara dokunmadan onların infaz biçimini değiştiren birtakım düzenlemeler yapma yöntemi tercih edilmiştir. Bunun sonucunda, İnfaz Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde yapılan değişikliklerle, ceza mahkemeleri tarafından verilen ve infaz edilen cezalar arasında büyük bir uçurum yaratılmıştır. Bundan dolayı Türkiye'de şu anda iki ayrı cezalandırma politikasının mevcut olduğu söylenebilir: ilki, TCK ve mahkemece belirlenen ve kamoyunca "görünen" ceza politikası; ikincisi de cezaların infaz aşamasında ortaya çıkan ve dolayısıyla kamuoyunun farkında bile olmadığı, "görünmeyen" ama fiilen uygulanan cezalandırma politikası. Bu makalede, görünen ve görünmeyen cezalandırma politikalarının sonucu infaz aşamasında oluşan "hükme riayet edilmeme" durumunun boyutu, suç senaryolarıyla gösterilmiştir. Sonuç olarak, makalede cezalandırma politikalarını daha şeffaf, öngörülebilir ve etkin hale getirmek için açık ve geniş bir tartışmanın gerekliliği vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler: cezalandırma politikası, cezaların infazı, af, suç, ceza adaleti, cezaevleri.

Kriminolojide Çoklu Öldürmeler*

Mass Killings in Criminology

Mehmet Emin ARTUK**

ABSTRACT

Mass killings are divided into three categories: Mass murder is the killing of more than one person in the emotional process in the same place. Spree murder is the killing of more than one person in different places without the emotional cooling process as in the first category. They, the victims, may be randomly selected as in the first group. Serial murder, although there are numerical differences in the literature, is that one person randomly kills more than one person in separate places in the process of emotional cooling. This process may take days, months or even years. The perpetrator may also receive a commemorative object from them in order not to forget the victims.

Keywords: mass murder, spree murder, serial murder, serial killer.

Giriş

Makalenin konusunu kriminolojide çoklu öldürmeler (Multicide, mutiplen Tötens) teşkil etmektedir. Kriminolojide çoklu öldürmelerden bir kişinin birden çok kişiyi aynı yerde bir defada (toplu katliam, mass murder, Massenmord, massacre), birden fazla kişiyi farklı yerlerde birkaç saat, gün ve hatta haftalık zaman zarfında olaylar arasında duygusal soğuma süreci olmadan (çılginca cinayet, spree murder, Spree Mord, tueur à la chaîne) veya üç veya daha fazla kurbanı, az veya çok bir zaman dilimi (birkaç gün, birkaç hafta, ay, yıl) içinde (seri cinayet, serial murder, serien Mord, tueurs, tueuses en série) aralarında duygusal soğuma süreci girecek bir şekilde öldürmesi anlaşılır. Bu bakımdan çoklu öldürmeler, toplu katliam, çılginca ve seri cinayet kavramlarını içermektedir¹.

* Makale gönderim tarihi: 05.05.2019. Makale kabul tarihi: 21.05.2019. Mehmet Emin Artuk, "Kriminolojide Çoklu Öldürmeler", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 39-91. *Bu makalenin oluşumundaki katkılarından ötürü İstanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı araştırma görevlisi Erkam Yılmaz'a teşekkürlerimi bildiririm.*

** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

1 Tülin Günşen İçli, *Kriminoloji*, 8. Baskı, Ankara, 2013, s. 205; Damla Yaz, "Seri Katiller", in: *Kriminoloji Yazıları* (Yayına hazırlayan: Sancar Türkan Yalçın), Ankara, 2015, s. 490; Frank Neubacher, "Serienmörder", *Kriminalistik*, 57(2003), s. 43.

I. Toplu Katliam (Massen Mörder/ Mass Murder/ Massacre)

Toplu katliam kriminologlar tarafından değişik şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin Ellis ve Walsch'a göre, toplu katliam birden çok kişiyi tek bir yerde öldürmektir². Schmallerger'e göre³, toplu katliam, bir defada aynı yerde üçten fazla kişinin öldürülmesidir. Burgess, Regehr ve Roberts ise, toplu katliamı dört ya da daha fazla kişinin tek bir olayda ve bir yerde öldürülmeleri şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Türk literatüründe Kaygısız da aynı düşüncededir⁵.

Zikredilen bu tanımlarda görülen ortak nokta, birden çok kişinin aynı yerde ve bir defada öldürülmeleridir.

Bu tür olayların başlangıcı ve bitişi birkaç dakika veya birkaç saatte gerçekleşir. Kısaca toplu katliam, birden fazla kimsenin aynı yerde, belirgin bir zaman aralığı olmadan, kısa bir zaman sürecinde öldürülmesidir. Demokratik toplumlarda katliamın kısa bir süre içinde bitmesine karşılık, totaliter rejimlerde devlet eliyle gerçekleştirilen katliam uzun bir zaman süreci alabilir (örneğin, nasyonal sosyalizm dönemi).

Toplu katliamın faileri polis tarafından öldürülünceye, intihar edinceye veya polise teslim oluncaya kadar olay yerinde kalırlar.

Toplu katliam, çeşitli şekillerde gruplandırılmıştır.

Toplu katliamın mağdurlarının nazarı itibare alınmasıyla yapılan bir ayrıma göre, toplu katliam klasik ve aile toplu katliamı şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Klasik toplu katliamdan anlaşılan bir kişinin, bir yerde, belli bir zaman aralığında (saat, dakika ve hatta saniyeler içinde) katliam yapması, birden çok kişiyi öldürmesidir. Toplu katliamın bu türüne örnek olarak Amerikalı Charles Whitman'ın ve Amerikalı Richard Speck'in fiilleri gösterilebilir. Önceleri deniz kuvvetlerinde görev yapmış olan keskin nişancı Amerikalı mimarlık öğrencisi Charles Joseph Whitman, 1 Ağustos 1966 tarihinde anne ve karısı öldürdükten sonra Üniversitenin kulesine çıkarak (27. Kat) aşağıya rastgele ateş etmeye başlamıştır (Austin-Texas). Kulede kaldığı 80 dakika süresince 14 kişiyi öldüren ve birçok kişinin de yaralanmasına sebep olan Whitman, polis tarafından öldürülmüştür. Amerikan tarihinin en kanlı olaylarından biri sayılan "Austin toplu katliamı"ndan üç hafta önce yine bir Amerikalı Richard Speck, 14 Tem-

2 Lee Ellis, A. Walsch, *Criminology a Global Perspective*, Allyn and Bacon Inc., Boston 2000 zikreden İçli, s. 205; Yaz, s. 490.

3 Schmallerger, Frank, *Criminology Today an Integrative Introduction*, Prentice Hall Inc., New Jersey 2002, s. 296, zikreden İçli, s. 205; Yaz, s. 490.

4 Ann Wolbert Burgess, Cherly Regehr, Albert R. Roberts, *Victimology*, USA 2010, s. 316, zikreden Yaz, s. 490.

5 Mustafa Kaygısız, *Türkiye'de Seri Katiller, Paralel Cinayetler*, Ankara, 2009, s. 5.

muz 1966'da Şikago'daki hemşireler yurduna girerek yurttan kalan sekiz hemşirelik öğrencisini öldürmüştür⁶.

Aile toplu katliamından anlaşılan aile bireylerinin öldürülmeleridir. Bu nevi toplu katliama örnek olarak Amerikalı John List, Rus asıllı Alexi Polevoi ve Alman Fritz Angerstein'in fiilleri zikredilebilir. Bu kişilerden, karısı, annesi ve üç çocuğunu Westfield-New Jersey'de 19 Kasım 1971'de öldüren John List, olaydan sonra kaçmış ve 18 sene sonra Virginia'da yakalanarak (1.6.1989) beş defa müebbet hapse mahkum edilmiştir. List hapishanede 2008 yılında zatürreden ölmüştür⁷.

Babası Eugène Polevoi'ye kin duyan Rus asıllı 17 yaşındaki Alexi Polevoi 27.02.1995 tarihinde Louveciennes (Fransa)'de, babası, üvey annesi, büyük annesi ve büyük babasını öldürmüştür. Fiil esnasında aile dostları da kurşunlara hedef olmuştur. 14 Mart 1998'de, 8 yıl hapse mahkum olan Polevoi, 08.07.2000 tarihinde şartla salıverilmiştir⁸.

Alman kireçtaşı madeni müdürü Fritz Angerstein, 30 Kasım-1 Aralık 1924'te (Haiger), işlediği güveni kötüye kullanma suçunun ortaya çıkmaması için karısı, kayınvalidesi ve baldızı ile birlikte evde çalışanları (örneğin, hizmetçi, bahçıvan vs.) öldürmüştür. Kendini de yaralayarak suçu hayali gaspçılara yüklemek isteyen Angerstein, gayesine ulaşamamıştır. Angerstein, 17.11.1925'te Freindiez'de idam edilmiştir⁹.

Halk arasında çılgın olarak nitelendirilen toplu katliam faillerinin, literatürde, genellikle akıl hastası olmadıkları savunulur. Toplu katliam sebebi olarak akut psikoz ve beyin tümörünün mevcudiyetine de çok az rastlanır. Müelliflere göre, karşılaşılan hayal kırıklığı, dışlanma, ayıplanma, başarısızlık (örneğin, işini kaybetme, okuldan atılma), terkedilme (örneğin, eş tarafından), adaletsizlik duygusundan kaynaklanan öfke toplu katliamın nedenlerini oluşturabilir¹⁰.

Bu nedenlerle gerçekleştirilen katliamın gayeleri, aşk, çıkar, terör ve intikamdır. İntikam gayesiyle yapılan toplu katliamlar, bu tür öldürmelerin en geniş kategorisini oluşturmaktadır. Çıkar (örneğin, suçun tanıklarını ortadan kaldırmak, yağma) ve terör gayeli toplu katliamlar yoluyla bazı somut amaçlar elde edildiğinden bu tür öldürmeler araçsal, buna karşılık sevgi ve nefret nedenleriyle gerçekleşen öldürmeler daha çok anlamsaldır.

6 Bu olaylar için bkz. Hubert Gundolf, *Verbrecher von A bis Z*, Hamburg 1966, s. 448, 495.

7 Bkz. John List, wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org> (10.04.2019).

8 Pascal Michel, 40 ans d'affaires criminelles, 1969-2009, 2009, s. 120 vd.

9 Bernd (Hg.) Stiegler, *Tat ohne Täter, Der Mordfall Fritz Angerstein*, Konstanz 2013, s. 13 vd.

10 Hans Joachim Schneider, *Einführung in die Kriminologie*, 3. Auflage, Berlin-New York 1993, s. 95; İçli, s. 206; Yaz, s. 491.

Genellikle akıl hastası olmadıklarını yukarıda belirttiğimiz toplu katliam faillerinin tipik özelliği, bunların kasıtlı ve sakin bir şekilde hareket etmeleridir. Günler öncesinden planlar yapan failer, hedeflenen kitle konusunda oldukça seçici davranırlar. Kendileri için bir anlam ifade eden (örneğin, bir işçinin hedef olarak eski patronunu seçmesi), kendilerine acı çektirdiklerine inandıkları kişileri mağdur olarak seçerler. Bu seçim, sevmedikleri bir gruba aidiyet şeklinde de tezahür edebilir. Diğer bir deyişle, toplu katliam faileri, ya kendilerine sıkıntı verdiğine inandıkları kişileri ya da sevmedikleri bir gruba mensup olanları öldürmek suretiyle fillerini icra ederler.

Seçtikleri mağdurların yaş ve cinsiyetleri, ait oldukları sosyal sınıflar farklı olabilir. Mağdurlar, sınıf, iş arkadaşları, akrabalar veya aile üyeleri¹¹ arasından ya da tümüyle hiç tanınmayan yabancı kişilerden seçilebilir. Örneğin, 20.01.1977'de Almanya'nın Braunschweig kentindeki bir bankanın gar şubesi müdürü Wolfgang Kraemer, eşi Brigitte Kraemer ve üç çocukları (Stefan, Nele, Martin) villalarında boğularak öldürülmüş halde bulunmuşlardır. Hamburg Cezaevinde (Fuhlsbüttel) cezasını çekmekte olan bir mahkumun, bir zamanlar aynı hücrede birlikte kaldığı Macar Ferenc Sos'un kendisine, cezaevinden çıktıktan sonra büyük bir iş çevireceğini, bir banka müdürünü rehin alarak parayı eve getireceğini¹² söylediğini gardiyana ihbarı üzerine, olaydan bir hafta sonra Ferenc Sos yakalanmıştır. 2.2.1978'de başlayan dava, 12.5.1978 tarihinde Sos'un müebbet hapis cezasına mahkum olmasıyla sona ermiştir.

2. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'da gerçekleşen menfur olaylardan biri olan Braunschweig cinayeti, hafızalarda uzunca bir süre kalmıştır. Çıkar gayeli katliamın faili Ferenc Sos, 2011 yılının Ağustos ayında Celle Cezaevinde 77 yaşında ölmüştür. Braunschweig olayında fail, aileyi tanımamaktadır. Soygunlardan yüklü bir para elde edemeyeceği kanaatinde olan Sos, hücre arkadaşı ve yakın olduğu bir genel kadına "şimdi bir banka müdüründen para koparacağım" demiştir. Bu düşünceyle hareket eden Sos, cezaevinden 23.12.1976'da tahliyesine müteakip, derhal planını tatbik için çalışmış ve banka müdürü olarak da Wolfgang Kraemer üzerinde karar kılmıştır (Araştırmalarda muhtelif banka müdürlerinin isim ve adreslerinin altlarının kırmızıyla çizildiği bir telefon rehberi de bulunmuştur).

11 Demokratik toplumlarda toplu katliamların neredeyse yarıya yakını, aile katliamları oluşturur. Bkz. Schneider, s. 95.

12 Gerçekten müdürün talimatı üzerine polise haber vermeyen banka çalışanı Kurt Rosenau, 19.1.1977 tarihinde saat 22:30'da fide parasını (165.000 DM) villanın kapısında müdüre teslim ettiğini ifade etmiştir. Adli tabibe göre, cinayetler 20:00-24:00 saatleri arasında işlenmiştir. Braunschweig katliamı hakkında geniş bilgi için bkz. Norddeutscher, Rundfunk, Landesfunkhaus Niedersachsen (Hrsg.), Kathrin Pagendarm, Eckhardt Reimann et al., Hannover, 2006, s. 58 vd.; Gerd Frank, *Totmacher 1*, Arnstadt, 2016, s. 188 vd.

Toplu katliam, her yerde yapılabilir. Nitekim bu nevi öldürmelerin, fast-food restoranlarda, trenlerde, pastanelerde, üniversite kampüslerinde, anfilerde gerçekleştiğine ilişkin örneklere rastlanmaktadır¹³. Birçok kez trenleri raydan çıkarmaya teşebbüs eden Macar Silvester Matuska, 13.09.1931 tarihinde Budapeşte'nin batısında (Bia-torbagy) seyreden bir trene bombalı saldırı düzenlemiştir. 12 vagonluk trenin 6 vagonu 26 metre aşağıda bulunan vadiye düşmüştür. Bu saldırıda 21 kişi hayatını kaybetmiş çok sayıda insan ise ağır yaralanmıştır. 20.10.1931'de tutuklanan Matuska, Viyana Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 6 yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Duruşmada fiilleri hangi gaye ile gerçekleştirdiği anlaşılabilen Matuska, akli melekeleri teşevvüğe uğramış, fanatik bir dinci intibai uyandırmaya çalışmıştır. Avusturya'da cezasını çeken fail, ölüm cezası infaz edilmemek şartıyla, ölümlerin gerçekleştiği Macaristan'a iade edilmiştir. Bu ülkede hakkında verilen ölüm cezası, müebbet hapis cezasına çevrilmiştir. 2. Dünya Savaşı sonrası, Matuska kayıplara karışmıştır¹⁴.

Son yıllarda görülen okul cinayetlerini toplu katliam olarak nitelendiren bir görüşe¹⁵ ek olarak bazı müellifler¹⁶, aniden, vahşi ve kontrolsüz bir şekilde hareket eden katliamcılarla (Amoktat) okul katliamcılarını (school shooter) birbirinden ayırmaktadır. Onlara göre fiillerini çok önceden planlayan okul katliamcılarını, özenle harekete geçirirler. Hatta katliamdan sonra intiharlarını da planlarlar. Harekete geçmelerinin nedeni, hastalık, isteklerinin reddi, statü kaybı (örneğin okuldan atılma) gibi sebeplerdir. Mobinge uğramayan, hayat standartlarında değişiklik olmayan, parçalanmış ailelerden değil, aksine yükselmeyi hedefleyen, mazbut, orta sınıfa mensup ailelerin çocukları olan bu kimselerin (gençler, reşit olmayanlar) şiddete başvurmaları çevrelerinde çoğu kez şaşkınlık yaratır. Araştırmalar okullarda katliam yapanların, sessiz, sakın, içine kapanık, yalnız yaşayan ve kişilik bozuklukları gösteren (paranoya, özellikle narsizm) kimseler olduğunu ortaya koymuştur. Bu kişiler, başarısızlık karşısında ve baskılara direnme hususunda bir strateji geliştirememişlerdir.

13 Trenlerdeki katliama örnek olarak Bie-Torbagy'de gerçekleşen olay gösterilebilir.

14 Silvester Matuska hakkında bkz. Peter Hiess, Christian Lunzer, *Mord-Express, die grössten Verbrechen in der Geschichte der Eisenbahn*, Wien-München, 2000, s. 208 vd.; Gundolf, s. 321. Trenlerde gerçekleştirilen diğer bir katliam örneğine Federal Almanya'da (Leiferde) rastlanmaktadır. 19.08.1926 tarihinde müzisyen Otto Schlesinger (21) ve Willy Weber soygun ganesiyle Berlin-Köln seferini yapan hızlı trenin raydan çıkmasını sağlamışlardır. Önceden planladıkları bu fiil neticesinde 24 kişi hayatını kaybetmiş, 39 kişi ise yaralanmıştır. 6.9.1926'da yakalanan sanıklar Hildesheim Ağır Ceza Mahkemesi tarafından ölüm cezasına mahkum edilmişlerdir. Af talepleri üzerine cezaları müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. Bkz. Hiess-Lunzer, s. 193 vd.

15 İçli, s. 207.

16 Frank Neubacher, *Kriminologie*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2017, s. 203 vd. ve 204. sayfada zikredilen müellifler.

Okul katliamlarına örnek olarak Columbine High School katliamı (Columbine High School massacre, Denver-Colorado) gösterilebilir¹⁷. 20.04.1999 tarihinde 17 (Dylan Klebold) ve 18 (Eric Harris) yaşlarındaki iki genç, yaklaşık bir saat zarfında 13 öğrenci ve bir öğretmeni öldürdükten, birçok kimseyi yaraladıktan sonra intihar etmişlerdir. Aylar önce okula bombalı bir saldırı planlayan ve fakat kafeteryaya yerleştirdikleri bombanın patlamaması üzerine, planlarını değiştiren bu iki öğrenci, öğretmen ve öğrencilere ateş ederek katliamı gerçekleştirmişlerdir. Bazıları mobinge uğrayan bu öğrencilerin intikam gayesiyle hareket ettiklerini savunurken, soruşturma makamları öğrencilerin tuttukları günlükleri ve video kayıtlarını göz önüne alarak öğrencilerin her şeyden önce meşhur olma gayesiyle katliamı gerçekleştirdiklerini ileri sürmüşlerdir.

Okul katliamlarıyla ilgili diğer bir örnek de, Federal Almanya'dan verilebilir. Gutenberg Lisesi (Erfurt) öğrencilerinden 19 yaşındaki Robert Steinhäuser, 26.04.2002 tarihinde öğleden önce (10:45), okulda 11 öğretmen, 1 öğretmen stajyeri, 1 sekreter, 2 öğrenci ve 1 polis memurunu öldürdükten sonra intihar etmiştir. Olay takriben 20 dakika sürmüştür. Sağa sola ateş edilerek gerçekleştirilen katliamın nedeni, 2001'de (eylül sonu) birkaç gün okuluna gitmeyen Steinhäuser'in okul idaresine sahte bir rapor sunması ve bu evrakın sahteliğinin anlaşılması üzerine ilgilinin isteği üzerine ailesine haber verilmeden okulla ilişkisinin kesilmesidir. Bazı federal devletlerde olduğu gibi, Thüringen Eyaletinde de, okuldan atılanların mesleki bir gelecekleri bulunmamaktadır. Haksız bir şekilde, okulla ilişkisi kesildiği kanaatinde olan ve üzerindeki ağır baskıya dayanamayan öğrenci katliamı gerçekleştirmiştir¹⁸.

Okul katliamlarının diğer bir örneğini de, yine Federal Almanya'da verebiliriz. 11.3.2009'da, 17 yaşındaki Tim Kretschmer mezun olduğu (2007) Albertville Ortaokulunda (Winnenden, Stuttgart, Baden-Württemberg) babasının tabancasıyla (Beretta) 9 öğrenci ve 3 öğretmeni öldürdükten sonra, olay mahallini terk etmiştir. Polisin takip ettiği fail, okul dışında da 3 kişinin ölümüne sebep olmasına müteakip, intihar etmiştir. Fiilini çok önceden planladığı anlaşılan ve mesleki eğitimi sırasında diğer öğrenciler tarafından mobinge maruz kaldığı ve psikolojik tedavi gördüğü iddia edilen failin, hangi gerekçeyle üç buçuk saat süren katliamı gerçekleştirdiği anlaşılamamıştır. Ateşli silahlar kanununa göre, kasada muhafaza edilmesi gerektiği halde, yatak odasında bırakılan silah ve kurşunlardan dolayı failin babası, 15 adam öldürme, 13 yaralama ve ateşli silahlar kanununa muhalefetten hapis cezasına (önce 1 yıl 9 ay, sonra

17 Columbine High School katliamı için bkz. wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org> (10.04.2019).

18 Robert Steinhäuser için bkz. wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org> (10.04.2019); Neubacher, s. 203.

1 yıl 6 ay) mahkum olmuş ve fakat cezası ertelenmiştir. Kretschmer'in babası hukuk mahkemesi tarafından tazminata da mahkum edilmiştir¹⁹.

Genellikle katliam failleri kendilerini suçlu olarak değil, yasalara uygun hareket eden kimseler olarak görürler. Kanaatlerince katliam, onlara acı veren, tehdit eden durumlara karşı bir cevap niteliği taşımaktadır. Cevap verme duygusuyla hareket ettiklerinden kendilerini mazur, suçlu olarak değerlendirmezler²⁰.

II. Çılgın Cinayet (Dürtü ile Öldürmeler, Spree Murder, Der Spree-Mord, Tueur à la Chaine)

Çoklu öldürmelerin başka bir türünü teşkil eden çılgınca cinayet (spree murder, der Spree-Mord, tueur à la chaine), birden fazla mağdurun “farklı yerlerde”, olaylar arasında duygusal soğuma süreci olmadan, birkaç saat, gün ve hatta haftalık zaman zarfında öldürülmesidir. Öldürülen mağdurların kimlikleri önemli değildir. Bunlar aile fertleri de olabilir. Mağdurlar, farklı yerlerde, sırf o yerlerde bulunmaları sebebiyle tesadüfen de öldürülebilir. Hızla bir mağdurdan diğerine geçen çılgın cinayet failleri, aynen toplu katliam failleri gibi, cürmi faaliyetlerini gizlemek ve yakalanmamak için herhangi bir gayret sarf etmezler. Olay sonrası genellikle suç mahallini terk etmeyen bu nevi katiller, yakalandıkları zaman şoka girmiş (örneğin, hafıza kaybı) haldedirler. Bu tür cinayetlerden, genellikle kamunun, olay tamamlandıktan örneğin, fail öldürüldükten, intihar ettikten veya polis tarafından yakalandıktan sonra haberi olur. Umumiyetle bu kategori kapsamına dahil edilen kimselerin toplulma problemleri bulunmaktadır. Bir anlık dürtüyle harekete geçen bu kimseler, genellikle kendilerine sıkıntı verdiklerine inandıkları şahıslara zarar vermekle fiillerine başlarlar. Bazen sevmedikleri bir gruba mensup kişileri de seçebilirler. Daha sonra yukarıda da belirtildiği gibi, farklı yerlerde tesadüfen karşılaştıkları tanıdık veya tanımadıkları mağdurları çeşitli nedenlerde veya sebepsiz öldürmek-

19 Kretschmer'in fiili Murderpedia'da “Masshomicide-School shooting” olarak nitelendirilmiştir. Neubacher, s. 203; Okul katliamları (Mass murderer School shooting) en çok ABD'de gerçekleşmiştir. Örneğin, 18.5.1927 Bath consolidated School (Michigan), fail Andrew Kehoe (çiftçi, 55), bombalı saldırı, 45 ölü, intihar; 16.4.2007, Blacksburg (Virginia), fail Cho Seung Hui (Güney Kore, 23), üniversiteye saldırı, 33 ölü, intihar; 14.12.2012, Sandy Hook School (İlkokul-Newtown, Connecticut), fail Adam Lonza (20), silahlı saldırı, 28 ölü, intihar; 14.2.2018 Parkland (Florida), fail Nikolas Cruz (19), silahlı saldırı, 17 ölü; 18.5.2018 Santa Fe (Texas), fail Dimitrios Pagourtzis (17), silahlı saldırı, 10 ölü, intihardan korkar. Bu tür katliamlara Finlandiya (örneğin, 23.09.2008, Kauhajoki-Seinäjoki Üniversitesi, fail Matti Juhani Saari (22), silahlı saldırı, 10 ölü, intihar; 07.11.2007 Jokela High School (Tausula), fail Pekka Eric Auvinen (18), silahlı saldırı, 9 ölü, intihar) ve Kanada'da da (6.12.1989 Montreal Politeknik Okulu, fail Marc Lépine (25), silahlı saldırı, Lépine feministlerin hayatını kararttığından bahisle 20 dakikada 14 kadını öldürdükten sonra intihar etmiştir) rastlanmaktadır.

20 İçli, s. 207; Yaz, s. 492.

ten çekinmezler. Silahlara karşı ilgi duyan ve genelde ateşli silah bulunduran bu kimseler, olayları bu tür silahlarla gerçekleştirirler²¹.

Çılgın cinayetlere örnek olarak, aile fertlerine fiziksel saldırı da dahil olmak üzere kötü muamelede bulunan, haftalardır bulunduğu köyde (Luxiol) kimseyle konuşmayan, depresyonda bulunması dolayısıyla doktor kontrolü altında tutulan Fransız çiftçi, bekar Christian Dornier'nin (31) (Luxiol-Baume- Les Dames-Doubs) 12.7.1989'da gerçekleştirdiği zincirleme öldürmeler verilebilir. Aile işletmesinin kendisine devredilmemesi üzerine aniden hiddete kapılan fail, av tüfeğiyle annesi, kız kardeşi, bir çiftlik çalışanını öldürdükten ve babasını yaraladıktan sonra aracıyla çiftliği terk eder. Yolda yaşlı genç fark yaratmadan önüne çıkan herkese ateş açan Dorniel, aralarında beş yaşındaki bir çocuğun da bulunduğu on bir kişiyi öldürdükten ve sekiz kişiyi de yaraladıktan sonra, karnından vurulmak suretiyle yaralı olarak ele geçirilir. Yakalandığı sırada hafıza kaybına uğradığı tespit edilir. On dört kişinin hayatını kaybettiği olay, toplam olarak otuz beş dakika sürmüştür. Mağdur ailelerin dava açılmasını ve mahkûmiyetini istemelerine rağmen, akıl hastası olduğu belirlenen ve hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı (takipsizlik kararı) verilen Dornier, yüksek güvenlikli Sarreguemines (Maselle) akıl hastanesine yatırılmıştır. Bazı gizli kaynaklara göre, Dornier 2014 yılında akıl hastanesinde ölmüştür²².

Zaman süreci bakımından yukarıdaki örnekten farklılık arz eden bir çılgın cinayet olayına da Fransa'da rastlanır. Boşanmış bir anne-babanın çocuğu olan ve annesi tarafından hakaret ve bazen fiziki saldırıya uğrayan meslek lisesi öğrencisi 16 yaşındaki Eric Borel cinayetlerini 23-24.9.1995'te gerçekleştirmiştir (Cuers, Provence-Alpes-Cate d'Azur). Evinde üvey babası ve üvey erkek kardeşini (takriben saat 18:00) öldürdükten sonra annesinin de gelmesini iki saat bekleyen Borel, onu da öldürmüştür (23.9.1995). İşlediği bu cinayetlerden sonra evini terk eden Borel, geceyi yolda geçirmiştir. 24.9.1995 sabahı (7:15) cinayetlerine devam eden çılgın katil, polis gelmesine kadar (kırk beş dakika) geçen süre zarfında 12 kişiyi (bu kişilerden sadece birini tanımaktadır) daha öldürdükten sonra intihar etmiştir. Verilen bu örnekte, ilk cinayet ile failin kendini öldürmesi arasında oniki saatten fazla bir zaman aralığı bulunmaktadır²³.

Çılgın cinayetin diğer bir örneğine yine Fransa'da rastlanır. 29.10.2001 tarihinde, yakınları ve meslektaşları tarafından asosyal, içine kapanık, sakın ve sessiz bir kimse olarak nitelendirilen demiryolu çalışanı Jean-Pierre Roux-

21 İçli, s. 209; Yaz, s. 492-493; Kaygısız, s. 6.

22 Michel, Pascal, s. 81-83; Solène Haddad, 50 Affaires Criminelles qui ont marqué la France, City Editions 2013, s. 84 vd.

23 Eric Borel hakkında bkz. wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org> (10.04.2019); Haddad, s. 136 vd.

Durraffourt (44), Tours kentinde bir saat boyunca terör estirmiştir. Ateşli silahlara meraklı ve atış kulübü üyesi olan Durraffourt, muntazaman haftada iki kez atış talimleri yapmaktadır. Antrenman süresince yaklaşık yüz fişek harcayan Durraffourt, elli metreden uzakta bulunan küçük hedefleri de vurabilmektedir. Olay tarihinin sabahında (9:30) civarı oğluyla tartışan çılgın katil, tüfeğini kaptığı gibi arabasına atlayarak kent merkezine gitmiştir. Göz yerleri açık, yüzünü örten kukuletasını taktıktan sonra arabalara, mağazalara ve önüne çıkan herkese ateş etmeye başlamıştır. Fiili sonucu Durraffourt, dört kişiyi öldürmüş ve yedi kişiyi de yaralamıştır. Yaralananlardan üçü polis ve biri jandarmadır. Tanıkların ifadelerine göre fail, hedefe her isabet kaydettiğinde sevinçten havalara uçmaktadır. Katil, polis tarafından göğüs boşluğundan vurulmak suretiyle yaralı halde ele geçirilmiştir. Boşandığı karısı ve çocukları tarafından cinayetleri olaydan çok önceden planladığı iddia edilen Durraffourt'un, yargılanmasına 16.3.2005 tarihinde başlanmıştır. Fail duruşma sırasında, olay günü ne yaptığını hatırlamadığını, hafıza kaybına uğradığını, Oussama ben Laden'e sempati duyduğunu, olay sırasında Amerikalıların Afganistan'ı bombalamaları üzerine dünya kamuoyunun dikkatini Afgan çocukları üzerine çekmek ve onlara yardım için Kaboul'e bir uçak gönderilmesi gayesiyle harekete geçtiğini, duyduğu seslerin kendisine katliam yapmasını emrettiklerini, işlediği cinayetlerden pişman olduğunu ileri sürmüştür. Duruşma sırasında işlediği fiillerden ziyade kendi durumuyla ilgilenen katil, vurulması sırasında üç kilo kan kaybettiğini, cezaevinde açlık grevi yaparken de 20 kilo zayıfladığını ifade etmiştir. Duruşmaya bilirkişi olarak çağrılan üç psikiyatrist, katilin akli melaiyelerinde bir bozukluk olmadığını, amnesiye uğradığı numarası yaptığını, megaloman ve gelişmiş bir kişiliğe sahip olduğunu, tekerrüre yönelik tehlikeli hal gösterdiğini belirtmişlerdir. Avukatlarının Durraffourt'un olaylar sırasında temyiz gücünün azaldığı şeklindeki savunmalarına değer vermeyen mahkeme, savcının (Jean-Michel Cailliau) talebi doğrultusunda faili, müebbet hapse mahkûm etmiştir²⁴.

Fransa'da gerçekleşen bu üç çılgın cinayet fiili (Dornier, Borel, Durraffourt) bazı ortak noktalar göstermektedir:

► Katillerin olay öncesi ruhi durumları bozuktur. Gerçekten Dornier depresyonda olması dolayısıyla doktor kontrolü altındadır. Erich Borel, annesi tarafından devamlı hakarete ve bazen de fiziki saldırıya maruz kalmaktadır. Sergilediği ruhi davranışları nedeniyle boşandığı karısı tarafından psikiyatriste yönlendirilen Durraffourt ise, dokuz seans sonunda doktora gitmeyi kendi arzusuyla bırakmıştır.

24 Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>; Haddad, s. 176 vd; Sieklucki, Jean-Michel, les criminels vont-ils tous en enfer?, Quarante ans de cour d'assises, Anovi, 2014, s. 159-166.

- ▶ Failler, ateşli silahlara ve onları kullanmaya ilgi duymaktadır.
- ▶ Bu faillerden ikisi (Dornier ve Borel) kendilerine kötülük yaptıklarına inandıkları kimseleri (anne, üvey baba, öz baba, kardeş) öldürmekle cinayetlerine başlamışlardır. Durraffourt ise, çocuklarının evden kaçması üzerine aile fertlerine kötülük yapmaya imkan bulamamıştır.
- ▶ Failler olaylar arasında duygusal soğuma süreci olmadan, çılgınlıklarına devam etmişlerdir.
- ▶ Ailelerine karşı işledikleri fiiller dışında, failer tarafından tanınmayan farklı kişiler, farklı yerlerde, sırf o mahalde tesadüfen bulunmaları nedeniyle öldürülmüş veya yaralanmışlardır. Ancak faillerden Erich Borel, aile fertlerini öldürdükten ve olay mahallini terk ettikten sonra, fiiline iştirak etmesi için ikna etmeye çabaladığı ve fakat muvaffak olamadığı en yakın arkadaşı Allan Guillemette’i onun evinin bahçesinde öldürmüştür. Daha sonra başka bir yerde (Cuers) fiiline devam etmiştir.
- ▶ Farklı yerlerde gerçekleştirilen fiiller arasındaki zaman aralığı kısadır (35 dakika – 1 saat). Ancak yine Eric Borel olayında ilk cinayet ile failin kendini öldürmesi arasında 12 saatten fazla bir zaman aralığı bulunmaktadır.
- ▶ Çılgın cinayet faileri olay mahallini terk etmek için bir gayret sarf etmişlerdir. Cinayetlerini işledikleri yerlerde ya intihar etmiş (Borel) veya vurularak yakalanmışlardır (Dornier, Durraffourt).
- ▶ Failler, genellikle, olayı daha önceden planlamışlardır. Ancak olayın gerçekleşeceği zaman ve yer planlamalarına dahil değildir. Gerçekten boşanan karısı ve çocukları Durraffourt’un çılgın cinayetleri önceden planladığını ileri sürerken, Borel olayında failin arkadaşlarından biri failin, olaydan bir hafta önce kendisine iki veya üç kişiyi öldürdükten sonra intihar edeceğini kendisine söylediğini ifade etmiştir.
- ▶ Katiller fiillerini halka açık yerlerde işlemişlerdir.

Ülkemizde çılgın cinayet katillerine örnek olarak medya tarafından “otoban katilleri”²⁵ diye isimlendirilen Y.B. (29) ve M.K.’ın (24) fiillerini (20.10.2006-23.10.2006) gösterebiliriz²⁶. Uyuşturucu kullanan ve kollarında ve vücutlarının değişik yerlerinde kesik (jilet) izleri bulunan bu iki şahıs sabıkalıdır (adam öldürme, yaralama vs.). Fiillerine 20.10.2006’da Bursa-Yalova karayolu üzerinde başlayan ve 23.10.2006’da iki kişiyi öldürdükten (Gölbaşı-Ankara) sonra

25 Aksi düşüncüyü savunan Kaygısız’a göre “zanlıların hareketleri seri katil literatürüne uymaktadır” bkz. Kaygısız, s. 178.

26 Yaz, s. 493; Arkin Gelişin, *Seri Katiller Tarihi, İnsan Avcılarının Peşinde*, Ankara, 2015, s. 19-20.

yakalanan (Ankara-İstanbul karayolunda Çamlıdere Gişesi yakınlarında), her iki fail, yakalandıkları ana kadar toplam olarak 7 kişiyi öldürmüş, iki kişiyi de öldürmek kastıyla yaralamışlardır. İlk cinayetlerinden yakalanmalarına kadar geçen 53 saat zarfında toplam olarak 1944 kilometre yol kateden failler, fiillerini 6 farklı şehirde gerçekleştirmişlerdir. Fiiller arasında duygusal sakinleşme süreci bulunmamaktadır. Kurbanlarını rastgele seçen ve cinayet, yaralama, gasp ve hürriyeti tahdit suçlarını birkaç gün içinde gerçekleştiren failler, fiillerini pompalı tüfek ve kurusıkıdan bozma bilye atar tabanca ile işlemişlerdir. İşledikleri cinayetlerden sonra kaçarken Sivil Jandarma İstihbarat Teşkilatı (JİT) timinin aracını gasp etmeye ve tim mensuplarını öldürmeye teşebbüs ederken pompalı tüfeğin tutukluk yapması sonucu, tim tarafından etkisiz hale getirilmişlerdir. Yakalanmaları tesadüfidir. Yakalandıkları sırada uyuşturucunun etkisi altında bulunan faillerden, değişik kentlerde yapılan yargılama sonucunda (2007-2011) her biri toplam 5 kez ağırlaştırılmış müebbet hapse (Y.B.: 5 kez ağırlaştırılmış müebbet hapis, 40 yıl 6 ay hapis; M.K.: 5 kez ağırlaştırılmış müebbet hapis, 55 yıl 6 ay hapis) mahkûm olmuşlardır²⁷.

III. Seri Cinayet (Serial Murder, der Serien Mord, Tueur-Tueues à la chaine)

A. Genel Bilgiler

“Seri katil” konusunun bilimsel araştırılması cinai bilimlerin nispeten yeni bir dalını oluşturmaktadır. Kavram, 1970’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde örneğin Ed Gein²⁸ John Wayne Gacy gibi kişilerin eylemlerinin kamuoyunu meşgul etmesiyle kullanılmıştır. 1972’de FBI Quantico, Virginia Eyaleti’nde, Davranış Bilimi Birimi (Behavioral Science Unit) kurarak sistematik bir biçimde suçlu metotları üzerinde çalışılmasını sağlamıştır²⁹.

Kriminologların ortak görüşüne göre, seri cinayet, üç veya daha çok kişinin³⁰ geniş bir zaman dilimi içinde öldürülmesidir. Bu şekil bir öldürme fiilini gerçekleştirene “seri katil” (serial killer, tueur en série) denir. Yukarıda da belirtildiği gibi çoklu öldürmeler (Multicide, multiplen Tötens), katliam (Mass

27 Geniş bilgi için bkz. Kaygısız, s. 172 vd.

28 Annesinin baskısı altında büyüyen ve küçük yaşından itibaren kız gibi büyütülen Ed Gein(1906-1984), şizofren ve eşcinsel bir kişidir. Küçüklüğünden beri annesinden yoğun şiddet gören seri katil Ed Gein, akli dengesi yerinde olmadığından yakalandıktan sonra hayatının geri kalan kısmını ıslah evlerinde geçirmek zorunda kalmıştır. Ed Gein hakkında geniş bilgi için bkz. Harry Lieber, Heidi Stock, Louis Paul, *Serienmörder, Bestien in Menschengestalt*, München, 2000, s. 96-113.

29 Neubacher, *Serienmörder*, s. 43.

30 Kaygısız’a göre, son zamanlarda Avrupa ülkelerinde en az iki cinayetten bahsedilmeye başlanmıştır. Bkz. Kaygısız, s. 10, dn. 7.

murder, Massenmord), çılgın cinayet (Spree Murder, der Spree-Mord) ve seri cinayet (Serial Murder, der Serienmord) olmak üzere üç kategoriye ayrılır. Bu üç kategori cinayeti birbirinden ayıran temel özellik, öldürmelerin içinde yer aldığı zaman ve mekandır. Nitekim katliam birçok kişinin, tek bir yerde, dakikalar veya saatler içinde öldürülmesidir. Diğer bir anlatımla katliam, çok sayıda mağdurun aynı yerde ve kısa bir zaman sürecinde öldürülmesidir. Çılgın cinayet, birden fazla mağdurun, farklı yerlerde birkaç saat, gün ve hatta haftalık zaman süreci içinde, aynen katliamda olduğu gibi, olaylar arasında duygusal soğuma süreci olmadan öldürülmeleridir. Kısaca çılgın cinayet, kısa bir zaman zarfında (birkaç saat, gün ve hatta hafta) ve çeşitli yerlerde gerçekleştirilen çoklu öldürmedir. Seri cinayet ise en az üç kişinin, çeşitli yerlerde, aralarında duygusal soğuma süreci girecek bir şekilde çeşitli zamanlarda (seriyi oluşturan cinayetler arasındaki zaman, günler, haftalar, aylar hatta yıllar boyu sürebilir) öldürülmesidir. Ancak literatürde “seri katil” sözcüğünün çeşitli tanımlarına da rastlandığı unutulmamalıdır.

Aşağıda seri katillerin özelliklerini, tipolojilerini ve seri katilliğin nedenlerini örneklerle açıklayacağız.

Literatürde, ABD’de, tüm adam öldürmelerin %1’lik bir kısmını oluşturan seri cinayetleri işleyenlerin özellikleriyle ilgili bir görüş birliğine varılamamıştır. Bununla beraber araştırmacılar, seri katillerin ortak özellikleriyle ilgili olarak çeşitli belirlemelerde bulunmuşlardır: Genellikle seri katiller, insanlar bakımından önem arz eden çocukluk dönemlerinde, kendileriyle ilgilenilmediğinden, okul ve çevresinde sosyal etkinliklerden uzak bir şekilde içlerine kapanık, yalnız büyümüşlerdir. Düşük sosyal statüdeki ailelere mensup olan bu çocuklar aile içi veya dışı şiddet -özellikle anne ile baskılayıcı ilişki- ve cinsel istismara yüksek oranda muhatap olmuşlardır. Böyle bir ortamda yetişen bu nevi çocuklar agresif ve bunu yansıtan bir kişiliğe sahiptirler. Akıl hastalığı, nörolojik problemler de seri cinayetlerin nedenleri arasında görülmektedir.

Araştırmalar seri katillerin çocukluk döneminde, başka çocuklara veya yakınlarına (örneğin, kardeşlerine) karşı şiddete başvurduklarını, hayvanlara işkence ettiklerini veya yangın çıkarttıklarını ortaya koymuştur. Ergenlik döneminde yaşadıkları cinsel başarısızlık, seksüel sapkınlıklar, karşı cinsle ilişkilerinin problemliliğini ve dolayısıyla şiddete başvurma ve sadizm gibi yöntemlerin tatbiki sonucunu doğurmuştur. Dışlanmış ve aşağılık duygusuna sahip, düzenli bir işleri bulunmayan, genellikle silik ve ezik insanlar olan seri katiller, FBI’nin kriterlerinden birine göre, işledikleri en az iki cinayeti, aynı yöntem, silah ve benzer törenle gerçekleştirmişlerdir. Kurbanlarını çoğunlukla tanımadıkları kişiler arasından seçen seri katiller (FBI’ya göre, failin seri

katil sayılabilmesi için aranan kriterlerden bir diğerini, kurbanların tanınmaması teşkil eder), fiilleri arasında az veya çok bir zaman aralığı bırakmışlardır (birkaç gün, birkaç hafta, ay, yıl). Ara verme zamanı sakinleşme dönemidir. Bu dönemde katiller, cinayetlerinin hafızalarından silinmemesi gayesiyle, mağdurlardan aldıkları eşya veya organı (ganimetleri) kullanırlar. Sakinleşme dönemi, failerin durmalarını sağlayabilir. Ancak genellikle etkisiz hale getirilinceye kadar katiller cinayetlerine devam ederler³¹. Ortalama zekânın üstünde zekâyâ sahip olan seri katiller bulunduğu gibi, ortalama ya da ortalamanın altında zekâyâ sahip olanlar da vardır. Bu konuya organize ve organize olmayan seri katiller bahsinde değineceğiz.

Yukarıda belirtilenleri örneklerle açıklayalım:

18.12.1948'de doğan (Burbank, Kaliforniya) ve "Santa Cruz" canavarı diye isimlendirilen Edmund Emil Kemper, çocukluğunda kendisinden beş yaş büyük ablası ve ruhsal sorunları olan annesi tarafından sözlü ve fiziki şiddete maruz kalmıştır. Ablasıyla ilişkilerini her zaman gergin olarak tanımlayan Kemper'in ifadesine göre, ablası kendisini dört yaşındayken çok hızlı seyreden trene, bir sene sonra da boyunu geçen derin bir havuza itmiştir. Her iki olayda da Kemper, hayatta kalmayı başarmıştır. İkinci Dünya Savaşı'na özel kuvvetler safında katılan ve daha sonra tahsiline devam etmeyerek elektrikçi olan babasını, Kemper'in ifadesine göre annesi "hiçbir işe yaramaz adam" olarak nitelemektedir. Çocukların eğitimi konusunda da anlayamayan çift, Kemper 9 yaşındayken ayrı yaşamaya başlamışlardır. Dokuz-on yaşlarından itibaren Kemper, çevresindeki hayvanlara işkence etmeyi, onların kafalarını kesmeyi adet haline getirmiştir. Kemper kendi kendisini de gömmüştür. Sadist davranışlarının keşfedilmesi üzerine büyükanne ve babasının (baba tarafı) yanına gönderilmiştir. Onlar, çevresiyle ilişki kuramayan Kemper'i okula yazdırmışlardır. Zekâ derecesi normalin üstünde (140'ın üstünde IQ), boyu 2.06 cm, kilosu 136 kg olan Kemper, 27.08.1964'te annesine benzettiği ve hiç hoşlanmadığı büyükannesini öldürdüktan sonra, karısının cesedini görmemesi için büyükbabasını da tüfekle öldürmüştür. Annesinin tavsiyesi üzerine teslim olan fail, 1964-1969 yılları arasında Kaliforniya Devlet Hastanesi Psikiyatri Bölümü'ne (Atascadero) şizofren-paranoyak teşhisiyle yatırılmıştır. Yasal olarak akıl hastası olan ve 1969'da hastaneden taburcu edilen fail, psikiyatristlerin babasının yanında kalmasının yerinde olacağı düşüncelerine karşı, babasının adresinin tespit edilememesi dolayısıyla gençlik idaresi tarafından annesinin yanına yerleştirilmesi kararı alınmıştır (Santa Cruz yakınlarında aptos). İş dolayısıyla zamanının büyük bir kısmını otoyollarda geçiren ve bu yolların neresinde ve hangi

31 İçli, s. 209; Yaz, s. 494 vd.; Kaygısız, s. 10 vd.

zamanda otostopçuların bulunduğunu gayet iyi bilen seri katil, cinayetlerine 7.5.1972’de otostop yapan 2 kadını öldürmekle başlamıştır. Kemper, otostop yapan toplam 6 genç kadını öldürmüştür. Otostop yapan kadınların kendisinden şüphe etmemelerini sağlamak amacıyla annesinden aldığı Santa Cruz Üniversitesi’nin stickerlerini arabasına yapıştırılmıştır. Cinayetleri arasında (7.5.1972, 2 ölü-14.9.1972-8.1.1973-5.2.1973, 2 ölü) haftalar ve aylar geçmiştir. Bu zaman fasılasını fail, pişmanlık, korku ve her gün yeni kurbanlar bulmak amacıyla hareket etmemesi nedenleriyle izah etmiştir. Cinayetlerin şekli, yeri, seri katil tarafından, çok önceden planlanmıştır. Kana ihtiyaç duyduğu zaman, cinayetleri işlemiştir. Kemper, kurbanlarını öldürdükten ve başlarını kestikten sonra, cansız bedenleri üzerinde cinsel davranışlarda bulunan nekrofil (ölü seveci) hastasıdır. Cinayetlerine müteakip kurbanlarının fotoğraflarını çeken, kesilen başları bir ganimet olarak muhafaza eden Kemper, bu suretle fantezilerini tatmin etmiştir. Kadınların kendisiyle ilişkilerinde mesafeli olduklarını ifade eden fail, öldükleri zaman sadece kendisine ait olduklarını belirtmiştir. Kemper’e ve genellikle seri katillere göre, kurbanlar birer nesneden başka bir şey değildir. 21.4.1973’te seri katil Kemper, kendisine yapılan bütün kötülüklerin kaynağı olduğuna inandığı annesini ve ertesi gün annesinin bir hanım arkadaşını da öldürmüştür³². Kendi ifadesine göre, daha fazla insanı öldürmemek gayesiyle 23.4.1973’te polise teslim olmuştur. Yargılanmasına 15.10.1973’te başlanan Kemper, 14.11.1973’te, o tarihte Kaliforniya’da idam cezası olmadığından³³ 8 kez müebbet hapis cezasına mahkûm olmuştur.

Yukarıda zekâ seviyesinin normalin üstünde olduğunu belirttiğimiz Kemper, cinayetlerini planlı bir şekilde gerçekleştirmiştir. Gerçekten cinayetlerinde kullandığı arabasını, polis arabasına benzetmeye çalışmış, otostop yapan kadınların kaçmalarını önlemek için oturduğu yerden kurbanın kapısını kapayan tek merkezden işleyen bir kilit sistemi gerçekleştirmiştir. Bunun delili sağ kapıdaki tırnak izleridir. Cinayetleri sonrasında kurbanlarının teşhis edilmelerini engellemek amacıyla dişlerini sökmüştür. Katil cinayetlerini devamlı tartıştığı annesiyle özdeşleştirdiği kadınlar üzerinde gerçekleştirmiştir. Annesi kendisine devamlı bir şekilde “akıllı, eğitilmiş güzel kızlar, senin gibi acınacak bir kimseyi ne yapsınlar” dediğinden, sadece bu kriterlere uygun kızları kurban olarak seçmiştir. Bu kadınların seçimi konusunda Kemper, onlara soracağı soruları (babalarının mesleği, oturdukları yer, evlerinin şekli, üniversitenin hangi fakültesinde tahsil ettikleri vs.) önceden bir liste halinde hazırlamıştır. Gerçekten Kemper, arabasına aldığı 300-400 kadından sadece annesinin be-

32 Kemper, annesini öldürdükten sonra, kafasını kesip hedef tahtası gibi kullanır.

33 Kaliforniya’da idam cezasına 1974 yılının başından itibaren yer verilmiştir.

lirttiği kriterlere uyan 6 kadını öldürmüş, diğerlerini serbest bırakmıştır³⁴.

Seri katillere ilişkin diğer bir örnek, John Wayne Gacy'nin cinayetlerinden verilebilir. 17.3.1942'de Şikago'da (İllinois) dünyaya gelen "katil palyaço" (le clown tueur) lakaplı John Wayne Gacy, göçmen bir işçi ailenin (Polonyalı baba, Danimarkalı anne) üç çocuğundan birisidir. Gacy, küçükken alkolik ve şizofreni hastası babasının sözlü ve fiziki şiddetine diğer aile fertleri gibi maruz kalmıştır. Dokuz yaşında ailesinin bir tanıdığı tarafından uğradığı cinsel istismarı çevresine açıklayamamıştır. On yedi yaşında gittiği Las Vegas'ta bir cenaze levazımatçısında kapıcılık yaparken gördüğü cesetlerden etkilenmiştir. Boş zamanlarını da cesetlerin yanında geçiren Gacy, patronunun bir cesedi çıplak halde bulması üzerine, hakkında nekrofiliden ihbarda bulunacağı endişesiyle iş yerini terk ederek evine (Şikago) dönmüştür. İki çocuk babası olan Gacy³⁵, bir taraftan kurduğu inşaat firmasının sahibi, giydiği palyaço kıyafetleriyle bizzat organize ettiği sokak partilerinde insanları ve hastanelerde çocukları eğlendiren kişi, Demokratik Parti bölge sorumlusu olarak Amerikalıların eski başkanlarından Carter'in eşiyle birlikte fotoğraf çektiren biri, kısacası toplumda saygıdeğer bir kişi olarak tanınırken, diğer taraftan homoseksüel, sadist bir seri katil olarak cinayetleri işlemiştir. Gacy'nin kurbanları genellikle Şikago sokaklarında müşteri arayan 15-20 yaşları arasındaki erkek fahişelerdi. 11.12.1978'de eczanede çalışan 15 yaşındaki bir erkek çocuğu (Robert Piest) kayıplara karışmıştır. Annesinin polise, oğlunun bir inşaat firmasının sahibiyile buluşacağını ve bu kişinin (Gacy) çocuğuna daha yüksek bir maaş vereceğini teklif ettiğini söylemesi üzerine polis Gacy'i hemen takibe almıştır³⁶. Piest'in annesinin ifadesi Gacy'nin evinin aranmasına yetmemiştir. Gacy'nin geçmişini araştıran soruşturmacılar, adı geçen on sene önce Iowa'da bir genci cinsel istismar fiilinden 10 yıl hapis cezasına mahkûm olduğunu (7.11.1968) tespit etmişlerdir. Bu fiili nedeniyle Gacy, 18 ay cezaevinde kaldıktan sonra; iyi hali nedeniyle tahliye edilmiştir. Bu bilgiye dayanarak mahkemeden iki kez arama kararı alan Şikago polisi, araştırmalarını evden pis koku gelmesi üzerine daha

34 Edmund Emil Kemper hakkında bkz. Peter Murakami, Julia Murakami, *Lexikon der Serienmörder, 450 Fallstudien einer pathologischen Tötungsart*, 8. Auflage, München 2002, s. 368 vd.; Bourgoïn, Stéphane, *Le livre noir des Serial killers, Dans la tête des tueurs en série*, Nord Compo à Villeneuve-D'aseq, 2015, s. 643 vd.

35 Her iki karısı ve çocukları Gacy'i cinsel sapkınlıkları nedeniyle terk etmişlerdir (1969 ve 1976).

36 Piest'in kaybolması olayında polisin süratli bir şekilde hareket etmesinin nedeni, Şikago Cinayet Masası Şefi Joe Kozenczack'ın oğlunun sınıf arkadaşı olan Robert Piest'i şahsen tanımasıdır. Yoksa polis genellikle kayıp olaylarında süratli davranmamaktadır. Bunu nedeni ise, her yıl Şikago ve çevresinde yaklaşık 20.000 kişi hakkında kayıp ihbarının yapılması ve bunlardan yine yaklaşık 19.000 kişinin birkaç saat veya birkaç gün içinde ortaya çıkmalarıdır. Bkz. Robert K. Ressler, Tom Shachtman, *Ich jagte Hannibal Lecter, Die Geschichte des Agenten der 20 Jahre lang Serienmörder zur Strecke brachte*, München, 1993, s. 265.

da derinleştirmiştir. Bu pis kokuları çok önceden eve gelen misafirler de fark etmişler, nedenini kanalizasyon borularının tıkanmasına yormuşlardır. Araştırmalar neticesinde evin altında ve arsada çoğu çürümüş 29 cesede, nehre atılmış (Des Plaines) 4 cesede, toplam olarak 33 cesede rastlanmıştır. Böylece Gacy, ilk cinayetini işlediği 1.1.1972'den tutuklandığı 21.12.1978 tarihine kadar, 33 cinayet işlemiştir. Kurbanlarının bir kısmı da kendi firmasından tanıdığı genç erkeklerdir. Öldürme metodu, failin itiraflarına göre hemen hemen aynıdır: Yüksek bir zekâya sahip olan Gacy, maddi menfaat karşılığı kurbanlarını firmasından veya erkek fahişelerin çoğunlukla buldukları çerçeveden genellikle seyahat etmekte olanlardan seçmiştir. Evine davet ettiği, alkol veya uyuşturucu vererek direnme güçlerini zayıflattığı bu kişilere, daha sonra eşcinsel ilişkiler konulu pornografik filmler seyrettirmiştir. Kurbanlarına palyaçuluk yaparken kullandığı hileli kelepçe takacağını ve bundan kurtulmanın bir yolu olduğunu söyleyen Gacy, hakikatte gerçek kelepçe kullanarak onları etkisiz bir hale getirmiştir. Bu durumdaki kurbanlarına işkence eden, cinsel saldırıda bulunan, diğer bir ifadeyle, savunmasız bu insanlarla kedi fare gibi oynayan ve bundan da büyük bir zevk alan sadist katil, daha sonra boyunlarına geçirdiği ipe onları boğarak öldürmüştür. Öldürdüğü her mağdurdan bir şeyler alkokyan (ganimet) katil, kurbanlarını “hiçbir işe yaramayan küçük sapıklar” olarak nitelemiştir. Gacy'nin yargılanmasına 6.2.1980'de başlanmıştır. Yargılama sırasında avukatları şizofren hastası, alkol ve valium müptelası olan Gacy'de, bir kişilik bölünmesi bulunduğunu, John ve Jack'in birbirine zıt iki şahsiyet bulunduğunu, sapık cinayetleri John Gacy'nin değil, Jack Handley'in³⁷ işlediğini, Gacy'nin akıl hastası olması dolayısıyla cezai sorumluluğunun bulunmadığını, olayların seksüel asfiksi sırasında kazayla gerçekleştirdiğini ileri sürmüşlerdir. Bu düşünceleri reddeden mahkeme Gacy'i 13.3.1980'de 12 kez ölüm ve 21 kez müebbet hapis cezasına mahkûm etmiştir. Gacy karardan sonra, cesetlerin bulunduğu sırada, o evde yaşamadığını ve dolayısıyla cinayetleri işlemediğini iddia etmişse de, bu iddiası nazarı itibare alınmayarak ölüm cezası 10.5.1994'te öldürücü iğne ile infaz edilmiştir. Öldükten sonra incelenen beyin ve kafatasında bir özelliğe rastlanmamıştır³⁸.

Seri katil Gacy'nin özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- ▶ Küçüklüğünde fiziki şiddete ve cinsel istismara maruz kalmıştır.
- ▶ Yine çocukluğunda babası tarafından devamlı aşağılanmıştır. Babası onu

37 Gacy'nin iddia ettiği fantezilerine göre, Jack Handley, maço bir polis memurudur. Tanrı tarafından kendisine verilen görev dünyayı özellikle homoseksüellerden kurtarmaktır. Bkz. Lieber-Stock-Paul, s. 184.

38 Gacy hakkında geniş bilgi için bkz. Lieber-Stock-Paul, s. 256 vd.; Murakami, s. 319 vd.

dövmüş veya aşağılarken, “zavallı”, “iradesiz”, “ana kuzusu”, “eşcinsel” sözcüklerini kullanmıştır.

- ▶ Doktorlar, 10 yaşındaki Gacy’de Psycho Motor Epilepsi teşhis etmişlerdir.
- ▶ Gacy, ölümlere yönelik cinsel arzu ve istek göstermiştir (Nekrofil, cesetlere ilgi duymuş, ölüyü soymuştur).
- ▶ Hayatının belli dönemlerinde her iki cinsiyetten kişilere karşı cinsel olarak ilgi duymasına (biseksüel) karşılık, ikinci evliliğinin sona ermesine müteakip, sadece genç erkeklere ilgi göstermiştir (eşcinsel).
- ▶ Toplum tarafından saygıdeğer, yardımsever bir kişi, akıllı ve çalışkan bir iş adamı (inşaat firması sahibi) olarak tanınmaktadır. Sokak partilerini düzenleyen, hastanelerde hasta çocukları giydiği palyaço kıyafetiyle eğlendiren bir kişidir. Kısaca cinayetleri ortaya çıkıncaya kadar kendisinden şüphelenilmemiştir.
- ▶ Pornografiye meraklıdır. Kurbanlarını öldürmeden onlara pornografik filmler izletmeyi adet haline getirmiştir. Eşcinsel dergilere sahip olması, ikinci evliliğinin sona ermesi nedenlerinden birini teşkil etmiştir.
- ▶ Etkisiz hale getirilinceye kadar cinayetlerine (33) devam etmiştir.
- ▶ Seri katillerin çoğunluğu gibi beyazdır.
- ▶ Kurbanlarının çoğunluğunu tanımadığı kişiler arasından seçmiştir.
- ▶ Üstün zekâlıdır.
- ▶ Cinayetleri işlerken ne yaptığının farkındadır. Cezai sorumluluğu tamdır. Kişilik bölünmesi iddiası, ölüm cezasından kurtulmak için yaptığı bir savunmadır.
- ▶ Seri cinayetlerine başlamadan önce (1972), genç bir erkeğe cinsel saldırıda bulunmuş (1968), diğer genç erkeklere de cinsel saldırı teşebbüsü gerçekleştirmiştir.
- ▶ Cinayetleri planlıdır. Kurbanlar, tanıdığı kimseler (kendi inşaat firmasında çalışanlar) veya tanımadığı erkek fahişeler arasından maddi menfaat teklif edilerek sağlanmıştır.
- ▶ İlk cinayetinden sonra (1.1.1972) bir sakinleşme dönemine girmiştir. İkinci cinayeti Ocak 1974’tür.
- ▶ Cinayetlerinden büyük bir zevk almakta, hazzın doruk noktasına erişmektedir (zevke yönelik katil). Kendi ifadesine göre, cinayet işlerken “ayak parmaklarından başına kadar bir güç akımına” uğramaktadır.
- ▶ 1975 yılından itibaren yüksek miktarda alkol tüketen ve valium müptelası olan Gacy’nin uyku düzeni bozulmuş ve ruh hali değişikliğe uğramıştır. Kısaca

Gacy kendini kontrol edemez bir hale gelmiştir.

► Kurbanlarından mutlaka bir eşya almaya (ganimet) meraklıdır.

► Suç işleme metodu ayındır: Evine davet ettiği kurbanlarını, gevşemeleri ve kendilerini rahat hissedebilmeleri için alkol veya uyuşturucu madde ikramı, bazen doğrudan doğruya kloroform koklatmak suretiyle uyumalarını sağlamak, pornografik filmler seyrettirme, palyaçoluk yaparken oyuncak kelepçe takacağını söyleyerek, hakiki kelepçe ile savunmasız hale getirdiği gençlere işkence etmesi, cinsel saldırıda bulunması ve sonra onları ipe boğarak öldürmesi. Gacy cinayetlerinde birçok seri katilin kullandığı ateşli silahları, bıçak veya küt cisimleri kullanmamıştır.

► Birçok seri katilin yaptığı gibi kurbanlarının cesetlerini olay mahallinde bırakma veya başka bir yerde saklama yerine Gacy, öldürdüğü kimselerin cesetlerini evinde veya arsasında muhafaza etmiştir. Ev ve arsanın cesetlerle dolması üzerine onları yakındaki nehre atmaya başlamıştır.

Genellikle seri katiller cinayetlerini tek başlarına işlemektedirler. Ancak bazı istisnai hallerde, her iki seri katilin birlikte hareket etmesine (müşterek faillik) rastlanmaktadır. Bu istisnai hallere örnek olarak Henry Lee Lucas (23.8.1936-13.3.2000) ve Ottis Elwood Toole'un (5.3.1947-15.9.1996) işledikleri seri cinayetleri göstermek mümkündür. Hemen belirtelim ki, bu iki seri katilin birlikte işledikleri cinayetlerin sayısı üzerinde tam bir mutabakat sağlanamamaktadır. Gerçekten Toole, kendisiyle yapılan bir röportajda bu sayıyı 100'den fazla, 500 olarak ifade etmektedir³⁹. Murakabi'ler⁴⁰ ise Henry Lee Lucas'ın kat'i olarak 11 cinayet ve belki de bu sayıdan daha fazla insan öldürme fiilini tek başına işlediğini, erkek fahişe Ottis Toole ile bağlantılı olarak Teksas'tan 35 otostopçuyu kaçırdığını, parçalara ayırıp öldürdüğünü ve cesetlerine cinsel saldırıda bulunduğunu belirtmektedirler. Her iki seri katilin yakalandığı 1983 yılının haziran ayından itibaren yapılan araştırmalarda 20 eyaletin soruşturmacıları⁴¹ sadece Lucas ile ilgili 90 insan öldürme fiilinin varlığını ve ayrıca Ottis Toole'nün katılımıyla diğer 108 kişinin öldürüldüğünü belirtmişlerdir. Lucas yargılandığı 9 adam öldürmeden, ölüm cezasına, müebbet ve süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olmuştur. Ayrıca ülke çapında gerçekleştirdiği 33 cinayetten de itham edilmiştir. 1985 yılının Ocak ayında işlediğini iddia ettiği 5 yeni cinayet için soruşturmacıları Louisiana'ya götürmüştür. Üç ay sonra Georgia Eyaleti

39 Bourgoın, s. 620.

40 Peter-Julia Murakami, s. 387.

41 Seri katillerin bir diğer özelliği de, devamlı hareket halinde olmalarıdır. Bu özellik daha ziyade, sadist, cinsel zevk için insan öldüren seri katillerde görülür. Bourgoın, s. 545-546.

soruşturmacılarını 10 insan öldürme suçunu daha işlediğine ikna etmiştir⁴². Ottis Toole ise, Florida'da ölüm cezasına, müebbet hapse ve Teksas, Virjinya, Georgie, Florida ve Kolerado'da cinayetlerin karşılığı ek cezalara mahkûm edilmiştir⁴³. Her iki seri katil, hapis cezalarını çekerken ölmüşlerdir.

Her iki failin, yalnız veya birlikte işledikleri cinayetlerin sayısına ilişkin itiraflarına itimat etmemek gerekir. Henry Lee Lucas ve Ottis Toole, cinayetlerini itiraf ettikten sonra beyanlarından geri dönmüşlerdir. Daha sonra yeni itiraflarda bulunmuşlar ve bu durum ölüm tarihlerine kadar devam etmiştir. Bu şekilde hareket etmelerinin sebebi olayları aydınlatmakla görevli soruşturmacıları devamlı meşgul ederek yargılama safhasını uzatmak, yeni davaların açılmasını sağlamak ve dolayısıyla ölüm cezasının infazından kurtulmaktır. Çeşitli eyaletlerde menfur fiillerini gerçekleştiren bu faillerin, keşif için farklı olay mahalline (farklı eyaletleri) götürülmeleri, cinayetlerinden büyük bir haz almaları yanında, ayrıca onlara önemsendikleri hissini vermektedir. Netice olarak her iki failin ayrı ayrı veya birlikte gerçekleştirdikleri cinayetlerin kat'i sayısı bilinmemektedir ve hiçbir zaman da bilinmeyecektir.

Bu iki seri katilin özelliklerine gelince: Her ikisi de çok fakir ailelere mensup olup, birçok seri katil gibi küçüklüklerinde şiddet görmüşlerdir. Aileleri tarafından ihmal edilmişlerdir. Katillerden Ottis Toole'nin zeka seviyesi ortalamanın altında olduğundan, okuma ve yazmada zorlanmaktadır. İfadesine göre (Toole) cinayet emirlerini Lucas'tan almaktadır⁴⁴. Küçükken epilepsi hastalığı geçiren Toole, kız kardeşi tarafından erkek fahişeliğine yönlendirilmiştir. Her iki seri katil de hayatlarının bir döneminde kız gibi giyinmişlerdir. Toole'nin yargılanması sırasında psikiyatristler onda antisosyal bir kişilik ve paranoid şizofreni tespit etmişlerdir. Toole, yangın çıkarmaktan büyük bir haz duymaktadır. İtfaiye arabalarının gelmesi, insanların telaş içerisinde sağa, sola koşuşmaları ateşin kıvılcımlarının gökyüzüne yükselmesi Toole'ün cinsel doyuma ulaşmasını sağlamaktadır (piromani). Ateş ve seks onu zevkin doruğuna çıkarmaktadır⁴⁵. Her iki seri katil de nekrofoliye eğilimlidir. Yine Toole'ün ifadesine göre, Lucas cinayetlerinden önce, sonra kurbanlarının cesetleriyle cinsel ilişkide bulunmakta, onları parçalamaktadır. Hatta Lucas, rastladığı hayvanlarla da cinsel ilişkide bulunmaktan zevk almaktadır. Her iki seri katil de öldürdükleri insanların etlerini yemekten çekinmemektedirler (cannibalisme). İşte bu nedenledir ki, Toole "Jaksonville yamyamı" (cannibale de Jaksonville) adı verilmiştir. Lucas ve Toole kurbanla-

42 Bourgoïn, s. 629.

43 Bourgoïn, s. 607.

44 Bourgoïn, s. 620.

45 Bourgoïn, s. 617.

rını tanımadıkları ve tesadüfen karşılaştıkları otostopçulardan veya arabaları bozulduğundan yardım bekleyen kimselerden seçmişlerdir. Kurbanları arasında cinsiyet ayrımı yapmamışlardır. Ancak öldürme tarzları cinsiyet ve kullandıkları vasıtaya göre farklılık arz etmektedir. Biseksüel Lucas, kadınları bıçakla veya boğarak öldürürken, homoseksüel Toole ise erkekleri ateşli silah kullanarak öldürmüştür⁴⁶.

Genelde cinayetlerini yalnız başlarına işleyen seri katillere fiilleri esnasında yardım edenlere de rastlanmaktadır. Örneğin, “Hannover Kasabı” (Le boucher de Hanovre) veya “Hannover Vampiri” (Le vampire de Hanovre) lakaplı seri katil Friedrich Heinrich Karl Haarmann’a (25.10.1879-15.4.1925) yardım eden Hans Grans, (1901-17.2.1975) 19.12.1924’te Haarmann ile birlikte azmettirmekten ölüm cezasına, yardım etmekten 12 yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olmuştur. Ancak romanlarda karşılaştığımız bir rastlantıyla, Lüters isimli bir kurye, sokakta, Grans’ın babasına (Albert Grans) yollanmış üstü pullu, kapalı bir zarfa rastlamıştır. Seri katil Haarmann tarafından el yazısıyla kaleme alınan 5.2.1925 tarihli bu dört sayfalık mektupta, Grans’ın, kendisinin (Haarmann) işlediği cinayetlerden haberi olmadığını, görmediğini, polis tarafından baskıya maruz kalmaması için yargılama sırasında yalan söylediğini ve Grans’ı itham ettiğini, masum bir kimsenin idam edilmemesi gerektiğini⁴⁷ ifade etmiştir⁴⁸. Mektubun yeni bir delil sayılması üzerine 12.1.1926 tarihinde Hannover Ağır Ceza Mahkemesi’nde yargılamanın yenilenmesi davası başlamıştır. Dava sonunda (19.1.1926) verilen kararda Grans’la ilgili 19.12.1924 tarihli mahkeme kararının kalktığı, Grans’ın iki cinayet olayında yardım eden sıfatıyla toplam 12 yıl hapis cezasına mahkûm edildiği, tutuklulukta geçen sürelerin nazara alınmayacağı, dava masraflarının Grans tarafından ödenmesi gerektiği, 10 yıl medeni haklarını kullanmaktan yoksun tutulacağı, emniyeti umumiye nezareti altına alınacağı belirtilmiştir. Kararın gerekçesinde ayrıca, mahkemenin Grans’ın, Haarmann’ın cinayetlerinden haberdar olduğuna kanaat getirdiği, bir olayda Haarmann’a yardım ettiği, diğer bir olayda ise daha önce verilen kararda olduğu gibi azmettirmenin değil, yardımının söz konusu olduğu vurgulanmıştır⁴⁹.

46 Henry Lee Lucas ve Ottis Elwood Toole hakkında geniş bilgi için bkz. Bourgoïn, s. 535 vd.; Peter-Julia Murakami, s. 386 vd.

47 Mektubun yazılmasından üç gün önce (2.2.1925) Alman İmparatorluk Mahkemesi, Grans’ın taleplerini reddetmiştir. Bkz. Matthias Blazek, *Haarmann und Grans -Der Fall, die Beteiligten und die Presseberichterstattung*, Stuttgart, 2009, s. 50, 92.

48 Mektubun içeriği hakkında bkz. Theodor Lessing, *Haarmann, Die Geschichte eines Werwolfs und andere Gerichtsreportagen, Sammlung Luchtherhand im dtv*, München, 1995, s. 194-196.

49 Blazek, s. 100.

B. Seri Katillerin Tipolojileri

1. Holmes'in Tasnifi

Literatürde seri katillerin gayelerine göre sınıflandırılmaları esasî hâkimdir. İngilizce kaleme alınan eserlerde, Holmes'in amaç veya tiplere göre yaptığı dörtlü ayırım tercih edilmektedir. Holmes, seri katilleri aşağıdaki şekilde sınıflandırmaktadır:

1. Halüsinasyon gören, irrasyonel aşırı tepkisel davranışlarda (hezeyan) bulunan seri katiller (görsel seri katiller, visionary killer).
2. Görev bilinciyle hareket eden seri katiller (missionary killer).
3. Zevk için insan öldüren (insan öldürmeden haz alan) seri katiller (hedonistic killer). Bu konuya aşağıda, cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler bahsinde değineceğiz.

Bu gruba giren seri katiller üç alt gruba ayrılır:

- a. Cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler (Lust murderer, Lust mörder).
- b. Merak ve tecrübe saikli insan öldürenler (thrill oriented killer).

Bu iki alt gruba dahil olanlar fiillerini, kurbanlarını sakatlama veya parçalara ayırma şeklinde sadist hareketlerle de gerçekleştirebilirler.

- c. Ekonomik kazanç saikiyle cinayet işleyen seri katiller (comfortoriented killer).

4. Güç ve kontrol arayan seri katiller (Power and Control).

Kurbanlarının hayat ve ölümleri hakkında mutlak bir güce sahip olmak gayesiyle hareket eden bu tür seri katillerin esas amaçları cinsel tatmin değilse de, fiillerinin icrası sırasında cinsel hareketler de gerçekleştirebilirler. Maddi menfaat elde etme gayesiyle de fiillerini gerçekleştirebilirler⁵⁰.

Aşağıda bu gruplara giren seri katilleri örnekler vererek inceleyeceğiz:

a. Halüsinasyon Gören, Akla Mantığa Aykırı Tepkisel

Davranışlarda Bulunan Seri Katiller

Bu gruba giren seri katiller, hayaller görürler, tanrı ya da şeytandan geldiğine inandıkları sesler duyarlar ve onlardan aldıkları emirler doğrultusunda cinayetlerini işlerler. Bu failer psikotik sorunlu, şizofren kişiler olup, temyiz kudretine sahip değildirler. Seri katiller arasında sayısal olarak önemsenmeyecek

50 M. Holmes Ronald, E. DeBurger James, Profiles in Terror, The Serial Murder, in: Ronald M. Holmes/Stephen T. Holmes (ed.), Contemporary Perspectives on Serial Murder, 1998, s. 11 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz. M. Holmes Ronald, Stephen, T. Holmes, *Serial Murder*, 1998, s. 61-143, zikreden Neubacher, s. 46.

bir yer tuttuklarından istisna teşkil ederler⁵¹. Belirttiğimiz özelliklerin hepsini taşımaya dahi, bu tiplere örnek olarak Herbert William Mullin (18.4.1947) gösterilebilir. Diğer seri katillerden farklı olarak, yetenekli ve geleceği parlak bir öğrenci sayılan Mullin, okulun futbol takımının da oyuncusudur. Ailesi de kendisini desteklemektedir. Ne var ki, paranoid şizofreni hastası olan Mullin, bedeni üzerinde sigara söndürmekte, kız kardeşine cinsel ilişki teklif etmektedir. Bu gibi garip hareketleri sonucu psikiyatri kliniklerine yatırılır. Ancak doktorların, kendisine veya başkalarına bir zarar vermeyeceği kanaatinde olmaları üzerine taburcu edilir. Mullin'in, LSD ve Marihuana kullanması hastalığının ilerlemesine ve kendisine garip emirler veren hayali sesler duymasına sebep olmuştur⁵². Emirlerden, kendisinin Kaliforniya'yı zelzeleden kurtarmakla yükümlü olduğu sonucunu çıkaran Mullin, zelzelenin gerçekleşmemesini mümkün olduğu kadar çok sayıda insanın kurban edilmesine bağlamaktadır. Amerika'nın Vietnam Savaşı yeteri kadar insan kanının akmasına sebep olduğundan, savaş Mullin'e göre zelzelenin meydana gelmesini engellemiştir. Ancak 1972 Ekiminden itibaren ABD Vietnam'ı terk etmeye başladığından ve dolayısıyla ölüm olayları azaldığından, Mullin, Kaliforniya'nın yeniden korkunç bir afetle karşılaşacağı korkusuna kapılmıştır⁵³. Ona göre, Kaliforniya'yı felakete sürükleyecek zelzelenin önlenmesi yeterli sayıda cinayetin işlenmesine ve kan akmasına bağlıdır. Bu düşünceyle ilk cinayetini 13.10.1972 tarihinde işlemiştir. En son cinayeti olan 13.2.1973 tarihine kadar dört ay boyunca Mullin, 13 insan öldürme gerçekleştirmiştir. Son cinayetini bir tanığın gözü önünde işleyen Mullin, kısa bir süre sonra, herhangi bir direnme göstermeden suç aletiyle birlikte yakalanmıştır. Genellikle ruhi sorunları olan kimselerin, ilk cinayetlerine kadar toplum bakımından tehlike arz etmedikleri saptanmıştır. Bu gibi kimseler, Mullin gibi, ne agresif ve ne de şiddete yönelik bir eğilim göstermişlerdir. Her ne kadar topluma intibak sağlayamamışsa da Mullin de, ne kimseye cinsel saldırıda bulunmuş, ne hırsızlık yapmış ve ne de kimseyi yaralamıştır⁵⁴. Cinayetler işlenirken Mullin'in soruşturmacılar tarafından yakalanmamasının iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi, soruşturmacıların cinayetler arasında bir bağlantı kuramamış olmaları sebebiyledir. Failin kullandığı silah ve uyguladığı metod, cinayetten cinayete farklılık arz etmektedir. Kurbanlarının yaş ve cinsiyetleri de birbirinden farklıdır. İkincisi, yukarıda incelediğimiz diğer bir seri katil Edmund Kemper'in de aynı bölgede aynı zamanlarda cinayetlerini işlemesidir. İlk cinayetinden iki hafta sonra Mullin, kendisine yeni bir görev

51 Neubacher, s. 43-48.

52 Peter-Julia Murakami, s. 399.

53 Ressler-Shachtman, s. 172.

54 Ressler-Shachtman, s. 171 vd.

verildiğini zannetmiştir. Ona göre, yeni görevi, çevre kirliliğinin araştırılması suretiyle zelzenenin ne zaman gerçekleşeceğini belirlenmesidir. Bu amaçla arabasına aldığı bir otostopçu kıızı bıçakla öldürmüştür. Çevre kirliliğini tespit etmek amacıyla kurbanın karnını açmış ve araştırma yapmıştır⁵⁵.

Her ne kadar Mullin bazı noktalarda organize olmayan seri katillerden farklılık gösteriyorsa da (örneğin zekâ seviyesinin yüksek oluşu), onlar gibi uzun vadeli planlar yapamaması, kurbanlarını ve suç aletlerini şans eseri seçmesi, cesetleri parçalaması, onları saklamaktan veya tanınmayacak hale getirmekten imtina etmesi, Mullin'i organize olmayan seri katillere yaklaştırmaktadır. Bu bakımdan Mullin, hem organize hem de organize olmayan seri katillerin özelliklerini taşımaktadır. Hemen belirtelim ki, ikinci kurbanın cesedine uzun zaman sonra rastlanması, tamamen bir tesadüftür⁵⁶.

30.9.1973 tarihinde Mullin'in işlediği cinayetlerden yargılanmasına başlanmıştır. Mullin, fiillerini itiraf ettiğinden, yargılama makamının görevi, cinayetlerin işlendiği sırada failin temyiz kudretinin bulunup bulunmadığının belirlenmesiyle sınırlanmıştır. Mahkeme, seri katilin akıl hastanesine gönderilmesi ve orada koruma ve tedavi altına alınmasına değil, kendisine uyuşturucu satan okul arkadaşını öldürmek kastıyla sergilediği tutumu göz önüne alarak (Mullin hem okul arkadaşını ve hem de adresini sorduğu kimseleri öldürmüştür. Savcılık tanıkları öldüren Mullin'in bu esnada temyiz kudretine sahip olduğunu ileri sürmüştür) temyiz kudretinin varlığını kabul etmiş ve Mullin'i müebbet hapis cezasıyla cezalandırmıştır. Mahkemenin bu kararı literatürde eleştiriye uğramıştır⁵⁷.

b. Görev Bilinciyile Hareket Eden Seri Katiller

Bu kategoriye giren seri katiller, ideolojik veya dini nedenlerle nefret ettikleri belirli bir sosyal gruba (örneğin, fahişeler veya homoseksüeller, bu nevi katillerin sıklıkla hedefi haline gelmişlerdir) mensup kimselerden, toplumun temizlenmesi gerektiğine inanmışlardır.

c. Zevk için İnsan Öldüren Seri Katiller

Bu konuya yukarıda da belirtildiği gibi, aşağıda cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler bahsinde değineceğiz.

d. Güç ve Kontrol Arayan Seri Katiller

Bu tür seri katiller, kurbanlarının yaşamları (hayat, ölüm) üzerinde tam bir güce sahip oldukları güdüsüyle hareket ederler. Kendi gözetim ve korumaları

55 Ressler-Shachtman, s. 172.

56 Ressler-Shachtman, s. 173.

57 Ressler-Shachtman, s. 176.

altındaki kişileri öldürmekten çekinmezler. Ön planda cinsel tatmin arzuları yatmamasına rağmen, cinsel hareketler de gerçekleştirebilirler. Literatürde Dietz, bu gruba girenlere “koruma ve gözetimindekilere zarar veren seri katiller” (Custodial Killers) demektedir⁵⁸. Bu kategoriye, erkek veya kadın hemşire veya hastabakıcılar tarafından işlenen fiilleri dahil etmek mümkündür. Gerçekten hastane, bakımevleri veya evlerde hastaların, hemşire veya hastabakıcılar tarafından öldürülmeleri olaylarına rastlanmaktadır. Literatürde, hastanelerde öldürme olaylarının, merhamet nedeni yanında, aşırı iş yükü sebebiyle kayıtsızlık (Burn-out Syndrom), hastalıklı, sakat yaratıklara karşı iğrenme, tikslenme duygusu, başkalarının hayat ve ölümleri üzerinde güç sahibi (kontrol) olma güdülerıyla de ortaya çıkabileceği belirtilmiştir⁵⁹. Aşağıda bu gibi olaylara ilişkin bazı örnekler verilecektir.

Meslektaşları tarafından “Wuppertal’in ölüm meleği” (Das Todesengel von Wuppertal) olarak adlandırılan 30 yaşındaki hastabakıcı Michaela Roeder, 6.2.1984’ten 5.2.1986 tarihine kadar Wuppertal Petrus Hastanesinin cerrahi yoğun bakım ünitesinde kendisine emanet edilen ve kendilerini savunamayacak durumda olan 17 hastayı öldürmüştür. Ölen hastalardan 14’ü 70 yaş ve üstü, 3’ü ise 53-68 yaşları arasındadır. Ölen hastalardan 28’i hakkında feth-i kabir işlemi gerçekleştirilerek, kesin ölüm sebebinin tespiti için otopsi yapılmıştır. Yargılama sırasında 12 bilirkişi ve 86 tanık dinlenmiştir. Nöbetleri sırasında birçok hastanın ölümü nedeniyle dikkatleri üzerine toplayan Roeder, doktorun yazmadığı bir iğneyi (Clonodin veya kaliumchlorid) hastasına enjekte ederken, bir meslektaşı tarafından izlenmiştir. Önceleri harekete geçmeyen meslektaşı, ölüm olaylarının artması üzerine ölen bir hastadan alınan kan örneğini tahlile göndermiştir. Tahlil sonucu kanda kalbin durmasına yol açan yüksek miktarda Kaliumchlorid tespit edilmiştir. 13.3.1986’da yakalanan Roeder, 14.3.1986’da tutuklanmıştır. Savunmasında, çalıştığı hastanenin cerrahi yoğun bakım ünitesinde birçok ağır hastayla tek başına meşgul olduğunu, haddinden fazla iş yükü nedeniyle bunaldığını belirten Roeder, kısa bir süre sonra ölecek olan hastaları daha fazla acı çekmemeleri için merhamet güdüsüyle öldürdüğünü, hasta ölümlerinin kısa bir süre sonra gerçekleşeceği hususunda hataya düşmüş olabileceğini, bu konuda kendisinin eleştirilebileceğini ifade etmiştir. 11.9.1989’da Roeder, 5 cinayette basit insan öldürmeden ve ayrıca diğer her bir fiil bakımından talep üzerine öldürme, taksirle öldürme ve basit insan öldürmeye teşebbüs suçlarından toplam 11 yıl hapis cezasına mahkum olmuştur. Kararın gerekçesinde, sanığın özel bir durumda bulunması nedeniyle, böyle

58 Neubacher, s. 43; Yaz, s. 500; İçli, s. 211.

59 Neubacher, s. 43 vd.

bir halin bir daha gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle, meslekten men yaptırımına yer verilmediği belirtilmiştir⁶⁰.

Gözetim ve korumaları altındaki kimseler üzerinde güç sahibi olduklarını göstermek için cinayetlerini işlemekten çekinmeyenlerle ilgili diğer bir örnek de aşağıda verilmiştir.

Wesfalya Kliniğinde (Gütersloh) hastabakıcı olarak çalışan Wolfgang Lange, 5.5.1990'dan 14.12.1990'a kadar enjeksiyonla hava embolisi oluşturmak suretiyle 8 kadın ve 2 erkek hastanın ölümüne sebep olmuştur. Bielefeld Eyalet Mahkemesi, sanığı basit insan öldürmeden (Alman CK. §212) 15 yıl hapis cezasına mahkum etmiştir. Mahkemenin basit insan öldürme kararı vermesinin nedeni, olayda nitelikli insan öldürmenin (Alman CK. §211) unsurlarından birini oluşturan "saflığından istifade etme" (heimtücke) unsurunun gerçekleşmemesidir. Gerçekten, kendilerinde olmayan, koma halinde bulunan veya şuru bozuk olan kimselerin saflıklarının ihlalden bahsedilemez. Bu gerekçeyle mahkeme, hastaların öldürülmesini basit insan öldürme olarak nitelendirmiştir. Olayın diğer bir ilgi çekici yönü, Lange'nin hangi güdü veya güdülerle bu cinayetleri işlediğidir. Lange, yargılama sırasında kimseyi yanına yaklaştırmadığı gibi, mahkumiyet kararına müteakip cezası infaz edilirken de, konuyla ilgili hiç kimseyle konuşmak istememiştir. Bu bakımdan fiillerinin hangi güdü veya güdülerle işlendiğinin tespiti de mümkün olamamıştır. Bu konudaki esrar perdesi günümüzde de aralanmamıştır⁶¹.

Hastaları veya bakıma muhtaç kimseleri öldüren seri katillerle⁶² ilgili diğer

60 Gerhard Mauz, "...wir haben es mit eiskaltem Mord zu tun", Spiegel Online, Der Spiegel 2/1989; Gerhard Mauz, "Die Staatsanwaltschaft als Partei", Spiegel Online, Der Spiegel 38/1989; Gerhard Mauz, "...und das in einem christlichen Haus", Spiegel Online, Der Spiegel 5/1989; Joachim Reiner, "Ich bin eigentlich sehr sensibel" Zeit Online, 3.2.1989.

61 Stephan Harbort, *Das Hannibal-Syndrom, Phänomenen Serienmord*, 13. Auflage, München/Berlin 2016, s. 29-30; Gisela Friedrichsen, "Die Toten von Herrn Lange" Spiegel Online, Der Spiegel 30/1993; Gisela Friedrichsen, "Patientin bereits verstorben" Spiegel Online, Der Spiegel 44/1992.

62 Halk dilinde "hastalar için son durak" olarak nitelendirilen Lainz Hastanesinin (Viyana) 5 inci bölümünde 1983 yılından itibaren hemşire Waltraud Wagner, önceleri tek başına, müteakiben üç hemşire (Irene Leidolf, Stefaniya Meyer ve Maria Gruber) arkadaşlarıyla birlikte, tutuklandıkları 7.4.1989 tarihine kadar yaşlı, ölümcül hastaları sistematik bir şekilde öldürmüştür. Kurbanlarını şeker miktarlarını insülinle yükseltmek veya Rohypnol ile zehirlemek suretiyle öldüren hemşireler, bazı hastalarına da zorla su içirterek ölümlerine neden olmuşlardır. Dönemin Avusturya Başbakanı Franz Vranitzky bu cinayetleri "Avusturya tarihinin en vahşi ve canavarca işlenen" suçları olarak nitelendirmiştir. Sigara molaları sırasında kimin öldürüleceği ve kimin hayatta kalacağını belirleyen hemşireler, kendilerine fazla iş çıkaran veya onları kızdıran hastaları öldürmekten kaçınmamışlardır. Bölümde ölüm olaylarının ve ilaç sarfiyatının artması kimsenin dikkatini çekmemiştir. Bir doktorun ihbarı üzerine yakalanan sanıklar hakkında savcı, 42 kasten ve 7 taksirle insan öldürdükleri iddiasıyla dava açmıştır. Her ne kadar sanıklar savunmalarında merhamet hissiyle hastaları öldürmekten bahsetmişlerse de, hemşireler üzerinde otoriteye sahip olan baş-

bir örneğe, yine Federal Almanya da rastlanır.

Medyanın “ölüm meleği” (Todesengel) adını taktığı ve yaşlı hastalara veya bakıma muhtaç kimselere evlerinde bakan, hastabakıcılık diploması olmayan⁶³ Marianne Nölle (1938), 1986-1991 yılları arasında gerçekleştirdiği ispat edilen 6 insan öldürme (polisin araştırmalarına göre Nölle'nin öldürdüğü kişilerin sayısı 17, öldürmeye teşebbüs ettiklerinin sayısı ise 18'dir) fiilinden dolayı Köln Eyalet Mahkemesi tarafından 28.4.1993 tarihinde 2 defa müebbet hapis cezasına (nitelikli adam öldürmeden) mahkum olmuştur. Mahkeme 829 sayfalık kararında, Nölle'nin fiillerini planlı ve soğukkanlı bir şekilde işlediğini, risklere girdiğini, nitelikli insan öldürme suçunun unsurlarını oluşturan “maddi menfaat” ve “mağdurların tehlikenin farkında olmadıkları bir durumdan faydalanılması suretiyle” cinayetlerin gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Yargılama sırasında 115 tanık ve 6 bilirkişiyi dinleyen mahkeme, cezanın yanı sıra Nölle hakkında, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma kararı vermemiştir. Nölle'nin cinayetlerinde başvurduğu metot hep aynıdır. Nölle baktığı kimselere doktor reçetesi olmadan yüksek dozda sakinleştirici (Truxal Diazepam) vermiştir. Soruşturmacıların evinde yaptığı arama sırasında ölümlerde kullandığı ilaçlara, ölenlere ait olan ve yakınlarının gösterdikleri, ziynet eşyalarına, saatlere, altın kolye ve bileziklere el konulmuştur. Nölle'nin bakmakta olduğu kimseler, soyulmalarına müteakip aniden ve beklenilmeyen bir şekilde ölmüşlerdir. Nölle, cinayetlerini işlemeyen önce, 18 yaşından itibaren hırsızlık, dolandırıcılık, belgede sahtecilik (bakmakta olduğu kişilerin banka cüzdanlarındaki rakamlarla oynama) ve güveni kötüye kullanma suçlarından mahkum olmuştur. Cinayetlerinin ortaya çıkmasının nedeni aniden ölen hastalarının birinin evinden 2200 markın eksilişidir. Hastanın oğlunun ihbarı üzerine soruşturmaya uğrayan Nölle, bu paranın kendisine ödünç olarak verildiğini belirtmiştir. Yapılan otopsi, hastanın zatürre neticesi öldüğünü tespit etmiştir. Ancak savcılığın toksikoloji raporu istemesi üzerine gelen rapor, ölüm nedeninin yüksek dozda verilen sakinleştirici ilaçlardan meydana geldiğini ortaya koymuştur. Bu hususun tespiti, diğer cinayetlerin de aydınlatılmasına neden

hemşire Waltraud Wagner, 15 insan öldürme ve 17 insan öldürmeye teşebbüsten müebbet hapis cezasına, Irene Leidolf, 5 insan öldürmeden müebbet hapis cezasına, Stefaniya Meyer, 4 insan öldürmeden 20 yıl hapis cezasına, Maria Gruber 2 insan öldürmeden 15 yıl hapis cezasına mahkum edilmişlerdir (29.3.1991). Diğerlerinin tahliyelerinden sonra Wagner ve Leidolf iyi halleri nedeniyle 7.8.2008'de şartla salıverilmişlerdir. Olaylara karşın bütün seri katiller isimlerini değiştirmişler ve yeni hüviyetleriyle bilinmeyen yerlere gitmişlerdir. Hastanenin adı da değiştirilerek hastaneye bundan böyle Hietzing Hastanesi adı verilmiştir. Bkz. Lazar Backovic, Österreichs grösster Pflegekandal, Spiegel Online, 12.4.2014; Mord an 42 Senioren: Todesengel führen neues Leben, Krone at, <https://mobil.krone.at>; Todesengel von Lainz, de.m.wikipedia.org.

63 Pratik tecrübesi olduğundan, doktorlar tarafından yardıma muhtaç kimselere tavsiye edilmiştir. Hastalar onu “çalışkan, sevgiyle dolu, sıcak kalpli” olarak nitelemiştir. Bkz. Harbort, s. 240.

olmuştur. İlginç olan nokta, Nölle'nin bakımlarını bıraktığı hastaların süratli bir şekilde iyileşmiş olmalarıdır. Diğer bir ilgi çekici nokta ise, mahkemenin tespitine göre, Nölle ve kasap çırağı olan kocasının mali durumlarının iyi olusudur. Gerçekten kocası işi karşılığında düzenli bir ücret aldığı gibi, Nölle de yılda yaklaşık 80.000 Mark kazanmaktadır. Evleri kendilerine ait olup, 80.000 mark değerinde ziynet eşyasına ve 60.000 mark değerinde bir arabaya sahiptirler. 150.000 markı da yatırım amaçlı kullanmaktadırlar. Maddi durumunun iyi olduğunu belirttiğimiz bu seri katilin, sırf maddi menfaat elde etmek için bakımlarını üstlendiği kişileri öldürmesi mantıklı midir? Diğer bir anlatımla, Nölle'yi cinayetleri işlemeye iten sebep nedir? Stephan Harbort ile yaptığı röportaj sırasında Nölle, ikinci kocasının kendisini sevmediğini, parasını sevdiğini söylemektedir⁶⁴.

Harbort'a göre, kendisi (Harbort) mahkemeye nazaran ölçülemeyecek derecede büyük bir avantaja sahiptir. Yargılama sırasında susma hakkını kullanarak ifade vermeyen Nölle, kendisiyle yapılan röportajda içeri dökmüştür. Bu suretle cinayetleri niçin işlediğinin sebepleri belki de anlaşılabilmiştir. "Başarı gösteremezsem kabul görmediğim hissine kapılıyorum" diyen Nölle, kabul ve belki de şefkat görmesi için başarı göstermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Bu başarı da ancak mali durumunun daha iyi olması şeklinde tezahür edebilir. Böylece Nölle, kendi saygınlığını para ile ölçmektedir. "Param varsa, saygınlığım da vardır. Kısaca bir şeye sahip olduğun müddetçe, bir şeysin". Harbort, bu noktadan şu sonuca ulaşmaktadır: Belki de bu derindeki güdü, kendisini cinayetleri işlemeye sevk etmiştir⁶⁵. Aklımıza başka bir soru daha gelmektedir. Nölle, hırsızlık yapmak yerine niçin insan öldürme fiillerini tercih etmiştir? Genç yaşından itibaren hırsızlık yapan Nölle, her seferinde yakalanmış, mahkeme önüne çıkarılmış, yargılanmış ve cezaya çarptırılarak hapse girmiştir. Ayrıca kendisine, bundan böyle bir ceza alırsa, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınacağı ihtarı da yapılmıştır. Nölle, "uzun zaman cezaevinde kalan kişi, hayatla başa çıkamaz. Kimse orayı sağlıklı bir şekilde terkedemez" demektedir. Bu durumda Nölle, bir seçim yapmak zorunda bırakılmıştır. Ya başarı düşüncesinden vazgeçecek ya da belirli olmayan bir süre cezaevinin duvarları arasında kaybolacaktır. Başarılı olma düşüncesinden vazgeçmeyen ve risk alan Nölle, hırsızlık fiillerine tanıklık eden ve onu mahkeme önüne çıkaran tanıkların bertaraf edilmesiyle cinayetleri işlemeyi kısaca, suçları gizlemek için insanları öldürmeyi tercih etmiştir⁶⁶. Ancak yukarıdaki açıklamalar, Nölle'nin

64 Marianne Nölle hakkında geniş bilgi için bkz. Harbort, s. 233 vd.; Marianne Nölle, wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org> (10.04.2019).

65 Harbort, s. 244-245.

66 Harbort, s. 244 vd.

cinayetlerini daha ziyade ekonomik nedenlerle işlediğini ve bu bakımdan ekonomik kazanç saikiyle cinayet işleyenler kategorisine dahil edilmesinin daha yerinde olacağını göstermektedir.

Günümüzde de, hastalarını öldüren hasta bakıcılara rastlanmaktadır. “Sonthofen ölüm meleği” (Todesengel von Sonthofen) lakabıyla anılan erkek hastabakıcı Stephan Letter (17.9.1978), 2.2.2003-10.7.2004 tarihleri arasında 40-95 yaşları arasındaki 29 hastayı öldürmüştür. 29.7.2004’te Letter, ilaç hırsızlığı ve aydınlatılmayan ölüm olaylarının şüphelisi olarak tutuklanmıştır. Kempten Savcılığı, 15.9.2005 tarihinde Letter hakkında 16 nitelikli insan öldürme, 12 basit insan öldürme, 1 talep üzerine öldürme, 1 basit insan öldürme teşebbüs, 2 tehlikeli yaralama ve hırsızlık fiillerinden dolayı dava açmıştır. Cinayetlerini ikrar eden Letter, 20.11.2006’da Kempten Eyalet Mahkemesi tarafından müebbet hapis cezasına mahkum edilmiştir. Kusurunun özel ağırlığı tespit edilen Letter’in, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınmasına da karar verilmiştir. Hükümlü hakkında ayrıca daimi olarak meslekten men cezasına hükmedilmiştir⁶⁷.

2. Harbort’un Tasnifi

Federal Almanya’da ele geçirilen 61 seri katil üzerinde yaptığı araştırmada Harbort⁶⁸ bu katilleri saiklerine göre 6 kategoriye ayırmıştır. Müellif, bu kategorilere dahil ettiği seri katilleri sayısal olarak belirtmeyi de ihmal etmemiştir.

Harbort’un tasnifine göre seri katiller;

1- Cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler (Zevk arayıcı seri katil, Serien-Sexualmörder, 22 seri katil),

2- Yağma amaçlı insan öldürenler (Raubmörder, 22 seri katil),

3- Aile veya arkadaş çevresinden insan öldürenler (Serien-Beziehungsmörder, 6 seri katil),

4- Görev bilinciyle insan öldürenler (Serien-Gesinnungsmörder, missionary killer, 6 seri katil). Bu tür seri katiller, siyasi, dini veya etik/ideolojik nedenlerle insanları öldürürler.

5- Kiralık seri katiller (Auftragsmörder, 1 seri katil) olmak üzere 6 kategoriye ayrılmaktadır.

6- Karma motifli insan öldürenler (Dispositionsmörder, 4 seri katil). Bu kategoriye giren seri katiller, diğer seri katil tiplerinden farklı olarak fiillerini, tek bir saikin değil, kısmen iç (örneğin, cinsel tatmin amaçlı veya arkadaş ya

67 Wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>.

68 Frank Neubacher, Serienmörder, s. 43-48; Harbort, s. 22 vd.

da aile çevresinden insan öldürenler) ve kısmen de dış (örneğin yağma amaçlı insan öldürenler veya kiralık katiller) saiklerin etkisiyle işlerler.

a. Cinsel Tatmin Amaçlı İnsan Öldürenler (Serien-Sexualmörder)

Kurbanlarını öldürmeden önce veya öldürürken ya da öldürdükten sonra, cinsel unsur ihtiva eden davranışları gerçekleştirenlere cinsel katiller denir. Örneğin, mağdurun öldürülmeden önce ırzına geçilmesi veya öldürüldükten sonra cinsel organlarının kesilmesi gibi. Cinsel katiller, kurbanlarını öldürmeden önce, öldürürken veya öldürdükten sonra yaptıkları hareketlerle tatmine ulaşırlar. Bu gibi seri katillerin davranışları da, birbirlerinden farklılık arz edebilir. Bazılarının öldürmeden önce işkence yaparak cinsel tatmine ulaşmalarına karşılık, diğerleri öldürdükleri kurbanlarını parçalayarak aynı sonuca varabilirler.

Katillerin fiilleri cinsel veya şiddet içeren fanteziler, takıntılarla da desteklenebilir. Belirtelim ki, seri katillerin anlaşılması güç bu fantezileri, zaman zaman insanın hayal gücünü de aşmaktadır. Örneğin, 1987 Aralıkından 1989 Ocağına kadar Bremen’de 3 hayat kadınına doğrayan Gerhard Schröder (katile bu fiillerinden dolayı “Bremen karın deşen Jack’ı” adı takılmıştır) “gebe bir kadını öldürdüğümü ve karnını açtığımı hayal ettim” diyebilmiştir⁶⁹. Bununla beraber Schröder’in fiillerinden sonra kurbanlarını soyması, bu fiillerin yağma maksatlı öldürmeler olabileceğini de akla getirmektedir.

Literatürde, cinsel tatmin amaçlı insan öldürenlerin, genellikle seri katillerin en kalabalık grubunu oluşturduğu belirtilmiştir. Bu çeşit suçlar sadece erkekler tarafından işlenmektedir. İstatistiki araştırmalar bu suçları işleyen failerin aşğıdaki noktalarda genellikle birbirlerine benzediğini ortaya koymuştur: Cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler parçalanmış ailelerden gelmektedirler. Küçüklük veya çocukluklarını sadece anne veya babalarının veya büyükanne veya büyükbabalarının yanlarında ya da yetiştirme yurtlarında geçirmişlerdir. Küçükken cinsel saldırıya uğrayan, yataklarını ıslatan bu gibi kimseler, yangın çıkarma veya hayvanlara eziyet etme hareketleriyle çevrenin dikkatini üzerlerine toplamışlardır. Okulda sınıf arkadaşlarına kıyasla pek bir başarı gösterememişlerdir. İçe dönük, insanlarla iletişimleri zayıf, zararsız kimselerdir. İlk cinayetlerini 16-24 yaş aralığında gerçekleştirmişlerdir. Genellikle cinsel saldırı sonrası geçirdikleri şiddetli heyecanın etkisiyle insan öldürmüşlerdir. Bu ilk cinayeti müteakip, fiillerinin ağırlık noktası yer değiştirmiştir. Şöyle ki, cinsel hazzın en yüksek noktasının insan öldürme olduğunu keşfeden cinsel katiller, bu doruk noktasına ulaşmak için insanları öldürmelerinin nedeni, cinsel zevk almalarıdır. Bu duygu-

69 Harbort, s. 22.

nun daha sonra yapay olarak devam ettirilmesi, kurbanlardan alınan hatıralarla gerçekleştirilmiştir. Bu hatıralar arasında özellikle iç çamaşırları, ziynet eşyaları, saatler ve parçalara ayırdıkları bedenın kısımları sayılabilir. Örneğin, Amerikalı seri katil, Edward Theodore Gein (1906-1984) evini, öldürdüğü insanların kafataslarıyla süslemiştir. Ölülerin iç organlarını ise, karton kutularda muhafaza etmiştir. Literatürde, cinsel seri katiller, diğer seri katiller gibi, organize olan ve olmayanlar olmak üzere ikiye ayrılmışlardır. Ortalama zekanın üstünde bir zekaya sahip olan organize seri katiller, amaca yönelik davranışlarında dikkatli ve ihtiyatlıdır. Sosyal ilişkileri ve toplumdaki saygınlıkları güçlü olan bu gibi kimseler, mesleklerinde başarılı, aile bağları kuvvetlidir. Kurbanlarını ve suç mahallini çok önceden dikkatli bir biçimde seçmişlerdir. Suç aletlerini yanlarında taşıyan bu katiller, genellikle suç mahalline bir araçla giderler. Medyadan olay sonrası soruşturmayı takip eden bu katiller, olay mahallinde mümkün mertebe kendilerinin yakalanmasına yarayacak delil bırakmaktan kaçınırlar. Fiillerini işlerken alkol veya uyuşturucu madde almaktan kaçınırlar. Organize olmayan seri katiller ise, ortalama ya da ortalamanın altında bir zekaya sahiptirler. Eğitim düzeyleri çoğunlukla ortalamanın altındadır. Düşünmeden hareket eden bu nevi katiller, parmak veya diğer izlerini ortadan kaldırmak için herhangi bir çaba göstermezler. Mesleklerinde hiçbir başarı elde edemeyen bu kimseler, tek başlarına toplumdaki uzak veya yakın akrabaları yanında yaşamlarını sürdürürler. Mağdurla çok nadir haller hariç doğrudan bir ilişkileri olmayan seri katiller, işledikleri fiillerle ilgili tanıkların veya genetik kodlarının bulunmaması halinde, cinayetlerine devam ederler.

Cinsel katiller, başka türlü doyuma ulaşamadıklarından öldürürler. Üremeye yaramayan ve fakat kişileri cinsel doyuma ulaştırdığından en çok tercih edilen cinsel sapıklıklar şunlardır:

- Anthropophagie, insan etini yeme (Kannibalismus),
- Asphyiophilie, seksüel asfiksi, cinsel doyumun doruğuna ulaşmak için başkasını veya kendisini oksijensiz bırakma,
- Exhibitionismus, teşhircilik,
- Fetischismus, fetişizm. Genellikle erkek olan fetişistler, cinsel uyarılmaya yol açan cansız nesnelere (örneğin, kadın ayakkabısı, iç çamaşırı vs.) karşı yoğun bir dürtü hissederler.
- Frotteurismus, kalabalıktan yararlanarak kadına sürtünmekle cinsel hazza erişme,
- Hämatophilie, failin kan görünce kendinden geçmesi,
- Koprofilie/Urofilie, dışkı veya ürin görmekten haz alma,

- Mutilation, vücudun bir yerini kesme veya sakatlama ile cinsel hazza ulaşma,
- Nekrophilie, ölümler üzerinde cinsel arzularını tatmin etme,
- Pädophilie, yetişkinlerin çocuklara karşı cinsel eğilim göstermeleri, çocuk pornografisi,
- Piquerismus, başka bir insanın vücudunu kesmek, bıçaklamak suretiyle alınan cinsel haz,
- Pyromanie, yapıları ateşe verme konusunda duyulan, önlenemeyen zorunlu istek,
- Sadismus, başkalarına acı çektirme yoluyla cinsel doyuma ulaşma,
- Sodomie, oğlancılık,
- Voyeurismus, röntgencilik.

Cinsel tatmin amaçlı insan öldürenlerin doyuma ulaşmaları, yukarıda da belirtildiği gibi, sapık eğilimleri sürdürmelerine bağlıdır. Genellikle çeşitli sapıklık şekilleri, aynı olayda bir arada bulunabilir. İstatistikler, sadizmin diğer sapıklıklara göre, daha fazla olduğunu ortaya koymaktadır⁷⁰. Bazı cinsel sapıklıklar, örneğin röntgencilik, ile ilgililer bakımından hiç şüphesiz rahatsız edici niteliktedir. Ancak bu tür davranışlar, orada kalmayarak ileri aşamalara geçebilir. Örneğin Floransa Canavarı (Monster von Florenz) lakaplı Pietro Paciani'nin (1925-1998) 1968-1985 yılları arasında belli bir süre izlediği (röntgencilik) sevgililerden önce erkeği, sonra kadını (7 veya 8 çift) öldürmekten çekinmediği ve öldürdüğü kimselerin cesetlerini parçalayarak bazı organlarını aldığı iddia edilmiştir⁷¹.

Aşağıda cinsel katillerle ilgili örnekler vereceğiz.

70 Geserick, Gunther; Harbort, Stephan; Pfeiffer, Hans; Schüler, Wolfgang, *Serienmörder in Deutschland*, Leipzig, 2005, s. 13 vd.

71 Mesleği çiftçilik olan Paciani, 1951'de bir iş adamını öldürmüş, üzerindeki almasıdır. Bu fiillerinden dolayı 13 yılını cezaevinde geçirmiştir. Tahliyesine müteakip evlenen Paciani, karısını dövdüğü ve 2 kızına cinsel tacizde bulunduğundan, 1987-1991 arasında tekrar cezaevine girmiştir. 1968-1985 yılları arasında Floransa yöresindeki cinayetlerden 1.11.1994'te 14 kez müebbet hapis cezasına mahkum olmuştur. 13.2.1996'da Floransa İstinaf Mahkemesi (Corte d'Assise d'Apello) tarafından beraatine karar verilmiştir. Ancak bu karar İtalyan Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nce (Cassazione) 12.12.1996 tarihinde bozulmuştur. 22.2.1998'de, Paciani'ni ölümü üzerine yeni bir yargılama yapılmamıştır. Paciani'nin bu menfur fiilleri tek başına işleyip işlemediği günümüzde de bilinmemektedir. İddialara göre Paciani, ayınlar sırasında kadın bedenini kurban eden gizli bir örgüt mensubudur. Ölüm olayları nedeniyle bu örgütün mensupları hakkında da, davalar açılmıştır. Paciani hakkında geniş bilgi için bkz. Preston, Douglas-Spezi, Mario, *Le monstre de Florence* (Çev. Sebastian Danchen), Paris 2010; Giuttari, Michele, *Das Monster von Florenz, Anatomie einer Ermittlung* (çev: Katharina Förs-Rita Seuss), Bergisch Gladbach, 2007.

9 çocuklu bir ailenin en küçük çocuğu olan “tik-tak amca” lakaplı (OnCLE Tick Tack) saat tamircisi Adolf Seefeldt (1870-1936) parçalanmış bir aileden gelmektedir. Küçüklüğünde kendisine ihtimam ve şefkat gösterilmeyen Seefeldt, 12 yaşında cinsel saldırıya uğramıştır. 25 yaşındayken, 8 yaşındaki bir çocuğa karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırı fiilinden ilk defa cezaevine girmiştir. Bu fiilini, erkek çocuklar üzerinde gerçekleştirdiği diğer cinsel davranışlar takip etmiştir. İşlediği cinsel suçlar nedeniyle Seefeldt, toplam 25 yıl cezaevlerinde veya akıl hastanelerinde kalmıştır. Cezaevindeyken haftalarca kimseyle konuşmayan Seefeldt, sadece gardiyanlarla yazılı iletişim kurmuştur. Ruhi durumunu araştıran doktorlar arasında bir fikir birliğine varılamamıştır. Bazıları onu geri zekalı olarak nitelendirirken, diğerleri numara yaptığı düşüncesine kapılmıştır. Cezaevinde kalmaması gerektiği belirtilen bir rapora dayanılarak Seefeldt, akıl hastanesine gönderilmiştir. Onun hakkında uygulanacak her türlü tedavi işleminin sonuçsuz kalacağını savunan bir psikiyatrist, Seefeldt’in ömür boyu tehlikesiz bir hale getirilmesini savunmuştur. Özellikle 1909-1926 yılları arasında kaldığı cezaevleri ve akıl hastaneleri onun ikametgahı olmuştur. Serbest bırakılır bırakılmaz tekrar cinsel suçlar işleyen Seefeldt, yeniden cezaevine girmiştir (1927). Bu arada kimse onun, 10 yaşındaki bir erkek çocuğunu öldürdüğünü bilmemektedir⁷².

Belli bir ikametgaha sahip olmayan Seefeldt, kuzey Almanya’da siyah palatosu, geniş kenarlı şapkasıyla kapı kapı dolaşarak saat tamiri, alım ve satım işleriyle geçimini sağlamıştır. İkametgahı olmadığını belirttiğimiz saat tamircisi, bazen bir müşterisinin evinde, ancak çoğu kez, ormandaki kulübelere yatıp kalkmıştır⁷³. Bir hafta içinde (16.2.1935-23.2.1935) iki çocuğun kaybolması Schwerin savcılığını harekete geçirmiştir. Savcılık, 1933 yılının sonundan itibaren çocuklarla ilgili aydınlatılmayan ölüm olaylarının bir listesini çıkarmıştır. Çeşitli yerlerde gerçekleştiği anlaşılan olaylardaki bazı ortak noktaların dikkati çekmesi üzerine (ki istisna dışında, ölümlerin dışarıdan görülemeyecek bir biçimde ormandaki kulübelere bulunmaları, uykuda ölmüş gibi görünmeleri, şiddet ve cinsel suç izine rastlanmaması-ancak cesetlerin belli bir zaman geçtikten sonra bulunmalarının izlerin tespitini güçleştirdiği unutulmamalıdır- ölen çocukların hepsinin denizci elbisesi giymeleri, iyi ailelere mensup olmaları ve evlerinden olay tarihine kadar kaçtıklarına ilişkin bir bilginin bulunmaması) Schwerin Savcılığı Berlin Cinayet Masasına başvurmuştur. Savcılık ve polis olası cinayetlerin tek ve aynı kişi tarafından gerçekleştirildiği hususunda

72 Pfeiffer, Hans, “Das Sandmännchen-Adolf Seefeldt (1933-1935)” in: Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüller, s. 26.

73 Pfeiffer, s. 16-17.

fikir birliğine varmıştır⁷⁴. Ayrıca olaylar farklı yerlerde gerçekleştiğinden, olası failin mesleği dolayısıyla vaktini yollarda geçirdiği sonucuna da ulaşılmıştır. 23.3.1935'te 11 yaşındaki Gustor Thomas isimli çocuğun cesedine bir orman kulübesinde rastlanmıştır. Ancak bu son olayın diğerlerinden farkı, Thomas'ın kaybolduğu gün, siyah paltolu, geniş kenarlı şapkasıyla dolaşan yaşlı bir şahısla birlikte görünmüş olmasıdır. Berlin polis müfettişi Hans Lobbes, son yıllarda bölgede işlenen cinsel suçların ve faillerinin listesini de hazırlamıştır. Cinsel tacize uğrayan çocukların büyük bir kısmı ifadelerinde, siyah palto ve geniş kenarlı şapka ile dolaşan yaşlı bir şahıstan söz etmişlerdir. Bu eşkale uyan şahsın aranmasına başlandıktan sonra, Bad Doberan jandarmasından alınan bir haber soruşturmacıları daha ileri bir noktaya götürmüştür. Jandarma, yakın zamanda bu eşkale uyan bir şahsın, 8 yaşındaki küçük bir çocuğu şeker vereceği vaadiyle ormana götürdüğünü, belli bir ikametgahı olmayan bu şahsın isminin Adolf Seefeldt olduğunu bildirmiştir. Polis tarafından tanınan ve hakkında yakalama kararı çıkarılan Seefeldt 3.4.1935'te (Wutzetz-Kreis Ruppın) yakalanmıştır⁷⁵. Soruşturma sırasında küçük çocukları öldürdüğünü kati bir şekilde inkar eden Seefeldt'in sırt çantasından çıkan küçük bir not defterinde adı geçen ne zaman ve nerede bulunduğu belirtilmiştir. Seefeldt'in not defterindeki bu bilgilerin, olay mahalli ve zamanı ile karşılaştırılması aşağıdaki emarelere ulaşılmasını sağlamıştır: Seefeldt'in bulunduğu yer ve tarihlerde mutlaka bir çocuğun cesedine rastlanmıştır. Tek bir olayda dahi, Seefeldt'in oralardan uzak bir mahalde olduğu belirlenmemiştir. Ormandaki kulübeler sadece kurbanların öldürülmeleri için değil, diğer cinsel suçlar için de kullanılmıştır. Cinsel tatmin amaçlı insan öldürenler, genellikle öldürmeden önce kurbanlarına işkence ettikleri halde, Seefeldt'in karıştığı iddia edilen bütün olaylarda cesetler adeta uyku halinde bulunmuşlardır. Kurbanların hepsinin üzerinde denizci giysisi bulunmuştur⁷⁶. Seefeldt'in katil olduğu belirlenmiş olsa bile, soruşturma ve hatta yargılama sırasında aydınlatılamayan iki nokta bulunmuştur: Seefeldt kurbanlarını nasıl ve hangi saikle öldürmüştür.

Seefeldt hakkında çocukların cinsel istismarının ağır halinden 4 kez, küçükleri cinsel davranışlarda bulunmaya teşvikten 40 kez ve 12 çocuğu öldürmekten 12 kez dava açılmıştır. 21.1.1936'da başlayan ve 32 gün süren yargılama sırasında Seefeldt, çocukları öldürmediğini ve fakat ormana götürdüğünü ve onları terkettiği sırada hayatta olduklarını iddia etmiştir. Kendisinin çocuklara karşı daima iyi ve arkadaşça davrandığını söyleyen Seefeldt, "çocukları öldür-

74 Pfeiffer, s. 23; ayrıca bkz. Adolf Seefeldt, wikipedia,

75 Pfeiffer, s. 25.

76 Pfeiffer, s. 27.

düğümü gören tek bir tanığımız var mı?” diye sormuştur. Seefeldt’in çocukları öldürdüğü hususunda genellikle hem fikir olursa da, çocukların ne surette öldürüldükleri konusunda bilirkişi mütalaaları birbirlerinden farklılık arz etmiştir. Dr. Pfrembter’e göre, zehirler hakkında bilgi sahibi olan ve işi dolayısıyla kolayca Siyankali elde edebilen Seefeldt’in, iz bırakmayan bir zehirle kurbanlarını zehirlenmesi ve daha sonra onlarla oral seks yapması mümkündür. Prof. Müller Hess’e göre ise, cinayetlerin işlenmesi tabii bilimlerle değil, psikolojik bakımdan izah edilmelidir. Haz arayıcı katiller, mağdurlarını öldürürken tatmine ulaşırlar. Kurbanlarına şiddet uygulama, işkence etme, acı verme onları hazza ulaştırmaktadır. Hiçbir haz arayıcı katilin kurbanlarını zehirle öldürdüğü görülmemiştir. Bu tür katillerin mağdurları öldürürken, çekiç, bıçak veya ellerini kullanarak boğma işlemini gerçekleştirdikleri görülmektedir. Zehri hazırlama ve onu mağdura sunma belli bir zaman alacağından bir haz arayıcı katil için tipik değildir. Zevk arayıcı seri katiller, süratli ve şiddetli bir biçimde hedefe ulaşmak isterler. Hess’e göre, Seefeldt, kurbanlarını boğarak öldürmüştür. Çocuklardan Gustav Thomas’ın boynundaki çizikler de, bu şekil bir öldürmenin delilini teşkil etmektedir⁷⁷. Pfeiffer’e göre ise, teknik imkanlara sahip olmadan bir zehrin hazırlanması mümkün olamayacağından ve yakalandığı sırada üzerinde, eşyalarında zehre rastlanmayan Seefeldt’in cinayetlerini zehirle işlediğinden bahsedilemez. Adeta uyuyor görüntüsü veren cesetlerde bir olay dışında, boğma izine de rastlanmamıştır. Kurbanlarını hipnotize eden ve uyku halinde cinsel saldırıda bulunan Seefeldt, onların elbiselerini düzelttikten sonra, kurbanlarını uyandırmamış veya uyandırmak istememiştir. Hipnotize edilen çocukları uyur vaziyette terk eden Seefeldt, işte bu nedenle “çocukları öldürmedim” diyebilmektedir. Uyuyan çocuklar ya bir daha uyanamamakta veya uyansalar bile soğuktan ölmüşlerdir. Bir istisna hariç (Haziran) cinayetlerin soğuk aylarda gerçekleştiğinin unutulmaması gerektiğini belirten Pfeiffer, adli tıbbın yaz aylarında dahi donarak ölmenin mümkün olduğunu ifade ettiğini vurgulamaktadır⁷⁸. Failin saiki konusunda da bilim adamları aralarında anlaşamamışlardır. Prof. Müller Hess’e göre, Seefeldt, iradesini kontrol altına alamayan bir cinsel suçludur. Zevk arayıcı bir seri katildir. Buna karşılık Prof. J. Lange’ye göre ise, fail, duygudan yoksun bir psikopattır. Soğukkanlılıkla fiillerini işleyen Seefeldt, tanıkları ortadan kaldırmak, diğer bir anlatımla, cinsel suçlarını gizlemek için kurbanlarını öldürmektedir. Schwerin Mahkemesi 22.2.1936’da Seefeldt hakkında ölüm cezasına hükmetmiştir. Seefeldt’in işlediği bütün fiillerin aydınlatılmadığı düşüncesinde olan soruşturmacı ve bilir-

77 Pfeiffer, s. 29-30.

78 Pfeiffer, s. 33.

kişiler kararın infazının geciktirilmesini ümit etmektedirler. Ancak Gestapo, kararın derhal infazı taraftarı olmuştur. Gestapo, komünist faaliyetlerde bulunduğu hatta ajan olduğu iddiasıyla cezaevinden çıkardığı Seefeldt'e işkence yapmış ve Seefeldt bu işkence altında yargılandığı ölüm olaylarını itiraf ettiği gibi, aydınlatılmayan cinayetleri de üzerine almıştır. Ayrıca cinayetleri kendisinin hazırladığı zehirle gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Seefeldt'in ölüm cezası 23.5.1936'da infaz edilmiştir⁷⁹.

Seefeldt, bıçakla, boğarak, acı çektirerek insan öldüren ve bu suretle doyumuna ulaşan olağan zevk arayıcı seri katil profiline uymamaktadır. Ormana götürdüğü ve cinsel bakımdan tatmin olmak için cinsel saldırıda bulunduğu çocukları, arkasında tanık bırakmamak için öldürmektedir. Davranışlarında ölçü, tedbir ve ihtiyat vardır.

b. Yağma Maksatlı Seri Katiller (Serien-Raubmörder)

Yağma maksadıyla insanları öldüren seri katiller, sırf maddi menfaat elde etmek gayesiyle bu fiilleri işlemektedirler. Kurbanlar, kendilerini savundukları, failin yoluna çıktıkları veya olaydan sonra faili teşhis edebildikleri için öldürülürler. Failler, fillerini duygudan yoksun, soğukkanlı, sadece elde etmek istedikleri neticeye endeksli olarak gerçekleştirirler. Fiilleri sınırsız bir egoizmle işlenmektedir. Genellikle maddi menfaat elde etmek gayesiyle insanları öldürenler, işsiz ve dissosyal kişilik bozukluğu gösteren itiyadi suçlulardır. Öğrenme ve başkalarıyla ilişki kurma kabiliyetlerinin zayıflığı, toplumsal normları hiçe sayma ve sorumluluktan yoksunluk, bu nevi kişilik bozukluğunun belirtileridir. Daha önce işledikleri fiiller dolayısıyla haklarında hükmedilen cezanın infazı sırasında, cezaevindeki olumsuzluklardan etkilendiklerinden, yeniden cezalandırılma korkusu onları olumsuz davranışlara iter. Faillerin “Hiçbir şekilde cezaevine dönmek istemiyordum”, “ya kurbanlar ya da ben” gibi ifadeleri yukarıda söylediklerimizi kanıtlamaktadır. Bu gibi failerin, çocuklukta yaşanan travmalar, karakteropatik anomaliler ve sosyal marjinalite tarafından beslendiğini unutmamak gerekir⁸⁰.

Yukarıdaki açıklamalarımıza tamamiyle uymasa da, yağma maksatlı insanları öldüren seri katillere örnek olarak, 80'li yılların ortasında Federal Almanya'da ölümlü banka soygunlarını gerçekleştiren polis memuru Norbert Hans Poehlke'yi (1951-1985) göstermek mümkündür. Lotodan 35.000 DM kazanan polis memuru Poehlke, bankadan ipotek karşılığı aldığı 300.000 DM'ı aşan bir parayla modern bir ev yaptırmıştır. Mali bakımdan çok zor bir durumda olmasına rağmen, evin tefrişatı için de para harcayan Poehlke'yi,

79 Pfeiffer, s. 34.

80 Harbort, s. 24, 25.

banka, borçlarını ödemesi konusunda sıkıştırmaya başlamıştır. Çevresine ve eşine mali sıkıntısını fark ettirmemeye çalışan ve evin hiçbir surette banka-ya devrine yanaşmayan Poehlke, çareyi gerçekleştireceği banka soygunlarında bulmuştur⁸¹. İşlediği cinayetleri balyozla gerçekleştirmemesine rağmen, basın tarafından “balyozlu katil” (Der Hammermörder) ismiyle anılan Poehlke, ilk üç cinayetini aynı yöntemle (modus operandi) gerçekleştirmiştir. Tenha dinlenme yerlerinde tesadüfen karşılaştığı kimseleri bir süre izleyen katil, gerçekleştireceği banka soygunlarında arabalarını kullanmak için kurbanlarını beylik tabancası ile (Walther P 5) başlarından vurarak öldürmüştür. Poehlke, gerçekleştirdiği fiile müteakip kurbanının arabasıyla çok önceden soymayı planladığı banka şubesine gitmiştir. Arabada maske takan Poehlke, veznedarın önündeki camı balyozu vasıtasıyla kırdıktan ve kasadaki paraları aldıktan sonra, geldiği arabayla olay mahallinden uzaklaşmıştır. Cinayetlerine 3.5.1984’te başlayan Poehlke, üçüncü filinde (Spiegelberg) bankadan para almadan uzaklaşmak zorunda kalmıştır (23.7.1985). Poehlke, soygunlarının özellikle öğle tatili nedeniyle bankaların kapanmasına çok az bir süre önce ve polislin nöbet değişimi sırasında, gerçekleşmesine dikkat etmektedir. Ayrıca seçtiği banka şubelerinin karakolların yetki alanlarının karıştığı yerlerde bulunmasına da özen göstermektedir. Bu bakımdan soygun sonrası tedbirlerin koordine edilmesine kadar geçen süre, faile zaman kazandırmaktadır⁸². Her 7 ayda bir, bir kişinin öldürülmesi (3.5.1984; 28.12.1984; 23.7.1985) halkın paniğe kapılmasına neden olmuştur. İnsanlar تنها dinlenme yerlerinde yalnız başlarına bulunmaktan kaçındıkları gibi, çiftçiler de tarlalarında birlikte çalışmak durumunda kalmışlardır. Hatta bir orman idaresi müdürü, ormanda çalışan işçilerine tek başlarına ormana gitmemeleri tavsiyesinde bulunmuştur⁸³. Kamuoyu baskısının polis üzerinde artması sonucu birinci cinayetten sonra kurulan ve 20 kişiden oluşan “Balyoz özel komisyonu” 90 kişiye çıkarılmıştır⁸⁴. Mermi kovanlarını olay yerinde bulan soruşturmacılar, polis laboratuvarı vasıtasıyla kovanların Baden-Württemberg Eyaletinde görevli polis memurlarına verilen (Walther P 5) tabancadan çıktığını tespit etmişlerdir. Şüphelerin kendi meslektaşları hakkında yoğunlaşması neticesi, idare, Ludwigsburg, Heilbronn ve Waiblingen’den başlamak üzere 12.000 polislin tabancasını (P5) polis laboratuvarına göndermiş-

81 Bkz. Norbert F. Pötzl, Der Hammermörder, Blutspur eines Polizisten, in: Helfried Spitra (Hrsg.): Die grossen Kriminalfälle, Deutschland im Spiegel berühmter Verbrechen, Frankfurt/Main 2001, s. 238; ayrıca bkz. Fred Breinersdorfer, *Der Hammermörder, Das Psychogramm eines Mörders, der die deutsche Polizei über ein Jahrlang beschäftigte*, 2. Auflage, München, 1992, s. 23 vd.; Norbert Poehlke, wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>

82 Pötzl, s. 236.

83 Pötzl, s. 234.

84 Pötzl, s. 235.

tir. Tabancalardan yapılan atışlarla, olay mahallinde bulunan boş kovanların karşılaştırılması sonucu mermilerin hangi silahtan çıktığının tespiti amaçlanmıştır. Masraflı olan bu işlem aylarca sürmüştür⁸⁵. Bu arada Poehlke, dördüncü banka soygununu 27.9.1985 tarihinde gerçekleştirmiştir. Bu soygunla ilgili yöntem şeklini değiştiren Poehlke, olayda balyoz kullanmadığı gibi, olay mahalline de toplu taşıma vasıtasıyla gelmiştir. Soygunu gerçekleştirdikten sonra bir banka müşterisinin arabasıyla olay mahallini terketmiştir. O tarihlerde sık sık banka soygunları gerçekleştiğinden Poehlke'nin bu fiiliyle, "balyozlu katil" arasında bir irtibat kurulamamıştır. 1985 Ekiminin başında hakkında şüphelerin artması üzerine yakalanacağını anlayan Poehlke, 13.10.1985'de önce karısını daha sonra büyük çocuğunu öldürmüştür. Küçük oğlulu İtalya'ya kaçan Poehlke, 22.10.1985'te bir sahil kasabasında (Torre Canne/Brindisi), küçük oğlunu da öldürdükten sonra intihar etmiştir⁸⁶.

Poehlke'nin ruhi durumu ve onu suça iten güdülerin nelerden ibaret oldukları hususunda sadece spekülasyonlarda bulunulabilir. Hak ve düzen konularında eğitim almış, aklı başında bir polis memuru bu menfur cinayetleri nasıl işleyebilir? Zevklerinden mahrum kalmaya yanaşmayan, yaptırdığı lüks eviyle toplumda saygınlığını sağlamaya çalışan ve bunun için de ailesi dahil olmak üzere insanları öldürmekten çekinmeyen bir kimsenin, şizoid kişilik bozukluğuna sahip olması gerekir. Diğer bir anlatımla, Poehlke'nin, sosyal ilişkilere ilgi azlığı, duygusal soğukluk ve içe dönüklük ile karakterize edilen bir kişiliği olmalıdır. Belirttiğimiz bu hususlar, çevresi, arkadaşları tarafından doğrulanmamaktadır. Onlar Poehlke'yi daima şaka yapan, çocuklarıyla ilgilenen, sempatik, samimi bir kimse olarak tanımaktadır. Bir kimsenin banka soygununu gerçekleştirmek arzusuyla ihtiyaç duyduğu⁸⁷ bir arabayı⁸⁸ elde etmek için insanları ve daha sonra yakalanacağını anlayınca aile fertlerini öldürmesinin mantıklı bir izahı yapılamaz.

Yağma maksatlı seri katillerle ilgili diğer bir örneğe de, Olaf Däter'in (25.9.1969) fiillerinde rastlamak mümkündür. Federal Almanya'nın Bremerhaven kentinde 9 gün zarfında (5-14.6.2001) bakıma muhtaç 5 yaşlı kadını yastıkla boğarak öldüren hastabakıcı Däter'in kurbanları, baktığı hastaları değil, herhangi bir şekilde evlerine girdiği, tanımadığı ve yaşları 83-89 arasında değişen kadınlardır. Däter'in yakalanması altıncı kurbanını öldürmeye teşebbüs ederken gelen bir telefonun dikkatini dağıtması ve kurbanını öldüreme-

85 Pözl, s. 237; Breinersdorfer, s. 137 vd.

86 Pözl, s. 245 vd.; Breinersdorfer, s. 179 vd.

87 Poehlke'nin arabaya ihtiyaç duyup duymadığı da tartışılabilir. Son ve dördüncü banka soygununda Poehlke'nin, olay mahalline toplu taşıma aracıyla gittiği unutulmamalıdır.

88 Bu araba meşru yollarla elde edilebilir.

mesi neticesi gerçekleşmiştir (14.6.2001). Borç içinde yaşamını sürdürdüğünü söyleyen fail (70.000 DM), ifadesine göre, kız arkadaşını fuhuştan kurtarmak için bu cinayetleri işlemiştir. Däter'in bu ifadesine katılmayan yargılama makamına göre ise, onun cinayetleri gerçekleştirmesinin nedeni, refah içinde yaşadığını göstermek suretiyle kız arkadaşını etkilemektir. Yoksa Däter'de kız arkadaşına yardım etme düşüncesi yoktur. Medya, Däter'in öldürülen kadınlardan aldığı toplam para konusunda değişik rakamlar vermiştir (1500-4900 DM). Elde edilen bu kadar az para için, beş kişinin öldürülmesi değer miydi? Sorusu ortaya atılmıştır. Bremen Eyalet Mahkemesi kararında Däter'in fiillerinden sadece ikisini nitelikli insan öldürme saymış, diğerlerini ise, vücutta kırıklar ve yara izleri olmasına rağmen tabii ölüm olarak nitelemiştir. Bu husus, Federal Almanya'da yapılan otopsilerin kalitesi konusunun gazetelerde değil, bilimsel tabipler dergisinde (Ärzte-Zeitung) tartışılmasına neden olmuştur. Eyalet mahkemesi Däter'i, müebbet hapis cezasına ve kusurunun özel ağırlığı nedeniyle güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınmasına mahkum etmiştir (Kasım 2001). Medya, Däter'in fiilleri ve yargılanmasına gereken önemi vermediğinden eleştiriye uğramıştır. Denmiştir ki, kurbanlar çocuk veya genç kız olsalardı, basın samığın tehlikeliliğini, fiillerinin korkunçluğunu, canavarlığını, tafsilatıyla anlatırdı. Halbuki Däter'den bahsederken "seri katil" ibaresine dahi yer vermeyen basın, sadece hakim Harald Schmacke'nin onun hakkında söylediği "basit, kimsenin ondan bu fiilleri işleyeceğini beklemediği sıradan bir insan" ifadesine yer vermiştir. Gazetelerin mahkumiyet kararıyla ilgili haberleri de, kelimesi kelimesine birbirinin aynıdır. Muhtemelen bu haberler, Alman Basın Ajansından (Deutschen Presse-Agentur) alınmıştır. Bu husus gazetele- rin muhabirlerini yargılamaya göndermediklerini göstermektedir. Basının bu tavrı, diğer bir kısım basın organı tarafından eleştirilmiş, yaşlı-geç veya cinsiyet ayrımı yapılmaksızın herkesin yaşama hakkının değerli ve eşit olduğu, buna bağlı olarak verilen önemin de, eşit olması gerektiği söylenmiştir⁸⁹.

c. Aile veya Arkadaş Çevresinden İnsanları Öldüren Seri Katiller (Serien-Beziehungsmörder)

Yağma maksatlı seri katillerden farklı olarak, aile veya arkadaş çevresinden insan öldürenler, ya işledikleri cinayetlerle dolaylı olarak zenginleşmek (örneğin, kurbanının mirasına veya yaptırdığı hayat sigortasının gelirine sahip olma düşüncesi) veya mevcut olan ilişkiden kurtulmak ya da bitmiş bir ilişkinin karşı tarafından intikam almak için fiillerini işlerler. Bu kategoriye giren seri katiller, sadece aile, arkadaş veya tanıdık çevresinden insanları öldürürler. Bu tür

89 Kathrin Kompisch, Frank Otto, *Monster für die Massen, Die Deutschen und ihre Serienmörder*, Leipzig, 2004, s. 187 vd.

seri katiller, hiç şüphesiz en kurnaz katiller arasında yer alırlar.

Bu gruba giren seri katillere örnek olarak, basın tarafından “Fehmarn Mavi Sakal” (Der Blaubart von Fehmarn) diye isimlendirilen Arwed Imiela’yı göstermek mümkündür⁹⁰. Parçalanmış bir aileden gelen ve annesi tarafından liseye gitmesine müsaade edilmeyen Imiela (1929-1982), II. Dünya Savaşı sonunda hayatını karaborsacı, aktör ve gazeteci olarak kazanmaya başlamıştır. Karaborsacılık yaparken Detlev Klaus Holm-Menhardt adına düzenlenen bir hüviyet bulan Imiela, hüviyetteki bilgilerle kendisine yeni bir yaşam kurmuştur⁹¹. Evliliklerini de bu sahte hüviyetten faydalanmak suretiyle gerçekleştirmiştir. 1953 yılında Imiela, müteselsil dolandırıcılık, belgede sahtecilik ve sahte servet beyanı suçları nedeniyle iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir⁹². Yargılama sırasında bilirkişiler Imiela hakkında verdikleri raporda “...bir cinayet romanı gibi her şeyi heyecanlı bir hale getirmektedir. Hayatı, kötü bir cinayet romanıdır. Her şeyi sahte, oyundur. Kendisiyle ilgili sadece yüzde yüz ispat edilen hususları itiraf eder. Geçmiş karanlıktır. Göz kamaştırıcı bir kimsedir. Kendisine itibar edilmesini isteyen bir psikopattır. Bilgisizliğini ustalıklı bir şekilde kıvrak hitabet kudreti ile aşmayı başarır. Çok kibirli ve dikkatleri üzerine çekmek isteyen bir kişidir” demişlerdir⁹³. Cezaevinde astrolojiyle ilgilenen Imiela, Alman Astroloji Cemiyetinin düzenlediği bir sınava girdikten sonra, çevreye kendini diplomalı astrolog olarak tanıtmaya başlamıştır⁹⁴. Yıldız falı satışlarından geçimini sağlayan Imiela, ilk kurbanlarıyla da bu vesile ile tanışmıştır. Imiela ile bir astroloji mütalaası dolayısıyla tanışan ve ona aşık olan zengin Annemarie Schröder (49), sevdiği adama genel bir vekaletname vererek, bütün servetinin idaresini Imiela’ya bırakmıştır. Imiela, Schröder ve annesi Anna-Maria Kieferle (76)’ye evlerini satmaları ve kendisinin Fehmarn’da kiraladığı (Eylül 1968) Bungalow’a taşınmaları önerisinde bulunmuştur. Imiela, ayrıca Schröder ve Kieferle’ye Fehmarn’da iki ev yaptıracağı vaadinde bulunmuştur. Kadınların zinet ve hisse senetlerine de sahip olan Imiela, onların çevrelerine dünya turuna çıkacaklarını söylemelerini ve fakat Fehmarn’dan bahsetmelerini de tenbih etmiştir. Imiela’nın bu arzusunun da yerine getiren Schröder ve annesi Fehmarn’a taşınmışlardır. 17.1.1969’dan itibaren Schröder’den

90 Harbort, s. 25.

91 Arwed Imiela, wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>.

92 Michael Gramberg, Der Blaubart von Fehmarn, in: Helfried Spitra (Hrsg.): Die großen Kriminalfälle, Der St. Pauli Killer, der Ausbrecherkönig und neun weitere berühmte Verbrechen, Frankfurt/Main 2004, s. 157.

93 Gramberg, s. 159.

94 Jürgen Bungert, Ich liebe den “Blaubart von Fehmarn” Kultur&Live-Hamburger Abendblatt, https://www.abendblatt.de/kultur_live (10.04.2019); wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>. (10.04.2019)

haber alınamamıştır. Soruşturmacılara göre, bu tarihten takriben 14 gün önce Kieferle’de öldürülmüştür. Netice olarak hiçbir iz bırakmadan ortadan kaybolan Schröder ve Kieferle’nin bütün mal varlıklarının sahibi Imiela olmuştur⁹⁵. Schröder ve Kieferle’nin ortadan kaybolmalarına müteakip Imiela, Fehmarn’da yaptığı kira sözleşmesine son vererek Hamburg-Reinbek’deki evine taşınmıştır. 1969 senesinin Şubat ayında Ulrike Roland (23) ile tanışan Imiela, onunla nişanlanmıştır⁹⁶. Aynı yılın sonbaharında bir konuşma esnasında Roland’ın Celle’de oturan zengin teyzesi Ilse Evels ve kızı Urle EVELS’den bahsetmesi üzerine, Imiela onlarla tanışmak istediğini Roland’a söylemiştir. Imiela’nın cinayetlerinde uyguladığı yöntem ayındır. Yalnız ve zengin kadınlara yanaşarak güvenlerini kazanmak suretiyle servetlerine sahip olmak ve sonra da onları ortadan kaldırmak. İz bırakmadan kaybolan kadınların yazı ve imzalarını taklit etmek suretiyle onların kendisine mektuplar gönderdiği süsünü vererek olası şüphelerden kurtulmak. Spor arabası, yakışıklılığı, güzel konuşması, ikna kabiliyeti ve terbiyeli davranışlarıyla Roland aracılığıyla tanıştığı anne ve kızının güvenini kazanan Imiela, onlara sık sık ziyaretlerde bulunmaya başlamıştır⁹⁷. Daha önce kaybolan ve izlerine bir türlü rastlanamayan kadınlara yaptığı tekliflerin aynısını Ilse ve Urle’ye de sunmuştur: evlerini satmaları ve kendi evine (Hamburg-Reinbek) taşınmaları. Imiela, mali konulardan anlamayan Ilse’ye, parasını, hisse senetlerini karlı yatırımlara yönlendireceğini, kendisinin ve kızının hiçbir şeyden endişe etmemeleri gerektiğini, bu arada gönül rahathlığıyla dünya turuna çıkabileceklerini söylemeyi de ihmal etmemiştir. Imiela, nişanlısı Ulrike Roland’ın, planlarına bir engel teşkil etmemesi için, bir taraftan EVELS’lere ondan ayrıldığını, diğer taraftan Roland’a, EVELS’ler hakkında (Roland) kötü konuştuklarını belirtmiştir. Bu suretle Imiela, Roland ve EVELS’lerin aralarını açmak suretiyle onların, birbirlerini görmemelerini sağlamıştır. Bu davranışıyla ayrıca Roland’ın evinden gitmesini, anne ve kızının ise, evine taşınmalarını sağlamıştır⁹⁸. Umumi vekaletnameyi aldıktan ve kadınları öldürdükten sonra, nişanlısı ile barışmıştır⁹⁹. Cinayetlerinden sonra EVELS’lerin uzun süreli dünya turuna çıktıklarını söyleyen Imiela, bu ifadesini kanıtlamak için, yurt dışından kendisine öldürülen kadınlar tarafından yazılmış sahte mektuplar göndertmiştir. Bu amaçla nişanlısı Roland’ı Stockhom’e, Elvislerin mektuplarını, yani onların yazılarını taklit etmek suretiyle aslında kendisinin

95 Gramberg, s. 147 vd.

96 Gramberg, s. 146.

97 Gramberg, s. 151.

98 Gramberg, s. 151-152.

99 Gramberg, s. 154.

yazdığı mektupları yine kendisine yollaması için göndertmiştir¹⁰⁰. Aynı şekilde Schröder ve Kieferle'nin de yazdıkları ve fakat postaya atmadıkları mektupları da, yazı ve imzaları taklit etmek suretiyle yine kendisine yollatmıştır¹⁰¹. Ilse Evels'in banka hesabından kendi hesabına 150.000 DM'dan fazla bir para havale etmeye teşebbüs ettiği sırada durumdan şüphelenen bir banka görevlisinin ihbarı üzerine Stockholm aktarmalı Güney Amerika'ya kaçma hazırlığında bulunan Imiela, nişanlısı Roland ile birlikte 23.4.1970'de, belgede sahtecilik ve evlenme dolandırıcılığı fiilleri nedeniyle yakalanmıştır¹⁰². Olaylardan haberi olmadığı saptanan Roland, üç hafta sonra serbest bırakılmıştır. Imiela'nın arabasında gerçekleştirilen aramada üstünde benzin istasyonunun ismi yazılı (Aral-Fehmarn) bir reklam fırçasına rastlanmıştır. Soruşturmacıların bilgisine başvurdukları benzin istasyonu görevlisi, konuşma sırasında Imiela'nın talebi üzerine 1969 yılının sonuna doğru, bir metre uzunluğunda, 80 cm derinliğinde bir çukur kazdığını belirtmiştir¹⁰³. Çukurda yapılan araştırmada sonradan Ilse ve Urte Evels'e ait olduğu anlaşılan iki gövdeye ve iki ayağa rastlanmıştır¹⁰⁴. Bu durumda belgede sahtecilik ve evlenme dolandırıcılığı fiillerine ayrıca insan öldürmeler de eklendiğinden, Imiela'nın tutukluluğu devam etmiştir¹⁰⁵. Arwed Imiela'nın yargılanmasına 9.10.1972'de Lübeck Eyalet Mahkemesi önünde başlanmıştır¹⁰⁶. 8 ay süren ve 54 duruşma gününe yayılan yargılamaya 250 tanık ve değişik alanlardan 20 bilirkişi davet edilmiştir¹⁰⁷. Yargılama sırasında Imiela, hiç kimseyi öldürmediğini, hiçbir cesedi yok etmediğini ve hiçbir belgede sahtecilik yapmadığını belirtmiştir. 24.5.1973'te mahkeme Imiela'yı müebbet hapis cezasına mahkum etmiştir. Cezasının infazı sırasında kendisini ziyaret eden kadınlara gelecekleri hakkında bilgiler veren Imiela, bazılarını nişan, bazılarını ise evlenme teklifinde bulunmuştur. Bu kadınlar vasıtasıyla gizlice birçok mektubun cezaevi dışına çıkmasını sağlamıştır. Bu mektuplardan birisi de, 17.11.1976 tarihli ve "mahkumların meleği" (Engel der Gefangenen) lakabıyla anılan Avukat Birgitta Wolf von Rosen'e (1913-2009) hitaben Annemarie Schröder tarafından sahte olarak yazılanıdır. Mektubunda Schröder, kendisinin ve annesinin uzun zamandan beri yurt dışında yaşadığını, iyi durumda olduklarını, vicdan azabı çektiğini belirtmektedir. Imiela'nın taklit

100 Gramberg, s. 145-155.

101 Gramberg, s. 155.

102 Gramberg, s. 143.

103 Gramberg, s. 141.

104 Gramberg, s. 144.

105 Gramberg, s. 143.

106 Gramberg, s. 160.

107 Gramberg, s. 139.

ettiği bu mektup, kendisini ziyarete gelen 18 yaşındaki bir kız tarafından gizlice cezaevi dışına çıkartılmıştır. Kızın kendisine yaptığı bu iyiliğe karşılık Imiela ona, “Arwed 25.7.1976” yazılı altın bir nişan yüzüğü hediye etmiştir. 3.6.1982 tarihinde cezaevinde (Hamburg-Fuhlsbüttel) kalp krizinden ölen Imiela, son nefesine kadar, cinayetlerini itiraf etmemiş, fiillerinden herhangi bir pişmanlık belirtisi göstermemiştir¹⁰⁸.

Literatürde arkadaş veya aile çevresinden insan öldüren seri katillerin sayısal bakımdan zevk veya yağma maksatlı cinayet işleyenlere yaklaştıkları, buna karşılık bu kategoriye dahil edilen katillerin ele geçirilmelerinin diğer gruplara giren katillere göre çok daha yüksek oranda olduğu belirtilmiştir¹⁰⁹. Arkadaş veya aile çevresinden insan öldüren seri katillere diğer bir örnek, Alman vatandaşı Hilmar Swinka'nın¹¹⁰ cinayetleridir. Swinka'nın fiilleri, aralarında duygusal soğuma süreci olmadığından “çılgın cinayetlere” benzeseler de, insan öldürmeler son cinayete bir noktada hazırlık teşkil ettiğinden literatürde, bu fiillerin faili seri katiller arasında yer almıştır¹¹¹.

Parçalanmış bir ailenin tek çocuğu olan Swinka, (1938-1.1.1970, Leipzig) küçüklüğünde ebeveynleri arasındaki sözlü ve fiziki tartışmalara tanık olmuştur. Anne ve babası 1949 yılında boşanmışlardır. Daha bu tarihlerde Swinka, evinde eline geçirdiği her şeyi tahrip etmekte, babasını dövmekten çekinmemiştir. Bu arada hırsızlık suçlarını işlemekten de geri kalmamıştır. Annesinin otoritesini hiçe sayan ve tahsilini yarıda bırakan Swinka, içine kapanık ve kimseyle iletişim kuramayan bir kişilik sergilemiştir. Tesviyeci eğitimine başlayan Swinka, bu eğitimini de altı ay sonra yarıda bırakarak gündelik işçi olarak çalışmaya başlamıştır. Bedensel güçsüzlüğünü ortadan kaldırmak gayesiyle bir boks kulübüne devam eden Swinka, devamlı alkol almış, çevresine şiddet uygula-

108 Gramberg, s. 162-163.

109 Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, s. 75.

110 Hilmar Swinka'nın cinayetleri bir kitap ve bir makalede yer almaktadır. Bunlardan Hans Girod kitabında Swinka'yı “Henry Stutzbach” ismiyle belirtmektedir. Bkz. Girod, Hans, Blutspuren, *Weitere ungewöhnliche Mordfälle aus der DDR*, München, 2003, s. 216-249; Geserick, Günther; Vendura, Klaus; Wirth, Ingo, *Experiment Frauenmord Hilmar S.* (1969) in: Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, *Serienmörder in Deutschland*, Leipzig, 2005, s. 84-100.

111 Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, s. 84. Literatürde seri katillerin çeşitli tanımlarına rastlanmaktadır: otuz günü aşan bir zaman zarfında en az üç kişiyi öldüren kimse; fantezileri sonucu gerçekleştirildiği en az 2 cinayeti, değişik zaman ve yerlerde mağdurla arasında (mağdurlar ortak özelliklere sahip olmalıdırlar) manevi veya maddi bir bağ olmadan işleyen kimse; tek başına veya başkasıyla birlikte, belli bir zaman zarfında, aralıklarla birçok insanı öldüren kimse; üç veya daha fazla kurbanı tasarlayarak belli bir zaman zarfında ayrı ayrı öldüren kimse; belli bir zaman diliminde en az 10 kişiyi öldüren kimse. Bu nevi seri katiller canavarca ve belli bir ritüele göre hareket eden kimselerdir; iki veya daha çok kişiyi aralarına ruhi sükunet girecek şekilde öldüren kimse. Bkz. Vronsky, Peter, *Femmes Serial Killer, Pourquoi les femmes tuent?* (Çev: Patricia Barbe-Girault), Paris 2009, s. 473.

maya ve hırsızlık fiillerini işlemeye devam etmiştir. Bir patoloji enstitüsünde yardımcı olarak çalışan Swinka, bıçak ve kamalardan oluşan geniş bir koleksiyona sahiptir¹¹². İki defa evlenen ve her seferinde eşlerine şiddet uygulayan Swinka, kendisini çevresine acındırmak ve dikkat çekmek amacıyla intihar teşebbüslerinden de kaçınmamıştır¹¹³. İkinci karısının kendisini şiddete maruz kalmasından dolayı terketmesini, ceza takibinde bulunmasını (12.12.1968) ve boşanma davası açmasını (3.2.1969) kabullenemeyen Swinka, kendi malı gibi gördüğü eşini intikam düşüncesiyle öldürmeye karar vermiştir¹¹⁴. Cinayetini ilk önce tabancayla işlemeyi düşünen Swinka, tabancanın elde edilmesinin zorluğu karşısında, bu düşüncesinden vazgeçerek fiilini bıçakla gerçekleştirme kararı almıştır. İntikam günü olarak boşanma gününü seçen Swinka, eşini mahkeme yolunda bıçaklamayı düşünürse de, onun hangi yoldan mahkeme binasına geleceğini bilemediğinden bu planından vazgeçmiştir. Dramatik bir hava yaratmak ve kendisinden bahsedilmesini sağlamak için eşini mahkeme salonunda öldürmeyi ve daha sonra da, -ancak bu sefer hakikaten- intihar etmeyi düşünmüştür. Ancak eşini yaralaması dolayısıyla hakkında soruşturma açıldığından, duruşma salonunda tutuklanma ihtimalini de göz önünde tutan Swinka, bu planından da vazgeçmiştir¹¹⁵. 14.2.1969 tarihinde, gece yarısı evinden ekmek bıçağını karısını öldürmek gayesiyle alan Swinka, o güne kadar eşini, birçok kez bıçakla tehdit ettiği halde, bıçaklama fiilini gerçekleştirmediğinden, onu bıçaklama ve öldürme gücünü kendinde bulup bulamayacağını tecrübe etmek amacıyla kurbanlar aramaya başlamıştır. Kendinde insan öldürme gücünün var olup olmadığını test etmek amacıyla seçtiği ilk kurban uzun zamandan beri tanıdığı ve kendinden 16 yaş büyük Inge Sch.'dir. Gece saat 00:30'da Inge'nin evine gelen Swinka, kurbanını yaşam belirtisi gösteremeyecek derecede boğmasına müteakip, bıçakla boynundan bel kemiğine kadar yara açmıştır. Fiilinden sonra bıçağını temizleyen ve paltosunun cebine koyan fail, duygularını ölçmek için tekrar cesedin yanına dönmüştür. Ölü kadının görüntüsü kendisine herhangi bir rahatsızlık vermemiştir. Bununla beraber halen sevdiği ikinci eşine karşı böyle bir hareketi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğinden yine de emin olamadığından tecrübe maksatlı ikinci bir cinayeti işlemeye karar vermiştir¹¹⁶. Bu gayeyle gece saat 01:00 sıralarında daha önceden tanıştığı ve alkolik olması nedeniyle devamlı tartıştığı Ursula K.'nin evine git-

112 Girod, s. 223, 224; Geserick-Vendura-Wirth, s. 97, 98; Hilmar Swinka, wikipedia, <https://de.m.wikipedia.org>

113 Geserick-Vendura-Wirth, s. 98.

114 Geserick-Vendura-Wirth, s. 92.

115 Geserick-Vendura-Wirth, s. 92, 93.

116 Girod, s. 233; Geserick-Vendura-Wirth, s. 94.

miştir. Bu kadını da aynı şekilde boğarak öldürdükten sonra, ilk cinayetinden farklı olarak cesedi daha fazla parçalara ayırmıştır. Swinka, her iki cinayetini sakın, heyecana kapılmadan işlediğini gördükten sonra, ikinci eşini de artık bu şekilde öldüreceğinden emin olmuştur¹¹⁷. Eşinin evinin kapısını kırdıktan¹¹⁸ sonra içeri giren Swinka, karısıyla konuşurken, komşuların polise haber vermeleri dolayısıyla eve gelen yetkililerin kendisine engel olmamaları için, süratle karısını boğmaya ve bıçaklamaya başlamıştır. Kadını öldürdükten sonra, diğer öldürdüğü kadınlarda olduğu gibi cesette yaralar açmıştır¹¹⁹. Daha önceki cinayetlerinde sahip olduğu ruhi sükunete bu sefer kavuşamayan Swinka, eşinden kendisine bir şeyler kalması için yaralarından akan kanı içmekten çekinmemiştir¹²⁰. Yargılamanın (Berlin Devlet Mahkemesi) başlama tarihi olan 23.3.1970'den önce Swinka, tıraş jiletıyla yaşamını tehlikeye sokmayacak bir biçimde, boynunu kesmeye çalışarak intihar teşebbüsünde bulunmuştur. Bu nedenle duruşması 11.5.1970 tarihine ertelenmiştir. Batı ülkeleri tarafından propaganda konusu oluşturmaması için, yargılamanın gizli yapılmasına karar verilmiştir. Beş gün süren yargılama sonunda mahkeme, 19.5.1970 tarihinde, bilirkişilerin raporlarına göre, aşırı derecede hiddetli, kendini kontrol edemeyen, patlamaya hazır bir psikopat ve fakat suçları işlediği sırada kusur ehliyetinin tam olduğu tespit edilen Hilmar Swinka'yı üç kişiyi öldürmesinden dolayı ölüm cezasına¹²¹ mahkum etmiştir. Swinka'nın cezası, 1.10.1970 tarihinde Leipzig Cezaevinde başının arka tarafından vurulmak suretiyle infaz edilmiştir¹²².

d. Görev Bilinciyle Hareket Eden Seri Katiller

Bu kategoriye giren seri katiller, ideolojik veya dini nedenlerle nefret ettikleri belirli bir sosyal gruba (örneğin, fahişeler veya homoseksüeller, bu nevi katillerin sıklıkla hedefi haline gelmişlerdir) mensup kimselerden, toplumun temizlenmesi gerektiğine inanmışlardır. Bu katiller aynı zamanda belirli bir ırk, din veya etnik gruptan insanları da hedef alabilirler. Fiilleriyle cinsel tatmin, heyecan veya maddi menfaat, kısa da olsa herhangi bir yarar elde etme amacı gütmeyen olağanüstü varlıklara veya insanlığa yardım ettiklerine inanan bu tür seri katiller, ruhi bakımdan hasta olarak nitelendirilemezler. Ancak

117 Geserick-Vendura-Wirth, s. 93-95.

118 Girod, s. 235; Geserick-Vendura-Wirth, s. 95.

119 Girod, s. 219; Geserick-Vendura-Wirth, s. 96.

120 Girod, s. 238; Geserick-Vendura-Wirth, s. 97.

121 Doğu Almanya'da ölüm cezası 1968 yılına kadar giyotinle, 1968'den itibaren başın arka tarafından vurmak suretiyle infaz edilmiştir. Bu ülkede idam cezası 17.7.1987'de kaldırılmıştır. Böylece Federal Almanya ile birleşmeden önce Demokratik Alman Cumhuriyeti sosyalist ülkeler arasında hukuken idam cezasını ilk kaldıran ülke sıfatını taşıyordu. Bkz. Geserick-Vendura-Wirth, s. 99-100.

122 Girod, s. 216; Geserick-Vendura-Wirth, s. 100.

bu kategoriye giren katiller arasında az sayıda da olsa, kusur ehliyeti olmayanlara rastlanmaktadır (örneğin, aşağıda inceleyeceğimiz Arthur Gatter). Bu gibi kimseler, çevrelerinde, dikkat çekmeyen, uyumlu kişiler olarak tanınırlar. Görev bilinciyle hareket eden seri katiller hayalci katillerden farklı olarak hayal görmez veya ses işitmezler (aşağıda inceleyeceğimiz Arthur Gatter örneği bu söylediğimizden farklılık arz etmektedir). Bunların işledikleri cinayetlerin aydınlatılması zordur. Gerçekten fiilleri arasındaki bağlantıyı tespit güçlüğü (örneğin bir fahişenin öldürülmesi yanında, belli bir ırka mensubiyetten dolayı cinayet işlenmesi), cinayetlerin işlenme şekillerinin farklılığı, amacın belli olmaması failin etkisiz hale getirilmesini zorlaştıran faktörlerdendir¹²³.

Aşağıda bu gruba dahil edilen seri katillerle ilgili bazı örnekler vereceğiz.

“Frankfurt’un çekiçli katili” (Der Hammermörder von Frankfurt) lakaplı işsiz elektrikçi Alman Arthur Gatter, 1.2.1990-25.5.1990 tarihleri arasında Frankfurt’ta 6 evsiz ve 2 eşcinseli hunharca öldürmüştür. Cinayet sayısının fazlalığı, fiiller arasındaki zaman aralıklarının bazen kısa oluşu (örneğin, bir günde üç kişinin öldürülmesi) cinayetlerin işlenme şekli (çekiçle kafatasının kırılması, yüzün tanınmayacak hale gelmesi) kentte heyecan ve korku doğurmuş, polisin özel soruşturma komisyonu kurmasına ve gece devriyelerinin sayısını arttırmasına neden olmuştur. Evsizler nöbet tutarak uyudukları gibi seri katilin yakalanmasına katkıda bulunanlara da mükâfat vadedilmiştir.

Davranış bozuklukları gösteren ve psikiyatri kliniklerinde ara sıra tedavi edilen Gatter, paranoid şizofreni hastasıdır. Yüzden fazla araba lastiği bıçaklayan ve telefon kablolarını kesen Gatter, bu fiillerinden (mala zarar verme) dolayı yargılanmıştır. Mahkeme önüne çıkarıldığı sırada (19.12.1990) ilk iki cinayeti işlemiş bulunmaktadır. Psikiyatristin kusur ehliyetine haiz olmadığı ve toplum açısından tehlike arz etmediği raporuyla serbest bırakılan Gatter, genellikle evsiz insanları öldürmeye devam etmiştir. Öbür dünyadan kendisini cinayetler işlemeye zorlayan sesler duyduğunu belirten Gatter, daha sonra bu ifadesinden vazgeçerek aslında park veya bahçelerde kalan insanlarla hiçbir sorun yaşamadığını, onları öldürme görevini kendisine hayaletlerin verdiğini ifade etmiştir. Cinayetlerini çekiçle işleyen Gatter, parklarda kalan evsiz insanlara uykularında saldırmadan önce, kurbanlarını bir süre izlemiş, etrafta kimsenin olmadığı kanaatine varmasına müteakip fiillerini gerçekleştirmiştir. Katil, son cinayetine müteakip, dikkatli bir tanığın ihbarı üzerine suç aletiyle birlikte yakalanmıştır (22.5.1990). Cinayetlerini itiraf eden Gatter, fiillerinden dolayı herhangi bir pişmanlık göstermemiştir. Gatter hakkında tutuklama

123 Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, s. 101; Harbort, s. 29 ve 166 vd.; Neubacher, s. 43 vd.; İçli, s. 212.

kararı vermeyen sorgu hâkimi, onu, yüksek güvenli bir psikiyatri kliniğine göndermiştir. Bu klinikte Gatter, kendini asarak hayatına son vermiştir (12.12.1990)¹²⁴.

Görev bilinciyle hareket eden seri katillerle ilgili diğer bir örnek de, Thomas Lemke'nin (1969) fiilleridir. Lemke'nin cinayetleri görev bilinciyle insan öldürmelerin genel şemasına daha uygun düşmektedir¹²⁵.

Ailesi tarafından ihmal edilen ve daha henüz anaokulundayken aşırı çekingen, içe kapanık, kimseyle ilişki kurmayan ve daha sonra yazıldığı okullarda da başarı göstermeyen Lemke'nin amacı, üçüncü bir Alman imparatorluğu kurmak, önce Ghadbeck'te sonra bütün Almanya'da hakimiyeti ele geçirmektir. Bu amaca yönelik taraftar kazanma teşebbüsleri, etrafındakilerin kendisini “çatlak” olarak nitelendirmesi sonucu neticesiz kalmıştır. Alman olmakla gururlandığını giydiği elbiselerin üzerine yamalayan Lemke, Wiking Gençliği (Wiking Jugend) ve Hür Alman İşçi Partisi (Freiheitlichen Deutschen Arbeiterpartei) gibi aşırı sağcı kuruluşların üyesidir. Cinayetlerini işlemeye önce, yangın çıkarma, yaralama, halkı suç işlemeye tahrik, ateşli silahlar kanununa muhalefet, tehdit, ebedi istirahati bozma, pornografik yazıları yayma ve dolandırıcılık fiilleri nedeniyle sabıkalıdır. Lemke ilk cinayetini 18.6.1995'de kız arkadaşı Bianca Weidemann ile birlikte gerçekleştirmiştir. Fiilleri nedeniyle hakkında yakalama emri çıkarılan ve polis tarafından aranan Lemke, kız arkadaşının kendisini ele vereceğinden korktuğundan, onu işleyeceği bir cinayete ortak etmekle kendisine bağlamayı ve bu suretle onu susturmayı düşünmüştür. Tanıdığı birinin vasıtasıyla kurban olarak tesadüfen seçtiği bir kızı boğarak ve kürekle öldüren Lemke, kız arkadaşının yardımıyla cesedi ormana gömmüştür. İşlediği cinayete bundan böyle kız arkadaşının olası bir ihbarını önleyen Lemke, ikinci cinayetini kendisi gibi yeni kuşak nazi olan erkek arkadaşı Marcel Müthing'le birlikte 2.2.1996'da gerçekleştirmiştir. Lemke tren istasyonunda tanıdığı ve giysisinde “naziler defolun” amblemi bulunan bir kızı solcu olarak nitelendirmiştir. Sol görüşlülerin yaşamaya hakları olmadığı düşüncesinde olan Lemke, kıza kendini solcu olarak tanıtmış ve adresini almıştır. Hiçbir şeyden şüphelenmeden kapısını açan kıza, önce cinsel saldırıda bulunan ve daha sonra onu boğarak ve bıçaklayarak (Adli tabip ceset üzerinde 91 bıçak yarası tespit etmiştir) öldüren Lemke'nin bu saldırısı da planlı ve programlıdır. Üçüncü ve son cinayetini, 15.3.1996'da eski dava arkadaşı Martin Kemming'i öldürerek gerçekleştirmiştir. Yeni kuşak nazi (neo nazi) Kemming,

124 Harbort, s. 176 vd.; Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, s. 104 vd.

125 Harbort, Lemke'yi diğer diğer bir eserinde karma motifli (cinsel saldırı, intikam) insan öldüren seri katiller (Serien Dispositions Mördern) kategorisine dahil etmektedir. Bkz. Harbort, s. 32.

fikirlerini değiştirmiş ve Lemke'yi kendisine karşı gerçekleştirdiği yaralama ve tehdit fiilinden dolayı ihbar etmiştir. Kemming yüzünden cezaevinde iki yıldan fazla kaldığını düşünen Lemke'ye göre, hain olan bu şahsın da yaşamaya hakkı yoktur. Gerçekten yargılama sırasında müdahil olan Kemming'in annesinin yüzüne karşı "bu bir ihanettir. Yapılabilecek en büyük rezilliktir" şeklinde bağırılmaktan çekinmemiştir. Üçüncü cinayetini av tüfeğiyle işleyen Lemke'ye niçin tüfek kullandığı sorusunun tevcihi üzerine Lemke, "güzel delikler açıyordu" demiştir. İşlediği cinayetlerle, kontrol arzusu, cinsel hırs ve intikam bağımlılığı ihtiyaçlarını tatmin etmiştir. Büyü, zafer ve av tanrısı Odin'in emriyle hareket ettiğini belirten Lemke, daha sonraki ifadesinde şeytani güçlerin kendisini yönettiğini bildirmiştir. İkinci ve üçüncü cinayetlerini büyük bir zevkle anlatan Lemke'de psikiyatristler şizoid kişilik bozukluğuna rastlamışlardır. Duygu yokluğu, eleştiride bulunamaması, başkasının üzüntü ve acısını anlamaktan yoksunluğu, kişilerin kendisine yaklaşmasına izin vermemesi ve toplum kurallarını hiçe sayması en önemli karakter özellikleridir. Lemke, davranışlarının hoş karşılanmadığını görünce kendisinden korkulsun, nefret edilsin düşünceleriyle hareket etmektedir. Lemke aslında yardıma muhtaç bir kimsedir. 18.3.1997'de Essen Eyalet Mahkemesi, Lemke'yi üç insan öldürme ve bir cinsel saldırı fiillerinden müebbet hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm etmiştir. Kusunun özel ağırlığının tespiti üzerine mahkeme ayrıca, güvenlik tedbiri olarak bir psikiyatri kliniğine yerleştirme ve muhafaza altına alma kararı vermiştir. İkinci cinayete karışan Lemke'nin kız arkadaşı 6 yıl ve üçüncü cinayete yardım eden erkek arkadaşı 5 yıl hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm edilmişlerdir¹²⁶.

e. Kiralık Seri Katiller (Serien-Auftragsmördern)

Kiralık seri katiller, kendilerine teklif edilen bir menfaat karşılığında insanları öldürürler. Genellikle belli bir işi olmayan bu gibi kimseler, menfaatlerine uygun bir anlaşmanın sağlanması halinde kişileri öldürmekten çekinmezler. Üzerlerine aldıkları görevi soğukkanlılıkla icra ederler. İşlerinde duygusallığın yeri yoktur. Asıl amaçları menfaat karşılığı öldürmedir. Kurbanlarının nitelikleri onları ilgilendirmez. Kurbanlarını tanıyıp tanımamaları da, onlar için önem arz etmez. Önemli olan kendilerine öldürme talimatını veren kimse veya kimselerle yapacakları iş karşılığı anlaşmış olmalarıdır. Ödeme peşin veya taksitle olabilir. Kendilerine sağlanacak menfaatin de mutlaka para olması gerekmez. Örneğin, bir işletmenin hisseleri, yapacakları iş karşılığında kendilerine vaad edilebilir. Bu tür seri katillere örnek olarak, 1980'li yılların ortasında

126 Lemke hakkında geniş bilgi için bkz. Stephan Harbort, Natural Born Killer, s. 116 vd. in Ger- serick, Harbort, Pfeiffer, Schüller; Gisela Friedrichsen, Zuflucht bei den Nazis, Ders Spiegel Online 13/1997.

Hamburg kentinde genelev sahiplerinin aynı mesleği icra eden rakiplerini ortadan kaldırmak gayesiyle tuttukları kiralık katil Werner Pinzner'i, göstermek mümkündür. Aşağıda bu konuya ayrıca değineceğiz.

Az sayıda da olsa kurbanlarını para karşılığı öldürmeyen kiralık seri katil-lere de rastlanmaktadır. Bu gibi hallerde, örneğin, kişisel bağımlılık ilişkisi, seri katilin harekete geçmesine yetmektedir. Örneğin, örgüt üyesi olan Volker V.'nin Almanya'da örgüt yöneticisinin talimatıyla 1995-1996 yılları arasında üç kişiyi öldürmesi¹²⁷.

“Sankt Pauli Katili” (St. Pauli Killer) lakaplı kiralık katil Werner Pinzner (1947-1986), resmi olarak 7.7.1984-8.4.1985 tarihleri arasında menfaat karşılığı 5 kişiyi öldürmüştür. 1970'de, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan Pinzner, cezaevinden çıktıktan sonra çeşitli işlerde (inşaat sektörü, döşemeci, kasap) kısa süreli de olsa çalışmıştır. 1975 yılında sonu ölümle biten bir süpermarket soygununa katılan Pinzner, 10 sene hapis cezasına mahkum olmuştur. Cezasının 9 senesini kapalı cezaevinde (Fuhlsbüttel) geçiren Pinzner, daha sonra açık ceza infaz kurumuna (Vierlande) nakledilmiştir. Kapalı cezaevindeyken Hamburg St.-Pauli semtinin genelev ve barlarının sahipleri ve işletmecileri ile tanışmıştır. Uyuşturucu ile de ilk karşılaşması cezaevinde gerçekleşmiştir. Hamburg kenti, modern liberal bir ceza infaz sisteminin uygulanması taraftarı olmuştur. Bu bakımdan izin hakkını kullanan mahkumlar kentin açık cezaevlerine giriş ve çıkışlarında üstleri ve kurumdaki dolapları aranmamaktadır. Herhangi bir suretle sahip olduğu 38 kalibrelik Arminius marka tabancasıyla izne çıkan Pinzner, izin sırasında bir soygun olayını gerçekleştirdiği gibi, menfaat karşılığı ilk cinayetini de işlemiştir (7.7.1984, Jehoda Arzi, Kiel). Bu fiillerinden sonra tekrar cezaevine dönen Pinzner, aynı ay açık cezaevinden tahliye edilmiştir (Temmuz 1984). Tahliyesine müteakip yakalandığı 15.4.1986 tarihine kadar kiralık katil olarak insanları öldürmesi karşılığı 30.000-60.000 DM ödendiği gibi, genelevlerden birinin kazancına ortak olacağı vaadinde de bulunulmuştur. Ancak bu vaad hiçbir zaman yerine getirilmemiştir. Yakalanmasına müteakip 5 kişiyi para karşılığı öldürdüğünü ikrar eden Pinzner, geri kalanlarını da (6 kişi) itiraf edeceğini ifade etmiştir. Pinzner'in itiraflarından çekinen çevre (onu kiralık katil olarak tutan genelev sahipleri, işletmecileri), bir taraftan onun öldürülmesi için başına 30.000 DM ödül koymuş, diğer taraftan uyuşturucu müptelası olan Pinzner'in sakinleşmesi ve kendilerini ele vermemesi amacıyla, tutukevine (Holstenglacis) sık sık giden ve giriş ve çıkışta aramaya tabi tutulmayan avukatı Isolde Oechsle

127 Harbort, s. 31-32.

Misfeld vasıtasıyla ona uyuşturucu yollamıştır¹²⁸. 29.6.1986 tarihinde ifade vermesi için tutukeviden alınan ve Hamburg Polis Müdürlüğü soruşturma odasına getirilen Pinzner, avukatı aracılığıyla elde ettiği Smith Wesson marka tabancayla önce soruşturma savcısı Wolfgang Bistry'i, daha sonra karısı Jutta Pinzner'i öldürmesine müteakip, intihar etmiştir. Büyük yankı uyandıran olay sonucu Hamburg İçişleri ve Adalet Senatörleri görevlerinden istifa etmişlerdir. Kiralık katil Pinzner'i tutan Josef Peter Nusser (Wiener Peter, Viyanalı Peter), bazı cinayetlerinde Pinzner'e eşlik eden Armin Hackauf ve Siegfried Träeger, 1989 yılında müebbet hapis cezasına mahkum olmuşlardır. İnsan öldürmeye yardımdan avukat Isolde Oechsle Misfeld altı buçuk yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, fiilin tekrarı tehlikesi görmediğinden, meslekten men cezasına hükmetmemiştir¹²⁹.

f. Karma Motifli İnsan Öldürenler (Dispositionsmörder)

Bu kategoriye giren seri katiller, yukarıda da belirtildiği gibi, diğer seri katil tiplerinden farklı olarak fiillerini, tek bir saikin değil, kısmen iç (örneğin, cinsel tatmin amaçlı veya arkadaş ya da aile çevresinden insan öldürenler) ve kısmen de dış (örneğin yağma amaçlı insan öldürenler veya kiralık katiller) saiklerin etkisiyle işlerler.

Sonuç

Çoklu öldürmeler kamuoyunun her zaman ilgisini çekmiş, filmlere¹³⁰, hatta şarkılara¹³¹ konu olmuştur.

Çoklu öldürmeler kendi içinde üç kategoriye ayrılmaktadır. Bunlarda toplu katliam, birden fazla kimsenin aynı yerde kısa bir zaman sürecinde öldürülmesidir. Müelliflerden Schmallager'e göre, toplu katliam bir defada aynı yerde üçten fazla kişinin öldürülmesidir. Literatürde toplu katliamın çeşitli tasniflerinin yapıldığı görülmektedir: Mağdurların göz önüne alınması suretiyle yapılan

128 Werner Pinzner hakkında geniş bilgi için bkz. Dagobert Lindlau, *Der Lohnkiller, Eine Figur aus dem Organisierten Verbrechen*, Hamburg, 1992; Danuta Harrich Zandberg, *Der St. Pauli Killer*, in: Helfried Spitra (Hrsg.): *Die großen Kriminalfälle, Der St. Pauli Killer, der Ausbrecherkönig und neun weitere berühmte Verbrechen*, Frankfurt/Main 2004, s. 11-34; Roggenkamp, Viola, *Pinzners erdrückendes Erbe* In: *Die Zeit* Nr. 11, 11.3.1988, s. 23; Jan Harmeyer, "Mucki" Pinzner: Das Ende eines Auftragsmörders, *Hamburger Abendblatt*, www.abendblatt.de (10.04.2019); Uwe Bahnsen, *Das Ende des St. Pauli Killers Welt*, www.welt.de (10.04.2019)

129 Lindlau, s. 302 vd.; Zandberg, s. 30 vd.; St. Pauli-Killer Pinzner: Auftraggeber nach Österreich ausgewiesen-WELT-Die Welt, www.welt.de/print-welt(10.04.2019); Urteil:Isolde Bechle-Misfeld-Der Spiegel, 40/1991, Spiegel ONLINE.

130 Örneğin, seri katil Friedrich (Fritz) Haarmann ile ilgili 1995'te Götz George'un başrolünü oynadığı "Der Totmacher" isimli Alman filmi

131 Örneğin, Fritz Haarmann - die Bestie von Hannover isimli şarkı

bir ayrımı göre toplu katliam klasik (failin bir yerde, belli bir zaman aralığında birden çok kişiyi öldürmesi) ve aile toplu katliamı (aile bireylerinin öldürülmesi) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Literatürde aniden, vahşi ve kontrolsüz bir şekilde hareket eden katliamcılarla (Amoktat) okul katliamcılarının birbirlerinden ayrıldıkları gözlemlenmektedir. Çoklu öldürmelerin başka bir kategorisini oluşturan çılgın cinayet ise, birden fazla mağdurun -ki bu mağdurlar aile fertleri de olabilir- farklı yerlerde olaylar arasında duygusal soğuma süreci gerçekleşmeden, birkaç saat, gün ve hatta haftalık zaman zarfında öldürülmesidir. Çılgın cinayet toplu katliamdan fiillerin ayrı ayrı yerlerde gerçekleştirilmesi ve fiiller arasında zaman aralığı farklılıklarıyla ayrılır. Literatürde, çoklu öldürmelerin diğer bir türünü teşkil eden seri cinayetleri işleyen katillerin bazıları otuz günü aşan bir zaman zarfında en az üç kişiyi öldüren bir kimse olarak tanımlanırken, bazıları üç veya daha fazla kurbanı tasarlayarak belli bir zaman zarfında ayrı ayrı öldüren kimse olarak nitelendirilmiştir. Kurbanların sayısını en az 10 kişi olarak belirleyen müellifler de bulunmaktadır. Çoklu öldürmelerin üçüncü kategorisini teşkil eden seri cinayetler diğer iki gruptan, aralarında duygusal soğuma süreci olacak şekilde kişilerin öldürülmesi suretiyle ayrılır.

Seri cinayetlerin tasnifleri konusunda kesin bir çözüme varılmadığı unutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Backovic, Lazar, Österreichs grösster Pflegeskandal, Spiegel Online, 12.4.2014.
- Bahnsen, Uwe, Das Ende des St. Pauli Killers Welt, www.welt.de . (10.04.2019)
- Blazek, Matthias; Haarmann und Grans, *Der Fall, die Beteiligten und die Presseberichterstattung*, Stuttgart, 2009.
- Bourgoïn, Stéphane, Le livre noir des Serial killers, Dans la tête des tueurs en série, Nord Compo à Villeneuve-D'ascq, 2015.
- Breinersdorfer, Fred, *Der Hammermörder, Das Psychogramm eines Mörders, der die deutsche Polizei über ein Jahrlang beschäftigte*, 2. Auflage, München, 1992.
- Bungert, Jürgen, Ich liebte den "Blaubart von Fehmarn" Kultur&Live-Hamburger Abendblatt, https://www.abendblatt.de/kultur_live . (10.04.2019)
- Frank, Gerd, *Totmacher 1*, Arnstadt, 2016.
- Friedrichsen, Gisela, "Die Toten von Herrn Lange" Spiegel Online, *Der Spiegel* 30/1993.
- Friedrichsen, Gisela, "Patientin bereits verstorben" Spiegel Online, *Der Spiegel* 44/1992.
- Gelişin, Arkin, *Seri Katiller Tarihi, İnsan Avcularının Peşinde*, Ankara, 2015.
- Geserick, Günther; Vendura, Klaus; Wirth, Ingo, Experiment Frauenmord Hilmar S. (1969) in: Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, Serienmörder in Deutschland, Leipzig, 2005.
- Geserick, Gunther; Harbort, Stephan; Pfeiffer, Hans; Schüler, Wolfgang, *Serienmörder in Deutschland*, Leipzig, 2005.
- Girod, Hans, Blutspuren, *Weitere ungewöhnliche Mordfälle aus der DDR*, München, 2003.
- Gisela Friedrichsen, Zuflucht bei den Nazis, Ders Spiegel Online 13/1997.
- Giuttari, Michele, *Das Monster von Florenz, Anatomie einer Ermittlung* (çev: Katharina Förs-Rita Seuss), Bergisch Gladbach, 2007.
- Gramberg, Michael, Der Blaubart von Fehmarn, in: Helfried Spitra (Hrsg.): Die großen Kriminalfälle, Der St. Pauli Killer, der Ausbrecherkönig und neun weitere berühmte Verbrechen, Frankfurt/Main 2004.
- Gundolf, Hubert, *Verbrecher von A bis Z*, Hamburg, 1966.
- Haarmeyer, Jan, "Mucki" Pinzner: Das Ende eines Auftragsmörders, Hamburger Abendblatt, www.abendblatt.de . (10.04.2019)
- Haddad, Solène, 50 Affaires Criminelles qui ont marqué la France, City Editions, 2013.
- Harbort, Stephan, *Das Hannibal-Syndrom, Phänomenen Serienmord*, 13. Auflage, München/Berlin, 2016.
- Hiess, Peter; Lunzer, Christian, *Mord-Express, die grössten Verbrechen in der Geschichte der Eisenbahn*, Wien-München, 2000.
- İçli, Tülin Günşen, *Kriminoloji*, 8. Baskı, Ankara, 2013.
- Kaygısız, Mustafa, *Türkiye'de Seri Katiller, Paralel Cinayetler*, Ankara, 2009.
- Kompisch, Kathrin; Otto, Frank, *Monster für die Massen, Die Deutschen und ihre*

Serienmörder, Leipzig, 2004.

- Lessing, Theodor, Haarmann, Die Geschichte eines Werwolfs und andere Gerichtsreportagen, Sammlung Luchtherhand im dtv, München, 1995.
- Lieber, Harry; Stock, Heidi; Paul, Louis, *Serienmörder, Bestien in Menschengestalt*, München, 2000.
- Lindlau, Dagobert, Der Lohnkiller, Eine Figur aus dem Organisierten Verbrechen, Hamburg, 1992.
- Mauz, Gerhard, "...und das in einem christlichen Haus", Spiegel Online, Der Spiegel 5/1989.
- Mauz, Gerhard, "...wir haben es mit eiskaltem Mord zu tun", Spiegel Online, Der Spiegel 2/1989.
- Mauz, Gerhard, "Die Staatsanwaltschaft als Partei", Spiegel Online, Der Spiegel 38/1989.
- Michel, Pascal, 40 ans d'affaires criminelles, 1969-2009, 2009.
- Murakami, Peter; Murakami, Julia, *Lexikon der Serienmörder, 450 Fallstudien einer pathologischen Tötungsart*, 8. Auflage, München, 2002.
- Neubacher, Frank, *Kriminologie*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- Neubacher, Frank, "Serienmörder", *Kriminalistik*, 57(2003).
- Norddeutscher, Rundfunk, Landesfunkhaus Niedersachsen (Hrsg.), Kathrin Pagenarm, Eckhardt Reimann et al., Hannover, 2006.
- Pfeiffer, Hans, "Das Sandmännchen-Adolf Seefeldt (1933-1935)" in: Geserick, Harbort, Pfeiffer, Schüler, *Serienmörder in Deutschland*, Leipzig, 2005.
- Pötzl, Norbert F., Der Hammermörder, Blutspur eines Polizisten, in: Helfried Spitra (Hrsg.): *Die grossen Kriminalfälle, Deutschland im Spiegel berühmter Verbrechen*, Frankfurt/Main, 2001.
- Preston, Douglas-Spezi, Mario, *Le monstre de Florence* (Çev. Sebastian Danchen), Paris, 2010.
- Reiner, Joachim, "Ich bin eigentlich sehr sensibel" Zeit Online, 3.2.1989.
- Ressler, Robert K.; Shachtman, Tom, *Ich jagte Hannibal Lecter, Die Geschichte des Agenten der 20 Jahre lang Serienmörder zur Strecke brachte*, München, 1993.
- Roggenkamp, Viola, Pinzners erdrückendes Erbe In: *Die Zeit* Nr. 11, 11.3.1988.
- Ronald, M. Holmes ; James, E. DeBurger, Profiles in Terror, The Serial Murder, in: Ronald M. Holmes/Stephen T. Holmes (ed.), *Contemporary Perspectives on Serial Murder*, 1998.
- Schneider, Hans Joachim, *Einführung in die Kriminologie*, 3. Auflage, Berlin-New York, 1993.
- Sieklucki, Jean-Michel, *les criminels vont-ils tous en enfer?*, Quarante ans de cour d'assises, Anovi, 2014.
- St. Pauli-Killer Pinzner: Auftraggeber nach Österreich ausgewiesen-WELT-Die Welt, www.welt.de/print-welt . (10.04.2019)
- Stiegler, Bernd (Hg.), *Tat ohne Täter, Der Mordfall Fritz Angerstein*, Konstanz, 2013.
- Urteil:Isolde Bechsle-Misfeld-Der Spiegel, 40/1991, Spiegel ONLINE.

- Vronsky, Peter, Femmes Serial Killer, Pourquoi les femmes tuent? (Çev: Patricia Barbe-Girault), Paris, 2009.
- Yaz, Damla, Seri Katiller, in: Kriminoloji Yazıları (Yayına hazırlayan: Sancar Türkan Yalçın), Ankara, 2015.
- Zandberg, Danuta Harrich, Der St. Pauli Killer, in: Helfried Spitra (Hrsg.): Die großen Kriminalfälle, Der St. Pauli Killer, der Ausbrecherkönig und neun weitere berühmte Verbrechen, Frankfurt/Main, 2004.
- Zander, Ulrich, Schwerin: Die Jagd nachdem "Sandmann", <https://www.svz.de>. (10.04.2019)

ÖZ

Toplu öldürmeler üç kategoriye ayrılmaktadır: Toplu katliam, aynı yerde duygusal süreç içinde birden fazla kişinin öldürülmesidir. Çılgın cinayet ise, farklı yerlerde birinci kategori gibi duygusal soğuma süreci gerçekleşmeden birden fazla kişinin öldürülmesidir. Bu kişiler, birinci gruptakiler gibi rastgele seçilmiş kimseler olabilir. Seri cinayetler ise, literatürde sayısal farklılıklar bulunmasına rağmen, bir kişinin birden fazla kişiyi aynı yerlerde duygusal soğuma süreci içerisinde rastgele öldürmesidir. Bu süreç gün, ay ve hatta yıllar sürebilir. Fail kurbanları unutmamak için onlardan bir hatıra obje da alabilir.

Anahtar kelimeler: toplu katliam, çılgın cinayet, seri cinayet, seri katil.

Güvenlik Devleti: Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a*

Security State: From Leviathan to the State of Law,
from State of Law to the Leviathan

A. Ersin BAYRA**

ABSTRACT

Security is a concept used to express the situation of being away from any threat or danger. The emergence of the security state has occurred in parallel with the birth of the modern state. Thus, Hobbes, who is accepted as the founding father of modern state, considered security as the state's reason for existence. The liberal state, whose function is limited to providing security and justice, legalized security as a tool for limiting fundamental rights and freedoms. However 20th century has been an era in which security has become prominent as never before. And eventually the post-9/11 period became a new era in which security has replaced the state of reason. Besides, the security state has emerged in this period which the fear had to be maintained and the state of emergency became ordinary.

Keywords: security, security state, modern state, state of emergency, state of law.

Giriş

Modern devlet temelleri 16 yy.da atılan bir siyasal iktidar tipidir. Ancak güvenlik ihtiyacı sonucu doğan bu mutlak iktidar biçimi, zamanla siyasi ve hukuki bir dönüşüm geçirmiştir. Öyle ki 17.yy.dan itibaren liberal düşünürler tarafından bu mutlak erkin özgürlüklerle sınırlandırılması gerektiğini ifade edilmiştir. Böylece güvenlik devletinin özgürlük güvenlik dengesinde tercihi güvenlik yönünde iken, liberal devlet ile birlikte ibre özgürlüğe doğru kaymaya başlamıştır. Diğer yandan hukuk devletinin ortaya çıkmasıyla birlikte bu denge hukukla sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak hukuk devletinin güvenlik sorunları karşısında yetersiz kalması ile güvenlik devletinin küllerinden doğmasına neden olmuştur.

* Makale gönderim tarihi: 11.05.2019. Makale kabul tarihi: 29.05.2019. A. Ersin Bayra, "Güvenlik Devleti: Leviathan'dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan'a", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 93-129.

** Arş. Gör., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı; İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Göztepe Mah. Atatürk Cad. No.40/16 Beykoz 34815 İstanbul.

Bu noktada belirtmek gerekir ki 17.yy.ın aksine 21.yy. güvenlik devleti mutlak bir iktidar tipi değildir. Öyle ki liberal devlet düşüncesinin özgürlük güvenlik şeması ters yüz edilerek, özgürlük güvenliğin değil, güvenlik özgürlüğün sınırı haline getirilmiştir. Dolayısıyla 21.yy. güvenlik devleti belli hukuki sınırlar içinde olsa da, özgürlük güvenlik dengesindeki tercihini güvenlikten yana kullanmıştır. Bu bakımdan güvenlik devleti güvenliğe yönelik vurgusu ile mutlak devlete, hak ve özgürlüklere yönelik söylevi ile liberal devlete benzemektedir.

Bu kapsamda güvenlik devletinin erken dönem temelleri, modern devlet düşüncesinin fikir babası olan Hobbes'a kadar götürülebilir. Bununla birlikte Neocleous ve Agamben gibi düşünürler hukuk devletinin bir güvenlik devleti olduğunu savunuyor olsa da, güvenlik devletinin geç dönem temelleri Carl Schmitt, Leo Strauss ve Walter Benjamin gibi düşünürlere kadar gitmektedir. Bu bağlamda 21.yy. hukuk devletinin, kökenleri 17.yy.da atılmış olan güvenlik devletine dönüşümünü konu alan çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde güvenlik devletin erken dönem temelleri Hobbes'un devlet kuramı kapsamında irdelenecektir. İkinci bölümde ise güvenliği hukuk devleti bağlamında geçirdiği dönüşüm incelenecektir. Üçüncü bölümde ise evvela Schmitt, Benjamin, Derrida, Leo Strauss ve Agamben ile güvenlik devletinin geç dönem temelleri tahkik edilecek, ardından güvenlik devleti pratiğinin hukuki boyutu ortaya koyulacaktır.

I. Güvenlik Devletinin Erken Temelleri: Hobbes'un Devlet Kuramı Bağlamında Kaos ve Korku Odaklı Güvenlik Devletinin Doğuşu

Hobbes kökenine güvenliği yerleştirdiği kaos ve korku odaklı devlet kuramı ile totaliter düşüncenin ilk kurucularından sayılmaktadır. Ancak bireyden yola çıkarak topluma varan yaklaşımı ile aynı zamanda liberal düşüncenin de öncüsü olarak görülmektedir. Bu durum göstermektedir ki modern devleti ilk kez ortaya koyan düşünür olan Hobbes'un devlet kuramında totalitarizm ile liberalizm yan yana yer almaktadır.¹

Çalışmamız açısından Hobbes'u değerli kılan ise doğa hali-sivil hal karşıtlığı üzerinden oluşturduğu devlet kuramıdır. Nitekim Hobbes basit doğa ortamındaki insan doğasından yola çıkarak devlete varmaktadır. Bu noktada devleti ölüm korkusu ve güç tutkusuna dayanarak ortaya çıkan bir canavar olarak konumlandırmaktadır. Bu bakımdan güvenlik devletini anlamak için önce Hobbes'un devlet kuramını anlamak gerekmektedir. Zira insanların güvenlik ihtiyacı nedeniyle oluşturdukları yeryüzünün ölümlü Tanrı'sı Leviathan, yüzyıllar sonra hortlayacak ve karşımıza güvenlik devleti olarak çıkacaktır.

1 Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi, Ankara, 1998, s. 92.

Öyle ki Hobbes tarafından ortaya koyulan devlet kuramı, insan doğasından ve doğa halinden yola çıkarak modern devlete varmaktadır. Bu noktada devlet ortaya çıkmadan önce insanların doğa halinde yaşadıklarını ve bu ortamda birbirleri ile sürekli bir mücadele halinde olduklarını varsaymaktadır.² Dolayısıyla Hobbes'a göre ne toplum tabiatın eseridir, ne de insanlar tabiatları gereği toplum içinde yaşamaya meyillidir.³

Ancak bu mücadelenin yarattığı savaş ortamı, akıl sahibi insanın barışı aramasına yol açmaktadır. Nitekim doğa halinde herkes her şey üzerinde hak sahibidir ve bu durum doğa halindeki savaşın ana nedenidir. Bu noktada doğa yasası ise insana hayatta kalmayı emretmektedir. Üstelik doğa yasalarına uymak Tanrı'nın emridir. Bu bakımdan barışı arayan insan, savaş halinden çıkmak için bir sözleşme vasıtasıyla tüm haklarından vazgeçerek siyasi iktidarı meydana getirmiştir.⁴

Görünen o ki bir şeyi iyi tanımlayabilmek için, o şeyi oluşturan parçalardan hareket edilmesi gerektirdiğini düşünen Hobbes'un "*devlet kuramı*" insan doğasına dayanmaktadır. Bu bağlamda da siyasi iktidarın ortaya nasıl çıktığı sorusunun cevabını yine bir başka soruda aramaktadır: siyasi toplum nasıl oluşmuştur? Hobbes'un bu soruya verdiği cevapsa basittir. Zira onun için siyasi toplum ile siyasi iktidarın kaynağı aynıdır. Bu bakımdan aynı temel parçadan, insandan hareket edecektir.⁵

Öyleyse Hobbes'un devlet ortaya çıkmadan önce yaşanan dönem olan basit doğa halini tasvir etmek için insanın doğasından hareket etmesi pek de şaşırtıcı değildir. Nitekim Hobbes'un ilk kez 1651'de yayınlanan ve dört kısım halinde kaleme aldığı Leviathan adlı eserinin birinci kısmı "*insan üzerine*" başlığını taşımaktadır. Üstelik Hobbes Leviathan'ın sunuş kısmında "*bilgelik, kitap okuyarak değil, insanları tanıyarak öğrenilir*" ve "*nosce te ipsum*" (kendini tanı) diyerek izlediği yöntemi açıkça ortaya koymaktadır. Diğer yandan okuyucuya "*ben, insanlardan değil, genel olarak iktidar makamından söz ediyorum*"⁶ diyerek amacının insanı değil, devleti ele almak olduğunu vurgulamaktadır.

Bu kapsamda Hobbes devleti anlatmak için insan yola çıkmaktadır, lakin amacı insanı anlatmak değil siyasi iktidarı anlamaktır. Nitekim Leviathan'ın ikinci kı-

2 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev.; Selim Lim, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, YKY Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2007, s. 11.

3 Recai G. Okandan, *Umumi Amme Hukuku: Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları*, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 75.

4 Hobbes, s. 11.

5 Nihat Bulut; "*Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı*", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 1379-1380.

6 Hobbes, s. 15.

sımda “devlet üzerine” başlığı altında devleti ele almadan evvel insanı ele almakta, böylece devlet için bizatihi insandan yola çıkmaktadır. Bu noktada Hobbes için toplum fiili olarak insanlardan, devleti ise toplumdan oluşmaktadır. Bu bakımdan Hobbes’un devletini anlamak için toplumu, toplumu kavramak için insanı, insanı tanımak içinse evvela kişinin kendini keşfetmesi gerekecektir.

A. Kaos ve Korku Ortamının Temellendirilmesi:

İnsan Doğası ve Basit Doğa Hali

Hobbes insanların doğada tamamen özgür bir halde yaşar iken neden bir anda aralarında anlaşarak devlet gibi yapay ve otoriter bir kurumu ortaya çıkardıklarını, insan doğası ve doğa halinden yola çıkarak ortaya koymaktadır. Nitekim Hobbes’a göre basit doğa halinde yaşayan insanlar özgürlük ve haklar bakımından eşittirler, ancak gücün peşinden koşmak ile barışı arzulamak arasında bocalarlar. Bu bakımdan insanlar basit doğa halinde sürekli bir ölüm tehdidi ve korkusu altında yaşamaktadır.⁷

İşte bu noktada Leviathan bu savaşa son veren bir canavar olarak ortaya karşımıza çıkar. Öyle ki Hobbes için insan yalnız, zavallı, pis, hayvansı ve kısa ömürlüdür. Bu gibi özellikleri nedeniyle doğal yaşamda varlığını sürdüremeyen insan, toplum haline geçmiştir. Fakat yine kendi kendine yeten bir birey haline gelememiştir.⁸ Bu noktada insanı kötücül bir varlık olarak ele alan Hobbes, insan doğasında üç temel kavga nedeni bulmaktadır. Bunlar rekabet, güvensizlik, şan ve şereftir.⁹

Bu bakımdan insanlar sürekli olarak kazanç, güvenlik ve şöret için mücadele halindedirler. Bununla birlikte insan özünde arkadaşlıktan zevk almayan, hatta kendisini korkutmaya yeter bir güç bulunmadığında diğerlerine saldırıma eğilimli bir varlıktır. Öyle ki daima başkalarına zarar ya da korku verecek onlardan daha büyük bir değerler koparmaya çalışır.¹⁰ Zira insan doğuştan bencil olması sebebiyle daima kendi çıkarlarına uygun hareket eder.¹¹

Böylece Hobbes insanı insan her zaman daha büyük bir hazzın peşinde koşması bakımından asla elindeki ile yetinmeyen bir varlık olarak nitelendirmektedir.¹² Hobbes’a göre insanlar kendilerini korumak ve kendi kişiliklerine

7 Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev.; Dilşad Çiğdem Sever, Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 74.

8 Cemal Bali Akal, *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 160

9 Mehmet Ali Ağaoğulları, Cemal Bali Akal, Levent Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge, 1994, s. 199.

10 Hobbes, s. 100

11 Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, 13. Basım, İstanbul, 2017, s. 106.

12 Ağaoğulları, Akal, Köker, s. 277.

yönelik aşağılama işareti gibi gördükleri küçümsenmelere karşı ise şiddet kullanırlar.¹³ Zira insan doğası gereği kendisi için zayıf, başkaları içinse kötüdür.¹⁴ Bununla yanı sıra taraf tutmaya, kibre ve öç almaya meyillidirler.¹⁵

Diğer yandan Hobbes'a göre insanlar eşittir.¹⁶ Üstelik bu eşitlik hem insanların doğaları gereği, hem de doğa halinde sahip oldukları haklar bakımından geçerlidir. Nitekim her şey üzerinde eşit ölçüde hakka sahiptirler. Ancak ona göre bu eşitlik de çatışmaya neden olmaktadır.¹⁷ Keza bu eşitlik aynı zamanda ölüm karşısındaki eşitliktir. Hobbes böylece doğa halindeki eşitliğin yarattığı kaos ortamı vasıtasıyla tabii halden sivil hale geçişin kurumsal temeli ölüm korkusu üzerine inşa eder.¹⁸

Görünen o ki Hobbes için insan doğası gereği kötücül bir varlıktır ve hırslı, öfkesine ve diğer duygularına gem vuramayacak kadar zayıftır.¹⁹ *Öyleyse herkesin herkesle savaş halinde ve eşit olduğu doğa halinde sözle yapılmış vaatlerin, zorlayıcı bir gücün korkusu olmadıkça gerçekleştirilmesi beklene- mez.*²⁰ Bu bakımdan Hobbes her ne kadar birey esas alan bir düşünür olsa da, bireyin varlığını koruyabilmesi için diğer bireylerle bir araya gelerek herkesin yekvücut olması gerektiğini düşünmektedir.²¹

B. Kaos ve Korku Ortamına Son Veren Varlık Olarak

Devletin Doğuşu

Hobbes, korkuyu kullanarak egemenliğini pekiştiren bir tüzel kişilik olarak gördüğü devleti (*civitas*), sivil toplumdaki (*societas civilis*) ayırmamaktadır.²² Dolayısıyla Hobbes'un devlet kuramında devlet ile sivil toplum eşdeğerdir.²³ Bununla birlikte Hobbes'a göre devlet kendini oluşturan bireylerin toplamından oluşan yapay bir varlık olarak doğmuştur.²⁴ Öyle ki Hobbes'un Leviathan'ı kendi cümleleri ile tanıttığı sunuş kısmında, Latince'de "*civitas*" denilen, devlet adlı büyük bir ejderhadan bahsetmektedir. Hobbes bu bölümde daha en baştan bu canavarın görevinin halkın esenliği olduğunu belirtmekle birlikte,

13 Hobbes, s. 101.

14 Ağaoğulları, Akal, Köker, s. 183.

15 Hobbes, s. 133.

16 Hobbes, s. 99.

17 Akad, Vural Dinçkol, Bulut, s. 198-200.

18 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 94-95.

19 Hobbes, s. 109.

20 Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 200.

21 Hobbes, *Önsöz*, Mehmet Ali Kılıçbay, s. 12.

22 Abdurrahman Saygılı, *Kutsal Canavar Devlet*, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 86.

23 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 46.

24 Akad, Vural Dinçkol, Bulut, s. 107-108.

bu canavarı anlatmak için “*yapay insanın doğası*” benzetimini kullanmaktan geri kalmamaktadır.²⁵

Zira Hobbes’a göre doğa halinde bulunan herkes sahip olduğu hak ve özgürlüklerden güvenlik adına feragat ederek, bir sözleşme vasıtasıyla devleti oluşturmuştur. Bu bakımdan Hobbes’a göre devlet, toplumun güvenliğinin sağlanması amacıyla bireyler tarafından oluşturulmuş kolektif bir kişidir.²⁶ Bu noktada devleti bir canavar olarak tanımlayan Hobbes’a göre devlet varlık sebebi olan güvenliği insanları korkutarak sağlayacaktır. Öyleyse devletin güvenlik ihtiyacı nedeniyle doğduğunu düşünen Hobbes için devletin kökeninde korku yatmaktadır. Görünen o ki Hobbes için korku devletin hem varlığının hem de devamlılığının nedenidir

Hobbes’un bu yaklaşımı, onun insandan yola çıkarak topluma ve devlete varan yöntemi ile örtüşmektedir. Keza ona göre insan doğası gereği kötücül bir varlıktır. Bu noktada doğa hali ise mutlak bir savaş halidir. Dolayısıyla basit doğa halinde hiç kimsenin canının güvenliği söz konusu değildir.²⁷ Öyle ki siyasi iktidardan yoksun bir ortam olan basit doğa halinde yaşayan insanların kendi güvenliklerini sağlamaları mümkün ve muteber değildir. Üstelik Hobbes’a göre zayıf insanlar üstün bir otorite altında toplanmaksızın bir araya gelerek, güvenliklerini geçici olarak sağlayabilecek olsalar da bu durum barışa değil, yeni bir çatışmaya yol açacaktır. Bu bakımdan Hobbes’a göre daimi bir barış yalnızca üstün bir otorite altında mümkün olabilir.²⁸ Dolayısıyla Hobbes için devlet toplumun yanında barışla da özdeştir.²⁹

Bu noktada Hobbes’a göre devleti oluşturmak için sağlanması gereken egemenlik iki yoldan elde edilebilecektir. Bunlardan ilki toplumun bir egemen güce kendilerini koruyacağı inancı ile gönüllü olarak aralarında anlaşmaları ve bir sözleşme ile tüm haklarını bu egemene devretmeleridir. İkinci yöntem ise zor kullanma yoluyla egemenliğin kabul ettirilmesidir. Bu yöntemde egemen ya kudreti ile bir topluma boyun eğdirmekte ya da düşmanlarını savaş yoluyla kendi iradesine tabi kılmaktadır. İlk yöntemde siyasal iktidarın sözleşme vasıtasıyla kurulması, ikinci yöntemde ise iktidarın edinimi söz konusudur.³⁰

1. Güvenlik İhtiyacının Doğurduğu Canavar: Leviathan

Hobbes barışın devletle, devletin ise toplum özdeş olduğunu düşünmekte-

25 Hobbes, s. 17.

26 Okandan, s. 78.

27 Loughlin, s. 74.

28 Hobbes, s. 134-135.

29 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 95.

30 Hobbes, s. 137.

dir.³¹ Nitekim ona göre devlet, doğa halinde yaşayan insanların güvenlik ihtiyaçları nedeniyle doğmuş bir varlıktır. Keza insanların doğası gereği kötücül olduğunu belirten Hobbes'a göre doğa hali mutlak bir savaş halidir. Dolayısıyla devlet öncesi dönemde hiç kimsenin canının güvenliği söz konusu değildir. İşte bu noktada insanlar bir araya gelerek devleti yaratmışlar. Devlet bu noktada hem barış hem de toplum ile özdeşdir.

Zira ona göre devlet, basit doğa halindeki insanların doğal haklarını barış, düzen ve güvenlikleri için zorlayıcı bir güce devretmeleri konusunda uzlaşmaları sonucu ortaya çıkmıştır.³² Hobbes için yapay bir insandan başka bir şey olmayan "civitas" (devlet) adlı o büyük ejderha doğal insanın korunması ve savunulması için yaratılmıştır. Bu canavar insandan daha büyük yapay bir bedene ve kudrete sahiptir.³³

Hobbes'a göre devlet bir Leviathan'dır, ama hiç kimse bu canavarı sevmek zorunda değildir. Hatta hiç kimse bu devlete tapmak zorunda da değildir. Çünkü devlet kutsal bir varlık değil, aksine insan yapımı yapay bir varlıktır. Belki Hobbes için insan yapımı devlet düşüncesinden bahseden ilk düşünür olarak bahsedilemez, ama "*kutsal devlet*" inancını kırma konusunda en etkili olmuş düşünür olduğu gerçeği de yadsınamaz.³⁴

Nitekim Hobbes ile birlikte modern devlet Tanrı'nın yerini almaktadır. Öyle ki herkesin herkesle savaş halinde olduğu basit doğa halini sonlandıran devlettir. Dolayısıyla insanoğlu gerçek güvenliği Tanrı ya da doğal hukukta değil, devlette bulmaktadır. Bu bakımdan Hobbes aynı zamanda pozitif hukuk ile tabii hukukun bağını kesen ilk düşünürdür. Keza onun için sivil yasalara uymak aynı zamanda tabii ya da Kilise yasalarına da uymaktır. Bu bağlamda devlete itaat, Tanrı'ya itaat demektir.³⁵

Bu noktada Hobbes devleti toplum sözleşmesinin koruyucu gücü olarak konumlandırmasıdır. Zira Hobbes ile devlet insanların toplum sözleşmesine sadık kalmasını sağlayan güç olarak tasvir edilmektedir. Dolayısıyla Hobbes için yapay bir insandan ibaret bir canavar olan Leviathan, bireyler tarafından toplumun korunması ve savunulması için yaratılmıştır.³⁶ Üstelik devletin güvenlik ihtiyacı nedeniyle ortaya çıktığı Leviathan'ın kapağında da resmedilmiştir.

Keza burada toplumu oluşturan her bir bireyin oluşturduğu bu yapay bedene

31 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 95.

32 Loughlin, s. 74.

33 Hobbes, s. 17.

34 Hobbes, *Önsöz*, Mehmet Ali Kılıçbay, s. 13.

35 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 90-105.

36 Hobbes, s. 17.

nin bir elinde ruhani iktidarı temsil eden asa, diğer elinde ise dünyevi iktidarı temsil eden kılıç bulunmaktadır. İşte Leviathan elinde tuttuğu bu kılıç göstermektedir ki, devletin varlık sebebi toplumun güvenlik ihtiyacıdır. Böylece Hobbes ile devlet bireysel güvenliğe hizmet eden bir kurum haline gelmiştir.³⁷

2. Sözleşme ile Ortaya Çıkmış Yapay Bir Canavar Olarak Devlet

Hobbes için devlet insan bedenine benzeyen bir varlıktır. İşte bu yüzden devletler de insanlar gibi belli kusurlara sahiptir. Nitekim devletler de yapılılarının doğası gereği, onlara hayat veren insanlık yaşadığı sürece yaşarlar. Dolayısıyla dıştan gelen bir müdahale ile değil, iç kargaşa nedeniyle çöktüklerinde kusuru devletin düzenleyicisi olan insanda aramak gerektir.³⁸ Bu noktada Hobbes'un sözleşmeden kastının ne olduğunu incelemek gerekmektedir. Görünen o ki Hobbes devletin bir sözleşme sonucu ortaya çıktığını varsayımından yola çıkmaktadır. Bununla birlikte devletin bir sözleşme sonucu ortaya çıktığı fikrini geliştiren ilk düşünür Hobbes değildir.

Zira Hobbes'dan çok daha evvel devletin doğadan çıkmadığı, aksine insanlar tarafından kurulmuş olduğu ve devletin kaynağının bir toplumsal sözleşmeye dayandığı fikri birçok Antik Yunan düşünür tarafından ifade edilmiştir. Öyle ki Sofistlere göre devlet, insanların güven içinde yaşayabilmelerini sağlayan insan yapısı yapay bir varlıktır. Bu noktada insan haricindeki canlıların yaşam mücadelesini tek başlarını sürdürebilecek olanaklarla donatılmış olduğunu, ancak insanların sadece toplum halinde yaşamaları halinde güven içinde yaşayabileceklerini savunmaktadırlar. İşte bu düşünceler Sofistleri devletin insanların aralarında yaptıkları bir anlaşma sonucu ortaya çıktığı fikrine götürmüştür.³⁹

Nitekim sofistlerin en önemli ve kurucu filozoflarından olan Protagoras (MÖ.481-420) devleti eşitler arası gerçekleşen bir sözleşme ürünü olarak görmektedir. Öyle ki Protagoras'a göre bu sözleşmeye toplumun tüm kesimleri eşit olarak taraf olduğu için, devletin nimetlerinden de eşit olarak faydalanacaktır. Böylece hukuk kuralları, eşitlik ve demokrasi topluma ve devlete egemen olacaktır.⁴⁰ Bununla birlikte Protagoras'a göre insanlar henüz toplum haline gelmeden evvel vahşi hayvanların pençelerinde can veren korumasız varlıklardır. Bunun sonucunda bu insanlar bir araya gelerek kendilerini güvenlik altına almak için şehirleri kurmuşlardır.⁴¹

37 Hobbes, *Önsöz*, Mehmet Ali Kılıçbay, s. 11.

38 Hobbes, s. 239.

39 Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 12.

40 Akad, Dinçkol, Bulut, s. 13.

41 Platon, *Dialoglar*, Protagoras, 7. Basım Remzi Kitabevi, İstanbul, 2010, 322b, s. 404-405.

Dolayısıyla Hobbes'dan 2000 yıl kadar evvel devlet öncesi dönemin güvensiz bir ortam olduğu, bu noktada devletin insanların güvenlik ihtiyacı nedeniyle oluşturulmuş sözleşmesel bir ürün olduğu düşüncesi ortaya atılmıştır. Üstelik bu sadece Protagoras tarafından savunulan bir fikir de değildir. Nitekim Protagoras'dan bir asır kadar sonra toplum sözleşmesi fikri bu kez Epikür (MÖ.341-270) tarafından ele alınacaktır. Zira bireyi ön planda tutarak, önce toplumu sonra da devleti yapay bir varlık olarak kabul eden Epikür de devletin kökenini toplum sözleşmesine dayandırmaktadır.

Öyle ki Epikür'e göre doğa halinde yaşayan ve doğaları gereği bencil olan insanların birbirleri ile ilişkiye girmeleri çatışmaya neden olmaktadır. İşte bu noktada Epikür'e göre devlet doğa halindeki çatışmaları sonlandırmak üzere ortaya çıkacaktır.⁴² Nitekim ona göre hukuk belli bir zamanda, belli bir yerde ortaya çıkan kötülüklerin engellenmesi için yapılan ve toplum sözleşmesi ile ortaya çıkan bir kavramdır. Zira tabiata uygun hukuk, karşılıklı olarak kötülük etmemek ve görmemek üzere yapılmış faydacı bir anlaşmadır.⁴³

Bu noktada Epikuros'a göre devletin amacı bireylerin güven içinde daha fazla haz elde etmesidir. Felsefesini ölüm korkusu üzerine inşa eden ve bunu "ölüm varken ben yokum, ben varken ölüm yok. O halde üzülecek ne var?"⁴⁴ şeklinde ifade eden bir düşünürün, güvenlik kavramını bu şekilde ifade etmesine şaşırılmamalıdır. Bu kapsamda görülmektedir ki Hobbes'dan çok daha önce iktidarın kaynağını toplumsal sözleşmede bulan düşünürler bulunmaktadır. Bununla birlikte Hobbes'un devlet kuramı, toplum sözleşmesi fikrinin zirvelerden birini temsil etmektedir.

Öyle ki Hobbes'a göre devlet insan eliyle yaratılmış olan ve dolayısıyla insan doğasına sahip olan yapay bir canavar, hatta ölümlü bir Tanrı'dır.⁴⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus ise Hobbes'un sözleşmesinin feodal uygulamadan gelmesidir. Bu bakımdan feodal döneme hakim olan egemenlik anlayışı olan ölümsüz Tanrı'nın dünyevi iktidarı, ölümlü bir Tanrı ile ikame edilmiştir. Böylece devletin sivil ve dünyevi kimliğini öne çıkartılmıştır. Bu sayede toplumsal sözleşmeye taraf olmayan Leviathan'ın ölümlü bir Tanrı olarak doğmuştur.⁴⁶

Bu husus Leviathan'ın kapak resmi incelendiğinde de açıkça görülecektir. Bu kapak resminde ufukta bir elinde meşale, diğer elinde ise kılıç bulunan ve

42 Akad, Vural Dinçkol, Bulut, s. 33.

43 Epikür, *Mektuplar ve Maksimler*, çev. Hayrullah ÖRS, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1962, para.31, s. 62.

44 Amelia Carruthers, *Writers on... Death*, Read Publishing Ltd., 2014, s. 2.

45 Loughin, s. 74.

46 Hobbes, *Önsöz*, Mehmet Ali Kılıçbay, s. 12.

yurttaşlardan meydana gelmiş dev bir kral bulunmaktadır. Görüldüğü üzere Hobbes devletin oluşumunun bireylerin ortak iradesinin ürünü olarak görmekte, yani devletin kökenini Tanrısal değil, insani olarak görmektedir. Nitekim devletin doğasını tasvir ederken de insan doğasından yola çıkmıştır.

Üstelik Leviathan elinde tuttuğu kılıç ile bireyi toplumsal sözleşme yapmaya yönelten en temel ihtiyacının güvenlik ihtiyacı olduğunu vurgulamaktadır. Peki insanlar arasındaki uyuşma ile var olan bu canavar aslı görevini, yani kendisini oluşturan insanların güvenlik ihtiyacını karşılayamazsa ne olacaktır? Görünen o ki devletin böyle bir durumda birbirleri ile anlaşarak bu canavarı yaratan insanların dağılmasına, bu durum da Leviathan'ın bedeninin dağılmasına yol açacak, dolayısıyla insan eliyle yaratılan bu yapay canavar, yine insan eliyle yok edilecektir. İşte bu yüzden her iki asayı da elinde tutan bu mutlak güç belki yeryüzünde bir Tanrı'dır ama şüphesiz ki ölümlü bir Tanrı'dır.⁴⁷

3. İktidarın Zor Kullanma Yoluyla Ele Geçirilmesi

Hobbes devletin bir sözleşme sonucu ortaya çıktığını belirtmekle birlikte, iktidarın zor yoluyla da elde edilebileceğini ifade etmektedir. Burada zorla ele geçirilmiş bir iktidar, dolayısıyla da zorla kurulmuş bir devlet söz konusudur. Dolayısıyla sözleşme ile kurulmuş devletin aksine, insanlar birbirlerinden kurttukları için egemen gücü oluşturmamakta, zor kullanan kişiye boyun eğmeleri sonucu zor kullanan kişi egemen güç haline gelmektedir. Öyle ki insanlar ölüm veya esaret korkusundan, hayatlarını ve özgürlüklerini tehdit eden bu güce boyun eğmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her iki durumda da devletin ortaya çıkmasındaki temel nedenin korku olmasıdır. Öyleyse devlet, birbirlerinden ya da hepsi birden birisinden korkan insanlar vasıtasıyla oluşmuştur.⁴⁸

Bununla birlikte Hobbes'a göre zor kullanılarak kazanılan iktidar iki yoldan elde edilebilir; soyla ve fetih yoluyla. Hobbes bu noktada ataerkil egemenliğin soyla değil sözleşme ile kazanılan bir egemenlik biçimi olarak görmektedir. Bu noktada anaların ve babaların çocukları üzerindeki soyla kazanıldıkları egemenlik hakkı ortak ve müşterektir. Hobbes'a göre pederşahî olarak adlandırılan ataerkil yönetim biçimi ise soyla değil hukukla kazanılmaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla Hobbes'a göre baba ile çocuk arasındaki otorite ilişkisi soyun değil, sözleşmenin ürünüdür. Zira bu sözleşmeye göre baba çocuğu koruyacak ve onu yetiştirecek, bunun karşılığında çocuk da babasının sözünden çıkmayacaktır.⁵⁰

47 Hobbes, *Önsöz*, Mehmet Ali Kılıçbay, s. 11-12.

48 Hobbes, s. 155.

49 Hobbes, s. 156.

50 İlhan Akın, *Devlet Doktrinleri*, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 95.

Üstelik kadın ve erkek arasında basiret ve güç olarak bir fark görmeyen Hobbes'a göre nadir de olsa maderşahi toplumlar da bulunmaktadır. Bunlardan en bilineni Amazonlardır. Nitekim Hobbes Amazonların döl almak için komşu ülkelerin erkekleriyle anlaşmalar yaparak, doğurdukları çocuk erkekse bu ülkelere gönderildiği, kız çocuklarının ise Amazonlar tarafından alıkonulduğunu belirtmektedir.⁵¹

Soyla elde edilen egemenliği bu şekilde yorumlayan Hobbes, despotik hâkimiyetin ise fetih ya da rıza yoluyla elde edilebileceğini ifade etmektedir. Zira ona göre savaşta kazanılan bir zafer söz konusu ise bu hakimiyet efendinin uşağı üzerindeki hâkimiyete benzer. Öyle ki bir savaşı kaybeden taraf, kendisini bekleyen ölüm tehlikesinden kaçabilmek için açıkça veya zımnen muzafferin boyunduruğuna girer. Böylece hayatını ve bedensel özgürlüğünü muzaffere teslim ederek bir uşak olur. Güce boyun eğen bu insanların ilk amacı galibin o andaki öfkesinden kurtulmak ve canlarını korumaktır. Sonrasında ise fidye veya hizmet yolu ile hayatlarını kurtarmayı düşünmektedirler.⁵²

C. Bir Leviathan Olarak Egemenin Hak ve Yükümlülükleri

Hobbes'a göre hem zor yoluyla kurulan, yani ataerkil ve despotik hâkimiyetlerin, hem de sözleşmeyle kurulmuş olan egemenin hakları tamamen aynıdır. Zira egemen her ikisinde de mutlak egemenlik sahibidir. Nitekim bir devlette mutlak egemenlik yok demek, o devlette hiçbir egemenlik yok demektir. Keza herkesin kendini kendi kılıcıyla yasal olarak koruduğu ortam basit doğa halindeki savaş durumudur.⁵³

Bu kapsamda egemen güç asla bölünemez ve hiçbir koşulda hiçbir şeye bağlı olamaz.⁵⁴ Bu bakımdan egemen uyrukları tarafından suçlanamaz ve cezalandırılmaz. Öyle ki egemen barış için neyin gerekli olduğunun ve tüm diğer fikirlerin yargıcisidir. Tek yasa koyucu odur. Yüksek devlet görevlilerini, danışmanları, komutanları, memurları ve bakanları seçme görevi egemene aittir. Ödülleri, cezaları, paye ve unvanları dağıtmak hakkı da egemenindir.⁵⁵

Bununla birlikte Hobbes'a göre kendisini oluşturan insanların bedenlerinden oluşan bu canavar, tıpkı kendisini oluşturan insanlar gibi ölümlüdür. Ancak bu ölümlü canavar yeryüzündeki hiçbir şeyden korkmayacak şekilde yaratılmıştır. Diğer yandan bu canavar doğa yasaları ile bağlıdır. Bu sebeple yeryüzünün mutlak egemeninin gökyüzündeki sınırlarını doğa yasaları ile çizilmiştir.⁵⁶

51 Hobbes, s. 156.

52 Hobbes, s. 157-158.

53 Hobbes, s. 159.

54 Göze, s. 159-161.

55 Hobbes, s. 155-156.

56 Hobbes, s. 225.

1. Yeryüzünün Ölümlü Tanrısı'nın Yetki ve Görevleri

Hobbes'a göre basit doğa halinde yaşayan herkesin varlığı diğerlerinin tehdidi altındadır. Bu bakımdan koruyucu bir güce ihtiyaç duyarlar. İşte bunun için doğa halinde yaşayan herkes bu halin getirdiği sınırsız özgürlükten ve her şey üzerindeki hakkından, herkesin riayet edeceği üstün bir güç lehine feragat etmelidir.⁵⁷ Üstelik devlet öncesi dönemde mülkiyetten söz edilemez. Bununla birlikte Hobbes'a göre herkesin her şeye üstünde eşit olarak hak sahip olduğu bu ortamda, kendisinden başka bir güvencesi bulunmayan insanın çalışması da gereksizdir. Öyle ki bu ortamda çalışmanın karşılığı belirsiz, elde edilecek kazancın korunumuysa muallaktır.⁵⁸

Diğer yandan basit doğa halinde insanların birbirini öldürmemesi için bir sebep yoktur, çünkü aralarında bu konuda bir anlaşma yoktur. Öyleyse ortada yasa olmadığı gibi, suç da söz konusu değildir.⁵⁹ Bunun yanı sıra doğa halinde mülkiyet ve suçtan söz edilemeyeceği gibi adaletten de söz edilemez. Nitekim adalet tabiatın değil, toplumun işidir.⁶⁰ İşte bu noktada temelinde güç ve adaletin yer aldığı devlet ortaya çıkacak, bu iki unsur uyrukların güvenliği sağlayacaktır.⁶¹

a. Mülkiyeti Koruma

Doğa halinde herkes her şeyin üzerinde hak sahibi olması demek, hiç kimse- nin hiçbir şey üzerinde tek başına iktidar sahibi olmaması demektir. Bu nedenle kendisi ait bir şeyin bulunmadığı bir ortamda mülkiyetten söz edilemez. Bu manada mülkiyet doğa halinde herkesin sahip olduğu hakların bir sözleşmeyle karşılıklı olarak üstün bir otoriteye devri neticesinde, yani zorlayıcı bir gücün koruması altında doğacaktır.⁶²

Öyle ki doğa halinde henüz benim, senin, onunkinin ayrımı gelişmemiştir. Nitekim doğa halinde yaşayan herkes zor yoluyla ele geçirebildiği ve elinde tutabildiği şeylerin sahibidir. Dolayısıyla böyle bir ortamda mülkiyetten söz edilemez. Hobbes'a göre bu belirsizlik hali, basit doğa ortamındaki sürekli savaşın esas sebebidir. Doğa halindeki bu belirsizliği sonlandıracak olan ise devlettir. Zira Hobbes'a göre insanlar arasındaki sahiplikler bakımından ilk ayrım ve paylaşım egemen güç tarafından yapılmıştır.⁶³

Öyleyse Hobbes'a göre mülkiyet kavramı ve hakkı devletin doğuşu ile ger-

57 Okandan, s. 77.

58 Hobbes, s. 101.

59 Hobbes, 101-106.

60 Akal, *Devlet Kuramı*, s. 159.

61 Hobbes, s. 231.

62 Hobbes, s. 114.

63 Hobbes, s. 188-189.

çekleşmiştir. Keza ona göre egemen gücün koruması olmadıkça, herkes her şey üzerinde eşit ölçüde hak sahibidir.⁶⁴ Bu bakımdan mülkiyet hakkı egemenin bu hakkı koruduğu ölçüde var olmaktadır. Egemenin bu hakkı dışlanırsa, egemen insanları ne dış düşmanlardan, ne de birbirlerine zarar vermekten koruyamaz. Böylece ortada mülkiyet hakkı kalmadığı gibi devlet de kalmaz.⁶⁵

Dolayısıyla Hobbes'a göre kamu barışı için egemen güce bağlı bir mülkiyet hakkı söz konusudur. Bu bakımdan her bir uyruk için diğer uyruklarca engellenmeden, yararlanabileceği şeyleri ve yapabileceği eylemleri gösteren kurallar koyma yetkisi egemenliğin parçasıdır. İşte bu da Hobbes'a göre insanların mülkiyet dedikleri şeydir. Bu kapsamda egemen güce bağlı mülkiyet, egemen gücün barış ve güvenliği sağlama eyleminden başka bir şey değildir.⁶⁶

b. Adaleti Sağlama

Hobbes için adalet herkesin hak ettiğini sürekli olarak elde edebiliyor olması demektir. Ancak gücünün haklı olduğu bir ortamda adaletten söz edilemez. Bu nedenle adalet kavramından söz edilebilmesi için insanları sözlerini yerine getirmeye eşit olarak zorlayacak bir güce ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak böylesine zorlayıcı bir güç devletten evvel bulunmamaktadır. Öyleyse adalet ancak herkesin her şey üzerindeki hakkından vazgeçmesi ve devredilen bu hakların başkaları tarafından kullanılmasının engellenmesi ile sağlanabilecektir. Dolayısıyla devletin yani siyasi iktidarın olmadığı yerde adalet söz konusu olamayacaktır.⁶⁷

Nitekim devletin doğuşu ile birlikte egemen adaleti bütün halk katmanlarına eşit biçimde dağıtmakla yükümlü hale gelecektir. Bu noktada adalet toplum içindeki yoksul ve tanınmamış kişilerin, varlıklı ve güçlülere karşı korunduğu ölçüde gerçekleşecektir. Bu sebeple egemen gerekirse kamusal yardımda bulunacaktır. Nitekim pek çok insan kaçınılmaz olarak hayatlarını kendi emekleriyle sürdüremez durumdadır. Bu bakımdan bir egemen yardıma muhtaç kişileri özel kişilerin hayırseverliğine terk edilmemelidir.⁶⁸

Görünen o ki Hobbes'a göre adalet devletle birlikte ortaya çıkan bir kavramdır. Bununla birlikte Hobbes güvenlik ile adaleti birbirinden ayırmamakta, adaletin varlığını yurttaşların güvenliğinde bulmaktadır. Zira unutulmamalıdır ki Hobbes için devletin varlık nedeni adaleti gerçekleştirmek değil, yurttaşların güvenliğini sağlamaktır.⁶⁹

64 Akın, s. 93.

65 Hobbes, s. 243.

66 Hobbes, s. 141.

67 Hobbes, s. 114.

68 Hobbes, s. 256-257.

69 Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 96.

2. Egemenlik Hakları ve Uyrukların Egemene Karşı Ödevleri

Hobbes, çağında yaşanan kaosların nedenini Ortaçağ'ın bölünmüş iktidar yapısında bulmakta ege egemenin mutlak ve sınırsız olması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim ona göre uzun süre ayakta kalmış devletlerde uyruklar egemen gücü asla tartışmamışlardır. Öyle ki Hobbes egemen gücün aşırı büyük olduğunu düşünerek onu sınırlamaya çalışanların, kendini onu sınırlayabilecek başka bir güce tabi olmak zorunda kalacağını ifade etmektedir.⁷⁰

Bununla birlikte insanların tüm haklarından feragat ederek oluşturdukları egemene karşı birtakım ödevleri bulunmaktadır. Bu ödevler egemenlik hakları üzerinden somutlaşmaktadır. Bu noktada temel bir egemenlik hakkını terk etmek, egemenin varoluş amacına aykırıdır. Keza temel egemenlik hakları kaldırıldığında egemenlik işlevsizleşir. Böylece devlet dağılır ve herkesin herkesle savaş halinde olduğu duruma geri dönlür. Bu bakımdan bu hakları eksiksiz olarak sürdürmek egemenin yegane görevidir. Dolayısıyla herhangi bir egemenlik hakkının terk ya da devir edilmesi mümkün değildir. Zira egemeni Leviathan yapan güç temel egemenlik haklarıdır.⁷¹

Devlet öncesi dönemde ise doğa halinde yaşayan herkes her şey üzerinde hak sahibidir. Ancak egemenin ortaya çıkışı ile birlikte kimin neyin üzerine hak sahibi olabileceğine ancak egemen karar verebilecektir. Bu kapsamda bir devlette kural koyma tekeli yalnız egemene aittir. Diğer yandan yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da egemenindir. Bu bakımdan Hobbes, ortaya çıkabilecek bütün anlaşmazlıkları dinleyip çözüme bağlama hakkını egemenliğin parçası olarak görmektedir.⁷²

Üstelik egemen güç doğa halinde mevcut olan tüm haklardan ve özgürlüklerden vazgeçilerek meydana getirilmiştir. Öyleyse insan yapımı bu varlığın bir takım hak ve yetkileri olduğu gibi, devletin hakimiyetinde yaşayan uyrukların özgürlüklerinin de birtakım sınırlamaları olacaktır. Bu noktada uyruklar başka bir egemene tabi olamaz, hükümet şeklini değiştiremez veya egemeni alaşağı edemez.⁷³ Zira uyruklar bir topluma katılmakla çoğunluğun kararına uyulacağına zımnen de olsa söz verilmiş demektir. Bu bakımdan uyruklar tarafından egemenin yapacağı bütün eylemler, zımnen de olsa en baştan kabul edilmiştir. Öyle ki gerekirse egemen tarafından haklı olarak yok edilmeye dahi razı olacaktır.⁷⁴

70 Hobbes, s. 161-162.

71 Hobbes, s. 251.

72 Hobbes, s. 142.

73 Göze, s. 159.

74 Hobbes, s. 137-139.

Öyleyse bir egemenin salt kendisi tutkusuna hizmet eden şeyleri de emretmesi mümkündür. Ancak burada doğa yasasının ihlali söz konusudur. Yine de uyruklar egemeni oluştururken onun tüm eylemlerine izin vermişlerdir. Dolayısıyla egemene bu gücü bahsetmekle, onun tüm eylemlerini kendilerinin kılmışlardır. Bu sebeple hiçbir uyruğun egemene karşı savaşmak veya egemeni adaletsizlikle suçlamak yetkisi söz konusu olamayacaktır.⁷⁵

Hobbes bu bağlamda egemen güce yani mutlak iktidara itiraz etme özgürlüğünü kendinde bulan uyrukları bağırsak solucanlarına benzetmektedir. Zira ona göre sürekli olarak temel yasalara karşı çıkan kişiler, devleti rahatsız etmekten başka bir işe de yaramazlar.⁷⁶ Bu noktada Hobbes'a göre devlet düzeni içinde özgürlük, yasanın yasaklamadığı şeyleri yapmaktadır.⁷⁷ Dolayısıyla egemen güce itiraz asla mümkün değildir. Ancak kamusal kuruluşların kararlarına itiraz etmek bazen yasalıdır. Görünen o ki Hobbes egemen ile temsilciyi birbirinden ayırmakta, temsilciye yönelik itirazı mümkün kılmaktadır.⁷⁸

II. Hukuk Devleti: Güvenliğin Hukukun Üstünlüğü Altında Sağlanması

Modern devletin doğuşu ile birlikte sosyal, siyasal ve kültürel alanda yaşanan değişimler, yeni bir siyasi iktidar biçiminin doğumuna yol açmıştır. Nitekim bu süreç mutlak monarşilerin hem ekonomik, hem de siyasal olarak liberalleşmesine sebep olmuştur. Böylece mutlak monarşiler yerlerini önce anayasa, sonrasında ise demokratik yönetimlere bırakmışlardır.

Bu kapsamda hukuk devleti, devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemin ifadesi olarak ortaya çıkmıştır. Böylelikle güvenlik, devletin varoluş amacı olmaktan çıkarak, hukuk düzeninin bir unsuru haline getirilmiştir. Zira hukuk devleti ile birlikte devlet sadece güvenliği sağlamakla değil özgürlük, eşitlik, insan onurunu korumakla da yükümlü hale gelmiştir. Böylece güvenlik devletin varoluş amacı olmaktan çıkarak, hak ve özgürlükleri sınırlama aracına dönüşmüştür.⁷⁹

Dolayısıyla modern devletin aksine hukuk devletinin varoluş amacı güvenliğin sağlanması değil, özgürlüklerin güvenlik içinde sağlanmasıdır. Siyasal iktidar biçiminde yaşanan bu değişim ile birlikte devletler güvenlik ihtiyaçlarını hukukileştirme yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda hukuk devleti güvenlik kavramının hukukileşmesine zemin hazırlamıştır.

75 Hobbes, s. 190.

76 Hobbes, s. 248.

77 Göze, s. 161.

78 Hobbes, s. 176.

79 Nihat Bulut; "Sahte Bir Karşının Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 307-308.

A. Temel Bir Kamu Hizmeti Olarak Güvenlik

Modern devletin ortaya çıkması ile birlikte Avrupa'da feodal düzenden ulus devlete doğru bir geçiş yaşanmıştır. Nitekim 1648 yılında Westphalia Barışı ile Avrupa'da bir güç dengesi oluşturularak, Avrupa'nın kendi yasalarına göre hareket eden devletlerden oluştuğu kabul edilmiştir. Üstelik Westphalia'ya göre bu devletler siyasi ve ekonomik olarak kendi çıkarlarını izlemektedir.⁸⁰

Bu manada egemenlik kavramı üzerine inşa edilmiş ulus-devlet sistemini ifade eden "Westphalia Sistemi", Otuz Yıl Savaşları'nın ardından imzalanan Westphalia Barışı'nın ürünüdür.⁸¹ Westphalia ile başlayan bu sürecin İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar sürdüğü söylenebilir. Üstelik Westphalia ile birlikte Hobbes'un tabiat hali devletlerarası bir model haline getirilerek uluslararası arena, tüm devletlerin diğer devletler ile savaş halinde olduğu bir hal olarak görülmüştür.⁸²

Öyleyse bu modele göre uluslararası düzen eşit ve egemen ulus devletlerden oluşmaktadır. Dolayısıyla tüm güvenlik tehditleri dış kaynaklıdır ve ancak başka bir devletten kaynaklanabilir. Bu noktada devletin varlık nedeni ise bu tehlikelerin bertaraf edilmesidir. Bununla birlikte 17. yüzyıldan itibaren iç ve dış güvenlik ayırımının oluşmaya başlamasıyla birlikte iç güvenlik asayişle, dış güvenlik ise askeri politika ve uluslararası hukuk ile ilişkilendirilmeye başlamıştır. Özellikle Hobbes'un ve Pufendorf'un da etkisiyle iç güvenlik egemenin halka karşı temel görevi olarak görülür olmuştur.⁸³

Diğer yandan Amerikan'da ve Fransa'da yaşanan gelişmeler, güvenliğin özgürlüklerle ilişkilendirilmesine ve temel insan haklarından biri olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Keza güvenlik; Amerikan Anayasası'nda özgürlükle ilişkilendirilirken, Yurttaş Hakları Bildirgesi ile dört temel haktan biri olarak ilan edilmiştir.⁸⁴ Ancak modern devlet ile birlikte ortaya çıkan mutlakiyetçi görüşe göre siyasi iktidar, hem içeride hem de dışarıda mutlak bir güçtür. Liberal görüşün özgürlük ve insan hakları vurgusu ise bu mutlakiyeti sınırlamaktadır.⁸⁵ Keza liberal düşünceye göre devletin üç temel görevi dış güvenlik (savunma), iç

80 Oktay Uygun; "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, s. 250. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg20/uygun.pdf (10.12.2018).

81 T.C. İçişleri Bakanlığı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, "İnsani Müdahale", *Güvenlik Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı, 2017, s. 320.

82 Uygun, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", s. 2.

83 Hans Günter Brauch, "Güvenliğin Yeniden Kavramsallaştırılması: Barış, Güvenlik, Kalkınma ve Çevre Kavramsal Dörtlüsü", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 5, Sayı 18, Yaz 2008, s. 3.

84 Brauch, s. 3.

85 Uygun, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", s. 2.

güvenlik ve adalet hizmetlerinin sağlanmasıdır. Bu görüşe göre devlet güvenliği sağlamalı ve adalet hizmetlerini yerine getirmelidir, ancak vatandaşlarının diğer faaliyetlerine müdahale etmemelidir.⁸⁶

Nitekim liberal bir düşünür olan Hume'ın düşüncesi de bu yöndedir. Keza Hume'a göre devlet adaleti tesis etme amacıyla oluşturulmuş bir siyasi birliktir ve adalet olmadan barış ve güvenlik sağlanamaz.⁸⁷ Zira Hume'a göre insanlar toplumun devamlılığı için barış ve düzeninin, yani iç ve dış güvenliğin sağlanması gerektiğinin farkındadır. Bu bakımdan da toplum içinde adaleti tesis edecek bir iktidara ihtiyaç duymuşlardır.⁸⁸

Bu noktada Hume'a göre siyasi toplum, insanların özgür ve bağımsız olduğu zaman sahip olamadığı iki şeyi içermektedir: güvenlik ve koruma.⁸⁹ Öyle ki her ne kadar özgürlüğü sivil toplumun mükemmelleşmesi olarak görse de, otoriteyi de özgürlüğün mevcudiyeti için gerekli, hatta zorunlu olarak görmektedir. Ancak ona göre özgürlüklerden vazgeçerek meydana getirilen bu iktidar mutlak ve kontrolsüz değildir.⁹⁰

Liberal görüşün bir diğer önemli temsilcisi Adam Smith'inde görüşleri bu yöndedir. Bu noktada Smith doğal serbestlik sistemine göre hükümdarın üç temel görevi olduğunu belirtmektedir. Bu görevlerin ilki topluluğu diğer topluluklardan korumak yani güvenliğini sağlamaktadır. Hükümdarın ikinci görevi ise topluluğun her üyesini haksızlıklara karşı koruyarak adaleti daim kılmaktır. Smith'e göre hükümdarın üçüncü ve son görevi ise, bir takım bayındırlık işleri ile kamusal görevleri idame ve ikame etmektir.⁹¹

Bu kapsamda güvenliği özgürlükte arayan liberal görüşün tesiri ile adalet ve güvenlik, hukuk devletinin iki temel misyonu olarak belirlenmiştir. Böylece hukuk devleti güvenliği hukukileştirmekle kalmamış, güvenliğin sınırını özgürlüklerle çizmiştir. Zira hukuk devleti ile birlikte güvenlik devletin varoluş amacı olmaktan çıkarak, adalet ile birlikte temel kamu hizmetlerinden biri haline gelmiştir.

Ancak güvenliğin bir kamu hizmeti haline getirilmesi demek, özgürlüklerin sınırsız hale getirilmesi demek değildir. Keza hukuk devleti kamu düzeni-

86 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s. 155.

87 David Hume, *Essays: Moral, Political, and Literary*, Ed.; Eugene F. Miller, Indianapolis: Liberty Fund 1987, s. 41, <http://oll.libertyfund.org/titles/704>, (25.10. 2018).

88 Hume, *Essays: Moral, Political, and Literary*, s. 42.

89 Hume, *A Treatise of Human Nature*, 826.

90 Hume, *Essays: Moral, Political, and Literary*, s. 42.

91 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of "The Wealth of Nations"*, Ed.; Edwin Cannan, ElecBook Classics, London, Book 4, Chap.IX., s. 914. www.elecbook.com. (04.11.2018).

ni sağlanmak ve korunmak için hak ve özgürlükleri sınırlandırmayı zorunlu görmektedir. Dolayısıyla hukuk devleti sınırsız değil, düzen içinde sınırlı bir özgürlüğü hedeflemektedir. Bu noktada hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının temel sebebi ise güvenlik ihtiyacıdır.⁹²

Nitekim 1982 Anayasası'nda da görüleceği üzere güvenlik, temel hak ve özgürlükleri sınırlama nedenidir. Zira Anayasa'nın 20., 21., 22., 26., 28., 31., 33., 34. ve 51. maddelerinde sayılan temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Bununla birlikte Anayasamızın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının da bir sınırı olacağı ifade edilmektedir.⁹³ Bu durum göstermektedir ki hukuk devleti güvenlik sebebiyle temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilmektedir. Lakin bu sınırlandırmanın da bazı sınırları bulunmaktadır.

B. Sınırın Sınırı

Yukarıda hak ve özgürlüklerin güvenlik nedeniyle sınırlandırılabilmesi durumlarına değinmiştik. Nitekim yukarıda belirtmiş olduğumuz düzenlemeler ya doğrudan güvenlik gerekçesiyle düzenlenmekte, ya da dolaylı olarak güvenliğin sağlanmasına hizmet etmektedir. Ancak güvenlik nedeniyle temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda bazı ilkelerin esas alınması gerekmektedir.

Sınırın sınırı olarak adlandıracağımız bu ilkelerin nihai hedefi, özgürlük ile güvenlik arasında bir denge kurulmasını sağlamak ve güvenlik için özgürlüğün feda edilmesinin önüne geçmektir. Keza devlet özgürlüğün şartıdır, ancak tek başına bir amaç değildir. Dolayısıyla devlet ile birey ilişkisinde, devlet bireye yeğlenmemelidir. Bu bakımdan yapılacak sınırlamalarda "özgürlük kural, sınırlama istisna" olmalıdır. Öyleyse hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar istisnai olmalı ve sadece belli somut şartlar altında getirilmelidir.⁹⁴

Bütün bu genel prensiplerin yanı sıra, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md.13'te de belirtildiği üzere, bu sınırlamanın da belirli sınırları olmalıdır. Keza söz konusu düzenlemeye göre sınırlama yasa ile yapılmalı, ölçülü olmalı ve nedene bağlılık ilkesi gözetilmelidir. Bununla birlikte ilgili sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun, laik Cumhuriyetin gereklerine ise aykırı olmamalıdır. Söz konusu sınırlama ayrıca hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.

92 Bulut, "Sahte Bir Karşının Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 309-310.

93 <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. (09.07.2018).

94 Nihat Bulut, "Sahte Bir Karşının Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 310-311.

1. Yasallık

Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ilki sınırı, söz konusu sınırlandırmanın yasa ile yapılmasıdır. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin yürütme organının düzenleyici işlemleri ile sınırlandırılması kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte söz konusu yasal sınırlamasının açık ve belirgin olması gerektiği de unutulmamalıdır. Böylece öngörülebilirlik ilkesi de sağlanmış olacaktır.⁹⁵

2. Ölçülülük

Ölçülülük ilkesine göre hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu gibi birbiri ile ölçülü de olmalıdır. Dolayısıyla sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir ilişki kurulmalıdır. Böylelikle özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önüne geçilmelidir. Bu kapsamda sınırın sınırını üç farklı kriter teşkil edecektir: elverişlilik, gereklilik ve orantılılık.⁹⁶ Bu kriterlerden elverişlilik ilkesine göre yapılan müdahale, güdülen amacı gerçekleştirmeye uygun olmalıdır. Gereklilik ilkesine göre ise araç amacı gerçekleştirmek için zorunlu olmalı, yani mümkün olan en hafif müdahale tercih edilmelidir.⁹⁷ Orantılılık ilkesine göre ise kullanılan araç ile varılmak istenen amaç birbirine göre ölçsüz olmamalıdır.⁹⁸

3. Anayasa'da Öngörülen Sebeplere Dayanılması ve Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk

Hak ve hürriyetler yasayla sınırlandırılabilir olmakla birlikte, söz konusu yasal sınırlamanın da bazı sınırları vardır. Nitekim söz konusu sınırlama Anayasa öngörülen sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla söz konusu sınırlamalar, Anayasa'da belirtilen özel sınırlama sebepleri ile sınırlı ve sadece geçtikleri maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetlere ilişkin olabilecektir.⁹⁹ Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.35'te yer alan, mülkiyet hakkının sadece kamu yararı nedeniyle sınırlandırılacağına ilişkin düzenleme özel sınırlama sebeplerine örnek olarak verilebilir.

95 Bulut, "Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 311.

96 Bulut, "Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 312.

97 Zafer Gören, "Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2, s. 51.

98 Bulut, "Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", 312.

99 Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, s. 56-57.

4. Demokratik Toplum Düzenine Aykırı Olmama

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin bir diğer sınırlama da, gerçekleştirilen sınırlamanın demokratik toplum düzenine uygun olmasıdır. Öyleyse Anayasamızın 13. maddesine göre hakların özüne dokunmayan sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olabilmektedir. Nitekim bu düzenlemeye göre getirilecek sınırlamalar hem hakların özüne dokunmamalı, hem de demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır. Görünen o ki Anayasamıza getirilen bu kriter ile hakların özüne dokunmayan sınırlamalar hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli görünmemiş, hakların daha geniş ve özgürlükçü olarak korumasını hedeflenmiştir.¹⁰⁰

5. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Uygun Olma

Sınırın sınırı olarak genel ilke niteliğinde olan sınırlamalardan bir diğeri de, yapılacak sınırlamaların laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmasıdır. Nitekim Anayasamızın 13. maddesinin lafzına göre, demokratik toplum düzenine uygun olan sınırlamalar aynı zamanda laik Cumhuriyetin gereklerine de uygun olmalıdır. Ancak doktrinde demokrasi ile laiklik arasında doğrusal bir ilişki olmadığı ifade edilmektedir. Örneğin İngiltere ve İsrail gibi devletler laik olmamakla birlikte demokratiktirler.¹⁰¹

Yine başka bir görüşe göre laik Cumhuriyetlerin tümü temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermez. Keza bu görüşe göre SSCB lâik bir Cumhuriyet olmakla birlikte insan haklarına saygılı değildir.¹⁰² Ancak sınırın sınırı olarak getirilen bu düzenleme, laiklik ilkesine verilen değeri ve önemi göstermektedir. Nitekim diğer bir görüşe göre, getirilen düzenleme ile laik cumhuriyetin dini inançlar karşısındaki objektifliğine aykırı düzenlemelerin ve belirli bir dinin topluma empoze edilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.¹⁰³

6. Olağanüstü Hal ve Çekirdek Haklar

Olağan hukuk düzeni içinde hak ve özgürlüklere ilişkin bazı sınırlamalar getirilebildiğini belirtmiştik. Bununla birlikte savaş, seferberlik, ayaklanma, deprem ve büyük ekonomik buhranlar gibi olağan hukuk düzeninin yetersiz kaldığı hallerde bu tedbirlerin etkisiz kaldığı görülmektedir. Keza bu tip du-

100 Zühtü Aslan; "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, Cilt:19, s. 152. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/ana-yasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf, (05.11.2018).

101 Abdurrahman Eren; "Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. maddeye İlave Edilen 'Laik Cumhuriyetin Gerekleri' Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2002/3, s. 44-45. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2002-20023-796>, (05.11.2018).

102 Gözler, "Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", s. 62.

103 Gören, s. 56.

rumlarda ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında özgürlüklerden ödün verilerek özgürlük otorite arasındaki denge otorite yönünde bozulmaktadır.¹⁰⁴

Nitekim olağanüstü dönemlerde hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılması ve hatta durdurulması söz konusu olabilmektedir. Ancak olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılması mümkün olmayan haklar vardır. Zira AİHS ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacak haklar düzenlenmektedir.¹⁰⁵ Öyle ki AİHS m.15'e göre, olağanüstü hallerde meşru savaş fiilleri sonucu meydana gelen ölüm halleri hariç olmak üzere; yaşam hakkına (md.2), işkence yasağına (md.3), kulluk-kölelik yasağına (md.4/1) ve kanunsuz ceza olmaz prensibine aykırı tedbirler alınması mümkün değildir.¹⁰⁶

Yine Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.4'e göre olağanüstü hallerde uluslararası hukukun getirdiği yükümlülükler aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemek kaydıyla sözleşmeye aykırı tedbirler alınabilir. Ancak bu tedbirler sözleşme ile korunan yaşam hakkına (md.6), işkence yasağına (md.7), kulluk-kölelik yasağına (md.8/1-2), borç nedeniyle hapis yasağına (md.11), kanunsuz ceza olmaz prensibine (md.15), kişi olarak tanınma hakkına (md.16), düşünce-din-vicdan özgürlüğüne (m.18) aykırı olmaz.¹⁰⁷

Bununla birlikte olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere getirilen bu sınırlamaların, sınırlanan hak ve özgürlüklerden tamamen vazgeçmeyi gerektirecek derecede ve nitelikte olmaması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu noktada sınırın sınırını hakkın özü kavramı oluşturmaktadır. Son olarak belirtmek isteriz ki, doktrinde hakkın özü kavramının belirgin olmadığı ve uluslararası metinlerde hakkın özün kriterinden ziyade demokratik toplum düzeni kriterinin kullanıldığına dair görüşler de yer almaktadır.¹⁰⁹

III. Hukuk Devletinın Güvenlik Devletine Dönüşümü

21.yy. devletlerin güvenlikleri konusunda yetki paylaşımından kaçındığı bir dönemdir. Dolayısıyla 21.yy. Hobbes'un devlet kuramına yaklaştığı bir dönem olmuştur. Zira terörist devlet, demokrasi ithalatı, önleyici meşru müdafaa gibi kavramların güvenlik literatürüne katılarak olağanüstü halin ola-

104 Bulut, "Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 313-314.

105 Bulut, "Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", s. 314.

106 <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>. (07.07.2018).

107 [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/siyasi.pdf\(07.07.2018\)](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/siyasi.pdf(07.07.2018))

108 Gören, s. 52-53.

109 Gözler, "Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", s. 59.

ğanlaştığı bu dönem, hukuk devletinin aslında bir güvenlik devleti olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan güvenlikçi devletin uzak temellerini Hobbes'a götürdüğümüz çalışmamızın bu kısmında, evvela Schmitt'in korku odaklı güvenlik yaklaşımını ve Benjamin ile devletin şiddeti nasıl meşrulaştırdığı ortaya koyulacaktır.

Ardındansa sırasıyla Derrida ile şiddet tekeli elinde bulunduran otoritenin mistik temelleri, Leo Strauss ile Batı'nın 20.yy.da içine düştüğü modernite krizi ve Agamben'in ortaya koyduğu olağanüstü hal yaklaşımı incelenecektir. Güvenlikçi devletin siyasi temellerini bu şekilde irdeledikten sonra mukayeseli bir çalışma ile güvenlikçi devlet pratiğinin hukuki boyutunu ortaya koyulacaktır.

A. Şiddetin Meşruiyeti ve Olağanüstü Halin Olağanlaştırılması Bağlamında Güvenlik Devletinin Geç Dönem Düşünsel Temelleri

1. Carl Schmitt: Siyasal Korku ve Güvenlik

Güvenlik devletinin yakın dönem temellerine değineceğimiz bu bölümde ele alacağımız ilk düşünür Schmitt olacaktır. Bu kapsamda evvela Schmitt için siyasi olanın ne olduğuna değinmek gerekecektir. Zira güvenlik devletinin düşünsel temellerini teşkil eden Schmitt'in egemenini anlamak için öncelikle bu kavram anlaşılmalıdır. Öyle ki Schmitt "*Siyasal Kavramı*" adlı eserinin giriş cümlesinde siyasi kavramının devlet kavramından önce geldiğini açıkça ifade etmektedir.¹¹⁰

Nitekim devleti siyasi bir birlik olarak ele alan Schmitt, siyasi olanı koruma-itaat ilkesinden yola çıkarak ele almaktadır. Schmitt bu noktada siyasi kavramını ise dost düşman ayrımı üzerinden somutlaştırmaktadır. Üstelik bu devasa yetki devletin sadece düşmanının değil, vatandaşlarının yaşamları üzerinde de tasarrufta bulunabileceğine işaret etmektedir. İşte bu noktada ona göre "*protego ergo obligo*" (korkuyorum o halde kendime bağlıyorum) cümlesi, devletin "*cogito ergo sum*" ilkesine karşılık gelmektedir. Oysa liberal devlet güvenliği, güven ve düzeni sağlamak üzere hukukileşmiştir.¹¹¹

Bu bakımdan liberal görüş ortaya bir devlet teorisi koymak yerine, siyasi olanı ahlaka ve ekonomiye tabi kılmaya çalışmaktadır. Keza kuvvetler ayrılığı ve dengesi esasına dayanan liberal görüş, devletin sınırlanması ve denetlenmesine hizmet etmektedir. Ancak ortaya kendine özgü bir devlet reformu koymamaktadır. Bu durum göstermektedir ki gerçek siyasi teorilerin tümü insanı kötü varsayan ya da en azından tehlikeli bir varlık olarak ele alan teori-

110 Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, Çev.; Ece Göztepe, 2. Basım, Metis Yayınları, Aralık 2012, s. 50.

111 Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 75-82.

lerdir. Schmitt'e göre bu kötümserlik, dost ve düşman ayırımına ilişkin gerçekliği ortaya koymaktadır. Nitekim bu düşünce her ne kadar korkunç ve hasta bir fantezinin ürünü olarak görülse de, sadece olası bir varsayımdır. Keza daimi bir düşman olasılığı aracılığı ile güvenlik ihtiyacı korku üzerinden somutlaştırılmaktadır.¹¹²

Zira Schmitt için bir siyasal birlik gerektiğinde yaşamın feda edilmesini talep edebilmelidir. Liberal görüşün bireyselliği ise bu talebi asla dile getirmez. Öyle ki liberal görüşün tüm ıstırapı şiddete ve esarete karşı çıkmasıdır. Liberal görüşün başından beri devlete ve siyasete şiddet ithamında bulunuyor olması da bu düşünceyi doğrulamaktadır. Bu anlamda liberalizmde devletten ve siyasetten arta kalan tek şey olarak özgürlüğü güvence altına almaktır.¹¹³

Siyasal kavramını bu şekilde ortaya koyan Schmitt, modern devlet kuramının dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları üzerine inşa edildiğini düşünmektedir. Keza ona göre ilahiyatın her şeye kadir Tanrısı, modern devletin her şeye kadir koruyucusu haline gelmiştir. Dolayısıyla monarkın kişisel egemenliği, tek Tanrıca ilahiyattan devralınan kıyaslarla ideolojik olarak desteklenmektedir. Öyleyse siyasi ilahiyat düşüncesi ortaya yeni bir doktrin koymaktan çok olanı, hatta yaklaşmakta olanı tarif etmektedir. Nitekim kamu hukuku literatürü üzerinden yapılan incelemeler devletin her yere müdahale ettiğini ya da en azından etmek istediğini göstermektedir.¹¹⁴

Zira Schmitt'e göre egemen dost ve düşman ayırımına karar verdiği gibi, olağanüstü hale de karar vermektedir. Hatta "*Siyasi İlahiyat*" adlı eserinin ilk cümlesinde egemeni, olağanüstü hale karar veren olarak konumlandırmaktadır. Ancak buradaki olağanüstü ifadesi ile olağanüstü hal kararnamelemlerini ya da diğer sıkıyönetim hallerini değil, devlet kuramına ilişkin bir kavramı ifade etmek istemektedir. Bu noktada Schmitt'e göre anayasalar sadece olağanüstü hale karar vereni işaret etmekte, ancak anayasanın tümüyle askıya alınmasına imkan tanıyarak kendi kendini işlevsizleştirmektedir. Böylece egemen hukuki normdan ayrılarak, hukuk üreten konumuna geçmektedir.¹¹⁵

Dolayısıyla egemen olağanüstü hale karar vererek hukuk düzenin dışına çıkabilmektedir. Bu da egemenin hukuka içkin olmakla birlikte hukuk dışında bir noktada konumlanmasına yol açmaktadır. Bu kapsamda Schmitt'in Hobbes'un çizgisini sürdürdüğü söylenebilir. Bununla birlikte Schmitt,

112 Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 91-96.

113 Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 102-103.

114 Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, Çev.; Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 41-43.

115 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 13-17.

Hobbes'un hukukun egemenliği ile hukuku değil, hukuk normlarını koyan ve uygulayan insanların egemenliğini işaret ettiği kanaatindedir.¹¹⁶ Nitekim Hobbes devlete bir mutlaklık yüklemekte, ancak bireyin kendini koruma eğilimini en üste koymaktadır. Schmitt ise bunu Hobbes'un başarısızlığı olarak görmektedir.¹¹⁷ Dolayısıyla Schmitt'in mutlaklık vurgusu Hobbes'tan yoğundur.

2. Walter Benjamin: Şiddetin Meşruiyeti ve Otoritenin

Mistik Kökeni

Güvenlik devletinin teorik temellerini incelediğimiz çalışmamızın bu bölümünde, Carl Schmitt'in hemen ardından Walter Benjamin'i incelememiz tesadüf değildir. Nitekim Schmitt'in 1922 tarihinde kaleme aldığı "*Siyasal İlahiyat*" adlı eserini, Benjamin'in 1921 yılında kaleme aldığı "*Şiddetin Eleştirisi Üzerine*" (ŞEÜ) adlı eseri bağlamında incelendiğinde, Benjamin'in Schmitt üzerindeki tesiri görülecektir. Bununla birlikte Benjamin de 1928 tarihinde yayınladığı "*Alman Tragedyasının Kökeni*" adlı eserinde, Schmitt'in egemenlik kuramından yararlanmıştı.¹¹⁸

Bu kapsamda Benjamin'in güvenlik devletinin teorik temellerinden birini teşkil eden eseri ŞEÜ'yü incelediğimizde, hukuk ile adalet arasında bir amaç-araç ilişkisi kurduğunu görmekteyiz. Nitekim Benjamin'e göre hukuk, devleti adalet olmaksızın meşrulaştırabilen bir araçtır. Bu noktada şiddet, devletin ve iktidarın kökeninde yer alan bir unsurdur.¹¹⁹ Bununla birlikte Benjamin sebebi ne olursa olsun insanın çıplak hayata indirgenemeyeceğini ifade etmektedir. Nitekim ona göre insan asla bedensel kişiliğine indirgenemez.¹²⁰

Bu bağlamda Benjamin kurucu ve koruyucu şiddet üzerinden vardığı ayrımla, şiddetin en önemli işlevinin hukuk yaratmak ve var olan hukuku korumak olduğunu belirtmektedir. Zira kurucu ve koruyucu şiddet modern devlet bağlamında ele alındığında her iki işlevin de polis gücü ile yerine getirildiği görülecektir. Keza kolluk gücünün hukuku koruyucu niteliği açıktır. Diğer yandan düzenleyici işlemler vasıtasıyla hukuk da yaratabilmektedir.¹²¹ Dolayısıyla Benjamin hukuku devletin meşruiyet aracı, şiddeti ise hukuk yaratan ve koruyan bir güç olarak ele almaktadır.

116 Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 97.

117 Armağan Öztürk; "Schmitt'in Liberalliği", *Felsefe Arkivi*, 46. Sayı, 2017/1, s. 84.

118 Giorgio Agamben; "Olağanüstü Hal", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Der.; Aykut Çelebi, Metis Defterleri, İstanbul, 2010, s. 172.

119 Aykut Çelebi, "Sunuş", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, s. 15.

120 Walter Benjamin, "Şiddetin Eleştirisi Üzerine", *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Çev.; Ece Göztepe, Metis Defterleri, İstanbul, 2010, s. 41-42.

121 Benjamin, s. 27-36.

Derrida ise ŞÜE'yi şiddet üzerinden değil, meşru otorite üzerinden okumaktadır. Derrida bu yaklaşımının sebebini metnin Almanca başlığı olan “*Zur Kritik der Gewalt*” üzerinden açıklamaktadır. Zira buradaki “*Gevalt*” kelimesi aynı zamanda meşru iktidar, otorite ve kamusal güç anlamına gelmektedir. Buradan da güç ile şiddet arasındaki ayrımın ne olduğu sorusunu gündeme getirmektedir. Derrida'ya göre bu ayrım adalet-hukuk ilişkisi üzerinden gerçekleşmektedir. Öyle ki adalet kimi zaman hukuku aşmakta, hatta hukukla çelişebilmektedir. Bununla birlikte hukukun zorlayıcı boyutu, yani güç kullanma imkanı hiçbir zaman reddedilmemelidir.¹²²

Derrida'ya göre hukuki güç meşrudur, ancak adaletsiz güç tirancadır. Bu bakımdan adil olan güçlü ya da güçlü olan adil olmalıdır. Yasalar ise adil olmalarıyla değil, sadece yasa olmalarıyla güvenilirlerdir. Dolayısıyla hukuk ile adalet aynı şey değildir. Bu durum otoritenin mistik kökenine işaret etmektedir. Nitekim hukuk oluşturma ve yasa yapma işlemi bir yönüyle şiddetten ibarettir. Ancak bu şiddet adaletli ya da adaletsiz değildir. Keza gerçekleşen bu şiddeti güvence altına alacak ya da geçersiz kılacak bir otorite halihazırda mevcut değildir.¹²³

Üstelik Derrida için koruyucu şiddet ile kurucu şiddet arasında bir fark yoktur. Ancak kurucu ve koruyucu şiddet arasındaki ilişki, hukukun kendisi için de bir tehdit oluşturmaktadır. Zira bu durum polis gücünde açıkça somutlaşmaktadır. Nitekim yasa polis kuvveti ile yani zor ile uygulanmaktadır. Bununla birlikte polis yasa yapma gücüne de sahiptir. Öyle ki polis bu gücü yönetmelikler vasıtasıyla ve yasaların açık olmadığı her durumda kullanmaktadır.¹²⁴ Derrida'ya göre polisin bu konumu hukuka yönelik bir tehdittir.

3. Leo Strauss: Batı Medeniyetinin Modernite Krizi ve Siyasal Olanın Dost Düşman Ayrımında Somutlaştırılması

Ortaya attığı fikirler ile güvenlikçi devletin düşünsel temellerinden birini teşkil eden Strauss'un çalışmamız açısından önemi, Batı'nın içinde bulunduğu krizi pratik olarak değil, teorik açıdan ele almasıdır.¹²⁵ Bu kapsamda modern düşünceyi üç farklı dönemde ele alan Strauss, Machiavelli'den başlattığı ilk dönemi Hobbes ve Locke bağlamında değerlendirmektedir. Modernitenin ikinci dalgasını ise Rousseau, Hegel, Marx ile ele almaktadır. Modernitenin üçüncü

122 Jacques Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Çev.; Ece Göztepe, Metis Defterleri, İstanbul, 2010, s. 47-48.

123 Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, s. 54-58.

124 Derrida, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, s. 95-104.

125 Funda Günsoy Kaya, *Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan Kavramı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2009, s. 133.

ve son dalgasını ise Nietzsche bağlamında incelemektedir.

Bu noktada Strauss'a göre Batı kendi değerlerini tüm dünyaya yayma niyetindedir. Ancak bu değerlerden aslında kendi de emin değildir. Dolayısıyla bu durum Batı'nın modernite krizinin sebeplerinden biridir.¹²⁶ Zira kadim ilerleme pratik sonuçlardan bağımsız teorik bir entelektüel ilerleme iken, modern düşünce entelektüel ilerleme vasıtasıyla sosyal ilerlemeyi sağlayacağı inancındadır. Ancak yaşananlar bunun aksini göstermiştir. Öyleyse Batı'nın içinde bulunduğu modernite krizi; bilim, felsefe ve teknolojinin sosyal refah ve barışı sağlayacağına dair olan inancın sarsılması nedeniyle yaşanan bir krizdir.¹²⁷

Bununla birlikte Strauss'a göre Hobbes politik olanı yaşamın korunmasına ve güvenlik ihtiyacına indirgemiş olması ile modern politik düşüncenin başarısını garantilemiştir.¹²⁸ Locke ise Hobbes'un ortaya koyduğu bu öğretiyeye mülkiyet kavramını eklemeyerek,¹²⁹ politik olanda refahı ve mülkiyeti öne çıkarmıştır. Böylece Strauss Batı'nın yaşadığı bu krizin kökenlerinde politik olanın anlamında meydana gelen bu değişimi bulmaktadır.

Bu kapsamda Strauss'a göre modern liberal çağda yaşanan modernite krizinin arka planında, politik olanın yeniden keşfedilmesi yatmaktadır. Ancak politik olanın keşfi, felsefenin keşfi demektir. Bu bakımdan Batı çareyi politik olanı dost düşman ayrımında somutlaştıran "*polis*"e dönüşte bulmaktadır.¹³⁰ Bu kapsamda siyasal olanı güvenliğe indirgemek, Batı'nın mevcut modernite krizinin temel nedeni olarak değerlendirilebilir.

4. Giorgio Agamben: Bir Güvenlik Pratiği Olarak İstisna Hali

Agamben, Irak'ın ABD tarafından işgal edilmesinin ardından "İstisna Hali" adlı eserini kaleme alarak, Batı siyasal pratiğinin demokrasi ile totalitarizm arasında belirsiz bir bölgede yer aldığını ortaya koymayı hedeflemiştir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki bu eserde, istisna haline ilişkin kavramsal ve terminolojik belirsizlikler nedeniyle, hukuku askıya almaya muktedir düzenlemelerin tamamı istisna hali genel başlığı altında incelenmiştir.¹³¹ Zira bu kapsamda kamu hukuku, hukuk düzeni ve siyasal olan gibi kavramlar üzerinden incelediği istisna halini bir güvenlik pratiği olarak sunmuştur.

126 Leo Strauss, *The City and Man*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1978, s. 3.

127 Leo Strauss; "*Modern Judaism*", Vol. 1, No. 1, Oxford University Press, 1981, s. 27. https://www.jstor.org/stable/1396371?seq=1#metadata_info_tab_contents. (07.02.2019).

128 Günsoy Kaya, s. 165.

129 Leo Strauss, *What Is Political Philosophy? and Other Studies*, The University of Chicago Press Edition, Chicago/London, 1988, s. 49.

130 Günsoy Kaya, s. 282-283.

131 Giorgio Agamben, *İstisna Hali*, Çev.; Kemal Atakay, Otonom Yay., 2006, İstanbul, s. 7-12.

Bunun yanı sıra Agamben bu eserinde istisna halinin hukuki bir düzenlemeden çok fiili bir sorun olarak ele almıştır. Bu anlamda istisna hali, kamu hukuku ile siyasal olgu arasında bir dengesizlik noktası oluşturmakta ve böylece hukuk düzleminin çelişkili bir bölgesinde yer almaktadır. Bu manada istisna hali, tam olarak yasal biçimi ol(a)mayan bir yasal düzenlemedir. İşte bu bakımdan istisna hali, yasa ile yaşam arasında belirsiz bir noktada konumlanmaktadır.¹³²

Bununla birlikte istisna hali her geçen gün biraz daha yeni bir yönetim paradigması haline gelerek, bir yönetim tekniğine dönüşmektedir.¹³³ Agamben bu dönüşüme örnek olarak Nazi Almanyası'nı göstermektedir. Zira burada Hitler iktidarı ele geçirir geçirmez "*Halkın ve Devletin Korunması Kararı*"nı ilan etmiş ve anayasanın kişisel özgürlüklere ilişkin maddelerinin tümünü askya almıştır. Üstelik bu karar hiçbir zaman yürürlükten kalkmamıştır. Bu bakımdan hukuki açıdan Hitler iktidarının on iki yıl boyunca sürmüş olan bir istisna hali olduğu söylenebilir.¹³⁴

Agamben bu noktada Batı demokrasilerinin artık güvenlik gerekçesi ile istisnai hali ilan etmeyi tercih etmediğini, bunun yerine yönetim tekniklerini genişlettiğini belirtmektedir. Ancak bu gelişme parlamentoların, yürütme erkinin çıkardığı kararnameleri onaylamakla görevli bir onay makamına indirgenmesine yol açmaktadır. Diğer yandan bu değişim cumhuriyetlerin teknik anlamda artık yasama değil, yürütme erkine dayandığını göstermektedir.¹³⁵

İtalyan düşünür bu bağlamda Batı demokrasilerinde hukuki ve fiili durum birbirine karıştığını belirtmektedir. Öyle ki istisna hali bir zorunluluk hali olarak ele alındığında, fiili durumun hukuka dönüştüğü görülmektedir. Nitekim güncel gelişmeler yürütme erkinin fiili durumu tespit ederek hukukileştirdiğini göstermektedir. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, her ne kadar yürütme erki bu şekilde yönetim tekniklerini genişletse de, yasama organları tarafından onaylanmayan fiili durumlar hukukun içine sokulamamaktadır.¹³⁶

Bu kapsamda istisna hali yasama erki ile yürütme erki arasında belirsiz bir noktada konumlandığı açıktır. Zira bu manada istisna hali kamusal olan ile özel olan arasındaki ayrımın ortadan kalktığı hukuki bir boşluk alanında, bir yasadışı bölgede yer almaktadır.¹³⁷ Keza güvenlik sebebi ile ilan edilen ancak yürürlükten kalkmayan bir istisna hali ile hukukun yürürlükte olduğu bir

132 Agamben, s. 9-11.

133 Agamben, s. 15.

134 Agamben, s. 10.

135 Agamben, s. 25-27

136 Agamben, s. 39.

137 Agamben, s. 63.

şiddet rejimi yaratmak mümkündür. Böylece hukukun normatif yönü işlevsiz kılınabilmekte, siyasetin şiddet ile hukuk arasındaki bağı kesen bir silah olarak kullanılmasına imkan tanınmaktadır.¹³⁸

B. Güvenlik hikmetleri: Güvenlik Devletinin Hikmet-i Hükûmeti

Hikmet-i hükûmet fikrinin kökeni, devlet aklını yasanın hem hizmetkarı hem de efendisi olan kralın aklı ile bir tutan Ortaçağ düşüncesine kadar götürülebilecek olmakla birlikte,¹³⁹ 17.yy.dan itibaren devlet aklının devletin varlığı ile ilişkilendirildiği görülmektedir.¹⁴⁰ Foucault ise devlet aklını devletin özü olarak nitelendirmektedir.¹⁴¹

Ancak 20.yy.dan itibaren olağanüstü halin tüm Avrupa'da totaliter iktidarın kurulma tertibatı haline gelmesi ile birlikte, devlet aklı güvenlik ile ilişkilendirilmeye başlamıştır. Bununla birlikte 21.yy. gelindiğinde korkuyu ayakta tutarak olağanüstü hali olağanlaştıran Batı demokrasileri birer birer güvenlik devletine evrilmiştir. Dolayısıyla olağanüstü hali olağanlaştıran devletler artık totaliter değil, demokratiktir. Bu manada güvenlik devleti ne liberaldir, ne hukuk devletidir, ne de Foucault'un disiplin toplumdur. Hatta düşünsel temelleri bağlamında modern devletle de örtüşmemektedir. Öyle ki Hobbes'un ortaya koyduğu sürecin aksine güvenlik devleti korkuyu son veren olarak gelen değildir. Aksine meşruiyetini korkuyu ayakta tutmasına borçludur. Dolayısıyla güvenlik devleti modern devlet şemasını tersyüz etmektedir.¹⁴²

Korkuyu ayakta tutarak olağanüstü hali olağanlaştıran güvenlik devleti bu hukuksal dönüşümü, olağanüstü hal uzatarak ve OHAL yasalarını kalıcı hale getirerek gerçekleştirmektedir. Güvenlik devleti bu hukuksal dönüşümü disipline etme görevini ise görev alanı olağanüstü yetkilerle genişletilmiş olan kolluk güçlerine vermiştir. Bu noktada silahlı kuvvetler de kolluk gücü gibi kullanılmıştır. Üstelik tüm bu dönüşüm hukuk vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. Böylece istisnai normlar kural haline getirilerek, olağanüstü hal olağanlaştırıl-

138 Agamben, s. 105.

139 Ernsy H. Kantorowicz, *Kralın İki Bedeni – Ortaçağ Siyaset Teolojisi Çalışması*, Çev.: Ümit Hüseyin Yolsal, Cengiz İskender Özkan, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 148-152.

140 Giovanni Antonio Palazzo 1606 tarihli ve Yönetim ve Gerçek Devlet Akit Söylevi (Discorso del governo e della ragion vera di Stato) adlı eserinde, devlet aklını devletin varlığı ve muhafazası ile ilişkilendirmektedir. Bogislav Philipp von Chemnitz'in 1647 tarihli metninde ise, devletin bekası ve esenliği için sahip olunması gereken politik duyarlılık olarak tanımlanmaktadır. Detaylı bilgi için Bkn. Michel Foucault, *Güvenlik, Toprak, Nüfus: Collige De France Dersleri (1977-1978)*, Çev.: Ferhat Taylan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 221-225.

141 Foucault, s. 249.

142 Giorgio Agamben'in bu konudaki görüşlerinin tamamı https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/23/de-l-etat-de-droit-a-l-etat-desecurite_4836816_3232.html, <https://medyascope.tv/2019/01/06/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/> (07.03.2019)

mış, böylece güçler ayrılığı ilkesi yürütme lehine bozulmuştur.¹⁴³

Diğer yandan güvenlik devletinin egemenlik biçimi de modern devletten oldukça farklıdır. Zira modern devlet, egemenliği sınırları belirli bir toprak parçası üzerinde olan devlettir. Güvenlik devleti ise egemenliğini bu sınırların içindeki bireylerin üstünde kurmaktadır. Güvenlik devletinin bu konumu, güvenliğin hukuki boyutundan çok siyasi boyutunu öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu manada güvenlik, hukuka ilişkin bir mesele olmaktan çok, hukuk üretimine ilişkin bir mesele olarak ele alınmaktadır. Neocleous bu durumu, Hobbes'un "*auctoritas non veritas facit legem*"(yasayı hakikat değil otorite yapar) deyişine atıfla, "*securitas non veritas facit legem*" (yasayı hakikat değil güvenlik yapar) şeklinde özetlemektedir.¹⁴⁴

Yasayı güvenliğin yaptığı bu süreç yaklaşık olarak Birinci Dünya Savaşı ile başlamıştır. Nitekim 1992 yılında Kuzey İrlanda'da olağanüstü hal ilan etmek istenmiş, ancak 1916 yılında ilan edilen Sıkıyönetim Kanunu'nun hala yürürlükte olduğu gerekçesi ile bu teklif reddedilmiştir.¹⁴⁵ Bu durum bir yandan Kuzey İrlanda'nın 76 seneden beri olağanüstü hal hükümlerine göre yönetildiğini, diğer yandan bu hükümlere rağmen Kuzey İrlanda'da güvenliğin yeteri ölçüde sağlanmadığını göstermektedir.

Diğer yandan 1970'li yılların başlarında ABD'de 9 Mart 1933'ten beri süregelen olağanüstü halin sona erdirilmesi için kurulan komite; 1933 yılında Roosevelt, 1950 yılında Truman, 1970 ve 1971 yıllarında ise Nixon'ın ilan ettiği olağanüstü haller ile birlikte 470 farklı olağanüstü düzenlemenin yasalaştığını tespit etmiştir. Bu noktada asıl ironik olan ise 40 yıldır sürmekte olan olağanüstü halin durdurulması için başlatılan bu çalışma sonucunda 1976 yılı "*Ulusal Aciliyetler*" ve 1977 yılı "*Uluslararası Acil Durum Ekonomik Gücü*" yasaları yürürlüğe girerek, OHAL hükümleri yasalaşmıştır.¹⁴⁶

Bu noktada İngiliz kolonilerini incelendiğinde, bu kolonilerde 1946 ile 1950 tarihleri arasında 29 farklı durumda olağanüstü hal ilan edildiği görülmektedir. Böylece bu topraklarda insanların kontrol edilmesine, mülklere el koyulmasına, yayınların yasaklanmasına, siyasi örgütlerin lağvedilmesine ve hatta yargının askıya alınmasına imkan tanınmıştır.¹⁴⁷

143 Ekin Oyan Altuntaş, "Kapitalizmin Doğal Bir Evresi Olarak Totaliter-Polis Devletinin Yükselişi ve ABD Örneği", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 9, Sayı 35, Güz 2012, s. 53-54.

144 Mark Neocleous, *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, Çev.; Gül Çorbacıoğlu, Ersin Embel, Dipnot Yayınları, 2012, s. 8-9.

145 Neocleous, *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, s. 174-175.

146 Mark Neocleous, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008, s. 59-60.

147 Neocleous, *Critique of Security*, s. 57-58.

Ancak güvenlik devletinin oluşum süreci ise büyük ölçüde duvarın yıkılması ile başlamıştır. Öyle ki Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile başlayan bu süreç, 9/11 terör saldırısı sonrası çıkarılan terör yasaları ve OHAL ilanları ile tamamlanmıştır. Zira Soğuk Savaş döneminin sona ermesi ile birlikte uluslararası alanda çift kutuplu yapı ortadan kalkmış, duvarın yıkılması ile birlikte “*Yeni Dünya Düzeni*” olarak adlandırılan bir döneme girilmiştir. Bununla birlikte uluslararası arenada tek başına kalarak süper güç haline gelen ABD tarafından 1991 yılında hazırlanan “*Ulusal Güvenlik Stratejisi*” ile ABD'nin güvenliğini merkeze alan bir uluslararası güvenlik stratejisi belirlenmiştir.¹⁴⁸

Diğer yandan duvarın yıkılması ile birlikte, gelişmiş devletler ile gelişmemiş/gelişmekte olan devletler arasında hali hazırda var olan ekonomik uçurum, bütünleşmeyi değil ayrıklaşmayı tetiklemiştir. Dolayısıyla küreselleşme ile toplumlar arasındaki bütünleşme değil, kutuplaşma hızlanmıştır. Bu dönemde bir yanda batı karşıtlığı, diğer yanda yabancı düşmanlığını (zenofobi) artmıştır. Üstelik bu ikircikli yapı uluslararası ilişkilerde genel bir güvensizlik ortamının yaşanmasına sebep olmuştur.

Bu manada yeni dünya düzeni ile Batı tarafından aslında Batı'nın tekelinde olmayan insan hakları ve demokrasi gibi değerlerin, siyasi amaçlarla “öteki”ye dayatıldığı bir düzen yaratılmıştır. Zira 11 Eylül 2001 tarihinde ABD’de gerçekleşen terör saldırısı sonrasında inşa edilen “İslami terör tehlikesi” ile sıradan insanların potansiyel teröriste dönüştürüldüğü indirgemeci ve ötekileştirici yaklaşım bunun en somut örneğidir. Bu bakımdan 11 Eylül saldırıları sonrasında gerçekleşen bu yaklaşım, Batı kimliğinin yeniden oluşturulmasına hizmet eden olumsuz bir temsilidir.¹⁴⁹

Böylece 20.yy. ile beraber güvenlik eksenli ideolojinin hakim olduğu bir döneme girildiği görülmektedir. Bu bakımdan güvenlik çağı olarak adlandırabileceğimiz bu dönem, devlet şiddetinin barış ve güvenlik maskesi altında, demokrasi ve özgürlük adına kullanıldığının iddia edildiği bir dönemdir. Üstelik bu dönemde güvenlik hukuk düzeni içinde inşa ediliyor gibi gözüküyor olsa da, istisnalar norm haline getirilmekte, böylece güvenlik tedbirleri hukuk alanının dışında belirsiz bir noktada konumlandırılmaktadır. Zira liberal demokrasilerin olağanüstü hal pratiği göstermektedir ki, olağanüstü hal geçici ya da istisna olmaktan çıkarak kalıcı bir nitelik kazanmaktadır.¹⁵⁰

9/11 sonrası yaşanan süreç ise kuvvetler ayrılığı sisteminin büyük ölçüde zarar

148 İsmail Mantar, *Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikasının Gelişimi ve Genişleme Sürecindeki Translantik Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 42.

149 Fikret Birdişi, “Eleştirel Güvenlik Çalışmaları Kapsamında Frankfurt Okulu ve Soğuk Savaş Sonrası Güvenlik Sorunlarına Eleştirel Bir Yaklaşım: Galler Ekolü”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 20, 2014, s. 248.

150 Neocleous, *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, s. 17-41.

gördüğünü göstermiştir. Nitekim BM ve uluslararası hukukun göz ardı edildiği, yasadışı tutuklamaların gerçekleştiği, Ebu Garip ve Guantanamo’da bulunan tutuklulara işkence yapılmasının önünün açılmaya çalışıldığı görülmüştür. Üstelik bu dönemde, Bush’un hukuk müşavirleri tarafından ortaya “üniter yürütme teorisini” (*unitary executive theory*) ortaya koyularak, ABD başkanının güvenlik ihtiyacı vuku bulduğunda, başkomutanlık yetkisine dayanarak, kongre ve yargının denetimine tabi olmadan karar verebileceği iddia edilmiştir.¹⁵¹

Bununla birlikte 9/11’in ABD’de yarattığı güvensizlik ortamının bir sonucu olarak ortaya çıkan ve istihbarat edimine, acil plan eylemlerine, terörle mücadeleye ve kamu güvenliğine ilişkin olarak çıkarılan sert yasalar vasıtasıyla yaşamın her alanına el atılarak bir kontrol mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır.¹⁵²

Nitekim 02.10.2001 tarihinde yani 9/11’in hemen ardından yürürlüğe giren ve ceza yasalarında, göçmenlik işlemlerinde, bankacılıkta ve istihbarat alanında birçok değişiklik gerçekleştiren “*Terörizmi Engellemek ve Yok Etmek için Gerekli Araçları Sağlayarak Amerika’yı Birleştirme ve Güçlendirme*” (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism-USA PATRIOT) yasası bunun en iyi örneklerinden biridir.¹⁵³

Zira USA PATRIOT (ABD Vatandaşlar Yasası) ile terörist olmasından şüphelenilen kişilerin haberi olmaksızın o kişiyle ilişkili maddi bilgilere, elektronik kayıtlara, telefon görüşmelerine ve internet yazışmalarına erişim imkanı tanındığı görülmektedir. Bu düzenlemeler terör ile ilişkisi olduğundan şüphelenilen ve ABD vatandaşı olmayan kişilerin hiçbir kanıt olmaksızın izlenebilmesine olanak tanımaktadır.¹⁵⁴

Ancak güvenliğin yasayı yapan haline geldiği tek liberal demokrasi örneği ABD değildir. Nitekim ABD’de Vatandaşlar Yasası’nın yürürlüğe girmesinden kısa süre sonra Kanada’da “*Anti-terrorism Act 2001*”, Yeni Zelanda’da “*Terrorism Suppression Act*”¹⁵⁵, Avustralya’da “*Security Legislation Amendment (Terrorism) Act*”¹⁵⁶ ve “*Australian Security Intelligence Organisation Legislation Amendment (Terrorism) Act*”¹⁵⁷, Güney Afrika’da “*Protection of Constitutional*

151 Kübra Deren Ekici; “11 Eylül’ün ABD Güvenlik Politikasına Etkileri”, *8-9 Ekim 2013 Uluslararası Güvenlik Kongresi Bildiriler Kitabı*, 2014, s. 756.

152 Didem Yaman; “11 Eylül Sonrasında ABD: Algılamalar, Psikolojik Yansımalar ve Yasal Düzenlemeler”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt:1, No:1, 2005, s. 136.

153 Neocleous, *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, s. 80.

154 Oyan Altuntaş, s. 42-43.

155 2001 tarihli Anti-Terörizm Yasası için <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-11.7/page-1.html>. (20.03.2019).

156 2002 tarihli Güvenlik Mevzuat Değişikliği (Terörizm) Yasası için <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A00978>. (20.03.2019).

157 2003 tarihli Avustralya Güvenlik İstihbarat Teşkilatı Mevzuat Değişikliği (Terörizm) Yasası

*Democracy Against Terrorist and Related Activities Bill*¹⁵⁸ yürürlüğe girmiştir.¹⁵⁹ Bununla birlikte 11 Eylül'ün hemen ardından Kasım reformları ile Fransız ceza ve olağanüstü hal mevzuatında önemli değişiklikler yapılmıştır.¹⁶⁰

İngiltere ise güvenlik sebebiyle en çok yasal düzenleme yapan başka bir Batı demokrasisidir. Keza 9/11 öncesi İngiliz hükümeti tarafından yürürlüğe sokulan *"The Terrorism Act 2000"*¹⁶¹, 11 Eylül saldırıları sonrası *"The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001"*¹⁶² ile yürürlükten kalkmıştır. Ancak güvenliğin yasa yapıcı haline geldiği İngiltere'de terörle mücadele yasaları bununla sınırlı kalmamıştır. Zira 2001 sonrası *"Prevention of Terrorism Act 2005"*¹⁶³, *"Terrorism (Northern Ireland) Act 2006"*¹⁶⁴, *"Counter Terrorism Act 2008"*¹⁶⁵, *"Terrorist Asset Freezing etc Act 2010"*¹⁶⁶, *"Terrorism Prevention and Investigations Measures Act 2011"*,¹⁶⁷ *"Protection of Freedoms Act 2012"*¹⁶⁸, *"The Justice and Security Act 2013"*¹⁶⁹, *"Counter Terrorism and Security Act 2015"*¹⁷⁰ ve *"Counter-Terrorism and Border Security Act 2019"*¹⁷¹ gibi yasaların yürürlüğe sokulmuştur.¹⁷²

için <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A01162>. (20.03.2019).

158 2005 tarihli Terörist ve İlgili Faaliyetlerden Anayasal Demokrasinin Korunması Yasası için https://www.saps.gov.za/resource_centre/acts/downloads/juta/terrorism_act.pdf. (20.03.2019).

159 Faruk Turhan, Muharem Aksu, "11 Eylül Sonrası ABD'DE Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörün Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle PATRIOT Kanunu İle Getirilen Kısıtlamalar", S. D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S. 1, 2011, s. 50.

160 Jacqueline Hodgson, *French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, s. 46.

161 2000 tarihli Terörizm Yasası için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents> (20.03.2019).

162 2001 tarihli Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Yasası için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents> (20.03.2019).

163 2005 tarihli Terörismi Önleme Yasası için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents> (20.03.2019).

164 2006 tarihli (Kuzey İrlanda) Yasası için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/28/contents> (20.03.2019).

165 2008 tarihli Terörle Mücadele Yasası için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/38/contents> (20.03.2019).

166 2011 tarihli Terör Finansmanını Durdurma Yasası için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents/enacted> (20.03.2019).

167 2012 tarihli Özgürlüklerin Korunması Yasası için <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents> (20.03.2019).

168 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. (20.03.2019).

169 2013 tarihli Adalet ve Güvenlik Yasası için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/18/contents>. (20.03.2019).

170 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Yasası için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/6/contents/enacted> (20.03.2019).

171 2019 tarihli Terörle Mücadele ve Sınır Güvenliği Yasası için <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/3/contents/enacted> (20.03.2019).

172 İngiltere terör mevzuatının tamamı için <http://www.legislation.gov.uk/all?title=terrorism> (20.03.2019).

Bu bağlamda sadece İngiliz mevzuatı ele alındığında hemen her yıl güvenliğe dair yeni bir yasanın yürürlüğe sokulduğu görülmektedir. Bu durum güvenliğin yasa yapan haline geldiği Batı demokrasilerinin içinde bulunduğu güvenlik çıkmazının en açık göstergesidir. 9/11 sonrası güvenlik mevzuatında gerçekleşen bu değişim, liberal hukuk devletinin güvenlik devletine dönüşümünün hukuki yönünü ortaya koymaktadır.

Sonuç

Modern devlet düşüncesinin fikir babası olarak sayılan Hobbes devletin varlık nedenini güvenlikte bulmaktadır. Hobbes'un yaşadığı dönemin Ortaçağ gibi merkezi iktidarın bulunmadığı, bu bakımdan korkunun hüküm sürdüğü bir dönem olması, İngiliz düşünürün bu fikrini daha anlaşılır kılmaktadır. Öyle ki Hobbes'un düşüncesinde modern devlet bölgesel iktidar çatışmalarının yarattığı güvensiz ortamda güvenliği sağlayan olarak doğacaktır. Bu manada Leviathan bir güvenlik devletidir.

Dolayısıyla Leviathan'ın amacı topluma refah ya da özgürlük sağlamak değil, uyruklarının canını korumaktır. Hatta bu sebeple egemenliği mutlak ve asla sınırlanamaz. Ancak liberal düşünce ile birlikte özgürlük vurgusu artarak, mutlak egemenliğin özgürlüklerle sınırlandırılması düşüncesi gelişmiştir. Bu noktada hukuk devleti güvenliği hukukileştirmekle kalmamış, özgürlüklerin güvenlik nedeniyle sınırlanabileceği, hatta askıya alınabileceği düşüncesini yerleştirmiştir. Dolayısıyla artık özgürlük güvenliğin değil, güvenlik özgürlüğün sınırındır.

Fakat Soğuk Savaş sonrası, küreselleşmenin de etkisiyle, hukuk devleti güvenlik sorunları karşısında yetersiz kalmıştır. Bu gelişmeler hukuk devletinde sadece siyasi değil, hukuki bir dönüşüm yaşanmasına neden olmuştur. Böylece Leviathan küllerinden tekrar doğarak güvenliği iktidarının merkezine yerleştirmiştir. Bu bağlamda hikmet-i hükümetin yerine, güvenlik hikmetlerinin koyulması ile hukuk devletinin güvenlik devletine evirildiği söylenebilir.

Hukuk devletini güvenlikçi devlete götüren bu süreç, devleti güvenlik için zorunlu bir aygıt olmaktan çıkararak, güvenliği devlet için zorunlu bir araç haline getirmiştir. Güvenlik devletini doğuran bu süreçte güvenlik artık yasayla korunan değil, bizzat yasa yapandır. Bu noktada güvenlik devleti ne mutlak, ne de liberaldir. Zira 21.yy. güvenlik devletinin yasayla sınırlı olması bakımından mutlak devlete, temel hak ve özgürlükleri ikinci plana almasıyla liberal devlete benzemediği görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Agamben, Giorgio, *İstisna Hali*, Çev.; Kemal Atakay, Otonom Yay., 2006, İstanbul.
- Agamben, Giorgio, “Olağanüstü Hal”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Der.; Aykut Çelebi, Metis Defterleri, İstanbul, 2010.
- Ağaogulları, Mehmet Ali; Akal, Cemal Bali; Köker, Levent, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge, 1994.
- Akad, Mehmet; Vural Dinçkol, Bihterin; Bulut, Nihat, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- Akal, Cemal Bali, *Devlet Kuramı*, Dost Kitabevi, Ankara, 2000.
- Akal, Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost Kitabevi, Ankara, 1998.
- Akn, İlhan, *Devlet Doktrinleri*, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- Aslan, Zühtü; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt:19, ss.139-155.
- Benjamin, Walter, “Şiddetin Eleştirisi Üzerine”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Çev.; Ece Göztepe, Metis Defterleri, İstanbul, 2010, ss.19-43.
- Birdişli, Fikret, “Eleştirel Güvenlik Çalışmaları Kapsamında Frankfurt Okulu ve Soğuk Savaş Sonrası Güvenlik Sorunlarına Eleştirel Bir Yaklaşım: Galler Ekolü”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 20, 2014, ss.229-256.
- Brauch, Hans Günter, “Güvenliğin Yeniden Kavramsallaştırılması: Barış, Güvenlik, Kalkınma ve Çevre Kavramsal Dörtlüsü”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 5, Sayı 18, Yaz 2008, ss.1-47.
- Bulut, Nihat; “Sahte Bir Karşıtın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, *Prof.Dr. Mehmet Akad'a Armağan*, Der Yayınları, İstanbul, 2012, ss.297-318.
- Bulut, Nihat, “Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı”, *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı*, İstanbul, 2002, ss.1377-1397.
- Carruthers, Amelia, *Writers on... Death*, Read Publishing Ltd, 2014.
- Derrida, Jacques, “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, *Şiddetin Eleştirisi Üzerine*, Çev.; Ece Göztepe, Metis Defterleri, İstanbul, 2010, ss.43-134.
- Ekici, Kübra Deren, “11 Eylül'ün ABD Güvenlik Politikasına Etkileri”, *8-9 Ekim 2013 Uluslararası Güvenlik Kongresi Bildiriler Kitabı*, 2014, ss.730-767.
- Epikür, *Mektuplar ve Maksimler*, Çev.; Örs, Hayrullah, Remzi Kitapevi, İstanbul, 1962.
- Eren, Abdurrahman; “Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. maddeye İlave Edilen ‘Laik Cumhuriyetin Gereklere’ Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2002/3, ss.37-69.
- Foucault, Michel, *Güvenlik, Toprak, Nüfus: Collige De France Dersleri (1977-1978)*, Çev.: Taylan, Ferhat, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- Göze, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, ss.53-76.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 2000.

- Gören, Zafer; “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:6, Sayı:12, Güz 2007/2, ss.39-59.
- Günsoy Kaya, Funda, *Carl Schmitt ve Leo Strauss'ta Politik Olan Kavramı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2009.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Çev.: Selim Lim, 6. Baskı, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, YKY Yayınları, İstanbul, 2007.
- Hodgson, Jacqueline, *French Criminal Justice: A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, The Floating Press, 2009.
- Hume, David, *Essays: Moral, Political, and Literary*, Ed.; Eugene F. Miller, Indianapolis, Liberty Fund 1987.
- Kantorowicz, Ernsy, *Kralın İki Bedeni – Ortaçağ Siyaset Teolojisi Çalışması*, Çev.: Yolsal, Ümit Hüsrev Yolsal; Özkan, Cengiz İskender, BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Loughlin, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev.; Sever, Dilşad Çiğdem; Turanlı, Kivılcım, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.
- Neocleous, Mark, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008.
- Neocleous, Mark, *Güvenlik, Şiddet ve Savaş*, Çev.; Çorbacıoğlu, Gül; Embel, Ersin, Dipnot Yayınları, 2012.
- Okandan, Recai G., *Umumi Amme Hukuku: Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları*, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Oyan Altuntaş, Ekin, “Kapitalizmin Doğal Bir Evresi Olarak Totaliter-Polis Devletin Yükselişi ve ABD Örneği”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 9, Sayı 35, Güz 2012, ss. 35-60.
- Öztürk, Armağan, “Schmitt’in Liberalliği”, *Felsefe Arkivi*, 46. Sayı, 2017/1, ss.71-88.
- Platon, *Dialoglar, Protagoras*, 7. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Saygılı, Abdurrahman, *Kutsal Canavar Devlet*, 3. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Schmitt, Carl, *Siyasal Kavramı*, Çev.; Göztepe, Ece, 2. Basım, Metis Yayınları, 2012.
- Schmitt, Carl, *Siyasi İlahiyat*, Çev.; Zeybekoğlu, Emre, 2. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of “The Wealth of Nations”*, Ed.; Cannan, Edwin, ElecBook Classics, London.
- Strauss, Leo, “*Modern Judaism*”, Vol. 1, No. 1, Oxford University Press, 1981, ss.17-45.
- Strauss, Leo, *The City and Man*, The University of Chicago Press, Chicago/London, 1978.
- Strauss, Leo, *What Is Political Philosophy? and Other Studies*, The University of Chicago Press Edition, Chicago/London, 1988.
- T.C. İçişleri Bakanlığı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, “İnsani Müdahale”, Güvenlik Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, 2017.
- Turhan, Faruk; Aksu, Muharrem, “11 Eylül Sonrası ABD’DE Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler/Özellikle PATRIOT Kanunu ile Getirilen Kısıtlamalar”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.I, S.1, 2011, ss.47-90.

- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Uygun, Oktay; “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 20, 2003, ss.250-284.
- Yaman, Didem, “11 Eylül Sonrasında ABD: Algılamalar, Psikolojik Yansımalar ve Yasal Düzenlemeler”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt:1, No:1, 2005, ss.117-142.

İNTERNET KAYNAKLARI

- İngiltere terör mevzuatının tamamı, <http://www.legislation.gov.uk/all?title=terrorism> (09.05.2019)
- 2000 tarihli Terörizm Yasası <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents> (09.05.2019)
- 2001 tarihli Anti-Terörizm Yasası <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-11.7/> (08.05.2019)
- 2001 tarihli Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Yasası, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/contents> (09.05.2019)
- 2002 tarihli Güvenlik Mevzuat Değişikliği (Terörizm) Yasası, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A00978>, (09.05.2019)
- 2003 tarihli Avustralya Güvenlik İstihbarat Teşkilatı Mevzuat Değişikliği (Terörizm) Yasası <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A01162> (09.05.2019)
- 2005 tarihli Terörist ve İlgili Faaliyetlerden Anayasal Demokrasinin Korunması Yasası için https://www.saps.gov.za/resource_centre/acts/downloads/juta/terrorism_act.pdf (09.05.2019)
- 2005 tarihli Terörizmi Önleme Yasası, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/contents> (09.05.2019)
- 2006 tarihli (Kuzey İrlanda) Yasası, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/contents> (09.05.2019)
- 2008 tarihli Terörle Mücadele Yasası, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/38/contents> (09.05.2019)
- 2011 tarihli Terör Finansmanını Durdurma Yasası, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/contents> (09.05.2019)
- 2012 tarihli Özgürlüklerin Korunması Yasası, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents> (09.05.2019)
- 2013 tarihli Adalet ve Güvenlik Yasası, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/18/contents> (09.05.2019)
- 2015 tarihli Terörle Mücadele ve Güvenlik Yasası, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/6/contents/enacted> (09.05.2019)
- 2019 tarihli Terörle Mücadele ve Sınır Güvenliği Yasası, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/6/contents/enacted> (09.05.2019)
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2002-20023-796> (09.05.2019)
- http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf (09.05.2019)
- <https://www.anayasa.gov.tr/media/4638/uygun.pdf> (09.05.2019)
- <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (09.05.2019)

- www.elecbook.com (09.05.2019)
- http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararası_belgeleri/siyasi.pdf (09.05.2019)
- https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/12/23/de-l-etat-de-droit-a-l-etat-de-securite_4836816_3232.html (09.05.2019)
- https://www.jstor.org/stable/1396371?seq=1#metadata_info_tab_contents (08.05.2018)
- <https://medyascope.tv/2019/01/06/giorgio-agamben-hukuk-devletinden-guvenlik-devletine/> (09.05.2019)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (09.05.2019)
- <http://oll.libertyfund.org/titles/704> (09.05.2019)

ÖZ

Güvenlik herhangi bir tehdit veya tehlikeden uzak halde bulunma durumunu ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Güvenlik devletinin ortaya çıkışı ise modern devletin doğuşuna paralel olarak gerçekleşmiştir. Nitekim modern devlet düşüncesinin fikir babası sayılan Hobbes güvenliği devletin varlık sebebi olarak ele almıştır. Fonksiyonu güvenlik ve adaleti sağlamaya indirgenen liberal devlet ise güvenliği hak ve özgürlükleri sınırlandırma aracı olarak hukukileştirmiştir. Bununla birlikte 20.yy. güvenliğin hiç olmadığı kadar öne çıktığı bir çağdır. 9/11 sonrası dönem ise güvenliğin hikmet-i hükümetin yerini aldığı yeni bir dönem olmuştur. Korkunun ayakta tutulmak zorunda olduğu ve olağanüstü halin olağanlaştığı bu dönem, güvenlik devletinin ortaya çıktığı dönemdir.

Anahtar kelimeler: güvenlik, güvenlik devleti, modern devlet, olağanüstü hal, hukuk devleti.

Şantaj Suçu*

The Crime of Blackmail

Burak BİLGE**

ABSTRACT

The crime of blackmail is expressed as a special case of threat. The crime of blackmail has been regulated under Article 107 of the Law on “offenses against liberty”. In the old Turkish Penal Code no. 765, the crime of blackmail, conditional threats and threats and benefits were organized. In our study, after briefly touching on the arrangement of the crime in the old Turkish Penal Code, the current state of the crime in the Turkish Penal Code No. 5237 is discussed in detail with all the elements of the Supreme Court.

Keywords: the crime of blackmail, Article 107, conditional threats, the old TPC, benefit.

Giriş

Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümler başlıklı ikinci kitabının Kişilere Karşı Suçları düzenleyen ikinci kısmının yedinci bölümünde *Hürriyete Karşı Suçlar* (m. 106-124) düzenlenmiştir. İlgili bölüm kapsamında m.107’de çalışma konumuz olan şantaj suçu kaleme alınmıştır.

Şantaj suçunun suç teorisi kapsamında incelenmesine geçilmeden önce hürriyet kavramının izah edilmesi gerekmektedir. Hürriyet kavramı temelinde bireyin irade özgürlüğünü barındırır. Yani bireyin dış dünyaya yansıyan hareketlerini iradesiyle doğru orantılı olarak, hiç bir baskı altında kalmaksızın gerçekleştirmesidir. Kısaca akıl ile iradenin birlikte şekil almasına hürriyet diyebiliriz. Hürriyet ile irade arasındaki bu sıkı ilişki insan varlığının doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkar.

* Makale gönderim tarihi: 03.05.2019. Makale kabul tarihi: 17.06.2019. Burak Bilge, “Şantaj Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 131-160.

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. İletişim: burak.bilge@inonu.edu.tr
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58d5769764db33.36443687, (24.03.2017)

Hürriyet Arapça kökenli bir kelime¹ olup, sözlükte serbestlik, hür oluş olarak geçmektedir². Kelime zaman zaman özgürlük kavramı ile müsavi olarak anlaşılmıştır. Bu bağlamda bazen hiç bir engel tanımadan istediğini yapabilen hürriyet olarak anlaşılmış ise de, böyle bir anlayışın bizatihi kendisi bireylerin karşılıklı olarak iradelerini etki altında bırakacağı için doğru değildir. İşte bu noktada gerek kanun hükümlerine ve beraberinde hukukun emredici kurallarına, içtima-i hayattaki genel ahlak-adap ve davranış kurallarına riayet etmek ve nihayet başkasının hürriyetini bozmamak temel meseledir. Bizatihi bu kurallara uymak *hürriyetin adabıdır*. Hürriyetin kullanılması da kişinin hem kendisine hem de başkasına zararının dokunmaması ile sınırlıdır.

Elbette ki kamu düzenini tesis eden bu hukuk kurallarına uyulmaması cezai bir takım yaptırımlara tabi tutulmaktadır. İşte yukarıda bahsettiğimiz kural ve düzenlemelere aykırı davranılarak kişiler üzerinde tahakküm oluşturularak cebren hareket ettirilmeleri ve bazen karşılığında maddi-manevi menfaat temin edilmesi TCK m. 106-124’de düzenlenen suçların meydana gelmesine sebep olmaktadır.

I. Genel Olarak Şantaj Suçu

Şantaj dilimize Fransızcadan (chantage) yerleşmiş bir kelime olup, “herhangi bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi, kendisiyle ilgili lekeleyici, gözden düşürücü bir haberi yayma veya açığa çıkarma *tehdidiyle* korkutma” anlamına gelmektedir³. Şantaj kelimesinin anlamına baktığımızda, özünde *korkutmanın* olduğunu görmekteyiz. Bu anlamda tehditten farklı değildir. Lakin 107. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, şantajda kişiye bir kötülük yapılabacağından, kişinin sahip bulunduğu bir değere saldırıda bulunulacağından bahisle bir zorlama söz konusu değildir⁴. Şöyle ki; şantaj suçunda *tehdit* araç olarak kullanılmakta olup, söz konusu tehdit bazı değerlere yönelerek, mağdurun hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamakta ya da fail şeref, haysiyet gibi değerlere zarar vereceğine ilişkin hususları açıklama tehdidiyle *yarar sağlama* amacı gütmektedir. Bu anlamda şantaj tehdidin özel bir halidir⁵.

1 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58d5769764db33.36443687, (24.03.2017)

2 Abdullah Yeğin, *Osmanlıca-Türkçe Lügat*, İstanbul, 1978, s. 238.

3 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58d8dcfd34a11.16641276, (27.3.2017).

4 Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 182.

5 Alaaddin Egemenoğlu, “Yargıtay Kararları Işığında Tehdit Suçu”, *İMÜHFD*, İstanbul 2017, S. 4/1, 59-102, s. 65.

Şantaj suçu ETCK’da, doğrudan “şantaj suçu” başlığı ile düzenlenmiş değildir. Eski ceza kanununda “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığı altındaki üçüncü fasıl “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” 188. madde (şartlı tehdit) ve 192. maddeler (tehdit ile menfaat sağlama), TCK m. 107’de düzenlenen şantaj suçunu karşılamaktadır. Eski ve güncel TCK kapsamında şantaj suçunun maddelerini ayrı ayrı incelemek faydalı olacaktır.

A. Şantaj Suçuna İlişkin Yasal Düzenlemeler

1. ETCK Kapsamında Şantaj Suçu

TCK m. 107/1’de düzenlenmiş olan şantaj suçunun tam olarak karşılığı ETCK’da bulunmamaktadır. TCK m. 107/2 kapsamında düzenlenmiş olan şantaj suçu ise, ETCK m. 192’de kaleme alınmış bulunmaktaydı.

192. madde “Kendisine veya başkasına, para veya diğer bir yarar sağlamak maksadıyla bir gerçek veya tüzel kişiye zarar verebilecek bir hususu neşir yolu ile veya her ne suretle olursa olsun açıklama tehdidinde bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fail, arzu ettiği para veya diğer bir menfaati elde etmiş ise ceza üçte biri oranında artırılır” şeklinde düzenlenmişti.

192. madde düzenlemesiyle, tehdit üzerinden mağdurun kendisine veya başkasına yarar sağlama maksadı cezalandırılmaktaydı. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise suçun nitelikli hali olarak kaleme alınmış ve menfaatin elde edilmiş olması cezaı arttırmaktaydı.

İlerleyen bölümlerde TCK m. 107/2’ye ayrıntılı olarak değinilecektir. Ancak burada 192. madde ile mukayesesinin yapılması yerinde olacaktır. Bu anlamda her iki madde bakımından da bir failin *yarar sağlama* amacıyla suçu işlemesinden bahsetmektedir. Ancak 192. madde de “para veya diğer yarar” ifadesine yer verilmişken, 107/2’de para ifadesi kaldırılarak yalnızca “yarar sağlamak” ifadesi kullanılmıştır. Böyle olmasına karşın yarar sağlama bahsi bakımından her iki madde arasında anlam farkı bulunmamaktadır⁶.

Yine suçun mağduru bakımından iki madde arasında farklı düzenleme söz konusudur. 192. maddede tüzel kişilerinde bu suçta mağdur olabileceği belirtilmişken; m. 107/2’de gerçek ve tüzel kişi şeklinde ayrı bir düzenleme söz konusu değildir⁷. 192. maddeye göre suçun maddi unsuru, “zarar verecek

6 Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Şantaj Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun YARSUVAT’a Armağan*, C. IX, S. 2, s. 102.

7 Tüzel kişilerin TCK m. 107 bakımından suçun mağduru olup-olamayacağına ilişkin görüşümüz, ileride “mağdur” başlığı altında açıklanmıştır.

hususların neşir yolu veya herhangi bir suretle açıklanması”dır. 107/2’de ise zarar verecek hususun konusu şeref ve saygınlık olarak sınırlandırılmıştır. Yine 107/2’de “açıklama veya isnat etme” fiilleri yer alırken, m. 192’de yalnızca “açıklama” ifadesi kullanılmıştır.

Diğer yandan ETCK’nın 188. maddesi “Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasî veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır” şeklinde düzenlenmişti. Burada ise tehdit, mağduru bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da işlememeye mecbur etmek için kullanılmıştı. Söz konusu düzenleme ise şartlı tehdit olarak adlandırılmaktaydı.

2. TCK Kapsamında Şantaj Suçu

TCK’nın 107. maddesinde şantaj suçu şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*”.

(2) (Ek: 29/6/2005 – 5377/14 md.) “*Kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur*”.

TCK’nın 107. maddesi iki fıkra şeklinde düzenlenmiş, birinci fıkrada bir kimsenin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle diğer bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlaması cezalandırılırken; ikinci fıkrada şeref veya saygınlığa zarar verecek hususların açıklanacağı veya isnat edileceği *tehdidi* yaptırım altına alınmaktadır.

Maddenin yarar sağlamak amacıyla gerçekleştirilen tehdide ilişkin 2. fıkrası 29.06.2005 tarihinde 5377 s. Kanununun 14. maddesi ile sonradan eklenmiştir. Eklenen 2. fıkranın esasen birtakım değişiklikler ile ETCK’nın 192. maddesini yansıttığını yukarıda ifade etmiştik.

B. Mukayeseli Hukukta Şantaj Suçu

Alman Ceza Kanununun (AlCK) 253. maddesinde şantaj suçu (Erpressung) kaleme alınmıştır. 253. maddenin 1. fıkrasında şantaj suçu temel olarak şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir kimse hukuka aykırı olarak cebir kullanarak veya*

ciddi bir kötülük tehdidiyle, başka bir kimseyi bir şey yapmaya, yapmamaya veya yapılmasına müsaade etmeye zorlayarak kendisi veya üçüncü bir kişi lehine haksız çıkar elde etmek için mağdurun veya bir başkasının malvarlığına zarar verirse 5 yıla kadar hapis veya para cezasına çarptırılır”.

ALCK’unda şantaj suçu TCK düzenlemesinden farklı olarak malvarlığına karşı suçlar kategorisinde düzenlenmiştir (Benzer olarak İsviçre ve Avusturya Ceza Kanunlarında da bu suç malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir⁸). Bununla birlikte şantaj suçunun cebir veya tehdidin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebileceğinden bahsedilmiştir. TCK m. 107 düzenlemesinde ise şantaj suçunda araç olarak tehdidin kullanıldığını görmekteyiz. Cebirin kullanılması suçu yağmaya dönüştürecektir. Yine ALCK’unda haksız bir çıkar/ menfaat elde etme amacının olması gerekliliği açıkça düzenlenmiştir.

Fransız Ceza Kanunu’nda da suç malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Fransız CK m. 312-10’a göre şantaj suçu “*her kim namus ve şerefe veya şöhrete zarar verici bir olguyu açıklama veya herhangi bir kimseye bir suç isnat etme tehdidiyle, bir imzayı, taahhüdü veya bir vazgeçmeyi veya bir sırrın ifşasını veya para veya bir değeri veya herhangi bir mal elde ederse şantaj suçunu işlemiş olur*” şeklinde düzenlenmiştir⁹. TCK’nın kanunlaşması sürecinde şantaj suçu kaleme alınırken Fransız CK’nın bu ilgili maddesi baz alınsa da bundan farklı olarak yürürlükten geçmiştir.

Benzer şekilde İsviçre Ceza Kanunu’nda da şantaj, malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu’nun özel kısmında yer alan “malvarlığına karşı cezalandırılabilir hareketler” bölümünün 156. maddesi “şantaj” başlığıyla düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; “*Her kim kasten kendisini veya bir başkasını haksız olarak zenginleştirmek için, bir başkasını cebirle veya ciddi bir zarar tehdidiyle bir davranışa zorlar, bu vesileyle onun veya bir başkasının malvarlığına zarar verirse, beş yıla kadar ağır hapis veya hapis cezasına çarptırılır*”¹⁰. Maddenin ikinci fıkrası ile suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada suçun cebir veya hayat ve vücut açısından tehlike tehdidiyle işlenmesinin yağmaya yol açacağı belirtilmiştir.

II. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suç, toplumda korunmaya muhtaç birtakım değerlerin ihlal edilmesi olup, temelinde haksızlık barındırır¹¹. İnsanların iradi bir şekilde hareket ederek

8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Üzülmöz, “Şantaj Suçu”, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 1-2, s. 175-177.

9 Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri*, Ankara, 2003, s. 66

10 İsviçre Ceza Kanunu, m. 156/1.

11 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, 2015, s. 158.

kamu düzenini, bireylerin ve toplumun hak ve menfaatini ihlal eden fiiller gerçekleştirilmeleri suç olarak adlandırılan bu mevzuu ortaya çıkarır. İhlal edilen her hak, o hakka yönelik menfi sonuçlar doğurur ve ona ait değeri ihlal eder. Kanun koyucu suç olarak düzenlediği normlarda ise bir veya birden fazla değerin korunmasını amaçlayabilir.

Şantaj suçunda korunan hukuki yarar bir kimsenin kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlama ya zorlamakla fesada uğratan iradesidir¹². Şantaj para veya herhangi bir çıkar sağlama amacıyla bir kimseyi, kendisiyle ilgili lekeleyici, gözden düşürücü bir haberi yayma veya açığa çıkarma tehdidiyle korkutmak olarak tanımlanabildiği gibi, bir kişiye zarar verebilecek bir durumun açıklanması tehdidiyle para sızdırılmaya çalışılması anlamına da gelmektedir¹³.

Şantaj suçunun TCK'da düzenlendiği yerden hareketle, bu suçla doğrudan kişilerin hürriyetlerinin korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Yani bireylerin iradeleri, özgürce hareket edebilme yetenekleri korunmaktadır. Burada iradenin cebren yönlendirilmesi, hem iradenin oluşumunu hem de belli yönde oluşmuş iradenin zorla hareket ettirilmesini içine alan bir olgudur¹⁴. Şantaj suçu ile iradeye yönelik bir haksızlık olduğundan buradaki hürriyet kişinin "iç hürriyeti" olarak ifade edilmektedir. Kişinin dış hürriyeti ise daha çok bedenen bir özgürlüğünü kapsayacağı için şantaj suçunda korunduğu söylenemez.

Şantaj suçunun şeref ve saygınlığa yönelik zarar verici hususların açıklanacağı veya isnat edileceğinden hareketle yarar sağlamaya yönelik işlenmesi halinde, kişinin malvarlığı değerlerinin de korunduğu söylenebilir¹⁵. Bu durumda hem irade hürriyeti hem de malvarlığı birlikte korunmaktadır. Şantaj suçunda korunan hukuki değerlerin çoklu özellik göstermesi (malvarlığı ve irade) bu suçun düzenlendiği yerin tartışılmasına gerekçe olmuştur. Malvarlığı değerinin ihlal edilmesinden hareketle malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlenebileceği tartışılmıştır. Mehz Alman Ceza Kanununda, Fransız Ceza Kanununda ve Avusturya Ceza Kanununda şantaj suçu malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiştir¹⁶.

107. maddenin ilk fıkrası bakımından irade özgürlüğünün korunma altına alındığı ve dolayısıyla hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmesinin yerinde

12 Yarg. 2. CD., 17.03.2014 Tarih ve 2013/17823 E., 2014/7136 K., (www.lexpera.com, 10.03.2019).

13 Yarg. 22. CD., 23.12.2009 Tarih ve 2015/4895 E., 2015/7025 K., (www.karartek.com.tr, 9.4.2017).

14 İlhan Üzülmöz, Mahmut Koca, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2013, s. 373.

15 Centel, s. 108.

16 Üzülmöz, s. 175-176.

olduğu muhakkaktır. Kanaatimizce m. 107/2 bakımından da düzenlendiği yer isabetlidir. Zira burada bir “yarar sağlama”dan bahsedilmektedir ve bu yarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenseydi, burada manevi bir yarardan bahsedemezdik. O halde doğrudan maddi bir kazancın olması gerektiği söylenirdi. Bununla birlikte kanun koyucu da bireyin serbest bir ruh hali (iç hürriyet ile hareket etmesini), esasen korunması gereken değer olarak benimseyerek suçu isabetli bir şekilde hürriyete karşı suçlar içerisinde düzenlemiştir. Şunu da hemen ifade edelim ki, suç malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsaydı, orada da irade hürriyetinin korunmasının amaçlandığı söylenebilirdi. Ancak o halde suçun maddi unsurlarında bir takım farklı mevzular gündeme gelirdi.

III. TCK’ya Göre Suçun Maddi-Manevi Unsurları ve Hukuka Aykırılık

A. Suçun (Tipikliğinin) Maddi Unsuru

Bir suçun meydana gelebilmesi için, belirli yönde gerçekleşen icrai veya ihmali bir insan davranışının dış dünyada değişikliğe sebep olması gerekmektedir. Bu doğrultuda suçun maddi unsuru bir fiilin bulunmasını ifade etmektedir¹⁷. Suçun maddi unsuru dâhilinde “fail-mağdur, hareketin konusu, netice ve illiyet bağı” gibi hususlar tartışılabilir.

1. Fail

TCK m. 37/2’nin ifadesine göre, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi faildir Yani fail suçun aktif süjesi olup onu işleyen kimsedir¹⁸. Suçlar ekseriyetle *herkes* tarafından işlenebilmektedir. Şantaj suçunun da bu kapsamda faili belirli bir özellik göstermeyip, herkes bu suçun faili olabilmektedir¹⁹. Ancak 107. maddenin iki fıkrası birbirinden farklı özellikler gösterdiğinden ve 1. fıkroda fail bakımından bazı durumlarda özel haller olabileceğinden iki fıkrayı ayrı ayrı incelemek daha faydalı olacaktır.

a. 107/1’e Göre Suçun Faili

Maddenin birinci fıkrasında, “*haklı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle...*” ifadesine göre, suçun faili bir hak veya yükümlülük sahibi kişi olabilir. Ceza hukukunda, özel yükümlülük altında bulunan ve belli faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenen suçlara

17 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, C. I, İstanbul 1959, s. 342.

18 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 247.

19 Veli Özer Özbek ve diğerleri; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2015, s. 402.

“özgü suçlar” adı verilmektedir²⁰. Bu kapsamda şantaj suçu m. 107/1 bakımından özgü suç niteliği taşıyor mu? Bu soruya doğrudan evet veya hayır cevabını vermek yerinde olmaz. Zira bir hak veya sorumluluğun yerine getirilmesi bazen belli kişilere yüklenebilirken bazen de herkes o hak ve sorumluluğu yerine getirmekle mükellef olabilir. Diğer bir söylemle, herkesin hak ve yükümlülük sahibi olabileceği durumlar olabileceği gibi bazı kişilerin hak ve yükümlülük sahibi olabileceği haller mevcuttur²¹. O halde TCK m. 107/1 bakımından, *herkesin* hak ve yükümlü olduğu durumlarda özgü suçun varlığından bahsedemeyiz.

b. 107/2'ye Göre Suçun Faili

Kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir başkasının şeref veya saygınlığını ihlal edebilecek hususları açıklama tehdidinde bulunan *herkes* bu suçun faili olabilir. Faillik burada özel bir durum arz etmez.

Şeref ve saygınlığa zarar verecek hususların kamu görevlisi tarafından, görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçlerle işlenmesi durumunda failin cezası m. 266'ya²² göre artırılacaktır²³. Ancak bunun için ilgili suç tipinde kamu görevlisi sıfatının yer alması -ki 107/2 bu şekildedir- gerekecektir.

2. Mağdur

Şantaj suçunun mağduru bakımından üzerinde durulması gereken nokta tüzel kişilerin de bu suçun mağduru olup olamayacağı tartışmasıdır. ETCK m. 192'ye hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler bu suçta mağdur olabilmekteydi. Ancak TCK m. 107'de kanunun sistematığına de uygun olarak böyle bir ayırım yapılmamıştır. Doktrinde şantaj suçunun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceğini savunan görüşlerle beraber²⁴, tüzel kişilerin de bu suçta mağdur olabileceğini savunan görüşler mevcuttur²⁵. Diğer bir görüş de tüzel kişiyi mağdur olarak kabul etmekle birlikte, şeref veya saygınlığa zarar verecek bir

20 Özgenç, s. 192.

21 Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu”, *TBB Dergisi*, S. 92, Yıl: 2011, s. 123.

22 TCK m. 266: “Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır”.

23 İlhan Üzülmöz, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, 2007, s. 151.

24 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2016, s. 460; Koca, Üzülmöz, s. 374

25 Centel, s. 102; Taner, s. 125; *Özbek*, tüzel kişilerin açıkça bu suçun mağduru olamayacağını söylememekle birlikte, ticari itibarı yüksek bir firmaya üretmiş olduğu hatalı ürünlerin basına verileceği söylenerek yarar talep edilmiş olmasını şantaj suçu olarak kabul etmiştir. Ancak bu örnek Yargıtay 4. CD.'nin önüne gelen bir vaka olup eski TCK dönemine denk gelmektedir. Eski TCK zamanında ise şantaj suçu 192. maddede tehdit kapsamında düzenlenmiş ve mağdurunun *gerçek veya tüzel kişi* olabileceği açıkça ifade edilmişti.

hususun açıklanması tehdidinin tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişiler aleyhine olması gerektiğini savunmaktadır²⁶.

Kanaatimizce şantaj suçunun mağduru TCK sistematığında düzenlenen tüm suçlar da olduğu gibi ancak gerçek kişilerdir. Bilindiği gibi suçun mağduru bir suçla korunması amaçlanan hukuki yararın sahibi olan gerçek kişilerdir²⁷. Tüzel kişiler aleyhine özellikle onların saygınlığı aleyhine olarak pek tabii şantaj suçu işlenebilirse de onlar ancak bu suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidirler²⁸. Mesela, bir şirketin piyasadaki itibarına, prestijine zarar verebileceği tehdidiyle şirketten para istenmesi şantaj suçunun tipikliğine uymaktadır. Ancak burada şirketin saygınlığına zarar verecek hususa ilişkin tehdit tüzel kişiliği temsil eden aleyhine kabul edilmelidir. Bu durumda mağdur tüzel kişiliği temsil eden gerçek kişi/ler, suçtan zarar gören ise tüzel kişiliktir. Ayrıca suçun düzenlendiği yerden hareketle de bu ispat edilebilir. Şöyle ki şantaj suçu *hürriyete karşı suçlar* arasında düzenlenmiştir. Hürriyet kavramı ise insana yönelik bir kavram olup bireyin iradesi ile vicdanının uyum içinde özgürce şekillenmesidir. Kanun koyucu şantaj suçunu bu bölümde düzenleyerek ancak gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceğini kastetmektedir. Her ne kadar bu suçta malvarlığına ilişkin değerlerin korunması da gözetilmiş olsa da bu ikincildir. Genel olarak kanaatimizce ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Bir an tüzel kişilerin bu suçta mağdur olabileceğini kabul etsek dahi, suçun düzenlendiği yer itibarıyla bu yine mümkün gözükmemektedir. Aksi yönde bir niyet söz konusu olsaydı suçun, *Ekonomi ve Ticarete İlişkin Suçlar* bölümünde düzenlenmesi daha doğru olurdu.

Şantaj suçunda araç olarak kullanılan tehditten etkilenecek kişi ile yarar (107/2) veyahut haksız çıkar (107/1) elde edilecek kişinin aynı olması gerekmektedir. Mesela, bir kardeşe sahip olduğu lüks arabayı kendisine vermediği takdirde erkek kardeşinin eşcinsel olduğu yönünde haberler yayılacağına yönelik tehdit bu şekildedir.

3. Suçun (Hareketin) Konusu

Suçun (hareketin) konusu, suçun üzerinde gerçekleştiği kişi veyahut şey-

26 Soyaslan, s. 216.

27 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 182; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 6. Baskı, Ankara, 2012, s. 397; Özgüç, s. 193-197.

28 “*Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak bir gerçek kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri olanaklı ise de bunlar mağdur olamayacaklardır*”, YCGK, 22.10.2008 Tarih ve 2011/166 E., 2011/213 K., (www.karartek.com.tr, 9.04.2017).

dir²⁹. Buradan hareketle her suçun bir konusunun olduğunu söyleyebiliriz. Hemen belirtelim ki, suçun konusu ile suçun hukuki konusu (hukuki yarar) aynı şeyler değildir. İki konu arasındaki farkı ayrıntılı olarak izah etmek konunun bütünlüğünü dağıtacağından meseleyi ilgili yerlere havale etmekle yetineceğiz.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, şantaj suçu ile kişilerin irade hürriyetleri kısıtlanmaktadır. Bireyin özgür irade ile düşünme ve karar alabilmesi ve de buna bağlı olarak hareket edebilme serbestisi ihlal edilmektedir. Bu doğrultuda tüm bu menfi hareketlerden zarar gören kişi, diğer bir değişle hürriyeti ihlal edilen kişi şantaj suçunun konusunu oluşturur.

Suçu teşkil eden fiilin vuku bulmasıyla suçun konusu ya zarar görmekte ya da tehlikeye uğratılmaktadır. Şantaj suçunun 1. fıkrada düzenlenen tanımına bakıldığında suçun oluşumu için mağdurun irade hürriyetinin etkilenmiş olması şartı aranmaz. Yani suçun tamamlanabilmesi için failin arzusuna kavuşması gerekmez. Dolayısıyla şantajın bir tehlike suçu olduğu açıktır³⁰.

Şantajın ikinci fıkrada düzenlenen hali bakımından da aynı husus geçerlidir. Bu halin gerçekleşmesi için kişinin şeref ve saygınlığına “zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde” bulunmak yeterlidir. Kanun koyucu bu düzenlemede tehdit içeren hususların “zarar verebilecek” nitelikte değil, “zarar verecek” nitelikte olması şartını aramıştır. Dolayısıyla ihtimale dayalı bir hususun objektif zarar tespiti güç olacağından şantaj suçu oluşmayacaktır. Bu durumda şantaj suçu bir “somut tehlike suçu”dur³¹.

4. Fiil (Hareket)

a. TCK m. 107/1’e Göre Fiil

TCK m. 107’1 de şantaj suçunu oluşturan fiil “*Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamak*”tır³². Buna göre suçun maddi unsu-

29 Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 159; Koca, Üzülmöz, s. 108.

30 Üzülmöz, “Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları”, s. 150.

31 Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul, 2006, C. I, s. 431.

32 “*Sanağın, daha önce çalıştığı şirketten çıkarılması nedeniyle tazminat ve sigorta alacağı olduğu ve alacağını alamadığı gerekçesiyle şirkete hitaben yazdığı mektupta yer alan*... parayı benim hesabıma yatırmazsanız 2007 yılında size Samsun’den topladığım KDV fazlası faturaları maliyeye şikayet etmemi istemiyorsanız kestiğiniz parayı gönderiniz, ama göndermeseniz de olur, zaten maliye ihbarcıya tahsil ettiği paranın %10’nu veriyor. “*biçimindeki sözlerin TCK’nın 107/1 maddesinde düzenlenen şantaj suçunun kanuna aykırı ya da yükümlü olunmayan bir hususun yerine getirilmesini sağlamak için zorlama niteliğinde olmadığını ve hakkını aramaya yönelik olduğu gözlemlenmeden, yasal olmayan gerekçeyle mahkumiyet hükmü kurulması...*”, Yarg. 4. CD., E. 2013/8310 K. 2014/13395 T. 24.4.2014, (www.lexpera.com.tr, 20.10.2019).

ru iki seçimlik hareketten oluşmaktadır³³: 1)Hakkı olan bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle icbar 2)Yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle icbar.

1. fıkrada esasen yasal ve kullanılması meşru olan bir hakkın veya yükümlülüğün mevcudiyeti söz konusudur. Ancak meşru olan bu hak veya yükümlülük kötüye kullanılmaktadır. Neticesinde mağdur kanuna aykırı bir davranışta bulunmaya, yapmakla mükellef olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmak zorunda olduğu bir şeyi yapmamaya icbar edilmekte veyahut haksız çıkar elde edilmektedir³⁴. Görüldüğü gibi m. 107/1 bakımından hareket yasal zeminden suç zeminine kaymaktadır.

Mesela, bir futbol takımının başkanına, takımındaki futbolcuların doping kullandığına yönelik haberlerin basında yer almaması için sahip oldukları basın yayın kuruluşuna bağış yapmaya zorlanması halinde şantaj suçu söz konusudur. Burada bir basın yayın organı sahip olduğu haber yapma hakkını kötüye kullanmakta; mevcut olan doping ihlalini haber yapmamak için başkandan haksız menfaat temin etmektedir. Görüldüğü gibi burada gazetecinin kullanacağını bildirdiği (haber yapma) hakkı, mağdur üzerinde menfi bir etki oluşturmakta, bu haberin yapılmasını istememektedir.

Bir polis memurunun suç işlerken görülmesine rağmen, failin polis memurundan trafik cezalarını sildirirse şikâyet etmeyeceğini bildirmesi halinde failin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden ötürü şantaj suçu oluşacaktır.

Yine mesela, komşusunun evine giren hırsızın gören şahsın, hırsızdan kendisini ihbar etmemesi için çaldığı şeylerden pay istemesi halinde şantaj suçu oluşur. Bu misalde de komşunun kanunen yapması gereken suçu ihbar etmektedir. Ancak bunu gerçekleştirmeyp mağdurdan (hırsızdan) menfaat temin etmektedir.

Bu noktada önemli olan failin bir hak veya yükümlülüğün bulunmasıdır. Fail hakkını kullanmayacağı veya yükümlülüğü yerine getirmeyeceğini karşı tarafa bildirerek serbest iradesini baskı altına alarak, onun menfi yönde hareket etmesini sağlamaktadır³⁵. Şayet ortada bir hak veya yükümlülük bulunmadan bir menfaat temini yoluna gidiliyorsa veyahut mağdur bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlanıyorsa ortada şantaj suçu yoktur. Şartlara göre varsa başka suçlar araştırılmalıdır. Bir hak veya yükümlülüğün varlığı yalnızca ceza

33 Centel, s. 110.

34 Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, C. 3, Ankara, 2014, s. 3679.

35 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 3678.

hukuku bakımından değil tüm hukuk bakımından incelenmelidir³⁶.

Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü gibi mağdurun iradesi zorlanmaktadır. Burada önemli olan, yapılacağı veya yapılmayacağı ifade edilen şeyin mağdurun iradesini zorlamaya elverişli olması gerektiğidir. Kullanılacağı veya kullanılmayacağı bildirilen hak veya yerine getirileceği veya getirilmeyeceği ifade edilen yükümlülük mağdurun iradesini zorlamalıdır³⁷. Çünkü suçla korunan hukuki değer en başta kişinin iradesidir. Kişinin iradesi fesada uğratılmakta, kişi serbestçe hareket edememektedir. Şayet ortada iradeyi zorlayan bir ihlal yok ise, kişinin iradesi icbar olunmaz ise suçun varlığından da bahsedilmez. Tabi ki şu hak veya yükümlülük mağdurun iradesini zorlar şeklinde bir ifadede bulunmak doğru olmaz. Klasik tabirle mağdurun etkilenip etkilenmeyeceğini veyahut hangi ölçüde etkilenip etkilenmeyeceğini, her duruma göre hakim ayrı ayrı tespit edecektir.

Bir kişinin kanuni bir hakkını kullanacağından bahisle başka bir kimseyi tehdit etmesi şantaj suçuna vücut vermez. Sahip olduğu restorandın kasasından para çalan garsonu gören kişinin, garsonu kenara çekerek “bir daha aynı şey tekrarlanırsa seni şikayet ederim” söylemi şantaj suçuna sebep olmaz. Ancak “seni şikayet etmemi istemiyorsan 3 ay boyunca burada maaşsız çalışacaksın” ifadesi şantaj suçunu doğurur. O halde diyebiliriz ki, kanuni bir hakkın kullanımı hakkın kötüye kullanılması teşkil etmiyorsa şantaj suçu değildir³⁸.

Kanuni lafza baktığımızda failin elde etmek istediği çıkarın *haksız* olması gerektiğini görmekteyiz. Gerçekten de fail hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle fail üzerinde tahakküm oluşturarak bir çıkar karşılığı onu bir şey yapmaya veya yapmamaya zorluyorsa, *elde etmeyi amaçladığı çıkar haksız* olmalıdır³⁹. Doktrinde bu meselenin izahı özellikle şikayet hakkının geri alınması karşılığında istenen paranın haksız olup olmadığı dolayısıyla şantaj suçunu oluşturup oluşturmadığı noktasında önem arz etmekte olup⁴⁰; çıkar mağdurun maddi/manevi zararına karşılık

36 Koca, Üzülmez, s. 377.

37 Üzülmez, Tehdit, Şantaj, Cebir Kullanma Suçları, s. 145.

38 Hafızogulları, Özen, s. 172; Tezcan, Erdem, Önok, s. 462.

39 “Somut olayda, sanığın gayrresmi eşi olan ve aralarında uyuşmazlık bulunan şikayetçiye “Evi satmazsan seni bıçakla öldürürüm, evin önüne sererim” biçiminde sözler söylediğinin kabul edilmesi karşısında, sanığın, katılan adına tapu kaydı bulunan ve kendisinin aldığı iddia ettiği evin satılmasını istemesi, haksız bir çıkar sağlama amacına yönelik olmadığı gibi, bunu gerçekleştirmeye yönelik ölümlü tehdidinin de “yapmaya hakkı olduğu bir eylem” niteliğinde bulunmadığı, buna göre şantaj suçunun TCK m. 107/1’de ifade edilen unsurunun gerçekleşmediği ve eylemin TCK’nın 106/1-ilk maddesine uyan tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kanuni olmayan gerekçe ile şantaj suçundan mahkumiyet hükmü kurulması”, Yarg. 4. CD., T. 10.2.2014, E. 2012/34789 K. 2014/3755, (www.lexpera.com.tr, 20.03.2019).

40 “sanığın, borçlu olduğu ve kendisini başka bir soruşturma dosyasından şikayet eden müşte-

geliyorsa haksız değildir denmektedir⁴¹. Biz bu görüşe kısmen katılmaktayız. Şöyle ki, her ne kadar şikayetin kullanılma hakkı var ise, şikayetten vazgeçme hakkı da vardır. Elbette ki burada şikayetten vazgeçme meselelerinin büyük çoğunluğu uzlaşma kapsamındaki suçlardan doğacaktır. Bunun karşılığında da maddi zarara karşılık gelen çıkarın talep edilmesi noktasında kanaatimizce sorun olmayacaktır. Lakin manevi zarara karşılık gelen çıkarın şikayetten vazgeçilmesi karşılığı talep edilmesi noktası kanaatimizce şüphelidir. Manevi zararın miktarı hangi ölçüde ne kadar olacaktır. Bunun tespiti nasıl yapılacaktır. Manevi zarara tam karşılık gelecek çıkarın elde edilmesi noktası sorunlu olacağından görüşe kısmen katılmamaktayız. Tüm bunlarla beraber kanaatimizce soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi olmayan, uzlaşma kapsamı dışındaki suçlarda, ihbar yapılmamasına karşılık zararın tam olarak karşılanması durumunda dahi şantaj suçu oluşmalıdır.

Halk arasında fidye isteme olarak tabir edilen olay esasen şantaj suçunun bir örneği değildir. Mesela bir ailenin çocuğunu kaçıran şahısların, çocuğun verilmesi karşılığında haksız çıkar temin talep etmeleri şantaj suçunu değil; yağma suçunu doğurur⁴². Fidyeye meselesi 107/1-2 tipikliğine uymamaktadır.

Son olarak burada elde edilecek çıkarın sadece maddi çıkar olarak mı anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklama m. 107/2'de yarar sağlama bahsinde izah edilecektir. Konuyu bu nedenle oraya havale ederek burada kısaca geçiyoruz.

b. TCK m. 107/2'ye Göre Fiil

TCK m. 107/2 de şantaj suçunu oluşturan fiil “ bir kişinin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği yönündeki tehdit”tir. Burada öncelikle maddede geçen şeref, saygınlık ve isnat etme terimlerinin açıklanması gerekmektedir.

Şeref, “bir kimseye başkasının gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer veya kişinin toplum nezdinde benimsenmiş iyi şöhreti” olarak tanımlanmaktadır. Saygınlık ise “güvenilir olma durumu, itibar, prestij” anlamında kullanılır.

kiye şikayetinden vazgeçmesi durumunda borcunu ödeyeceğini bildirmesi eylemi haksız bir çıkar sağlama amacına yönelik olmadığı gibi yapmaya hakkı olduğu bir eylem” niteliğinde bulunmadığı, buna göre TCK'nın 107/1. maddesinde düzenlenen şantaj suçunun maddi unsuru, sanığın yapmaya hakkı olan şeyi yapacağından veya yapmaya yükümlü olduğu bir şeyi yapmayacağından söz ederek, bu durumları mağdur üzerinde baskı aracı olarak kullanıp haksız bir çıkar elde edilmesidir unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden şantaj suçundan mahkumiyet hükmü kurulması.....”, Yarg. 4. CD., T. 27.3.2014, E. 2012/24960, K. 2014/9657, (www.lexpera.com.tr, 20.03.2019).

41 Özbek, s. 404; Taner, s. 134.

42 Özbek, s. 404.

maktadır⁴³. Bu kapsamda maddeye göre şeref ve saygınlığa zarar verebilecek *herhangi bir hususun* açıklanması şantaj suçunu oluşturacaktır. Fail, mağdurun şeref veya saygınlığını kötülemeye yönelik fiillerde bulunarak, onun itibarına, onuruna veyahut güvenilirliğine toplum içinde hanel getirmektedir. Ancak failin amacı yalnızca bu değildir. O şeref ve saygınlığa zarar verecek hususların açıklanacağı veyahut isnat edileceği tehdidini *yarar sağlamak* amacıyla araç olarak kullanılmaktadır⁴⁴.

Maddede “açıklanması” lafzı ile, şeref ve saygınlığa zarar verecek nitelikteki bir hususun diğer bir deyişle tehdidin konusunun geçmişte olmuş bir olay olduğu söylenebilir⁴⁵. Yani geçmişte gerçekleşmiş olan menfi bir durum, fail tarafından mağdurun aleyhine olarak yarar sağlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Yine maddede “açıklanma” lafzı ile birlikte “isnat etme” kelimesi de kullanılmıştır. Bunlar TCK m. 107/2 bakımından seçimlik hareketlerdir. Isnat etme, “iftira, karacılık, yükleme” gibi anlamlara gelmektedir⁴⁶. Yukarıda gerçekleşmiş bir olaydan bahsedilirken, isnat etme durumunda bitmiş bir olaydan bahsedemiyoruz. Burada daha önce vuku bulmamış, uydurma bir olayın kişinin şeref ve saygınlığının zarara uğratılacağına tehdidiyle yarar sağlamak amacıyla isnadı söz konusudur⁴⁷. Bu noktada isnat edilecek olayın gerçekliğine inanılabilir olması gerekmektedir⁴⁸.

Şeref veya saygınlığa zarar verecek hususun açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidi *yarar sağlamak amacıyla* yapılmaktadır. Yani yarar sağlama kasdı olmaksızın şantaj suçu işlenemez⁴⁹. Yararın hukuka aykırı olması gerekmez. Mesela kamuya yararlı bir derneğin yöneticisinin, şehrin ünlü iş adamlarından birine derneğe yardım etmezse, itibarını ve şerefini kötüleyecek hususlar ya-

43 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e40314d4c3b4.42752935, (1.4.2017).

44 Üzülmöz, Şantaj Suçu, s. 186.

45 Üzülmöz, Şantaj Suçu, s. 187.

46 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58e40cb65d6e76.96507496, (1.4.2017).

47 Üzülmöz, Tehdit, Şantaj, Cebir Kullanma Suçları, s. 146-147.

48 Taner, s. 142.

49 “*Sanığın, katılana 04/08/2008 tarihinde gönderdiği “... eğer yeni bir sevgili bulduysan geberteceğim seni! Çok cesurdur beni öldür derken...”* içerikli ve 05/08/2008 tarihinde gönderdiği “... hatta orada rezil ederim gelip seni, kimsenin yüzüne bakamazsın” içerikli mesajlar ile tehdit suçunu işlemesine rağmen, “*tehdit suçunun, şantaja yönelik sözleri kuvvetlendirmek amacıyla gerçekleştirildiği*” şeklindeki kanuni olmayan gerekçeyle ve sanığın, ne şekilde “*kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla*” hareket ettiği açıklanmadan yetersiz gerekçeyle şantaj suçundan hükümlülük kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD. 18.06.2014 Tarih, 2012/23680 E., 2014/22307 K., (www.lexpera.com.tr, 20.03.2019).

pılacağını söylemesinde olduğu gibi. Diğer yandan söz konusu yararın maddi nitelikte olması gerektiği görüşü doktrinde hakimdir⁵⁰. Kanaatimizce bu yarar doğrudan parasal bir menfaat olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda *ekonomik değere sahip* olması koşuluyla temin edilen menfaatte şantaj suçuna sebep olmalıdır. Mesela, kendi işyerinde çalışmazsa internette çıplak fotoğraflarını yayınlacağı yönünde tehditte bulunulması halinde şantaj suçu oluşmalıdır. Hatta doktrindeki çoğunluk görüşün aksine kanaatimizce buradaki *yarar ifadesi* daha geniş anlaşılmalı ve manevi yararı da kapsamalıdır⁵¹. Çünkü şantaj suçu hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Korunan hukuki değer öncelikle kişilerin *irade hürriyetleridir*. Dolayısıyla bu hürriyeti tehdit altına sokacak fiiller esasen cezalandırılmaktadır. Karşılığında elde edilecek yarar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca kanun koyucu burada doğrudan parasal (maddi) bir menfaati kastetseydi, “yarar” elde etme lafzı yerine “kazanç” elde etme lafzını tercih ederdi. Mesela ekonomik suçlar içerisinde düzenlenmiş olan tefecilik suçunda kanun koyucu “kazanç elde etme maksadı”nı kullanmıştır. Bu noktada örneğin, “mağdurun, sanığın kendisine cinsel saldırıda bulunduğu iddiasıyla durumu ailesine bildireceğine dair söylemi üzerine; sanığın, olayın cinsel saldırı olmadığı ve rızayla gerçekleştiğini ispat edebilmek amacıyla mağdura “Olayı ailene doğru anlatmazsan cep telefonumdaki çıplak görüntüleri ve çekilmiş olduğumuz fotoğrafları ailene gönderirim. Seni rezil ederim” şeklindeki tehdidinde, failin cinsel saldırı eyleminde rıza meselesini ispat için kullandığı tehdit fiilindeki elde edeceği yarar manevi bir yararadır. Dolayısıyla TCK m. 107/2 kapsamında değerlendirilmelidir.

Yarar sağlama amacıyla tartışılması gereken bir nokta da, maddi yararın oranı veya miktarıdır. Kanaatimizce şantaj suçunda önemli olan kişinin iç huzurunun korunmasıdır. Kişiyi bu yönde huzursuz edebilecek tehdidin varlığı yeterli olacaktır. Ancak bu suç yarar sağlama maksadı olmadan da işlenememektedir. Yararın miktarı veya oranı tehdidin yerine getirilmesi, objektif olarak iradeyi etkilemeye elverişli olması bakımından önemli olabilir. Lakin burada her bireyin mevcut ekonomik veya sosyal şartları içinde bulundurulacak karar verilmelidir. Bir kişi için önemli olmayan bir miktar başka biri için öyle olmayabilir.

Diğer yandan menfaat sağlama mevzusuna ilişkin TCK m. 107/1 de “çıkar”, m. 107/2 de “yarar” kelimeleri kullanılmıştır. Ancak kanaatimizce ikisi arasında fark bulunmamaktadır⁵².

50 Tezcan, Erdem, Önok, s. 465;

51 Benzer görüş için bkz. Koca, s. 67.

52 Benzer düşünce için bkz. Taner, s. 136.

Hem TCK m. 107/1 hem de 107/2 bakımından haksız çıkarın/yararın elde edilmiş olması suçun tamamlanması bakımından gerekli değildir. Yani suç sırf hareket/neticesi harekete bitişik suçudur⁵³. Burada hatta yarar bakımından elde edilen/sağlanan değil *elde edilmesi/sağlanması amaçlanan* yarar veya çıkar tabirlerinin kullanılması daha doğru olacaktır.

Yararın doğrudan failin kendisinin elde etmiş olması gerekmez. Fail başkasına yarar sağlamak maksadıyla da TCK m. 107/2 bakımından şantaj suçunu işleyebilir. Diğer yandan tehdidin konusunu oluşturan husus doğrudan mağduru ilgilendirebileceği gibi mağdurun yakınlarını ilgilendiren bir husus da olabilir. Sadece bu açıklama mağdurun şeref veya saygınlığına hanel getirecek nitelikte olmalıdır⁵⁴. Mesela hesabına 20 bin tl yatırmadığı takdirde, karısının pavyonda şarkıcılık yaptığına ilişkin haberler yayılacağı kocaya söylenmesi şantaj suçunu oluşturur.

Şeref veya saygınlığa zarar verecek hususların açıklanması, herhangi bir yolla gerçekleştirilebilir. Bu bir yazı olabileceği gibi sözle de olabilir. Benzer şekilde şeref veya saygınlığa zarar verebilecek bir hususun açıklanacağı *tehdidi* de söz, yazı, jest, mimik vs. şekillerde olabilir. Yine bu tehdit doğrudan mağdura iletilmeyip, üçüncü kişiler aracılığıyla bildirilmesi de mümkündür⁵⁵.

Açıklanacağı bildirilen hususların kamuoyu tarafından bilinmeyen, gizli hususlar olması gerekir; yoksa herkes tarafından aşikar olan mevzuların açıklanması tehdidi şantaj suçunu oluşturmaz. Zira herkes tarafından bilinen bir hususun açıklanması mağdurun iradesi üzerinde menfi tesir yapmaz⁵⁶.

Maddenin 1. fıkrasına ilişkin açıklamada bahsi geçen, tehdidin mağduru korkutmaya dolayısıyla iradeyi etkilemeye elverişli olması gerekliliği TCK m. 107/2 bakımından da geçerlidir⁵⁷. Bu suçla kişinin iradesini serbestçe kullanılması ve karar alabilmesi koruma altına alındığına göre, bunları tehlikeye düşürecek nitelikte bir tehdidin varlığı gerekli olacaktır. Tehdidin mağdurun iradesini etkileyip etkilemediği ise ortalama bir insanın bu sözlerden tesir altında kalıp kalmayacağı göz önüne alınacaktır⁵⁸.

Şantaj suçunda tehdit edilen ile zarar verileceği bildirilen farklı olabilir. Ancak zarar verilecek kişinin mağdurun önem verdiği biri olmalı, tehdit yarar

53 Hafizoğulları, Özen, s. 172.

54 Koca, Üzülmöz, s. 379.

55 Koca, Üzülmöz, s. 379.

56 Taner, s. 141; Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 3678.

57 Üzülmöz, Şantaj Suçu, s. 189.

58 Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 3681.

elde edilmesine yönelik olmalı ve tehdit ile yarar arasında bağ bulunmalıdır⁵⁹.

B. Suçun Manevi Unsuru

Failin suç işlemek için ortaya koyduğu irade manevi bağı gösterir. Fiil ile fail arasında bu manevi bağ kurulmaz ise suçun varlığından bahsedilemez⁶⁰. Bu anlamda manevi unsur oluşturan faildeki bağ ya kast ya da taksir olarak karşımıza çıkar.

Şantaj suçunun kasten işlenebilen bir suç olduğunu söylememiz mümkündür. Bununla birlikte TCK m. 107/2 de manevi unsur bakımından doktrinde “özel kast” tartışması yapılmaktadır. Biz de bu nedenle daha önceki bölümlerde olduğu gibi burada da TCK m. 107/1-2’yi manevi unsur bakımından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. TCK m. 107/1 Bakımından Manevi Unsur

TCK m. 107/1 de düzenlenen şantaj suçu bakımından fail, hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya, yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya icbar etmektedir. Burada suçun meydana gelmesi bakımından failde kastın bulunması yeterlidir. Yine doktrinde 1. fıkra bakımından kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlamak ya da haksız çıkar sağlama özel kastıyla hareket edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir⁶¹.

2. TCK m. 107/2 Bakımından Manevi Unsur

TCK m. 107/2 de, maddenin birinci fıkrasından farklı olarak belirli bir yönde hareket etme gerekliliği söz konusudur. O gereklilik ise, failin gerek kendisine gerek başkasına yarar sağlamak maksadıyla, mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek hususların açıklanacağı ya da isnad edileceği tehdidinde bulunmaktır. Dolayısıyla TCK m. 107/2 bakımından şantaj suçunun oluşabilmesi için, yarar sağlama maksadıyla hareket edilmesi gereklidir. Doktrinde çoğunluk görüşüne göre burada *yarar sağlama maksadı*, özel kastın varlığını göstermektedir⁶².

Kanaatimizce, yarar sağlama maksadı burada suçu hazırlayan *saiktir*. Saik faille suç işleme kararını verdiren etken olup iradenin oluşum aşamasını ilgi-

59 Yarg. 6. CD., 03.03.2016 Tarih ve 2013/29676 E. 2016/1547 K., (www.karartek.com.tr, 9.4.2017).

60 Özgenç, Genel Hükümler, s. 232.

61 Özbek, s. 406.

62 Koca, Üzülmüş, s. 380; Özbek, s. 407.

lendirir⁶³. Yani kazanç sağlama maksadı TCK m. 107/2 de ki şantaj suçu bakımından özel kastı değil, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. Burada tipiklikte şantaj suçunun gerçekleşmesi için kazanç sağlama saiki açıkça belirtilerek, o suçun benzer suçlardan ayrıldığı ortaya konmaktadır. Dolayısıyla burada kasttan bağımsız olarak, *yarar sağlama maksadı* ile hareket edilmesi gerekir. Saikin kastı hazırlayan bir düşünce olmasından yani saikin (amacın) kasttan önce gelen bir unsur olmasından hareketle kanaatimizce burada yarar sağlama özel kast olmayıp, suçun temel şekline ilişkin manevi unsurdur.

C. Hukuka Aykırılık

Şantaj suçunda hukuka aykırılık bir özellik göstermez. Ancak 1. fıkra bakımından fail hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından bahsetmektedir. Hukuk düzeni içinde bir kişinin hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapması hukuka aykırılık teşkil etmez. İşte bu noktada, şantaj suçunun 1. fıkrası bakımından failin sahip olduğu hakkı veya yükümlülüğü *kötüye kullanıyor* olması gerekir. Dolayısıyla bunun tespiti iyi yapılmalıdır.

IV. Şantaj Suçunda Hata Bahsi

Failin gerçekleştirmek istediği fiile ilişkin iradesi ile ortaya çıkan netice arasında bazı farklılıklar olabilir. Ceza hukukunda netice ile irade arasında doğabilecek muhtemel farklar “hata” ve “sapma” halinde görülmektedir⁶⁴. Ancak her iki kavram birbirinden farklıdır. Bu kapsamda iki kavram arasındaki farklılıklara girmek konumuzun dışında kalacağından yalnızca hata bahsi kapsamında şantaj suçunda çıkabilecek muhtemel örnekler üzerinde durulacaktır.

Hata, gerçeğin bilinmemesi veya yeteri kadar bilinmemesi olup, kişinin tasavvuru ile gerçekleşenin birbirine uygun olmaması anlamına gelir⁶⁵. Bu anlamda hata, kişinin bilgisindeki eksiklik veyahut tam olarak bilgisizliği kapsamında, konusuna göre kasta etki edebileceği gibi kusurluluğa da etki edebilir. Örneğin, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara ilişkin bilgisizlik kast üzerinde etkili olan bir hata iken; kusurluluğu etkileyen hallerin maddi şartlarına ilişkin yanlış kusurluluğu etkileyen bir hata halidir. Bu haller TCK m. 30/1-2-3-4’te düzenlenmiştir⁶⁶.

63 Sami Selçuk, “İzrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, C. 11, S. 3, Yıl: 1985, s. 218.

64 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II*, 9. Bası, İstanbul 1986, s. 339.

65 Önder, Ayhan; *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 325.

66 Madde 30- (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Şantaj suçu kapsamında hata bahsi izah edilirken şu vakıalar üzerinden açıklamalar yapılabilir; ilk olarak, kişinin işlediği ve takibi şikayete bağlı olan bir suçta, şikayet etme hakkı olmadığı halde, varmış zannederek, o kişiye kendisine bir çıkar sağlamazsa savcılığa şikayet edeceği şeklinde beyanda bulunan kişinin hatası TCK m. 30 kapsamında değerlendirilebilir mi? Burada kişi şikayet etme hakkı olmamasına rağmen böyle bir hakkı varmış gibi tasavvur edip, bu hakkını kullanmamak için mağdurdan haksız bir menfaat sağlamak istemektedir. Bu kapsamda TCK m. 107/1'deki "hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından..." şeklinde düzenlenen ve suçun maddi unsuru olan noktada hataya düşülmüş olabileceği tartışılabilirse de kanaatimizce bir muhakeme şartı olan "şikayet hakkının kullanılması" hakkın icrası kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla TCK m. 30/3'e göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurunda hataya düşüldüğü söylenmelidir.

Diğer yandan işlenen bir suçtan dolayı zarar gören ve şikayet hakkı olan kişinin, "böyle bir hakkım var ve dolayısıyla şikayet hakkımı kullanmamak da elimde ve bundan dolayı failden para isteyebilirim" zannıyla hareket ettiği hallerde TCK m. 30/4'e göre haksızlık yanlıgı kapsamında değerlendirilebilir. Zira fail burada şikayet hakkını kullanmama neticesinde bir menfaat temin edebileceği ve bunun bir haksızlık oluşturmayacağı kanaatindedir. Dolayısıyla bu hatası kaçınılmaz ise hatasından faydalanabilecektir.

Yine benzer şekilde kendisine yarar sağlamak amacıyla elinde olan ve A şahsına ait müstehcen resimleri, benzerlikleri sebebiyle B şahsına ait zannedip B'ye şantaj eyleminde bulunması halinde şahısta hataya düştüğünden bahsedilebilir. Bu kapsamda failin TCK m. 30/1'e göre suçun maddi unsurlarında (mağdurda) hataya düştüğü savunulabilirse de biz bu kanaatte değiliz. Zira, failin mağdurun kimliğinde yanılmasının önem arz etmesi için, suçun kanuni tanımında mağdurun şahsı bakımından bir kişiselleştirmeye gidilmiş olması gerekir. Aksi halde şahısta hata bir önem arz etmez⁶⁷. Şantaj suçunun gerek m. 107/1'de gerekse m. 107/2'de mağdur düzenlemesi bakımından bir kişiselleştirme yapmadığı görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu örnekte şahısta hata bir önem arz etmeyeceğinden fail bu hatasından faydalanamaz.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

67 Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 564.

V. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Suç, belirli aşamalardan geçip nihayete erdirilmeye çalışılan bir olgudur. Bu bağlamda, suç işleme düşüncesi, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması ve sona ermesi bu aşamaların bütünüdür. Buna suç yolu adı verilmektedir. Fail bazen bu suç yolunda bazı sebeplerden ötürü suçu tamamlayamaz. Teşebbüs de, failin işlemeyi kastettiği suçu doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması halinde söz konusudur⁶⁸.

Şantaj suçunun oluşabilmesi için mağdurun kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlanması gerektiği yukarıda ayrıntılı olarak ifade edilmişti. Bu kapsamda eylemin teşebbüs aşamasına gelip gelmediğinin belirlenmesi hususunda ise “doğrudan doğruya failin icrasına başlanması” şeklindeki objektif ölçüt esas alınarak, bu suçta icra hareketi ile hazırlık hareketi ayrımı yapılmalıdır.

Şantaj suçu failin, mağdurun iradesini etkilemeye yönelik icra hareketlerini gerçekleştirdiği anda tamamlanır⁶⁹. Suç sırf hareket suçudur⁷⁰. Bu tür suçlarda hareketin bölünmesi zor olduğundan teşebbüs de kolay gerçekleşmemektedir⁷¹. Ancak hareketin parçalara bölünebildiği hallerde mesela mağdurun iradesini zorlayacak olan tehdidin mektupla veya e-mail ile gönderilip muhabata ulaşmadan polis tarafından ele geçirilmesi durumunda teşebbüs mümkündür.

68 Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2014, s. 314.

69 “Somut olayda, sanığın şikayetten vazgeçme karşılığında katılan T.. G..’den haksız menfaat temin etmek amacıyla, T.. B.. ve G.. B..’u, katılan T..G.. hakkında cinsel saldırı suçundan Cumhuriyet savcılığına şikayetçi olmaları hususunda yönlendirmesi şeklinde gerçekleşen eyleminde, sanığın katılanla irtibata geçmemesi ve ona yöneltilmiş herhangi bir hareketinin olmaması nedeniyle şantaj suçunun icrai hareketlerine başlamadığından, anılan suçta teşebbüsün oluşmayacağı”, Yarg. 16. CD., E. 2015/2294 K. 2015/2981 T. 12.10.2015, (www.lexpera.com.tr ,29.04.2019).

70 Koca, Üzülmöz, s. 382.

71 “Katılanın arkadaşının yanında çalışan tanık H.. K..’ı arayarak katılan ile ilgili bilgi ve uygunsuz resim isteyen ve tanığın katılana haber vermesi üzerine de, resim süsü verilmiş zarfın teslimi sırasında yakalanan sanığın eyleminin, katılanla irtibata geçmemesi ve ona yöneltilmiş herhangi bir hareketin olmaması nedeniyle şantaj suçunun icrai hareketleri başlamadığından, anılan suçta teşebbüs niteliğinde sayılmayacağı, ancak TCK’nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle şantaj suçuna teşebbüsten hüküm kurulması...”, Yarg. 4. CD., E. 2012/35440 K. 2014/5147 T. 18.2.2014, (www.lexpera.com.tr, 29.04.2019).

B. İştirak

Şantajın hem TCK m. 107/1 de yer alan şekli bakımından hem de m. 107/2 de düzenlenen türü bakımından iştirak herhangi bir özellik arz etmez.

C. İçtima

Şantaj suçunun tekrarlanan davranışlarla işlenmesi mümkündür. Bu anlamda TCK m. 43/1'e göre, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında tek bir kişiye karşı farklı zamanlarda birden fazla kez şantaj suçunun işlenmesi mümkündür⁷². Mesela elinde bulundurduğu uygunsuz fotoğrafları para vermediği takdirde internette yayacağı şeklindeki tehditleri belirli aralıklarla mağdura bildiren failin cezasında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Tabi ki bunun için hareketin aynı, tek bir suç işleme icrası kapsamında olması ve fiiller arasına uzun zaman aralığı girmemesi gerekir. Şayet fiiller arasına uzun zaman aralığı girmiş ve tek suç icrası kapsamında çıkmışsa gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Yine 43/2 ye göre -aynı neviden fikri içtima- tek fülle birden fazla kişiye karşı şantaj suçunun işlenmesi de mümkündür⁷³. Mesela, karı-kocanın cinsel ilişki içeren fotoğraflarını kullanarak şantaj suçunu işlemesi halinde m. 43/2 söz konusu olur.

Diğer yandan TCK m. 107/2 tehdidin özel bir türüdür. Burada şeref ve saygınlığa zarar verecek hususların açıklanması tehdidi, yarar sağlama maksadıyla yapılmaktadır⁷⁴. Şayet fail şeref veya saygınlığa yönelik zarar vereceği noktasında tehdit eder lakin yarar sağlamak amaçlı yapmazsa, şantaj değil; 106. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen sair kötülük gerçekleştireceği beyanı kapsamında cezalandırılır.

72 "Somut olayda; sanıklar... 'un, kendilerine yarar sağlamak maksadıyla katılan ..oğlu olan şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususları açıklayacakları tehdidi ile bakkal dükkanından çeşitli tarihlerde mal alıp götürmeleri şeklinde gerçekleşen eylemin, TCK'nın 107/2, 43/1. maddeleri kapsamında zincirleme şantaj suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yarg. 22. CD., 23.12.2009 tarih ve 2015/4895 E., 2015/7025 K., (www.karartek.com.tr, 9.4.2017).

73 "...bir fiil ile birden fazla kişiye karşı eylem gerçekleştiğinden tek bir şantaj suçunun olduğu kanaatine varılarak her iki mağdura karşı zincirleme şantaj suçundan uygulama yapılmış..", YCGK, 09.02.2016 Tarih ve 2014/35 E., 2016/49 K., (www.karartek.com.tr, 9.04.2017).

74 "Elektronik posta ve facebook adreslerine erişimini engelleyip katılana MSN üzerinden "camı aç, senin resimlerini herkese göstereceğim, benimle konuş, Recep ile yaptığın yazışmaları internete verirsem senin için kötü olur, resimlerini montaj yaparak meydana getirdiğim cinsel içerikli mesajları arkadaşlarına göndereceğim" içerikli mesajlar gönderdiği belirtilen sanığın tehdit suçunu işlemediğini savunması karşısında, suça konu mesaj içerikleri denetime olanak verecek şekilde dosya içeriğine yansıtılmadan, tartışılmadan ve sübutu halinde, eylem zarar verebilecek bir hususu açıklama tehdidinde bulunarak yarar sağlama niteliğinde olup şantaj suçunun oluşup oluşmayacağı da tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yarg. 8. CD., E. 2015/1647 K. 2015/22235 T. 7.10.2015, (www.lexpera.com.tr, 29.04.2019)

Şantaj suçunda özellikle 107. maddenin 2. fıkrası bakımından çeşitli içtima problemleri ortaya çıkabilir. Bu kapsamda çoğunlukla şantaj suçuyla (m. 107/2) özel hayatın gizliliğini ihlal ve hakaret gibi suçlar arasında içtima ilişkisi doğabilmektedir.

Örneğin, cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerini, mağdurun bilgisi dışında, facebooktan yayımlayan failin eyleminde TCK'nın 134/2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki 17 yaşındaki mağdura ait müstehcen görüntünün yayımlanması nedeniyle 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun birlikte olduğu ve daha öncesinde yarar sağlama maksadıyla fotoğrafların yayınlanacağı tehdidini de içeren bir olayda içtima sorunu doğabilir⁷⁵. Söz konusu olayda şantaj suçu yarar sağlama maksadıyla kişinin şeref ve haysiyetini ihlal niteliğinde olan fotoğrafların yayınlanması tehdidinde bulunduğu anda tamamlanmıştır. Böylelikle bu olayda şantaj suçu ve özel hayatın gizliliği ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Ancak özel hayatın gizliliğini ihlal ve müstehcenlik suçları bakımından bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan failin, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekecektir.

Diğer yandan mağdurun şeref ve haysiyetini ihlal eden hususların şantaj suçu kapsamında açıklanacağı tehdidinde bulunulduktan sonra failin gerçekleştirilmesi halinde hakaret suçu ortaya çıkacaktır. Bu kapsamda şantaj suçu şeref ve saygınlığa zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı tehdidinde bulunduğu anda tamamlanacağından, sonradan hakaret içerikleri ifadelerin açıklanması ayrıca TCK m. 125 anlamında hakaret suçunu doğuracaktır. Yani burada şantaj suçu ve hakaret suçu bakımından gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır.

Son olarak TCK m. 107/1 ve 107/2'deki fiillerin tek suç işleme icrası kapsamında birlikte işlenmesi halinde cezalandırmanın nasıl yapılması gerektiği de kanaatimizce önemlidir. Örneğin, failin suç işlemiş olan bir kimseyi ihbar edeceğinden bahisle, kendisine bir menfaat temin etmeye zorlaması halinde, şantaj suçu (TCK m. 107/1) oluşur. Yine aynı failin suç işleyen aynı kişiyi menfaat temin etmezse hakkında şeref ve haysiyetini ihlal eden hususları yayacağına ilişkin beyanda (TCK m. 107/2) bulunması halinde 107/1 ve 107/2 arasındaki içtima kuralları nasıl uygulanmalıdır? Burada kanaatimizce zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Şantaj suçunun düzenlendiği m. 107/1 ve m. 107/2

75 Yarg. 12.CD., E. 2018/7105, K. 2018/12020, T. 12.12.2018 (www.lexpera.com.tr E.T. 25.06.2019).

aynı suç sayılacağından birden fazla işlenmiş şeklinde kabul edilmeli ve TCK m. 43/1 uygulanmalıdır. Ancak her iki fıkranın birlikte ihlal edilmesi zincirleme suçta cezanın artırılmasındaki oranda ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Aşağıda şantaj suçunun diğer bazı suçlarla mukayesesi yapılırken, bu suçlarla şantaj suçu arasındaki içtima (bilhassa tehdit, özel hayatın gizliliği ve irtikap/rüşvet suçları) ilişkin mevzulara da yer yer değinilmiştir⁷⁶.

VI. Şantaj Suçunun Benzer Suçlarla Mukayesesi

Şantaj suçu işlenirken tehdit araç olarak kullanılmakta, mağdur çeşitli zorlamalar altına sokularak iradesi sakatlanmaktadır. Bu suçta tehdidin araç olarak kullanılması, benzer diğer suçlardan farkının ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır. Diğer yandan şantaj suçunda mağdurun malvarlığı değerlerinde de haksız olarak bir azalma meydana gelebilmektedir. Dolayısıyla bu noktada malvarlığına karşı suçlarda, benzer özellikte olan bir takım suçlardan da farkı izah edilmelidir.

A. Cebir Suçu

Cebir suçu, TCK m. 108 de, “bir şey yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması” şeklinde ifade edilmiştir. Cebir suçunda mağdurun irade serbestisini ihlal edecek *fiziki kuvvet* kullanılmaktadır⁷⁷. Şantaj suçunda da mağdurun irade oluşturma ve iradi hareket oluşturma serbestisi ihlal edilmektedir. Ancak şantaj suçunda bu ihlal gerçekleştirilirken cebir suçundan farklı olarak fiziki kuvvet değil, *tehdit* araç olarak kullanılmaktadır.

Şantaj suçunda genel olarak bir sınırlama mevcut değildir. Oysa şantaj suçunda konu belirli bir çerçeveye içine alınmıştır. Diğer yandan şantaj suçunda fail hukuki bir hakkını veya yükümlülüğünü kötüye kullanarak manen mağduru bir şeye zorlamakta veya haksız çıkar elde etmektedir. Cebir suçunda ise böyle bir sınırlama yapılmaksızın, doğrudan bir şey yapması veya yapmaması ya da yapmasına müsaade etmesi şeklinde ifade edilmiştir.

76 “Sanığın, internet yoluyla tanıştığı katilana kendisini doktor olarak tanıtp farklı zamanlarda para istediği, katılanın 3.500 TL ve 850 TL gönderdikten sonra başka para göndermek istemediği, bunun üzerine sanığın ilişkilerini katılanın eşine söyleyeceği tehdidinde bulunarak dolandırıcılık ve şantaj suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda; tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkumiyetine yönelik kabulde isabetsizlik görülmemiştir”. Yarg. 15. CD., E. 2014/24157 K. 2017/11065 T. 17.5.2017, (www.lexpera.com.tr, 29.04.2019).

77 Koca, Üzülmöz, s. 389.

B. Tehdit Suçu

Tehdit suçunda bireylerin irade serbestisi, huzur ve sükunu, güven içinde yaşama duygusu koruma altına alınmak istenmektedir. Tehdit TCK m. 106/1 de, “ Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir” şeklinde düzenlenmiştir.

Tehdit suçunda bireyin yaşama, vücut ve cinsel dokunulmazlığı ile birlikte malvarlığı ve diğer sair değerleri koruma altına alınmaktadır. Şantaj suçunda ise 1. fıkra bakımından bir hak veya yükümlülük sahibi olan failin, mağduru kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapması veya yapmaması ya da haksız çıkar elde etmeye zorlaması söz konusudur. Yine 2. fıkra bakımından ise şeref veya saygınlığa yönelik ihlal gerçekleştirileceği tehdidiyle yarar sağlanması söz konusudur. Görüldüğü gibi tehdit daha geneldir; şantaj ise daha özel ve sınırlı bir alanda koruma sağlamaktadır.

Şantaj suçunda fail, hukuki bir hakkından veyahut sahip olduğu bir yükümlülüğe dayanarak, onu kötüye kullanarak bu suçu işleyebilmektedir. Diğer bir deyişle, failin destek aldığı nokta hukuka aykırı olmayabilir. Lakin tehditte doğrudan bir hukuka aykırı bir saldırı dayanağı söz konusudur.

Yine en açık farklardan biri de TCK m. 107/2 bakımından yarar sağlama maksadıdır. Yarar sağlama maksadı olmadan şeref veya saygınlığa zarar verileceği tehdidi, TCK m. 106 anlamında (sair kötülük) suç olacaktır.

Diğer yandan şantaj suçunda tehdit araç olarak kullanılmakta ve mağdurun iç huzurunu bozma ve onu korkutma amacı söz konusudur. Mağdura yaşatılan korku onun bilinmesini istemeyeceği bir olayın açıklanması veya isnat edilmesinden ibarettir. Tehditte ise amaç bizatihi tehdittir. Böylelikle mağdur üzerinde maddi bir şiddet korkusu oluşturulmaktadır⁷⁸.

Son olarak şunu ifade edelim ki, “ TCK’nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçuyla, 107. maddesinde düzenlenen şantaj suçu arasında özel norm - genel norm ilişkisi bulunduğu düşünülebilir ise de, 107. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçun tehdidin özel bir türü olduğu, bu nedenle bir olayda 106. maddedeki genel tehdit suçunun mu, yoksa 107. maddenin 2. fıkrasındaki şantaj suçunun mu gerçekleştiği konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, olayın durumuna göre mağdurun şeref ve saygınlığına zarar verebilecek bir hususu

78 Üzülmöz, Şantaj Suçu, s. 179.

açıklamakla veya isnat etmekle tehdit edilip bir yarar sağlamaya zorlama var ise 107. maddenin 2. fıkrasındaki şantaj suçunun olduğu kabul edilmelidir⁷⁹. Buna göre TCK'nın 107/2. fıkrasında düzenlenen şantaj suçu, tehdit suçunun özel bir görünümü olup, koşulları var ise öncelikle TCK'nın 107/2. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Çünkü tehdit suçu genel bir hüküm olduğundan, fail özel bir saikle suç işlerse başka bir suç meydana gelecektir.

C. Yağma Suçu

Yağma suçu malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenen, cebir veya tehdidin araç olarak kullanılması başkasının eşyasının alınmasının ise amaç olması suretiyle işlenen bir suç tipidir. Bu anlamda yağma, cebir veya tehditle işlenen hırsızlık olarak tanımlanabilir⁸⁰. Yağma suçunda tehdidin kapsamı “hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı bahsi”dir. Oysa şantaj suçunda tehdidin konusu olmuş bir olayın açıklanması ya da şeref veya saygınlığa zarar verecek bir hususun açıklanmasıdır. Diğer yandan şantaj suçunda TCK m. 107/2 bakımından bir yarar elde edilme gayesi vardır. Yağma suçunda ise taşınır bir malın zorla alınması veya teslim zorlanması söz konusudur⁸¹. Mesela bir iş adamına sahip olduğu altın kaplama saati ve pırlanta kolyeyi teslim etmezse kendisine veya yakınlarına zarar verileceği tehdidi yağma suçuna vücut verir.

Yine yağma suçunda araç olarak kullanılan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle iradesinin etki altına alınmasını kapsamaktadır. Oysa şantaj suçunda fiziksel bir zorlama söz konusu değildir. Yağma suçu cebir veya tehdit kullanılarak malın teslim alınması ile tamamlanırken, şantaj suçunda iradenin zorlanmasının tehlike altına girmesi yeterli olup yararın elde edilmiş olması gerekmez⁸².

D. Dolandırıcılık

Dolandırıcılık suçunun temel şekli TCK m. 157'de “ Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlama” şeklinde düzenlenmiştir. Dolandırıcılık, hileli davranışlarla ve haksız bir menfaatin sağlanması suretiyle işlenebilen bir suçtur. Burada mağdurun iradesi hileli davranışlarla sakatlanmaktadır. Oysa şantaj suçunda mağdurun iradesi tehdit kullanılmak suretiyle fesada uğratılmaktadır.

Şantaj suçu ilk fıkrası bakımından bazı hallerde dolandırıcılık suçuna dönebi-

79 YCGK, 22.10.2008 Tarih ve 2011/6-166 E., 2011/213 K., (www.karartek.com.tr, 10.4.2017).

80 Koca, Üzülmöz, s. 579.

81 Üzülmöz, Şantaj Suçu, s. 181.

82 Koca, s. 67.

lir. Mesela fail bir hak veya yükümlülük sahibi olmamasına rağmen sanki böyle bir hak veya yükümlülüğün sahibi olduğunu hileli hareketlerle mağdura inandırır ve haksız bir çıkar sağlarsa şantaj suçu değil, dolandırıcılık suçu söz konusu olur⁸³.

E. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal

TCK m. 134'te özel hayatın gizliliğini ihlal iki fıkra olarak düzenlenmiştir. Madenin ikinci fıkrasında “ Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi”nden bahsedilmiştir. Bu anlamda şantaj suçunun ikinci fıkrasında şeref ve saygınlığa zarar verecek hususların açıklanması veya isnat edilmesi halinde TCK m. 134/2 bakımından özel hayatın gizliliğini ihlal söz konusu olabilecektir.

Mesela kişinin çıplak fotoğraflarının sosyal medyada yayınlanacağı tehdidiyle yarar sağlanması halinde şantaj suçu vuku bulacaktır. Bu resimlerin kayda alınması başlı başına TCK m. 134/1'de düzenlemeyi (gizliliğin görüntülerin kayda alınması suretiyle işlenmesi) ihlal edecektir. Kanaatimizce burada fail her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır⁸⁴. Zira görüntülerin kayda alınması ile zaten m. 134/1 tamamlanmıştır. Daha sonrada bu görüntülerin yayınlanacağı tehdidi ayrı bir hareket olarak gerçekleştirilerek şantaj suçu işlenmiştir. Tehdit edildikten sonra görüntülerin yayınlanması halinde TCK m. 134/2'de gündeme gelecektir. Kanaatimizce görüntülerin yayınlanması halinde ayrıca m. 134/2'den de hüküm kurulmalıdır. Çünkü şantaj suçunun tamamlanması için görüntülerin yayınlanmış olması gerekmez. Yayınlanacağı yönünde tehdidin yarar sağlama maksadıyla yapılması yeterlidir. Diğer yandan suçlardan biri kişilerin *hürriyetini* korurken, diğeri özel hayatını korumaktadır. Korudukları hukuki değerlerin farklılığı münasebetiyle de ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekir.

F. İrtikap-Rüşvet

Şantaj suçunun 1. fıkrasındaki hali bakımından failin *kamu görevlisi* olması durumunda irtikap-rüşvet suçları gündeme gelmektedir. Çünkü bu suçların maddi unsurları ile şantaj suçunun 1. fıkrasının maddi unsurları örtüşmektedir⁸⁵. Mesela devlet hastanesinde görev yapan bir doktorun ameliyat yapmak için mağduru haksız menfaat teminine icbar etmesi halinde irtikap suçu oluşur. Benzer şekilde zabita memurunun pazar esnafından usulsüz tartım işlemi

83 Üzülmöz, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 145.

84 “*Sanığın mağdureyle ilişkisine devam edebilmek ve bu amaçla onunla yeniden görüşebilmek için mağdurenin daha önceden kendisine göndermiş olduğu çıplak fotoğraflarını yayacağı yönünde şantajda bulunması ile TCK'nın 107. maddesindeki suçun oluştuğu olayda, anılan şantaj suçu ile mağdurenin kendisiyle görüşmemesi nedeniyle sanığın bu fotoğrafları mağdurenin arkadaşı tanık Buse'ye göndermesi sonucunda oluşan özel hayatının gizliliğini ihlal suçu arasında içtima ilişkisi bulunmadığının gözetilmemesi...*”, Yarg. 14. CD., 30.12.2014 Tarih ve 2015/3642 E., 2015/7593 K., (www.karartek.com.tr, 9.4.2017).

85 Taner, s. 152.

sebebiyle ceza kesmemek için para alması halinde rüşvet suçu söz konusu olur. Burada kamu görevlisi doktor ve zabıta memuru yükümlü oldukları bir şeyi yerine getirmek için haksız menfaat temin etmektedirler.

Failin kamu görevlisi olması durumunda suçun şantaj suçu olmayacağını, irtikap, rüşvet gibi suçların gündeme geleceğini ifade ettik. Mağdurun kamu görevlisi olması halinde durum nasıl olacaktır? Esasen şantaj suçunun mağdurunun kamu görevlisi olması halinde şantaj suçu varlığını korumaktadır. Bununla birlikte doktrinde şantajın, kamu görevlisi olan mağdura karşı görevini yaptırmamak için işlenmesi halinde TCK m. 265’de düzenlenmiş olan, görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda görevi yaptırmamak için direnme suçunun şantaja göre özel hüküm olması sebebiyle, TCK m. 265’in uygulanması gerektiği fikri ileri sürülmüştür⁸⁶. Diğer bir görüşe göre, bu durumda fikri içtima kurallarına göre en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulmalıdır⁸⁷. Kanaatimizce TCK m. 265 unsurları gereği şantaj suçundan ayrı bir suç tipidir. TCK m. 265’de kamu görevlisine görevini ifa etmesi tehdit veya cebir suretiyle engellenmektedir. Şantaj suçunun 1. veya 2. fıkradaki şekli TCK m. 265 ile örtüşmemektedir. Keza kanun koyucu görevin ifasının engellenmesinde tehdit ve cebir suçun unsuru olarak düzenlemiş, şantajdan bahsetmemiştir. Her ne kadar şantaj tehdidin özel bir hali olsa da şantaj suçunu tehdit suçundan ayıran bazı farklılıklar (yarar sağlama gibi) söz konusudur. Nitekim bir fil m. 107’ye uymuyor ancak tehdit içeriyorsa sair kötülük kapsamında m. 106’ya dayandırılmaktadır. Sonuç olarak açıklanan nedenlerle TCK m. 265 ile m. 107 arasında fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.

Sonuç

Şantaj suçu şu iki önerme⁸⁸ ile özetlenebilir⁸⁹:

- Eğer beni tazmin edersen, seni suçlayıcı, alçaltıcı beyanlarda bulunmam.
- Eğer beni tazmin etmezsen, suçlayıcı, alçaltıcı beyanları herkese yayayım.

Şantaj suçu ile kişilerin serbest iradeleri ile düşünme, hareket etme ve hareketi sonlandırmaları koruma altına alınmak istenmiştir. Böylelikle bireyin iç/manevi hürriyeti kanun tarafından muhafaza edilmiştir.

Şantaj suçu karşılaştırmalı hukukta ekseriyetle malvarlığına karşı suçlar ara-

86 Taner, s. 126.

87 Tezcan, Erdem, Önok, s. 452.

88 Bu iki önerme TCK m. 107/2 bakımından geçerlidir. Ancak uygulamada şantaj suçunun en çok görüldüğü şekli budur.

89 Westen, Peter; “Why The Paradox Of Blackmail is so Hard to Resolve”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol 9, s. 591.

sında düzenlenmiştir. Çünkü şantaj suçunda amaç bir haksız çıkar/maddi yarar elde etmektir. Böylelikle bireyin malvarlığında fail veya 3. kişi lehine fakirleşme olmaktadır. Mukayeseli hukukta bu kapsamda bireyin malvarlığının korunması ön plana çıkarılırken TCK'da irade serbestisi öncelikli koruma altına alınmak istenmiştir. Hemen belirtelim ki şantaj suçunun örneklerine bakıldığında çoğunlukla bir maddi yarar elde edilmek amacıyla yapıldığı, hatta bir takım şirketlerin piyasada rakip şirketi rekabetten alıkoymak için onun itibarını zedeleyici unsurları kamuoyuna sunacağı tehdidiyle hareket ettiği görülmektedir⁹⁰ (Tabi burada tüzel kişilerin fail-mağdur olma/olmama durumları ayrıca tartışılmalıdır).

Şantaj suçunda TCK m. 107/2 itibariyle zarar verileceği bildirilen husus şeref ve saygınlık olup, yarar sağlama amacıyla suç işlenmektedir. TCK m. 107/1 bakımından ise böyle bir sınırlama ve yarar sağlama amacı söz konusu değildir.

Şantaj suçunda tehdit araç olarak kullanılmaktadır. Ancak tehdidin konusu kişinin şeref veya saygınlığı ile sınırlandırılmıştır. Diğer yandan tehdidin mağdurun iradesini etkilemeye elverişli olması gerekmektedir.

Şantaj kasten işlenebilen bir suçtur. 107. maddenin ikinci fıkrası bakımında *yarar sağlama amacı* özel olarak nitelendirilse de, bize göre bu amaç, suçun temelini oluşturan bir saiktir.

Şantaj suçunun tamamlanması için mağdurun iradesini baskılayan tehdidin açıklanması veya isnat edilmesi yeterli olup; *elde edilmesi amaçlanan yararın sağlanması* veya menfaatin temin edilmiş olması gerekmez. Bu bakımdan suç neticesi harekete bitişik suçtur. Yine suç tehlike suçu olup; mağdurun herhangi bir zarara uğramış olması gerekmez.

Şantaj suçunda hata bahsi noktasında bazı vakıalar bakımından şantaj suçunda karşılaşılabileceğimiz ihtimalleri değerlendirirken doktrinde daha önce bu noktada yapılmış bir incelemeye rastlamadığımızı belirtelim. Dolayısıyla ilgili kısımda yazılanlar bilhassa geliştirilmeye açıktır.

Son olarak şantaj suçunun, bilhassa özel hayatın gizliliğini ihlal ve hakaret gibi suçlarla birlikte işlenmesi mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda ilgili bölümde çeşitli ihtimaller kapsamında şantaj suçu ile bahsi geçen bu suçlarla birlikte diğer bazı suçların içtması kapsamlı olarak incelenmiştir. Ancak şunu belirtelim ki, şantaj suçunun tamamlanması için m. 107/1 ve 107/2'deki fillerin yapılması veya haksız bir menfaat sağlanması için *zorlanmış olması* yeterli olacağından diğer suçlarla arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına daha sık rastlanmaktadır.

90 F.E. Guerra-Pujol; The Problem of Blackmail: A Critique of Coase, and The Case For Blackmail Markets, www.heinonline.org (10.3.2017).

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- Centel, Nur; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Şantaj Suçu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun YARSUVAT’a Armağan*, C. IX, S. 2, s. 101-122.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım*, C. I, İstanbul 1959.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, İstanbul 1986.
- Guerra-Pujol, F.E.; *The Problem of Blackmail: A Critique of Coase, and The Case For Blackmail Markets*.
- Hafizoğulları, Zeki; Özen, Muharrem; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Ankara, 2016.
- Koca, Mahmut; *Yağma Cürümleri*, Ankara, 2003.
- Önder, Ayhan; *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer ve diğerleri; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2015.
- Özgenç, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, 2015.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, 2014.
- Selçuk, Sami; “İzrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast”, *Yargıtay Kararları Dergisi*, C. 11, S. 3, Yıl: 1985.
- Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2014.
- Şen, Ersan; *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, 2006.
- Taner, Fahri Gökçen; “Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu”, *TBB Dergisi*, S. 92, Yıl: 2011.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, 2016.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, 6. Baskı, Ankara, 2012.
- Üzülmüş, İlhan; Koca, Mahmut; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2013.
- Üzülmüş, İlhan; “Şantaj Suçu”, *AÜEHFD*, C. VIII, S. 1-2.
- Üzülmüş, İlhan; *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara, 2007.
- Westen, Peter; “Why The Paradox Of Blackmail is so Hard to Resolve”, *Ohia State Journal of Criminal Law*, Vol 9, s. 585-636.
- Yaşar, Osman; Gökçen, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa; *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2. Baskı, C. 3, Ankara, 2014.
- Zafer, Hamide; *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)*, 3. Bası, İstanbul 2013.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.heinonline.org
- www.tdk.gov.tr
- www.karartek.com.tr
- www.lexpera.com.tr

ÖZ

Tehdidin özel bir hali olarak kabul edilen şantaj suçu Türk Ceza Kanunu'nun 107. maddesinde "Hürriyete Karşı Suçlar" kapsamında kaleme alınmıştır. 765 sayılı eski TCK'da şantaj suçu, "Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Suçlar" başlığı altında 188. maddede şartlı tehdit ve 192. maddede tehdit ile menfaat sağlama başlıkları altında düzenlenmişti. Çalışmamızda eski TCK'da suçun düzenleniş şekline kısaca değindikten sonra, 5237 sayılı TCK'daki suçun mevcut hali, Yargıtay kararları ile birlikte tüm unsurlarıyla ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: şantaj suçu, TCK m. 107, tehdit, şartlı tehdit, eski TCK, menfaat sağlama.

Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi*

Analysis of Local Administrative Units in the Federal and Unitary States in Terms of Similarity and Differences

Tülin ÇAĞDAŞ**

ABSTRACT

Federal State, being part of governmental communities, houses two forms of states. These are “federal state” and “federated states”. Federal state is also called “federation”. Federation as a governmental system is accepted and implemented by many states all over the world. And federalism is a political system which emerged as a result of the organisation of federal state, and this system have a series of peculiarities. In particular, when a mention is made of federalism, this calls to mind a sharing-out of governmental powers between federal state and federated states. And, on the other hand, in decentralization, some of the administrative and political powers are shared with the authorities which are not part of the central administrative organization. Decentralization involves two aspects, a political one and an administrative one. Both in federalism and decentralization, the governmental powers are shared between the central government and local governmental units. However, as there are significant and distinguishable differences between them, these systems are distinct from each other.

Keywords: federal state, federated state, federalism, decentralization, local authorities.

Giriş

Federal devlet, devlet şekillerinden biri olan devlet toplulukları içerisinde yer almaktadır. Federal devlete aynı zamanda federasyon da denilmektedir. Federalizm ise federal devletlerin teşkilatlanması sonucu ortaya çıkan siyasi bir sistemdir. Dünya’da, bu sistemin uygulandığı birbirinden farklı, birçok federal devlet bulunmaktadır. Örneğin: Amerika Birleşik Devletleri, Kanada,

* Makale gönderim tarihi: 23.05.2019. Makale kabul tarihi: 14.06.2019. Tülin Çağdaş, “Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi”, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 161-179.

** Dr. Öğr. Üyesi, Beykent Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Cihangir Mahallesi, Sıraselviler Cad. 34433 Beyoğlu-İstanbul.

Brezilya gibi yüzölçümleri itibariyle büyük olan federal devletler yanında, Almanya, 1993'ten itibaren İsviçre gibi yüzölçümleri nispeten daha küçük olanlar da mevcuttur. Federal devletlerden bazıları liberal demokrasiyi uygularken bazıları da sosyalist ideolojiyi benimsemişlerdir. Belçika, Avusturya gibi federal devletlerden bir bölümü ayrılma yolu ile Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre gibi diğer bir bölümü de birleşme yoluyla oluşmuşlardır. Görüldüğü üzere çeşitli ve değişik federal devlet uygulamaları olmasına rağmen yine de, federal devletlerin belli ve müşterek özellikleri mevcuttur. Bir federal devletten bahsedebilmek için federal devlette, iki ayrı hukuk düzeninin bulunması, federal devlet ile federe devlet arasında yetki bölüşümünün gerçekleşmesini ifade eden özerlik ilkesinin ve yine federe devletlerin, federal devletin organlarında temsil edilmesi anlamına gelen katılma ilkesinin var olması gerekmektedir.

Yerinden yönetim ise bazı idari ve siyasi yetkilerin, merkezi idare teşkilatı dışında yer alan ve ayrı tüzel kişilikleri bulunan kamu kuruluşları tarafından kullanılmasını ifade etmektedir. Yerinden yönetim, siyasi ve idari yerinden yönetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu çalışmada, idari yerinden yönetim üzerinde durulacaktır. İdari yerinden yönetimde, merkezi idare teşkilatının dışında yer alan kamu kuruluşlarına, yerel nitelikteki kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi bağlamında yetkiler verilmektedir.

Görüldüğü gibi federalizmde de, yerinden yönetimde de merkez ile yerel birimler arasında yetki bölüşümü mevcuttur. Her iki kavram arasında, bu açıdan benzerlik vardır ancak bu benzerliğe rağmen aralarında oldukça önemli farklar da bulunmaktadır.

Bu çalışmadaki amaç, federalizm ve yerinden yönetim kavramlarını inceledikten sonra aralarındaki benzerlik ve farklılıkları detaylı bir şekilde ortaya koyarak, bu iki kavramın daha iyi anlaşılmasını sağlamaktır.

Bu görüşten hareket ederek, çalışmanın girişten sonraki birinci bölümünde federalizmi, ikinci bölümünde yerinden yönetimi, üçüncü bölümünde ise federalizm ile yerinden yönetim arasındaki benzerlik ve farklılıklar incelenecektir.

I. Federalizm

Federalizm, federal devletlerin diğer bir deyişle federasyonların teşkilatlanması sonucu ortaya çıkan bir sistem olduğundan ilk önce federal devleti sonra da federalizmin özelliklerini incelememiz gerekmektedir.

A. Federal Devlet (Federasyon)

1. Tanımı ve Teşkilatlanması

Doktrinde “Egemen kamu gücüne sahip, hukuksal bir kişilik veya bir ulusun belli bir ülke üzerinde siyasal açıdan örgütlenmesi sonucu ortaya çıkan tüzel

kişilik”¹şeklinde tanımlanan devlet, yapısına göre üniter ve bileşik devlet olmak üzere ikiye ayrılır. Bileşik devlet de, devlet birlikleri ve devlet toplulukları olmak üzere iki çeşittir. Devlet toplulukları ise konfederasyon ve federasyondan oluşmaktadır. Demek ki, federal devlet diğer bir deyişle federasyon, devlet şekillerinden olan devlet toplulukları içerisinde yer almakta ve günümüzde yaygın bir devlet şekli olarak gözükmektedir.²

Ayrı ayrı birçok devletin, tek bir devlet oluşturacak şekilde bir araya gelmesiyle oluşan devlet birliği olarak sözlükte ifadesini bulan federasyonu³, Dünya’da birçok devlet kabul etmiş ve uygulamıştır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada, Güney Afrika Birliği, Hindistan, Almanya, İsviçre, Belçika, federal yapıya sahip devletlerdir.⁴ Federasyon için şöyle bir tanım vermek de mümkündür. “Federasyon, uluslararası hukukta bağımsız devlet olarak tanınmayan eyalet, federe devlet ve özerk bölge gibi yerel yönetim birimlerinin, merkezi bir otorite etrafında birleşmesiyle oluşan devlet topluluğudur.”⁵ Gerek sözlükte gerekse doktrindeki tanımlardan anlaşılacağı üzere federasyon iki çeşit devletten oluşmaktadır bunlar ‘Federe Devlet’ ve ‘Federal Devlet’lerdir.

Federal devlet, ulusal seviyededir ve tüzel kişiliği vardır. Federal devlet, her devlet gibi insan ülke ve egemenlik gibi üç unsura sahiptir. Federal devletin, insan unsuru dendiği vakit söz konusu devlete, vatandaşlık bağı ile bağlanmış olan insan topluluğu anlaşılmaktadır. Federal devletin insan topluluğu, federe devletin insan topluluğunu da meydana getirebilmektedir. Federal devletin toprak unsuru, federasyonda yer alan federe devletlerin topraklarının toplamını ifade etmektedir. Federal devletin, kendisini meydana getiren federe devletlerin egemenliklerinin dışında, kendisine özgü bir egemenliği de mevcuttur.⁶ Federal devlette ayrıca yasama, yürütme ve yargı organları da mevcuttur. Yasama organı, iki meclisten oluşmaktadır. Örneğin, ABD’de yasama organının adı ‘Kongre’dir ve iki meclisli bir yapıya sahiptir. Meclislerden bir tanesi, bütün eyaletlerin eşit sayıda temsil edilmiş oldukları ‘Senato’ diğeri ise her eyaletin nüfus esasına dayalı olarak temsil edildiği ‘Temsilciler Meclisi’dir. Yasama organının, iki meclisten oluşmasının sebebi olarak da federalizm gösterilmektedir.⁷ Federal devletlerde yürütme organı, tek başlı(monist) olabileceği gibi

1 A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s.9.

2 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, Öğrenci Dostu Serisi, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s.97-107.

3 Claude Auge, *Nouveau Petit Larousse Illustré*, Librairie Larousse, Paris, 1931, s.404.

4 Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.126.

5 Şükrü Karatepe, *Anayasa Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s.87.

6 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s.200-201.

7 Faruk Örgün, *Başkanlık Sistemi*, Bilge Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.81.

iki başlı (düalist) bir yapıya da sahip olabilir. Örneğin, ABD’de yürütme organı monist yapıdadır ve tek kişiden oluşmaktadır.⁸Yürütme organını başkan temsil etmektedir. Almanya’da ise yürütme iki başlılık arz etmektedir. Birinci kanatta cumhurbaşkanı, ikinci kanatta ise hükümetin başı olan başbakan yani ‘chancelier’ yer almaktadır. Cumhurbaşkanının yetkileri, sayılarak belirtilmiştir. Cumhurbaşkanı, daha ziyade ülkeyi temsil görevini üstlenmiştir ve manevi yönü ağır basmaktadır oysa hükümetin başı olan ‘chancelier’ nin görevleri cumhurbaşkanının görevlerine göre çok daha fazla ve gerçekçi olduklarından, federal cumhuriyete adeta ‘chancelier’in demokrasisi’ adı verilmektedir.⁹ Her federal devletde, federal yüksek mahkeme mevcuttur. Federe devletler, federasyonun alt kademesinde yer almakta ve federasyonu oluşturmaktadırlar. Federal devlette, birçok federe devlet bulunmaktadır. Örneğin İsviçre’de 26, Almanya’da 16 ve ABD’de 50 federe devlet mevcuttur.

Federalizm, uygulandığı federe devletlere ayrı ayrı adlar verilmektedir. Örneğin ABD’de devlet (State), Brezilya’da (Estado), Almanya’da (Land), İsviçre’de (Canton), Belçika’da (Bölge-Region) denilmektedir. Federe devletler, birer devlettir ve her biri millet egemenlik ve ülke unsurlarına sahiptir. Federe Devletlerin kendilerine has anayasası, kanunları ve kendilerinin belirlediği yasama, yürütme ve yargı organları vardır. Federe devletlerin, federal devletler gibi uluslararası hukukta kişilikleri yoktur yani sadece federal devlet uluslararası alanda diğer devletlerle ilişki kurabilir ve antlaşmaları imzalayabilir.¹⁰

2. Oluşumu

Federal devlet, ayrılma veya birleşme şeklinde iki değişik yolla ortaya çıkmaktadır.

a. Ayrılma Yolu ile Ortaya Çıkan Federal Devlet

Bu yolla oluşan federal devlet, üniter bir devletin bölünmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Üniter devlette yer alan bölge veya il gibi birimler söz konusu devletten ayrılırlar. Bunlar bağımsız devletler kurmaktansa, federal devlete dönüşürler yani eski üniter devlet, federal devlet, eski bölge veya iller de federe devletler haline gelirler.¹¹ Ayrılma yoluyla oluşan federal devlet için Belçika, Avusturya ve Rusya gibi devletler örnek gösterilebilir.

8 Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 41.

9 Jean Paul Jacqué, *Droit Constitutionnel et institutions Politiques*, Edition Dalloz, Paris, 1998, s.100.

10 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s.200, 204-205.

11 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ekin Kitapevi, Bursa, 2011, s.71.

Belçika, Flamanlarla Fransızca konuşan kısım arasındaki düşmanlığı gidermek amacıyla 1970 ila 1993 yılları arasında birbirini takip eden bir dizi aşamadan geçerek üniter devletten, federal devlete dönüşmüştür.¹² Avusturya, 1918 yılında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun parçalanmasından sonra federal yapıya geçmiştir.¹³

Rusya da 1924 yılında, Sovyetler Birliğine dönüşerek federal yapılı bir devlet haline gelmiştir. Birçok milliyeti bünyesinde barındıran Çarlık Rusyası, 1917 yılında gerçekleşen devrimden önce tek yapılı yani üniter bir devlettir. Fakat bu dönemde hükümet, söz konusu milliyetlere sömürge gibi davranmakta ve onları Ruslaştırmak istemekteydi. 1917 devriminden sonra Bolşevik taraftarı olmayan milliyetler isyan ederek bağımsızlıklarını ilan etmişlerse de Kızıl Ordu, bu milliyetlerin bağımsızlık isteklerini etkisiz hale getirmiş ve 1922'de birlik sağlanabilmiştir fakat Bolşevikler, ülkede beliren ve huzursuzluk yaratan milliyetçi akımların, Marksist –Leninist doktrinle uyumlu hale gelmesini sağlayabilmek için Stalin'i görevlendirmişlerdir. Bu uyum da federal bir yapıya geçerek sağlanmış ve 31 Ocak 1924 yılında çıkartılan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği (S.S.C.B) anayasası ile ülkedeki federe cumhuriyetlere özerklik tanınmıştır.¹⁴

b. Birleşme Yolu ile Ortaya Çıkan Federal Devlet

Federal bir yapı içerisinde birleşmeye karar veren birden fazla üniter devletin, bir araya gelmesiyle ve birleşme yoluyla federal devlet ortaya çıkmaktadır.¹⁵ Genelde söz konusu üniter devletler, federasyona geçmeden önce ilk aşamada 'konfederasyon'u ikinci aşamada ise 'federasyon'u oluşturmaktadırlar. Birleşme yoluyla, federal devlet oluşumuna ABD. ve İsviçre'yi örnek göstermek mümkündür. Kuzey Amerika'da bulunan on üç sömürge, 4 Temmuz 1776 tarihinde 'Bağımsızlık Bildirisi'ni yayınlamış ve İngilizlerin hâkimiyetinden çıkmışlardır. Aynı zamanda konfederasyonu kurarak bir araya gelmişlerdir ancak daha sonraları, eyalet devletleri arasında daha sıkı bir bağ kurmak ihtiyacı belirilmiş ve 1787'de konfederasyondan, federasyona geçilmiştir.¹⁶ 13. yüzyıldan, 18.yüzyıla kadar İsviçre bir konfederasyondur. Uri, Schwyz ve Unterwald adlı üç dağ kantonu anlaşarak bu konfederasyonu kurmuşlardır. Bir müddet sonra 1332'de Lucerne, 1351'de Zurich ve 1353'de Berne adlı şehir kantonları kon-

12 Hugues Portelli, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Edition Dalloz, Paris, 1999, s.12.

13 Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, s.71.

14 Teziç, s.128.

15 Éric Oliva, *Droit Constitutionnel Libertés*, Editions Dalloz, Paris, 1997, s.21.

16 Manfred C. Vernon, *Devlet Sistemleri Mukayeseli Devlet İdaresine Giriş*, Çev.; Mümtaz Soy-sal, Sevinç Basımevi, Ankara, 1961, s.114,115,123.

federasyona katılmışlardır. Fribourg ve Soleure 1481'de, Bâle ve Schaffhouse 1501'de, Appenzell ise 1513 yılında konfederasyonda yer almışlardır. Söz konusu konfederasyon dönemi Fransızların, İsviçre'yi işgaliyle son bulmuş ve devrimci Fransa, kendi modelinin uygulanmasını, İsviçre'ye zorla kabul ettirmiş ancak üniter devlet uygulaması, uzun sürmemiş ve bizzat Bonaparte, konfederasyonun uygulanmasını tekrar sağlamıştır. 1815 yılında, 22 kanton, eski rejimine dönmüşlerdir ancak 1848 yılında yeni bir anayasa kabul edilmiş ve konfederasyon, federasyona dönüşmüştür.¹⁷

Federasyon, ister birleşme isterse ayrılma yoluyla kurulmuş olsun, federal devletin tarihsel veya toplumsal açıdan oluşmasında çeşitli nedenler bulunmaktadır. Bu nedenlerin arasında güçlü olma coğrafi büyüklük, etnik çoğulculuk gibi nedenler gelmektedir. Örneğin, Amerika'daki eyaletler kendilerini sömürmek isteyen İngiltere ve Avrupa karşısında daha güçlü olabilmek ve onlara karşı direnebilmek için aralarında birleşerek federasyon kurmuşlardır.¹⁸

Yine toprakları geniş olan ülkelerin, yüz ölçümlerinin fazla olmasından dolayı üniter devlet modeliyle yönetilmeleri zordur. Örneğin ABD, Kanada, Hindistan gibi ülkeler federasyon ile idare edilmektedir. Öte yandan birçok farklı etnik topluluğun yaşadığı devletler, üniter devlet modelinden ziyade federal devlet modelini uygulamaktadırlar. Üniter devlet modelinin uygulanmasıyla, ülkede yaşayan ve birbirinden farklı toplulukların kimlikleri büyük ölçüde inkâr edilmiş olacaktır.¹⁹

Bu nedenle etnik çoğulculuk, federasyonun oluşmasında önemli bir neden oluşturmaktadır ayrıca dış müdahaleler de bir devletin federal devlet şeklinde kurulmasında rol oynamaktadır. Örneğin, Batı Almanya'nın tekrar canlanmasını, merkezi bir devlet biçiminde örgütlenmesinde gören ve bu durumdan korkan işgal güçleri, Batı Almanya'nın federal bir cumhuriyet olarak kurulmasını istemişlerdir. Özellikle Fransızlar, Almanya'nın bir daha kendilerini tehdit etmemeleri için birçok bağımsız devletlere parçalanmasından memnun olmuşlardır.²⁰

B. Federalizm İlkeleri

Federalizm ilkelerini üç ana başlıkta toplayabiliriz bunlar: Üst üste bulunma ilkesi, Özerlik ilkesi ve katılma ilkeleridir.

17 Olivier Duhamel, *Droit Constitutionnel et Politique*, Editions du Seuil, Paris, 1993, s.491-492.

18 Karatepe, s.89.

19 Jacqué, s.11.

20 Michael G. Roskin, *Çağdaş Devlet Sistemleri, Siyaset Coğrafya, Kültür*, Çev.; Bahattin Seçilmişoğlu, Liberte Yayın Grubu, Ankara, 2014, s.266-268.

1. Üst Üste Bulunma İlkesi

Federal anayasa, birbirinin üzerine konulmuş iki ayrı hukuk düzenini yaratmaktadır. Bunlardan birincisi federal devletin hukuk düzeni, ikincisi ise federe devletlerin hukuk düzenleridir. Bu düzenlemenin sonucu olarak:

Federal devletin, kendine has yasama, yürütme ve yargı organları olduğu gibi federe devletlerin de, kendilerine ait ve federal devletinkinden ayrı yasama, yürütme ve yargı organları vardır.

Federal hukuk, federe hukuktan üstündür. Buna federal hukukun, federe hukuka karşı üstünlüğü ilkesi adı verilmektedir(Règle de la primauté).²¹ Örneğin, federe devletin anayasası ile federal devletin anayasası veya federe devletin kanunu ile federal devletin kanunu arasında uyumsuzluk çıkarsa, federal devletin anayasası veya kanunu uygulanır.²² Bu önemli yapının ayakta durabilmesi için federal hukukun, federe hukuktan üstün olması gerekliliği vardır. Federal yüksek mahkeme yargıcı da, federal devlet ve federe devletler arasında gerçekleşen yetki paylaşımında ve bu yetkilerin kullanımında çıkacak ihtilaflarda, federal devlet yapısında birliği sağlamak adına son derece hassas ve adil davranmakta ve böylece üstünlük ilkesini destekleyerek onu daha güçlü kılmaktadır.²³

2. Özerklik İlkesi

Federalizmde özerklik dendiği zaman, federasyonu oluşturan her bir federe devletin, devlet kimliği ile bizzat örgütlenme gücüne sahip olması ve aynı zamanda yetkilerin federal devlet ve federe devletler arasında bölüşülmesi anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu başlık altında önce federe devletlerin bizzat kendi başlarına sahip oldukları örgütlenme gücünü daha sonra da federal devlet ile federe devletler arasında gerçekleşen yetki paylaşımını inceleyeceğiz.

a. Federe Devletlerin Bizzat Örgütlenme İktidarı:

Her federe devletin kendine has anayasası ile yasama, yürütme ve yargı organları mevcuttur. Federe devletler, söz konusu temel organları bizzat kendileri belirlemektedir. Bu belirlemeyi yaparken, bağımlık sözü verdikleri federal anayasanın kabul ettiği bazı prensipleri göz ardı etmemek zorundadırlar. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde federal anayasa, cumhuriyet hükümet şeklini (forme républicaine du gouvernement) ve bireysel hakları düzenleyerek garanti altına almıştır. Almanya'da ise federal anayasa, hukuk devleti ilkelerini düzenlemiştir. Dolayısıyla federe devletler, bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapamazlar.²⁴

21 Jacqué, s.12.

22 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s.205,

23 Oliva, s.23.

24 Jean Claude Masclet, Jean Paul Valette, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions Dalloz, Paris, 1994, s.58.

b. Yetkilerin Bölüşümü

Genel olarak federal sistem, federal devlet ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımı esasına dayanmakta ve yetki paylaşımının güvenceli olması gerekmektedir şöyle ki; federal devletin, federe devletlerin yetkilerini geri alamaması veya federe devletlerin yetkisi içerisinde olan konularla ilgili olarak kendi iradesini onlara empoze edememesi gerekir. Bu güvenceli yetki paylaşımı, yazılı ve az çok katı bir anayasa ile gerçekleştirilmektedir. Federalizmde yetki paylaşımı, federal devletin anayasası tarafından yapılmaktadır.²⁵ Yetki paylaşımı yapılırken iki yöntemden yararlanılmaktadır. Birinci yöntemde ilk önce federal devletin yetkileri sayılır. Sayılan bu yetkilerin dışındakiler ise federe devlete bırakılmaktadır.²⁶ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri anayasasının, 8. bölümünün 1. maddesinde kongreye tanınmış olan yetkiler sayılmış daha sonra anayasa da yapılan 10. değişiklikte, anayasa ile kongreye verilmemiş olan yetkilerin federe devletlere ait olacağı belirtilmiştir.²⁷

Yetki paylaşımındaki ikinci yöntemde ise federe devletin yetkileri tek tek sayılmakta ve bu yetkilerin dışında kalanlar ise federal devlete bırakılmaktadır. Örneğin, bu yöntem Hindistan anayasasında kullanılmıştır.²⁸ Söz konusu yöntemlerin dışında bazı anayasalar, yetki bölümünde 'Yarışan Yetkiler'den de (compétences concurrentes) bahsetmektedir. Örneğin, Alman anayasasının 74. maddesi medeni hukuk, ceza hukuku, eğitim yardımları, kamulaştırma, ormancılık gibi yarışan yasama yetkisi alanında bulunan konuları saymıştır. Anayasanın 72. maddesi de, federal devletin bu alanda yasama yetkisini kullanmaması halinde federe devletlerin, söz konusu yetkiyi kullanabileceklerini belirtmiştir.²⁹ Federal devletler daha ziyade dış işleri, para basma, savunma, telekomünikasyon, gümrük gibi önemli hizmetlerin yerine getirilmesi yetkilerine sahiptir fakat federal anayasaların günümüzde, merkezi devlete daha fazla ve geniş yetkiler tanıdığı görülmektedir. Federal devlet ile federe devletlerin yetkileri, federal anayasada belirtilmiş olsa da yine de aralarında yetki uyumsuzluğu çıkabilir. Federal anayasa, söz konusu yetki uyumsuzluklarını giderecek olan bir makama yer vermiştir ve bu makamın yargısal bir niteliği vardır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal Yüksek Mahkeme, Almanya'da ise Federal Anayasa Mahkemesi bu ihtilafları çözmekle görevlidir.³⁰

25 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s.206-208.

26 Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.302.

27 Philippe Lauvaux, *Les Grandes Démocraties Contemporaines*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990, s.194-195

28 Anayurt, s.302.

29 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s.209.

30 Teziç, s.130.

3. Katılma İlkesi

Federal devletten bahsedebilmemiz için her şeyden önce federasyonu oluşturan federe devletlerin hem federal devletin organlarına hem de buralarda alınacak olan kararlara katılmaları gerekmektedir. Bu özellik federalizmin en önemli ilkelerinden biridir. Federe devletlerin katılımını öncelikle federal anayasanın hazırlanması ve değiştirilmesinde görmekteyiz.³¹ Federe devletler, federal anayasanın yapılmasında söz sahibi olduklarından bu bir mutabakat metnini oluşturmaktadır. Dolayısıyla da anayasanın değiştirilmesinde rızalarının alınmadan bir değişikliğe gidilemez. Bu durum da federe devletler için bir güvence oluşturmaktadır zira kendileri aleyhine gerçekleşecek olan bir değişikliğe bu katılım sayesinde karşı çıkabileceklerdir. Örneğin Amerikan Birleşik Devletleri'nde anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için federe devletlerin 3/4 nün onayı aranmaktadır.³²

Federe devletlerin katılımı, federal devletin yasama faaliyetlerinde de ortaya çıkmaktadır. Federal düzeyde yasama faaliyetleri, federal devletlere özgü bir biçimde, iki meclisten oluşan bir parlamentoda gerçekleşmektedir. Örneğin Amerikan Birleşik Devletleri'nde, parlamento iki meclislidir. Bunlardan bir tanesi "Temsilciler Meclisi" adını taşımakta ve halkı temsil etmektedir. Bu mecliste, federe devletler nüfusları oranında temsil edilmektedirler. Diğer meclis ise Senato'dur ve federe devletleri temsil etmektedir. Senato'ya her federe devlet iki temsilci yollamaktadır. Örneğin California devleti, Alaska gibi Senato'ya iki temsilci yollarken Temsilciler Meclisi'nde California'nın 48, Alaska'nın ise iki temsilcisi bulunmaktadır.³³ Böylece federe devletler, federal yasama organının her iki meclisine de temsilciler yollayarak yasama organında gerçekleşecek olan yasama faaliyetlerine katılmış olacaklardır.

Federe devletlerin katılımı, federal devletin yürütme oranına katılma şeklinde de gerçekleşmektedir. Örneğin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği bakanlar kurulunda, ülkedeki on beş federe Cumhuriyetteki bakanlar kurullarının başkanları bulunmaktaydı. Amerikan Birleşik Devletleri'nde ise başkan ve başkan yardımcısının seçimleri federe devlet çerçevesinde gerçekleşmektedir. Her federe devlet, Senato ve Temsilciler Meclisi'ne yolladığı temsilci sayısına eşit temsilci seçmektedir. Bu seçmenler de, belli bir partiye ait olduklarından, ikinci seçmenlerin seçilmiş olmasıyla kimin başkan olacağı çıkan sonuçlara göre belli olmaktadır.³⁴ Böylece federe devletler, federal yürütme organının seçilmesine de katılmış olmaktadır.

31 Oliva, s.22.

32 Anayurt, s.305.

33 Oliva, s.22,23.

34 Teziç, s.131.

II. Yerinden Yönetim

Yerinden yönetimde, siyasi ve idari yetkilerin bazıları, merkezi idarenin dışında yer alan otoritelere verilmektedir. Böylece yerinden yönetim, siyasi ve idari yerinden yönetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Siyasi yerinden yönetim, merkezi idare ile mahalli yönetim birimleri arasında siyasi gücün bölüşülmesini ifade etmektedir yani siyasi güç tamamen merkezin elinde bulunmamakta aksine bu güç ülkede yer alan diğer birimler arasında paylaşılmaktadır. Siyasi yerinden yönetim federal devlet sisteminin ortaya çıkmasını sağlamıştır.³⁵ İdari yerinden yönetimde ise halk için gerçekleştirilecek olan bazı kamu hizmetleri, merkezdeki idare teşkilatı ve onun hiyerarşisi içerisinde bulunmayan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmektedir. İdari yerinden yönetim de kendi içerisinde yer yönünden ve hizmet yönünden yerinden yönetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yer yönünden yerinden yönetim için ‘Mahalli Adem-i Merkeziyet’, ‘Mahalli İdareler’, ‘Yerel Yönetimler’ gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları için il, belediye, köy gibi kamu tüzel kişileri örnek gösterilebilir. ‘Hizmet Adem-i Merkeziyeti’ de denen, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına ise üniversiteler, Türkiye Radyo Televizyon (TRT) gibi belli alanlarda uzmanlıkları bulunan, devletin dışında ayrı tüzel kişilikleri ve belli özerklikleri olan kamu kuruluşları örnek verilebilir.³⁶

Bu bölümde, idari yerinden yönetim üzerinden durulacak ve sırasıyla yerinden yönetimin özellikleri, sakınca ve faydaları incelenecektir.

A. Yerinden Yönetimin Özellikleri

Yerinden yönetim kuruluşlarının, devletin sahip olduğu tüzel kişilikten bağımsız olarak kamu tüzel kişilikleri vardır.³⁷ Böyle olması zorunludur çünkü ancak bu şekilde söz konusu kuruluşlar, hak sahibi olabilmekte ve borç altına girebilmektedirler. Aynı zamanda yerinden yönetim kuruluşlarının görev ve yetkileri, kanun tarafından belirlenmektedir.³⁸ Kuruluşların, kendi organları vardır ve genelde bu organlar merkez tarafından değil, seçimle belirlenmektedir. Bunlar kanunla kururlar.³⁹ Yerinden yönetim kuruluşları, belli konularda veya alanlarda kanunların kendilerine tanımış olduğu ölçüde hareket serbestisine(özerkliğe) sahiptir. Bu özerklik idari, mali ve bilimsel olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır. İdari özerklikte, kuruluşların siyasi özerkliği

35 Bilal Eryılmaz, *Kamu Yönetimi*, Umuttepe Yayınları, İzmit-Kocaeli, 2017, s.112-113.

36 Bekir Parlak, Zahid Sobacı, *Kuram ve Uygulamalarda Kamu Yönetimi Ulusal ve Global Perspektifler*, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul, 2005, s.16.

37 Dominique Turpin, *Droit de la Decentralisation*, Imprimerie France Quercy, Paris, 1998, s. 15.

38 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.177.

39 Bilal Eryılmaz, *Kamu Yönetimi*, Erkam Matbaacılık, İstanbul, 1997, s.64.

yoktur. Onlar sadece kanunların belirlediği ölçüde herhangi bir makamdan izin ya da onay almaksızın karar alabilme ve bu kararları uygulayabilme yetkisine sahiptir. Buradaki özerklik, bağımsızlık olarak anlaşılmalıdır. Mali özerklikleri olan yerinden yönetim kuruluşlarının ise kendilerine ait bütçeleri vardır ve yürütecekleri kamu hizmetleri için gerekli olan harcamaları bizzat kendileri yapmaktadır.⁴⁰ Ayrıca bu kuruluşlar üzerinde merkezi idarenin vesa-yet denetimi mevcuttur. Vesayet denetimi ile idarenin bütünlüğü sağlanmak-ta ve aynı zamanda yerinden yönetim kuruluşlarının sahip oldukları özerklik dengelenmektedir.⁴¹

B. Yerinden Yönetimin Zararları

Yerinden yönetimde, bazı sakıncalı durumların mevcut olduğu doktrinde tartışılmaktadır. Örneğin yerinden yönetim kuruluşlarının, mali kaynakları arasında farklılıklar olduğundan verecekleri kamu hizmetleri de farklılık arz edecektir. Böylece, bölgeler arasında eşitsizlikler oluşabilecek, ülke birliği bozulabilecektir.⁴² Kuruluşların yeterli derecede mali ve teknik imkânları yoksa hizmetler, gereği gibi yerine getirilemeyecek ve vatandaşlar hizmetlerin aksamasıyla karşı karşıya kalacaklardır.⁴³ Ayrıca bu kuruluşların, ayrı bir mal varlığı ve bütçesi olduğundan mali açıdan denetimleri de güçlük arz edecektir. Öte yandan yerinden yönetim kuruluşları, siyasetin etkisinde kalabilecek kuruluşlardır ve bu nedenle de verecekleri hizmetler tercih edecekleri siyasi görüşe göre gerçekleşecektir.⁴⁴

C. Yerinden Yönetimin Faydaları

Yer yönünden yerinden yönetimde, daha fazla demokratik ilkelerin var olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının karar organları, o bölgede oturan kişiler tarafından seçilmekte ve iş başına getirilmektedir. Aynı zamanda o bölge halkı, seçmiş oldukları temsilciler vasıtasıyla yerel yönetime katılmış olmaktadır. Organların, merkez tarafından atanmış olmaları yerine, yöre halkı tarafından seçilmiş olmalarını ve halkın yönetime katılmasını sağlaması açısından yerinden yönetimin, demokratik ilkelere daha uygun olduğu söylenebilir.⁴⁵

Yerinden yönetimde kararlar, merkezin müdahalesi olmadan yerinde alınmakta ve uygulanmaktadır. Böylece hizmetlerin, yerine getirilmesinde zaman

40 Akyılmaz vd., s.178.

41 Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018, s.163-164.

42 Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2006, s.32,33.

43 Parlak, Sobacı, s.17.

44 Akyılmaz vd., s.179.

45 Gözler, Kaplan, s.84.

kaybının ve kırtasiyeciliğin önüne geçilmektedir. Hizmetlerin yürütülmesi hızlanmaktadır. Kararlar, yerinde alındığından kamu hizmetleri o yörede oturanların isteklerine ve yerel ihtiyaçlara uygun olarak yapılmaktadır. Hizmetlerin yerine getirilebilmesi için yapılacak olan masraflar, yerel finansmanla karşılandığından hizmetlerin gecikmesi de söz konusu olmayacak böylece, yerinden yönetimde kamu hizmetleri daha gerçekçi, akılcı, verimli ve etkin bir şekilde yürütülmüş olacaktır.⁴⁶

III. Federalizm ve Yerinden Yönetim Arasındaki Bağlantı (Benzerlik ve Farklar)

Federalizmde olduğu gibi yerinden yönetimde de merkez ile yerel birimler arasında yetki paylaşımının bulunduğunu görmekteyiz. Her ikisinin de temelinde yetki paylaşımı yatmaktadır. Bu yetki paylaşımı yani devlet yetkilerinin paylaşımı federalizm de, federal devlet ile federe devletler arasında yapılmaktadır.⁴⁷ Federal devletin yetkileri daha ziyade dış politika, dış ilişkiler, savunma, para basma, telekomünikasyon gibi alanları kapsamaktadır. Federal devlete ait olmayan, örneğin medeni hukuk, sosyal hukuk, eğitim, kültür gibi alanlardaki yetkiler ise federe devletlere aittir. Bu yetki bölüşümü de federal anayasa tarafından yapılmaktadır.⁴⁸ Yerinden yönetimde ise yetkiler merkezi idare ile merkezi idarenin dışında yer alan kamu tüzel kişileri arasında paylaşılmaktadır. Örneğin, mahalli idareler arasında yer alan belediyelerin, belediye yasakları koymak, kanunlarda öngörülen cezaları vermek, toplu taşıma yapmak, kanunlar tarafından belirlenen ruhsat veya izni vermek gibi yetkileri mevcuttur. Üniversitelerin de, yükseköğretim alanında bu hizmeti verme yetkileri bulunmaktadır. Federalizm ile yerinden yönetim arasında, yetkilerin paylaşılması açısından benzerlik bulunmasına rağmen aralarında önemli farklar da bulunmaktadır. Birini diğerinden ayıran bu önemli farkları şöyle özetleyebiliriz.

Federalizme baktığımız zaman bu sistemde, iki tür devletin var olduğunu görmekteyiz. Birincisi 'Federal Devlet' ikincisi 'Federe Devlet'dir. Federal devletin de, federe devletin de ayrı ayrı kendilerine has ülkeleri, halkları ve egemenlikleri vardır yani her ikisi de bir devletin sahip olması gereken unsurlara (Millet, ülke, egemenlik) sahip olduklarından ayrı ayrı devlet statüsündedirler yalnız şu hususu belirlemek gerekir ki federe devletler, dış egemenliğe sahip

46 Ramazan Cengiz Derdiman, *Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2003, s.89.

47 Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, s.83.

48 Masclat, Valette, s.59.

değildirler.⁴⁹ Alman anayasa mahkemesine göre federal devletin özünde hem federasyonun hem de federe devletlerin ayrı ayrı devlet niteliğine sahip olmaları yatmaktadır.⁵⁰ Oysa yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerde tek devlet mevcuttur. Yerinden yönetimde yer alan mahalli idareler, federasyondaki federe devletlere benzemezler çünkü mahalli idarelerin egemenlikleri yoktur.⁵¹ Bu durum, federal devlet ile yerinden yönetimin uygulandığı üniter devlet arasındaki en önemli farklardan birini oluşturmaktadır.

Federal devletlerde yasama, yürütme ve yargı görevleri iki kademelidir yani her federe devlet, kendi bulunduğu bölgede geçerli olacak olan yasaları çıkartan yasama organına yine kendi bölgesinde bulunan hizmetleri yerine getirmekle görevli olan yürütme organına ve çıkarttığı yasaları uygulayacak olan yerel mahkemelere sahiptir. Federal devlet de aynı şekilde, ülkenin her tarafında geçerli olacak olan yasaları çıkartan yasama organına, devleti uluslararası alanda temsil gücüne sahip yürütme organına ve ülkenin her yerinde geçerliliği bulunan yasaların uygulanması sonucu ortaya çıkabilecek olan ihtilafları çözmekle görevli federal mahkemelere sahiptir.⁵² Oysa üniter yapıli devletlerde yasama, yürütme ve yargı organları tektir. Yerinden kuruluşların ayrıca bu nitelikleri taşıyan organları yoktur. Örneğin, mahalli idarelerin sadece idari organları mevcuttur. Bunun dışında bu kuruluşlar, yasama ve yargı organlarına sahip değildir.⁵³

Federasyonlarda, federal ve federe hukuk düzeni olmak üzere iki tür hukuk düzeni mevcuttur. Bunlardan federe hukuk düzeni, federal hukuk düzenine tabidir.⁵⁴ Federal devletin de, federe devletlerin de ayrı ayrı anayasaları, kanunları, hukuk düzenleri bulunmakta ancak federe devletler, kendi anayasalarını yaparken, federal anayasadaki temel ilkeleri göz önünde bulundurmamak ve bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapmamak zorundadırlar. Özetle, federal anayasaya saygı göstermekle yükümlüdürler. Oysa yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerde, tek bir hukuk düzeni vardır. Yerinden kuruluşların kendilerinin belirlediği anayasaları, kanunları dolayısıyla kendilerine ait bir hukuk düzenleri yoktur.⁵⁵ Örneğin bir belediyenin, kendisinin hazırladığı anayasası, çıkarttığı kanunları ve hukuk düzeni mevcut değildir.

49 Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, s.107,108.

50 Constance Grewe, Helene Ruiz Fabri, *Droit Constitutionnel Européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, s.299.

51 Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, s.83.

52 Karatepe, s.88.

53 Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, s.85.

54 Anayurt, s.307.

55 Pierre Pactet, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, Edition Armand Colin, Paris, 1996, s. 54.

Bir federasyonda, federe devletler, federal devletin organlarında temsil edilmektedir. Bunun sonucu olarak da federal devletin parlamentosu, iki meclisli olmak zorundadır. Bu meclislerden biri federasyonda ki halkı diğeri ise federe devletleri temsil etmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan Senato'da federe devletler, Almanya'da ise Bundesrat'da Lander'ler temsil edilmektedir.⁵⁶ Halbuki yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerde, yasama organının çift meclisli olması gibi bir zorunluluk yoktur ve bu bir tercih melesidir.⁵⁷ Örneğin Türkiye'de, 1961 anayasası 'Çift Meclis' sistemini benimsemiştir. Anayasaya göre Türkiye Büyük Millet Meclisi 'Millet Meclisi' ve 'Cumhuriyet Senatosu' olmak üzere iki meclisten oluşmaktadır oysa 1982 anayasası, Cumhuriyet Senatosunu kaldırmış ve tek meclis sistemini kabul etmiştir.⁵⁸ Üniter devletlerde parlamento ister tek ister çift meclisli olsun yerinden kuruluşların devletin yasama organına katılmaları söz konusu olamaz. Örneğin mahalli idarelerin ait oldukları üniter devletin parlamentosuna katılmaları ve orada temsil edilmeleri mümkün değildir ancak Fransa'da, beşinci Cumhuriyetin anayasasınının 24. maddesinde "Senato, Cumhuriyetin yerel yönetimlerinin temsili ni sağlar" ifadesi kullanılmıştır.⁵⁹ Bu hükme göre üniter devlet olan Fransa'da yerel yönetimler, Fransız parlamentosunun ikinci meclisi olan Senato'da temsil edilmektedirler. Bu durum, iki meclisli Fransız parlamentosunun bir özelliğini teşkil etmekte ve bir istisnayı oluşturmaktadır.

Federasyonlarda federal devletin, federe devletler üzerinde vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Halbuki, yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerdeki yerinden yönetim kuruluşlarının işlemleri sınırlı bir şekilde de olsa merkezi idarenin vesayet denetimi altındadır. Vesayet denetimi ile merkez, yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerini bozabilir, değiştirebilir hatta istisnai olarak kuruluşların yerine geçerek işlem yapabilir.⁶⁰ Federasyonda ise federal devlet, federe devletlerin kendilerine bırakılmış olan bir konudaki kararlarını sadece federal yüksek mahkemeye taşıyabilir. Bunun dışında, vesayet denetiminde olduğu gibi federe devletlerin kararlarını bozma, değiştirme gibi yetkilere sahip değildir.⁶¹

Özerklik ilkesi gereği federalizmde, federal devleti meydana getiren federe devletlerin kendilerine has yetkileri vardır ve federe devletler bu yetkilerini federal

56 Didier Guignard, *Droit des Collectivites Territoriales*, Edition Breal, Imprimerie CPI Firmin Didot, Paris, 2017, s.15.

57 Anayurt, s.307.

58 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.38,46.

59 Guignard, s.15.

60 Anayurt, s.272.

61 Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, s.85.

devletin müdahalesi olmadan kullanabilmektedir.⁶² Oysa üniter devletlerdeki yerinden yönetim kuruluşlarının bu nitelikte yetkileri yoktur. Bu durum da, söz konusu yerinden yönetim kuruluşları ile federe devletleri birbirinden ayıran bir özelliktir. Federal sistemde idari yetkilerin yanında yasama ve yargı yetkileri de merkezi idare ile federe devletler arasında bölüşülmüştür. Halbuki yerinden yönetimde sadece idari yetkiler paylaşılmıştır. Söz konusu bu yetki paylaşımı federalizmde güvenceli bir şekilde yapılmıştır. Çünkü bu sistemde yetkilerin paylaşılması yazılı ve katı bir anayasa ile gerçekleştirilmektedir. Yetkiler yazılı ve katı bir anayasa ile bölüştürüldüğü zaman federal devlet, federe devletlere bırakılmış olan yetkileri anayasayı kolayca değiştirerek geri alamaz. Yerinden yönetimde ise yetki paylaşımı kanun ve anayasa ile yapılmış olabilir. Yetki paylaşımı kanun ile yapılmış ise merkezi idare her zaman yeni bir kanunla verilmiş olan bu yetkileri geri alabilir. Bu nedenle yerinden yönetimde yetki paylaşımı federalizme göre güvenceli değildir.⁶³ Ayrıca federal sistemde anayasa değişikliğinin yapılabilmesi federe devletlerin bu değişikliği kabul etmeleri şartına bağlıdır yani federal anayasada yetki paylaşımıyla ilgili bir değişiklik yapılacaksa bunun federe devletlerce kabul edilmesi gerekir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için federe devletlerin dörtte üçünün onayı gerekmektedir.⁶⁴ Yerinden yönetimde yer alan kuruluşların ise devletin anayasasında yapılacak olan değişikliklere katılmaları söz konusu olamaz. Yerinden yönetimde kuruluşlara yetkiler anayasa ile verilmiş olsa bile bu yetkilerin geri alındığına dair değişiklikler kuruluşların onayı alınmadan yapılabilir. Bu durum da, bize federal sistemde yetki paylaşımının daha güvenceli olduğunu göstermektedir. Federal devletlerde federal anayasa, federal devlet ile federe devletler arasında yapılmış olan yetki paylaşımına saygı sağlanabilmesi veya yetki aşımalarının önlenebilmesi için yetki konusunda çıkacak ihtilafları çözmekle görevli olan yargısal nitelikte bir organa yer vermiştir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, bu tür ihtilafları çözecek olan 'Federal Yüksek Mahkeme' Almanya'da ise 'Federal Anayasa Mahkemesi' mevcuttur.⁶⁵ Yerinden yönetime baktığımız zaman ise merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşlarına ait yetkilerin kullanımında bir ihtilaf çıkması durumunda, söz konusu ihtilafları çözümlenecek bir yüksek mahkeme yoktur. Bu da bize bir kere daha federalizmde yetki paylaşımının daha güvenceli olduğunu kanıtlamaktadır.

Sonuç

Devlet faaliyetlerinin merkezi yönetim ile bölgesel yönetimler arasında bölün-

62 Teziç, s.129.

63 Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, s.83.

64 Jacqué, s.12.

65 Teziç, s.130.

müş olduğu siyasal teşkilatlanma şekli olarak tanımlayabileceğimiz federalizm Dünya’da pek çok demokratik ülke tarafından kabul edilmiştir. Bu ülkeler arasında Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Almanya, Avusturya, İsviçre gibi ülkeler bulunmaktadır.⁶⁶ Federalizm, federal devletin örgütlenmesi sonucu ortaya çıkmış olan bir sistemdir ve kendine has birtakım özellikleri mevcuttur. Federalizmde, federal devlete ve federe devletlere ait ve birbirinin üzerinde yer alan ‘İki ayrı hukuk düzeni’ mevcuttur. Bu iki ayrı hukuk düzeni federal anayasa tarafından öngörülmüştür. Söz konusu prensibin sonucu olarak da federal devlet ve federe devletler ayrı ayrı yasama, yürütme ve yargı organlarına sahiptir. İki ayrı hukuk düzeninin bulunması prensibinin yanında, federalizmde ‘Özerklik’ prensibi mevcuttur. Özerklik prensibi dendiği zaman akla ilk önce devlet yetkilerinin federal anayasa tarafından federal devlet ve federe devletler arasında paylaştırılması gelmektedir. Söz konusu yetki bölüşümü ise hizmetlerin vatandaşın en yakınında bulunan makamlarca yerine getirilmesi anlamını taşıyan ‘Hizmette Yerellik’ (subsidiarite) ilkesine göre yapılmaktadır. Bu ilkenin kendi içerisinde yerel özerklik bulunmaktadır.⁶⁷ Yetki paylaşımı dışında, özerklik ilkesinde federe devletlerin bizzat örgütlenme iktidarına sahip olduklarını da görmekteyiz. Federe devletler, yasama, yürütme, yargı organlarını ve anayasalarını federal anayasanın kabul ettiği bazı prensiplere sadık kalarak kendileri belirlemekte ve düzenlemektedirler. Federalizmde, görülen diğer bir prensipte ‘Katılma Prensibi’dir. Bu prensip gereği federasyonu meydana getiren federe devletler bir taraftan devletin organlarına diğer taraftan da bu organlarda alınan kararlara katılmaktadırlar. Federe devletlerin katılımı öncelikli olarak federal anayasanın hazırlanması ve değiştirilmesi safhalarında ortaya çıkmaktadır.

Yerinden yönetim, idari ve siyasi yetkilerden bir kısmını merkezi idare teşkilatının dışında bulunan otoriterler tarafından yürütülmesidir. Yerinden yönetim hem siyasi hem de idari alanda uygulanabildiğinden söz konusu yönetim biçimi siyasi ve idari olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Siyasi yerinden yönetimde, siyasi güç merkezi idare ile mahalli yönetim birimleri arasında bölüşülmektedir. İdari yerinden yönetimde ise kamu hizmetlerinden bazıları merkezi idare teşkilatının dışında bulunan ve kendilerine has tüzel kişilikleri olan kamu kuruluşlarınca yürütülmektedir. Merkezi idarenin görevlerinin ve dolayısıyla iş yükünün fazlaşması, verilen hizmetlerin etkinliğinin sağlanması, yerel özerkliği geliştirmek, hizmetlerin yerel ihtiyaçlara uygunluğunu sağlamak gibi sebepler, yerinden yönetimin gündeme gelmesini sağlamıştır.⁶⁸ Yerinden yönetim, verilen hizmetlerin

66 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.65-66.

67 Ahmet Hamdi Aydın, *Kamu Yönetimine Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.236.

68 Eryılmaz, *Kamu Yönetimi*, s.71.

ihtiyaçlara daha uygun bir biçimde yürütüldüğü bürokrasi ve kurtasiyeciliğin azaldığı, demokratik esasların hakim olduğu bir yönetim biçimidir.⁶⁹ Yerinden yönetimin uygulandığı en önemli ve en yaygın örnekleri yerel yönetimlerde görmekteyiz. Bilindiği gibi yerel yönetimlerde demokratik yönetim anlayışı hakimdir. Organları seçimle iş başına gelmektedir. Söz konusu birimler halka yakın olduklarından, halkın yönetime katılması ve halkın ihtiyaçlarının daha iyi belirlenebilmesi sonucu hizmetlerde verimliliğin artması sağlanmaktadır.⁷⁰

Gerek federalizmin gerekse yerinden yönetimin temelinde merkez ile yerel birimler arasında yetki bölüşümü yattığından bu iki kavram arasında bu açıdan benzerlik bulunmaktadır ancak bu benzerliğe rağmen aralarında farklar da mevcuttur. Söz konusu farkları şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Federal sistemde, federal ve federe devlet olmak üzere iki tür devlet vardır ancak yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerde tek devlet mevcuttur. Üniter devletlerde gördüğümüz mahalli idareler birer devlet değildir çünkü ege-menliğe sahip değildir.

b) Federalizmde, federe devletler yasama, yürütme ve yargı organlarına sahipken üniter devletlerdeki mahalli idarelerin bu tür organları yoktur.

c) Federal sistemde her federe devletin kendine has anayasası, kanunları ve kendi hukuk düzeni mevcutken mahalli idarelerin federe devletlerde olduğu gibi kendi anayasaları, kanunları ve hukuk düzenleri mevcut değildir.

d) Federalizmde, federe devletler federal sisteme bir devlet olarak katılırken yerinden yönetimin uygulandığı üniter devletlerdeki mahalli idarelerin yasama organına katılmaları söz konusu değildir.

e) Federal devletlerde, merkezi devletin federe devletler üzerinde vesayet yetkisi yokken üniter devletlerde mahalli idareler üzerinde merkezin vesayet yetkisi mevcuttur.

f) Yasama, yürütme ve yargı olmak üzere bütün devlet yetkileri federalizmde, federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılırken yerinden yönetimde sadece idari yetkiler merkez ile yerel birimler arasında bölüşülmüştür. Örneğin mahalli idarelerin sadece idari yetkileri mevcuttur.

Özünde yetki paylaşımı açısından benzerlikleri bulunan fakat bunun yanında da önemli farklılıklar içeren bu iki önemli yönetim sistemini devletler kendi tarihi süreçlerini, toplumlarının sosyolojik yapısını, ülkelerinde ki kültürel, ekonomik ve siyasal durumları göz önünde bulundurarak tercih etmelidirler.

69 Parlak, Sobacı, s.17.

70 Çevik, s.86.

KAYNAKLAR

- Akylmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Auge, Claude, *Nouveau Petit Larousse Illustré*, Librairie Larousse, Paris, 1931.
- Aydın, Ahmet Hamdi, *Kamu Yönetimine Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Derdiman, Ramazan Cengiz, *Türkiye İdaresinin Hukusal Yönü ve Yapısı*, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2003.
- Duhamel, Olivier, *Droit Constitutionnel et Politique*, Editions du Seuil, Paris, 1993.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Erkan Matbaacılık, İstanbul, 1997.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Umuttepe Yayınları, İzmit-Kocaeli, 2017.
- Gözler, Kemal, *İdare hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2006.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Ekin Kitapevi, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, Öğrenci Dostu Serisi, Ekin Kitapevi, Bursa, 2016.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Kitapevi, Bursa, 2016.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Gözler, Kemal, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997.
- Grewe, Constance; Fabri, Helene Ruiz, *Droit Constitutionnel Européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995.
- Guignard, Didier, *Droit des Collectivites Territoriales*, Edition Breal, Imprimerie CPI Firmin Didot, Paris, 2017.
- Jacqué, Jean Paul, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Edition Dalloz, Paris, 1998.
- Karatepe, Şükrü, *Anayasa Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- Lauvaux, Philippe, *Les Grandes Democraties Contemporaines*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990.
- Masclat, Jean-Claude; Valette, Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions Dalloz, Paris, 1994
- Oliva, Éric, *Droit Constitutionnel Libertes*, Editions Dalloz, Paris, 1997.
- Örgün, Faruk, *Başkanlık Sistemi*, Bilge Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Pactet, Pierre, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, Edition Armand Colin, Paris, 1996.
- Parlak, Bekir; Sobacı, Zahid, *Kuram ve Uygulamalarda Kamu Yönetimi Ulusal ve Global Perspektifler*, Alfa Aktüel Yayınları, İstanbul, 2005.
- Portelli, Hugues, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Edition Dalloz, Paris, 1999.

- Roskin, Michael G., Çağdaş Devlet Sistemleri, Siyaset Coğrafya, Kültür, Çev. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberte Yayın Grubu, Ankara, 2014.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Turpin, Dominique, *Droit de la Decentralisation*, Imprimerie France Quercy, Paris, 1998.
- Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Vernon, Manfred C., *Devlet Sistemleri Mukayeseli Devlet İdaresine Giriş*, çev. Mümtaz Soysal, Sevinç Basımevi, Ankara, 1961.

ÖZ

Devlet toplulukları içerisinde yer alan federal devlet, bünyesinde iki çeşit devlet barındırmaktadır. Bunlar 'Federal Devlet' ve 'Federe Devletler'dir. Federal devlete aynı zamanda federasyon da denmektedir. Federasyonu, Dünya üzerinde birçok devlet kabul etmiş ve uygulamıştır. Federalizm ise federal devletin örgütlenmesi neticesinde ortaya çıkmış olan siyasi bir sistemdir ve bu sistem birtakım özellikleri içermektedir. Özellikle de federalizm dendiği zaman akla, devlet yetkilerinin federal devlet ve federe devletler arasında paylaşılması gelmektedir. Yerinden yönetimde ise idari ve siyasi yetkilerden bazıları merkezi idare teşkilatının dışında yer alan otoritelere devredilmektedir. Yerinden yönetim siyasi ve idari olmak üzere iki çeşittir. Federalizmde de yerinden yönetimde de yetkiler, merkez ile yerel birimler arasında paylaşılmaktadır. Bu noktada aralarında benzerlik mevcuttur fakat her şeye rağmen aralarında önemli ve ayırt edici farklar bulunduğundan söz konusu iki sistem birbirinden ayrılmaktadır.

Anahtar kelimeler: federal devlet, federe devlet, federalizm, yerinden yönetim, mahalli idareler.

Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları*

Rights of Accused in the Prosecution Process

Mehmet Sercan ERCAN**

ABSTRACT

International law texts, the constitution and CMK (Turkey Criminal Procedure Code, No. 5271) has recognized broad rights to the accused who was one of the important elements of the criminal procedure during the prosecution process. This study will explain what these rights are. The aim is to explain and disseminate the rights of the accused in the prosecution process.

Keywords: prosecution process, accused, rights of accused, criminal procedure, right of defense

Giriş

Ceza Muhakemesi Kanunu incelenecek vakayı iki evreye ayırmıştır; soruşturma ve kovuşturma. Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder¹. Ceza muhakemesinde amaç maddi gerçeği araştırmaktır². Kovuşturma evresine Mahkeme (Hakim), Savcı, Sanık, Müdafî, Katılan ve Vekil katılır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre şüpheli soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi, sanık ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hüküm kesinleşinceye kadar suç şüphesi altında bulunan kişidir³. Dolayısıyla hukukumuzda tüzel kişilerin şüpheli veya sanık olmaları mümkün değildir, ancak kusur yeteneği olan gerçek kişiler şüpheli veya sanık olabilirler⁴.

* Makale gönderim tarihi: 11.04.2019. Makale kabul tarihi: 31.04.2019. Mehmet Sercan Ercan, "Kovuşturma Evresinde Sanığın Hakları", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 181-197.

** Öğr. Gör., Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu.
İletişim: mehmetsercanercan@gmail.com.

1 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 625.

2 Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 27.

3 CMK m. 2; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s. 240; Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 361.

4 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s. 241.

Bir fiilin suç olabileceğine dair şüphenin varlığıyla birlikte kolluk görevlileri o fiili araştırır. Yani evvela suç şüphesi bilgi toplamaya sevk eder. Bu aşamada kimi zaman bir şüpheliden bahsedilemez. Soruşturma aşamasında amaç bir kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının tespit edilmesidir⁵. İlgili fiil belirli kişi ya da kişilere yönlendirirse ancak o zaman şüpheliden bahsedilir. Şüpheli potansiyel fail ya da şeriktir.

Bir suçlamanın muhatabı olan sanık birtakım haklara sahiptir. Hukukun temel kuralları, uluslararası hukuk normları, ulusal mevzuatımız ve içtihatlar sanığın haklarını belirlemiştir. Esasında bu hakları kategorize etmek oldukça güçtür zira hakların birçoğu birbirleriyle yakın ilişki içindedir. CMK da ceza muhakemesine hakim olan ilkeleri ayrı bir başlık altında düzenlememiştir. Bu çalışma doktrinde benimsenmiş olan sınıflandırmaları temel almış olmakla birlikte savunma hakkıyla doğrudan ilişkili olan haklar savunma hakkı başlığı altında incelemektedir.

I. Savunma Hakkı

Savunma suç işlediği iddia edilen kişinin yetkili makamlar nezdinde ilgili suçları işlemediğini ve cezalandırılmaması ya da daha az cezalandırılması gerektiğini ileri sürmesidir⁶. Bu tanımdan yola çıkarak savunma soru sorma, itirazda bulunma, açıklamalar yapma, hazır bulunma ve başvurma gibi usullerle gerçekleştirilebilir⁷.

Anayasa'mızın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama hürriyeti temel haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenmiştir⁸. Yine Anayasa'mızın 12. maddesine göre temel haklar dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Her ne kadar Anayasa m. 36'da yargı mercileri önünde ibaresi geçse de uyuşmazlık yargı mercileri önüne gelmeden de savunma hakkının varlığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla soruşturma aşamasında da savunma hakkı vardır⁹. Sanığın ceza yargılamasındaki en önemli hakkı savunma hakkıdır ve diğer tüm haklar esasında savunma hakkı içindedir.

Sanığın savunma hazırlamak için ihtiyaç duyduğu zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkı AİHS'te¹⁰ ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası

5 Demirbaş, s. 29.

6 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 147.

7 Centel, Zafer, s. 148.

8 Ay m.36 "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

9 Centel, Zafer, s. 161.

10 AİHS m. 6/3-b

Andlaşma'da¹¹ sabittir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde¹² de belirtildiği gibi sanığın savunma için kendisine tüm güvencenin sağlandığı bir muhakemeye ihtiyacı vardır.

Her ne kadar şüphelinin ifadesi alınmadan iddianame düzenlenmesi mümkün olsa da suçun sübutunu etkileyecek nitelikteki deliller toplanmadan hazırlanmış olan iddianamelerin iade edilmesi gerekliliği gerekçesiyle şüphelinin ifadesinin alınmasının da en önemli delillerden olduğunu belirtmiştir¹³.

Hukukumuzda CMK m. 195 ile düzenlenmiş olan sanığın yokluğunda duruşma hali şüphesiz sanığın savunma hakkına getirilmiş olan bir kısıtlamadır¹⁴. “Davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışından başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü bulunan sanığın bozma kararına karşı diyeceklerinin sorulmaması savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir”¹⁵.

Savunma hakkıyla doğrudan ilgili birtakım haklar vardır; müdafiden yararlanma hakkı, susma hakkı, soru sorma hakkı, aleyhe işlemlere katılmama hakkı, tercümandan yararlanma hakkı, delillerin toplanmasını isteme hakkı, duruşmada bulunma hakkı bunlardan bazılarıdır.

A. Suçlamaları Öğrenme Hakkı

Sanık öncelikle hakkındaki suçlamaları öğrenme hakkına sahiptir¹⁶. Anayasa m. 19/5'te “Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.” denilerek isnadı öğrenme hakkı düzenlemiştir. CMK m. 147/1-b'ye göre şüpheliye ve sanığa yüklenen suçlar anlatılır. Anlatılır ifadesi sadece suçun ne olduğunun söylenmesini değil suçla ilgili detaylı bilgi verilmesini gerektirir¹⁷. Yani suçla ilgili olan bütün bilgilerin verilmesi gerekmektedir. AİHS m. 6/3-a da bu duruma vurgu yapar: sanık “kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenlerinden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” hakkına sahiptir¹⁸.

11 MSHS m. 14/3-b

12 İHEB m. 121/1

13 Yargıtay 13.CD, 02.02.2012, 27923/2008 (www.yargitay.gov.tr)

14 Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 205.

15 YCGK, 10.06.2008, 148/169 (www.yargitay.gov.tr).

16 CMK m. 101,147,170 gibi.

17 Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 207; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 135; Ünver, Hakeri, s. 28.

18 Özen, s. 208; Eryılmaz, s. 275.

CMK m.191/3-c de sanığın hakkındaki suçlamaları öğrenme hakkı “Sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Suçlamaları öğrenme hakkı esasında savunma hakkının en temel ön koşuludur¹⁹. Zira savunma yapabilmek için evvela neye karşı savunma yapılacağını bilmek gerekir. Dolayısıyla isnadı öğrenme hakkının sağlanamaması savunma hakkının da gereği gibi kullanılamaması sonucunu doğuracaktır²⁰. Yargıtay’a göre sanığın sorgusu yapılmadan evvel sanığa iddianame okutulmalı ve kendisine atılı olan suçların neler olduğu bildirilmelidir. Bu şekilde yapılmayan sorgu ile hüküm verilmesi halinde bu durum hükmün bozulması sebebidir²¹.

B. Müdafiden Yararlanma Hakkı

Savunma hakkını kişi kendi kullanabileceği gibi bir avukat aracılığıyla da kullanabilir²². Sanık kovuşturma evresinin her aşamasında kendi seçtiği avukatın yardımından yararlanma hakkına sahiptir²³. Ayrıca sanığa adli yardım yoluyla ücretsiz müdafî atanması da mümkündür.²⁴ Her ne kadar sanık muhakemenin her aşamasında müdafiden yararlanma hakkını haiz olsa da muhakeme sonrasında yani infaz esnasında da müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Müdafî sanığın hukuki bakımdan yardımcısıdır. Sanık sorgulaması yapılmadan önce ne şekilde olacağı, nelere dikkat edeceği gibi konularda avukatı ile uygun ortamda görüşme hakkına sahiptir²⁵.

Kural olarak müdafiden yararlanma hakkı sınırlandırılmaz. Eğer somut olay müdafiden yararlanma hakkının sınırlandırılmasını haklı kılacak zorlayıcı koşulları haizse bu hak ancak açıkça belirlenmiş ve zaman olarak kısıtlanmış durumlarda sınırlandırılabilir²⁶.

C. Susma Hakkı

Sanık sorulan sorulara cevap vermek zorunda değildir²⁷. Hukukumuzda şüphelinin ya da sanığın susması aleyhe delil olarak değerlendirilmez²⁸. Sanığın susma hakkını kullanması ceza belirlenirken takdiri indirim nedenlerinin uy-

19 Özen, s. 88.

20 Özen, s. 88.

21 Yargıtay 5. CD, 19.3.1984, 721/1133 (www.yargitay.gov.tr).

22 Özen, s. 89.

23 Şahin, s. 136; Eryılmaz, s. 276.

24 CMK m. 147/1; CMK m. 150; AİHS m. 6/3.

25 Özen, s. 208.

26 Ünver, Hakeri, s. 23.

27 Ünver, Hakeri, s. 24; Şahin, s. 138; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 214.

28 Centel, Zafer, s. 163; Özen, s. 68; Ünver, Hakeri, s. 207.

gulanmamasına gerekçe olamayacağı gibi temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşmaya da sebep olamaz²⁹. Nitekim aksi durumda hakkın kullanılmasının engellenmesi söz konusu olacaktır. Şüpheli ya da sanığın susması esasında suçu işlemediğini söylemesi ile aynı anlamdadır³⁰. Sanığın susma gerekçesinin bir önemi yoktur, hangi gerekçe ile sustuğu suçluluğunun tespitini etkilemeyeceği gibi tespit edilecek cezayı da etkilemez³¹. Kişi gerek savcı önünde gerekse mahkemede kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya zorlanamayacağı gibi kendi aleyhine delil vermeye de zorlanamaz. Bu durum Anayasa'mızın 38. maddenin 5. fıkrasında da "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." şeklinde belirtilmiştir. Kişinin kendisi ya da yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanamaması ilkesi "nemo tenetur" ilkesi olarak da bilinir³².

Susma hakkı şüpheli ve sanık için geçerli olduğu gibi tanık ve bilirkişiler bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak tanık ve bilirkişiler bakımından susma hakkı değil, tanıklıktan ve bilirkişilikten kaçınma hakkından bahsedilebilir.³³ Sanığın susma hakkı muhakeme konusuna ilişkindir. Yani susma hakkı sınırsız değildir. Kimliğe ilişkin hususlarda sanık susma hakkı bulunduğunu ileri süremez³⁴.

Bu ilke sanığa muhakeme konusuna ilişkin hususlarda da sınırsız bir hak vermemektedir. Örneğin, şüpheli ya da sanık alkol muayenesi için alkol ölçüm cihazını üfleme zorunda değildir, ancak vücudundan kan örneği alınmasına katlanmak durumundadır³⁵.

D. Meramını Anlatabilme Hakkı

Sanık, Mahkeme huzurunda kendini ifade edebilir, aleyhine olan iddialara karşı cevap verebilir ve yeni deliller ileri sürebilir³⁶. Savunma hakkının en önemli imkanlarından biri de sanığın savunma dokunulmazlığı hakkından yararlanabilmesidir. Savunma dokunulmazlığına göre sanık gerek adli gerekse idari makamlara yaptığı başvurularında kişilerle ilgili somut isnadlarda bulunabilir ve bu isnadlarından dolayı cezalandırılmaz³⁷. Elbette sanığın bu isnad ve değerlendirmeleri söz konusu uyumsuzlıkla ilgili olmalıdır³⁸.

29 Özen, s. 215; Şahin, s. 141.

30 Ünver, Hakeri, s. 207.

31 Şahin, s. 142.

32 Şahin, s. 137.

33 Özen, s. 68.

34 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s. 243; Ünver, Hakeri, s. 208.

35 Ünver, Hakeri, s. 73.

36 Eryılmaz, s. 106.

37 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s. 243.

38 TCK m. 128.

E. Tanık Dinleme ve Soru Sorma Hakkı

AİHS m. 6'ya ve CMK m. 201'e göre her sanık tanıkları sorguya çektirmek veya çekmek ve kendi tanıklarının ise mahkemece dinlenilmesini sağlamak hakkına sahiptir. Doğrudan doğruyalık ilkesi bu bağlamda söz konusu olur ve mahkeme delillere doğrudan temas eder.

Anayasa Mahkemesi de tanık dinlenilmesi hakkına önem vermektedir. Örneğin 2014 yılında vermiş olduğu bir bireysel başvuru kararında sanığın dinlenilmesi talebinde bulunduğu bir tanığın dinlenilmemesini, savunma tanıklarının dinlenilmelerinin sağlanması hakkının ihlali edildiğine karar vermiştir³⁹.

F. Tercümandan Yararlanma Hakkı

Duruşma dilini anlayamayan sanığın ücretsiz olarak bir tercüman yardımından yararlanma hakkı vardır⁴⁰. Sağlıklı bir muhakeme için evvela sanığa iddiaya ilişkin hususlar anlayabileceği bir şekilde izah edilmelidir. Bu hak AİHS m. 6/3-e ve CMK m. 202'de düzenlenmiştir. Tercümandan yararlanma hakkı bakımından doktrinde ve içtihatlarda vurgu yapılan bir hususun belirtilmesinde fayda vardır. Eğer sanık Türkçe bilmesine rağmen siyasi, ırki, etnik, dini ya da başka bir saikle Türkçe dışında bir dilde savunmada bulunmak isterse bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir⁴¹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da hakkın kötüye kullanılması durumunda bu hakkın kullanılmayacağı yönünde kararı vardır⁴².

G. Dosyayı İnceleme Ve Örnek Alma Hakkı

Hukukumuzda soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Ancak CMK m. 153 ile müdafie dosyayı inceleme ve dosyanın bir kopyasını alma hakkı tanınmıştır. Müdafie tanınan bu haktan şüpheli ya da sanık da yararlanabilir⁴³. Yargıtay içtihatlarında da dosyayı inceleme hakkının doğrudan savunma hakkına hitap ettiği belirtilmiştir. "İstinabe yoluyla sorgusu yapılan sanık ifadesinde 'çeki keşide edip etmediğini söyleyebilmek için çek fotokopisini görmesi gerektiğini, bu nedenle şimdilik suçlamayı kabul etmediğini' belirttiği halde kendisine suça konu çek fotokopisi gösterilip yeniden savunması alınmadan mahkumiyet kararı verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, yasaya aykırıdır."⁴⁴.

39 Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.08.2014, Başvuru Numarası 2013/7800.

40 Centel, Zafer, s. 165; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özaydın, Akcan, Tütüncü, s. 156; Eryılmaz, s. 280.

41 Özen, s. 90.

42 YCGK, 11.10.2011, 182-204 (www.yargitay.gov.tr).

43 Eryılmaz, s. 278.

44 Yargıtay 10.CD. 21.03.2015, 23458/2947 (www.yargitay.gov.tr).

H. Delillerin Toplanması İsteme Hakkı

Sanığın lehine olan delillerin toplanılmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Ceza muhakemesi hukukunda delillerin serbestliği ilkesi vardır. Buna göre sanık uyuşmazlık konusuyla bağlantılı her şeyin delil olarak kabul edilmesini talep etme hakkına sahiptir⁴⁶. Aynı zamanda sanık bu delillerin duruşmada tartışılmasını talep edebilir. Duruşmada tartışılmamış bir delil varsa, bu delilin mahiyeti ne olursa olsun duruşmada tartışılmadan bu delile dayanarak hüküm verilemez⁴⁷.

CMK'nın 217/1 maddesi de hakim kararını ancak delillere dayandırabilir diyerek açıkça göstermektedir ki hükmün temel şekillendiricisi delillerdir⁴⁸. Dolayısıyla yargılamada tarafların en önemli haklarından biri delillerin toplanmasını talep etme hakkıdır.

I. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

CMK m. 193 gereği her sanık duruşmada hazır bulunma hakkına sahiptir ve aynı zamanda yükümlüdür. Ceza muhakemesinde tüm katılanların açık bir şekilde karşılıklı olarak düşüncelerini ifade etme olanağı vardır⁴⁹. Sanık aleyhine tanıklık yapan kişilerle yüzleşme ve bunlara soru sorma hakkına sahiptir⁵⁰. Ceza yargılamalarında maddi gerçek araştırılır. Mahkeme tarafları dinledikten sonra, delilleri de değerlendirip bir karara varır⁵¹. Dolayısıyla Mahkemenin kendi gerçekliğine ulaşabilmesi ancak tarafların özgür bir ortamda, baskı altında kalmadan kendilerini ifade edebilmeleriyle mümkün olur.

Kovuşturma evresinde sözlülük ilkesi benimsenmiştir. Bu hem aleniyeti sağlar hem de tarafların sıcağı sıcağına, hızlı ve etkili bir biçimde savunma yapabilmelerine imkan tanır. Duruşmada konuşulmayan ve tartışılmayan hiçbir husus hükümde dikkate alınmaz⁵². Cumhuriyet savcısı sanığın açıklamalarına itiraz edebileceği ya da cevap verebileceği gibi sanık da cumhuriyet savcısına cevap verebilir⁵³. Cumhuriyet savcısı sanığa doğrudan soru yöneltebilir. Sanık ise Mahkeme başkanı veya hakim aracılığıyla cumhuriyet savcısına soru yöneltebilir⁵⁴.

45 Centel, Zafer, s. 166; Şahin, s. 143; AİHS m. 63/b; CMK m. 147/1-f,176/4,202

46 Özen, s. 84, s. 216.

47 Ünver, Hakeri, s. 54.

48 CMK m. 217/1, "Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir."

49 CMK m. 177/3,179.

50 Eryılmaz, s. 278.

51 Eryılmaz, s. 87.

52 Eryılmaz, s. 99.

53 Eryılmaz, s. 99.

54 Eryılmaz, s. 99.

II. Adil Yargılanma Hakkı

Ceza muhakemesinin tamamına hakim olan ilke adil yargılanma ilkesidir⁵⁵. Sanık adil, dürüst ya da hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahiptir⁵⁶. Kişilerin adil yargılanma hakkı Anayasa ile korunmuştur⁵⁷. Adil yargılanma hakkı davanın bağımsız ve tarafsız, yasayla kurulan, mahkeme önünde, mahkeme sürede ve açık duruşmada görülmesini gerektirir⁵⁸. Ayrıca sanığın isnadı öğrenme, savunma hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma, kendini savunma veya müdafinin yardımından yararlanma gibi hakları da adil yargılanmanın unsurlarındandır⁵⁹.

Davanın hakkaniyete uygun ve adil şekilde dinlenmesine ilişkin hak AİHS'nin 6. maddesindeki unsurlardan bağımsız genel bir haktır. AİHM adil yargılanma kavramının “ideal koşulları oluşturma zorunluluğu” olarak algılanması gerektiğini belirtmiş ve ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden ortaya çıkan unsurları da kapsayan genel (torba) bir hak olduğunu söylemiştir⁶⁰. “Dava hakkı” ve “silahların eşitliği” gibi haklar da bu genel haktan türetilmiştir. Silahların eşitliği ilkesi savunmanın haklarını hür bir şekilde kullanabilmesini ifade eder⁶¹. Alenilik, hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi muhakeme ilkeleri de adil yargılanma hakkı ile çok sıkı bir ilişki içindedir⁶².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin devamlı içtihatlarıyla adil yargılanma kavramının kapsamı sürekli genişletilmektedir. Adil yargılama hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuk kuralı haline gelmesiyle birlikte de bizim hukukumuzun bir parçası olmuş ve anayasada doğrudan bahsedilmiştir⁶³.

Cumhuriyet savcısının henüz soruşturma aşamasındayken şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayıp muhafaza etmesi de adil yargılamanın gerçekleşmesi için gereklidir⁶⁴. AİHS her ne kadar adil yargılama ilkesi bakımından sadece kovuşturma evresini düzenlemiş gibi görünse de bu ilkenin soruşturma evresinde uygulanamayacağı anlamına gelmez⁶⁵. Soruşturma veya

55 Ünver, Hakeri, s. 16.

56 AİHS m. 6/1; İHEB m. 10; Ay m. 36/1.

57 Ay m. 36/1.

58 AİHS m. 6/1.

59 Centel, Zafer, s. 155; Eryılmaz, s. 266.

60 Centel, Zafer, s. 155.

61 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006, s. 174.

62 Ünver, Hakeri, s. 17.

63 Ay m. 36; Centel, Zafer, s. 155.

64 CMK m. 160/2.

65 Ünver, Hakeri, s. 17.

kovuşturma aşamasında hukuka aykırı olarak yapılan her şey adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçu olmaktadır⁶⁶.

III. Bağımsız-Tarafsız-Tabii Hakim İlkesine Uygun Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

Sanığın bağımsız, tarafsız ve tabii hakim ilkesine uygun bir şekilde kurulmuş bir mahkemede aleni olarak yargılanma hakkı vardır⁶⁷. Mahkeme, AİHM'e göre yasayla kurulan, taraflar ve yürütme organı önünde bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir makamdır⁶⁸. Tarafsızlık hakim in iddia ve savunma makamlarına eşit mesafede olmasını, bağımsızlık ise hakim in kimseden emir almamasını ifade eder⁶⁹.

Mahkemenin yasayla kurulmuş olması şartı tabii hakim güvencesini de sağlar. Tabii hakim ilkesinin önemi CMK m. 7'de "yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür." denilerek vurgulanmıştır. Yargı teşkilatına ilişkin tüm ayrıntılar değilse de mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile muhakeme usulünün dava konusu uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yasayla belirlenmiş olması tabii hakim ilkesini ifade eder ve kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin doğrudan bir sonucudur. Yani bir uyuşmazlık meydana gelmeden önce o uyuşmazlığa bakacak olan yetkili ve görevli olan mahkeme belli olmalıdır⁷⁰.

Tabii hakim ilkesine göre hem mahkemeler hem de mahkemelerde görev yapan yargıçlar uyuşmazlıktan önce belli olmalıdır. Esasında uygulamada yargıçların hali hazırda derdest olan dosyaları varken görev yerleri değişmektedir. Ancak bu ilke bir yargıcın belirli kişi ya da davalara bakmak için sonradan görevlendirmemesini ifade eder⁷¹. Anayasanın 37. maddesinde de belirtildiği gibi "Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz."⁷². Her ne kadar kural bu olsa da uygulamada kimi zaman davalar yeni kurulan başkaca mahkemelere devredilmektedir. Bu durum yalnızca tabii hakim ilkesine değil ayrıca vasitasızlık ilkesine de aykırıdır⁷³.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği birbirlerinden ayrı ve bağımsız olan yargı ve

66 TCK m. 288

67 AİHS m. 6/1; İHEB m. 10; Ay m. 138, 141; CMK m. 3, 22, 182.

68 Centel, Zafer, s. 156.

69 Serap Keskin, "Yargıç Bağımsızlığı", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 129-154.

70 Özen, s. 60.

71 Özen, s. 60.

72 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s. 124.

73 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s. 124.

yürütme erklerinin birbirlerine müdahalesinin engellenmesi de bağımsız yargılanmanın gereklerindedir. Bu sebeple tabii hakim ilkesi yargıyı mahkeme dışı etkilere karşı korur⁷⁴. Anayasa'nın 138. maddesi de hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını vurgulamaktadır.

Hiç kimse, işlediği sırada gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk tarafından suç olarak tanımlanmamış bir eyleminden dolayı mahkum edilemez⁷⁵. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği suç sayılan davranışlar ve bu davranışlara verilecek olan cezalar kanun koyucu tarafından belirlenmelidir⁷⁶. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi de aleni yargılama hakkının ve dolayısıyla doğal hakim ilkesinin bir sonucudur. Aleni yargılama hakkı ancak bağımsız, tarafsız ve tabii hakim ilkesine uygun olarak kurulmuş mahkemeler tarafından yerine getirilebilir⁷⁷.

IV. Hakim Önüne Çıkma Hakkı

Kişinin huzura çıkmasına izin ver anlamına gelen Habeus Corpus emri de denen bu hak yakalanan kişinin bir an evvel mahkeme huzuruna çıkararak yakalanmasının hukuki nedeninin gösterilmesini ve bunun hukuka uygunluğunun araştırılmasını talep etme imkanı verir⁷⁸. Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir. Sözleşmenin m. 5/3'e göre yakalanan veya tutuklanan herkesin hemen bir hakim veya adli yetkili önüne çıkarılmayı isteme hakkı vardır. Belirtilmelidir ki savcı da bu anlamda adalet organıdır⁷⁹.

V. Haklarını Öğrenme Hakkı

Yakalanan kişiye evvela yakalanma nedeni, susma hakkının bulunduğu, müdafiden yararlanma hakkı ve sulh ceza hakimliğine başvurarak yakalanmaya itiraz etme hakkı olduğu söylenir ve bunların kendisine söylendiğine dair hazırlanan tutanağın sureti yakalanan kişiye verilir⁸⁰. Kovuşturma evresinde de sanığa mahkemede sorgulaması yapılırken isnat edilen fiil anlatılır⁸¹. "Sanığa hakları hatırlatılmamalı, öğretilmelidir."⁸²

CMK m. 147/1 de düzenlenen şekliyle haklarını öğrenme hakkı kapsamında şüpheli ya da sanığa atılı suçlar anlatılmalı; müdafii hakkı ve seçtiği ya da baro

74 Centel, Zafer, s. 157.

75 AİHS m. 7; İHEB m. 11/2; Ay m. 38/1; TCK m. 2.

76 Eryılmaz, s. 84.

77 Özen, s. 223.

78 CMK m. 91/1, 94; Özen, s. 93, s. 219.

79 Centel, Zafer, s. 173.

80 Özen, s. 88; CMK m. 90/4.

81 CMK m. 147.

82 Ünver, Hakeri, s. 209.

tarafından görevlendirilen müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkı olduğu bildirilmeli; yakalandı ise bu durumun yakınlarına bildirilebileceğini söylemeli; susma hakkı olduğu bildirilmeli; delillerin toplanmasını isteyebileceği bildirilmeli; lehine olan hususları ileri sürme, aleyhine olanları ortadan kaldırma imkanı olduğu söylenmelidir⁸³.

VI. Yakınlarına Haber Verilmesini İsteme Hakkı

Şüpheli ve sanığın yakınlarına haber verilmesini isteme hakkı vardır⁸⁴. Yakalanan kişinin durumu Cumhuriyet savcısının kararıyla derhal yakınlarına veya belirlediği bir kişiye bildirilir⁸⁵. Bununla birlikte tutuklama ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin kararlar da hakim kararıyla gecikmeksizin sanığın yakınına veya belirlediği kişiye bildirilir⁸⁶. Sanığın yakınına eşi, çocukları, ana babası, evlatlık bağı ile bağlı olduğu kişiler, nişanlısı örnek verilebilir⁸⁷.

VII. Mahkemeye Başvurma Hakkı

Anayasa'mızın 36. maddesiyle düzenlenen hak arama özgürlüğü herkese meşru yollardan mahkeme önünde davalı veya davacı olarak adil yargılanma hakkı tanır. AİHS'nin 6. maddesiyle düzenlenmiş olan mahkemeye başvurma hakkı esasında ilgiliye yöneltilmiş olan suç iddiasının mahkemece karara bağlanmasını talep etme hakkını ifade etmektedir⁸⁸. Dolayısıyla hak arama özgürlüğü kişiye yöneltilmiş olan suç isnadı hakkında mahkemeler nezdinde muhakeme sonucunda karar verilmesini talep etme hakkıdır.

Mahkemeye başvurma hakkı aynı zamanda denetim mahkemesine başvurma hakkını da ihtiva eder. Yani bir ceza muhakemesinde kişi hakkında verilen kararın üst mahkeme tarafından tekrar değerlendirilmesini talep etme hakkını haizdir.⁸⁹ AİHS m. 13'te de bu durum düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen kimse ulusal makamlara etkili başvuru yapma hakkına sahiptir.

VIII. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Herkes makul sürede yargılanma hakkına sahiptir. Gerek AİHS'nin 6. maddesi gerek Anayasa'mızın 19 ve 141. maddeleri gerekse de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesi sanığın makul sürede yargılanmayı isteme

83 Özen, s. 207.

84 Ay m. 19/5.

85 CMK m. 95.

86 CMK m. 107/1.

87 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s. 242; Özen, s. 213.

88 Centel, Zafer, s. 157.

89 Özen, s. 60, s. 92, s. 223; Ünver, Hakeri, s. 27.

hakkı olduğunu belirtir. Anayasa'nın 141. maddesi yargının görevini "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması" olarak ifade etmiştir. AİHS'nin 6. maddesinde ise "davanın makul bir süre içinde" sonuçlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı yalnızca kovuşturma evresi için değil aynı zamanda soruşturma evresi için de geçerlidir. Yani esasında bu hak makul bir sürede muhakemenin tamamlanması şeklinde ifade edilmelidir⁹⁰. Örneğin AİHM muhakeme sürecinin 9 yılda tamamlandığı Metzger/Almanya meselesinde Sözleşme'nin ihlal edildiği ve soruşturmanın sonuçlanmasıyla kamu davası açılması arasında geçen onbeş aylık sürenin "özellikle ağır gecikme" olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁹¹. AİHM'nin Türkiye'ye yönelik mahkumiyet kararlarının bir çoğu makul sürede yargılanma hakkının ihlaline dayanmaktadır⁹².

Makul süre resmi bir makam tarafından suç işlendiğine yönelik iddianın yapılmasıyla başlar ve suç isnadına ilişkin bir karar verilmesiyle veya bir yaptırım uygulanmasıyla sona erer⁹³. "Şüphelinin saklandığı süre makul süre değerlendirmesinde hesaba katılmaz."⁹⁴ Anayasamızın mahkemelere vermiş olduğu davaları en az giderle ve en hızlı şekilde sonuçlandırma görevi de bu hakkın sonucudur⁹⁵. Yine aynı şekilde ilgililerin makul sürede özgürlüklerine kavuşmaları ve duruşmaya ancak zorunlu hallerde ara verilebileceğine ilişkin kural da bu hakkın uzantısıdır⁹⁶. Hukuk geleceğe duyulan güvendir. Her sanığın durumuna ilişkin bir an evvel bilgi edinme ve belirsizlikten kurtulma hakkı vardır⁹⁷. "Geç gelen adalet adalet değildir" sözü de esasında makul sürede yargılanma hakkına atıf yapar.⁹⁸

Makul sürenin belirlenmesinde her bir olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Nitekim AİHM'e göre de sürenin makul olup olmadığı her bir münferit olaya göre kendi özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir⁹⁹. "Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyetleri nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muha-

90 Centel, Zafer, s. 159.

91 Centel, Zafer, s. 159.

92 Özen, s. 91.

93 Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırt, Özyayın, Akcan, Tütüncü, s. 156.

94 Centel, Zafer, s. 159.

95 Ay m. 141/4.

96 CMK m. 91, 102, 190.

97 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2002, s. 357.

98 Özen, s. 60.

99 Centel, Zafer, s. 160; Eryılmaz s. 272.

fazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir.¹⁰⁰

Kural olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali bir bozma nedeni değildir meğer ki bir yarar olsun. Ancak bu hakkın ihlali yargılama görevlileri hakkında görevi ihmal suçunun gündeme gelmesine sebep olabilir¹⁰¹.

IX. Masum Sayılma Hakkı

Hukukun evrensel kuralları gereğince sanık mahkumiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçsuzdur¹⁰². Masumluk karinesinin gayesi sanığa suçlu gibi davranılmamasını güvence altına almaktır¹⁰³. Her ne kadar masumiyet karinesi olsa da esasında sanık ne tam anlamıyla masum ne de suçludur. Karine olarak sanığın masumluğu kabul edilmektedir. Nitekim sanık bir takım fillerinden dolayı suç şüphesi altındadır ve soruşturma bu şüpheye dayanarak yapılmaktadır.

Masumiyet karinesi şüpheliye ve sanığa muhakemeye katkıda bulunmaktan kaçınma imkanı verir. Dolayısıyla ilkesel olarak sanığın masumiyetini kanıtlama yükümlülüğü yoktur. Bir kimsenin suçlu olduğunu ispatlamak devletin görevidir¹⁰⁴. Ancak Türk Ceza Kanunu'ndaki birtakım suçlar bakımından bu ilke işletilememektedir. Örneğin organize suçlulukla mücadelede, aklama suçunda, gelirin kaynağını teşkil eden evvelki suçun ispatı zorunlu değildir. Yani hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği tahmin edilen bir takım mal varlıklarının alınması mümkündür¹⁰⁵. Biraz evvel belirtildiği gibi sanığın masumiyetini kanıtlama yükümlülüğü olmamasına rağmen bu suçlar bakımından kanıtlanmamış bir fiil cezalandırılmakta ve sanık yargılama konusu uyumsuzluğun aksini ispat yükümlülüğü altında bırakılmaktadır. Şüphesiz bu durum mahkemenin muhakemeyi yapılandırma ve masumluk karinesi ilkesine ters düşer¹⁰⁶.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi (In Dubio Pro Reo) de masumiyet karinesiyle yakın ilişkilidir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince bir kişi hakkında suçlu işlediğine yönelik kesin bir kanaat oluşmadığı durumlarda, bu şüphe hali mahkeme tarafından sanık lehine yorumlanır¹⁰⁷. Yani hakim delil-

100AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No:2012/673, 19.12.2013, p. 27.

101 YCGK, 21.2.2006-4-165/31.

102AİHS m. 6/2; İHEB m. 11; Ay m. 38

103Centel, Zafer, s. 167; Özen, s. 219; Ünver, Hakeri, s. 29; Şahin, s. 143.

104 Ünver, Hakeri, s. 30.

105Centel, Zafer, s. 168.

106Centel, Zafer, s. 168.

107Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2016, Ankara, s. 68; Özen, s. 63; Eryılmaz, s. 104.

leri değerlendirdikten sonra hüküm tesis ederken sanık hakkındaki kuşkularını giderememişse bu ilke devreye girer¹⁰⁸. Dolayısıyla sanığın suçluluğu hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde, yüzde yüz ispatlanmadığı sürece sanık suçsuz kabul edilir.¹⁰⁹

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi “bir kişinin suçlu olduğu mahkeme tarafından ortaya konmadığı sürece, şüpheli veya sanığı, kamusal merciler tarafından suçlu muamelesi görmesine karşı korur. Masumiyet karinesi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine engel olmaz. Ancak, değerlendirilen deliller, yargılamanın sonunda verilen hükmün yasal olmamasına da yol açmamalıdır. Başka bir deyişle, delillerin değerlendirmesi masumluk karinesini zedelemek suretiyle yapılırsa, verilen hüküm de yasal olmayacaktır.”¹¹⁰.

X. İşkence Ve Onur Kırıcı Ceza ve Muameleye Tabi Olmama Hakkı

Gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk işkence ve kötü muameleyi yasaklamıştır¹¹¹. Anayasa'mızın 17. maddesinde “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz. Kimse haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” denilmiştir. İşkence yasağı başlıklı AİHS'nin 3. maddesinde ise “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamaz.” denilerek işkence ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağı vurgulanmıştır. CMK m.148/1' e göre “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.” Aynı maddede bu ilke bağlamında hukuka aykırı ifade alma yöntemlerini açıkça yasaklamış ve bu şekilde elde edilen ifadelerin hukuki bir değer taşımadığını belirtmiştir. Bununla birlikte TCK m.94'te de işkence ağır bir suç olarak düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesi işlemleri sırasında yanıltma, zorlanma, kandırılma gibi tarafların haklarına hanel getirecek ve kısıtlayacak, haklarını kullanmalarına mani olacak davranışlarda bulunulmaması gerekmektedir.¹¹² İşkence yasağı da sanığın diğer haklarıyla yakın ilişki içindedir. Kişinin kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamaması, kişinin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması, kişiye kanuni haklarının bildiril-

108 Ünver, Hakeri, s. 67.

109 Öztürk / Erdem, s. 180.

110 Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 113.

111 AİHS m. 3, İHEB m. 5, Ay m. 17/3

112 Özen, s. 58; Öztürk, Erdem, s. 174.

mesi işkence yasağının sonuçlarındandır¹¹³.

İşkence yasağı istisna getirilemeyen mutlak yasaklardandır. Yani uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kuralıdır, jus cogens'dir¹¹⁴. AİHS m.15/2'ye göre bu yasağın olağanüstü durumlarda dahi ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Bu ilke devlete negatif, pozitif ve etkin bir şekilde soruşturma yükümlülüğü getirmektedir. Negatif yükümlülük, devletin kimseyi işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmama yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise devletin, bireylerin bu türden eylemlerin mağduru olmasını önleyici tedbirler almasıdır. Üçüncüsü ise devletin bu türden eylemlerde bulunan kişileri etkin bir şekilde soruşturmasıdır¹¹⁵.

XI. Kişisel Bilgileri Üzerinde Serbestçe Karar Verme Hakkı

Türk Ceza Kanunu'na göre kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ve bu verilerin hukuka aykırı olarak yayılması ya da hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suç olarak tanımlanmıştır¹¹⁶. Hukukumuzda hakim ve savcı tarafından yapılan her türlü işlem tutanakla tespit edilir¹¹⁷. Yine aynı şekilde kolluk tarafından yapılan işlemler de tutanağa geçirilir. Kovuşturma makamları suç şüphesi halinde bilgi toplarlar ancak topladıkları bu bilgileri saklama hakları yoktur. Haklarında bilgi toplanan ilgililerin üzerine atılı olan suç şüphesinin ortadan kalkması ile birlikte bu bilgi ve belgeler de yok edilmelidir¹¹⁸. Soruşturmanın gizliliğinin esas olması kuralından hareketle genetik inceleme sonuçları da gizlidir¹¹⁹.

XII. Serbest Bırakılmayı Talep Ve Tutuklamaya İtiraz Hakkı

Tutuklu sanık her daim özgürlüğünün kısıtlanmasının yasaya uygunluğunun denetlenmesi için yetkili makamlara itiraz etme hakkına sahiptir¹²⁰. Hukukumuzda göre tutuklama kararının verilmesi ve uzatılması duruşmalı olmalıdır¹²¹.

113 Ünver, Hakeri, s. 14.

114 Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, 2006, s. 2; Eryılmaz, s. 212.

115 Centel, Zafer, s. 170.

116 TCK m. 135,136.

117 CMK m. 169.

118 Eryılmaz, s. 258.

119 CMK m. 80,157.

120 AİHS m. 5/4; Ay m. 19/6, 7, 36; CMK m. 91/4, 101/5, 104/2.

121 Centel, Zafer, s. 174.

XIII. Güvenceyle Salıverilmeyi İsteme Hakkı

Sanık yakalama ve tutuklamaya hakim önünde itirazı sonuç vermezse kefaletle salıverilmesini isteme hakkına sahiptir¹²².

XIV. Haksız Yakalama Ve Tutuklama Halinde Tazminat İsteme Hakkı

Anayasa'mızın 36. maddesine göre hukuka aykırı işlemlere karşı bireylerin hakkını arama hakkı vardır. Yine Anayasa'mızın 19 maddesine göre hukuka aykırı yakalama ve tutuklama yapılması halinde kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukuku kapsamında devletçe ödenmesi gerekir. Dolayısıyla haksız yakalanan ve tutuklanan herkesin tazminat isteme hakkı vardır¹²³.

Sonuç

Hukuk geleceğe duyulan güvendir. Geleceğe güven duyabilmenin imkan şartı ise belirliliktir. İnsanlar arasındaki ilişkilerde şu kişiyle hukukumuz var diyen insan nasıl ben onun bana hangi konuda nasıl davranacağını kestirebiliyorum demek istiyorsa devletler de ceza hukuku sistemlerinin varlığıyla muhatapları olan bireylere fiillerini nasıl nitelendireceğini ve nitelendirilmiş olan fiillerinin karşılıklarını bildirirler. Şüphesiz hukuk devletleri suç nitelemesinde bulunurken birtakım esaslarla bağlı olmak durumundadırlar. İşte, ceza muhakemesi hukuku esasında devletin bireylerin fiillerini nitelendirme usulünü düzenler.

Ceza yargılamasında kovuşturma aşamasına geçildikten sonra hükmü verecek olan mahkemenin karşısında iddia makamı olan savcı ve savunma makamı olan sanık vardır. Adalet tesis etmesi umulan ve bu amaca özgülenmiş olan mahkemede muhakemeye katılanlar arasındaki ilişkiler ve bunların hakları hukuk tarafından korunmalıdır. Sanık hakları da uluslararası ve ulusal hukukça düzenlenmiştir. Bu hakların bir kısmı hukuk metinlerinde açıkça yazılmış, bir kısmı işaret edilmiş, bir kısmı ise hukukun genel prensiplerinden çıkartılmıştır. Sanık hakları bakımından dünyanın en kapsamlı düzenlemelerinden biri Türk hukuk sistemidir. Yukarıda bu haklar başlıklar halinde teker teker sayılmış olsa da sanık haklarını bunlarla sınırlı tutmak mümkün değildir. Zaten ifade edildiği gibi bu çalışmada haklar her ne kadar ayrı başlıklar altında açıklanmış olsa da birçoğu birbirleriyle çok yakın ilişkili ya da birbirlerinin sonuçları mahiyetindedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bu hakların devlet karşısında güçsüz durumda olan bireyleri korumak amacıyla bir başlık altında genel hatlarıyla düzenlenmemiş olması eksiklik olarak kabul edilebilir.

122 Centel, Zafer, s. 175.

123 Centel, Zafer, s. 175.

KAYNAKLAR

- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Demirbaş, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul, 2006.
- Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, *Fakülteler Matbaası*, 1982.
- Eryılmaz, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2002.
- Keskin, Serap, "Yargıç Bağımsızlığı", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 129-154.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006.
- Öztürk, Bahri(ed.); Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Gezer, Özge Sırma; Kırtıt, Yasemin F. Saygılar; Özaydın, Özdem; Akcan, Esra Alan; Tütüncü, Efser Erden, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZ

İddianamenin kabulüyle başlayan kovuşturma evresinde ceza muhakemesinin önemli unsurlarından biri olan sanığa uluslararası hukuk metinleri, anayasa ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu geniş haklar tanımıştır. Bu çalışmada bu hakların neler olduğu açıklanacaktır. Amaç ceza yargılamasında kovuşturma aşamasında sanık haklarını açıklamak ve yaygınlaştırmaktır.

Anahtar Kelimeler: sanık, sanık hakları, kovuşturma evresi, ceza muhakemesi, savunma hakkı.

Libya'ya Askeri Müdahale ve Uluslararası Hukukta Yeniden İnşa Sorumluluğu*

Military Intervention in Libya and Responsibility to Rebuild in International Law

Ali Osman KARAOĞLU**

ABSTRACT

The Arap Spring which is rendered as the landmark event of the year 2010 spread its impact on Libya in the immediate aftermath of its emergence. After having led their lives under the government of Colonel Muammar Gaddafi for 42 years, the Libyan people rose in rebellion and in return, Regime forces resorted to use of force to quell the rebellion. International Community felt convinced that especially the occurrences in Benghazi had led to humanitarian crisis on a large scale and thereupon took action. To this end, International Community decided to impose sanctions on Libya pursuant to resolution no.1973 of the United Nations Security Council (UNSC) and emphasised on Libya's utmost responsibility to protect its own population. The report on Responsibility to Protect submitted to UN in 2001 under the leadership of Canada firmly underlines that the states failing in protecting their own populations might be exposed to intervention of international community if UNSC adopts a resolution thereon. The aforementioned report prescribes that international community is responsible to prevent, react and rebuild pursuant to its responsibility to protect arising out of international law. In this context, the responsibility to rebuild stands for restoring resilience of a state that is intervened. Nevertheless, this fundamentally constitutes the most neglected sort of responsibility. Driven by the case of Libya where the doctrine of Responsibility to Protect was applied, this study aims at analysing Libyan intervention from the view of international law and additionally indicating accomplishment of rebuilding practices. In this respect, first of all, the meaning and scope of the doctrine of responsibility to protect will be examined in the light of international law, and thereafter how this doctrine was implemented in the case of Libya will be elaborately explained. In the following sections, we will hold a discussion upon to what extent the responsibility to rebuild was realized aftermath of intervention in Libya which ended up in security crisis and economic collapse.

Keywords: Libya, international law, responsibility to protect, *Jus Post Bellum*, responsibility to rebuild, UN, NATO.

* Makale gönderim tarihi: 08.05.2019, Makale kabul tarihi: 18.06.2019, Ali Osman Karaoğlu, "Libya'ya Askeri Müdahale ve Uluslararası Hukukta Yeniden İnşa Sorumluluğu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 199-223.

** Arş. Gör. Dr.; Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.
İletişim: karaogluhukuk@gmail.com.

Giriş

17 Aralık 2010 günü Tunuslu Muhammed Buazizi adlı bir seyyar satıcının, Tunus'un yolsuz rejiminin kurbanı olduğu gerekçesiyle, kendini ateşe vermesi aynı zamanda Arap dünyasını da ayağa kaldırmış ve "Arap Baharı" adı verilen bir dizi devrimin gerçekleşmesine önayak olmuştur. Tunus'ta başlayan protestolar, zaman içerisinde diğer Arap devletlere de yayılmış ve Ortadoğu'da uzun yıllar kök salmış despotik rejimlere karşı gösteriler başlamıştır. Şubat 2011'de Libya'ya sığınan devrim ateşi Muammer Kaddafi'ye karşı şiddetli gösterilere sahne olmuştur. Kaddafi rejimi tarafından göstericilere sert bir şekilde karşılık verilmiş ve protestoya katılanların ölümü göze aldığı söylenmiştir.¹ Bunun üzerine Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) öncelikle 1970 sayılı karar ile Libya'da devam eden şiddetin durdurulmasını, Libya yönetimince gerekli önlemlerin alınmasını ve insan haklarının korunmasını, yabancılara ve mülkiyetlerine zarar verilmemesini, medya üzerindeki kısıtlamaların kaldırılmasını, insani yardımlara izin verilmesini talep etmiştir.² BMGK, kararlarına uyulmasının ardından, 1973 sayılı kararı almış ve üye devletlerce Libya'da askeri müdahale de dahil tüm önlemlerin alınmasına izin vermiştir. Kararda Libya hava sahası uçuşa yasak bölge ilan edilmiş ve ardından NATO öncülüğündeki koalisyon güçleri Libya'ya askeri müdahalede bulunmuştur.³ Hem 1970 sayılı hem de 1973 sayılı BMGK kararı genel itibarıyla Koruma Sorumluluğu Doktrini (Responsibility to Protect) ile gerekçelendirilmiştir.⁴

Çalışmamız öncelikle Libya'ya karşı gerçekleştirilen uluslararası müdahalenin gerekçesi olan Koruma Sorumluluğu Doktrini üzerinde duracaktır. Bu anlamda kavramın kökenleri ve uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın meşru sayıldığı durumlar ile mukayeseli bir biçimde ortaya konacaktır. Daha sonrasında, Kaddafi rejiminin devrilmesi gibi, uluslararası müdahale yoluyla rejim değiştirilmesinin hukuki meşruiyeti benzer olaylar ile mukayeseli olarak tartışılacaktır. Çalışmanın sonunda ise Libya'nın yeniden yapılandırılmasında uluslararası aktörlerin rolü, koruma sorumluluğunun da bir parçası olan, yeniden inşa sorumluluğu perspektifinden incelenecektir. Bu anlamda savaş sonrası hukuk (*jus post bellum*) ve işgal hukuku parametreleri değerlendirilecek

1 H. Teimouri, S. P. Subedi, "Responsibility to Protect and the International Military Intervention in Libya in International Law: What Went Wrong and What Lessons Could Be Learnt from It?" *Journal of Conflict and Security Law*, Vol.23, Issue 1, 2018, s.5-6.

2 UNSC Resolution No.1970, 26 Şubat 2011, s.2, parag.16/1 ve 16/2-a-b-c-d. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011))

3 UNSC Resolution No.1973, 17.03.2011, s.3, parag.22/4-5. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) (27.03.2019).

4 Bakınız UNSC Res.1970, s.2, parag.9 ve UNSC Res.1973, s.1, parag.3.

ve geçiş dönemi adaleti sağlanmaya çalışılırken (transitional justice) Libya'nın ne tür zorluklarla karşılaştığı izah edilecektir.

I. Koruma Sorumluluğu Doktrini

1990'lerde Bosna ve Ruanda'da yaşanan soykırım düzeyindeki ağır insan hakları ihlallerini Birleşmiş Milletler (BM) önleyememiş ve yaşanan çatışmalar yüzbinlerce insanın ölümüne neden olmuştur. Kosova'da da benzeri bir durumun oluşmaması için BM azami çaba göstermiş ancak çözüm arayışları çok tartışmalı olan NATO'nun müdahalesi ile sonuçlanmıştır. 1999 yılında BM Genel Kuruluna, yıllık rapor sunumu vesilesiyle, hitap eden dönemin genel sekreteri Kofi Annan insanlığın güvenliği ve gelecek yüzyılda bu güvenliğin nasıl korunacağına dikkat çekmiş devletleri, ortak insanlık değerlerini birlikte koruyacak bir mekanizma arayışına davet etmekteydi. Annan'a göre "eğer insancıl müdahale devletlerin egemenliğine kesin olarak bir saldırı teşkil ettiğinden dolayı kabul edilmiyorsa o zaman Ruanda veya Srebrenica'da olduğu gibi ortak insanlık değerlerimizi hedef alan ağır ve sistematik insan hakları ihlallerine nasıl karşılık vereceğiz?".⁵ Bu anlamda Annan, uluslararası hukuka belirli ortak değerleri koruma görevi yüklemek istemekteydi.

Annan'ın çağrısı üzerine Kanada Hükümeti tarafından Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (ICISS) kurulmuş ve 2001 yılında "Koruma Sorumluluğu" adlı bir rapor hazırlamıştır. Rapor temel itibarıyla devletlerin egemenlik yetkisinin sadece dış müdahaleden bağımsızlık sağlamadığını aynı zamanda ülkesinde yaşayan insanları koruma sorumluluğu yüklediğini de belirtmektedir. Rapora göre devletin kendi sınırları içerisinde yaşayan vatandaşları koruma sorumluluğu vardır (sovereignty as responsibility).⁶ Devlet bu sorumluluğunu yerine getirmekte acziyete düşer veya isteksiz davranırsa ya da bizatihi devletin kendisi insanlık dışı eylemlerde bulunur ise bu durumda uluslararası toplumun egemenliği tamamlayıcı rolü devreye girer. Uluslararası toplum bu aşamada üç katmanlı bir sorumluluk üstlenir: birincisi, önleme sorumluluğu (responsibility to prevent) yoluyla devlete gerekli uyarılar yapılır ve

5 K. Annan, *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, United Nations Publications, 2018, s.48.

6 Sorumluluk olarak egemenlik kavramı ilk kez Francis Deng tarafından kullanılmıştır. Deng'e göre insani müdahalenin meşruiyetini ortaya koymak için 1990'lı yıllar boyunca Ruanda, Somali, Sudan gibi Afrika ülkelerinin pratiklerine bakmak gerekir. Zira bu ülkeler insani yardım taleplerini reddetmiş ve neticede binlerce insanın ölümüne yol açan felakete sebep olmuşlardır. Bu nedenle, artık böyle devletlerin sorumlu bir egemenlik anlayışına sahip olmadığı ve onların egemenliklerini korumanın anlamsızlaştığı söylenebilir. Böyle bir durumda politik, ekonomik ve askeri yaptırımlar kullanmak ve bu yolla BM yardımının geçişine imkân sağlamak meşru hale gelir. Bakınız: F. M. Deng, "From 'Sovereignty as Responsibility' to the 'Responsibility to Protect'", *Global Responsibility to Protect*, Vol.2, No 4, 2018, s.353-370.

önlemler alınır. İkincisi, karşılık verme sorumluluğu (responsibility to react) gereği askeri yaptırım kararı alınır ve ilgili devletin, egemenlikten kaynaklanan sorumluluğuna uygun davranması sağlanır. Üçüncüsü, yeniden inşa sorumluluğu (responsibility to rebuild) kapsamında müdahale sonrası etkin yönetime dair işler yürütülür ve devletin kendini yeniden yapılandırması için gerekli tedbirler alınır.⁷

Önleme sorumluluğu devletlere insani kriz konularında yardımcı olmayı, diplomasi yürütmeyi ve gerekli ise baskı kurmayı amaçlamaktadır. Önleme başarısız olursa karşılık verme sorumluluğu gereği askeri yaptırıma başvurulabilir. ICISS komisyonu raporu askeri müdahale kararının alınabilmesi için altı kritere dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu kriterler; haklı neden, haklı amaç, son çare, orantılı araçlar, makul beklentiler ve haklı otoritedir. Komisyona göre haklı neden; soykırım kastı olsun ya da olmasın yüksek derecede can kaybı, terör veya uluslararası savaş ya da iç savaştan kaynaklanan savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçların işlenmesidir. Böyle bir durum devletin ihmalden, acziyetinden ve isteksizliğinden (unable and unwilling state), kastından ya da başarısızlığından (failed state) kaynaklanabilir.⁸ Komisyon haklı neden kriterini ortaya koymanın kolay olmadığını belirterek aktüel kanıtlara göre askeri yaptırım kararının alınması gerektiğini belirtmektedir. Haklı neden şartının kanıtları BM misyonları ya da Kızıl Haç Komitesi gibi kuruluşlarca raporlanabilir.⁹

Komisyona göre haklı amaç insan hayatının korunmasıdır. Rejim değiştirmek koruma sorumluluğunun amacı olamaz, sadece rejim eğer kendi halkına zarar veriyorsa bu kararı verme kapasitesi azaltılabilir ki bu durum da her olaya göre değişebilir. Öte yandan, amacın gerçekleşmesi için ülkenin işgali kaçınılmaz hale gelirse ilgili bölge objektif olarak ve asıl egemenine teslim edilmek amacıyla yönetilmeli veya bölge BM geçici misyonuna devredilmelidir. Haklı amaç içerisine müdahale eden devletlerin ekonomik ve politik menfaatlerinin karışması da mümkündür. Hatta BMGK kararı ile dahi alınsa böyle bir du-

7 International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *Responsibility to Protect*, International Development Research Centre Publications, Ottawa, 2001, s.19-47.

8 Acziyet veya başarısızlık bazı kaynaklarda birbiri yerine kullanılan kavramlardır. Ancak acziyet daha çok “aciz ve isteksiz devlet” (unable and unwilling state) doktrini için kullanılırken başarısızlık daha çok “başarısız veya çöken devlet” (failed or collapsed state) doktrini için kullanılmaktadır. Belirtmek gerekir ki her iki doktrin de uluslararası toplum tarafından tam olarak benimsenmemiş ve uluslararası hukuk kuralı haline gelememiştir. Temel tartışmalar için bakınız: C. Martin, “Challenging and Refining the “Unwilling or Unable” Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 2, 2019, s.1-75; J. Yoo, “Fixing Failed States”, *California Law Review*, Vol.99, 2011, s.95-150.

9 ICISS, s.32-35.

rumun oluşmaması imkan dahilinde olmamaktadır. Tüm risklerine rağmen müdahale edildiğinde mülteci akınının veya terörün önüne geçilmeli, uyuşturucu ya da insan ticaretine izin verilmemelidir. Öte yandan müdahale son çare olmalıdır. Önleme sorumluluğu kapsamında bütün diplomatik ve ekonomik çareler hayata geçirildikten sonra karşılık verme sorumluluğuna geçilmeli, askeri yaptırıma başvurulmalıdır.¹⁰

Orantılı araçlar kriterine göre askeri hareketin planı, kapsamı, süresi ve yoğunluğu insani amacı gerçekleştirecek düzeyde olmalıdır. Daha açık ifadeyle askeri hareketin tüm araçları ancak hedeflenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak oranda kullanılmalıdır. Makul beklentiler kriterine göre ise askeri hareketin yapılabilmesi için mantıklı ve makul oranda başarı şansı olmalıdır. Eğer insani kriz askeri müdahale ile çözülemeyecekse ya da askeri müdahale daha kötü neticelere yol açacaksa bu yola başvurulamaz.¹¹ Raporda geçen en tartışmalı kriter belki de haklı otoritedir. Komisyon askeri yaptırım kararını BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde uluslararası barışı ve güvenliği korumakla görevli olan BM Güvenlik Konseyi'nin alması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca BM Andlaşması VIII. Bölümde de BMGK'nın onayının alınması şartıyla bölgesel örgütlerin askeri müdahalede bulunabileceğini bildirmektedir. Öte yandan rapor BM Genel Kurulu'nun da "Barış İçin Birlik" (Uniting for Peace)¹² kararı uyarınca belirli durumlarda askeri yaptırım kararı alabileceğinden söz etmektedir. Kararı alacak otorite kavramını biraz daha geniş incelemek gerekir.

Bilindiği üzere BM Andlaşması'nın 2/4 maddesi "her devletin diğer devletlerin toprak bütünlüğü ya da politik bağımsızlığını hedef alan kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidinden kaçınması gerekir" hükmüyle devletler arasında uyumsuzlukların silahlı güç kullanarak çözümlenmesini yasaklamıştır. Maddenin ihlali halinde doktrinde "saldırı suçu"nun (crime of aggression) oluşacağı kabul edilmektedir.¹³ BM Andlaşması'na göre kuvvet kullanma yasağı-

¹⁰ ICISS, s.35-36.

¹¹ ICISS, s.37-38.

¹² 1950 yılında Kore Savaşı hakkında alınan 377 sayılı Barış İçin Birlik Kararı'na (Uniting for Peace Resolution) göre BM Güvenlik Konseyi veto hakkından dolayı kitlenir ve asli görevi olan barışı ve güvenliği koruma vazifesini yerine getiremez ise BM Genel Kurulu gerekli önlemleri almak üzere acil toplantıya çağrılabilir. BM Genel Kurulu, 377 sayılı kararı ile Kore sorunu hakkında, barışı ve güvenliği korumakla görevli olan Güvenlik Konseyi'nin, veto hakkı nedeniyle bu görevi yerine getiremediğine ve bu nedenle Genel Kurul'un yetkisinin doğduğuna hükmederek askeri yaptırım kararı almıştır. Bakınız: UNGA Resolution No. 377, 3 Kasım 1950, parag.1. [https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/55C2B84DA9E0052B05256554005726C6\(12.06.2019\)](https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/55C2B84DA9E0052B05256554005726C6(12.06.2019)).

¹³ M. P. Scharf, "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression". *Harvard International Law Journal*, Vol.53, Number 2, 2012, s.360.

nın iki istisnası vardır. Birincisi BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından sorumlu Güvenlik Konseyi kararıyla askeri yaptırım kararı alınması, ikincisi de BM Andlaşması 51. maddesi uyarınca meşru müdafaa (self-defense) hakkıdır. Ancak meşru müdafaa hakkında dahi bu hakkı kullanan devletin aciliyetle durumu Güvenlik Konseyi'ne bildirmesi gerektiği ve hakkını ancak Güvenlik Konseyi gerekli tedbirleri alana kadar kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle diyebiliriz ki kural olarak uluslararası hukukta kuvvet kullanmanın yolu Güvenlik Konseyi'nden geçmektedir.¹⁴ Stahn'a göre ICISS raporu esasen müdahale hakkı kapsamında tartışılan insancıl müdahale kavramını sorumluluk ile birleştirerek retorik değiştirmekten başka bir şey yapmamıştır. Ancak komisyonun egemenliği bir sorumluluk olarak tespit etmesi ve uluslararası toplumun müdahalesini tamamlayıcı olarak kabul etmesi önemli katkılar olarak karşımızda durmaktadır.¹⁵ Kanaatimizde de koruma sorumluluğu bir uluslararası hukuk kuralı oluşturmaktan çok BMGK'yı belirli durumlarda müdahaleye teşvik edecek ve veto hakkının kullanılmasını engellemeye yarayacak bir gerekçe oluşturmayı amaçlamaktadır.

Koruma sorumluluğu doktrini 2005 yılında BM Dünya Zirvesi sonuç bildirgesinde devletlerce teyit edilmiştir. Sonuç bildirgesinin 138 ve 139. paragraflarında her devletin kendi halkını soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlar'a karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu altı çizilmiştir.¹⁶ Buna göre "her devlet bu sorumluluğunu yerine getirecek ve getirmesi için uluslararası toplum tarafından BM yoluyla desteklenecektir. Uluslararası toplum BM yoluyla BM Andlaşması'nın VI. ve VII. Bölümleri uyarınca her türlü politik, ekonomik ve askeri önlemi almaya yetkilidir. Devletler olarak Güvenlik Konseyinin askeri yaptırım kararlarına uyulacak ve bölgesel örgütlerle işbirliği içerisinde olunacaktır."¹⁷ ICISS komisyonunda yer alan Evans devletlerin insancıl müdahale pratiklerini eleştirmiştir. Evans, devletlerin her seferinde "bir daha asla" (never again) sloganı etrafında taahhütler verdiğini ancak Ruanda'da, Bosna'da veya Darfur'da olduğu gibi başarısızlıkların devam ettiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle yazara göre bu alanın koruma sorumluluğu

14 C. Gray, *International Law and Use of Force*, Oxford University Press, 3. Bası, 2008, s.114-126.

15 C. Stahn, "Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm", *The American Journal of International Law*, Vol.101, No.1, 2007, s.99-120.

16 UNGA Resolution, No. 60/1, 25 Ekim 2005, parag.138-139. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf (12.06.2019).

17 S. F. Gagro, "The Responsibility to Protect (R2P) Doctrine", *International Journal of Social Sciences*, Vol. 3/1, 2014, s.61-77.

çerçevesinde özenli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁸ Esasen koruma sorumluluğu uluslararası toplumun da sorumluluğunu yerine getirebilmesi için BMGK'nın sorumlu davranması gerektiğini vurgulamaktadır.

II. Yeniden İnşa Sorumluluğu

Koruma sorumluluğu doktrini üçüncü aşama olarak devletlere yeniden inşa sorumluluğu yüklemektedir. Müdahale eden devletler barışın kalıcı olması, iyi bir yönetimin kurulması (good governance) ve sürdürülebilir kalkınmanın (sustainable development) sağlanması için gerekli taahhütleri vermekle yükümlüdür. Yerel idare ile işbirliği içerisinde hareket edilerek kamu güvenliği ve düzeni yeniden tesis edilmeli, kademeli bir şekilde egemenlik tekrar ülkesel otoriteye devredilmelidir. Komisyona göre devletlerin pratiğinin en zayıf olduğu alan yeniden inşa alanıdır. Müdahale eden devletler bu alanda genel itibarıyla üzerine düşen sorumluluğu tam olarak yerine getirmemekte veya önceki hükümet ile benzer problemler ile mücadele etmekten ötürü getirememektedir. Bu nedenle askeri müdahaleyi yapan devletlerin mutlaka bir müdahale sonrası planı yapmış olmaları gerekir. Planın öncelikli amacı askeri müdahaleye zemin hazırlayan şartların bir daha oluşmaması için gerekli olan ortamı sağlamaktır.¹⁹ Kanaatimizce yeniden inşa sorumluluğu, uluslararası hukukçular tarafından tartışılan *jus post bellum* kavramını²⁰ genişleten ve detaylandıran bir işleve sahiptir. Bu anlamda *jus post bellum* kavramı temel olarak barışın kalıcı olabilmesi için gerekli olan hukuki önlemlerin alınmasını ifade ederken yeniden inşa sorumluluğu aynı amaca sahip olmakla birlikte daha detaylı önlemlerin alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

Yeniden inşa sorumluluğu kapsamında barışın inşası için dikkat edilmesi gereken en önemli üç alan güvenlik, ekonomik kalkınma ve adaletin tesisidir. Askeri müdahalede bulunan devletler öncelikle halkın güvenliğini tesis etmeli, gruplaşmalar ve intikam hareketlerinin önüne geçmelidir. Bu anlamda karşılaşılabilecek en önemli güçlüklerden biri çatışan grupların silahsızlandırılması ve topluma yeniden entegrasyonunun sağlanmasıdır.²¹ İkinci en önemli sorun ise polis gücünün tekrar oluşturulmasıdır. Nitekim askeri müdahale sonrası karşı-

18 G. Evans, "From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect", *Wisconsin International Law Journal*, Vol.24, No.3, 2006, s.703-722.

19 I. Winkelmann, "Responsibility to Protect", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, s.5-9.

20 Jus Post Bellum kavramının uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi hakkında bakınız: E. Brabandere, "The Concept of Jus Post Bellum in International Law: A Normative Critique", Ed.: C. Stahn, J. S. Easterday, J. Iverson, *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, New York, 2014, s.123-177.

21 ICISS, s.40, parag.5.8.

laşılan en büyük eleştirilerden biri askeri varlığın polis hizmetlerini karşılamak için çok sert yöntemler kullanması ve halk ile iletişimi sağlayamamasıdır. Müdahale eden askeri kitlenin varlığının geçici olabilmesi için devletlerce gerekli planların hazırlanarak yerel polis gücünün ve müdahale edilen ülkenin askeri gücünün tekrar oluşturulması gerekir. Aksi halde insani kriz tekrar nüksedebilir ve çekilme sonrası ülkenin bütünlüğü zarar görebilir.²²

Müdahale eden devletler ülkenin ekonomik olarak yeniden inşası ve sürdürülebilir bir şekilde kalkınması için de gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu anlamda sadece masada kurgulanan planlar ya da hukuki olarak alınan önlemler değil aktüel olarak kamu ve özel sektörün sürece dahil edilmesi yoluyla ekonomik kalkınma gerçekleştirilmelidir.²³ Yeniden inşanın bir diğer önemli ayağı adalet hizmetlerinin yeniden tesisidir. İnsani krizden dolayı mahkemeler durmuş veya bağımsızlığını kaybetmiş olabilir. Bu anlamda insan haklarının hukuk düzenince korunabilmesi ve insani krize neden olan suçluların yargılanabilmesi için işleyen bir adalet sistemine ihtiyaç vardır. Özellikle ceza hukuku sisteminin hızlı bir şekilde tesis edilmesi elzemdir.²⁴ Ceza adaleti hem ulusal mahkemeler tarafından hem de gerektiğinde uluslararası mahkemeler tarafından tesis edilebilir. Nitekim Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi bu anlamda her iki devlette yaşanan insani krizlerin oluşmasında katkısı olan ve soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ya da insanlığa karşı suçlardan sorumlu olan kişilerin yargılanması için BM Güvenlik Konseyi'nce kurulmuştur.²⁵ Seibert-Fohr'a göre adaletin sağlanması sadece mahkemelerin yeniden tesisi değil aynı zamanda etnik veya dini azınlıkların haklarının verilmesi, mültecilerin geri dönüşü için tanınacak ayrıcalıklar, mülkiyetin adil paylaşılması veya ayrımcılığın azaltılması, rüşvetin ortadan kaldırılması gibi bir dizi işlem ve eylemi kapsar. Kapsamlı yapılanma temel itibarıyla bir dizi kanunların veya olağanüstü hal kararlarının varlığını da gerektirebilmektedir.²⁶ Geçiş dönemi adaleti (transitional justice) olarak adlandırılan bu tür uygulamaları Libya özelinde sonraki bölümlerde inceleyeceğiz.

22 ICISS, s.41, parag.5.10, 5-11 ve 5-12.

23 ICISS, s.42-43, parag.5.19, 5-20 ve 5-21.

24 ICISS, s.41-42, parag.5.13 ve 5-14. Yeniden inşa sorumluluğu hakkında genel bir değerlendirme için ayrıca bakınız: Bellamy, A. J., *A Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, Polity Publishing, 2009, s.167-195.

25 A. Cassese, "The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice", *Leiden Journal of International Law*, Vol.25, Issue 2, 2012, s.491-501.

26 A. Seibert-Fohr, "Transitional Justice in Post-Conflict Situations", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, s.2-9.

III. Libya Müdahalesi ve Koruma Sorumluluğu

İktidara karşı protestoların başladığı andan itibaren Kaddafi rejiminin birkaç gün içerisinde düşeceği zannedilmiş olsa da rejim güçleri kısa süre içerisinde göstericilere karşı sert müdahalelerde bulunmuş hatta hava saldırıları yoluyla protestoları kanlı bir şekilde durdurmaya kalkmıştır. Bunun üzerine BMGK 1970 sayılı kararı ile güç kullanımına son verilmesi, insan hakları ihlallerinin durdurulması ve suçluların yargılanması talep edilmiştir. Bu anlamda Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı'na Libya olayları hakkında yetki verilirken BM tarafından da bir izleme komisyonunun kurulması öngörülmüştür. Kaddafi rejimi ise uyarıları dikkate almamış ve muhalif göstericilere karşı olan tutumunu devam ettirmiştir. Rejimin özellikle Bingazi halkına karşı olan tehditkâr tavrı uluslararası toplumu tekrar harekete geçirmiştir. BMGK bu defa 1973 sayılı karar ile BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde yaptırım kararı almış, üye devletlerin askeri yaptırım yoluyla uçuşa yasak bölge oluşturarak sivilleri korumasını, ekonomik ambargo ve silah ambargosu dahil her türlü önlemin alınmasını istemiştir. Ayrıca Libya otoritelerine ait para ve malların da dondurulması kararlaştırılmıştır. Kararın gerekçesi olarak giriş kısmında Libya devletinin kendi halkını koruma sorumluluğunun bulunduğu ancak hükümet güçlerinin sivillere karşı gerçekleştirdiği eylemlerin insanlığa karşı suçlara vücut verdiği belirtilerek daha önce kurulan ad hoc (geçici ve olaya özgü) araştırma komisyonu raporundaki bulgular delil kabul edilmiştir.²⁷ 1973 sayılı karar üzerine öncelikle Fransa daha sonrasında ise ABD, Fransa, Kanada, İtalya ve İngiltere öncülüğündeki devletler Libya'yı bombalamaya başlamış, kısa bir süre sonra ise operasyon NATO kuvvetlerine devredilmiştir.

Libya müdahalesi koruma sorumluluğu doktrininin ilk iki aşaması olan önleme ve karşılık verme sorumluluğu açısından değerlendirildiğinde oldukça tartışmalı bir durum ortaya çıkmaktadır. Nitekim askeri müdahalenin öncesinde Libya devleti ile yeterince diplomatik müzakerelerde bulunulmamış, BM kararları olayların başlamasından çok kısa bir süre sonra ve etkili bir çözüm arayışı denmeden alınmıştır. Türkiye gibi ülkelerin ateşkes ve diplomatik çözüm planları da dikkate alınmamıştır. Nitekim Fransa'nın 1973 sayılı kararın alınmasından itibaren 48 saat içerisinde Libya'yı bombardıman altına alması askeri müdahalenin doğrudan hedeflenen bir seçenek olduğu izlenimi uyandırmaktadır.²⁸ Böylesi bir durum askeri müdahalenin son çare ilkesine aykırı bir şekilde tüm barışçıl ve diplomatik yollar tüketilmeden yapıldığını göstermektedir.

27 UNSC Res.1973, 2011, s.1-8.

28 Bakınız: S. M. Bölme, U. Ulutaş, T. Özhan, M. Küçükkeleş, *Libya'da Dönüşüm Sancıları*, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA), Ankara, 2011, s.25.

Askeri müdahale kararının alınması için gerekli olan diğer kriterlerden biri olan haklı neden kriteri de Libya olayı özelinde sorunlu görünmektedir. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere koruma sorumluluğunun işletilebilmesi için büyük çapta insani kayıpların meydana gelmesi ve devletin bu kayıpları önleyememesi gerekmektedir. Libya'da başlayan olayların geneline bakıldığında esasen yoğun ve büyük miktarda sivil can kaybının veya barışı ve güvenliği tehdit edecek düzeyde bir mülteci akımının yaşandığını söylemek zordur. BM'nin daha önceki Somali müdahalesi ile karşılaştırıldığında Libya'daki can kaybı ve mülteci akını düşük düzeydedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Raporu'na göre sivil can kayıplarının oranı 700-900 arasındadır.²⁹ Öte yandan dikkat çekici bir diğer nokta ise 2012 tarihli BM İnsan Hakları Konseyi Raporu da Libya'da meydana gelen sivil can kayıplarının büyük oranda mevcut rejimin değil muhalif güçlerin eylemleri neticesinde meydana geldiğini tespit etmektedir.³⁰ Mısır'da meydana gelen Rabia eylemleri neticesinde Human Rights Watch örgütünün tespitine göre 817-1100 arasında sivil can kaybı yaşanmış ve bu kayıplar Mısır askeri güçlerinin siviller üzerine ateş açması neticesinde meydana gelmiştir.³¹ Mısır'da yaşanan olaylar neticesinde Libya'dakine benzer bir sürecin işletilmemesi, Libya müdahalesinin meşruiyetinin sorgulanmasına ve uluslararası hukukun temel kuralları arasında yer alan iç işlerine müdahale etmeme ilkesinin ihlal edildiği tartışmalarına yol açmıştır. Bu anlamda haklı amaç kriteri açısından bakıldığında, müdahalenin amacı insan hayatının korunmasından çok rejimin değiştirilmesi gibi görünmektedir.³² Nitekim Libya devletinin sivillere zarar verecek kabiliyetinin kalmadığı bir zamanda operasyon NATO tarafından 21 Eylül tarihinde 90 gün daha uzatılmış ancak Kaddafi'nin 20 Ekim'de öldürülmesinden kısa bir süre sonra 31 Ekim'de operasyon sona erdirilmiştir.³³

29 First Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), International Criminal Court – Office of the Prosecutor, (04.05.2011), s.4.

30 Report of International Commission of Inquiry on Libya, UN Human Rights Council, UN Doc., A/HRC/19/68, (02.03.2012), s.56-87.

31 Egypt: Rab'a Killings Likely Crimes against Humanity, Human Rights Watch (HRW), 2014, s.2. <https://www.hrw.org/news/2014/08/12/egypt-raba-killings-likely-crimes-against-humanity> (20.03.2019).

32 Payandeh, M., "The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya", *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, 2012, s.387.

33 Y. Sak, "Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye'de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler", *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 11, Sayı 44, 2015, s.145.

IV. Libya'da Yeniden İnşa Sorumluluğu ve Geçiş Dönemi Adaleti

Önceki bölümlerde bahsedildiği üzere koruma sorumluluğu doktrini uyarınca Libya'ya müdahale eden güçlerin aynı zamanda Libya'yı yeniden inşa etme sorumluluğu vardır. Yeniden inşa sorumluluğu silahlı çatışmaların tekrar yaşanmaması için veya müdahale sonrası çeşitli grupların kendi aralarında çıkabilecek çatışmaları önlemek için yapılması gerekenleri ve ülkenin yeniden refaha ve adalete kavuşması için uygulanacak reformları kapsar. Daha açık ifade ile koruma sorumluluğu doktrinin amacı kendi halkını koruyamayan bir devlete müdahale ederek devletin temel fonksiyonlarını yeniden inşa etmektir. Bu anlamda yeniden inşa sorumluluğu hem en zor hem de en çok ihmal edilen kısmı oluşturmaktadır. Nitekim 2005 tarihli BM Genel Kurul deklarasyonu da yeniden inşa sorumluluğundan daha çok önleme ve karşılık verme sorumluluğuna değinmektedir. Bu anlamda Major, resmi belgelerde özellikle yeniden inşa sorumluluğuna değinmekten kaçınıldığını iddia etmektedir.³⁴ Polis ve yargı teşkilatının yeniden işler hale getirilmesi, suçluların yargı önüne çıkarılması, ulusal güvenliğin sağlanması, yaşam ve mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin korunması, çatışmalar nedeniyle yerlerinden edilen kimselerin güvenli bir şekilde dönüşünün sağlanması, ekonomik ve sosyal kalkınmanın sağlanması gibi hususlar yeniden inşa sorumluluğu kapsamında sayılabilir.³⁵ Yeniden inşa sorumluluğunun yerine getirilebilmesi için genellikle müdahale eden devletlerin öncülüğünde BM Misyonları kurulmakta ve sorumluluk BM'ye devredilmektedir. Nitekim Libya için de 16 Eylül 2011 tarihinde 2009 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı ile Birleşmiş Milletler Libya Destek Misyonu (UNSMIL) kurulmuştur. Kararın 12. Maddesinde BM Misyonu'nun görevleri şu şekilde sıralanmıştır: a) kamu düzeni ve güvenliğini yeniden kurmak, hukukun üstünlüğünü tesis etmek, b) kapsamlı ve kucaklayıcı bir siyasi diyalog yürütmek, ulusal mutabakatı desteklemek, anayasa yapım sürecini başlatmak ve seçimlerin yapılmasını sağlamak, c) kurumların hesap verilebilirliğini güçlendirerek ve kamu hizmetlerini restore ederek devlet otoritesini genişletmek, d) özellikle zayıf konumda olanlar başta olmak üzere insan haklarını korumak ve geliştirmek, geçiş dönemi adaletini desteklemek, e) ekonomik toparlanmanın sağlanması için ivedi adımlar atmak, f) uygun düştüğü ölçüde diğer iki taraflı ya da çok taraflı aktörler tarafından talep edilen destekleri koordine etmek.³⁶

34 J. Major, *The Responsibility to Protect: Intervention is Not Enough*, Graduate School of Advanced Military Studies, Kansas, 2013, s.59-68.

35 International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, International Development Research Centre Publications, Ottawa, 2001 s.40-43.

36 UNSC Resolution No. 2009, 16 Eylül 2011, s.3. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2009%20%282011%29 (22.08.2018).

Kararda BM Misyonu'nun 3 aylık süre ile kurulduğu belirtilmiş ancak her yıl yeni BMGK kararları ile Misyon'un süresi uzatılmıştır.³⁷

2009 sayılı kararda ilk göze çarpan husus BM Misyonu'na yeniden inşa'dan ziyade dönüştürücü bir inşa misyonunun yüklenmiş olmasıdır. Karar çok geniş ve muğlak kavramlar kullanmış ve her ne olursa olsun, Dahl'ın öngördüğü bir biçimde, demokratik standartların sağlanması gerektiğine vurgu yapmıştır.³⁸ Ancak çoğunluğu Müslüman olan Libya halkı uzun yıllar İslam Hukuku ve bazı alanlarda modern hukuk ile yaşamıştır. Kararda Libya toplumunun mevcut dinamiklerinin dikkate alınacağına dair bir ipucu bulunmamaktadır. Bu nedenle yeniden inşa kapsamında UNSMIL tarafından uygulanacak politikalar Batı merkezci politikalar olacak ve bu durum da çeşitli problemleri beraberinde getirecektir. Örneğin ulusal mutabakat metni olması beklenen bir Anayasa nasıl hazırlanacak? İnsan haklarının korunması nasıl mümkün olacak? Yargı hangi hukuk paradigması üzere inşa edilecek? 2009 sayılı karardan yola çıkarak bu soruların cevabına ulaşmak mümkün görünmemektedir. Nitekim Misyon'un süresinin her yıl uzatılması bizatihi sistemin başarılı bir şekilde çalışmadığını veya ağır aksak bir biçimde çalıştığını göstermektedir. Benzer şekilde 1999 yılında kurulan BM Kosova Misyonu (UNMIK) da, 9 yılı tek başına olmak üzere, toplamda ise 19 yıldır Kosova'da yönetim üzerinde söz sahibi olup sistemi yeniden kurgulamak için uğraşmaktadır. Her ne kadar Kosova en başarılı örnek olsa da günümüzde dahi BM Misyonu'nun tamamen yönetimi yerel güçlere devretmesi mümkün olamamıştır. Bu nedenle Kosova ve UNMIK kadar dahi yol kat etmemiş olan Libya Misyonu'nun daha uzun yıllar devam edeceği kanaatindeyiz.

UNSMIL öncelikle Libya'da kamu düzeni ve güvenliğini sağlayamamıştır. Libya halihazırda Somali vakasına benzer bir şekilde bölünmüş bir egemenliğe sahiptir. Her silahlı grubun yönettiği başka bir bölge mevcut olup genel itibarıyla hukuki güvenlik yoktur. Hatta DAESH (ISIL)'den ayrılanlar dahi Libya denklemine kendine yer bulabilmiştir. Yargı sistemi ise henüz istenilen düzeyde olmayıp zaman zaman yargı mensuplarının güvenliği konusunda da sıkıntılar yaşanmaktadır. Bingazi gibi bazı şehirlerde yargıçlar ve hatta yargı önünde tanıklık yapanlar dahi silahlı gruplar tarafından saldırıya uğramaktadır. Ekonomik yönden ise Libya, Kaddafi rejiminin düştüğü yıl düzelmeye yö-

37 BM Libya Misyonu'nun uzatılmasını öngören BMGK kararları şu şekildedir: 2022 (2011), 2040 (2012), 2095 (2013), 2144 (2014), 2238 (2015), 2323 (2016), 2376 (2017). Son olarak Misyon'un görevi 2434 (2018) sayılı BMGK kararı ile 15 Eylül 2019'a kadar uzatılmıştır.

38 R. A. Dahl, "What Political Institutions Does Large-Scale Democracy Require?", *Political Science Quarterly*, Vol.120(2), 2005, s.187-197.

nünde gelişim gösterse de gruplar arasındaki çatışmalar ve kamu güvenliğinin sağlanamamasından dolayı hızla düşüş eğilimi göstermiş, politik istikrarsızlık ekonomik istikrarsızlığı da beraberinde getirmiştir. Ülkenin temel gelir kaynaklarından biri olan Petrol üretimi ise günlük 1.5 milyon varil seviyelerinden 300 bin varil civarına kadar düşmüştür. Eğitim kurumları ve hastaneler insan kaynağı eksiğinden ötürü çalışamaz duruma gelmiştir. Bu anlamda finansal yardımdan ötesine ihtiyaç duyulmaktadır.³⁹ Öte yandan yabancı yatırımcılar da Libya'dan çekilmeye başlamış ve aralarında Türk müteahhitlik firmalarının da olduğu birçok firma doğrudan yatırımlarını bırakarak ülkeden çıkmak zorunda kalmıştır. Hilpold, *jus post bellum*'un (savaş sonrası hukuk) herhangi bir uluslararası müdahalenin ayrılmaz parçası olduğunu belirttiikten sonra uluslararası toplumun Libya'nın yeniden inşası hususunda yeterli çaba sarf etmediğini belirtmektedir. Yazara göre benzer bir durum olan Kosova'da güvenlik kısa sürede sağlanmış ve yeniden inşa sürecine geçilmiştir ancak Libya halihazırda her bölgenin ayrı mafyasının olduğu parçalı bir görünüm arz etmektedir. Kosova'da gösterilen yoğun çaba Libya için gösterilmemiştir. Bu durum da hızla Libya'yı hızla başarısız veya çöken devlet (failed or collapsed state) konumuna indirmiştir.⁴⁰ Kanaatimizce Kosova'da gösterilen çabanın Libya'da gösterilmemesinin bazı politik gerekçeleri sayılabilir. Zira Kosova müdahalesinden önce gerçekleşen Bosna soykırımı uluslararası toplumu, dönemin şartları gereğince, baskı altında hissetmeye itmişti. İkinci olarak Kosova'nın Avrupa'da olması nedeniyle Avrupa devletleri aleyhine oluşabilecek etkileri Libya'ya nazaran daha fazla olacaktı. Bu nedenle Kosova'nın yeniden inşasında Avrupa devletlerinin aktif katılımının rolü büyüktür. Öte yandan problemin tamamı elbette salt müdahaleci devletlerin eylemlerinden kaynaklanmamaktadır. Kosova'nın ve Libya'nın iç dinamikleri, sosyal yapısı ve siyasal konumu birbirinden farklıdır. Ayrıca Libya müdahalesine gelene kadar DAESH gibi küresel terör hareketlerinin bölgeyi kaosa sürüklemiş olması ve Arap Baharı gibi bir sürecin yaşanmasından sonra NATO müdahalesinin yapılması da yerel silahlı örgütleri cesaretlendirmiştir.

2009 sayılı BMGK kararı aynı zamanda geçiş dönemi adaletinin (transitional justice) uygulanması ve koordinasyonu görevini de UNSMIL'e yüklemiştir. Geçiş dönemi adaleti uygulamalarının temel amacı çatışma sonrası süreçte geçmiş yönetimin insan hakları ihlalleri ile hesaplaşmaktır. Bu anlamda ge-

39 E. Chorin, "NATO's Libya Intervention and the Continued Case for a Responsibility to Rebuild", *Boston University International Law Journal*, Vol.31, 2013, s.380-381.

40 P. Hilpold, "Jus Post Bellum and the Responsibility to Rebuild: Identifying the Contours of an Ever More Important Aspect of R2P", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol.6, 2015, s.304.

çiş dönemi uygulaması hem sisteme olan güveni tekrar tesis etmeyi hem de eski otoriter rejimce uygulanmış olan haksız uygulamaların neticelerini ortadan kaldırarak radikalleşmenin ve ihkak-ı hakkın önüne geçmeyi amaçlar.⁴¹ Bu anlamda geçmişin araştırılması için paneller ve araştırma kurulları oluşturulabilir, devlet arşivleri açılabilir, kayıp kişiler hakkında komisyonlar kurulabilir, hukuki düzenlemeler yapılarak haksız uygulamalardan mağdur olan kimselerin mağduriyeti giderilebilir ve bu tür olayların tekrar yaşanmaması için hukuksal reform yapılabilir. Geçiş dönemi adaletinin sağlanması için 2013 yılında Libya'da 29 No'lu Geçiş Dönemi Adaleti Yasası (Law No.29 of 2013 on Transitional Justice) kabul edilmiştir. Yasa temel itibariyle; sistematik insan hakları ihlalleri ile ilgili araştırma ve raporlama yapmayı, insan hakları ihlallerinden kaynaklanan zararları telafi etmeyi, devlet kurumlarını reforme etmeyi, haksız yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmayı ve toplumsal uzlaşmaya destek olmayı hedeflemektedir.⁴² Genel itibariyle bakıldığında Yasa'nın öngördüğü zaman diliminin problemlili olduğu göze çarpmaktadır. Yasa'nın uygulanacağı zaman dilimi olarak 1 Eylül 1969 tarihinden yeni bir anayasanın yapılacağı tarih belirlenmiştir. Ancak halihazırda herhangi bir yeni anayasa henüz yürürlükte değildir. Öte yandan yeni anayasanın yapılacağı tarihe kadar Yasa'nın yürürlük süresinin devam etmesi, 2011 sonrası olayların da araştırılacağı ve geçiş dönemi adaleti uygulamaları kapsamında değerlendirileceği izlenimi vermektedir. Oysa böyle bir durumda devletin mi yoksa silahlı grupların mı sorumlu tutulacağı hususunda netlik bulunmamaktadır. Bu anlamda eğer silahlı grupların çatışmalarından kaynaklanan ihlaller kapsam dışı bırakılır ise 2011 sonrası dönemde uygulanacak geçiş dönemi adaleti uygulamalarının da eksik kalacağı aşikardır. Ayrıca böyle muğlak bir bitiş tarihi de kural olarak eski otoriter rejim ile hesaplaşma amacının ötesine geçmektedir ve süreci belirsiz hale getirmektedir.

29 sayılı yasa uyarınca birçok uygulama hayata geçirilmiştir. Örneğin, Ebu Salim hapisanesinde yaşanan ölüm olaylarının araştırılması için bir komite ve batı dağlarında yaşanan arazi çatışmalarının araştırılması için ayrı bir komite kurulmuştur. Öte yandan 1 Eylül 1969'dan 12 Şubat 2011'e kadar olan dönemde siyasi suçlu olarak hapiste yatan mahkumlar için kalınan her aya karşılık 8000 dinar tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Eski rejimde üst düzey bürokrat olarak görev almış olan bazı kimseler politik arenadan men edilmiş ve haklarında ceza davaları açılmıştır. Kaddafi'nin oğlu Seyf'ül İslam ve eski

41 A. Seibert-Fohr, "Transitional Justice in Post-Conflict Situations". *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, s.2.

42 Law No.29 of 2013 on Transitional Justice https://security-legislation.ly/sites/default/files/lois/631-Law%20No.%20%2829%29%20of%202013_EN.pdf (23.04.2019)

istihbarat başkanı Abdullah El-Senusi hakkında açılan davalarda Senusi hakkında idam kararı verilmiş ve karar temyiz edilmiştir.⁴³ Öte yandan UNSMIL diğer BM organları olan UNDP, UNICEF, UNHCR, UNODC gibi kuruluşlar ile koordineli bir şekilde çalışmaktadır. UNDP raporuna göre 1.5 milyondan fazla Libya vatandaşı seçimlerde oy kullanmak üzere sisteme kaydolmuş ve iki başarılı seçim yapılmıştır. Anayasa yapımı için 23.000 insan ile diyaloga geçilmiş birçok devlet görevlisine Anayasa yapımı hususunda eğitim verilmiştir.⁴⁴ Geçiş dönemi uygulamaları her ne kadar olumlu adımlar içerse de mevcut yasaların birçoğunun İslam Hukukuna dayanmasından ötürü bazı zorluklarla karşılaşacaktır. Örneğin birden fazla evlilik durumunda kadın hakları ihlal edilmiş sayılacak mıdır? veya İslam Hukuku'na göre verilmiş idam cezaları için yaşam hakkı ihlali söz konusu olacak mıdır? gibi sorular henüz cevaplanmış değildir. Diğer yandan geçiş dönemi adaleti uygulamaları sırasında hazırlanacak raporlar Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) önünde görülen davalar için de İnsanlığa Karşı Suçlar kapsamında faydalı veriler sağlayacaktır. Ancak UCM nezdinde görülen davanın sanıklarından olan Muammer Kaddafi ölmüş, oğlu Seyf'ül İslam Kaddafi ise UCM'ye teslim edilmemiştir ve hatta kendisi 10 Aralık 2018'de yapılması planlanan Başkanlık seçiminde aday olduğunu açıklamıştır. Bu durumda UCM yargılamasının Libya halkı üzerinde büyük bir etki yarattığını söylemek güçtür. Netice itibariyle müdahalenin üzerinden 7 yıl geçmesine rağmen Libya'da yeniden inşa sürecinin olması gerektiği gibi devam ettiğini söylemek güçtür.

V. Başarılı Bir Örnek Olarak Kosova

Libya'da uluslararası toplumun yeniden inşa sorumluluğunu tam olarak yerine getirememesinin nedenleri arasında bölgenin şartları ve güvenliğinin uygun olmaması gibi gerekçeler ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce önceden bağımsız bir devlet dahi olmayan Kosova'nın bağımsızlığına giden süreç ve uluslararası toplumun üstlendiği aktif rol ile karşılaştırıldığında Libya'da belirlenen bir isteksizlikten söz edilebilir. Bilindiği üzere Kosova'nın günümüze uzanan sorunlarının temeli 1945 yılından sonra Tito önderliğinde kurulan Yugoslav Federal Cumhuriyeti (Yugoslavya) tarafından şekillendirilmiştir. Tito'nun amacı ulus-ötesi bir devlet kurmak ve etnik farklılıkları bu devlet çatısı altında birleştirmektir. Bu nedenle Tito'nun kurduğu federal devlette Slovenya, Hırva-

43 M. Kersten, "Transitional Justice Without a Peaceful Transition: The Case of Post-Gaddafi Libya", Ed.: A. Langer, G. K. Brown, *Building Sustainable Peace: Timing and Sequencing of Post-Conflict Reconstruction and Peacebuilding*, Oxford University Press, New York, 2016, s.300-319.

44 UNDP. Supporting Transition in Libya. Report, 2015, s.2-3. <http://www.ly.undp.org/content/dam/libya/docs/Results%20Report.pdf> (23.04.2019).

tistan, Bosna-Hersek, Sırbistan, Makedonya ve Karadağ federe birimlerken, Macarların çoğunlukta olduğu Voyvodina ve Arnavutların çoğunlukta olduğu Kosova ise Sırbistan'a bağlı özerk bölgelerdi.⁴⁵ Kosova federe cumhuriyetlerden biri olan Sırbistan'ın özerk bir bölgesi olarak kurgulanmıştı ancak etnik olarak Kosova nüfusu büyük oranda Arnavut kökenliydi.⁴⁶ Öte yandan 1946 tarihli Yugoslav Federal Anayasası federe birimlerin self-determinasyon ve ayrılma (secession) hakkına sahip olduklarını düzenlemekteydi. Kosova'ya federe birim statüsünün tanınmamasının en önemli gerekçesi Tito'nun Sırpların tepkisini çekmek istememesiydi. Zira Hırvat kökenli olan Tito en baskın millet olan Sırpların desteğini kaybetmek istemiyordu. Ayrıca nüfusunun büyük çoğunluğu Arnavut olan Kosova'ya ayrılma hakkının tanınması Kosova'nın Yugoslavya'dan ayrılıp halihazırda var olan Arnavutluk devleti ile birleşmesi ile sonuçlanabilirdi.⁴⁷ Kosova'nın Anayasal olarak federe birim olmamasına rağmen bağımsızlık hakkı iddia etmesinin temelinde ise 1974 tarihli bir Anayasa değişikliği yatmaktadır. Yapılan değişiklik ile özerk birimlerin yetkileri genişletilmiş ve federe birimler gibi kendi temsilcileri aracılığıyla federal organlarda temsil edilme hakkı kazanmış, hatta federal devletin kendileri hakkındaki kararları veto etme yetkisi ile donatılmıştı. Bunlara ek olarak hem federe hem de özerk birimlere kendi anayasalarını yapma hakkı verilmişti.⁴⁸ Bu değişiklik neticesinde özerk bir birim olan Kosova esasen federe birimlerle aynı yetkilere sahip "de facto" bir federe birim haline gelmişti.

Tito Yugoslavya'nın hem kurucusu hem de en önemi birleştirici unsuruydu. 1980 tarihinde Tito'nun ölmesiyle birlikte milliyetçilik geri dönmüş ve ilk kitlesel ayrılma hareketi de Kosova'lı Arnavutlar tarafından başlatılmıştır. 1989 yılında Miloseviç'in devlet başkanlığına gelmesi ve Sırp milliyetçiliği yanlısı sert politikalar yürütmesi ayrılık fikirlerinin derinleşmesine yol açmıştır. Miloseviç döneminde Anayasal olarak tanınan Kosova'nın özerklik hakkı tümünden kaldırılmış ve Kosova Ulusal Meclisi feshedilmiştir.⁴⁹ Sırp baskıyı arttırdıkça federe birimler bağımsızlığını ilan etmeye başladı. Federe birimler bağımsızlaştıkça Sırp çözümlenin önüne geçmek için baskıyı arttırdı. Bu nedenle

45 A. Jakupi, "Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti İçindeki Kosova Özerk Bölgesi Sorunu (1980-1989)", *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2017, s.191.

46 M. H. Negash, "Ethnic Identity and Conflict: Lessons from the Kosovo Crisis", *Turkish Journal of International Relations*, Vol.12, No.1, 2013, s.67.

47 L. Benson, *Yugoslavia: A Concise History*, Palgrave Macmillan Publications, New York, 2004, s.138.

48 İ. K. Ülger, "Kosova'nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 31, 2016, s.41.

49 N. Vladisavlyevic, *Institutional Power and the Rise of Milosevic. Nationalities Papers*, Vol.32/1, 2004, s.200.

ilk önce pasif direniş şeklinde başlayan Kosovalıları eylemleri zamanla silahlı direnişe dönüşmek zorunda kalmıştır. Bu anlamda ilk başta İbrahim Rugova önderliğindeki Kosovalılar, Gandhi benzeri bir pasif direnişi benimsemiş ve meselenin uluslararası bir sorun haline gelmesini beklemişlerdi. Ancak Bosna ile yapılan barış sürecine Kosova'nın da dahil edilmemesi ve Kosova sorununun görmezden gelinmesi halk nezdinde pasif direnişe olan inancı azaltmış ve süreç Kosova Kurtuluş Ordusu'nu (UÇK) çıkarmıştır.⁵⁰ Paramiliter bir silahlı grup olan UÇK 1996 yılından başlayarak silahlı eylemlere başlamış, 1998-1999 yıllarında Sırp lar ile Arnavutlar arasında bir dizi silahlı çatışmalar cereyan etmiştir. Netice itibariyle pasif direniş ile uluslararası toplumun dikkatini çekemeyen Kosovalılar silahlı direniş ile çekmeyi başarmıştır. Uluslararası toplum ikinci bir Bosna vakasının yaşanmasından endişe etmiş ve Kosova özelinde Birleşmiş Milletler aktif rol oynamıştır. Gelişen olaylar Kosova'ya BM öncülüğünde ve NATO vasıtası ile müdahale sonucunu doğurmuştur.⁵¹

NATO'nun müdahalesi sonrası Kosova'da geçici BM yönetimi (UNMIK) kurulmuştur. Kosova'nın 2008 yılında deklare ettiği bağımsızlık bildirgesine giden süreç de temel itibariyle UNMIK öncülüğündeki yeniden devlet inşası çalışmaları ile yakından alakalıdır. Bilindiği üzere self-determinasyon ilkesi politik bir ilke olarak uzun bir tarihe sahiptir. Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde BM Andlaşması ve İkiz Sözleşmeler (ICCPR ve ICESCR) başta olmak üzere birçok uluslararası andlaşmaya konu olmuş ve aynı zamanda hukuki bir hak haline dönüşmüştür.⁵² Özellikle 1960'lardan sonra sömürge halklarının bağımsızlığı sürecinde içeriği daha çok netleşen self-determinasyon hakkının günümüzde kapsamı hala tartışmalı olmayı sürdürmektedir. Temel itibariyle sömürge altında yaşayan halkların self-determinasyon hakkına sahip oldukları kabul edilmekle birlikte Sovyet Rusya ve Yugoslavya rejimleri altında yaşayan halkların da bu ülkeler dağıldıktan sonra self-determinasyon hakkına sahip oldukları büyük oranda kabul görmüştür.⁵³ Kosova özelinde ise daha önce bahsettiğimiz gibi Anayasal olarak federe birimlere bu hak tanınmış, Kosova ise genişletilmiş özerklik ile birlikte benzer içerikte haklara sahip olmakla birlikte Anayasal olarak self-determinasyon hakkı elde edememiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi esasen Kosova'ya Anayasal olarak bu

50 H. Clark, *Civil Resistance in Kosovo*, Pluto Press, London, 2000, s.67 ve 174.

51 A. R. Bekaj, "The KLA and the Kosovo War: From Intra-State Conflict to Independent Country", *Berghof Conflict Research Papers*, No. 8, 2010, s.23.

52 A. Casese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1999, s.47.

53 M. Rady, "Self determination and the Dissolution of Yugoslavia", *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 19/2, 1996, s.182.

hakkın tanınmaması Kosova halkının self-determinasyon hakkı tanınabilecek bir “halk” niteliğini taşıyamamasından dolayı değil Sırp'ların tepkisini çekmeme amacına dayanmaktadır. Dolayısıyla Kosovalı Arnavutlar da esasen Boşnaklar, Sırp'lar veya Hırvatlar kadar self-determinasyon hakkına müstehaktır. Her ne kadar Sırbistan'a bağlı bir özerk bölge statüsünde olsa da özellikle genişletilmiş özerklik sonrası adeta *de facto* bir federe birim muamelesi görmüştür. Kosova'nın bağımsızlık ilan etmesi ancak 2008 yılında mümkün olmuştur. Sırbistan'ın konuyu BM Genel Kurulu'na taşımasının ardından Genel Kurul, Uluslararası Adalet Divanı'na başvurarak Kosova'nın bağımsızlık deklarasyonunun uluslararası hukuka uygunluğu hakkında danışma görüşü talep etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı ise uluslararası hukukta bağımsızlık bildirgelelerinin yasaklanmasına dair bir hüküm bulunmadığını tespit etmekle yetinmiş, Kosova'nın self-determinasyon hakkına sahip olup olmadığı veya devlet niteliği taşıyıp taşımadığı gibi konulara girmemiştir.⁵⁴

Bahsettiğimiz gibi Kosova'da 1999 UNMIK adında geçici bir yönetim kurulmuş ve bu yönetim öncülüğünde devlet organları yeniden oluşturulmaya çalışılmıştır. 2001 yılından itibaren UNMIK öncülüğünde Kosova'da genel seçimler düzenlenmiştir. 2007 yılında Finlandiya'lı siyasetçi Martti Ahtisaari tarafından “Geniş Kapsamlı Kosova Statüsü Çözüm Önerisi Anlaşması” (Ahtisaari Planı) hazırlanmış ve 2008 yılında kabul edilen Anayasa temel itibarıyla Ahtisaari planına uygunluk taahhüdünde bulunmuştur. Hatta Ahtisaari planına uygunluğu yorumlama yetkisi de Uluslararası Sivil Temsilci'ye verilmiştir. Bu nedenle Uluslararası Sivil Temsilcinin görevinin sona erdiği 2012 yılına kadar olan süreçte Kosova'nın tam bağımsızlığı tartışmalıdır. Netice itibarıyla 2008 tarihi de 2012 tarihi de başlangıç olarak kabul edilse günümüzde yasama, yürütme ve yargı erklerine sahip bağımsız bir Kosova mevcudiyetini sürdürmektedir. Her ne kadar Kosova 114 ülke tarafından tanınmasına rağmen Güvenlik Konseyi daimi üyelerinden Çin ve Rusya'nın vetosu nedeniyle BM'ye üye olamamakta ise de uluslararası hukukta genel kabul gören görüşe göre tanıma kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir.⁵⁵ Bu anlamda bağımsızlık sonrası Kosova'da UNMIK öncülüğündeki uluslararası kuruluşlar da sembolik bir seviyeye indirgenmiştir. Öte yandan NATO'nun Kosova'daki varlığı da zamanla minimize edilmiştir. AB ile Kosova'nın iş birliği ise günden güne artmaktadır. AB hem 1999'daki müdahale hem de 2008'deki bağımsızlık ilanı sonrasında Kosova ile yakından ilgilenmiş ve birçok sürece dahil olmuştur.

54 Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect Of Kosovo (Advisory Opinion), 22 July 2010, ICJ Reports, s.436, parag.79.

55 T. D. Grant, *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Praeger Publications, 2007, s.9.

Günümüzde bağımsız ve egemen bir devlet olarak Kosova'nın hem AB hem de BM ile ilişkileri gün geçtikçe daha iyi bir hal almaktadır. Bu anlamda 2014 yılında Kosova ile AB arasında imzalanan İstikrar ve Ortaklık Andlaşması imzalanmıştır.

Libya'da henüz başarılı olamayan yeniden inşa çalışmalarının Kosova örneğinde başarılı olmasının en önemli nedeni başta BM ve AB olmak üzere uluslararası toplumun aktif bir şekilde rol oynamasına dayanmaktadır. Esasen Kosova'nın Avrupa'nın ortasında olması ve olası bir ikinci Bosna vakasının yaşanma tehlikesi de uluslararası toplumu Kosova konusunda daha dikkatli davranmaya yönelten başlıca nedenler arasındadır. Ancak Libya'nın bağımsız devlet olmasına ve BM üyesi olmasına rağmen Kosova kadar başarılı sonuçlar elde edilememesi, yeterli çabanın ve önemin gösterilmemesi ile doğru orantılıdır. Son zamanlarda güvenlik zafiyetinin ve iç kargaşanın had safhaya ulaşması ile birlikte uluslararası hukukta yeniden inşa sorumluluğunun Libya'da başarılı olması da, yakın zamanda, mümkün gözükmemektedir.

Sonuç

Arap Baharı esnasında göreceli olarak başarıya ulaşmış olan tek ülke Tunus olmuştur. Mısır ise belirli bir yol kat etmekle birlikte kısa süre içerisinde eski sistemine dönüş yapmıştır. Suriye ise hala uluslararası toplumun çözümünü beklemektedir. Libya bu örnekler içerisinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin aktif rol aldığı tek ülkedir. Bilindiği üzere BM Güvenlik Konseyi (BMGK) ABD, Rusya, Çin, İngiltere ve Fransa'dan oluşan 5 daimi üyeye sahiptir. Güvenlik Konseyi'nin askeri müdahale kararı alabilmesi için 15 üyeli Konsey'in 9 üyesinin olumlu oyunun olması ve herhangi bir daimi üyenin vetosunun olmaması gerekmektedir. Ayrıca BM Andlaşması'nın 52/3 maddesine göre aleyhine müdahale kararı alınan devlet oylamaya katılamamaktadır.⁵⁶ Bu açıdan Suriye'de BM Müdahalesinin önündeki en büyük engel Güvenlik Konseyi daimi üyeleri olan ABD ve Rusya arasındaki anlaşmazlıktır. Öte yandan Libya hakkında alınan 1973 sayılı karar incelendiğinde kademeli bir süreç öngörüldüğü gözlemlenebilecektir. Buna göre üye devletlere diplomatik görüşmeler yoluyla çözümün denemesi, uçuşa yasak bölge ilan edilmesi, ambargo uygulanması ve 'gerekli olan her türlü önlemin alınması' çağrısı yapılmaktadır. Fransa, ABD ve İngiltere'nin başını çektiği koalisyon güçlerinin doğrudan askeri müdahaleye girişmesi esasen uluslararası hukuk anlamında meşru olan 1973 sayılı kararın uygulamasını tartışmalı hale getirmiştir. Zira BMGK kararında yer alan "her türlü tedbir" ifadesinin rejim değişikliğini de kapsayıp

56 Charter of The United Nations, San Francisco 1945, article 27, parag.3. <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (12.06.2019).

kapsamadığı tartışmalıdır. Libya'da olayların başlamasından itibaren muhalif silahlı grupları desteklemekten veya askeri müdahaleden bahseden koalisyon güçleri temel itibariyle Kaddafi rejiminin yıkılması gerektiğini düşünmüştür. Kanaatimizce uluslararası hukuk anlamında BM Güvenlik Konseyi kararları doğrudan rejim değişikliğini hedefleyemez. Zira rejim değiştirme devletlerin iç işlerine müdahale olarak kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Her ne kadar 1973 sayılı karar rejim değişikliği öngörmese de koalisyon güçleri kararı rejim değişikliğini de içerecek bir biçimde yorumlamış ve kararda öngörülen süreçleri işletmemiştir. Kotylar'a göre de Libya'ya yönelik müdahale Fransa, İngiltere ve ABD'nin jeopolitik çıkarları doğrultusunda yapılmış ve koruma sorumluluğu ilkesi yanlış yorumlanmıştır. Müdahalenin neticesi Libya halkının bütünüyle korunması olmayıp, rejim değişikliğidir. Nitekim gerçekte söz konusu üç NATO üyesi ve körfez emirlikleri isyancılara askeri destek sağlamıştır.⁵⁷

Koruma Sorumluluğu Doktrini (Responsibility to Protect) esasen BM Andlaşması'nın VII. bölümünde yer alan askeri müdahale sisteminin işletilmesinin yeni bir yorumundan başka bir şey değildir. Nitekim BM Andlaşması'nın 2/4 maddesi ile silahlı kuvvet kullanılması yasaklanmış ancak iki istisna öngörülmüştür. Bunlardan birincisi 51. Maddede yer alan meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmasıdır. İkincisi ise BM Andlaşması VII. bölüm uyarınca belirli durumlarda barış ve güvenliğin korunması amacıyla Güvenlik Konseyi'ne askeri müdahale yetkisi vermektedir ki ICISS raporunda da müdahale edilmesi ancak BMGK kararı ile mümkündür. Bu anlamda koruma sorumluluğu doktrininin belirli bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Başaran'a göre koruma sorumluluğu henüz kendisini, diğer bir tartışmalı doktrin olan ve yine uluslararası hukuk kuralı olarak kabul edilmeyen insani müdahale doktrininden ayıramamıştır.⁵⁸ ICISS raporu BMGK'nın yetkisini teyit etmiş ve belirli durumlarda BMGK'yu işler hale getirmeyi amaçlamıştır. Zira BMGK, birçok durumda veto yetkisinden ötürü kitlenmekte ve karar alamamaktadır. 1973 sayılı BMGK raporunda koruma sorumluluğundan bahsedilmesi bu açıdan önemlidir. Raporun amacı esasen öncelikli olarak devletlerin kendi halkını koruma sorumluluğuna vurgu yapmak ve sorumluluklarını yerine getirmeyen veya getiremeyen devletler açısından

57 V. S. Kotylar, "Responsibility to Protect: The Hopes and The Crash of an Illusion. Is There Any Chance to Revive It?" Ed.: V. Sancin, M. K. Dine, *Responsibility to Protect in Theory and Practice, Papers Presented at the Responsibility to Protect in Theory and Practice Conference, Ljubljana, 2013*, s.35.

58 H. R. Başaran, "Identifying the Responsibility to Protect" *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol.38/1, 2014, s.208.

sorumluluğun uluslararası topluma geçtiğini izah etmektir. Rapor bu anlamda klasik BM Sisteminden başka bir müdahale sistemi sunmaktan çok uluslararası toplumun sorumluluğunu belirli bir şekle sokma amacı gütmektedir. Buna göre sorumluluğunu yerine getirmeyen devletler açısından uluslararası toplum üç ayrı sorumluluk yüklenir. Önleme (prevent), karşılık verme (react) ve yeniden inşa (rebuild). Buna göre uluslararası toplum (BM ve üye devletler) insani krizleri önlemek için gerekli tüm tedbirleri almalı⁵⁹, tüm çareler tükendikten sonra askeri müdahalede bulunmalı ve müdahale edilen devleti yeniden inşa etmelidir. Libya'daki operasyonun iki başlığı, NATO üyeleri arasındaki fikir ayrılıkları, katılmayan devletlerin yönelttikleri eleştiriler ve çok acele başlatılan bombardıman müdahalenin iyi planlanmamış olduğu izlenimi yaratmakta ve önleme sorumluluğunun yerine getirilmediği gibi karşılık verme sorumluluğunun da etraflıca değerlendirilmediğini göstermektedir. Bu durum da baştan beri Libya'da hedeflenen neticenin rejim değişikliği olduğunu göstermektedir.

Koruma sorumluluğu doktrininin en zor ve en önemli kısmı olan yeniden inşa genellikle devletler tarafından en az önemsenen sorumluluktur. Yeniden inşa sorumluluğuna başarılı bir örnek olarak Kosova'dan başka bir ülke gösterilememektedir. Yeniden inşa sorumluluğu kapsamında müdahalenin yapıldığı yerde genel yetkiler ile donatılan bir BM idaresi kurulmakta ve devletlerin rolü nakdi yardıma indirgenmektedir. Oysa gelişmiş devletlerin yanı sıra komşu devletlerin aktif katılımı yeniden inşa sürecinin daha hızlı bir şekilde tamamlanmasını sağlayabilir. Libya özelinde de 2009 sayılı BMGK kararı ile UNSMIL kurulmuş ve hala çalışmalarına devam etmektedir. Gelinen nokta itibarıyla NATO müdahalesinin Libya ve bölgesindeki insani durumu ve güvenlik ortamını eskiye nazaran daha da kötüleştirdiği söylenebilir. Seçimlerin yapılması gibi bazı olumlu gelişmelere rağmen seçilen hükümetin ülke çapında az bir otoriteye sahip olduğu, kontrol edilmesi gereken birçok kabile ve silahlı grubun olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle Kuperman'a göre insancıl gerekçelere başvuru olarak yapılan NATO müdahalesi Libya açısından bir felaketle sonuçlanmıştır.⁶⁰ Esasen birlik ve güvenlik sağlanmadan ülkenin yeniden inşası mümkün değildir. Bunun için de öncelikle kabileler ve silahlı gruplar arası barışın sağlanması ve merkezi bir hükümetin seçim yoluyla kurulması gerekir.

59 Bu anlamda Bingazi yakınlarındaki Ganfouda bölgesinde yaşanan insani krize uzun süre çare bulunamaması Libya'da yeniden inşa sorumluluğunun en temel unsuru olan insani krizlerin önlenmesinin bile başaramadığının göstergesidir. Ganfouda krizi hakkında geniş bir inceleme için bakınız: L. B. Çetinkaya, D. Baran, *Paylaşılamayan Enkaz: Libya*, FSM UHAM Araştırma Raporları, Sayı 1, 2017, s.19-26.

60 A. J. Kuperman, "NATO's Intervention in Libya: A Humanitarian Success?", Ed.: A. Hehir, A. Murray, *Libya: The Responsibility to Protect and the Future of Humanitarian Intervention*, Palgrave Macmillan, London, 2013, s.213.

Aksi halde sadece bir bölgede klasik demokratik standartların yerleştirilmeye çalışılması Dünya kamuoyuna işlerin yolunda gittiği görüntüsünü vermekten öteye geçmez. Anayasa yapım süreci de etkin bir şekilde yürütülmeli ancak yeni Anayasa, Libya halkının temel dinamikleri göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır. Aksi durumda yeni Anayasanın toplum tarafından kabul edilmesi zorlaşacak ve sık sık değişiklikler gündeme gelecektir. Bu durum da Anayasa'ya olan güvenin sarsılmasına yol açacaktır. Yeniden inşanın en önemli ayaklarından biri ekonomik canlanmanın sağlanmasıdır. Petrol ihraç eden bir ülke olan Libya ekonomisi müdahale öncesinde dahi hem otoriter yönetim hem de uluslararası ambargolar nedeniyle iyi bir konumda değildi. Ancak müdahale petrol üretimini dahi ciddi oranda etkilemiş ve ekonomi çökme noktasına gelmiştir. Ekonomik problemlerin yeni isyan hareketlerini tetikleyebileceği ihtimal dahilindedir. Bu nedenle Libya'nın ihtiyacı olan şey nakdi yardımdan ziyade uzun vadeli yatırımlar ve ekonomik reformlardır. Reformlar sadece ekonomiyi değil, eğitim kurumları ve sağlık sistemi gibi sosyal alanları da kapsamına almalıdır. Ekonomik ve sosyal reformlar ülkenin tamamında eşit bir şekilde uygulanmalı ve kabile barışına katkıda bulunmalıdır. Libya hakkında yapılacak uluslararası hukuk analizleri bundan sonra olabilecek muhtemel müdahaleler açısından elzemdir. Nitekim Libya şu ana kadar koruma sorumluluğu doktrininin doğrudan uygulandığı en önemli örnektir. Kanaatimizce müdahale kararının kendisi uluslararası hukuka uygundur ancak kararın uygulanması rejim değişikliğini beraberinde getirmiştir. Bu durum kararın geçerliliğini etkilemez. Artık yapılması gereken *jus post bellum* olarak da bilinen çatışma sonrası hukukun işlenmesi ve detaylı düzenlemeler öneren yeniden inşa sorumluluğunun yerine getirilmesidir. UNSMIL öncülüğünde yürütülen bu sürecin ise pek başarılı bir şekilde devam ettiği söylenemez. Pratik açıdan da Libya'da devam eden ve yerine getirilmesi beklenen tek sorumluluk yeniden inşa sorumluluğudur.

KAYNAKLAR

- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect Of Kosovo (Advisory Opinion), 22.07.2010, ICJ Reports, s.436, parag.79.
- Annan, K., *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, United Nations Publications, 2000, s.48.
- Başaran, H. R., “Identifying the Responsibility to Protect”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol.38/1, 2014, s.208.
- Bekaj, A. R., “The KLA and the Kosovo War: From Intra-State Conflict to Independent Country”, *Berghof Conflict Research Papers* 8, 2010, s.23.
- Bellamy, A. J., *A Responsibility to Protect: The Global Effort to End Mass Atrocities*, Polity Publishing, 2008, s.167-195.
- Benson, L., *Yugoslavia: A Concise History*, Palgrave Macmillian Publications, 2004, s.138.
- Brabandere, E., “The Concept of Jus Post Bellum in International Law: A Normative Critique”, Ed.: Stahn, C.; Easterday, J. S.; Iverson, J., *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*. Oxford University Press, 2014, s.123-177.
- Cassese, A., *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1999, s.47.
- Cassese, A., “The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice”, *Leiden Journal of International Law*, Vol.25, Issue 2, 2012, s.491-501.
- Charter of the United Nations, San Francisco 1945, article 27, parag.3, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (12.06.2019).
- Chorin, E., “NATO’s Libya Intervention and the Continued Case for a Responsibility to Rebuild”, *Boston University International Law Journal*, Vol.31, 2013, s.380-381.
- Clark, H., *Civil Resistance in Kosovo*, Pluto Press, 2000, s.67 ve 174.
- Çetinkaya, L. B.; Baran, D., *Paylaşılamayan Enkaz: Libya*, FSM UHAM Araştırma Raporları, Sayı 1, 2017, s.19-26.
- Dahl, R. A., “What Political Institutions Does Large-Scale Democracy Require?” *Political Science Quarterly*, Vol.120(2), 2005, s.187-197.
- Deng, F. M., “From ‘Sovereignty as Responsibility’ to the ‘Responsibility to Protect’”, *Global Responsibility to Protect*, Vol.2, No 4, 2010, s.353-370.
- Egypt: Rab’a Killings Likely Crimes against Humanity, Human Rights Watch (HRW), 2014, s.2. <https://www.hrw.org/news/2014/08/12/egypt-raba-killings-likely-crimes-against-humanity> (20.03.2019).
- Evans, G., “From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol.24, No.3, 2006, s.703-722.
- First Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970, International Criminal Court - Office of the Prosecutor, 04.052011, s.4.
- Gagro, S. F., “The Responsibility to Protect (R2P) Doctrine”, *International Journal of Social Sciences*, Vol. 3/1, 2014, s.61-77.
- Grant, T. D., *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, Praeger Publications, 2007, s.9.

- Gray, C., *International Law and Use of Force*, Oxford University Press, 3rd Edition, 2008, s.114-126.
- Hilpold, P., “Jus Post Bellum and the Responsibility to Rebuild: Identifying the Contours of an Ever More Important Aspect of R2P”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol.6, 2015, s.304.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty, *Responsibility to Protect*, International Development Research Centre Publications, 2001, s.37-38.
- Jakupi, A., “Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti İçindeki Kosova Özerk Bölgesi Sorunu (1980-1989)”, *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2017, s.191.
- Kersten, M., “Transitional Justice Without a Peaceful Transition: The Case of Post-Gaddafi Libya”, Ed.: Langer, A.; Brown, G. K., *Building Sustainable Peace: Timing and Sequencing of Post-Conflict Reconstruction and Peacebuilding*, Oxford University Press, 2016, s.300-319.
- Kotylar, V. S., “Responsibility to Protect: The Hopes and The Crash of an Illusion. Is There Any Chance to Revive It?” Ed.: Sancin, V.; Dine, M. K., *Responsibility to Protect in Theory and Practice*, Papers Presented at the Responsibility to Protect in Theory and Practice Conference, Ljubljana, 2013, s.35.
- Kuperman A. J., “NATO’s Intervention in Libya: A Humanitarian Success?” Ed.: Hehir, A.; Murray, R., *Libya: The Responsibility to Protect and the Future of Humanitarian Intervention*, Palgrave Macmillan, London, 2013, s.213.
- Law No.29 of 2013 on Transitional Justice https://security-legislation.ly/sites/default/files/lois/631-Law%20No.%20%2829%29%20of%202013_EN.pdf (23.04.2019)
- Bölme, S. M.; Ulutaş, U.; Özhan, T.; Küçükkeleş, M., *Libya’da Dönüşüm Sancuları*, Siyaset, Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı (SETA), Ankara, 2011, s.25.
- Major, J., *The Responsibility to Protect: Intervention is Not Enough*, Graduate School of Advanced Military Studies, Kansas, 2013 s.59-68.
- Martin, C., “Challenging and Refining the ‘Unwilling or Unable’ Doctrine”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 2, 2019, s.1-75.
- Negash, M. H., “Ethnic Identity and Conflict: Lessons from the Kosovo Crisis”, *Turkish Journal of International Relations*, Vol.12, No.1, 2013, s.67.
- Payandeh, M., “The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.52, 2012, s.387.
- Rady, M., “Self determination and the Dissolution of Yugoslavia”, *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 19/2, 1996, s.182.
- Report of International Commission of Inquiry on Libya, UN Human Rights Council, UN Doc., A/HRC/19/68, 02.03.2012, s.56-87.
- Sak, Y., “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 11, Sayı 44, 2015, s.145.
- Scharf, M. P., “Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression”, *Harvard International Law Journal*, Vol.53, Number 2, 2012, s.360.
- Seibert-Fohr, A., “Transitional Justice in Post-Conflict Situations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, s.2-9.
- Stahn, C., “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm”, *The American Journal of International Law*, Vol.101, No.1, 2007, s.99-120.

- Teimouri, H.; Subedi, S. P., “Responsibility to Protect and the International Military Intervention in Libya in International Law: What Went Wrong and What Lessons Could Be Learnt from It?”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol.23, Issue 1, 2018, s.5-6.
- UNDP, Supporting Transition in Libya, Report, 2015 s.2-3. <http://www.ly.undp.org/content/dam/libya/docs/Results%20Report.pdf> (23.04.2019).
- UNGA Resolution No. 377, 03.11.1950, parag.1. <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/o/55C2B84DA9E0052B05256554005726C6> (12.06.2019).
- UNGA Resolution, No. 60/1, 25.10.2005, parag.138-139. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf (12.06.2019).
- UNSC Resolution No. 2009, 16.09.2011, s.3. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2009%20%282011%29 (22.08.2018).
- UNSC Resolution No.1970, 26.02.2011, s.2, parag.16/1 ve 16/2-a-b-c-d. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970(2011)) (27.03.2019).
- UNSC Resolution No.1973, 17.03.2011, s.3, parag.22/4-5. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973\(2011\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973(2011)) (27.03.2019).
- Ülger, İ. K., “Kosova’nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 31, 2016, s.41.
- Vladisavlyevic, N., “Institutional Power and the Rise of Milosevic”, *Nationalities Papers*, Vol.32/1, 2004, s.200.
- Winkelmann, I., “Responsibility to Protect”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, s.5-9.
- Yoo, J., “Fixing Failed States”, *California Law Review*, Vol.99, 2011, s.95-150.

ÖZ

2010 yılının en önemli olayı olan Arap Baharı süreci kısa bir süre sonra Libya’yı da etkisi altına almıştır. 42 yıl boyunca Albay Muammer Kaddafi’nin yönetimi altında yaşayan Libya halkı da ayaklanmış ancak Rejim güçleri isyanı bastırmak için kuvvet kullanmıştır. Özellikle Bingazi’de yaşanan olayların insani krize yol açtığı düşünülen uluslararası toplum harekete geçmiş ve 1973 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) kararı ile Libya hakkında yaptırım kararı almış ve Libya’nın kendi halkını koruma sorumluluğuna vurgu yapmıştır. 2001 yılında Kanada öncülüğünde BM’ye sunulan Koruma Sorumluluğu (Responsibility to Protect) raporunda devletlerin kendi halkını korumakta başarısızlığa düştüğü durumlarda BMGK kararı ile uluslararası toplumun müdahale edebileceğinin altı çizilmektedir. Rapora göre uluslararası toplum, uluslararası hukuktan kaynaklanan koruma yükümlülüğü kapsamında önleme (prevent), karşılık verme (react) ve yeniden inşa (rebuild) ile sorumludur. Bu anlamda yeniden inşa sorumluluğu müdahale edilen devletin tekrar yapılandırılması anlamına gelmekte ve temel itibarıyla en çok ihmal edilen sorumluluk türünü teşkil etmektedir. Bu çalışma Koruma Sorumluluğu Doktrini’nin uygulandığı bir örnek olan Libya özelinde müdahalenin uluslararası hukuk boyutunu ele almayı ve yeniden inşa uygulamalarının başarısını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu anlamda çalışmada öncelikle uluslararası hukukta koruma sorumluluğu doktrininin anlam ve kapsamı incelenecek daha sonrasında ise doktrin in Libya özelinde nasıl uygulandığı izah edilecektir. Sonraki bölümde ise müdahale sonrası güvenlik krizi ve ekonomik çöküntü ile karşı karşıya kalan Libya’da yeniden inşa sorumluluğunun ne kadar yerine getirildiği tartışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Libya, uluslararası hukuk, koruma sorumluluğu, *Jus Post Bellum*, yeniden inşa sorumluluğu, BM, NATO.

Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*

The Right of Immunity of Residence and Violation of Residence Immunity

Suphan OLCAY**

ABSTRACT

The right of Residential Immunity emerges as a right which has evolved since the times of Roman Law applied. Since the concept of housing was interpreted more narrowly in the past, it provided limited protection to the attacks, and within centuries the right has expanded its scope and became a complement to the concept, "individual liberty" where it belongs. In this respect, the residential immunity has been taken into consideration in almost all the constitutions and international documents by counting from the fundamental rights and freedoms in the contemporary legal system. The universal character of the concept is also based on this. Due to the fact that the immunity of residence right is related to the freedom of the individual, in the modern criminal laws, while the acts of violating the immunity of residential were considered criminal, care was taken to protect the liberty of the person who had someplace as a residence, not the individuals right of property itself. In this study, primarily the history of the right, its place in international documents and the constitutional arrangements in some European countries and its development in the Turkish Constitution will be examined. Subsequently, the violation of residence immunity in the Turkish Penal Code (Law Nr. 5237), which constitutes the essence of this study, will be examined. Also in this study, we will try to include the acts and penalties that violate the immunity of residence in some European countries.

Keywords: criminal law, liberty, crimes against liberty, immunity of residence, violation of residence immunity.

Giriş

Konut Dokunulmazlığı kişinin, özel yaşam alanı olan ve bu itibarla mekan kavramıyla bağlantılı olarak dışarıya karşı korunan *Konut*'un içerisinde huzur ve güven duygusuyla yaşamını sürdürme hakkı olarak tanımlanmalıdır. Bu hak

1 Makale gönderim tarihi: 12.04.2019. Makale kabul tarihi: 12.06.2019. Suphan Olcay, "Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 225-263.

2 İstanbul Barosu Avukatı. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. İletişim: suphanolcay@gmail.com.

yalnızca mülkiyet ekseninden değil öncelikle özel yaşamın gizliliği ve özel yaşama saygı çerçevesinde değerlendirilmesi zaruri bir haktır. Bu sebeple konut kişi özgürlüğünün temel taşlarından biri olup, korunması ve dokunulmazlığına müdahalenin önlenip cezalandırılması devletin temel ödevlerinden biridir.

Bu çalışmada öncelikle “Konut Dokunulmazlığı” hakkı ele alınarak hakkın tarihi gelişimi ve önemi belirtilecek ve korunan hukuki yarara da değinmek suretiyle kavramın uluslararası belgelerde nasıl yer aldığı gösterilecektir. Hakkın, ilk kuşak haklar arasında olması sebebiyle önemine istinaden Anayasalardaki yeri, belirlenmeye çalışılacak ve bunu gerçekleştiren de bazı Avrupa Ülkelerindeki örnekler irdelenecektir. İlk bölümde son olarak ülkemiz Anayasasında hakkın yeri tespit çalışılacaktır.

Akabinde suçun unsurları olan “Maddi Unsur”, “Manevi Unsur” ve “Hukuka Aykırılık unsuru” irdelenecek, suçun özel görünüş şekilleri olan, “Teşebbüs”, “İştirak” ve “İçtima” konularına değinilerek suça ilişkin “Soruşturma Usulü” ve “Yaptırım” başlıkları açıklanacaktır. Son bölümde ise var olan uygulamalar ışığında konuya ilişkin nihai bir değerlendirmede bulunulacaktır.

I. Konut Dokunulmazlığı Hakkı

A. Tarihi Gelişim

Tarihsel süreç içerisinde önceleri dini bir nitelik taşıdığı ve insan yuvasının kutsallığı düşüncesinden hareketle konutun dokunulmazlığı ön planda ise de Roma Hukuku’nda kişilik hakkı ve kişilik hakkının korunması konusu, XII Levha Kanunu’nda iniuria¹ suçları² olarak bilinen kişiye karşı işlenen suçlar içerisinde yer almış ve *konut* kavramı bugün olduğu gibi geniş yorumlanmış, kişinin konutun maliki yahut kiracısı olmasına önem atfedilmemiş bununla birlikte çok kısa süreli ikamet edilen han ve otel gibi yerler konut olarak sayılmamıştır.³

Cermen Hukuku’nda ise Roma Hukuku’ndan farklı olarak fiili hakaret ve aile sükununu ihlal eden bir suç niteliği taşıdığı görülmüş ve hangi fiillerin konut dokunulmazlığını ihlal sayılacağı kanunlarda teker teker sayılmıştır.⁴ Siyasal iktidarın özgürlükle sınırlanması bağlamında 1215 tarihli Magna Carta

1 Erkan Küçükgüngör, “Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 2, s. 67-23.

2 İniuria kavramı bireyin maddi kişiliğine yapılan haksız tecavüzler ifade eden bir kavram olduğu için kişinin malvarlığına haklarına karşı yapılan tecavüzlere karşı da iniuria davası açma olanağı sağlanmıştır. Ayrıntılı Bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda İniuria*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1969.

3 Serap Keskin Kiziroğlu, (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda) Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3.

4 Keskin Kiziroğlu, s. 4.

Libertatum bir ilki teşkil etmiş ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile özgürlük, mülkiyet ve güvenlik hakları ana haklar olarak kayıt altına alınmak suretiyle konut dokunulmazlığı hakkının da geniş manada temel güvenlik hakkı kapsamında kendine yer bulduğu görülmüştür.⁵

İslam Hukuku'nda ise konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hakkında şer'i bir ceza öngörülen bir eylem olarak kabul edilmemesi sebebiyle taziren cezalandırıldığı görülmektedir.⁶ Tazir suçlarında verilen cezanın suçla ve suçluyula mütenasip bulunması ve toplumda kötülüğün yayılmasını önleyecek ağırlıkta olması esas olup bu suçlara ilişkin cezanın belirlenmesi hususunda hakimin kısas suçlarından farklı olarak tayin serbesti bulunmaktadır.⁷

Modern devlet yapısına gelindiğinde ise hakkın, genel itibariyle Anayasalar ile güvence altına alınan bir hak olarak tanımlandığına ve buna uygun olarak ilgili ihlallere ilişkin müeyyidelerin de ceza kanunlarında mutlak suretle yer aldığı görülmektedir. Söz konusu müeyyideler çoğunlukla hürriyeti bağlayıcı ceza şeklinde tezahür etmekle birlikte kimi zaman buna eşlik adli para cezası öngörülebildiği gibi kimi zaman adli para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya karşı bir seçenek olarak da sunulabilmektedir.

B. Uluslararası Belgelerde ve Bazı Avrupa Anayasalarında

Hakkın Yeri

1. Uluslararası Belgelerde Hakkın Yeri

a. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12nci maddesinde şöyle denmektedir:

*“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.”*⁸

Madde metninde açıkça görüldüğü üzere, burada devlet ve kişiler için hem bir dokunmama hem de devlet bakımından olası tecavüzlere karşı hukuki koruma sağlama ödevi yüklenmiş, bu bağlamda, bu tip tecavüzlere karşı kişilerle hukuki güvence hakkı getirilmiştir.⁹

5 Keskin Kızıroğlu, s. 4.

6 Seda Örsten Esirgen, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65 Sayı: 4 Sayfa: 2306-2329.

7 M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 208.

8 “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” Orijinal metnin tamamı için bkz. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html> (06.03.2019).

9 Güneş Okuyucu Ergün, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal*

Metnin uluslararası hukuk içerisinde bu alanda yazılı ilk metin olması nedeniyle kılavuz karaktere sahip olup, temel insan hakları ve onuru için gerekli tüm hakları kapsadığı da göz önüne alınırsa, konut dokunulmazlığı hakkının; beyanname içerisinde yer alması bu anlamda önemlidir.

Türkiye 6 Nisan 1949'da beyannameyi kabul eden ülkeler arasına katılmıştır.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. Maddesi:"*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu ehliyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" hükmüne amirdir.¹⁰

Bu madde ile konut dokunulmazlığı, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nden sonra artçıl nitelikteki en önemli belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınarak güvence altına alınmış ve İnsan hakları Evrensel beyanamesinden farklı şekilde hakkın hangi durum ve ölçülerde ve hangi koşullarla sınırlanabileceği hüküm altına alınarak demokratik bir toplumda yapılabilecek bir kısıtlamanın da ölçüleri böylece açıklanmıştır.¹¹

AİHS, 45 Avrupa Konseyi üyesi devletin 44'ü tarafından onaylanmıştır. Türkiye; 10 Mart 1954'te sözleşmeyi onaylamış, 28 Ocak 1987'de de bireysel başvuru hakkını tanımıştır.

c. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Siyasal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 17nci maddesi konut dokunulmazlığı ile ilgili olup madde metni şöyledir:

"Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi

Suç, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 24.

10 "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others" Orijinal metnin tamamı için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (06.03.2019).

11 Okuyucu Ergün, s. 25.

veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz

*Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından koruma hakkına sahiptir.*¹²

Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200A(XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve yürürlüğe girmesi için gerekli olan 35 devlet tarafından onaylanması koşulu, 3 Ocak 1976 tarihinde sağlanarak yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde kabul etmiştir.¹³

2. Bazı Avrupa Anayasalarında Hakkın Yeri

a. Federal Almanya Anayasası

23.05.1944 tarihli Federal Almanya Anayasası, bu Anayasa'nın tüm Alman Halkı için geçerli olduğunu da kayıt altına alan kısa bir başlangıçtan sonra hemen ilk bölümde temel hakları düzenlemekte, konut dokunulmazlığı hakkı da 13'üncü madde de "Konut Dokunulmazlığı" başlığıyla bu bölümde yer almakta olup¹⁴, madde metni:

"Konut dokunulmazdır.

Aramalar yalnızca yargıç kararı ya da gecikmede sakınca bulunan durumlarda yasalarda öngörülen diğer organların kararıyla ve yalnızca yasalarda yazılı biçimde yapılabilir.

Belirli olguların, herhangi bir kişinin yasayla teker teker belirlenmiş özel ağır bir suçu işlediği şüphesini gerekçelendirdiği durumda, eğer başka bir yolla maddi olgunun araştırılması olanaksız ya da orantısız ölçüde zorlaşacak ise, eylemin soruşturulması amacıyla yargıç kararı üzerine, şüphelinin içinde muhtemelen konakladığı konutların akustik gözetimi için gizli teknik araçlar yerleştirilebilir. Tedbir süreli olmak zorundadır. Karar, üç yargıçtan kurulu bir karar mercii tarafından verilebilir. Gecikmede sakınca bulunan durumda tek bir yargıç tarafından da karar verilebilir.

Kamu güvenliğine yönelik baş gösteren ağır tehlikeleri, özellikle genel bir tehlikeyi veya ölüm tehlikesini savuşturmak amacıyla, konutların gözetlenmesinde teknik araçlar ancak yargıç kararıyla kullanılabilir. Bu önlem, 221

12 "No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks. " Orijinal metnin tamamı için bkz. <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (06.03.2019).

13 Okuyucu Ergün, s. 25.

14 Keskin Kızıroğlu, s. 20.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve yargıç kararı derhal telafi edilmek şartıyla, yasayla belirlenen başka bir organ tarafından da emredilebilir.

Teknik araçlar, yalnızca konutlarda görevli olan kişilerin korunması için öngörülyorsa, önlem yasayla belirlenen bir organ tarafından emredilebilir. Bu sırada elde edilen bilgiler diğer amaçlarla ancak önlemin yasallığı yargıç tarafından tespit edilmesi şartıyla ve sadece cezai kovuşturma ve kamu düzeninin korunması amacıyla değerlendirilebilir; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yargıç kararı derhal telafi edilir.

Federal Hükümet, Federal Meclise her yıl, 3. fıkraya, Federasyonun görev ve yetki alanına sınırlı olarak 4. fıkraya ve yargıç denetimi gerektirdiği derece ile sınırlı olarak 5. fıkraya dayalı teknik araçların kullanımı hakkında bilgi verir. Federal Meclis tarafından seçilen bir kurul, bu rapora dayanarak parlamenter denetimde bulunur. Eyaletler eşdeğer bir parlamenter denetimi sağlarlar.

Bunun dışında müdahale ve sınırlamalar ancak, genel bir tehlikeye veya bir kimsenin yaşamını tehdit eden bir tehlikeye karşı önlem almak, bir yasaya dayanmak şartıyla kamu güvenliği ve düzenini tehdit eden tehlikelere karşı önlem almak, özellikle konut kılığının giderilmesi, salgınlara karşı savaşma veya gençleri kötü yollara düşmelerinden korumak amacıyla mümkündür.”¹⁵

15 “Unverletzlichkeit der Wohnung

(1)Die Wohnung ist unverletzlich.

(2)Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.

(3) Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung technische Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre. Die Maßnahme ist zu befristen. Die Anordnung erfolgt durch einen mit drei Richtern besetzten Spruchkörper. Bei Gefahr im Verzuge kann sie auch durch einen einzelnen Richter getroffen werden.

(4) Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.

(5) Sind technische Mittel ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen, kann die Maßnahme durch eine gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden. Eine anderweitige Verwertung der hierbei erlangten Erkenntnisse ist nur zum Zwecke der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr und nur zulässig, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt ist; bei Gefahr im Verzuge ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

Madde metninden de açıkça görüleceği üzere, Federal Almanya konut dokunulmazlığı hakkına verdiği öneme binaen çok detaylı bir düzenleme yapmak suretiyle kanun ihdas etme yolunu seçmiş bu sayede olası tüm cebri ve keyfi müdahalelerin önüne geçmeye çalışmıştır. Bunu yaparken yine istisnai halleri de ayrıca belirtmeye gayret etmiştir.

b. Fransa Anayasası

04 Ekim 1958 tarihli Fransa Anayasası, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin düzenleme yapmamıştır. Esasen söz konusu Anayasa'nın başlangıç kısmı bu konuda 1789 Bildirisi ile 1946 Anayasası'nın Başlangıcına göndermede bulunmakta, bu bağlamda 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi bugün de Fransa Anayasa Sistemi'nin temel haklar ve özgürlükler alanında bir parçasını oluşturmaktadır.¹⁶

1789 Bildirisinin son maddesi olan 17nci madde, mülkiyet hakkı ile ilgili bir madde olup, konut dokunulmazlığı hakkının da bu madde çerçevesinde ele alınması mümkündür. 17nci madde hükmü şöyledir:

*“Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğundan, kimse bundan yoksun bırakılamaz, meğer ki önceden adil bir tazminat belirlenmesi koşuluyla yasayla saptanmış kamusal gereklilik bunu açıkça zorunlu kılsın”*¹⁷

Özel yaşamın gizliliği hakkı ve bu bağlamda konut dokunulmazlığı hakkının Fransa Anayasal Sistemi'nde kendini göstermesi ilk olarak 1791 Anayasası ile daha sonra 1797 Anayasası'nda olmuştur.¹⁸

(6) Die Bundesregierung unterrichtet den Bundestag jährlich über den nach Absatz 3 sowie über den im Zuständigkeitsbereich des Bundes nach Absatz 4 und, soweit richterlich überprüfungsbedürftig, nach Absatz 5 erfolgten Einsatz technischer Mittel. Ein vom Bundestag gewähltes Gremium übt auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle aus. Die Länder gewährleisten eine gleichwertige parlamentarische Kontrolle.

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehreiner gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden”.

Orijinal metnin tamamı için bkz. <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf> (06.03.2019).

16 Keskin Kızıroğlu, s. 22.

17 “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.” Orijinal metnin tamamı için bkz. /<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (06.03.2019).

18 Keskin Kızıroğlu, s. 22.

c. İtalya Anayasası

22 Aralık 1947 tarihli İtalya Anayasası'nda 12 madde halinde "Temel İlkeler" sayıldıktan sonra "Vatandaşların Hakları ve Görevleri" başlıklı ilk kısım içerisinde ve "Hukuki İlişkiler" başlıklı birinci bölüm alt başlığına dahil olacak şekilde düzenlemekte olup, bu bölümde yer alan 14. madde ile konut dokunulmazlığı hakkı ele alınmıştır. Buna göre: ¹⁹

"Konuta dokunulamaz.

Kişinin meskeni dokunulmazdır. Kişi hürriyetlerini teminat altına alan güvencelere göre kanunun emrettiği hallerin ve şeklin dışında konutta kontrol, arama veya yakalama yapılamaz.

Ekonomik ve mali amaçlı veya kamu sağlığı ve güvenliği nedenleriyle yapılacak kontroller ve denetimler özel kanunlarla düzenlenir."²⁰

Madde metninden de görüldüğü üzere İtalya, konut dokunulmazlığına açık bir şekilde ve ayrı bir madde Anayasalarında yer vermişlerdir.

d. İsviçre Anayasası

18 Nisan 1999 tarihli İsviçre Anayasası, aynı gün yapılan halk oylamasında halkın verdiği yüzde 59 "evet" oyu ve Senato'nun 13:10 oy çokluğu onayı ile kabul olunmuştur.²¹ Genel Kurullardan sonra İkinci Bölümde Temel Haklar, Yurttaş Hakları ve Sosyal Amaçlar başlığını taşımakta olup, konut dokunulmazlığı hakkı da özel yaşam alanının korunması bağlamında ele alınarak, "Özel Yaşamın Korunması" başlığını taşıyan 13'üncü madde de düzenlenmiştir:²²

"Herkesin kendi özel ve aile yaşamına, konutuna ve bunlar gibi mektup, posta ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.

Herkesin; kişisel bilgilerinin kötüye kullanılmasının önlenilmesini isteme hakkı vardır."²³

19 *"Il domicilio è inviolabile.*

Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale

Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali." Orijinal metnin tamamı için bkz. https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=14 (06.03.2019).

20 Maddenin Türkçe çevirisi için şu siteden faydalanılmıştır: <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eyul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf> (06.03.2019).

21 Hüseyin Pekin, "İsviçre Konfederasyonu'nun 18 Nisan 1999 Tarihli Yeni Anayasası'nı Tanıtıyoruz", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999/3, s. 786-796.

22 Keskin Kızıroğlu, s. 27.

23 <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19993-861>.

"Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, İsviçre Anayasası; hakkı, özel hayatın korunması kapsamında ele almış ve detaylı bir düzenleme yapma yolunu gitmeksizin konut dokunulmazlığı hakkını da diğer mahremiyet hakkı kapsamına giren sùjelerle birlikte düzenlemeyi tercih etmiştir.

3. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Hakkın Yeri

Konut dokunulmazlığı, anayasal düzlemde bakıldığında temel haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İster özel hayatın mahremiyeti içerisinde değerlendirilsin, ister müstakil olarak yer alsın hakkın ilk kuşak haklar içerisinde olduğu açıktır.

Bu çalışmada tamamına yer verilememekle birlikte hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinin Anayasalarında, konut dokunulmazlığına ilişkin bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Kimi metinlerde (Federal Almanya örneğinde olduğu gibi) konut dokunulmazlığı, hakka getirilen istisnalar da belirtilmek suretiyle detaylı olarak ele alınmış kimi metinlerde (İsviçre örneğinde olduğu gibi) genel hatlarıyla düzenlenen özel hayatın korunması, bireysel haklar gibi hükümlerin içerisinde bahsetmek suretiyle hakkı güvence altına almışlardır.

Ülkemizde, anayasal açıdan bakıldığında²⁴ ilk kez anayasal bir hak olarak 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 22nci maddesinde de, "Osmanlı topraklarında herkesin konutu ve evi saldırıdan korunur. Kanunun belirlediği haller dışında bir sebeple devlet tarafından zorla kimsenin konut ve evine girilemez"²⁵ şekliyle geçen konut dokunulmazlığı, 1921 Anayasasında yer almamakla birlikte ilgili anayasanın devrim anayasası niteliği ve bu bağlamda çok kısa bir metin olması sebebiyle bu metinde yer almayan özgürlükler konusunda 1876 Osmanlı Anayasası hükümleri geçerliliğini sürdürmüştür.

1924 Anayasası'nın 71inci maddesinde, "*can, mal, ırz, mesken, her türlü taarruzdan masundur*" ifadesiyle geniş bir tanım içerisinde yer almış ve ilk kez 1961 Anayasası'nda Temel Hak ve Ödevler Kısmında 16ncı maddede; "*Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri*

Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten" Orijinal metnin tamamı için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/> (06.03.2019).

24 İlgili suçun Ceza Hukuku açısından incelemesi bu çalışmanın 2nci bölümünde yer alan "Türk Ceza Hukuku'nda Konut Dokunulmazlığı İhlal Suçu" başlığı altında yapılacaktır.

25 "*Memaliki Osmaniye'de herkesin mesken ve menzili taarruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple Hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.*" Orijinal metnin tamamı için bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf> (06.03.2019).

bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz” şekliyle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Son olarak 1982 tarihli Anayasamızın 20. maddesinde “Özel Hayatın Gizliliği”, 21. maddesinde ise “Konut Dokunulmazlığı” başlıkları altında düzenlenme yapılmıştır. Konut dokunulmazlığı kavramını irdelerken öncelikle Anayasamızın 20. Maddesinin özellikle ilk fıkrasını göz önünde bulundurmanın ve iki maddeyi birlikte değerlendirmenin elzem olduğu fikrindeyiz.

Anayasamızın 20. maddesi; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmüne amir olup, “Konut Dokunulmazlığı” başlığını taşıyan (03.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanunla değişik) 21’inci maddesi ise: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” hükmüne amirdir. Madde incelendiğinde, ilk tümcesiyle konut dokunulmazlığının net bir ifade ile Anayasal koruma altında olduğu belirlenmiş ve akabinde bu hakka istisna teşkil edebilecek haller sayma usulü benimsenerek teker teker gösterilmiştir. Maddenin bu haliyle 1961 Anayasası’ndaki haline nazaran istisna teşkil eden durumların genişletildiği ifade edilebilirse de, yine 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeye nazaran söz konusu istisnai hallerde uygulanacak, hakim kararı ve yetkili merciin yazılı emri hususlarına ilişkin daha detaylı bir düzenleme yapıldığı da göz ardı edilmemelidir.

İlgili hükümler incelendiğinde konut dokunulmazlığı hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı arasında sıkı ve kopmaz bir ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. Zira yalın bir tasvir ile kişiler için özel hayatın ve aile hayatının en yoğun tezahür ettiği alanın konut olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple özel hayatın gizliliğinin ihlali pek çok şekilde kendini gösterebilmekle beraber, ilgili ihlalin en çarpıcı örneğinin konuta yapılan yahut yapılabilecek müdahaleler ile vücut bulacağı muhakkaktır. Bu nedenledir ki her iki hak da Anayasa tarafından birinci kuşak haklar içinde yer almış ve korumaya tabi tutulmuştur.

Konut dokunulmazlığının bir hak olarak Anayasa’da yer alması karşısında bu hakka yapılan tecavüzlerin ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi tabi-

dir. Burada gözden kaçmaması gereken husus, söz konusu ihlalin suç olarak tanımlanması ile korunan hukuki yararın, konutun yahut mülkiyetin değil, bizzat kişi hürriyetinin kendisi olmasıdır. Bu husus aşağıda daha detaylı olarak izaha çalışılacaktır.

II. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu

A. Türk Ceza Hukuku'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu

İnsan haklarının sert çekirdeği olan “Yaşam Hakkı”nın hemen ardından, insanın “Özgürlük Hakkı” yerini alır.²⁶ Kişinin özgürlük hakkı, bir hukuksal değer olarak hem uluslararası belgelerde hem de ulusal temelde anayasalarda bir kişi hakkı olarak yerini almıştır.²⁷

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tek tek suç tiplerinin tanımlandığı Özel Hükümlerin düzenlendiği İkinci Kitap, Ceza Hukuku'nun hukuksal yararın sahibi olan sülheler göre koruma alanına aldığı dört ana hukuksal yarara göre kısımlara bölmüş, buna göre; Birinci Kısım “Uluslararası Suçları”, İkinci Kısım “Kişilere Karşı Suçları”, Üçüncü Kısım “Topluma Karşı Suçları”, Dördüncü Kısım “Mille ve Devlete Karşı Suçları” düzenlemekte, böylelikle ilk kısımda “Uluslararası Toplum”, ikinci kısımda bizzat “Kişi”, üçüncü kısımda “Toplum”, dördüncü kısımda “Ulus ve Devlet” korunmaktadır.²⁸ Bu sınıflandırmaya uygun olarak “Konut Dokunulmazlığının İhlali” suçu Türk Ceza Kanunu II. Kitap “Özel Hükümler”in, İkinci Kısım olan “Kişilere Karşı Suçlar” içerisinde Yedinci Bölüm olarak teşekkül etmiş “Hürriyete Karşı Suçlar” bölümünde, 116ncı madde olarak düzenlenmiştir.

Türk Hukuku'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu ilk olarak 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 105inci maddesinde; “Her bir me'mür, kavânin-i mülkiyye ve askeriyeye ve müesses olan zabıtye nizâmının cevâz verdiği husûsâtından gayri ahvâlde ve kavânin ve nizâmâtın ta'yin ettiği usûlden başka olarak me'muriyeti şfatiyla bir kimsenin hânesine cebren girer ise altı aydan üç seneye kadar habs olunur. Ve bunu, âmirinin emriyle yapmış olduğu tebeyün eder ise kendisi cezâdan ma'fuvv tutulub âmiri her kim ise bu cezâ anın hakkında icrâ olunur. Ve me'mürünün gayri da'hi her kim olur ise olsun yâ ihâfe veyâhüd cebr ile bir kimsenin hânesine girer ise bir haftadan altı aya kadar habs ile mücâzât kılınır.”²⁹ şekliyle yer almış olup madde metninden

26 İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul 2002, s. 15.

27 Keskin Kızıroğlu, s. 30.

28 Keskin Kızıroğlu, s. 29.

29 Sanem Öner, *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi*, Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul 2013, s. 42.

de görüleceği üzere suç, esasen bir “memur suçu” olarak düzenlenmiş ancak eylemin sivil bir şahıs tarafından gerçekleştirilmesi hali cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiş olup, suç 1926 tarihli 765 sayılı (mülga) TCK’nun 193³⁰ ve 194³¹ maddelerinde “kişilerin işledikleri” ve “memurların görevlerini kötüye kullanarak işledikleri” olmak üzere bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir.³²

Bilindiği üzere 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (Zanerdelli) iktibas edilmek suretiyle meydana getirilmiştir. Mehzaz Kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 19. yüzyılın ikinci yarısında yaygın düşünce tarzı olan liberalizm ve hümanizmin etkilerini yoğunluklu şekilde hissettirdiği ise tartışılmaz bir gerçektir.³³

İtalyan Ceza Kanunu’nda, suç kişiler tarafından işlenen ve kamu görevlileri tarafından işlenen konut dokunulmazlığı ihlali suçu olmak üzere iki tip olarak düzenlenmiştir. İCK’nda Konut İhlali” suçu 614’üncü maddede³⁴, kamu

30 765 sayılı TCK Md. 193; “Bir kimse kendisini oradan çıkarmak hakkına haiz olan birinin rızası hilafına veya hile ile veya gizlice meskenine veya meskeninin müstemilatına girer veya rızası ile girdikten sonra çıkmazsa sahibinin şikayeti üzerine bir aydan altı aya kadar hapis olunur.

Eğer cürüm geceleyin veya eşhas aleyhinde şiddet istimaliyle veya silah ile veya birçok kimseler tarafından toplu olarak işlenmiş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir; müddei-umumilikçe re’sen takibat yapılır”

31 765 sayılı TCK Md. 194; “Bir memur vazifesini suiistimal ederek veya kanunda muayyen olan usul ve şartlar haricinde olarak aharın mesken veya müstemilatına girerse üç aydan üç seneye kadar ve eğer bu işte evin içini araştırmak gibi başka keyfi bir muamele de yapacak olur ise altı aydan üç seneye kadar hapsolunur.

Eğer bu fil hususi bir maksat uğrunda irtikap etmişse ceza müddeti altıda birden üçte bire kadar artırılır.

Efradın ticaretgahları veya idarehaneleri gibi hususi mahaller usulsüz olarak araştırılırsa fail iki aydan iki seneye kadar hapsolunur.”.

32 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 337.

33 Durmuş Tezcan, “Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49 / 01 (Ocak 1994) s. 365- Orijinal metnin tamamı için bkz. <http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3114/43207> (06.03.2019).

34 “İCK 614: Bir kimsenin ikametgahına veya özel kullanımına ayrılmış başka bir yere veya buların eklentilerine, kendisini oradan çıkarma hakkına sahip olan kimsenin açık veya örtülü iradesine aykırı olarak yahut gizlice veya hile ile giren kişi üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Belirtilen yerlerden kendisini oradan çıkarma hakkına haiz kişinin açık iradesine aykırı olarak yada gizlice veya hile ile çıkmayan kişiye de aynı ceza uygulanır.

Suç mağdurun şikayeti üzerine takip edilir. Suç eşya ve kişiler üzerinde şiddet kullanmak suretiyle işlenmişse veya fail açıkça silahlı ise ceza bir yıldan beş yıla kadardır ve suç resen takip edilir.”

Okuyucu Ergün, s. 32’ de yapılan tercümesinden aktarılmıştır. Orijinal metnin tamamı için bkz <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36774> (06.03.2019).

görevlileri tarafından işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu ise İCK'nun 615inci maddesinde³⁵ düzenlenmektedir.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cezayı artıran nitelikli unsurları (failin *Kamu Görevlisi* olması da dahil olmak üzere) “ortak hüküm” mahiyetindeki 119'uncu maddede düzenlemiştir.³⁶,

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu TCK.'nun 116'ncı maddesinde;

“(1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/8 md.) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/8 md.) Evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

(4) Fülün, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenleme Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) mevcuttur. İlgili Kanun, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu, 7nci bölümde “Kamu Düzenine Karşı Suçlar” üst başlığı altında, iki ayrı madde olarak düzenlenmiştir.

35 “İCK 615: 614üncü maddede öngörülen yerlere, görevinden kaynaklanan yetkileri kötüye kullanmak suretiyle giren veya buralardan çıkmayan kamu görevlisi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Okuyucu Ergün, s. 32' de yapılan tercümesinden aktarılmıştır.

Orijinal metnin tamamı için bkz <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36774>.

36 Artuk, Gökçen, s. 337.

123'üncü madde³⁷ suçun basit şeklini düzenlerken ve 124'üncü madde³⁸ ise suçun ağırlaştırılmış şeklini düzenlemiştir.

TCK'nun 116'ncı maddesi, Anayasa'nın 21inci maddesi ile herkese tanınmış olan hakkı, yani özel kullanıma tahsis edilmiş yerlerde başkalarının bu yerlere zorla girmesinden masun olarak yaşam hakkını korumaktadır.³⁹

B. Korunan Hukuki Yarar

Bu suçla korunan hukuki değer konusunda doktrinde farklı görüşlere bulunmaktadır.⁴⁰ Bir kısım müellifler konut dokunulmazlığını ihlal suçunun "*Hürriyete Karşı Suçlar*" bölümünde yer alması gerektiğini savunmakla beraber bu görüşün savunucuları da kendi arasında "*Hürriyet*" kavramının anlamı hususunda farklı fikirlere sahip olup bir grup müellif, bu suç ile ele alınan hürriyetin kişi hürriyetine yakın fakat bu hürriyetle aynı olmayan özel niteliğe sahip bir "*Konut Hakkı*" olduğunu ve kanunun koruduğu mahallerde tecelli eden hürriyetin kasten ihlalinin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu meydana getireceğini ileri sürmüş, bir diğer görüşe göre ise; konut dokunulmazlığını ihlal fiili "*Kişî Hürriyeti*" aleyhine bir suç olup, burada aslen iradesine göre istediği gibi hareket eden kişinin konut dokunulmazlığını ihlal fiiliyle irade ve ona göre hareket edebilme serbestisi sınırlanmış olmakta ve bu itibarla fiil hareket serbestisine bir saldırı niteliğine bürünmektedir.⁴¹ Bu suçun kişî hürriyeti aleyhine olduğu görüşüne sahip müellifler, kişisel hürriyetin ve bağımsızlığın gerek kişilere ve gerekse devlete karşı en iyi yaşandığı yerin "*Konut*" olduğunu

37 "Kim, başkasının konutuna, işyerine, etrafı çevrili özel alanına veya kamu hizmetine yada kamusal ulaşım tahsis edilen kapalı yerlere hukuka aykırı bir şekilde girer, veya her kim kalmaya yetkisi bulunmadığı halde orada bulunduğu sırada hak sahibinin talebi üzere oradan çıkmazsa, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suç sadece şikayet üzerine soruşturulur veya kovuşturulur."

Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch (StGB), Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 211'de yapılan tercümesinden aktarılmıştır.

Orijinal metnin tamamı için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf> (06.03.2019)

38 "Bir insan topluluğu saldırgan bir şekilde alenen toplanır ve güçlerini birleştirerek kişilere veya eşyalara karşı cebir kullanma maksadıyla başkasının konutuna işyerine veya etrafı çevrili özel alanlara veya kamu hizmeti veya kamusal ulaşım tahsis edilmiş kapalı yerlere, hukuka aykırı bir şekilde girerse, bu hareketlere katılan her bir kişi iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır."

Yenisey-Plagemann, s. 212'de yapılan tercümesinden aktarılmıştır.

Orijinal metnin tamamı için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf> (06.03.2019)

39 Okuyucu Ergün, s. 33.

40 Artuk, Gökçen, s. 338.

41 Artuk, Gökçen, s. 339.

ve bu nedenle hukuken korunup dokunulmazlık elde ettiğın belirtmişlerdir.⁴²

Bununla birlikte suçun; (Federal Almanya örneğinde görüldüğü üzere) kişinin özgürlük hakkından öte, kamu düzenine karşı bir suç olduğuna ilişkin bir görüşte bulunmakla birlikte işbu durum Alman öğretisinde de eleştirilmekte, kamusal düzenin korunan hukuksal değer olmasına rağmen suçun soruşturulması ve kovuşturulması için suçtan zarar gören kişinin şikayeti koşuluna bağlı tutulması kanun koyucunun çelişkisine işaret ettiği yönünde açık bir emare olarak kabul edilmektedir.⁴³

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun kişinin zilyetliğine karşı bir suç olduğu, hukuka uygun olarak bir konutun fiilen zilyedi olan bir kişinin, iradesine aykırı olarak bu konuta giren kişiyi oradan çıkarma hakkı olduğu ve bu bağlamda suçun mal aleyhine suçlar arasında yer alması gerektiğini savunan müellifler olduğu gibi, suç ile kişinin onurunun kırıldığı düşüncesinden hareketle bu suçun kişinin şerefine karşı suçlardan olduğu görüşüne de rastlanmıştır.⁴⁴

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda korunan hukuki yarar ister konut hakkı, ister kişi hürriyeti olsun, bugün ceza hukukunda hakim olan görüş söz konusu fiilin hürriyet aleyhine işlenen bir suç olduğu yönünde olup, 765 sayılı TCK'nın (Mülga) mehzazını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanunu konut dokunulmazlığını ihlal suçunu hürriyete karşı bir suç olarak kabul etmiştir.⁴⁵

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu özgürlüğe karşı bir suç olarak kabul etmekle beraber, bu suçun kişinin özgürlüğüne karşı bir suç olarak kabul etmemiş, kanunda özgürlüğe karşı suçlar somut olarak kişiden ayrı tutularak, kişilere karşı suçlar arasında değil, başlı başına bağımsız bir bölüm halinde özgürlüğe karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş ve bu düzenleme özgürlük anlayışının bireyci olması, dolayısıyla özgürlük hakkının bir "kişi hakkı" olması nedeniyle, özgürlüğe karşı suçların kişilere karşı suçlar arasında yer alması gerektiği noktasından hareketle eleştirilmiştir.⁴⁶

Bununla birlikte, konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile kişinin özel yaşam alanı olan konutuna giren yahut giremeyecek olanın özgür iradeyle belirlenebilme olanağı elinden alındığından, korunan hukuksal yararın kişinin özgürlük hakkı olduğu genel olarak kabul görmektedir.

Yalın bir ifadeyle, konut dokunulmazlığını ihlalinin müeyyideye bağlanması ile korunan hukuksal yarar, kişilerin oturdukları mahalde huzurlu, güvenli

42 Ali Rıza Çınar, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*, Ankara 1999, s. 1-2.

43 Keskin Kızıroğlu, s. 39.

44 Keskin Kızıroğlu, s. 39.

45 Artuk, Gökçen, s. 340.

46 Keskin Kızıroğlu, s. 40.

ve sakin bir şekilde, dilediği gibi hareket ederek yaşama hak ve özgürlüğünün korunmasıdır.⁴⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, konut dokunulmazlığını ihlali suçunda korunan hukuksal yarar olarak kişinin özgürlük hakkını kabul etmiş, suçun düzenlendiği 116'ncı maddenin gerekçesinde: "... konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin kendisine özgü barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selametle cereyanı için var olması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir. Bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlal eyleyen bu fiillerin, hürriyete karşı işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür..."⁴⁸ şeklinde belirtildiği üzere konut dokunulmazlığını ihlal suçu, kişinin huzur içerisinde ve güvenli bir şekilde konutunda yaşama özgürlüğüne doğrudan bir müdahale olup bu sebeple kişinin özgürlük haklarını kısıtlayıcıdır.

Türk Doktrininde de konut dokunulmazlığını ihlal suçunun kişi hürriyeti aleyhine işlenmiş bir suç olduğu fikri kabul görmüş ve Yargıtay Kararlarında⁴⁹ yer almıştır.⁵⁰

C. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Fil

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda yasaklanan fiil; failin kendisini oradan çıkartmak hakkına sahip olan birinin rızasına aykırı olarak konutuna veya konutun eklentisine (yada işyeri veya eklentisine) girmesi veya rıza ile girdikten sonra çıkmaması olarak tanımlanmış, böylelikle söz konusu hareketlerden birinin yapılması ile suç gerçekleşeceğinden, konut dokunulmazlığını ihlal de seçimlik hareketli bir suç olarak metinde tanımlanmıştır.⁵¹ Buna göre failin her iki hareketten birini gerçekleştirmesi suçun vücuda getirir. Tabi ki madde metninde belirtilen bu iki hareketin suç teşkil etmesinin bir nevi ön şartı; hareketin, konut yahut eklentisi sahibinin rızasına aykırı olarak gerçekleşmesidir. Mülga

47 Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (76 – 150. Maddeler), 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 1871.

48 Erol Haydar, Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2005.

49 "...Öte yandan konut dokunulmazlığını bozma suçu kişi hürriyeti aleyhine işlenen suçlardandır. Bu suçun temel vasfı kişi özgürlüğüne karşı işlenmiş olmasıdır. Korunan; mülkiyet, zilyetlik vs. tasarruf hakkı olmayıp, burada oturma nedeniyle kişi özgürlüğüdür." YCGK. 27.12.1993 – E.1993/4 – 208 K.1993/ 352– Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden 10.03.2019 tarihinde alınmıştır.

50 Artuk, Gökçen, s. 340.

51 Artuk, Gökçen, s. 341.

765 sayılı TCK'nun 193'üncü maddesinde belirtili "veya hile ile veya gizlice" ifadelerine 5237 sayılı TCK'nda yer verilmemiştir zira belirtili ifade grubu zaten konut sahibinin konuta girildiğinden haberdar olmaması anlamına geldiğinden tekrardan imtina edilmiştir.⁵²

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu, failin konuta girmesi veya konuttan çıkmamasıyla tamamlanmış olacağından, girmek ve çıkmamak bu suç tipinde aynı zamanda suçun sonucunu oluşturmaktadır. Bu özelliğiyle suç; sonucu harekete bitişik bir suç olup, tam teşebbüs biçimindeki teşebbüse elverişli olmayıp ancak eksik teşebbüs biçimindeki teşebbüse elverişlidir.⁵³

Girmek, Hak sahibinin konutuna girilmesini istememesine rağmen onun iradesine aykırı olarak, kısaca konutuna yahut eklentisine girmek (yahut işyeri veya eklentisine girmek) tipe uygun eylemi oluşturur ve bu haliyle suç icrai suç niteliği taşır.⁵⁴ Girmek fiilen dahil olmak anlamına geldiğinden⁵⁵ fail tüm vücudu ile konut yahut eklentisine dahil olmalıdır.⁵⁶ Failin elini açık pencereden içeri sokması, kapı aralığına ayağını sıkıştırması, boşluktan kafasını uzatması gibi hallerde fiil tamamlanmamış suç teşebbüs aşamasında kalacak olup, koşulları mevcut ise TCK m. 123 uyarınca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşacaktır.⁵⁷ Konut ve eklentilerine nereden ve nasıl girildiğinin önemi olmadığı gibi⁵⁸ konuta girilmesi için zor kullanılması da suçun unsuru değildir.

Çıkmamak, Fiil, konuta veya eklentisine (yahut işyeri veya eklentisine), konut sahibinin rızası ile girildikten sonra konut sahibinin çıkması yönündeki irade beyanına rağmen bu beyana aykırı olarak çıkılmaması ile gerçekleşir.⁵⁹

52 Keskin Kızıroğlu, s. 77.

53 Keskin Kızıroğlu, s. 77.

54 Keskin Kızıroğlu, s. 77.

55 Okuyucu Ergün, s. 79.

56 "... Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; Sanığın, hırsızlık amacıyla şikâyetçinin cadde üzerinde bulunan iş yerine gelerek iş yerinin vitrin camını kırdığı, vitrin camının hemen gerisinde bulunan cam bölmeli buzdolabının da camını kırarak elini uzatmak suretiyle buzdolabından et çaldığı olayda; sanığın, vitrin camını tekmeleyip kırarak camın arkasında bulunan etleri aldıktan sonra yakalandığını beyan etmesi ve olay yeri inceleme tutanağında suça konu etlerin alındığı buzdolabının iş yeri vitrin camının hemen gerisinde bulunduğu tespit edilmesi karşısında, sanığın iş yeri içerisine girmediği, sadece kırık olan vitrin ve buzdolabı camlarından elini uzatmak suretiyle et çaldığı, etlerin bulunduğu buzdolabının sanığın elini uzatıp alabilecek mesafede olduğu, sanığın iş yeri içine girme kastı olmadığı gibi içeriye girmesini engelleyen bir neden de bulunmadığı ve etleri çaldıktan sonra kendiliğinden olay yerinden ayrıldığı anlaşılmaması karşısında iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı kabul edilmelidir." YCGK 18.10.2018- E. 2015/13-332 K. 2018/451 Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2018).

57 Okuyucu Ergün, s. 79.

58 Artuk, Gökçen, s. 342.

59 Okuyucu Ergün, s. 81.

Genel olarak, girme eyleminde icrai bir niteliğe sahip olan suç çıkmama halinde ihmali bir suç niteliğine bürünmekle⁶⁰ birlikte istisnai de olsa çıkmama halinin de icrai karakterde de tezahür edebilir.⁶¹ Çıkmamak hareketinin ne kadar devam etmesi gerektiği konusunda bir açıklık olmamakla birlikte suçun oluşması için hukuka aykırı durumun belli bir süre devam etmesi gerektiği şüphesizdir.⁶² Çıkmamak eyleminde hak sahibinin rızasına aykırı olarak konutta kalmaya devam etme iradesi varsa da, failin konutta bir süre kalması zorunlu ise (eşyalarını toplamak, giyinmek vb. durumlar için), “çıkmamak” unsurunun oluştuğundan bahsedilemez.⁶³

Rıza Unsuru, Girmek veya çıkmamak eylemleri irade açıklamasında bulunmaya yetkili kimsenin rızası hilafına gerçekleştirilmelidir.⁶⁴ Rıza unsuru suç tipinin maddi unsurlarındandır.⁶⁵ Mülga 765 sayılı TCK’nda “hile ile veya gizlice” maddi unsur olarak yer alırken, yürürlükte bulunan TCK bu iki kavramı da madde metninden kaldırmıştır. Zira her iki kavram da yani, hile ile veya gizlice girmek yahut rıza ile girdikten sonra hile ile veya gizlice çıkmamak fiilleri de zaten hak sahibinin rızası hilafına gerçekleşmiş sayılacağı için, kanun koyucu yeni metinde bu düzenlemelere haklı olarak yer vermemiştir. “*Rızasına aykırı olarak*” tabiri konuta izinsiz girmek anlamına gelmez, zira günlük hayatta konut veya eklentisine girmek için her defasında izin alınmasının şart koşulmasına elverişli olmadığından “*Rızasına aykırı olarak*” kavramını failin hak sahibinin kendisine izin verip vermeyeceği tasavvur etmesi anlamına gelir.⁶⁶ Kişinin konuta girmemesi yolundaki irade net olarak ortaya konulmalıdır, lakin bu ira-

60 Keskin Kızıroğlu, s. 77.

61 “... mağdurun bulunduğu odaya elinde bulunan bıçakla girmesi mağdur üzerinde korkutucu etki yarattığı ve sanığın mağduru dövmesi üzerine, müstekiler ... ve ...’ın sanığa engel olmaya çalıştıkları sırada, sanığın elinde bulunan bıçakla müstekileri tehdit etmesi karşısında, sanığın konuttan çıkmamak adına silah kullandığı ve konuttan çıkmama eylemini silahla işlediği tartışmasızdır.” YCGK 29.11.2018 – E.2015/4-483 K.2018/590 Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2018).

62 Artuk, Gökçen, s. 343.

63 Artuk, Gökçen, s. 343.

64 Okuyucu Ergün, s. 82.

65 “... Konut dokunulmazlığını ihlal etme suçunun oluşabilmesi için, sanığın, rızaya aykırı olarak bir kimsenin konutuna ya da konutunun eklentilerine girmesi veya rıza ile girdikten sonra çıkması istenilmesine rağmen konuttan ya da eklentisinden çıkmaması gerekmektedir. Somut olayda tarafların beyanlarına göre sanığın, yaralama suçunun sanıkları olan ev sahipleri ..., ... ve ...’un evinde misafir olarak kaldığı, sanık evden ayrıldıktan sonra ev sahiplerinden ...’un kimliğinin çizdanda olmadığını fark ettiği, sanığın konuta rızayla girdiği, rıza ile girdikten sonra buradan çıkmama durumunun da söz konusu olmadığını anlaşılması karşısında konut dokunulmazlığını ihlal etme suçunun maddi unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden sanığın beraati yerine hükümlülük kararı verilmesi ...” Y 18. CD 05.12.2018 – E.2018/4938 K.2018/16460 Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2018).

66 Artuk, Gökçen, s. 344.

de açık yahut örtülü olabilir. Hak sahibinin iradesi fesada uğratılmak suretiyle elde edilmiş olmadıkça rızayı ne amaçla açıkladığının önemi bulunmamakta ve kendisinin basit bir karşı gelmesi dahi rızanın bulunmadığını belirlemek için yeterli sayılmakta olup, bu manada maddi bir karşı koyma şart değildir.⁶⁷

Rıza Açıklamaya Yetkili Kişiler, TCK'da rıza açıklamaya yetkili kişiler “kendisini oradan çıkartmak hakkına haiz olan kimse” olarak tanımlanmaktadır. Bu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer, mülkiyet hakkından ziyade kişilerin ferdi hürriyeti, huzur ve sükunu güvenlik hissi olduğundan konutta oturan kişi yahut kişiler rıza açıklamaya yetkilidir.⁶⁸ Konutta tek kişinin oturması halinde rıza açıklamasında bulunacak kişinin tespitinin kolaylıkla yapılacağı izahtan varestede olmakla birlikte, konutta oturacak birden fazla kişi mevcutsa bu takdirde rıza beyanında bulunacak kişinin tespiti önem arz etmektedir.⁶⁹

Kanun üçüncü fıkrasında:

“Evlilik birliğinde aile bireylerinden yada konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelmiş olması gerekir” şeklinde konuyla ilgili özel bir düzenleme de yapılmıştır.

Düzenlemeden açıkça görüldüğü üzere, evlilik birliğinde aile bireylerinin her biri -meşru bir amaca yönelmiş olması kaydıyla- rıza açıklamaya yetkilidir. Bununla birlikte konutta yaşayanlardan biri üçüncü bir kişinin konuta girmesine rıza göstermese dahi; konutta yaşayan diğer bir kişinin bu konuda rızası, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluşmasını engelleyecektir.⁷⁰

Bununla birlikte aile bireyleri arasında bir kimsenin konuta girmesi hususunda rıza açıklanırken ihtilaf çıkması halinde birbirlerinin haklı çıkarlarına zarar vermemeleri kuralı esas alınmalıdır.⁷¹ Evlilik birliğinde ne koca, ne de ka-

67 Okuyucu Ergün, s. 87.

68 Artuk, Gökçen, s. 347.

69 “... Konutun aile bireylerinden ya da birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılması durumunda, birlikte oturanlardan birinin konuta girme konusunda geçerli rızasından söz edilmek için bu kişinin rızasına dayanarak giren failin konutta oturan diğerlerinin haklarını ihlal etmemesi gerekir. Başka bir anlatımla, konutu birlikte kullananların failin konuta girmesine dair rızasının geçerli olması için, rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik, hukuka uygun olması yanında eylemin konutu kullanan diğer kişilerin haklarını ihlal edici nitelikte olmaması gerekir. Bu açıklamalar ışığında, somut olayda, sanığın, suça konu konuta tanık ...nin rızasıyla girdiğine dair delillerin neler olduğu karar yerinde tartışılıp açıklanmadan, yetersiz gerekçe ve eksik kovuşturma ile sanığın beraatine karar verilmesi ...” Y18CD 06.04.2016 – E.2015/29125 K.2016/7044– Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2018).

70 Keskin Kızıroğlu, s. 91.

71 Artuk, Gökçen, s. 347.

rısı rıza açıklama konusunda münhasıran yetkili olup, rıza açıklama konusunda meşru menfaatlere zarar vermeyecek müşterek yetki sahibidirler. Eşlerin diğer eş karşı çıksa bile akrabalarını eve kabul etme hakkı bulunmakta, çocukların da istediği kişiyi eve getirme hakkı olup sadece ergin olmayan çocukların verdikleri rıza beyanı ancak bu rızanın önem ve sonuçlarını ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bağlıdır,⁷² bunun yanı sıra evde yaşayan hizmetçi bakımından da o yer konut olarak sayıldığından, diğerlerinin meşru menfaatlerine zarar vermemek kaydıyla konuta dilediğini kabul etme hakkı bulunmaktadır.⁷³

Meşru menfaat hususunda bir örnek vermek gerekirse kocasını yahut karısını aldatmak için sevgilisini eve alan eş vakasında eve alınan kişi bakımından konut dokunulmazlığını ihlal suçu gerçekleşmiş olacaktır, çünkü aldatılan eşin bu hususa ilişkin rızasının varlığı düşünülemez, zira evlilik birliğinde çiftlerin birbirine olan sadakat yükümlülüğü her bir eşin bu konuda meşru menfaatini oluşturduğu gibi, öğretideki ağırlıklı görüş ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.⁷⁴ Aile yanına misafir olarak gelen bir kişinin konuta girilmesine rıza gösterip göstermeme gibi bir yetkisi olamaz zira bu yer misafir bakımından konut sayılmayacağı gibi kendisi de konut sahibinin rızasına bağlı olarak konutta bulunan durumdadır.⁷⁵

Burada bir diğer problem arz eden husus da bir meskenin farklı odalarının o meskenin sahibi tarafından aile bireylerinden olmayan birden fazla kimse tarafından konut olarak kullanılması halidir. Bu durumda her bir oda, o odayı kullananlar için ayrı birer konut sayılacağından, girilmesi bakımından rıza açıklamaya yine o odayı kullananlar yetkili olup, o yerdeki kendi kullandığı alana yada ortak kullanım alanlarına (örneğin salona, yada mutfağa) bir başka kimseyi kabul edebilirse de, kendi kullanımı ve ortak kullanım dışındaki alanlara başka bir kimseyi kabul etme yetkisi bulunmadığından, dışarıdan gelen kişi bu yerlere ancak o yerleri kullanan ve o yerler bakımından yetkili bulunan kimsenin rızasıyla girebilecektir.⁷⁶ Birden fazla kişinin aynı odayı konut olarak kullanması halinde ise, odayı kullananlardan her biri rıza açıklama konusunda yetkili olup, gayrimeşru bir amaca yönelmediği sürece odayı paylaşanlardan birinin gösterdiği rıza suçun oluşması için engel teşkil edecek, rıza gösterilme-

72 Okuyucu Ergün, s. 94.

73 Okuyucu Ergün, s. 93.

74 “..... Sanığın müştekinin karısı ile ilişkisi nedeniyle gayri meşru maksatla meskene girmesi müştekinin rızası dışında olduğundan atılı suçun oluştuğu anlaşılmalıdır” Y2CD 10.04.2000 – E.2000/3523 K.2000/3913– Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2018).

75 Artuk, Gökçen, s. 349.

76 Okuyucu Ergün, s. 89.

mesi halinde ise bunun haklı görülebilir olup olmadığı önem kazanacaktır.⁷⁷

b. Fail ve Mağdur

Kanunun bir suçun işlenmesi için failin belirli bir hukuki veya fiili bir durumda bulunmasını, belirli nitelikleri taşımasını şart koştuğu durumlarda özgü/mahsus suçtan bahsedilir.⁷⁸ Konut dokunulmazlığının ihlali bu anlamda “Özgü Suç” olmadığından herkes tarafından işlenebilir fail herkes olabilir.⁷⁹ Konut dokunulmazlığını ihlal suçu, herkes tarafından işlenebilen suçlardan olmakla beraber, aynı konutu paylaşan yabancıların, aile bireylerinin, karı kocaların, birbirlerine karşı konut dokunulmazlığını ihlal suçunun faili olup olmayacakları, özellik arz etmektedir.⁸⁰

Aile fertleri aynı konutta birlikte yaşıyorlarsa, bu konut dahilinde birbirlerine karşı bu suçu işlemeleri mümkün değildir zira kanun konutu bir bütün olarak ve aynı yerde yaşayan bütün aile fertleri bakımından korumaktadır.⁸¹ bu sebeple aynı çatı altında yaşayan aile fertlerinden biri, konuta ya da burada birlikte yaşayan kimselerin odasına rıza hilafına girerse, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olmayacaktır.⁸²

Aile bireyi olmakla birlikte aynı konutu paylaşmayan kişiler bu suçun faili olabilirler fakat bu durumda konut sahibinin diğer aile bireylerine karşı konutuna girilmesine rıza göstermediğini açıkça belirtmiş olmalıdır zira örf ve adet gereği, aile bireylerinin birbirlerinin konutuna girmeleri tabidir.⁸³

Eşler için olası durumları ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Eşler arası evlilik birliği devam ediyorsa ve eşler aynı konutu paylaşıyorsa aile bireyleri için geçerli olan, eşler için de geçerli olacak ve birbirlerine karşı bu suçun faili olmayacaklar fakat hakim tarafından ayrılık kararı verilmesi yahut birlikte yaşamaya ara verilmesi (M.K. Md. 197) halinde bu suçun faili olabileceklerdir.⁸⁴ Henüz verilmiş bir ayrılık kararı bulunmamasına rağmen evlilik birliği içinde karı koca fiilen ayrı konutlarda yaşıyorlarsa, bu halde karı kocadan birinin rıza hilafına diğerinin konutuna girmesi suç teşkil etmemekle beraber, kadın bağımsız konutta kalmayıp da başkasının yada ailesinin yanında oturmakta ise, kocanın rıza hilafına bu konuta girmesi, konut içerisinde yaşayanlara kar-

77 Okuyucu Ergün, s. 90.

78 Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2011, “Özgü Suç”s. 763.

79 Artuk, Gökçen, s. 349.

80 Okuyucu Ergün, s. 70.

81 Okuyucu Ergün, s. 70.

82 Artuk, Gökçen s. 349.

83 Okuyucu Ergün, s. 70

84 Artuk, Gökçen, s. 350

şı konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur. Yargıtay'ın görüşü⁸⁵ de bu doğrultudadır.⁸⁶

Aynı apartman dairesinin muhtelif odalarında oturan kişiler bakımından ortak kullanım alanları bakımından konut dokunulmazlığının faili olamazlar ancak ortak kullanılan yerlerin dışındaki alanlar, yani her birinin kullandığı odalar bakımından, bir odayı kullanan kişi diğerlerinin bu odaya girmesine rızası bulunmadığını açıkça belirtmişse, diğerlerinin buna rağmen onun odasına girmesi konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur, bununla birlikte üçüncü kişilerin ortak kullanılan alanlara yada her birinin odasına girmesi halinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşacaktır.⁸⁷

Aynı odayı paylaşan birden fazla kimse bu odaya girmek bakımından, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun faili olamaz.⁸⁸ Fakat bu kişilerden birinin rızası hilafına odaya girilmesi ya da girildikten sonra çıkılmaması durumunda suç oluşur.⁸⁹ Konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunan bireyin kişisel özgürlüğü olduğundan, kiraya verilen evin maliki, kiracısı aleyhine bu suçu işleyebilir.⁹⁰

Birden fazla kişinin birlikte kamu hukuku gereğince ikamete zorunlu tutulduğu hapisane ve kışla gibi yerler, konut olmadığından ve içeriye girişler bir amir rızasına tabi olduğundan bu gibi yerlere girmek konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturmayacaktır.⁹¹

c. Suçun Konusu

Suçun maddi konusunu 116'ıncı madde 1inci fıkraya göre "konut ve konut eklentisi" 2nci fıkraya göre "açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri" oluşturur. Bu noktada "konut" ve "eklemlenti" kavramları ile "açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri" tümcesi ile ne anlatılmak istendiği açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyoruz.

85 ".... Dosya içeriğine göre, sanığın kendisini terk ederek kayınpederine giden eşini geri getirmek amacıyla, kayınpederine ait evin kapısının açılmaması üzerine, suça konu eve balkondan girmesinden ibaret olayda, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun yasal unsurlarının olduğu ve bu sebeple sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği düşünülmeyen, ..." Y2CD. 03.03.2011 – E.2009/37642 K.2011/ 4276 – Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır.

86 Artuk, Gökçen, s. 351.

87 Okuyucu Ergün, s. 76.

88 Okuyucu Ergün, s. 76.

89 Necati Meran, *Hürriyetten Yoksun Bırakma - Tehdit - Şantaj - Konut Dokunulmazlığını Bozma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 363.

90 Artuk, Gökçen, s. 351.

91 Meran, s. 364.

Konut, 5237 sayılı TCK konut kavramını açıklamadığı gibi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda da konut kavramı açıklanmamış sadece 19'uncu maddede "Yerleşim Yeri" başlığı altında ikametgah tanımı yapılmıştır. Bununla birlikte Ceza Kanununda yer alan konut kavramının yasanın amacı ve niteliği itibariyle Medeni Kanunda belirtilen ikametgah kavramına karşılık gelmediğini söylemek gerekmektedir.⁹² Hukuk sözlüklerinde Konut için verilen tanım da pek farklı değildir.⁹³ Fakat bu maddede belirtilen yerleşim yeri ile TCK anlamında konut kavramı birbirinden farklı olup, ceza hukuku anlamında konut kavramından anlaşılması gereken "bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer"⁹⁴ olarak belirtilebilir. Bu tanım ceza kanunun ruhu anlamında daha doğru bir tanımdır.

Bir yerin Medeni Hukuk anlamında yerleşim yeri sayılabilmesi için "fiilen orada oturma" ve "sürekli kalma niyeti" olmak üzere iki koşulun birden mevcut olması gerekmektedir.⁹⁵ Medeni Kanun'un belirttiği anlamda ikametgah konut olarak kabul edildiği takdirde; sadece bireylerin daimi ikamet ettiği yerler konut sayılacağından, otel, han odaları veya yazlıklar yahut birkaç haftalığına kamp yapmak amacıyla kurduğu çadır, hatta karavanı da Kanun'un koruma alanını dışında kalacak ve buralara yapılan saldırı ve tecavüzlerin başkaca bir suçta vücut vermediği takdirde cezalandırılma olanağı olmayacaktır ki adaletli bir ceza sisteminde böyle bir boşluktan söz etmek mümkün değildir.

Bu sebeple ceza hukuku anlamında konut kavramı daha geniş yorumlanan bir kavramdır ve yukarıda sayılan tüm bu yerler (otel, han odaları, gemi kaması, yazlıklar, çadır, karavan) Ceza Kanunu'na koruma altındadır. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda korunan hukuksal yarar kişinin özgürlük hakkı olduğundan, konut kavramının hem öğreti hem de Yargıtay kararlarında geniş çerçevede değerlendirilmiş olması tabiidir.⁹⁶ Bununla birlikte her yer konut sayılabilir mi sorusuna olumlu yanıt vermek de mümkün değildir. Bir yerin

92 Naci, Şensoy "Konut Dokunulmazlığı İhlal Cürmü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XI, Sayı 3-4, İstanbul, s. 89.

93 Yılmaz, s. 809 "Mesken: Kişinin fiilen oturduğu yer; konut".

94 Artuk, Gökçen, s. 352.

95 Okuyucu Ergün, s. 52.

96 " Konut (mesken); kişilerin, devamlı veya geçici olarak yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdedir. Konut veya eklentiyi dış dünyadan ayırıcı belirtiler, o yer sahibinin yaşam biçimi, mevcut olanakları, sosyal ve ekonomik durumu ile kültürel ve yöresel özelliklere, gelenek ve göreneklere göre farklılık gösterebilir. Bu husus olaysal olarak değerlendirilmeli, tayin ve takdir edilmelidir." YCGK. 27.12.1993 – E.1993/4 – 208 K.1993/ 352 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

" Bir yerin konut ya da eklenti sayılıp sayılmayacağı konusu salt olaysal, olgusal değil olaya/olguya bağlı hukuksal bir sorundur." Y4CD. 20.01.1998 – E.1998/11217 K.1998/202 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

konut sayılabilmesi için gerekli birtakım hususlar mevcuttur, bunları sıralamak gerekirse;

Tahsis İradesi, bir yerin konut sayılabilmesi için öncelikle o yerin kişi tarafından barınma için tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Doktrinde bir yerin konut sayılabilmesi için gece istirahatine tahsis edilmiş olmasını arayan görüşler bulunsa da konut kavramını geniş olarak kabul eden hakim görüş bir yerin gece istirahatine tahsis edilmesinin o yerin konut sayılması için şart olmadığı fikrindedir.⁹⁷ Bununla birlikte sadece tahsis iradesi yeterli olmayıp, bu iradenin dışarıdan bakıldığında anlaşılabilir şekilde ve yerin dış aleminden ayrıldığı gösterir şekilde tezahürü önemlidir. Fakat bu ayrılma basit bir şekilde de olsa varlığı yeterli olup, güç engeller veyahut yüksek duvarlar şeklinde var olması gerekmemektedir.⁹⁸

Benzer şekilde bir yerin konut sayılabilmesi için devamlı surette kullanılıp kullanılmaması hususunda da görüş ayrılıkları olsa da hâkim görüş, o yerin konut sayılabilmesi için sürekli olarak kişinin faaliyetlerine tahsis edilmiş olmasının gerekmediği yönündedir. Bu sebeptendir ki süreklilik arz etmeyen otel odaları gemi kamaraları gibi yerler de konut sayılabilir. Yargıtay kimi kararlarında oturmaya elverişlilik kıstasını konut olarak tayin hususunda ön planda tutmuşsa da⁹⁹ bazı kararlarında konuta tahsis edilmemiş olan yerlerin de fiilen yuva olarak kullanılmalari halinde konut sayılmaları gerektiği düşüncesindedir.¹⁰⁰ Bir yerin geçici yahut sürekli olarak kişisel kullanıma tahsis edilmiş olması konut sayılma bakımından fark yaratmaz lakin sadece ulaşım işlevi görüp kişisel kullanıma ayrılmayan yerler (araba, otobüs, uçak gibi) konut sayılmaz.¹⁰¹

Bununla birlikte kişi arabasını sair sebepten ötürü barınma ihtiyacını da karşılamak için kullanıyor ise bu durumda arabanın da konut sayılması gerekecektir. Fiilen kullanılmayan, boş olan yerler konut sayılmamakla birlikte oturlan fakat suç anında içinde kimse bulunmayan bir konuta girilmiş olması

97 Artuk, Gökçen, s. 353 .

98 Okuyucu Ergün, s. 43.

99 “... Konut (mesken), devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdir.” YCGK 06.05.1991 – E.1991/4-102 K.1991/135 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

“..... Mesken, (konut) devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerlerdir.” YCGK 11.03.1991 – E. 1991/4-25 K.1991/67– Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

100 Y. 4.CD.,09.05.1946, 5278/6046 (Okuyucu Ergün, s. 45’den bahisle Gözübüyük,A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C:II, Ankara (Tarihsiz), s. 346) .

101 Okuyucu Ergün, s. 45.

suçu meydana getirir.¹⁰² Umuma açık yerler konusunda Yargıtay'ın görüşü¹⁰³; umumi yerlerin sadece umuma açık olduğu zaman diliminde konut olarak sayılmaması gerektiği ancak söz konusu zaman geçtikten sonra kişiler tarafından konut olarak kullanılmaktaysalar, konut olarak kabul edileceği yönündedir.¹⁰⁴ Resmi daireler ise konu kapsamında kabul edilmemektedirler. Yargıtay'ın da görüşü¹⁰⁵ bu yönde tezahür etmektedir. Kanun'da da resmi daireleri madde kapsamında koruyan bir hüküm yoktur.

Kullanma özgürlüğü bulunmayan, yani halihazırda hürriyeti kısıtlanmış olan mahkumların mecburi ikameti olan ceza ve tutukevleri bakımından bu suçun mahkum/mahkumlar aleyhine işlenmesi mümkün değildir. Zira kanun bireysel bir özgürlüğün yansıması olarak konut dokunulmazlığını korumakta olduğundan, kişinin hürriyetinin kısıtlanmış olması durumunda ise konut dokunulmazlığının dayanağı ortadan kalkmış olacaktır.¹⁰⁶

Tahsis İradesinin Devamı, Bir yerin konut olarak sayılabilmesi için kişinin, o yeri konut tayin etme yönündeki iradesinin devam ediyor olması gereklidir dolayısıyla eğer bir yer halihazırda konut kullanımına tahsis edilmemişse o yer konut olarak kullanmaya uygun bir yer dahi olsa orada konut dokunulmazlığını ihlal suçu işlenemez.¹⁰⁷ İnşası bitmiş henüz taşınılmamış veya kiracısı çıkmış yerler konut buna örnektir. Bu yerlerin konut sayılmamasının nedeni, kişinin o mahalde bulunmayı değil bu yerlerin kişilerin faaliyetine tahsis edilmesi yönündeki iradenin devam etmemesi olduğundandır yoksa bir yere yönelik tecavüzün konut dokunulmazlığını ihlal suçunu teşkil ettiğini kabul için, illa kişinin suç anında orada bulunması şart olmayıp, tahsis iradesinin devam etmesinin aranması, aynı zamanda kişinin suç anında konutta bulunmasının aranması anlamına gelmez.¹⁰⁸ Yani konut dokunulmazlığını ihlâl fiili sırasında hak sahibinin konutta bulunması şart değildir. Ayrıca onun veya konuttaki başka birinin hukuka aykırı eylemleri faile konuta girilmesi hususunda bir hak vermez.¹⁰⁹

Tahsisin Meşruluğu, Konut sayılmanın bir diğer şartı da tahsis iradesinin

102 Artuk, Gökçen, s. 355.

103 Y. 4.CD.,12.12.1944, 10856/12580 (Okuyucu Ergün, s. 46'dan bahisle Gözübüyük, s. 345).

104 Okuyucu Ergün, s. 46.

105 "..... girildiği iddia edilen askerlik şubesi kalem odasının, mesken veya müstemilatından sayılmayacağı gözetilmeden yazılı madde ile (193/2) ceza tayini yolsuzdur." Y. 4.CD.,05.01.1956, 15674/97 (Artuk, Gökçen, s. 358'den bahisle Gözübüyük, s. 892).

106 Artuk, Gökçen, s. 358.

107 Okuyucu Ergün, s. 48.

108 Okuyucu Ergün, s. 49.

109 Ahmet Gökçen, Hürriyete Karşı Suçlar (5237 sayılı TCK. m. 106-122), Orjinal metnin tamamı için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc (10.03.2019).

meşruluğudur. Yani bir yerin konut olarak kabulü ve saldırılardan korunabilmesi için konut sakininin bu yerde hukuka uygun bir şekilde oturma hakkına sahip olması gerekir.¹¹⁰ Kişi, gayrimeşru bir biçimde hakkı olmayan bir yeri konut olarak tahsis etmişse; asıl hak sahibine karşı konut dokunulmazlığı hakkından bahsedemeyeceği gibi boş bir yeri işgal eden kimse de asıl hak sahibinin işgal edilmiş eve girmesi de konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmaz.¹¹¹

Bununla birlikte boş bir mahalli işgal ederek kendine konut edinen kişinin, asıl hak sahibinden başka bir kişiye karşı konut dokunulmazlığından bahsedilip bahsedilmeyeceği konusunda; bir görüşe göre, bu suç ile korunan hukuki konunun zilyetlik yada mülkiyet gibi aynı hak olmayıp, konut huzuru ve fert hürriyeti olması sebebiyle, işgal edenin de konut dokunulmazlığının bulunduğu kabul etmek gerektiğini, bununla beraber burada geniş bir yorumda bulunmaktan kaçınılarak, bir yerin gayrimeşru biçimde konut olarak tahsis edilmesi neticesinde ihlal edilen hakkın, konut huzuruna üstün geldiği durumlarla sınırlı olacak şekilde dar anlamda kabulünün gerektiğini belirtmekte¹¹², bir diğer görüş ise; böyle bir durumda kişinin kötü niyetli zilyet konumunda olduğunu bu nedenle zilyetliği ile ilgili olarak geçerli bir irade açıklamasında bulunamayacağını ve konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenleyen maddenin korumasından yararlanamayacağını savunmaktadır.¹¹³

Konut Eklentisi, TCK. m. 116ncı maddesi ilk fıkrası “konut eklentisi” ni de konut ile birlikte saymakla beraber kavrama bir açıklık getirmemiştir. Sözlük anlamı olarak eklenti; “...bir konutun veya bir binanın kullanım amaçlarından herhangi birini tamamlayan (kolaylaştıran) bina ve yapılar; örneğin, binadan ayrı kömürlük, garaj gibi.; müştemilat”¹¹⁴ şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay’a göre eklenti; “... müştemilat ise; konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerlerdir. Diğer bir anlatımla, girilmesi konutta oturanların huzur ve güvenliğini bozabilecek, konuta bağlı veya pek yakın yapılar veya yerlerdir.”¹¹⁵ Avlu, ahır,

110 Artuk, Gökçen, s. 356.

111 Okuyucu Ergün, s. 50.

112 Okuyucu Ergün, s. 51.

113 Okuyucu Ergün, s. 51 den bahisle; Vincenzo Manzini, Trattato Di Diritto Penale Italiano, Vol. IV, Torino, 1926.

114 Yılmaz, “Eklenti”, s. 318 .

115 “... Demek ki “eklenti” kavram olarak konuta bağlı veya pek yakın yerler anlamını taşımaktadır. Konut dokunulmazlığını bozmak suçu kişi hürriyeti aleyhine işlenen suçlardan olduğu ve eklenti, konutu korumada zaruri olduğu için kanun koyucu tarafından korunmuştur.” Y.C.G.K. 21.06.1993 – E.1993/4-155 K.1993/184 Karar <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (10.03.2019).

samanlık,¹¹⁶ kömürlük, odunluk, balkon, bahçe, taraça gibi yerler eklentidir.”¹¹⁷

Bu kıstaslardan hareketle bir yerin eklenti sayılması için mutlaka oranın konuta bitişik veya yakınında bulunması şart olmayıp girildiğinde huzur ve sükunu bozan konuttan uzak bir yerde konuşlu bir yer de (örneğin çardak) eklenti sayılır. Bu doğrultuda evin balkonu, evin bahçesi, evin bahçesi içindeki ahır, evin avlusu, bağ evinin bahçesi, evin ambarı, evin garajı, apartman merdiveni, apartman boşluğu, apartman sahanlığı, apartman asansör kapısı önü de Yargıtay’ca “eklenti” sayılmıştır.¹¹⁸ Bununla birlikte bir yapının eklenti sayılabilmesi için bağımsız bir yapı niteliğinde olmaması da gereklidir.¹¹⁹ Hak sahibinin başkalarının girmesine rızasının bulunmadığını gösterecek şekilde bir yerle ilgili tedbirler alması o yerin eklenti sayılmasını kolaylaştırmakla birlikte alınan tedbirin ve engelin sağlam, aşılması zor maddi engeller olması da gerekmemektedir.¹²⁰ Suçta esas olan hak sahibinin iradesi ve bu iradenin dışarıdan anlaşılabilirliğidir. Suçun maddi unsurunun oluşup oluşmayacağını da failin iradesi belirlemez.

İşyerleri ve Eklentileri, Bir tanıma göre işyeri; “esas olarak belirli bir zaman dilimi içinde yada sürekli, sınai, sanatsal, bilimsel ve benzeri amaçlara hizmet eden, sabit yada sabit olmayan, kapalı işletme yada satış yerleridir.”¹²¹ TCK 116ncı maddesi 2nci fıkrasında görüleceği üzere fiilin işyerlerini koruma altına alması şarta bağlanmıştır. Bu şart fiilin “açık bir rızaya gerek duyul-

116 “... Sanığın suç tarihinde saat: 22:00 sıralarında katılan ...’a ait konutun samanlık olarak belirtilen bölümüne girmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin sabit olduğu olayda, suçun işlendiği saat göz önünde bulundurulduğunda meşru kabul edilemeyecek bir amaç ile girdiği anlaşıldığından, TCK’nın 116/1-3’te yer verilen suçun oluştuğu gözetilmeden, sanık hakkında yasal olmayan ve yerinde görülmeyen gerekçeyle, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y18CD 04.04.2016 – E.2015/26893 K.2016/6748 Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

117 Y.C.G.K. 27.12.1993 – E.1993/4-208 K.1993/352 Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (10.03.2019).

118 “Apartmanların sahanlıkları, koridorları eklentidir. Dışarıdan birisinin hukuka aykırı bir niyetle buralara girmesiyle suç tamamlanmış olur. ...” Y.4.C.D. 20.11.2011 – 1398/E. .

“Konut dokunulmazlığını bozma suçunun konutun eklentisi olan sahanlığa (balkon) gündüz vakti girip yakınıcıyı dövmeyle başlamakla tamamlanmış olmasına karşın, ...” Y.4.C.D. 01.10.2001 – 9986 / 11113 Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (10.03.2019).

119 “...olay yeri krokisine göre ahır ile ev arasında 50 metre olduğu, ahırın evden bağımsız bir şekilde çit ile çevrili olduğu, ahırın bulunduğu yerin konutun eklentisi içerisinde yer alan bina olmaması karşısında, atılı konut dokunulmazlığını ihlal suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın CMK’nın 223/2-a maddesi gereğince konut dokunulmazlığının ihlali suçundan beraati yerine yazılı şekilde sanık hakkında mahkumiyetine karar verilmesi, ...” Y.17.C.D. 25.10.2018 – E.2016/12736 K.2018/13300 Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (10.03.2019).

120 Keskin Kızıroğlu, s. 58.

121 Keskin Kızıroğlu, s. 67.

maksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan” işyerlerinde meydana gelmesi koşuludur. Yani halka açık yerler bu anlamda Kanun’un korumasından faydalanamayacaklardır. Zira bireylerin bu tür yerlere girebilmeleri için herhangi bir kısıtlama olmadığı gibi hak sahibinin de rızası aranmamaktadır. Örnekleme gerekirse sinema, tiyatro, kafe, restoran, market alışveriş merkezi gibi yerler halka açık ve bu itibarla suç kapsamında koruma altında bulunmayan yerlerdir. Fakat bu gibi yerlere mesai saatleri dışında henüz açılma saati gelmeden yahut kapanma saatinden sonra girilmesi rızaya aykırı olma şartıyla suçun oluşmasına sebep olacaktır.¹²²

Avukatlık bürosu, özel muayenehane, mali müşavir ofisi, fabrika, atölye gibi yerler herkesin dilediğince içeri giremeyeceği işyerleri ve eklentileri suça konu olabilecek ve bu itibarla Kanun’un koruması altında olan yerlerdir. Konutta olduğu gibi, işyerinin eklentisi de suçun maddi konusu kapsamında olup, rızaya aykırı olarak girildiğinde ya da kalındığında, açık bir rızaya gerek duyularak girilebilen işyerindeki huzur ve sükun ile güvenlik duygusunu, zedeleyebilecek yerler,¹²³ işyeri ile aralarında fiziksel bağlantı bulunsun ya da bulunmasın; işyerine uzak veya yakın veya etrafı çevrili olsun ya da olmasın, ayrıca eklenti özelliği dıştan belirlenebilir kılınmışsa işyerinin eklentisi sayılır.¹²⁴

d. Suçun Nitelikli Halleri

5237 sayılı TCK.’nda konut dokunulmazlığını ihlal suçunda öngörülen nitelikli durumlar cezayı artıran mahiyette olup, suçun düzenlendiği 116’ncı maddenin dördüncü fıkrası ile hürriyete karşı işlenen bazı suçlara ilişkin ortak hüküm niteliğindeki 119’uncu maddede yer almaktadır. Sırasıyla inceleyecek olursak:

TCK.’nın 116/4 Maddesinde Öngörülen Nitelikli Haller, Bu Maddede iki hal bu suçta cezayı ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır; bunlardan biri fiilin cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi diğeri ise fiilin gece vakti işlenmiş olmasıdır. Bilindiği üzere cebir, içerisinde maddi ve manevi cebri barındırmaktadır. Maddi cebir şiddet kullanmayı ifade ederken manevi cebir ise tehdit

122 Artuk, Gökçen, s. 361.

123 “... Samik hakkında iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan hükme yönelik incelemede: Müştekinin depo olarak kullandığı yerden hırsızlık eyleminin gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında; müştekidenden sorularak ve gerektiğinde olay yerinde keşif yapılarak tereddüde yer vermeyecek şekilde söz konusu yerin işyeri veya konutun eklentisi niteliğinde olup olmadığı hususu saptanarak sadece depo olarak kullanılması durumunda iş yeri dokunulmazlığını ihlal suçunun unsurlarının oluşmayacağı gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, ...” Y.13.C.D. 29.11.2018 – 5618 / 17213 Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (10.03.2019).

124 Keskin Kızıroğlu, s. 71.

kavramına karşılık gelir.¹²⁵ Tehdit, kişinin herhangi bir kayda koşula bağlı olmaksızın gelecekte bir saldırıda veya kötülükte bulunulacağı bildirilerek korkutulması ve böylece iç huzurun bozulmasını hedefleyen bir eylemdir.

Kanun'un 116ncı maddenin 4üncü fıkrasına ilişkin gerekçesinde bu suç bakımından bahse konu olan cebrin kasten yaralamanın 86ncı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "basit tıbbi müdahale" sınırını geçmemesi gerektiği belirtilmiş, aksi takdirde failin ayrıca bu suçtan da sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. Bu minvalde 119'uncu maddenin 2nci fıkrasında yer alan düzenleme dolayısıyla, cebrin sınırının 86/1 anlamında kasten yaralamanın temel şekli olduğu da söylenebilir. Zira kanun koyucu 119'uncu maddenin 2nci fıkrasında konut dokunulmazlığını ihlalin işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmiş, böylece yasa koyucu kasten yaralamanın ancak 87nci maddede belirtilen sonuçlara yol açması halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür.¹²⁶

Kasten yaralamaya ilişkin 86/1'in yaptırımını (bir yıldan üç yıla kadar hapis) ile cebren konut dokunulmazlığının ihlalinin yaptırımını (bir yıldan üç yıla kadar hapis) karşılaştırıldığında, fail 86/1'den ayrıca cezalandırılmadığında eylemin haksızlık içeriği tam olarak karşılanamamakta, bu sebeple konut dokunulmazlığını ihlal için müracaat edilen yaralama 86/1 kapsamında ise, fail 116/4'ün gerekçesine uygun olarak ayrıca kasten yaralamadan da cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁷ Konut dokunulmazlığını ihlal suçu tamamlandıktan ve bittikten sonra cebir veya tehdit ayrı bir suç teşkil edecek, eşya aleyhine şiddet kullanılması halinde mala zarar verme suçunun da ayrıca cezalandırılması gerekecektir.¹²⁸

Nitelikli hallerden bir diğeri olan suçun "gece vakti" işlenmiş olmasını inceleyebilmek için öncelikle 5237 sayılı TCK'nın "*Tanımlar*" başlığını taşıyan 6/1,e maddesinde yer alan tanıma bakmamız gerekmektedir. Buna göre "gece vakti"; "*güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman dilimi*" olarak tanımlanmıştır. Etkilerini kısaca saymak gerekirse; fiilin gece vakti işlenmesi¹²⁹, hem failin fark edilme-

125 Keskin Kızıroğlu, s. 115.

126 Artuk, Gökçen, s. 363.

127 Artuk, Gökçen, s. 363.

128 Artuk, Gökçen, s. 364.

129 "... Katılan ..."ün ikametine 25/09/2008 günü saat 10.00 ile 26/09/2008 günü saat 03.00 arasında hırsızlık eylemine teşebbüs edildiği, katılan ..."ün ikametine 25/09/2008 günü 13.00-22.30 saatleri arasında, müşteki ..."nun ikametine 25/09/2008 günü 18.30-20.30 saatleri arasında girilerek hırsızlık eyleminin gerçekleştirildiği, UYAP'tan alınan güneşin doğuş ve batış

sini güçleştirici, hem suçun işlenmesini kolaylaştırıcı, hem de konut dokunulmazlığı hakkı sahibi açısından konutun huzur ve sükununu daha fazla bozucu niteliğe sahip olup bu etkileri sebebiyle fiilin gece işlenmesinin özgür irade üzerindeki etkisi daha fazladır.¹³⁰

Bu nedenledir ki kanun koyucu suçun gece işlenmesi halini ağırlaştırıcı neden olarak madde metnine eklemiştir. Konuta gündüz girildikten sonra gece vaktine kadar çıkılmaması halinde ise cezanın artırılması gerekeceği zira suç kesintisiz bir suç olduğundan ve suç konuttan çıkmayla tamamlanacağından, konuttan gece vakti çıkmış olması nitelikli unsurun fail için uygulanması neticesini doğuracaktır ki Yargıtay da verdiği bir kararda¹³¹ bu durumu göz önüne almış ve hükmünü bu yönde kurmuştur.¹³²

TCK.'nın 119'uncu Maddesinde Öngörülen Nitelikli Haller, TCK.'nın 119 uncu Maddesinde sayılan nitelikli haller fiilin;

Silahla İşlenmesi: Fiilin silahla işlenmesi suçun işlenmesini kolaylaştırdığı ve mağdurun direncini kırdığı için ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olup, silahın gerçek olması da şart değildir. Fakat silahın sadece failin üstünde olması nitelikli hal sebebiyle cezanın ağırlaştırılması için yeterli olmayıp fiilin işlenmesi sırasında kullanılması da gerekmektedir.¹³³

Kişinin Kendisini Tanınmayacak Bir Hale Koyması Suretiyle, İmzasız Mektupla veya Özel İşaretlerle İşlenmesi: Bu durumda failin maske takmak, mayaj yapmak yahut takma sakal bıyık kullanmak yahut kılık değiştirmek gibi yöntemlerle kendini tanınmayacak hale sokması durumunda bu nitelikli hale göre ceza artırılır, mağdurun failin aldığı bu tedbire rağmen onu tanımış olması, ağırlatıcı nedenin uygulanmasını engellemez.¹³⁴

çizelgesine göre, 25/09/2018 tarihinde gece vaktinin 20.00'de başlayıp, saat 05.50'de bittiği, 26/09/2018 tarihinde gece vaktinin 19.58'de başlayıp, saat 05.51'de bittiğinin anlaşılması karşısında, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanıklar hakkında katılan ...'e yönelik hırsızlık; katılan ... ve müşteki ...'a yönelik hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarının sanıklar lehine gündüz sayılan zaman dilimi içerisinde işlendiğinin kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden ve katılan ...'e yönelik hırsızlık; katılan ... ve müşteki ...'a yönelik hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarının gece vakti işlendiğine ilişkin kanıtlar denetime olanak verecek biçimde karar yerinde gösterilip tartışılmadan, hırsızlık suçundan hükmolunan cezaların 5237 Sayılı TCK'nın 143/1. maddesiyle arttırılması ve konut dokunulmazlığının ihlali suçundan aynı Kanun'un 116/1. maddesi yerine 116/4. maddesinin uygulanması, ..." Y.2.C.D. 06.12.2018 – E. 2016/18924 K. 2018/15033 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

130 Keskin Kiziroğlu, s. 119.

131 Y.2.C.D. 21.02.2007 – E. 2006/10133 K.2007/2400 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

132 Artuk, Gökçen, s. 366.

133 Okuyucu Ergün, s. 119.

134 Okuyucu Ergün, s. 120.

Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi: Bu halin ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesinin nedeni, mağdurun buna karşı korunma olanağının azlığı ve fiilin işlenmesindeki yarattığı kolaylık olup, suçun en az iki kişi tarafından¹³⁵ birlikte işlenmesi suçun nitelikli şeklini oluşturacaktır.¹³⁶ Bununla birlikte kişilerin daha evvelden anlaşmış olmaları gerekmeyp, failerde iştirak iradesi bulunması ve failerin birlikte sıfatıyla eylemin işlendiği zamanda birlikte hareket etmeleri yeterlidir.¹³⁷

Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Korkutucu Etkisinden Yararlanarak İşlenmesi: Bu durumda örgütün gizli olması şart olmadığı gibi failin de örgüt üyesi olması gerekmez hatta örgütün gerçekten var olması da şart değildir, önemli olan ilgili örgütün oluşturduğu korkutucu etkiden yararlanarak suçun daha kolay işlenmiş olmasıdır.¹³⁸

Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuzun Kötüye Kullanılması Suretiyle İşlenmesi: Önceki bölümlerde değinildiği üzere 5237 sayılı TCK., (Mülga) 765 sayılı TCK.'dan farklı olarak bu suç için ayrı bir memur/kamu görevlisi suçu düzenlememiş, bu sıfatın kullanılmak suretiyle sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmeyi ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için failin başlı başına kamu görevlisi olması yetmez, kamu görevlisi olmanın kendisine sağladığı egemenliği, manevi gücü yani nüfuzu da suçun işlenmesinde kullanması gerekir.¹³⁹ Kişi kamu görevlisi olmamasına rağmen kendini öyle tanıtarak suçu işlemiş ise bu durumda konut dokunulmazlığını ihlal suçunun basit şeklinden ve kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçundan ceza verilecektir.¹⁴⁰

2. Manevi Unsurlar

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu bilerek ve isteyerek yani kasten işlenebilir. Bu suç taksirle işlenemez. Taksirle işlenmesi halinde ise cezalandırılmaz. Bir kimse hak sahibinin rızasının olmadığını tasavvur etmesine rağmen konuta girer yahut rıza ile girdikten sonra çıkmazsa suçun manevi unsuru yine de gerçekleşmiş sayılır bu sebeple suç olası kast ile de işlenebilir.¹⁴¹ Konut dokunul-

135 “... tanık...’in beyanına göre olay yerinden kaçan iki şahsın olduğunun anlaşılması karşısında, bu husus araştırılmadan ve konut dokunulmazlığını ihlal etme suçu yönünden TCK’nın 119/1-c maddesinin uygulanma koşulları değerlendirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y.2.C.D. 22.11.2018 – E. 2016/13490 K. 2018/14040 –Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019)

136 Okuyucu Ergün, s. 120.

137 Keskin Kızıroğlu, s. 125.

138 Keskin Kızıroğlu, s. 126.

139 Keskin Kızıroğlu, s. 127.

140 Okuyucu Ergün, s. 121.

141 Artuk, Gökçen, s. 366.

mazlığının ihlali suçunda, failin belirli bir amaçla hareket etmesini aramamış genel kast suçu işlemek için yeterli görülmüştür. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir.¹⁴² “Hata”nın suça etkisi ile ilgili olarak; suçun maddi unsurlarında yanılma halinde bu suç taksirle işlenemeyeceğinden failin taksir derecesinde kusuru olsa bile konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmayacaktır.¹⁴³

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu konuta girmek yahut konuttan çıkmamak hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesiyle vücut bulduğundan ancak hareketin parçalara bölünebilir olduğu hallerde teşebbüs mümkündür.¹⁴⁴ Suçun “girmek” suretiyle işlenmesi halinde hareket parçalara ayrılabilir olduğundan, teşebbüsün mümkün olduğu; oysa “çıkılmamak” suretiyle işlenmesi halinde ise bu durumun ne kadar devam etmesi gerektiği kanunda gösterilmediğinden teşebbüsün mümkün olmadığı hususunda baskın bir görüş bulunmaktadır.¹⁴⁵

Bu suçta iştirakin her türü görülebilmekle birlikte, suç birden fazla kişi tarafından işlenirse 5237 sayılı TCK.’nın 119/1-c maddesine göre konut dokunulmazlığını ihlal suçunun nitelikli şeklini oluşturacağı muhakkaktır.¹⁴⁶ Konutta birlikte yaşayanlar, birbirlerine karşı bu suçun faili olamayacaklarından, bu suçta şerik de olamazlar, örneğin meşru olmayan amaçla, eşlerden birinin azmettirmesiyle konuta giren failin eyleminde bu eş, azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulmaz.¹⁴⁷

Konut dokunulmazlığını ihlal kesintisiz (mütemadi) suç niteliğindedir. TCK.’nın 119/2 hükmü ile belirtilen konut dokunulmazlığını işlenmesi amacıyla yahut bu sırada kullanılan cebir kasten yaralama suçunun neticesi itibarıyla

142 “Konut dokunulmazlığını bozmak suçunun genel kastla işlenen suçlardan olması nedeniyle suçun oluşması için özel kast aranmadığı gibi, failin kastının veya amacının niteliğinin de öneminin bulunmadığı kastın varlığı için ise failde bir konutun veya eklentilerinin başkasına ait olduğu, buraya girmesinin ve kalmasının sahibinin rızasına tabi bulunduğu ve rızanın olmadığı bilinciyle bu yere girmek ve orada kalmak iradesinin varlığının yeterli olduğu gözetilerek olay gecesi müdahilin evinin eklentisi sayılan bahçesine rızası olmaksızın giren sanığın eyleminde atılı suçun unsurlarının oluştuğu ve cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” Y.2.C.D. 23.06.2008 – E.2008/4900 K.2008/11500 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

143 Artuk, Gökçen, s. 367.

144 “..... Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun salt davranış suçu olması nedeniyle icrai davranışın bitmesiyle suçun oluşacağı, bu nedenle tam teşebbüse elverişli olmadığı, yalnızca eksik teşebbüsün söz konusu olabileceği gözetilmeden,” Y.2.C.D. 25.06.2008 – E.2008/5618 K.2008/11740 – Karar, <http://www.kazancihukuk.com/> adresinden alınmıştır. (15.03.2019).

145 Artuk, Gökçen, s. 368.

146 Keskin Kızıroğlu, s. 142.

147 Keskin Kızıroğlu, s. 142.

ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesine sebebiyet vermişse fail ayrıca bu ağır neticeden dolayı (m.87) cezalandırılacak yani gerçek içtima hükümleri uygulanarak fail hem 116 hem de 87nci maddeden ceza alacaktır.¹⁴⁸

Konut dokunulmazlığının ihlal suçu, çoğunlukla, başka bir suçun işlenmesi için araç ve o suçun ilk adımı olarak görülmekte olup, sadece konut dokunulmazlığının ihlal için konuta girildiği haller son derece enderdir. Bununla birlikte konut dokunulmazlığının ihlal suçu başka bir suçun gerçekleştirilmesinde işlenmesi zorunlu bir suç değildir.¹⁴⁹ Dolayısıyla konut dokunulmazlığının ihlal suçundan da ayrıca sorumludur ve bu durumda gerçek içtima uygulanacaktır.

Hırsızlık suçu ve konut dokunulmazlığının ihlali arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki; TCK m. 142/1,b'de hırsızlık suçunun işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli unsur sayılmış ve bu hükmün tatbiki için hırsızlığın konusunu oluşturan eşyanın "bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olması" yeterli görülerek, bu nitelikli unsuru tespit ederken konutta yaşayanların hürriyetlerinden ziyade hırsızlığın işlenmesi için aşılın engellerin faildeki ahlaki redaeti göstermesini esas aldığı belirtilmiş, bundan ötürü hırsızlık suçunun failinin eylemi konut veya konut eklentisine girerek işlemesi halinde ayrıca konut dokunulmazlığının ihlal suçundan da yargılanması gerektiğini söylenmiştir.¹⁵⁰

Konuyla ilgili bir diğer görüş ise; Hırsızlık fiilinin konutta veya konutun eklentilerinde gerçekleştirilmesi halinde TCK. M. 142/1,b karşısında bileşik suç söz konusu olduğunu ve faile ayrıca konut dokunulmazlığının ihlal suçundan ceza verilemeyeceğini zira iki suçun birleşerek yeni bir suç meydana getirmesi veya bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı nedenini oluşturması halinde bileşik suçun mevzubahis olduğunu bu durumda ise suçun tek suç sayılacağını ve kendini oluşturan suçlara bölünerek gerçek içtima uygulanamayacağını aksi takdirde "ne bis in idem" şeklinde bilinen "bir kimseye eyleminden dolayı tek bir ceza verilebilmesi" hukuk kuralına aykırı bir uygulama izlenmiş olacağını belirtmektedir¹⁵¹

Belirtmek gerekir ki Yargıtay uygulamaları, ilk görüşü savunan müellifleri desteklemektedir.

148 Artuk, Gökçen, s. 369.

149 Okuyucu Ergün, s. 111.

150 Artuk, Gökçen, s. 370.

151 Okuyucu Ergün, s. 112.

E. Soruşturma Ve Kovuşturma Usulü, Suçun Yaptırımı, Görevli Mahkeme Ve Dava Zamanaşımı

Konut dokunulmazlığının ihlal suçunun TCK. m. 116/1'de ve m.116/2'de düzenlenen şeklinin takibi şikayete tabi kılınmakla birlikte m. 116/4'te böyle bir hüküm olmadığından genel hükümler dairesinde re'sen takip olunacaktır. Suçta konut dokunulmazlığı ihlal edilmiş herkes şikayet hakkına sahiptir.

Suçun düzenlendiği Kanun'un 116. Maddesi incelendiğinde bir kimsenin konutuna veya konutunun eklentisine girilmesi yada çıkılmaması haline ilişkin olarak öngörülen yaptırımın, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası iken; suç, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlendiği takdirde hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı bir yıla kadar takdir edilmiş ve bunun yanı sıra adli para cezası da seçimlik ceza olarak gösterilmek suretiyle kanun koyucu, konut ve eklentisi bakımından ceza yaptırımını daha ağır tutmuştur.¹⁵²

Konut dokunulmazlığının ihlal suçu, Kanun'un 116/4'üncü fıkrada belirtilen nitelikli halleri ile işlenirse öngörülen cezanın hem alt sınırında hem de üst sınırında artırım getirilmiş, bu durumda ceza, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiş olup yine Kanun'un 119uncu maddesinde öngörülen nitelikli haller ile işlenmesi durumunda ise cezanın bir kat artırılması sağlanmıştır.

Maddenin 1'inci ve 2'nci fıkralarındaki suçlara bakma görevi sulh ceza mahkemesine, 4'üncü fıkradaki nitelikli halde ise asliye ceza mahkemesine aittir.¹⁵³

Bu suçlara ilişkin dava zamanaşımı süresi TCK 66/1-e¹⁵⁴ bendi uyarınca 8 yıl olmakla birlikte, 116/4'üncü fıkrada yer alan nitelikli unsurların yanı sıra 119/1'inci fıkradaki nitelikli hallerin birlikte uygulanması halinde 66/3'üncü fıkra¹⁵⁵ hükmü uyarınca dava zamanaşımı 66/1-d bendi¹⁵⁶ gereğince 15 yıllık süreye tabi olacaktır.¹⁵⁷

152 Keskin Kızıroğlu, s. 143.

153 Parlar, Hatipoğlu, s. 1881.

154 TCK 66/1-e "(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

(e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer."

155 TCK 66/3 "(3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur."

156 "TCK 66/1-d "(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; (d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, Geçmesiyle düşer."

157 Parlar, Hatipoğlu, s. 1882.

Sonuç

Konut Dokunulmazlığı, bireyin hak ve özgürlüklerinin çok önemli bir parçasıdır. Bu yüzden eski çağlardan beri var olan hemen tüm hukuk düzenlerinde korunagelen bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hak ile korunan menfaat, bizatihi konutun ötesinde, kişinin özgür iradesini sürdürebildiği ve geliştirebildiği, mekandan öte bir kavramdır. Bireylerin kişiliklerinin somutlaştığı en önemli yer konuttur. Bu sebeple bu hakkın başta devlet olmak üzere dışarıdan gelebilecek her türlü müdahaleye karşı korunması şarttır.

Hakkın tüm uluslararası metinlerde kendine yer bulduğu göz önüne alınırsa arz ettiği önem daha iyi anlaşılacaktır. Modern anayasalara bakıldığında da hemen hepsinin bu hakka yer verdiğini, kiminin ayrıntılı düzenlemelerle kiminin ise sadece genel çerçevede yapılan bir tanım ile hakkı ihdas ederek anayasal güvence altına almak suretiyle devlet nezdinde korudukları görülmektedir. Devletler, bu hakka paralel bir şekilde ceza yasalarında da gerekli düzenleme yapmak suretiyle hakkın ihlalini suç kapsamına alarak ulusal düzeyde koruma sağlamaktadır.

Ülkemizde de hakkın öncelikle 1982 Anayasası'nın 21'inci maddesi kapsamında koruma altına alındığını ve ihlalin yürürlükte olan 5237 sayılı TCK.'da 116'ncı maddesinde kapsamında cezalandırılmak suretiyle yaptırma bağlandığını görüyoruz.

Mülga 765 sayılı TCK.'da aynı mehz İCK.'da olduğu gibi 193'üncü ve 194'üncü maddelerinde "kişilerin işledikleri" ve "memurların görevlerini kötüye kullanarak işledikleri" olmak üzere bağımsız suç tipleri olarak yapılan düzenlemeden, 5237 sayılı TCK.'da vazgeçilerek suç tipinin tek olarak ihdas edildiğini ve memurların işlediği konut dokunulmazlığının ihlalin ise suçun nitelikli ögesi ve ağırlaştırıcı neden olarak 119'uncu maddede ortak hüküm altında düzenlendiğini görüyoruz. Yine mülga 765 sayılı TCK.'da yer almayan "işyerleri" 5237 sayılı TCK.'da madde metnine dahil edilmek suretiyle Kanun'un koruma semsiyesi altına girmiştir.

Kanaatimizce 5237 sayılı TCK'da yapılan bu değişiklikler yerinde olmuştur. Zira bir önceki Kanun zamanında avukatlık ofisi, muayenehane gibi işyerlerine yapılan tecavüzler başka bir suça vücut vermediği sürece ihlal olarak değerlendirilememekteydi.

Yine ihlali gerçekleştirenin kimliğine ilişkin ikili ayırım ve iki ayrı suç tipi şeklinde öngörülen düzenlemenin değiştirilmesi ve ihlali gerçekleştiren kişinin statüsünün memur yerine daha geniş bir kavram olan "kamu görevlisi" olarak "Ortak Hüküm" başlıklı TCK 119'uncu maddesinde nitelikli hal olarak değerlendirilmesi doğru bir yaklaşım olmuştur. Bu sayede mülga Kanun döneminde

ilgili suçun kamu görevlisi olmakla birlikte memur sayılmayan kişiler tarafından işlenmesi haline ilişkin tartışmalar sona ermiştir.

Mülga Kanun döneminde yer almayan, konut ve işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanımı halinde rıza açıklaması hususunda açık düzenleme yapılmış olması da aynı derecede olumludur. Zira günümüz şartlarında konut veya işyerinin bir ya da birkaç sakin/ortakla birlikte kullanılması oldukça sık rastlanan bir durumdur. Kanun koyucunun açık düzenlenmesinin uygulayıcıların yaşadığı tereddütlerin önüne geçtiği tartışmasızdır. Benzer şekilde 5237 sayılı TCK'da suçun cezasını artıran nitelikli hallere “*tehdit*” halinin de eklenmesi yerinde olmuştur.

Ceza kanunları konut dokunulmazlığı hakkını koruma altına alırken aslında kişi hürriyetini koruma altına alırlar. Hemen tüm ülkelerin anayasa ve milletlerarası siyasi belgelerde yer almasının özünü de bu durum teşkil eder. Bu sebeple 5237 sayılı TCK'da yapılan tüm bu olumlu değişikliklere rağmen, ilgili hakkın önemi ve ihlali halinde mütecavizin mağdur üzerinde yarattığı psikolojik travma göz önüne alınarak, suça ilişkin cezanın alt ve üst sınırlarının daha yukarıdan belirlenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Benzer şekilde Madde- nin ikinci fıkrasında yer alan işyeri ve eklentilerinde gerçekleşen ihlale ilişkin cezanın hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik olarak düzenlenmesi yerine işyerinin dokunulmazlığına atfedilen önemin gösterilmesi bağlamında hapis cezası olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Baskı, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 2018 .
- Çınar, Ali Rıza, *Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları*, Ankara 1999.
- Erol, Haydar, *Gereğeli Açıklamalı ve İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi*, Ankara 2005
- Gözübüyük A. Pulat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt:II, Ankara (Tarihsiz)
- İnceoğlu, Sibel, ABD “Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:19-20
- Kaboğlu, Özden, *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul 2002
- Keskin Kızıroğlu, Serap, *(5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda) Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- Küçükgüngör, Erkan, “Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamın Medya Araçlarıyla İhlali Halinde Hükmedilen Manevi Tazminat Miktarlarının Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 2, s. 67-73, Ankara 1998
- Meran, Necati, *Hürriyetten Yoksun Bırakma Tehdit Şantaj Konut Dokunulmazlığını Bozma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
- Okuyucu Ergün, Güneş, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010
- Öner, Sanem, *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan Çevrilmesi*, Doktora Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul 2013
- Örsten Esirgen, Seda, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65 Sayı: 4 Sayfa: 2306-2329, Ankara
- Parlar, Ali; Hatipoğlu Muzaffer, *Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (76 – 150. Maddeler)*, 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010
- Pekin, Hüseyin, “İsviçre Konfederasyonu’nun 18 Nisan 1999 Tarihli Yeni Anayasası’nı Tanıtıyoruz”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1999/3, s. 786-796, Ankara
- Şensoy, Naci, “Konut Dokunulmazlığı İhlal Cürmü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XI, Sayı 3-4, s. 81-107, İstanbul
- Taner, Tahir, “Yeni İsviçre Ceza Kanunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 / 4 (Eylül 2011): s. 737-755, İstanbul Metnin tamamına <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9133/114396> sitesinden ulaşılmıştır. (06.03.2019)
- Tezcan, Durmuş, “Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49 (01), Metnin tamamına <http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3114/43207> sitesinden ulaşılmıştır. (06.03.2019)
- Varol, Esra, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Konut Dokunulmazlığı Hakkı*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2008
- Yenisey, Feridun; Plagemann, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch (StGB)*, Beta Basım Dağıtım, İstanbul 2015
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- 06.03.2019, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>
- 06.03.2019, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
- 06.03.2019, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- 06.03.2019, <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf>
- 06.03.2019, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>
- 06.03.2019, https://www.senato.it/1025?sezione=120&articolo_numero_articolo=14
- 06.03.2019, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>
- 06.03.2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19993-861>
- 06.03.2019, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/>
- 06.03.2019, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>
- 06.03.2019, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>
- 06.03.2019, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>
- 06.03.2019, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>
- 06.03.2019, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/30/France/show>
- 06.03.2019, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show>
- 06.03.2019, <http://dergipark.gov.tr/ausbf/issue/3114/43207>
- 06.03.2019, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36774>
- 06.03.2019, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36774>
- 06.03.2019, <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9133/114396>
- 06.03.2019, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>
- 06.03.2019, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc

ÖZ

Konut Dokunulmazlığı hakkı, Roma Hukuku'nun uygulandığı devirlerden bugüne evrilererek ulaşan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Konut kavramı önceleri daha dar bir şekilde yorumlandığından saldırılara ilişkin sınırlı bir koruma sağlamaktayken, yüzyıllar içerisinde kapsamı genişlemiş ve ait olduğu, “fert hürriyeti” kavramının tamamlayıcısı haline bürünmüştür. Konut dokunulmazlığı, bu yönüyle çağdaş hukuk düzenlerinde başlıca temel hak ve özgürlüklerden sayılarak hemen tüm Anayasalarda ve uluslararası belgelerde yerini almıştır. Kavramın evrensel niteliği de buna dayanmaktadır. Hakkın öz itibarıyla ait olduğu fert hürriyetine ilişkin olması sebebiyle modern ceza kanunlarında da, konut dokunulmazlığını ihlal fiilleri suç sayılırken, mülkiyet hakkı değil bir yeri konut olarak edinmiş olan kimsenin hürriyetinin korumasına özen gösterilmiştir. Bu

çalışmada öncelikle hakkın tarihçesi, uluslararası belgelerdeki yeri ve kimi Avrupa ülkelerindeki Anayasal düzenlemeler ve Türk Anayasalarındaki gelişimi incelenecektir. Akabinde ise bu çalışmanın özünü teşkil eden 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki dokunulmazlığını incelemeye tabi tutulacaktır. Bu inceleme yapılırken kimi Avrupa ülkelerinde konut dokunulmazlığını ihlal fiilleri ve cezalarına da değinilmeye gayret edilecektir.

Anahtar kelimeler: ceza hukuku, hürriyet, hürriyete karşı suçlar, konut dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığının ihlali.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi*

Legal Framework of the Presidential Decrees

Halit Eyüp ÖZDEMİR**

ABSTRACT

The constitutional amendment, which entered into force on 24 June 2018, contains significant changes on the structure and regulations of the executive body. The amendment created a genuine tool (presidential decrees) whereby the President is able to regulate matters related to executive power directly on basis of the power deriving from the Constitution within the boundaries set by the Constitution. The scope of the presidential decrees, which was very limited before the amendment, has been expanded. Thus, the new system lead to vagueness concerning the nature and regulatory sphere of the presidential decrees, correlation between the law and the decrees. In this article, the legal framework of the Presidential decrees and the main controversial issues regarding the amendment will be examined.

Keywords: constitutional amendment, presidential decree, regulatory authority of the executive, regulatory procedures.

Giriş

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, hukukumuzda ilk defa 2017 Anayasa değişiklikleriyle kazandırılmış bir kurum değildir. Bu değişiklikten önce de var olan bu işlem türü Anayasa'nın 107. maddesinde şöyle düzenlenmişti: "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir."¹ Maddeye bakıldığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanının yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ne şamil olduğu görülmektedir. Buradan iki husus çıkartılabilir. İlki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin

* Makale gönderim tarihi: 06.05.2019. Makale kabul tarihi: 20.05.2019. Halit Eyüp Özdemir, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 265-282.

** Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

1 https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (1.3.2019)

yalnızca 107. maddede belirtilen konulara ilişkin düzenleme yapabileceğidir. İkinci husus ise 107. maddede belirtilen konuların yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesidir. Yani bu konuda yasama organı veya idare başkaca düzenleyici işlemler vasıtasıyla düzenleme yapamayacaktır². Öğretide bu işlem türünün özerk bir yetkinin kullanılmasına açık ve kesin bir örnek olduğu belirtilmiştir³.

2017 yılındaki Anayasa değişikliğiyle beraber yürütme fonksiyonunda ciddi değişiklikler olmuş ve yürütme güçlendirilmiştir⁴. Yeni sistemde yürütmenin sorumlu kanadı olarak parlamentodan doğan organ Bakanlar Kurulu kaldırılmıştır. Anayasa m. 104: “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi cumhurbaşkanına aittir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile yeni hükümet sisteminde yürütme erki bir organlar topluluğu olmaktan çıkmış ve yetkiler Cumhurbaşkanında toplanmıştır.

Yürütme organlarındaki değişikliğin yanı sıra yürütmenin ve idarenin işlemleri bakımından da önemli değişiklikler söz konusudur. Yeni sistemde kanun hükmünde kararname ve tüzük kaldırılmıştır. Buna mukabil Anayasa'nın ilk halinde oldukça sınırlı bir alana sahip olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin düzenleme alanı ciddi biçimde genişletilmiştir⁵.

Bu makale kapsamında, genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili hukuksal çerçeve çizilerek, temel tartışma konuları irdelenmektedir.

I. Yetkinin Kaynağı, İşlemin Niteliği Ve Normlar Hiyerarşisi Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

A. Yetkinin Kaynağı Açısından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasa'da 2017 yılında yapılan değişiklikler bir bütün olarak incelendiğinde, devletin başı olan Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi aracılığıyla kullanacağı yürütme yetkisinin türevsel değil asli nitelikte olduğu görülmektedir. Zira, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, Anayasa'da belirlenen sınır dahilinde, kanuni bir yetkilendirmeye muhtaç olmadan ilk elden düzenleme yapma yetkisine kavuşmuştur.⁶

2 Salih Taşdöğen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65 S:3, 2016, s.940-94.

3 Lütfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?”, *İHİD*, C:4, S:1-3, s.37.

4 Turan Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHF-HAD*, C:23 S:2, s.18

5 Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, 2018/1, s.4

6 Asli (ilk elden) düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu yönünde ayrıca bkz. Artuk Arıdoğan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, C:75 S:3; s.25; Ö. Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”; s.14; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 7. Bası, 2018, s.72; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 18. Bası, 2018, s.249; Ali D. Ulusoy, “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götür-

Her ne kadar doktrinde bu yetkinin hala türev nitelik taşıdığı yönünde görüşler bulunmaktaysa da⁷; Anayasa değişikliğinden önceki dönemde de Anayasa'nın mülga 107. maddesinde düzenlenmekte olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri, -bugün hala yürürlükte olan ve herhangi bir değişikliğe uğramamış bulunan- Anayasa'nın 123'üncü maddesine rağmen, kanuni idare ilkesinin bir istisnasını oluşturmakta ve öncesinde kanuni bir düzenleme bulunmaksızın idari işlemle düzenleme getirebilmekteydi⁸. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, aynen 2017 Anayasa değişikliği öncesinde olduğu gibi, kaynağını ve dayanağını Anayasa'nın 104 ve diğer muhtelif maddelerinden alan; Anayasa'nın 123'üncü maddesinde düzenlenen kanuni idare ilkesinin istisnasını oluşturan niteliğini devam ettirmektedir. Bu bağlamda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin kaynağı ve niteliği konusunda, 1982 Anayasası'nın 2017 öncesi ve sonrası hali arasında bir fark bulunmamakta; her iki dönemde de bu asli düzenleme yetkisi kaynağını doğrudan Anayasa'dan almaktadır. Buradaki asıl önemli farklılık ve belirsizlik, bu yetkinin kapsamı ile işlemin kimliği noktasında ortaya çıkmaktadır.

B. İşlemin Kimliği Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanına verilmiş; ayrıca Anayasa'nın çeşitli maddelerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak konusunda -herhangi bir usul de belirlenmeksizin- Cumhurbaşkanına yetki verilmiştir. Dolayısıyla kararname, tek taraflı bir Cumhurbaşkanı işlemi olarak değerlendirilmelidir. Kararnameler, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır ve Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Yürürlüğe giriş tarihi olarak ayrıca yayım tarihinden sonraki bir tarih belirlenmemişse yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler.⁹

Burada üzerinde durulması gereken asıl önemli husus, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel işlem mi yoksa düzenleyici işlem niteliğinde mi olduğudur. Bu konu, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararları ya da Cumhurbaşkanının tesis edeceği diğer işlemleri birbirinden ayırt etme konusunda da yol gösterici olacaktır. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olarak değerlendirildiği mü-

rüyor?", s.6-7. Aksi yönde bkz. T. Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.25

7 Yıldırım, Anayasa'nın 104. maddesinden hareketle, Cumhurbaşkanı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için kanunla yetkilendirilmesi gerektiği, yürütmeye yasal dayanak olmaksızın doğrudan genel ve asli bir düzenleme yetkisinin verildiğinin söylenemeyeceği görüşünü savunmaktadır. T. Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.25

8 Metin Günday, *İdare Hukuku*, 11. Basi, İmaj Yayınevi, 2017, s.227

9 Anayasa md. 104/f.19: "Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer."

şahede edilmektedir¹⁰. Anayasa'nın mülga 107. maddesinin metnine bakıldığında, “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir*” denilmek suretiyle Anayasa'nın Cumhurbaşkanına genel düzenleme yetkisi verdiği kolaylıkla anlaşılmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında da, Anayasa'da bu minvalde özel hükümlere rastlamak mümkündür. Anayasa madde. 104/9'a göre Cumhurbaşkanı, “Üst kademe kamu yöneticilerini (...) ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” Yine, madde 106/son'a göre, “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” Bu ve benzer yetkiler ihtiva eden diğer hükümler de (Madde 108/Son, Madde 118/Son gibi) nitelik itibarıyla, aynı 2017 Anayasa değişikliği öncesinde olduğu gibi, Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla bu hükümlere dayanılarak tesis edilecek işlemler, düzenleyici nitelik taşımali, genel, soyut objektif nitelikte kurallar ihtiva etmelidir. Bu kapsamda yer alan konulara ilişkin çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem niteliği taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu düzenlemelerin uygulanması ise, Cumhurbaşkanı'nın ya da diğer idari makamların idari işlemleri aracılığıyla gerçekleştirilecektir. Böylece yargısal denetim konusunda yaşanabilecek kargaşa ve hak kayıpları da önlenmiş olacaktır.

Burada özellik arz eden husus ise, Anayasa'nın 104.maddesinde yer alan, “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” şeklindeki genel yetki ve bu yetkinin kullanılması halinde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğidir. Bu hükümde, yukarıda yer verilen Anayasa'nın 104, 106, 108 gibi maddelerinde olduğu gibi bazı alanların yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ‘düzenlemesi’ gerektiği şeklinde bir düzenleme ödevi yer almamaktadır. Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine giren konularda, Cumhurbaşkanı kararnamesi çıkarma konusunda genel bir yetki verilmektedir. Dolayısıyla ‘yürütme yetkisine ilişkin konularda’ çıkarılacak kararnamenin birel mi yoksa düzenleyici nitelikte mi olacağı sorusu karşımıza gelmektedir. Bu maddeye dayanılarak çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel mi yoksa düzenleyici nitelikte mi olacağı konusunda 104. maddede -diğer özel hükümlerin aksine- herhangi bir belirleme yer almamaktadır. Bu nedenle yürütme yetkisine giren konularda Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici, birel ya da karma nitelik taşıyabileceği söylenebilecektir. Ancak böyle bir

10 Günday, s.227

lafzi yorumun, bu kararnamelerin yargısal denetimi konusunda büyük sorunları beraberinde getireceğine kuşku yoktur. Bu noktada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kategorik olarak düzenleyici işlem niteliğinde kabul edilmesi gerektiği söylenerek bu çekince hafifletilebilir¹¹. Ancak bu kabulün Anayasa dayanağını ortaya koymak bir zorunluluktur. Burada yargısal denetimden hareketle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Zira, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından soyut ya da somut norm denetimi şeklinde gerçekleştirilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birel işlem şeklinde tesis edilmesi halinde, ortada denetimi söz konusu olabilecek bir ‘norm’ bulunmayacaktır. Dolayısıyla, birel idari işlem niteliğindeki bu kararnamenin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması, Anayasa Mahkemesinin idari yargı yeri gibi hareket etmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Öte yandan kişilerin Anayasa Mahkemesine soyut norm denetimi yapılması için başvurması mümkün değildir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının birel işlem niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğinin kabulü, birel idari işlem niteliğinde tesis edilmiş olan ve kişilerin hukuki niteliğinde değişiklik yaratan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki denetiminin yapılamaması sonucunu beraberinde getirebilecektir. Bu da Anayasa’nın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve 125.maddesinde yer alan idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin hükme aykırılık teşkil edecektir. Bu bakış açısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olduğu sonucuna varılabilir.

Sonuç itibarıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında, nitelik itibarıyla herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kategorik olarak düzenleyici nitelikte olması; genel, soyut, objektif kurallar ihtiva etmesi gerektiği söylenebilecektir.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların “normlar hiyerarşisi” bakımından kural olarak aynı düzeyde olduğu kabul edilmektedir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkartılabilmesi için Meclisin bir kanunla yetki vermesi zorunlu değildir, kaynağını doğru-

11 Ülgen, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Cumhurbaşkanlığının genel düzenleyici işlemi olduğunu ifade etmektedir: “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise, yürütmenin (Cumhurbaşkanının) kuruma özgü genel düzenleyici nitelikte işlemine adı olarak hukuk sistemimizde yer almıştır. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının bireysel nitelikte işlemlerinin Cumhurbaşkanını kararı veya kararnamesi olarak adlandırılarak, Cumhurbaşkanının genel düzenleyici işlemlerinden ayrılması yararlı olacaktır”. Ülgen, s.9-10.

dan Anayasadan alan düzenlemelerdir¹². Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, herhangi bir kanunun uygulanmasını göstermek üzere de çıkarılması gerekliliği de yoktur. Mevcut kanun hükümlerini değiştirememekle beraber, kanuni düzenleme bulunmayan bir alanda doğrudan düzenleme yapılabilir. Eğer Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiyerarşik olarak kanunların altında olduğu kabul edilirse Anayasa’da “kanunda farklı hükümler olması halinde kanun uygulanır” şeklinde bir düzenleme yapmaya gerek olmayacaktı¹³. Anayasa böylelikle “norm çatışması” sorunu ortaya çıktığında kanun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyerek olası bir çatışmayı çözmüş olmaktadır¹⁴. Benzer bir hüküm, vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararlarının esas alınacağını düzenleyen Anayasa’nın 160/2. maddesinde de yer almaktadır. Bu hüküm de, aynı 104.madde hükmü gibi, Danıştay ve Sayıştay kararları arasında bir hiyerarşi yaratma amacına yönelik olmayıp; çatışma halinde sorunun ne şekilde çözümleneceğini göstermeyi amaçlamaktadır. Kaldı ki, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminde, kararnamenin yasaya uygunluğu değil; Anayasa’ya uygunluğu denetlenmektedir. Anayasa’nın 148’inci maddesine göre, “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar*”.

Doktrindeki bir diğer görüş ise Anayasa 107/14’den hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde, kanuna eşdeğer işlemler olmadığını savunmaktadır¹⁵. Zira bu işlemler ile kanunlarda değişiklik yapılamaz, kaldırılmaz. Fıkradaki “yürütme yetkisine ilişkin konular” sınırlamasının, bu işlemlerin yasa gücünde olamayacağını göstergesi olduğu; yürütme yetkisinin kanunların uygulanmasına yönelik, kanunlara uygun kullanılması gereken bir yetki olduğu belirtilmiştir¹⁶.

Ancak bu hususta bir değerlendirme yapılırken, bu değerlendirme Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanı ile sınırlı olmalıdır. Yani,

12 Atar, s.276; Kanadoğlu, Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkinin 1982 Anayasası’nın ilk halindeki KHK’den de güçlü bir yetki olduğunu, KHK’lerin ancak bir yetki kanununun varlığı halinde çıkarılabileceğine değinmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı kararnamelerinde, yürütme organı düzenleme yetkisini doğrudan Anayasa’dan almaktadır. Korkut Kanadoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, 2018/2, s. 641-642

13 Atar, s.276

14 Atar, s.276

15 Mehmet Boztepe, “2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s.6

16 Yıldırım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.23; Aynı yönde bkz. Ardıçoğlu, s.38

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisindeki yerini kanunla kıyaslarırken, elbette bu kıyaslama sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlediği alana, yani yürütme alanına ilişkin olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlediği alana ilişkin hususlarda, kararname çıkarılması için kanuna, yani yasama organının vereceği bir yetkiye ihtiyaç yoktur. Cumhurbaşkanı, kararname ile düzenlenebilecek, daha önce hiç düzenlenmemiş bir konuyu ilk kez düzenleyebilir. Bu yönüyle bakıldığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanuna eşdeğer olduğu iddia edilebilir. Fakat tereddüt yaratan husus, Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” kuralıdır. Bu düzenleme Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde kanunların altında sayılmasına yol açar mı?

Diğer yandan aynı maddede “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” düzenlemesi de yer almaktadır. Bu düzenlemenin de kararname-kanun sıralamasına bir etki yaratıp yaratmadığı tartışılabilir. Bu düzenleme, yeni bir yasa çıktığında daha önce aynı konuda düzenleme yapan yasanın zımnen yürürlükten kalkacağı kuralı ve kabulüne benzetilebilir.

Ancak “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü mevcut olduğu sürece, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışma ve tereddüt sürecektir.

II. Düzenleme Yetkisinin Sınırı Bakımından Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki çerçevesi içerisinde incelenecek olan diğer bir husus, Cumhurbaşkanı'nın bu kararnamelerle düzenleme yetkisinin sınırlarıdır.

Anayasa'da, “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” şeklinde bir kavram düzenlenmemiş olmakla birlikte, “Olağanüstü Hal” döneminde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile diğerini ayırt edebilmek için “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” ve “Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” başlıkları altında bu hususlar incelenecektir.

A. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi ve dolayısıyla alanı, iki sınırlama üzerinden ele alınabilecektir. Bunlardan ilki, Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yetkisine getirilen sınırlama, ikincisi ise Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yetkisinin getirdiği sınırlama. Aşağıda bu iki husus ayrı başlıklar altında ele alınacak; bu

sayede dolaylı olarak da Cumhurbaşkanlığı Sisteminde yasama – yürütme ilişkisinin yeni sınırları kısmen de olsa ele alınmış olacaktır.

1. Düzenleme Yetkisinin Sınırı

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konu bakımından Anayasa’da sınırlandırılmıştır. Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin temel esasları belirleyen Anayasa m. 104/ f. 17’ye göre: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

Bu doğrultuda madde incelendiğinde kararnamelere ilişkin ilk sınırlandırma “yürütme yetkisine ilişkin konularda” kararname ile düzenleme yapılabileceğidir. “Yürütme” kavramı incelendiğinde geniş anlamıyla hem siyasi nitelikteki hükümeti hem de teknik anlamda idare kavramını içinde barındırır¹⁷. Yani milletin yüksek, olağanüstü ihtiyaçlarını karşılamak olan siyasi görev ile; halkın genel, günlük, sürekli ihtiyaçlarını karşılamak olan idare görevi (idare işlevi) boyutu birlikte yer alır¹⁸. Bunun sonucu olarak yürütme yetkisine ilişkin konular için net bir çerçeve belirlemek pek mümkün olmayacaktır. Bunu öngören Anayasa koyucu, Anayasa m. 104/ f. 17’nin ilk cümlesinde, genel bir yetki verdikten sonra; fıkranın devamında, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri aracılığıyla kullanılacak yürütme yetkisinin çerçevesini pozitif olarak çizmiştir. Anayasa’da çizilen sınır şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz”. Maddenin devamında yer alan, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı ya da kanunlarla

17 Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.62

18 Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, s.64

çelişme halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı yönündeki kurallar, “yürütme yetkisine ilişkin alan”ın tespiti için kriter olma niteliğini haiz değildir. Zira, bu kanunların ilgası halinde, -yukarıda yer verilen çerçeve içinde kalmak kaydıyla- Cumhurbaşkanlığı bu alanda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir¹⁹.

Şu halde, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle değil, kanunla düzenlenebilecektir. Madde sosyal haklara ilişkin olarak bir kısıtlama yapmamıştır. Buradan hareketle Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenen, eğitim ve öğrenim hakkı, çalışma hakkı gibi “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecektir. Bu noktada, Anayasa’nın 13.maddesinde yer alan, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanacağına ilişkin hükmün, böyle bir ayrıma gitmemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel hak ve hürriyetlere ilişkin hiçbir sınır getirilemeyeceği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Ancak 104.madde hükmü, özel nitelikte bir düzenlemedir. Nasıl ki 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan kanuni idare ilkesine rağmen, mülga 107.madde hükmü gereğince Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilatı herhangi bir kanuna dayanmaksızın teşkil edilebilirdiyse; burada da 104. maddede belirtilen sınırlar dahilinde kalmak koşuluyla, maddede düzenleme yapılabileceği öngörülen alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılabileceği ileri sürülebilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular”ın Anayasal karşılığının ne olduğudur. Doktrinde bir görüşe göre münhasıran sözcüğünün ele alınmasıyla, Anayasanın hiçbir yerinde “münhasıran” kanunla düzenlenecektir şeklinde bir ibare olmadığı ve dolayısıyla bu maddenin anlamının ne olduğunun belirlenmeye muhtaç olduğu ileri sürülmüştür²⁰. Bir başka görüş ise “münhasır” kelimesinin “ancak, sadece, özellikle” anlamında kullanıldığını savunmuştur.²¹ Bu bağlamda Anayasa’nın özellikle kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuları; Anayasada kanunla düzenlenmesi, belirlenmesi, kurulması öngörülen tüm

19 Hüseyin Melih Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları: No. 861, s.43, dn.24.

20 Ardıçoğlu, s.38; Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, 24. Bası, Ekin Yayınevi, s.220; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta, 2018, s.438

21 Ardıçoğlu, s.38; Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler” *GSÜHFD*, 2018/2, s. 633

hususları içerecek şekilde yorumlamak mümkündür²². Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörölmüş konularda Meclis henüz herhangi bir kanuni düzenleme yapmamış olsa dahi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılamayacaktır²³.

Maddede getirilen bir başka sınırlama ise kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname ile düzenleme yapılamayacağıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu husus yürütme yetkisinin kullanılacağı alanın tespitinde baz alınmayacaktır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca yasama organı herhangi bir konuda kanun çıkarabilir. Kanunla düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Aksi halde Anayasaya aykırılık söz konusu olacaktır. Burada maddeye getirilen bir eleştiri maddede kanunda düzenlenen konular değil “kanunda açıkça düzenlenen konular” şeklinde belirtilmesi nedeniyle, bir konunun kanunda açıkça düzenlenip düzenlenmediğinin tespitini yapmanın güç olduğu yönündedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kurumunu fiilen etkisiz kılacak şekilde gereğinden fazla geniş bir sınırlamaya yol açabileceği ileri sürölmüştür²⁴. Ancak bunun aksi de düşünölebilecektir. Kanun yeterli açıklık ve kapsama sahip değilse, kanunla bağdaştığı ölçüde -yukarıda yer verilen sınırlara riayet edilmek koşuluyla- alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde farklı hükümler olması halinde ise, 104. madde, kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Yürürlükte bulunan bir kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı konuyu düzenleyen çatışan hükümleri olması durumunda kanun hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir konuda yasama organının kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir²⁵.

2. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Özgü Düzenleme Alanı

Anayasanın muhtelif maddelerinde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi istenilen konuların varlığından daha önce de bahsedilmiştir. Anayasa m. 104/17’de düzenlenen genel nitelikteki yetkinin yanı sıra Anayasanın 104/9, 106/son, 108/son ve 118/son maddeleri bakımından özel bir yetki-lendirmenin varlığı söz konusudur. Öğretide bu özel düzenlemelerin mahiyeti

22 Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, s.633

23 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, s.280.

24 Kemal Gözler; Gürsel Kaplan, “*İdare Hukukuna Giriş*”, 24. Bası, Ekin, 2018, s.221.

25 Bu hükümsüzlüğün ne şekilde tespit edileceği, tespit edilene kadar hangi normun uygulanacağı, kamu görevlilerine bu hükümsüzlüğü tespit etme yükümlülüğünün yüklenip yüklenemeyeceği, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Cumhurbaşkanının hükümsüz hale gelen kararnameyi ilga yükümlülüğü altında olup olmadığı gibi hususlar önümüzdeki süreçte fazlasıyla hukuki uyumsuzluk çıkarmaya aday gözükmektedir.

bakımından farklı hukuki rejimlere tabi olduğu tartışılmıştır. Anayasada bu maddeler ile Cumhurbaşkanı kararnameleeri bakımından münhasır bir yetki alanı oluşturulmuştur. Genel düzenleme olan 104/17'nin yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin özel olarak düzenlendiği söz konusu maddeler şunlardır:

- **Anayasa m. 104/9:** “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”
- **Anayasa m. 106/son:** “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*”
- **Anayasa m. 108/son:** “*Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*”
- **Anayasa m. 118/son:** “*Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*”

Anayasal sistemimizde yasamanın asli ve genel düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu dört madde, bu kuralın istisnası kabul edilmelidir. Anayasa sistematik olarak incelendiğinde görülecektir ki; bu konular Anayasanın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların içerisinde değildir. Bu sebeple de kararname ile kanun arasında yaşanabilecek olası bir çatışmanın önüne geçilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bu konularda öncelik tanınmak istenmiştir²⁶. Buna göre bu dört konu yasama organı tarafından kanunla düzenlenemeyecektir. Bu dört konu düzenlenecek ise, muhakkak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmelidir. Nitekim 2017 Anayasa değişikliğinden önce, Anayasa'nın mülga 107. maddesinin yürürlükte olduğu dönem çıkarılan, 2879 Sayılı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un mülga 1. maddesi şu şekildedir: “*Bu Kanun; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konuları düzenler*”. Görüldüğü üzere, Anayasa değişikliği öncesinde de, kanun koyucu, Anayasa gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi gereken bir hususta, kararnameyle düzenlenmesi öngörülen konuların dışında kalan hususlarda düzenleme yapmış; Cumhurbaşkanına ait düzenleme alanına girmemiştir. Özbudun da, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde, Anayasa'nın mülga 107.maddesine ilişkin yapmış olduğu

26 Gözler, s. 222

değerlendirmede, 107.maddenin açık hükmüne karşın, yasa koyucunun bu alanı yasayla düzenlemek istemesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin yetki gaspı sebebiyle, yasayı iptal edeceğini ifade etmiştir²⁷.

Ancak bunun aksi yönünde görüşler de mevcuttur. Buna göre Anayasada “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda kanun çıkartılamaz” gibi yasama yetkisinin genelliğini açıkça kaldıran bir hüküm olmadığı sürece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağı, yalnızca “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir” ifadesinin mahfuz bir alan oluşturmaya muktedir olmadığı savunulmuştur²⁸.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine tanınan münhasır düzenleme alanı, 1982 Anayasasının ilk haline göre çok daha geniş bir düzenleme alanına sahip olmakla birlikte, yasamanın genel düzenleme yetkisi karşısında çok sınırlı olduğu görülmektedir. İstisnai bu yetkilerin dar yorumlanması neticesinde ise bireyler üzerinde doğrudan etkisi olmayacağı da kabul edilmelidir²⁹.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin özel hükümlerden biri de Anayasa m. 123'ün son fıkrasıdır. Buna göre “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” Bu konuda kanunla düzenleme yapma yetkisi halen devam ettiği için yasama ve yürütmeye ait ihtiyari bir alan olduğu kabul edilebilir³⁰. Bu alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun için “yarışan alan” niteliğinde olduğu belirtilmektedir³¹.

B. Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenlendiği Anayasanın 119/6-7. maddesine göre: “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı

27 Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Hukuku”, 12.Baskı, Ankara, 2011, s.405.

28 Ardiçoğlu, s.37,44; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.438

29 Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”; s.26

30 Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”; s.16

31 Gözler, s. 223

kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesinin ön şartı, daha önce Cumhurbaşkanı tarafından Anayasada belirtilen usule göre ilan edilmiş bir olağanüstü halin bulunmasıdır³².

Yukarıda incelendiği gibi Anayasa’da olağan dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri konu unsuru bakımından sınırlandırılmıştır. Buna karşılık olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri bakımından böyle bir sınırlandırma yapılmamıştır (md. 119/6). Ancak yine de olağanüstü hallerde çıkartılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de birtakım sınırları olduğu söylenebilir³³:

1. Gereklilik Şartı:

Anayasamız “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin çıkarılabileceğini öngörmüştür. Bu sebeple olağanüstü halin gerekli kılmadığı, ilgisi olmayan konularla ilgili olarak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılamaz. Olağanüstü hal ile ilgisi bulunmayan kanun hükümlerinde değişiklik yapılamaz.³⁴

2. Ölçülülük Şartı:

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile öngörülen tedbirin ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. Olağanüstü hallerde çıkarılacak kararnamelerde alınan tedbirler olağanüstü hâl ilan edilmesindeki amacın gerçekleşmesi ile elverişli olmalıdır.

Anayasa m. 15: *“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”*

“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

32 Atar, s.281

33 Gözler s.228

34 Atar, s.281

3. Çekirdek Alana Dokunma Yasağı:

Anayasa m. 15/2: “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri süre bakımından sınırlandırılmamıştır. Yani tıpkı kanunlar gibi daimî olarak yürürlükte kalabileceklerdir. Ama olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri süre bakımından mahiyeti gereği sınırlıdır. Hem yalnızca olağanüstü hallerde çıkarılabileceği için hem de olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verildiği için, Anayasada açıkça bir hüküm olmadığı halde olağanüstü hâl süresi ile kısıtlı yürürlükte kalma durumları olduğu söylenebilir³⁵. Ayrıca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri yer bakımından da sınırlandırılmış değildir. Ülke bütününde uygulanacaktır. Olağanüstü hâl durumunda ise olağanüstü hâl nerede ilan edilirse orada Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri ile düzenleme yapılabilir. Eğer ülke genelinde bir olağanüstü hâl varsa çıkarılan kararneme ülke genelinde geçerli olacaktır³⁶.

Olağan dönemlerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Ancak olağanüstü hâl kararnemeleri için böyle bir yargısal denetim bulunmamaktadır.

Anayasa m. 148: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

Ancak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri Meclisin onayından sonra kanuna dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacaklardır. Yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki süreç için geçerlidir.³⁷

35 Gözler, s.229

36 Gözler, s.229

37 Atar, s.282

Sonuç

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanı 2017 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile önemli ölçüde genişlemiştir. Bu değişiklikler neticesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir hukuki işlem olarak kimliği, niteliği, düzenleme alanı gibi hususlarda tereddütleri ve birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Cumhurbaşkanına, belirtilen sınırlar çerçevesinde, doğrudan Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak düzenleme yetkisi bahşeden bu işlemin, Anayasanın 123. maddesinde yer alan kanuni idare ilkesinin, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek hususlarla sınırlı olmak üzere bir istisnası olduğu kabul edilebilir. Zira kendine Anayasa'nın 104 ve diğer muhtelif maddelerinde dayanak bulan Cumhurbaşkanı herhangi bir kanuni yetkilendirme olmaksızın, Anayasal sınırlar dahilinde, ilk elden düzenleme yapabilmektedir.

Anayasada konuya ilişkin olarak yer alan düzenlemeler bir bütün olarak incelendiğinde, Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacak genel bir düzenleme yetkisinin olduğu tespit edilecektir. Dolayısıyla buna dayanarak tesis edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de genel, soyut, objektif nitelikte kurallar taşıması gereklidir. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem başlığı altında değerlendirilebileceği görüşünün kabulü, ortaya çıkması muhtemel sorunları önlemek adına daha makul olacaktır.

Anayasa koyucu, Anayasa m. 104/ f. 17'nin ilk cümlesinde, genel bir yetki verdikten sonra; kararnamelerin düzenleme alanının sınırlarını çizmiştir. Buna göre Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanunla düzenlenebilecektir. Ayrıca Anayasa'da kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda, yasama organı herhangi bir kanuni düzenleme yapmamış olsa dahi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılamayacaktır. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Ancak kanun yeterli açıklık ve kapsama sahip değilse, kanunla bağdaştığı ölçüde -Anayasal sınırlara riayet edilmek koşuluyla- alanın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Son olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen bir konuda yasama organının kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir.

Bu maddeden hareketle, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların "normlar hiyerarşisi" bakımından kural olarak aynı düzeyde olduğu yönünde görüşler mevcut olduğu gibi bunun aksini savunan görüşlere de ilgili bölümde yer verilmiştir. Ancak yukarıda yer verilen maddenin "*Kanunda açıkça dü-*

zenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” şeklindeki düzenlemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışma ve tereddütleri doğurmaya devam edecektir.

Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili genel yetkilendirme dışında Anayasa'nın 104/9, 106/son, 108/son ve 118/son maddeleri bakımından özel bir yetkilendirmenin var olduğu ve bu maddeler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine mahfuz bir alan yaratıldığı tespit edilmiştir.

KAYNAKLAR

- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2018.
- Ardıçoğlu, Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, C:75 S:3, ss.20-51.
- Boztepe, Mehmet, “2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C:5 S:1, ss.5-30.
- Çakır, Hüseyin Melih, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Marmara Üniversitesi Yayınları: No. 861.
- Duran, Lütfi, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?”, *İHİD*, C: 4, S: 1-3.
- Erkut, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukukuna Giriş*, 24. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, Eylül 2018.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 11. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.
- Kanadoğlu, Korkut, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, 2018/2, ss.637-650.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Tan Turgut, *İdare Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2018.
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Bası, Beta, İstanbul, Şubat 2018.
- Taşdöğen Salih, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:65 S:3, 2016.
- Ulusoy, Ali D., “Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?”, <http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf> (10.06.2019)
- Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, 2018/1, ss.3-39.
- Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler”, *GSÜHFD*, 2018/2, ss.619-636.
- Yıldırım, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHF-HAD*, C:23 S:2, ss.13-28.
- Yıldırım, Turan, *İdare Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÖZ

24 Haziran 2018 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa değişikliği, yürütme organının yapısında ve yürütmenin düzenleyici işlemleri bağlamında önemli yenilikleri düzenlemiştir. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, Anayasa’da belirlenen sınır dahilinde, kanuni bir yetkilendirmeye muhtaç olmadan ilk elden düzenleme yapma yetkisine kavuşmuştur. Anayasa’da değişiklikten önce oldukça sınırlı bir alana sahip olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanı genişletilmiştir. Değişiklikler neticesinde, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, niteliği, düzenleme alanı, kanun ile arasındaki ilişki gibi hususlarda belirsizliklere ve tartışmalara yol açmıştır. Bu makale ile

genel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki çerçevesi çizilerek, söz konusu değişikliklerin yarattığı temel tartışma konuları irdelenmektedir.

Anahtar kelimeler: anayasa değişikliği, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütmenin düzenleme yetkisi, düzenleyici işlemler.

ÖZEL HUKUK

Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlarından Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı*

The Right of Access to Another Person's Land as a Limitation to the Right to Immovable Property

Gökçe CANARSLAN**

ABSTRACT

The right to property is a right *in rem* that gives the right-holder the most extensive powers. Nevertheless, various limitations either stemming from law or legal acts shall restrict the exercise of right-holder's rights. The rights that will be examined in this paper are provided in Article 751 *et al.* of the Turkish Civil Code (TCC) under the title of "*the right of access to another person's land*" and they can be claimed by anyone. These limitations do not constitute a burden on the right to property similar to that of limited rights *in rem*, however, they impose an obligation to the property owner to compromise the access of other persons in his or her land.

Under the title of the right of access to another person's land, the law provides provisions on the access to forest and meadow (Article 751 of the TCC), collecting drifting goods and similar things (Article 752 of the TCC) and force majeure (Article 753 of the TCC). While in principle the property owner is entitled to prevent others from entering in his or her land based on property right, the property owner is obliged to compromise the interference of others with his or her land under the conditions set forth in the law. Nonetheless, provisions on the right of access to another person's land which constitute a limitation to the right to immovable property are not only set out within the framework of private law, but the public interest is also taken into account. Since provisions of Article 751 *et al.* of the TCC include exceptional circumstances, the right of access to another person's land cannot be accepted as unlimited and it can be exercised only under certain circumstances as stipulated by law.

Keywords: immovable, land, property owner, forest, force majeure

Giriş

Mülkiyet hakkı, içeriğindeki *usus*, *fructus* ve *abus* yetkileri ile birlikte, herkese karşı ileri sürülebilen, mutlak bir haktır. Bu sebeple malike, başkaları

* Makale gönderim tarihi: 02.05.2019. Makale kabul tarihi: 14.05.2019. Gökçe Canarşlan, "Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlarından Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2019, s. 283-311.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
İletişim: geanarşlan@hotmail.com

tarafından hakkın konusu eşyaya yapılan müdahaleleri engelleme imkânı vermektedir. Ancak kimi zaman kanun, kimi zaman da hukuki işlemlerle bizzat malik tarafından bu yetkilerin sınırlandırıldığı görülmektedir. Taşınmazlar üzerinde kurulan mülkiyet hakkının kanundan kaynaklanan kısıtlamaları, Türk Medeni Kanunu (TMK) md.731 vd hükümlerinde belirtilmiştir. Bu hükümlerde, komşuluk hukukundan doğan ve sadece birbirine komşu olmaktan kaynaklanan kısıtlamaların yanında hukuki işlemlerle de taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kısıtlanması veya kamu hukuku kaynaklı çeşitli kısıtlamalar düzenlenmektedir. İncelenen konu kapsamındaki hükümler, sadece komşu olmaya veya malik ile hukuki işlem yapılmasına dayalı olmayan, aksine herkes lehine getirilen ve sadece arazi niteliğindeki taşınmazları kapsayan kısıtlamaları ele almaktadır. TMK md.751 vd.'da "*Başkasının Arazisine Girme Hakkı*" kenar başlığıyla üç ayrı durum düzenlenmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle taşınmaz mülkiyetine ilişkin kısıtlamaların kaynaklandığı hükümler tespit edilecek, ardından taşınmaz malikinin izni veya rızası olmaksızın diğer kişilerce kendi arazisine girilmesine katlanma yükümlülüğüne ilişkin, başkasının arazisine girme hakkının kapsamı belirlenecektir. Bu hakkın içinde yer alan Orman ve Mer'aya Girme Hakkı (TMK md.751), yasaklanmadığı sürece herkesin, başkasının arazisine girerek kendiliğinden yetişen yabancı meyve, mantar, kestane gibi doğal ürünlerden faydalanmasına imkan tanımaktadır. Hakkın kullanılabilmesi için arazinin, toplanacak bitkilerin ve miktarın hangi özelliklerde olacağı ve sınırları, çalışmanın ikinci bölümünü oluşturmaktadır.

Su, rüzgar gibi doğal güçlerin veya rastlantının etkisiyle başkasının arazisine düşen ya da sürüklenen eşyanın bulunduğu yerden alınması için TMK md.752'de eşyanın malikine sürüklenen ya da düşen araziye girme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kullanılabilmesi için arazi malikinden alınacak izin ve diğer gerekli şartlar ile zarar meydana geldiğinde arazi malikinin hakları, üçüncü bölümde incelenecektir.

Kişinin kendisini veya başkasını tehdit eden tehlikeden kaçmak amacıyla, diğer bir kimsenin arazisine girmesi de kanun tarafından belirtilen, malikin katlanmak zorunda olduğu mülkiyet hakkının sınırlarındandır. Bu şekilde tanımlanan zorunluluk hali (TMK md.753), kanunda başkasının arazisine girme hakkı başlığında yer alan son hüküm olup, şartları ve uygulaması da çalışmanın dördüncü bölümünü oluşturmaktadır.

I. Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırları

A. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı, sahibine en geniş kullanma yetkisi veren aynı hak olmasına rağmen, malikin hakkı da sınırsız değildir. Malik bazen kendi hukuki işlemiyle mülkiyet hakkını kendisi sınırlayabileceği gibi, bazen de Türk Medeni Kanunu (TMK) veya ilgili diğer mevzuat tarafından söz konusu yetkiler sınırlanabilmektedir. Mevzuat İsviçre Medeni Kanunu (CCS) taslağında, malikin hakimiyet yetkisine dayanarak, arazisine üçüncü kişilerin girmesine müsamaha gösterme zorunluluğunun bulunmadığı ifadesinin yer almasına rağmen, haksız yere eşyayı elinde bulunduran kişiye karşı malikin mülkiyet hakkına dayanarak dava açabileceği (CCS md.641/2) göz önüne alınarak hüküm, gereksiz bulunmuş ve kanun metninde yer almamıştır.¹ Bu sebeple bir yandan mülkiyet hakkının korunması, diğer yandan üçüncü kişilerin farklı kaynaklardan doğan haklarının mülkiyet hakkının kullanılmasını engellememesi arasında bir denge oluşturulması gerekmektedir.

TMK md.731'de "*Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları*" kenar başlığıyla yer alan maddelerde, (mevzuatta bunun dışında pek çok dağıntık hüküm olsa da) genel olarak taşınmaz mülkiyetinin sınırları çizilmektedir. Malikin kendi yaptığı hukuki işlemle hakkını sınırlaması, söz gelimi intifa hakkı kurması, sınırlı aynı haklara ilişkin düzenlemeler içinde yer almakta iken, TMK md.735 ve md.736'da şerh edilmiş alım, geri alım ve önalım hakları düzenlenmiştir. Örneğin malikin başka bir kişiye alım hakkı tanımak için yaptığı alım sözleşmesi, Tapu Sicili'ne şerh verilmişse, sadece malike ve külli haleflerine değil, "şerhte belirtilen süre içinde her malike karşı" kullanılabilirdiğinden (TMK md.736) malik, hukuki işlemiyle mülkiyet hakkını sınırlamış olacaktır. Kanundan doğan sınırlamalar ise, kamu hukukuna veya özel hukuka ilişkin sebeplerden kaynaklanabilmektedir. İmar Kanunu, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun, taşınmaz mülkiyetini sınırlayıcı kamu hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Buna karşılık özel hukuk sınırlamalarının sadece yasal önalım hakkından değil, eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyeceği (TMK md.194) gibi aile hukukundan veya eşlerden birinin ölümü halinde terekedeki konutta sağ kalan eşe mülkiyet hakkı tanınması (TMK md.652) gibi miras hukukundan da kaynaklanması mümkündür.

1 Robert Haab; August Simonius; Werner Scherrer; Dieter Zobl, *Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977, s. 513.

2 "Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir." (TMK md.683/II)

Türk Medeni Kanunu sistematüğinde öncelikle yasal önalım hakkı (TMK md.732 vd), Tapu Sicili'ne şerhedilmiş alım, önalım ve geri alım hakları (TMK md.735,736), ardından komşular lehine koyulmuş sınırlamalar (TMK md.737 vd.) ve son olarak daha geniş çevrenin yararına olacak şekilde mülkiyet hakkını sınırlayan “Başkasının arazisine girme hakkı” (TMK md.751 vd.) düzenlenmiştir.

B. Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı

Onayı olmaksızın arazisine girilmesi, malikin mülkiyet hakkını dilediği şekilde kullanmasını engelleyebileceği ve rahatsızlık yaratabileceği gibi, aynı zamanda mülkiyet hakkının içeriğinde bulunan *usus ve fructus* yetkilerine de müdahale anlamına gelecektir. Mülkiyet hakkının herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak olması sebebiyle malik, üçüncü kişilerce arazisine yapılan haksız müdahaleleri engelleyebilecektir. Bu kapsamda malik, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasını haksız olarak güçleştiren kişiye karşı elatmanın önlenmesi davası açarak, yapılan müdahalenin önlenmesini veya müdahaleye son verilmesini talep edilebilmektedir³. Ancak kanun tarafından bazı durumlarda ve belirli şartlar altında malike, arazisine başkasının girmesine katlanma yükümü yüklenmiştir⁴. Başkasına ait araziye girme hakkı istisnai nitelik arz ettiğinden, sınırsızca kullanımı mümkün olmamakta, sadece TMK md.751 vd. belirtilen hallerde kullanılabilir.

Başkasına ait araziye girme hakkı, sadece malikin hukuki işlem yaptığı kişilere veya komşulara tanınmış bir hak değildir⁵. Malik ile hukuki bir bağı olsun ya da olmasın, herkesin bu haktan yararlanması mümkündür. TMK md.747'de yer alan zorunlu geçit hakkı tanınması gibi bazı hallerde malikin, komşuluk hukukuna göre arazisine komşusu tarafından yapılan müdahaleye katlanması zorunlu olmasına rağmen, araziye girme hakkından söz edebilmek için kom-

3 Selahattin Sulhi Tekinay, *Eşya Hukuku*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970, s. 252. (Eşya)

4 Tarkan Göksu, *Sachenrecht, Art.699,700,701, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, s. 271; Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 21.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 475; Kemal Gürsoy; Fikret Eren; Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 663; Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 281; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 380; Ferit Hakkı Saymen; Halid Elbir, *Türk Eşya Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 386; Ahmet, Güneş, *Çevre Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 131; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 444; Suad Bertan, *Aynı Haklar, Cilt I*, Balkan Basım ve Cilt Evi, Ankara, 1976, s. 872; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 431; Derya Ateş; Jale Akipek; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 567.

5 C. Wieland, *Aynı Haklar*, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, Ankara, 1946, s. 300; Paul-Henri Steinauer, *Les Droits Réels (Tome II)*, 4. Baskı, Edition Staempfli+Cie SA, Berne, 2007, s. 270.

şuluk ilişkisi gerekmez. Ancak bu hak kullanılırken belli şartlar⁶ dahilinde hareket edilmesi, araziye zarar verilmemesi, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasını engelleyecek bir faaliyete girişilmemesi gerekmektedir. Aksi halde mülkiyet hakkını koruyan davalar yanında cezai yaptırımlarla da karşılaşılması gündeme gelebilecektir.

TMK md.751 ve devamında düzenlenen hak, sadece özel hukuk kapsamında düşünülmemeli, kamu yararı göz ardı edilmemelidir⁷. Şöyle ki ormanlık alan veya mer'a niteliğindeki arazinin halkın, zaman zaman koşmak, ata binmek veya yürüyüş yapmak için oradan geçmek suretiyle yararlanmasına açık olması sebebiyle, arazinin kamu yararına da işlev gördüğü kabul edilmektedir⁸. Diğer bir deyişle başkasına ait araziye girme hakkı, bir yandan mülkiyet hakkını sınırlarken, diğer yandan toplum için spor yapmak gibi rahatlamaya yönelik faaliyetlerde bulunmak üzere gerekli alanın sağlanmasına katkıda bulunmaktadır⁹.

Hakkın kapsamına tüm taşınmazlar değil, sadece arazi girmektedir. Örneğin kat mülkiyetine konu olan bir binada, girme hakkının bulunduğundan bahsedilemez. TMK md.704'de Tapu Sicili'ne kaydedilecek taşınmazlar belirtilirken araziden de söz edilmesine rağmen, arazinin kanunda tanımlaması yapılmamıştır. 22.07.2013 tarihli Tapu Sicil Tüzüğü md.8'de arazi "sınırları hukuki ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası" olarak belirtilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu md.655'de taşınmazlar arasında gösterilen arazi, 01.01.2012'de yürürlüğe giren İsviçre Tapu Sicil Tüzüğü'nde¹⁰ "sınırları yeterince belirlenebilecek alan" olarak tanımlanmıştır¹¹. Arazinin sınırlarının belirli olması zorunlu değil, belirlenebilir olması yeterlidir¹². Sınırlama dışarıdan görülecek şekilde sınır taşı, bahçe duvarı, çit gibi işaretlemelerin yapılmasını gerektirmez¹³.

6 Bkz Bölüm II-Orman ve mer'aya girme hakkı/ A-Orman ve mer'aya girme hakkının şartları

7 Marie von Fischer Lehmann, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, s. 1364; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 150; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 516; Steinauer, s. 270.

8 BGE 106 Ia 84, BGE 106 Ib 47, ATF 105 Ib 272.

9 Fischer Lehmann, s. 1364.

10 23.09.2011 tarihli *Ordonnance sur le registre foncier*

11 İsviçre'de 01.01.1993'de yürürlüğe giren Resmi Ölçüm Kararnamesi md.5'de arazilerin sınırlarının nasıl belirleneceği gösterilmektedir.

12 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 187; Meinrad Huser, *Droit Suisse de la Mensuration et Aspects Choisis du Droit de la Géoinformation et du Registre Foncier*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017, s. 76.

13 Alexander Kernen, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2016, s.1269; Steinauer, s. 50.

Bu hak arazi malikine, arazisine girilmesine katlanma yükümlülüğü, karşı tarafa ise başkasına ait araziye girme yetkisi vermektedir. Bununla birlikte girme hakkı, sınırlı aynı haklarda olduğu gibi arazi üzerinde önemli bir yük de oluşturmamaktadır. Söz gelimi arazide intifa hakkı gibi bir sınırlı aynı hak kurulduğunda intifa hakkı, eşya üzerinde bir yük teşkil ederek, mülkiyet hakkının konusu eşyanın fiilen kullanılmasını intifa hakkı sahibi lehine sınırlandırılmaktadır¹⁴. Oysa başkasının arazisine girme hakkı, malikin mülkiyet hakkını kullanmasına engel olmayacak, kendisi sadece buna katlanacaktır. Ayrıca araziye giren kişi tarafından bir zarar meydana getirildiğinde, zarar tazmin edilecektir¹⁵.

Başkasına ait araziye girme hakkı, TMK'da üç ayrı durumu kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bunlar orman ve mer'aya girme hakkı (TMK md.751), sürüklenen şeyler ile benzerlerinin alınması (TMK md.752) ve zorunluluk halidir (TMK md.753).

II. Orman ve Mer'aya Girme Hakkı

Taşınmaz mülkiyetini sınırlayan haklardan biri olan orman ve mer'aya girme hakkı, TMK md.751'de "*Yetkili makamlar tarafından bitki örtüsünü korumak amacıyla yasaklanmadıkça, herkes başkasının orman ve mer'asına girebilir ve oralarda yetişen yabanî meyve, mantar ve benzeri şeyleri, yerel âdetlerin izin verdiği ölçüde toplayıp alabilir.*" ifadesiyle genel hatlarıyla belirtilmiştir. Mevaz kanun CCS md.699'da benzer şekilde düzenlenen orman ve mer'aya girme hakkı, başka bir aynı hak sahibine yükümlülük yüklediğinden, istisnai nitelik taşımakta, bazı şartlara ve sınırlamalara tabi tutulmaktadır.

A. Orman ve Mer'aya Girme Hakkının Şartları

1. Arazinin Orman ve Mer'a Niteliğinde Olması

31.08.1956 tarih, 6831 sayılı Orman Kanunu (OK) md.1'de "*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*" ifadesiyle ormanın tanımı yapılmıştır. Sazlıklar, parklar, mezarlıklardaki ağaçlık alanlar, sahipli arazide bulunan ve civardaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaçlık alanlar, dikenlikler gibi yerler orman olarak sayılmamaktadır¹⁶. Maddenin kenar başlığı araziden bahsetmesine rağmen TMK md.751'de yer alan hak, sadece orman ve mer'a için kullanılabilir. Orman ve mer'a niteliğine sahip olmayan arazilere girmek, madde kapsamı dışında

14 Bkz: Gökçe Canarslan, İntifa Hakkının Sona Ermesi

15 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 516.

16 İstisnalar için bkz.Orman Kanunu md.1, Ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Ünal; Veysel Başpınar, *Orman Hukuku*, 4. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.

bırakılmıştır. Buna karşılık TMK md.751 uygulamasında ne hayvanların tesadüfen otlatıldığı herhangi bir arazi mer'a, ne de bir grup ağaç, orman anlamına gelmektedir¹⁷. Mer'anın tanımı, 25 Şubat 1998 tarih, 4342 sayılı Mera Kanunu md.3'de "*hayvan otlatma ve otlardan yararlanmak üzere tahsis edilen yer*" olarak yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda açıkça yer verilmese de Mera Kanunu md.2'de mer'a ile birlikte düzenlenen yaylak ve kışlak¹⁸ için de girme hakkı uygulanacaktır¹⁹.

Orman Kanunu'nda ormanlar, devlet ormanları, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar ve özel ormanlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Mer'a üzerinde ise özel mülkiyet kurulamayacak ve mer'alar devletin hüküm ve tasarrufu altında tutulacaktır (Mera Kanunu md.4). Ancak mer'aların kullanım hakkı kiralanabilecektir.

Orman ve mer'anın büyüklüğü de önemsizdir. Ancak OK md.1'e göre, orman sınırları dışındaki yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler orman sayılmadığı için, üç hektarın altında kalan ağaçlık arazi TMK md.751 kapsamı dışında tutulacaktır.

Orman ve mer'anın sınırlarının kapalı, işaretlenmiş veya belirli olması, kural olarak önem taşımamaktadır²⁰. Ancak OK md.50'de özel mülkiyete tabi ormanlarda malike, ormanın sınırlarına devlet tarafından tespit edilen işaretleri koyma zorunluluğu yüklenmiştir. Bununla birlikte mer'a için de, ayrılan alanların tespit edilerek sınırlarının belirlenmesi ve sınır işareti koyulması için Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nca bir komisyon kurulması gerekliliği belirtilmiştir (Mera Kanunu md.6). Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde çıkarılabilecek sonuç, arazi özel orman ve mer'a olarak tahsis edildiği zaman sadece Tapu (ve mer'a için tutulan özel) Sicili'nde tescili yetmeyerek, sınırlarının işaretlenmesi de zorunlu olmakla birlikte, zamanla bu işaretlerin fiilen görülemeyecek şekilde ortadan kalkması²¹ halinde dahi TMK md.751 hükmünün uygulanabileceğidir.

Doktrinde öne sürülen bir görüşe göre, TMK md.751'in sadece özel mülkiyete tabi ormanlar için geçerli olduğu, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki

17 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 516; Steinauer, s. 270.

18 Yaylak, hayvanların çiftçilerle birlikte yazı geçirmelerine, kışlak ise kışın otlayarak, barınmalarına tahsis edilen yerlerdir. (Mera Kanunu md.3)

19 Tekinay, s. 152.

20 Wieland, s. 300.

21 Orman Kanunu md.9'a göre devlet ormanlarında koyulan sınır işaretlerinin tahrip edilmesi, değiştirilmesi yasaktır. 19.04.2012 tarih ve 6292 sayılı kanunla değişmeden önce sınır noktaları, "*sabit taş ve beton kazıklarla tespit edilir*" şeklindeyken günümüzde sınır noktaları, "*zeminde tespit ve tesis edilir*" halini almıştır.

orman ve mer’adan yararlanma hakkının ise kamu hukuku kurallarına tabi olduğu savunulmaktadır²². Buna karşın üstün tutulması gereken görüş, maddede yer alan başkasının ormanı ve mer’ası ifadesinden yola çıkarak, devlete ve diğer kamu kuruluşlarına ait ormanların da bu kapsama girdiğini belirtmektedir²³. Kanaatimizce ormanlar ve mer’alar devletin mülkiyetinde de olsa korunan yarar açısından bakıldığında, insanların bir anlamda nefes almasına, spor yapmasına yardımcı mekanlar olduğundan, yapılan sınırlamalara uymak kaydıyla buralara girmek, geçmek ve geçerken yabancı meyveleri toplama hakkının, devlet ormanlarında da tanınması kamunun yararına olacaktır. Kaldı ki devlet ormanlarında, OK md.25’e dayalı olarak çıkarılan 30 Eylül 2006 tarih, 26305 sayılı Mesire Yerleri Yönetmeliği’nde belirtilen usullere göre kişilerin dinlenme, piknik yapma ve sağlık gibi sosyal fonksiyonları için ayrılan rekreasyonel alanları ile mesire ve orman içi dinlenme yerleri belirtilerek, buralardaki faaliyetlere ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Oysa incelenen konu kapsamında orman ve mer’aya girmek, bu faaliyetlerin yanında çok daha sınırlı bir yer tutmaktadır. Ayrıca hazineye ait araziye girilmesine katlanılması ile özel mülkiyete tabi araziye girilmesine malikin katlanma yükümlülüğü arasında kavramsal açıdan bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte Mera Kanunu md.4’e göre mer’alar, özel mülkiyete tabi olamayacaktır. İlk görüş savunularak TMK md.751’de yer alan *mer’a* ifadesinin sadece devlete ait mer’aları kapsadığı düşünüldüğünde, zaten üzerinde özel mülkiyet kurulabilecek bir mer’a olmadığından, TMK’daki ifade işlevsiz kalmaktadır. Bu sebeple devlete ait ormanlarda, Orman Kanunu’ndaki çeşitli sınırlamalar gibi kamu hukukuna ilişkin idari düzenlemeler yapılması mümkün olmaktadır. Ayrıca TMK md.751, sadece özel hukuk kişilerine ait ormanlara değil, hem devlete ait ormanlara, hem de devletin dışında üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkün olmayan mer’aya girme hakkını hüküm altına almaktadır.

2. Başkasının Orman ve Mer’asında Yetişen Yabancı Meyveleri Toplamak

TMK md.751’de yer alan girme hakkı, sadece başkasının arazisine girmeyi değil aynı zamanda burada bulunan yabancı meyve, mantar gibi bitkilerin de toplanmasına izin vermektedir. Maddede sayılanlar sınırlı olmayarak örnekler verilmiştir. Toplanacak bitkiler, doğada kendi kendine yetişen, kestane, ıhlamur, böğürtlen, kuşburnu, adaçayı gibi yabancı nitelikte olmalıdır. Orman ve mer’ada doğal olarak yetişen çiçekler veya ilaç yapımında kullanılan çeşitli ot-

22 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 475; Sirmen, s. 444; Akıntürk, s. 567.

23 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, ag.e., s. 516; Tekinay, s. 150; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 663.

ların da toplanması mümkündür²⁴. Kendiliğinden yetişen bitkileri arazi malikinden başkasının toplamasına imkan tanıyan TMK md.751'in amacı, malikin ekonomik olarak yararlanmayı düşünmediği ve yerinde bırakılması halinde zaten kimse yararlanmadan yok olacak bitkilerden yararlanmaya imkanı sağlamaktır²⁵. Bu sebeple insan emeğiyle ekilmiş bir tarım arazisinde yetişen tarım ürünü bu kapsamda değerlendirilmez. Zaten orman ve mer'a kavramına da ekilmiş olsun olmasın, tarım arazisi girmemektedir²⁶.

Toplanacak bitki ısırganotu, çiçek gibi toprağa kökleriyle bağlı, ya da meyve gibi köklerine dokunulmaksızın tek başına koparılabilen ürünler olabilir. Doktrinde öne sürülen bir görüş, mer'adan ot toplanmasının ve ormandan ağaç kesilmesinin TMK md.751 kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir²⁷. Buna karşılık diğer bir görüş yabani meyvenin yanında ot, odun ve çalı toplamak için yerel örf-adete bakılması gerektiğini savunmaktadır²⁸. Kanaatimizce insan eliyle bir müdahale olmaksızın, kendiliğinden koparak düşmüş ağaç dallarının veya mevsimsel etkiyle dökülen çalıların toplanmasının araziye ve mülkiyet hakkının kullanılmasına bir engel teşkil etmeyeceğinden bahisle, toplanacak bitkinin niteliği değerlendirilerek buna izin verilmesi imkan dahilindedir.

Başkasının arazisinden yabani meyve toplanması, TMK md.767'de "*Sahipsiz bir taşınırın malik olmak iradesiyle zilyetliğine geçiren kimse, onun maliki olur.*" ifadesiyle belirtilen, sahipsiz taşınırın üzerinde malik olma iradesiyle zilyetlik kurularak mülkiyetin aslen kazanılmasının, özel bir uygulama alanıdır. Ancak TMK md.751'de yer alan hakkın kazanılması için, toplanacak meyvenin sahipsiz eşya niteliğinde olması zorunlu değildir²⁹.

3. Yerel Adetlerin İzin Verdiği Ölçü İçinde Kalmak

Başkasının arazisine girerek meyve toplanabilmesi için birden fazla konuda sınırlamalar bulunmaktadır. TMK md.751'de "*yerel adetlerin izin verdiği ölçü*" şeklinde sınır çizilmiştir. Bu sınır öncelikle toplanacak meyvenin belirli bir miktarda olmasını ifade etmektedir. Söz gelimi başkasının arazisinden çuvalarla kestane toplanarak satılması, miktar olarak bu ölçüyü aşmaktadır. Orman Kanunu'na bağlı olarak çıkarılan Orman Ürünlerinden Faydalanmak

24 Steinauer, s. 272.

25 Bertan, s. 877; Fischer Lehmann, s. 1365.

26 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 664; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 516.

27 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 665.

28 Wieland, s. 300.

29 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 665.

İsteyenlere Verilecek İzinlere Ait Yönetmelik³⁰'de (OÜFİVİAY) toplanacak, kesilecek ve sökülecek bitki, yaprak, çiçek, meyve, tohum, polen, kök ve soğanları ile mantar, kozalak, ur vb. için Orman Genel Müdürlüğü'ne başvurularak, ürünlerin bedelinin ödenip izin alınması şartı getirilmektedir. Adı geçen yönetmelik, sadece devlet ormanları için geçerli olup, ürünlerin toplanması sırasında gerektiğinde ormancılık tekniğine uyulması zorunluluğunu da taşımaktadır. Ancak OÜFİVİAY, orman ürünlerini belirlemeye yol gösterici olmakla birlikte, başkasının mülkiyetine tabi orman ve mer'aya girmekle ilgili değil, maddi kazanç elde etmek amacıyla orman ürünlerinin toplanmasına ilişkin sınırlar getirmektedir³¹. Bu noktada salt kişisel ihtiyaçlar ile ticari kazanç elde etmek için ürün toplanmasının şartları birbirinden ayrılmalıdır³². İlgili yönetmeliğin devlet ormanlarına uygulanacağı göz ardı edilmeden, salt kişisel ihtiyaçlar için ürün toplamak TMK md.751 kapsamında değerlendirilip, maddi kazanç amacı güdüldüğünde izin alma zorunluluğu koyulmalıdır. Ancak mevzuatta böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Bu sebeple devlet ormanlarında görevli memurların karşılaştıkları uyuşmazlıklarda, aynı bölgede dahi olsa maddi amaç ile kişisel ihtiyaçların ayırımında yerel örf-adet dikkate alınmasına rağmen, kişisel değerlendirmeler sebebiyle birbirinden çok farklı sonuçlara ulaşılmakta; benzer durumların birine TMK md.751 uyarınca ürünlerin toplanmasına imkan tanınmasına rağmen, diğerine izin alınmadığı için OK md.94 hükümlerince cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir.

İsviçre'de yürürlükten kalkmış olan özel bir kanuna göre³³ Graubünden Kantonu'nda aileler ve onaylanmış gezilerin dışında üç kişiden fazla sayıda kişi birlikte mantar toplayamayacak, ayrıca belirli cinslerde de kişi başına iki kiloyu aşamayacak ve çapa, tırmık gibi aletler kullanılamayacaktır. Bunun gibi yerel adetlerce veya hukuki düzenlemelerle kişisel ihtiyaçlar için yabancı bitkilerin toplanma yöntemi, bölgeleri, miktarı, zamanının belirlenmesi mümkündür.

30 Yönetmelik, Orman Kanunu'na bağlı olarak çıkarılmış, 07.11.1995 tarih, 22456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca yönetmeliğe göre devlet ormanlarından çeşitli şartlara uyulmak kaydıyla izin alınarak fidan, dal, kök ve dikili ağaçlar da sökülebilir, sakız ve katran da toplanabilir (md.8,9,10). Buna karşılık izin alınmaksızın devlet ormanlarından "... Dikili yaş veya kuru ağaçları kesmek veya bunları kökünden sökmek veya bunlardan kabuk veya çıra veya katran veya sakız çıkarmak, yatık veya devrik ağaçları kesmek veya götürmek, kök sökmek, kömür yapmak; Palamut, ıhlamur çiçeği, her çeşit orman örtüsü, mazi kozalağı tıbbi ve sınai nebatları veya orman tohumlarını toplayıp götürmek" Orman Kanunu md.14'e göre yasaklı fiillerdendir.

31 Ormandan kekik otu, çam kozalağı toplanması hakkında bkz: Yargıtay 3. C.D. E.1992/7735, K.1992/9958, T.7.10.1992; Yargıtay 3. C.D. E. 1997/6408, K. 1997/7653, T. 18.6.1997; Yargıtay 3. C.D. E. 2003/4319, K. 2003/5950, T. 8.10.2003.

32 Yavuz Özhan Türker, "Odun Dışı Orman Ürünlerinden Yararlanmanın Yasal Esasları", *Journal of the Faculty of Forestry*, İstanbul University 2011, 61 (1):13-21, s.19.

33 Graubünden Kantonu Bitkilerinin ve Mantarlarının Korunması Hakkında Kanun md.11, 12

Miktarın yanında diğer bir sınır da yabancı meyveleri toplama şekli ile ilgilidir. Bitkilerin köklerinin sökülerek bir daha verim alınamayacak şekilde koparılması³⁴, malikin mülkiyet hakkını kullanılamayacak hale sokulması anlamına geleceğinden, hakkaniyete aykırı bu toplama şekline de izin verilemeyecektir. Başka deyişle yerel adetlerin verdiği izinden bahsedebilmek için, orantılılık ilkesinin sınırlarında kalınmaya özen gösterilmelidir³⁵.

B. Orman ve Mer'aya Girme Hakkının Sınırları

TMK md.751'de belirtilen başkasına ait araziye girme hakkı da sınırsız değildir. Hakkın sınırını bir yandan, malikin mülkiyet hakkının kullanımına diğer yandan da, orman ve mer'aya, zarar verilmemesi yükümlülüğü çizmektedir.

1. Orman ve Mer'aya Girişin Yasaklanmamış Olması

Malikin başkalarının kendi arazisine girişine katlanma yükümlülüğü, hukuki tasarruf yetkisini değil, kullanma ve yararlanma şeklinde fiili tasarruf yetkisini kısıtlamaktadır³⁶. Böylece malik arazisi üzerinde her türlü tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte, TMK md.751 uyarınca diğer kişilerin arazisine girmelerine göz yummak zorunda bırakılmaktadır. Ancak bazen orman ve mer'aya girişlerin sınırlanması mümkündür.

Kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar, erozyon tehlikesinin bulunduğu yerlere girmenin ve dal artıkları veya ağaç kabuklarının toplanmasının yasaklanması (OÜFİVİAY md.7,10) veya yangının söndürülmesinin hemen ardından, sirayet tehlikesi daha geçmediği için bir süreliğine ormanlara girmenin engellenmesi (OK md.74) gibi kamu yararı gözetilerek getirilmektedir. Sınırlama, kamu yararı için yapıldığından makul sebeplere dayanmalı, sorumlu olan makamların ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımların belirli olması gerekmektedir³⁷. Söz gelimi sadece kamu yararı öne sürülerek bir yerel mahkeme kararı ile pazar sabahları çilek toplamak yasaklanamaz³⁸.

Özel mülkiyete tabi bir ormanın, hukuki bir işlem veya yarar olmaksızın maliki tarafından, sınırları belli olacak ve kimsenin girmesine izin vermeyeceğini açıkça belirtecek şekilde çitlerle, dikenli tellerle çevrilmesi halinde TMK md.751 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi gerekmektedir. Öğretide bir görüş malikin menfaatlerini üstün tutarak, malikin arazinin

34 Göksu, s. 270; Wieland, s. 300; Bertan, s. 876; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 519; Steinauer, s. 272; Fischer Lehmann, s. 1365.

35 Steinauer, s. 272; Bununla birlikte bazen yabancı meyve toplamak değil de orman ve mer'aya girme hakkı da çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilir. Bkz. Bölüm II. Orman ve mer'aya girme hakkı/ B. Orman ve mer'aya girme hakkının sınırları

36 Erman, s. 118.

37 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 518.

38 Steinauer, s. 272.

etrafını kapatarak başkalarının geçiş hakkına engel olabileceği sonucuna varmaktadır³⁹. Buna karşılık diğer görüş korunmaya değer menfaat ve kamu yararı olmadıkça TMK md.751'e istisna tanınamayacağını belirtmektedir⁴⁰. İkisinin arasında yerel örf-adetten yola çıkarak orta yolu bulan başka bir görüş yer almaktadır⁴¹. Bu son görüşte yerel örf-adet orman ve mer'a malikine arazisini başkalarına kapatma yetkisi vermekteyse hiç kimsenin buraya girmesi mümkün değildir, ancak yerel örf-adet bu yetkiyi vermesine rağmen malik istiyorsa başkalarının girmesine izin verebilir.

Görüşler hakkında yorum yapabilmek için öncelikle tespit edilmesi gereken, arazinin orman ve mer'a niteliğine sahip olması gerekliliğidir. Söz gelimi başkalarının tarlasına veya bağ bozumu yapılmış olsa bile bağına, girilmesi mümkün değildir⁴². Ardından sınırlamanın amacı belirlenmelidir. Örneğin otlayan hayvanların kaçmasını engellemek için mi çit yapıldığı, yoksa başkalarının araziye girişinin mi engellenmesinin amaçlandığı hususları birbirinden ayrılmalıdır. Son olarak da başkalarının araziye girişinin engellenmesinin özel bir sebebi olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır. Örneğin genç fidanların ve otların yetişmesi sırasında üzerine basılmasının engellenmesi, bitki kültürünün korunması veya insanlar aracılığıyla taşınan bir bitki hastalığının yayılmaması gibi kısıtlamalar getirilmesi halinde, girme hakkından söz edilemeyecektir. Bu sınır idare veya malik tarafından da koyulabilir.

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, başkalarının orman ve mer'aya girişini açıkça ve özel bir sebebe dayanmaksızın engellemek amacıyla çit veya duvar yapılması halinde; son görüş yerel örf ve adetin böyle bir sınırlamaya izin vermesi halinde kapatılmış bölgeye girilmesine imkan tanımamaktadır. Buna karşılık yerel adete göre böyle bir yetkisi bulunmaksızın kişi arazisini kapatmışsa, TMK md.751'de belirtilen girme hakkının tanınmasına engel yoktur⁴³. İlk görüş malike, hayvanların kaçması, tabiatın korunması gibi bir amacı olmaksızın mülkünden dilediği gibi tasarruf etme özgürlüğüne sahip olduğu ve araziye sadece kendi kullanımı için elinde bulundurmasının, mülkiyetin verdiği yetkilerin sınırları aşmadığından, istediği takdirde başkalarının geçişini engelleme hakkı tanımaktadır. İkinci görüş ise TMK md.751'in mülkiyeti sınırlandırma sebebinin, toplumun sağlığını, yararını korumak amacıyla getirilmesi olduğu için, özel amaçla yasaklanmadığı sürece başkalarının araziye girmesi-

39 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 517; Pierre Tuor, *Le Code Civil Suisse*, Editions Polygraphiques S.A., Zurich, 1942, s. 491.

40 Tekinay, s. 151; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 665.

41 Saymen, Elbir, 398.

42 Wieland, s. 300.

43 Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve savunan diğer yazarlar için bkz: Saymen, Elbir, s. 398.

ne kamu yararı ön planda tutularak engel olunamayacağını ifade etmektedir. Kanaatimizce hükmün amacı kamu yararı olmasına rağmen, malikin arazisini çevirerek açıkça orada başkalarının rahatsız edilmeyi istememe hakkı bulunmaktadır. Malikin açıkça girilmesini yasaklayarak, tüm yetkilerini kendisinin kullanımı için elinde tutmak istediği arazi üstündeki mülkiyet hakkı ile, TMK md.751'de yer alan hak karşı karşıya geldiğinde, mülkiyet hakkına üstünlük tanımak gerekmektedir. Ayrıca toplumun kullanımı için ayrılan özel mesire yerleri ve kent ormanları da mevcut olduğundan koşu, aerobik vs. sebeple özel mülkiyetin arka plana itilmesine gerek yoktur. Kaldı ki diğer kişiler açısından zorunluluk hali söz konusu olduğunda, zaten TMK md.753 hükümleri uyarınca zorunlu durumda kalan kişinin taşınmaza girişine izin verilmektedir. Bu yüzden malik, iradesini açıkça belirttiği takdirde, başkalarının girişini engelleyebilecektir.

2. Orman ve Mer'aya Zarar Verilmemesi

TMK md.751 kapsamında araziye gerek giren kişilerce, gerek yanlarındaki eşyalarca, gerekse de birlikte oldukları hayvanlarca zarar verilmemesi önemlidir. Orman ve mer'aya girmek için yaya olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kişiler bisikletle veya at sırtında da olabilirler⁴⁴. Motorlu araçlar hakkında ise İsviçre'de kantonlara göre farklılık görülmektedir. Örneğin Fribourg Kantonu'nda bisiklete binmek ve motorlu araçlarla ormandan geçmek, sadece özel olarak ayrılmış yollarda mümkündür⁴⁵. Genève Kantonu'nda ormanlarda sadece orman idaresi veya kontrolü ya da tarım açısından zorunlu motorlu araçlar girebilirler⁴⁶. Jura Kantonu'nda motorlu taşıtların, tabela olmasa dahi ormana girişlerinin yasak olduğu, ancak su, enerji, iletişim, yürüyüş parkurlarının izlenmesi gibi zorunlu hallerin istisna olduğunu belirtmektedir⁴⁷. İsviçre Federal Orman Kanunu md.15⁴⁸ ise orman idaresi veya tarım amaçlı araçların girişine imkan tanımakla birlikte, kamu yararına aykırı olmadıkça girilecek araçların niteliğini belirleme yetkisinin kantonlarda olduğunu hüküm altına almıştır.

Başkasının orman ve mer'asına giren kişilerin, geçici bir süre için orada kalma hakları da vardır. Bu kalma süresi belirlenirken, söz gelimi ormandan geçerken yolunu kaybetmiş kişinin geceyi geçirmesine müsamaha gösterilmesi, ancak yanında çadır getirerek kamp yapma amacıyla başkasının arazisine

44 Fischer Lehmann, s. 1364; Tekinay, s. 152; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 664.

45 02.03.1999 tarih, 921.1 sayılı, *Loi sur les forêts et la protection contre les catastrophes naturelles* md.30.

46 20.05.1999 tarih, M 5 10 sayılı, *Loi sur les forêts* md.21.

47 20.05.1998, tarih, 921.11 sayılı, *Loi sur les forêts* md.20.

48 04.10. 1991 tarih, 921.0 sayılı, *Loi fédérale sur les forêts* md.15.

girilmesi arasındaki fark, gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü TMK md.751’de yer alan girme hakkı, aniden gerçekleşen ve kısa bir süreyi kapsayan bir hak olduğu için uzun süre kalma halinde girme hakkı aşılarak, malike zarar verme ihtimali ortaya çıkmıştır⁴⁹. Arazinin topluca çadır kurulması, kamp ve futbol müsabakaları yapılması, orman partileri düzenlenmesi amacıyla kullanılması için malikten izin alınmalıdır. İzin verilmediği halde bu eylemlerin gerçekleştirilmesi hukuka aykırıdır⁵⁰.

Buna karşılık arazinin sadece geçiş için kullanılabilmesi, bir zarar tehlikesi doğurmayan aerobik ve koşu gibi sporlar TMK md.751 kapsamında değerlendirilmelidir. Fakat toplu halde yapılan sporların araziye yoğun ve aşırı sayıda kişinin girmesine sebep olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Bu şekilde kalabalık aktivitelerin araziye zarar vermesi mümkündür⁵¹. Kışın kayak yapmak için araziye girme hakkının kullanılması ise özellikle çığ tehlikesi oluşturması ihtimali sebebiyle tartışmalıdır⁵². Genel eğilim, kayak yaparken orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak ormanlardan geçme hakkının serbestçe kullanılabilmesi ancak doğanın korunması gibi durumlarda, kısıtlanabileceği yönündedir⁵³. Kişilerin tek başlarına kayak yaparken ormandan geçmeleri TMK md.751 kapsamında kalacak, buna karşılık futbol, voleybol maçları gibi toplu organizasyonlarla veya kalabalık karşılaşmalar halinde yapıldığında hükmün kapsamından çıkacaktır. Şüphesiz ki izin almaksızın kayak pistleri inşa edilmesi veya ekilmiş araziden geçilmesi mümkün değildir.

Başkasına ait orman ve mer’aya girerek yanındaki hayvanları otlatmak da ağaçlara, büyümekte olan fidanlara veya malikin kendi hayvanlarına yedirmek üzere yetiştirdiği yemlik bitkilere zarar vereceği için girme hakkı kapsamında değerlendirilemez. Orman Kanunu md.19’a göre ormanlara her türlü hayvanın sokulması yasaklanmış, ancak kamu yararı gerektirdiğinde, idarece belirlenen orman alanlarında hayvan otlatılmasına izin verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ormanda çok sayıda keçi otlatarak sürgün ve filizlerin yenilmesine, ağaçların tahrip olmasına yol açan kişinin orman örtüsüne zarar verdiği için bu tahribat sebebiyle, yeniden ağaçlandırma giderinin kendisinden alınarak ormanın zararının tazmin edilmesine karar vermiştir⁵⁴.

49 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 664.

50 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 519; Tekinay, s. 152.

51 Göksu, s. 269; Fischer Lehmann, s. 1364.

52 BGE 96 II 172

53 Philippe Nantermod, “Planification et réalisation des domaines skiabiles”, *Recherches Juridiques Lausannoises Band*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017, 119-153, s. 136.

54 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/4-616, K. 2004/623, T. 24.11.2004; 135 adet kıl keçisinin etrafı çitle çevrili ağaçlandırma sahasında 0-1 yaşındaki fidanları yemesi üzerinde tazminine karar verilmesi hakkında bkz:Yargıtay 4. H.D. E. 2016/6471, K. 2016/8274, T. 23.6.2016.

Hukuka aykırı olarak başkasının arazisine zarar verildiği takdirde TBK md.49 uyarınca zarar veren kişinin sorumluluğu ve tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁵. Ormanda yetişen ürünlere veya ağaçlandırma ya da ormanı gençleştirme amacıyla dikilen yeni fidanlara da zarar verilmemesi gerekmektedir⁵⁶. Bununla birlikte Orman Kanunu md.103 “*devlete veya kime ait olursa olsun tohumlama alanlarıyla fideliklere herhangi bir şekilde veya hayvan sokulması veya girmesi suretiyle orman yetiştirme alanlarında zarara sebebiyet verenlere*” idari yaptırım uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Sonuç olarak araziye yaya olarak, bisikletle, at sırtında girmek TMK md.751 kapsamında kalmakta; motorlu araçlarla, karavanla ve kitlesel olarak turizm, kamp yapma amaçlı ya da hayvan otlatmak için araziye girmek ise kanun veya malik izin vermediği sürece mümkün olmamakta⁵⁷, ayrıca herhangi bir şekilde girilmiş araziye de zarar verilmemelidir.

3. Avcılık ve Balıkçılık

TMK md.751/II’de “*Avlanmak ve balık tutmak için başkasının arazisine girme, özel kanun hükümlerine tabidir*” ifadesiyle bu amaçlar için başkasının arazisine girilmesi halinde TMK md.751/I’in uygulanamayacağı belirtilmektedir.

01.07.2003 tarih, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu, av ve yaban hayvanlarının yaşama ortamlarını, korunmalarını, av turizmini, ticaretlerini ve bunlara uyulmaması halinde yaptırımları düzenlemektedir.

22.03.1971 tarih, 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu, Kara Avcılığı Kanunu kapsamına giren hayvanlar haricinde denizlerde ve içsularda bulunan bitkiler ile hayvanlar ve bunların yumurtalarının korunması, yetiştirilmesi ve kontrolüne ilişkin hükümleri içermektedir.

III. Sürüklenen veya Düşen Şeylerin Aranması İçin Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı

TMK md.752”*Su, rüzgâr, çığ veya diğer doğal güçlerin etkisiyle ya da rastlantı sonucunda başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeyler ile buraya giren büyük ve küçük baş hayvan, arı oğulu, kanath hayvan ve balık gibi hayvanların hak sahipleri tarafından aranıp alınmasına, arazi maliki izin vermek zorundadır.*

55 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 665.

56 Fischer Lehmann, s. 1365; Steinauer, s. 272.

57 Steinauer, s. 272; Roger Zufferey, “Aspects juridiques des activités de loisirs et de détente en forêt”, *Le droit de l’environnement dans la pratique*, 337-354, Vereinigung für Umweltrecht, Winterthur, 2010, s. 341.

Arazi maliki, bu yüzden uğradığı zararın denkleştirilmesini istemek ve denkleştirme bedeli kendisine ödeninceye kadar o şeyleri hapsedmek hakkına sahiptir." ifadesiyle, malikin mülkiyet hakkını kullanırken arazisine başka kişilerin girmelerine izin vermemesine ilişkin kurala istisna getirilmektedir. Böylece sadece komşuların değil, herhangi bir kişinin taşınır eşyası başkasının arazisine sürüklendiği veya düştüğünde, arazi malikine eşyanın aranması için arazisine girilmesine katlanma yükümü yüklenmiştir. TMK md.751'in hem özel, hem de kamu hukuku karakteri olduğu kabul edilmesine rağmen⁵⁸, TMK md.752-753'de kamu yararı değil, sadece özel menfaat düzenlenmektedir⁵⁹. Hükmün uygulanabilmesi için bazı şartların bir arada olması gerekmektedir.

A. Sürüklenen veya Düşen Şeylerin Aranması İçin Başkasına Ait Araziye Girme Hakkına İlişkin Şartlar

1. Eşyanın, TMK md.752'de Belirtilen Niteliklerde Taşınır ve Sahipli Olması

TMK md.752'den bahsedebilmek için öncelikle başkasının arazisine sürüklenen veya düşen eşyanın taşınır nitelikte olması gerekmektedir. Bunlar büyük ve küçükbaş hayvan, arı oğulu, kanatlılar ya da balık gibi çeşitli hayvanlar veya hayvan grupları olabileceği gibi, dalından kopmuş meyve, çiçek gibi bitkiler de olabilecektir. Hayvanlar, aslında eşya olmadıkları halde, hukuken eşya statüsünde değerlendirilerek taşınır kapsamında ele alınmıştır⁶⁰. Bununla birlikte aranacak hayvanların⁶¹ ehlileştirilmiş, ehli veya avcı tarafından tutulup hemen elinden kaçırılmış av hayvanı olması gerekmektedir; çünkü sayılanların dışında kalan hayvanlar, sahipli olmadığı veya kanun tarafından böyle varsayıldığı

58 Bkz: Bölüm I. Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırları/ B. Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı; Ayrıca BGE 96 I 97.

59 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 516; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 662.

60 Hayvanların, eşya statüsünden çıkarılması için yeni gelişmeler bulunmaktadır. İsviçre'de 01.04.2003'de yürürlüğe giren CCS md. 641a/a'da hayvanların eşya olmadıkları açıkça ifade edilmiştir. Maddenin devamında "*aksi belirtilmedikçe, eşyaya uygulanan hükümler hayvanlar için de geçerlidir*" denilmektedir.

61 Tutulmuş hayvan: Kaçmaları engellenmiş, vahşi hayvan terbiye merkezi veya hayvanat bahçesi gibi yerde, balık havuzunda kapatılan hayvanlardır. Kaçtıklarında sahipleri gecikmeksizin aramaya ve tutmaya çalışmadığında, sahipsiz hale gelir.

Ehlileştirilmiş hayvan: Eskiden vahşi olmalarına rağmen sonrasında serbest dolaşan hayvanlardır. Yerleştikleri mekana dönmeyi adet haline getirdiklerinde, üzerlerindeki mülkiyet hakkı kaybedilir.

Ehli hayvan (güvercin ve tavşan dahil): Kaçmış olsalar ve sahipleri tarafından aranmasalar bile üzerlerindeki mülkiyet hakkı devam eder. Hakimiyet alanına böyle bir hayvan giren kişiye, bulunmuş eşya hükümleri uygulanır. Wieland, s.360. Ayrıca bkz: Michel Kähr, *ZGB Kommentar*, art 719, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, s.1463; Flurina Hitz, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, s. 370.

için, arazi malikinin mülkiyet hakkının sınırlamaz⁶². Başka deyişle kimsenin mülkiyetinde olmayan bir hayvanı aramak için, başkasının arazisine girilemez. Söz gelimi TMK md.778'e göre terk edilmiş bir hayvanı aramak için bu hak kullanılamaz. Ayrıca hukuken taşınır sayılan gemi, otomobil ve taşınır yapılar gibi tüm eşyalar için kıyas yoluyla bu hak kullanılabilir⁶³.

Eşya veya hayvanın başkasının arazisine geçmesiyle bunların maliki, mülkiyet hakkını kaybetmeyecektir. Ancak arazi maliki, malik sıfatıyla zilyet olma iradesiyle eşyayı elinde bulunduruyorsa, taşınır malikinin kendisine karşı taşınır davası (TMK md.989) açma hakkı saklıdır⁶⁴. TMK md. 767'de sahipsiz bir taşınırın üzerinde “malik olmak iradesiyle zilyetliği ele geçiren” kişinin o eşyayı sahiplenerek mülkiyetini aslen kazanacağından bahsedilmektedir. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, hayvanın sahipsiz olması gerekmektedir. Başka deyişle, TMK md. 767'ya göre arazisine giren hayvanın maliki olmak için üzerinde zilyetlik kurmak isteyen arazi malikinin bu talebi, hayvan sahipsiz olmadığı sürece yerine getirilemeyecek, hatta TMK md.752 uyarınca sahibinin, hayvanı araması için araziye girmesi mümkün olacaktır.

Bununla birlikte başkasının arazisine sürüklenen veya düşen taşınır eşya, üzerinde bulunduğu araziyle kanundaki şartları sağlayarak mülkiyetinin arazi malikine geçmesi halinde de bu hüküm uygulanamayacaktır. Söz gelimi TMK md.774'e göre bulunmuş eşya hükümlerince kanunun yüklediği tüm yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen maliki ortaya çıkmayan eşyanın mülkiyetinin kazanılması, TMK md.775'e göre başkasına ait eşyanın işlenmesi, TMK md.776'ya göre sürüklenen ve arazide bulunan taşınırın birbirleriyle birleşip karışması hallerinde, arazi maliki taşınırın mülkiyet hakkını elde edecektir. Bu durumda taşınırın mülkiyeti kaybettiği için eski malikin, araziye girerek TMK md.752 hükümlerince eşyayı araması imkanı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle başkasının arazisine taşınır aramak için girme hakkı, taşınır malikine kanun tarafından verilmiş bir yetki olduğundan, bu yetkiyi veren hakkı kaybeden kişi TMK md.752'den yararlanamayacaktır⁶⁵.

Ekilmiş veya yapı inşa edilmiş arazisine dalların taşmasına katlanan komşu, bu dallarda yetişen meyveleri toplama hakkına sahip olacağı için (TMK md.740), bu şekilde taşınır meyvenin düşmesi veya sürüklenmesi değil de köklü ağacın dallarının sarkarak arazinin sınırlarının dışına çıkması hali TMK md.752 kapsamında değerlendirilmemektedir⁶⁶.

62 Saymen/ Elbir, s. 386.

63 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 539.

64 Steinauer, s. 273.

65 Bertan, s. 879.

66 Pascal Wirz, “Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum”, *Zürcher Studien*

2. Eşyanın Sürüklenmesi veya Düşmesine Hak Sahibinin İradesi Dışında Doğal Güçlerin veya Rastlantısal Halin Sebep Olması

743 sayılı eMK md.676'da “..*tabii kuvvetler vasıtasıyla veya herhangi bir surette*” ifadesi kullanılmıştı. Bu dönemde rastlantı hali açıkça yazmamasına rağmen, CCS md.700'de yer alan “*doğal güç veya tesadüfi olay*” ifadesi sebebiyle doktrinde, gerek kaza hali⁶⁷, gerek tesadüfi⁶⁸, gerekse de umulmayan sebeplerle⁶⁹ taşınır malikinin, başkasının arazisine geçirme iradesi olmaksızın eşyasının sürüklendiği veya düştüğü belirtilmiştir. Yürürlükte olan TMK md.752/I'de ise mehz kanuna uygun olarak *rastlantı sonucu* eşyanın sürüklenmesi hususu da metne dahil edilmiştir. Bunun sonucunda taşınırın malikinin kendi iradesiyle, söz gelimi hayvanlarını otlatmak amacıyla başkasının arazisine sokmasının ardından hayvanları aramak için, araziye girişine engel olma düşüncesi yatmaktadır.

TMK md.752'den bahsedebilmek için, taşınır veya hayvan malikinin kusurunun olmaması gerekmektedir⁷⁰. Söz gelimi deprem, sel, heyelan sonucunda bir arazideki mobilya, baraka, baca gibi bazı taşınırların, diğer bir araziye sürüklenmesi halinde⁷¹ bu hüküm uygulanabileceği gibi, hayvan sahibinin sadece isteyerek -örneğin otlatmak için- hayvanlarını başkasının arazisine sokmasının yanında, hayvanların kaçmasında bir kusuru olduğunda TMK md.752 uygulanamayacaktır⁷². Başka deyişle taşınır veya hayvanların sahibinin iradesi dışında, doğal güçler (sel, rüzgar, deprem vs) veya rastlantısal bir sebeple başkasının arazisine girmeleri halinde, sahibi tarafından aranılmaları mümkün olacaktır⁷³. Bununla birlikte sadece doğa olayları değil, üçüncü kişinin fiili ile de örneğin küçük bir çocuğun hayvanların kapatıldığı ağılnın kapısını açması halinde de hayvanların başkasının arazisine girmeleri mümkündür⁷⁴.

Eğer taşınır veya hayvan, malikinin kusuru yüzünden başkasının arazisine girerse, malik arazisinde bunların aranmasına izin vermek zorunda değildir⁷⁵.

zum Privatrecht, Band/Nr. 206, Schulthess Juristische Medien AG, 117-130, Zürich, 2008, s. 125.

67 Senai Olgaç, *Türk Medeni Kanunu Şerhi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967, s. 676.

68 Bertan, s. 879.

69 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 666; Tekinay, s. 153.

70 Göksu, s.272; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 666; Akıntürk, s. 567; Saymen/ Elbir, s. 387.

71 Huser, s. 191.

72 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 666; Göksu, s. 272.

73 Steinauer, s. 273.

74 Göksu, s. 272.

75 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 535; Wieland, s. 303; Göksu, s. 272; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476; Saymen/ Elbir, s. 387; Akıntürk, s. 567.

Hayvanın kendi içgüdüğü veya sahibinin kusuru yüzünden arazi malikinin hakkının sınırlanması, hakkaniyete uygun olmadığı için bu durumda bulunmuş eşya⁷⁶ (TMK md. 769) veya sebepsiz zenginleşmeye (TBK md.77) ilişkin hükümler uygulanabilir⁷⁷.

Bulunmuş eşya kurallarına göre taşınmaz maliki, taşınır veya hayvan malikini haberdar etmekle yükümlüdür⁷⁸. Ayrıca taşınır veya hayvan, arazide ele geçirildiğinde sahibine geri verilecektir. Bununla birlikte dürüstlük kuralı da, düşen şeyin aranılması için arazi malikinin yardımcı olmasını gerektirebilir⁷⁹.

3. Araziye Girme Amacının Sadece Eşyanın Aranmasına İlişkin Olması

TMK md.751, başkasının belli niteliklere sahip arazisine girme ve orada yetişen bitkilerden toplama hakkı vererek arazi malikinin mülkiyet hakkını sınırlamaktadır. Oysa TMK md.752, doğal güçlerin etkisi veya rastlantı halinde taşınırların başkasına ait araziye sürüklenmesi ya da düşmesiyle oraya girme hakkı vermektedir. Eğer bu hüküm olmasaydı malik, arazisine düşen eşyanın aranmasına izin vermeyebilir, taşınır maliki de eşyanın kendisine teslim edilmesini isteyemeyebilirdi. Ancak araziye girme hakkı sadece eşyanın aranması ile sınırlıdır. Söz gelimi ağıldan kaçan koyunların aranması için bu hak kullanılabilirken, başkasının arazisinde bulunan hayvanları vahşi olsun olmasın avlamak için bu hükümden yararlanılması mümkün değildir. Aranacak hayvanların, ehlileştirilmiş, ehli veya avcı tarafından tutulup hemen elinden çıkarılmış av hayvanı olması gerekmektedir. Bir avcının henüz tutulmayan bir hayvanı avlamak amacıyla, başkasının arazisine girme hakkı bulunmamaktadır⁸⁰. Ayrıca arazinin çevresinin çitlerle veya tahta perde vs ile çevrilmesi ya da sınırlarının belli olması da önemli değildir⁸¹.

76 Kanunun aradığı tüm şartların yerine getirmesine rağmen sahibi ortaya çıkmayan bulunmuş eşyanın mülkiyetinin, arazi malikince kazanılması mümkündür.

77 Saymen/ Elbir, s. 387; ayrıca bkz: TMK md. 769 “*Kaybedilmiş bir şeyi bulan kimse, malın sahibine, sahibini bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine, köylerde muhtara bildirmek veya araştırma yapmak ve gerektiğinde ilân etmek zorundadır....*” TMK md.774/I “*Su, rüzgâr, çığ veya diğer doğal güçlerin etkisiyle veya rastlantı sonucunda taşınır mallar veya hayvanlar kimin egemenlik alanına girerse, o kimse kaybolan eşyayı bulanın haklarına sahip ve yükümlülüklerine tâbi olur.*”

78 Wieland, s. 303.

79 Tekinay, s. 153.

80 Steinauer, s. 273; Saymen/ Elbir, s. 386; Akıntürk, s. 567.

81 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 534.

B. Arazi Malikinin Hakları

1. Malikten İzin Alınması

Başkasının arazisine sürüklenen veya düşen şeyleri aramak için taşınır veya hayvan malikinin araziye kendiliğinden girme veya doğrudan erişim hakkı bulunmamaktadır. Öncelikle arazi malikine başvurularak, izin istenmesi gerekmektedir⁸². Malik bu izni vermekle yükümlüdür⁸³. Fakat arazi malikine ulaşmak zor veya imkansız ise pratik sebepler göz önüne alınarak ve araziye zarar verilmeyecek şekilde, bu iznin malik tarafından zımnî olarak verildiği görüşü de öne sürülmektedir⁸⁴. Eğer malik izin vermeye yanaşmazsa, mahkemeye başvurulması mümkündür.

TMK md.752'de arazi malikinin izin vermesinden bahsedilmektedir. Ancak kavram geniş olarak yorumlanmalı, sadece malik değil kiralayan veya intifa hakkı sahibinden de arazisine sürüklenen veya düşen şeylerin alınmasına rıza göstermesi istenmelidir⁸⁵. Bunun sebebi, TMK md.752'nin mülkiyet hakkını sınırlayan bir hüküm olması yüzünden, aynı veya şahsi bir hakka dayanarak taşınmaza zilyet olan kişinin (kiracı, intifa hakkı sahibi vs), mülkiyet hakkının tanıdığından daha fazla yetkiye sahip olması beklenemeyeceğinden, bu kişilerin de arazi üzerindeki haklarının sınırlanması gerektiğinde aranmalıdır.

Eşyayı arayacak kişi, eşyanın maliki olabileceği gibi, eşya üzerinde aynı veya şahsi hak sahibi de olabilir. Bu şekilde zilyedi de eşyayı aramak için başkasının arazisine girebilir ancak mülkiyet hakkından feragat eden, sözelimi eşyayı terk eden kişi, artık bu hakka sahip değildir. Ayrıca sürüklenen veya düşen eşya, arazinin bütünleyici parçası haline gelmişse mülkiyet arazi malikine geçeceğinden, arazi malikinin katlanma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁶.

Arazi malikinin izin vermemesi sebebiyle sürüklenen veya düşen eşyanın aramasının yapılamaması ya da izin vermekten kaçınması yüzünden taşınır eşya malikinin bir zarara uğraması halinde, bu zararın arazi malikince tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁷.

82 Uygulamada genellikle böyle bir izin için başvurulmaksızın araziye geçen eşya veya hayvanın izin alınmadan arandığında bir sorunla karşılaşmadığı görülmektedir. Steinauer, s. 274.

83 Steinauer, s. 274; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 535; Wieland, s. 303; Fischer Lehmann, s. 1366; Akıntürk, s. 567; Bertan, s. 878; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476; Göksu, s. 272; Tekinay, s. 153.

84 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 536; Fischer Lehmann, s. 1365; Göksu, s. 272.

85 Göksu, s.273; Fischer Lehmann, s. 1365; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 535; Bertan, s. 879; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 666.

86 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 666.

87 Tekinay, s. 154; Sirmen, s. 444; Fischer Lehmann, s. 1366.

2. Zarar Meydana Geldiğinde, Denkleştirme Talebi

TMK md.751’de yer alan kişilerin başkasına ait orman, mer’aya girme ve meyve toplama hakkından farklı olarak TMK md.752’de, özellikle kaçan hayvanların arazi malikine, bazı zararlar vermesi mümkündür. Meydana gelen bu zararların sürüklenen veya düşen eşyanın maliki tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. TMK md.752/II “*Arazi maliki, bu yüzden uğradığı zararın denkleştirilmesini istemek ve denkleştirme bedeli kendisine ödeninceye kadar o şeyleri hapsedmek hakkına sahiptir.*” ifadesiyle denkleştirme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.

Ödenecek tazminat iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bu kapsamda sürüklenen veya düşen eşyanın aranması sırasında meydana gelen zarar ile doğrudan doğruya sürüklenme veya düşme sırasında meydana gelen zarar, birbirinden ayrılmalıdır. İlki fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulama hali olup, kaçınılması mümkün olmasa dahi zararın TMK md.752/II kapsamında giderilmesi gerekmektedir⁸⁸. Başka bir deyişle araziye giren eşyanın aranması sırasında yapılan çeşitli faaliyetlerde bulunan eşya malikinin kusurlu veya eyleminin hukuka aykırı olması şartları bulunmak zorunda değildir, çünkü burada haksız fiilden kaynaklı bir tazminat talebi değil, kanundan doğan bir katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁹. Örneğin kusuru olmaksızın kapatıldığı yerden kaçan hayvanın malikinin, arazi malikinden izin alarak araziye girip, hayvanı yakalamak için bu arazideki ekinleri ezmek zorunda kalması halinde, ezilen ekinlerin zararını hayvan malikinin tazmin etmesi gerekmektedir. Böylece hayvan maliki, arazi malikinden izin alarak araziye girse ve bu eylemi hukuka aykırı olmasa dahi, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

İkinci olarak, doğrudan doğruya sürüklenen veya düşen eşya da araziye düşme eylemi sırasında zarar meydana getirebilir. Bu zarar, TMK md.752/II kapsamına girmez ve bu nitelikteki zararın tazmini için TBK md.49 hükümlerine başvurulması gerekmektedir⁹⁰. Buna göre eylemin hukuka aykırılığı ve kusur şartları da aranmaktadır. Ancak bir hayvanın bu zararı vermesi halinde, TBK md.67,68’e göre hayvan bulunduranın sorumluluğu hükümleri uygulanır ve

88 Tekinay, s. 154; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667.

89 Sirmen, s. 444; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476; Tekinay, s. 154; Bertan’ın verdiği örneğe göre, arazisine düşen eşyayı, eşya sahibi ile anlaşarak, arazi malikinin ona götürerek teslim etmesi halinde eşyanın aranıp bulunması, taşımak için adam tutulması ve bu kişilerin gerekli özeni göstermeden araziye çığnemesi halinde, arazi sahibine bir zarar verildiğinde bu zararı eşya sahibinin tazmin etmesi gerekir. Bu durumda eşya sahibinin iki ayrı hukuki sebepten doğan borcu bulunmaktadır. İlki eşyayı bulmak ve arazi dışına taşımak için aralarındaki sözleşmeden doğan, ikincisi ise TMK md.752/II’ye göre malı aramak ve taşımak için gerekli işler yapılırken doğan zararın tazmini borcudur. Bertan, s. 882.

90 Steinauer, s. 274; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476; Tekinay, s. 154; Bertan, s. 882.

gerektiğinde hayvan etkisiz hale de getirilebilir⁹¹. Söz gelimi yarışma için yetiştirilen kuşların uçarak, başkasının arazisine konup, oradaki ekinleri ezmesi halinde, sorumluluk doğması için hukuka aykırılık ve kusur şartlarının da bulunması gerekmektedir.

Taşınır eşya malikinin, araziye sürüklenen veya düşen tüm eşyayı almak zorunda olmadığına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararı önemlidir⁹². Olayda kişinin arazisine, çığ sebebiyle devlet ormanından ağaçlar, dallar ve taşlar sürüklenmiştir. Devletin ağaçları alması ancak kalan yığını arazide bırakması üzerine arazi maliki zararının tazmin edilmesi için dava açmıştır. Federal Mahkeme, mücbir sebepten kaynaklanan sürüklenmenin meydana getirdiği hasarın tazmin edilmesinin gerekmediğine, fakat ağaçlar kaldırılırken kalanların toplanması güçleşmiş ise ancak bu fazla masrafı menkul malikinin ödemesinin mümkün olacağı ve harap olan arazinin zararının (CCS md.700/II) TMK md.752/II uyarınca taşınır malikine yüklenmeyeceği sebebiyle talebi reddetmiştir. Bundan yola çıkılarak, taşınır malikinin sürüklenen veya düşen eşyanın tamamını almak zorunda olmadığı, sadece kendisine yarayan kısmını alıp, kalanının arazide bırakabileceği sonucuna varılabilir⁹³.

Denkleştirme talebinin kime yöneltileceğine ilişkin kanunda açık hüküm olmadığı için genel hükümlere başvurulmalı, örneğin zarar veren bir hayvansa hayvan bulunduranın sorumluluğu sebebiyle (TBK md.67) hayvanın bakımını ve yönetimini üstlenen, hayvanı idare edip fiili hakimiyeti altında tutan kişinin, denkleştirme bedelini ödemesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Denkleştirmeyi talep edecek kişi de kanunda *arazi maliki* ifadesine rağmen, geniş yorumlanarak, bundan zarar gören kişiler olarak okunması gerekmektedir. Söz gelimi ürün kirası sözleşmesi (TBK md.357) yapılmış olan bir araziye girilerek ekinlere zarar verilmesi halinde kiracının da, zarar görmesi sebebiyle denkleştirme talep etmesi mümkündür.

3. Malikin Hapis Hakkı

Arazi maliki, arazisine sürüklenen veya düşen şeylerin aranması için uğradığı zararın denkleştirilmesini istemek hakkına sahiptir. Bu zarar tazmin edilmediği takdirde TMK md.752/II'nin ifadesiyle arazi maliki "*denkleştirme bedeli kendisine ödeninceye kadar o şeyleri hapsedmek hakkına sahiptir.*" Kanun metninde hapis hakkından bahsetmesine rağmen, aslında burada bir alıko-

91 Wieland, s. 303; Steinauer, s. 274; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 537; Esener/Güven, s.281; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 476. Hükümün uygulanabilmesi için hayvanın, fiili hakimiyet altına alınabilecek hayvan olması gerekmektedir.

92 JdT 1955 I 290

93 Steinauer, s. 274.

ma hakkı bulunmaktadır⁹⁴; çünkü hapis hakkından söz edilebilmesi için taşınır malikinin rızası ile arazi malikinin eşya üzerinde zilyetliğinin kurulmuş olması gerekmektedir⁹⁵. Oysa sürüklenen veya düşen eşya malikinin böyle bir rızası olmayacaktır. Bu sebeple taşınmaz malikinin kanunda hapis hakkı olarak geçen alkoyma hakkı, sadece verilen zararın tazmin edilinceye kadar eşyayı geri vermekten kaçınması anlamına gelmektedir⁹⁶. Bundan çıkarılacak sonuç ise arazi malikinin, taşınırı sattırarak paraya çevirme yetkisine sahip olmadığıdır.

IV. Zorunluluk Hali Sebebiyle Başkasına Ait Araziye Girme Hakkı

TMK md.753 *“Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmazda müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.*

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.” ifadesiyle taşınmaz mülkiyetinin diğer bir sınırı olarak zorunluluk halini göstermektedir. Zorunluluk halinde kişinin başkasının arazisine girme hakkı, kanundan doğrudan doğruya doğan katlanma ödevi olmakla birlikte, herkesin yararına koyulmuş, genel nitelikli ödevlerdendir⁹⁷.

A. Zorunluluk Hali Sebebiyle Başkasına Ait Araziye Girme Hakkına İlişkin Şartlar

Zorunluluk halinden söz edebilmek için bazı şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar, bir zarar veya tehlikeye maruz kalmak, zarar veya tehlikenin ancak başkasının arazisine müdahalede bulunarak önlenmesi ile zarar veya tehlikenin, müdahale sonucu verilecek zarardan önemli ölçüde büyük olmasıdır.

1. Zarar veya Tehlikeye Maruz Kalmak

TMK md.753’de yer alan zorunluluk sebebiyle başkasının arazisine girebilmek için öncelikle bir tehlikenin mevcut olması ya da henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir zararın bulunması gerekmektedir. Bu şekilde ani bir tehlike veya zarar ihtimali meydana geldiğinde arazi maliki, malik olmaktan kaynaklanan mutlak hakkını öne sürerek tehlikeye maruz kalan kişiyi arazisine almaktan kaçınamaz. Bunun sebebi hayat, sağlık, vücut

94 Doktrinde TMK md. 752/II’de yer alan hapis hakkı ifadesi ile alkoyma hakkı arasındaki ayırımın bazen gözden kaçırıldığı görülmektedir. Wieland, s. 303; Tekinay, s. 154; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667; Esener, Güven, 281; Akıntürk, s. 567; ayırım için bkz: Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 830; Sirmen, s. 444.

95 Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 830.

96 Ayrıntılı bilgi için bkz: Suat Sarı, *Alkoyma Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

97 Akıntürk, s. 567; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667.

bütünlüğü veya ciddi maddi menfaatlerin, mülkiyet hakkından daha fazla korunmaya değer olduğunda aranmalıdır⁹⁸. Eğer kişi başkasının arazisine girecek meydana gelebilecek zarardan kurtulabilecekse, arazi malikinin de buna tahammül etmesi, kanundan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Zarar veya tehlikeden kaçınılması, meşru müdafaa halinden de farklıdır. Meşru müdafaa, halen mevcut bir tecavüzdən kaçınmayı belirtirken, zorunluluk halinde başkasının arazisine girilerek bir tehlike veya olası zararı önlemek amacı güdülmektedir⁹⁹.

Kaçınılan tehlike veya zarar, araziye girmek isteyen kişiyi veya başkasını tehdit eden nitelikte ve ciddi olmalıdır. Bununla birlikte aslında bir zarar ihtimali olmamasına rağmen kişi, kendisini tehlikede hissetmiş ise İsviçre Federal Mahkemesi, kişinin başkasının mülkiyet hakkına tecavüz etmesiyle haksız fiil işlediğine, ancak tazminatın belirlenmesi için CCS md.701'in (TMK md.753) kıyasen uygulanması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁰. Kararda aslında bir çığ tehlikesinin olmamasına rağmen, hata yaparak yoğun kar yağışıyla birlikte bir çığ tehlikesinin yaklaştığını düşünen görevlinin, buna ilişkin aldığı önlemlerle, başkasına ait arazilere büyük zarar vermesi halinde bundan sorumlu olduğuna ancak, tazminat için CCS md.701 (TMK md.753) hükümlerinin dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Tehlikenin beklenmeyen halden, söz gelimi bir yangından veya vahşi bir hayvandan kaynaklanması söz konusu olabileceği gibi, kişiyi kovalayan ve öldürmekle tehdit eden bir başka kişiden de kaynaklanması mümkündür. Ayrıca zorunluluk halinin araziye giren kişinin kişi haklarına veya malvarlığı değerlerine yönelmiş olması da TMK md.753'den yararlanması için farklılık göstermeyecektir. Ormanda kaybolan turistlerin donmaktan kurtulmak için geceyi geçirmek üzere bir dağ kulübesini istila etmeleri kendilerine, yanmakta olan bir evi kurtarmak için komşu araziye girerek su sıkılması ise, başkasının malına ilişkin tehlikelere örnektir¹⁰¹. Bununla birlikte tehlike, hali hazırda mevcut, ani ve güncel olmalıdır. Çok önceden oluşmuş ve araziye girme sırasında etkisini yitirmiş veya zararı çoktan oluşturmuş tehlikelere ilişkin bu hak kullanılamaz¹⁰².

98 Saymen, Elbir, s. 388.

99 Wieland, 304. Yazar, TMK md.753'ün (CCS md.701) metninde taşınmazlara ilişkin olduğunun yazmasına rağmen, sadece taşınmazlara değil, taşınırlara da kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir. Örnek olarak malikini kendi evinde çıkan yangını söndürmek için komşusunun merdivenini ve söndürme aletlerini almasını göstermektedir. Aynı yönde Bertan, s. 886.

100 ATF 100 II 120

101 Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 540; Fischer Lehmann, s. 1368; Göksu, s. 274.

102 Steinauer, s. 274; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 540.

2. Zarar veya Tehlikenin, Başkasının Arazisine Müdahalede Bulunarak Önlenebilmesi

Araziye girmek isteyen kişinin kaçındığı zarar ve tehlikenin, başka şekillerde ve kolayca bertaraf edilebilecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Başka deyişle zorunluluk halinden ancak başka kişinin arazisine girilerek kurtulmak mümkün olmalıdır. Söz gelimi kendisini kovalayan hayvandan kaçmak için çevrede başka yüksek bir yer yokken, kişinin başkasına ait arazideki merdivene tırmanırken, ekilmiş mahsulü çiğnemesi durumunda hayvanın kendisine vereceği zarardan, sadece mahsule zarar vererek kurtulması imkanı bulunduğundan TMK md.701'in uygulanması mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi'nce verilen bir kararda, bir araziye inşa edilecek binanın kazı ve yapı işlerinin sabitlenebilmesi için komşu parselde girilmesi, binalarının fiziksel bütünlüğünü korumak için acil ve uygun bir önlem olarak görülmüş, aksi halde binanın dengelenemeyeceği ve daha ciddi hasar oluşabileceği için komşu araziye müdahale edilmesi, zararı önlemeye yardımcı bulunmuştur¹⁰³. Bununla birlikte başka şekillerde ve kolayca bertaraf edilebilecek tehlike için mülkiyet hakkına tecavüz edilemeyecektir¹⁰⁴.

3. Kaçınılan Zarar veya Tehlikenin, Araziye Verilecek Zarardan Önemli Ölçüde Büyük Olması

Kişinin içinde bulunduğu zarar ve tehlikeden ancak başkasının arazisine girerek kurtulabilmesi gerekmektedir. Ancak kurtulmaya çalıştığı tehlike ile meydana gelecek zarar, girilecek araziye vereceği zarardan daha az büyüklükte olmalıdır. Başka deyişle denkleştirme tazminatından bahsedebilmek için kaçınılan tehlike ve verilecek zarar arasındaki orantılılık dikkate alınmalıdır¹⁰⁵. Söz gelimi kişinin kendisini kovalayan bir vahşi hayvandan kaçmak için başkasının arazisine girerek, birkaç domates fidesini zedelemesi TMK md.753'ün kapsamında değerlendirilecek iken, bir tavuktan kaçmak için girilen arazideki hayvanların çitini yıkp, tüm sürünün kaçmasına sebep olunması halinde bu durum TMK md.753'ün kapsamından çıkabilecektir. Bu ayırım yapılırken hem kaçınılan tehlike hem de verilecek zararın birlikte ele alınması, ancak kişinin o an için karar verme süresinin de dikkate alınması gerekmektedir. Başka deyişle tehlikenin bertaraf edilmesi için çelişen çıkarılardan birinin feda edilmesi gerekmektedir¹⁰⁶.

103 ATF 132 III 689, 31.08.2006

104 Haab, Simonijs, Scherrer, Zobl, s. 540; Steinauer, s. 274; Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667; Saymen, Elbir, s. 388; Bertan, s. 889.

105 Göksu, s. 274; Steinauer, s. 274; Fischer Lehmann, s. 1368.

106 Haab, Simonijs, Scherrer, Zobl, s. 544.

Kaçınılacak tehlikenin, başkasının taşınmazına yapılan müdahaleden daha önemli ve zorunluluk halinin açıkça görülebilir olması, -söz gelimi çıkan yangının söndürülmesi için komşu araziye girilmesi veya yangını söndürmek için komşunun kendi evine karşı su sıkılması gibi hallerde komşunun buna katlanma zorunluluğu- verilecek zararlar birlikte değerlendirilmelidir¹⁰⁷.

B. Zorunluluk Hali İçin Başkasına Ait Araziye Girme Hakkının Uygulanması

Zarar veya tehlikeden kaçmak için başkasının arazisine girildiğinde malikin meydana gelen hasarının, araziye giren kişi tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir. Aşında tehlikeden kaçan kişinin kusuru veya hukuka aykırılık unsurları olmamasına rağmen zararın tazmin edilmesi, fedakarlığın denkleştirme ilkesine uygun olarak bir denkleştirme bedeli ödenmesi şeklinde olacaktır¹⁰⁸. Hakim, taşınmaz malikinin uğradığı zararın denkleştirilmesi için zararın gerçekleşmiş olması ve fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağımlı da tespit etmelidir. Bununla birlikte, ödenecek tazminatın miktarını serbestçe belirleyecek, ancak bu belirlemede TBK md.51,52'yi de göz önünde bulundurarak tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması da gündeme gelebilecektir¹⁰⁹.

Denkleştirme talebinde bulunmak için zorunluluk halinden kaçınmanın ne kadar önemli olduğu (TBK md.51'de yer alan ifade şekliyle durumun gereği) ve arazide verilen zararın miktarı da dikkate alınması gereken hususlar arasında yer almaktadır¹¹⁰. Zorunluluk halinde başkasının arazisine girmek haksız fiil niteliğinde olmamasına rağmen, zamanaşımının belirlenmesi için kıyasen haksız fiile ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir¹¹¹.

Sonuç

Başkasının arazisine girme hakkı, kanun tarafından malikin bilgisi altında olmak zorunluluğu bulunmaksızın diğer kişiler lehine tanınmış, mülkiyet hakkını sınırlayan bazı hakları kapsamaktadır. Bu haklar TMK md.751, 752, 753'de birbirinden farklı koşullarda düzenlenmiştir. Temel özellikleri, mutlak aynı hak olan mülkiyet hakkını, belli bir ilişkiden doğması gerekmeksizin kısıt-

107 Wieland, s. 304. Yazar, başkasının arazisine tecavüzün, zorunluluğun gerektirdiğinden çok daha fazla olması halinde, tazminat daha yüksek takdir edileceğini ancak tehlikenin maruz kalan kişiye korunmak için ne kadar düşünme zamanı bıraktığını değerlendirmek gerekliliğini ifade etmektedir.

108 Steinauer, s. 274; Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 544; Fischer Lehmann, s. 1368; Akıntürk, s. 567; Esener/Güven, s. 281; Tekinay, s.155.

109 Steinauer, s. 274; Fischer Lehmann, s. 1368; Akıntürk, s. 567, Bertan, s. 890.

110 Wieland, s. 304; Fischer Lehmann, s. 1368.

111 Gürsoy, Eren, Cansel, s. 667; Fischer Lehmann, s. 1368; Aksi görüşteki yazarlar için bkz: Haab, Simonius, Scherrer, Zobl, s. 545.

layarak malike, arazisine girilmesine katlanma yükümü yüklemektir.

Hakkın kapsamını taşınır ve tüm taşınmazlar değil sadece araziler oluşturmaktadır. Söz gelimi kat mülkiyetine tabi bir binada, girme hakkının varlığından bahsedilemez. TMK md.751’de düzenlenen hakta ise sınırlar daha da daraltılarak arazinin orman ve mer’a niteliğinde olması beklenmektedir. Orman ve mer’anın büyüklüğü de önemsiz olmakla birlikte Orman Kanunu md.1 orman niteliğinin üç hektardan sonra kazanılacağını belirtmektedir. Hakkın konusu ormanların, özel mülkiyete veya kamuya ait olması da önemsizdir. Kişiler, bu niteliklere sahip orman ve mer’adan yerel adetlerin izin verdiği ölçüde, yetişen yabani meyveleri, mantar gibi bitkileri toplayabilir, buralarda koşu, kayak gibi sporlar yapabilir, hatta makul bir süre konaklayabilirler. Ancak bu eylemler sırasında zarar meydana geldiğinde zarar, giren kişi tarafından tazmin edilecektir.

TMK md.752’de düzenlenen hak, taşınır veya sahipli hayvanların, sahibinin elinden doğal güçlerin veya rastlantı halinin sebep olmasıyla başkasının arazisine kaçması, sürüklenmesi, düşmesi sonucunda taşınır malikinin eşya veya hayvanı aramak için araziye girmesine imkan tanımaktadır. Taşınırın araziye düşmesi veya sürüklenmesi sırasında zarar oluşmuşsa, söz gelimi kaçan hayvanın yakalanması sırasında ekinlerin ezilmesi halinde, kanundan doğan bir katlanma yükümlülüğü bulunduğu için, araziye girilmesi hukuka aykırı olmasa dahi meydana gelen zararı TMK md.752/II’ye göre taşınırın maliki tazmin edecektir. Buna karşılık taşınırın sürüklenmesi veya düşmesi sırasında oluşan zarar, genel hükümlerce tazmin edilecektir.

Kişinin kendisini veya başkasını tehdit eden bir zorunluluğa maruz kalması durumunda bu tehlikeden kaçmak için başkasının arazisine girme hakkı, TMK md.753’de düzenlenmiştir. Ancak hakkın kullanılabilmesi için, mevcut veya muhtemel zarar ya da tehlikenin olmasının yanında bu tehlikenin, başkasının arazisine girilerek bertaraf edilebilecek nitelikte ve araziye verilecek zarardan daha büyük olması gerekmektedir. Bu şartların sağlanmasıyla birlikte kişi kurtulmak amacıyla başkasının arazisine girebilecektir.

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, mutlak hak olan mülkiyet hakkının kanun tarafından sınırlandırıldığı ve bunların farklı hallerde karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu haklar, arazi üzerinde sınırlı aynı haklar benzeri bir yüküm oluşturmamakta ve malikin mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil etmemektedir. Arazinin maliki, şartlar oluştuğu takdirde zarar meydana gelirse tazmin edilmesini bekleyerek, yalnızca arazisine girilmesine katlanacak, başkaca bir yük altına girmeyecektir.

KAYNAKLAR

- Ateş, Derya; Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Bertan, Suad, *Aynı Haklar, Cilt I*, Balkan Basım ve Cilt Evi, Ankara, 1976.
- Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Fischer Lehmann, Marie von, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- Göksu, Tarkan, *Sachenrecht, Art. 699, 700, 701, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- Gürsoy, Kemal; Eren, Fikret; Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Güneş, Ahmet, *Çevre Hukuku*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Haab, Robert; Simonius, August; Scherrer, Werner; Zobl, Dieter, *Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977.
- Huser, Meinrad, *Droit Suisse de la Mensuration et Aspects Choisis du Droit de la Géoinformation et du Registre Foncier*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017.
- Hitz, Flurina, *Sachenrecht Art. 641-977 ZGB*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- Kähr, Michel, *ZGB Kommentar, art 719*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- Kernén, Alexander, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.
- Nantermod, Philippe, “Planification et Réalisation des Domaines Skiabiles”, *Recherches Juridiques Lausannoises Band*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saime, *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Sarı, Suat, *Ahkoyma Hakkı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.
- Saymen, Ferit Hakkı; Elbir, Halid, *Türk Eşya Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Steinauer, Paul-Henri, *Les Droits Réels (Tome II)*, 4. Baskı, Edition Staempfli+Cie SA, Berne, 2007.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970. (Eşya)
- Tuor, Pierre, *Le Code Civil Suisse*, Editions Polygraphiques S.A., Zurich, 1942.
- Türker, Yavuz Özhan, “Odun Dışı Orman Ürünlerinden Yararlanmanın Yasal Esas-

ları”, *Journal of the Faculty of Forestry*, Istanbul University, İstanbul, 61, 1, 2011.

- Ünal, Mehmet; Başpınar, Veysel, *Orman Hukuku*, 4.Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- Wieland, C., *Aynı Haklar*, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, Ankara, 1946.
- Wirz, Pascal, *Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum*, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 206, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2008.
- Zufferey, Roger, “Aspects Juridiques des Activités de Loisirs et de Détente en Forêt”, *Le Droit de l’Environnement Dans la Pratique*, Ed: Vereinigung für Umweltrecht, Vereinigung für Umweltrecht, Winterthur, 2010.

ÖZ

Mülkiyet hakkı, sahibine en geniş yetkiyi veren aynı haktır. Bununla birlikte bazen kanundan, bazen de hukuki işlemden kaynaklanan çeşitli sınırlamalar, hak sahibinin kullanımını kısıtlamaktadır. Çalışmada incelenecek olan haklar, Türk Medeni Kanunu md.751 vd. hükümlerinde yer alan “başkasının arazisine girme hakkı” kenar başlığında düzenlenmiş ve herkes lehine getirilmiş sınırlamalardır. Bu sınırlamalar mülkiyet hakkı üzerinde sınırlı aynı haklara benzer bir yük oluşturmamakta ancak malike, arazisine başka kişilerin girmesine katlanma yükümü yüklemektedir.

Kanunda başkasının arazisine girme hakkı başlığında, orman ve mer’aya girme (TMK md.751), sürüklenen şeyler ile benzerlerinin alınması (TMK md.752) ve zorunluluk haline (TMK md.753) ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kural olarak malikin mülkiyet hakkına dayanarak arazisine girilmesini engellemesi mümkün iken, kanunda sayılan bu hallerde malik, başkaları lehine olarak arazisine yapılacak müdahaleye göz yummak durumunda bırakılmıştır. Bununla birlikte taşınmaz mülkiyetinin sınırını oluşturan başkasının arazisine girme hakkı ile ilgili hükümlerin çoğu zaman sadece özel hukuk kapsamında değil, kamu yararının da göz önüne alınarak düzenlendiği görülmektedir. TMK md.751 vd. hükümleri istisnai nitelikte olduğu için, başkasının arazisine girme hakkının sınırsızca kullanımından bahsedilemeyecek; bu hak, ancak kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilir.

Anahtar kelimeler: taşınmaz, arazi, malik, orman, zorunluluk hali.

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise turnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise turnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

ahtopal@medipol.edu.tr

mcattik@medipol.edu.tr

argencer@medipol.edu.tr

mehayyar@medipol.edu.tr

