

Ceza Hukuku ve
Kriminoloji Dergisi
CHKD

Journal of Penal Law
and Criminology
JPLC



Cilt / Volume: 12 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2024



İSTANBUL
UNIVERSITY
PRESS

Ceza Hukuku ve
Kriminoloji Dergisi
CHKD

Journal of Penal Law
and Criminology
JPLC

Cilt / Volume: 12 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2024

MADDİ CEZA HUKUKU / SUBSTANTIVE PENAL LAW

Olası Kastla Suça Teşebbüs Nedeniyle Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilebilirliği
Acceptability of the Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis / Bekir BOGA

İklim Savunması Zorunluluk Hali Kapsamında Değerlendirilebilir mi?: ABD, Almanya ve İsviçre Mahkemelerinin Kararları Işığında Bir Değerlendirme
Climate Defence be Evaluated within the Scope of State of Necessity?: An Evaluation in the Light of the Decisions of the US, German and Swiss Courts / Ezgi ÇIRAK KARALI

Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması
Comparison of the Concept of Fault in Terms of Tort and Crime According to Classical Crime Doctrine / L. Müjde KURT, Fahri Gökçen TANER

TCK 282 Bağlamında Yurtdışında İşlenen Suçlardan Elde Edilen Malvarlığı Değerleri: Çifte Suçluluk Kuralı Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme
Assets Originating from Crimes Committed Abroad Within the Scope of Article 282 of the TPC: A Comparative Study on the Rule of Dual Criminality / Mustafa AKGÜN

Geçmişten Günümüze Serserilik (Suçu)
Vagrancy (Offense) from Past to Present / Asena Kamer USLUADAM

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU / PENAL PROCEDURE LAW

Ceza Muhakemesi Şartlarının Genel Teorisi
General Theory of Procedural Impediments in Criminal Procedure / Ali Şahin KILIÇ

Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadelede Tedavi Mahkemelerinin Rolü ve Türkiye’de Uygulanabilirliği
The Role of Treatment Courts in the Fight Against Drug Addiction and its Applicability in Türkiye / İsmail ŞAHİN

KRİMİNOLOJİ / CRIMINOLOGY

Crime in Tourism: A Systematic Literature Review and Bibliometric Analysis / Eylem BAŞ, Engin BAYRAKTAROĞLU

Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

DOAJ

ERIH PLUS

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

Gale Cengage



TÜBİTAK

ULAKBİM

DOAJ DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

ERIHPLUS
EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

EBSCO

GALE

SAHİBİ / OWNER

Doç. Dr. Selman DURSUN

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Law Faculty, Istanbul, Turkey

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / RESPONSIBLE MANAGER

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Law Faculty, Istanbul, Turkey

YAZIŞMA ADRESİ/ CORRESPONDENCE ADDRESS

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
34116 Beyazıt, Fatih - İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone : +90 (212) 440 01 05
Faks / Fax: +90 (212) 512 41 35
E-mail: jplc@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/jplc/home>

YAYINCI / PUBLISHER

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih, İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca'dır.
The publication languages of the journal are Turkish, English, German, French, Spanish and Italian.

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published biannually in June and December.

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

BAŞ EDİTÖR / EDITOR-IN-CHIEF

Doç. Dr. Selman DURSUN – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – sdursun@istanbul.edu.tr

BAŞ EDİTÖR YARDIMCILARI / CO-EDITORS-IN-CHIEF

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – demirelm@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Tuba KELEP PEKMEZ – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – kelep@istanbul.edu.tr

YAZI KURULU ÜYELERİ / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD MEMBERS

Prof. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR – Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – ali.bozbayindir@bogazici.edu.tr

Doç. Dr. Üyesi Rahime ERBAŞ – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – rervas@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – stalas@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN – İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – tekin_derya@hotmail.com

Dr. Öğr. Üyesi Büşra DEMİRAL BAKIRMAN – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – bdemiral@istanbul.edu.tr

EDİTORYAL ASİSTANLAR / EDITORIAL ASSISTANTS

Araş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – btokgoz@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Selvet KESMEN KAYACAN – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – skesmen@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. İnci Ece AKYALÇIN – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – inci.akyalcin@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Yağmur ALTAY – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – y.altay@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Mehmet Utku SAVARI – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – utkusavari@istanbul.edu.tr

Araş. Gör. Havva Selen KAYHAN – İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – selen.kayhan@istanbul.edu.tr

EDİTORYAL DANIŞMA KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdullah Coşkun YORULMAZ – Koç Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Adli Tıp, İstanbul, Türkiye – cyorulmaz@ku.edu.tr

Prof. Dr. Amila FERHATOVIĆ – University of Sarajevo, Faculty of Law, Criminal Law and Criminal Procedure, Sarajevo, Bosnia-And-Herzegovina – a.ferhatovic@pfsa.unsa.ba

Prof. Dr. Anna Maria GETOS KALAC – University of Zagreb, Faculty of Law, Criminal Law, Criminal Procedural Law, Criminology and Victimology, Zagreb, Croatia – anna.getos@gmail.com

Prof. Dr. Berrin AKBULUT – Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Konya, Türkiye – bakbulut@selcuk.edu.tr

Prof. Dr. Effi LAMBROPOULOU – Panteion University, Department of Sociology, Criminology, Athens, Greece – elambro@panteion.gr

Prof. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ – Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – eksoy@gsu.edu.tr

Prof. Dr. Gianluca RUGGIERO – University of Turin, Department of Law, Criminal Law, Torino, Italy – gianluca.ruggiero@unito.it

Prof. Dr. Henning ROSENAU – Martin Luther University Halle-Wittenberg, Criminal Law, Criminal Procedure and Medical Law, Halle, Germany – henning.rosenau@jura.uni-halle.de

Prof. Dr. Koray DOĞAN – Dokuz Eylül Üniversitesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye – koraydgn@gmail.com

Prof. Dr. Krisztina KARSAI – University of Szeged, Criminal Law, Szeged, Hungary – karsai.krisztina@juris.u-szeged.hu

Prof. Dr. Liane WÖRNER – University of Konstanz, Criminal Law, Criminal Procedure, Comparative Criminal Law, Medical Criminal Law and Legal Theory, Konstanz, Germany – liane.woerner@uni-konstanz.de

Prof. Dr. Lindsay FARMER – The University of Glasgow, Criminal Law and Criminal Justice, Glasgow, Scotland – Lindsay.Farmer@glasgow.ac.uk

Prof. Dr. Lucia PARLATO – Palermo University, Faculty of Law, Criminal Procedure, Palermo, Italy – lucia.parlato@unipa.it

Prof. Dr. Mahmut KOCA – İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – mahmut.koca@medipol.edu.tr

Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN – Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – mehmetalsahin@marmara.edu.tr

Prof. Dr. Murat BALCI – Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – mbalci@fsm.edu.tr

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENÇİ – TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Türkiye – odegirmenci@etu.edu.tr

Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL – Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – pmemis@gsu.edu.tr

Prof. Dr. Sadık TOPRAK – İstanbul Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Adli Tıp, İstanbul, Türkiye – sadiktoprak@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Valentina BONINI – University of Pisa, Faculty of Law, Criminal Law and Criminal Procedure, Pisa, Italy – valentina.bonini@unipi.it

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK – Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – vsevik@gsu.edu.tr

Prof. Dr. Yener ÜNVER – Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – yener.unver@yeditepe.edu.tr

Doç. Dr. Andra Roxana TRANDAFIR – Bucharest University, Criminal Law Department, Bucharest, Romania – andra-roxana.trandafir@drept.unibuc.ro

EDİTORYAL DANIŞMA KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Doç. Dr. Attilio NISCO – University of Bologna, Department of Legal Studies, Criminal Law, Bologna, Italy – attilio.nisco2@unibo.it

Doç. Dr. Ebru İBİŞ – International Vision University, Faculty of Law, Criminal Law and Criminal Procedure, Skopje, North Macedonia – ebru.ibis@vizyon.edu.mk

Doç. Dr. Lucija SOKANOVIC – University of Split, Department of Criminal Sciences, Zagreb, Croatia – lucija.sokanovic@violence-lab.eu

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Türkiye – neslihan.gokturk@hbv.edu.tr

Doç. Dr. Pınar ÖLÇER – Leiden University, Faculty of Law, Criminal Law and Criminal Procedure, Leiden, Netherlands – f.p.olcer@law.leidenuniv.nl

Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK – Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Türkiye – monok@ku.edu.tr

Doç. Dr. Sunčana ROKSANDIĆ – University of Zagreb, Faculty of Law, Criminal Law, Zagreb, Croatia – suncana.roksandic.vidlicka@pravo.hr

Dr. Johanna RINCEANU – Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, Germany – j.rinceanu@csl.mpg.de

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MADDİ CEZA HUKUKU / SUBSTANTIVE PENAL LAW

- 93** Olası Kastla Suça Teşebbüs Nedeniyle Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilebilirliği
Acceptability of the Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis
Bekir BOGA
- 112** İklim Savunması Zorunluluk Hali Kapsamında Değerlendirilebilir mi?: ABD, Almanya ve İsviçre Mahkemelerinin Kararları Işığında Bir Değerlendirme
Can Climate Defence be Evaluated within the Scope of State of Necessity?: An Evaluation in the Light of the Decisions of the US, German and Swiss Courts
Ezgi ÇIRAK KARALI
- 133** Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması
Comparison of the Concept of Fault in Terms of Tort and Crime According to Classical Crime Doctrine
L. Müjde KURT, Fahri Gökçen TANER
- 155** TCK 282 Bağlamında Yurtdışında İşlenen Suçlardan Elde Edilen Malvarlığı Değerleri: Çifte Suçluluk Kuralı Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme
Assets Originating from Crimes Committed Abroad Within the Scope of Article 282 of the TPC: A Comparative Study on the Rule of Dual Criminality
Mustafa AKGÜN
- 175** Geçmişten Günümüze Serserilik (Suçu)
Vagrancy (Offense) from Past to Present
Asena Kamer USLUADAM

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU / PENAL PROCEDURE LAW

- 197** Ceza Muhakemesi Şartlarının Genel Teorisi
General Theory of Procedural Impediments in Criminal Procedure
Ali Şahin KILIÇ
- 216** Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadelede Tedavi Mahkemelerinin Rolü ve Türkiye’de Uygulanabilirliği
The Role of Treatment Courts in the Fight Against Drug Addiction and its Applicability in Türkiye
İsmail ŞAHİN

KRİMİNOLOJİ / CRIMINOLOGY

- 247** Crime in Tourism: A Systematic Literature Review and Bibliometric Analysis
Eylem BAŞ, Engin BAYRAKTAROĞLU

ÖNSÖZ

Değerli okuyucular,

İlk cildi 1978 ve 1979 yıllarında Prof. Dr. Nevzat GÜRELLİ'nin¹ öncülüğünde yayımlanan, sonrasında uzunca bir süre kesintiye uğradıktan sonra tarafımızın önerisiyle 2014 yılında Prof. Dr. Adem SÖZÜER'in editörlüğünde ikinci cilt olarak yayım hayatına geri dönen Dergimizin 12'nci cildinin ikinci sayısı ile karşınızdayız. Şimdiye kadar toplamda 23 sayısının (1978 ve 1979'da birer sayı, 2014'te tek dergide iki sayı ve sonraki yıllarda her yıl iki sayı) çıkarıldığı Dergimiz, 2024 yılının ilk sayısından itibaren yalnızca elektronik ortamda yayımlanmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki Dergimizde Türkçe makalelerin yanı sıra İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca makalelere de yer verilmektedir.

Dergimizin bu sayısında maddi ceza hukuku (genel ve özel hükümler), ceza muhakemesi hukuku ve kriminoloji alanında, birbirinden değerli 8 makale yer almaktadır.

Maddi ceza hukukunun genel hükümlerine ilişkin ilk makalede Arş. Gör. Bekir BOGA, "Olası Kastla Suça Teşebbüs Nedeniyle Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilebilirliği" isimli çalışmada, Türk hukukunda genellikle ceza sorumluluğunun alanının katlanılmaz bir şekilde genişleyeceği gerekçesiyle ileri sürülen "olası kast netice ile belirlenir" yaklaşımı doğrultusunda teşebbüsü reddeden fikirleri ve buna karşılık olası kastla teşebbüsün mümkün olduğunu belirten görüşleri ele almıştır. Akabinde, Alman ceza hukukunda konuya ilişkin görüşlere yer vererek olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılmasına dair endişelerin haklı olup olmadığını tartışmıştır. Suç genel teorisinde önemli bir yere sahip olan bu tartışmanın detaylı şekilde ele alınması oldukça kıymetlidir.

İkinci makalede Dr. Öğr. Üyesi Ezgi ÇIRAK KARALI, iklim değişikliği ve küresel ısınmanın olumsuz etkilerine dikkat çekmek amacıyla iklim eylemcilerinin son dönemde gerçekleştirdiği suç teşkil eden ve ceza davalarına konu olmuş protestolarını zorunluluk hali bağlamında değerlendirmektedir. Bu bağlamda eylemcilerin çevreye karşı gerçekleştirecek ağır ve muhakkak bir tehlikeyi önlemek amacıyla orantılı bir fiil gerçekleştirdiklerini iddia ederek eylemlerinin zorunluluk hali kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönündeki savunmaları göze çarpmaktadır. Çalışmada, eylemcilerin savunmalarına dair farklı görüşler ile Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve İsviçre mahkemelerindeki kararlar incelenmiş ve protestocuların cezalandırılması üzerine genel bir değerlendirme yapılmıştır. Son derece güncel olan bu tartışmaya ilişkin çalışma dikkat çekicidir.

Doç. Dr. Leyla Müjde KURT ve Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER'in kaleme aldıkları makalede ise kusur kavramı, haksız fiil ve klasik suç öğretisi çerçevesinde suç açısından mukayese edilmektedir. Bu doğrultuda makalede öncelikle kusurun haksız fiil sorumluluğu bakımından işlevi ve özellikleri ele alınmakta, sonrasında ise haksız fiil yönünden kusurun türlerine ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Devamında kusurun klasik suç öğretilerine göre şekilleri ve özellikleri ortaya konulmaktadır. Makalenin ikinci bölümünde ise birinci bölümde açıklanan bilgiler ışığında kusur kavramının haksız fiil ve suç bakımından karşılaştırması yapılarak benzerlikler ve farklılıklar irdelenmekte ve ceza hâkiminin kusur bakımından verdiği kararların hukuk hâkiminin kararına etkisi farklı ihtimaller göz önüne alınarak değerlendirilmektedir. Çalışma, iki farklı hukuk disiplini açısından önem taşıyan bir kavramı ayrıntılı ve sistematik bir şekilde inceleyerek bu konudaki akademik çalışmalara değerli bir katkı sunmaktadır.

Maddi ceza hukukunun özel hükümlerine dair ilk makalede Dr. Öğr. Üyesi Mustafa AKGÜN, suç gelirlerini aklama suçu bağlamında öncül suç bakımından çifte suçluluk prensibinin gerekliliğini ve ideal uygulama biçimini uluslararası sözleşmeler ile mukayeseli hukuku dikkate alarak sorgulamaktadır. Yazar, Türk hukukunda yurt dışında işlenen bir fiilden kaynaklanan malvarlığı değerlerinin Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesindeki suçun konusunu oluşturabilmesi için çifte suçluluk şartının aranmadığını tespit etmiştir. Bu durumun kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliği açılarından sorun oluşturduğuna dikkat çekerek daraltılmış bir çifte suçluluk prensibinin benimsenmesi yönünde kanuni düzenleme yapılmasını önermiştir. Çalışma, yenilikçi bakış açısı ve güçlü argümanlarıyla literatüre kıymetli bir zenginlik katmaktadır.

¹ Dergimizin önceki sayısının www.dergipark.org.tr'de yayımlanan önsözünde hatalı olarak Prof. Dr. Nevzat GÜRELLİ yerine Prof. Dr. Öztekin TOSUN yazılmıştır. Düzeltir, özür dileriz.

İkinci makalede Dr. Arş. Gör. Asena Kamer USLUADAM, serseriliğin tarihsel süreçte, toplumsal yaşamda meydana gelen değişimlere bağlı olarak bazen cezalandırıldığını, kimi zaman suç işlenmesini önlemeye yönelik tedbirlerle düzenlendiğini, bazen de koruma ve yardım amacı güden düzenlemelere konu olduğunu ortaya koymaktadır. Günümüzde ise serseriliğin hem modern ceza hukuku ilkeleriyle telif edilebilir olmaması hem de toplumsal gerçeklik gereğince ihtiyaç bulunmaması sebebiyle doğrudan ceza hukukuyla yasaklanmadığını, böylece serserilerin artık suçlu olarak değil fakat potansiyel suçlu olarak ceza hukukunun ilgisi altında olduğunu belirtmiştir. Böylece serserilik kavramı hem tarihsel hem de hukuki bir bakış açısıyla ele alınmıştır.

Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin ilk makalede Dr. Öğr. Üyesi Ali Şahin KILIÇ, ceza muhakemesi şartlarının genel teorisini incelemekte ve bu şartların, ceza muhakemesinin başlatılması veya devam etmesi için gereken şartlar olduğunu vurgulamaktadır. Medeni muhakeme hukukunun etkisiyle gelişen bu şartların, ceza muhakemesi hukukunun temel bir unsuru haline geldiği ve kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnası olduğu ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda yazar, muhakeme şartlarını saf ve karmaşık olmak üzere iki kategoriye ayırmakta ve saf muhakeme şartlarının yalnızca ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde anlaşılabilceğini, karmaşık muhakeme koşullarının ise diğer hukuk sistemleriyle etkileşiminin göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektirdiğini vurgulamaktadır. Makalede ayrıca, özellikle kamusal menfaatlerin tehlikeye girmesi durumunda karmaşık muhakeme şartları ile ilgili kararların, Cumhuriyet savcısının takdirine bırakılması ve bu takdirin kullanılmasında diğer mercilerle istişare yapılmasının gerekliliği tartışılmaktadır. Bu çalışma, muhakeme şartları ve teorik çerçevesi üzerine detaylı bir analiz sunarak konuyla ilgili literatüre derinlik kazandırmaktadır.

Muhakeme hukukuna dair diğer makalede Dr. İsmail ŞAHİN, tedavi edici (terapötik) hukuk yaklaşımı doğrultusunda ortaya çıkan ve uyuşturucu bağımlılığı ile mücadele konusunda ihtisaslaşmış uyuşturucu tedavi mahkemeleri ile bu mahkemelerin Türk ceza adaleti sistemi bakımından uygulanabilirliği konusunu ele almaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan uyuşturucu tedavi mahkemelerinin tarihi, yapısı ve işleyişi hakkında çeşitli verilere de dayalı bilgiler verilerek söz konusu mahkemeler hakkında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Devamında uyuşturucu tedavi mahkemelerinin faaliyet gösterdiği başkaca ülkelerdeki durum kısaca özetlenmektedir. Makalenin diğer bölümünde ise Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi, tedavi edici hukuk yaklaşımı çerçevesinden detaylı bir biçimde ele alınmaktadır. Bu kapsamda söz konusu maddede yapılan değişiklikler ile madde kapsamında yürütülen yargılama konusunda bilgilere yer verilmektedir. Son olarak 191. maddeye ilişkin suç eğrisi, elde edilen istatistikî veriler çerçevesinde değerlendirilmektedir. Hem toplum hem de ceza adaleti sorunu olan uyuşturucu bağımlılığı ile mücadele konusunda yapılan ve somut öneriler ihtiva eden çalışmanın literatüre önemli katkıları olacaktır.

Nihayet Dr. Öğr. Üyesi Eylem BAŞ ve Doç. Dr. Engin BAYRAKTAROĞLU'nun turizm alanında suç olgusunu araştıran kriminolojik çalışmalarında, Web of Science Core Collection'da yer alan 273 makale sistematik olarak taramış ve bibliyometrik analize tâbi tutulmuştur. Makaleler yapılandırılmış içerik analizi uygulanarak incelenmiş ve çalışma kapsamında bir literatür taraması yapılmıştır. Sonuçlara göre turizmde suçla ilgili ortaya çıkan sorunları çözmek için çok boyutlu iş birliğinin yapılması gerektiği görülmüştür. Bu bağlamda, turistlerin ve ev sahiplerinin daha güvenli bir ortamda bulunmalarını sağlamak için disiplinler arası çalışmaların teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Dergimizin bu sayısının da ceza hukuku ve kriminoloji araştırmacıları için yararlı olmasını diliyor, sayının hazırlanmasında emeği geçen editöryal ekipteki meslektaşlarımıza ve makaleleri büyük bir özveriyle değerlendiren hakemlerimize kalpten teşekkür ediyoruz.

Doç. Dr. Selman DURSUN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü
Baş Editör

PREFACE

Dear readers,

We are pleased to present the second issue in our Journal's 12th volume, the first volume of which was published in 1978 and 1979 under the leadership of Prof. Dr. Nevzat GÜRELLİ². After a long hiatus, the Journal resumed publication in 2014 as the second volume under the editorship of Prof. Dr. Adem SÖZÜER, upon our recommendation. A total of 23 issues have been published to date (one issue each in 1978 and 1979, two issues in a single edition in 2014, and two issues annually thereafter). Starting from the first issue of 2024, our Journal is published exclusively in electronic format. It should also be noted that, in addition to Turkish articles, our journal publishes articles in English, German, French, Spanish, and Italian.

This issue contains eight valuable articles in the fields of substantive penal law (general and special provisions), penal procedural law, and criminology.

In the first article on the general provisions of substantive criminal law, Res. Asst. Bekir BOGA, in his study titled "The Acceptability of Criminal Liability because of Criminal Attempt with Dolus Eventualis", discusses the views rejecting the attempt in line with the "dolus eventualis is determined by the result" approach, which is often put forward in Turkish law on the grounds that the scope of criminal responsibility would unacceptably expand, as well as the opinions stating that it is possible to attempt with dolus eventualis (probable, eventual or conditional intent). Subsequently, he examines whether the concerns about punishing attempted crime with probable intent are justified, by incorporating views on the subject from German criminal law. The detailed discussion of this debate, which holds an important place in the general theory of crime, is highly valuable.

In the second article, Assist. Prof. Dr. Ezgi ÇIRAK KARALI evaluates the criminal acts and criminal cases related to recent protests by climate activists, which aim to draw attention to the negative effects of climate change and global warming, within the context of necessity. In this context, the activists argue that their actions should be considered as a state of necessity, claiming they performed proportional actions to prevent a severe and imminent danger to the environment. The article examines various opinions regarding the activists' defenses, as well as court decisions from the United States, Germany, and Switzerland, and provides a general assessment on the punishment of the protesters. This study, addressing a highly current debate, is particularly noteworthy.

The article by Assoc. Prof. Dr. Leyla Müjde KURT and Assoc. Prof. Dr. Fahri Gökçen TANER compares the concept of fault (guilt) in the contexts of tort law and criminal law within the framework of the classical doctrine of the concept of crime. In this context, the article first addresses the function and characteristics of fault in terms of tort liability and then provides explanations regarding the types of fault in relation to torts. Following that, the forms and characteristics of fault according to classical doctrine are discussed. The second part of the article compares the concept of fault in terms of tort and crime, and the similarities and differences are analyzed. In addition, the effect of a criminal judge's decision in terms of fault on the decision of the civil judge is evaluated by considering various possibilities. By analyzing a concept that is important for two different branches of law in a detailed and systematic manner, the article makes a valuable contribution to the academic studies on this subject.

In the first article on the special provisions of substantive criminal law, Assist. Prof. Dr. Mustafa AKGÜN examines the necessity and ideal application of the principle of dual criminality concerning predicate (underlying) offenses in the context of money laundering, considering international conventions and comparative law. He infers that under Turkish law, the condition of dual criminality is not required for assets originating from acts committed abroad to constitute the subject of the crime under Article 282 of the Turkish Penal Code. By highlighting issues arising from this situation in terms of the principle of legality and legal security, he proposes adopting a narrowed dual criminality principle through legislative amendments to resolve these concerns. This article provides valuable enrichment to the literature with its innovative perspective and strong arguments.

² In the preface of the previous issue of our Journal, published on www.dergipark.org.tr, Prof. Dr. Öztekin TOSUN was mistakenly written instead of Prof. Dr. Nevzat GÜRELLİ. We apologize for this error and provide this correction.

In the second article, Dr. Res. Asst. Asena Kamer USLUADAM highlights how vagrancy has been addressed throughout history, sometimes punished, at other times regulated with measures aimed at preventing crime and at other times tackled through regulations intended to offer protection and assistance, depending on the changes in social life. Today, however, vagrancy is not directly prohibited by penal law, because it is not only incompatible with modern penal law principles but also there is no longer a societal need for such a prohibition. Thus, penal law gives importance to vagrants not as criminals, but as potential criminals. In this way, the concept of vagrancy is examined both from a historical and legal perspective.

In the first article on penal procedure law, Assist. Prof. Dr. Ali Şahin KILIÇ explores the general theory of procedural conditions, emphasizing that these conditions are necessary to initiate or continue criminal proceedings. These conditions are developed under the influence of civil procedure law, and they have become a fundamental element of penal procedure law and an exception to the principle of mandatory prosecution. In this context, the author classifies procedural conditions into two types: pure and complex, stressing that pure procedural conditions can only be understood within the framework of penal procedure law. In contrast, complex procedural conditions need to be evaluated in light of their interaction with other legal systems. The article also discusses the necessity of leaving decisions regarding complex procedural conditions, particularly when public interests are at risk, to the discretion of the public prosecutor, with the requirement of consultation with other authorities when exercising this discretion. This study adds depth to the relevant literature by providing a detailed analysis of the procedural conditions and their theoretical framework.

In the following article on procedural law, Dr. İsmail ŞAHİN discusses drug treatment courts, which have emerged in line with the therapeutic jurisprudence approach and specialize in combating drug addiction and the applicability of these courts within the Turkish penal justice system. To this end, he first evaluates the history, structure, and operation of the drug treatment courts established in the United States, supported by various data. Subsequently, the situation in other countries where drug treatment courts are operational is briefly summarized. In the next section of the article, Article 191 of the Turkish Penal Code is examined in detail from the perspective of the therapeutic jurisprudence approach. This section includes information on the amendments to Article 191 and the judicial proceedings conducted under this provision. Finally, the crime curve related to Article 191 is assessed in light of the statistical data obtained. This study, which includes concrete proposals for addressing drug addiction, a problem both for society and the criminal justice system, will make significant contributions to the literature.

Finally, Assist. Prof. Dr. Eylem BAŞ and Assoc. Prof. Dr. Engin BAYRAKTAROĞLU, in their criminological study on the phenomenon of crime in the field of tourism, systematically reviewed 273 articles from the Web of Science Core Collection and subjected them to bibliometric analysis. The articles were analyzed using structured content analysis, and a comprehensive literature review was conducted as part of the study. The results suggest that addressing the issues arising from crime in tourism requires multidimensional collaboration. In this context, it is emphasized that interdisciplinary studies should be encouraged to ensure that both tourists and hosts are in a safer environment.

We hope that this issue of our journal will be valuable for researchers in penal law and criminology, and we sincerely thank our colleagues in the editorial team who contributed to the preparation of the issue, as well as the reviewers who dedicatedly evaluated the articles.

Assoc. Prof. Dr. Selman DURSUN
Istanbul University Faculty of Law
Director of Penal Law and Criminology Research and Application Center
Editor-in-Chief

Olası Kastla Suça Teşebbüs Nedeniyle Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilebilirliği

Acceptability of the Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis

Bekir BOGA¹ 

¹Araştırma Görevlisi Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

ÖZ

Teşebbüs, bir suçun icra hareketlerine başlanmasına rağmen suçun tamamlanmadığı hallerde cezalandırmayı sağlayan ve bu suretle ceza sorumluluğu alanını genişleten bir müessesedir. Teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğu ancak failin tipik eylem bakımından kasten hareket ettiği durumlarda gündeme gelebilir. Türk Ceza Kanununun 35. maddesinde bu durum açıkça belirtilmektedir. Her ne kadar 35. maddede bir belirleme söz konusu değilse de Türk Hukukunda, öğretide ve Yargıtay kararlarında olası kastla hareket edilen hallerde suç teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle Türk Ceza Hukukunda genellikle “olası kast netice ile belirlenir” kuralı kabul edilmektedir. Böylelikle olası kastın varlığı teorik anlamda olmasa da pratik anlamda neticenin gerçekleşmesi şartına bağlanmaktadır. Bu görüşün dayandığı neden olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi halinde ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz bir şekilde genişlemesi endişesidir. Buna karşılık öğretide diğer bir görüş teşebbüs bakımından olası kast ile doğrudan kast arasında bir fark bulunmadığını bu nedenle olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Alman Ceza Hukuku öğretisinde ise olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin görüş birliğinin olduğu söylenebilir. Alman öğretisinde olası kastın varlığı neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olarak tespit edilmektedir. Bu çalışmada Alman Hukukundaki görüşler ve uygulama dikkate alınarak olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda cezalandırmaya karşı olan yazarların endişelerinin haklı olup olmadığı incelenmektedir.

ABSTRACT

Criminal liability for attempt to commit is an institution that provides punishment to the perpetrators of an unfinished crime despite what has begun to be committed; thus, it expands the range of criminal liability. The punishment because due to an attempt is possible if only the perpetrator acts with the intention of performing any offense. Article 35 of the Turkish Penal Code (TPC) clearly explains the situation. Although Article 35 of the TPC does not determine that the intention must be the direct intention, the Turkish supreme court (Yargıtay), and criminal law doctrine accept that there is no criminal liability for attempt with conditionan intent. For this reason, the rule that conditional intent is determined according to the result of the offence is mostly valid in Turkish criminal law. Thus, the existence of a conditional intent is conditioned on realizing the result in a practical but not theoretical sense. The background of this opinion is the concern that the range of criminal liability could be expanded intolerably. However, a different opinion in Turkish criminal law doctrine states that there is no difference between direct intent and conditional intent regarding the punishment of a criminal attempt. For this reason, according to the opinion, criminal liability is possible due to a criminal attempt with conditional intent. The conditional intent is determined independently from the result of crime according to German doctrine. In this work, if we accept the criminal liability for attempt with conditional intent, whether the concern to expand the range of criminal liability for attempt with conditional intent is true is examined by considering practices and theories of German Law.

Anahtar Kelimeler: Olası kast, Suça teşebbüs, Gönüllü vazgeçme, Alternatif kast, Risk teorileri, Karar teorileri.

Keywords: Conditional intent (eventual intent), Criminal attempt, Voluntary abandonment, Alternative intent, Risk theories, Decision theories.

Corresponding Author: Bekir Boga E-mail: bboga@erbakan.edu.tr

Submitted: 13.03.2024 • Revision Requested: 24.06.2024 • Last Revision Received: 05.08.2024 • Accepted: 05.09.2024 • Published Online: 01.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Currently, criminal law aims to prevent risks regarding benefits protected by law before occurring result of an offence. Thus, we can say that punishment for the risks of murder is more important than punishment for murder. Because there is a risk of realizing a crime in the criminal attempt, law punishes the attempt. The Turkish Penal Code (TPC) accepts criminal liability for attempt in Article 35. The criminal attempt is punishable only if the perpetrator acts with intent. However, two forms of intent exist in the TPC. In cases of direct intent, the perpetrator aims to commit the offence or knows absolutely that his act will cause to commit the offence. However, in cases of conditional intent, the perpetrator foresees the possibility of committing the offence. Therefore, the perpetrator knows the risk of committing the offence, but nevertheless, he or she acts. Although Article 35 of the TPC does not determine that the intention must be the direct intention, The Turkish supreme court (Yargıtay), and criminal law doctrine accept that there is no criminal liability for attempt with conditional intent. For this reason, the rule that the conditional intent is determined according to the result of the offence is mostly valid in Turkish criminal law. Thus, the existence of conditional intent is conditioned on realizing the result in a practical but not theoretical sense. The background of this opinion is the concern that the range of criminal liability could be expanded intolerably. However, a different opinion in Turkish Criminal Law doctrine states that there is no difference between direct intention and conditional intent regarding the punishment of a criminal attempt.

There are two important theories regarding conditional intent in German law doctrine. While risk theories determine the conditional intent according to the realized risk by the perpetrator, decision theories investigate the perpetrator's decision, which is contrary to interests protected by law. Both parties concur with the opinion that criminal liability for attempt with conditional intent is possible. Thus there is no theoretical obstacle criminal liability for attempt with conditional intent. However, some authors demand to limit the criminal liability for this attempt. First, an opinion refuses criminal liability in cases of impossible attempts with conditional intent. This view is compatible with Turkish law because in Turkish law, impossible attempts cannot be punished. On the one hand, according to an opinion, abandonment of an attempt with conditional intent must have conditions differ from those of direct intent. The German Federal Court of Justice easily decides that in some cases, an attempt has been abandoned. However, abandonment of an attempt is not voluntary in such cases; for this reason, this approach is criticized in German teaching. Finally, the *dolus alternativus* can limit criminal liability for attempt with conditional intent. Discussions on the *dolus alternativus* should, in our opinion, be further considered in Turkish law. Because an exception is stipulated in the Turkish penal code in terms of provisions for several offenses committed by one act (TPC art. 43 par. 3), and this exception brings practical importance to this discussion.

If the perpetrator knowingly attacks a legally protected interest such as life, the conditional intent is not ambiguous. In this case, punishment for bodily harm rather than murder is unreasonable. Problems in accepting criminal liability for attempt with conditional intent can be limited, but no punishment for such an attempt causes unsolvable problems. This work aims to destroy the worry of criminal liability for attempt with conditional intent. For this purpose, we present solutions in German law, at the same time criticizing, some solutions that have constituted a system for criminal liability for attempt with conditional intent.

GİRİŞ

19. yüzyıl ceza hukuku öğretisinde kastı tamamen psikoloji biliminin esaslarına göre açıklama çabası mevcuttu¹. Bu çabanın bir yansıması olarak kast hukuka aykırılığı istemekle özdeşleştirilmişti. Zamanla bu kavrayış önemli ölçüde değişime uğramıştır. Ancak bugün dahi ceza hukuku öğretisinde bu anlayışın önemli yansımalarının bulunduğu belirtilmelidir.

Bugün ceza hukuku öğretisi suç teorisini ceza hukukunun amaçlarına uygun olarak şekillendirmeyi amaçlamaktadır². Kastın hukuka aykırılığın istenmesi olarak görülmesi ceza hukukunun hem genel önleme hem de özel önleme amaçları ile uyumlu değildir. Hukuki değerleri korumayı hedefleyen ceza hukuku, bu değerlerin bilinçli bir şekilde risk altına sokulmasına şiddetle karşı çıkmalıdır. Failin umarsızca ve bilinçli bir şekilde hukuki değer bakımından risk oluşturduğu durumlarda hukuka aykırılığı isteyip istememesinden bağımsız olarak kasten hareket ettiğinin kabulü, hukuki değerlerin korunması bakımından daha kabul edilebilir bir yaklaşımdır.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde son zamanlarda bazı yazarların kastı istemek ile özdeşleştiren anlayışa karşı çıktığı ve hatta kastta bir isteme unsuru bulunmadığını kabul ettiği ifade edilmektedir³. Ancak Türk Ceza Hukuku öğretisi ve yargı uygulaması olası kastla suça teşebbüsle ilgili olarak bu teleolojik yaklaşımın aksine bir ilerleme kaydetmektedir. Failin umarsızca ve bilinçli bir şekilde oluşturduğu tehlikeler bakımından suça teşebbüs müessesinin uygulanması kabul edilmemekte, bir bakıma failin makul bir insan tarafından kabul edilemeyecek düzeyde oluşturduğu risk (risk teorileri), hukuk düzenine karşı sergilediği kötü zihniyet (karar teorileri) ve buna bağlı olarak iradesini oluşturmasından kaynaklanan kusuru affedilmekte, nihayetinde fail neticenin gerçekleşmemesinden ötürü sebepsiz bir şekilde ödüllendirilmektedir. Bu durum kanaatimizce TCK'nın sistematigi ile de uyumlu değildir. TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrasında kasten öldürme sonucu ölüm neticesinin gerçekleşmesi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık failin çok yüksek bir riskin bilincine rağmen ölüm neticesinin gerçekleşmesini kabullenerek hareket ettiği durumlarda kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerekmektedir (TCK m. 81). Kanun koyucunun bu iki düzenleme arasında oluşturduğu fark, failin iradesini oluşturmasına dayanan kusur farklılığından ileri gelmektedir. Örneğin bir kişinin uyluk bölgesine saplanan bıçağın ölüme sebebiyet vermesi, failin neticenin gerçekleşmeyeceğine duyduğu güvenle hareket etmesi sebebiyle 87. maddenin 4. fıkrasından cezalandırılacak iken⁴, kafa bölgesine sert bir cisimle vurarak mağdurun öldürülmesi halinde kasten öldürmeden hüküm kurulabilmektedir⁵. İkinci örnekte daha ağır ceza sorumluluğunun sebebi failin iradesine dayanan kusurun ağırlığıdır. Mağdurun ölmediği durumlarda neticenin gerçekleşmemiş olması, netice haksızlığının gerçekleşmemiş olması nedeniyle cezadan indirim yapılmasını sağlayacaktır. Fakat bu durumda olası kastla suça teşebbüs kabul edilmeyerek failin ayrıca iradesine dayanan kusurunun neden affedildiği anlaşılmamaktadır. Örneğin kalabalık bir ortamda insanların bulunduğu yere doğru ateş eden ve bu suretle bir kişinin kafasından ağır bir şekilde yaralanmasına sebebiyet veren kişi, mağdur ölürse olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacakken, mağdurun ölmediği ihtimalde ancak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulabilmektedir⁶ (TCK m. 87). Kanun koyucu 87. madde ile 81. madde arasında neticenin gerçekleşmesi bakımından bir fark oluşturmamıştır. Böyle bir ayırım olsa idi hem 81. maddede hem de 87. maddede ölüm neticesinin gerçekleşmesi cezalandırılmazdı. Dolayısıyla sırf ölüm neticesi gerçekleşmediği için 87 veya 86. maddeden cezalandırma yoluna gitmek kanunun sistematigi ile bağdaşan bir uygulama değildir.

Türk Ceza Hukukunda olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin nedeni temel olarak “ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz bir şekilde genişlemesi” endişesidir. Bu çalışmada bu endişeye bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri üzerinden Alman Ceza Hukuku öğretisi esas alınarak olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği üzerinde bir inceleme yapılacaktır. Keza olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin teorik gerekçesi olan belirsiz kastı netice belirler kuralının da geçerliliği bu çerçevede tartışılacaktır.

¹ Safferling J.M. C. Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht (Mohr Seibek 2008) 40; Bozbayındır A, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları (Adalet 2018) 49.

² Roxin C und Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (5. Auflage, C.H. Beck 2020) § 7, N 26.

³ Koca M ve Üzülmüş M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin 2023) 173; Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Seçkin 2023) 257 vd.

⁴ Yargıtay 1. CD, E. 2011/4475, K. 2012/5542, T. 04.07.2012.

⁵ “Oluşa ve dosya kapsamına göre sanığın, öldürmeye elverişli demir sopa ile maktülün kafasına vurduğu, maktülün otopsi raporunda tespit edildiği gibi “sağ temporoparietookspital kemikleri üstünde görülen 19 cm’lik C harfi şeklinde kırık hattı” oluşturan yarada darbenin şiddetli olduğunu gösterdiği gibi, kırık hattının alt seviyesinde yine sağ parietal kemikte 7 cm’lik çatlak olmasının da bu darbeye bağlı olarak gelişen netice olduğu anlaşılmakla, eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastın öldürmeye yönelik olduğu anlaşılan sanığın, TCK’nın 81. maddesi uyarınca “kastan öldürme” suçundan cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanlıya düşülerek, yazılı biçimde “kastan yaralama sonucu ölüme neden olma” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi. . .” Yargıtay 1. CD, E. 2018/5859, K. 2019/ 1823, T. 26.03.2019. Yargıtay bu kararında doğrudan kastı kabul etmiş gözükmektedir. Burada normatif biçimde failin neticeyi amaçlayarak hareket ettiği tespit edilmektedir. Kanaatimizce TCK sistematiginde doğrudan kastı tespit edecek amaç unsurunun normatif değil ontik bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Bu amaç tespit edilemediği takdirde failin neticeyi kabullenerek hareket ettiği normatif bir şekilde tespit edilecek ve fail olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacaktır. Yargıtay bir başka kararında başa sert ve künt cisim vurularak ölüme sebebiyet verilmesini kasten yaralama sonucu ölüme sebebiyet verme suçunun içerisinde değerlendirmiştir: Yargıtay 1. CD, E. 2014/4237, 2014/3965, T. 17.09.2014.

⁶ Üstelik bu durumda bir de olası kast nedeniyle indirim yapılması gerekecektir: “sanık ...’in de ateşli silahla rastgele ateş ederek olaylarla ilgisi olmayan ... isimli çocuğu boynundan hayati tehlike ve sabit iz meydana gelecek şekilde yaraladığı. . . sanık ...’in olay günü evine yönelik saldırı olduğundan bahisle ele geçirilemeyen silahla rastgele ateş ederek katlıları yaraladığı, sanık hakkında olası kastla yaralama suçunun sübut bulunduğu, açıklanan nedenlerle mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraatine hükümlenmesi” 1. CD, E. 2021/10036, K. 2021/14380, T. 24.11.2021. İfade edelim ki bu olayda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin ayrıca tartışılması gerekmektedir.

1. Türk ve Alman Ceza Hukukunun Olası Kastla Suça Teşebbüse İlişkin Yaklaşımı

Özellikle 2005 yılında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Alman Ceza Hukuku öğretisinin Türk Ceza Hukuku öğretisini önemli ölçüde etkilediği görülmektedir. Birçok teorik tartışmadaki benzerliğe rağmen farklı müesseselerde Alman Ceza Hukuku sistemi ile Türk Ceza Hukuku sistemi arasında önemli farkların bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu iki hukuk sistemi arasındaki en önemli farklılığın olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Türk Ceza Hukuku öğretisinin çoğunluğu⁷ ve son dönemlerdeki istikrar kazanan yargı uygulaması⁸ olası kastla suça teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir. Buna karşılık Alman Ceza Hukuku öğretisi ve Federal Mahkeme uygulaması bakımından olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu farklılığın temelinde üç ceza hukuku müessesinin bulunduğu düşünülebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin kabul ettiği sistem, Alman Ceza Kanunundan (Al. CK) farklıdır. Ancak bu söz konusu farklılığın bir nedeni değildir. Al. CK, suça teşebbüsün cezalandırılmasını saf objektif teori⁹ nazariyesi ile ele almamıştır. Kanunun 22. maddesi **failin tasavvuruna göre** tipikliğin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasını aramaktadır (bireysel objektif teori). Burada teşebbüsün cezalandırılması için önemli olan failin tasavvuruna göre suçun konusu üzerinde bir tehlike oluşturulmasıdır. Buna göre Alman hukukunda failin hareketinin suçun konusu üzerinde objektif bir tehlike oluşturmadığı durumlarda dahi teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu kabul edilebilmektedir¹⁰. Nitekim Kanunun 23. paragrafının 3. fıkrası¹¹ açıkça elverişsiz teşebbüsten ötürü failin ceza sorumluluğu kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK açıkça elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasını arayarak saf objektif teoriyi benimsemiş¹², böylelikle suçun konusunun objektif bir tehlikeye maruz kalmadığı tüm durumlar (elverişsiz teşebbüs, suçun konusunun yokluğu¹³) cezalandırılabilirlik alanının dışına çıkarılmıştır¹⁴. Bu farklılık esasen olası kastla hareket edilen hallerde teşebbüsün kabul edilmesinin cezalandırılabilirlik alanının Alman hukuku bakımından daha katlanılmaz şekilde genişlemesine neden olmaktadır. Zira olası kastla suça elverişsiz teşebbüs dahi bu durumda cezalandırılabilir hale gelmektedir. Örneğin A'nın bir ağrı kesicinin içindeki maddeye ölümcül bir alerjisi vardır. A'nın çocuğu B'ye bakıcılık yapan C, B'nin kafa ağrısı şikâyeti üzerine bu ağrı kesiciyi ona vermeyi düşünür. B'nin de aynı genetik alerjiye sahip olabileceği bilgisine rağmen bu ilacı verir. Ancak gerçekte B'nin bu şekilde bir alerjisi bulunmamaktadır. Bu durumda suçun konusu üzerinde bir tehdit oluşmadığından TCK sisteminde cezalandırma hiçbir şekilde gündeme gelmez. Ancak Alman hukukunda C'nin öldürme kastının varlığının kabulü halinde teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu kabul edilebilecektir.

İkinci olarak dikkate alınacak müessese içtimadır. İçtima alanında TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle söz konusu suçlar bakımından her halükârda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Aynı esasın farklı neviden fikri içtima hükümleri bakımından da geçerli olup olmayacağı ise tartışmalıdır¹⁵. Ancak Al. CK eylem teklifi düzenlediği 52. maddesinde bu şekilde

⁷ Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunu kabul eden yazarlar özellikle olası kastın teşebbüs bakımından doğrudan kasttan ayrılmayacağını kabul etmektedir. Sözüer A, Suça Teşebbüs (Kazancı 1991) 164; Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III (2.Baskı, Beta 1992) s. 398. Öztürk/Erdem Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin sebebinin bu kast biçiminin gayri muayyen (belirsiz kast) olarak ifade edilmesinden ileri geldiğini ifade etmektedir. Yazarlar olası kastta muhatabın belirli olabileceğini belirterek bu düşünceye karşı çıkmaktadırlar. Öztürk B ve Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku (23. Baskı, Seçkin 2023) N 614; Demirbaş ise farklı bir perspektiften olası kastla suça teşebbüsü kabul etmektedir. Yazara göre "fail, hareketinin neticesinde belirlenen sonuçlar yanında bir takım olası sonuçları da doğurabilme iktidarına sahip ise olası kasta teşebbüsü kabul etmek gerekir. Çünkü önemli olan hareketin o sonuçları doğurabilmesindeki nedensel bağlıdır." Yazar olası kastla suça teşebbüsü mümkün kabul eden görüşlerin çoğunluğu oluşturduğunu da ifade etmektedir. Ancak yazarın bunu Türk Hukuku bakımından mı yoksa Alman Hukuku bakımından mı ifade ettiği belirsizdir. Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023) 505. Özbek, Doğan ve Bacaksız da teorik olarak olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu, ancak uygulama kolaylığı sağlaması bakımından olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin daha makul olabileceği, böylelikle sorumluluğun genişleme tehlikesinin önüne geçildiği düşünmektedir. Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023), s. 153.

⁸ Yargıtay'ın 2006 yılına kadar olası kastla suça teşebbüsü kabul eden bazı kararları bulunmaktaydı. Bkz. Tozman Ö, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi, Ceza Hukuku Dergisi, (2010) 12, 163-164. Ancak son dönemdeki kararları istikrarlı biçimde olası kastla suç teşebbüsü reddetmektedir. Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017; Yargıtay 3. CD, E. 2019/13212, K. 2019/21680, T. 26.11.2019; Yargıtay 1.CD, E. 2014/3823, K. 2015/3150, T. 13.05.2015.

⁹ Teşebbüsün cezalandırılması nedenini asgari suçun konusu üzerinde oluşturulan tehlikede arayan bu teorinin temeli aslında haksızlığa ilişkin bütün unsurları objektif tipiklik alanında toplayan bunun dışındaki manevi unsurları ise kusur alanında toplayan klasik suç teorisinde bulunmaktadır. Nitekim söz konusu yaklaşım özellikle Almanya'da klasik suç teorisine mensup yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Eser A und Bosch N, 'Art 22-24 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019) § vor 22-24, N 18.

¹⁰ Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (C. H. Beck 2003) § 29, kn. 6.

¹¹ "Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2)." Hükümün çevirisi şu şekilde verilebilir: Fail suçun konusunun niteliğinde, suçun konusunda veya suçun işlenmesi için gerekli olan araçlarda önemli ölçüde yanlış yaptığı değerlendirmeye nedeniyle icra hareketinin suçun tamamlanması için yeterli olacağı hususunda yanlışlığı düşmüşse mahkeme ceza vermektense vazgeçebileceği gibi verilen cezada indirim de yapabilir.

¹² Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Adalet 2023) 807; Özbek V. Ö, Doğan K, Bacaksız, P ve İsa Başbüyük, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin 2023) 469; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 610; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 426.

¹³ Hukukumuzda suç konusunun yokluğu bakımından bir yaklaşım elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı yapmamakta her halükârda işlenemez bir suçun varlığını kabul ederek suç teşebbüsün kabul edilmeceğini belirtmektedir. Özgenç (n. 3) 574; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 431. Bununla birlikte diğer bir yaklaşım bu durumda failin suçun konusu bakımından elverişliliğini değerlendirmektedir. Sözüer (n. 7) 192.

¹⁴ Özgenç (n. 3) 572 vd.; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 429 vd.

¹⁵ Söz konusu istisna hükümünün faklı neviden fikri içtima bakımından öngörülmemesi failin bir eylemle birden fazla kişiyi öldürdüğü ve yaraladığı olaylarda kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulmasına engel bir durum ortaya çıkarmaktadır. Aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima arasında bu şekilde bir farklılık oluşturulması öğretilde eleştirilmekte ve bir sorun olarak görülmektedir. Akbulut (n. 12) 1049 vd.; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 556-557; Bu sorunun çözümü için kitabımın önceki basılarında olası kastla suça teşebbüsü kabul etmeyen Özgenç görüş değişikliğine giderek bu tip vakalarda failin yaraladığı kişiler bakımından öldürme kastıyla hareket ettiğini bu nedenle failin birden fazla kasten öldürme suçunu gerçekleştirdiğini (tamamlanmış kasten öldürme, olası kastla öldürmeye teşebbüs) ve 43. maddenin 3. fıkrasındaki istisnanın bu durumlarda geçerli

bir istisna düzenlemesine yer vermemiştir. İlgili madde hükmü yalnızca tek hareketle birden fazla suçun işlendiği durumlarda tek ceza verileceğini belirtmektedir. Böylelikle kasten öldürme ve yaralama suçlarında da bu hüküm uygulanabilecektir. Türk Ceza Hukuku bakımından ise failin olası kastla hareket ettiği hallerde (bir düşünün yerinde rastgele ateş açması gibi) onlarca kişiyi öldürmeye teşebbüsten ayrı ayrı cezalandırılabilmesine ilişkin endişenin, olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunun kabul edilmemesinin bir gerekçesi olduğunu görmekteyiz¹⁶.

Nihayet iki ceza hukuku öğretisi ve uygulaması arasındaki bu farklılıkta, olası kasta yüklenen anlam farklılığı etkilidir. Türk Ceza Hukuku öğretisinde 20. yüzyılın başlarında Karl Binding tarafından benimsenmiş¹⁷ kasta ilişkin anlayışın bir benzeri önemli ölçüde devam ettirilmektedir¹⁸. Yazara göre olası kastta fail ancak gerçekleşmiş olan neticeyi irade etmiş olabilir. Olası kastı neticenin husule getireceğini benimseyen bu anlayış, neticeden bağımsız olası kastın varlığını kabul etmemektedir¹⁹. Bu da tabii olarak olası kastla suça teşebbüsün mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Binding'in kast ve kusura ilişkin anlayışı ceza hukukunu önemli ölçüde etkilese de kendi döneminde dahil genel anlayıştan farklı bir konuma sahip olmuştur²⁰. Dolayısıyla Binding'in bu tespitleri Alman Ceza Hukuku öğretisinde bir istisna olarak kalmıştır. Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüse teorik olarak karşı çıkılmadığı gibi pratik olarak da kabul edilmesinde bir sakınca görülmemektedir. Yalnızca olası kastla suça teşebbüsün sınırsız bir şekilde uygulanması ile ilgili endişelerin mevcut olduğu söylenebilir²¹. Türk Hukukunda ise "belirsiz kastı netice belirler (dolus indeterminatus determinatur ab eventu)" kuralı üzerinden olası kastla suça teşebbüse teorik olarak itiraz edildiği²² gibi "sorumluluk alanının katlanılmaz şekilde genişleyeceği endişesi" ile pratik olarak da karşı çıkmaktadır²³.

2. Olası Kastla Suça Teşebbüsün Teorik Olarak Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

A. Kastın Tanımı ve Biçimleri ile Teşebbüsün İlişkisi

TCK'da kabul edilen manevi unsur biçimlerinin ilk bakışta dört adet olduğu düşünülebilir: Doğrudan kast (m. 21, f. 1), olası kast (m. 21, f. 2), bilinçli taksir (m. 22, f. 3), taksir (m. 22, f. 2). Ancak gerçekte TCK'nın kabul ettiği sistemde iki farklı manevi unsur biçimi bulunmaktadır: Kast ve taksir. Olası kast, kastın bir formudur; farklı bir manevi unsur biçimi değildir. Bu sebeple zorunlu olarak öngörülen ceza indirimi dışında kural olarak olası kasta farklı bir muamele yapılmaz. Bununla birlikte Alman ve Türk Ceza Hukuku öğretisinde bazı suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilir²⁴. TCK'nın 21. maddesinin gerekçesinde açık bir şekilde kanuni tanımında "bilerek" ifadesinin kullanılması durumunda suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmektedir. Keza Alman hukukunda bir belirleme olmamasına rağmen Türk hukukunda kanuni tanımında hukuka aykırılık kavramının kullanıldığı suçların da ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir²⁵. Bunun dışında Türk Ceza Hukuku öğretisi suça teşebbüs bakımından da olası kastın varlığını yeterli görmemektedir.

Öğretide kast kavramının içeriği ve unsurları bakımından oldukça zengin bir tartışmanın bulunduğu ifade edilmelidir. Çalışmamızın kapsamı bakımından bu tartışmalara girmemiz mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte olası kast ile doğrudan kast arasındaki ayrımın öğretinin üzerinde çok durduğu bir konu olmadığı belirtilmelidir. Genel olarak failin tipikliği gerçekleştirilmeyi amaçladığı veya tipikliğin gerçekleşeceğini kesin olarak öngördüğü durumlarda doğrudan kastın varlığı kabul edilirken, failin tipikliğin gerçekleşeceğini olası olarak gördüğü ve tipikliğin gerçekleşmesini kabullendiği durumlarda olası kastın bulunduğu belirtilmektedir²⁶. TCK genel olarak kastı 21. maddenin 1. fıkrasında tanımlamakta, 2. fıkrada ise olası kastı ayrıca

olacağını kabul etmiştir. Yazara göre olası kastla işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda sorumluluğun sadece ortaya çıkardığı neticelerle sınırlı tutulması gerekmektedir. Özgenç (n. 3) 561-562, 716.

¹⁶ Dönmezer S. ve Erman S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2 (15.Baskı, Der 2021) N 570; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 183-184. İçel K., Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta 2016) 498; Yazar olası kastın taksir gibi istisnai bir sorumluluk biçimi olduğunu belirtmektedir. Yazarın böyle bir sonuca nasıl ulaştığı anlaşılabilir. Olası kast, kastın bir türüdür ve olası kastla suçtan sorumluluk için kanununda bir belirlemeye yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. TCK yalnızca olası kastı tanımlamış ve olası kastla hareket edilen durumlarda zorunlu bir ceza indirimi öngörmüştür.

¹⁷ Binding K., Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld, Vorsatz, Irrtum (2. Auflage, Engelmann 1916) 819.

¹⁸ İpekçioğlu P.A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, (Seçkin 2019) 170-171; Katoğlu T. 'Olası Kast ve Suça Teşebbüs' iç Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt 1 (Ankara 2015) 615. Burada kast edilen yazarların Binding'ten etkilenmiş olması değildir. Yazarların bakış açısı ile Binding'in görüşü arasındaki uyuma vurgu yapılmaktadır.

¹⁹ Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastın varlığı için böyle bir şart aranmadığından bu görüşün taraftar bulamadığına ilişkin olarak bkz. Puppe I, Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46 (1984) 11 Neue Zeitschrift für Strafrecht 491.

²⁰ Engisch K. Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (2.Auflage Scientia 1964) 122-123.

²¹ Puppe (n. 19) 489; Herzberg R. D. Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? (1990) 7 Neue Zeitschrift für Strafrecht 314-315; Schmidhäuser E, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2. Auflage, Mohr (Paul Siebeck) 1975) § 15, N 62-66.

²² Bozbayındır (n. 1) 339; İçel (n. 16) 431-432; Centel N., Zafer H ve Çakmut Ö., Türk Ceza Hukukuna Giriş (9. Baskı, Beta 2016) 367.

²³ Koca ve Üzülmöz (n. 3) 170 vd.

²⁴ Alman öğretisinde bu mesele özellikle amaç unsuruna yer verilen suçlar bakımından tartışılmaktadır. Jescheck H-H und Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (5.Auflage Duncker & Humblot 1996) 298; Roxin ve Greco (n. 2) § 12, N 14-15; Lackner K ve Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar (29. Auflage C. H. Beck 2018) § 15, N 20. Türk öğretisinde de amaç unsuruna yer verilen suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği ifade edilmektedir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Başbüyük (n. 12) 277; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 412.

²⁵ Özgenç (n. 3) 312; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 167.

²⁶ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 20.

tanımlanmaktadır. Bu tanım olası kastın bilinçli taksirden farkını ortaya koyma konusunda yeterli olmasa da²⁷ TCK bakımından doğrudan kast-olası kast ayrımı için yaptığımız açıklamaların geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Olası kast öğretide belirsiz veya gayri muayyen kast olarak da isimlendirilmektedir. Böylelikle bir anlamda belirli kast-belirsiz kast ayrımı doğrudan kast-olası kast ayrımı ile özdeşleştirilmektedir. Öğretide failin kastının belirli bir **konu** üzerinde somutlaştığı durumlarda belirli kastın bulunduğu; konunun belirsiz olması, tipik hareket veya neticenin kimin üzerinde gerçekleşeceği konusunun failin zihninde somutlaşmamış olması durumunda belirsiz kastın bulunduğu ifade edilmektedir²⁸. Bu itibarla belirsiz kast ile olası kast kavramını özdeşleştirmekte ve belirsiz kastı netice belirler kuralını uygulamakta, nihayetinde olası kastla suçta teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Olası kastla suçta teşebbüsün cezalandırılmasının önünde teorik bir engel olup olmadığının tespiti için iki sorunun cevaplandırılması gerekmektedir. I. 35. maddede yer alan kast ifadesi doğrudan kast ile sınırlı olarak mı anlaşılmalıdır? II. Belirsiz kastı netice belirler kuralı olası kast bakımından da uygulanabilir mi?

1. Teşebbüse İlişkin 35. Madde Düzenlemesinde Geçen Kast İfadesi Doğrudan Kastla Sınırlı Mıdır?

Türk Ceza Kanununun lafzından hareketle iki farklı sonuca ulaşılabılır. Birinci olarak TCK “işlemeyi kast ettiği suç” ibaresini kullanmaktadır. Eğer bu ibare bir suçun işlenmesinin amaçlanması şeklinde anlaşılırsa TCK’nın olası kastla hareket edilen hallerden teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul etmediği sonucuna ulaşılması gerekecektir. Zira ancak doğrudan kastta fail tipikliği gerçekleştirmeye yönelik bir amaçla hareket edebilir. Olası kastta, failin tipikliği gerçekleştirmeye yönelik bir amacı bulunmamaktadır.

Ancak dikkat edilmelidir ki bu şekilde bir kabule ulaşıldığında öğretide ikinci dereceden doğrudan kast kapsamına sokulan olaylarda da teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğundan vazgeçilmesi gerekebilir. Zira bu vakialarda fail tipikliği gerçekleştirme amacı ile hareket etmemekte; tipiklik, hedeflediği eylemin **zorunlu** bir sonucu olarak gerçekleşmektedir²⁹. Klasik olarak verilen örnekte fail, sigorta tazminatı almak için bir gemiyi batırır. Bu eylemi sonucunda gemide bulunan kişilerin ölmesi zorunlu bir sonuçtur. Ancak fail, dar anlamda bu sonucu gerçekleştirme amacı ile hareket etmemektedir. Geminin batmaya başlaması sırasında tesadüfen yakınından geçen bir başka geminin yardımı ile gemide bulunan kişiler kurtulur. Bu durumda failin işlemeyi kast ettiği suç kasten öldürme olmadığı için teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğuna başvurabilmek de mümkün değildir.

Modern kast öğretisinde kast istemek veya dar anlamda amaç kavramı ile özdeş görülmemektedir. Klasik suç teorisine hâkim olan psikolojik kusur teorisine rağmen 19. yüzyılın sonlarına doğru savunulmaya başlayan tasavvur teorileri kastın failin hareket ederken sahip olduğu tasavvurundan belirleneceğini, kasttaki iradi unsurun hareket iradesinden daha fazla bir anlam taşımadığını kabul etmişti. Klasik suç teorisinin en önemli temsilcisi v. Listz³⁰ tarafından dahi savunulan bu yaklaşım Frank ve normatif kusur teorisi ile birlikte daha güçlü bir şekilde dile getirilmiştir³¹. Ancak klasik suç teorisine hukuka aykırılığın da kast kapsamında olduğunu kabul ediyordu. Bilahare amaçsal suç teorisine Roma Hukukundan bakiye kast anlayışını (dolus malus) reddetmiş ve failin hukuka aykırılığına ilişkin bilgiyi, kast kavramının dışına taşımıştır³². Günümüzde Alman Hukukunda hâkim olan kast anlayışında final suç teorisinin önemli bir etkisi bulunmaktadır. Bu teori kastı amaç ile eşitlese de amaçsallığı genel anlamından farklı bir şekilde tanımlamıştır. Welzel’e göre failin gerçekleştirmeyi hedeflediği amaç, bu amaca ulaşmak için gerekli olan araç hedefler, amaca ulaşmanın yanında onunla birlikte kabul edilen nedensel faktörlerle birlikte dikkate alınan yan sonuçlar da amaçsallığın içerisinde³³. Böylelikle bütün kast biçimleri amaçsallık ile özdeşleştirilmektedir.

Günümüzde Alman Ceza Hukuku öğretisinde kastın isteme kavramı ile özdeşleştirilmesinden tamamen vazgeçildiği söylenebilir. Kastta bir isteme unsurunun varlığı ancak amaç kastında açık bir şekilde kabul edilmekte (Absicht), diğer kast biçimlerinde (özellikle olası kast) bir isteme unsuru kabul edilse de bu unsura günlük hayattaki anlamı değil, normatif bir anlam yüklenmektedir³⁴. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de deri kemer (Lederriemen-Fall)³⁵ davasından itibaren hukuki anlamda kabullenme kavramını kullanmakta ve failin arzu etmediği neticeler bakımından da kasten hareket edebileceğini vurgulamaktadır. Esasen kastı istemek veya dar anlamda amaçla özdeşleştirmek Feuerbach dönemi ceza hukuku anlayışına uygundur. Feuerbach ise olası kastı, bir kast biçimi olarak kabul etmemektedir³⁶. TCK’nın olası kastı ayrıca tanımlaması ve günümüz modern kast anlayışı

²⁷ Koca ve Üzülmüş (n. 3) 173; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 415; Katoğlu (n. 18) 614; Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı Adalet 2011) 210.

²⁸ Dönmezer ve Erman (n. 16) 484; Belirsiz kastın tanımına ilişkin öğretide bir görüş birliğinin bulunmadığının ve günümüz kast anlayışında belirsiz kasta yer vermenin uygun olmayacağına ilişkin bkz. Önder (n. 7) 292.

²⁹ Roxin ve Greco (n. 2) §12, N 18; Sternberg-Lieben D und Schuster F ‘Art 15-18 StGB’ in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019) § 15 N 68; Karakehya H. Ceza Hukuku Genel Hükümler (2.Baskı Adalet 2023) 100.

³⁰ Listz F und Schmidt E, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I, (26. Auflage, Walter de Gruyter 1932) 253 ff.

³¹ Frank R, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre (1890) 10 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 169-228.

³² Kindhäuser, U ve Zimmerman T, Strafrecht Allgemeiner Teil, (11. Auflage, Nomos 2024) § 13, N 7.

³³ Welzel H, Das neue Bild des Strafrechts, (4. Auflage, Otto Schwartz & Co., 1961) 1-2.

³⁴ Maurach, R und Zipf, H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I (8. Auflage, C.F. Müller 1992) § 22, N 14; Roxin C, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag, (Luchterhand 2004) 243.

³⁵ BGH, 22.04.1955 - 5 StR 35/55. Dava konusu ve mahkemenin değerlendirmesi için bkz. Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 21.

³⁶ Bozbayındır (n.1) 46 vd.

dikkate alındığında TCK'nın 35. maddesinde yer alan bu düzenlemenin failin ancak gerçekleştirmeyi amaçladığı suç tipleri ile sınırlı bir şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu itibarla 35. maddede belirtilen kast ifadesini doğrudan kastla sınırlandırmamak gerekir. Buradaki kast ibaresi modern kast anlayışına uygun olarak bütün kast biçimlerini kapsar şekilde anlaşılmalıdır³⁷.

TCK'nın 35. maddesini lafzi olarak yorumlayan diğer bir anlayış maddede kullanılan “doğrudan doğruya” ibaresinin doğrudan kastı işaret ettiği görüşündedir³⁸. Belirtilmelidir ki buradaki doğrudan doğruyalık, kastı değil; icra hareketlerini nitelendirmektedir. İcra hareketlerinin başladığı anın tespiti bakımından TCK maddi objektif teoriyi benimsemiş ve tipik harekete doğrudan doğruya bağlantılı olan hareketlerin de icra hareketleri içerisinde kabul edilmesini arzulamıştır³⁹. Kaldı ki bu ibare Al. CK'da da kullanılmaktadır (unmittelbar Ansetzen) ve bu husus icra hareketlerinin başlangıç anı bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁰. Bu itibarla “doğrudan doğruyalık” ifadesinin doğrudan kastı işaret ettiğine ilişkin bu yorumu kabul etmemekteyiz.

2. Belirsiz Kastı Netice Belirler Kuralı Olası Kast Bakımından Geçerli Midir?

Öncelikle ifade edilmelidir ki olası kast, tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin belirsizlik sebebi ile “belirsiz kast” olarak nitelendirilebilir. Ancak yukarıda öğretinin yaptığı tanımlama doğrultusunda belirsiz kasttan, kastın belli bir konu üzerinde somutlaşmaması anlaşılıyorsa olası kastı belirsiz kast olarak nitelendirmek hatalı olacaktır. Çünkü olası kast belirli bir konu üzerinde somutlaşabilir. Failin, mağdurun kafasına öldürmeyi amaçlamaksızın kürekle vurması, ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket ettiği bir örnektir⁴¹. Bu örnekte kastın belirli bir konu üzerinde somutlaşmadığı ileri sürülemez.

Kastın belirli olup olmaması sadece konu ile sınırlı değil; nedensel süreç ve buna bağlı olarak tipikliğin bütün unsurları bakımından tetkik edilebilir. Genel bir suç işleme niyeti kastın varlığı bakımından yeterli değildir, failin zihninde tipikliğin gerçekleşmesi ile bağlantılı bir tasavvurun somutlaşması gerekmektedir⁴². Failin mağdura öldürme kastı ile vurduğu ve mağdurun öldüğünü düşündüğü fakat mağdurun ölmediği, bilahare fail tarafından suç delilinin ortadan kaldırılması maksadı ile mağdurun gömüldüğü ve boğularak hayatını kaybettiği örnekte öldürmeye yönelik failin genel kastının kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması için yeterli olduğu kabul ediliyordu (dolus generalis). Günümüz öğretisinde bu sorun hata bağlamında nedensellik bağı üzerindeki yanılığın önemli olup olmamasına göre çözümlenmektedir⁴³. Kastın belirliliği şeriklerin ceza sorumluluğu bakımından da tartışılmaktadır. Azmettiren bakımından fail, mağdur ve zaman bakımından daha belirli bir kast aranırken, yardım eden bakımından aranan belirlilik daha zayıftır⁴⁴. Diğer taraftan failin hangi tipikliği gerçekleştireceğine ilişkin belirsizlik sorunu alternatif ve kümülatif kast konuları ile ilişkili görülmekte ve içtimaya ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Alternatif ve kümülatif kastın ise olası kast olarak anlaşılamayacağı öğretiler vurgulanmaktadır⁴⁶.

Bu açıklamalarımız gösteriyor ki olası kast kavramı ile belirsiz kast kavramı birbirlerinden farklıdır. Öğretinin belirsiz kasta ilişkin tanımı dikkate alındığında olası kastın her zaman belirsiz kast olmayacağı da açıktır. Olası kast pekâlâ bir konu üzerinde somutlaşabilir⁴⁷. Bilahare verilecek olan bir şahsa yönelik öldürme amacı olmaksızın öldürücü bir darbe vurma örnekleri, olası kast olarak kabul edilir ve bu durumda kastın yöneldiği konu belirlidir. Diğer taraftan doğrudan kastın, hatta birinci dereceden doğrudan kast olarak nitelendirilen amaç kastının yöneldiği konunun belirsiz olması da mümkündür. Bir terör örgütü mensubunun insanları öldürmek için bir alışveriş merkezine bomba yerleştirilmesi ve patlatması örneğinde kimin ve kaç kişinin öleceği belirsizdir. Burada fail “mümkün olduğunca fazla kişiyi öldürme” amacı ile hareket eder. Bu amaç birinci dereceden doğrudan kast olmakla konu bakımından belirsizdir. Ancak birinci dereceden doğrudan kastla suça teşebbüste ceza sorumluluğu üzerine bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁸.

³⁷ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 35. maddede yer alan kast ibaresini bütün kast biçimlerini kapsar şekilde anlamaktadır. “TCK'nun 35. maddesinin birinci fıkrasındaki “işlemeyi kastettiği” ibaresi, teşebbüsün ancak kasten işlenen suçlar bakımından mümkün olduğunu ortaya koysa da, söz konusu maddede kastın çeşidi yönünden bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükmünün uygulanmasına bir engel olmadığı ileri sürülebilir ise de...” Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017 (karararama.yargitay.gov.tr E.T: 1.02.2024) Ayrıca bkz. Öztürk ve Erdem (n. 7) N 358.

³⁸ Katoğlu (n. 18) 620; Bozbayındır (n. 1) 339.

³⁹ Akbulut (n. 12) 817.

⁴⁰ Alman Ceza Hukuku sisteminde teşebbüs bakımından bireysel objektif teori kabul edildiğinden icra hareketlerinin başladığı an bakımından failin tasavvuru da dikkate alınmaktadır. Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil (7.Auflage Kohlhammer 2022) N 725. Bununla birlikte bu sistemde de doğrudan doğruya icra için failin tipikliğe ilişkin hareketleri gerçekleştirmesinin gerekli olmadığı, korunan hukuki değerlerin doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir Heinrich (n. 40) N 728. Alman Ceza Kanununun eski halinde teşebbüs tanımlanırken bir cürmü veya cünhayı işleme kararı ile hareket etme tabirini kullanmıştı (§ 43). Bkz. Kohlrausch E, Deutsche Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Walter de Gruyter 1947) 42. Bu tanımlama biçiminden yola çıkan Wächter benzer şekilde teşebbüsü failin suçu işlemeyi amaç edindiği haller ile sınırlandırmıştı. Wächter, K.G, Deutsches Strafrecht, (Breitkopf Haertel 1881) 209. Ancak günümüzde ne TCK'da ne de Al. CK'da bu çerçevede yorumlanacak bir ibare bulunmamaktadır.

⁴¹ Hakeri (n. 26) 216.

⁴² Vogel J und Bülte J, ‘Art 15-16 StGB’ in Cirener, G, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T und Schluckebier W, Leipziger Kommentar StGB, Einleitung, §§ 1 bis 18, (13.Auflage, De Gruyter 2019) § 15, N 44.

⁴³ Heinrich, (n. 40) N 288.

⁴⁴ Vogel und Bülte (n. 42) § 15, N 44.

⁴⁵ Sternberg-Lieben und Schuster (n. 29) § 15, N 57 a.

⁴⁶ Jescheck und Weigend (n. 24) 303.

⁴⁷ Öztürk ve Erdem (n. 7) N 614; Nitekim Dönmez ve Erman'ın ders kitaplarının 15. baskısında belirsiz kast neticeyi belirler kuralı olası kast bakımından da benimsenmesine rağmen olası kast ile belirsiz kastın eş anlamlı olmadığı olası kastın belirli olabileceği hususu belirtilmiştir. Dönmez ve Erman (n. 16) N 563, 2228 sayılı dipnot.

⁴⁸ Nitekim Yargıtay 16. CD'si buna benzer bir olayda yaralanan kişiler bakımından da öldürmeye teşebbüsten ceza sorumluluğu tayinini doğru bulmaktadır. Yargıtay 16. CD, E. 2018/2445, K. 2018/2842, T. 20.09.2018.

Bu itibarla zaten öğreti tarafından teorik zemini yeterli bir şekilde izah edilmemiş olan ve kanaatimizce teşebbüsten doğan ceza sorumluluğu bakımından bir değeri bulunmayan “belirsiz kastı netice belirler” kuralının “olası kastla” hareket edilen hallerde tatbiki mümkün değildir. Diğer taraftan bir ölçüde bu kuraldan türetildiğini söyleyebileceğimiz “olası kastı netice belirler” ilkesinin de kast öğretisinin içerisinde çelişkiden fazla bir anlam ifade etmediği de belirtilmelidir⁴⁹. Kastın failin hareketi anında bulunması gerekmektedir⁵⁰ (Simultaneitätssprinzip). Önceki kast veya eklenen kast bu anlamda mümkün değildir⁵¹. Bu birinci yargının doğruluğu kabul edildikten sonra kast hareketin gerçekleşmesinden sonraki bir olgu ile tespit etmek veya kastın varlığını neticenin gerçekleşmesi şartına bağlamak çelişkili bir yaklaşım olacaktır. Olası kast neticeden bağımsız hem teorik hem de pratik olarak belirlenebilir.

B. Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlarda Olası Kastın Tespiti

1. Teorik Olarak

Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüs tartışmasız bir şekilde kabul edildiğinden literatürde olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin doğrudan bir tespit bulunmamaktadır. Bununla birlikte olası kastın bilinçli taksir karşısında sınırlarını belirlemek için ortaya atılan kast teorileri; olası kastı, neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olarak belirlemekte ve böylelikle olası kastla suça teşebbüse teorik bir zemin hazırlanmaktadır.

Buna karşılık olası kastla suça teşebbüsü izah etmekte en çok zorlanan teorinin imkân teorisi olduğu söylenebilir. Bu teoriye göre failin neticenin gerçekleşeceğine ilişkin bir imkân öngörerek hareket etmesi olası kastın varlığı için yeterlidir. Bu kavrayış bütün tehlike kastlarının zarar kastı olarak değerlendirilmesini sağlayacak ve tehlike suçlarının anlamını yitirmesine neden olacaktır. Örneğin bir kişiyi hayatı bakımından tehlike yaratacak şekilde terk etmek, kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturacaktır. Bu durumda terk suçuna ilişkin Al. CK düzenlemesi anlamını kaybetmektedir⁵².

Esasen imkan teorisinin sorunu olası kastın alanını tahammül edilemez şekilde genişletmesidir⁵³. Tabii olarak bu durum olası kastla suça teşebbüsün sorumluluk alanını da katlanılmaz bir şekilde genişletmektedir. Aynı sorunun bütün tasavvur teorileri bakımından bulunduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Diğer tasavvur teorileri entelektüel unsur üzerinden olası kastın varlığını tespit etmektedir. Bu teoriler bakımından olası kastı belirleyen husus netice değil, failin tipikliğin gerçekleşme ihtimaline ilişkin bilgisidir.

Günümüzde Frisch, Herzberg ve Puppe gibi yazarların başını çektiği risk teorisi olarak adlandırılan öğreti tasavvur teorilerinin devamı olarak görülmektedir. Bu teoriler kastın varlığını failin izin verilmeyen riski bilerek hareket etmesi ile temellendirir⁵⁴. Buna karşılık yazarların olası kast ile bilinçli taksirin ayrımı bakımından izledikleri yollar farklılık göstermektedir. Ancak bu teoriye mensup yazarların olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunun alanını genellikle sınırlandırma çabaları bulunmaktadır.

Puppe, olası kastla hareket edilen hallerde failden aktif ve gönüllü bir vazgeçme iradesi göstermesinin talep edilmesini olası kastla bağdaşmaz olduğunu düşünmektedir. Puppe'nin değerlendirdiği Alman Federal Mahkemesi kararına⁵⁵ konu olan olayda fail eski karısının kafasına sandalye ayağı ile birden fazla kez sert biçimde vurur. Bilahare kafasından ağır yaralanan karısını hastaneye yakın bir yerde bırakır ve olay yerinden uzaklaşır. Mağdur doktorların müdahalesi ile kurtulur. Federal mahkeme bu olayda failin gönüllü vazgeçme iradesini göstermeye yeter bir çabasının bulunmadığını kabul etmektedir. Puppe ise failin hareketini gerçekleştirirken gösterdiği kaçınma çabasının kasttan dolayı ceza sorumluluğunu kaldırırken hareketini gerçekleştirdikten sonra gösterdiği açık olmayan kaçınma çabasının teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kaldırmamasını çelişkili görmektedir⁵⁶. Bu itibarla Puppe günümüz yazarları arasında olası kastla suça teşebbüse teorik olarak karşı çıkmamakta, sadece olası kastla hareket edilen hallerde gönüllü vazgeçme bakımından birinci ve ikinci dereceden doğrudan kastla aynı kriterlerin aranmasına karşı çıkmaktadır.

Puppe'nin kast öğretisi normatif bir kast anlayışı geliştirmeyi hedeflemektedir. Fail tarafından bilinen tehlike üçüncü makul bir kişi tarafından değerlendirildiğinde neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin makul bir açıklama getirilemiyorsa fail kastla

⁴⁹ Üzülerek belirtmeliyiz ki Yargıtay bu kurala dayanarak olası kastla işlenen suçlara iştirakin de mümkün olmayacağına ilişkin içtihatlarında bulunmaktadır. Yargıtay 1. CD, E. 2022/3871, K. 2022/6342, T. 06.07.2022; 1. CD, E. 2021/10728, K. 2021/14799, T. 08.12.2021. Yabancı öğretinin taksirli suçlarda müşterek failliğin kabul edilmemesi nedeniyle oluşan sorumsuzluk boşluğunu gidermek için taksirli suçlarda müşterek failliği tartıştığı günümüzde (ayrıntılı bilgi için bkz. Böhringer J, Fahrlässige Mittäterschaft, Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, (Nomos 2017), 41 ff) Yargıtay'ın bu şekilde içtihatları ile olası kastla hareket edilen durumlarda büyük bir sorumsuzluk alanı oluşturmasını şaşkınlıkla karşılamaktayız. Nitekim 3. CD'si verdiği bir kararda bunun mahzurlarını görmüş olacak ki olası kastla müşterek failliğin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 3. CD, E. 2020/377, K. 2020/2961, T. 13.02.2020.

⁵⁰ Heinrich (n. 40) N 288, Koca ve Üzülmüş (n. 3) 168.

⁵¹ Maurach und Zipf (n. 34) § 22, N 18- 20; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 168; Önder (n. 7) 291-292.

⁵² Küpper G, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, (100/4), 1988 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 768.

⁵³ Baumann J, Weber U, Mitsch W und Eisele J. Strafrecht Allgemeiner Teil, (13 neu bearbeitete Auflage, Giese King 2021) § 11, N 24.

⁵⁴ Bozdayındır (n. 1) 126 vd.

⁵⁵ BGH, 27-04-1982 - 1 StR 873/81.

⁵⁶ Puppe (n. 19) 488-489.

hareket etmektedir. Bu durumda kast tehlikeliliği bulunmaktadır⁵⁷ (Vorsatzsgefahr). Bu öğreti de olası kast teşebbüsü teorik olarak bir bağdaşmazlık içerisinde değildir⁵⁸. Zira Puppe olası kastın varlığının neticenin gerçekleşmesine değil, tehlikenin gerçekleştirilmesine bağlamıştır. Örneğin arkadaşını metroda tren raylarının üzerine iten bir kişinin gerçekleştirdiği eylem kısa bir süre içinde trenin gelmeyeceğine ve arkadaşının kurtulacağına ilişkin mantıklı ve kabul edilebilir bir güvenle izah edilemez⁵⁹. Bu durumda kast tehlikesi bulunmaktadır ve fail neticenin gerçekleşip gerçekleşmesinden bağımsız olarak kasten hareket etmektedir.

Herzberg başlangıçta kast öğretisini korumalı-korumasız tehlike ölçütüne göre şekillendirmişti⁶⁰. Ancak daha sonra yazar olası kast-bilinçli taksir ayırımı teşebbüs hükümleri üzerinden yapmaya çalışmıştır. Puppe gibi kastın varlığının fail tarafından bilinen tehlikenin hukuki olarak değerlendirilmesi ile tespit edileceğini söyleyen Herzberg'e göre, eğer fail tasavvuruna göre doğrudan doğruya bir tehlike oluşturuyor ise kasten hareket etmektedir. Başka bir deyişle failin izin verilmeyen riski gerçekleştirdiği bilgisi ile hareket etmesi ne kast bakımından ne de teşebbüs bakımından yeterlidir. Fail ancak nitelikli bir tehlike (doğrudan tehlike) oluşturduğunu bilerek hareket ediyorsa kasten hareket etmektedir ve teşebbüs bulunmaktadır⁶¹. Yazar böylelikle üvey çocuğunu bir araba çarpması umudu ile yol kenarına gönderen annenin suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı gibi olası kastla hareket etmediğini de temellendirmektedir. Böylelikle Herzberg'in öğretisinin de olası kastla suça teşebbüsle bağdaştığını hatta olası kastı teşebbüs hükümleri ile temellendirdiğini ifade etmemiz gerekmektedir. Hatta bu öğreti risk teorileri çerçevesinde olası kastla suça teşebbüsün sınırlarını da belirlemeyi bir ölçüde başarmaktadır. Diğer taraftan önceki tarihli yazılarında Herzberg'in de olası kastla suça teşebbüsün sınırsız bir şekilde cezalandırılmasına ilişkin endişeleri bulunmaktadır. Herzberg olası kastla suça teşebbüsün daha hafif bir teşebbüs biçimi olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre özellikle olası kastla bilinçli taksir arasındaki ayırım bakımından sınırda kalan vakialarda failin cezalandırılmasından Al. CK § 23 III hükmü gereğince sarfi nazar edilmesi veya cezasında önemli ölçüde indirimine gidilmesi gerekmektedir⁶².

Kanaatimizce gerek Herzberg'in gerekse Puppe'nin olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunu sınırlandırma çabalarının risk teorileri ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. İki yazarın risk teorilerine mensup olmasını bu anlamda rastlantısal bir durum olarak görmekteyiz.

Diğer taraftan irade teorileri, olası kastla suça teşebbüsü daha kolay bir şekilde temellendirmektedir. Bu teoriler bilinçli taksirde bir iradi unsurun bulunmadığını, olası kastta ise bir iradi unsurun bulunması gerekliliğini kabul ettiklerinden neticeden veya tipikliğin gerçekleşmesinden bağımsız olarak bu unsurun tespitini olası kastın varlığı bakımından yeterli görmektedirler. İrade teorileri ilk başlarda failin psikolojik tutumunu dikkate alarak neticeye karşı içsel bir kabullenmenin varlığını aramış, ancak zamanla normatif bir iradi unsurun varlığını olası kastın kabulü için yeterli görmüştür⁶³. Günümüzde Alman Ceza Hukuku öğretisi ve yargı uygulamasında irade teorileri arasında kabul edilen ciddiye alma teorisinin (Erstnahmetheorie) egemen olduğu söylenebilir⁶⁴. Bu anlayışın temsilcilerinden olan Roxin, kastı failin hukuki değerlere yönelik verdiği karar olarak izah eder (karar teorisi)⁶⁵. Bu teoride olası kastı bilinçli taksirden ayıran husus, failin hukuki değerlerin ihlaline yönelik vermiş olduğu karardır. Yazar, olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu ve hatta teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu tayininin zorunlu olduğunu kabul eder. Esasen yazarın kast teorisi ile teşebbüs bakımından tespiti arasında bir uyum bulunmaktadır. Zira yazar failin hukuki değerlere karşı kararının bulunmasını kast bakımından yeterli görür. Bunun için failin neticeyi amaçlamış veya gerçekleştirmiş olması gerekmemektedir. Başka bir suçu işlemeyi amaçlamış olan failin bu suçun gerçekleştirilmesine hizmet eden öldürme kastının bu anlamda ceza hukuku ile ilişkisinin bulunmadığını kabul etmek için bir sebep bulunmamaktadır⁶⁶.

Bu itibarla Türk Hukukunda "olası kast netice ile belirlenir" şeklinde benimsenen kuralın teorik bir zemini bulunmamaktadır. Olası kast neticeden bağımsız olarak tespit edilebilir. Roxin'in karar teorisi olası kastı failin hukuki değere karşı vermiş olduğu normatif olarak belirlenen karar üzerinden temellendirirken, risk teorileri (Puppe ve Herzberg) failin oluşturduğu tehlikenin normatif değerlendirmesi ile tespit etmektedir. Neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesi sadece suçun tamamlanması bakımından bir fonksiyon arz eder. Bu durumun failin bilincinde olduğu tehlikenin niteliği veya hukuk düzenine karşı olmuş olduğu kararla bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁵⁷ Puppe I, 'Art 15-16 und 28-29 StGB' in Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen H-U ve Saliger F (Hrsg), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (6. Auflage, Nomos 2023) § 15, N 67

⁵⁸ Yazar makalesinin son paragrafında gönüllü vazgeçmenin olası kastla suça teşebbüsün cezasız kalmasında dar bir temel oluşturduğunu belirtmektedir. Puppe (n. 19), 491.

⁵⁹ Puppe (n. 57) § 15, N 72.

⁶⁰ Herzberg R. D, Abgrenzung Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit- ein Problem des objektiven Tatbestandes (1986) 26 (4) Juristische Schulung 249-262.

⁶¹ Herzberg, R. D, Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefährdungsmerkmal des Vorstazsdelikt, in Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag (C. F Müller 2006) 322-323.

⁶² Herzberg (n. 21) 314-315; Yazarın bu düşüncesini sonradan değiştirdiğine ilişkin bkz. Tozman (n. 8) 159-161. Roxin haklı olarak Herzberg'in bu yaklaşımını eleştirmektedir. Zira olası kastla suça teşebbüs vakiaları ile StGB § 23 III hükmü arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Roxin (n. 10) § 29, N 79.

⁶³ Bozbayındır (n.1) 140 vd.

⁶⁴ Bozbayındır (n.1) 148. Murmann U, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, C. H. Beck 2022) § 24, N 23; Heinrich (n. 40), N 300; Jescheck und Weigend (n. 24) 299; Gropp W und Sinn A, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Auflage, Springer 2020) § 4 N. 150 ff.

⁶⁵ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 21 vd. Risk teorileri içerisinde sayılmış olsa da Frisch de aynı yaklaşıma sahiptir. Schroth U, Vorsatz als Aneignung der unrechtkonstituierenden Merkmale (Peter Lang 1994) 56.

⁶⁶ Roxin (n. 10) § 29, N 78.

2. Pratik Olarak

Alman Federal Mahkemesi (BGH) olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunu kabul etmekte ancak irade teorilerinin etkisi altında kastın varlığının ispatı için oldukça yüksek bir eşik aramaktadır (Hemsweltheori).

Mahkeme özellikle failin neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin ciddi bir güvenle hareket ettiği durumlarda olası kastın varlığını kabul etmemektedir. Örneğin AIDS hastası olan birinin korumasız cinsel ilişkiye girerek mağduru hasta ettiği vakıda “bu hastalığın tedavisinin bulunacağına ilişkin güven olası kastın varlığını dışlayabilmektedir⁶⁷. Veya bir kişinin üzerine otomobil sürülen vakıda, mağdurun kendisini güvenli bir yere atabilme ihtimaline güven duyulması durumunda olası kastın varlığı kabul edilmemektedir⁶⁸. Böylelikle olası kast-bilinçli taksir ayırımında irade teorilerinin argümanlarına dayanılarak olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunun alanı ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır.

Bu anlayış olası kastla suça teşebbüs bakımından Yargıtay uygulamasına yaklaşmaktadır. Buna rağmen Federal Mahkeme suça teşebbüs için failin tipikliği gerçekleştirilmeyi amaçlamasını aramamakta tehlikeyi ciddi göyerek neticeyi kabullenmesi durumunda olası kastın varlığını kabul etmektedir. Bu durumda olası kast neticeye göre belirlenmemekte, failin tipikliği gerçekleştirilmeyi kabullenip kabullenmemesine göre ancak yüksek bir ispat eşliğinin aşılmasıyla tespit edilmektedir.

3. Olası Kastla Suça Teşebbüsten Ötürü Ceza Sorumluluğunun Suç Politikası Bakımından Değerlendirilmesi

A. Olası Kastla Suça Teşebbüsten Ötürü Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi

1. Elverişsiz Teşebbüs Durumunda

Alman öğretisinde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi tabii olarak olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirlik alanını ciddi bir şekilde genişletmektedir. Bu nedenle Alman öğretisinde olası kastla suça teşebbüsün cezalandırma alanını sınırlandırılmasını öneren görüşler bulunmaktadır.

Schmidhäuser özgün bir şekilde oluşturduğu suç teorisinde kastı iradi unsurdan tamamen ayırır ve kusur alanında konumlandırır. Buna mukabil yazar teşebbüsün kusurla ilgili bir sorun olmadığını haksızlık ile ilgili bir olduğunu ifade eder⁶⁹. Bu nedenle yazar teşebbüs bakımından olası kast ile doğrudan kast arasında aslında bir ayrım yapmamaktadır⁷⁰. Ancak yazara göre haksızlık amaç haksızlığı veya zarar haksızlığı olarak ortaya çıkabilir⁷¹. Bu çerçevede yazar objektif teşebbüs teorilerin (boş bir silahla bir kişiyi öldürmek için tetiğe basılması gibi) amaç haksızlığı içeren vakılarda teşebbüsü kabul etmemesi nedeniyle eleştirmektedir⁷². Diğer taraftan yazar subjektif teorileri de failin aksine unsur yanılığısıyla hareket ettiği durumlarda teşebbüsün varlığını kabul

⁶⁷ BGH, 04.11.1988, 1.StR 262/88.

⁶⁸ Alman Federal Mahkemesinin (BGH) kararına (07.06.1983 4 StR 51/83) konu olan bir olayda A bir motorlu grup içindeki arkadaşı D ile yaşadığı tartışma sonrasında intikam almak için aracıyla D'nin lokal önündeki motorunu çarpıp düşürür. Durumu fark eden grup A'nın bu eylemi gerçekleştirmiş olabileceğini düşünürler ve düzenli bir şekilde kapı önündeki motorlarını kontrol etmeye başlarlar. A kısa bir süre öfkeyle geri döner bu sırada onu fark eden Udo park etmiş araçların yanında kısa bir sürenin A'nın ne yapacağını gözlemlemek için bekler. Udo lokale dönerken caddede A kendisini fark eder ve otomobilini üzerine sürer. Udo çevik bir hareketle lokalin ön bahçesine kendini atar ve kazadan kurtulur. Bu olay yaşandıktan kısa bir süre sonra motorlu grup eğlencelerine devam etmek için başka bir yere gitmeye karar verirler. Lokal ile eğlenceye gidecekleri ev arasında Udo Er ve Michael Pe tekrar A ile karşılaşır. A öfke ile ikisinin üzerine tam gaz aracını sürer. Udo tekrar kendini kenara atmaya başarsa da araç Michael'in ayağına kenardan çarpar ve hafif bir şekilde yaralanmasına sebebiyet verir.

Bu çarpmadan sonra motorlu grup polisi durumdan haberdar ederler. Grup polisi beklerken A tekrar lokalin çevresine gelir. Bu sefer olayla alakası olmayan, tesadüfen o gün lokalde bulunan ve evine doğru giden Erwin'in üzerine otomobilini sürer. Erwin korkuyla kaldırma kaçmaya çalışmasına rağmen ona çarpar, kaputunun üzerinden kaldırırın kenarına düşerek yaralanmasına sebebiyet verir. Erwin yaralı bir şekilde kaldırın bitişindeki duvardan kendini atmak için çabalarken A arabasını geri vitese takarak tekrar Erwin'in üstüne doğru gelir. Erwin ancak çevredekilerin yardımı ile kendisini duvardan atarak kurtulur.

Bölge mahkemesi iki olay bakımından da failin olası kastla öldürmeye teşebbüste bulunduğunu kabul etmiştir. Zira fail arabasıyla bu kişilere çarpması durumunda onların ölümüne sebebiyet verebileceğini öngörmesine rağmen hareket etmekte ve bu neticeyi kabullenmektedir. Buna karşılık Federal Mahkeme çevirisini vereceğimiz şu gerekçe ile bu kararları kaldırmıştır:

“Öldürme kastının önünde tehlike kastına nazaran çok daha yüksek bir eşik bulunduğu failin ölüm neticesini öngördüğü bir durumda sadece belli belirsiz değil, ciddi bir şekilde neticenin gerçekleşmeyeceğine güveni söz konusu olabilir. Bu durumda fail ölüm neticesi bakımından sadece bilinçli taksirle hareket etmektedir. . . Ağır ceza mahkemesi sanığın hareketiyle Michael P'nin ölümünü kabullendiğini temellendirmek için yalnızca onun mağdura arabasıyla çarpmak istediğini vurgulamaktadır. Daha geniş bir değerlendirmede bu şekilde aracıyla bir kişiye çarpmak isteyen kişinin o kişiyi öldürmeyi kabullenmesi, genelleştirilmiş bir formda doğru olmayan bir iddia olarak ele alınır. Sanığın, Michael'in, önceki olayda Udo Er'in yaptığı gibi kendini güvenli bir şekilde yolun kenarına atabileceğine güvenmesi, her halükârda dışlanmaması gereken bir ihtimaldir. Somut olayın şartlarından sanığın çarpma ile mağdurun sadece yararlanacağına güvenemeyeceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Udo Er bakımından bölge mahkemesi bunu açıkça kabul etmektedir. Bu sebeple mahkemeye sanığın mağduru yalnızca korkutmayı istediğine ilişkin beyanını kapsamlı bir şekilde tartışması gerekirdi. Nitekim bölge mahkemesi sanığın bu hızla bir kişiye çarparak onun ölümüne veya ağır bir şekilde yaralanmasına sebebiyet vereceğini kabullendiği söyleyerek sanığın öldürme kastı ile hareket etmemiş olabileceğini doğrulamaktadır. Bu itibarla sanık yalnızca muhtemel bir şekilde ağır bir yaralanmaya sebebiyet verebileceğini düşünmüş ve sadece bu sonucu kabullenmiş ise öldürme kastı bulunmamaktadır.”

Federal Mahkeme bu olayda bölge mahkemesinin bariz bir şekilde kendisi tarafından açıklanmayan bilinçli taksir ihtimalini görmezden gelmesi gerekçesi ile kararı kaldırmıştır.

Güvenlik görevlilerinin üzerine kaçmak amacıyla hızla araç sürüldüğü durumlarda Yargıtay kasten yaralamaya teşebbüsün bulunup bulunmadığını tartışmamakta yalnızca görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluştuğuna karar vermektedir. Yargıtay CGK, E. 627/2014, K. 502/2017, T. 28.11.2017; Yargıtay, 3. CD, E. 2019/13212, K. 2019/21680, T. 26.11.2019.

⁶⁹ Schmidhäuser (n. 21) § 15, N 62.

⁷⁰ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 63.

⁷¹ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 64.

⁷² Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 65.

ettiği için eleştirmektedir⁷³. Yazarın bu açıklamalarından olası kastla elverişsiz bir teşebbüsün gerçekleştirildiği durumların (zira bu durumda ne amaç ne de tehlike haksızlığı bulunmaktadır) cezasız kalması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁴.

Yazarın söz konusu görüşlerinin olası kastla suça teşebbüs bakımından Türk hukuku ile bir uyumsuzluğu bulunmamaktadır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere Türk hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmemektedir. Dolayısıyla olası kastla elverişsiz teşebbüs Türk hukuku bakımından cezalandırılabilir değildir.

2. Alternatif Kast ve Olası Kastla Suça Teşebbüs

Alternatif kast, bir kast biçimi olmamakla birlikte failin tasavvurundaki eylemi gerçekleştirdiği takdirde iki farklı tipik eylemden ancak birini gerçekleştirebileceği vakıalar için kullanılan bir üst kavramdır⁷⁵. Failin yan yana yürüyen iki kişiye tek el ateş ettiği bir örnekte ya öldürülmesi amaçlanan kişi isabet alıp hayatını kaybedecektir, ya da hedefte sapma sonucu diğer kişi isabet alıp hayatını kaybedecektir. Ancak failin tek el ateş etmesi durumunda bu ihtimallerden sadece birisi gerçekleşebilir. Alternatif kast konunun aynı olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Örneğin failin kendisine ait olmayan bulduğu ve sonrasında aldığı eşyanın kaybolmuş bir eşya mı yoksa zilyedin geçici olarak bıraktığı bir eşya mı olduğunu bilmediği durumda da alternatif kastın varlığı kabul edilmektedir. Burada eşya kaybedilmiş olduğu için malikin zilyetliğinden çıkmış ise 160. maddede düzenlenen suç, buna karşılık zilyetliğin devam etmesi söz konusu ise (kayıp eşya değilse) hırsızlık (TCK m. 141) oluşacaktır⁷⁶.

Alternatif kast bakımından Alman öğretisinde kabul edilen genel çözüm fikri içtima kurallarının uygulanmasıdır⁷⁷. Burada biri tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmış veya ikisi de teşebbüs aşamasında kalmış iki suç tek hareketle işlenmiştir. Bu suçlar arasında fikri içtima (Al. CK § 52 I) hükümleri uygulanarak bir çözüme varılır. Ancak diğer bir görüş bu durumda sadece gerçekleşen suç bakımından failin kastının bulunduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Bu görüşün itiraza uğradığı nokta teşebbüs edilen suç tipinin ağır bir suç olmasına rağmen tamamlanan suçun hafif bir suç tipi olması halinde sadece cezası hafif olan suçtan ötürü cezalandırmanın kabul edilecek olmasıdır. Örneğin A, B ve köpeğine doğru bir el ateş eder. Burada A ya B'yi vuracaktır (kasten öldürme) ya da köpeğini (mala zarar verme). A'nın köpeği vurduğu durumda kasten öldürmeye teşebbüsten değil, sadece mala zarar verme suçundan sorumlu tutulması öğretisi tarafından kabul edilmemektedir⁷⁹.

Ancak öğretilerde hâkim görüşün alternatif kast durumunu kümülatif kasttan ayırmaması eleştirilmektedir⁸⁰. Kümülatif kast durumunda alternatif kasttan farklı olarak fail kastı kapsamında bulunan birden fazla suç tipini gerçekleştirmeye muktedirdir. Örneğin kalabalık bir caddede bombalı eylem gerçekleştiren bir terörist, bu eylemiyle birden fazla kişinin ölebileceği ve yaralanabileceğini bilir. Somut olayda bombanın patlaması birden fazla kişinin ölümü açısından elverişlidir. Ancak alternatif kast durumlarında failin gerçekleştirdiği eylem ancak bir suç tipini gerçekleştirmeye muktedirdir. Dolayısıyla bu iki durum arasında bir fark oluşturulması gerektiği ifade edilebilir.

Aslında buradaki sorun Türk Hukukunu Alman Hukukundan daha fazla ilgilendirmektedir. TCK'nın kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından zincirleme suç hükümlerini (dolayısıyla aynı neviden fikri içtima kuralını) uygulamaması alternatif kastla kümülatif kastın aynı şekilde muamele görmesini daha sorunlu bir hale getirmektedir. Örneğin A, B'yi öldürmek amacıyla pusu kurar ve B'nin arabası geçerken tam otomatik silahı ile B'ye doğru bir şarjör ateş eder. Olayda arabada bulunan B'nin eşi C hayatını kaybederken mermilerden hiçbiri B'ye isabet etmez. Bu olayda kasten öldürmeye teşebbüs ve kasten öldürme suçlarında gerçek içtima hükümlerine göre ceza verilecektir. Buna karşılık A, B ve C yolda yürürken tek el ateş etmek suretiyle B'yi hedef alsa ancak mermi C'ye isabet etse yine aynı sonuca ulaşılabilecektir. İkinci örnekte A'nın gerçekleştirdiği eylem iki tipikliği de gerçekleştirmeye muktedir değildir. Alman Ceza Kanuna göre ise her iki olay bakımından da fikri içtima kuralları uygulanabilecektir.

Dolayısıyla Türk Hukukunda Alman öğretisindeki hakim yaklaşımın benimsenmesini⁸¹ doğru bulmamaktayız⁸². Alternatif kast vakıaları bakımından ya failin daha ağır suç tipinden cezalandırılmasına ilişkin görüş ve yahut da suç tipinin konusuna göre ayırım yapan yaklaşım dikkate alınmalıdır. Öncelikle bu iki görüşün pratik sonuçlarının Türk hukuku bakımından büyük ölçüde aynı olacağını ifade edelim. Birinci görüş alternatif kast hallerinde failin daha ağır suç bakımından kastının bulunduğunu daha hafif suç

⁷³ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 66.

⁷⁴ Tozman (n. 8) 49; Puppe (n. 18) 419; Monika K, Eventual Vorsatz und Versuch (Schulthess Polygraphischer 1974) 43. Benzer bir anlayış anılan son yazar tarafından İsviçre öğretisinde benimsenmektedir. 98 ff.

⁷⁵ Çiçek M ve Hacıoğlu B. C, Ceza Hukukunda Alternatif Kast (Dolus Alternativus) (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 448; Heinrich (n. 40) N 292; Jescheck und Weigend (n. 24) 304.

⁷⁶ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 93; Akbulut (n. 12) 524; Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 452.

⁷⁷ Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 461.

⁷⁸ NK/StGB-Zayck, 5.Baskı, § 22, N 20.

⁷⁹ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 94; Wessels J, Beulke W und Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil (53.Auflage C. F. Müller 2023) N 349.

⁸⁰ Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 462; Wessels, Beulke und Satzger (n. 79) N 350.

⁸¹ Türk Ceza Hukuku öğretisinde bu husus dikkate alınmaksızın Alman Ceza Hukuku öğretisindeki yaklaşım aynı şekilde benimsenmektedir. Öztürk ve Erdem (n. 7) N 424; Demirbaş (n. 7) 414; Akbulut aynı görüşte olmakla birlikte suç konusunun tek olduğu durumlarda yalnızca gerçekleşen suçtan dolayı ceza verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Akbulut (n. 12) 524-525.

⁸² Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 463 vd.

bakımından kastının düştüğünü kabul etmektedir⁸³. İkinci görüş ise alternatif kastın kapsamında olan suç konularının eşit hukuki değere sahip olması durumunda yalnızca gerçekleşen suçtan ötürü ceza sorumluluğunun kabul edileceğini, teşebbüs halinde kalan suçun cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Buna karşılık konuların eşit hukuki değere sahip olmadığı durumlarda daha düşük hukuki değere sahip olan suç konusunun zarara uğraması durumunda tamamlanmış suçun haricinde daha yüksek değerli suç konusu bakımında teşebbüs halinde kalmış suçun da cezalandırılması gerektiğini, buna karşılık tersi durumda yalnızca daha yüksek hukuki değere sahip suç konusu ile ilgili tamamlanmış suçtan ceza verilmesinin yeterli olacağını kabul etmektedir⁸⁴.

Esasen bu görüşün kast öğretisi bakımından tatmin edici olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Zira bu görüş, fikri içtimanın uygulanmadığı durumlarda bir suçun tamamlanmasıyla diğer suç bakımından kastın bulunmadığını, ortadan kalktığını ileri sürmektedir. Halbuki bu durumda failin teşebbüs aşamasında kalmış diğer suçu işlemeye yönelik kastı ortadan kalkmış değildir⁸⁵. Ancak TCK bakımından mesele değerlendirilecek olursa burada birinci olarak 43. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemenin adil olmayan bir sonucu ortaya çıkaracağı ortadadır. Bu düzenleme ile TCK'nın kabul ettiği teşebbüs sistemi birlikte ele alınırsa alternatif kast durumlarında teşebbüs aşamasında kalmış öldürme suçu bakımından cezalandırmanın kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira bu durumda failin iki suçu birden işleyebilme imkanı bulunmamaktadır. TCK'nın teşebbüse ilişkin anlayışında failin suçun konusu üzerinde oluşturduğu tehlike veya zarar teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni olarak izah edildiğinden ve alternatif kast vakalarında failin tehlikeliliği nihayetinde tek suçla sınırlı olduğundan burada görünüşte bir içtima kuralı kabul edilmeli ve yalnızca tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumluluk tesis edilmelidir⁸⁶. Buna karşılık failin yaptığı hareket iki suçu da gerçekleştirmeye elverişli ise (örneğin iki el ateş etmişse) bu durumda artık alternatif kasttan değil, kümülatif kasttan söz edilecektir⁸⁷ ve fail her iki suçtan da içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

Bu noktada Lampe'nin 1958 yılında kaleme aldığı makaleyi ayrıca incelemek gerekmektedir. Zira yazar bu makalesinde olası kastın teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunu temellendiremeyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu görüşünü alternatif kast vakaları üzerinden izah etmeye çalışmaktadır. Bunun sebebi yazarın olası kastın her halükarda doğrudan kastla zorunlu bir birliğin bulunmasını gerekli görmesidir⁸⁸. Yazar alternatif kast bağlamında olası kast-olası kast, doğrudan kast-olası kast, doğal kast-olası kast kombinasyonlarının bulunduğunu ve bu kombinasyonların hiçbirinde olası kastın suça teşebbüsü temellendiremeyeceğini kabul etmektedir⁸⁹. Yazarın ilginç olan görüşü olası kast-olası kast kombinasyonunda gizli bir doğrudan kastın bulunduğudır. Örneğin A kendisini kovalamakta olan şahıslardan birini öldürmek amacıyla (ancak hangisi öldüreceği belirsiz) ateş eder. Bu durumda şahıslardan birisi ölürse diğerinin öldürülmeye teşebbüs edilmesi bakımından ayrıca bir kınama yargısında bulunulması gerekli değildir. Ancak her ikisini de vuramazsa bu durumda nihayetinde birini öldürmeye yönelik doğrudan kastı bulunduğundan öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir⁹⁰.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki yazarın olası kast-olası kast kombinasyonu olarak ifade ettiği denklem gerçekte doğrudan kast-doğrudan kast kombinasyonudur. Zira fail burada iki şahıstan birini öldürme amacıyla hareket etmektedir. Her ikisini öldürmesi bakımından da doğrudan kastı bulunmaktadır zira ölüm neticesini amaçlayarak hareket etmektedir. Failin ölüm neticesini amaçlamadığı durumda ne şekilde hareket edileceği sorusu ise cevapsız kalmaktadır.

Diğer taraftan Lampe doğrudan kast-olası kast kombinasyonunda birincil olarak istenen netice-ikincil olarak istenen netice (kabullenilen) ayrımı yaparak sorunu çözmeye çalışmaktadır. Yazara göre ikincil olarak istenen neticeye yönelik teşebbüs her halükarda cezasız kalmalıdır. Örneğin fail, bir ormancının yanındaki köpeğini öldürmek istiyor ancak bununla birlikte ormancıyı da öldürebileceğini kabulleniyor ise amacını gerçekleştirdiği durumda veya her ikisini de öldüremediği durumda

⁸³ Schroeder H, 'Art 15-16 StGB' in Jescheck, H-H, Ruß, W ve Willms, G, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung, §1- § 31 (10. Auflage, Walter de Gruyter 1985) § 16, N 106.

⁸⁴ Heinrich (n. 40) N 294; Maurach und Zipf (n. 34) § 22, N 27; Wessels, Beulke und Satzger (n. 79) N 351-353; Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 460-461.

⁸⁵ Roxin und Greco (n. 2) § 12 N 94.

⁸⁶ Bu çözüm önerimizin özellikle hedefte sapma durumlarında bir mahsurunun bulunduğunu belirtmemiz gerekmektedir. A, B'yi vurma amacıyla bir el ateş eder, fakat B'yi değil, hemen yanındaki C'yi vurur ve öldürür. Burada A'nın C'nin ölümü bakımından olası kastla hareket ettiği söylenebilir. Somut olaya çözümümüz uygulandığında A yalnızca C'yi olası kastla öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Bu ise A'nın cezasında zorunlu bir indirimle gidilmesini gerektirmektedir (TCK m. 21, f. 2). Ancak somut olay bakımından bu ceza indiriminin ceza adaletine uygun olup olmayacağı tartışılabilir. Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla hareket edilen hallerde ceza indirimine gidilmesine ilişkin düzenleme eleştirilmektedir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Başbüyük (n. 12) 283; Demirbaş (n. 7) 404. İfade edelim ki kanunumuzun bu noktada benimsediği anlayış özgündür. Alman Ceza Kanunu kastı tanımlamakta, İsviçre ve Avusturya Ceza Kanunları kastın tanımını yapmakta ve olası kastı da bu suretle tanımlamaktadır. Ancak üç kanunda da bizim kanunumuzda olduğu gibi olası kast bakımından zorunlu bir ceza indirimi öngörülmemektedir. Her ne kadar olası kastın doğrudan kasta nazaran haksızlık içeriğinin daha az olduğunu kabul etmek de (Jescheck und Weigend (n. 24) 299; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 416) kanunumuzda en azında bu ceza indiriminin zorunlu değil ihtiyari olarak öngörülmesinin daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu ceza indirimi sadece alternatif kast durumunda değil, olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesi nedeniyle de bazı sorunlara sebebiyet vermektedir. Yargı uygulamamız ölüm neticesinin gerçekleşmediği durumlarda olası kastla öldürmeye teşebbüsü kabul etmediğinden yaralama suçundan hüküm kurmakta ve yaralama suçunun da olası kastla gerçekleştirilmesinden ötürü cezada zorunlu bir indirimle gitmektedir. Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017. Öğretimde bu uygulamaya itiraz edilmektedir. Koca ve Üzülmöz (n. 3) 184. Ancak kanunun açık ifadesi karşısında bu itirazın somut bir dayanağının olmadığını düşünmekteyiz.

⁸⁷ Heinrich (n. 40) N. 249 a.

⁸⁸ Lampe E-J, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz (1958) 9 Neue Juristische Wochenschrift s. 332.

⁸⁹ Lampe (n. 88) 333.

⁹⁰ Lampe (n. 88) 333.

kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacaktır⁹¹. Yazarın bu görüşleri olası kastla cezalandırmayı neticeye bağladığından ve Alman hukukunda olası kastın varlığı için neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden kabul görmemiştir⁹².

3. Gönüllü Vazgeçme ve Olası Kastla Suça Teşebbüs

Türk Ceza Hukukunda önemli ölçüde bir tartışma konusu olmasa da Alman Ceza Hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında teşebbüsün tamamlandığı ana ilişkin değişik belirlemeler bulunmaktadır. Teşebbüsün tamamlanması (beendet Versuch) veya tamamlanmaması (unbeendet Versuch) gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması bağlamında önem arz etmektedir. Eğer teşebbüs tamamlanmamışsa failin başkaca bir şey yapmasına gerek olmaksızın eylemini sona erdirmesi yeterli görülmektedir. Buna karşılık teşebbüs tamamlanmış ise failin aktif bir çaba ile neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekmektedir⁹³.

Türk Hukukunda bu konuda genellikle objektif bir yaklaşım sergilenmektedir⁹⁴. Teşebbüs aşamasında kalmış eylem tipikliği objektif olarak gerçekleştirilmeye elverişli ise icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu durumda failin aktif bir çaba ile neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir. Buna karşılık bazı durumlarda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Örneğin fail mağduru öldürmek amacıyla bir el ateş etmiş ve isabet kaydedememiş ise artık gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz. Zira bu durumda icra hareketleri tamamlanmış ve fakat failin neticenin gerçekleşmesini önlemek için aktif bir çaba gösterebileceği bir durum ortaya çıkmamıştır.

Alman uygulamasında ise bu tip vakılarda bütüncül değerlendirme teorisine (Gesamtbetrachtungslehre) başvurulmaktadır⁹⁵. Fail eylemini bıraktığı anda gerçekleştirdiği eylemin neticenin gerçekleşmesini sağlayamayacağına ikna olmuş ve daha fazlasını yaparak neticeyi gerçekleştirme imkanına sahip ise icra hareketlerinin tamamlanmadığı kabul edilmekte ve failin eylem bütünlüğü içerisinde yeni eylemi gerçekleştirmekten imtina etmesi, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesini mümkün kılmaktadır. Federal Mahkeme olası kastla suça teşebbüsü var olduğu durumlarda bu teoriyi kullanarak fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamaktadır. Buna karşılık Federal Mahkeme kararlarında bu anlamda bir birlik sağlanabilmiş değildir. Özellikle 5. Ceza Senatosu olası kastla suça teşebbüs hallerinde bu teoriyi dikkate almamaktadır⁹⁶.

1. Ceza Senatosu tarafından verilen kararlarda failin daha fazlasını yapmaya imkânı varken, amacına ulaştığı için eylemine devam etmediği vakılarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir. Failin mağdurun sırtına hıncını almak için sivri mutfak bıçağı ile bir kere vurduğu fakat eylemine devam etmediği, direnmeden etrafındaki kişilere teslim olduğu⁹⁷; pokerde kaybettiği paraları geri alabilmek için failin mağdurla boğuştuğu, bu sırada mağdurun çantasından düşen ve özelliğini bilmediği gaz tabancasını alarak yüzüne bir el ateş ettiği, mağdurun yaralanarak mukavemetinin kırıldığı ve bu sayede paraları alıp olay yerinden uzaklaştığı⁹⁸; failin mağdura ders vermek amacıyla karnına bir bıçak darbesi vurduğu, daha fazla bıçak darbesi mümkün iken bunu gerçekleştirmediği⁹⁹ vakılarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir¹⁰⁰.

Öğretide Federal Mahkemenin bu yaklaşımı ikna edici bulunmamaktadır. Her şeyden önce bütüncül değerlendirme teorisi

⁹¹ Lampe (n. 88) 333.

⁹² Puppe (n. 19) 419.

⁹³ Gropp und Sinn (n. 64) § 9, N 104-106.

⁹⁴ Öztürk ve Erdem (n. 7) N 646; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 442-443; Sözüer (n. 7) 250; Benzer bir kabul Alman Hukukunda tek eylem teorisi tarafından ileri sürülmektedir. İmparatorluk Mahkemesinin içtihatlarına hakim olan bu teorisin bugün de bir çok takipçisi bulunmaktadır. Roxin (n. 10) § 30, N 178.

⁹⁵ Gropp und Sinn (n. 64) § 9, N 128-129; Roxin (n. 10) § 30 N 181; Streng F, Rücktritt und dolus eventualis (1990) 45 (5) Juristen Zeitung 213-214.

⁹⁶ Roxin (n. 10) § 29 N 47-55.

⁹⁷ BGH, 28.02.1989 - 1 StR 36/89.

⁹⁸ BGH, 05.09.1989 - 1. StR 390/89.

⁹⁹ BGH, 27.10.1992 - 1 StR 273/92. Bu olayla ilgili bilahare Büyük senato tarafından da benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşılmıştır. BGH 19-05-1993 - GSSt 1/93. Ancak Roxin 5. Senatunun bilahare vermiş olduğu aksi yönde bir karar nedeniyle Büyük Senatunun vermiş olduğu bu kararın yargı kararları arasındaki uyumsuzluğu gideremeyeceği kanaatindedir. Roxin (n. 10) § 30, N 55.

¹⁰⁰ Türk yargı uygulamasında olası kastla suça teşebbüs kabul edilmediği için bu gibi durumlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu durumlarda failin öldürme kastının bulunmaması nedeniyle sadece kastla yaralama suçundan hüküm tesis edilmektedir: "Sanık aşamalarda birbiriyle uyumlu anlatımlarında, olay yerine ayrı yaşadığı eşiyile müşterek çocuklarının durumunu konuşmak için gittiğini, aralarında başlayan tartışmada alkol almasının da verdiği etkiyle kendini kaybederek mağdureye vurmaya başladığını, ancak öldürme amacının olmadığını, istese bunu yapabileceğini, mağdurenin yapma demesi üzerine de eylemine son verdiğini savunmuş, bu savunma, mağdurenin olayın sonrasında hastane polisince alınan ifadesiyle de doğrulanmıştır. Olayın saat 18.00 sıralarında meydana gelmiş olması ve olaydan iki saat kırkbeş dakika sonra mağdurenin ifadesinin saat 20.45'te gözetildiğinde, bu ifadenin alındığı sırada mağdurenin ifade verecek ölçüde kendisinde olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, tanıkların soruşturma aşamasında alınan ifadeleri de savunmayı doğrulamaktadır. Gerek mağdurenin gerekse yakınları olan tanıkların sonraki aşamalarda, ilk anlatımlarından farklılık gösteren ifadelerine itibar edilmesi olanaksızdır.

Sanığın, aralarındaki tartışma nedeniyle aniden gelişen olayda hem nacak hem de bıçak kullandığı ve mağdureyi, sol 6. interkostal aralıkta toraksa nazif olan ve pnomotoraks oluşturan tek sayıda kesici delici alet darbesiyle hayati tehlikeye neden olacak şekilde, kafa ve sol femurdaki diğer iki kesici alet darbeleriyle ise hayati tehlikeye neden olmayacak halde üç yerinden yaraladığı, herhangi bir engel neden bulunmadığından eylemine devam etme olanağı olduğu halde, mağdurenin yapmamasını söylemesi üzerine, eylemini sürdürmüyerek bırakıp gittiği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kuruluyula, 1. Ceza Dairesinin kararlarına süreklilik kazandırır düzeyde yansımış müşterek kabule göre, **delici kesici aletle vaki olup hayati tehlike yaratan darbin bir adette kalması durumunda failin kastının öldürmeye yönelik bulunduğu hususu kuşkulu kalacağından ve aşılacak kuşku da lehe yorumlanmak gerektiğinden eylemin yaralama olarak kabul ve takdirinde zorunluluk bulunmaktadır.**" Yargıtay CGK, E. 2006/1-97; K. 2006/132, T. 02.05.2006; Sanığın, kesici aletle mağdura iki kez vurduğu ve bu darbelerden sadece bir tanesinin yaşamını tehlikeye soktuğu diğerinin ise basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralamaya neden olduğu, **sanığın eylemini devam ettirme imkanı varken devam ettirmediği ve sanığın öldürme kastı ile hareket etmediği yaralama kastı ile hareket ettiği anlaşılmakla...** Yargıtay 3. CD, E. 2014/5902, K. 2014/7383, T. 25.02.2014. ... sanığın da aracının içerisinde ele geçirilemeyen ele geçirilemeyen bir bıçakla mağdurun göğüs bölgesine vurduğu, ardından da mağdurun peşinden gidip ele geçirdiği bir taşla mağdurun kafasına vurmaya suretiyle mağduru yaraladığı anlaşılmakla, mağdurdaki yaralanmalardan yalnızca göğüse nazif kesici-delici alet yaralanmasının mağdurun yaşamını tehlikeye düşürmesine, sanığın aynı bıçakla mağdurun **peşinden gidip bıçakla eylemine devam etme imkanı varken bıçağı kullanmamasına**, sanığın suçta kullandığı taşın ele geçirilememesi nedeniyle öldürmeye elverişli olup olmadığının tespit edilememesine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiği sabit olmadığından. ... 3. CD, E. 2015/1857, K. 2015/27976, T.12.10.2015.

ikinci dereceden doğrudan kast ve olası kastla suça teşebbüs hallerinde uygulanabilirliği olan bir teori değildir. Zira olası kastla suça teşebbüs vakıalarında failin ölüm neticesini amaçlayarak ölümün gerçekleşmesine kadar bu eylemi devam ettirme iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu vakılarda failin ölüm neticesi için daha fazlasını yapma imkânı bulunmaktayken yapmamasının teşebbüsün tamamlanmadığı şeklinde yorumlanması anlamsızdır¹⁰¹. Diğer taraftan failin tek başına bunu yapmaması, failin ortaya çıkardığı tehlikenin ortadan kaldırılma iradesi gösterdiği anlamına gelmemektedir¹⁰². Gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran bir şahsi sebeptir. Bu nedenle icra hareketleri tamamlanmadığı için failin eylemine son vermesinin yeterli görüldüğü durumlarda dahi bu tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik düşünce değişikliğinin bulunması gerekir¹⁰³. Böyle bir şart aranmazsa failin dış etkenler nedeniyle eylemine devam etmediği durumlarda da gönüllü vazgeçmeden söz edilmesi gerekir. İcra hareketlerinin tamamlandığı durumlarda ise zaten failin aktif bir hareketle neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekmektedir. Bu bakımdan doğrudan kast ile olası kast arasında bir ayırım yapılamaz¹⁰⁴.

Olası kastta fail neticeyi amaçlamamakla birlikte gerçekleştirebileceğini öngörmüştür. Failin yaptığı hareket rağmen neticenin gerçekleşmemesi şansa ve tevafuka bırakılmıştır. Örneğin Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda fail mağduru sırtından sert bir şekilde bıçakladıktan sonra mağdurun yaşaması doğrudan kast ve olası kast arasındaki bir farktan değil, sadece tevafuktan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple biz gönüllü vazgeçme kurallarının uygulanması bakımından doğrudan kastla olası kast arasında ayırım yapılmasına karşıyız. Bu itibarla Türk hukukunda olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda mevcut gönüllü vazgeçmeye ilişkin anlayışın devam ettirilmesi ve failin yaptığı hareketin objektif olarak ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli kabul edildiği durumda icra hareketlerinin tamamlandığı sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

B. Olası Kastla Suça Teşebbüsün Cezalandırılmasının Suç Politikası Bakımından Gerekli Olması

Modern ceza hukuku öğretisi haksızlığın hem harekette hem de neticede bulunduğunu kabul eder¹⁰⁵. Olası kastla hareket edilen hallerde fail, tipikliği gerçekleştirebileceğine ilişkin tasavvurla hareket ettiğinden eylemi sırf bu yüzden netice haksızlığından bağımsız olarak kasti haksızlık değerine sahiptir. Teşebbüs hükümleri ile uygulanan ceza indirimi, neticenin gerçekleşmediği durumlarda neticenin haksızlığının gerçekleşmemesinin bir karşılığı olarak görülebilir¹⁰⁶. Buna karşılık suç politikası bakımından olası kastla da olsa öldürme kastının varlığı halinde kasten yaralama suçundan hüküm kurulmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2017 yılında olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmeyeceğini vurguladığı kararına (E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017) konu olan olay bu anlamda çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Olayda sanık S bir tartışma sırasında silahını çekmiş, bunu fark eden maktul M sanığın silahına sarılmış, yaşanan boğuşmada silahın ateş alması ile M hayatını kaybetmiş, olay yaşanırken işyerinin üst katından inmekte olan S'nin yeğeni Y, tabancadan ateşlenen kurşunlardan birisinin hedefi olmuş ve basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından Y'nin yaralanmasına ilişkin olarak S'nin olası kastla hareket ettiği kabul edilmiş, ve olası kastla yaralama suçundan hüküm kurulmuştur. Temyiz incelemesi yapan 8. CD (13407-40361 31.12.2012), sanığın Y bakımından eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu gerekçesi ile bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, aşağıdaki gerekçe ile bu karara karşı itiraz etmiştir:

"Sanığın, ... ve kardeşleri ile tartıştığı sırada, tabancayla karşı gruptan birini veya birilerini yaralama veya öldürme kastı ile silahı çıkartarak ateş etmek istediği sırada, maktul ...'in eline sarılarak silahı çekmeye çalışması sonucu silahtan çıkan mermilerden birinin merdivenlerden inmekte olan sanığın yeğeni ve iş yeri çalışanı olan mağdur ...'e isabet etmesi ve mağdurun yaralanması, sanığın kastının, yaralama veya öldürme olduğu ve nitekim yaptığı atışlar sonucu, amacına ulaşarak... 'ı öldürdüğü, aynı iş yeri içerisinde veya onların yakınında bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam etmesi eylemi, mahkemece sanığın, mağdur ... yönünden olası kastla hareket ettiğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır."

Buna karşılık 8. CD, itirazı reddettiği kararında şu ilginç tespitte bulunmaktadır:

"... kaldı ki itiraza göre olası kastla yaralama suçunun değil olası kastla adam öldürmeye teşebbüs suçunun oluştuğunun kabulü gerektiği. . ."

Yargıtay CGK bu itiraz üzerine aşağıdaki gerekçelerle olası kastla yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

"sanık ...'in maktullerle kavga ettiği sırada üzerinde bulunan tabancasını çıkarması, çekişme sırasında patlayan tabancanın emniyetinin açık"

¹⁰¹ Puppe I, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (1986) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 1986 16-18; Herzberg (n. 21) 312.

¹⁰² Roxin (n. 10) § 30 N 59.

¹⁰³ Roxin (n. 10) § 30 N 62.

¹⁰⁴ Diğer taraftan Alman Ceza Hukuku öğretisinde bütüncül değerlendirme teorisinin sadece doğrudan kastla işlenen suçlarda uygulanması durumunda doğrudan kastla hareket edilen hallerde olası kastla hareket edilen hallere göre failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasına daha fazla imkân tanıdığı itirazı ileri sürülmektedir. Streng (n. 94) 213. Roxin'e göre bu argümana iki farklı yönden karşı çıkılabilir. Birinci olarak gönüllü vazgeçmenin doğasından bağımsız olarak daha kapsamlı bir amaca sahip olan kişi amacına daha kısa sürede ulaşan kişiye göre gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için daha uzun bir süreye sahiptir. İkinci olarak tipikliği gerçekleştirme amacıyla hareket eden kişinin daha fazlasını yapma imkanı varken yapmaması durumunda eylem kararını revize etmesi, hukuki zemine geri dönülmesi durumu bulunmaktadır. Roxin (n. 10) § 30 N 75. Bu tartışmanın icra hareketlerinin tamamlanması bakımından objektif teoriyi dikkate alan Türk hukuku bakımından değerinin bulunmadığını ifade etmekle yetiniyoruz.

¹⁰⁵ Jescheck und Weigend (n. 24) 239-240; Maurach und Zipf (n. 34) AT I, § 17, N 5.

¹⁰⁶ Objektif teoriler bakımından burada netice haksızlığı gerçekleşmediğinden ceza indirimine gitmek TCK'da olduğu gibi zorunlu görülmektedir. Jescheck und Weigend (n. 24) 513.

olduğunun ve hazinesine önceden mermi sürüldüğünün anlaşılması, sanık ...'in, maktul ... ile çekişmesi esnasında iş yerinde bulunan diğer kişilerin, hatta o esnada iş yeri önünden geçmekte olan olayla ilgisiz kişilerin de isabet alıp yaralanabileceklerini öngörmesine rağmen elinde bulunan tabancanın tetiğine basması, diğer bir ifadeyle "olursa olsun" düşüncesiyle hareket etmesi ve meydana gelebilecek sonuçları göze alarak kabullenmesi karşısında, sanığın mağdur ...'e yönelik eyleminde, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalması nedeniyle taksirle değil olası kastla hareket ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Öte yandan, herhangi birisinin yaralanması veya ölmesi muhtemel olan olayda, "olası kast netice ile belirlenir" ilkesinden hareketle, sanığın, mağdur ...'in yaralanması şeklindeki neticeden dolayı sadece olası kastla yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği, eyleminin öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmelidir."

Bu kararlar CGK failin aynı nitelikteki hareketlerindeki iradesini ölen bakımından "öldürme kastı" yaralanan bakımından ise "yaralama kastı" olarak tespit etmektedir. Ancak neticenin gerçekleşmemesi teşebbüsü ilgilendiren bir husustur ve burada neticenin gerçekleşmemesinin neden failin iradesinin farklı bir şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin yeterli bir açıklama bulunmamaktadır. Diğer taraftan oluşturulan bu farklılığın failin ceza sorumluluğunu da ciddi bir şekilde sınırlandırdığı belirtilmelidir. Fail burada ancak silahla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralamadan sorumlu olacak ve üstelik cezası olası kastla hareket ettiği gerekçesi ile indirilecektir.

Türk hukukunda olası kastla suça teşebbüse karşı çıkan yazarların suça teşebbüsü reddetmesinin temelinde failin sorumluluk alanının katlanılamayacak şekilde genişlemesi endişesi bulunmaktadır. Bu endişenin nedeni ise Alman Ceza Kanununda bulunmayan fakat TCK'da yer alan istisna düzenlemesidir. TCK'nın 43.maddesinin 3.fıkrasında kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından uygulanmayacağı belirtilmesi pratik bir farklılığa neden olmaktadır. Roxin ders kitabında verdiği bir örnekte; A, B'yi öldürmek için ateş eder. Fakat bu sırada B'nin hemen yanında C de bulunmaktadır ve A'nın C'nin ölmesini kabullenmiştir. A amaçladığı suç tipini gerçekleştirir ve B'yi öldürür. C ise olayda yara almadan kurtulur¹⁰⁷. Roxin bu olayda C bakımından A'nın olası kastla öldürmeye teşebbüs edip etmediğinin tartışılmasının gereksiz olduğunu belirtir¹⁰⁸. Zira Alman Ceza Kanununda bu şekilde bir istisna hüküm bulunmadığından her halükarda A en yüksek cezayı gerektiren kasten öldürmenin (Mord § 212) cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak Türk hukukunda aynı durum geçerli değildir. İstisna hüküm nedeniyle eğer burada C bakımından öldürmeye teşebbüs kabul edilirse fail hakkında kasten öldürme ve kasten öldürmeye teşebbüsten ayrı ayrı cezaya hükmedilecek ve bu durum infaz aşamasında failin çok daha uzun bir süre ceza evinde kalmasına neden olabilecektir (CvGTİHK m. 107, f. 3).

Bu sorun failin belirli bir bireye yönelik özel bir tehlikeyi değil, genel bir tehlike gerçekleştirdiği durumlarda daha karmaşık bir hale gelecektir. Örneğin Türk yargı uygulamasında düğün yerlerinde gerçekleştirilen ateşli silahla ateş açma eylemi sonucunda ölüm neticesi meydana gelirse failin bu netice bakımından olası kastla hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık A'nın yüz kişinin bulunduğu düğün yerinde beş el ateş açtığı ve kimsenin yaralanmadığı bir olayda teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul edersek yüz farklı olası kastla öldürmeye teşebbüs suçunun oluştuğunu kabul edecek miyiz?

Ancak diğer taraftan failin münhasır bir konu üzerinde özel bir tehlike oluşturduğu durumlarda bu endişenin yersiz olduğu görülmektedir. A araba kullanırken, daha önce tartıştığı B'nin yaya geçidinden karşıdan karşıya geçtiğini görmüştür. A hışımla gaza basmış ve son sürat hızla B'nin üzerine gelmeye başlamıştır. Durumu fark eden B çevik bir hareketle kaçmaya çalışmışsa da arabanın yan aynasının koluna çarpmasına engel olamamış ve kolu kırılmıştır¹¹⁰.

İnsanların yaşamları bakımından genel bir tehlikenin oluşturulduğu durumlarda (silahla havaya ateş açmak, alkollü vaziyette kural ihlali yapmak suretiyle araç sürmek) kasten öldürme veya yaralama suçuna teşebbüsten ötürü cezai sorumluluk tesis edebilmek mümkün değildir. TCK'nın kabul ettiği teşebbüs sistemi böyle bir cezalandırmayı gerçekleştirmek için elverişli değildir. Suça teşebbüs için tehlike teorisini benimseyen TCK'da teşebbüsten ötürü cezai sorumluluk ancak ilgili suç tipinin konusuna özel olarak yönelen bir tehlikenin bulunduğu hallerde (doğrudan doğruya icra) gündeme gelebilecektir¹¹¹. Suç konusunu özel olarak tehlikeye uğratmayan hareketler genel tehlike suçları çerçevesinde cezalandırılacaktır. Bu itibarla TCK'nın kabul ettiği sistem çerçevesinde genel tehlike oluşturan eylemler başka bir sonuca sebebiyet vermediği müddetçe sadece genel tehlike suçlarının tipikliğini oluşturmaktadır.

¹⁰⁷ Roxin (n. 10) § 29 N 72.

¹⁰⁸ Roxin (n. 10) § 29 N 74.

¹⁰⁹ Hakeri (n. 27) 208; Yargıtay 1. CD, E. 2015/4140, K. 2016/3581, T. 12.10.2016.

¹¹⁰ Bkz. Dipnot 69'da verilen Federal Mahkeme Kararı.

¹¹¹ Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli E. 6-340/2011, K. 209/2012 sayılı kararına konu olan olayda failler bir gıda deposundan hırsızlık yapmak amacıyla 6 asma kilitten 2 tanesini boru anahtarlarıyla çıkartırlar. Bu sırada mağaza sahibinin gelmesiyle kaçmaya çalışan failler mağaza sahibi ve çevredeki vatandaşlar tarafından yakalanarak polise teslim edilirler. Bu olayda yargı makamları arasında hırsızlık suçunun icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkmış, CGK söz konusu hareketi hırsızlık suçunun icra hareketi olarak kabul etmiştir.

Öğretide bu içtihat hakkı olarak eleştirilmektedir. Özgenç (n.3) 428; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 564. Aksi yönde: Akbulut (n. 12) 818-819. Zira kapı kilitlerinin sökülmeyle başladığı kapıyı açmak için daha dört kilidin bulunduğu durumda suçun konusu henüz doğrudan tehdit altına girmiş değildir. Olası kastla hareket edilen hallerde de bu anlayıştan sapmak için bir sebep bulunmamaktadır. Hareket münhasıran bir suç konusunu tehlikeye düşürmüştü suça teşebbüs gündeme gelebilir. **Bunun haricinde genel nitelikli tehlikeler (tehlikeli araç kullanmak gibi) teşebbüsün tartışılacağı suç tipini doğrudan tehdit etmedikçe suça teşebbüsten söz edilemez.**

Failin gerçekleştirdiği bu genel tehlikeli eylem bir kişinin yaşamını doğrudan doğruya tehdit edebilir. Örneğin havaya ateş açan kişi başka bir kişinin yaralanmasına, trafik kurallarını yasa dışı sokak yarışı yapmak suretiyle ihlal eden kişi trafiğe katılan diğer bir sürücünün veya yayanın yaralanmasına sebebiyet verebilir. Bu durumda genel tehlike, bir kişinin yaşamına yönelik özel bir tehlikeye dönüşmüştür. Şüphesiz bu noktada oluşturulan her risk olası kastla suça teşebbüsü temellendirmeyecektir. Failin genel tehlikeyi gerçekleştirme iradesi risk teorisi karar teorisi veya benimsenecek farklı bir anlayışa göre öldürme kastı olarak belirleniyor ise failin öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir¹¹². Buna karşılık söz konusu irade öldürme kastı olarak nitelendirilemiyorsa yaralama kastı olup olmadığı tetkik edilmelidir. Genel tehlikenin oluşturulduğu durumların çoğunda failin en azından yaralama kastı ile hareket ettiği belirtilmelidir¹¹³. Buna rağmen failin meydana gelen netice bakımından ne öldürme ne de yaralama kastının varlığı tespit ediliyorsa taksirli suçlardan hükümlülük tesis edilmesi gerekecektir. Neticenin gerçekleşmediği durumda tabii olarak taksirli suçlarda teşebbüsten söz edilemeyecektir.

Failin kasten öldürme suçunun konusu bakımından doğrudan doğruya bir tehlike oluşturduğu ve yukarıda belirttiğimiz teorik mülhazalar ile olası kastın kabul edildiği ise olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesi için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Failin yanında bir kişi daha bulunan mağduru öldürmek için ateş ettiği vakialarda öldürülmesi amaçlanan mağdurun yanındaki kişinin de ölümü göze alınmaktadır. Bu durumda failin hem öldürmeyi amaçladığı kişi bakımından hem de yanındaki kişi bakımından öldürme kastı ile hareket ettiği sabittir. TCK'nın 43. maddesinin 3.fıkrasındaki istisna hükmü nedeniyle bu durumda öğretideki "ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz şekilde genişlemesi endişesinin" haklılık payının olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu gibi durumlarda Türk Ceza Hukuku öğretisinde alternatif kasta ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz düşüncenin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Failin gerçekleştirdiği eylem objektif olarak ancak bir suçu tamamlamaya elverişli ise faili ayrıca diğer suça teşebbüsten sorumlu tutmanın TCK'nın benimsediği teşebbüs teorisi bakımından da uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte gerçekleştirilen eylem objektif olarak birden fazla tipikliği gerçekleştirmeye elverişli ise (kümülatif kast) gerçek işleme hükümleri (TCK m. 43, f. 3) çerçevesinde hareket edilmesi gerekecektir.

Olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda olası kast-bilinçli taksir ayrımının da ceza sorumluluğu alanını önemli ölçüde sınırlandıracağı ifade edilmelidir. Bu sorun her ne kadar öğretilerde tam olarak çözüme kavuşturulamamış olsa da teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da aynı şekilde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Failin tehlikeyi bilinçli olarak gerçekleştirmesinin ilgili suç tipi bakımından olası kast mı, bilinçli taksir mi olduğu mahkemece irdelenmelidir. Eğer bu konuda Federal Mahkemenin yaklaşımı dikkate alınır olası kastla suça teşebbüsün alanı önemli ölçüde sınırlandırılmış olacaktır.

Son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: Bir suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmiş ise bu suça olası kastla suça teşebbüs edilemeyeceği açıktır.

Sonuç

1. "Belirsiz kastı netice belirler" ve bu kurala dayanılarak üretilen "olası kastı netice belirler" gibi kuralların teorik bir alt yapısı bulunmamaktadır. Bu yargılar kastın, failin hareketi gerçekleştirdiği anda bulunması ilkesi ile de çelişkilidir. Ölüm neticesi bazı olaylarda hareketin gerçekleştirilmesinden altı ay-bir yıl gibi çok uzun süreler de gerçekleşebilir. Bu durumda failin hareket ettiği anda kastının bulunmadığı, hareketin tamamlanmasından altı ay sonra kastının bulunduğu sonucuna ulaşmak kast öğretisi çerçevesinde tutarlı bir yaklaşım değildir.

2. Olası kast, neticeden bağımsız olarak belirlenebilir. Olası kastın sınırlarını belirleyen teoriler, olası kastı gerçekleştiren neticeye göre belirlememektedir.

3. Teşebbüs hükümleri bakımından doğrudan kast ile olası kast arasında bir ayırım yapma imkânı bulunmamaktadır. İşlemeyi kastettiği suç ibaresi doğrudan kastla özdeşleştirilemez. Böyle bir anlayış kastı amaçlamak veya istemek kavramı ile özdeşleştirir. Bu ise modern kast anlayışı çerçevesinde benimsenebilecek bir yaklaşım değildir.

4. Keza 35. madde hükmünde bulunan doğrudan doğruyalık ibaresi icra hareketlerinin başladığı anın belirlenmesi ile ilgili olup teşebbüsün ancak doğrudan kastla gerçekleştirilebileceği anlamını vermemektedir.

5. Öğretinin ve yargı makamlarının olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz şekilde genişleyeceğine ilişkin endişesinin haklılık payı bulunmaktadır. Buna karşılık çeşitli müesseseler ve Alman uygulaması ile gösterdiğimiz üzere olası kastla suça teşebbüs kabul edilse de ceza sorumluluğu alanının sınırlandırılmasına ilişkin etkili

¹¹² Bu konu olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayırma sorunudur. Bu sorunun çözümü bu çalışmamızın konusunu değil, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünde hazırlamakta olduğumuz doktora tezinin konusunu oluşturmaktadır. Bu sebeple burada açık bir şekilde herhangi bir teoriye taraf olunmamaktadır.

¹¹³ Yargıtay ise olası kastla suça teşebbüsü kabul etmediği için yaralama neticesinin de gerçekleşmediği durumlarda ancak tehdit suçundan sorumluluğun tartışılması gerektiğini belirtmektedir: "Şağın içinde şikayetçi ve mağdurların bulunduğu araca doğru rastgele ateş etmesi eyleminin silahlı tehdit suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması" Yargıtay 8. CD, E. 2014/34733, K. 2015/19695, T. 22.06.2015. Ölüm neticesinin gerçekleşmesinin tamamen tesadüfe bırakıldığı bu olayda kasten yaralama suçunun dahi tartışılmaması "olası kastı netice belirler" kuralı ile oluşturulan geniş bir sorumsuzluk alanını göstermektedir. Silahla ateş açma eylemi elbette tehdit suçunu oluşturabilir. Ancak bunun için failin, en azından mağdurun yaralanmamasına ilişkin bir önlem almış olması gerekmektedir. Örneğin mağdurun boş odası kurşunlanıyor ise burada mala zarar verme ve tehdit suçlarından ceza sorumluluğu tartışılabilecektir. Yargıtay CGK, E. 2015/364, K. 2017/6, T. 17.01.2017. Buna karşılık mağdurun zarar görüp görmemesinin tamamen tesadüfe bırakıldığı olaylarda Yargıtay'ın öldürme veya yaralama kastını neden kabul etmediği anlaşılmalıdır.

çözümler mevcuttur. Bu sebeple biz olası kastla suça teşebbüsün hiçbir şekilde kabul edilmemesinin ceza adaleti bakımından oluşturacağı sorunların, yukarıda izah edildiği biçimde kabul edilmesiyle gerçekleşecek sorunlara nazaran daha katlanılmaz olduğunu düşünmekteyiz. Teorik olarak bir geçerliliği olmayan olası kastı netice belirler kuralına pratik olarak da bir geçerlilik tanınmamalı, olası kastla suça teşebbüs kabul edilmeli ve ceza sorumluluğu yukarıda çerçevesi belirlenen sınırlar dahilinde tespit edilmelidir.

6. Bu çerçevede suçun konusu bakımında doğrudan doğruya tehlike oluşturan hareketlerin suçun icra hareketi olarak değerlendirilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak genel tehlike oluşturan eylemlerde olası kastla suça teşebbüsün düşünülmesine gerek bulunmamaktadır. Olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılması için failin hareketinin suçun konusu üzerinde doğrudan doğruya bir tehlike oluşturması gerekmektedir. Diğer taraftan olası kastla suça teşebbüsün kabul edilebilmesi için failin gösterdiği iradenin risk-karar teorileri veya benimsenecek farklı bir anlayışa göre olası kast olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Author declared no conflict of interest.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Adalet 2023).
- Baumann J, Weber U, Mitsch W und Eisele J. Strafrecht Allgemeiner Teil, (13 neu bearbeitete Auflage, Giese King 2021).
- Binding, K, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld, Vorsatz, Irrtum (2. Auflage, Engelmann 1916).
- Bozbayındır A, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları (Adalet 2018).
- Böhringer J, Fahrlässige Mittäterschaft, Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, (Nomos 2017).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (9. Baskı, Beta 2016).
- Çiçek M ve Hacıoğlu B. C. Ceza Hukukunda Alternatif Kast (Dolus Alternativus) (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 443-474.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023).
- Dönmezer S. ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2 (15. Baskı, Der 2021).
- Eser A und Bosch N, 'Art 22-24 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019).
- Frank R, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre (1890) 10 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 169-228.
- Gropp W und Sinn A, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Auflage, Springer 2020).
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı)
- Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, Kohlhammer 2022).
- Herzberg R. D, Abgrenzung Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit- ein Problem des objektiven Tatbestandes (1986) 26 (4) Juristische Schulung 249-262.
- Herzberg R. D, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? (1990) 7 Neue Zeitschrift für Strafrecht 311-318.
- Herzberg, R. D, Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefahrmerkmal des Vorstazsdelikt, in Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag (C. F Müller 2006) 317-336.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta 2016).
- Jescheck H-H ve Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (5. Auflage Duncker & Humblot 1996).
- Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2. Baskı Adalet 2023).
- Katoğlu T. 'Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs' iç Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt 1 (Ankara 2015) 611-626.
- Kindhäuser, U ve Zimmerman T, Strafrecht Allgemeiner Teil, (11. Auflage, Nomos 2024).
- Koca M ve Üzülmöz M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Kohlrausch E, Deutsche Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Walter de Gruyter 1947).
- Küpper G, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, (100/4), 1988 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 758-785.
- Lackner K ve Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar (29. Auflage C. H. Beck 2018).
- Lampe E-J, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz (1958) 9 Neue Juristische Wochenschrift 332-333.
- Listz F und Schmidt E, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I, (26. Auflage, Walter de Gruyter 1932).
- Maurach, R und Zipf, H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I (8. Auflage, C.F. Müller 1992).
- Monika K, Eventual Vorsatz und Versuch (Schulthess Polygraphischer 1974).
- Murmann U, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, C. H. Beck 2022).
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III (2. Baskı, Beta 1992).
- Özbek V. Ö, Doğan K, Bacaksız, P ve İsa Başbüyük, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin 2023).
- Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023).
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Bası, Seçkin 2023).
- Öztürk B ve Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku (23. Baskı, Seçkin 2023).
- Puppe I, Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46 (1984) 11 Neue Zeitschrift für Strafrecht 488-491.

- Puppe I, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (1986) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 1986 14-18.
- Puppe I, 'Art 15-16 und 28-29 StGB' in Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen H-U ve Saliger F (Hrsg), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (6.Auflage, Nomos 2023).
- Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (C. H. Beck 2003).
- Roxin C, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag (Luchterhand 2004) 243-257.
- Roxin C, und Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (5. Auflage, C.H. Beck 2020).
- Safferling J.M. C, Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht (Mohr Seibeck 2008).
- Schmidhäuser E, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2. Auflage, Mohr (Paul Siebeck) 1975).
- Schroeder H, 'Art 15-16 StGB' in Jescheck, H-H, Ruß, W ve Willms, G, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung, §1- § 31 (10. Auflage, Walter de Gruyter 1985).
- Schroth U, Vorsatz als Aneignung der unrechtkonstituierenden Merkmale (Peter Lang 1994).
- Sözüer A, Suça Teşebbüs (Kazancı 1991).
- Sternberg-Lieben D und Schuster F 'Art 15-18 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019).
- Streng F, Rücktritt und dolus eventualis (1990) 45 (5) Juristen Zeitung 212-220.
- Tozman Ö, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi, Ceza Hukuku Dergisi, (2010) 12, 139-171.
- Vogel J und Bülte J, 'Art 15-16 StGB' in Cirener, G, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T und Schluckebier W, Leipziger Kommentar StGB, Einleitung, §§ 1 bis 18, (13.Auflage, De Gruyter 2019).
- Wächter, K.G, Deutsches Strafrecht, (Breitkopf Haertel 1881).
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil (53.Auflage C. F. Müller 2023).
- Welzel H, Das neue Bild des Strafrechts, (4. Auflage, Otto Schwartz & Co., 1961).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Boga B, 'Acceptability of The Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis' (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 93.

İklim Savunması Zorunluluk Hali Kapsamında Değerlendirilebilir mi?: ABD, Almanya ve İsviçre Mahkemelerinin Kararları Işığında Bir Değerlendirme

Can Climate Defence be Evaluated within the Scope of State of Necessity?: An Evaluation in the Light of the Decisions of the US, German and Swiss Courts

Ezgi ÇIRAK KARALI¹ 

¹Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye

ÖZ
İklim değişikliği ve küresel ısınmanın olumsuz etkilerine kamuoyunun dikkatini çekmek ve resmi karar organlarını harekete geçirmek amacıyla, iklim protestocularının yaratıcı ancak hukuka aykırı eylemleri son zamanlarda dikkat çekici hale gelmeye başlamıştır. Protestocuların fosil yakıtların zararlarına dikkat çekmek için şehrin ana yollarının trafiğe kapatması, caddelerde oturma eylemleri yapması hatta eylemcilerin kendilerini yola yapıştırmaları, müzelerdeki paha biçilemez eserlere çorba fırlatmaları, bir senfoni konseri sırasında ellerini orkestra şefinin masasına yapıştırmaları gibi eylemleri ne kadar dikkat çekici olsa da suç oluşturacak niteliktedir. Nitekim protestocular bu eylemlerinden dolayı ceza davaları ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu ceza davalarında protestocular, çevreye karşı gerçekleştirilecek ağır ve muhakkak bir tehlikeyi önleme amacıyla orantılı bir saldırı gerçekleştirdiklerini iddia ederek, eylemlerinin zorunluluk hali kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönünde savunma yapmaktadırlar. Bu çalışmada protestocuların bu argümanlarının lehine ve aleyhine olan görüşler incelenmiş; ABD, Almanya ve İsviçre mahkemelerinde verilen kararlar değerlendirilmiş ve nihayetinde protestocuların cezalandırılıp cezalandırılmamasına ilişkin genel değerlendirme yapılmıştır.

ABSTRACT

To draw public attention to the negative effects of climate change and global warming and mobilize official decision-making bodies, the creative but unlawful actions of climate protesters have recently attracted attention. Actions such as blocking the main roads of the city to draw attention to the damage caused by fossil fuels, sit-down strikes and even gluing themselves to the road, throwing soup at priceless artifacts in museums, and sticking their hands on the maestro's desk during a symphony concert, however remarkable they may be, are criminal offenses. Indeed, protesters face criminal proceedings for their actions. In these criminal proceedings, the protesters claimed that they had carried out a proportionate attack to prevent a grave and imminent danger to the environment and argued that their actions should be regarded as acts of necessity. In this study, the arguments in the doctrine in favor of and against the protesters' arguments are examined; the decisions of the US, German, and Swiss courts are evaluated, and a general evaluation is made on whether the protesters should be punished or not.

Anahtar Kelimeler: Zorunluluk hali, iklim savunması, iklim değişikliği

Keywords: State of necessity, climate defense, climate change

Corresponding Author: Ezgi Çırak Karalı **E-mail:** ezgiicirak@gmail.com

Submitted: 09.05.2024 • **Revision Requested:** 14.06.2024 • **Last Revision Received:** 15.11.2024 • **Accepted:** 18.11.2024 • **Published Online:** 20.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Climate activists have recently begun to take creative but illegal actions to draw the attention of both the public and the authorities to take necessary measures against climate change and global warming. For instance, they block the main roads of the city, organize sit-ins on the streets, glue themselves to the roads, throw soup on priceless artifacts in museums, stick their hands on the conductor's desk during a symphony concert, etc. Such actions of protesters give rise to criminal liability for offenses such as violation of privacy of property, unauthorized entry, coercion, disturbing the peace and well-being of persons, obstructing public services, damaging property, and resisting the performance of duty. In many cases, although the protesters' actions were criminal, it is also argued that their actions were not entirely at fault. Protesters argued that their actions should be considered acts of necessity and that they carried out a proportionate assault to prevent a serious and imminent danger to the environment and raise a defense based on necessity during the trial.

Although the claim that civil disobedience falls within the scope of the state of necessity is not new, climate activists have recently used it. In countries such as the United States, Switzerland, and Germany, climate protesters are not punished using the defense of necessity, but many of these decisions are overturned on appeal. In Anglo-American judicial mentality, it is acceptable to commit minor offenses to mobilize the state to combat climate change and protect the environment. In Germany and Switzerland, on the other hand, the fulfillment of the conditions of necessity is examined and the preventability of imminent danger is debated.

Although the legal nature of the state of necessity is controversial, it is generally accepted as a reason for compliance with the law or a state affecting culpability. In general, the following conditions are required for a state of necessity.

These are; 1. The perpetrator is faced with grave and absolute danger, 2. The danger is directed against right 3. The danger is not intentionally caused [4]. There is a causal link between the danger and the perpetrator's action, 5. There is no other way to protect against the danger, 6. There is a proportion between the danger and gravity of an act.7 The perpetrator is not obliged to resist the danger.

Arguments in favor of evaluating the actions of climate protesters within the scope of the state of necessity support the circumstances. It is stated that climate change protects both the right to live in the natural environment, which is a collective interest, and people's own right to life. They argue that the damage to these rights is imminent and cannot be prevented in the future if action is not taken to prevent it now. They argue that the protesters have created public opinion for its prevention through their actions and that there is a causal link between them, that the damage caused during the protests is small considering the proportion between the damage caused and the protection of the climate, and that state policies have been ineffective in taking other methods to prevent the damage. The opposite arguments, on the other hand, state that there is no causal link between actions and climate protection, that the actions are extremely uncertain, inappropriate, and effective in terms of preventing this danger, and that accepting that there is no other means of protection would mean the legitimization of unlawful actions in a democratic state of law based on the rule of law.

In our opinion, it is not always possible to evaluate the actions of climate protesters in a state of necessity. However, it should be recognized that there is a difference between ordinary crimes and misdemeanors and the motives of climate protesters.

Acts exceeding the scope of freedom of expression and the right to gather, demonstrate, and protest should be characterized as criminal acts. Therefore, these behaviors should be expected to be considered punishable. However, crimes committed within the scope of these protests should be subject to different mitigating conditions than ordinary crimes. Alternative sanctions, such as a judicial fine or public work, should be preferred before imprisonment, and methods, such as avoiding the upper limit or postponing sentences, should be preferred. In this way, these protests, which are considered to serve a morally correct purpose, will not be punished or will be punished less severely, while material criminal law instruments such as the state of necessity will not be adapted to the events through forced methods and interpretations.

GİRİŞ

İklim değişikliği ve küresel ısınmayla etkili mücadele için gerekli önlemlerin alınmaması karşısında, iklim protestocuları seslerini duyurmak ya da iklim politikalarına karşı resmi karar organlarını harekete geçirmek amacıyla protestolar gerçekleştirmektedir. Bu protestolar sonucunda ise cezai yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Giderek daha fazla sayıda iklim protestocusu, maksimum görünürlük sağlamak için yasaları çiğnemeyi tercih etmektedir. Aslında, Last Generation¹, Extinction Rebellion², Ende Gelände³ ve Yokoluş⁴ gibi iklim hareketi savunucuları, küresel ısınmanın yıkıcı etkilerine dikkat çekmenin bir yolu olarak açıkça sivil itaatsizlik ve zorlayıcı protesto biçimleri çağrısında bulunmaktadır. Bu grupların bazıları, geleneksel kamusal şiddet içermeyen sivil itaatsizliğin yeterince işe yaradığını savunarak, ekotajın⁵ (ekoloji adına sabotaj ve mülke zarar verme) gerektiğini savunmaktadır⁶.

Şiddet içermeyen sivil itaatsizlik eylemleri kapsamında, oturma eylemleri yapan eylemcilerin saatlerce trafiği kapatması⁷, kendilerini kuvvetli yapıştırıcılarla yola yapıştırması⁸, müzelerde yer alan sanat eserlerine boya ya da gıda maddesi atılması⁹, araba galerine koku bombalarının atılması¹⁰, ağaçlık alana girecek olan makinelere eylemcilerin kendilerini zincirlemesi¹¹, kendilerini otoyola, havaalanı pistlerine¹² ya da orkestra şeflerinin masalarına yapıştırması¹³ gibi eylemler dikkat çekici ve fakat suç oluşturan eylemlerdir. Protestocuların bu tür eylemleri konut dokunulmazlığının ihlali, izinsiz girme, zorlama, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma, kamu hizmetlerinin engellenmesi, mala zarar verme, görevi yaptırılmamak için direnme gibi suçlardan dolayı ceza sorumluluğunu doğurmaktadır. Birçok olayda protestocuların bu eylemlerinin suç oluşturduğu kabul edilmekle birlikte eylemlerinin tümüyle kusurlu olmadığı iddiası üzerinden savunma yapılmaktadır. Protestocular, eylemlerinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve çevreye karşı gerçekleşecek ağır ve muhakkak bir tehlikeyi önleme amacıyla orantılı bir saldırı gerçekleştirdiklerini iddia etmekte ve yargılamalar esnasında zorunluluk haline dayanan bir savunma gerçekleştirmektedirler.

Zorunluluk hali günümüzde modern ceza kanunlarının çoğunda düzenlenmekte ancak bu kurumun temelleri ve niteliğine ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Zorunluluk halinin hukuki niteliğini hukuka uygunluk sebebi ya da kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendiren farklı görüşler bulunmaktadır. Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar çalışmamızın konusunu aşmaktadır. Ancak konunun genel kapsamının anlaşılabilmesi için bu tartışmaları kısaca açıklamak gerekmektedir.

Türk ceza hukuku doktrininde zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler üç başlık altında toplanmaktadır. Doktrindeki bir görüş zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak görmektedir¹⁴. Diğer görüş mazeret sebebi olarak kabul etmekte ve bu görüşünü Ceza Muhakemesi Kanunu md.223/3b'de hüküm konusundaki düzenlemede zorunluluk halini tespit eden hakimnin beraat kararı değil; ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecek olmasıyla desteklemektedir¹⁵. Üçüncü görüş ise karma görüşü yani somut olayın koşullarına göre hem bir hukuka uygunluk sebebi hem de kusurluluğu ortadan kaldıran bir mazeret sebebi teşkil edebileceğini kabul etmektedir¹⁶.

TCK md.25'te düzenlenen zorunluluk halinin hukuki niteliği, meşru savunmayla aynı başlık altında düzenlenmesi ve meşru savunmayla benzer unsurlar içermesinden dolayı tartışmalı hale gelmektedir. Bu tartışma sadece bir kavram tartışması olmayıp, benimsenen görüşe göre kurumun hukuki sonuçları farklılık göstermektedir. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği hallerde gerçekleşen fiil haksızlık teşkil etmeyecektir. Fiil, hukuk düzenine uygun kabul edileceğinden, fiil haksızlık

¹ Last Generation'un İklim İsyanı, <https://www.noemamag.com/the-last-generations-climate-rebellion/>, Erişim tarihi: 26.01.2024.

² Londra'da binlerce çevreciden 5 köprüde sivil itaatsizlik eylemi, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46247600>, Erişim tarihi: 26.01.2024.

³ Ende Gelände fosil geri dönüşüne karşı kitlesel direnişi duyurdu, <https://www.ende-gelaende.org/en/press-release/press-release-on-17-10-2022/>, Erişim tarihi: 26.01.2024.

⁴ Yaşam için sivil itaatsizlik: Yokoluş İsyanı, <https://apost.com/s/yasam-icin-sivil-itaatsizlik-yokulus-isyani>, Erişim tarihi: 26.01.2024.

⁵ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için Erdem İzzet Külçür, Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm (1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları 2020) 21 vd.

⁶ Ibid 150.

⁷ <https://www.dailymail.co.uk/news/article-11999669/Just-Stop-Oil-protesters-scaled-bridge-Dartford-Crossing-bridge-caused-gridlock-jailed.html>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

⁸ <https://www.merkur.de/welt/teerminator-letzte-generation-klimaaktivist-spott-asphalt-kleber-91971752.html>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

⁹ <https://www.aljazeera.com/news/2024/1/28/climate-activists-throw-soup-at-the-mona-lisa-in-paris-amid-farm-protests>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

¹⁰ <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/klimaaktivisten-festkleben-bmw-welt-scientist-rebellion-muenchen-1.5684017>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

¹¹ <https://www.wfae.org/energy-environment/2022-11-10/climate-activists-chain-themselves-to-entries-at-charlotte-private-jet-terminal>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

¹² <https://www.dus.com/de-de/konzern/presse/medieninformationen/klimaaktivisten-auf-dem-rollfeld>, Erişim tarihi: 29.01.2024; Wolf-Dietrich Walker, 'İklim Aktivistleri – "Son Jenerasyon"' Çev. Gökhan Aykut, (2023) 5(1) TAÜHFD, 479, 488 vd.

¹³ <https://www.mopo.de/hamburg/klima-kleber-in-der-elphi-ueber-dieses-foto-lacht-das-netz/>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

¹⁴ Zeki Hafizoğulları, 'Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma' (1971) 28(1-4) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 91-132; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II (15. Baskı, Der Yayınları, 2021) 359 vd.; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III (1. Baskı, Filiz Yayınevi, 1992) 200; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2022); Yener Ünver, 'YTCK'da Kusurluluk' (2006) 59(1) CHD, 37-73; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut Türk Ceza Hukukuna Giriş (12. Baskı, Beta Yayınları, 2023); Çağrı Kan, Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2018); Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku – TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş (23. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 280.

¹⁵ Elif Bekar, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 17; Erdal Yerdelen, Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekçesi (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015); Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023) 347; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023) 492; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023); Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 647.

¹⁶ Zeynel T. Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2010) 445 vd.; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, 'Zorunluluk Halinin (TCK md.25/2) Hukuki Niteliği' (2007) 9(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195, 195-222; R. Murat Önok ve Işık Öney, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği' (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 847-895; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Serkan Meraklı ve İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 403 vd.; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 322.

dolayısıyla suç olma niteliğini kaybedecektir. Mazeret sebebi olarak kabul edildiğinde ise fiil haksızlık niteliğini koruyacak ancak bu fiilden dolayı kınanamayacaktır. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin varlığı halinde faile kesinlikle ceza verilemezken, mazeret sebebi olan zorunluluk halinde failin cezasında indirim yapılabilir ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

TCK'daki düzenlemelerin mehzazı olan Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) hukuka uygunluk hali olan zorunluluk hali ve mazeret sebebi olan zorunluluk hali iki farklı madde düzenlenmiştir. Buna göre § 34 StGB'de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali; § 35 StGB'de kusurluluğu ortadan kaldıran mazeret sebebi olan zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme arasındaki temel fark, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinde mutlaka korunmak istenen hukuki yarar ile zarar verilen hukuki değer arasında derece farklılığının olmasının (*Wertverhältnis der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter*) gerekliliğidir¹⁷. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde ise çatışan hukuki yararlar aynı derece olabilir. Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali hayat, vücut, özgürlük, şeref mülkiyet gibi hukuken korunan her hak bakımından söz konusu olurken; mazeret sebebi olan zorunluluk hali sadece hayat, vücut ve özgürlük haklarının korunması bakımından mümkündür. Hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, failin kendisi veya başkasına yönelik tehlike bakımından söz konusu olabilirken; mazeret sebebi olan zorunluluk hali failin sadece kendisi ya da yakını bakımından söz konusu olabilir¹⁸.

İnceleyeceğimiz kararlar bakımından bahsedilmesi gereken bir diğer düzenleme ise İsviçre Ceza Kanunu'ndaki(chStGB) zorunluluk halidir. chStGB 17. maddesinde zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁹.

Biz zorunluluk halinin TCK'daki düzenleniş şeklinin kusurluluğu kaldıran hal olduğu görüşüne katılmaktayız.

Çalışmamız kapsamında incelenen Alman mahkemelerinin verdiği kararlarda ise § 34 StGB'de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Zira StGB § 35 korunan hukuki değerler arasına kollektif menfaatleri dahil etmemekte ve kişinin kendisi ya da bir yakınına yönelik tehlikeyi korumaktadır. Ayrıca korunan hukuki değerler bakımından yalnızca vücut bütünlüğü, yaşam ve özgürlük kapsama alınmıştır. Bununla birlikte StGB § 34 daha geniş bir koruma alanı ve kapsam sağlamaktadır. Kişinin kendisine ya da başka bir kişiye yönelik savunma fiilleri kapsam içerisindedir ve korunan değerler yaşama, vücut bütünlüğüne, özgürlüğe, şerefe, mala ya da başka bir yasal menfaate yönelik olabilir. Dolayısıyla Alman mahkemelerinin önüne giden iklim savunması kapsamındaki davalarda sanıklar, StGB § 34 üzerinden savunmalarını iletletmektedir.

Genel olarak zorunluluk halinden bahsedebilmek için bazı unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; 1. fail ağır ve muhakkak olan bir tehlike ile karşı kaşıya olmalı, 2. tehlike bir hakka yönelik olmalı, 3. tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemeli, 4. tehlike ile failin hareketi arasında nedensellik bağı bulunmalı, 5. tehlikeden başka türlü korunma imkanı bulunmamalı, 6. tehlike ile fiilin ağırlığı arasında oran olmalı, 7. failin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunmamalıdır²⁰. Bu unsurların gerçekleşmesi halinde eylemler suç oluştursa dahi failerin kusuru ortadan kalkacağı için cezalandırılmayacaklardır.

Sivil itaatsizliğin meşrulaştırılması için zorunluluk hali gibi ceza hukuku kurumlarının kullanılması yeni bir fenomen olmamakla birlikte iklim protestocuları tarafından kullanılması görece yenidir. Özellikle ABD, İsviçre, Almanya gibi ülkelerde iklim protestocuları zorunluluk hali savunması yaparak ceza almayabilmektedir. Ancak bu kararların bir kısmı temyiz aşamasında bozulmaktadır²¹. Bu durum iklim eylemlerine karşı zorunluluk halinin değerlendirilmesine yönelik tartışmalar açısından bir kapı açmıştır. Özellikle Anglo-Amerikan yargı mantığında, iklim değişikliği ve çevrenin korunmasına yönelik mücadelede devleti harekete geçirmek için minör suçların işlenmesi kabul edilebilmektedir. Bu görüş, sivil itaatsizliğe başvuranların eylemlerinin zaten halkı sarsmaya ve halkın dikkatini çekmeye yönelik olması argümanına dayanmaktadır²². Yasa koyucuyu iklim politikalarını değiştirmeye zorlamak için bu eylemler bir yöntem olarak kabul edilebilecek ise mahkemelerin zorunluluk hali savunmasını kabul etmesi mümkün görünmektedir. Almanya ve İsviçre'de ise mahkemeler, eylemlerde zorunluluk halinin koşullarının oluşup oluşmadığına yönelik inceleme yaparak, yakın tehlikenin önlenebilirliği üzerinden karar vermektedir.

İfade etmek gerekir ki çalışmada esas odaklanılan, iklim protestoları çerçevesindeki eylemlerin etik, siyasi ve ahlaki meşruiyeti değildir²³. Bu çalışmada iklim protestocularının eylemlerinin, zorunluluk hali kapsamında kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir. Çalışmanın ilk bölümünde iklim protestolarının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesine ilişkin argümanlar ve karşı argümanlar incelenecektir. Çalışmanın ikinci kısmında iklim protestocularına karşı ABD, İsviçre ve Almanya'da görülen davalar incelenerek, bu davalarda eylemciler tarafından savunmalarda kullanılan argümanlar özetlenecektir.

¹⁷ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil (13. Baskı, Gieseking Verlag, 2021); Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil (53. Baskı, C. F. Müller 2023) § 34, s. 300; Claus Roxin, Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I (5. Baskı Beck 2020) §16 Rn 13.

¹⁸ Ibid §16 Rn 13.

¹⁹ chStGB md. 17 "Kendisinin ya da bir başkasının hukuki yararını başka türlü önlenemeyecek yakın bir tehlikeden kurtarmak için kanunlarca cezalandırılacak bir eylemde bulunan herkes, bu şekilde daha üst düzey çıkarları koruduğu takdirde hukuka uygun hareket etmiş olur."

²⁰ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük (n 16) 405; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023) 347 vd.; Kangal (16) 445vd.

²¹ Örneğin Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/Ilb vom 13. Januar 2020, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, Erişim tarihi: 10.07.2024.)

²² John Rawls, Bir Adalet Teorisi (1. Baskı Phoenix Yayıncılık 2017) 83 vd.

²³ Bu eylemlerin sivil itaatsizlik niteliği üzerine ayrıntılı bilgi için bkn. John Locke, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme (1. Baskı İmaj Yayıncılık 2016) 154 vd.; Rawls (n 22) 404 vd.

Nihayet çalışmanın son bölümünde iklim protestocularının eylemlerinin zorunluluk hali kapsamına girip girmeyeceğine ilişkin genel değerlendirme yapılacaktır.

I. İKLİM PROTESTOCULARININ EYLEMLERİNİN ZORUNLULUK HALİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ LEHİNE VE ALEYHİNE OLAN GÖRÜŞLER

A. Lehe Olan Görüşler

Son yıllarda, hem Anglo-Amerikan hem de Kıta Avrupası yargı sistemlerinde iklim protestoları kapsamındaki eylemlere karşı açılan davalarda zorunluluk hali savunmasına kapsamında ceza verilmesine yer olmadığı kararları verilmektedir. Bu kararlar, iklim protestocularının eylemlerinin, zorunluluk halinin koşullarını karşıladığı gerekçesiyle zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği gerekçesine dayandırılmaktadır. Bu kararların bir kısmı temyiz aşamasında bozulsa da bu eylemler bakımından zorunluluk halinin gerçekleştiği görüşü, doktrinde iki farklı zeminde tartışılmaktadır.

Doktrindeki ilk görüş iklim protestolarında zorunluluk halinin koşullarının gerçekleştiği yönündedir²⁴. Diğer görüş ise zorunluluk halinin iklim krizi gibi acil durumlarda uygulanırken, koşullarının sınırlı bir şekilde yeniden kavramsallaştırılmasının gerektiği yönündedir²⁵.

Zorunluluk halinin ilk koşulu, zararın bir hakka yönelik olmasıdır. İklim değişikliğinin yakın ve ciddi zararlarını ortaya koyan bilimsel araştırmalar değerlendirilerek, iklim protestocularının bu ciddi ve yakın zararı önlemek için suç işledikleri kabul edilmektedir²⁶. Doktrindeki bir görüş bu zararı, kolektif bir çıkar olan insancıl bir çevrede yaşama hakkını etkilemek olarak ifade eder²⁷. Diğer görüş ise zararı, küresel ısınmanın şimdiki ve gelecekteki nesillerin en temel hakları olan yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında nesiller arası adalet ve doğa merkezli çevre anlayışı bağlamında belirli ekosistemler ve doğal ortamdaki çeşitli canlılar üzerindeki zarar etkisi olarak tanımlar²⁸. Aslında doğayı merkeze koyan yaklaşıma göre tıpkı bir insanın evine gerçekleşen saldırıya ya da tehlikeye karşı kendini koruması gibi bizatihi hayatın kendisine ve tüm yaşamlara ev sahipliği yapan doğanın saldırılara ve tehlikelere karşı savunulması da aynı şekilde meşru görülmelidir²⁹.

Farklı ülkelerdeki kanuni düzenlemelerde, zorunluluk haline hangi haklar bakımından başvurulabileceği değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 25/2 “*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup. . .*” ifadesini kullanmış ve koruma kapsamındaki hak bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Alman hukukunda § 34 Alman Ceza Kanunu (StGB) ise “*yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü, kişi onuru, mülkiyet veya başka bir hukuki menfaate yönelik. . .*” şeklinde formüle edilmiştir. § 34 StGB’de zorunluluk hali kapsamına giren hakların sayılmış olması nedeniyle zorunluluk halinin, genel hukuki menfaatlere uygulanmasını reddeden görüşler olsa da³⁰, böyle bir yorum, “*veya başka bir hukuki menfaat*” ifadesini kullanan maddenin lafzını göz ardı etmek anlamına gelecektir³¹. Bireysel hukuki menfaatlerin açıkça listelenmiş olması, bunların özel önemini vurgulamakta, ancak genel hukuki menfaatlerin hariç tutulduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim Almanya’da yargı kararlarında hayvan refahı³², trafik güvenliği³³ ya da hava taşımacılığının güvenliği³⁴ gibi konular zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmektedir. Aynı durum iklimin korunması için de geçerli olabilecektir. Buna ek olarak, iklimin korunması aynı zamanda insancıl yaşam koşullarının korunmasıyla, yani hukuki menfaatlerin ekolojik-antroposentrik olarak korunmasıyla ilgilidir³⁵. Zira iklimin korunması dolaylı olarak insanların korunmasına da hizmet eder, bu da bireysel hukuki menfaatlerin de etkilendiği anlamına gelebilecektir³⁶.

İklimin korunması hakkı § 20 Alman Anayasası’nda (Grundgesetz/GG) yaşamın doğal temellerinin korunmasını içermekte ve devleti, iklimin korunması için yeterli önlemleri almakla yükümlü kılmaktadır³⁷. Yaşamın doğal temellerinin bir parçası

²⁴ Mathis Bönke, ‘Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand. Onlinezeitschrift für höchstrichterlich’ (2021) 22(4) Rechtsprechung zum Strafrecht 164,165.

²⁵ Michael Brogan, ‘The Necessity Defence and Anthropogenic Global Warming Protests: The Times They Are A-Changin’ (2021) 46(4) Alternative Law Journal, 268, 286; Saskia Stucki, ‘In Defence of Green Civil Disobedience: Judicial Courage in the Face of Climate Crisis and State Inaction’ (2020) VerfBlog, 2020/10/30.

²⁶ Brogan (n 25) 270-271.

²⁷ Bönke (n 24) 165.

²⁸ Ivó Coca-Vila, ‘Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence’ (2023) 29(3) Res Publica 1, 4.

²⁹ Edward Abbey, ‘One Life at a Time, Please’ (1. Baskı, Henry Holt and Co 1988) 29.

³⁰ Matt Holger, Joachim Renzikowski, Strafrechtsgesetz (2. Baskı Beck Verlag 2020) § 34 Rn. 17.2.

³¹ Frank Zieschang, ‘Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch? AG Flensburg, Urteil vom 7. November 2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22- juris; nicht rechtskräftig’ (2023) (3) Juristische Rundschau 136, 144.

³² OLG Naumburg NJW 2018, 2064, 2065; LG Magdeburg BeckRS 2017, 130506; Dehne-Niemann Greisner, ‘Der Zweck heiligt die Mittel! – Notstandsrechtfertigung des tierschutzmotivierten Betretens von Tierställen’ (2019) 166(3)205, 207; Bernd Hecker, ‘Nothilfe und Notstand Eindringen in eine Tierzuchtanlage zu dem Zweck, Missstände zu dokumentieren. Juristische Schulung’ (2018) (1) 83, 84; Dominik Hotz, ‘OLG Naumburg: Tierwohl als notstandsfähiges Rechtsgut’ (2018) (28) NJW 2064, 2066; Alexander Keller, Thorsten Zetsche, Hausfriedensbruch: Rechtfertigung des Eindringens in eine Tierzuchtanlage zur Aufdeckung von Verstößen gegen Tierschutzrecht, Strafverteidiger (StV) (2018) 335, 338.

³³ OLG Düsseldorf NJW 1970, 674; OLG Frankfurt NSZ-RR 1996, 136.

³⁴ OLG Düsseldorf NJW 2006, 630.

³⁵ Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte (1. Baskı Duncker&Humblot 1998) 214.

³⁶ Zieschang, (n 35) 215.

³⁷ BVerfGE 157, 30 (Rn. 198).

olarak, insanlıkla uyumlu bir iklimin sürdürülmesi, anayasal statüye sahip yasal bir hak³⁸. İklim değişikliği, nihayetinde herkesi etkileyen ya da en azından etkileyebilecek olan soyut bir tehdittir³⁹. Zorunluluk hali ise bireyleri tehdit eden tehlikelere karşı savunmayı amaçlar. Bununla birlikte, iklimin korunması da bizzat iklimin kendisini değil; insan yaşamının vazgeçilmez temelinin bir parçasının korunması olarak değerlendirildiğinde, etkilenen her bir insanın tehdit altında olduğu görülmektedir. Bu durum, en azından insanla uyumlu iklimin zorunluluk hali bağlamında korunması gereken hukuki bir menfaat olarak tanınması lehine bir argümandır⁴⁰. Temel sorun, iklim değişikliğinin yarattığı tehdidin mevcut bir tehlikeyi haklı çıkarıp çıkarmadığından ziyade, anayasal bir demokraside bireyin bunu önlemekten sorumlu olup olamayacağıdır⁴¹.

İklim eylemlerinin koruduğu hukuki menfaat ilişkin en uç formülasyonda ise protestocuların insan neslinin tükenmesini önlemek için hareket ettiği iddia edilmektedir⁴².

Zorunluluk halinin ikinci koşulu ağır ve muhakkak bir zarar tehlikesi bulunmasıdır. İklim protestocularının eylemlerinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü savunanlara göre çevreye ilişkin zarar, yakın ve ciddidir⁴³. Küresel ısınmanın ve iklim değişikliğinin nihai etkilerinin ortaya çıkması hemen gerçekleşmeyecek olsa da tüm dünya giderek daha fazla etkisini gösteren uzun vadeli bir zarar ile karşı karşıyadır. Bu görüş kapsamında, nihai zararın gerçekleşmesinden önceki son ana kadar beklenirse, bunu önlemek imkansız olacağından, zarar anı, zorunluluk hali savunmasındaki “yakın zararın” karşılığıdır⁴⁴.

Tehlike, daha sonraki zamanda önlenemiyorsa ya da ancak önemli bir risk altında önlenebiliyorsa mevcut ve yakın tehlike olarak kabul edilir⁴⁵. İklimin korunmasına ilişkin davaların konusunu oluşturan küresel ısınma henüz kritik sınır olan 1.5 ya da 2 derecelik ısınma sınırını aşmamış olsa da bu durum tehlikenin mevcut olmasını engellemeyecektir. Önemli olan, bu tür bir sıcaklık artışı tehlikesinin ne zamana kadar yeterli bir başarıyla önenebileceğidir⁴⁶. Başka bir ifadeyle, “*mevcut olma durumu*” derhal harekete geçilmeyi gerektirir. Bu zaman noktası geçtikten sonra, korunması gereken hukuki menfaat olan iklimin bozulması, çaresizce izlenecektir⁴⁷. İklim değişikliği ile ilgili olarak, derhal müdahale ihtiyacı her durumda açıktır. İklim değişikliğinin önlenmesi için belirlenen ulusal ve küresel düzeydeki hedef ve tedbirlerin Paris İklim Antlaşması'nın hedeflerine ulaşmak için genel olarak yetersiz olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, yakın tehlikenin gerçekleşmesi sadece an meselesidir⁴⁸.

Zorunluluk halinin üçüncü koşulu saldırı ile tehlike arasında bir nedensellik olmasıdır. Cezai sorumluluğu gerektiren bu protestoların iklim değişikliğinin yıkıcı etkilerini hafifletmek için etkili ve en az zararlı araçlardan biri olduğu varsayılmaktadır⁴⁹. Protestocular tarafından yapılanlara benzer şekilde, gelecekteki protestoların kolektif etkisinin küresel ısınmayı azaltmada belirleyici olduğu varsayımı ise, eylemlerin zararı önlemeye elverişliliği olarak değerlendirilmektedir⁵⁰. Bu görüşü savunanlar bakımından örneğin Louvre Müzesi'ndeki korunaklı camekanın arkasında sergilenen Mona Lisa tablosuna çorba fırlatmak tek başına küresel ısınmayı engellemeyecek olsa da benzer küçük eylemlerin toplamı, hükümetleri iklim politikasını değiştirmeye yöneltebilecek ve bu eylemler etkili bir mekanizma olacaktır. Başka bir deyişle, bu eylemlerdeki hedef, suç işleyerek belirli bir soruna dikkat çekmektir. Bu eylemin gelecekteki benzer eylemler mozaiğinin bir parçası olması koşuluyla, iklim politikasını etkili bir şekilde etkilemesi ara hedeftir. Nihai hedef ise iklim değişikliğinin etkilerine karşı koyacak önlemlerin alınmasıdır. Bu görüşe göre, iklim değişikliği ile mücadelede tek başına önemsiz olan belirli bir protesto eylemi, tehlike ile failin hareketi arasında nedensellik bağımlı sağlamaktadır⁵¹.

Zorunluluk halinin dördüncü koşulu olan saldırı ve tehlike arasındaki oranlılıktır. İklim eylemleri bakımından hafif zararlara neden olan suçların işlenmesinden kaynaklanan zarar, protestocuların önlemeye çalıştığı zararlarla karşılaştırıldığında çok küçüktür⁵². Nihayetinde milyonlarca insanın, bir bütün olarak tehlikede olduğunu kabul edilirse, bu eylemlerle verilen zararın, protestocuların önlemeye çalıştığı kötülükten çok daha az olduğu kabul edilmelidir⁵³.

Zorunluluk halinin bir diğer koşulu tehlikenin başka türlü önlemeyecek olmasıdır. Bu eylemlerde zorunluluk halinin

³⁸ Daniel Busche, 'Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten' (2023) (4) Klima und Recht 103, 105.

³⁹ Finn-Lauritz Schmidt, 'Der „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand?' (2023) (1) Klima und Recht 16, 18.

⁴⁰ Busche (n 38) 105.

⁴¹ Ibid 105.

⁴² Bönte (n 24) 165-167.

⁴³ Ibid 165-167.

⁴⁴ Ibid 167.

⁴⁵ Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, Frank Saliger, Strafgesetzbuch (6. Baskı Nomos 2023) § 34 Rn. 56.

⁴⁶ Adolf Schönke, Horst Schröder, Strafgesetzbuch (29. Baskı Beck 2014) § 34 Rn. 17.

⁴⁷ Volker Erb, Jürgen Schafer, Münchener Kommentar zum StGB (3. Baskı Beck 2018) § 34 Rn. 94.

⁴⁸ Jana Wolf, 'Klimaschutz als rechtfertigender Notstand', <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>, Erişim tarihi: 11.02.2024.

⁴⁹ Bönte (n 24) 168-169.

⁵⁰ Hansjörg Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 abs. 2 StGB (1. Baskı Duncker & Humblot 1991) 186-189; Bönte (n 24) 168-169.

⁵¹ Coca-Vila (n 28) 4

⁵² Bönte (n 24) 171-172.

⁵³ Ibid 172.

uygulanmasını savunan görüş, “ahlaki” sayılabilecek bir temelden bu koşulu değerlendirmektedir⁵⁴. Buna göre failin eyleminin ahlaki açıdan doğru mu yoksa yanlış mı olduğuna karar verildiğinde, başka bir deyişle bu eylemin daha büyük bir çıkarı koruyup korumadığına karar verildiğinde, eylemin ceza hukuku kapsamında kusurlu gösterilip gösterilmeyeceği sorusu otomatik olarak çözümlenir⁵⁵. Dolayısıyla başka türlü koruma imkanının bulunup bulunmaması ikincil öneme sahiptir.

Doktrinde genel olarak başka türlü korunma imkanının olmaması zorunluluk halinin bir koşulu olarak görülse de bu görüşün aksi yönde, bu koşulun zorunluluk halinin bir unsuru olmadığı ve meşru müdafaa olduğu gibi bir ön koşul olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁶. Bu görüş kapsamında, iklim davalarında zorunluluk hali savunması toplumsal değişim için güçlü bir dönüştürücü araç olarak kullanılmaktadır⁵⁷. Esasen zorunluluk halinin bu şekilde uygulanmasını savunan görüşler, bu kurumu sivil itaatsizliği meşrulaştıracak bir araç olarak görmektedir⁵⁸. Başka bir noktadan yaklaşıldığında ise protestocuların asıl hedefi, politik amaçlarını mahkemeye taşımak suretiyle savunma oluşturarak, karşı tarafın kamuoyu tarafından kötü algılanmasını sağlamaya çalışmaktadır⁵⁹.

Ahlaki yorum benimsendiğinde insanlığın varlığını tehdit eden küresel ısınma ve iklim değişikliğine karşı mücadelede insanlığın hayatta kalmasını sağlamak, protesto eylemlerine maruz kalanların mallarına verilecek küçük zararlardan daha öncelikli olacaktır. Mevcut veriler, devletlerin iklim politikalarını değiştirme konusunda isteksiz olduklarını gösterdiğinden, tehlikeden korunmaya yönelik alternatif bir yasal yol bulunmamaktadır.

İklim değişikliğiyle mücadele için tedbirler almakla yükümlü olan devlet, iklim değişikliğiyle mücadeleden sorumludur⁶⁰. Ancak bunun tam olarak ne şekilde olacağı, parlamentonun karar alma sürecine bırakılmıştır. Ancak protestocular politikanın işleyiş sürecini bizatihi kusurlu bulduklarından, politikaya ve politikacılara güven duymamaktadırlar⁶¹. Bireylerin, demokratik karar alma sürecinin bir parçası olarak iklim koruma tedbirlerine fiilen uyulmasını ve bu tedbirlerin optimize edilmesini etkilemeleri gerekmektedir⁶². Devletin, bireyleri tehlikeye karşı korumasının mutlak önceliği, sadece devletin tedbirin gecikeceği veya hukuka aykırı olarak ihmal edildiği istisnai durumlarda bozulur⁶³. İklim davalarında zorunluluk halinin uygulanması gerektiğini savunanlar tam da bu noktadan argümanlarını desteklemektedirler. Devletlerin küresel ısınmayla başa çıkma konusundaki başarısızlığı göz önüne alındığında, protestocuların iklim değişikliğinin yıkıcı sonuçlarıyla etkili bir şekilde mücadele etmek için başka yasal alternatif araçlara sahip olmadıkları varsayılmaktadır⁶⁴. Protestoculara göre çoğu devletin iklim konusundaki eylemsizliği göz önüne alındığında, iklim politikasını demokratik yasal yollarla etkilenebileceğini öne sürmek anlamsızdır. Nitekim devlet yetkililerinin eylemlerinin iklim konusunda sistematik olarak başarısız olduğuna kanaat getiren yargı kararları da bulunmaktadır⁶⁵.

B. Aleyhe Olan Görüşler

İklim protestolarında gerçekleşen eylemlerin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bu görüşü savunanların dikkat çektiği iki husus bulunmaktadır. İlk husus iklim eylemleri ile ağır ve muhakkak görülen iklim değişikliğinin önlenmesi bakımından nedensellik bağı olmadığı ve bu eylemlerin tehlikeyi önleme bakımından elverişli ve etkili olmadığıdır. İkinci husus ise başka türlü korunma imkanının olmaması koşulu bağlamında, söz konusu eylemleri meşru görmenin, hukukun üstünlüğüne dayalı bir demokratik hukuk devletinde yasal olmayan eylemlerin meşrulaştırılması anlamına geleceğidir⁶⁶. Protestocuların, eylemlerinin sivil itaatsizlik olarak nitelendirilmesi gerektiği de belirtilmektedir⁶⁷. Kökeni siyaset felsefesine dayanan bu terim, bir vatandaşın felaket ve etik açıdan gayrimeşru olduğu düşünülen kararlara karşı gösteri, protesto ve hatta sansasyonel, şiddet içermeyen kural ihlalleri yoluyla direnişini tanımlar⁶⁸. Sivil itaatsizlik eylemlerinin ise ceza hukuku kapsamında bir hukuka uygunluk/kusurluluğu kaldıran hal olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁹.

⁵⁴ Malcolm Thorburn, ‘Two Conceptions of Equality Before the (Criminal) Law’ in François Tanguay-Renaud and James Stribopoulos (eds), *Rethinking Criminal Law Theory* (Oxford: Hart Publications 2012) 6-7.

⁵⁵ Ibid 7.

⁵⁶ Zieschang, (n 31) 143.

⁵⁷ Alan Norrie, *Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law* (3. Baskı Cambridge University Press 2014) 25.

⁵⁸ Shaun Martin, ‘The Radical Necessity Defense’ (2005) 73 (4) *University of Cincinnati Law Review* 1527-1530.

⁵⁹ Phillip E. Johnson, *Criminal Law Cases Materials and Text* (7. Baskı, American Casebook Series, West Group 2002) 379.

⁶⁰ Schmidt (39) 19.

⁶¹ Külçür (n 5) 153.

⁶² Bönte (n 24) 169-170.

⁶³ Schmidt (n 39); Busche (n 38) 105.

⁶⁴ Bönte (n 24) 170.

⁶⁵ Örneğin aşağıda incelenecek olan OLG Naumburg, 22/02/2018 tarihli karar’da, devletin iklim koruma önlemleri açıkça yetersiz olmakla kalmayıp, aynı zamanda sistemik bir sorun olduğu belirtilmektedir.

⁶⁶ Thomas Rönnau, ‘Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam’ (2023) 2 *Juristische Schulung* 112, 114.

⁶⁷ Ibid 114.

⁶⁸ Bernward Gesang, ‘Autobahnblockaden und „Spaziergänge“: Was sind die Grenzen des zivilen Ungehorsams?’ (2022) 5 *Klima und Recht* 147, 148.

⁶⁹ Lutz Eidam, ‘Klimaschutz und ziviler Ungehorsam’ (2023) 6 *JuristenZeitung* 224, 227; Lorenz Leitmeier, ‘Ziviler Ungehorsam und autoritärer Legalismus?’ (2023) 3 *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 70, 73.

İklim eylemlerin zorunluluk halinin kabul edilmemesini savunan görüş bakımından en önemli argüman, bu eylemlerin geleceğe dönük olarak zararı önleme bakımından belirsizliği üzerindedir. Tek başına bir iklim protestosu, örneğin, bir zeytinlik bir alanın kesilmesini önlemek için ağaçtan inmeyi reddeden bir aktivistin eylemi, küresel ısınmanın etkilerine karşı koymak için etkili bir eylem değildir. Ancak sadece muhtemel etkilerin belirsizliği noktasından hareket ederek zorunluluk hali argümanını reddetmek sorunu basitleştirmektedir⁷⁰. Böyle bir protestonun etkinliğini değerlendirmek, onu çerçvelendiği kolektif bağlamdan çıkaracaktır⁷¹. Zira bazı durumlarda aynı ya da benzer eylemlerin etkililiği, kusurluluğu kaldırarak suç oluşturan eylemin etkinliğine bağlı olabilmektedir. Örneğin: X kişisi evinin yandığını fark eder ve komşuları olan A, B ve C'ye ait yangın söndürücüsünü gidip alır⁷². X, yangının büyüklüğünü düşünerek tek bir yangın söndürücüsünün yetmeyeceğini düşünmektedir. X önce A'nın söndürücüsünü, sonra B'nin söndürücüsünü alır ve son olarak da C'nin söndürücüsüyle yangını söndürmeye çalışır. Bu örnekte A'nın söndürücüsünü almak, A'ya zarar verse ve X yangını söndüremese bile, zorunluluk hali olduğunu ileri sürerse hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Yangın sönmese bile her üç hırsızlık da zorunluluk hali temelinde kusursuz gösterilebilir. Bu örnekte yangın söndürmede kullanılan söndürücülerin alınması kısa bir süre içerisinde gerçekleşmektedir. Benzer şekilde iklim değişikliğini önlemede tek bir eylem yeterli olmasa da eylemler silsilesi önleme adımlarını tetikleyebilecektir. Ancak iklim protestocularının eylemleri daha uzun süreye yayılmaktadır. Bu durum beraberinde iki belirsiz hususu getirmektedir. Öncelikle iklim protestocularının eylemleri ile aynı veya benzer eylemlerin gelecekte aynı etkiyi yaratma olasılığı daha düşüktür. Başka iklim protestocularının, gelecekte benzer protestolara katılıp katılmayacağı belirsizdir. Bu belirsizlik, ilk eylemin bir kolektif eylemlilik biçimi olarak anlaşılmasını ve dolayısıyla kolektif eylem bağlamı dikkate alınarak etkinliğinin değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır⁷³. İkinci belirsiz husus ise protesto eyleminin iklim değişikliğinin sonuçları üzerinde sadece dolaylı bir etkiye sahip olmasıdır. Başka bir deyişle, bu protestoların zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesini savunan görüşler, protestoların kısa bir süre içinde vatandaşların çoğunluğunu ikna edebileceğini, bu kişilerin de siyasi temsilcilerinin tutumlarını etkileyebileceğini ve nihayetinde insanlığın yok olmasını önlemek için iklim politikalarını uygun bir şekilde değiştirebileceklerini varsaymaktadır⁷⁴. Ancak bu varsayım bilimsel bir temele dayanmamaktadır. Dahası, sivil itaatsizliğin vatandaşların çoğunluğunu iklim politikalarını değiştirmenin gerekliliğine ikna etme konusunda ters etki yaratacağı görüşü ağırlıktadır⁷⁵. Bu durumda suç teşkil eden protestoların iklim değişikliğinin azaltılması üzerinde tam olarak ne ölçüde etkili olduğunu belirlemek hususunda şüpheler ortaya çıkmaktadır.

Sivil itaatsizliğin etkililiğini savunan görüşlerin de kabul ettiği üzere, bir protesto eyleminden görünür kazanımlar elde edilene kadar bu eylemin etkilerini tahmin etmek veya genelleştirmek zordur⁷⁶. Protestolar, çevre yanlısı davranış ve politikaların gündeme gelmesi ve sosyal değişim için zemin hazırlanmasına katkıda bulunmaktadır⁷⁷. Ancak iklim değişikliği ve küresel ısınmayı azaltabilecek önemli politika değişiklikleri ile doğrudan bir korelasyonu bulunmamaktadır⁷⁸. Hele ki tek bir eylemin, iklim değişikliğini durdurmayı hedefleyen politikaları etkilemesi mümkün değildir⁷⁹.

İklim protestolarında zorunluluk hali savunmasına başvurarak kusurluluğun olmadığı ileri sürülmesi bakımından, tehlikeliliğin saldırı ile sona ermesi için etkili olma olasılığı yeterince yüksek midir? Esasen iklim eylemleri, ölçülebilir derecede etkili iklim koruma önlemlerine yönelik siyasi ivme yaratmak için kullandıkları sembolik bir protesto eylemidir ve bazen tek bir protesto, zincirleme reaksiyonu tetikleyerek resmi protestoları etkileyebilmektedir⁸⁰. Bununla birlikte eylemlerin yeşil politikaların ortaya çıkabileceği ve genişleyebileceği bir ortam yaratabileceğini, siyasi gidişatı değiştirebileceğini, karşı önerileri ılımlaştırabileceğini veya gelecekteki hareketlerin başarıya ulaşmasını sağlayacak sosyal ağlar ve örgütlenme altyapısı gibi kaynaklar yaratabileceğini söylemek başka bir şeydir; suç teşkil eden bir protestonun zorunluluk halinin koşullarını karşıladığını kabul etmek başka bir temeldedir.

İklim protestolarının, iklim değişikliğini azaltmak için etkili bir araç olduğu kabul edilse dahi zorunluluk halinin bir diğer şartı olan, tehlikeden başka türlü korunma imkanı bulunmaması koşulunun sağlanması olası görülmemektedir. Başka türlü önlenememe koşulunun oluşması için ilk olarak araç uygun olmalı, ikinci olarak nispeten en hafif araç olmalıdır⁸¹. Uygun olmayan, anlamsız veya zarar verici araçların en baştan elenmesi gerekmektedir. Uygun davranış bir kurtarma şansı sunmalıdır; şansa ölçülebilir bir artış olmalıdır. Çok uzak, belirsiz kurtarma fırsatları veya kurtarma şansını çok önemsiz ölçüde artıranlar uygunsuz olarak sınıflandırılmalıdır⁸². Örneğin müzelerdeki tabloların tahrif edilmesi, ağaçlarının devrilmesi, araba galerilerinin

⁷⁰ Coca-Vila (n 28) 6.

⁷¹ Ibid 6.

⁷² Örnek için bkn. Coca-Vila (n 28) 7.

⁷³ Ibid 8.

⁷⁴ Bönte (n 24) 164.

⁷⁵ Zieschang (n 31) 144; Rönnau (n 66) 116.

⁷⁶ Maria J. Stephan, Erica Chenoweth, 'Why Civil Resistance Works: The Strategic Nonviolent Conflict' (2008) 33 (1) International Security 7, 21.

⁷⁷ Georgia Piggot, 'The Influence of Social Movements on Policies that Constrain Fossil Fuel Supply' (2018) 18 (7) Climate Policy 942, 933

⁷⁸ Coca-Vila (n 28) 9.

⁷⁹ Till Zimmermann, Fabio Griesar, 'Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB' (2023) 5 Juristische Schulung 401, s.405.

⁸⁰ Ibid 405.

⁸¹ Zieschang (n 31) 146; Adolf Schönke, Horst Schröder, Strafgesetzbuch (29. Baskı, Beck 2014) § 34 Rn. 18.

⁸² Zimmermann, Griesar (n 64) 405.

önüne koku bombaları yerleştirilmesi, acil durum çağrılarının kötüye kullanılması ya da evlerin duvarlarına çevreci sloganlar yazılması gibi eylemler en başından itibaren uygunsuz olarak sınıflandırılmalıdır⁸³. İklim protestocularının ve bu eylemlerin zorunluluk hali içerisinde olduğunu savunanlar, söz konusu eylemlerin bir dikkat çekme aracı olduğunu ve dolaylı da olsa küresel ısınmanın önlenmesi için tehlikeliliği önleme bakımından uygun olduğunu iddia etmektedirler⁸⁴. Ancak zorunluluk halinin şartları bakımından, “dolaylı uygunluğun” kabul edilmediğine dikkat edilmelidir.⁸⁵ Hatta iklim eylemleri söz konusu olduğunda, değerli resimlerin tahrif edilmesi gibi eylemlerin iklimin korunması davasına zarar vermesi daha muhtemeldir. Zira nüfusun büyük bir kısmı ve en azından bazı politikacılar bu tür eylemlere anlayışsızlıkla tepki göstermekte ve hatta bu gibi eylemlere verilecek cezaların artmasını talep etmektedir. Bu tür eylemlerin, toplumun bir kısmının iklimin korunmasına daha az anlayış göstermesi veya artık hiç ilgilenmemesi gibi ters ve zarar verici bir etkisi olabileceği de göz ardı edilememelidir⁸⁶. Ancak sonuçta bu etki de tartışmalı bir noktadır. Bu durumda ölçülemeyen bir önleme fırsatı, çok belirsiz bir kurtarma şansı söz konusudur, dolayısıyla eylemler tehlikeliliği önlemede elverişli değildir⁸⁷. Çok sayıda insan, araba veya demiryolu trafiğinin durmasına veya uçakların havalanamamasına yol açan blokaj eylemlerine ilişkin olarak olumsuz bir algıya sahiptir. Ayrıca eylem sırasında araçların CO2 salınımı azalsa da, eylem bittiğinde ve araçlar yollarına devam ederken bu salınım devam edeceğinden, söz konusu eylem sırasındaki CO2 salınım miktarının engellenmesi iklim değişikliği bakımından son derece önemsiz bir miktar olacaktır.

Demokratik olarak oluşturulan mevzuata, az ya da çok doğru olup olmadığına ya da daha fazla veya daha az vatandaşın hoşuna gidip gitmediğine bakılmaksızın uyulması gerekmektedir. Mevzuata ve usul kurallarına saygı, bir yönetimin ekonomik refah ile sürdürülebilir kalkınmayı nasıl yöneteceğini belirlemek gibi güçlü ahlaki tartışmaların olduğu alanlarda daha da önemlidir⁸⁸. Bu tür karmaşık soruları çözen normların demokratik karakteri, anayasaya uygunluğu göz önüne alındığında, yasa objektif olarak eksik veya çoğu vatandaşın sahip olduğu adalet standartlarıyla uyumsuz olsa bile, yasa olarak var olması uyulması için yeterli bir nedendir⁸⁹. Bu gibi suç oluşturan eylemlerde kusurluluğun olmadığı savunmak, toplumsal çıkarları maksimize etmek için bir araç olarak düşünmek, demokratik yasa koyucuyu etkin bir mekanizma olmaktan çıkarmak olacaktır⁹⁰. Bu noktada demokrasi kavramını sadece seçimler sırasında gerçekleşen bir olgu olarak sınırlamak yanlıştır. Seçimler ve referandum dışında vatandaşların siyasi temel hak ve özgürlükleri bağlamında sendika kurma, dernek ve sivil toplum kuruluşları vasıtasıyla faaliyetlerde bulunma, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi demokratik siyasi katılım kanalları da mevcuttur. Ancak bu kanalların dışında siyasi katılım yolları, örneğin iklim protestocularının yaptığı gibi dolaylı sivil itaatsizlik biçimlerine başvurulması, devletin otoritesinin geçerli olduğu yasaları çiğnemek anlamına gelebilecektir⁹¹.

İklim protestocularının ifadeleri ve taleplerinin çoğu zaman çoğunluk iradesini temsil ettiği oldukça şüphelidir. Nitekim iklim protestocuları da kendi arasında pragmatik ve radikal gruplar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu iki grubu birbirinden ayıran en önemli nokta, pragmatik grupların sistem içinde kalarak hukukun öngördüğü demokratik araçlara başvurmayı savunması; radikal gruptakiler sistem içi araçların ve süreçlerin ekolojik krizi önlemede etkisiz kaldığı düşüncesiyle ekotaj gibi eylemlere başvurmanın daha etkili çözümler sunduğuna inanmaktadır⁹².

Protestocuların taleplerinde haklı olmaları ile bu taleplerin halkın iradesini yansıtmaları başka şeylerdir⁹³. İklim protestocularının talepleri çoğu zaman kamusal müzakerenin sonucunu yansıtmaz ve değişen iklim politikasından etkilenen tüm vatandaşlar bu sürece dahil değildir⁹⁴. Bu nedenle protestocular, kendilerine ait olmayan bir gücü kullanırken, kendi görüşlerini vatandaşların görüşlerinin üzerine çıkarmaktadır. Protestocuların bir mesaj verebilmek için yolları kapatması durumunda, diğer vatandaşların hareket özgürlüğünün sınırlanması demokratik olmaktan çıkmaktadır.

Yasanın ya da uygulamanın değişmesi için, demokrasinin gereği olarak yasama yoluyla kural koyma tercihinde ısrar edilmesi ve iklim politikasını belirlemeyi demokratik olarak seçilmiş parlamentoya ve yasaların hukuka uygunluğunu denetleyebilecek Anayasa Mahkemesine bırakılması gerekmektedir. Anayasa mahkemesi tarafından belirlenen koruma standartlarını karşılamak üzere mevzuatı değiştirmek parlamentonun görevidir. Bunun dışında vatandaşların yasalardan kaynaklanan dilekçe hakkı, barışçıl

⁸³ OLG Celle BeckRS 2022, 21494; AG Luneburg BeckRS 2022, 21534; Schröder/Schönke (n 81) § 34 Rn. 18; Volker Erb, Jürgen Schafer, Münchener Kommentar zum StGB (3. Baskı, Beck 2018). Rn. 110.

⁸⁴ Christopher Bennett, Kimberley Brownlee, ‘Punishment and Civil Disobedience’ in Scheuerman (Ed.), The Cambridge Companion to Civil Disobedience (Cambridge University Press 2022) 280–309.

⁸⁵ Zieschang (n 31)144.

⁸⁶ Rönnau (n 66) 114.

⁸⁷ Zieschang (n 31)144.

⁸⁸ Kimberley Brownlee, Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience (Oxford University Press 2012) 25; John Alan Cohan, ‘Civil Disobedience and the Necessity Defense’ (2007) 6(1) The University of New Hampshire Law Review 111, 115; Coca-Vila (n 28) 12.

⁸⁹ Ibid 289.

⁹⁰ Ibid 290.

⁹¹ İklim protestocularının eylemleri sonucunda zorunluluk hali savunması yapmaları, doğrudan değil dolaylı sivil itaatsizlik olarak değerlendirilebilir. Zira protestocular kendilerine suç itham edilen kanunu reddetmemekte, aksine kanunlar çerçevesinde tanınan bir hakkı kendi lehlerine çevirmeye çalışmaktadırlar.

⁹² Külçür (n 5) 152.

⁹³ Francisco Garcia-Gibson, ‘Undemocratic Climate Protests’ (2022) 39 (1) Journal of Applied Philosophy 162, 165; Aykut (n 12) 498.

⁹⁴ Ibid 166.

toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, seçme ve seçilme hakkı ile siyasi parti kurma özgürlüğü ve bunları bağış yoluyla destekleme, kamu denetçiliğine başvurma gibi hakları bulunmaktadır.

II. İKLİM PROTESTOLARINA İLİŞKİN YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sivil itaatsizlik eylemi olarak nitelenebilecek protestolara ilişkin yapılan yargılamalarda, sanıkların zorunluluk hali savunması yapması yeni bir durum değildir. Son zamanlarda ise iklim protestocularının bu yola başvurarak yaptığı savunmalar artmış, bazı davalarda bu savunmalar yerinde de görülmüştür.

Kıta Avrupası ülkelerinde ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlar kanun yolu aşamasında bozulma eğiliminde olsa da bu konuda görülen davalar artmaktadır. ABD’de ise iklim davalarında zorunluluk hali savunması çok kabul görmese de mahkemeler önüne pek çok kez gelmektedir. Bu bölümde ABD, Almanya ve İsviçre’de görülen davalar örnek olarak incelenecektir.

A. İklim Protestocularının Yargılanmasına İlişkin Olarak ABD’den Örnek Davalar

ABD’deki eyalet sisteminden dolayı zorunluluk hali savunmasının kullanımını düzenleyen kurallar eyalete ve mahkemeye göre değişmektedir. Ancak iklim protestocularının davalarında genel süreç ilk derece olarak adlandırabileceğimiz süreçte, beş aşamada ilerlemektedir.⁹⁵ İlk olarak suç şüphesinin öğrenildiği ve soruşturulduğu aşama (*pre-arrest investigation*) ve akabinde tutuklama (*arrest*) gerçekleşebilmektedir. İkinci aşamada suçlamaların öğrenildiği ve hakların hatırlatıldığı ilk görüş ve suçlama aşaması (*first appearance and arraignment*) gerçekleşmektedir ki çoğu şüpheli bu aşamada suçsuz olduğunu (*not guilty plea*) iddia etmektedir. Üçüncü aşama ön duruşma aşamasıdır (*preliminary hearing*) ve bu aşamada yapılacak savunma hakime aktarılır. Bu aşama iklim protestocularının davalarında önemli bir aşamadır. Bu aşamada yargılama esnasında zorunluluk haline ilişkin savunma yapılacağı hakime aktarılır. Hakim bu yönde savunmanın uygun olup olmadığına, savunmanın kabul edilip edilmediğine ve jüriye gidilip gidilmeyeceği konusunda, iddia makamını da dinleyerek karar verir. Eğer jüriye gidilmesi kabul edilmişse dördüncü aşamada jüri önünde savunma yapılır. İklim protestocularının davalarında bu aşama da oldukça önemlidir. Zira savunmalarını kendileri tarafından anlatma ve iklim değişikliğinin tehlikeleri, eylemin arkasındaki nedenler ve sivil itaatsizliğin neden gerekli olduğu hakkında kanıt sunma şansları olmaktadır. Son aşama ise karar aşamasıdır. Sanıklar suçlu bulunursa kanun yoluna gitme hakları bulunmaktadır.

1. United States v. Kabat Kararı

Bu konuya ilişkin 1986 tarihli eski bir karar olan United States v. Kabat⁹⁶ davası önemlidir. Sanıklar Carl Kabat, Paul Kabat, Lawrence Jacob Cloud-Morgan ve Martin John Holladay, nükleer tesisleri protesto etmek isteyen eylemcilerdir. Eylemciler çevre çitindeki asma kilidi kestikten sonra füze sahasına girmiş ve ellerindeki aletlerle üç radar cihazına, çeşitli elektrik kablolarına, bakım için füzeye erişimi kontrol eden iki kilide ve füzenin üzerindeki beton fırlatma kapağına zarar vermişlerdir. Onarım masrafları daha sonra 29,073.60 \$ olarak hesaplanmıştır. Sanıklar olay yerindeyken ayrıca "*Sevginin Başladığı Yerde Şiddet Biter*" yazan pankartlar asmışlar ve niyetlerinin çocukları ve dünyayı kurtarmak ve "*toplu katliamı*" önlemek olduğunu, çünkü Hıristiyan inançlarının "*hepimizi tehdit eden şiddet döngüsünü sona erdirmek için kişisel sorumluluğu kabul etmelerini*" gerektirdiğini açıklayan bir not bırakmışlardır. Aletlerinin yanı sıra, sanıklar alana ekmek ve şarap, dua kitabı, birkaç çocuk resmi ve kanı temsil eden ya da ettiği varsayılan bir maddeyle dolu bir biberon getirmişlerdi.

Bölge mahkemesi hüküm verirken sanıklar tarafından işlenen suçları "*ciddi*" olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, sanıkların eylemlerinin kongrenin politikalarını engellemeye yönelik tek taraflı girişimler olduğunu, kişisel anlaşmazlıkları vurgulamak için şiddeti meşrulaştırdığını ve sanıkların kendi görüşlerinin doğruluğu ve haklılığından emin olmalarındaki kibri yansıttığını ifade etmiştir. Temyiz Mahkemesi tarafından, devlet malını tahrip etme, sabotaj ve diğer suçlardan dolayı cezaları onanmıştır. Mahkeme zorunluluk hali savunmasının kullanıldığı önceki davalara⁹⁷ da atıfta bulunarak sanığın amacının hükümet politikalarında bir değişiklik yapmak olduğu ve bunun da sanığa göre gelecekte hayatların kurtarılmasıyla sonuçlanabileceği durumlar olarak gerekçelendirildiğini belirtmiştir. Ancak zorunluluk halinin en önemli unsuru olan yasayı ihlal etmenin makul bir alternatifinin olmaması ve kaçınılması gereken zararın yakınlığı ve zararın meydana gelmesindeki kesinliğin bu davalarda olmadığı yönünde kanaat bildirmiştir.

⁹⁵ Leslie Abramson, Criminal Procedure, Quick Review Series (2. Baskı West Publish 2013); Joshua Dressler, Alan C. Michales, Understanding Criminal Procedure Volume 1: Investigation (5. Baskı LexisNexis 2010) 5; İlyas Şahin, 'Amerika Birleşik Devletleri'nin Yargısal Sisteminde Ceza Yargılaması' (2015) 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 707-725.

⁹⁶ United States v. Kabat, 797 F.2d 580 (8th Cir. 1986), <https://law.resource.org>, Erişim tarihi: 31.01.2024.

⁹⁷ United States v. Kroncke, 459 F.2d 697 (8th Cir.1972); United States v. Dorrell, 758 F.2d 427 (9th Cir.1985), <https://law.resource.org>, Erişim tarihi: 31.01.2024.

2. United States v. Schoon Kararı

ABD’de emsal niteliğinde olan ve konumuz bakımından en önemli kararlardan birini teşkil eden 1992 tarihli United States v. Schoon davasında zorunluluk hali savunması kullanılmış ancak, davada olayın esası sivil itaatsizlik olarak nitelendirilmiş, davada zorunluluk halinin “*tehlikeden başka surette kurtulma imkanı*” şartının sağlanamayacağı ve bu savunmanın yapılamayacağına karar verilmiştir⁹⁸. Daha sonra zorunluluk hali savunmasına başvuru davalarda, mahkemeler bu karara atıf yaparak savunmaları reddetme yönünde eğilim göstermiştir. Davanın hakimleri dolaylı sivil itaatsizliği “*bir yasayı ihlal etmek veya kendisi protesto nesnesi olmayan bir hükümet politikasına müdahale etmek*” olarak tanımlamış ve ardından sanıkların dolaylı sivil itaatsizlikte bulduktan sonra zorunluluk hali savunmasını “*zararın kongre eylemiyle hafifletilebileceği durumlarda yasal alternatiflerin hiçbir zaman tükenmiş sayılmayacağı*” ifade etmiştir.

Her ne kadar eyalet mahkemeleri Schoon kararının gerekçelerinden yola çıkarak genellikle benzer bir tutum sergilemiş olsalar da son zamanlarda görülen bazı davalarda eyalet mahkemeleri iklim gerekliliği savunmasının sunulduğunda, bu savunmaları değerlendirmeye almaya başlamıştır⁹⁹. Protestocular, iklim savunmasını jüriye sunma hakkını talep etmeye devam ederken, mahkemelerin savunmanın sunulmasına izin verip vermemesi kritik önem taşımaktadır.

3. Jay O’Hara ve Ken Ward Kararı

2013 yılında aktivistler Jay O’Hara ve Ken Ward, Massachusetts’in kuzey doğusundaki iklim değişikliğine yol açan karbon emisyonlarının en büyük kaynağı olan Somerset, Massachusetts’teki Brayton Point üretim istasyonunu protesto etmek istemişlerdir. Elektrik santraline kömür sevkiyatını engellemek için bir istakoz teknesi kullanarak gönderilen 40.000 ton kömürü ablukaya almışlardır. Bu eylemlerinden dolayı tutuklanmışlardır. Ön duruşma esnasında iklim nedeniyle zorunluluk hali savunması talepleri kabul edilmiştir. Savunmalarını hazırlayan sanıklar hakkındaki tüm suçlamalar, duruşma gününün sabahı davanın savcısı tarafından düşürülmüştür. Bristol Bölge Savcısı Sam Sutter gerekçesini “*İklim değişikliği, gezegenimizin karşılaştığı en ağır krizlerden biridir. O’Hara ve Ward’ın eylemi ahlaki açıdan haklıdır.*” şeklinde açıklamıştır. Olayların bu şaşırtıcı dönüşü, protestocuları iklimi savundukları için cezalandırma konusundaki isteksizliğe ve zorunluluk hali savunmasının arkasındaki mantığın giderek kabul gördüğüne bir işaret olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁰.

4. Flood Wall Street Kararı

İklim eylemlerinde zorunluluk hali savunmasını kullandığı başka bir olay ise New York’ta 21 Eylül 2014 tarihinde düzenlenen Halkın İklim Yürüyüşü olarak başlayan ve ertesi gün Wall Street’in önünde düzenlenen Flood Wall Street adlı bir protestodur. Protesto sırasında yüzlerce kişi tutuklanmıştır¹⁰¹.

2015 yılında, New York’taki Flood Wall Street protestoları sırasında tutuklanan on bir aktivistin, polislin sokağı terk etme emrine uymayı reddetmelerinin ardından haklarında düzensiz davranış, caddeyi kapatma ve dağılmayı reddetme suçlamalarıyla dava açılmıştır. Protestocular 15 güne kadar hapis ve 500 dolar para cezasıyla karşı karşıya kalmıştır. Protestocular iklim nedeniyle zorunluluk hali savunması yapmak istediklerini belirtmiş ancak davanın hakimi reddetmiştir. Ret gerekçesini, protestocuların eylemleri ile iklim değişikliğinin önlenmesi arasında nedensellik bağı olmamasına dayandırmıştır. Mahkeme, iklim değişikliğinin ciddi bir tehlike olduğunu ancak “*mevcut, acil bir zarar tehdidi*” olmadığını ve sanıkların finans kuruluşlarını hedef almasının yakın bir acil durumla açık bir bağlantısı olmadığını ifade etmiştir¹⁰². Bununla birlikte, polis memurlarının protestoculara dağılmaları yönünde verdiği emrin anayasal olarak aşırı geniş olması nedeniyle Birinci Değişiklik (*First Amendment*) gerekçesiyle protestocuları beraat ettirmiştir.

⁹⁸ United States v. Schoon davasında konu iklim protestosu değildir. Sanıklar ABD’nin El Salvador’a müdahalesini protesto etmek istemektedir. 4 Aralık 1989’da Schoon ve yaklaşık otuz kişi İç Gelir Servisi’nin Arizona’daki yerel ofisine girerek, ABD fon gelirlerinin El Salvador’a gönderilmemesi talebiyle slogan atmış ve resmi dairelere sahte kan atmıştır. Federal polis tarafından dağılmaları ya da tutuklanmaları emredilmesine rağmen protestocular dağılmayı reddetmiş ve akabinde tutuklanmıştır. Federal polis memurunun emrine uymamak ve hükümet işlevini engellemekle suçlanmışlardır. Sanıkların zorunluluk hali savunması: iki kötü seçenekle karşı karşıya oldukları ve daha az kötü olanı seçtikleri; yakın bir zararı önlemek için hareket ettikleri; eyleminin bu zararı önleyebileceğine makul bir şekilde inandıkları; makul bir yasal alternatif olmadığına dayanmıştır. Mahkeme olayın bir dolaylı sivil itaatsizlik vakası olduğunu, zorunluluk halinin şartlarını taşımadığını, sanıkların savunmasının faydacı bir savunma olduğunu, sanığın eylemlerinden kaynaklanan zararın eylemsizliğin toplumsal maliyetinden daha ağır bastığı durumlarda geçerli olduğunu belirtmiştir. ABD’nin El Salvador’a yönelik politikası Kongre tarafından onaylandığından, Schoon’un eylemlerinin gidermeye çalıştığı bir zarar söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir. Zorunluluk halinin, sadece davalının yasadışı eylemlerinin maliyetinin faydasından daha ağır bastığı durumlarda geçerli olacağı ancak çözülen bir zarar olmadığında bu faydanın sıfır olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, Schoon duruşmasında zorunluluk hali savunmasını ileri sürememiştir. <https://openjurist.org/939/f2d/826/united-states-v-d-schoon>, Erişim tarihi: 01.02.2024; Benzer bir karar ise United States v. Dorrell davasıdır. Bu davada ise Vanderburg Hava Kuvvetleri Üssüne izinsiz giren bir protestocu bulunmaktadır. Bu davada zorunluluk hali savunması, mecliste görüşülmesi bakımından lobi oluşturmak gibi hukuki alternatifler olması sebebiyle yerinde görülmemiştir. <https://casetext.com/case/united-states-v-dorrell>, Erişim tarihi: 01.02.2024.

⁹⁹ <https://www.dcb.org/news-events/publications/d-c-bar-blog/the-climate-necessity-defense-a-catch-22-in-the-ag>, Erişim tarihi: 01.02.2024.

¹⁰⁰ <https://lobsterboatblockade.org>; <https://www.nytimes.com/2014/09/09/us/charges-dropped-against-climate-activists.html>, Erişim tarihi: 01.02.2024

¹⁰¹ <https://www.theguardian.com/environment/2014/sep/22/flood-wall-street-protest-arrest-police-climate-change-new-york>, Erişim tarihi: 01.02.2024.

¹⁰² Lance N. Long, ‘The Climate Necessity Defense: Proof and Judicial Error in Climate Protest Cases’, (2018) 38 Stanford Environmental Law Journal 57, s.64.

B. İklim Protestocularının Yargılanmasına İlişkin Olarak Almanya'dan Örnek Davalar

1. Flensburg Bölge Adliye Mahkemesi 07.11.2022- 440 Tarih ve Cs 107 Js 7252/22 Sayılı Kararı

Flensburg Bölge Adliye Mahkemesi'nin verdiği bir kararda¹⁰³ J. Immobilien GmbH şirketinin arazide bir otel inşa etmesi için planlama izni verilmiş olup, yeni bina için arazideki ağaçların büyük bir kısmının kesilmesi gerekmektedir. İklim protestocuları bu izne karşı idare mahkemesine henüz karara bağlanmamış bir iptal başvurusunda bulunmuştur. Ayrıca gösteriler ve nöbetler de düzenlenmiştir. Bu eylemlerden sonuç alınamayınca, sanık arazide yer alan bir ağacın tepesine çıkarak ağacın kesilmesini engellemeye çalışmıştır. Sanığa karşı § 123 StGB kapsamında izinsiz giriş suçundan dolayı açılan davada, sanığın § 34 StGB kapsamında zorunluluk haline ilişkin yaptığı savunması değerlendirilmiştir.

Sanık eyleminin iklim değişikliğinin sonuçlarıyla bağlantılı tehlikelerin önlenmesi bakımından § 34 StGB anlamında mevcut bir tehlike oluşturduğunu savunmaktadır. Sanık, § 34 StGB anlamındaki zorunluluk halinin koşullarının, hem § 20a Grundgesetz (Alman Anayasası) bağlamında¹⁰⁴ hem de GG'deki temel haklara dayanan ve bu nedenle karşılıklı olarak normatif olarak güçlendirilen iklimi korumaya yönelik anayasal yükümlülüğün önemi ışığında yorumlanması gerektiğini düşünmektedir. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi'nin daha önceden, § 20a GG hükmünün, devlet organlarının sera gazı emisyonlarını azaltmakla yükümlü olduğu ve bu bağlamda iklim nötrlüğünü sağlamayı da amaçladığına yönelik kararları bulunmaktadır¹⁰⁵.

Flensburg Bölge Adliye Mahkemesi, öncelikle söz konusu olayda § 34 StGB kapsamında zorunluluk halinin şartlarının bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre zorunluluk halinde korunması gereken menfaat, ceza hukuku içtihadı ve literatüründeki baskın görüş doğrultusunda hem bireyin hem de genel kamunun yasal menfaatlerini kapsamaktadır¹⁰⁶. Mahkeme § 20a GG hükmü ile iklim nötrlüğüne ulaşma yükümlülüğü de dahil olmak üzere iklim korumasının da § 34 StGB bağlamında korunan bireysel hukuki menfaat teşkil ettiğini kabul etmektedir¹⁰⁷.

Suçun işlendiği sırada, § 34 StGB yer alan korunması gereken hukuki menfaate karşılık gelecek şekilde, iklimin korunmasına ilişkin mevcut bir tehlike söz konusudur. Mevcut küresel ısınma ve kanıtlanabilir iklim değişikliği ile bağlantılı sıcak hava dalgaları, seller ve kasırgalar gibi olumsuz sonuçların, § 2.2 GG¹⁰⁸ ve § 14.1 GG¹⁰⁹ ile korunan hukuki menfaatler için büyük bir tehdit oluşturduğuna dair yeterli bilimsel kanıt bulunmaktadır. Çevre kirliliği ve iklim değişikliğinin tehlikelerinin, § 2.2 GG gereğince bireyin yaşamı ve fiziksel bütünlüğü için genel olarak mevcut bir tehlike teşkil ettiği, Federal Anayasa Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir¹¹⁰.

Somut olayda çatışan menfaatler iklimin korunması ve mülkiyet hakkıdır. Mahkeme etkilenen hukuki menfaatlerin ve bunları tehdit eden tehlikenin derecesinin tartılması, korunan menfaatin, zarar gören hukuki menfaate önemli ölçüde ağır bastığı hususunda ikna olmuştur. Ayrıca somut olayda izinsiz giriş yapılan yer ormanlık bir arazidir. Mahkeme, bir ormanlık alandaki mülkiyet menfaatinin, meskun evlere veya işyeri, ofis binalarına göre önemli ölçüde daha düşük olduğunu belirtmektedir, zira mevcut durumda mal sahibinin mahremiyeti aynı derecede tehlikeye maruz kalmamaktadır.

§ 34 StGB anlamında bir tehlike ancak söz konusu eylemle önlenilebiliyorsa zorunluluk hali kapsamında kabul edilir¹¹¹. Bu durum, tehlikeden başka türlü korunma imkanının bulunmaması olarak da ifade edilebilir¹¹². Mevcut davada tehlikenin başka türlü önlenemeyeceği ve sanığın eyleminin somut olaydaki en hafif araç olduğu kabul edilmektedir¹¹³. Ayrıca sanığın ağaçtan inmeme eyleminin, söz konusu şehir içi ormandaki ağaçları kesilmekten korumaya yönelik tek girişimi olmadığı, sanığın nöbetler ve gösteriler düzenlediği, belediyenin bu alan hakkındaki koruma kararını kaldırıp, planlama izni vermesi kararına karşı iptal davası açtığı, kesimi gerçekleştirecek J. Immobilien GmbH ile görüşmeler yaptığı görülmüştür. Mahkeme, sanığın yetkili makamların müdahale etmesini bekleyebileceği itirazının ise yerinde olmadığını; yetkili makamların müdahalesinin tehlikeyi önleyebilecek yalnızca daha hafif bir araç olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Muhtemel ve eşit derecede uygun birkaç alternatif

¹⁰³ AG Flensburg, 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, <https://beck-online.beck.de/>, Erişim tarihi: 28.02.2023.

¹⁰⁴ Grundgesetz (Alman Anayasası) § 20a “Devlet aynı zamanda gelecek nesillere karşı sorumluluğu gereği yaşamın ve hayvanların doğal temellerini yasama yoluyla anayasal düzen çerçevesinde, yürütme yetkisi ve yargı yoluyla da hukuka ve adalete uygun olarak korur.” <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 28.02.2024

¹⁰⁵ BVerfG, 24 Mart 2021 tarihli karar- 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, <https://beck-online.beck.de/>, Erişim tarihi: 28.02.2023.

¹⁰⁶ Roxin, Greco (n 17) §16 Rn 13; OLG Naumburg, karar v. 22 Şubat 2018- 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064, 2065.

¹⁰⁷ Nitekim Alman Federal Mahkemesi güncel kararlarında iklim korumasının önemine dikkat çekmektedir. “Anayasa'nın 20a maddesi devleti iklimi korumakla yükümlü kılar. Bu aynı zamanda iklim nötrlüğünü sağlamayı amaçlamaktadır. Anayasa'nın 20a maddesi diğer menfaatler karşısında koşulsuz bir önceliğe sahip değildir, ancak çatışma durumunda diğer anayasal hak ve ilkelerle dengelenmelidir. İklim değişikliği ilerledikçe, dengeleme sürecinde iklim koruma gerekliliğinin göreceli ağırlığı da artmaktadır. Çevreyle ilgili nedensel ilişkiler konusunda bilimsel belirsizlik varsa, Anayasa'nın 20a maddesi ile yasa koyucuya yüklenen özel özen yükümlülüğü, gelecek nesiller lehine de, ciddi veya geri döndürülemez olumsuz etki olasılığına ilişkin güvenilir kanıtların dikkate alınmasını içerir.” BVerfG, 24 Mart 2021 tarihli karar- 1 BvR 2656/18, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen>, Erişim tarihi: 28.02.2024.

¹⁰⁸ “Herkes yaşama ve fiziksel bütünlük hakkına sahiptir.” §2.2 Grundgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 05.03.2024.

¹⁰⁹ “Mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır. İçerik ve sınırlar kanunla belirlenir.” §14.1 Grundgesetz, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 05.03.2024.

¹¹⁰ BVerfG, 24 Mart 2021 tarihli karar- 1 BvR 2656/18, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen>, Erişim tarihi: 28.02.2024.

¹¹¹ Benzer yönde kararlar için bkn. BGH, karar 15.5.1979- 1 StR 74/79, NJW 1979, 2053, 2054; BGH, karar v. 21 Şubat 1989- 5 StR 586/88, NJW 1989, 1289.

¹¹² Schönke/Schröder (n 81) §34 Rn 17; Roxin/Greco (n 17) §16 Rn 20.

¹¹³ AG Flensburg, 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, <https://beck-online.beck.de/>, Erişim tarihi: 28.02.2023.

arasından nispeten en hafif araç seçilmişse zorunluluk hali var kabul edilir¹¹⁴. Bir tehlikenin kaçınılmaz olarak kabul edilebilmesi için, mahkemenin öncelikle sanığın eylemlerinin tehlikeyi önlemeye uygun olduğunu tespit etmesi gerekir.

Sanığın eylemi sadece kamuoyunun dikkatini iklim değişikliğinin tehlikelerine çekmek ve iklimin korunmasını talep etmek amacını taşımamaktadır. Sanığın eylemi, iklim değişikliğinin önlenmesi ve iklim nötrlüğüne ulaşılmasını teşvik etmek için belirli bir şehir içi ormanını korumayı amaçlamaktadır. Ağaçların ve özellikle de tüm ormanların sera gazı CO2'nin bağlanması ve dolayısıyla iklim değişikliğinin önlenmesi açısından taşıdığı merkezi önem bilimsel olarak kanıtlanmıştır. Bu doğrudan nedensel bağlantı nedeniyle, ağaçların ormansızlaşmaya karşı korunması, iklim değişikliğinin tehlikelerini önleme şansını objektif olarak artırması ve bu nedenle ağaçların kesilmesinin önlenmesi § 34 StGB anlamında tehlikeden korunmaya uygun olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, mahkemenin sanığın eylemini sadece “sivil itaatsizlik” olarak sınıflandırmaması da davanın hukuki değerlendirmesi açısından önemlidir. Sivil itaatsizlik olarak adlandırılan eylem, kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla, “*vatandaşın, kuralların sansasyonel bir şekilde ihlal edilmesine kadar varan gösteri, sembolik protestolar yoluyla etik açıdan gayrimeşru olduğu düşünülen bir karara karşı koymak için bireysel olarak önemli devlet kararlarına direnmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵.

Sanığın eylemi ile iklim değişikliğinin küresel tehlikelerini tamamen önleyememiş olması, bu eylemin niteliğini değiştirmeyecektir. Sanığın kesilmesini önlemek için bir ağacın üzerine çıkması, tek başına ele alındığında küresel iklim değişikliğinin önlenmesine nispeten küçük bir katkı sağlayacaktır. Nitekim ilgili şehir içi ormanının bir bütün olarak iklimi koruması da aynı şekilde değerlendirilebilir, zira tek bir ormanlık alanın korunması da iklim değişikliğini tek başına önlemeyecektir. Doktrinde ağırlıklı olarak bir eylemin, tehlikeyi ortadan kaldırma şansını ölçülebilir ölçüde olmak şartıyla çok az artırması halinde, genel olarak § 34 StGB anlamında yeterli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶.

Mahkeme son olarak önemli bir hususu vurgulamaktadır. § 34 StGB anlamında zorunluluk hali kapsamında her türlü iklim korumasına yönelik eylemin kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. İklim protestocularının eylemlerine zorunluluk hali “*kisvesi*” altında üçüncü tarafların meşru çıkarlarına müdahale etmek için geniş fırsatlar verildiği anlamına gelmemeli, bu mekanizmanın kötüye kullanımına neden olacak şekilde yorumlanmamalı ve yasadışı eylemler bakımından “*açık çek*” teşkil etmemelidir¹¹⁷. Mahkemenin somut olaydaki gerekçeleri kabul etmesi münferit davanın koşullarının merkezi olarak dikkate alınmasıyla değerlendirilmelidir.

2. Celle Bölge Adliye Mahkemesi 29.07.2022 Tarihli ve 2 Ss 91/22 Sayılı Kararı

Olayda sanık, Leuphana Üniversitesi'nin Lüneburg'daki merkez binasının cephesini duvar boyasıyla kasıtlı olarak tahrip etmiştir. 10.06.2021'de binanın bir cephesine spreylen boya ile şu kelimeleri yazmıştır: “*Leuphana elden gidiyor: Nord/LB'den kömür*”. Aynı eylemi daha sonra tekrarlamıştır. Sanık bununla, geri dönüşü olmayan iklim değişikliğine dikkat çekmek ve acil eylem çağrısında bulunmak istemiştir. Sonuç olarak Leuphana Üniversitesi, tahrifatların silinmesi için 1.640,25 € ve 11.377,89 € tutarında zarara uğramıştır.

Sanık StGB § 34 uyarınca zorunluluk hali bağlamında, eylemlerinin potansiyel olarak geri döndürülemez iklim değişikliği tehlikesine karşı savunma olarak nitelendirmiş ancak eyleminin mahiyetinin iklimin korunmasına uygun olmaması nedeniyle bu savunma reddedilmiştir. Zira Leuphana Üniversitesi'nin dış cephesinde meydana gelen hasar, iklim değişikliğini önleyecek nitelikte değildir. Sanığın davranışı tamamen siyasi motivasyonlu sembolik bir eylemdir. Üniversite binasına verilen zarar da sivil itaatsizlik ile gerekçelendirilemeyecektir¹¹⁸. Sivil itaatsizlik eylemleri kapsamında hiç kimse, kamuoyunun dikkatini çekmek ve kendi görüşlerini savunmak için başkalarının haklarına müdahale etme hakkına sahip değildir.

Sonuç olarak sanığın zorunluluk haline kapsamında yaptığı başvurusu esastan reddedilmiştir. Bölge mahkemesi sanığı iki kez mala zarar verme suçundan suçlu bulmuş, uyarılmış ve toplam 100 günlük para cezasına çarptırmıştır.

3. Bavyera Eyaleti Yüksek Mahkemesi 21.4.2023 Tarih ve 205 StRR 63/23 Sayılı Kararı

Bu davada yargılanan suça sürüklenen çocuk (sanık) suçlu bulunmuş ve çocuğa uyarı cezası verilmiştir. Sanık 4 Şubat 2022'de kendisini M'deki F Caddesi'nin taşıt yoluna süper yapıştırıcı ile yapıştırmış ve diğer kişilerle iş birliği içinde, bilinmeyen sayıda

¹¹⁴ Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil (51. Baskı C.F. Müller 2021) 467.

¹¹⁵ Schönke/Schröder (n 81) §34 Rn 41a.

¹¹⁶ Frank Zieschang, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 3: §§ 32-37 (13. Baskı De Gruyter 2019) §34 Rn 91.

¹¹⁷ OLG Naumburg, 22.02.2018 - 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064, 2066.

¹¹⁸ OLG Celle Beschl. v. 29.7.2022 - 2 Ss 91/22.

sürücünün yolculuğuna devam etmesini engellemiş ve onları tıkalı yolun etrafından dolaşmaya zorlamıştır¹¹⁹. Sanık hakkında § 240 StGB kapsamında zorlama suçundan dolayı dava açılmıştır¹²⁰.

§ 240.2 StGB¹²¹ gereğince zorlama gerekçelendirilebiliyorsa suç hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla bu suç bakımından hukuka aykırılık, meşru gerekçenin bulunmadığı durumlarda incelenmelidir¹²².

Sanık eylemini “direnme” olarak nitelemekte ve eyleminin hukuka aykırı olmadığına gerekçe olarak § 20 GG düzenlemesini göstermektedir. § 20 GG Federal Almanya Cumhuriyeti’nin demokratik, sosyal, hukuk devleti olduğu yer almaktadır¹²³. § 20.4 GG ise bu düzeni ortadan kaldırmaya çalışanlara karşı, başka bir çare mümkün olmadığı takdirde, tüm Almanların direnme hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu hükümde yer alan direnme hakkının uygulanabilmesi için başka bir çözüm yolunun mümkün olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla hüküm, ikincillik özelliği taşımakta ve direnme hakkını aşırı ve son çare haline getirmektedir. Bu sınırlamanın arka planında, modern devletin temel taşı olarak devletin güç kullanma tekelini yatmaktadır. Bu nedenle, fiziksel gücün meşru kullanımı ancak devletin anayasal düzeni yeterince koruyamaması halinde özel kişilere bırakılabilecektir.

Sanığa göre, iklim krizi anayasal düzen için bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehlike, devletin karşı önlemlerinin eksikliği nedeniyle uygun şekilde karşılanmamaktadır. Sanığın çıkış noktasına göre, yalnızca hükümet ve yasama organı üyeleri direniş eyleminin muhatabı olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, sanığın işlediği suçtan özellikle etkilenen sürücülere karşı § 20 GG uyarınca direniş gösterilmesine izin verilmemektedir. Mahkeme somut olayda bu düzenlemenin uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Aksine, devletin hareket kabiliyeti kısıtlanmamıştır ve sanığın düşüncesinin tersine, parlamentodaki yasama çoğunluğu, en azından olayın gerçekleştiği zamanda, sanık tarafından istenen yasama faaliyetlerinin gerekli olduğunu düşünmemektedir.

Sanık kendisine karşı açılan § 240 StGB zorlama suçu bakımından § 34 StGB bağlamında zorunluluk halinin olduğunu da belirtmektedir. Mahkeme, somut olayda zorunluluk halinin şartlarının oluşmadığını değerlendirmektedir. Zira sanığın amacına ulaşmak için elinde daha hafif araçlar vardır. Örneğin kamuoyu oluşturma sürecini etkilemenin daha hafif bir yolu olarak, § 5 GG düşünce özgürlüğü, § 8 GG toplanma özgürlüğü, §17 GG dilekçe hakkı gibi temel hakları kullanabilir veya §21 GG siyasi parti kurma özgürlüğü olanaklarından yararlanabilirdi. Ayrıca, doğrudan diyalog veya diğer iletişim araçları yoluyla hedeflerine ulaşmak için hükümet üyelerini ve/veya yasama organlarını etkileme seçeneğine de sahiptir. Daha hafif araçların varlığı § 34 StGB uygulanabilirliğini ortadan kaldırdığından, mahkeme, karmaşık ve muhtemelen daha uzun vadeli bir yaklaşımın parçası olarak bu tür trafik engellemelerinin küresel ısınmadan kaynaklanabilecek tehlikeleri ortadan kaldırmak için uygun olup olmadığı sorusunun ayrıca değerlendirilmesine gerek olmadığını görüşüne ulaşmıştır¹²⁴.

Tehlikenin önlenmesine yönelik siyasi bir yaklaşımdaki menfaatin, kanunun barış ve düzen işlevindeki menfaatten önemli ölçüde ağır basması halinde, § 34 StGB uyarınca münferit vakalarda zorunluluk hali uygulanabilir. Ancak mahkemeye göre demokratik bir hukuk devletinde, yasama organlarını etkili bir şekilde etkileyerek istenen tedbirleri almalarını sağlamak için çeşitli imkanlar bulunmasına rağmen, yasa koyucu üzerinde dolaylı bir baskı oluşturmak olan *praeter legem* trafik engellemelerini zorunluluk hali içerisinde değerlendirmek mümkün değildir. Bu eylemin sivil itaatsizlik ile gerekçelendirilmesi de mümkün görülmemiştir. Sivil itaatsizlik adaletsiz bir sisteme karşı direnme hakkının aksine vatandaşın, gösteri, sembolik protesto ve hatta sansasyonel kural ihlalleri yoluyla etik olarak gayrimeşru kabul edilen bir karara karşı koymak için bireysel olarak önemli devlet kararlarına direnmesi olarak anlaşılmaktadır¹²⁵. Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre oturma eylemleri yoluyla trafiğin hedefli ve kasıtlı olarak engellenmesi, üçüncü tarafların haklarına müdahale etmesi ve kendi kaderlerini tayin etme hakkını ihlal ederek kamuoyunun dikkatini çekmek için bir araç olarak kullanılması halinde hukuka uygun görülmecektir. Sivil itaatsizliğin doğasında kuralları sembolik olarak ihlal etme isteğinin bulunduğu, yani kamusal karar alma sürecini etkileme aracı olarak karşılık gelen yaptırım riskiyle birlikte tanım gereği yasadışılığı içerdiği için, sivil itaatsizliğin, hukuk ihlalleri için bir gerekçe olarak kullanılması birbirleriyle çelişmektedir¹²⁶. Sivil itaatsizliğin bir hukuk ihlali olduğu, iç barışı koruma görevini ihlal ettiği, herkesin kanun önünde eşitliği ilkesini ihlal ettiği ve demokratik olarak oluşturulmuş bir toplum için kurucu olan çoğunluk ilkesini göz ardı ettiği belirtilmiştir. Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşüne iştirak etmektedir.

¹¹⁹ Benzer bir olayda ise zorunluluk hali değil; kusur çerçevesinde eylemcilerin zarar verme kastının olup olmadığı tartışılmıştır. Thomas Fischer, ‘Thomas Fischer’e Bir Soru: Yolları Kapatan (Bloke Eden) İklim Protestocuları Cezalandırılabilir mi?’ Çev. Yener Ünver (2022) 11(23) Hukuk Köprüsü, 43-46.

¹²⁰ § 240 StGB “Şiddet kullanarak veya ciddi bir kötülükle tehdit ederek bir kimseyi hukuka aykırı bir şekilde bir eyleme, rızaya veya ihmale zorlayan kişi, üç yıl aştıran bir hapis cezasına veya para cezasına çarptırılır.”, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>, Erişim tarihi: 06.03.2024.

¹²¹ § 240.2 StGB “Şiddet kullanımı ya da şiddet tehdidi kınanacak bir amaç için kullanılıyorsa, eylem hukuka aykırıdır.” Erişim tarihi: 06.03.2024.

¹²² Schönke/Schröder (n 81) §34 Rn 41a.

¹²³ § 20 GG: “(1) Federal Almanya Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir federal devlettir. (2) Tüm devlet otoritesi halktan kaynaklanır. Bu yetki, seçimler ve oylamalar yoluyla halk tarafından ve özel yasama, yürütme ve yargı organları tarafından kullanılır. (3) Yasama organı anayasal düzene, yürütme ve yargı organları hukuka ve adalete bağlıdır. (4) Bütün Almanlar, bu düzeni ortadan kaldırmaya çalışanlara karşı, başka bir çare mümkün olmadığı takdirde, direnme hakkına sahiptir.”, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 06.03.2024.

¹²⁴ Schönke/Schröder (n 81) §34 Rn 19; aksi yönde Bönnte (n 24) 168.

¹²⁵ BVerfG, 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, juris Rn. 91

¹²⁶ BVerfG, 21.06.2016- 2 BvR 2728/13. Federal Anayasa Mahkemesi, doğrudan- dolaylı sivil itaatsizlik kavramlarını değerlendirmemiştir. Doğrudan sivil itaatsizliğin, hukuki bir kurum ile gerekçelendirilmesini tezat olarak görmüştür.

C. İklim Protestocularının Yargılanmasına İlişkin Olarak İsviçre’den Örnek Davalar

1. Lozan Bölge Mahkemesi 13.01.2020 Tarih ve PE19.000742/PCL/IIb Sayılı Kararı

Bu davaya konu olan olayda, 20 ila 30 kişilik bir iklim aktivisti grubu, tenisçi Roger Federer’in “*en kötü karbon ayak izine sahip İsviçre bankası*” olarak bilinen bankanın kendisine sponsor olmasını kınamak için Crédit Suisse bankasının Lozan’daki bir şubesini işgal etmiştir. Tenis oyuncusu gibi giyinen protestocular, tenis oynar gibi yaparak, “*Credit Suisse iklimi yok ediyor. Roger, bunu destekliyor musun?*”¹²⁷ yazılı bir pankart açmıştır. Bankanın müşterilerini engellemeler de banka çalışanlarının ofislerine erişimlerini engellemişlerdir. Bazı protestocular, polisin şube binasını terk etme talebine direnmeye devam etmiş ve bunun sonucunda on iki protestocu hakkında mülke izinsiz girme ve polis emirlerine direnmekten dava açılmıştır. Dava sonucunda Lozan Bölge Mahkemesi, İsviçre Ceza Kanunu (chStGB) md. 17 kapsamında zorunluluk hali gerekçesiyle sanıkları tüm suçlamalardan beraat ettirmiştir. Ancak bu karar daha sonra (22 Eylül 2020) temyiz edilmiş ve karar sanıklar aleyhine bozulmuştur. Temyiz mahkemesi, zorunluluk halinin varlığını reddetmiş ve özellikle sanıkların yasadışı eylemlerinin, zorunluluk halinin ikincilik ilkesi koşulunu taşımadığına karar vermiştir.

İsviçre Ceza Kanunu md. 17’de düzenlenen zorunluluk hali, belirli bir hukuki menfaate yönelik acil bir tehlikenin, kanunen cezalandırılabilir bir eylemde bulunarak önlenilebileceği bir menfaat çatışması durumunda ortaya çıkmaktadır¹²⁸. Zorunluluk haline konu olabilecek hukuki menfaatlerinin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu menfaatler sadece yaşam, vücut bütünlüğü ve özgürlük gibi bireysel menfaatler midir yoksa devletin varlığı veya anayasal ve demokratik düzen gibi kolektif hukuki menfaatleri de kapsar mı sorusu, zorunluluk halinin uygulanabilmesi için önemli bir husustur¹²⁹. chStGB 17. maddesi “*kişinin kendisinin veya bir başkasının hukuki menfaatini korumak amacıyla*” işlenmesi şeklindedir¹³⁰. Maddenin lafzından, yalnızca kişilere ilişkin menfaatlerin koruma kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³¹. Zorunluluk hali, ancak devletin yardımının olmadığı durumlarda bireyin hukuki menfaatlerinin korunmasını sağlamaya yöneliktir, fakat bireye devlet adına hareket etme hakkı vermez¹³². Bununla birlikte genel olarak kamunun hukuki menfaatlerine yönelik bir tehdidin çoğu zaman bireysel bir hukuki menfaate yönelik bir tehlikeyi de içerdiği belirtilmektedir¹³³. Ancak bu durum, kolektif hukuki menfaatlerin zorunluluk hali kapsamında olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zorunluluk hali, doğrudan iklim ve çevrenin korunması değil; iklim değişikliğinin öngörülen sonuçlarının bireyler üzerindeki etkisi bağlamında bir değerlendirme yapılması halinde uygulama alanı bulabilecektir.

chStGB’ye göre zorunluluk halinin uygulanmasına ilişkin diğer şart ise hukuki menfaatin yakın bir tehlike altında olmasıdır. Soyut riskler, yakın tehlike olarak kabul edilmemektedir. Tehlikelilik zararın meydana gelmesinin yakınlığının yanında; aynı zamanda daha sonra önlenmesi artık mümkün olmayacaksa veya ancak çok daha büyük bir riskle mümkün olacaksa da yakın tehlike olarak kabul edilmektedir¹³⁴. Bu nedenle, tehlikenin yakınlığı, zararın meydana gelmesine olan zaman mesafesinden ziyade, bir karar verme zorunluluğu ve derhal harekete geçme ihtiyacı ile ilgilidir.

Söz konusu davada Lozan Bölge Mahkemesi, iklim değişikliğinin sonuçlarındaki tehlikeliliği yakın görmüş ve özellikle çok sayıda iklim bilimcinin uyarıda bulunduğu Hükümetler Arası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) raporlarına atıfta bulunmuştur. Ayrıca mahkeme, ETH Zürih Klimatoloji Profesörü Sonia Senivaratne’den de bilimsel görüş almıştır. Lozan Bölge Mahkemesi iklim değişikliğinin yakın sonuçlarının mevcut olduğu ve bu durumun yaşam hakkı ve maddi bütünlük gibi hukuki değerler bakımından yakın bir tehlike teşkil ettiği yönündeki görüşü haklı bulmaktadır¹³⁵.

chStGB md. 17 kapsamındaki bir diğer şart ise tehlikenin, suçun işlenmesinden başka bir yolla önlenememesidir. Bu gereklilik, kullanılan araçların öncelikle tehlikeyi önlemek için uygun olması ve ikinci olarak da mevcut araçlar arasında en hafif olanı, yani başkalarının hukuki menfaatlerine en az zarar veren olması gerektiği anlamına gelir¹³⁶. Kurtarma şansını artırmayan ya da çok az artıran eylemler en baştan uygunsuz olarak değerlendirilmelidir. Burada ele alınan davada, Lozan Bölge Mahkemesi dört olası alternatif eylemi değerlendirmiş ve bunların tehlikeden korunmayı sağlamayacağına kanaat getirmiştir:

¹²⁷ “Crédit Suisse détruit le cli-mat. Roger, tu cautionnes ça? #SiRo-gersavaît”, <https://www.tdg.ch/credit-suisse-menace-des-activistes-du-climat-574395898612>, Erişim tarihi: 20.03.2024.

¹²⁸ Andrés Payer, ‘Klimawandel als strafrechtlicher Notstand Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/IIb vom 13. Januar 2020’ (2020) Die juristische Open-Access-Zeitschrift 227, 227.

¹²⁹ Ioanna Anastasopoulou, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter (1. Baskı Beck 2005) 28; Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (1. Baskı Heymann 2002) 19.

¹³⁰ İsviçre Ceza Kanunu https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de, Erişim tarihi: 02.04.2024.

¹³¹ Payer (n 128) 229.

¹³² Gunther Arzt, ‘Kleiner Notstand bei kleiner Kri-minalität?’ in Andreas Donatsch/Niklaus Schmid (Ed) Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag (Schulthess Juristische Medien 1996) 25.

¹³³ Payer (n 128) 230.

¹³⁴ Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil (8. Baskı. Verlag Vahlen 2017) § 8 Rn 40.

¹³⁵ Payer (n 128) 233.

¹³⁶ Kühl (n 118), § 8 Rn 80; Roxin/Greco (n 17) § 16 Rn 23.

1. Eylemcilerin kamusal alanda düzenleyecekleri protestolara muhtemelen izin verilmeyecekti. İzin verilse dahi bu protestolar istenilen dikkati çekmeyecekti.
2. Sanıklar ve başka bir çevre örgütü olan Greenpeace daha önce bankanın yetkilileriyle iletişime geçmiş ve görüşme yolunu tüketmiş ve bu yol başarısız olmuştur.
3. Siyasi mekanizmalara başvurmak umut verici olmayacaktır. Zira çeşitli parlamento üyelerinin son beş yıldır Federal Konsey'e verdikleri soru önergelerinde iklim felaketinin yakın tehdidinde iştaret etmeleri, ancak Federal Konsey'den olumlu yanıt alamamaları bilinen bir gerçekliktir.
4. İklim değişikliğiyle mücadele için yasal bir çerçeve mevcut olsa da şu anda buna yeterince saygı duyulmamakta veya uygulanmamaktadır. Dahası bu yol protestocular tarafından uygulanabilir değildir.

Mahkeme, iklim protestocularının kamuoyunun dikkatini iklim değişikliği sorununa ve Crédit Suisse'in fosil yakıtlara yaptığı yatırımlara çekme yönündeki kısa vadeli hedefleri ile küresel ısınmayı sanayi öncesi seviyelerin en fazla 1,5°C üzerinde sınırlama veya iklim değişikliğine bağlı olarak bireysel hakların zarar görmesini önleme hedefi arasında net bir ayrım yapmamaktadır¹³⁷. Hukuki açıdan bakıldığında, söz konusu protesto eyleminin, iklim değişikliğinin bireylerin yasal menfaatleri açısından yarattığı tehlikeyi (en azından kısmen) önlemek için uygun ve en hafif araç olup olmadığı değerlendirilmelidir. Doktrinde bu kararın yerinde olmadığı, protestocuların eylemi ile medya tepkisi ve hatta belki de Roger Federer'den bir açıklamayı tetikleyebileceği varsayılabilir, bunun iklim sorununu uzun vadede çözmeyle ilgili belirtilmektedir¹³⁸. Bir protestonun, küresel iklim sorununu çözmeye binde bir oranında yaklaşılabileceğini söylemek yeterli değildir ve bu durumda zorunluluk halinin koşulları oluşmayacaktır¹³⁹. Tehlikeliliği önleyecek başka bir önlemin olmaması, bir başka ifadeyle son çare olması bakımından da iklim değişikliği sorunları ve bankanın fosil yakıtlara yaptığı yatırımlar hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesinde gazete ilanları ve medya kampanyaları da bu amaca ulaşılabilir.

2. Cenevre Kanton Mahkemesi 14.10.2020 Tarih ve P/24123/2018 AARP/339/2020 Sayılı Kararı

Lozan'da gerçekleşen protestolardan kısa bir süre sonra benzer bir olay daha yaşanmıştır. Bu kez Crédit Suisse bankasının bir şubesinin dış cephesine, protestocular tarafından iklim değişikliği kurbanlarını sembolize etmek üzere kırmızıya boyanmış eller çizilmiştir. Protestocular bu kez mala zarar vermekle suçlanmış ve Cenevre Polis Mahkemesi'nde (*Polizeigericht Genf*)¹⁴⁰ görülen davada, sanıkların İsviçre Ceza Kanunu md. 17'de yer alan zorunluluk hali kapsamında hareket ettiğini savunulmuştur. Ancak Cenevre Polis Mahkemesi, zorunluluk halinin şartlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır¹⁴¹. Protestocu para cezasına çarptırılmış, yargılama masraflarını ve Credit Suisse'in 2.250 CHF tutarındaki temizlik masraflarını ödemesine karar verilmiştir. Eylemcinin avukatı karara Cenevre Kanton Mahkemesi nezdinde itiraz etmiş, mahkeme beraata karar vermiştir. Cenevre savcılığı ve Credit Suisse buna karşı Federal Yüksek Mahkeme'ye temyiz başvurusunda bulunmuştur. Federal Yüksek Mahkeme kararı bozarak, davayı Cenevre Kanton Mahkemesi'ne geri göndermiştir. Mahkeme 31.03.2022'de sanığı mahkum etmiş, ancak "*saygın amaçlarla*" ve "*büyük duygusal baskı altında*" hareket ettiği için sadece 100 CHF para cezası vermiş ancak bu karara karşı da savcı tekrar temyize başvurmuştur.

Federal Yüksek Mahkeme 30.03.2023 tarihli bir kararla bu itirazı onaylamış ve cezanın yeniden belirlenmesi için davayı Cenevre Kanton Mahkemesine geri göndermiştir. Bu kararda Federal Yüksek Mahkeme, iklim protestoları sırasında hukuk sisteminin ihlal edilmesine yönelik "*saygın amaçların*" nasıl değerlendirileceğini ilkesel olarak tanımlamıştır. Mahkemeye göre iklim değişikliğinin etkilerine ilişkin endişe, bugün toplumumuzda inkar edilemez bir şekilde onurlu bir endişedir. Ancak şiddet içeren eylemlerle mala zarar verilmesi ya da üçüncü tarafların fiziksel bütünlüğünü tehlikeye atılması halinde, bu saygın amaç arka planda kalmalıdır. Mahkeme, İsviçre gibi siyasi haklar ve ifade özgürlüğü alanında geniş kapsamlı güvenceler sağlayan bir anayasal devlette, bu tür eylemler ne kadar onurlu olursa olsun siyasi ideallerle haklı gösterilemeyeceğini belirtmektedir.

III. İklim Protestocularının Cezalandırılıp Cezalandırılmamasına İlişkin Genel Değerlendirme

İklim protestocularının hukuka aykırı ve suç teşkil eden hareketlerine karşı, ceza hukuku sisteminin nasıl karşılık vereceği konusunda kesin bir düzenleme ya da görüş bulunmamaktadır. Söz konusu eylemler, sivil itaatsizlik ile bağlantılı olduğundan, sivil itaatsizlik eylemlerine nasıl karşılık verileceğine ilişkin akademik tartışmalar önem arz etmektedir. Bu husustaki tartışmalar üç farklı şekilde gerçekleşmektedir. İlk görüş, polislin mümkün olan her yerde müdahalesini sivil itaatsizliğe göre uyarlaması

¹³⁷ Payer (n 128) 234.

¹³⁸ Ibid 235.

¹³⁹ Ibid 235.

¹⁴⁰ Bu mahkeme, savcılığın para cezası talep ettiği veya 2 yıla kadar hapis cezası talep ettiği suçların incelendiği bir mahkemedir. <https://justice.ge.ch/de/inhalt/tribunal-de-police>, Erişim tarihi: 20.03.2024.

¹⁴¹ Genf Polizeigerichts, 20.01.2020, P/24123/2018.

gerektiği yönündedir¹⁴². İkinci görüşe göre, Anglo-Amerikan hukukunda ağırlık olan, kamu görevlilerinin çoğu sivil itaatsizlik vakasını kovuşturmamayı tercih ederek takdir yetkilerini kullanmalı ve her olay için soruşturma zorunlu olmamalıdır¹⁴³. Üçüncü görüş ise, sorunu maddi ceza hukuku içinde ele almakta ve bu tip eylemlerin zorunluluk hali kapsamında ya da failin suçu işleme saiki bakımından değerlendirilerek cezalandırılması yönündedir.

Maddi ceza hukuku bakımından suç teşkil eden protestolara ilişkin ise dört farklı yaklaşım gözlenmektedir¹⁴⁴. İlk olarak, sivil itaatsizler diğer suçlulardan daha sert bir şekilde cezalandırılabilir. Zira siyasi motivasyonla gerçekleştirilen bu eylemler ile ihlal edilen ve kanun tarafından korunan özel menfaate zarar vermenin yanı sıra, bir bütün olarak hukuk sisteminin istikrarını da tehdit etmektedir¹⁴⁵. Bu görüş bazı olaylarda, savcılarının iklim protestocularını, mevcut eylemle birlikte suç örgütüne üye olmaktan dolayı da soruşturma başlatmalarını açıklayan bir görüştür. İkinci görüş, sivil itaatsizlere diğer suçlulardan farklı muamele etmek için bir neden olmadığı yönündedir ve hukuki eşitlik bağlamında, sivil itaatsizlere farklı muamele yapılmasına karşı çıkmaktadır¹⁴⁶. Üçüncü görüşe göre, bu eylemlerin önlenmesine gerek olmadığı için ya da protestocuların politik motivasyonu nedeniyle suçların mazur görülmesi gereklidir¹⁴⁷. Son olarak, bu eylemlerin cezalandırılmaması ve hoşgörü gösterilmesi yönündedir¹⁴⁸.

Sivil itaatsizliğin cezalandırılmamasına ilişkin olarak Roxin, aşağıdaki altı koşulun gerçekleşmesi ve bireysel ve kolektif çıkarların tartılarak karara varılması gerektiğini ifade etmektedir:

1. Suç, bir bütün olarak halkı etkileyen varoluşsal sorunları içermelidir.
2. Fail kamu yararı kaygısıyla hareket etmelidir.
3. Yasa ihlali, protestonun yöneltildiği kişi veya kurumla açık bir bağlantıya sahip olmalıdır.
4. Fail demokrasiye açıkça bağlı olmalıdır.
5. Yasa ihlali şiddet içermemelidir (aktif direniş hariç).
6. Protestodan kaynaklanan zararlar minor ve sınırlı süreli olmalıdır.

Kanaatimizce iklim protestocularının hareketlerinin her zaman zorunluluk hali içerisinde değerlendirmek mümkün değildir. Bununla birlikte adi suçlar ya da kabahatler ile iklim eylemcilerinin saikleri bakımından da bir fark bulunduğunu kabul etmek gerekir. İklim eylemcileri her ne kadar hukuka aykırı bir şekilde hareket etseler de son derece tartışmalı iklim politikalarında bir değişiklik sağlamak için cezalandırılmayı göze almaktadırlar. Dolayısıyla verdikleri mesaj gereği, protestoculara farklı davranılması önerilmektedir¹⁴⁹.

İklim protestoları bağlamında işlenen suçların hukuka uygun ilan edilip edilmeyeceği ayrı bir sorundur, her durumda cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise ayrı bir sorundur¹⁵⁰. Bu bağlamda yukarıda bahsedilen ilk iki görüşe katılmadığımızı ancak cezalandırmamak yönündeki diğer iki görüşün de uygun olmadığını ifade etmemiz gerekir.

İklim protestocularının suç oluşturan hareketlerinin önlenmesine gerek olmadığı görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Eğer kastedilen suçun önemsiz bir hareket olduğu ve cezalandırma ihtiyacını ortadan kaldırdığı ise, bu sadece sivil itaatsizlik eylemleri için değil, genel olarak önemsiz görülebilecek tüm suçlar için geçerlidir. Esasen tam aksi bir bakış açısıyla, iklim protestolarının siyasi motivasyonu aslında özel ve genel önleme ihtiyacını artırmaktadır zira bu eylemler cezalandırılmadıkça, işlenmesinin önü açılmaktadır. Öte yandan, bu eylemlerin mazur görülmesi yaklaşımı, cezalandırmanın önleyici amacına dayanmaktadır ki bu anlayış cezanın, cezalandırma amacını göz ardı etmektedir. Bu da mağdurların veya toplumun suç teşkil eden yanlışları kınama konusundaki çıkarlarını arka plana atmak anlamına gelir¹⁵¹.

Bu durumda esasen hukuka aykırı ve kusurlu şekilde davranan iklim eylemcilerinin cezalandırılmaları kabul edilecek de cezanın belirlenmesi aşamasında hafif yaptırımların tercih edilmesi yerinde olacaktır. Cezanın belirlenmesinde suçun işleniş şekli, failin güttüğü amaç ve saik, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı gibi ölçütler önem arz etmektedir. Bu bağlamda iklim protestocularının özellikle şiddet içermeyen eylemleri bakımından adi suçlulardan daha az ceza almaları gerekmektedir. Orantılılık ilkesiyle bağlantılı olan cezanın caydırıcı etkisi doktrini bağlamında temel bir siyasi hakkın (gösteri ve ifade özgürlüğü) kullanılmasıyla bağlantılı olan suçlar için hafifletici cezalar verilebilir¹⁵². Bunun yanında, protestonun temel hakların kullanılmasıyla bağlantılı olduğu durumlarda, protestocular yasayı ihlal etmekten tamamen kusurlu olsalar bile, eylemin haksızlığı

¹⁴² William Smith, *Civil Disobedience and Deliberative Democracy* (1. Baskı 2013 Routledge) 110-123.

¹⁴³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1. Baskı Bloomsbury Publishing 2013) 262-268.

¹⁴⁴ Coca-Vila (n 28) 13.

¹⁴⁵ Cohan (n 88) 115.

¹⁴⁶ Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality* (1. Baskı Oxford University Press 1987) 273.

¹⁴⁷ Claus Roxin, 'Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam' in (ed. Albrecht Heymann) *Festschrift für Horst Schüler-Springorum* : zum 65. Geburtstag (Heymann 1993) 441-458.

¹⁴⁸ Rönnau (n 66) 115.

¹⁴⁹ Bennett, Brownlee (n 84) 297.

¹⁵⁰ Payer (n 128) 239.

¹⁵¹ Coca-Vila (n 28) 14.

¹⁵² Ibid 14.

daha azdır¹⁵³. Ceza kanunlarında, suçun temel şeklinden daha ağır şekilde, kötü saiklerin cezayı ağırlaştırıcı bir faktör olarak kabul edilmesi gibi, iklim protestocularında olduğu gibi iyi saiklerin de suçun işlenmesine bir anlam kazandırdığı değerlendirilerek, hafifletici bir faktör olarak kabul edilebilir¹⁵⁴.

İklim eylemcileri tarafından işlenen suçların genel olarak hafif suçlar olduğu göz önüne alındığında, bu hafifletme hapis cezası dışı yaptırımlar (örneğin, adli para cezaları ya da kamuya yararlı bir işte çalıştırma gibi diğer seçenek yaptırımlar) şeklinde değerlendirilebilir. Hapis cezasına hükmedilmesi halinde ise hapis cezasının ertelenmesi yolu tercih edilebilir. Bu şekilde sonuçları itibarıyla protestocular hürriyeti bağlayıcı cezanın yaptırımlarına maruz kalmayacaktır. Böylelikle eylemcilerin fiillerinin zorunluluk hali kapsamında olduğunu değerlendirmek gibi zorlama yorumlardan ziyade yaptırımın hafifletilmesi sağlanabilecektir.

SONUÇ

Çalışma kapsamında incelenen iklim protestolarında olduğu gibi çevrenin korunması, ifade özgürlüğü, gösteri hakkı ile mülkiyet hakkı gibi birbiriyle çatışan değerler söz konusu olduğunda, genelleştirilmiş hukuki değerlendirmeler yapmak mümkün olmamaktadır. Bunun yerine, farklı hukuki durumları doğru ve uygun bir şekilde kategorize etmek için somut davanın özelliklerinin farklılaştırılmış bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim çalışma kapsamında incelendiğimiz, farklı ülkelerde verilmiş kararların bir kısmında sanıkların iklimin korunması kapsamında zorunluluk hali çerçevesinde hareket ettiklerine ilişkin savunmalar kabul edilirken bir kısmında kabul edilmemiştir.

Mahkemeler, zorunluluk halinin koşullarını somut olay için tek tek incelerken, bir hakka yönelmiş, ağır ve muhakkak tehlikenin varlığını kabul etmektedir. Ancak bu tehlikenin önlenmesi için gerçekleştirilen eylemin, tehlikeyi önlemeye elverişli olması ve başka türlü korunma imkanının olmaması şartlarının gerçekleşmesi noktasında kanaatleri genellikle olumsuzdur. Özellikle tek bir eylem ile esas amaçlanan iklim krizinin önlenmesi arasında doğrudan bir nedensellik bağının kurulması zor görünmektedir. Örneğin bir protestocunun ağacın kesilmesini engelleme eylemi en iyi ihtimalle tırmandığı ağacı (ve işgal edilen ağacın çevresinde bulunan diğer ağaçları) kesilmekten korumaya elverişli olacak ancak iklim krizini önleme bakımından elverişli olmayacaktır. Okyanustaki bir damla, zorunluluk halindeki tehlikeyi önleme gerekliliklerini karşılamamaktadır. Dolaylı ya da uzak etkinin yaratacağı etkinin, zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi zorlama bir yorum olmaktadır.

Protestocular, iklimin korunması amacıyla kasıtlı olarak hukukun üstünlüğünün mevcut kurallarını ihlal eden bir protesto biçimini seçmektedirler. Söz konusu protestolar ahlaki açıdan meşru olabilir, ancak anayasal bir demokraside ilke olarak yasal değildir. Bu eylemlerin iklim değişikliğiyle mücadele ve çevrenin korunması bakımından etkili olabileceği düşünülse bile demokratik bir devlette siyasi otorite, kanun koyucu ve kamu görevlileri üzerinde bir telafi mekanizması olarak kullanılmamalıdır. Bu nedenle ifade özgürlüğü ve toplantı, gösteri ve yürüyüş hakkı kapsamını aşan eylemler, suç oluşturan fiil olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu protestolar kapsamında işlenen suçlara, adi suçlardan farklı hafifletici sebepler öngörülebilir. Hapis cezasından önce adli para cezaları ya da kamuya yararlı bir işte çalıştırma gibi diğer seçenek yaptırımların tercih edilmesi, ceza verilirken üst sınırdan uzaklaşılması ya da verilen cezaların ertelenmesi gibi yöntemler öncelikle tercih edilmelidir. Böylelikle ahlaki açıdan doğru bir amaca hizmet ettiği düşünülen bu protestoların cezalandırılmaması ya da daha hafif cezalandırılması sağlanırken; maddi ceza hukuku kurumları zorlama yöntem ve yorumlarla olaylara uygun hale getirilmeye çalışılmayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Author declared no conflict of interest.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Abbey E, 'One Life at a Time, Please' (1. Baskı, Henry Holt and Co 1988).
 Anastasopoulou I, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter (1. Baskı, Beck 2005).
 Artuk, M E, Gökçen, A Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).

¹⁵³ Bu noktada toplantı ve ifade özgürlüğü bağlamında eylemde gerçekleşen her hareketin haksızlık içeriğinin az olacağını savunmadığımızı belirtmek isteriz. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, hareket özgürlüğü gibi hukuki değerleri ihlal eden eylemler bakımından haksızlık içeriğinin azlığı iddia edilememelidir.

¹⁵⁴ Coca-Vila (n 28) 17; Aksi yöndeki görüşler için bkn. Tatjana Hörnle, 'Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, Trends' in (ed)Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Turner, Bettina Weisse, The Oxford Handbook of Criminal Process, (Oxford University Press 2019) 887-910.

- Arzt G, 'Kleiner Notstand bei kleiner Kriminalität?' in Andreas Donatsch/Niklaus Schmid (Ed) Strafrecht und Öffentlichkeit, Festschrift für Jörg Rehberg zum 65. Geburtstag (Schulthess Juristische Medien 1996).
- Baumann U W, Wolfgang M, Jörg E, Strafrecht Allgemeiner Teil (13. Baskı, Giesecking Verlag, 2021).
- Bekar E, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013).
- Bennett C, Brownlee K, 'Punishment and Civil Disobedience' in Scheuerman (Ed.), The Cambridge Companion to Civil Disobedience (Cambridge University Press 2022).
- Bönte M, 'Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand. Onlinezeitschrift für höchstrichterlich' (2021) 22(4) Rechtsprechung zum Strafrecht 164-177.
- Brogan M, 'The necessity defence and anthropogenic global warming protests: The times they are a-changin' (2021) 46(4) Alternative Law Journal, 268-274.
- Brownlee K, Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience (Oxford University Press 2012).
- Busche D, 'Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten' (2023) (4) KlimR 103-107.
- Centel N, Zafer H, Yenerer Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (12. Baskı, Beta Yayınları, 2023).
- Coca-Vila I, 'Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence' (2023) 29(3) Res Publica 1-14.
- Cohan J A, 'Civil Disobedience and the Necessity Defense' (2007) 6(1) The University of New Hampshire Law Review 111-175.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Dönmezer S, Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II (15. Baskı, Der Yayınları, 2021).
- Dressler J, Michales, A C Understanding Criminal Procedure Volume 1: Investigation (5. Baskı LexisNexis 2010).
- Dülger M V, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Dworkin R, Taking Rights Seriously (1. Baskı, Bloomsbury Publishing 2013).
- Eidam L, 'Klimaschutz und ziviler Ungehorsam' (2023) 6 JuristenZeitung 224-230.
- Erb V, Schafer J, Münchener Kommentar zum StGB (3. Baskı, Beck 2018).
- Fischer T, 'Thomas Fischer'e Bir Soru: Yolları Kapatın (Bloke Eden) İklim Protestocuları Cezalandırılabilir mi?' Çev. Yener Ünver (2022) 11(23) Hukuk Köprüsü, 43-46.
- Garcia-Gibson F, 'Undemocratic Climate Protests' (2022) 39 (1) Journal of Applied Philosophy 162-179.
- Greenawalt K, Conflicts of Law and Morality (1. Baskı, Oxford University Press 1987).
- Greisner D, 'Der Zweck heiligt die Mittel! – Notstandsrechtfertigung des tierschutzmotivierten Betretens von Tierställen' (2019) 166(3)205-219.
- Hafizoğulları Z, 'Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kisiyi Kurtarma' (1971) 28(1-4) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 91-132.
- Hecker B, 'Nothilfe und Notstand Eindringen in eine Tierzuchtanlage zu dem Zweck, Missstände zu dokumentieren, Juristische Schulung' (2018) (1) 83-85.
- Hefendehl R, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (1. Baskı, Heymann 2002).
- Holger M, Renzikowski J, Strafgesetzbuch (2. Baskı, Beck Verlag 2020).
- Hotz D, 'OLG Naumburg: Tierwohl als notstandsfähiges Rechtsgut' (2018) (28) NJW 2064-2066.
- Hörnle T, 'Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, Trends' in (ed)Darryl K. Brown, Jenia Iontcheva Turner, Bettina Weisse, The Oxford Handbook of Criminal Process, (Oxford University Press 2019).
- Johnson P E, Criminal Law Cases Materials and Text (7. Baskı, American Casebook Series, West Group 2002).
- Kan Ç, Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali (1. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2018).
- Kangal Z T, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2010).
- Keller A, Zetsche T, Hausfriedensbruch: Rechtfertigung des Eindringens in eine Tierzuchtanlage zur Aufdeckung von Verstößen gegen Tierschutzrecht, Strafverteidiger (StV) (2018) 335-339.
- Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen H, Saliger F, Strafgesetzbuch (6. Baskı, Nomos 2023).
- Koca M, Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Kühl K, Strafrecht, Allgemeiner Teil (8. Baskı, Verlag Vahlen 2017).
- Külçür E İ, Kriminoloji ve Ceza Hukuku Boyutuyla Çevreci Terörizm (1. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları 2020).
- Leitmeier L, 'Ziviler Ungehorsam und autoritärer Legalismus?' (2023) 3 Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 70-73.
- Leslie A, Criminal Procedure, Quick Review Series (2. Baskı, West Publish 2013).
- Locke J, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme (1. Baskı İmaj Yayıncılık 2016).
- Long L N, 'The Climate Necessity Defense: Proof and Judicial Error in Climate Protest Cases', (2018) 38 Stanford Environmental Law Journal 57-115.
- Martin S, 'The Radical Necessity Defense', (2005)73 (4) University of Cincinnati Law Review 73 (4) 1527-1607.
- Norrie A, Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law (3. Baskı Cambridge University Press 2014).
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler C.II-III (1. Baskı, Filiz Yayınevi, 1992).

- Önok R M ve Önay I, 'Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği' (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 847-895.
- Özbek V Ö, Doğan K, 'Zorunluluk Halinin (TCK md.25/2) Hukuki Niteliği' (2007) 9(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-222.
- Özbek V, Doğan K, Bacaksız P, Meraklı S ve Başbüyük İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2003).
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023).
- Öztürk B, Erdem M R, Önok R. M, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku – TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş (23. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Payer A, 'Klimawandel als strafrechtlicher Notstand Zugleich Besprechung des Urteils des Bezirksgerichts Lausanne PE19.000742/PCL/IIb vom 13. Januar 2020' (2020) Die juristische Open-Access-Zeitschrift 227-239.
- Piggot G, 'The Influence of Social Movements on Policies that Constrain Fossil Fuel Supply' (2018) 18 (7) Climate Policy 942-54.
- Rawls J, Bir Adalet Teorisi (1. Baskı, Phoenix Yayıncılık 2017).
- Reichert-Hammer H, Politische Fernziele und Unrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 abs. 2 StGB (1. Baskı, Duncker & Humblot 1991).
- Roxin C, Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil I (5. Baskı, Beck 2020).
- Roxin, C 'Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam' in (ed.) Albrecht Heymann, Festschrift für Horst Schüler-Springorum : zum 65. Geburtstag (Heymann 1993).
- Rönnau T, 'Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam' (2023) 2 Juristische Schulung 112-115.
- Schmidt F L, 'Der „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand?' (2023) (1) Klima und Recht 16-20.
- Schönke A, Schröder H, Strafgesetzbuch (29. Baskı, Beck 2014).
- Smith W, Civil Disobedience and Deliberative Democracy (1. Baskı, 2013 Routledge).
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2022).
- Stephan M, Chenoweth E, 'Why Civil Resistance Works: The Strategic Nonviolent Conflict' (2008) 33 (1) International Security 7-25.
- Stucki S, 'In defence of green civil disobedience: Judicial courage in the face of climate crisis and state inaction' (2020) VerfBlog, 2020/10/30.
- Thorburn M, 'Two Conceptions of Equality Before the (Criminal) Law' in François Tanguay-Renaud and James Stribopoulos (eds), Rethinking Criminal Law Theory (Oxford: Hart Publishings 2012).
- Ünver Y, 'YTCK'da Kusurluluk' (2006) 59(1) CHD, 37-73.
- Walker W D, 'İklim Aktivistleri – “Son Jenerasyon”' Çev. Gökhan Aykut, (2023) 5(1) TAÜHFD, 479-496.
- Wessels J, Beulke W, Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil (51. Baskı, C.F. Müller 2021).
- Yerdelen E, Ceza Muhakemesinde Hükümün Gereçesi (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).
- Zieschang F, 'Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch?: AG Flensburg, Urteil vom 7. November 2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22- juris; nicht rechtskräftig' (2023) (3) Juristische Rundschau 136-147.
- Zieschang F, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 3: §§ 32-37 (13. Baskı, De Gruyter 2019).
- Zieschang, F, Die Gefährdungsdelikte (1. Baskı, Duncker&Humblot 1998).
- Zimmermann T, Griesar F, 'Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB' (2023) 5 Juristische Schulung 401-407.

İnternet Kaynakları

- Last Generation'un İklim İsyanı, <https://www.noemamag.com/the-last-generations-climate-rebellion/>
- Londra'da binlerce çevreciden 5 köprüde sivil itaatsizlik eylemi, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46247600>, Erişim tarihi: 26.01.2024.
- Ende Gelände fosil geri dönüşüne karşı kitlesel direnişi duyurdu, <https://www.ende-gelaende.org/en/press-release/press-release-on-17-10-2022/>, Erişim tarihi: 26.01.2024.
- Yaşam için sivil itaatsizlik: Yokoluş İsyanı, <https://aposto.com/s/yasam-icin-sivil-itaatsizlik-yokolus-isyani>, Erişim tarihi: 26.01.2024.
- <https://www.dailymail.co.uk/news/article-11999669/Just-Stop-Oil-protesters-scaled-bridge-Dartford-Crossing-bridge-caused-gridlock-jailed.html>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.merkur.de/welt/teerminator-letzte-generation-klimaaktivist-spott-asphalt-kleber-91971752.html>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.aljazeera.com/news/2024/1/28/climate-activists-throw-soup-at-the-mona-lisa-in-paris-amid-farm-protests>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/klimaaktivisten-festkleben-bmw-welt-scientist-rebellion-muenchen-1.5684017>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.wfae.org/energy-environment/2022-11-10/climate-activists-chain-themselves-to-entries-at-charlotte-private-jet-terminal>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.dus.com/de-de/konzern/presse/medieninformationen/klimaaktivisten-auf-dem-rollfeld>, Erişim tarihi: 29.01.2024.
- <https://www.mopo.de/hamburg/klima-kleber-in-der-elphi-ueber-dieses-foto-lacht-das-netz/>, Erişim tarihi: 29.01.2024.

<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 06.03.2024.

<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>, Erişim tarihi: 05.03.2024

<https://lobsterboatblockade.org>; <https://www.nytimes.com/2014/09/09/us/charges-dropped-against-climate-activists.html>, Erişim tarihi: 01.02.2024

<https://www.theguardian.com/environment/2014/sep/22/flood-wall-street-protest-arrest-police-climate-change-new-york>, Erişim tarihi: 01.02.2024.

<https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>, Erişim tarihi: 05.03.2024.


Jana Wolf, "Klimaschutz als rechtfertigender Notstand", <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>, Erişim tarihi:11.02.2024.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Çırak Karalı E, 'Can Climate Defence be Evaluated within the Scope of State of Necessity?: An Evaluation in the Light of the Decisions of the US, German and Swiss Courts' (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 112.

Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması

Comparison of the Concept of Fault in Terms of Tort and Crime According To Classical Crime Doctrine

L. Müjde KURT¹ , Fahri Gökçen TANER² 

¹Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

²Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

ÖZ

Kusur gerek klasik suç öğretisine göre suç bakımından gerekse de haksız fiil bakımından varlığı gerekli olan ortak bir unsurdur. Ancak bu ortak kavrama verilen anlam klasik öğreti çerçevesinde suç bakımından ve haksız fiil bakımından farklılık arz edebilmektedir. Nitekim TBK m. 74 f. 1'de hem suç hem haksız fiil teşkil edebilecek fiiller bakımından hukuk hâkiminin kusurun tayini bakımından ceza hukuku prensiplerinden bağımsız olduğu belirtilmiştir. Bu çalışmanın konusunu kusur kavramının haksız fiil ile klasik suç öğretisine göre suç bakımından ifade ettiği anlamların karşılaştırılması teşkil etmektedir. Çalışmada ceza hukukunun ve medenî hukukun bu kavrama yaklaşım biçimleri arasındaki farklar ve benzerlikler ortaya konulmuştur. Bir kişinin suçlu olarak nitelendirilmesi borçlu olarak nitelendirilmesine nazaran daha ağır bir yargıdır. Öte yandan, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması kişiye tazminat ödettilmesinden daha ağır bir yaptırımdır. Bu nedenlerle, kişinin sergilediği hukuka aykırı davranış nedeniyle kınanmasının koşulları ceza hukukunda medenî hukuka nazaran daha ağırdır. Ceza hukukunda kural kasten işlenmiş fiillerin cezaî sorumluluk doğurması olup taksirli sorumluluk istisnâ olduğu halde, haksız fiil sorumluluğunun doğması için failin hafif ihmali dahi yeterlidir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışının hâkim olduğu, failin bireysel mazeretlerinin kusurluluğun tayininde dikkate alınmadığı haksız fiil alanında kusurun varlığının kabulü, sübjektif kusur anlayışının hâkim olduğu, kusurun tayininde failin bireysel yetenek ve özelliklerinin dikkate alındığı ceza hukukuna nazaran daha kolaydır.

ABSTRACT

Fault is a common element necessary for both crime and tort. However, the meaning of this common concept may differ in terms of crime within the framework of classical doctrine and tort. As a matter of fact, according to Art. 74/1 of the Turkish Code of Obligations, a civil judge is independent of the principles of criminal law in terms of determining fault in terms of acts that may constitute both crime and tort. The subject of this study is a comparison of the meanings of the concept of fault in terms of tort and crime, according to classical crime doctrine. In this study, the differences and similarities between the approaches of criminal and civil law to this concept are revealed. Defining a person guilty is a more severe judgment than defining a person as debtor. On the other hand, depriving a person of his/her liberty is a more severe sanction than making him/her pay compensation. For these reasons, the conditions for a person being condemned for an unlawful act are more severe in criminal law than in civil law. Although the rule states that acts committed with fault at the level of intent give rise to criminal liability and that negligence is exceptional, even slight negligence is sufficient for tort liability to arise. It is easier to accept the existence of fault in the field of tort, where the objectified understanding of fault is dominant and the individual excuses of the tortfeasor are not considered in determining fault, compared to criminal law, where the subjective understanding of fault is dominant and the individual abilities and characteristics of the perpetrator are considered in determining fault.

Anahtar Kelimeler: Kusur, suç, haksız fiil

Keywords: Fault, crime, tort

Corresponding Author: L. Müjde Kurt E-mail: merkumay@law.ankara.edu.tr

Submitted: 03.11.2023 • **Revision Requested:** 11.02.2024 • **Last Revision Received:** 12.03.2024 • **Accepted:** 27.08.2024 • **Published Online:** 04.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

A fault is a common element that is necessary for both crime and tort. However, the meaning of this common concept may differ in terms of crime and tort. As a matter of fact, according to Art. 74/1 of the Turkish Code of Obligations, a civil judge is independent of the principles of criminal law in terms of determining fault in terms of acts that may constitute both crime and tort. The subject of this study is a comparison of the meanings of the concept of fault in terms of tort and crime. In this study, the differences and similarities between the approaches of criminal and civil law to this concept are revealed. Defining a person guilty is a more severe judgment than defining a person as debtor. On the other hand, depriving a person of his/her liberty is a more severe sanction than making him/her pay compensation. For these reasons, the conditions for a person being condemned for an unlawful act are more severe in criminal law than in civil law.

The main points identified in this study regarding the similarities and differences between the meanings given to the concept of fault in terms of tort and crime are as follows:

- The concept of fault is based on the judgment of condemnation by a legal order in relation to both tort and crime. However, in criminal law, an offender-oriented approach based on individuals is dominant in determining what is condemnable, whereas in civil law, a behavior-oriented approach where social and legal criteria come to the fore is dominant.
- Since fault liability may be insufficient to compensate for damages incurred in some cases, there are cases of strict liability in the field of tort liability. However, in line with the principle of "without fault, there can be no crime", there is no strict liability in the field of criminal law.
- There is no minimum age limit in terms of mental capacity in civil law. It can be concluded that a person who is incapable of imputation because of the minimum age limit stipulated in criminal law has mental capacity in the field of tort and has acted at fault.
- Although, as a rule, an act must be committed with a fault at the level of intent in the field of criminal liability, even slight negligence is sufficient for civil liability to arise. The meaning given to the intent is similar in criminal and civil laws, and it means that the perpetrator/tortfeasor knows the unlawful result and desires or at least takes the risk of the result.
- In criminal law, the subjective understanding of negligence is dominant. Although the duty of care and attention expected from a perpetrator is determined based on an objective criterion, whether the perpetrator can be condemned for not fulfilling this obligation is determined according to individual characteristics. Individual characteristics of a person capable of imputation, such as psychological, mental, physical weaknesses, or lack of talent, may prevent them from accepting the existence of criminal fault. On the other hand, in the field of tort, the measure of negligence has been objectified as a requirement for security in social life. The tortfeasor's individual inadequacies and excuses were not considered in the assessment of fault. If the tortfeasor, who has mental capacity, deviates from the behavior expected under the same conditions and from the average reasonable type in the social category to which he belongs, it is accepted that he/she is negligent.
- In the case of plurality of tortfeasors, to determine each plaintiff's share of compensation in the internal relationship, the faults of the people in question must be determined proportionally. Since there is no sharing of responsibility in criminal liability, in the case of multiple perpetrators, there is no need to determine proportional fault.
- The common fault of the victim does not eliminate criminal or civil liability unless it severs the causal link between the perpetrator's/tortfeasor's actions and the result, but reduces the amount of punishment and compensation.
- The duty of expert witnesses in both criminal and civil proceedings consists of determining the obligations of the parties, whether they comply with these obligations, and the factors that caused the damage, using a technical dimension within their field of expertise. It is the duty of the judge to evaluate the existence and degree of the fault.

GİRİŞ

Haksız fiil ve suç, hukuk düzeninin tasvip etmediği davranış biçimleri olmaları bakımından benzerlik göstermekle birlikte, unsurları arasında özdeşlik bulunmayan farklı olgulardır. Bu nedenle, suç teşkil eden bir davranışın mutlaka haksız fiil de teşkil edeceği yahut tersi söylenemez¹. Bununla birlikte, bir davranışın aynı zamanda hem suç hem haksız fiil teşkil etmesi mümkündür. Örneğin, insan öldürme, yaralama, hakaret, hırsızlık hem suç hem de haksız fiil teşkil edebilecek davranışlardır².

¹ Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *La responsabilité civile* (2. éd., Stämpfli Verlag 1982) 26 vd.; M. Alexander Niggli ve L. Frédéric Muskens, "Eine Straftat ist keine unerlaubte Handlung? Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie aus strafrechtlicher Perspektive" in Belser E. Maria, Pichonnaz Pascal ve Stöckli Hubert (eds) *Mélanges pour Franz Werro* (Stämpfli Verlag 2022) 496, 505; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010) 348; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî hukuk İlişkisi" [1973] 29 (3) AÜHFD 185; Kadir Berk Kapanç, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)" [2016] 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511, 514 vd. Bazı davranışlar suç teşkil ettiği halde haksız fiil teşkil etmez. Örneğin, Anayasayı ihlâl davranış suç olduğu halde (TCK m. 309), bireysel bir menfaatin ihlâlî söz konusu olmadığından haksız fiil değildir. Bazı davranışlar ise haksız fiil teşkil ettiği halde suç teşkil etmez. Örneğin, başkasının malına ihmalle zarar verme davranış haksız fiil teşkil ettiği halde, davranış kasten gerçekleşmediği için suç değildir.

² Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Schulthess Verlag 1995) 226; Deschenaux ve Tercier (n 1) 27; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile en droit turc", in Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2 (Schulthess Verlag 1981) 562; Tandoğan (n 1) 348; Kılıçoğlu (n 1) 186.

Hem suça hem haksız fiile konu olabilecek davranışlar bakımından failin bir yandan cezaî sorumluluğu öte yandan da hukukî sorumluluğu gündeme gelir. Cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk nihayetinde hukuk düzeninin cevaz vermediği davranışların yaptırma bağlanmasına hizmet eder. Ancak iki sorumluluk düzeni arasında belirgin farklar vardır. Öncelikle, cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun temel amaçları farklıdır. Cezaî sorumluluk ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle topluma bir zarar verilmesi veya zarar tehlikesinin doğması durumunda söz konusu olur. Ceza hukuku, esas itibarıyla insanların huzur içinde yaşamasına hizmet eden toplumsal yaşamın temel hukukî değerlerini korumak suretiyle genel ve toplumsal yararın sağlanmasını amaçlar³. Bu nedenle son çare olmalıdır. Hukukî sorumluluk ise bireylerin zarara uğraması durumunda söz konusu olur ve bireysel (özel) menfaatlerin korunmasına yöneliktir. Hukukî sorumluluğun temel amacı, hukuka aykırı biçimde bir başkasının malvarlığı veya şahıs varlığı değerlerinde eksilme meydana getiren kişinin bu eksilmeyi gidermesi, yani zararı gidermedir⁴. Hukukî sorumluluğun cezalandırma amacı yoktur. Zira haksız fiil failinin ödeyeceği tazminatın üst sınırı zarar görenin uğradığı zarardır, bundan fazlası değildir⁵.

Cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun yaptırımları da farklıdır. Cezaî sorumluluk alanında yaptırımlar, cezalar (hapis cezası veya adli para cezası) ile güvenlik tedbirleridir⁶. Kabahatler hukukundaki yaptırımlar da ceza niteliğindedir. Bunların adli cezalardan farkı, özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşmeyen ve kişinin malvarlığı üzerinde etkisini gösteren nitelikte olmalarıdır. Hukukî sorumluluk alanındaki yaptırım ise sorumlu kişiye zararın tazmin ettirilmesidir⁷. Uygulamada sıklıkla hükmedilen tazminat türü nakden tazmin olduğundan, tazminat yaptırımını esasen zarar verenin malvarlığına yönelik bir yaptırım teşkil eder. Hukukî sorumluluk kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakma sonucu doğurmazken, cezaî sorumluluk kişiyi en kıymetli temel haklarından biri olan özgürlüğünden mahrum bırakabilmektedir⁸.

Cezaî sorumluluk ve hukukî sorumluluk alanlarında kusur, ayırt etme gücü, nedensellik bağı, hukuka aykırılık gibi ortak kavramlar kullanılsa da her iki hukuk dalında bu kavramlara verilen anlamların özdeş olması gibi bir zorunluluk yoktur. Söz konusu ortak kavramlara verilen anlamlar cezaî sorumluluğun ve hukukî sorumluluğun kendilerine has özelliklerine, özellikle amaçlarına göre farklılaşabilir⁹. Nitekim, cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk arasındaki farklar kanun koyucuyu TBK m. 74 hükmüyle¹⁰ aynı zamanda hem suça hem haksız fiile konu olabilecek eylemler bakımından ceza mahkemesinde verilen kararlar ile hukuk mahkemesinde verilen kararlar arasında bağımsızlık prensibini benimsemeye sevk etmiştir¹¹. Hükümde özellikle kusur unsuruna işaret edilmesinin nedeni ceza ve hukuk sorumluluğunun temel sütunlarından birini oluşturan kusurun, zamanla iki hukuk alanında bu alanların ihtiyaçları çerçevesinde şekillenmiş olmasıdır.

Bu çalışmanın konusunu kusur kavramının haksız fiil ve suç alanlarında karşılaştırılması oluşturmaktadır. Çalışmanın asıl amacı kusur kavramını hukukî ve cezaî sorumluluk açılarından ayrı ayrı incelemek değil, karşılaştırma yapmaktır. Bu nedenle hem medeni hukuk hem de ceza hukukunda kusur kavramının niteliğiyle ilgili derin tartışmalara girilmemiş ve seçilen yöntem doğrultusunda karşılaştırmanın en verimli şekilde yapılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda ceza hukuku bakımından inceleme yöntemi olarak klasik suç teorisi seçilmiş ve inceleme bu teorinin sistematigi üzerinden yapılmıştır.

Sonuç olarak, kusur kavramının önce haksız fiil ve suç bakımından genel olarak açıklanması, ardından kavrama cezaî sorumluluk ve hukukî sorumluluk alanında verilen anlamlar arasındaki benzerlik ve farkların incelenmesi şeklinde bir plan izlenmiştir.

³ İzzet Özgeçen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 51; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 32.

⁴ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Franz Werro, *La responsabilité civile* (Stämpfli Verlag 2005) 4; Georges Scyboz, *L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile* (Éditions Universitaires Fribourg Suisse 1976) 28; Guillaume Etier ve Bernhard Sträuli, "Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale" in Christine Chappuis ve Bénédict Winiger (éd.s) *Responsabilité civile Responsabilité pénale*, (Schultess Editions Romandes 2015) 11, 14; Tandoğan (n 1) 347; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 592.

⁵ Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinden farklı olarak, Türk-İsviçre sorumluluk hukukunda zarar gören lehine düzenlenmiş bir cezalandırıcı tazminat kurumu mevcut değildir. Werro (n 4) 4; Etier ve Sträuli (n 4) 17. Bazı yazarlar manevî tazminatın cezalandırma işlevinin de bulunduğunu ileri sürmektedir. Örneğin, Tandoğan (n 1) 331 ve orada dn. 6'da zikredilen yazarlar. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesi bu görüşü zayıflatmaktadır. Zira manevî tazminat cezaî nitelikte olsaydı ancak zarar veren kusurlu ise manevî tazminata hükmedilebilirdi. Eren (n 4) 899.

⁶ Etier ve Sträuli (n 4) 17 vd.

⁷ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Werro (n 4) 4; Eren (n 4) 592.

⁸ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Etier ve Sträuli (n 4) 19; Kılıçoğlu (n 1) 97; Kapanıcı (n 1) 513.

⁹ Scyboz (n 4) 9 vd.; Deschenaux ve Tercier (n 1) 211.

¹⁰ TBK m. 74'e göre "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimini tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir (f. 1). Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz (f. 2)".

¹¹ Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* Berner Kommentar, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2021) Art. 53 N 23; Deschenaux/Tercier (n 1) 211; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 588; Tandoğan (n 1) 349, 351.

I. HAKSIZ FİİL ve SUÇ BAKIMINDAN KUSUR KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. Haksız Fiil Bakımından

Bir kişinin bir başkasının uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilmesi için bir sorumluluk temelini bulunması gerekir¹². Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK m. 49'un 1. fıkrasına göre "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür". Bu itibarla, haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusur esasına dayalıdır. Ancak ceza hukukundan farklı olarak, haksız fiil alanında istisnâ olmakla birlikte kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur¹³.

1. Kusur Kavramı

TBK m. 49 f. 1'de "kusurlu fiil"den söz edilmiş, ancak kusur tanımlanmamıştır. Haksız fiil alanında kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan, hoş görülmeven davranış biçimidir. Genel davranış kuralını ihlâl eden kişi, ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla, aynı şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymamış, ondan beklenebilecek özeni göstermemişse, davranışı kusurludur¹⁴. Kusurun objektif ve subjektif olmak üzere iki yönü bulunduğu kabul edilmektedir.

a. Kusurun Objektif Yönü: Özen İhlâli

Kusurun objektif yönü, failin ondan makul olarak göstermesi beklenebilecek özeni ihlâl etmiş olmasıdır¹⁵. Failin bu özeni hangi durumda ihlâl etmiş sayılabileceği, özenin ölçüsünün neye göre belirleneceği konusunda iki görüş vardır¹⁶. Subjektif kusur anlayışına göre, fail, bireysel ve psikolojik özellikleri, kişisel yetenekleri, zekâsı, eğitim durumu, fizikî durumu göz önünde tutulduğunda, zarara yol açan davranışta bulunurken davranışının zararlı sonuçlarını öngörebilecek ve bu davranıştan kaçınabilecek durumda olduğu halde bunu yapmamışsa, davranışı kusurludur¹⁷. Subjektif kusur anlayışı kabul edilirse, zarar veren kişilerin bireysel yetersizliklerini ileri sürerek tazminat sorumluluğundan kurtulmaları kolaylaşır. Bu durum sosyal hayata dâhil olan kişilerin başkalarına zarar vermeyecek asgarî vasıflara sahip olmalarını beklemek yönünde haklı beklentisi bulunan zarar görenleri uğradıkları zarar ile baş başa bırakır¹⁸. Bu nedenle, tazminat sorumluluğu bakımından subjektif kusur anlayışı azınlıkta kalan bir görüş haline gelmiştir. Medenî hukuk alanında doktrinde hâkim görüşü teşkil eden¹⁹ ve yargı kararlarında da benimsenen²⁰ objektifleştirilmiş kusur anlayışına göre, failin zarara yol açan davranışı makul, dürüst, orta zekâlı örnek bir insan tipinin fiilin işlendiği zaman ve yerde sergilemesi beklenen davranış biçiminden sapıyorsa, kusurludur. Bu noktada failin kendisinin değil, ortalama örnek tipin zararı öngörebilme ve önleyebilme imkânının olup olmadığı değerlendirilir²¹. Fail somut olayda kendi yetenekleri, kapasitesi çerçevesinde elinden geleni yapmış olsa, yani ahlâkî açıdan bir eksikliği bulunmasa dahi, davranışı ortalama örnek tipten beklenen davranışın altında kalıyorsa, bu sapma kusur teşkil eder²². Kusurun objektifleştirilmesi, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırmaktadır. Ancak bu durum toplumsal hayatta duyulan güvenlik ihtiyacının bir gereğidir. Zira giderek tehlikeli hale gelen günümüz hayat koşullarında, bireylerin, toplum hayatına dâhil olacak diğer bireylerden başkalarına zarar vermemek bakımından makul, ortalama bireylerin sergileyeceği davranışları sergilemelerini, bunun için de en azından ortalama yetenek ve niteliklere sahip olmalarını beklmeleri, korunmaya lâyık haklı bir beklenti olarak ortaya çıkmaktadır²³.

¹² Hukuk sistemimizde tazminat sorumluluğu esas itibarıyla kişinin kusuru ile neden olduğu zararın tazmin etmesini ifade eden "kusura dayalı sorumluluk" ve kişinin meydana gelen bir zararı kusurdan bağımsız olarak kanunî bir düzenleme gereği tazmin etmesini ifade eden "kusursuz sorumluluk" olmak üzere iki temele dayanmaktadır. Deschenaux ve Tercier (n 1) 28 vd.; Willi Fischer, Anna Böhme ve Fabian Gähwiler, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl., Orell Füssli Verlag 2023) Art 41 N 2; Eren (n 4) 564.

¹³ Rogér Merle ve André Vitu, *Traité de droit criminel*, T. I (3. Bası, Editions Cujas 1997) 663; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 166; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerische Haftpflichtrecht* (5. Aufl., Schulthess Verlag 2013) 76; Eren (n 4) 566 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-2 (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 6 vd.; A. İsmet Arslan, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)" [1980] 6 (3) Yargıtay Dergisi 295, 322. Kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu'nda (örneğin, TBK m. 65, 66, 67, 69, 71), Medenî Kanun'da (örneğin, TMK m. 369) ve özel kanunlarda (örneğin, KTK m. 85) mevcuttur.

¹⁴ Oftinger ve Stark (n 2) 192; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 76; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 75; Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Verlag 2002) N 218; Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem (Fiil) Kusuru* (Seçkin Yayınevi 2022) 77; Eren (n 4) 653; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021) 448.

¹⁵ Werro (n 4) 61; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 170; Eren (n 4) 656; Gümüş (n 14) 449.

¹⁶ Esasen bu görüşler ihmâl derecesindeki kusurun tespiti bakımından önem arz eder. Zira kast derecesindeki kusurda, zarar verici fiili bilerek ve isteyerek işleyen failin kendisinden beklenen özeni ihlâl ettiği apaçık olduğundan, ayrı bir özen ölçüsü değerlendirmesine gerek kalmaz. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, BK m. 49-76 (Onikilevha Yayınevi 2019) 60.

¹⁷ Oğuzman ve Öz (n 13) 60.

¹⁸ Subjektif kusur anlayışına yöneltile eleştiriler için bkz. Eren (n 4) 655; Baysal (n 16) 63.

¹⁹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 172 vd.; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 79; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 75; Werro (n 4) 61; Eren (n 4) 654 vd.; Baysal (n 16) 62.

²⁰ Örneğin, Yarg. HGK, 2019/403 E. 2022/168 K. 22.02.2022 T.: "Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır." <www.kazanci.com> E.T. 1.8.2023. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Örneğin bkz. BGE 137 III 539 <www.swisslex.ch> E.T. 15.8.2023.

²¹ Tandoğan (n 1) 61; Eren (n 4) 655.

²² Deschenaux ve Tercier (n 1) 83 vd.; Eren (n 4) 662; Yeşim Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta Yayınevi 1996) 31.

²³ Oftinger ve Stark, (n 2) 210; Tandoğan (n 1) 51; Eren (n 4) 662; Koçhisarlıoğlu (n 14) 331; Atamer (n 22) 31.

b. Kusurun Sübjektif Yönü: Ayırt Etme Gücü

Kusurun sübjektif yönü, failin ayırt etme gücünün bulunmasıdır. Kusurun bu yönü objektif yönünün (ortalama örnek tipten beklenen davranıştan olumsuz biçimde sapmanın) faile yüklenebilmesini sağlar. Failin davranışının kusurlu olduğundan söz edilebilmesi onun fiili işlediği anda ayırt etme gücünün bulunmasına bağlıdır. Fail ancak anlama kapasitesi ve iradesi bulunduğu halde bu kapasitesini ve iradesini kendisine düşen özen ödevine uymak doğrultusunda kullanmamış ise kusurlu davranmıştır²⁴.

Ayırt etme gücünü olumsuz biçimde tanımlayan TMK m. 13'e göre "yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan" kişinin ayırt etme gücü vardır²⁵. Kişinin akla uygun hareket edebilme yeteneğinin varlığından söz edebilmek için idrak unsuru ve irade unsuru olmak üzere iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. İdrak unsuru, kişinin makul bir irade oluşturabilmesini ifade eder. Bunun için kişi, belirli bir durumu doğru olarak değerlendirebilecek, davranışının sebep ve sonuçlarını kavrayabilecek zihinsel yeteneğe sahip olmalıdır²⁶. İrade unsuru ise, kişinin oluşturduğu iradeye uygun davranabilme yeteneğidir. Bunun için kişinin dış etkilere karşı koyabilme gücünün bulunması gerekir²⁷.

Bir kişinin ayırt etme gücünün mevcut olup olmadığı konusunda soyut ve mutlak bir değerlendirme yapılamaz. Medeni hukukta, ceza hukukundan farklı olarak, ayırt etme gücü bakımından bir yaş ölçütü de getirilmemiştir. Ayırt etme gücü, her somut olayda belirli bir fiil bakımından ve o fiilin gerçekleştiği an esas alınarak değerlendirilmelidir. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı gerçekleştirdiği fiilin niteliğine ve önemine göre değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan, ayırt etme gücü nispi bir kavramdır²⁸. Örneğin 8 yaşında normal zekada bir çocuğun pencereden aşağı yoldan geçenlerin üzerine ağır bir cisim atma eylemi bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu, buna karşılık akaryakıt istasyonunda arabada bulduğu esnada çakmağı çakması sonucu yangın çıkmışsa, bu eylemi bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılabilir.

2. Kusur Türleri

Haksız fiil sorumluluğunda kusurun kast ve ihmâl olmak üzere iki türü vardır. Ceza hukukunda eylemin suç teşkil edebilmesi için failin kural olarak kastla hareket etmiş olması gerektiği halde, haksız fiilin gerçekleşmesi bakımından kusurun türü kural olarak önemli değildir. Tazminat sorumluluğunun doğması için, en hafif ihmâl dahi yeterlidir. Kusurun derecesi, tazminat sorumluluğunun doğması bakımından değil, tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önemlidir²⁹.

a. Kast

Kast, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmiş olmasıdır. Kastın hukuka aykırı sonucu bilme (önceden görme, tasavvur etme) ve isteme (irade) olmak üzere iki unsuru vardır. Burada hukuk düzeni tarafından kınanan, failin hukuka aykırı bir sonuç olan zararı meydana getirmeye yönelik iradesidir³⁰.

Kast doktrinde salt zarar verme kastı, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere üç türe ayrılmaktadır. Salt zarar verme kastında (özel kast), fail, zararlı sonucu doğrudan istemekte ve zarar verici fiili zarar verme amacı ile gerçekleştirmektedir. Örneğin, bir kişi hasmına zarar verme arzusuyla onun dükkânının vitrin camını taş atarak kırıldığında, vitrin camının kırılması (zararlı sonuç) bakımından salt zarar verme kastıyla hareket etmiş olur³¹. Doğrudan kastta (basit kast), fail, zararlı sonucu bilerek isteyerek hareket etmekte, ancak bu sonucu doğrudan amaçlamamakta, zarar veren davranışı amacına ulaşmak için araç olarak

²⁴ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 179 vd.; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 77; Werro (n 4) 63 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2009) N 22.03; Eren (n 4) 656 vd.; Gümüş (n 14) 448.

²⁵ Kişi TMK m. 13'te sayılan nedenler dışında kalan bir nedenle örneğin aşırı hırs veya aşırı öfke nedeniyle akla uygun davranma yeteneğini kaybetmişse, medeni hukuk bakımından onun ayırt etme gücü vardır. Henri Deschenaux ve Paul-Henri Steinauer, *Personnes physiques et tutelle* (2. éd., Editions Stämpfli 1986) 23 vd.; Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité* (Editions Helbing u. Lichtenhahn 1985) 33; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2014) 55 vd.

²⁶ Örneğin (A), (B)'yi bıçaklamanın (B)'nin yaralanmasına, zarar görmesine yol açacak bir davranış olduğunu kavrayamıyorsa, yani sağlıklı bir irade oluşturamıyorsa, (A)'nın akla uygun davranma yeteneği yoktur.

²⁷ Örneğin (A), (B)'yi bıçaklamanın (B)'ye zarar verecek yanlış bir davranış olduğunu kavrayabilmekle birlikte (C)'nin tesirlerine karşı koyabilecek psikolojik yeterliliği olmadığı için (C)'nin talimatı ile istemediği halde (B)'yi bıçaklıyorsa, yani iradesine uygun davranamıyorsa, bu durumda da (A)'nın akla uygun davranma yeteneği yoktur. İdrak ve irade unsurları hakkında bkz. Deschenaux ve Steinauer (n 25) 22; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 25) 52 vd.; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2022) 57 vd.

²⁸ Oftinger ve Stark (n 2) 222; Bucher (n 25) 35; Nicholas Queloz ve Patricia Meylan, "Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison" in Rumo Jungo Alexandra, Pichonnaz Pascal, Hürlimann Bettina ve Fountoulakis Christiana (eds) *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli Verlag 2013) 131, 136; Dural ve Ögüz (n 27) 60; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 25) 58 vd.; V. Umut Erkan ve İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü" [2011] 60 (3) AÜHFD 485, 494.

²⁹ Werro (n 4) 69; Arslan (n 13) 322; Baysal (n 16) 70. Ceza hukuku alanında kast-taksir ayrımı ön plânda olduğu halde, haksız fiil alanında tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından temel ayrım ağır kusur-hafif kusur ayrımıdır. Kast ve ağır ihmâl ağır kusur teşkil ederken, hafif ihmâl ise hafif kusur teşkil eder. Oğuzman ve Öz (n 13) 59.

³⁰ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 192; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 82; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 80; Roberto (14) N 235; Werro (n 4) 70; Eren (n 4) 659; Tandoğan (n 1) 46; Selâhattin S. Tekinay, Sermet Akman, Halük Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993) 493; Atamer (n 22) 31.

³¹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 193; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 67; Kadir Berk Kapanıcı, *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kastan Verilen Zararın Tazmini* (TBK 49 II) (Vedat Kitapçılık 2016) 28.

kullanılmaktadır. Örneğin, bir hırsız, kuyumcunun vitrin camını vitrindeki altınları çalmak için kırdığında, vitrin camının kırılması (zararlı sonuç) bakımından doğrudan kastla hareket etmiş olur³². Dolaylı kastta (olası kast) ise, fail zararlı sonucu bilmekle birlikte bu sonucu doğrudan istememekte, ancak sonucu göze alarak hareket etmektedir. Örneğin, arkadaşı ile yarış yapan motosiklet sürücüsü, son sürat girdiği kalabalık sokakta bir yayaya çarparak yaralamışsa, dolaylı kastla hareket etmiştir³³. Kastın türünün tazminat hukuku alanında meydana gelecek sonuçlar bakımından bir önemi yoktur. Failin salt zarar verme kastıyla (özel kast) veya doğrudan kastla (basit kast) hareket etmiş olması failin haksız fiil niteliği taşıması bakımından bir fark yaratmaz. Zira hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan zararlarda tazminat sorumluluğunun doğması bakımından failin güttüğü saik, yani özel kastla hareket etmiş olup olmaması önem taşımaz³⁴.

b. İhmal

Fail, zararlı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun meydana gelmemesi için somut olayın koşulları dâhilinde gösterilmesi gerekli olan özeni göstermemişse, ihmal ile hareket etmiştir. İhmalde, fail, öngörülebilecek bir zararın meydana gelmesine özen eksikliği sonucu yol açtığı için davranış tarzı hukuk düzeni tarafından kınanmaktadır³⁵. Medenî hukuk alanında hâkim olan objektifleştirilmiş kusur anlayışı çerçevesinde, fail, somut olayın koşulları altında ortalama, makul bir kişiden beklenen özeni sergilememişse, ihmalin bulunduğu kabul edilir³⁶. Bu kusur anlayışı failin üzüntü, yorgunluk, yetenek veya fikrî eksikliği gibi bireysel mazeretlerini dikkate almaması, makul ortalama bir tipin (örnek tipin) davranışını esas alması bakımından objektiftir. Fail elinden gelen her türlü iradî çabayı göstermiş olsa dahi, davranışı örnek tipin göstermesi beklenen davranışın altında kalıyorsa kusurludur. Ancak her faile aynı biçimde uygulanacak mutlak surette objektif bir ölçüt de söz konusu değildir. Zira, davranışı ölçü kabul edilecek ortalama örnek tip belirlenirken failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve meslek durumu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır³⁷. Örneğin, 12 yaşında bir öğrenciden beklenen özen ile 40 yaşında bir mühendisten beklenen özenin ölçüsü aynı değildir. Öte yandan, uzmanlık gerektiren mesleklerde kişiden beklenen özenin derecesi daha yüksektir. Örneğin, uzman hekimden beklenen özenin derecesi pratisyen hekimden beklenen özene nazaran daha yüksektir. Failin bilgi, yetenek, zekâ düzeyi ortalama örnek tipten daha üst düzeyde ise, artık özen ölçüsünün belirlenmesinde örnek tipin değil, failin özellikleri dikkate alınır. Zira failin üstün yetenekleri sayesinde sorumluluktan kurtulmasına cevaz verilemez³⁸.

Kusurun ve bu kapsamda ihmalin/taksirin değerlendirilmesi bakımından ceza hukukunda sübjektif kusur anlayışı hâkimken, medenî hukuk alanında objektifleştirilmiş kusur anlayışı hâkimdir³⁹. Bu nedenle, ceza yargılamasında kusurlu bulunmayan bir fail, medenî yargılamada kusurlu bulunabilir⁴⁰.

Medenî hukuk uygulamasında ihmal, ceza hukukundan farklı olarak, bilinçli olup olmamasına göre değil, ağırlığına göre ayrıma tâbi tutulmaktadır⁴¹. Ağır ihmal, failin zarar veren fiili işlerken aynı koşullar altında her makul insanın alması beklenebilecek en basit önlemleri almamış olmasıdır⁴². Örneğin, hekimin prematüre doğan bebeğin göz muayenesinin gecikmesine neden olarak bebekte görme kaybına yol açması, somut olaya göre ağır ihmal teşkil edebilir⁴³. Ağır ihmal ve özellikle ağır ihmalin nitelikli bir türü olarak da değerlendirilebilecek olan bilinçli ihmal ile dolaylı (olası) kastın ayırt edilmesi güçlük arz edebilir. Bu noktada, failin göze aldığı başkasına zarar verme olasılığı yüksek ise dolaylı kastın, düşük ise bilinçli ihmalin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴. Ancak medenî hukuk alanında kural olarak kusurun her derecesi tazminat sorumluluğuna yol açtığından, bu ayrımın yapılması ceza hukukundan farklı olarak tazminat sorumluluğunun doğumu bakımından büyük önem arz etmez⁴⁵.

Hafif ihmal, failin ancak dikkatli kişilerden beklenebilecek özeni göstermemiş olmasıdır⁴⁶. Özellikle küçüklerin ayırt etme güçleri bulunduğu için tazminat sorumluluklarının doğduğu durumlarda, yaş küçüklüğü ihmallerinin hafif ihmal olarak değerlendirilmesine yol açabilir⁴⁷.

³² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 194; Eren (n 4) 659; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 67.

³³ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 195; Eren (n 4) 659; Gümüş (n 14) 450; Baysal (n 16) 67.

³⁴ Gümüş (n 14) 449 vd.. Ahlâka aykırı fiilden doğan zararda tazminat sorumluluğunun doğması bakımından (TBK m. 49 f. 2) özel kastın gerekli olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. Kapancı (n 31) 28 vd.

³⁵ Atamer (n 22) 31; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 494.

³⁶ Werro (n 4) 70; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 82; Roberto (n 14) N 220; Deschenaux ve Tercier (n 1) 83; Eren (n 4) 661; Baysal (n 16) 68.

³⁷ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 172; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 79; Roberto (n 14) N 221; Deschenaux ve Tercier (n 1) 83; Eren (n 4) 661 vd.; Atamer (n 22) 31.

³⁸ Eren (n 4) 663; Gümüş (n 14) 452.

³⁹ Oftinger/Stark (n 2) 226; Werro (n 4) 63; Koçhisarlıoğlu (n 14) 79; Eren (n 4) 661; Gümüş (n 14) 451.

⁴⁰ Bu konuda bkz. aşağıda II.F.

⁴¹ Medenî hukuk alanında bilinçli-bilinçsiz ihmal ayrımı uygulamada başvurulmayan, teorik bir ayırım teşkil etmektedir. Bilinçli ihmal, failin zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalini öngördüğü halde bunun gerçekleşmeyeceği ümidiyle bu sonucun gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamış olmasıdır. Bilinçsiz ihmal ise, failin zararlı sonucu öngörmemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini engellemek için gerekli özeni göstermemiş olmasıdır. BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a; Eren (n 4) 665 vd.; Baysal (n 16) 69.

⁴² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 82; Eren (n 4) 665; Baysal (n 16) 70.

⁴³ Yargıtay'ın bu yönde bir kararı için bkz. Yarg. 3. HD. 2021/7475 E., 2022/3191 K., 5.04.2022 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz (n 13) 59; Gümüş (n 14) 450.

⁴⁵ Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 83; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 70.

⁴⁶ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 199; Eren (n 4) 665; Baysal (n 16) 70. Buna karşılık, kanunun sorumluluğun doğumu için ihmal derecesinde kusuru yeterli görmeyip özel olarak kasta sonuç bağladığı istisnaî durumlarda (örneğin, TBK m. 49 f. 2), bu ayırım tazminat sorumluluğu açısından da önem kazanır. Oğuzman ve Öz (n 13) 59; Baysal (n 16) 67.

⁴⁷ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 183a; Baysal (n 16) 70. Bu yönde: BGE 111 II 89 <www.swisslex.ch> E.T. 15.9.2023.

B. Suç Bakımından

1. Kusurluluk Kavramı ve Ceza Hukunda Kusurluluğu Farklı Şekillerde Ele Alan Yaklaşımlar

Gerek kast gerekse taksirin suç teorisi içerisindeki yeri tartışmalı olup, bu unsurun hangi başlık altında inceleneceği benimsenen suç teorisine göre farklılık göstermektedir⁴⁸. Suçun unsurları üzerinde tartışmaların yürütülmesi ve bir takım teorilerin ortaya çıkması uzun zamana yayılan bilimsel gelişmelerin sonucudur. Ancak suçun unsurları, unsurların kapsamı hem benimsenen teoriler hem de yazarların yaklaşımları bağlamında değişmektedir.⁴⁹ Yazarlar, yetiştikleri ekol, bildikleri yabancı dil ve bu bağlamda hakim olabildikleri akademik yazın doğrultusunda bu konudaki seçimlerini yapmaktadır. Bu noktada seçilenin özünde bir inceleme yöntemi olduğunun ve cezai sorumluluk bağlamında varılan sonuçların geçtiğimiz iki yüzyılda ortaya konulan teorilerin somut olaylara uygulanmasından ibaret olmadığına da unutulmaması gerekir. Zira bu teorilerle her ne sonuca varılırsa varılsın, bu sonuçlar Anayasa'da koruma altına alınan ceza sorumluluğuna ilişkin temel esaslara ve bu bağlamda gelişen ceza hukuku ilkelerine uygun olmalıdır. Bu nedenle suç teorisi konusunda yazarların yaptığı seçimler, ön kabüllere göre değil, ancak varılan sonuçların kendi içerisindeki tutarlılığına ve ceza sorumluluğunun temel ilkelerine uygunluğuna göre değerlendirilebilir. Temelde bu farklılar suçun daha iyi anlaşılabilmesine hizmet eden bir zenginliktir.⁵⁰ Bu bağlamda ortaya çıkan farklılıklar, akademik tartışma ve özgür düşüncenin bir gereğidir.

Ceza hukukunda kusurluluğu açıklama konusunda psikolojik (tabiatçı) anlayış ve kusurluluğun normatif (kuralcı) anlayışı olmak üzere iki ana teori ileri sürülmüştür. Zaman içerisinde normatif teoriler kendi içerisinde çeşitlenmiştir (bütüncül kusur teorisi, amaççı kusur teorisi, eylemden doğan sorumluluk teorisi, sosyal kusur teorisi, çifte fonksiyona dayalı kusur teorisi, etkileşime dayalı kusur teorisi gibi)⁵¹.

Psikolojik (tabiatçı) anlayış adı verilen 19. yüzyılın ikinci yarısında ceza hukukuna hâkim olan geleneksel anlayışa göre, kusurluluk fiil ve fail arasındaki bir psikik bağdan ibarettir⁵². Bu teori nedensel hareket teorisini esas almaktadır.⁵³ Bu anlayış iradenin faile yüklenen bir ödevle çatışması gerekliliğini göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmiştir. Bu çalışmanın planını esas aldığı klasik suç teorisi de bu anlayışı esas almaktadır.

Bu anlayışın sonrasında ortaya çıkan neo klasik suç anlayışı, psikolojik kusur anlayışının yerine normatif kusur kavramını yerleştirmiştir. Bunun temel tarihsel nedenlerinden biri sanayi toplumuyla birlikte taksirli suçların önem kazanması ve psikolojik anlayışın taksirli suçları açıklamakta yetersiz kalmasıdır.⁵⁴ Normatif anlayışı savunanlar, bu eksikliği gidererek kusurluluğu süjenin iradesiyle norm arasındaki çatışmaya dayandırmışlardır⁵⁵.

Aşağıda kusurluluğun türleri incelenirken görüleceği üzere, her iki anlayışın da eksik ve güçlü yanları vardır. Kasıtlı suçlarda psikolojik anlayış, taksirli suçlarda ise normatif anlayış kaçınılmaz olarak öne çıkmaktadır. Zira kasıtlı suçlarda fail hukuken yasaklanan bir fiili istediği ve onu bilinçli olarak gerçekleştirdiği gerekçesiyle kınanırken, taksirli suçlarda gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermediği için kınanmaktadır⁵⁶. Buradaki dikkat ve özenin kaynağı bir norm veya hayat tecrübesiyle şekillenen bir davranış kuralıdır.

Burada öncelikle klasik suç teorisi sonrasında ortaya çıkan neo klasik suç teorilerinin Türk ceza hukukunda kusur kavramının ele alınışına etkilerinden çalışmanın amacına sadık kalarak kısaca bahsetmek istiyoruz:

Ceza hukukunda bir anlayış, kusurluluğun suçun unsuru değil failin işlediği fiile ilişkin olarak verilen bir değer yargısı olduğu yönündedir. Bu anlayış uyarınca konu bireysel isnadiyetle ilgilidir⁵⁷. Bu görüş uyarınca kast ve taksir suçun unsurları arasında tipiklik unsurunun altında incelenir ve bunlar kusurluluğun değil, manevi unsurun türleridir⁵⁸. Bu düşüncede klasik öğretinin isnat yeteneği olarak adlandırdığı kavram kusur yeteneği olarak adlandırılmakta ve kusurluluk başlığı altında kusurluluğun şartları, kusurluluğu kaldıran nedenler ve haksızlık bilinci (yanılgısı) ele alınmaktadır. Bu yaklaşım geniş anlamda kusurluluk olarak da adlandırılabilir ve kişinin cezai sorumluluğu olmasıyla ilgili tüm şartları kapsamına alır⁵⁹.

⁴⁸ Koca ve Üzülmöz (n 3) 148.

⁴⁹ M. Emin Artuk ve Ahmet Gökçen ve M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 265.

⁵⁰ Hakan Karakehya ve Asena Kamer Usluadam, "Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Sucun Manevi Unsuru Bağlamında Suc Genel Teorisine İlişkin Görüşler", [2015] 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 3.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020) 125-250.

⁵² Bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (25. Bası, Savaş Yayınevi 2019) 202; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Bası, Us-A Yayınevi 2021) 243; Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Bası, Sevinç Matbaası Yayınevi 1970) 135; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (1. Bası, Beta Yayınevi 1985) 226; Kayıhan İçel ve İzzet Özgenç ve Adem Sözüer ve Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, Suç Teorisi (1. Bası, Beta Yayınevi 1999) 206.

⁵³ Meraklı (n 51) 122.

⁵⁴ Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Kusurluluk, (Seçkin Yayınevi 2018) 46. Psikolojik kusur teorisine ilişkin ayrıntılı eleştiriler için bkz Meraklı (n 51) 122-125.

⁵⁵ Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Bası, Beta Yayınevi 2020) 363; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 208.

⁵⁶ Toroslu ve Toroslu (n 52) 203; Hafizoğulları ve Özen (n 52) 244; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 210; Karakehya ve Usluadam (n 50) 9.

⁵⁷ Bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 614-622; Özgenç (n 3) 454 vd; Meraklı (n 51) 128; Koca ve Üzülmöz (n 3) 88., 314.

⁵⁸ Bkz. Akbulut (n 57), 440 vd; Koca ve Üzülmöz (n 3) 146; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 391 vd; Özgenç (n 3) 231.

⁵⁹ Kayıhan İçel ve İzzet Özgenç ve Adem Sözüer ve Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, Suç Teorisi (1. Bası, Beta Yayınevi 1999) 210 ve 211; Hale Akdağ, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler (1. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 30; Akbulut (n 57) 619; Koca ve Üzülmöz (n 3) 89, 314.

Türk öğretisinde kusurlulukla suçun manevi unsurunun tipiklik içerisinde incelenmesi, 1930'lu yıllarda Welzel tarafından Almanya'da ortaya konulan finalist suç teorisinin yansımasıdır. Bugün bu teori Alman hukuk doktrininde hareket teorileri içerisinde günümüzde baskın görüş değildir.⁶⁰ Buna karşın kastın suç teorisi içerisinde tipik manevi unsur olarak ele alınması bakımından ortaya çıkan etkisini, hala baskın görüş olarak devam ettirmektedir.⁶¹

Klasik suç teorisi, hareketi belirli bir neticeye sebep olmakla sınırlı görmektedir. Oysa finalist teoriye göre insan davranışının (filin), en belirgin özelliği onun belirli bir amaca yönelmiş olmasıdır. Bu nedenle fiil sadece nedensel değil; aynı zamanda sonuca yönelik (finalist) olarak da gerçekleştirilir. Finalist davranış, amacın güdümlü olduğu etkilerin bilincini de bünyesinde barındırır.⁶²

Alman öğretilerinde hakim görüş günümüzde çifte fonksiyona dayalı kusur teorisidir ve bu teori uyarınca kast ve taksir bir yönüyle tipikliği unsurlarıyla aynı zamanda kusur alanında da bir işleve sahiptir.⁶³ Türkiye'de de İzmir ekolünden kusurluluğu bu şekilde inceleyen, benimseyen temsilciler çıkmıştır.⁶⁴

Bu çalışmanın amacı son derece karmaşık tartışmaları bünyesinde barındıran bu konuları ele almak değil, medeni hukukla ceza hukuku bağlamında haksız fiil ve suç yönünden olabildiğince net ve karşılaştırılabilir bir görünüm ortaya koymaktır. Bu nedenle suç teorisine ilişkin ayrıntılı tartışmalar bu çalışmanın konusu değildir ve inceleme yöntemi konusunda bir seçim yapılarak ılerlenmesi zorunludur. Klasik öğretilerde suçun manevi unsuru, subjektif unsur ve kusurluluk kavramlarını birbirleriyle aynı anlama gelmek üzerine kullanan yazarlara da rastlanmaktadır.⁶⁵ Yukarıda özel hukuk bağlamında verilen bilgilere bakıldığında, özel hukuktaki yaklaşımın da sistematik açısından ceza hukukundaki bu düşünce biçimine yakın olduğu görülmektedir. Farklı iki alandan iki yazarı olan bu makalede ortaya karşılaştırılabilir bir bütün koymanın yolu, inceleme konusunda benzer yöntemler seçmekten geçmektedir. Bu bağlamda benimsediğimiz klasik suç öğretisi anlayışı uyarınca suçun manevi unsurunu teşkil eden kast ve taksir kavramlarını, kusurluluğun birer şekli olarak ele alacağız.

Hangi anlayış benimsenirse benimsensin, kusur ahlakî değil, hukuki bir kavramdır ve bu temele uygun şekilde yorumlanmalıdır.⁶⁶ Ceza hukukunda kusur mahkeme tarafından tespit edilir, ahlakî kusurun yargılama yeri ise bireylerin vicdanıdır.⁶⁷

2. Anayasal Teminat Altında Bir İlke: Kusursuz Suç Olmaz

Tarihsel olarak bakıldığında ceza sorumluluğu başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk şeklinde bir gelişim izlemiştir.⁶⁸ Aydınlanma dönemi ile birlikte kusursuz suç olmaz kuralı Avrupa ceza kanunlarında yer bulmaya başlamıştır.⁶⁹ Ceza sorumluluğunun şahsi ve dolayısıyla kusurlu olması gerekliliği, uygarlığın hukuk alanında ulaştığı önemli bir aşama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰

Kusursuz suç olmaması ve devamında ortaya çıkan kimsenin düşüncesinden dolayı cezalandırılmaması ilkeleri bugün modern ceza hukukunun üzerine yerleştiği iki temel sütundur.⁷¹ Böylelikle bireylerin icra hareketi aşamasına geçmemiş olan ve/veya kusursuz davranışlardan dolayı cezalandırılmalarının önüne geçilmektedir. Öte yandan bu iki ilke arasında kurulan denge ve zamanın şartlarının bu denge üzerindeki etkileri, o zamanın ceza hukukunun ayırıcı ve karakteristik niteliğini oluşturur.⁷²

Anayasa'da ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesine yer verilmemiştir. Ancak anayasal teminat altında olan iki temel ilke olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçsuzluk karinesi⁷³, kusursuz suç olmaz ilkesini iki koldan koruma altına almaktadır.

⁶⁰ Meraklı (n 51) 183.

⁶¹ Kareakehya ve Usluadam (n 50) 16; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 269; Meraklı (n 51) 145, 155.

⁶² Kareakehya ve Usluadam (n 50) 16.

⁶³ Bkz. Meraklı (n 51) 184; Akbulut (n 57) 616.

⁶⁴ Bkz. Meraklı (n 51) 185; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler (13. Bası, Seçkin Yayınevi 2022) 365.

⁶⁵ Toroslu ve Toroslu (n 52) 201; Hafizoğulları ve Özen (n 52) 240; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 368; Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 359 vd. Bu kullanımı benimsemeyen ancak ayrıntılı bilgi veren yazarlar için bkz. Koca ve Üzülmöz (n 3) 149.

⁶⁶ Akbulut (n 57) 616; Koca ve Üzülmöz (n 3) 314; Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 361.

⁶⁷ Önder (n 52) 227.

⁶⁸ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, Manuale di diritto penale (3. Bası, Giuffrè Editore 2009) 271; Toroslu ve Toroslu (n 52) 198.

⁶⁹ Demirbaş (n 65) 368.

⁷⁰ Marinucci ve Dolcini (n 68) 271.

⁷¹ Alacakaptan (n 52) 136; Sulhi Dönmezer ve Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt-2 (12. Bası, Beta Yayınevi 1999) 200.

⁷² Dönmezer ve Erman (n 71) 198-200; Alacakaptan (n 52) 136.

⁷³ Suçsuzluk karinesi bağlamında ilişki için bkz. Merle ve Vitu, (n 13) 661.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede “... fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” ibaresi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de hem somut norm denetiminde⁷⁴ hem de bireysel başvurudaki⁷⁵ pek çok kararında gerekçeye gönderme yaparak ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesinin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinden doğan, hem suçlar hem de kabahatler bakımından geçerli bir teminat olduğunu vurgulamıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi de 13 Aralık 1988 tarih ve 1085 sayılı kararında, İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 27/1. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin kuralın, ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesini de kapsadığını ve objektif sorumluluğun anayasaya aykırı olduğunu içtihat etmiştir⁷⁶. Alman Anayasa Mahkemesi ve Alman öğretisi tarafından da aynı görüş benimsenmektedir⁷⁷.

Suçsuzluk karinesi esas olarak bireylerin ceza yargılanmasının sonuna kadar, suçlu sayılmamalarını gerektirir. Bu karine romantik bir varsayım değil, bünyesinde önemli teminatlar barındıran AİHS'nin ve Anayasa'nın güvencesi altındaki bir haklar bütünüdür. Bu haklardan biri, ceza hukukunda suç isnadı altındaki kişiler hakkında aksi ispat edilemez karinelere başvurulmasının yasak olmasıdır. Zira bu tür karineler bireylerin suçlu olmadıklarını ileri sürme imkânlarını ellerinden alarak, dolaylı yoldan objektif sorumluluğa yol açar. Kişinin kusurlu olduğu akla yatkın şüphenin gerekçeli olarak yenilmesi suretiyle olacak şekilde ispatlanmalı ve bu ispat varsayımlara dayanmamalıdır⁷⁸. Zira modern ceza hukukunda objektif sorumluluğa yer yoktur.

Anayasa'nın 38. maddesinde suçlar ve kabahatler arasında bir ayırım yapılmadığından her iki kategori de bu esaslara tabidir. Ancak suçlarda TCK'nın 21. maddesi uyarınca kural kastla sorumluluktur. Taksir ise ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılır (TCK m. 22). Buna karşın kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir (Kabahatler Kanunu m. 9). Burada önemli olan, taksirle objektif sorumluluk arasındaki sınırın doğru çizilmesidir ki uygulamada en büyük güçlük bu noktada yaşanmaktadır. Aşağıda karşılaştırma yapılırken ele alınacak olan bu konu, özel hukukla ceza hukuku arasındaki ilişki bakımından da büyük önem arz etmektedir.

3. Kusurluluğun (manevi unsurun) türleri

a. Kast

TCK'nın 22/1. maddesinde “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Kast bilme ve isteme olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Fail somut fiilin tüm unsurlarını bilmelidir⁷⁹. Suçun nitelikli şekilleri bakımından da bu kural geçerlidir⁸⁰.

22/2. maddede “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” tanımı yer almaktadır.

Olası kastı, genel kasttan ayıran şey, failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen, kayıtsız kalmış olması ve adeta neticeyi kabullenmesidir⁸¹. İki kurum arasında bilme düzeyinde bir yoğunluk farkı bulunmakla beraber konu esas olarak isteme unsuruyla ilgilidir⁸².

Kanun tarafından failin, suçun tamamlanması için zorunlu olmayan dolayısıyla suç teşkil eden davranışın dışında olan “özel bir amaçla” hareket etmesini aradığı hâllerde özel kast söz konusu olmaktadır⁸³. Bu hâllerde failin amacı tipik maddi file değil,

⁷⁴ “İtiraz konusu kuralda yaptırım uygulanacak kişiler araç sürücüsü (yolcu taşıyan kişi) ve araç sahibidir. Kuralda araç sürücüsü açısından sorumluluk, kendi kusurlu fiilinden kaynaklanmakta olup bu kişiler ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılan araçta yasal izin ve ruhsatlarının bulunup bulunmadığını bilebilecek ve kontrol edebilecek durumdadır. Bu nedenle yolcu taşıyan kişi (araç sürücüsü) açısından Anayasa'nın 38. maddesine bir aykırılık bulunmamaktadır. Ancak itiraz konusu kuralda araç sahibi açısından sorumluluk, objektif sorumluluk esas benimsenerek düzenlenmiştir. Kuralda, ilgili belediyeden alınması gereken izin veya ruhsatı olmaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapıldığının tespit edildiği durumlarda araç sürücüsü, aynı zamanda araç sahibi değilse, araç sahibine de aynı miktar için ceza tutanağı düzenleneceği belirtilmekte, araç sahibi olan kişinin, kusurunun bulunup bulunmadığı, belgesiz olarak ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılmasına izin verip vermediği değerlendirilmeden idare tarafından yaptırım uygulanmaktadır. Bu durum ise işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, alınması gereken izin veya ruhsatı olmaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılması ve sürücünün araç sahibi olmaması hâlinde tescil plakası sahiplerine sadece ruhsat sahibi olmaları nedeniyle yaptırım uygulanması cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E.2014/20, K.2014/28, 11/02/2014. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E. 2019/47, K. 2021/16, T. 04.03.2021, § 84; Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E.2022/13, K.2022/66, T. 01/06/2022, § 16.

⁷⁵ “Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, “fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.”

⁷⁶ Bkz. Marinucci ve Dolcini (n 68) 269 ve 271.

⁷⁷ Meraklı (n 53) 71.

⁷⁸ Silvia Buzelli ve Roberta Casiraghi ve Fabia Cassibba ve Paola Concolino ve Luca Pressacco, ‘Diritto a un equo processo’ in Giulio Ubertis ve Francesco Viganò (eds), Corte di Strasburgo e giustizia penale (1. Bası, Giappichelli Editore 2016) 161; Giulio Ubertis, Principi di procedura penale europea (2. Bası, Cortina Editore 2009) 93.

⁷⁹ Marinucci ve Dolcini (n 68) 274.

⁸⁰ Özgenç (n 3) 238.

⁸¹ Marinucci ve Dolcini (n 68) 280 ve 281; Toroslu ve Toroslu (n 52) 223; Demirbaş (n 65) 410; Alacakaptan (n 52) 144; Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 374.

⁸² Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 409.

⁸³ Marinucci ve Dolcini (n 68) 279; Demirbaş (n 65) 409.

manevi unsura dâhil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmiş olması şart değildir⁸⁴. Bu ayırım, birbirine benzeyen suçların ayrılması bakımından önem taşımaktadır⁸⁵.

Olası kast halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. (TCK m. 22/3).

b. Taksir

Taksir tarihsel olarak uzun süre kast kavramının gölgesinde kalmış, zamanla sanayileşmenin ve kişilerin yaşam ve sağlıkları bakımından tehlikeli olabilecek faaliyetlerin artmasıyla önem kazanmıştır⁸⁶. Taksirli suçlar ancak açıkça belirtilen hallerde cezalandırılır (TCK m. 22/1)⁸⁷. TCK'nın 22/2.maddesinde taksir, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın 22/3. maddesinde ise bilinçli taksir "*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halii*" olarak tanımlanmıştır. Bilinçli taksir halinde ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Bilinçli taksir ile olası kast birbirine oldukça yakın ve zaman zaman somut olayda karışması muhtemel iki kavramdır. Kanun metninden açıkça anlaşılmayan ve Kanun'un gerekçesindeki açıklamalarla netleştirilmeye çalışılan bu fark, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği zamandan bu yana öğretinin tartıştığı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁸.

Bilinçli taksiri olası kasttan ayıran şey failin neticenin gerçekleşmesini istememesi ve bunu göze almamasıdır⁸⁹. Ancak neticenin öngörüldüğü her durumda bilinçli taksirden söz edilemez. Zira basit taksirde de neticenin öngörülebilir olması şarttır⁹⁰. Aksi takdirde kişiye öngöremeyeceği bir neticenin sorumluluğu yüklenir ki bu da objektif sorumluluk anlamına gelir.

Bilinçli taksiri olası kasttan ayırmak için yükümlülüklerine aykırı şekilde güven beslemek⁹¹, yeteneklerine güvenmek, neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmek gibi ölçütler ileri sürülmektedir. Bu noktada kullanılan bir diğer ölçüt Frank formülüdür. Buna göre, fail öyle ya da böyle hareketi gerçekleştirecekti denilebiliyorsa olası kast, fail neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi yapmaktan vazgeçerdi denilebiliyorsa bilinçli taksir söz konusudur⁹².

Taksirin unsurları failin istenmemiş olması, davranış kurallarının ihlali ve davranış kurallarına uymamanın faile isnat edilebilmesidir. Davranış kuralları yazılı olabileceği gibi (özel taksir), genel ve bilimsel-teknik tecrübenin bir ürünü ve yazısız da olabilir (genel taksir)⁹³. Bu normlar zararlı neticeyi önlemeye yönelik normlardır⁹⁴.

Yazılı davranış kurallarına uymama halinde kuralın zararlı sonucu önlemeye yönelik bir tedbiri içerip içermediğine bakmak gerekir. Eğer kural bu tedbiri içeriyorsa ve fail buna uymadıysa taksirlidir⁹⁵. Öte yandan bu tür örneklerde, meşru davranışın yararsızlığının nedensellik bağıni ortadan kaldırdığını gözden kaçırmamak gerekir⁹⁶. Fail kurala uysaydı dahi, sonuç her şekilde gerçekleşecekse, cezai sorumluluktan söz edilemez zira bu objektif sorumluluk anlamına gelir.

Ceza hukukunda taksiri sübjektif (tamamen failin niteliklerine göre), objektif (objektif özen yükümlülüğüne göre) ele alan iki anlayışın yansırı, karma teori adı verilen, hem objektif kuralı dikkate alan hem de failin bireysel niteliklerini göz ardı etmeyen bir anlayış da vardır⁹⁷. Bu anlayış İtalyan öğretisinde taksirin ikili değerlendirilmesi teorisi (teoria della doppia misura) şeklinde adlandırılmaktadır⁹⁸. Alman öğretisini benimseyen yazarlarda ise bu anlayış kendisini taksirin çifte fonksiyonu öğretisi adıyla göstermektedir⁹⁹.

⁸⁴ Toroslu ve Toroslu (n 52) 198.

⁸⁵ Demirbaş (n 65) 409.

⁸⁶ Sami Selçuk, Suç Genel Kuramı (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 64.

⁸⁷ İtalyan hukuku bakımından aynı yönde bkz. Marinucci ve Dolcini (n 68) 273.

⁸⁸ Tartışmalar için bkz. Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 378 ve 379; Akbulut (n 49) 459. Özgenç bu noktada öğretinin büyük çoğunluğundan ayrılmakta, bilinçli taksirin klasik suç teorisinin bilme ve istemeye dayalı kast anlayışına dayandığı, istemenin kastın bir unsuru olmadığı düşüncesiyle bilinçli taksir kavramına karşı çıkmaktadır. Bkz. Özgenç (n 3) 290-292.

⁸⁹ Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 377 ve 378.

⁹⁰ İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 255; Türkan Sancar ve Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmalar (3. Bası, Savaş Yayınevi 2016) 271.

⁹¹ İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 252.

⁹² Ölçütler için bkz. Akbulut (n 49) 491 ve 492; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 464.

⁹³ Toroslu ve Toroslu (n 52) 233-240; Stefano Canestrari, 'La Struttura Soggettiva Della Fattiespecie' in Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa (eds), Trattato di Diritto (Utet Giuridica 2013) 139 ve 140; Ferrando Mantovani, Diritto Penale Parte Generale (7. Bası, CEDAM 2011).341 ve 342.

⁹⁴ Toroslu ve Toroslu (n 52) 233-240.

⁹⁵ Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale parte generale (3. Bası, Giuffrè Editore 2006) 557.

⁹⁶ Toroslu ve Toroslu (n 52) 153; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Bası, Beta Yayınevi 2015) 267.

⁹⁷ Garofoli (n 95) 549.

⁹⁸ Garofoli (n 95) 556.

⁹⁹ Bkz. Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 494.

Sübjektif teorilerde model ajan ölçütüne başvurulmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar, her olay için tek bir model ajan ölçütü benimseniyordu (iyi bir aile babası, ortalama insan veya zamanının en ileri insanı vb.). Ancak toplum yaşamında insanın karşılaştığı sınırsız sayıdaki ve çeşitli tehlikeler bu kabulün haklı olmadığını ve birden fazla model ajan ölçütüne ihtiyaç olduğunu göstermiştir¹⁰⁰.

Öte yandan objektif özen yükümlülüğünü savunan yazarlar, bu yükümlülüğün belirlenmesinde failin kişisel özelliklerinin kural olarak dikkate alınmayacağı düşüncesini savunmaktadır¹⁰¹. Bu düşünce benimsendiği takdirde, nedensellik bağı dikkatle değerlendirilmeli¹⁰² ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini bertaraf eden ölçüsüz sonuçlara ulaşılmasından kaçınılmalıdır. Bu nedenle biz, failin yükümlülükleri genellenebilir belirgin bir sosyal gruba mensup olduğu hallerde daha objektif, konunun uzmanlık ve teknik bilgi gerektirdiği örnekler bakımından ise failin niteliklerini gözeterek görece sübjektif bir model ajan ölçütlerine başvurulmasını mümkün olduğunu düşünüyoruz. Kanımızca ceza sorumluluğunun kusurluluğu ve şahsiliği ilkelerini ihlal etmeden, hukuki güvenlik ilkesine uygun, öngörülebilir ve makul olan yol budur.

Fail, belirli bir sosyal gruba dâhil kabul edilebiliyorsa (örneğin araç sürücülerinin sahip olması gereken nitelikler görece daha somut ve genellenebilir niteliktedir), bu gruba giren insanların sahip olması gereken nitelikler ve tecrübe, taksirin belirlenmesi konusunda görece daha objektif ölçütler üzerinden değerlendirilebilir¹⁰³. Buna karşın konu, teknik içeriğe sahip olan tedbir kurallarına uyulması olduğunda, birden fazla model ajan ölçütüne başvurulması gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁰⁴. Bu hallerde model ajanın belirlenmesinde failin yaşı, mesleği, tecrübesi, uzmanlığı gibi içinde bulunduğu tüm şartlar göz önüne alınır. Bu aynı zamanda ceza sorumluluğunun şahsi ve kusura dayalı olmasının da bir gereğidir. Aksi takdirde, en ileri bilim ve tecrübenin esas alınması, süjelerin pek çoğu bu seviyeye ulaşabilir nitelikte olmadıklarından, aşırılığa ve objektif sorumluluğa yol açar¹⁰⁵. Dolayısıyla aynı meslek grubu içinde dahi birden fazla model ajan ölçütü oluşturulabilir. Bu nedenle kaçınılmaz olarak, ceza hukukunda taksir bakımından geçerli olan kusurluluk anlayışı medeni hukuka göre daha sübjektiftir. Failin şahsi becerileri, algılama gücü, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut olan özen yükümlülüğünü öngörece ve buna uygun hareket edecek durumda olması gerekir¹⁰⁶.

İştirak ancak kasıtlı suçlarda mümkündür ancak taksirli suçlarda kişilerin gerek birlikte (örneğin bir ameliyatta birlikte çalışan doktorlar) gerek karşılıklı (birden fazla aracın ve sürücünün karıştığı bir trafik kazası) davranışları, aynı olayda birden fazla failin sorumlu tutulmasına yol açabilir¹⁰⁷. Burada her failin üstüne düşen yükümlülük farklılık gösterebileceğinden, her bir failin durumunun bireysel olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁸. Grup içerisinde diğerlerinin davranışlarını denetlemekle sorumlu olan kişiler ise, sorumlulukları çerçevesinde taksirli fiilden sorumlu olmaya devam eder¹⁰⁹.

Bu durumda TCK'nın 22/4. maddesi uyarınca ceza failin kusuruna göre belirlenir. Bu noktada failin taksirli hareketine mağdurun taksirli hareketinin de eklenmesi, failin kusurlu sayılmasını engellemez¹¹⁰. Ancak mağdurun hareketinin, failin taksirli hareketini anlamsız kılacak düzeye varması halinde, (örneğin fail hız sınırını ihlal ederek araba kullanırken, mağdurun yukarıdan arabanın önüne düşmesi ve failin hız sınırına uysaydı dahi durmasının mümkün olmaması) sorumsuzluk söz konusu olabilir.

II. KARŞILAŞTIRMA

A. Ceza Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Hali Bulunmaması

Haksız fiil sorumluluğu alanında kural kusura dayalı sorumluluk olmakla birlikte, ceza hukukundan farklı olarak, istisnaî de olsa kusursuz sorumluluk halleri mevcuttur¹¹¹. Zira gelişen teknoloji ve günümüzün karmaşık sosyal ilişkiler ağı içinde meydana gelen zararlar bakımından kusurlu bir davranışın bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa kimin kusurlu olduğunun belirlenmesi zor, hatta imkânsız olabilmekte; gerçekleşen zararların tazmininde kusur esaslı bazı durumlarda yetersiz kalmaktadır¹¹². Buna karşın ceza hukuku alanında anayasal teminat altındaki mutlak bir ilke olan "kusursuz suç olmaz" ilkesi geçerli olup, kusursuz sorumluluk yoktur¹¹³. Ancak ceza hukukunda özellikle taksirli suçlara ilişkin verilen kararlarda, taksirli sorumluluğun objektif sorumluluğa varacak şekilde kanunilik ilkesine aykırı biçimde yorumlandığı örneklerle rastlanmaktadır.

¹⁰⁰ Marinucci ve Dolcini (n 68) 298; Giovanni Fiandaca/ Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Generale* (6. Bası, Zanichelli Editore 2009) 555; Garofoli (n 95) 554-556.

¹⁰¹ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 443 ve 444; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 258.

¹⁰² İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 259.

¹⁰³ Bkz. Canestrari (n 93) 140.

¹⁰⁴ Bkz. Canestrari (n 93) 141 ve 142.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu ve Toroslu (n 52) 236 ve 237.

¹⁰⁶ Özgenç (n 3) 274.

¹⁰⁷ Özgenç (n 3) 275; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 263.

¹⁰⁸ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 445; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 265.

¹⁰⁹ Toroslu ve Toroslu (n 52) 238; Zafer (n 96) 265.

¹¹⁰ Özgenç (n 3) 275.

¹¹¹ Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 76; Etier ve Sträuli (n 4) 57; Tandoğan (n 1) 350; Kılıçoğlu (n 1) 194.

¹¹² Tandoğan (n 1) vd.; Eren (n 4) 568 vd.

¹¹³ Bkz. yukarıda I.B.2.

B. İsnat Yeteneğinin Koşullarının Ayırt Etme Gücünün Koşullarına Nazaran Daha Ağır Olması

Davranışın faile isnad edilebilmesi ceza hukuku bakımından failde isnat yeteneğinin bulunmasına, medenî hukuk alanında ise failin ayırt etme gücünün bulunmasına bağlıdır. İsnat yeteneğinin varlığı için aranan gereklilikler ayırt etme gücüne nazaran daha fazladır¹¹⁴. Cezaî sorumluluğun kabulünde hukukî sorumluluğa nazaran daha sıkı davranılmasının temelinde ceza yaptırımının kişiyi en kıymetli değerlerinden olan ve bir temel insan hakkı olan özgürlüğünden mahrum bırakması yatmaktadır¹¹⁵. İsnat yeteneğinin ayırt etme gücüne nazaran daha zor kabulünün nedeni de budur.

Kişilerin algılama yeteneklerinin ve aklî melekelerinin yaşla birlikte gelişim gösterdiğinde tereddüt yoktur. Ceza hukukunda isnat yeteneği belirli yaş kategorilerine göre tayin edilir ve isnat yeteneğinin kabulü için asgarî yaş gerekliliği vardır. Cezaî sorumlulukta isnat yeteneği bakımından alt sınır çocuklar için 12 yaşın (TCK m. 31), sağır ve dilsizler bakımından ise 15 yaşın (TCK m. 33) tamamlanması olarak belirlenmiştir. Medenî hukuk alanında da yaş küçüklüğü ayırt etme gücünün varlığını engelleyen bir hal teşkil edebilir (TMK m. 13). Ancak medenî hukuk alanında ayırt etme gücü yaş kategorilerine göre derecelendirilmediği gibi, ayırt etme gücünün hangi yaşta kazanılacağına ilişkin asgarî bir yaş sınırı da belirlenmemiştir¹¹⁶. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı belirli bir fiile ilişkin olarak ve somut olayın koşullarına göre değerlendirilir¹¹⁷. Örneğin, normal zekâda 10 yaşında bir çocuk evde bulunan silâhla komşunun çocuğuna ateş ettiğinde, bu davranış bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu, davranışının kusurlu olduğu ve doğan zarardan kendi malvarlığı ile sorumlu olacağı sonucuna varılabilir. Buna karşılık, fiili işleyen çocuğun asgarî yaş sınırına ulaşmadığı için isnat yeteneği ve buna bağlı olarak cezaî sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ceza hukukunda ise fiilin niteliği 12-15 yaş arasındaki çocuklar ve 15-18 yaş arasındaki sağır ve dilsizlerin isnat yeteneğinin tayininde belirleyicidir¹¹⁸. Dolayısıyla bu kategoriler bakımından ayırt etme gücü ile isnat yeteneği benzeşmektedir. Zira bir suçun anti sosyal niteliğini kavramak çocuk için son derece kolayken, başka bir suç bakımından böyle olmayabilir¹¹⁹. Bu çocuklar bakımından sosyal inceleme raporu alınması gereklidir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca bu rapor, isnat yeteneğinin belirlenmesinde mahkeme tarafından göz önünde bulundurulur.

C. İsnat Yeteneği İle Ayırt Etme Gücü Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Ceza hukuku alanındaki sorumlulukla medeni hukuk alanındaki sorumluluğu birebir olarak birbiriyle karşılaştırmak ne tamamen mümkün ne de bir bütün olarak imkansızdır.¹²⁰ Bunun nedeni ayırt etme ve isnat yeteneği kavramlarının özünde iki farklı hukuk dalına ait olan ancak benzer amaçlara hizmet eden kavramlar olmasıdır. Biz bu noktada bardağın dolu tarafına bakarak, fikir verebilecek bir karşılaştırmayı mümkün olduğu ölçüde yapmaktayız:

Özünde iki kavram da aynı amaca hizmet etmektedir. Burada amaç kişinin medeni hukuk veya ceza hukuku uyarınca sorumlu olup olmayacağını ve buna dönük ölçütlerin belirlenmesidir. İki kavram ilgili kişinin algılama ve davranışların yönlendirilmesi becerilerine odaklanmaktadır. Ayırt etme gücünü ve isnat yeteneğini kaldıran hallerin de her iki hukuk dalında oldukça benzer olduğu görülmektedir.

Yukarıda görüldüğü üzere medeni hukuk alanında haksız fiil ehliyeti yaş kategorilerine göre derecelendirilmemiştir ve önemli olan her zaman hukuki işlemin veya fiilin niteliğidir. Dolayısıyla ayırt etme gücü medeni hukukta her durumda nisbidir. Ceza hukukunda ise yaş küçüklüğü ve sağır ve dilsizlik bakımından kişilerin cezaî ehliyeti yukarıda ele alınan yaş kategorilerine göre derecelendirilmiştir. Belirli bir yaşın altında kanununda yer alan aksi ispat edilemez karine gereği isnat yeteneği yoktur. Buna karşın çocuklarda 12-15, sağır ve dilsizlerde 15-18 yaş arasında da medeni hukuka benzer şekilde nisbi bir sistem benimsenmiştir. Yine akıl hastaları, geçici nedenler ve irade dışı alınan alkol bakımından da fiilin niteliği belirleyicidir.

Cezaî sorumlulukta isnat yeteneği bakımından çocuklar bakımından alt sınır 12 yaşın, sağır ve dilsizler bakımından ise 15 yaşın tamamlanması olarak belirlendiği halde, tazminat sorumluluğunda ayırt etme gücüne sahip olma bakımından bir alt yaş sınırı yoktur. Ceza hukukunda isnat yeteneğini kaldıran nedenler bulunabileceği gibi azaltan nedenler de bulunabilir. Medeni hukukta ayırt etme gücü ise somut bir davranış bakımından ya vardır ya da yoktur. Haksız fiil ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün azalması değil, ortadan kalkıp kalkmadığı belirleyicidir.

Haksız fiil alanında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin istisnâî durumlarda tazminat sorumluluğu bulunabilir. Buna karşılık,

¹¹⁴ Oftinger ve Stark (n 2) 226; Queloz ve Meylan (n 28) 143; Eren (n 4) 945; Kapancı (n 1) 527 dn. 65.

¹¹⁵ Etier ve Strâuli (n 4) 24; Kılıçoğlu (n 1) 197; Kapancı (n 1) 530.

¹¹⁶ Oftinger ve Stark (n 2) 222; Schwenzler (n 24) N 22.08; Tandoğan (n 1) 350; Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir (n 25) 55; Öz Seçer, "Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Fiil Hükümleri İle İlişkisi" in Ayşe Nuhoglu, M. Sinan Altunç ve Ceren Zeynep Pirim (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt II* (Beta Yayınevi 2014) 2647, 2651.

¹¹⁷ Bu noktada zarar verici fiilin türü ve tehlikeliliği, failin fiili gerçekleştirdiği andaki özellikleri belirleyicidir. Bkz. yukarıda I.A.1.b.

¹¹⁸ Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 373.

¹¹⁹ Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 375.

¹²⁰ Queloz-Meylan (n 28) 132.

isnat yeteneği bulunmayan kişinin cezaî sorumluluğu söz konusu olmaz. İsnat yeteneğinin azaldığı hallerde ise indirimli ceza verilmesi söz konusu olmaktadır.

D. Ceza Hukukunda Kusurun Varlığı Bakımından Kastın Asıl Olması

Kusurun türü (kast/taksir ayrımı) ceza hukukunda bazı suç tiplerinin oluşması, dolayısıyla cezaî sorumluluğun doğması bakımından önem arz eder. Ceza hukukunda kural, kastla işlenmiş fiillerin cezaî sorumluluk doğurmasıdır. Taksirli sorumluluk ise kanunilik ilkesinin bir gereği olarak ancak kanunda açıkça yazılan hallerde kabul edilmiştir¹²¹. Buna karşılık, haksız fiil alanında tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun türünün önemi yoktur; en hafif kusur dahi kural olarak sorumluluğun doğmasına yol açar. Ceza hukukunda kusurun kabulü için kural olarak kastın gerekli olması, haksız fiil alanında ise ihmalin yeterli olması, bazı fiiller bakımından failin cezaî sorumluluğu bulunmadığı halde tazminat sorumluluğunun bulunması sonucunu beraberinde getirmektedir¹²². Örneğin, bir kişi evinin penceresinin önüne saksıyı özenli yerleştirmedeği için saksı düşüp komşusunun arabasına hasar verse, mala zarar verme suçu kastla işlenen suçlardan olduğundan (TCK m. 151) bu kişinin cezaî sorumluluğu doğmaz, ancak zararı tazmin sorumluluğu söz konusu olur.

E. Ceza Hukukunda ve Medenî Hukukta Kast Kavramına Verilen Anlamların Benzer Olması

Kast kavramı gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta bilme ve isteme unsurlarını içermektedir. Ceza hukuku alanında da medenî hukuk alanında da kasten hareket eden fail hukuka aykırı neticeyi bilmekte (öngörebilmekte) ve bu neticeyi doğrudan istemekte ya da en azından göze almaktadır¹²³. Hukuken korunan bir değeri bilerek ve isteyerek ihlâl eden failin iradesini hukuk düzeninin tasvip etmeyeceği biçimde kullandığı açık olduğundan, kastla hareket edilmiş olması durumunda kınanabilirliğin varlığında tereddüt yoktur. Kastla hareket eden failin sorumluluğu gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta taksirle/ihmalle hareket eden faile nazaran daha ağırdır.

F. Ceza Hukukundaki Taksir Kavramının Medenî Hukuktaki Muadilinin İhmal Kavramı Olması

Ceza hukukunda kusurluluğun bir türü olan taksir, medeni hukukta ihmal kavramıyla karşılanmaktadır. Bu noktada ceza hukukunda hareketin bir türü olan ihmal kavramının, bu konunun dışında olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Ceza hukukunda hareket, ihmali veya icrai olabilir¹²⁴. İhmali hareket kasıtlı sorumluluğa yol açabileceği gibi (örneğin görevi kötüye kullanma, kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleşmesi), taksirli sorumluluğa da konu olabilir (örneğin taksirle ölüme sebebiyet verme). Dolayısıyla hareketin ihmali veya icrai olmasıyla, sorumluluğun kasıtlı veya taksirli olması birbirinden farklı konulardır.

Öte yandan ihmalin ceza hukuku bakımından normatif bir kavram olduğunun da altını çizmek gerekir.¹²⁵

G. Klasik Suç Teorisi Uyarınca Manevi Unsur Suçun Bir Unsuru İsnat Yeteneği ise Failin Bir Niteliği Olmasına Karşın Haksız Fiil Alanında Objektifleştirilmiş Kusur Anlayışının Hâkim Olması

Ceza hukukunda kusurun değerlendirilmesi bakımından subjektif kusur anlayışı hâkim iken, sorumluluk hukuku alanında objektifleştirilmiş kusur anlayışı hâkimdir¹²⁶. Ceza hukuku suçluyu bulmayı ve onu cezalandırmayı amaçlarken, özel hukuk borçluyu aramakta ve zararı tazmin etmeyi amaçlamaktadır¹²⁷.

Klasik suç teorisi uyarınca suçun işlendiğinin kabulü için suçun maddi unsurunun yanı sıra manevi unsurun da gerçekleşmiş olması (kast veya taksir) ve olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Bu değerlendirme isnat yeteneğine ilişkin değerlendirmeden bağımsızdır. Dolayısıyla fiil suç teşkil etse dahi, isnat yeteneği bulunmayan bir bireyin kınanması mümkün olmadığından, failin cezalandırılması mümkün değildir.

Ceza hukukunda isnat yeteneğine sahip failin bireysel psikolojik, zihnî, fizikî eksiklikleri, yetenek veya eğitim düzeyindeki eksiklik kusurun varlığının kabulüne engel olabilir. Oysa haksız fiil sorumluluğunda asıl amaç, sorumluyu cezalandırmak değil, zararın giderilmesi esas itibarıyla de malvarlığındaki azalmanın telâfisidir¹²⁸. Elbette ki bir kişiyi “suçlu” olarak nitelendirmenin ve özgürlüğünden mahrum bırakmanın koşulları, onu “borçlu” olarak nitelendirmenin ve tazminat ödemek zorunda bırakmanın koşullarına

¹²¹ Bkz. yukarıda I.B.3.b.

¹²² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 200; Werro (n 4) 69; Scyboz (n 4) 30 dn. 12; Tandoğan (n 1) 350; Kılıçoğlu (n 1) 194; Kapancı (n 1) 529.

¹²³ Bkz. yukarıda I.A.2.a. ve I.B.3.a.

¹²⁴ Davranışın türünün belirlenmesi ve ihmal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaprak Öntan, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 126 vd.; Selman Dursun, Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 193 vd.

¹²⁵ Öntan (n 124) 136.

¹²⁶ Oftinger ve Stark (n 2) 226; Werro (n 4) 62; Tandoğan (n 1) 350; Koçhisarlıoğlu (n 14) 79; Arslan (n 13) 323; Gümüş (n 14) 451.

¹²⁷ Koçhisarlıoğlu (n 14) 79.

¹²⁸ Etier ve Sträuli (n 4) 17; Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Eren (n 4) 592.

nazaran daha sıkı olmalıdır. Bu bakımdan, haksız fiil sorumluluğunda, failin ondan beklenen özeni gösterip göstermediğinin belirlenmesinde onun bireysel nitelikleri değil, objektif olarak aynı hal ve şartlarda ortalama makul tipten beklenebilecek davranış biçiminden sapıp sapmadığı esastır. Kusur değerlendirmesinde failin bireysel yetersizliklerinin (örneğin, yeteneksizliğinin, ayırt etme gücü bulunmak kaydıyla zekâ eksikliğinin, düşüncesizliğinin) dikkate alınmadığı, böylece objektif ve daha sıkı bir ölçünün uygulandığı haksız fiil sorumluluğu alanında kusurun varlığının kabulü, ceza hukukuna nazaran daha kolaydır¹²⁹.

Ceza hukuku alanında özen yükümlülüğünün kapsamı objektif ölçülere göre tespit edilirken, özen yükümlülüğüne aykırı davranışın faile kusur olarak izafe edilmesi bakımından subjektif bir ölçü kullanılmakta; bu kapsamda failin bireysel özellikleri göz önünde tutulmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu hususu pek çok kararında ifade etmiştir¹³⁰. Öte yandan özellikle taksirli sorumluluk konusunda, ceza hukukunda daha öngörülebilir ve genel ölçütlere yönelik bir arayış olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle failin belirli bir sosyal gruba ait olduğu örneklerde ve özel taksir hallerinde, genel taksire kıyasla daha somut ölçütlerden hareket etmenin mümkün olduğu görülmektedir.

Ceza hukukuna ilişkin yargı içtihatlarında failin bireysel özelliklerinden hareketle kusursuz bulunduğu pek çok olayda, haksız fiil sorumluluğu açısından failin kusurunun varlığı sonucuna varılabilir:

Ceza hukukunda failin deneyimsizliği, yeteneklerinin sınırlı olması gibi bireysel özellikler faile kusur izafe edilmesine engel olabilmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin gerekli güvenlik önlemlerini almadan yerleştiği garaj çıkış kapısının bir çocuğun sıkışarak ölümüne yol açtığı bir olaya ilişkin ceza yargılamasında, failin konuyla ilgili özel eğitiminin bulunmaması, deneyimsizliği gibi bireysel özelliklerini göz önünde tutarak subjektif anlayışa göre yaptığı kusur değerlendirmesi neticesinde faili kusursuz bulmuştur¹³¹. Bu kusur değerlendirmesi cezaî sorumluluk alanında doğru kabul edilebilse dahi, haksız fiil sorumluluğu bakımından meseleye yaklaşıldığında, objektif değerlendirmeye göre makul, ortalama tipin davranışından uzaklaşıp gerekli güvenlik tedbirlerini almamış olan işçi, ihmal ile hareket etmiştir ve kusurludur¹³².

Ceza hukukunda failin duyduğu acı, telâş gibi bireysel mazeretler de kusurun kabulüne engel olabilmektedir. Örneğin, Yarg. 12. CD, 2016/10968 E., 2018/6917 K., 19.06.2018 T.: “*Sanığın olay günü kardeşi de olduğu halde kendilerine ait kamyonet tipi araçla geceleyin şehir içinde seyrettikleri sırada aracın mazotu bitmesi sebebiyle artzalandığı, (. . .) sanığın (. . .) elindeki mazot bidonu ile araca yakıt takviyesi yaptığı tekrar filtreyi yerine takmak isterken havanın karanlık olması dolayısıyla filtreyi takacağı yeri görebilmek için çakmağı ateşlediği sırada yüzünün alev aldığı, can havliyle elindeki mazot bidonunu fırlattığı, bidonun kardeşi olan İ. . . ye isabet ederek yandığı, (. . .) yanık sebebiyle üç gün sonra hayatını kaybettiği, (. . .) olayın oluş biçimi göz önüne alındığında sanığın yüzünün yanması sebebiyle içinde bulunduğu tehlikeli durumu savuşturmak için can havliyle elindeki bidonu fırlattığı sırada bidonun kardeşine isabet ederek yanmasında sanıktan dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasının beklenemeyeceği nazara alındığında, sanığa kusur izafe edilemeyeceği (. . .)*”¹³³. Oysa bu olayda, failin alev alabilecek mazotun yanında çakmağı ateşlemiş olması da alev alan bidonu nereye isabet edeceğine bakmadan fırlatmış olması da haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal derecesinde kusurun bulunduğunu göstermektedir. Buna karşın ceza hukuku bakımından fail sorumsuzdur.

Bazı ceza davalarında özellikle köylerde küçük çocukların ölüm veya yaralanması ile sonuçlanan olaylarda, özen yükümlülüğünü ihlâl eden ana babaya köy koşulları içindeki işlerin ağırlığı nedeniyle çocukların gözetimi için zamanı bulunmaması (yoğunluk) gibi bireysel mazeretler nedeniyle kusur izafe edilmediği de görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin bir kararında “*İçinde bulunduğu köy yaşam koşulları, bilgi ve eğitim düzeyi, sosyal imkanları göz önüne alındığında, olay tarihinde sanığın eşinin başka köyde oturan annesini ziyarete gittiğinden ölen kızına sanığın baktığını, evin önünde odun keserken 2 yaşındaki kızının da yanında oynadığı anda ölenin evin önünde hayvanların su içmesi için su dolu olan çeşme oluğuna düşerek öldüğü olayda sanığa izafe edilebilecek ve kendisinin de içinde bulunduğu yaşam şartlarına aykırı düşün bir hareketinin olmadığı gözetilmeden (. . .) mahkumiyet hüküm tesisi, (. . .) Bozmayı gerektirmiş (tir)*” ifadelerine yer verilmiştir¹³⁴. Bu olayda 2 yaşındaki çocuğun su kaynağına yakın biçimde oynarken sürekli gözetim altında tutulmamış olması, objektif olarak aynı şartlar altındaki makul,

¹²⁹ Oftinger ve Stark (n 2) 226; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 14; Deschenaux/Tercier (n 1) 83 vd.; Koçhisarhoğlu (n 14) 80 vd.

¹³⁰ Örneğin, Yarg. CGK, 2008/1-150 E. 2008/192 K. 15.7.2008 T.: “5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımıyla belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak tutulacaktır. Burada, ortalama bir insan ve sair ölçü olarak alınmaz. Failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır.” Aynı ifadelerle yer verilen diğer bir karar için bkz. Yarg. CGK, 2018/1-451 E. 2019/456 K. 28.5.2019 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹³¹ Olayda, işveren bu konuda özel bir eğitimi bulunmayan işçiye bir binanın garaj kapısına ayrıca bir çıkış kapısı yerleştirme işini tevdi eder. İşçi çıkış kapısını yerleştirir, ancak çıkış kapısı açıldığında garaj kapısının çalışmasını engelleyen bir güvenlik sistemi koymaz. Dört yaşındaki bir çocuk çıkış kapısı ile oynarken garaj kapısı açılır ve çocuk çıkış kapısı ile duvar arasında sıkışarak ölür. İşçi hakkında taksirle ölüme sebep olma iddiasıyla ceza davası açılır. Nitelikli ve deneyimli olmayan bir işçinin işverenin talimatları ile hareket ettiği bu olayda İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin meslekî eğitiminin bulunmaması, deneyimsizliği, işverene bağımlı çalışması unsurlarını göz önünde tutarak, çıkış kapısının yerleştirilmesinin bir başkasının hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından tehlike arz edebileceğini düşünmemiş olmasından dolayı kınanamayacağından bahisle, işçinin kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir. BGE 122 IV 145. <www.swisslex.ch> E.T. 1.9.2023.

¹³² Haksız fiil sorumluluğu bakımından bu olayda işçinin kusuru bulunduğu konusunda bkz. Werro (n 4) 63.

¹³³ Karar için bkz. Serap Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 63 vd.

¹³⁴ Yarg. 2. CD, 2001/37653 E. 2002/5298 K. 1.4.2002 T. <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023.

ortalama kişiden beklenebilecek davranıştan sapma teşkil ettiği için, haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal vardır¹³⁵. Bu tür olaylarda, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin asıl sebebi çoğu zaman işlerin ağırlığı ve yoğunluğu gibi özel hukuk alanında kusursuz sayılmak için mazeret olarak kabul edilmeyen bireysel nedenlerdir. Söz konusu olaylarda ana babanın içinde bulunduğu sosyal kategorideki bireyler eğitim düzeyleri düşük olsa da çok küçük çocukların gözetim altında tutulmadıkları takdirde zarara uğrayabileceğini öngörebilecek durumdadır. Bu nedenle köy şartlarında yaşayan objektif örnek tipten de çok küçük çocuğu devamlı gözetim altında tutması beklenir.

Aslına bakılırsa 765 sayılı TCK döneminde gerçekleşen bu olayda failin ceza hukuku bakımından da kusursuz olduğunu söylemek güçtür. Yargıtay o dönemde, 5237 sayılı TCK ile hukukumuzda giren ve taksirli suçlarda kişinin ailevi ve kişisel durumunu bir cezasızlık nedeni¹³⁶ sayan TCK m. 22 f. 6 hükmü¹³⁷ benzeri bir düzenleme olmaması nedeniyle¹³⁸, acılı aile bireylerine ceza vermemek için dolambaçlı ve o dönemde hukuka uygun olmayan yollar izlemekteydi. TCK m. 22 f. 6 hükmüyle getirilen yerinde düzenlemeyle failin yaptığı şeyin suç olduğu ve kusurlu olduğu kabul edilebilmekte ancak failin kişisel ve ailevi şahsi durumunu dikkate alarak ceza vermemek hukukun çizdiği sınırlar içinde mümkün olabilmektedir¹³⁹. Her olayda hâkim, failin mağduriyetinin derecesini ve bu hususun ceza verilmesini gereksiz kılıp kılmadığını gerekçeli olarak değerlendirecektir¹⁴⁰. Görüldüğü üzere bu değerlendirme failin suç ve failin kusurlu olduğu tespit edildikten sonra yapılmakta ve insani bir şekilde kişinin bireysel durumu ve yaşadığı acı dikkate alınmaktadır.

H. Taksir ve İhmalin Derecelendirilmesinin Farklı Olması

Ceza hukukunda taksirin söz konusu olduğu hallerde, cezaî sorumluluğun kapsamı, taksirin bilinçli olup olmamasına göre farklılaşır. Taksirin türü tespit edildikten sonra ise, failin kusurluluğu cezanın belirlenmesinde etkili olur. TCK'nın 61. maddesi uyarınca (m. 61/1-f), hâkim failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, temel cezanın belirlenmesinde dikkate almalıdır. Tazminat sorumluluğunun kapsamının tespitinde ise belirleyici olan ihmalin ağır veya hafif olmasıdır¹⁴¹. Kanaatimizce bu farkın nedeni taksirin/ihmalin derecelendirilmesinde de taksirin/ihmalin varlığına ilişkin değerlendirmede olduğu gibi ceza hukukunda failin subjektif niteliklerinin göz önünde tutulmasına karşılık, tazminat sorumluluğunda başvuru ölçütün objektif olmasıdır. Zira bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayıran husus failin neticeyi fiilen öngörmüş olup olmamasıdır¹⁴². Yani, ayırmda failin subjektif durumu esas alınmaktadır. Oysa tazminat sorumluluğunda ağır ihmal-hafif ihmal ayırımında ölçüt özen yükümlülüğüne aykırılığın objektif derecelendirilmesidir. Her makul kişinin göstereceği özeni göstermemiş olan fail ağır ihmalle, ancak dikkatli kişilerin göstereceği özeni göstermemiş fail ise hafif ihmalle hareket etmiş kabul edilmektedir¹⁴³.

İ. Zararın Birden Çok Kişinin Kusurlu Davranışıyla Meydana Gelmesi

Zararın meydana gelmesine birden çok kişinin kusurlu davranışı sebep olmuş olabilir. Haksız fiil alanında birden çok kişi birlikte bir zarara sebep olduklarında, bu kişiler zarar görene karşı tazminatın tamamından müteselsil olarak sorumludur (TBK m. 61). Ancak kendi aralarındaki iç ilişkide bu tazminatın sorumlular arasında paylaşılması, payına düşenden fazlasını zarar görene ödeyenin bu fazlalık tutarında diğer sorumluya rücu imkânının bulunması gerekir. Sorumluların birbirine karşı rücu ilişkisinde (iç ilişkide) tazminat bu kişiler arasında "*bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu*" göz önünde tutularak paylaşılır (TBK m. 62 f. 1). Haksız fiil sorumluların ortak veya bağımsız kusurlarından doğmuşsa, rücu düzeni belirlenirken, öncelikle sorumluların kusur dereceleri göz önünde tutulur¹⁴⁴. Örneğin, (A) ve (B), kusurlarıyla (C)'nin yaralanmasına yol açmışlar ve (C) 100.000 TL. maddî zarara uğramıştır. (A) da (B) de (C)'ye karşı tazminatın tamamı olan 100.000 TL.'nin ödenmesinden sorumludur. (A) ve (B) eşit kusurlu ise (yani % 50- % 50 kusurlu iseler), kendi aralarındaki iç ilişkide (A) tazminatın 50.000 TL kısmından, (B) de 50.000 TL. kısmından sorumludur. Görüldüğü üzere, iç

¹³⁵ Benzer bir karar için bkz örneğin, Yarg. 2. CD, 2000/39 E. 2000/449 K. 31.01.2000 T.: "*İçinde bulunduğu köy yaşam koşulları bilgi ve eğitim düzeyi sosyal imkanları göz önüne alındığında, bulgur kaynatmak için evin damında bulgur ayıklarken 3 yaşındaki oğlunun damdan düşerek ölmesi olayında sanığa izafe edilebilecek ve kendisinin de içinde bulunduğu yaşam şartlarına göre aykırı düşen bir hareketinin olmadığı gözetilmeden (. . .) mahkumiyet hükmü tesisi, Bozmayı gerektirmiş (. . .)*". <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023. Söz konusu olayda 3 yaşındaki çocuğun damda sürekli gözetim altında tutulmamış olması nedeniyle haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal vardır.

¹³⁶ Düzenlemenin hukuki niteliğine yönelik ayrıntılı bir tartışma ve sonuç olarak bir şahsi cezasızlık sebebi değil, cezaı kaldıran şahsi neden olduğu yönünde bkz. Meraklı (n 53) 355 ve 356.

¹³⁷ TCK m. 22 f. 6'ya göre "*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmaz*".

¹³⁸ O dönemde yapılan, bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönünde eleştiriler için bkz. İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 268.

¹³⁹ Hükmün yerinde olduğu yönünde bkz. Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 391. Düzenlemenin daha iyi şekilde nasıl formüle edilebileceğine ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. Meraklı (n 53) 360-363.

¹⁴⁰ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 469.

¹⁴¹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 196 vd.; Eren (n 4) 665.

¹⁴² Koca ve Üzülmüş (n 3) 232.

¹⁴³ Oftinger ve Stark (n 2) 219 vd.; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a, 199; Eren (n 4) 665.

¹⁴⁴ Eren (n 4) 940.

ilişkide tazminatın sorumlular arasında paylaştırılabilmesi için bu kişilerin kusurlarının belirli yüzdeler ile tespit edilmesi (kusurun oransal tespiti) gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Oysa cezaî sorumluluk bakımından birden çok kişinin kusurlu davranışı neticesinde zarar meydana gelmişse, bu kişilerin kusurlarının oransal olarak rakamla ifade edilme gerekliliği bulunmamaktadır. Hatta bu tür oransal kusur hesabının, örneğin kusurun toplamı 8/8'e tekabül edecek biçimde dağıtılmasının kişilerin yanında yola, hayvanlara da kusur dağıtılması gibi yanlış uygulamalara sebebiyet verebileceği belirtilerek bu tür uygulamalar eleştirilmektedir.¹⁴⁵ Kanaatimizce de tazminat hukukunda zorunlu olan kusurun birden çok sorumlu arasında oransal (rakamsal) dağıtımına, ceza hukukunda gerek yoktur. Haksız fiil alanında birden çok kişi bir zarara kusurları ile sebep olduklarında tazminat taktır. Zarar gören fail sayısı kadar tazminata hak kazanmaz, tutarı belli tek bir tazminata hak kazanır. İç ilişkide ise bu tek tazminatın sorumlular arasında paylaştırılması gerekir. Oysa cezaî sorumlulukta, birden çok fail bulunduğu tek bir cezaya hükmedilip bu tek cezanın da failer arasında paylaştırılması söz konusu değildir. Her bir faille suçuna ilişkin olarak ayrı ceza verilir. Sorumluluğun paylaştırılmasının gerekli olmadığı yerde, paylaştırmada esas alınma zorunluluğu bulunan bir oransal (rakamsal) kusur tespitine de gerek yoktur.

J. Zarar Görenin Ortak Kusurunun Sorumluluğa Etkisi

Zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya artmasındaki ortak kusuru (müterafik kusuru), failin eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı kesmedikçe gerek ceza hukukunda gerekse de özel hukukta failin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak zarar görenin ortak kusurunun failin gerek cezaî sorumluluğunun gerekse de tazminat sorumluluğunun kapsamını azaltan etkisi vardır.¹⁴⁶ Örneğin, trafik kazalarında hem araç şoförünün hem de yayanın trafik kurallarına uymaması nedeniyle ölüm ve yaralanmalar meydana gelebilmektedir. Ceza hukukunda zararlı sonucun gerçekleşmesinde failin yanında mağdurun da taksiri varsa, taksirler arasında bir takas/mahsup söz konusu olmaz, fail taksirli hareketi nedeniyle kusuruna göre sorumlu tutulur.¹⁴⁷ Mağdurun da kusurunun bulunduğu durumlarda failin cezaî sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte, mağdurun ortak kusuru, failin taksirinin daha hafif değerlendirilmesine ve böylece failin daha az ceza almasına yol açabilir.¹⁴⁸ Haksız fiil alanında da zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olan kusuru tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir (TBK m. 52 f. 1). Bu alanda da zarar görenin ortak kusuru fail ile zarar görenin kusurlarının mahsubuna yol açmamakta, ancak tazminatın indirilmesi sebebi teşkil etmektedir.¹⁴⁹

Bu noktada ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusurluluğu ilkeleri mutlak sınırdır. Özel taksirin varsayılan bir taksir olduğu görüşü kesinlikle kabul edilemez, zira bu varsayım bahsedilen sınırı aşar. Özel taksirin objektif sorumluluk hipotezlerini gizleyen bir maskeye dönüşmemesi için, yazılı normların daima gerçek anlamda önleyici kuralları düzenlemesi gerekir. Öte yandan önleyici yazılı normlara uymama, neden olunan tüm neticeler için değil, yalnızca bu normun koruma alanında kalan neticeleri kapsar. Bu neticeler dışında kalan sürpriz sayılabilecek neticeler, cezai sorumluluğa yol açamaz.¹⁵⁰

Bir diğer olasılık olarak mağdurun veya diğer kişinin hareketinin, failin hareketiyle nedensellik bağımlı kesmesi de söz konusu olabilir. Kaza, mücbir sebep, tesadüf, cebir ve tehdit gibi hallerde failin neticeyi görüp engelleyememesi dolayısıyla kusurlu sayılması mümkün değildir.¹⁵¹ Örneğin fail hız kurallarını ihlal ettiği sırada, karanlıkta karşıdan karşıya geçilmesi mümkün olmayan bir yerden karşıya geçen koyu renkli kıyafet giyen bir kişiye çarparsa, failin hız kuralına uysaydı dahi bu kişiyi göremeyeceği sonucuna varılabiliyorsa, bu durum failin cezai anlamda sorumlu tutulmasının önüne geçebilir.

K. Ceza Mahkemesinin Kusurun Varlığı Konusundaki Kararlarının Hukuk Hâkiminin Kararına Etkisi

Ceza mahkemesinin kararının failin kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin kısmının aynı eylem bakımından hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasına etkisi beraat kararları ve mahkûmiyet kararları bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

¹⁴⁵ Taksirli hareketlerin birleşmesi halinde, zarar yol açan birden çok kişiden her biri kendi kusurlu fiilinden ötürü kendi kusuruna göre sorumlu tutulmalıdır. Mülga 765 s.lı TCK'nın düzenlemeleri karşısında uygulamada kabul gören taksirli suçlarda kusurun 8/8 ilâ 1/8 üzerinden dağıtılması esasına dayalı değerlendirmenin yeni TCK bakımından dayanağı bulunmadığı doktrinde ifade edilmektedir. Özgenç (n 3) 276 vd.

¹⁴⁶ Yılmaz Günel, "Müterafik Kusur" [1961] 16 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 208, 220. Haksız fiil alanında zarar görenin kusuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (n 16) 514 vd.

¹⁴⁷ Özgenç (n 3) 279; Koca ve Üzülmüş (n 3) 228.

¹⁴⁸ Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir" [2013] 3 Ankara Barosu Dergisi 317, 328.

¹⁴⁹ Bazı yazarlar, haksız fiil alanında TBK m. 52 uyarınca fail ile zarar görenin kusurlarının mahsubu imkânının bulunduğunu ifade etmektedirler. Örneğin, bkz. Arslan (n 13) 322; Kılıçoğlu (n 1) 194. Ancak kanaatimizce TBK m. 52 ile hukuk hâkimine tanınan imkân fail ile zarar görenin kusurlarını mahsup imkânı değildir. Zira öyle olsaydı, fail ile mağdurun kusurlarının ağırlığı eşit ise, mahsup sonucu failin kusuru kalmaz, tazminat sorumluluğu da doğmazdı. Oysa böyle bir durumda failin tazminat sorumluluğu doğar, ancak tazminattan indirim yapılır.

¹⁵⁰ Bkz. Toroslu ve Toroslu (n 52) 240-242.

¹⁵¹ Zafer (n 96) 265 ve 266.

1. Beraat Kararı Verilen veya Sübut Yönünden Bir Karar Verilmeksizin Sonuçlanan Davalar Bakımından

Hukuk hâkiminin failin kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi konusunda aynı olay bakımından ceza mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararı ile bağlı olmadığı TBK m. 74 f. 1'de açıkça ifade edilmiştir. Tazminat davasında hukuk hâkimi ceza mahkemesince önceden verilen beraat kararına rağmen, failin kusurunun varlığına ve tazminat ödemesine hükmedebilir¹⁵².

Suçsuzluk karinesi bir yönüyle, ceza muhakemesinin mahkûmiyet dışında bir şekilde sonuçlandığı örneklerde, bu durumdaki kişiler hakkında yapılan paralel veya sonraki yargılamalar diyebileceğimiz; disiplin yargılamasında, hukuk yargılamasında ve idari davalarda ilgili makamların kişinin suçsuz olduğuna yönelik kabule saygı gösterilmesini gerektirir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun verdiği *Barış Baş*¹⁵³ ve *Hüseyin Sezer* başvurularında¹⁵⁴ idari yargı kolunda oluşan ihlaller bağlamında önemli tespitlere yer verilmiştir. Bu genel tespitleri göz önünde tutarak biz burada, hukuk muhakemesiyle ilgili bir başvuru olan *Ahmet Teyit Keşli* (4)başvurusunda verilen ihlal kararını ön plana çıkartmak istiyoruz:

Başvurucunun özel evrakta sahtecilik suçunu işlediği iddiasıyla Bursa 2. Asliye Ceza Mahkemesinde (Ceza Mahkemesi) yargılandığı davada 2.2.2012 tarihli ek kararla 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine (kararın verildiği tarihte istinaf kanun yolu yürürlüğe girmemiş), Yargıtay tarafından temyiz inceleme tarihine kadar dava zamanışımının dolduğu gerekçesiyle 27.09.2012 tarihinde düşme kararı verilmiştir. Başvurucu; ceza yargılamasına ilişkin temyiz incelemesinde zamanışımı sebebiyle esasa ilişkin bir inceleme yapılmamasına rağmen hukuk yargılamasına ilişkin gerekçeli kararda kendisinin suçlu gibi gösterildiğini, ceza yargılamasına konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının karara yansıtıldığını belirterek suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁵⁵.

Olayda hem yerel mahkeme (asliye hukuk) hem de bölge adliye mahkemesinin hukuk dairesi, kararlarında başvurunun özel belgede sahtecilik suçundan mahkûm olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁶. Oysa ilk derece mahkemesinde kişi suçlu bulunduktan sonra dava zamanışımı nedeniyle düştüğünden, kişinin nihai durumda mahkûm olduğunu söylemek mümkün değildir.

AIHM, ceza muhakemesinin uyuşmazlığı esastan çözen bir karar ve veya beraatle sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, mağdurlar tarafından yapılan hukuki tazminat taleplerini içeren davalarda, tazminat yargılamasında cezai sorumluluğa hükmedilmemiş olmasına saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak bu, daha az katı bir ispat yükümlülüğü temelinde aynı olaylardan kaynaklanan tazminat ödeme sorumluluğunun tesis edilmesine engel değildir. Öte yandan, tazminata ilişkin kararda, davalı tarafın cezai sorumluluğu olduğuna dair ifadeler yer alması halinde, bu durum suçsuzluk karinesini ihlal eder¹⁵⁷.

Beraat kararı verilen örneklerde ise, verilen beraat kararının dayanağı ve bu dayanaktan yola çıkılarak yapılan değerlendirmeler konunun önemli noktasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda beraat hükmüyle bağlantılı ve konumuzla ilgili iki hüküm vardır. Bunlardan biri yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b), diğeri ise yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasıdır. (CMK 223/2-e) Uygulamada suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle beraat kararının oldukça az sayıda verildiği görülmektedir. Bu kararın daha çok sanığın olay yerinde olmadığını ispatladığı (alibi gösterebildiği) örneklerde verildiği bilinmektedir.

Suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasına (CMK 223/2-e) ilişkin bende ise sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak bu tür kararlar bakımından ceza mahkemeleri dışındaki yargı organlarında CMK'nın 223/2-b bendi uyarınca verilen beraat kararlarını

¹⁵² Oftinger ve Stark (n 2) 226; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 14; Tandoğan (n 1) 350-351; Kılıçoğlu (n 1) 197. Yarg. 10. HD, 2016/6546 E. 2018/5380 K. 31.05.2018 T.: "ceza davasında kusur yokluğu nedeniyle verilen beraat kararları hukuk hakimini bağlamaz. Yukarıdaki ilkelere çerçevesinde davalıların kusurunun bulunup bulunmadığı uzman bilirkişi heyeti tarafında düzenlenecek raporda irdelenmelidir." <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023.

¹⁵³ *Barış Baş* başvurusunda, ceza mahkemesi öğretmen olan sanığın öğrenciyeye tokat attığının sabit olmadığını belirterek şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca beraat kararı vermiştir. İdare mahkemesi bu tespiti tartışmaya açacak şekilde kişinin yüzünde oluşan kızamıklarının aslında atılan tokat nedeniyle oluştuğu konusunda bir takım çıkarımlar yapmıştır."64. Somut olayda disiplin makamları, incelemelerinin kapsamını başvurunun M.İ.ye tokat atması failinin dışındaki eylemlerle (örneğin başvurunun öğrenciyeye bağırması, onu kravatından sertçe tutarak başını çevirmesi fiilleri) sınırlı tutmamış; aksine tokat atma fiiline ilişkin olarak da değerlendirme yapmıştır. Tokat atma fiili Ceza Mahkemesinde yargılama konusu olmuş ve başvuru bu suçlamadan beraat etmiştir. Ancak Bölge İdare Mahkemesi kararlarında, başvurunun Ceza Mahkemesindeki yargılamadan beraat etmesine rağmen beraate konu fiil tekrar tartışılmıştır. Bölge İdare Mahkemesi, gerekçesini özellikle Ceza Mahkemesinin beraat kararında dayanan argümanlara cevap verecek şekilde oluşturmuştur. (...) 65. Bölge İdare Mahkemesi, ceza mahkemesi kararında ulaşılan sonucu tartışmaya açmanın yanında kararı okuyanlarda başvurunun nitelikli yaralama suçunu işlediği izleniminin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla masumiyet karinesinin ikinci boyutu ihlal edilmiştir. 66. Ayrıca ceza mahkemesinin ulaştığı kanaatin isabetli olmadığını veya hatalı olduğunun düşünülmesinin idari mahkemenin başvurunun masumiyetine saygı gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Ceza Mahkemesi kararındaki isabetsizlik masumiyet karinesine istisna getirilmesini gerektiren bir durum değildir. Masumiyet karinesine saygı gösterilmesindeki kamusal yarar, bazı durumlarda haksızlık teşkil eden fiili işleyen disiplin yönünden yaptırımsız kalmasını bile haklılaştırarak derecede önemlidir." *Barış Baş* başvurusu [GK], 02.07.2020.

¹⁵⁴ Hüseyin Sezer Hüseyin Sezer [GK], 02.07.2020.

¹⁵⁵ Ahmet Teyit Keşli (4), 25/2/2021, § 8 ve 20.

¹⁵⁶ "39. Mahkeme kararında "...Ne var ki davacı özel evrakta sahtecilik suçundan da mahkûm olmuştur..."", Bölge Mahkemesi kararında ise "...davacı avukatın özel evrakta sahtecilik suçundan mahkûm olmasının davalı şirket tarafından öğrenilmesi üzerine 6/3/2013 tarihinde davalı şirket tarafından yapılan azil haklı görüldüğünden ...başka bir anlatımla davacı avukatın özel evrakta sahtekarlık suçundan mahkûm olması..." " şeklinde yer alan ifadelerle başvurunun kendisine isnat edilen eylemlen suçlu bulunduğu yönünde ve başvurucuya cezai sorumluluk yükler nitelikte bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Kararlarda geçen ifadelerin gerek kullanılan dil gerekse bağlantı itibarıyla ceza hukuku anlamında ve teknik unsurlarıyla ceza davasına konu suçun işlendiğine işaret ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

40. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Mahkemece hakkında herhangi bir mahkûmiyet kararı bulunmayan başvurunun ceza yargılamasına konu eylemleri işlendiğinin sabit olduğu varsayımına dayanılarak karar verildiği anlaşıldığından başvurunun Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." Ahmet Teyit Keşli (4), 25/2/2021, § 39 ve 40.

¹⁵⁷ Vella/Malta, § 56; Ringvold/Norveç, 11.02.2003 § 38. Aynı yönde bkz. Jean-François Renucci, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, (2. édition, Paris 2012) 551; Buzelli ve Casiraghi ve Cassibba ve Concolino ve Pressacco, (n 78) 93.

“*esaslı beraat*” sayma, buna karşın CMK’nın 223/2-e bendi uyarınca verilen beraat kararlarını sorgulama şeklindeki yaygın bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Oysa AİHM içtihadında da açıkça edildiği üzere¹⁵⁸, beraat kararından sonraki davalarda, sanığın masumiyetine ilişkin şüphelerin dile getirilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez ve bu açıdan yerel mahkemeler tarafından kullanılan dil kritik öneme sahiptir.

Öncelikle belirlemek gerekir ki CMK’nın 223/2-e bendi uyarınca verilen kararların delil yetersizliğinden beraat şeklinde anılması, suçsuzluk karinesini açıkça ihlal eden bir yaklaşımdır. Zira delil yetersizliği demek aslında “*sanığın suçunun sabit olduğu biliniyor, ancak delil bulunmadığı için mahkûm edilemiyor*” demektir. Oysa bir mahkemenin, delile dayanmayan bir yargısı olamaz, zira delil yoksa sübut ve ispat yoktur. Aksi bir mantıkla, ceza mahkemesinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinden faydalanarak beraat eden kişilerin aynı fiilin gerçekleştiği yönünde bir kabule dayanarak hukuk yargısı önünde tazminata mahkûm olması veya aldıkları disiplin cezasının hukuka uygun bulunması kabul edilemez¹⁵⁹.

Dikkat edilirse burada konu, farklı hukuk alanlarının sorumlulukla ilgili ilkelerinin birbirinden farklı olması değildir. Böyle olduğu takdirde, elbette farklı yargı kollarında farklı sonuçlar çıkabilir. Benzer şekilde bir hukuk mahkemesi veya idare mahkemesinin ele aldığı olayın kapsamı, ceza hukukunda suç teşkil eden fiilden çok daha geniş olduğu için, beraat eden dolayısıyla ceza hukuku kapsamında fiili işlemediği sabit olan sanığın, bu daha geniş kapsamda tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁶⁰. Sonuç olarak ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği kabulüne dayanan her türlü karar, suçsuzluk karinesini ihlal eder. Bu nedenle sonraki ve paralel yargılamaları yapan mahkemeler bu kabule saygı gösterecek şekilde ve tabi oldukları mevzuata bağlı kalarak karar vereceklerdir. Ancak bu kararlar her yargı kolunun, kendi alanında hukuku baştan yazdığı bir düzene dönüşmediği ve birbirini tamamladığı ölçüde hukuka, Anayasa’ya ve adil yargılanma hakkına uygun olur.

2. Mahkûmiyet ve Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararları Bakımından

TBK m. 74 f. 2 hükmünde ceza mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararının kusurun varlığına ilişkin kısmının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamadığı hususu açık değildir. Tazminat davasında hukuk hâkimi ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla kusurunun bulunduğu hükmettiği bir failin kusurunun bulunmadığına hükmedebilir mi? Mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı kusurun varlığı konusunda hukuk hâkimini bağlar. Ceza hukukunda kusur kavramı özel hukuka nazaran daha dar olduğundan, ceza mahkemesi kusurun varlığını tespit etmişse, artık özel hukuk bakımından da kusurun varlığı evleviyetle kabul edilmelidir¹⁶¹. Bazı Yargıtay kararları da bu yönde olup, davalı hakkında ceza mahkemesinde mahkûmiyet kararı verilmişse, hukuk davasında da davalıya her halde bir miktar kusur verilmesi gerektiğine hükmedilmektedir¹⁶². Bir başka görüşe göre ise, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı kusurun varlığı konusunda hukuk hâkimini bağlamaz. Her ne kadar mahkemelerin birbirine zıt kararlar vermesi yargıya güveni zedeleyebilecek bir durum olsa da amaç adaletin gerçekleşmesi olduğundan, hukuk hâkimine önemli nedenlerin bulunması halinde -farklı sonuca varmasının gerekçesini açıklamak kaydıyla- ceza mahkemesinin kusurun varlığı hakkındaki kabulünden ayrılma imkânı tanınmalıdır¹⁶³. Bazı Yargıtay kararlarında da ceza mahkemesinin sanığın kusurunun varlığına ilişkin kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁴.

Kanaatimizce, haklı gerekçelerin bulunduğu istisnaî durumlarda özellikle yalancı tanıklık yapılmış olması, yeni olay ve delillerin bulunması gibi ceza hukuku bakımından hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilecek durumlar (CMK m. 311) varsa, hukuk hâkimi adaletin sağlanması bakımından ceza mahkemesinin kusurun varlığına ilişkin kararının aksine bir karar verebilmelidir. Zira aksi yönde bir kabul, ikna edici bir gerekçe bulunmaksızın adaletin sağlanmasına engel olur. Şu halde örneğin ceza davasında tanıkların ifadeleri ile failin kusurlu olduğu sonucuna varılmış, ancak ceza davasını takiben açılan tazminat davası sırasında ortaya çıkan ve yeni bir delil olarak sunulan kamera kayıtları ile olayın farklı bir şekilde geliştiği sonradan ortaya çıkmışsa, hukuk hâkimi davalının kusuru bulunmadığı gerekçesiyle tazminat davasını reddedebilmelidir. Bu tür bir kabul suçsuzluk karinesine de aykırılık teşkil etmez. Bu örnekte birey ceza davasında zaten mahkûm olduğu için, suçsuzluk karinesinin devreye girmesi söz konusu değildir.

¹⁵⁸ Fleischner/Almanya, 03.10.2019, § 61; *Vella/Malta*, 11.02.2014, § 57; *Allen/Birleşik Krallık*, 12.07.2013, § 126.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, ‘Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme’ in Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenme Hakkı Sempozyum Kitabı (Özel Ofset 2022) 74-77.

¹⁶⁰ Cezaî ve hukukî sorumluluğunun farklı vakalara dayandığı tespiti için bkz. Fleischner/Almanya, § 68.

¹⁶¹ Tandoğan (n 1) 352; Kılıçoğlu (n 1) 202; Seçer (n 116) 2655; Bahattin Aras, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin Yayınları 2014) 126.

¹⁶² Yarg. 10. HD, 2020/319 E. 2020/4122 K. 30.06.2020 T.: “ceza davasında kusurun varlığına ilişkin maddi olgu hukuk hâkimini bağlayacağından, kesinleşen ceza mahkemesi kararı ile mahkûm olanlara da herhalde bir miktar kusur verilmesi gereği gözetilmeksizin karar verilmiş olması isabetsiz olmuştur.” Aynı yönde: Yarg. 10. HD, 2020/9936 E. 2021/671 K. 25.01.2021 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶³ Keller Alfred, *Hafpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl., Stämpfli Verlag 2002) 126; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 19; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 712 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 579 vd.; Oğuzman ve Öz (n 13) 84; Eren (n 4) 946.

¹⁶⁴ Yarg. 17. HD, 2016/14262 E. 2019/6782 K. 27.05.2019 T.: “hukuk hâkimi, (...) kusurun bulunup bulunmadığı ve oranına ilişkin ceza mahkemesi kararı ile bağlı olmadığı gibi, (...) ceza davasının sadece araç sürücüsü olan davalıya karşı açıldığı ve anılan kusur raporu gereği verilen mahkûmiyet kararının temyiz incelemesinden geçmeden kesinleştiği görülmektedir.” Yarg. 3. HD, 2018/3332 E. 2018/7499 K. 3.07.2018 T.: “ceza davasında kusur dağılımı yapılmakla birlikte orada belirlenen kusur oranı ceza kurallarına göre araştırılıp tespit edildiğinden hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte değildir. Bu durumda mahkemenin bilirkişilerden ek rapor alarak, yangının çıkmasında davalıların kusuru olup olmadığı ve varsa oranı belirlendikten sonra (...) karar vermesi gerektiği”. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

Ceza verilmesine yer olmadığına yönelik kararlar da, mahkemenin sübut konusunda açıkça belirleme yapması bakımından mahkumiyet kararlarına benzemektedir. Bu kararlarda failin fiili işlediği tespit edilmekte ancak buna karşın ceza hukuku bakımından kınanabilir olmadığı kabul edilmektedir. Bu kararlar bakımından hukuk hakimi, özel hukuk alanının kuralları uyarınca kusurluluk meselesini değerlendirecek ve buna göre tazminata hükmedecektir.

L. Ceza Mahkemesinin Kusurun Ağırlığı Konusundaki Kararlarının Hukuk Hâkimin Kararına Etkisi

Ceza mahkemesinin gerek beraat kararı (TBK m. 74 f. 1) gerekse de mahkûmiyet kararı (TBK m. 74 f. 2) kusurun değerlendirilmesi (kusurun ağırlığının tayini) bakımından hukuk hâkimini bağlamaz. Bu çerçevede, ceza mahkemesinin belirlediği kusur oranları da hukuk hâkimini bağlamaz¹⁶⁵. Yargıtay da bazı kararlarında bu hususa işaret etmiştir¹⁶⁶. Öte yandan Yargıtay'ın son yıllardaki bazı kararlarında ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında kabul edilen kusur oran ve aidiyeti ile hukuk davasında kabul edilecek kusur oran ve aidiyeti arasında çelişki bulunmaması gerektiği yönünde ifadeler yer almaktadır¹⁶⁷. Kanaatimizce, söz konusu ifadeler hukuk hâkiminin ancak gerekçelerini açıklamak suretiyle ceza mahkemesinin kusur değerlendirmesinden ayrılma imkânı bulunduğu biçiminde anlaşılmalıdır. Zira TBK m. 74 f. 2'nin kusurun değerlendirilmesi konusunda hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bağlı olmadığına ilişkin açık düzenlemesi karşısında, hukuk davasında ceza davasındaki kusur oranlarından farklı kusur oranı tayin edilemeyeceğine hükmedilmesi kanunun açık hükmüne aykırı olur.

Son olarak bu noktada en önemli sorunun, bilirkişiden kusur tespiti yapmasının istenilmesi olduğunun altını çizmek istiyoruz. Hem hukuk hem de ceza muhakemesinde sıklıkla görülen bu durum, CMK'nın 63. HMK'nın ise 266. maddelerinde birebir aynı şekilde yer alan “hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz” kuralına aykırıdır. Zira kusurun değerlendirilmesi tamamen hukuki bir konudur. Burada bilirkişinin görevi tarafların yükümlülüklerinin, bunu ne kadar yerine getirdiklerinin veya getirmediüklerinin ve zararın kendi uzmanlık alanlarına giren teknik boyutuyla belirlenmesidir¹⁶⁸. Bilirkişi raporları bu sınırlarda kalmalı, hâkim söz konusu raporu değerlendirerek kusur tespitini kendisi yapmalıdır. Bunun yapılmaması halinde uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere kast, taksirin ve ihmalin iş güvenliği uzmanları, mühendisler ve hukuk fakültesi mezunu olmayan çeşitli meslek grupları tarafından değerlendirilmesi suretiyle, ceza sorumluluğunun temel ilkelerine aykırı sonuçlara ulaşılması kaçınılmaz olur.

SONUÇ

Kusur, hukukî sorumluluğu ve cezaî sorumluluğu kuran temel unsurlardan biridir. Kusur kavramına medenî hukuk ve ceza hukuku alanlarında verilen anlamlar birbiriyle tam olarak örtüşmez. Haksız fiil kusuru ve cezaî kusur bazı yönleriyle benzerlik arz etmekle birlikte iki farklı alanın kendine has özellikleri, özellikle farklı amaç ve yaptırımları çerçevesinde kusur anlayışları da farklı şekillenmiştir. Kişinin toplumsal menfaatleri ihlâl etmiş bir “suçlu” olduğu yargısına varmanın ve onu özgürlüğünden yoksun bırakmanın koşulları, kişinin bireysel menfaatleri ihlâl etmiş bir “borçlu” olduğu yargısına varmanın ve ona tazminat ödetmenin koşullarına nazaran elbette daha ağır olmalıydı. Nitekim bugün gelinen noktada cezaî kusurun varlığının kabulü, haksız fiil kusuruna nazaran daha zor bir hal almıştır.

Kusur kavramına haksız fiil ve suç bakımından verilen anlamlar arasındaki benzerlikler ve farklar konusunda bu çalışmada tespit ettiğimiz başlıca hususlar şunlardır:

1. Kusur kavramı hem haksız fiil hem de suç bakımından hukuk düzeni tarafından kınanma yargısına dayanır. Ancak neyin kınanabilir olduğunun belirlenmesinde ceza hukukunda kanunla belirlenmiş, bireysel ve mümkün olduğu ölçüde objektifleştirilmeye çalışılan ölçütlerin ön plânda olduğu fail odaklı bir yaklaşım, medenî hukuk alanında ise toplumsal, hukukî ölçütlerin öne çıktığı davranış odaklı bir yaklaşım hâkimdir.

2. Günümüz toplum hayatında kusur sorumluluğunun bazı durumlarda meydana gelen zararların tazmininde yetersiz kalabilmesi nedeniyle haksız fiil sorumluluğu alanında istisnaî de olsa kusursuz sorumluluk halleri vardır. Anayasa'da ceza sorumluluğunun

¹⁶⁵ Deschenaux ve Tercier (n 1) 212; Tandoğan (n 1) 352 vd.; Eren (n 4) 946; Kılıçoğlu (n 1) 201; Kapancı (n 1) 527; Aras (n 157) 123. Hukuk hâkimi olayda kast mı ihmal mi olduğunu, ihmal varsa hafif mi ağır mı olduğunu kendisi değerlendirir. BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 19a.

¹⁶⁶ Örneğin bkz. Yarg. 21. HD, 2019/2833 E. 2019/8066 K. 24.12.2019 T.: “Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve yerleşik yargıtay uygulamasına göre; hukuk hâkimi, ceza davasındaki kusur oranları ile bağlı değilse de, kesinleşen ceza mahkemesi kararıyla saptanmış maddi olgularla bağlıdır.” <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶⁷ Yarg. 10. HD, 2021/7819 E. 2021/11974 K. 11.10.2021 T.: “Ceza dosyası kapsamında alınan bilirkişi raporuyla, eldeki dosyada bozma sonrası hükme esas alınan bilirkişi kusur raporu arasında meydana gelen olay ile ilgili farklı oran ve aidiyetler belirlenerek çelişkinin oluştuğu anlaşılmakla, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile konusunda uzman bilirkişi heyetinden; ceza dosyası ile arasındaki çelişki gözetilip giderilmek suretiyle, maddi oluşturma ve kanuna uygun olarak kusur oran ve aidiyetleri usulünce belirlenmek suretiyle, yeniden kusur raporu alınmalı (dır).” <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶⁸ Zafer (n 96) 262; Özgenç (n 3) 275. Nitekim bu husus TCK m. 22 hükmünün gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir: “Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin (...) ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlal edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hakimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır.” <www.lexpera.com> E.T. 15.9.2023.

kusurluluğu ilkesine yer verilmemiştir. Ancak anayasal teminat altına alınmış iki temel ilke olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçsuzluk karinesi, kusursuz suç olmaz ilkesini iki koldan teminat altına almaktadır.

3. Ceza hukukunda isnat yeteneği bakımından küçükler ile sağır ve dilsizler bakımından asgarî yaş gerekliliği öngörüldüğü halde, medenî hukuk alanında ayırt etme gücü bakımından bu tür alt yaş sınırı bulunmamaktadır. Ceza hukukunda öngörülen asgarî yaş sınırına ulaşmadığı için isnat yeteneği bulunmayan bir kişinin haksız fiil alanında ayırt etme gücünün bulunduğu ve kusurlu davrandığı sonucuna ulaşılabilir. 12-15 yaş arasındaki çocuklar bakımından ise isnat yeteneği file göre belirlenmekte ve bu yönden ayırtım gücüne ilişkin değerlendirmeyle benzeşmektedir.

4. Cezaî sorumluluğun doğması için kural olarak fiilin kastla işlenmiş olması gerektiği halde, hukukî sorumluluğun doğması için hafif ihmal dahi yeterlidir.

5. Kusurun kast türüne verilen anlam ceza hukukunda ve medenî hukukta benzer olup, failin hukuka aykırı neticeyi bilmesini ve neticeyi istemesi veya en azından göze almasını ifade etmektedir. Hukuken korunan bir değeri bilerek ve isteyerek ihlâl eden kişinin, iradesini hukuk düzeninin tasvip etmeyeceği biçimde kullandığı açık olduğundan, gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta kast düzeyinde kusur bakımından kınanabilirliğin varlığında tereddüt yoktur.

6. Ceza hukukundaki taksir kavramının medenî hukuktaki karşılığı ihmaldir. Ancak ceza hukukunda taksir bakımından subjektif anlayış hâkimdir. Her ne kadar failden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü objektif bir ölçüt üzerinden belirlense de, failin bu yükümlülüğü yerine getirmediği için kınanıp kınanamayacağı onun bireysel özelliklerine göre belirlenir. İsnat yeteneğine sahip kişinin psikolojik, zihni, fiziksel zayıflıkları veya yetenek eksikliği gibi bireysel özellikleri cezaî kusurun varlığını kabule engel olabilir. Kusurluluk hukuki bir yargıdır ve zamanla ahlâktan bağımsız bir nitelik kazanmıştır. Buna karşılık, haksız fiil alanında toplumsal hayatta duyulan güvenlik ihtiyacının bir gereği olarak ihmalin ölçüsü objektifleştirilmiştir. Failin bireysel yetersizlik ve mazeretleri kusur değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Ayırt etme gücüne sahip fail, dâhil olduğu sosyal kategoride yer alan ortalama makul tipten aynı şartlar altında beklenebilecek olan davranış biçiminden sapmışsa, kendi yetenek ve kapasitesi çerçevesinde elinden geleni yapmış olup ahlâkî açıdan bir eksikliği bulunmasa dahi ihmalin bulunduğu kabul edilir. Haksız fiil sorumluluğunun faili cezalandırma amacı yoktur. Bireylerin toplum hayatına dâhil olan kişilerin başkalarına zarar vermemek bakımından en azından ortalama yetenek ve niteliklere sahip olmaları gerektiğine ilişkin haklı beklentileri karşısında, haksız fiil alanında kusurun varlığı için faile ahlâken yöneltebilecek bir sitemin bulunması zorunluluğu yoktur; normatif bir kınanabilirlik yeterli görülmektedir. Bu noktada objektif değerlendirmenin sınırı subjektif bir durum olan failin ayırt etme gücünün varlığıdır.

7. Haksız fiil birden çok kişinin kusurlu davranışıyla meydana gelmişse, bu kişiler zarar görene karşı tazminatın tamamından müteselsil olarak sorumlu olmakla birlikte, sorumluların kendi aralarındaki iç ilişkide bu tek tazminatın her birinin kusurunun ağırlığı göz önünde tutularak sorumlular arasında paylaşılması gerekir. Bu paylaşımın yapılabilmesi için söz konusu kişilerin kusurlarının oransal olarak tespiti zorunluluğu vardır. Buna karşılık, ceza hukuku bakımından birden çok kişinin kusurlu davranışı neticesinde bir suç meydana geldiğinde her bir faile ayrı ayrı ceza verilir. Cezaî sorumlulukta sorumluluğun paylaşılması söz konusu olmadığından, paylaşım için bir zorunluluk olan oransal kusur tespitine ceza hukukunda gerek yoktur.

8. Zararlı sonucun meydana gelmesinde failin yanında mağdurun da kusuru varsa, mağdurun bu ortak kusuru, failin eylemi ile sonuç arasındaki nedensellik bağına kesmedikçe cezaî veya hukukî sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Mağdurun ortak kusuru, cezaî sorumluluğun ve tazminat sorumluluğunun ağırlığını azaltabilir.

9. Hukuk hâkimi failin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti konusunda aynı fiile ilişkin ceza mahkemesinin daha önce vermiş olduğu beraat kararı ile bağlı değildir (TBK m. 74 f. 1). Ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, aynı fiil dolayısıyla hukuk yargılamasında kusurlu bulunarak zarar görene tazminat ödemesine hükmedilmesi mümkündür. Ancak suçsuzluk karinesi, kişi hakkındaki ceza yargılamasının mahkûmiyet dışında sonuçlandığı durumlarda, farklı yargı düzenlerinde yapılan sonraki yargılamalarda yargı makamlarının kişinin suçsuz olduğuna yönelik kabule saygı göstermelerini gerektirir. Ceza yargılamasında kişi hakkında şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda CMK m. 223/2-e bendi uyarınca verilen beraat kararlarının hukuk mahkemesinde kişinin fiili gerçekleştirdiği yönünde bir ön kabule dönüşmesi kabul edilemez.

10. Aynı fiil bakımından ceza mahkemesi failin kusurlu olduğunu kabul ederek mahkûmiyet kararı vermişse, hukuk hâkimi ancak haklı gerekçelerin bulunduğu (örneğin ceza hukuku bakımından da yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilecek durumların ortaya çıktığı) istisnaî durumlarda failin kusurlu davranışının bulunmadığına hükmedebilir.

11. Aynı fiil bakımından ceza mahkemesi tarafından verilmiş gerek beraat kararı gerekse de mahkûmiyet kararı, kusurun ağırlığının belirlenmesi bakımından sonraki tazminat yargılamasında hukuk hâkimini bağlamaz (TBK m. 74).

12. Kusurun varlığının ve ağırlığının değerlendirilmesi hukukî bir konudur. Gerek ceza yargılamasında gerekse de hukuk yargılamasında bilirkişilerin görevi tarafların yükümlülüklerini, bu yükümlülüklere uyup uymadıklarını, zarara yol açan etkenlerin neler olduğunu kendi uzmanlık alanlarına giren teknik boyutuyla belirlemekten ibarettir. Kusurun varlığı ve ağırlığı konusunda değerlendirme yapmak hâkimin görevidir (CMK m. 63, HMK m. 266).

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkıları: Çalışma Konsepti/Tasarım- L.M.K., F.G.T.; Veri Toplama- L.M.K., F.G.T.; Veri Analizi/Yorumlama- L.M.K., F.G.T.; Yazı Taslağı- L.M.K., F.G.T.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- L.M.K., F.G.T.; Son Onay ve Sorumluluk- L.M.K., F.G.T.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- L.M.K., F.G.T.; Data Acquisition- L.M.K., F.G.T.; Data Analysis/Interpretation- L.M.K., F.G.T.; Drafting Manuscript- L.M.K., F.G.T.; Critical Revision of Manuscript- L.M.K., F.G.T.; Final Approval and Accountability- L.M.K., F.G.T.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declare that this study has received no financial support.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bası, Adalet Yayınevi 2021).
- Akdağ H, *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2020).
- Alacakaptan U, *Suçun Unsurları* (1. Bası, Sevinç Matbaası 1970).
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale parte generale* (14. Bası, Giuffrè Editore 1997).
- Aras B, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin Yayınları 2014).
- Arslan A İ, “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)” [1980] 6 (3) Yargıtay Dergisi 295-323.
- Artuk M E ve Gökçen A ve Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Adalet Yayınevi 2021).
- Atamer Y, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta Yayınevi 1996).
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76* (Onikilevha Yayınevi 2019).
- Brehm R, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2021).
- Bucher A, *Personnes physiques et protection de la personnalité* (Editions Helbing u. Lichtenhahn 1985).
- Buzelli S ve Roberta C ve Cassibba F ve Concolino P ve Pressacco L, ‘Diritto a un equo processo’ in Giulio Ubertis ve Francesco Viganò (eds), *Corte di Strasburgo e giustizia penale* (1. Bası, Giappichelli Editore 2016) 128-135.
- Canestrari S, ‘La Struttura Soggettiva Della Fattiespecie’ in Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa (eds), *Trattato di Diritto Penale* (Utet Giuridica 2013) 89-207.
- Centel N ve Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta Yayınevi 2020).
- Çiftcioglu C T, “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir” [2013] 3 Ankara Barosu Dergisi 317-338.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Deschenaux H ve Steinauer P H, *Personnes physiques et tutelle* (2. éd., Editions Stämpfli 1986).
- Deschenaux H ve Tercier P, *La responsabilité civile* (2. éd., Stämpfli Verlag 1982).
- Dönmez S ve Sahir E, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt-2* (12. Bası, Beta Yayınevi 1999).
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2022).
- Dursun S, *Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022).
- Erkan V U ve Yücer İ, “Ayırt Etme Gücü” [2011] 60 (3) AÜHFD 485-522.
- Etier G ve Sträuli B, “Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale” in Christine Chappuis ve Bénédicte Winiger (éd.s) *Responsabilité civile Responsabilité pénale*, (Schultess Editions Romandes 2015) 11-71.
- Fischer W, Böhme A, Gähwiler F, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Füßli Kommentar* (4. Aufl., Orell Füßli Verlag 2023).
- Garofoli R, *Manuale di diritto penale parte generale* (3. Bası, Giuffrè Editore 2006).
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021).
- Günel Y, “Müterafik Kusur” [1961] 16 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 208-220.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Bası, US-A Yayıncılık 2021).
- Honsell H, Isenring B ve Kessler M A, *Schweizerische Haftpflichtrecht* (5. Aufl., Schulthess Verlag 2013).
- İçel K ve Özgenç İ ve Sözüer A ve Mahmutoglu F S ve Ünver Y, *Suç Teorisi* (1. Bası, Beta Yayınevi 1999).

- Kapancı KB, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)” [2016] 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511-552.
- Kapancı KB, *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)* (Vedat Kitapçılık 2016).
- Karakehya H ve Usluadam A K, “Türk Ceza Hukuku Oğretisinde Sucun Manevi Unsuru Bağlamında Suc Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, [2015] 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1-24.
- Kaygusuz S, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022).
- Keller Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl., Stämpfli Verlag 2002).
- Kılıçoğlu A M, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî hukuk İlişkisi” [1973] 29 (3) AÜHFD 185-225.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Kocayusufpaşaoğlu N, “L’effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l’action civile en droit turc”, in *Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2* (Schulthess Verlag 1981).
- Koçhisarlıoğlu C, *Haksız Eylem (Fiil) Kusuru* (Seçkin Yayınevi 2022).
- Mantovani F, *Diritto Penale Parte Generale* (7. Bası, CEDAM 2011).
- Marinucci G ve Dolcini E, *Manuale di diritto penale* (3. Bası, Giuffrè Editore 2009).
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020).
- Merle R ve Vitu A, *Traité de droit criminel, T. I* (3. Bası, Editions Cujas 1997).
- Niggli M A ve Muskens L F, “Eine Straftat ist keine unerlaubte Handlung? Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie aus strafrechtlicher Perspektive” in Belsler E. Maria, Pichonnaz Pascal ve Stöckli Hubert (eds) *Mélanges pour Franz Werro* (Stämpfli Verlag 2022) 495-512.
- Oftinger K ve Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Schulthess Verlag 1995).
- Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2014).
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (1. Bası, Beta Yayınevi 1985).
- Öntan Y, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Özbek V Ö ve Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Queloz N ve Meylan P, “Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison” in Rumo Jungo Alexandra, Pichonnaz Pascal, Hürlimann Bettina ve Fountoulakis Christiana (eds) *Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli Verlag 2013) 131-143.
- Renucci J François, *Droit Européen des Droits de l’Homme* (2. Bası, L.G.D.J 2012).
- Roberto V, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Verlag 2002).
- Sancar T ve Köprülü T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmalar* (3. Bası, Savaş Yayınevi 2016).
- Schwenzer İ, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2009).
- Scyboz G, *L’effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l’action civile* (Éditions Universitaires Fribourg Suisse 1976).
- Seçer Ö, “Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Haksız Fiil Hükümleri İle İlişkisi” in Ayşe Nuhoğlu, M. Sinan Altunç ve Ceren Zeynep Pirim (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II* (Beta Yayınevi 2014) 2647-2676.
- Selçuk S, *Suç Genel Kuramı* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Taner F G, ‘Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme’ in Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyum Kitabı (1. Bası, Özel Ofset, 2022) 68-80.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bası, Savaş Yayınevi 2019).
- Ubertis G, *Principi di procedura penale europea* (2. Bası, Cortina Editore 2009).
- Werro F, *La responsabilité civile* (Stämpfli Verlag 2005).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Beta Yayınevi 2015).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Kurt LM, Taner FG, “Comparison of the concept of fault in terms of tort and crime according to classical crime doctrine” (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 133.

TCK 282 Bağlamında Yurtdışında İşlenen Suçlardan Elde Edilen Malvarlığı Değerleri: Çifte Suçluluk Kuralı Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*

Assets Originating from Crimes Committed Abroad Within the Scope of Article 282 of the TPC: A Comparative Study on the Rule of Dual Criminality

Mustafa AKGÜN¹ 

¹Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

*Bu makale Boğaziçi Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi (Start-Up), Proje No: 19850, Proje Kodu: 23H2SUP1, Proje başlığı: “Avukatlık Etiği Sınırlarında Kararların Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hukuku” desteği ile yazılmıştır.

ÖZ
5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında konusu “alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri” olan iki ayrı suç ihdas edilmiştir. Bu makalede, yurtdışında işlenen fiillerden kaynaklanan malvarlığı değerleriyle alakalı iki ayrı argüman ortaya konmuştur. İlk olarak, yurtdışında işlenen bir fiilden kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, çifte suçluluk şartı aranmaksızın, 5237 sayılı Kanun’un 282. maddesinin konusu teşkil edebileceği, bu argümana karşı öne sürülen kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliğine dayanan iddia ile Palermo Konvansiyonu’nun 6(2)(c) maddesine dayanan iddianın kabule şayan olmadığı gösterilmiştir. İkinci olarak, bahse konu suçun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin ya hep ya hiç anlayışıyla istisnasız bir şekilde uygulanmasının veya hiçbir durumda uygulanmamasının riskleri açıklanmış ve Birleşik Krallık ve Almanya’da kabul edilmiş olan, Avrupa Birliği düzenlemelerinde de yansımaları olan daraltılmış çifte suçluluk kuralının yerindeliği ve bunun için yasal değişikliğe ihtiyaç olduğu ortaya konmuştur.

ABSTRACT

Article 282, paragraphs 1 and 2, of Turkish Penal Code No. 5237, establish two separate offenses concerning assets originating from a crime that requires a minimum sentence of six months or more imprisonment. This paper presents two separate arguments regarding assets derived from a crime committed abroad. First, it has been shown that assets originating from a crime committed abroad can be subject to Article 282 of Law No. 5237 without requiring the condition of dual criminality and that the counterargument based on the principle of legality and legal certainty, as well as the claim based on Article 6(2)(c) of the Palermo Convention, is not acceptable. Second, the risks of applying the principle of dual criminality in the predicate offense, within the context of the said crime, in all or nothing fashion, either universally or not at all, have been explained, and the appropriateness of the narrowed dual criminality rule, which has been accepted in the United Kingdom and Germany and is also reflected in the European Union regulations, has been demonstrated, as well as the need for legal changes to achieve this.

Anahtar Kelimeler: Karapara aklama, öncül suç, çifte suçluluk.

Keywords: Money laundering, predicate offense, dual criminality.

Corresponding Author: Mustafa Akgün E-mail: mustafaakgun91@gmail.com

Submitted: 23.08.2024 • Revision Requested: 21.10.2024 • Last Revision Received: 23.10.2024 • Accepted: 08.11.2024 • Published Online: 02.12.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Two separate offenses have been established in paragraphs 1 and 2 of Article 282 of the Turkish Penal Code No. 5237, with the subject being assets originating from a crime that requires a minimum sentence of six months or more imprisonment. The first issue investigated in this paper is whether these assets could have resulted from acts committed outside Turkey, provided only that, had they been committed within Turkey, they would have constituted a crime punishable by the same minimum sentence. There is no provision in Article 282 of the Turkish Penal Code or in other articles of the Code that necessitates attributing value to foreign country laws in determining what constitutes a property value or what offenses can be considered predicate offenses, or under what conditions the property in question can be considered to have been derived from the offense. Since the predicate offense is significant only in the context of determining the subject of the crime, Article 19(1) of Law No. 5237, which must be applied when prosecuting crimes committed outside Türkiye, does not apply in this context. Even if the predicate offense was committed abroad, as long as the criminal act such as transferring proceeds abroad, concealing their illicit origin, or attempting to make them appear legitimate is committed in Turkey, Turkish laws will apply in accordance with Article 8(1) of Law No. 5237. Therefore, it is not possible to conclude that dual criminality is required in the context of a predicate offense based on the articles and systematics of the Law.

Two arguments are presented in response to the above arguments. First, when the predicate offense in the context of money laundering is committed abroad, the application of the principle of dual criminality should be seen as a legal consequence stemming from the rule of law and the principle of legality, rather than as a requirement for jurisdiction. However, as explained in the second part of this paper, the very application of the principle of dual criminality without any legal basis constitutes a violation of the principle of legality. Therefore, this argument is not acceptable. Second, some authors have argued that the principle of dual criminality should be applied in the determination of the predicate offense in Article 282 of Law No. 5237, in accordance with Article 6(2)(c) of the Palermo Convention, which is equal to domestic laws as per Article 90(5) of the Constitution. However, as shown in the first part of the paper, the authors making this claim misinterpret the relevant paragraph of the Palermo Convention by disregarding Articles 6(1), 6(2)(b), and 34(3) of the Convention. Therefore, this argument is also not acceptable.

Positive law requires that the condition of dual criminality not be sought when the predicate offense has been committed abroad in the context of Article 282 of Law No. 5237. However, the lack of dual criminality creates political and moral problems in terms of both the principle of legality and legal security. It is a fact that not seeking dual criminality in the context of the predicate offense related to money laundering would mean that people who have legally earned income in their own country and brought this income to Türkiye could be deemed to have committed a crime, which would not be a fair approach, especially in cases involving offenses that require relatively lesser penalties. On the other hand, applying the principle of dual criminality universally, with no exception, in this context would hinder the achievement of the objectives of the Palermo Convention, as this approach would mean that even assets derived from serious crimes would not be subject to money laundering charges if the predicate offense is not defined as a crime in the country where it was committed. In today's world, where the ability to move across borders has turned them into a porous veil, differences between national legal systems would be put at the service of criminals and criminal organizations. Therefore, applying the principle of dual criminality in an all-or-nothing manner in either scenario risks leading to unjust outcomes.

To avoid the risks mentioned above, a narrowed dual criminality regime, as in European Union regulations and the laws of the United Kingdom and Germany, should be established. A legislative amendment is necessary to address this issue. Determining which crimes should be included in the catalog of offenses for which the principle of dual criminality should be sought requires a separate and comprehensive examination, considering the areas where criminal organizations are active, crimes frequently associated with international money laundering and the degree of wrongfulness of these crimes, which is beyond the scope of this article. The list of crimes for which dual criminality is sought, as set forth in European Union regulations, can serve as a guiding catalog for the aforementioned research.

GİRİŞ

Karapara aklama suçu (the offence of money laundering), Türkiye dahil birçok memlekette kullanılmakta olan yeni ismiyle suç gelirlerini aklama suçu (the offence of laundering proceeds of crime),¹ temellerini 1970'lerde ihdas edilmeye başlanan uyuşturucu suçlarından kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suç veya suçlarında bulmaktadır.² Ceza hukukunun hukukun kadim alanlarının başında geldiği gözetildiğinde, suç gelirlerini aklama suçunu yeni gelişen bir suç tipi olarak nitelendirmek yerinde bir yaklaşım olacaktır.³ Yeni gelişen bir suç tipi olması sebebiyle suç gelirlerini aklama suçunun unsurları kısa aralıklarla ciddi değişimler geçirmiştir. Bu suç tipinin 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren geçirmiş olduğu değişim üç ana başlıkta toplanabilir: suç teşkil eden aklama fiilleri bağlamındaki değişim, suçun manevi unsuru bağlamındaki değişim ve suçun konusu bağlamındaki değişim.

Suç teşkil eden aklama fiilleri bağlamında karapara aklama suçları önemli bir değişim geçirmiştir. Erken dönem aklama tanımlarında yer almayan karapara kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak fiilleri zamanla aklama tanımına dahil edilmiştir.⁴ Aklama tanımındaki değişim her ülkede aynı hız ve şekilde gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla farklı ülkelerde farklı aklama tanımları mevcuttur. Mali Eylem Görev Gücü'nün⁵ tavsiye kararlarında da atıf yapılan Birleşmiş Milletler (BM) Viyana ve Palermo Konvansiyonlarında da ülkelerin iç hukuklarının temel ilkelerinde farklılıklar olabileceği gözetilmiş, bununla bağlantılı olarak aklama tanımında ortaya çıkabilecek farklılıklar kabullenilmiştir.⁶ Aklama teşkil eden fiiller bağlamında ülkeler arası tanım farklılıklarını Birleşik Krallık ve İsviçre hukuklarını kıyaslamak suretiyle göstermek mümkündür. Birleşik Krallık'ta, suçtan elde edilen gelirlerin bahse konu değerlerin suçtan kaynaklandığını bilen veya bundan şüphelenen bir kişi (öncül suçu işleyen kişi dahil) tarafından kullanımı dahi suç teşkil ederken,⁷ İsviçre'de suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin sadece kabulü veya bir banka hesabına yatırılması, bahse konu değerlerin hukuka aykırı kaynağını gizlemeyi amaçlayan bir eylemler bütününe parçası olmadığı sürece karapara aklama suçu teşkil etmemektedir.⁸

Karapara aklama suçunun manevi unsurunda da kısa sürede ciddi değişiklikler olduğunu belirtmek gerekir. Viyana ve Palermo Konvansiyonlarında bahsedilen aklama suçlarının oluşabilmesi için kişinin bahse konu malvarlığının sayılan öncül suçlardan kaynaklandığını bilmesi şartı aranırken,⁹ Mali Eylem Görev Gücü (FATF) kastın veya bilginin objektif gerçeklerden çıkarılabilir olmasının yeterli görülmesini tavsiye etmektedir.¹⁰ Bu bağlamda da farklı hukuk sistemlerinde farklı standartlar oluşturulduğu görülmektedir. Birleşik Krallık'ta kişinin bahse konu varlıkların suçtan kaynaklandığını bilmesi veya bu konuda basit şüphesinin olması yeterli görülürken¹¹ İsviçre'de kişinin bilmesi veya varsayması gerekmesi standardı oluşturulmuştur.¹²

¹ 1996 tarihli ve 4208 sayılı Karararının Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un mülga 7. maddesinin hem başlığında hem içeriğinde karapara aklama suçundan bahsedilmekte iken, 5237 sayılı Kanun'un 282. Maddesi ile ihdas edilen suç, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu olarak isimlendirilmiştir. Dahası, 4208 sayılı Kanun'un birçok maddesinin yerini 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un ilgili maddeleri almıştır. Öte yandan belirtmek gerekir ki 4208 sayılı Kanun'un 2(1)(a) maddesinde karapara, ilgili maddede sayılan "fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Hülasa, karapara ve suç geliri terimleri aynı anlamda kullanılmıştır. Birleşik Krallık'ta 2002'de kabul edilen Suç Gelirlerini Aklama Kanunu'nun 7. bölümünde (Part 7 of the Proceeds of Crime Act) karapara aklama (money laundering) suçları düzenlenmiştir. Kanun ve bölüm başlıkları arasındaki isimlendirme farkı, Kanun'un 340(3) maddesindeki suç malı (criminal property) tarifi dolayısıyla pratik bir farka sebebiyet vermemektedir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 305bis maddesinin başlığı Karapara Aklama (Blanchiment d'argent) olarak belirlenmiş iken Fransız Ceza Kanunu 324-1 maddesinin başlığı Aklama (Blanchiment) olarak belirlenmiş, karapara veya suç gelirleri ifadesi ile daraltılmamıştır. Öte yandan iki hukuk sisteminde de aklama suçunun konusu para ile sınırlı değildir. Bu makalede de aklama suçu, karapara aklama suçu ve suç gelirlerini aklama suçu ifadeleri aynı anlamda kullanılacaktır.

² Bu yönde detaylı inceleme için bkz. D P Murphy, 'International developments surrounding the proceeds of crime (money laundering) and terrorist financing act' in *Dirty Money: civil and criminal aspects of money-laundering - Conference Meredith Lectures 2002*, Edition Tvon Blais, 2003, 1-7; G Stessens, *Money Laundering - A new international law enforcement model* (Cambridge University Press 2000), 3-6, 82-85; M Pieth, 'International standards against money laundering' in M Pieth and G Aiolfi (eds), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering* (Edward Elgar 2004), 3-12; C Lombardini, *Banques et blanchiment d'argent* (3rd éd, Schulthess 2016), 1-3.

³ Karapara aklama suçunun, hatta karapara aklama (money laundering) ifadesinin dahi, 20. yüzyılda doğduğu yönünde bkz. J Kranacher, R Riley and J T Wells, *Forensic Accounting and Fraud Examination* (Wiley 2011), 112.

⁴ Eg. Birleşik Krallık'ta 1986'da kabul edilmiş olan Uyuşturucu Trafik Suçları Kanunu'nun 24. maddesinde (Section 24 of Drug Trafficking Offences Act 1986), aklama kapsamına alınmayan fiiller, 2002'de kabul edilmiş olan Suç Gelirleri Kanunu'nun 327 ve 328 maddelerinde (Sections 327 ve 328 of Proceeds of Crime Act) aklama teşkil eden fiiller olarak kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinin 2. fıkrasındaki fiiller, 26.06.2009 tarih 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile madde kapsamına alınmıştır.

⁵ 1989'da hükümetler arası bir organizasyon olarak kurulmuş Mali Eylem Görev Gücü'nün görevi karapara aklama, terörizmin finansmanı ve kitle imha silahlarının yayılmasının finansmanı ile uluslararası finansal sistemin bütünlüğüne yönelik diğer ilgili tehditlerle mücadele için yasal, düzenleyici ve operasyonel tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik etmek ve standartlar belirlemektir. Mali Eylem Görev Gücü'nün tavsiye kararları, karapara aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede küresel standartları oluşturmaktadır. FATF (2012-2023), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France, <www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html> . Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024, 7.

⁶ Bkz. Recommendation 3, FATF (n.5); Madde 3(1), Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 1988 (bundan sonra *Viyana Konvansiyonu*, 1988); Madde 6(1), Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 2000 (bundan sonra *Palermo Konvansiyonu*, 2000).

⁷ Section 329, Proceeds of Crime Act 2002. Öncül suçu işleyen kişinin karapara aklama suçlarının faili olabilmesi açısından detaylı açıklama için bkz. *R v GH* [2015] 1 WLR 2126 [48], [49]; *R v Allpress* [2009] EWCA Crim 8, [44]; CPS, 'Proceeds of Crime Act 2002 Part 7-Money Laundering Offences', Legal Guidance, <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/proceeds-crime-act-2002-part-7-money-laundering-offences>>, 19 Ağustos 2024.

⁸ ATF 124 IV 274; ATF 127 IV 20. 350; ATF 120 IV 323; TF, 5 mai 2003, 6S.35/2003, cons. 2.1; TF, 8 septembre 2003, 6S.22/2003; ATF 129 IV 322 ss, cons. 1.2.4; SJ 2004 I 115 ss 355. Detaylı bilgi için bkz. B Corboz, *Les infractions en droit suisse*, (Berne, Volume II, 2010), 637; T Hartsch, "Switzerland", in M Simpson, N Smith and A Srivastava (eds) *International guide to money laundering law and practice* (3rd ed, Bloomsbury Professional 2010), 1001.

⁹ Madde 3(1), Viyana Konvansiyonu, 1988; Madde 6(1), Palermo Konvansiyonu, 2000.

¹⁰ Paragraph 7, Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

¹¹ Sections 327-332 ve 340(3), Proceeds of Crime Act 2002. Karapara aklama suçları bağlamındaki şüphenin tarifine dair bkz. Law Commission, *Anti-money laundering: the SARs regime* (Law Com No 236, 2018), [6.20], [6.41]; Law Commission, *Anti-money laundering: the SARs regime* (Law Com No 384, 2019), Section 5.

¹² Paragraph 1, Article 305bis, Code pénal suisse.

Son olarak, karapara aklama suçlarının konusu bağlamındaki değişimden, yani karaparanın tanımındaki değişimden, bahsetmek gerekir. Bahse konu suç tipinin konusu bağlamındaki değişim, FATF'nin tavsiye kararları üzerinden izlenebilir. FATF'nin 1990'da yayımladığı ilk nesil tavsiye kararlarının 4. maddesinde her ülkenin 1988 tarihli Viyana Konvansiyonu'nda belirlenmiş olduğu haliyle uyuşturucu parasının aklanması suçu ihdas etmek için gerekli önlemleri alması, 5. maddesinde ise ülkelerin uyuşturucu parasını aklama suçunu narkotikle alakalı diğer suçlara, alternatif bir yaklaşım olarak karapara aklama öncül suçlarını tüm ağır suçlara, ve/veya yüksek miktarda gelir oluşturan tüm suçlara veya bazı ağır suçlara genişletmeyi değerlendirmesi tavsiye edilmiştir.¹³ Kasım 2023'te güncellenmiş olan FATF tavsiye kararlarında ise ülkelerin karapara aklama suçunu, öncül suçları en geniş şekilde ihtiva edecek biçimde bütün ağır suçlara uygulaması tavsiye edilmektedir.¹⁴ Daha önce de ifade edilmiş olduğu üzere karapara aklama suç tipindeki değişim her ülkede aynı hız ve şekilde ortaya çıkmamıştır. Bunun farkında olan FATF da değişimi teşvik edici adımlar atmamakla birlikte ülkelere kendi hukuk sistemlerine uygun düzenlemeler yapabilmeleri için alternatifler sunmaktadır.¹⁵ FATF'nin 3. tavsiye kararının yorumlayıcı notuna göre öncül suç, suç olarak kabul edilen tüm eylemlere teşmil edilebileceği gibi bir kategori halinde ağır suçları veya belli bir miktar ceza ve üzerini gerektiren suçları, veya bir listeyle belirlenmiş suçları veya bu kriterlerin birleşimine atıfla oluşturulan bir sınıflandırma sonucu seçilen suçları kapsayacak şekilde de belirlenebilir.¹⁶ Suçun konusu bağlamında farklı memleketlerde kabul edilen farklı yaklaşımlar İngiliz ve İsviçre hukuklarının kıyaslanması suretiyle ortaya konabilir. Birleşik Krallık'taki 2002 tarihli Suç Gelirleri Kanunu'nda yer alan karapara aklama suçlarının konusu Birleşik Krallık'ta suç teşkil eden veya, bazı kanuni istisnaları olmak kaydıyla, Birleşik Krallık sınırları içinde işlenmemiş olan ancak Birleşik Krallık'ta işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir eylemden kaynaklanan gelirler olarak belirlenmiştir.¹⁷ İsviçre'de ise suçun konusu daha dar tariflenmiştir. İsviçre Ceza Kanunu'nun 305bis maddesine göre karapara aklama suçunun konusu 3 yıl veya üzeri hapis cezasını gerektiren suçlardan (crime) veya nitelikli vergi kabahatinden (délit fiscal qualifié) kaynaklanan malvarlığı değerleri olup,¹⁸ malvarlığı değerleri İsviçre dışında gerçekleştirilen bir eylemden kaynaklanıyorsa, o malvarlığı değerlerinin karapara aklama suçunun konusu olabilmesi için bahse konu eylemin hem gerçekleştirildiği ülkede hem de İsviçre'de suç teşkil etmesi gerekmektedir.¹⁹ Hülasa, FATF'nin tavsiye kararları gereği suç haline getirilmesi gereken karapara aklamadaki karaparanın tanımı zaman içinde genişlemiş, bu genişleme farklı hukuk sistemlerine farklı şekil ve oranlarda yansımıştır.

Karapara aklama suçunun konusu bağlamında birçok husus, yukarıda arz edilmiş olduğu üzere, büyük bir hızla değişime uğramıştır. Yine yukarıdaki Birleşik Krallık-İsviçre kıyaslamasından da anlaşılacağı üzere, karapara aklama suçunun konusu bağlamında önemi haiz öncül suç ve aklama fiilinin işlendiği ülkeler farklı olduğunda, aklama fiilinin işlendiği ülkede yargılama yapılırken öncül suç bağlamında çifte suçluluk şartının aranıp aranmayacağı sorusu da bu değişimden azade değildir.

Karapara aklama suçunun konusu bağlamında önemi haiz öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralı uygulanmalı mıdır sorusu karapara aklamının uluslararası boyutunun güçlülüğü sebebiyle önemli bir sorudur. Karapara aklama sadece bir suç tipi olmayıp aynı zamanda suçluların suç gelirlerinden sorunsuz faydalanabilmek için geliştirdikleri bir yöntemdir.²⁰ Yerleştirme, katmanlama ve entegrasyon aşamalarından oluşan karapara aklama yönteminin her aşamasında uluslararası transferler sıklıkla kullanılmaktadır.²¹ Bu sebeple, karapara aklama teşkil eden eylemlerin ve öncül suç veya suçların farklı ülkelerde işlenmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla, yukarıda bahsedilen soru karapara ile mücadele açısından büyük önemi haizdir. Tam da bu sebeple BM'nin konuyla alakalı Konvansiyonlarında, Avrupa Konseyi (AK) Sözleşmelerinde, FATF'nin tavsiye kararlarında ve Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde bu hususta kurallar konmuştur.²² Öte yandan, bu mevzuda farklı hukuk sistemlerinde farklı çözümlerin benimsenmiş olduğu görülmektedir.

Karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk şartının aranıp aranmayacağı meselesindeki yaklaşımlar üç gruba ayrılabilir:

Birinci yaklaşım, aklama fiilinin işlendiği ülkede öncül suç teşkil eden suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurtdışında elde edilmiş olsalar dahi, başkaca bir şart aranmaksızın, karapara aklama suçu bağlamında suçun konusu olarak kabul edilmesidir. Gerçekten, Fransa'nın da aralarında bulunduğu bazı ülkelerde, yurtdışında gerçekleştirilen ve karapara aklama suçunun incelendiği ülkede işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir eylemden elde edilen malvarlığı değerleri, bahse konu öncül suçun işlenmiş

¹³ Recommendations 4-5, The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering 1990, <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%201990.pdf > 26 Temmuz 2024.

¹⁴ FATF (n.5).

¹⁵ FATF'nin esnek kurallar üretme strateji ve başarısına dair bkz. M. Siems, *Comparative Law* (Cambridge University Press: 2014), 253.

¹⁶ Paragraphs 2, 3, Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

¹⁷ Sections 340(2) ve 340(3), Proceeds of Crime Act 2002.

¹⁸ Article 305bis, paragraphes 1, 1bis, Code pénal suisse (İsviçre Ceza Kanunu).

¹⁹ Article 305bis, paragraphe 3, Code pénal suisse.

²⁰ M. Akgün, "Human Rights and Money Laundering: A Comparative Analysis of the Suspicious Transaction Reports Regime from a Personal Data Protection Rights Perspective", PhD Thesis, 2021, Durham University, 157-160.

²¹ Kranacher et al (n.3), 101.

²² Detaylı inceleme için bkz. bölüm I.

olduğu ülkede suç teşkil etmesi şartı aranmaksızın, karapara aklama suçu veya suçları bağlamında suçun konusu olarak kabul edilmektedir.²³

İkinci yaklaşım, öncül suç bağlamında mutlak ve istisnasız şekilde çifte suçluluk şartının aranmasıdır. İsviçre'nin de aralarında bulunduğu bazı memleketlerde malvarlığı değerleri yurtdışında gerçekleştirilen bir eylemden kaynaklanıyorsa, o malvarlığı değerlerinin karapara aklama suçunun konusu olabilmesi için bahse konu eylemin hem gerçekleştirildiği ülkede hem de aklama faaliyetlerinin gerçekleştiği ülkede suç olarak kabul edilen bir eylem teşkil etmesi gerekmektedir.²⁴

Son olarak, Birleşik Krallık ve Almanya gibi bazı memleketlerde suçun konusu bağlamında incelenen öncül suçlar iki ayrı gruba ayrılmakta, çifte suçluluk şartı bir grup suç için aranırken diğerleri için aranmamaktadır.²⁵

AB düzenlemelerinde de suçun konusu bağlamında incelenen öncül suçlar iki ayrı gruba ayrılmış, listelenmiş suçlar söz konusu olduğunda çifte suçluluk aranmayacağı, diğer suçlar hakkında üye devletlerin çifte suçluluk şartı arayabileceği hükme bağlanmıştır.²⁶

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında konusu "alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" olan iki ayrı suç ihdas edilmiştir. İlgili maddenin 1. fıkrasında, bahse konu suç gelirlerini "yurt dışına çıkar[mak] veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tâbi tut[mak]", 2. fıkrasında ise söz konusu malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek ancak birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak suçları düzenlenmiştir. Malvarlığı değerleri yurtdışında gerçekleştirilen bir eylemden kaynaklanıyorsa, bu eylemin Türkiye'de işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olmasının ilgili malvarlığı değerlerinin 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesi bağlamında suçun konusu olarak kabul edilebilmesi için yeterli olup olmadığı meselesi ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar çifte suçluluk (dual criminality) şartının aranması gerektiğini iddia ederken bazıları bahse konu malvarlığı değerlerinin Türk hukukuna göre alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanmasının yeterli olduğu görüşünü savunmaktadır.²⁷

Karapara aklama suçu ile alakalı düzenlemelerde uluslararası normların önemli bir rol oynadığı yadsınamaz bir gerçektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin FATF tarafından gri listeye alındıktan sonra yürüttüğü hızlı ve etkin reform süreci, bahse konu uluslararası örgütlerin bu alandaki gücünü gösteren bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸ Dahası, karapara aklamanın uluslararası boyutu ön plana çıkan işlemler gerektiren bir suç olması bu alanın karşılaştırmalı hukukta mevcut düzenlemelerin de gözetilerek incelenmesini zaruri kılmaktadır. Bu sebeple, bu çalışmada hem alanda ciddi önemi haiz uluslararası sözleşmeler, hususen BM'nin Viyana ve Palermo Konvansiyonları ile AK'nin Strazburg ve Varşova Sözleşmeleri ve FATF tavsiye kararları, hem de FATF'nin karapara aklama suçunun ihdasına dair 3. tavsiye kararı ile uyumlu veya büyük oranda uyumlu olarak nitelendirilen Fransız,²⁹ İsviçre³⁰, Almanya³¹ ve Birleşik Krallık³² düzenlemeleri ile AB'nin Karapara Aklama ile Mücadele Direktifleri yoğun olarak kullanılacaktır. Çalışmanın bu bölümü takip eden ilk bölümünde, karaparanın aklanması suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralının uygulanması gerekip gerekmediği sorusuna uluslararası sözleşmelerde ve mukayeseli hukukta verilen cevaplar irdelenecektir. Bu bölümde öncelikle BM ve AK sözleşmeleri ile FATF tavsiye kararlarındaki yaklaşım ortaya konacaktır. Bu uluslararası sözleşmelerde, her devlet, karapara aklama öncül suçlarının, bir başka devlette meydana gelen, bu devlette bir suç oluşturan ve kendi topraklarında meydana gelmesi durumunda öncül bir suç oluşturacak fiilleri de kapsamasını sağlamasını sağlayacak düzenlemeler yapması gerektiği ifade edilmiştir. Dahası, devletlerin, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralı uygulamadan, tek önkoşul olarak bahse konu öncül suçun kendi topraklarında işlenmiş olsaydı

²³ Article 324-1, Code pénal (français) ((Fransız Ceza Kanunu); Cass. Crim., 21 Oct. 2020, n° 19-87.076, cons. 24; Cass. Crim. 24 February 2010, n. 09-82857; Cass. Crim. 9 December 2015, n. 15-8.3204. Detaylı inceleme için bkz. bölüm 2.

²⁴ Article 305bis, paragraphe 3, Code pénal suisse.

²⁵ İngiliz hukuku ile alakalı olarak bkz. sections 340(2), 327 (2A), 328 (3), 329 (2A), 330 (6), 331 (6A), 332 (7), of the Proceeds of Crime Act 2002 of the UK; Alman hukuku ile alakalı olarak bkz. § 261(9), Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu). Detaylı inceleme için bkz. bölüm 2.

²⁶ Article 3(4), Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law (bundan sonra *Directive* 2018/1673).

²⁷ Çifte suçluluk şartının aranması gerektiğini ifade eden yazarlar olarak bkz. V. Ö. Özbec, K. Doğan, P. Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Seçkin: 2023), 1229; M. V. Dülger, *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, (Seçkin, 2011), 500; S. Yılmaz, Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, 81; Ü. Kocasakal, *Karapara aklama suçu*, Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, 198-201; Ü. Kocasakal, "Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu", S. Aydın (ed.), *Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı*, (Ankara, Adalet: 2008), 55-102, 83; O. Değirmenci, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu), (Turhan, 2007), 435. Çifte suçluluk şartının aranması gerektiği yönündeki yaklaşım için bkz. İ. Özgenç, *Suç Örgütleri* (Seçkin: 2010), 147.

²⁸ Türkiye Cumhuriyeti'nin gri listeden çıkmasını sağlayan, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı işbirliğinde alınan tedbirlere dair bkz. Habertürk TV, "Gri listeden çıkış ne sağlayacak? Mehmet Şimşek yanıtladı", <<https://www.youtube.com/watch?v=j7yU4QLDU3I>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.

²⁹ FATF (2022), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – France*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris, <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-france-2022.html>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024, 237.

³⁰ FATF (2023), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland, 4th Enhanced Follow-up Report*, FATF, Paris, <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/Mutualevaluations/switzerland-fur-2023.html>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024 16.

³¹ FATF (2022), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures –Germany*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris, <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-germany-2022.html>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024, 238.

³² FATF (2018), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – United Kingdom*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris, <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-kingdom-2018.html>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024, 178.

suç oluşturacak olmasını, belirleyebilecekleri yönünde bir yaklaşım sergilenmiştir. Karşılaştırmalı hukuk incelemesinde karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının istisnasız olarak uygulanmasını gerektiren ülkelerin (eg. İsviçre), hiçbir durumda uygulanmamasını hükme bağlayan ülkelerin (eg. Fransa ve 2006 değişiklikleri öncesi Birleşik Krallık) ve sadece bazı öncül suçlar için uygulanmasını gerektiren ülkelerin (eg. ie. Almanya ve 2006 değişiklikleri sonrası Birleşik Krallık) var olduğu ortaya konacaktır. Öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının bazı durumlarda veya her durumda uygulandığı ülkelerde bu uygulamanın açık kanuni dayanağının olduğu, bu yönde açık kanuni dayanak olmayan ülkelerde ise çifte suçluluk şartının aranmadığı gösterilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde veya ilgili Kanun'un başkaca maddelerinde suç gelirlerini aklama suçunun konusu açısından önemi haiz öncül suçta çifte suçluluk şartının aranması gerektiğini gösterir herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple, bizim de katılmakta olduğumuz görüşe göre, suçun konusu açısından önemi haiz öncül suç bağlamında çifte suçluluk şartı aranmanın herhangi bir kanuni temeli mevcut değildir.³³ Suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralının uygulanması gerektiği yönündeki görüşe karşı iki ayrı argüman öne sürülmektedir. Bu argümanların ilki, bu hususta çifte suçluluk prensibinin ülkesel yargı yetkisi ile alakalı bir kanuni temele ihtiyacı olmayıp kanunilik ilkesinin mantıki sonucu olduğu argümanıdır. Bu yaklaşımda suç gelirlerini aklama suçu sanki bir birleşik suç gibi kabul edilmektedir. Karapara aklama suçu öncül suçtan bağımsız, otonom bir suç teşkil ettiği ve hiçbir kanuni temeli olmaksızın çifte suçluluk kuralı uygulamanın kendisi kanunilik ilkesinin ihlali oluşturan bir yaklaşım olacağı için bu argüman ikna edici değildir. 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesindeki suçun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralının uygulanması gerektiği yönündeki ikinci argüman, Türkiye'nin de taraf olduğu Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) maddesinde çifte suçluluk şartından bahsedilmekte olduğu ve bu sözleşme hükmünün 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinde yer alan öncül suçlar bağlamında çifte suçluluk şartının dayanağı teşkil edeceği yönündedir. Bu yaklaşım, Palermo Konvansiyonu'nun ilgili cümlesinin yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Konvansiyon'un bahse konu cümlesi, Konvansiyon'un taraf hükümetlerin kabul etmesi gereken asgari standartları belirleme amacı ile yazılmış olan 6. maddesinin bir parçasıdır. Dolayısıyla, ilgili madde sadece asgari gereklilikleri belirlemekte olup daha geniş bir suç ihdasını engeller nitelikte değildir. Konvansiyon'un asgari standartları belirler nitelikte olduğu ve daha geniş kapsamlı bir suç ihdasını engellemeyeceği hususu, Konvansiyon'un 34(3) maddesinden de anlaşılmaktadır.³⁴ Dahası, Palermo Konvansiyonu'nun asgari standartları belirlemekte olduğu ve karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk aranmaması yönündeki tercihi engellemeyeceği görüşü, FATF gibi karapara ile mücadele alanında önde gelen uluslararası organizasyonlarca da kabul edilmektedir.³⁵ Hülasa, Konvansiyon'un 6(2)(c) maddesinin yine Konvansiyonun 34(3) maddesi gözetilmeksizin yanlış yorumlandığı ve çifte suçluluk şartına dayanak olarak gösterildiği bu argüman hatalıdır. Bu makalenin ikinci bölümünde, ilk olarak, yurtdışında işlenen fiillerin 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesi bağlamında öncül suç oluşturmasının çifte suçluluk şartına bağlı olmadığı gösterilecektir.

Türkçe literatürde, 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin uygulanmamasının hem kanunilik hem hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunlar yaratacağı savunulmaktadır. Öte yandan, bu bağlamda çifte suçluluk prensibinin mutlak bir biçimde uygulanmasının sebep olabileceği sorunlara yeterince yer verilmediği görülmektedir. Bu makalenin ikinci bölümünde bahse konu suçun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin istisnasız bir şekilde uygulanmasının veya hiçbir durumda uygulanmamasının riskleri açıklanacak ve AB düzenlemelerinde de yansımaları olan daraltılmış çifte suçluluk kuralının yerindeliği ortaya konacaktır.

1. Suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralı: Uluslararası sözleşmeler, Avrupa Birliği hukuku ve mukayeseli hukuktaki durum

1.1. Uluslararası sözleşmeler

Karapara aklama terimi, bir yanda ekonomik suçluların kullandığı bir yöntem olarak diğer yanda bir suç tipi olarak ayrı ayrı incelenmelidir. Ekonomik suçlardan elde edilen gelir ve avantajlardan güvenli şekilde yararlanabilmenin bir yöntemi olarak karapara aklama, ekonomik suç olgusunun kendisi kadar eski bir kavramdır.³⁶ Karapara aklama ekonomik suçlardan elde edilen

³³ İ. Özgenç, Suç Örgütleri (Seçkin: 2017), 130.

³⁴ F. Calderoni, "United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Art. 6 Criminalization of the Laundering of Proceeds of Crime" in A. Schoenhardt et al (eds.), *UN Convention against Transnational Organized Crime: A Commentary* (OUP 2023), 84.

³⁵ Paragraph 5, Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5); Madde 9(7), Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2005 (Bundan sonra *Varşova Konvansiyonu*, 2005).

³⁶ Araştırmacılar ve çeşitli ulusal ve uluslararası kuruluşların ekonomik suç terimi için farklı tanımlar yapmakta oldukları görülmektedir. Giligan, araştırmacıların ve çeşitli kuruluşların ekonomik veya finansal suç tanımlarını inceledikten sonra bu kavrama karşı mevcut pozisyonun Amerikan Yüksek Mahkemesi Hakimi Potter Stewart'ın "müstehcen materyal" (obscene material) tanımı bağlamındaki tarifini hatırlattığını ifade etmektedir (G G Gilligan, 'Financial crime: a historical perspective' in B Rider (ed), *Research Handbook on International Financial Crime* (Edward Elgar Publishing 2015), 33). Potter Stewart, müstehcen materyal için belki bunu detaylı olarak tanımlayamam ancak gördüğüm zaman tanımım ifadesini kullanmıştır (*Jacobellis v Ohio*, 84 S. Ct. 1676 [1964]). Detaylı bir ekonomik suç tanımı yapma amacı güdülmeyen bu çalışmada, ekonomik suç ifadesi ekonomik gelir veya avantaj sağlayan tüm suçları ifade eder şekilde kullanılmıştır.

gelirin suçlu tarafından güvenle kullanılabilmesi için var olan bir yöntem olarak görüldüğünde, demir çağında çaldığı baltanın şeklini değiştirip baltası çalınan kişinin tanıyamacağı hale getiren hırsızın fiili dahi karapara aklama olarak kabul edilecektir.³⁷ Karapara aklamayı ceza hukukunun yeni gelişen konuları arasına sokan ise karapara aklamanın gelir elde etmeyi sağlayan öncül suçtan ayrı bir suç haline getirilmesidir.³⁸

Bir suç tipi olarak karapara aklamanın atasının 1970'lerde kabul edilen uyuşturucu gelirlerinin aklanması suçları olduğu kabul edilmektedir. 1988 tarihli Viyana Konvansiyonu'nun 3.1 maddesinde, her bir taraf devletin, uyuşturucu veya psikotrop maddelerin üretimi, imalatı, çıkarılması, hazırlanması, arzı, satışa çıkarılması, dağıtımı, satışı, hangi koşulda olursa olsun teslimi, simsarlığı, sevki, transit sevki, nakli, ithali veya ihracı suçlarından birinden veya bu suçlardan birine iştirakten kaynaklandığını bilerek mameleğin gayrimeşru kaynağını gizlemek veya olduğundan değişik göstermek veya böyle bir suçun işlenmesine karışmış bir kişinin eylemlerinin yasal sonuçlarından kaçmasına yardımcı olmak amacıyla, bu mameleğin bir başka mameleğe dönüştürülmesi veya devredilmesi fiillerini suç haline getirmesi gerektiği hükmü yer almaktadır. FATF'nin 1990'da yayımladığı tavsiye kararlarının 4. maddesinde her ülkenin Viyana Konvansiyonu'nda belirlenmiş olduğu haliyle uyuşturucu parasının aklanması suçu ihdas etmek için gerekli önlemleri alması, 5. maddesinde ise ülkelerin uyuşturucu parasını aklama suçunu narkotikle alakalı diğer suçlara, alternatif bir yaklaşım olarak karapara aklama öncül suçlarını tüm ağır suçlara, ve/veya yüksek miktarda gelir oluşturan tüm suçlara veya bazı ağır suçlara genişletmeyi değerlendirmesi tavsiye edilmiştir.³⁹ Hülasa, 1990'larda karapara aklama suçu veya suçlarının konusu ile alakalı iki tespit yapılabilir. İlk olarak, karapara aklama suçlarından uyuşturucu parasının aklanması suçlarının anlaşılmasında olduğu görülmektedir. İkincisi, öncül suçların uyuşturucu suçlarından daha geniş bir kapsama sahip olması gerektiği yönünde bir eğilim, hatta bir teşvik mevcuttur.

FATF'nin 1990'da yayımladığı tavsiye kararlarının 5. maddesi, karaparanın uyuşturucu suçlarından kaynaklanan mameleğin ötesine geçmesinin önünü açan tartışmaları başlatmıştır. Ayrıca, yine 1990'larda aklamanın hangi eylemleri içermesi gerektiği noktasında da bir tartışma kendisine yer bulmuştur.⁴⁰ Karapara aklama suçu veya suçlarının unsurlarının değişimi noktasında uluslararası sözleşmelerin nasıl bir rol oynayabileceği, maddi tartışmanın yanında ayrıca bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmıştır. 2000 tarihli Palermo Konvansiyonu, bu tartışmalar sonucu ortaya çıkmış bir uluslararası sözleşmedir. Konvansiyon'un 34. maddesi ile uluslararası sözleşmelerin karapara ile mücadele alanındaki rolüne dair net bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşıma göre, Konvansiyon asgari standartları belirlemeyi amaçlamakta, ülkelerin daha sıkı ve ağır düzenlemeler yapmasının önünde engel teşkil etmemektedir. Bahse konu 34. maddenin 3. paragrafı şu şekildedir: "Her Taraf Devlet, sınıraşan örgütlü suçları önlemek ve onlarla mücadele etmek için bu Sözleşmeyle sağlananlardan daha sıkı ve ağır önlemleri alabilir."⁴¹

Yukarıda arz edilmiş olan yaklaşımla uyumlu olarak, Konvansiyon'da karaparanın uyuşturucu suçlarından kaynaklanan mameleğin ötesine geçmesi noktasında da asgari normlar oluşturulmuştur. Konvansiyon'un Suç Gelirlerinin Aklanmasının Suç Haline Getirilmesi başlıklı 6. maddesinin 1. ve 2. fıkra hükümleri Türkçe'ye şu şekilde çevrilmiştir:⁴²

Suç Gelirlerinin Aklanmasının Suç Haline Getirilmesi

1. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunun temel ilkelerine uygun biçimde, aşağıda belirtilen eylemleri, kasten işlendiği takdirde, suç haline getirmek üzere yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır.
 - (a) (i) Suç geliri olduğu bilinen malvarlığının yasadışı kaynağını gizlemek veya olduğundan değişik göstermek veya öncül suçun işlenmesine karışmış olan herhangi bir kişiye işlediği suçun yasal sonuçlarından kaçınmasına yardım etmek amacıyla dönüştürülmesi veya devredilmesi;
 - (ii) Bir malvarlığının suç geliri olduğunu bilerek; gerçek niteliğinin, kaynağının, yerinin, kullanımının, hareketlerinin veya mülkiyetinin veya malvarlığına ilişkin hakların gizlenmesi veya olduğundan değişik gösterilmesi.
 - (b) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına tabi olarak:
 - (i) Tesellüm anında bu tür bir malın suç geliri olduğunu bilerek; malın edinilmesi, bulundurulması veya kullanılması.
 - (ii) Bu maddede belirtilen suçlardan herhangi birini işlemeye veya teşebbüse örgütlü olarak veya suç işleme konusunda anlaşarak yardım, yataklık, kolaylaştırmak ve yol göstermek suretiyle katılmak.

³⁷ W H Muller, 'Anti-Money Laundering – A short story' in W H Muller, C H Kalin and J G Goldworth (eds), *Anti-money laundering – International law and practice* (John Wiley & Sons 2007), 3.

³⁸ Yasal düzenlemeler ve mahkeme kararları incelendiğinde, karapara aklama (money laundering) teriminin ilk defa 1982 tarihli bir Amerikan mahkeme kararında (US v \$4,255,625.39 (1982) 551 F sup.314.) kullanıldığı görülmektedir. Bkz. N Ryder 'Introduction' in N Ryder (ed.) *White collar crime and risk – Financial crime, corruption and the financial crisis* (Palgrave Macmillan 2018), 2. Karapara aklama suçunun tarihine dair araştırmalarda 1931 tarihli Capone v. United States, 51 F.2d 609 (7th Cir. 1931) kararından sıklıkla bahsedilmekte olduğu görülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bahse konu kararda vergi kaçakçılığı suçundan hüküm kurulmuş olup karapara aklama ifadesi geçmemektedir.

³⁹ Recommendations 4-5, The Forty Recommendations (n.13).

⁴⁰ Akgün (n.20), 148-150.

⁴¹ Madde 34(3), Palermo Konvansiyonu, 2000. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı web sayfası, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm_45.pdf>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.

⁴² Madde 6, Palermo Konvansiyonu, 2000. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı (n.41).

2. Bu maddenin 1. fıkrasının yerine getirilmesi veya uygulanması bakımından;

(a) Her Taraf Devlet bu maddenin 1. fıkrasının öncül suçlara en geniş şekilde uygulanması için çaba gösterecektir.

(b) Her Taraf Devlet bu Sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan bütün ağır suçları ve Sözleşmenin 5, 8 ve 23. maddelerinde öngörülen suçları öncül suçlar kapsamına dahil edecektir. Öncül suçları yasalarında saymak suretiyle belirleyen Taraf Devletlerin mevcudiyeti halinde, bu devletler, asgari olarak, örgütlü suç gruplarıyla ilgili suçları en geniş biçimde yasalarına dahil edeceklerdir.

(c) Bu maddenin (b) bendinin amaçları bakımından, öncül suçlar sözkonusu Taraf Devletin hem yargı yetkisi dahilinde, hem de dışında işlenen suçları içerir. Bununla beraber, bir Taraf Devletin yargılama yetkisi dışında işlenen bir suçun öncül suç sayılması için ilgili eylemin, suçun işlendiği yerdeki devletin iç hukukuna göre suç teşkil etmesi ve bu maddeye başvuran ya da bu maddeyi uygulayan Taraf Devletin iç hukukuna göre orada işlenmesi halinde de suç teşkil edecek olması gerekir.

Bu maddede tek tek hangi suçların bahse konu bağlamda öncül suç teşkil edeceği sınırlayıcı olarak sayılmamış, taraf devletlerin öncül suçların en geniş şekilde uygulanması için çaba harcaması gerektiği ve öncül suçların asgari olarak Sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan bütün ağır suçları ve Sözleşmenin 5, 8 ve 23. maddelerinde öngörülen suçları kapsamı gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu yaklaşım, FATF tavsiye kararlarında ve AK Sözleşmelerinde de benimsenmiştir.⁴³ Bu yaklaşımın doğal sonucu öncül suçlar bağlamında ülkeler arasında farklılıkların var olabilmesidir.

Karapara aklamanın uluslararası finansal işlemlerin yoğun olarak kullanıldığı aşamalar içerdiği, dolayısıyla öncül suçun işlendiği ve aklama fiillerinin gerçekleştirildiği ülkelerin farklı ülkeler olabileceği ve ülkelerin öncül suçları farklı şekillerde belirleyebilecekleri gerçekleri karşısında Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) hükmü kabul edilmiştir. Bahse konu hüküm, Konvansiyon'un 34(3) maddesinde de ifade edilmiş olduğu üzere ilişkin olduğu konudaki asgari standartları belirlemekte olup ülkelerin daha sıkı ve ağır tedbirler almasının önünde engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, çifte suçluluğa dair olan 6(2)(c) hükmü de asgari standartları belirlemeyi amaçlayan bir hükümdür. Dahası, Konvansiyonun 6(2)(c) maddesinin Konvansiyonun 6(2)(b) maddesinin amaçları doğrultusunda kabul edildiği, bahse konu 6(2)(b) maddesinin ise aklama suçlarının öncül suçlara en geniş şekilde uygulanmasını amaçladığı ve bu bağlamda asgari standartlar üretmekte olduğu 6. maddenin lafzından da anlaşılmaktadır. *Calderoni* de Palermo Konvansiyonu'nun 6. maddesi üzerine yazmış olduğu şerhinde Konvansiyon'un 6. maddesindeki çifte suçlulukla ilgili kısmın Konvansiyon'un 34(3) maddesi gereği asgari standartları belirleyen bir hüküm olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴ Konvansiyon'un 6(2)(c) hükmünün FATF tarafından da asgari standartları belirler şekilde anlaşıldığı görülmektedir. Karapara aklamanın Viyana ve Palermo Konvansiyonu ile uyumlu olarak suç haline getirilmesini tavsiye etmekte olan FATF,⁴⁵ 3. tavsiye kararının yorumlayıcı notunda şu hükme yer vermektedir:⁴⁶

Suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçu bağlamındaki öncül suçlar, başka bir ülkede gerçekleşmiş ve o ülkede suç sayılan ve eğer yurt içinde gerçekleşmiş olsaydı suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçunun öncül suçu sayılacak fiilleri kapsamalıdır. Ülkeler, yurt içinde gerçekleşmiş olsaydı suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçunun öncül suçu sayılacak olmayı tek şart olarak belirleyebilir.

Yukarıda alıntılanmış olan son cümle hükmü göstermektedir ki FATF, karapara aklama suçunun öncül suçları bağlamında çifte suçluluk şartı aramama yönündeki bir tercihin Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) hükmünü ihlal edeceğini düşünmemektedir. FATF'nin bu yaklaşımının AK tarafından da aynen kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, Türkiye'nin de taraf olduğu Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nda da açıkça ifade edildiği üzere, bahse konu AK Sözleşmesi'nin çifte suçlulukla alakalı 9(7) paragrafı FATF'nin karapara aklama suçu üzerine olan tavsiye kararından alınmıştır.⁴⁷ Bahse konu Varşova Sözleşmesi'nin ilgili paragrafı Türkçeye şu şekilde çevrilmiştir:⁴⁸

Taraflar, kara para aklama için öncül suçların, bir başka Devlette meydana gelen, bu Devlette bir suç oluşturan ve kendi topraklarında meydana gelmesi durumunda öncül bir suç oluşturacak fiilleri de kapsamını sağlayacaklardır. Taraflar, bu fiilin ancak kendi topraklarında işlenmesi durumunda öncül suç sayılacağı tek önkoşul olarak öngörebileceklerdir.

Hülasa, BM ve AK sözleşmeleri ile FATF tavsiye kararlarında üç temel yaklaşım sergilenmektedir: 1. Bazı suçların karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar arasında yer alması asgari gereklilik olmakla birlikte farklı devletler farklı öncül suç listeleri oluşturabilir. Dolayısıyla, bir ülkede karapara aklama öncül suçları arasında sayılan ve karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar arasında yer alması asgari gereklilik olarak belirlenmemiş olan bir suçun başka bir memlekette karapara aklama öncül suçları arasında sayılmamış olması, uluslararası normlara aykırılık teşkil etmeksizin mümkündür. 2. Her

⁴³ Detaylı bilgi için bkz. Bölüm II.

⁴⁴ *Calderoni* (n.34), 84.

⁴⁵ Recommendation 3, FATF (n.5).

⁴⁶ Paragraph 5, Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

⁴⁷ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, 16.V.2005, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3813>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024, 17.

⁴⁸ Madde 9(7), Varşova Konvansiyonu, 2005. Çeviri için bkz. Hazine ve Maliye Bakanlığı web sayfası, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Suc-Gelirlerininin-Aklanmasi.pdf>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.

devlet, karapara aklama öncül suçlarının, bir başka devlette meydana gelen, bu devlette bir suç oluşturan ve kendi topraklarında meydana gelmesi durumunda öncül bir suç oluşturacak fiilleri de kapsamamasını sağlamalıdır. 3. Devletler, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralı uygulamadan, tek önkoşul olarak bahse konu öncül suçun kendi topraklarında işlenmiş olsaydı suç oluşturacak olmasını belirleyebilir.

1.2. Avrupa Birliği Hukuku

AB de BM ve AK Sözleşmeleri ve FATF tavsiye kararları ile uyumlu bir yaklaşım sergilemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AB hukukunda karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar arasında asgari olarak yer alması gereken suçlar listesi oluşturulmuştur. Bu suçlar dışındaki suçları bahse konu öncül suçlar arasında kabul edip etmemek, belirli prensipler dahilinde, üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.⁴⁹ Dahası, öncül suçlar yurtdışında işlenmeleri durumunda çifte suçluluk kuralına tabi olup olmama konusunda iki gruba ayrılmıştır. Bazı suçların yurtdışında işlenmeleri durumunda çifte suçluluk kuralına tabi olmaksızın karapara aklama suçlarının konusu bağlamında öncül suç teşkil etmesi gerektiği hükme bağlanmış, bu listenin dışında kalan suçlarda çifte suçluluk arayıp aramama noktasındaki karar üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.⁵⁰ AB düzenlemelerine göre çifte suçluluk şartına tabi olmaması gereken suçlar şunlardır:

- 2008/841/JHA Çerçeve Kararında bahsedilen suçlar dahil organize suç örgütüne katılma ve mafya faaliyetleri,
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2017/541/AB Direktifinde belirtilen suçlar dahil Terörizm,
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2011/36/AB Direktifinde ve Konseyin 2002/946/JHA Çerçeve Kararında belirtilen suçlar dahil insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı,
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2011/93/AB Direktifinde belirtilen suçlar dahil cinsel istismar,
- Konseyin 2004/757/JHA Çerçeve Kararında belirtilen suçlar dahil uyuşturucu maddelerin ve psikotrop maddelerin yasa dışı ticareti,
- Avrupa Birliği Üye Devletlerinin yetkililerini veya Avrupa Toplulukları yetkililerini içeren yolsuzlukla mücadele sözleşmesinde ve Konseyin 2003/568/JHA Çerçeve Kararında belirtilen suçlar dahil yolsuzluk.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yukarıda sayılanlar dışındaki suçlar için AB hukukundaki *prima facie* (ilk bakışta) kural yurtdışında işlenen öncül suçlarda çifte suçluluk şartı aranmamaktadır. Gerçekten, Direktifin 3(3)(c) maddesinde karapara aklama öncül suçlarının yurtdışında işlenen ve ilgili üye ülkede işlenmiş olsaydı öncül suç teşkil edecek olan suçlara uzanması gerektiği, 3(4) maddesinde ise yukarıda listelenmiş olan suçlar dışındaki suçlar bağlamında üye ülkelerin çifte suçluluk arayabileceği hükme bağlanmıştır.

1.3. Mukayeseli hukuktaki durum

Karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlenmiş olduğunda çifte suçluluk şartı aranması gerekip gerekmediği sorusuna karşılaştırmalı hukukta üç ayrı yönde cevap verilmekte olduğu görülmektedir. İlk olarak, Fransa'nın da aralarında bulunduğu bazı ülkelerde, yurtdışında gerçekleştirilen ve karapara aklama suçunun incelendiği ülkede işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir eylemden elde edilen malvarlığı değerleri, bahse konu eylemin işlenmiş olduğu ülkede de suç teşkil etmesi şartı aranmaksızın, karapara aklama suç veya suçları bağlamında suçun konusu olarak kabul edilebilmektedir.⁵¹ İsviçre'nin de aralarında bulunduğu başkaca bazı memleketlerde ise malvarlığı değerleri yurtdışında gerçekleştirilen bir eylemden kaynaklanıyorsa, o malvarlığı değerlerinin karapara aklama suçunun konusu olabilmesi için bahse konu eylemin hem gerçekleştirildiği ülkede hem de aklama faaliyetlerinin gerçekleştiği ülkede suç olarak kabul edilen bir eylem teşkil etmesi gerekmektedir.⁵² Son olarak, Birleşik Krallık ve Almanya gibi bazı devletlerde ise suçun konusu bağlamında incelenen öncül suçlar iki ayrı gruba ayrılmakta, çifte suçluluk şartı bazısı için aranırken bazısı için aranmamaktadır.⁵³

Yukarıda örnek olarak sayılan ve çifte suçluluk şartının her durumda veya bazı durumlarda aranmasının gerektiği İsviçre, 2006 değişiklikleri sonrası Birleşik Krallık ve Almanya'daki yaklaşımlar açık kanun hükmüne dayanan yaklaşımlardır. İsviçre Ceza Kanunu'nun aklama suçunun düzenlendiği 305bis maddesinin 3. paragrafında öncül suçun hem İsviçre'de işlenmiş olsaydı İsviçre hukukuna göre suç teşkil edecek bir eylem olması hem de suçun işlenmiş olduğu ülkede suç teşkil etmesi şartıyla yurt dışında işlenmiş bir suç da olabileceği hükmü yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 261(9) maddesinde, yurt dışında işlenen bir

⁴⁹ Article 2, Directive 2018/1673.

⁵⁰ Article 3(4), Directive 2018/1673.

⁵¹ Article 324-1, Code pénal (français); Cass. Crim., 21 Oct. 2020, n° 19-87.076, cons. 24; Cass. Crim. 24 February 2010, n. 09-82857; Cass. Crim. 9 December 2015, n. 15-8.3204. Detaylı inceleme için bkz. Bölüm 2.

⁵² Article 305bis, paragraphe 3, Code pénal suisse.

⁵³ İngiliz hukuku ile alakalı olarak bkz. sections 340(2), 327 (2A), 328 (3), 329 (2A), 330 (6), 331 (6A), 332 (7), Proceeds of Crime Act 2002 of the UK; Alman hukuku ile alakalı olarak bkz. § 261(9), Strafgesetzbuch.

eylemden elde edilen nesnelere, eğer eylem Alman ceza kanunlarına göre yasadışı bir eylem olarak kabul ediliyorsa ve işleme yerinde suç teşkil ediyorsa veya aynı paragrafta sayılmış olan AB düzenlemeleri ve sözleşmelerinden biri uyarınca suç teşkil ediyorsa, Alman Ceza Kanunu'nun 261(1) maddesinde tanımlanan karapara aklama suçları bağlamında suç geliri teşkil ederler hükmü yer almaktadır. Birleşik Krallık'ta 2002 tarihli Suç Gelirleri Kanunu'nun 327 ile 332. maddeleri arasında sayılan karapara aklama suçlarının konusu suç malı (criminal property) olarak belirlenmiş, aynı kanunun 340(3) maddesinde suç malı bir kişinin suç fiilinden (criminal conduct) elde ettiği kazancı oluşturan veya bu kazancı (tamamen veya kısmen ve doğrudan veya dolaylı olarak) temsil eden, ve iddia edilen suçlunun, böyle bir kazancı oluşturduğunu veya temsil ettiğini bildiği veya şüphelendiği malı ifade eder şeklinde tanımlanmış, aynı maddenin 2. paragrafında suç fiili (criminal conduct) ise Birleşik Krallık'ta suç teşkil eden veya Birleşik Krallık sınırları içinde işlenmemiş olan ancak Birleşik Krallık'ta işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir eylem olarak tanımlanmıştır.⁵⁴ Birleşik Krallık sınırları içinde işlenmemiş olan ancak Birleşik Krallık'ta işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir eylemden elde edilen gelirlerin suç geliri olarak kabul edilmesi tercihine gelen tenkitleri değerlendiren yasakoyucu, Suç Gelirleri Kanunu'nun 327, 328, 329, 330, 331, ve 332. maddelerine eklediği birer ek paragraf ile yurtdışında işlenen eylemlerden elde edilen malvarlığı değerleri bağlamında bir daraltma yapmıştır.⁵⁵ Bu ek maddeler gereği, yurtdışında işlenen, işlendiği zaman işlendiği ülkede hukuka aykırı olmayan ve Bakanlıkça çıkarılan düzenlemede sayılmış olmayan eylemlerden elde edilen malvarlığı değerleri suç geliri teşkil etmemektedir.

Karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk şartının aranmadığı Fransız hukukundaki ve 2006 değişiklikleri öncesi Birleşik Krallık hukukundaki yaklaşımlar ise çifte suçluluk şartının aranmayacağı yönünde bir açık kanun hükmüne dayanmamaktadır. Diğer bir deyişle, çifte suçluluk şartına dair bir kanun hükmünün olmaması çifte suçluluk şartı aranmaması sonucunu doğurmuştur. Türk hukukunda da, Fransız hukukuna ve 2006 değişiklikleri öncesi Birleşik Krallık hukukuna benzer şekilde, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçların yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının uygulanıp uygulanmayacağı meselesinde açık kanun hükmü yoktur. Karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk şartı aranmayan Fransız hukukuna dair detaylı inceleme Türk hukukuna dair incelemenin yer alacağı 2. bölüme bırakılmıştır.

Bu bölümde, (1) BM ve AK sözleşmeleri ile FATF tavsiye kararlarında bazı suçların karapara suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar arasında yer almasının asgari gereklilik olarak belirlendiği, bu asgari suçlar listesinde yer almayan suçların nitelemesinin devletlerin takdirine bırakıldığı, dolayısıyla, bir ülkede karapara aklama öncül suçları arasında sayılan ve karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlar arasında yer alması asgari gereklilik olarak belirlenmemiş olan bir suçun başka bir memlekette karapara aklama öncül suçları arasında sayılmaması olmasının incelenen uluslararası enstrümanlar ihlal edilmeksizin mümkün olduğu, (2) BM ve AK sözleşmeleri ile FATF tavsiye kararlarında karapara aklama öncül suçlarının, bir başka devlette meydana gelen, bu devlette bir suç oluşturan ve kendi topraklarında meydana gelmesi durumunda öncül bir suç oluşturacak fiilleri de kapsamaması gerektiği yönünde hükmün olduğu, (3) BM ve AK sözleşmeleri ile FATF tavsiye kararlarında devletlerin, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralı uygulamadan tek önkoşul olarak bahse konu öncül suçun kendi topraklarında işlenmiş olsaydı suç oluşturacak olmasını belirleyebilecekleri yönünde bir yaklaşım sergilenmekte olduğu, (4) karşılaştırmalı hukuk incelemesinde karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının istisnasız olarak uygulanmasını gerektiren ülkelerin, hiçbir durumda uygulanmamasını hükme bağlayan ülkelerin ve sadece bazı öncül suçlar için uygulanmasını gerektiren ülkelerin var olduğu, (5) öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının bazı durumlarda veya her durumda uygulandığı ülkelerde bu uygulamanın açık kanuni dayanağının olduğu, bu yönde açık kanuni dayanak olmayan Fransa'da ve açık çifte suçluluk şartının aranması ile alakalı kanuni dayanak oluşturulana kadar Birleşik Krallık'ta ise çifte suçluluk şartının aranmadığı gösterilmiştir. Bir sonraki bölümde, Türk hukukundaki durum incelenecektir.

2. Suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk kuralı: Türk hukukunun analizi

Türk hukukuna karapara aklama suçu 1996 tarihli 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'la girmiştir.⁵⁶ Bu suçun konusu teşkil eden 'karapara', ilgili Kanun'un 2(1)(a) maddesinde bir liste halinde sayılmış olan bazı kanun maddelerinde suç haline getirilmiş olan "[f]iillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri" ifade etmektedir.⁵⁷ 4208 sayılı Kanun'un karaparanın aklanmasının önlenmesine dair maddelerinin yerini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesi ile 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun almıştır. 5549 sayılı Kanun'la getirilen yükümlülükler açısından önem arz eden 'suç geliri' kavramı, bahse konu Kanun'un 2. maddesinde "suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri" olarak tanımlanmıştır. Öte yandan,

⁵⁴ Section 340(2), Proceeds of Crime Act 2002 of the UK.

⁵⁵ Sections 327(2A), 328(3), 329(2A), 330(7C), 331(6A), ve 332(7). Bahse konu tenkitlerle ilgili detaylı açıklama için bkz. 2. bölüm.

⁵⁶ 1996 tarihli ve 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un mülga 2(b) ve 7. maddeleri.

⁵⁷ 4208 sayılı Kanun'un mülga 2(1)(a) maddesi.

5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında ihdas edilen suçların konusunu "alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" oluşturmaktadır.⁵⁸ Hülasa, 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında yer alan suçların konusu 5549 sayılı Kanun'da tanımlanmış olduğu haliyle suç gelirlerinin bir alt kümesini oluşturmaktadır.⁵⁹

5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinde yer alan "alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" ifadesi gereği suçun konusunun mevcudiyeti için üç şarttan bahsedilebilir: 1. "Malvarlığı değeri" olarak kabul edilebilecek bir değer in mevcudiyeti, 2. Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun mevcudiyeti, 3. Birinci şartta bahsedilen malvarlığı değerinin ikinci şartta bahsedilen suçtan kaynaklanması.

Bu üç şart üç ayrı soruya sebebiyet vermektedir: 1. Neler malvarlığı değeri teşkil eder? 2. Hangi şartlar altında alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir öncül suçun varlığı kabul edilmelidir? 3. Hangi şartlar altında malvarlığı değerinin suç teşkil eden fiilden kaynaklandığı kabul edilmelidir? Bu soruların herbirinin çeşitli yönlerden detaylı incelemelere tabi tutulması elzemdir.

Bu çalışmada, yurtdışında işlenmiş olan fiil sonucunda elde edilen değer in 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin konusu olup olamayacağı meselesi yukarıda ifade edilmiş olan 2. sorunun Türk hukukuna göre mi, fiilin gerçekleştiği ülke hukukuna göre mi yoksa çifte suçluluk şartı aranmak suretiyle mi cevaplanacağı üzerinden incelenecektir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun konusu bağlamında saymış olduğumuz ikinci soru bu çalışmanın asli konusu teşkil ettiği için o soruyu incelemeden evvel kısaca 1. ve 3. sorular üzerinde duracağız.

Uluslararası sözleşme hükümlerinde yapılmış olan detaylı tanımlar sonucu birinci soru bağlamında ulusal testler arasında ciddi farklılıklar olmadığı görülmektedir.⁶⁰ Viyana Konvansiyonu'nun 3(1)(b) maddesinde, konusu aynı Sözleşmenin 3(1)(a) maddesinde sayılan suçlardan elde edilen malvarlığı (property) olan suçlar listelenmiştir. Sözleşmenin 1(q) maddesinde malvarlığı, "maddi veya gayrimaddi, menkul veya gayrimenkul, fiziki varlığı olan veya olmayan her türlü mal ile bunlar üzerinde mülkiyet veya yararlanma hakkını gösteren hukuki belgeler veya senetler" olarak tanımlanmıştır.⁶¹ Benzer şekilde, Palermo Konvansiyonu'nda da malvarlığı (property)⁶² "gerek maddi gerek gayri maddi, taşınır veya taşınmaz, somut veya soyut her türlü varlık ve bu tür varlıklara ilişkin tasarruf hakkını veya aynı hakkı tevsik eden yasal belgeler veya araçlar"⁶³ olarak tanımlanmıştır. AK'nin Strazburg Konvansiyonu'nda da "maddi veya gayrimaddi, menkul veya gayrimenkul her çeşit mal ile bunlar üzerinde mülkiyet veya mal üzerindeki bir hakkı gösteren hukukî belge veya senetleri[n]" suçtan doğan gelir teşkil edebileceği ifade edilmiştir.⁶⁴ Varşova Konvansiyonu'nda aynı yaklaşım benimsenmiştir.⁶⁵ FATF de karapara aklama suçunun, suç gelirlerini doğrudan veya dolaylı olarak temsil eden, değerinden bağımsız olarak, her türlü mala genişletilmesini tavsiye etmektedir.⁶⁶ Hülasa karapara aklama suçu teriminde yer alan para ifadesinin sınırlandırıcı bir görev ifa etmekten uzak olduğu, suç geliri ifadesinin bu suç bağlamında kullanımının daha doğru olduğu ve suç gelirin her türlü malvarlığı değerini kapsar şekilde tanımlandığı açıktır.⁶⁷ Uluslararası sözleşmelerdeki ittifak ulusal düzenlemelere de yansımış, ülkeler arasında nelerin malvarlığı değeri teşkil edebileceği noktasında bir yeknesaklık oluşmuştur.⁶⁸ Karapara teriminin yerini suç geliri ifadesine bırakmış olduğu Türk hukukunda da her türlü malvarlığı değeri 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin konusu teşkil edebilmektedir.⁶⁹ Türk hukukunda malvarlığı olarak kabul edilip suçun konusu bağlamındaki öncül suçun işlendiği ülkede malvarlığı kabul edilmeyen değerlerin suç gelirlerini aklama suçunun konusu teşkil edip edemeyeceği noktasında bir tartışmaya gerek duyulmamıştır. Bunun iki sebebinin olduğunu değerlendirmekteyiz. İlki, farklı ülkelerde yapılan malvarlığı tanımları arasında belirgin bir fark olmaması; ikincisi, Türk Ceza Kanunu'nda suçun konusunda çifte suçluluk aramayı gerektiren herhangi bir hüküm yer almadığı için Türk hukukuna göre yapılacak analizin yeterli olacağına sarih olmasıdır.

⁵⁸ Öncül suça dair hususun da suçun konusu bağlamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Dülger (n.27), 497; Kocasakal, 2000 (n.27), 350; Değirmenci (n.27), 434.

⁵⁹ Özbek et al, 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesi bağlamında suçun konusunu irdelerken şu şekilde bir analiz yapmaktadır: "Suçun konusu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleridir. 5549 sayılı Kanun'da suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri "suç geliri" kavramının karşılığı olarak tanımlanmaktadır. O halde bu suçun konusu suç geliridir." (Özbek et al (n.27), 1222.) Oysa 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında ihdas edilen suçların konusu "[a]lt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun konusu sadece bazı suç gelirleridir.

⁶⁰ Uluslararası sözleşmelerde ve çeşitli hukuk sistemlerinde mevcut suç geliri tanımlarına dair bkz. Kocasakal, 2000 (n.27), 203-205.

⁶¹ Viyana Konvansiyonu, 1988. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü web sayfası, <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/cz_istinabe_ek/sozlesmeler/1988%20tarihli%20uyu%20uyu%20ve%20psikotrop%20maddelere%20kar%C9F%C4%, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.

⁶² Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı web sayfasında yapılan çeviride Palermo Konvansiyonunun 2(1)(e) maddesindeki "property" kelimesi "mal", 2(1)(d) maddesindeki property kelimesi ise "malvarlığı" olarak çevrilmiştir.

⁶³ Madde 2(1)(d), Palermo Konvansiyonu, 2000. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı (n.41).

⁶⁴ Madde 1(1)(a) ve 1(1)(b), Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 1990 (Bundan sonra, *Strazburg Konvansiyonu*). Çeviri için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi web sayfası, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5191.html>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.

⁶⁵ Madde 1(1)(a) ve 1(1)(b), Varşova Konvansiyonu, 2005.

⁶⁶ Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

⁶⁷ "Money laundering" terimindeki "money" kelimesinin yanlış isimlendirme (misnomer) olduğu yönünde bkz. R Fortson QC, 'Money laundering offences under POCA 2002' in W Blair, R Brent and T Grant (eds), *Banks and financial crime – the international law of tainted money* (2nd edn, OUP 2017), 133.

⁶⁸ Birleşik Krallık'taki istisnai bir kısıtlama için bkz. Sections 327(2C), 328(5) ve 329(2C), Proceeds of Crime Act 2002.

⁶⁹ Dülger (n.27), 51.

Viyana ve Palermo Konvansiyonlarında suç geliri (proceeds), doğrudan veya dolaylı olarak suç teşkil eden eylemden kaynaklanan malvarlığı olarak tanımlanmıştır.⁷⁰ Öte yandan, bu sözleşmelerin karapara aklama suçuna ilişkin maddelerinde suç geliri (proceeds) kelimesi kullanılmamış, suçtan kaynaklanan malvarlığı (property derived from any offence) ifadesi tercih edilmiştir.⁷¹ Binaenaleyh, BM'nin Yorumlayıcı metinlerinde de ifade edilmiş olduğu üzere doğrudan veya dolaylı olarak suç teşkil eden eylemden kaynaklanma tanımındaki doğrudan veya dolaylı olarak ifadesini aklama suçları bağlamında doğrudan sonuç doğurmayacak, ancak aklama suçlarının yorumunu dolaylı olarak etkileyecektir.⁷² Bazı ülkelerde bazı şartlar altında malvarlığının suçtan kaynaklandığı varsayılmakta iken bazı ülkelerde malvarlığının suçtan kaynaklandığının açık ispatı aranmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 324-1 maddesinde yer alan aklama suçu bağlamında gelir veya malvarlığının tespitine dair aynı kanunun 324-1-1 maddesi, yerleştirme, saklama veya çevirme işleminin maddi, hukuki ve finansal analizi ilgili işlemin, malvarlığı veya kazancın kökenini veya faydalanmasını saklamaktan başka bir gerekçesinin olamayacağını gösteriyorsa, ilgili işlemin konusu olan malvarlığı veya kazancın doğrudan veya dolaylı olarak suçtan kaynaklandığının kabul edileceği hükmünü içermektedir. Öte yandan, Türk hukukunda malvarlığının suçtan kaynaklandığının ispatı için bu yönde bir karine yoktur.⁷³ Türk Ceza Kanunu'nda suçun konusunda çifte suçluluk aramayı gerektiren herhangi bir hüküm yer almadığı için bu mevzuda hem Türk hukukuna hem de suçun konusu teşkil edecek olan malvarlığının elde edildiği iddia edilen suçun işlendiği ülke hukukuna göre bir test yapılması gerekmemektedir.

Suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamındaki son mesele öncül suçlar ile alakalıdır. FATF, karapara aklama suçunun öncül suçlarının belirlenmesi bağlamında alternatif yöntemler sunmaktadır. İlgili tavsiye kararı gereği ülkeler karaparanın aklanması suçunu Viyana ve Palermo Konvansiyonları üzerine bina etmelidir.⁷⁴ Dahası, öncül suçlar, en geniş çapta suça uygulanmak perspektifiyle, tüm ağır suçlara uygulanmalıdır.⁷⁵ FATF bir ağır suç tanımı yapmamıştır. Öte yandan, Palermo Konvansiyonu'nda ağır suç, üst sınırı 4 yıl veya daha ağır hapis cezasını gerektiren suçlar şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁶ Öncül suç, FATF tavsiyelerine göre, suç olarak kabul edilen tüm eylemlere teşmil edilebileceği gibi bir kategori halinde ağır suçlara veya belli bir miktar ceza ve üzerini gerektiren suçlara, veya bir listeye belirlenmiş suçlara veya bu kriterlerin birleşimine atfla oluşturulan bir sınırla belirlenebilir.⁷⁷ Benzer bir yaklaşım Palermo ve Varşova Konvansiyonlarında da görülmektedir.⁷⁸ Hülasa, farklı ülkelerde farklı suçlar karapara aklama suçunun konusu bağlamında öncül suç teşkil edebilmekte olup bu farklılık uluslararası sözleşme hükümlerince de tasvip edilmiş durumdadır. FATF'nin aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçlarla alakalı olarak sunduğu somut alternatiflerden biri alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçları öncül suç olarak kabul etmektir.⁷⁹ Türk kanun koyucu bu alternatifini takip etmiş, suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçları alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar olarak belirlemiştir.⁸⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde veya diğer maddelerinde suçun konusu belirlenirken neyin malvarlığı değeri olarak kabul edilebileceği, hangi suçların öncül suç olarak kabul edilebileceği veya hangi şartlarda ilgili malvarlığının bahse konu suçtan elde edilmiş kabul edilebileceği bağlamında yabancı ülke kanunlarına değer atfetmeyi gerektirecek herhangi bir hüküm mevcut değildir. Öncül suç yalnızca suçun konusunun belirlenmesi bağlamında önemi haiz olduğu için, 5237 sayılı Kanun'un "Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken" uygulanması gereken 19(1) maddesi öncül suç bağlamında uygulama alanı bulamayacaktır. Öncül suç yurtdışında işlenmiş olsa dahi suç teşkil eden fiil (ie. bahse konu suç gelirlerini "yurt dışına çıkar[mak] veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tâbi tu[mak]"; söz konusu malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek ancak birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin satın almak, kabul etmek, bulundurmamak veya kullanılmak) Türkiye'de işlendiği sürece 5237 sayılı Kanun'un 8(1) maddesi hükmü gereği Türk kanunları uygulanacaktır. Aksi yönde bir kabul, Palermo Konvansiyonu'nun "...öncül suçlar sözkonusu Taraf Devletin hem yargı yetkisi dahilinde, hem de dışında işlenen suçları içerir" hükmü ile Varşova Sözleşmesi'nin "öncül suçun tarafın ceza yargısına tabi olup olmadığına bakılmayacaktır" hükmünü de ihlal

⁷⁰ Madde 1(1)(p), Viyana Konvansiyonu, 1988. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler (n.61); Madde 2(1)(e), Palermo Konvansiyonu, 2000. Çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı (n.41).

⁷¹ Madde 3, Viyana Konvansiyonu, 1988; Madde 6, Palermo Konvansiyonu, 2000.

⁷² UN, Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988 (United Nations 1988), 36. Aynı yönde bkz. F. Calderoni, "Article 2 – Use of Terms" in A. Schloenhardt et al. (eds.) *UN Convention against Transnational Organized Crime: A Commentary* (OUP 2023), 39; D. McClean, *Transnational Organized Crime* (OUP 2007), 44.

⁷³ Türk hukukundaki ispat yüküne dair bkz. Dülger (n.27), 484.

⁷⁴ Recommendation 3, FATF (n.5).

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Madde 2(1)(b), Palermo Konvansiyonu, 2000.

⁷⁷ Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

⁷⁸ Madde 6(2), Palermo Konvansiyonu, 2000; Madde 4, Varşova Konvansiyonu, 2005.

⁷⁹ Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5).

⁸⁰ 26.06.2009 tarih 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile "Alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini" ifadesi "Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini" şeklinde değiştirilmiştir. Değişikliğin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "FATF tarafından yayımlanan 40 Tavsiye ve göre; eşik sistemini benimseyen ülkelerin alt sınırı altı ay hapis cezasını gerektiren suçları öncül suç kapsamına almaları gerekmektedir. Bu nedenle, Türk Ceza Kanununun 282'nci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle, FATF Tavsiyelerine uyum sağlamak amacıyla, öncül suçlara ilişkin bir yıl olarak düzenlenen eşik, altı aya indirilmiştir." (TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.)

edecektir.⁸¹ Bu sebeple, *Özgenç*'in de ifade etmiş olduğu üzere Kanun'un sistematüğinden öncül suç bağlamında çifte suçluluğun arandığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.⁸² Binaenaleyh, Kanun sistematığı üzerinden yola çıkıldığında eylemin yargılanmakta olduğu mahkemenin sadece Türk hukukuna göre bir değerlendirme yapması gerektiği açıktır.

Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan suç gelirlerinin aklanması suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensiplerinin uygulanmamasının hem kanunilik hem hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunlar yaratacağı yönünde haklı itirazlar mevcuttur. Gerçekten, hem çifte suçluluk prensibinin bahse konu bağlamda uygulanması gerektiğini savunan *Kocasakal*, *Özbek et al* ve *Dülger*, hem de çifte suçluluk prensibinin bahse konu bağlamda uygulanmasının kanuni temeli olmadığını savunan *Özgenç*, bu uygulamanın kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliği perspektifinden riskler barındırdığını ifade etmişlerdir.⁸³ Bahse konu eleştiriler farklı hukuk sistemlerinde de mevcuttur. İngiliz hukukçu *Fortson QC* çifte suçluluk prensibinin karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta uygulanmamasının kendi ülkesinde hukuka uygun olarak gelir elde eden ve bu geliri Birleşik Krallık'a getiren insanların suç işlemiş kabul edilmesi anlamına geleceğini ve bunun bazı durumlarda adil bir yaklaşım olmayacağını ifade etmektedir.⁸⁴ *Fortson QC* bu argümanını İspanya'da İspanyol hukukuna uygun şekilde gelir elde eden ve gelirini İspanya'daki mesleğinin suç olarak kabul edildiği İngiltere'ye getiren bir matadorun durumuyla örneklendirmektedir.⁸⁵ Bu örnek 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda 2021'de yürürlüğe giren değişiklik sonrasında Türk hukuku açısından da geçerli hale gelmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde boğa güreşi kapsamında boğa güreşçisinin boğayı öldürmesi veya horoz dövüşlerinde horozun ölümüne sebebiyet verilmesi bir suç veya kabahat teşkil etmemektedir. Örneğin, Fransız Ceza Kanunu'nun R655-1 maddesinin 3. fıkrasında, aynı kanunun hayvanın hayatına bilinçli saldırı başlıklı R655-1 maddesinin bölgesel adetler gereği yapılan boğa güreşleri ve horoz dövüşlerine uygulanmayacağı hükmü yer almaktadır. Ülkemizde ise 5199 sayılı Kanun'un 28/A maddesi ile ilgili kanunun 12 ve 13. maddelerindeki istisnalar dışında ev hayvanı veya evcil hayvanın kasten öldürülmesi alt sınırı altı ay olan bir suç olarak belirlenmiş, boğa güreşlerine veya horoz dövüşlerine dair herhangi bir istisna kabul edilmemiştir. Hülasa, bazı hukuk sistemlerinde suç veya kabahat teşkil etmeyen boğa güreşi veya horoz dövüşü kapsamında bir hayvanı kasten öldürme eylemi, Türk hukukunda alt sınırı altı ay olan bir suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla, boğa güreşi veya horoz dövüşü ile geçimini sağlayan bir kişinin Fransa'da Fransız hukukuna uygun şekilde kazandığı malvarlığı değerleri Türkiye'ye getirildiğinde suç gelirlerini aklama suçunun konusu teşkil edebilecektir. Bu bağlamdaki örnekleri çoğaltmak mümkündür (eg. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde yer alan kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu).

Bazı yazarlar, yukarıda ifade edilmiş olan eleştiriye bir adım ileri taşıyarak karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının uygulanacağına dair herhangi bir kural olmasa dahi çifte suçluluk şartının aranması gerektiğini ve bunun kanunilik ilkesinin mantığı sonucu olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş, Türkçe literatürde ilk defa *Kocasakal* tarafından *Stessens*'e atıfla savunulmuştur.⁸⁶ *Stessens*, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının uygulanmasının yargı yetkisi için bir koşul olarak değil, hukukun üstünlüğünden ve kanunilik ilkesinden kaynaklanan yasal bir sonuç olarak görülmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸⁷ Bu yaklaşımı destekleyen yazarlar suç teşkil eden fiillerin kanuni temeli olması gerektiğini, yabancı ülkede işlenen fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kanunilik ilkesi gereği o ülke kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerektiğini, bu sebeple çifte suçluluk kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁸ *Stessens*'in argümanını destekleyen *Dülger* ve *Kocasakal*, Türk hukukuna dair analizlerinde, öncül suçun, işlendiği ülkede suç olarak tanımlanmış olmasının yeterli olacağını, alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektirme şartının sadece Türk hukukuna göre incelenmesi gerektiğini ifade etmektedirler.⁸⁹

Yukarıda bahsedilen argümanı savunan yazarları bu konuda endişelerini dile getiren diğer yazarlardan ayıran husus kanunun maddelerinden veya kanunun sistematüğinden bir kaynak bulmaksızın, kanunilik ilkesinin doğrudan çifte suçluluk şartı üretir şekilde uygulanabileceğini düşünmeleridir. Gerçekten, çifte suçluluk şartı yasaya eklenerek kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliği gözetilmez argümanı ile kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliğini daha iyi koruyacağına inanılan çifte suçluluk şartı kanuni dayanak aranmaksızın varsayılmalıdır argümanı farklı argümanlardır. Öte yandan, kanuni temeli olmaksızın çifte suçluluk şartı aramanın kendisi kanunilik ilkesinin ihlali oluşturan bir yaklaşımdır. Bu husus, *Kocasakal* ve *Dülger*'in çifte suçluluğun nasıl uygulanması gerektiğine dair açıklamaları üzerinden örneklendirilebilir. İki yazar da öncül suç yurtdışında işlenen bir suç olduğunda çifte suçluluk aramak gerektiğini, bu çifte suçluluk şartının Türkiye'de alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir

⁸¹ Madde 6(2)(c), Palermo Konvansiyonu, 2000, Türkçe çeviri için bkz. Adalet Bakanlığı (n.41); Madde 9(2), Varşova Sözleşmesi, 2005, Türkçe çeviri için bkz. Hazine ve Maliye Bakanlığı (n.48).

⁸² *Özgenç* (n.33), 130.

⁸³ *Kocasakal*, 2000, (n.27), 362; *Özbek et al* (n.27), 1229; *Dülger* (n.27), 500; *Özgenç* (n.27), 147.

⁸⁴ *Fortson* (n.68), 180.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Kocasakal*, 2000 (n.27), 197.

⁸⁷ *G Stessens, De nationale en internationale bestrijding van het witwassen - Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit* (Intersentia 1997), 363-365.

⁸⁸ *Stessens* (n.87), 364; *Kocasakal*, 2000, (n.27), 197, 199-200; *Dülger* (n.27), 500-501.

⁸⁹ *Kocasakal*, 2000, (n.27), 200, 364; *Dülger* (n.27), 501.

suç olma ve işlendiği ülkede cezai sınırlar önemli olmaksızın suç teşkil etme şeklinde uygulanması gerektiğini iddia etmektedir.⁹⁰ Oysa, hem *Kocasakal* hem *Dülger*, suçun konusunu kanunda sayılan şartları haiz suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerleri olarak görmekte ve bu şartları sağlayan öncül suçun varlığını kanuniliğin bir şartı olarak değerlendirmektedir.⁹¹ Buna rağmen, çifte suçluluk şartının kanuni bir temeli olmadığı gibi öncül suçun işlendiği ülkede sadece suç teşkil etmesinin yeterli görülmesinin de kanuni herhangi bir temeli yoktur. Hülasa, kanunilik ilkesinin bu kadar üretken bir yoruma konu edilmesi keyfilik yaratmak suretiyle kanunilik ilkesini tehdit etmektedir.

Stessens'in çifte suçluluk şartının kanunilik ilkesinin mantıklı sonucu olduğunu ifade ederken verdiği bir örneği hususen incelemek isteriz. *Stessens*, çifte suçluluk şartı olmasaydı Devlet A, tehlike altındaki türlerin ticaretinden elde edilen gelirlerin aklanmasını Devlet B'de gerçekleştirilse ve tehlike altındaki türlerin ticareti Devlet B'de suç olmasa bile cezalandırabilirdi, bu da Devlet A'nın yetki alanının dışındaki faaliyetleri suç olarak ilan ederek başka bir devletin yetki alanına haksız bir müdahalesi (*Hineinregieren*) teşkil ederdi iddiasında bulunmaktadır.⁹² *Stessens*'in yukarıda bahsedilen örnek ve bu örneğe dayanarak yaptığı çıkarım, esasen karapara aklamanın öncül suçtan ayrı, bağımsız bir suç olarak kabulünün de kanunilik ilkesinin ihlali teşkil edeceğini savunmayı gerektirmektedir. Şöyle ki, tehlike altındaki türlerin ticareti hem A hem B ülkelerinde suç teşkil etse dahi, B ülkesinde yapılan karapara aklama yargılamasında B ülkesi, *Stessens*'in örneği baz alınırsa, A ülkesinde işlenen ve B ülkesinde yargılanması için hiçbir sebebin bulunmadığı bir eylemi suç olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla, çifte suçluluk prensibi uygulansa dahi B ülkesindeki karapara aklama suçu yargılaması "*hineinregieren*" teşkil edecektir. *Stessens*'in 1990'larda yaptığı analizde gözardı etmiş olduğu husus karapara aklamanın öncül suçtan bağımsız ve otonom bir suç olarak kabul edildiği gerçeğidir. Karapara aklamanın öncül suçtan ayrı bir suç olarak kabul edilmesi ve bazı hukuk sistemlerinde kişinin suçtan kaynaklandığından şüphelendiği malı kabul etmesinin veya kullanmasının dahi ayrı ve otonom bir suç olarak kabul edilmiş olması klasik ceza hukuku yaklaşımı ile eleştirilebilirse de,⁹³ bu eleştiriler üzerinden suçun unsurlarını yorum yoluyla değiştirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bu noktada, bahse konu çifte suçluluk şartına dair kanuni düzenleme bulunmayan Fransa'da Fransız Yargıtayı'nın vermiş olduğu kararlar aydınlatıcı olacaktır.

Fransız Ceza Kanunu'nun 324-1 maddesi gereği, bir suç veya kabahatin doğrudan veya dolaylı sonucu olarak elde edilen malvarlığı veya kazancın kaynağının saklanmasına herhangi bir yöntemle yardım etmek karapara aklama suçu oluşturur. Ayrıca, bir suç veya kabahatin doğrudan veya dolaylı sonucu olarak elde edilen ürününün finansal sisteme yerleştirilmesi, gizlenmesi veya dönüştürülmesi işlemine imkan sağlamak da karapara aklama suçu teşkil eder. Fransa dışında işlenen bir suçtan elde edilen malvarlığı veya kazancın Fransız Ceza Kanunu'nun 324-1 maddesinde yer alan karapara aklama suçunun, çifte suçluluk şartı aranmaksızın, konusu teşkil edip etmeyeceği ise kanunda açıklanmamıştır. Yani, Fransız kanun koyucu da Türk kanun koyucu gibi bu mevzuda sessiz kalmayı tercih etmiştir. Bu sessizlik, Fransız literatüründe de öncül suçun tespitinde çifte suçluluk prensibinin uygulanmasının gerekip gerekmediği sorusunu ortaya çıkarmıştır. Fransız Yargıtayı aklama suçunun, öncül suçtan ayrı ve otonom bir suç olduğu gerçeğine vurgu yaparak Fransız kanunlarına göre suç veya kabahat teşkil eden ancak Fransa'da işlenmemiş olan bir eylemden kaynaklanan malvarlığı değerlerinin de aklama suçunun konusu olabileceğine hükmetmektedir.⁹⁴ Yani, Türk hukukuna benzer şekilde suçun konusu bağlamındaki öncül suçun varlığı incelemesinde çifte suçluluk şartının açıkça ifade edilmediği Fransa'da da, çifte suçluluk prensibinin uygulanmadığı görülmektedir. Dahası, bir önceki bölümde gösterilmiş olduğu üzere Birleşik Krallık, Fransa, Almanya ve İsviçre hukukları incelendiğinde, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının bazı durumlarda (ie. Almanya ve 2006 değişiklikleri sonrası Birleşik Krallık) veya her durumda (ie. İsviçre) uygulandığı ülkelerde bu uygulamanın açık kanuni dayanağının olduğu, bu yönde açık kanuni dayanak olmayan ülkelerde (Fransa ve 2006 değişiklikleri öncesi Birleşik Krallık) ise çifte suçluluk şartının aranmadığı görülmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki 765 sayılı Eski Ceza Kanunu'nun 512. maddesinde düzenlenen eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak suçu bağlamında da öncül suçun yurtdışında işlenmiş olması durumunda çifte suçluluk şartının aranıp aranmayacağı meselesi tartışılmış, çoğunluk yazarlar çifte suçluluk şartı aranmasının lazım gelmediği görüşünde birleşmiş, kanunilik prensibi ve hukukun üstünlüğünün *Stessens* tarafından savunulduğu kadar üretken bir kullanımı kabul edilmemiştir.⁹⁵

5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinde aranan öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerektiğini savunan yazarların bir kısmı bu iddialarını Kanun'un lafzına veya sistematğine değil, Anayasa'nın 90(5) maddesi gereği

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ *Kocasakal*, 2000, (n.27), 350; *Dülger* (n.27), 497-499.

⁹² *Stessens* (n.87), 364.

⁹³ Klasik ceza hukuku yaklaşımı ile karapara aklama suçları bağlamındaki birçok mekanizmanın sert eleştirilere tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (the UK Supreme Court) *R v GH* kararında Lord Toulson JSC tarafından ifade edilen, savcılığın, çaldığı malı kullandığından şüphelendiği kişi hakkında hırsızlık suçunun ispatında zorlanacağını düşünmesi durumunda Suç Gelirleri Kanunu (Proceeds of Crime Act) madde 327 veya 329'dan dava açmayı tercih edebileceği yönündeki yaklaşım yoğun eleştiri ile karşılaşmıştır. (*R v GH* [2015] 1 WLR 2126 [48] and [49]). Benzer şekilde Fransız Ceza Kanunu'nun 324-1-1 maddesindeki ispat yüküne dair yaklaşım da ciddi eleştiri almaktadır. Ekonomik suçlar alanında ortaya çıkan ve klasik ceza hukuku doktrini açısından kabul edilmesi zor olan bazı kurumlara dair bir analiz için bkz. A. E. Bozbayındır, "The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?" *Criminal Law Forum*, (29), 2018, 52-61.

⁹⁴ Cass. Crim., 21 Oct. 2020, n° 19-87.076, cons. 24; Cass. Crim. 24 February 2010, n. 09-82857; Cass. Crim. 9 December 2015, n. 15-8.3204.

⁹⁵ A. Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, (Filiz: 1994), 442; N. Centel, H. Zafer, Ö. Çakmut, *Kişilere karşı işlenen suçlar*, (Beta: 2007), 499. Bu mevzudaki tartışmaya dair detaylı bilgi için bkz. *Dülger* (n.27), 500.

kanunlarla eşit seviyede olan Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) maddesi hükmüne dayandırmaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinde aranan öncül suçun tespitinde çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlar, bu iddialarına dayanak olarak Konvansiyon'un 6(2)c maddesinde yer alan "bir Taraf Devletin yargılama yetkisi dışında işlenen bir suçun öncül suç sayılması için ilgili eylemin, suçun işlendiği yerdeki devletin iç hukukuna göre suç teşkil etmesi ve bu maddeye başvuran ya da bu maddeyi uygulayan Taraf Devletin iç hukukuna göre orada işlenmesi halinde de suç teşkil edecek olması gerekir" hükmünü göstermektedirler.⁹⁶ Oysa, 2. bölümde de ifade edilmiş olduğu üzere, Konvansiyon'un 6(2)(c) hükmü, asgari standartlar belirleyen 6(1) hükmünün uygulanması bağlamında kabul edilmiş olan 6(2)(b) bendinin uygulanması amacıyla kabul edilmiştir. Zaten 6(2)(c) bendi "(b) bendinin uygulanması amacıyla" ifadesi ile başlamaktadır ve 6(2)(b) bendinde asgari standartların oluşturulmakta olduğu ifade edilmiştir. Yani, çifte suçluluğa dair delil olarak gösterilen hüküm asgari standartları belirlemeyi amaçlayan bir hükmüdür. Konvansiyonun 34(3) maddesinde de, taraf devletlerin uluslararası organize suçları önleme ve mücadele etme konusunda Konvansiyon tarafından öngörülenlerden daha katı veya daha sert önlemler alabileceğine dair açık hüküm yer almaktadır. Hülasa, Palermo Konvansiyonu bir asgari standart oluşturmakta, ülkelerin daha sert veya ağır tedbirler almasının önünde engel teşkil etmemektedir. Bu görüş FATF'nin de katılmakta olduğu görüş olarak kabul edilmelidir çünkü, FATF bir yandan karapara aklamanın Viyana ve Palermo Konvansiyonu ile uyumlu olarak suç haline getirilmesini tavsiye etmekte⁹⁷ diğer yandan ülkelerin Palermo Konvansiyonu 6(2)(c) maddesi bağlamındaki durumlarda çifte suçluluk şartı aranmadan sadece öncül suçun kendi ülkesinde işlenmiş olsaydı suç teşkil edecek olması kriterine göre karar verebileceğini ifade etmektedir.⁹⁸ FATF'nin bu yaklaşımı Türkiye'nin de taraf olduğu Varşova Sözleşmesi'nde de benimsenmiştir.⁹⁹ Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) maddesinin asgari standartları belirli nitelikte olduğu ve ülkelerin daha sert veya ağır tedbirler almalarının önünde engel teşkil etmediği gerçeği karşısında 5237 sayılı Kanun'un 282. Maddesinin konusu bağlamında aranan öncül suç yurtdışında işlendiğinde, Anayasa'nın 90(5) maddesi gereği kanunlarla eşit seviyede olan Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) maddesi hükmü sebebiyle çifte suçluluk aranmalıdır argümanının hatalı olduğu açıktır.

Bu aşamaya kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan suç gelirlerinin aklanması suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin uygulanmaması gerektiği savı pozitif hukukun incelenmesi suretiyle tespit edilmiştir. Bu inceleme kapsamında, yukarıda bahsedilen durumlarda çifte suçluluk prensibinin uygulanmamasının hem kanunilik hem hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunlar yaratacağı yönündeki haklı itirazlara da yer verilmiş, ancak hem kanunilik hem hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunların mevcut olmasının tek başına çifte suçluluk prensibinin uygulanmasını meşrulaştıramayacağı ifade edilmiştir. Bundan sonra, 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin istisnasız olarak uygulanmasının sebep olabileceği sorunlar da ortaya konacak, akabinde Birleşik Krallık ve Alman hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olan daraltılmış çifte suçluluk prensibi yaklaşımının mutlak bir çifte suçluluk şartından veya çifte suçluluk şartının hiç aranmamasından daha adil bir uygulama sağlayacağı ve bunun için yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu argümanı ortaya konacaktır.

Türkçe literatürde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde yer alan suç gelirlerinin aklanması suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin uygulanmamasının sebep olabileceği sorunlara vurgu yapılmış olsa da aynı bağlamda çifte suçluluk prensibinin istisnasız olarak uygulanmasının sebep olabileceği sorunlara yeterince değinilmemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki çifte suçluluk prensibinin bahse konu çerçevede mutlak bir şekilde uygulanması Palermo Konvansiyonu'nun amacına ulaşmasını engeller nitelikte bir yaklaşım olacaktır, çünkü bu uygulama ağır suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerinin dahi öncül suçun işlendiği ülkede suç olarak tanımlanmamış olması durumunda aklama suçlarına konu olamamasına sebep olacaktır. Bu da sınırların, paranın hareket kabiliyeti açısından bakıldığında, delikli bir tül perdeye dönüştüğü günümüzde, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların suçluların ve hususen suç örgütlerinin hizmetine sunulması anlamına gelecektir.¹⁰⁰ 2017'deki Danske Bank Estonya skandalından sonra Royal United Services Institute'ün Finansal Suçlar ve Güvenlik Gelişmeleri Merkezi (The Centre for Financial Crime and Security Studies) direktörü Tom Keatinge sınırların para aklayanlar için ne kadar anlamsız, onları takip etmeye çalışan polis kuvvetleri için ise ne kadar sınırlandırıcı olduğuna vurgu yaparak uluslararası işbirliğinin önemine dikkat çekmiştir.¹⁰¹ Çifte suçluluk kuralının istisnasız olarak uygulanması, ülkeler arasındaki düzenleme farklılıklarının suçluların ve suç örgütlerinin hizmetine sunulması anlamına gelecek olup, uluslararası mücadeleyi zincirin en zayıf halkası kadar güçlü bir seviyeye indirgeyecektir. Örneğin, çifte suçluluk prensiplerinin bahse konu sert uygulaması, terör örgütü propagandası yapmanın suç olarak kabul edilmediği bir ülkede, örgüt propogandası yapan bir TV kanalının elde ettiği kazancın örgüt propogandası yapmanın suç teşkil ettiği başka bir ülkede yatırıma çevrilebilmesi anlamına gelecektir. Bu örnekler, uyuşturucu suçları, çocuklara karşı suçlar, diğer örgüt ve terör suçları, yolsuzluk suçları ve benzeri suçlara da genişletilebilir.

⁹⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yöndeki argüman ilk olarak Dülger tarafından 2010'da ortaya konmuştur (Dülger (n.27), 500). Akabinde başkaca yazarların da bu argümanı bahsedilen yazara atıfla kullandığı görülmektedir. Bkz. Özbek et al (n.27), 1229; Yılmaz (n.27), 81; Özgenç (n.33), 130.

⁹⁷ Recommendation 3, FATF (n.5).

⁹⁸ Paragraph 5, Interpretive Note to Recommendation 3, FATF (n.5). Detaylı analiz için bkz. bölüm 2.

⁹⁹ Madde 9(7), Varşova Konvansiyonu, 2005. Detaylı analiz için bkz. bölüm 2.

¹⁰⁰ Kranacher et al (n.3), 101.

¹⁰¹ J Garside, "Is money-laundering scandal at Danske Bank the largest in history?" The Guardian, 21 September 2018, 13 October 2018.

Bu bağlamda uyuşturucu suçlarını hususen vurgulamak gerekmektedir. Çifte suçluluk şartının uygulanması durumunda, eğlence amaçlı yasal esrar endüstrisi olan ülkelerden gelen ve bu endüstriden kazanılmış para, esrar kullanım ve satışının her durumda suç teşkil ettiği ülkelerde dahi suç geliri teşkil etmeyecektir. Hülasa, çifte suçluluk prensiplerinin Fransa ve İsviçre’de olduğu gibi ya hep ya hiç tarzında (all or nothing fashion) bir uygulaması, iki ihtimalde de, adaletsiz ve/veya tehlikeli sonuçlara sebep olma riski içermektedir.

Bu hususlar gözetilerek, Birleşik Krallık ve Almanya’da öncül suçlar iki gruba ayrılmıştır. Bazı öncül suçlar, suçun işlendiği ülkede suç teşkil edip etmemesinden bağımsız olarak incelenirken, bazı öncül suçlarda çifte suçluluk şartı aranmaktadır. Bu da hem ağır suçlardan kaynaklanan gelirlerin ülkeler arasındaki yasal düzenleme farklılıkları sebebiyle aklanmasını engellemekte hem de ülkeler arasındaki farklı düzenlemelerin bazı kişiler üzerinde kanunilik ve hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunlara yol açmasının önüne geçmektedir.

Birleşik Krallık’ta Suç Gelirleri Kanunu’nun 327 (saklama vd.), 328 (işbirliği), 329 (edinme, kullanma ve sahip olma), 330 (regüle edilmiş bir sektörde raporlama yükümlülüğünün ihlali), 331 (regüle edilmiş bir sektörde görevli kişinin raporlama yükümlülüğü ihlali) ve 332. (diğer sektörlerde görevli kişinin raporlama yükümlülüğü ihlali) maddelerinde karapara aklama suçları düzenlenmiştir. Bu suçların konusu suç malları (criminal property) olarak belirlenmiştir. Suç malı olarak nitelendirilebilecek malvarlığı değerlerinin kaynaklanması gereken suç eylemi (criminal conduct), Kanun’un yorumlama başlıklı 340. maddesinin 2. paragrafında Birleşik Krallık’ın herhangi bir kısmında suç teşkil eden veya Birleşik Krallık’ın herhangi bir kısmında gerçekleşmiş olsaydı suç teşkil edecek olan eylem olarak tanımlanmıştır. Bu madde iki hususu göstermektedir. İlk olarak, Birleşik Krallık’ta sadece bazı suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerleri değil, her türlü suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri karapara aklama suçlarının konusu olabilir. İkincisi, bu madde gereği Birleşik Krallık’ta karapara aklama suçlarının konusu bağlamındaki öncül suçta çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerekmemektedir. Ancak, Suç Gelirleri Kanunu’nun 327, 328, 329, 330, 331, ve 332. maddelerine eklenen birer ek paragraf ile yurtdışında işlenen eylemlerden elde edilen malvarlığı değerleri bağlamında bir daraltma yapılmıştır. İspanyol matador istisnaları (Spanish bullfighter exceptions) ismi verilen bu ek maddeler gereği, yurtdışında işlenen, işlendiği zaman işlendiği ülkede hukuka aykırı olmayan ve Bakanlıkça çıkarılan düzenlemede sayılmamış olan eylemlerden elde edilen malvarlığı değerleri suç geliri teşkil etmeyecektir. Bakanlık’ın çıkardığı düzenlemeye göre, Birleşik Krallık’ın herhangi bir yerinde işlenmiş olsaydı üst sınırı 12 ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç teşkil edecek olan, Gaming Act 1968, the Lotteries and Amusement Act 1976 ve Financial Services and Markets Act 2000’in 23 ve 25. maddelerindeki suçlar dışındaki tüm suçlarla alakalı olarak çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerekmektedir.¹⁰² Hülasa, Birleşik Krallık’ta kural olarak çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerekmemekte olup, hangi öncül suçlar için çifte suçluluk prensibinin uygulanacağı bir Bakanlık kararı ile belirlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu’nun karapara aklama başlıklı 261. maddesinin 9. fıkrasında ise kural olarak öncül suçta çifte suçluluk prensibinin uygulanması, özel olarak sayılan bazı öncül suçlarda ise çifte suçluluk aranmaması yönünde bir tercihte bulunulmuştur. Alman Ceza Kanunu’nun karapara aklama başlıklı 261. maddesinin 9. fıkrası gereği, Almanya dışında işlenen bir eylemden elde edilen malvarlığı değerleri kümülatif olarak mevcudiyeti gereken iki şartla suç geliri olarak kabul edilir. Birinci şart, eylemin Alman ceza hukukuna göre suç teşkil ediyor olmasıdır. İkinci şart, iki ayrı alternatiften müteşekkildir: Eylemin işlenme yerinde de bir suç teşkil ediyor olması veya AB’nin bir liste halinde sayılmış hükümlerinden ve sözleşmelerinden biri uyarınca bir suç teşkil ediyor olması. Bu liste şu hükümleri içermektedir: Avrupa Birliği Antlaşması’nın K.3(2)(c) maddesine dayanan 26 Mayıs 1997 tarihli Avrupa Birliği Üye Devletlerinin yetkililerini veya Avrupa Toplulukları yetkililerini içeren yolsuzlukla mücadele sözleşmesinin 2. ve 3. maddeleri; İzinsiz giriş, transit geçiş ve ikametini kolaylaştırılmasını önlemeye yönelik ceza çerçevesinin güçlendirilmesi hakkında 28 Kasım 2002 tarihli Konsey Çerçeve Kararı 2002/946/JHA’nın 1. maddesi; Özel sektörde yolsuzlukla mücadeleye ilişkin 22 Temmuz 2003 tarihli Konsey Çerçeve Kararı 2003/568/JHA’nın 2 ve 3. maddeleri; Uyuşturucu ticareti alanında suç işlemenin unsurları ve cezaları hakkında 25 Ekim 2004 tarihli Konsey Çerçeve Kararı 2004/757/JHA’nın 2 ve 3. maddeleri; Örgütlü suçla mücadeleye ilişkin 24 Ekim 2008 tarihli Konsey Çerçeve Kararı 2008/841/JHA’nın 2(a) maddesi; İnsan ticaretini önleme, insan ticaretiyle mücadele etme, kurbanlarını koruma ve Konsey Çerçeve Kararı 2002/629/JHA’yı değiştirme hakkında 5 Nisan 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 2011/36/EU’nun 2 ve 3. maddeleri; Çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsüyle ve çocuk pornografisi ile mücadeleye ve Konsey Çerçeve Kararı 2004/68/JHA’yı değiştirmeye ilişkin 13 Aralık 2011 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 2011/93/EU’nun 3 ila 8. maddeleri; Terörle mücadele, Konsey Çerçeve Kararı 2002/475/JHA’yı değiştirme ve Konsey Kararı 2005/671/JHA’yı değiştirme hakkında 15 Mart 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (AB) 2017/541’in 4 ila 9(1) ve (2)(b) maddeleri.

Sonuç olarak, suç gelirlerini aklama suçunun konusu bağlamında önemi haiz öncül suçta çifte suçluluk prensibinin istisnasız olarak uygulanması veya uygulanmaması adaletsiz sonuçlara sebep olmaktadır. Bu sebeple, İngiliz ve Alman hukuklarındaki gibi öncül suçların çifte suçluluk prensibine tabi olan ve olmayan iki gruba ayrılması doğru bir yaklaşım olacaktır.

¹⁰² Section 2, The Proceeds of Crime Act 2002 (Money Laundering: Exceptions to Overseas Conduct Defence) Order (SI 2006/1070).

Sonuç

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında konusu "alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri" olan iki ayrı suç ihdas edilmiştir. İlgili maddenin 1. fıkrasında, bahse konu suç gelirlerini "yurt dışına çıkar[mak] veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tut[mak]", 2. fıkrasında ise söz konusu malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek ancak birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak suçları düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde veya diğer maddelerinde suçun konusu belirlenirken neyin malvarlığı değeri olarak kabul edilebileceği, hangi suçların öncül suç olarak kabul edilebileceği veya hangi şartlarda ilgili malvarlığının bahse konu suçtan elde edilmiş kabul edilebileceği bağlamında yabancı ülke kanunlarına değer atfetmeyi gerektirecek herhangi bir hüküm mevcut değildir. Öncül suç yalnızca suçun konusunun belirlenmesi bağlamında önemi haiz olduğu için, 5237 sayılı Kanun'un "Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken" uygulanması gereken 19(1) maddesi bu öncül suç bağlamında uygulama alanı bulamayacaktır. Öncül suç yurtdışında işlenmiş olsa dahi suç teşkil eden fiil (ie. bahse konu suç gelirlerini "yurt dışına çıkar[mak] veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tu[mak]"; söz konusu malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek ancak birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak) Türkiye'de işlendiği sürece 5237 sayılı Kanun'un 8(1) hükmü gereği Türk kanunları uygulanacaktır. Bu sebeple, Özgenç'in de ifade etmiş olduğu üzere Kanun'un sistematüğinden öncül suç bağlamında çifte suçluluğun arandığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

Yukarıda arz edilen argümana karşı iki ayrı iddia öne sürülmektedir. İlk olarak, karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlendiğinde çifte suçluluk kuralının uygulanması gerekliliğinin yargı yetkisi için bir koşul olarak değil, hukukun üstünlüğünden ve kanunilik ilkesinden kaynaklanan yasal bir sonuç olarak görülmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak ikinci bölümde arz edilmiş olduğu üzere hiçbir kanuni temeli olmaksızın çifte suçluluk kuralı uygulamanın kendisi kanunilik ilkesini ihlal etmektedir. Bu sebeple bahse konu iddia kabul edilebilir değildir. İkincisi, bazı yazarlar Anayasa'nın 90(5) maddesi gereği kanunlarla eşit seviyede olan Palermo Konvansiyonu'nun 6(2)(c) maddesi hükmü gereği 5237 sayılı Kanun'un 282. Maddesinde aranan öncül suçun tespitinde çifte suçluluk prensibinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu iddiada bulunan yazarlar Palermo Konvansiyonun bahse konu paragrafını Konvansiyon'un 6(1), 6(2)(b) ve 34(3) maddelerini gözardı ederek hatalı yorumlamaktadırlar. Bu sebeple, bu iddia da kabule şayan değildir.¹⁰³

Pozitif hukuk 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinin konusu bağlamındaki öncül suç yurtdışında işlenmiş olduğunda çifte suçluluk aranmamasını gerektirmektedir. Bu tercih hem kanunilik hem hukuk güvenliği açısından politik ve ahlaki sorunlar yaratmaktadır. Çifte suçluluk prensibinin karapara aklama suçunun konusu bağlamındaki öncül suçta uygulanmamasının kendi ülkesinde hukuka uygun olarak gelir elde eden ve bu geliri Türkiye'ye getiren insanların suç işlemiş kabul edilmesi anlamına geleceği ve bunun nispeten az cezalar gerektiren bazı suçlar özelinde adil bir yaklaşım olmayacağı bir gerçektir. Tam da bu sebeple Birleşik Krallık'ta İspanyol matador istisnaları (Spanish bullfighter exceptions) olarak isimlendirilen 327(2A), 328(3), 329(2A), 330(6), 331(6A), 332(7). madde istisnaları kabul edilmiştir.

Öte yandan, çifte suçluluk prensibinin bahse konu çerçevede mutlak bir şekilde aranması Palermo Konvansiyonu'nun amacına ulaşmasını engeller nitelikte bir yaklaşım olacaktır, çünkü bu uygulama ağır suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerinin dahi öncül suçun işlendiği ülkede suç olarak tanımlanmamış olması durumunda aklama suçlarına konu olamaması sonucunu doğuracaktır. Bu da sınırların, paranın hareket kabiliyeti açısından bakıldığında, delikli bir tül perdeye dönüştüğü günümüzde, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların suçluların ve hususen suç örgütlerinin hizmetine sunulması anlamına gelecektir. Bu sebeple, çifte suçluluk prensiplerinin ya hep ya hiç tarzında bir uygulaması iki ihtimalde de adaletsiz sonuçlara sebep olma riski içermektedir.

Yukarıda ifade edilen risklerden kaçınmak için AB düzenlemelerinde ve Birleşik Krallık ve Alman hukukunda olduğu gibi daraltılmış bir çifte suçluluk rejimi oluşturmak gerekmektedir. Bunun için de bir kanuni düzenleme yapılması elzemdir. Hangi suçların bahse konu çifte suçluluk aranması gereken suçlar kataloğuna alınması gerektiği suç örgütlerinin aktif olduğu suçluluk alanları, uluslararası karapara aklamaya sıklıkla konu olan suçlar, ve bahse konu suçların haksızlık niceliği gözönünde bulundurarak ayrı ve kapsamlı bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Aslında, çifte suçluluk şartına tabi olacak ve olmayacak suçlar listesi oluşturulmuş olan memleketlerde dahi bu konudaki tartışmalar devam etmektedir. Örneğin, Birleşik Krallık'ta eğlence amaçlı yasal esrar endüstrisi olan ülkelere gelen ve bu endüstriden elde edilmiş olan paranın durumu ciddi bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Esrar'ın B sınıfı uyuşturucu (Class B Drug) olarak nitelendirildiği Birleşik Krallık'ta,¹⁰⁴ B sınıfı uyuşturucu bulundurmak üst sınırı 5 yıl hapis cezası olan, sağlamak veya üretmek ise üst sınırı 14 yıl hapis cezası olan suç teşkil etmektedir.¹⁰⁵ Bu sebeple, Birleşik Krallık dışındaki yasal esrar endüstrisinden kazanılan paranın çifte suçluluk şartına tabi olmaması gerektiği

¹⁰³ Özgenç (n.33), 130.

¹⁰⁴ Part II, The Misuse of Drugs Act 1971, Schedule 2: Controlled Drugs.

¹⁰⁵ The Misuse of Drugs Act 1971, Schedule 4: Prosecution and Punishment of Offences.

açıktır. Ancak, bahse konu sektörden elde edilen gelirin İspanyol Matador istisnası maddeleri (Sections 327(2A), 328(3), 329(2A), 330(6), 331(6A), 332(7) of Proceeds of Crime Act 2002) kapsamında yer alması gerektiği yönünde çeşitli argümanlar öne sürülmektedir. Hukuk Komisyonu'nun 16 Haziran 2019 tarihli raporunda da bu husustaki tartışmanın ve şüphelerin giderilebilmesi için hükümetin bir rehber yayımlaması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Türkiye'de de çifte suçluluk şartına tabi olan ve olmayan suçlar listesi yapılırken, suç örgütlerinin aktif olduğu suçluluk alanları, uluslararası karapara aklamaya sıklıkla konu olan suçlar, bahse konu suçların haksızlık niceliği, bahse konu alanlardaki suç olmaktan çıkarma ve cezalandırmadan sapma eğilimleri¹⁰⁷ ile Türkiye'deki ulusal karapara risk değerlendirmeleri gözetilerek detaylı bir inceleme yapılması gerektiği için, bu konu bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Öte yandan belirtmek gerekir ki yukarıda bahsedilen araştırma için AB düzenlemelerinde çifte suçluluğun aranmaması gereken suçlar olarak sayılmış suçlar listesi yol gösterici bir katalog olarak görülebilir.

¹⁰⁶ Law Commission, 2019 (n.11), [1.93].

¹⁰⁷ Türk Ceza Hukukunda uyuşturucu ve uyarıcı maddelere dair suçlardaki suç olmaktan çıkarma ve cezalandırmadan sapma eğilimlerine dair bkz. S. Dursun, "Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri", *Rechtsbruch/Hukuk Köprüsü*, 2022, 23, 69-73.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Boğaziçi Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projesi (Start-Up), Proje No: 19850, Proje Kodu: 23H2SUP1, Proje başlığı: “Avukatlık Etiği Sınırlarında Karararın Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hukuku”.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Boğaziçi University Scientific Research Project (Start-Up), Project No: 19850, Project Code: 23H2SUP1, Project title: “Law on Prevention of Money Laundering and Financing of Terrorism within the Boundaries of Attorney Ethics”.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akgün M., “Human Rights and Money Laundering: A Comparative Analysis of the Suspicious Transaction Reports Regime from a Personal Data Protection Rights Perspective”, PhD Thesis, 2021, Durham University.
- Bozbayındır A. E., “The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?” *Criminal Law Forum*, (29), 2018, 25-62.
- Calderoni F., “Article 2 – Use of Terms” in A. Schloenhardt et al. (eds.) *UN Convention against Transnational Organized Crime: A Commentary* (OUP 2023).
- Calderoni F., “United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Art. 6 Criminalization of the Laundering of Proceeds of Crime” in A. Schoenhardt et al (eds.), *UN Convention against Transnational Organized Crime: A Commentary* (OUP 2023).
- Centel N., Zafer H., Çakmut Ö., *Kişilere karşı işlenen suçlar*, (Beta: 2007). Corboz B, *Les infractions en droit suisse*, (Berne, Volume II, 2010).
- CPS, ‘Proceeds Of Crime Act 2002 Part 7 - Money Laundering Offences’, Legal Guidance, Updated 2 April 2024, <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/proceeds-crime-act-2002-part-7-money-laundering-offences>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- Değirmenci O., Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu), (Turhan, 2007).
- Dülger M. V., *Suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin suçlar ve yaptırımlar*, (Seçkin, 2011).
- Dursun S., “Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri”, *Rechtsbruch/Hukuk Köprüsü*, 23, (Dezember/Aralık 2022), 69-73.
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, 16.V.2005, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3813>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- FATF (2012-2023), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, France, <www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatf-recommendations.html> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- FATF (2018), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – United Kingdom*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-united-kingdom-2018.html>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- FATF (2022), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – France*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-france-2022.html>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- FATF (2022), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures –Germany*, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, Paris <<http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-germany-2022.html>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- FATF (2023), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland, 4th Enhanced Follow-up Report*, FATF, Paris <<https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/Mutualevaluations/switzerland-fur-2023.html>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- Fortson QC R., ‘Money laundering offences under POCA 2002’ in W Blair, R Brent and T Grant (eds), *Banks and financial crime – the international law of tainted money* (2nd edn, OUP 2017).
- Garside J., “Is money-laundering scandal at Danske Bank the largest in history?” *The Guardian*, 21 September 2018, 13 October 2018.
- Gilligan G. G., ‘Financial crime: a historical perspective’ in B Rider (ed), *Research Handbook on International Financial Crime* (Edward Elgar Publishing 2015).
- Hartsch T., “Switzerland”, in M Simpson, N Smith and A Srivastava (eds) *International guide to money laundering law and practice* (3rd ed, Bloomsbury Professional 2010).
- Kocasakal Ü., “Karapara Aklama ile Mücadele ve Yeni Türk Ceza Kanununun 282. Maddesinde Düzenlenen Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu”, S. Aydın (ed.), *Karapara Aklama ve Terörizmin Finansmanı*, (Ankara, Adalet: 2008).
- Kocasakal Ü., *Karapara Aklama Suçu*, Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, 2000.
- Kranacher J., Riley R & Wells J. T., *Forensic Accounting and Fraud Examination* (Wiley 2011).
- Law Commission, *Anti-money laundering: the SARs regime* (Law Com No 236, 2018).
- Lombardini C., *Banques et blanchiment d’argent* (3rd éd, Schulthess 2016).
- McClellan D., *Transnational Organized Crime* (OUP 2007).

- Muller W. H., 'Anti-Money Laundering – A short story' in W H Muller, C H Kalin and J G Goldworth (eds), *Anti-money laundering – International law and practice* (John Wiley & Sons 2007).
- Habertürk TV, "Gri listeden çıkış ne sağlayacak? Mehmet Şimşek yanıtladı", <<https://www.youtube.com/watch?v=j7yU4QLDU3I>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- Murphy D. P., 'International developments surrounding the proceeds of crime (money laundering) and terrorist financing act' in *Dirty Money: civil and criminal aspects of money-laundering - Conference Meredith Lectures 2002*, Edition Tvon Blais, 2003.
- Önder A., *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, (Filiz: 1994).
- Özbek V. Ö., Doğan K., Bacaksız P., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Seçkin: 2023).
- Özgenç İ., *Suç Örgütleri* (Seçkin: 2010).
- Özgenç İ., *Suç Örgütleri* (Seçkin: 2017).
- Pieth M., 'International standards against money laundering' in M Pieth and G Aiolfi (eds), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering* (Edward Elgar 2004).
- Siems M., *Comparative Law* (Cambridge University Press: 2014).
- Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 2000, Türkçe çeviri, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı web sayfası, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020102044bm_45.pdf> Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024>, 20 Ağustos 2024.
- Stessens G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen - Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit* (Intersentia 1997).
- Stessens G., *Money Laundering – A new international law enforcement model* (Cambridge University Press 2000).
- Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2005, Türkçe çeviri, Hazine ve Maliye Bakanlığı web sayfası, <<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/Suc-Gelirlerininin-Aklanmasi.pdf>>, Erişim tarihi: 29 Temmuz 2024.
- Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 1990. Türkçe çeviri, Türkiye Büyük Millet Meclisi web sayfası, <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5191.html>>, Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering 1990, <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/recommendations/FATF%20Recommendations%201990.pdf>> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- UN, Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988 (United Nations 1988).
- Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 1988, Türkçe çeviri, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü web sayfası, <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/cz_istinabe_ek/sozlesmeler/1988%20tarihli%20uyu%C5%9Fturucu%20ve%20psikotrop%20maddelere%20kar%C5%9F%C4%B1%20bm%20s%C3%B6zle%C5%9Fmesi.pdf> Erişim tarihi: 20 Ağustos 2024.
- Yılmaz S., "Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/2, 69-98.

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Akgün M, 'Assets Originating from Crimes Committed Abroad Within the Scope of Article 282 of the TPC: A Comparative Study on the Rule of Dual Criminality' (2024) 12 (2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 155.

Geçmişten Günümüze Serserilik (Suçu)*

Vagrancy (Offense) from Past to Present

Asena Kamer USLUADAM¹ 

¹ Araştırma Görevlisi Doktor, Ordu Üniversitesi Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Ordu, Türkiye

*Bu çalışma, 13.12.2022 tarihinde Çankaya Üniversitesi Ceren Damar Şenel III. Genç Bilim İnsanları Sempozyumunda sunulan “Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Bağlamında Serserilik” isimli özet bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

*This study is an expanded and updated version of the abstract paper titled ‘Vagrancy in the Context of the Right to Freedom and Security’ presented at Çankaya University Ceren Damar Şenel III. Young Scientists Symposium on 13.12.2022.

ÖZ

Serserilik tarih boyunca çeşitli toplumlarda “tehlikeli” bulunana ifade etmek üzere kullanılmış; serserilik düzenlemeleri, bu tehlikenin içeriğini döneminin toplumsal yapısına ve ihtiyaçlarına göre doldurarak; ölüm cezası, hapis cezası, zorla çalıştırma, sürgün gibi yaptırımlarla “tehlikeyi” bertaraf etmek üzere yürürlüğe konulmuş ve uygulanmıştır. Serseriliğin tarihsel seyrine bakıldığında onlara yönelik bazen cezalandırma bazen suç işlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirler uygulama bazen de koruma, yardım etme yönünde yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Hâlihazırda 1982 Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu ve çeşitli hukuki metinlerde serserilere yönelik düzenlemelere rastlanmaktadır. Yürürlükte bulunan mevzuat incelendiğinde koruma ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarının karma bir şekilde varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Çalışmada tarihsel süreçte serserilik düzenlemeleri toplumsal yaşamda meydana gelen değişimler ekseninde incelenirken bu değişimlerin sosyal bir fenomen olarak serseriliği ve serserileri ne şekilde belirlediğine dikkat çekilmiştir. Savaşlar, salgın hastalıklar, nüfus değişiklikleri ve ekonomik yapıda meydana gelen değişimlerin hem serserilerin kapsamına hem onların hukuk düzeni karşısındaki konumlarına ve onlarla mücadelede başvurulacak araçlara etkisi ele alınmıştır. Türk hukukunda da 1963 yılına kadar suç olarak düzenlenen serseriliğin eleştirel ceza hukuku perspektifinde yeni konumuna dair tespitlere yer verilirken serserilerin sınıf altı kavramıyla ilişkisi ortaya konulmuştur.

ABSTRACT

Throughout history, vagrancy has been used in various societies to denote someone who is “dangerous”; vagrancy regulations have been enacted and implemented to eliminate the “danger” with sanctions, such as death penalty, imprisonment, forced labor, and exile, by determining this danger according to social needs. Historically, there have been approaches to vagrancy, sometimes punishing them, applying measures to prevent crime, and sometimes protecting and assisting them. Currently, the 1982 Constitution, the European Convention on Human Rights, the Turkish Civil Code, and various texts contain regulations on vagrancy. Today, the objectives of protection and prevention of crime continue to exist in a mixed manner. The study highlights how changes in social life determine vagrancy as a social phenomenon. The effects of wars, epidemics, population changes, and economic structure changes on both the scope of vagrants and their position before legal order and the tools to be used to combat them are discussed. While the new position of vagrancy, which was regulated as a crime under Turkish law until 1963, in the perspective of critical criminal law is determined, the relationship of vagrancy with the concept of underclass is revealed.

Anahtar Kelimeler: Serserilik, serserilik suçu, sınıf altı

Keywords: Vagrancy, vagrancy offense, underclass

Corresponding Author: Asena Kamer Usluadam **E-mail:** asenakamer@gmail.com

Submitted: 14.11.2023 • **Revision Requested:** 30.04.2024 • **Last Revision Received:** 09.05.2024 • **Accepted:** 05.08.2024 • **Published Online:** 14.10.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

In historical times, vagrants have been the subjects of aid and punishment from time to time and have been positioned somewhere between these two extremes according to their social structure and needs. The dynamics that changed the perspective on work and poverty also affected the perspective on vagrancy, and heavy sanctions, such as death penalties, exile, and forced labor, could be imposed on vagrants. In times of labor demand, vagrants were sometimes forbidden to leave their settlements, imprisoned in workhouses, and forced to work in exile. In times of population mobility, when the security of life and property was in danger and social order was disrupted, sanctions such as death, stigmatization, beatings and, imprisonment were imposed on vagrants.

The first laws punishing vagrancy in the West is the labor laws enacted in England in the 14th century. The vagrancy regulations enacted in this period were seen as an alternative way of providing cheap labor, which had become expensive due to the death of almost half of the population because of the Black Death and the loss of some lands. Until the 16th century, vagrancy regulations aimed at providing cheap labor were transformed to serve the purposes of discipline and social control. By the 19th century, vagrancy, which had been a status until then, was regulated as a crime by associating it with certain acts, and to provide the labor force needed by the industry, the conditions of those who received assistance worsened, and work was tried to be made attractive. In the 20th century, with the outbreak of world wars and the rise of welfare-oriented states, the approaches to vagrancy and homelessness changed.

In the Ottoman Empire, as in Europe, people who did not work, were lazy, and wandered around were considered “dangerous” to society, and various ways were sought to eliminate this danger. From the 16th to the 19th centuries, methods such as forced labor or exile to the countryside were used against vagrants and beggars.

After Tanzimat’s proclamation, the aim of rehabilitation through labor came to the forefront of the fight against vagrancy. The Law on Vagrants and Wrongdoing-Expected Persons, which entered into force during this period, remained in force until 1963.

Today, vagrancy, which is included as a legitimate reason for limiting the right to liberty and security under the Constitution and the ECHR, continues to exist in a mixed manner with other legislative regulations, with the aim of protecting vagrants and preventing crime. Vagrancy is not criminalized under a condition or an act as it was in the past. However, in the changing social life with developments in the second half of the 20th century, work, poverty, and the position of vagrants have moved to a new place. Vagrants, whose labor force was utilized in the years following industrialization and who were supported and rehabilitated through social policies in the years when welfare state policies were effective, began to be addressed through their potential criminality and marginality.

Today’s vagrants are the equivalent of the social science concept of “underclass”, which is defined as a social class that does not have employment opportunities in the labor market, is a burden on public welfare in proportion to its number, and is a source of drug and violent crime.

Nowadays, when the need for the labor force has decreased due to technological developments, globalization, and economic policies, and full employment cannot be achieved, the criterion of “choosing not to work when one has the opportunity to work”, which serves to distinguish vagrancy from other poor groups, is no longer valid. On the other hand, the fact that social policies during the crisis of the welfare state are still being positioned as working and not being able to work due to temporary risks means that unemployed poor groups are included in the vagrant category as a whole. In such a context, without the need for vagrancy as a traditional concept, it seems inevitable that groups deprived of their work and social welfare will be subjected to surveillance and other preventive law enforcement activities with a focus on their dangerousness in terms of social order.

In addition, the transformation of social life has inevitably led to changes in the field of criminal law, and as the critical literature emphasizes, criminal law has begun to assume a preventive function, emphasizing the aim of preventing possible future violations rather than past violations. The new trends focusing on risks in crime prevention and combating crime in criminal law, which has been expanding toward the pre-crime field, show that potentially dangerous vagrants have naturally reappeared on the radar of criminal law. In this case, vagrants are in the interest of criminal law not as criminals but as potential criminals.

1. GİRİŞ

Serserilik tarih boyunca çeşitli toplumlarda “tehlikeli” bulunamı ifade etmek üzere kullanılmış; serserilik düzenlemeleri, bu tehlikenin içeriğini döneminin toplumsal yapısına ve ihtiyaçlarına göre doldurarak; ölüm cezası, hapis cezası, zorla çalıştırma, sürgün gibi yaptırımlarla “tehlikeyi” bertaraf etmek üzere yürürlüğe konulmuş ve uygulanmıştır. Bu bağlamda serseriliğin içeriği, nedenleri ve onunla mücadele konusunda başvuru enstrümanlar zaman içinde farklılık göstermiştir. Serseriliğin genel olarak tanımında çalışmak imkânı varken çalışmamak bulunurken; tarihsel süreç içerisinde göçmenlik, aylıklık, dilencilik, evsizlik, ahlaksızlık, fahişelik ve bekarlık ilgili kavramın kapsamı içinde değerlendirilebilmiştir. Bugün ise teknolojik gelişmeler, ekonomi politikaları ve artan göç gibi nedenler işsizliği farklı ülkelerde farklı düzeylerde ancak hızlı şekilde artırmıştır. Bu nedenle tarihin belirli bir döneminden itibaren çalışmayan ile çalışmayan arasında ayırım yapan ve çalışmayanları sosyal yardımların konusu hâline getiren, çalışmayanları ise çeşitli şekillerde cezalandıran, zorla çalıştıran, özgürlüğünü kısıtlayan anlayışın çözüm

üretmediği bir toplumsal grup meydana gelmiştir. Ancak toplumun geneli tarafından sanayileşmenin ilk dönemlerinden bu yana kabul gören çalışma etiğiyle çalışmak bir ödev, çalışmamak ise tembelliğin bir sonucu olarak algılanmaya devam etmektedir. Bu hâliyle sözü edilen yeni toplumsal grup çalışmamayı irade etse de etmese de serseri kapsamında değerlendirilmeye aday görünmektedir.

Bir zamanlar sosyal yardımlara konu olan zamanla suç hâline gelen serserilik, Türk hukuk sisteminde de yarım yüzyıl öncesine kadar suç olarak varlığını sürdürmüştür. Mevcut hâliyle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması nedenlerinden biri olan serserilik, tehlikelilik vurgusunu muhafaza etmektedir. Bu perspektifle çalışmanın amacı toplumsal dinamiklerin ceza hukuku üzerindeki dönüştürücü etkisini serserilik örneği üzerinden ele almak ve kimi zaman kısa sürelerde kimi zaman da keskin şekilde gerçekleşen değişimlerin çarpıcılığını ortaya koymaktır. Çalışmada bu kadim grubun geçmişten günümüze konumu, tarih ve sosyoloji yazınının yardımıyla hukuk metinleri ve toplumsal yaşamda meydana gelen değişimler üzerinden yorumlanmıştır.

Serserilik kavramının tarihsel anlamındaki değişimler onun muğlaklığının hem bir nedeni hem de sonucu olarak görülebilir. Bu muğlaklığı anlaşılır kılabilmek adına çalışmada öncelikle kavramın tarihsel süreçteki değişimine değinilmiştir. Serseriliğin bir suç olarak yasalarda yerini almaya başlamasından bugüne kadarki süreçte geçirdiği değişimi gözler önüne sermek çalışmanın amaçlarından biri olduğundan, öncelikle serserilik yasalarında öncül kabul edilen İngiltere örneğine yer verilmiş, devamında Osmanlı Devleti'nde serserilik düzenlemeleri ele alınmıştır. Hâlihazırda kişi özgürlüğünü ortadan kaldırmak konusunda meşru bir neden olarak düzenlenen serseriliğin bugünü değerlendirilirken ceza hukukunda yeni eğilimleri ele alan eleştirel literatürün tespitleriyle serserilerin ceza hukuku karşısındaki yeni konumu belirlenmeye çalışılmıştır. Bu belirlemede serserilik, hukuki bir olgudan ziyade sosyolojik bir olgu olarak ele alınmış, bu nedenle çok katmanlı ve ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek derinlikte teknik ceza hukuku tartışmalarına çalışma kapsamında sınırlı düzeyde yer verilmiştir.

2. SERSERİLİK KAVRAMI

2.1. GENEL OLARAK

Serseri kavramı, Farsça ahmak, akılsız anlamına gelen sarsar kelimesinden türetilmiştir.¹ Kavram Türk Dil Kurumu tarafından “*Belli bir işi ve yeri olmayan, başıboş (kimse), hayta*”², hukuk sözlüklerindeyse “*ötede, beride başıboş gezen, belli bir iş ve yeri olmayan kimse*”³ olarak tanımlanmıştır.

Kavramın hukuki karşılığı için mevzuatta doğrudan bir tanım bulunmamasıyla birlikte, Anayasa'nın 19. maddesinin gerekçesinde “*Muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan kimseleri ifade eder.*” tanımına yer verilmiştir.⁴ Mülga 1909 tarihli Serseri ve Mazenneyi Sui Eşhas Hakkında Kanun'da ise serseri “*hiçbir vasıtai maişeti bulunmadığı ve çalışma kudreti olduğu hâlde lâakal 2 aydan beri birgüna kâr ve kisp veya sanatla meşgul olmayan ve bu müddet zarfında iş bulmak için teşebbüsâtı lâzimedede bulunduğunu dahi ispat edemeyip şurada burada dolaşan kimselere serseri itlak olunur. Çalışmaya muktedir iken tesevülî vesilei maişet itti hazedenler dahi serseri addolunurlar.*”⁵ denilerek tanımlanmış, ilgili kanun 1963 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 5. maddesinde serserilerin yasaya uygun şekilde tutulmasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olmayacağı düzenlenmiş olmasına karşılık serseriliğin tanımına yer verilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de doğrudan bir tanım yapmamasıyla birlikte, *De Wilde, Ooms And Versyp* (“*Vagrancy*”⁶) v. *Belgium* kararında (1993 yılında yürürlükten kaldırılan) Belçika Ceza Kanunu m. 347'de sabit bir meskeni, geçim kaynağı ve icra ettiği mesleği veya sanatı bulunmayan kimse olarak yapılan serseri tanımını AİHS'ye uygun bir tanım olarak değerlendirmiştir.⁷

Yukarıda verilen tanımlardan hareketle serseri bugün için çalışmayan ve mesken sahibi olmayan kişileri ifade etmektedir. Bu hâliyle bakılan yere göre ister sonuç ister neden olarak değerlendirilsin, serserilik yoksulluktan ayrı şekilde ele alınamaz.⁸

¹ Bkz. <<https://www.etimolojiturkce.com>> Erişim Tarihi 28.11.2022.

² Bkz. <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 28.11.2022.

³ Bkz. Cengiz Yelbaşı, *Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü* (Sim Matbaacılık 2014), 548; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 2006) 604; Benzer tanım için ayrıca bkz. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (Aydın Kitabevi 1970) 1131.

⁴ Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekeceli_anayasa_2021.pdf> Erişim Tarihi 11.12.2022.

⁵ Kanun için bkz. Düstur, 2. Tertip, Cilt 1, 169 <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71>> Erişim Tarihi 10.03.2023. Türkçeleştirilmiş metin için yararlanılan kaynaklar Biray Tugay, *Aydın Vilayeti'nde Sürgün (Tanzimat'tan Cumhuriyet'e)* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 168 vd.; Cihan Özgün, ‘Osmanlı Devleti'nde Serserilik Algısı ve Sorunu Üzerine Tespitler’ Emine Gürsoy Naskali ed, Avare içinde (Kitabevi Yayınları 2013)5, 36 vd.

⁶ *Vagrancy* kavramı Latince dolaşmak anlamına gelen *vagantem*, *vagori* sözcüğünden türetilmiştir. Bkz. <<https://www.etymonline.com/word/vagrancy>> Erişim Tarihi 03.12.2022.

⁷ *De Wilde, Ooms And Versyp* (“*Vagrancy*”) v. *Belgium* App no 2832/66, 2835/66, 2899/66 (ECHR 18 June 1971) bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-57606>> Erişim Tarihi 01.12.2022.

⁸ Serserilik ve yoksulluğa ilişkin düzenlemeler serserileri ihtiyaç sahibi diğer yoksullardan ayırma çabası olarak da okunabilir. Öğretide bir görüş tarafından geçmişte ve günümüzde çalışmama kavramı ve yoksulluk üzerinden serserilikle zayıf yoksulların korunması ve bakımının ayırımının yapılmadığı/yapılamaması eleştirilerek yoksulluk üç kategori üzerinden incelenmiştir. Birinci grup çalışmayacak kadar hasta veya yaşlı olan yoksullar, ikinci grup çalışabilecek yeterliliğe ve isteğe sahip olmasına rağmen iş bulamayan yoksullar ve üçüncü grup dilenerek yaşayabildiği sürece çalışmayı reddederek aylak ve ahlaksız olarak yaşam süren yoksullar. Bunlardan ilki yalnızca korumanın konusunu oluşturulmalıdır. İkinci gruba dair

Nitekim tarihsel süreçte serserilik düzenlemelerine, yoksulluğu ve çalışma yaşamını düzenleyen mevzuat arasında rastlanmaktadır. Öyleyse çalışmanın değişen anlamı ve yoksullara yönelik yaklaşımın ne olduğu serseriliğin kapsamı ve tanımı açısından da temel belirleyicidir.⁹

2.2. SERSERİLİĞİN TARİHSEL MUHTELİF VEÇELERİ

Bir olgunun sosyal gerçekliğini zamandan ve bağlamdan bağımsız bir şekilde değerlendirebilmek mümkün değildir. Bir kimlik, var olma biçimi veya durum olarak serseriliğin de arzu edilen veya arzu edilmeyen bir şey olarak sınıflandırılması bağlama ve zamana göre değişkenlik arz etmiştir.

Batıda serseriliğin cezalandırılmasını öngören yasalarının temelleri genel olarak 14. yüzyılda İngiltere’de veba salgınının popülasyona etkisiyle ilişkilendirilerek açıklanmaktadır.¹⁰ Ancak yoksulluk ve genel olarak serserilik veba ile ortaya çıkan bir olgu değildir. Günümüze kadar bilinen her toplumun yoksulları olmuştur. Ancak onlara yönelik yaklaşım çeşitlilik arz etmiştir. *Zygmunt Bauman*’ın ifadesiyle tarihsel süreçte yoksullara karşı bir tarafta korku ve tikslenme, diğer tarafta acıma ve merhamet duygularıyla çelişik bir tutum ortaya konulmuştur.¹¹ Bu bağlamda yoksullar farklı kategorilere ayrılarak değişen oranlarda kimi zaman yardımların kimi zaman cezaların muhatabı olmuşlardır.

Tarihsel süreçte çalışma da hayatı idame ettirme biçiminin belirlediği sosyal düzene göre şekillenmiştir. Avcı toplayıcı toplum- lar da çalışma aralıklı ve süreksiz olarak gerçekleştirilmiş, yaşamak için zorunlu olanın karşılanmasından başka üretim kaygısı güdülmemiş, arta kalan zamanlar aylıklıkla geçirilmiştir.¹² Toprağın işlenmeye başlamasıyla birlikte insanlar ihtiyaçlarından fazlasını üretebilir hâle gelmiş, artık ürün ortaya çıkmıştır. Tarım toplumu üretici ve mülkiyet sahibi sınıflar oluştururken, çalışma toprak üzerinde çalışan üretici sınıfa (kölelere) özgü bir faaliyet olmuştur.¹³

Örneğin Antik Yunan’da, farklı yerlerinde farklı toplumsal yapılar bulunsa da zenginlik toprak sahipliğiyle ilgili olmuş, soylu sınıfı (aristokrasi) çalışmadan köle istihdamıyla zenginliğini sürdürmüştür.¹⁴ Bu dönemde çalışmaya dair bakış açısını belirleyen husus köleliğin toplumsal ve ekonomik rolü olmuştur. Köleler bedensel çalışırken, efendiler zihinsel faaliyetlerini sürdürerek sanat veya öğrenmeye dayalı faaliyetler yürütmüş;¹⁵ çalışmak alt sınıfa ait bir ödev, boş vakit ise seçkinlerin ayrıcalığı olarak değerlendirilmiştir.¹⁶ Çalışmak genel olarak küçümsenen bir faaliyet olmuş,¹⁷ bu bağlamda yoksul, siyasi olarak zaman zaman oy kullanabilmekten fazlasına sahip olmayan, az miktarda toprağında çalışmak zorunda olup şehir yaşamına vakti olmayanları ifade etmiştir. Üst sınıf tarafından aşağılanan yoksulluk, nadiren lüks yaşam ve zenginliğin kötüye kullanılması durumlarında iyi ve dürüst yaşamın öğretmeni olarak güzellenmiştir.¹⁸ Örneğin erdemli yaşamı özgür olmak şeklinde değerlendiren ve bu özgürlüğün de her türlü gereksinime bağlı olmaktan kurtulmakla mümkün olduğunu düşünen Kynikler, özgürleşme yolu olarak yoksul bir yaşam sürdürmüşler; yoksul yaşamın, ihtiyaçsızlığı ve kimliksiz olmanın insanı hazzardan kurtararak özgürleştirdiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁹ Doğaya dönüşen inanan ve özel mülkiyet, evlilik, din gibi toplumsal hayata dair şeylerin karşısında konumlanan Kynikler Okulu’nun önemli temsilcisi Diogenes arzularından kurtulmanın ahlak ve erdem özgürlüğü getireceğini savunmuştur. Tüm gelenekleri reddederek bir köpek gibi yaşamaya karar veren Diogenes kimilerine göre bir küpte kimilerine göre ise fiçıda yaşamını sürdürmüştür.²⁰ Bunun gibi kısıtlı örnekleri dışında Antik Yunan’da işsizlik artış gösterdiğinde ortaya çıkan sorunlarla, işsizlerin sınır dışı edilmesi suretiyle baş edilmiştir.²¹

problemlerin çözümlenmesi devletin sosyal politikaları ile mümkün olabilir. Serserilik düzenlemeleri esas olarak son gruba ilişkin olmalıdır. John Lisle, ‘Vagrancy Law: Its Faults and Their Remedy’ (1914) 4(5) Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology 498, 500 vd. Tarihte istisnai olarak müstehcenlik gibi serserilik düzenlemelerinin orta sınıfa uygulandığı hakkında bkz. Alistair Robinson, *Vagrancy in the Victorian Age* (Cambridge University Press 2022) 13.

⁹ “Çalışmanın insan yaşamındaki anlamı toplumların geçirdikleri evrime koşut olarak değişmiştir. Genel anlamda çalışmak toplumsal yaşamın temel ritüelleri arasında yer alan; tarihin belirli dönemlerinde farklı toplumsal gruplar tarafından gerçekleştirilen; başta din olmak üzere farklı kurumlar tarafından farklı değerler atfedilen sosyal ve ekonomik bir kavramdır. Çalışmak tarih boyunca insan yaşamının en merkezi kavramlarından biri olmakla kalmamış, insanın zaman içerisinde çalışma olgusuyla ilgili değişen talepleri toplumları şekillendirmiş; değişen toplumsal koşullar da çalışma ilişkilerine yön vermiştir.” Tülay Bozkurt ve Neslihan S. Ercan, ‘Çalışma Kavramının Çalışma İlişkilerinin Sosyo-Psikolojik Evrimi’ Tülay Bozkurt ed, *Çalışma İlişkilerinin Evrimi* içinde (Beta Yayınevi 2011) 3.

¹⁰ Paul Ocobock, ‘Introduction: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective’ Paul Ocobock ve A. L. Beier ed, *Cast Out: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective* içinde (Ohio University Press, 2008) 3.

¹¹ Zygmunt Bauman, *Çalışma, Tüketim ve Yeni Yoksullar* (Ümit Öktem çev, 1. Baskı, Sarmal Yayınevi 1999) 126.

¹² Şebnem Gökçeoğlu Balcı, *Tutunamayanlar ve Hukuk* (Dost Kitabevi Yayınları 2007) 34-35.

¹³ Kenan Ören ve Hasan Yüksel, ‘Geçmişten Günümüze Çalışma Hayatı’ 2012 1(1) HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 35, 44 vd.

¹⁴ Bertrand Russel, *Batı Felsefesi Tarihi 1. Cilt İlkçağ Felsefesi* (Ahmet Fethi çev, 2. Baskı, Alfa Yayınevi 2016) 40.

¹⁵ Bozkurt ve Ercan (n 9) 9.

¹⁶ Ömer Aytaç, ‘Boş Zaman Üzerine Kuramsal Yaklaşımlar’ (2002) 12(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 231, 235.

¹⁷ “Antikçağ filozofları özgür insanın aşağılanması demek olan çalışmayı küçümsenmeyi öğretiyorlardı.” Paul Lafargue, *Tembellik Hakkı* (Işık Ergüden çev, 1. Baskı, Sel Yayınevi 2019)

¹⁸ Belirtilen dönemde aylıklığın kutsanmadığına, sadece bedensel çalışmanın küçümsendiğine ilişkin ipuçlarının da olduğu hakkında bkz. Bozkurt ve Ercan (n 9) 9.

¹⁹ Arthur Robinson *Hands, Charities and Social Aid in Greece and Rome* (Cornell University Press 1968) 62-63.

²⁰ Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi* (28. Baskı, Remzi Kitabevi 2016) 49.

²¹ Russel, *Batı Felsefesi* (n 14) 417 vd.

²² *Hands* (n 18) 65. Zenginlerin hayırseverliğinin oldukça kısıtlı olduğu bu dönemde bu kişiler yoksulluktan kurtulmak için şehir devletlerini terk ederek kolonilere katılmış veya 4. yüzyılda çok yaygın şekilde paralı askerlik yaparak toprak elde etmeye çalışmıştır. Ocobock (n 10) 4.

Feodal sistemde çalışma köleler yerine kölelerden farklı olarak toprağa bağlı şekilde alınıp satılabilen serfler tarafından gerçekleştirilmiştir.²² Sosyal düzen olarak feodalizm (Batı Avrupa için 500-1500 yılları arasındaki zaman), büyük toprak sahiplerinden oluşan askeri aristokrat sınıfın, sahip olduğu tarım arazilerine bağlı şekilde yaşamlarını sürdüren köylülere yani serfleri kontrol ettiği bir yönetim biçimi olmuş; bu yönetim biçiminde düzen toprak sahipleri tarafından sağlanmıştır. Ancak savaşlar, salgın hastalıklar, nüfus değişiklikleri gibi hususlar sosyal düzende değişikliklere neden olmuş, yeni düzenin yarattığı ekonomik dönüşümlerle kendi tehlikeli grubunu oluşturmuştur. Ekonomik arayışlarla şehirlere göç eden işsiz güçsüz kişiler, diğer bir ifadeyle dönemin serserileri toplumsal yaşamda tehdit olarak değerlendirilmiş, bu kişiler döneme özgü cezalandırma pratiklerinin muhatabı olmuştur.²³

Sanayi toplumuna geçişle birlikte kimsenin aylıklığa zamanının olmadığı ekonomik bir yapı ortaya çıkmıştır.²⁴ Sanayi toplumunun baştaki en temel sorunu, uzun süreler fabrikalarda çalışmayı tercih etmeyen yoksullar nedeniyle işgücü kıtlığı olmuştur. Bu dönemde çalışabilecek durumda olmasına rağmen çalışmayanlara başka bir deyişle dönemin serserilerine yönelik zorla çalıştırma yaptırımları uygulanmaya başlanmıştır.²⁵

Tarihte yoksullara yaklaşım, çalışmaya verilen anlam ve dolayısıyla serseriliğe yaklaşımı belirleyen önemli bileşenlerden biri de din olmuştur. Örneğin Hristiyanlık ile birlikte Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde, yoksulların refahı önemsenmeye başlanmış, Antik Yunan ve Roma döneminde yoksullara yönelik dışlayıcı tavrıdan farklı olarak hayırsever bir tutum ortaya konulmuş, zenginliğin yoksullarla paylaşılması din adamlarının temel motivasyonlarından biri olmuştur. Yoksulların korunmasına yönelik bu anlayış uzun yıllar Avrupa toplumunu etkilemiştir.²⁶ Modern-öncesi Hristiyan Avrupa için de yoksulluk tanrısal düzende kaçınılmaz olarak görülmüş, yoksullara yardıma günahlardan arınmanın bir yolu olarak değerlendirilmiştir.²⁷ Bu dönemde yoksulların varlığı fedakarlık yapmak ve tövbe etmek için bir fırsat ve dahası armağan olarak görülmüştür.²⁸

Çalışmaya verilen anlamda paradigma değişikliği Protestanlıkla birlikte olmuştur. Antik Çağ'da çalışmanın olumsuz anlamı Hristiyanlığın ilk dönemlerine kadar varlığını sürdürmüştür. Esasen çeşitli dinlerde de karşılık bulan cennetten kovulma mitiyle her şeye sahip olan insanın yaşamak için/yiyecek bulmak için ter dökmek zorunda kalması, ilk günahın kefareti olarak anlaşılmıştır. Çalışmanın bu olumsuz anlamını dönüştüren husus ise 16. yüzyılda *Martin Luther*'in ortaya koyduğu Hristiyanlık yorumu olmuştur. Protestan çalışma ahlakında çalışmak Tanrı'ya karşı bir ödev ve sevap olarak ele alınarak ilk defa çalışmaya olumlu bir anlam atfedilmiş,²⁹ yaşamak için çalışan değil çalışmak için yaşayan Hristiyan iyidir anlayışı hâkim olmuştur. Çalışmanın böylesi kutsanışı zamanla Protestanlara ait olmaktan çıkmış, çalışma etiği olarak sanayileşmenin erken dönemlerinde ve modernizme³⁰ geçişte Avrupa'da genel kabul gören anlayış olmuştur. Modern öncesi Hristiyan Avrupa'da ölümden sonraki yaşam için bir yatırım görevi gören yoksullara yardım da modern dönemin çalışma mantığına aykırı bir niteliğe bürünmüştür. Bu dönemin hemen öncesinde ilahi düzenin emrettiği yoksulluklarını kabullenip temel ihtiyaçlarının karşılanması karşılığında sanayi toplumunun ihtiyaç duyduğu iş gücünü vermeyi reddeden yoksullarla mücadelede Protestan çalışma ahlakı işlevsel bulunmuş, yoksulluk da buna paralel şekilde bir sorun, tehdit ve engel olarak görülmüştür.³¹ Modern dönemle birlikte eski Hristiyan hayırseverliği ulusların zenginliği için bir engel olarak görülmeye başlanmıştır.³²

İslamiyette de çalışma yüceltilen bir eylem olmuş ve hatta çalışmanın zorunluluk olarak ele alındığı yorumlar dahi ortaya atılmıştır.³³ Bunun yanında Müslümanların yoksul ve muhtaç durumda olanlara yardım etmeleri görev olarak benimsenmiştir. Zengininin malının belirli bir kısmını muhtaçla paylaşması ödevi olan zekât, İslam toplumlarının hayırseverliğini karakterize eden

²² Ören ve Yüksel (n 13) 44 vd.

²³ Mitchel P Roth, Göze Göz Suç ve Cezanın Küresel Tarihi (Barışhan Erdoğan çev, Can Yayınevi 2017) 169.

²⁴ Gökçeoğlu Balcı (n 12) 35. *Paul Lafargue* 1880 yılında kaleme aldığı 'Tembellik Hakkı' adlı eserinde bireysel ve toplumsal sefaletin nedeninin çalışma tutkusunu olduğunu iddia etmiştir. Çalışma sürelerinin; kürek mahkûmlarında 10 saat, Antillerdeki kölelerde 9 saat olmasına karşılık, 1789 devrimini yaparak İnsan Hakları'nı ilan eden Fransa'da 16 saati bulunduğunu aktarmış; 18. yüzyılda hümanistler ve ahlakçıların idealinin günde 12 saat çalışma olmasını ve çalışma hakkının devrimci bir ilke olarak benimsenmesini sert bir şekilde eleştirmiştir. Ona göre dizginsiz çalışma insanın başına gelen en korkunç şeydir ve kurallara bağlanan azami 3 saati bulan bir çalışma yeterlidir. Lafargue (n 17) 18-24-31. Benzeri bir yorum sonraki yıllarda *Bertrand Russel* tarafından ortaya konulmuştur. Ona göre de "çalışmanın erdem olduğuna inanma yüzünden büyük zararlar doğmaktadır ve mutluluğa giden yol, refaha giden yol, çalışmanın örgütlü bir şekilde azaltılmasından geçer.". Ancak insanın ürettiğinden fazlasını tüketmesi adaletsizdir. Çalışma ahlakı bakımından insan "yedğine ve başını bir çatı altına sokmasına karşılık bir şey sağlamalıdır. Çalışmanın ancak bu kadarı görev sayılmalıdır.". Ona göre günlük 4 saatlik bir çalışma "bir insana, yaşamak için gerekli ihtiyaç maddeleriyle rahatlıkları sağlayabilmesi ve insanın geri kalan zamanını dilediği gibi kullanabilmesi" için uygun bir süredir. Bkz. Bertrand Russel, *Aylıklığa Övgü* (Metin Ergin çev, 7. Baskı, Cem Yayınevi 2021) 11-16-21.

²⁵ Bauman (n 11) 128.

²⁶ Ocobock (n 10) 4.

²⁷ Gökçeoğlu Balcı (n 12) 35.

²⁸ "Dünyevi yaşamın anlamını ölümden sonraki yaşamda arayan bir toplumun, eğer hazırda yoksullar olmasaydı, başka bir kurtuluş vasıtası icat etmek zorunda kalabileceği bile söylenilebilir.". Bauman (n 11) 127.

²⁹ Bozkurt ve Ercan (n 9) 10-11.

³⁰ Farklı gelişmişlik düzeylerine bağlı olarak 15.-16. yüzyıl itibarıyla ortaya çıkmaya başlayan toplumsal yaşam ve örgütlenme biçimi olarak modernizm, kendisinden önceki geleneksel düzenin karşısını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Avrupa'da gelişerek küresel bir olguya dönüşen modernizme geçişte sanayileşme, demografik dönüşüm, ekonomik ilişkilerin ticarileşmesi, kapitalizmin yükselişi, iş bölümüne dayalı toplumsal ve ekonomik uzmanlaşma, bilimsel düşüncenin yükselmesi, akılcılık, kentleşme ve demokratikleşme gibi unsurlar üzerinde durulmaktadır. Christopher Pierson, *Modern Devlet* (Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan çev, Chiviyazıları Yayınevi 2008) 56-57.

³¹ Yoksulların çalışmayarak bunu tercih ettikleri dolayısıyla çalışarak yoksulluklarından kurtulabilecekleri anlayışını hâkim kılmaya çalıştırdığı bzk. Bauman (n 11) 127 vd. Modern devletin ayırt edici unsurları arasında çalışma etiğinin de yer alması gerektiği görüşü için bzk. Gökçeoğlu Balcı (n 12) 36.

³² Bauman (n 11) 13, 127.

³³ Bozkurt ve Ercan (n 9) 11.

temel hususlardan biri olmuştur.³⁴ Ayrıca karşılıklı yardımlaşmak, tasadduk (sadaka vermek), kurban dağıtmak gibi yoksulların gözetildiği ibadetler/uygulamalarla da sosyal dayanışma ön plana çıkarılmıştır.³⁵ Örneğin Osmanlı'da dindarlık göstergesi olarak başlıklarla yoksullara yardımı amaçlayan kurumlar/vakıflar kurularak finanse edilmiş, Avrupa'nın yardım anlayışındaki değişimin aksine yoksullar özelinde serseriler de çoğunlukla kamusal ve özel yardımlarla desteklenmeye devam etmiştir.³⁶

Yakın zamana kadar varlığını sürdüren cezalandırıcı anlayışın aksine serseriliğin arzu edildiği, irade edildiği nadir örnekler de söz konusudur. Bu konuda en bariz örnekler asketizm felsefesini izleyen öğretilere aittir. Önemli temsilcilerinden biri yukarıda sözünü ettiğimiz *Kyniklerdir*. Manevi bir ideale veya amaca ulaşmak için arzuları reddetme felsefesi olarak tanımlanan asketizm,³⁷ birçok dini öğretilerde kendisine karşılık bulsa da popülerliği veya temeli Hint kökenli dinlere dayandırılmaktadır. Hinduizmde yaşamın son evresinin (sannyāsi), keşiş olarak tam inziva şeklinde gerçekleşmesi beklenmektedir. Bu evrede keşişler tüm malvarlıklarını terk etmekte ve yeme içme ihtiyaçlarını karşılayabilmek için gezerek dilencilik yapmaktadır.³⁸ Benzer şekilde Budizmde keşişlerin toplu şekilde yürüdükleri ve kaselerine konulan yemeklerle yetindikleri bir çeşit dilenme usulü bulunmaktadır.³⁹ İslamiyette ise asketik uygulamalar tasavvuf geleneğini takip eden dervişlerde görülmektedir. Maddi dünyaya ait şeylerden bilinçli şekilde uzaklaşmayı amaç edinen dervişler, İslam toplumlarında saygı duyulan, hayranlık beslenen kişiler olarak özel bir yere sahiptir.⁴⁰ İslamiyette dilenerek geçimini sağlamak kabul edilmemiş olsa da özellikle çalışmayı reddedip tüm yaşamını çeşitli şekillerde ibadetlere ayırıp sonrasında geçim sıkıntısı çeken sufilere dilenmek durumunda kaldığı belirtilmekte, zaman içinde uzun saçlı, sakallı, yırtık ve yamalı kıyafetlerle halk arasında dilenen sufilerle "dilenci dervişler" denilen bir kesimin oluştuğu ifade edilmektedir. Bunun dışında şeyhlerin tasavvuf yoluna girmek isteyenlere odun taşıtarak, dilencilik yaptırarak onların nefislerini kırmaya çalıştıkları uygulamalardan söz edilmektedir.⁴¹

İradi veya dini ideallere ulaşmak için serseri yaşam sürme kendi topluluklarında hoş karşılanan ve hatta takdir edilen bir yaşam şekli olsa da belirtilen kısıtlı örnekleri haricinde serserilik toplumsal yaşamı bozan bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Ancak serseriliğe yaklaşımın cezalandırıcı olması veya serseriliğin ıslahının gerekmesi, bu aykırı yaşam sürme hâlindeki aykırılığın tarifi ve kapsamı toplumsal yaşamı etkileyen sosyal dinamiklerle yakından ilgilidir. Serseriliğin cezalandırılması konusunda bir ilk olmasa da Kara Veba batıdaki serserilik algısının değişimi açısından önemli bir dönemeç olarak ele alınıp incelenmektedir.

1.2.1. BATIDA İLK SERSERİLİK SUÇU DÜZENLEMELERİ: İNGİLTERE ÖRNEĞİ

Batıda serserilik düzenlemeleri konusunda İngiltere örneği öncü kabul edilmektedir.⁴² Söz konusu düzenlemelerin ilk örneklerinin işgücü piyasalarını kontrol, suçu önlemek ve yardım yasalarını düzenlemek amacıyla olduğu anlaşılmaktadır.

Common Law için serseriler genel olarak aylıklar, dilenciler ve üzerine düşeni yapmadan dolaşan kişileri (işsizleri, görünürde bir geçim kaynağı olmayan kişileri) ifade etmekteyken⁴³, tarihsel süreçte yasaların kapsamına çingeneler, falcılar, ruhsatsız seyyar satıcılar, ailelerini terk eden kocalar, göçmenler gibi çok çeşitli kişilerin dahil olduğu görülmektedir.⁴⁴

Öğretilerde serserilik konusunda ilk kapsamlı yasal düzenlemenin İngiltere'de yürürlüğe giren 1349 tarihli İşçi Kararnamesi (*The Ordinance of Laborers*) ve 1351 tarihli İşçi Yasası (*Statute of Laborers*) olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵ Söz konusu yasanın, öncül kabul edilebilecek serserilik düzenlemelerinden oldukça farklı olduğu belirtilmektedir.⁴⁶ 1349 yılında yürürlüğe giren ilk

³⁴ Ingrid Matsson, 'Status-Based Definitions of Need in Early Islamic Zakat and Maintenance Laws' Michael Bonner, Mine Ener ve Amy Singer ed, *Poverty and Charity in Middle Eastern Contexts* içinde (Sunny Press 2003) 31.

³⁵ Sözü edilen uygulama ve ibadetlerin ayrıntıları için bkz. Fahri Kayadibi, 'İslam'da Kalkınmanın Dinamik Güçleri' (2007) 15 İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1, 16 vd.

³⁶ Ocobock (n 10) 5. Osmanlı Devleti'nde serserilik hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. 1.2.2. numaralı başlık.

³⁷ Tanım için bkz. <<https://www.britannica.com/topic/asceticism>> Erişim Tarihi 06.03.2022. Kelimenin kökeni Grekçede "asketikos" kelimesine dayandırılmaktadır. Etimolojik olarak bu kelimenin Stoacılar tarafından erdeme giden yolda arzu ve tutkuların kontrolü anlamında kullanıldığı, ancak esasen antrenman yapmak, egzersiz yapmak gibi anlamlarının olduğu hakkında bkz. <https://www.etymonline.com/word/asceticism#etymonline_v_29116> Erişim Tarihi 07.03.2023.

³⁸ Yasin Güzeldal, 'Hint Kökenli Dinlerde Manastır Yaşamı ve Tekke Hayatı' (2021) 22(43) Tasavvuf İlimi ve Akademik Araştırma Dergisi 55, 61.

³⁹ Güzeldal n (38) 77 vd.

⁴⁰ Dervişliğin türleri ve ayrıntıları için bkz. Caner Işık, 'Dervişler: Dünyadan Geçen 'Aylıklar' Emine Gürsoy Naskali ed, *Avare Kitabı* içinde (Kitabevi Yayınevi, 2013) 61, 61.

⁴¹ Süleyman Uludağ, 'Dilencilik' (1994) 9 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi <<https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/9/C09023800.pdf>> Erişim Tarihi 07.03.2023.

⁴² Avrupa'da yoksulluk ve serserilik uygulamaları çeşitli farklılıklarla da olsa büyük ölçüde İngiltere deneyimine dayalı olarak ortaya çıkmıştır. Yasemin Özdek, *Şirket Egemenliği Çağında Sosyal Devletin Ceza Devletine* (1. Baskı, Notabene Yayınları 2011) 17. Bunun yanında İngiltere, merkezi birliğini sağlayarak kanunun üstünlüğünü kabul edip şiddeti kendi tekeline/kontrolüne alan ilk ulus devlet olması itibarıyla modern devletin doğuşuyla suç ve cezada meydana gelen dönüşümü gözlemek için de önemli bir örnektir. Roth (n 23) 177.

⁴³ Eski bir tanıma göre serserilerin geceleri uyanık gündüzleri uyuyan, meyhane, birahane veya yollarda dolanan, nereden geldiği ve nereye gittiği belli olmayan kişiler olduğu aktarımı için bkz. Gary V. Dubin ve Richard H. Robinson, 'The Vagrancy Concept Reconsidered: Problems and Abuses of Status Criminality' (1962) 37(1) New York University Law Review 102, 104.

⁴⁴ Forrest W. Lacey, 'Vagrancy and Other Crimes of Personal Condition' (1953) 66(7) Harvard Law Review 1203, 1206-1207. Serserilik düzenlemelerinden yola çıkılarak ABD hukukunda serserilik otuz farklı kategoride ele alınmıştır. Ayrıntılar için bkz. Dubin ve Robinson (n 43) 108 vd.

⁴⁵ Söz konusu yasa kimilerine göre İngiliz yoksulluk yasalarının başlangıcı olarak kabul edilmektedir. İngiliz yoksulluk yasaları çalışma, ücret, barınma ve yer değiştirme kısıtlamalarına yer veren, serserilere ilişkin düzenlemeleri de içinde barındıran, doğrudan veya dolaylı olarak yoksula yardımı yasaklayan, yardıma izin veren veya emreden düzenlemeler olarak 1948'e kadar varlığını sürdürmüştür. Bu yasaların Kıta Avrupası deneyiminden farklılıklar konusunda ayrıca bkz. Kadir Gündüz ve İbrahim Kısaç, 'İngiliz Yoksul Yasalarına Giriş: 1349-1531 Dönemi Bir Çocuk Esirgeme Perspektifi' (2021) 56(2) 3. Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi 781, 784 vd.

⁴⁶ Örneğin 1274 tarihindeki düzenlemelerde kilise yardımlarına kısıtlama getirilmiş, gezici kişilerin dini kurumlardan barınma ve gıda yardımları alamayacağı hususu düzenlenmiştir. William J. Chambliss, 'A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy' (1964) 12(1) Social Problems 67, 68. 1349-1547 yılları arasındaki serserilik düzenlemelerinin ekonomik suç olarak kategorizasyonu için bkz. Dubin ve Robinson (n 43) 104 vd.

serserilik düzenlemelerinde yardım etmek yasaklanmış, serserilerin bu yasakla yaşamlarını sürdürmeleri için çalışmak zorunda kalmaları amaçlanmıştır.⁴⁷ Söz konusu düzenlemede ayrıca ister köle ister özgür olsun bedensel yeterliliği olan ve 60 yaşını doldurmamış, ticaretle ve herhangi bir zanaatla uğraşmayan, üzerinde yaşadığı kendine ait bir yer veya toprağı olmayan kişilerin zorla çalıştırılması, çalışmayı kabul etmeyenlerin zorlama hapsine tabi tutulması öngörülmüştür. Ayrıca herhangi birinin hizmetinde bulunan serfin makul bir nedeni veya izni olmaksızın hizmet için kararlaştırılan süreden önce bu hizmetten ayrılması hâlinde hapis cezasına mahkûm edileceği düzenleme altına alınmıştır.⁴⁸

İngiltere’de bu dönemde ortaya çıkan serserilik düzenlemeleri veba salgınıyla toplumun sosyal yapısında meydana gelen değişikliklerin bir neticesi olarak ele alınmıştır. Kara Veba (*Black Death*) ile nüfusun neredeyse yarısının ölmesi iş gücü kaybına ve bazı toprakların sahipsiz kalmasına neden olmuştur. İş gücü kaybını telafi etmek isteyen toprak sahipleri tarafından başka topraklarda çalışan serflerin yüksek ücretler karşılığında çalıştırılmaya başlanması ücretleri artırmış, bu durum serflere ücret pazarlığı imkânı yaratmıştır.⁴⁹ Diğer yandan feodalizmin çözülmeye başlaması toprağı bağlı serfleri⁵⁰ özgür bırakmıştır.⁵¹ Haçlı seferleri ve diğer savaşlar toprak sahipleri için parasal bir yük getirmiş, bu yükün karşılanmasında serflere özgürlüklerinin satılması olağan bir yol hâline gelmiştir. Daha fazla ekonomik refah elde etmek isteyip göç eden serflerle özgürleşen işgücü daha pahalı hâle gelmiş, toprak sahiplerinin ihtiyacı olan işgücüne ulaşmak daha da zorlaşmıştır. Böylesi bir toplumsal değişiklikte serserilik yasaları ucuz iş gücünü temin edebilmenin alternatif bir yolu olmuştur. Bu yasalarla herhangi bir geçim kaynağı olmayan sağlıklı kişilerin vebadan önceki ücretler karşılığında çalışması garantilenmiş, çalışmak imkânına rağmen çalışmaması, dilenmesi ve daha yüksek ücretler için toprağıni terk etmesi yasaklanmıştır.⁵²

16. yüzyıla kadar ucuz iş gücünü temin etmeyi amaçlayan serserilik düzenlemeleri bu yüzyılda disiplin ve sosyal kontrol sağlamaya yönelmiştir.⁵³ 1530 yılında çıkarılan yasayla serserilik ilk kez suçla ilişkilendirilerek yaptırıma tabi tutulmuş, suçlar arasında ayırım yapılarak kulak kesmeye varan yaptırımlara yer verilmiştir. Çalışabilecek durumda olup da dilenenler, kazancını nereden sağladığını ortaya koyamayanlar ve yasadışı oyunlar oynayan aylaklar serseri olarak kabul edilmiş ve bu kişiler için ayrı ayrı ağır cezalar öngörülmüştür. Aylaklık eden ve geçimini ne şekilde sağladığını ortaya koyamayanların çırtlılıkla şekilde bir arabaya bağlanması ve kırbaçlanarak dövülmesi; yasadışı oyun oynayanların kırbaçlanması, tekerrür hâlindeyse bu kişilerin teşhir direğine bağlanması ve kulaklarının kesilmesi yaptırımlarına yer verilmiştir.⁵⁴

Söz konusu düzenlemeden kısa bir süre sonra yapılan değişiklikte yaptırım olarak ölüm cezası öngörülmüş; serserilik düzenlemelerindeki işçilerin kontrolü amacından ziyade suçun kontrolü amacına doğru değişim açıkça ortaya konulmuştur. Bu dönemde feodalizmin çöküşü ve sanayi ve ticaretle yaşanan gelişmelerle ticaret için gelen yabancı tüccarlara yönelik saldırılar ve taşınan değerli eşyaların çalınmasının önüne geçmek, mal taşıyan tüccarları yağmalayan kişileri denetlemek serserilik yasalarının temel amacı olmuştur. Belirtilen gerekçeyle serserilik yasaları ciddi bir suç işlememiş olsa dahi yağma veya diğer suçları işleme potansiyeli olan kişilerin tutulmasını mümkün hâle getirmiştir. Bu bağlamda yasaya göre herhangi bir zorba yakalandıktan sonra tekrar başıboş şekilde dolaşırsa, aylaklık, serserilik ederse yeniden kırbaçlanacak ve kulağı kesilecek; tekrar suç işlerse ölüm cezasına çarptırılacaktır.⁵⁵

Feodal düzenin çöküşü en başta tarım işçilerinin işsiz kalmasına neden olmuş,⁵⁶ işsiz gruba 1530’lu yıllarda kapatılan manastırlarda çalışan fırıncı, bahçıvan ve çamaşırcı gibi kişiler de eklenmiş, bu kişiler kasaba kasaba gezen serseri gruplara dahil olmuştur.⁵⁷ Ayrıca özel ordular dağıtılmış, işsiz askerlerin yeniden iş bulamayanları yoksullukla baş etmek için dilencilik

⁴⁷ Lisle (n 8) 501.

⁴⁸ Ayrıca söz konusu yasadışı işçilerin sabit ücretle çalıştırılması hususu da düzenlenmiş, 1351’de serflerin kışın hizmet verdiği toprağı yazın da çalışma imkânı varsa terk etmesi yasaklanmıştır. 1360 yılında bu davranışlar on beş günlük hapis cezasını gerektiren bir suç hâline getirilmiştir. Chambliss (n 46) 68.

⁴⁹ Gündüz ve Kısaç (n 45) 790.

⁵⁰ Serflik ve kölelik arasındaki farklar için bkz. Bozkurt ve Ercan (n 9) 16.

⁵¹ Dubin ve Robinson (n 43) 105.

⁵² Chambliss (n 46) 69 vd.; Doran Acemoğlu ve James A. Robinson, *Ulusların Düşüşü Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri* (Faruk Rasim Velioğlu çev, 53. Baskı, Doğan Kitap 2020) 97. 1495’de yürürlüğe giren değişikliklerle cezalarda artış öngörülmüştür. Buna göre serserilerin üç gün üç gece ekme ve su dışında yiyecek verilmeden tutulmaları, sürenin sonunda şehri terk etmeleri emredilerek serbest bırakılmaları düzenlenmiştir. Chambliss (n 46) 70 vd.

⁵³ Ocobock (n 10) 8.

⁵⁴ Chambliss (n 46) 72.

⁵⁵ ibid 72.

⁵⁶ Özdek, köylülerin topraklarını ele geçiren büyük toprak sahiplerinin neden olduğu işsizliği ve İngiltere’de artan dilenci kitleleri durumunu 1516 yılında yayınlanan *Thomas More’un Ütopya* adlı eserinden şu altınıyla özetlemiştir: “Doyuracak karınları paralarından çok fazla olan bu köylüler (tarım çok kol isteyen bir iştir çünkü) çoluk çocukları, dulları, yetimleri, ana babaları ve torunlarıyla yollara düşerler. Doğdukları evden, karınlarını doyuran topraktan ayrılarak uzaklaşır zavallılar ve barınacak yer bulamazlar. O zaman kap kacaklarını, pılı pırtılarını yok pahasına satarlar. Onlar da bitince ne kalır yapacak: çalmak ve Tanrı buyruğuyla asılmak. Yoksulluklarını dilencilikle sürdürmek isteyenler de çıkabilir: Onları da serseri diye yakalayıp zindana atıverirler. Oysa nedir suçları bu insanların? Çalışmaya can atırları halde kendilerine iş verecek kimseyi bulamamak. Hem hangi işe girebilirler zaten? Toprakta başka şeyden anlamazlar ki. Eskiden yüzlerce kolun çalıştığı topraklarda koyunları olatmaya bir tek çoban yeter.”. Thomas More, *Utopia* (Sabahattin Eyüboğlu ve Vedat Günyol ve Mina Ürgan çev, 24. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 2017) 14-15. Özdek, Şirket (n 42) 5.

⁵⁷ Roth (n 23) 207 vd.

veya hırsızlık yapmaya başlamıştır.⁵⁸ Serflerin tamamının 1575 yılında özgür bırakılması,⁵⁹ sayısı artan yoksulların birleşip yıkıcı bir güç olmalarından çekinilmesi ve Protestan çalışma ahlakının benimsenmesi; yoksul ve çalışmayanların cezalandırılmasına yönelik politik tutumun oluşumunda önemli gerekçeler olarak ele alınmıştır.⁶⁰ Serserilik bu dönemde ekonomik düzene karşı işlenen bir suç olmaktan ziyade potansiyel suçluların engellenmesine hizmet eden bir yapıya bürünmüştür. Nitekim 1547 yılında yürürlüğe giren Kölelik Yasası (*Slavery Act*) ile de serserilik, hırsızlık, yağma ve tüm kötülüklerin kökü olarak kabul edilmiştir.⁶¹

Yoksulluğun düzensizlik olarak değerlendirildiği bu dönemde Avrupa'nın birçok yerine islahatçı ve bakımevleri kurulmaya başlanmıştır. 1556'da serserileri zorla çalıştırıp ıslah etmeyi, evsizlere de barınak olmayı amaçlayan meşhur *Bridewell* islahatçı açılmıştır.⁶² Sayısı zamanla artan bu islahatçı evlerinde; hastalar, bulaşıcı hastalığı olanlar, yaralı askerler, tedavi edilebilir engelliler, körler, yoksul çocuklar ve yaşlılar için barınma, tedavi, bakım ve eğitim olanakları sunulmuş; serseriler, haydutlar, ahlaksız kadınlar, fahişeler, sadakatsiz eşler, dilencilere hapis ve kırbaç gibi yaptırımlara tabi tutulmuş ve zorla çalıştırılmıştır.⁶³ Kısaca bu dönemde yoksulluk ve serserilik toplumsal bir sorun olduğundan *Bridewell* çalışmayla ilgili sorunların aşılmasına hizmet eden bir yapıda hizmet vermiştir.⁶⁴ Benzeri yapıdaki *hôpital général* Fransa'da, *spinhuis* ve *rasphuis* ise Amsterdam'da yoksulların, evsizlerin, serserilerin hapsedilerek ve çalıştırılarak ıslahını amaçlayan kurumlar olarak ortaya çıkmıştır.⁶⁵

Serserilik yasaları 17. yüzyıl itibarıyla İngiltere ve genel olarak Avrupa'nın ekonomik çıkarları ve deniz aşırı sömürgecilik faaliyetlerinde önemli fonksiyonlar icra etmiş, serseriler bu dönemde işgücü sıkıntısı çekilen sömürcülere sürgün edilmiştir. Avrupa'nın deniz aşırı sömürgelerinde serseriliğin rolü Avrupalı yoksulların götürülmesi, sınır dışı edilmesiyle sınırlı kalmamış; yasalar aynı zamanda yerli toplulukların çalışma disiplinini ve sosyal düzenini şekillendirmek için de kullanılmıştır. Ayrıca kimi serseriler; askerlik hizmetine alınmış ve zamanla kendileriyle mücadele eden sistemin parçası hâline gelmiş,⁶⁶ kimileri ise toplumsal alandaki hareket kabiliyetleri gözetilerek zaman zaman hafiyelik faaliyetleri için seçilmiş, sosyal kontrol ve gözetim mekanizmalarına dahil olmuştur.⁶⁷

1824 yılına kadar geçen süreçte genellikle bir statü olarak görülebilecek serserilik, bu tarihten sonra belirli fiillerin işlenmesiyle ilişkilendirilerek suç olarak düzenlenmeye başlanmıştır.⁶⁸ 19. yüzyıl itibarıyla serserilik yasaları hızla gelişen şehirler için iş gücü olabilecek işsiz göçmen ve yoksullar yerine suçlulara ve özellikle malvarlığına karşı suç işleyen kişilere odaklanmış olsa da yoksullar ve serseriler toplumsal düzen açısından tehlike oluşturan gruplar olarak anlaşılmaya devam etmiştir.⁶⁹ Nitekim 1824 tarihli yasadaki aylıklar, serseriler ve dolandırıcılar ile ıslah olmayan serseriler farklı gruplar olarak ele alınmış ve bunların karşılığında farklı yaptırımlar öngörülmüştür. En geniş ve muğlak şekilde ele alınan ve uygulamayla sınırları iyice esnetilen serseriler ve dolandırıcılara; falcılar, suç işlemek için silahlananlar, yaralarını teşhir eden dilenciler, eş ve çocuklarını terk eden kocalar, herhangi bir meskeni ve geçim kaynağı olmayıp kamusal alanda konaklayan kişiler de dahil edilmiş, yoksul ve gezgin olan herkes potansiyel suçlu olarak değerlendirilmiştir.⁷⁰ *Michel Foucault*; 18. yüzyılın sonu itibarıyla şiddet suçlarından ziyade malvarlığına karşı suçların ön plana çıkmasına ilişkin bu dönüşümü (önceden fazla önemsenmeyen göz yumulabilecek küçük suçluluğun [serserilik, dilencilik, yankesicilik, çalıntı mal satıcılığı gibi] gündeme alınmasını ve malvarlığına karşı işlenen suçlarda daha katı düzenlemelere gidilmesini) burjuva sınıf adaleti olarak ifade etmiş; ekonomik düzendeki değişimin, artan nüfusun, zenginliğin ve mülk artışının karşısında güvenlik ihtiyacının da malvarlığına yöneldiğini belirtmiştir.⁷¹ Bu dönemde sanayinin ihtiyaç duyduğu

⁵⁸ 1550 yılında yalnızca 75.000 nüfusa sahip Londra'da 12.000 kişinin farklı yerlerden gelen yoksul göçmenler olduğu konusunda bkz. William G. Hinkle ve Stuart Henry 'Bridewell Prison and Workhouse' Mary Bosworth ed, Encyclopedia of Prisons & Correction Facilities içinde (2. Baskı, Sage Publication 2005) 82, 82. Bu yıllarda yapılan düzenlemelerde engelli, düşkün, çalışmayacak kadar yaşlı veya hasta olanlar hariç olmak üzere yaşayacak yeri olmayan, yol kenarlarında, köy, kasaba ve şehirlerde gezen aylıklar, gerçek bir işle üç gün boyunca ilgilenmeyenler (çalışmayı reddedenler) ve işlerini bırakanlar serseri olarak kabul edilmiştir. Chambliss (n 46) 73. Ayrıca belirtilen dönemlerde serserilerin göğsüne kızgın demirlerle serseri [*vagranti*] damgası vurulacağı ve bu kişileri ihbar eden kişilerin emrine iki yıl boyunca köle olarak çalıştırılacağı da hüküm altına alınmıştır. Roth (n 23) 209.

⁵⁹ Chambliss (n 46) 72.

⁶⁰ Brian Harvey, 'A Solution to Homelessness: Part I: Vagrancy Still a Crime' (1984) 73(289) Studies: An Irish Quarterly Review 1, 1.

⁶¹ Söz konusu değişimde işsizlik karşısında öngörülen yaptırımların ağırlığının da etkili olduğu belirtilmiştir. Buna göre serseri kategorisindeki kişiler ölüme varan yaptırımlardan kaçınarak suç işleyerek yaşamlarını sürdürmeyi tercih etmişlerdir. Dubin ve Robinson (n 43) 105. Bu dönemlerde serseriler genel olarak uzun mesafelere tek başlarına ya da küçük gruplar halinde seyahat eden genç erkeklerden oluşmuş, bunlar bölgesel ve mevsimlik göçler yanında esas olarak uzak mesafeli olarak göç etmiştir. İngiltere ve Fransa'daki şehirlerde barınma pahalı olduğundan şehre gelen bu yoksullar genelde birahane veya özel pansiyonlarda veya küçük kiralık odalarda konaklamıştır. Dilenerek yaşamını idame ettiren bu kişilerin sayıca artış göstermesi ve sosyal yardımların yetersiz kalması neticesinde toplumsal düzene aykırı yıkıcı bir güç oluşturmalarından çekinilmesi nedeniyle yaptırımlar zaman içinde ağırlaştırılmıştır. Ocobock (n 10) 8.

⁶² İngiltere'nin ilk islahatçı olan *Bridewell*, modern hapishanelerin öncüsü olarak kabul edilmektedir. 1523 yılında kraliyet sarayı olarak inşa edilen Londra'da bulunan bina sonrasında Londra başpiskoposunun talebiyle islahatçıya dönüştürülmüş ve zamanla sayısı iki yüze varacak şekilde yaygınlaştırılmıştır. Hinkle ve Henry (n 58) 82.

⁶³ Yoksullukla mücadele kapsamında Kraliçe Elizabeth tarafından 1601 tarihinde yürürlüğe sokulan ve üç yüz yıl yürürlükte kalan Yoksul Yasası (An Act for the Relief of the Poor) sağlıklı kişileri, engellileri ve çocukları ayırmış, engellilere ve çocuklara parasal yardımlarla, sağlıklı kişilere iş vermek suretiyle yardım edilmesini öngörmüştür. Bu yasadaki sosyal yardım görme çalışma olgusuna bağlanmıştır. Gökçeoğlu Balcı (n 12) 39.

⁶⁴ Hinkle ve Henry (n 58) 83.

⁶⁵ Eamonn Carrabine, 'England and Waller' Mary Bosworth ed, Encyclopedia of Prisons & Correction Facilities içinde (2. Baskı, Sage Publication 2005) 290, 291.

⁶⁶ Ocobock (n 10) 11 vd.

⁶⁷ 18. yüzyılda Fransa örneklenmiştir. Cengiz Kırılı, 'Kahvehaneler ve Hafiyeler:19. Yüzyıl Ortalarında Osmanlı'da Sosyal Kontrol' (2000) 83 Toplum ve Bilim 58, 62 vd. "Suçluların siyasal kullanımı-muhbir, hafiyecilik, tahrikçi olarak-, XIX. Yüzyıldan önce çoktan yerleşik hale gelmiştir." Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (Mehmet Ali Kılıçbay çev. 8. Baskı, İmge Kitabevi 2019) 405.

⁶⁸ Dubin ve Robinson (n 43) 105.

⁶⁹ Ocobock (n 10) 18-19. 1824 tarihli yasadaki on yıl kadar sonra çıkarılan yoksulluk yasasıyla İngiltere'nin dört bir yanında acımasız çalışma evleri kurulmuştur. Harvey (n 60) 3.

⁷⁰ Robinson (n 8) 13-14.

⁷¹ Foucault (n 67) 128 vd. Ceza hukukunda Klasik Okul'un önemli isimlerinden *Cesare Beccaria*'nın 18. yüzyılda yayınlanan Suçlar ve Cezalar Hakkında yapıtında aylıklar hakkındaki

ucuz iş gücünü temin amacıyla toprağa bağlılık ve yer değiştirme yasakları da yürürlükten kaldırılmış, ıslahevlerinde kalanların yaşam koşulları bilinçli olarak kötüleştirilmiş, yardım görenlerin durumu işçiye nazaran dezavantajlı hâle getirilmiştir.⁷²

20. yüzyıla gelindiğindeyse dünya savaşları sonrası refah odaklı devletlerin yükselişiyle birlikte serseriliğe ve evsizliğe yaklaşım değişmiş, serserilerin zorunlu çalıştırılmasından ve evsizlerin şiddet yoluyla bastırılmasından uzaklaşmıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında askere alma ve savaş ekonomisi Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki işsiz nüfusu radikal bir şekilde azaltmıştır. Yine serseriliğin yoksulluğun bir sonucu olduğu fikrinin gelişim göstermesi de yaklaşımı değiştiren hususlardan biri olarak ele alınmıştır.⁷³

Güncel durumda hâlen bazı hükümleri İngiltere ve Galler'de yürürlükte bulunan 1824 tarihli yasa bu zamana kadar çok sayıda değişiklik geçirmiştir. 2022 tarihli *The Police, Crime, Sentencing Courts Act* ile dilenciler ve açık alanda uyuyan evsiz kişilere yönelik gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra yasanın yürürlükten kaldırılacağı düzenleme altına alınmıştır.⁷⁴

Sonuç olarak bir kısmına yer verdiğimiz serserilik yasaları günümüze kadar toplumsal yaşama paralel şekilde değişmiştir. Serseriliğin tehlikeli olarak değerlendirilmesi nedenleri, serseriliğin kapsamı ve uygulanan yaptırımlar değişiklik göstermiş olsa da çalışmamanın veya dilenmenin yasaklanması hepsinde ortaktır.⁷⁵ Söz konusu gruba uygulanan yaptırımlar da kabaca iş gücüne ihtiyaç duyulan dönemlerde bunu temin, işsizliğin arttığı dönemlerdeyse işsizliğe bağlı ayaklanmaların önlenmesine hizmet edecek şekilde değişiklik göstermiştir.⁷⁶

1.2.2. OSMANLI DEVLETİ'NDE SERSERİLİK

Yoksullukla mücadelede Avrupa'da 16. yüzyıl itibariyle başlayan merkezi, seküler ve katı politikalar Osmanlı'da bulunmasa⁷⁷ da Avrupa'da olduğu gibi Osmanlı'da da çalışmayan, tembellek ederek başıboş gezen kişiler toplum açısından "tehlikeli" olarak değerlendirilmiş,⁷⁸ bu tehlikeyi bertaraf etmenin çeşitli yolları aranmıştır. Serserilere yönelik yaklaşımın, Batı'daki gelişmeleri takiben ancak farklı ölçülerde başta cezalandırıcı zaman içinde ıslah edici bir gelişim seyri olmuştur.⁷⁹

Çalışmak imkânı varken çalışmayarak başıboş bir şekilde gezen kişileri ifade eden serserilik, Osmanlı'da zaman zaman düzen bozucu farklı grupların dahil olduğu bir üst kimlik olarak görülmüş; dilenciler, hovardalar, hırsızlar, yankesiciler, eşkıyalar, fuhuş yapanlar, asker kaçakları, halkı galeyana getirenler,⁸⁰ esrarkeşler, işi olmayan hasta ve sakatlar, külhanbeyleri⁸¹ ve kabadayılar serseri kapsamında değerlendirilebilmiştir.⁸²

Osmanlı'nın serserilerle mücadelesinde zaman içinde değişen yaptırımlara yer verilmiştir. İstanbul başta olmak üzere düzen bozucu söz konusu gruplara yönelik şikayetlerin esas olarak 18. yüzyıl itibariyle arttığı belirtilmesine rağmen bu tarihlerden önce de serserilere yönelik alternatif yaptırımlara başvurulmuştur. Örneğin serserilerin sıklıkla ziyaret ettiği meyhanelerin artması ve buradaki kişilerin kadınlara sarkıntılık yapıyor olmaları; 1595 tarihinde meyhanelerin kapatılmasına ve söz konusu yasağa aykırı

sözleri dönemin ruhunu yansıtmaması bakımından çarpıcıdır. "Kim ki, kamunun/toplumun dinginliğini/huzurunu bozar, kim ki yasalara, yani insanların karşılıklı olarak birbirlerini desteklemeyi ve savunmayı, acı çekip birbirlerine katlanmayı sağlayan koşullara uymaz, o kişinin toplumun dışına atılması, bir başka deyişle sürgün edilmesi zorunludur. Bu nedenlerle ki, aklı başında yönetimler; iş, ticaret ve sanayi yaşamı içinde, (sosyal devletin amacıyla çelişen) bu tür siyasal aylıklığın işsiz güçsüzlüğün acısını çekmez. Kimi yüzeysel hurçun söylevciler ise, onu sanayinin kotardığı zenginliklerin ürünü olan aylıklıkla karıştırırlar. Oysa bu sonucusu, toplum serpilip genişledikçe ve yönetim daralıp insanlara daha çok özgür alan bıraktıkça zorunlu ve yararlı olan aylıklıktır. . . cezalandırılması gereken aylıklığın ne olduğunu yasalar tanımlamak zorundadır. . ." Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Sami Selçuk çev. 6. Baskı, İmge Kitabevi 2016) 117-118.

⁷² Söz konusu değişiklikler sanayi burjuvası ile toprak aristokrasisi arasındaki çekişmenin ürünü olarak nitelendirilmiştir. İşgücü ihtiyacı olan sanayi için sosyal yardımlar önemli bir engel oluşturmuş, toprak aristokrasinin devamı ise yer değiştirmeye engel olan yasalarla geleneksel kırsal düzenlerini korumamın bir yolu olarak değerlendirilmiştir. Gökçeoğlu Balci (n 12) 39.

⁷³ Ocobock (n 10) 25.

⁷⁴ Bkz. <<https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/repeal-of-the-vagrancy-act-1824-police-crime-sentencing-and-courts-act-2022-factsheet>> Erişim Tarihi 28.03.2023.

⁷⁵ Chambliss (n 46) 75.

⁷⁶ Kapatılmayla ilgili olarak bkz. Hakan Karakehya ve Hande Özger, *Modern Toplumda Hapishanenin Yaygın ve Yerleşik Konuma Gelişi* (Nobel Kitabevi 2022) 63.

⁷⁷ Osmanlı Devleti dilenen ve gezici yoksullara karşı kriz dönemleri haricinde çok fazla tedbir almamıştır. Ocobock (n 10) 11. Selanik kadı sicillerine bakılarak yapılan bir çalışmaya göre yalnızca bireysel dini başlıklarla yoksullara ulaşılmaya çalışılması ve bu başlıkların daha ziyade dini kurumlarda çalışan dindar yoksullara yönelik olması neticesinde tüm yoksulların ihtiyaçlarına cevap verilebilmesi mümkün olmamış; herhangi bir yardımdan faydalanamayan yoksullarına seyyar satıcılık, göç, din değiştirme, suç işleme, fahişelik, çocukların (besleme) başka evlerde çalıştırılması gibi yöntemlere başvurduğu belirtilmiştir. Bkz. Eyal Ginio, 'Living on the Margins of Charity Coping with Poverty in an Ottoman Provincial City' Michael Bonner, Mine Ener ve Amy Singer ed, *Poverty and Charity in Middle Eastern Contexts* içinde (SUNY Press 2003) 164, 177.

⁷⁸ 18. yüzyılda aylıklara karşı tutumun erken modern dönem Avrupası'ndan farklı olduğu yönünde bkz. Ginio (n 77) 172 vd.

⁷⁹ Nadir Özbek, 'II. Meşrutiyet İstanbul'unda Dilenciler ve Serseriler' (1999) 11(64) *Toplumsal Tarih* 34, 36. Özellikle klasik dönem Osmanlı'da serserilerin zorla çalıştırılarak ıslahının Avrupa örneklerine paralel şekilde gerçekleştiği ancak buna yönelik çalışma ve kaynakların kısıtlı olduğu konusunda bkz. ibid 37.

⁸⁰ Osmanlı'da çeşitli zamanlarda halkın galeyana gelmesiyle toplumsal bir harekete dönüşen tepkileri ortaya koyanlar veya siyasi düşünceleri dolayısıyla siyasi suçlu olarak kabul edilen kişiler serseri kapsamında değerlendirilmiştir. Örnekleri için bkz. Özgün (n 5) 12-13.

⁸¹ Külhanbeyleri; barınacak yeri olmayıp hamamların ateş ocaklarında (külhanlarında) yatıp kalktukları için bu isimle anılan, İstanbul'un Osmanlı hâkimiyetine geçmesinden itibaren ortaya çıkan bir gruptur. Bunlar, ilk dönemlerinde lonca gibi bir teşkilata sahip olup kısmen itibara sahip bir zümre olsalar da sonrasında daha çok sorumsuz ve vurdumduymaz şekilde hayat yaşayıp toplumu tehdit eden bir grup eşkıya olarak görülmüşler, çeşitli tedbirlere muhatap olmuşlardır. Mehmet Demirtaş, 'XVIII. Yüzyılda Osmanlı'da Bir Zümrenin Alt Kültür Grubuna Dönüşmesi: Külhanbeyleri' (2006) 7(1) *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 113, 113 vd.

⁸² Özgün (n 5) 5 vd. Farklı grupların aynı çatı altında değerlendirilmiş olmasının çeşitli nedenleri ileri sürülmüştür. Buna göre söz konusu gruplar neredeyse vergi vermiyor olmaları, sanat sahibi olmamaları, yersiz, yurtsuz ve işsiz olmaları yönüyle benzeşmiş, hepsi bir yönüyle toplumsal yaşamı ekonomik, sosyal veya siyasal yönden tehdit etmiştir. ibid 17-18.

hareket eden meyhanecilerin kürek cezasına çarptırılmasına neden olmuştur.⁸³ Benzer şekilde kahvehanelerin serserilerin ilgi gösterdiği, kumar oynanan, hırsızlık, öldürme gibi fiillerin işlendiği, padişah aleyhine davranışların sergilendiği mekanlar hâline gelmesiyle⁸⁴ bunlar da kapatılmış ve hatta yıktırılmıştır.⁸⁵

16. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar serseriler ve dilenciler hakkında köylü veya sanatkarların yanına işçi olarak gönderme, çeşitli işlerde zorla çalıştırma veya merkezden taşraya sürgün etme şeklinde yöntemlere başvurulmuştur.⁸⁶ Sözü edilen dönemlerde Avrupa örneklerine benzer şekilde serserilerle mücadelede İstanbul'a taşradan gelişler yasaklanmış, sonradan İstanbul'a gelen kişiler geldikleri yerlere geri gönderilmiş,⁸⁷ gelenlerin ancak kefaletle bağlı olarak şehirde kalabilmelerine imkân verilmiştir.⁸⁸ Bu bağlamda serserilerin kaldıkları bekar evi, han ve hamam gibi yerlerde zaman zaman sayımlar yapılmış,⁸⁹ İstanbul'dan gönderilmelerine rağmen kaçak olarak tekrar gelenler hakkında devlet işlerinde zorla çalıştırma,⁹⁰ hapis, sürgün kalebentlik⁹¹ ve hatta idam⁹² yaptırımları uygulanmış, çeşitli önlemler alınmıştır.⁹³

Tanzimat'ın ilanından sonra serserilerle mücadelede çalıştırarak ıslah etme amacı ön plana çıkmış, bu dönüşümde Osmanlı'nın Batı'ya uyum çabalarının etkili olduğu belirtilmiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında Zaptiye Nezareti'nin bir tezkeresinde Avrupa örneklerinde olduğu gibi belediyeler tarafından fukarahaneler gibi kurumların inşa edilmesinin serserilik sorununu çözmeye kalıcı etkileri olacağından söz edilmiş,⁹⁴ sonrasında bu yönde atılan önemli bir adım olarak Darülaceze kurulmuştur. Bu yapı öncülü ıslahhanelerden farklı olarak bir çalışma evi (darüssay) olarak tasarlanmış, serserilik ve dilencilikle mücadelede önemli bir yer edinmiştir.⁹⁵ Ancak Osmanlı Devleti'nin ekonomik imkânlarının kısıtlı hâle geldiği bir dönemde böylesi kurumları yaygınlaştırmak mümkün olmadığından serserilere zorla çalıştırma ve geldikleri yere geri gönderme gibi yaptırımlar uygulanmaya devam etmiştir.⁹⁶

İmparatorluğun çöküş dönemine gelindiğinde özellikle 20. yüzyılın başından itibaren Fransa'da yapılan reformların birçoğunu takip eden Osmanlı; yaptığı düzenlemelerde serserilik kapsamını belirlemek için çeşitli kategoriler benimsemiş, hapis, sürgün ve bedensel cezalara yer vermiştir.⁹⁷ Söz konusu mevzuat serserilik ve suç arasında kurulan ilişkiye de işaret edecek şekilde formüle edilmiştir.

Düzenlemelerden ilki 17 Nisan 1890 tarihli Tese'ülün Menine Dair Nizamname'dir. Burada hasta ve sakat dilenciler hakkında bir hafta hapis cezasını takiben İstanbullu olanlarının acezhaneye, taşralılarının ise memleketlerine gönderilmesi hüküm altına alınmış, çalışabilecek durumda olmasına rağmen dilenenler içinse üç aya kadar hapis cezası öngörülmüştür.⁹⁸ Hemen sonrasında 18 Eylül 1890 tarihli⁹⁹ Serseri Mazannai Su' Olan Eşhsas Hakkında Nizamname¹⁰⁰ yürürlüğe girmiş, Nizamname'de suçlular ve serseriler ayrı kategoriler olarak düzenlenmiş, bunlar hakkında farklı yaptırımlara yer verilmiştir. Herhangi bir geçim kaynağı, belirli ve daimi bir ikamet olmayan ve geçimini meşru yollarla kazandığını ispat edemeyip şurada burada gezen kişilerin serseri olduğu kabul edilmiş; cinayet, hırsızlık, yankesicilik, dolandırıcılık gibi suçlardan bir veya birden fazla kez hüküm giyip zaptiye nezareti

⁸³ Bkz. Demirtaş, Külhanbeyleri (n 81) 125-126.

⁸⁴ Jurnal adı verilen raporlara bakılarak hafiyelerin de bilgi almak için sıklıkla kahvehanelere konuşulduğu hakkında bkz. Kırılı (n 67) 60.

⁸⁵ Demirtaş, Külhanbeyleri (n 81) 121-122. Yıkıtılma tedbiri suç, fuhuş ve hastalık yayan mekanlar olarak görülen bekar odaları hakkında da zaman zaman uygulanmıştır. Bkz. Mehmet Demirtaş, 'XIX. Yüzyılın İlk Yarısında İstanbul'da Kamu Düzenini Bozan Gruplara Karşı Yürütülen Mücadele' (2009) 81 (291) Belleten 481, 491. Söz konusu bakış açısının bir sonucu olarak bekar evlerinin denetimi önemsenmiş, bekar evlerinde kalanlar hakkında kayıt altına alma, kefil isteme ve şehirden gönderme gibi tedbirler uygulanmıştır. Kente dışardan gelen bekarlar veya ailesini getirmeyen göçmenler şehrin kayıkçı, hamal ve benzer esnaf gruplarını oluşturmuş, bunlar bekar odaları, han ve dükkanların üst katlarında barınmıştır. Işıl Çokuğraş, 'Osmanlı İstanbul'unda Bekar Odaları' (2013) 47 Mimar.ist Dergisi 29, 30. Ancak bekar odalarında kalanların toplumsal düzen açısından tehdit olarak görülmesi, bu kişilerin düşük ücretlere çalışarak şehrin ekonomik belkemiğini oluşturması dolayısıyla modernleşme sürecinde değişikliğe uğramıştır. Bkz. Layra Mete, *Controlling The Bachelors of Istanbul During The Ottoman Modernization Period and The Regulations on Vagabonds* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 4.

⁸⁶ Özbek (n 79) 36-37.

⁸⁷ 16 yüzyıldan önce de uygulanan eski bir yöntem olduğu konusunda bkz. Özgün (n 5) 27.

⁸⁸ Kefalet uygulaması İstanbul'a nüfus hareketlerini kontrol altına almak üzere geliştirilmiş, taşradan gelenler için zorunlu tutulmuştur. Özbek (n 79) 36. Uygulamaya göre kefiller kefil oldukları kişinin mahkemeye gelmesini ve borcunu ödemesini garanti etmişlerdir. Çokuğraş (n 85) 30; Mete (n 85) 23. Ancak İstanbul'a kefil bulmaksızın gelenler konakladıkları hanlar ve bekar odaları sahiplerini rüşvet karşılığı kefil göstermiş, kefalet kurumu sıklıkla istismar edilmiştir. Demirtaş, Kamu Düzenini Bozan Gruplar (n 85) 506.

⁸⁹ Demirtaş, Kamu Düzenini Bozan Gruplar (n 85) 482.

⁹⁰ En yaygın örnekleri yol yapımında, kanal açmada veya madenlerde zorla çalıştırmadır. Özgün (n 5) 24.

⁹¹ Kalebentlik, 17. yüzyılın sonları itibariyle uygulanmaya başlanan, suç işleyen kişilerin kale surları içinde ikamet ettirildiği ve hisardan dışarı çıkılmalarının yasaklandığı bir kapatma pratiğidir. 1688-1750 yılları arasında Limni kalebentlerine dair bir çalışmada sarhoşluk, meczupluk, divanelik, İstanbul'da kefilsiz oturmak veya izinsiz İstanbul'a gelmek gibi serserilik kapsamında kalan fiillerden mahkûm edilenlerin kalebent edildiği belirtilmiştir. Bkz. Ömer İşbilir, 'XVIII. Yüzyılın İlk Yarısında Osmanlı Devletinde Limni Kalebentleri' Emine Gürsoy-Naskali ve Hilal Oytun Altun ed, *Zindanlar ve Mahkûmlar içinde* (Babil Yayınevi 2006) 48, 50 vd.

⁹² II. Mahmut'un 1816'da Ankara ve Çankırı sancağına gönderdiği bir fermanla "kapsız deliller"den serseri şekilde dolaşıp halka zulüm edenlerin te'dip ve idam edilerek sonucun bildirilmesini istediği hakkında bkz. Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Anadolu'da İç Güvenlik" (1980) 12 Tarih Araştırmaları Dergisi 45, 46. Benzer şekilde bazı asker ocaklarının lağvedilmesiyle işsiz kalıp serserilik eden askerlerin idamı hakkında bkz. Demirtaş, Külhanbeyleri (n 81) 127. Genel olarak eşkiyaların siyaseten katli bağlamında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katli* (Phoenix Yayınevi 2017) 115 vd.

⁹³ Özgün (n 5) 24.

⁹⁴ Özgün (n 5) 27.

⁹⁵ Özbek (n 79) 37; Özgün (n 5) 28-29.

⁹⁶ Özbek (n 79) 34. İstanbul'da bulunan serseri ve dilencilerle mücadelede kestirme bir yol olarak Anadolu'ya sürgün etme uygulaması, serseriler ve dilencilerle yaşanan sorunların Anadolu'ya yayılmasına neden olmuştur. Özgün (n 5) 46.

⁹⁷ Ocobock (n 10) 24-25.

⁹⁸ Özbek (n 79) 37.

⁹⁹ Hicri takvime göre 3 Sefer 1308 tarihinin miladi takvime çevrilmesinde <<https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu>> adresinden yararlanılmıştır. Erişim Tarihi 10.03.2023.

¹⁰⁰ Nizamname için Düstur, 1. Tertip, Cilt 6, s. 748 bkz. <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>> Erişim Tarihi 10.03.2023.

altında olanlarına¹⁰¹ *mazannai su*¹⁰² olduğu düzenlenmiştir. Bu kişiler hakkında hapis ve duruma göre uygun bir yere gönderme yaptırımlarına yer verilmiş; 14 yaşından küçüklerinse hapis cezası yerine 20 yaşına kadar zaptiye nezareti altında bulunmakla cezalandırılıp iş veya sanat öğrenmek üzere aile veya akrabalarına teslim olunacakları veya memleketlerine gönderilecekleri hüküm altına alınmıştır. Nizamname'de ayrıca bu kişilerin çeşitli iğne, çakı, kilit açmaya yarayan malzemeyle yakalanmalarına daha ağır hapis cezası öngörülmüştür.

Kısa sayılabilecek bir süre sonra Darülaceze'nin Dahili Nizamnamesi ile birlikte 28 Ocak 1896 tarihli¹⁰³ yeni Tese'ülün Menine Dair Nizamname¹⁰⁴ hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁵ Yoksulluk ile serserilik arasında ayırım yaratma ve cezalandırma amacından ıslah amacına yönelme bu mevzuatta açıkça ortaya konulmuştur. Bu bağlamda 1890 tarihli düzenlemeden farklı olarak dilenciler hakkında hapis cezası uygulamasından vazgeçilmiştir. Söz konusu Nizamname'de geçimini sağlamaya engel hastalık veya sakatlığı bulunanların ve geçimini sağlamakla mükellef kimsesi olmayanların veya kendilerini geçindirmekten aciz olan kişilerin bakmakla mükellef oldukları kimselerin bakımlarının Darülaceze tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda bulunmasına rağmen Darülaceze'ye müracaat etmeyip dilenenlerin İstanbullu ise Darülaceze'ye değilse memleketlerine gönderilecekleri hüküm altına alınırken, halkı rahatsız etmeyenler ve bir sanat icra ederek dilencilik yapanlar hariç tutulmuştur. İş gücü sahibi olabilecekken dilencilik yapan İstanbulluların kefaletle serbest bırakılacakları, mükerrir İstanbulluların taşraya sürgün edileceği, taşralıların memleketlerine iade edilecekleri; ıslahhanesi ve sanayisi olan yerlerden gelen taşralılarınsa Darülaceze'ye konulmayıp belirlenen yerlerde barındırılacağı düzenleme altına alınmıştır.¹⁰⁶

10 Mayıs 1909 tarihli Serseri ve Mazanne-i Su Eşhas Hakkında Kanun'da¹⁰⁷ 1890 tarihli Serseri Nizamnamesi'nde olduğu gibi serseri ve *mazanne-i su* kişiler arasında ayırım yapılarak farklı yaptırımlara yer verilmiştir. Nizamname'den ayrı olarak serseri kabul edilebilmek için en az iki ay boyunca¹⁰⁸ geçimini sağlayacak bir işle meşgul olmama koşulu öngörülmüş, 15 yaşından küçüklerin serseri sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında serseriler hakkında hapis cezası yerine iki aydan dört aya kadar istihdam zorunluluğu öngörülmüş, böyle bir istihdamın mümkün olmadığı hâllerdeyse serserilerin memleketleri veya iş bulabilecekleri yerlere gönderilecekleri hüküm altına alınmıştır. *Mazanne-i su* olanlaraysa hapis veya sürgün cezalarından birinin uygulanacağı ve bunların cezayı takiben bir süre zaptiye nezareti altında bulundurulacakları düzenlenmiştir. Kanun'da Nizamname'den farklı olarak çakı, bıçak, iğne veya kilit açmaya yarayan eşya ile yakalanan serseri ve *mazanne-i su* hakkında darp ve sürgün cezası öngörülmüştür.¹⁰⁹

19. yüzyıl sonu itibarıyla başlayan serserilik mevzuatının tarihsel arka planında bilhassa İstanbul'da yaşanan demografik değişim ve onun yarattığı tedirginliğe dikkat çekilmiştir. Meşrutiyet'in ilanıyla birlikte sürgünden dönen, hapishanelerden salıverilen mahkûmların ve taşradan İstanbul'a iş bulmak amacıyla gelen yoksulların neden olduğu endişe Meclis'te serserilik düzenlemeleri görüşmelerine de yansımıştır. 1909 tarihli Kanun'un görüşmelerinde serserilere uygulanacak cezaların ağır olması, duruma göre idam cezasının uygulanması gerektiği yönünde görüşlere yer verilmiş,¹¹⁰ kamu düzenini sağlama konusunda fiziksel cezaların Amerika ve İngiltere uygulamalarındaki başarısına işaret edilmiştir.¹¹¹

İstanbul'a taşradan gelmesi yöneticiler tarafından düzensizlik olarak görüldüğünden, serserilik düzenlemeleri daha ziyade toplumsal düzenin sağlanması amacına yönelmiş 1909 tarihli Kanun ise ayrıca ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesine odaklanmıştır.¹¹² Bu bağlamda Kanun'un yürürlük amacında toplumun huzur ve güvenliği için serserilerin çalıştırılarak ıslahına yer verilmiştir.¹¹³ Serserilik ve dilencilik karşısında hapis cezası öngörülmemiş olması, serseri kabul edilmek için makul bir süre

¹⁰¹ Zaptiye nezareti altında bulundurulmak bazı suçları işleyen kişilerin cezalarını takiben veya tali şekilde uygulanan bir cezadır. İkamet edilmesi yasaklanan yerlere yerleşmemek, yasaklı yerler dışındaki yerlere ikamet veya seyahat etmek üzere yola çıkmadan önce yol tezkeresi almak, gidilen yerde mülki amire haber vermek gibi kısıtlamalar içermektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1987) 70-71.

¹⁰² Kendisinden ancak fenalık beklenen kimse anlamına gelmektedir. Bkz. Devellioğlu (n 3) 703.

¹⁰³ Hicri takvime göre 13 Şaban 1313 tarihinin miladi takvime çevrilmesinde <https://www.ttk.gov.tr/tarih-cevirme-kilavuzu/> adresinden yararlanılmıştır. Erişim Tarihi 10.03.2023.

¹⁰⁴ Bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr>> Erişim Tarihi 10.03.2023.

¹⁰⁵ Özgün (n 5) 31.

¹⁰⁶ Osmanlı'da tarihsel olarak dilencileri kontrol konusunda farklı yöntemlerin uygulandığı belirtilmiştir. Örneğin dilenciler loncaya bağlı esnaf olarak kabul edilmiş, kimlerin dilenci olabileceği, hangi dilencilerin nerede dilencilik yapabileceği önceden belirlenmiştir. Mesela gayrimüslim dilencilerin yalnızca kilise kapılarında dilenmesine müsaade edilmiştir. Osmanlı'da ekonomik, sosyal ve siyasal hayatta karışıklık olduğu dönemlerde dilencilerin sayısı artmış, zamanla bu kişilerle mücadelede hapis, kürek, memleketlerine geri gönderme gibi alternatif yaptırımlara başvurulmuştur. Özgün (n 5) 8.

¹⁰⁷ Kanun için Düstur, 2. Tertip, Cilt 1, s. 169 bkz. <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71>> Erişim Tarihi 10.03.2023. Türkçeleştirilmiş metin için yararlanılan kaynaklar Tugay (n 5) 168; Özgün (n 5) 36 vd.

¹⁰⁸ Nizamname'de açık bir süre öngörülmemiş, serserilik hakkında karar verilmeden önce tayin olunacak süre zarfında geçimini sağlayacak iş bulmaları, buldukları yeri terk etmemeleri ve zabıtaya haber vermeleri konusunda bildirim yapılacağı düzenlenmiştir. Bkz. Düstur, 1. Tertip, Cilt 6, s. 748 bkz. <<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>> Erişim Tarihi 10.03.2023.

¹⁰⁹ Tugay (n 5) 168 vd.

¹¹⁰ Özgün (n 5) 32-33.

¹¹¹ Kanun'un meclis görüşmeleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mete (n 85) 60-61.

¹¹² ibid 12-45-67. Serserilik Kanunu'nda yer alan *boğaz tokluğuna veya müstehak olduğu ücretin yarısının verilmesi suretiyle muayyen müddet nafia ve belediye işlerinde çalıştırılmak cezasının* cezai mahiyette olup olmadığı hususunun görüşüldüğü Yargıtay kararında söz konusu yaptırımın, 765 sayılı Ceza Kanunu'nda sayılan cezalardan biri olmadığı ve toplumsal ve ekonomik nitelikte bir tedbir olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu, 28/11, 26.03.1941.

¹¹³ Özgün (n 5) 41.

işsizlik öngörölmüş olması gibi değışiklikler serserilerin ıslahı amacını ortaya koymuş olsa da kurumsal olarak ıslaha yönelik tekniklerin yaygınlaştırılması Osmanlı'nın içinde bulunduğu ekonomik koşullar nedeniyle çok mümkün olamamış, düzenlemelere rağmen klasik dönem Osmanlı uygulamaları bu dönemde de devam etmiştir.¹¹⁴

1909 tarihli Kanun 20.07.1963 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹⁵ Yürürlükten kaldırmaya dair kanun tasarısı gerekçesi ve hakkındaki Anayasa ve Adalet Komisyonu raporlarında Kanun'da yer verilen darp cezasının kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığı kapsamında Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiş, ayrıca Cumhuriyet'in ilanından sonra Kanun'un tatbik edilmediği vurgulanmıştır.¹¹⁶

3. MEVZU HUKUKTA SERSERİLİK DÜZENLEMELERİ

3.1. ANAYASA

1961 Anayasası'nda serserilik hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamışken; 1982 Anayasası'nda serserilik kişi hürriyetinden yoksun bırakılma konusunda anayasal bir neden olarak sayılmıştır. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının düzenlendiği m. 19'da "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; . . . toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi. . . halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu hükmün gerekçesi, serseriliğin suça temayül ve tehlikeliliğine yapılan vurgusu nedeniyle önemlidir. Buna göre "*bir akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edeceklerdir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için kendileri konusunda "Önleyici güvenlik tedbirleri" yahut, diğer bir deyimle, "Toplumsal savunma tedbirleri" alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar, bugün pek çok ülkede kabul edilmiş bulunan "Toplumsal Savunma Kanunları" tarafından düzenlenecektir. Bu tür tedbirlerin bazılarının (müessesede eğitim) uygulanması, "Tehlikeli hal" gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır.*"

3.2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5'de serserilerin yasaya uygun şekilde tutulmasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olmayacağı düzenlenmiştir.¹¹⁷ Sözleşmede serseri kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin serserilik konusundaki içtihatları da sınırlıdır. Mahkeme doğrudan bir tanım yapmamakla birlikte, De Wilde, Ooms And Versyp ("*Vagrancy*"¹¹⁸) v. Belgium kararında (1993 yılında yürürlükten kaldırılan) Belçika Ceza Kanunu m. 347'de sabit bir meskeni, geçim kaynağı ve icra ettiği mesleği veya sanatı bulunmayan kimse olarak yapılan serseri tanımını AİHS'ye uygun bulmuştur.¹¹⁹

Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına dair tutanaklara göre serserilik istisnası; düzenlemenin, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı ve serserilikle mücadele konusunda alınacak tedbirleri dışlamaması gerektiği yönündeki itirazlar neticesinde sonradan madde metnine eklenmiştir.¹²⁰

Sözleşmede bulaşıcı hastalık yayanların, akli melekeleri yerinde olmayanların, alkoliklerin, uyuşturucu bağımlılarının ve serserilerin aynı madde kapsamında düzenlenmesinde "*tüm bu kişiler arasında, tıbbi tedavi uygulanması ya da gerek tıbbi, gerek sosyal gerekçelere dayalı olarak, sosyal politika tarafından gerekli kılınan hususlar nedeniyle özgürlüklerinden mahrum bırakılabilecek olmaları açısından bağlantı*" olması gerekçe gösterilmiştir.¹²¹ Öğretilerde de serserilik ve akıl hastalığı bakımından

¹¹⁴ Özbe, 1909 tarihli Serseri Kanunu'nun 1909-1910 yılları arasındaki uygulamalarında İstanbul'da istihdam edilen serseriye rastlanmadığını, serserilerin çok büyük bir kısmının istihdam edilemeyerek İzmit üzerinden memleketlerine gönderildiğini belirtmiştir. Osmanlı'da söz konusu uygulamaya 16. yüzyıldan itibaren başvurulduğu hakkında bkz. Özbe (n 79) 38-40. Özgün, resmi yazışmalara dayanarak serserilerin istihdamı için gönderildikleri vilayetlerin temsilcilerinin serserileri kabul ve istihdam konusunda isteksiz olduğunu aktarmıştır. Bkz. Özgün (n 5) 44.

¹¹⁵ Bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr>> Erişim Tarihi 11.04.2023.

¹¹⁶ Cumhuriyet Senatosu 184 Numaralı Komisyon Raporu için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t02/c013/cs_02013091ss0184.pdf> Erişim Tarihi 11.04.2023.

¹¹⁷ AİHS m. 5: "*1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. . . e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması. . .*"

¹¹⁸ Kavram için bkz. <<https://www.etymonline.com/word/vagrancy>> Erişim Tarihi 03.12.2022.

¹¹⁹ De Wilde, Ooms And Versyp ("*Vagrancy*") v. Belgium App no 2832/66, 2835/66, 2899/66 (ECHR 18 June 1971) bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-57606>> Erişim Tarihi 01.12.2022.

¹²⁰ Bkz. <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH\(56\)10-EN1674958.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART5-DH(56)10-EN1674958.pdf)> Erişim Tarihi 04.05.2023.

¹²¹ Bkz. <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_5_tur.pdf> Erişim Tarihi 04.05.2023.

öngörülen özgürlüğü kısıtlayıcı önlemlerin aynı nedenlere dayandığı belirtilmekte,¹²² hastalık veya davranış bozukluğu olarak ikisinin de rehabilite edilmesi¹²³ gerekliliğinden söz edilmektedir.

3.3. TÜRK MEDENİ KANUNU

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını kapsamında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹²⁴ m. 432’de “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslah için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır.” hükmüne yer verilmiş, madde devamında özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yetki, itiraz ve usul konuları düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m 14’de “sadece kendi sosyal ve ekonomik durumuyla uyumlu olmayan ya da sağlığını tehlikeye sokan bir yaşantı sürme gibi serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan, kısıtlı olsun veya olmasın her ergin kişi, bu durumdan kurtarılmasının ve kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslah için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya bu kurumlarda alıkonulabilir.” denilerek kanunda olmayan serserilik nedenleri tadadı şekilde sayılmıştır.

Öğretide Medeni Kanun kapsamında serserilerin yalnızca eğitim veya ıslah kapsamında özgürlüğünden alıkonulabileceği, bu nedenle ıslah veya eğitime ilişkin bir kurum yoksa diğer koşullar bulunsa dahi özgürlüğün kısıtlanmasının mümkün olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹²⁵ Serserilik nedeniyle özgürlüğün kısıtlanabilmesi için herhangi bir sağlık kurulu raporu gerekmediğinden serserilik her türlü delille ispatlanabilir.¹²⁶

3.4. POLİS VAZİFE VE SALÂHİYET KANUNU VE DİĞER MEVZUAT

Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK)¹²⁷ m. 13 hükmünde serseriler hakkında uygulanabilecek önleyici polislik faaliyetlerine yer verilmiştir: “Polis, . . . F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, . . . eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.”

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği’nin¹²⁸ 5. maddesinde serserilerin yakalanması; “Kolluk görevlileri, . . . h) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslah için kanunlarla belirtilen esaslara uygun olarak, alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu ve uyarıcı madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, . . . yakalayabilir.” hükmüyle düzenlemiştir.

Polis Vazife ve Salâhiyet Nizamnamesi¹²⁹ m. 2 hükmünde “D) Polis, şurada burada serseri gibi dolaşan ve kimsesiz oldukları tahakkuk eden çocukları ve çalışmaya kudreti olmayan âcizleri C fıkrasında yazılı yerlere sevk ve teslim eder.” denilerek serserilerin öncelikle kanuni temsilcilerine, kanuni temsilcileri yoksa mahalli sosyal yardım birimlerine veya belediyelere teslim edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Nizamname’nin 5. maddesinde yetkililer tarafından gerek görülmesi hâlinde serserilerin parmak izi ve fotoğraflarının alınacağı düzenlenmiştir.

2017 yılında yürürlükten kaldırılan Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği,¹³⁰ Jandarma’nın görevleri arasında m. 42’de “Eski hükümlülerin, sabıkalı ya da şüpheli ve serserilerin, iş ve ilişkilerini araştırır. Belirli zaman aralıklarıyla çevrelerinde gizlice soruşturur ve elde ettiği bilgileri kayıtlara geçirerek; toplumun emniyet ve asayiş yönünden, gerekli önlemleri alır. Bu gibilerin suç işlemesini önler.” hükmüne yer vermektedir. Söz konusu hüküm serserilik ve suç arasındaki ilgiyi açıkça ortaya

¹²² Bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2011) 234.

¹²³ Dilaver Nişancı, ‘AIHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AIHS m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AIHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AIHS m. 18) Açısından İrdelenmesi’ (2021) 26(44) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 50 vd.

¹²⁴ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

¹²⁵ Elif Özdemir Aydın, ‘19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi’ (2013) 15(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 191.

¹²⁶ ibid 184-204.

¹²⁷ Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 04.07.1934, RG 14.07.1934/2751.

¹²⁸ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Yönetmeliği, RG 01.06.2005/25832.

¹²⁹ Polis Vazife ve Salâhiyet Nizamnamesi, RG 25.04.1938/3890.

¹³⁰ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği (Mülga), RG 17.12.1983/18254.

koyan son düzenlemeydi. Yürürlükte olan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nde¹³¹ serserilikle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

4. SERSERİLİĞİN BUGÜNÜ VE ELEŞTİREL CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDE YENİ KONUMU

4.1. GENEL OLARAK

Geçmişte serserilere yönelik bazen cezalandırma bazen suç işlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirler uygulama bazen de koruma, yardım etme yönünde yaklaşımların ön plana çıktığı görülmektedir. Bugün yürürlükte bulunan mevzuat incelendiğindeyse koruma ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarının karma bir şekilde varlığını sürdürdüğü anlaşılmaktadır.¹³²

Modern ceza hukuku yaklaşımları ele alındığında en azından yürürlükten kaldırıldığı biçimiyle çalışmak imkânı varken çalışmamak veya genel manada bir yaşam biçimi olarak serseriliğin yeniden suç olarak düzenlenmesi imkânı da bulunmamaktadır. Bir fiilin suç olarak düzenlenmesi hususu kanun koyucunun yetkisi dahilindedir. Ancak bu yetki sınırsız bir yetki olmayıp en başta Anayasa ve ceza hukuku ilkeleri/değerleriyle sınırlanmıştır.¹³³ Bu anlamda ilk dayanağımız eyleme dayalı kusur ilkesidir. Modern ceza hukukunda kusurun dayanağı eylem olarak kabul edilmekte, yaşam tarzına dayalı kusur saptaması esası kabul edilmemektedir.¹³⁴ Demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak insanların yaşamlarını istedikleri biçimde sürdürme özgürlükleri bulunduğu, bir yaşam tarzı olarak kabul edildiğinde serseriliğin de fail ceza hukukunu yasaklayan bir hukuk devletinde kusurun konusu olamayacağına şüphe yoktur. Diğer yandan kanun koyucunun ve ceza hukukunun sınırlarının belirlenmesi hususunda bugün genel olarak hukuksal değer öğretisine başvurulmakta, buna göre ceza sorumluluğunun esası bir hukuksal değer zararı veya tehlike anlamında ihlale dayandırılmakta, salt ödev/yükümlülüğe aykırılık ceza sorumluluğu bakımından yeterli kabul edilmemektedir.¹³⁵ Anayasa m. 49 hükmü gereğince çalışma yalnızca bir hak olarak değil aynı zamanda bir ödev olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda çalışmayı devlet tarafından desteklenen bir toplumsal davranış normu olarak ele alıp çalışmama hususunda ödev aykırılık saptamasında bulunsak bile herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeden çalışmamanın/serseriliğin suç olarak düzenlenebilmesi mümkün değildir. Çalışmamak fiiliyle serserilikte bir başkası tarafından ihlal edilen kişisel bir hukuki değerden söz edilemez. Bu anlamda devletin ekonomik idaresi veya kamu düzeni gibi bireysel olmayan hukuksal değerlerden bahsedilebilirse de öncelikle aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere bugünün sosyal gerçekliğinde kimsenin çalışmamayı tercih ederek böylesi hukuksal değerleri ihlal etmesi imkânı bulunmamaktadır. Bugün her türlü hak ve hukukun kaynağı ve merkezine bireyi oturtan, bireye hak ve menfaatlerin korunması yönünde talep hakkı verirken, devlete de bu konuda ödevler yükleyen liberal hukuk anlayışında, hukuksal değerler de bireyin özgürce gelişimi, özerkliği için ihtiyaç duyulan konulara ilişkin olarak kavranmakta ve birey hukuksal değerlerin merkezine oturtulmaktadır. Bu anlamda hukuksal değerler, bireyin özgürce gelişimine hizmet eden konularla sınırlı olarak anlaşılmalı, devletin, ekonomik hukuksal düzenin faaliyet ve araçları da bu gelişimin koşullarını sağladığı için korunmaktadır.¹³⁶ Bireysel olmayan bir hukuksal değer bakımından belirtilen bağlamda bir meşruluk değerlendirmesi yapılacak olursa da maddi ve manevi varlığını geliştirmekle ilgili tercihte bulunan özerk bir varlık olarak bireyin çalışmamasının ceza hukukuyla yasaklanmasının onun gelişimine ne şekilde hizmet edeceğini belirlemek imkânı bulunmamaktadır. Kaldı ki böylesi bir hukuksal değerden söz edilse dahi bunun ceza hukuksal değeri olarak kabul edilebilmesi, diğer bir deyişle serseriliğin çalışmamak üzerinden suç hâline getirilebilmesi için cezaya liyakât ve ihtiyaç ölçütlerine göre de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Cezaya layık hukuksal değer ihlalinin belirlenmesindeyse genel geçer kriterlerden ziyade toplumsal, kültürel ve ekonomik koşulların etkili olduğu belirtilmektedir.¹³⁷ Aşağıda ele alınacağı üzere mevcut toplumsal koşullar çalışmamanın cezaya layık

¹³¹ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, RG 21.01.2017/29995.

¹³² Serserilik düzenlemeleri yoksulluğun ve iş gücünün kontrolü amaçlarıyla ortaya çıkmış, 20. yüzyılın son dönemleri itibarıyla geçerliliğini yitirmiş olsa da özellikle suç işlenmesinin önlenmesine hizmet edecek şekilde hâlen varlığını sürdürmektedir. Lacey (n 44) 1217; Ocobock (n 10) 27.

¹³³ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (6. Baskı, Beta Yayınevi 2016) 44; "Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. . . Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır." Anayasa Mahkemesi, 122/123, 30.12.2015. Suç siyasetinin normatif temelleri ve anayasal denetiminde çeşitli ölçütlere başvurulmaktadır. Bunlar hukuk devletinin uzantısı olan ölçülülük ve eşitlik. Ölçülülük, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerini ihtiva eder. Hilal Düzenli, 'Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1191, 1224 vd. Suç siyasetinde riayet edilmesi gereken ilkeler; hukuk devleti, kusur ilkesi, hümanite ilkesi, gereklilik ve amaca uygunluk, yaptırımlarda iki izlilik. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (1. Baskı, Beta Yayınevi 1991) 30. Suç siyasetinin ilkeleri hukuk devleti, kusur ilkesi ve ümanizmdir. Mehmet Emin Artuk, 'Ceza Kanunu'nun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi' (2006) 1(2) Ceza Hukuku Dergisi 3, 5. Bir fiilin suç olarak belirlenmesinde suç siyasetinin ana ilkeleri hukuk devlet, eşitlik, orantılılık, insançılık ve kusur ilkesidir. Zafer (n 133) 44.

¹³⁴ Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020) 77 vd.

¹³⁵ Yener Ünver, *Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer* (Seçkin Yayınevi 2003) 456. Ceza yaptırımı uygulamak konusunda zorunluluğu belirleyecek olan tek şeyin kanun olduğunu, bunun dışındaki hukuki yürürlük veya meşruluk tartışmalarının hukuk felsefesi alanına dahil olduğu görüşü hakkında bkz. Sulhi Dönmez ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt 1* (14. Baskı, Der Yayınları 2016) 151.

¹³⁶ Ünver (n 135) 576.

¹³⁷ Ünver (n 135) 673 vd.

görüldüğünün uzağındadır. Bu nedenlerle teknik ceza hukuku boyutuyla çalışmamak üzerinden serserilerin cezalandırılmasına imkan bulunmamaktadır.

Serserilerin cezalandırılmasından vazgeçilmesi ve onların hukuk karşısındaki mevcut durumunun nedenlerini toplumsal yaşamda aramak gerekmektedir. Ceza hukuku ve suç siyaseti sosyal koşullarla ilgilidir. Toplumsal yaşamı belirleyen hususlar, ceza hukukunu şekillendirdiği gibi¹³⁸ suç siyasetine de yön verir.¹³⁹ Bu bağlamda serserilerin ceza hukukunun alanına girmesi ve serseriliğin bir suç olarak düzenlenmesi toplumsal yaşamda meydana gelen çeşitli dönüşümlerin neticesinde olmuştur. Benzer şekilde serserilere yardım edilmesi veya suç işlenmesini önlemeye yönelik tedbirler uygulanması da aynı dönüşümlerin ürünüdür. Bugünü anlayabilmek için de bugünün koşullarına yakından bakmak gerekmektedir.

4.2. FOUCAULT'NUN DİSİPLİNEL İKTİDARI VE SERSERİLER

Aydınlanma Çağı olarak nitelendirilen 18. yüzyıl itibarıyla ceza hukukunda önemli bir dönüşüm gerçekleşmiş; Avrupa'da suçta bakış açısı ve cezalandırma pratikleri değişmiş, modern öncesi döneme ait bedensel ceza ve teşhir uygulamaları tedricen azalmış, hapishaneler yavaş yavaş yaygınlaşmaya başlamıştır.¹⁴⁰ Bu aşamadan sonra cezalar yoğun şekilde gözetime ve ıslaha dayalı şekilde uygulanmaya başlasa da serserilerin kapatılması modern kapatılma pratiklerinden öncelere rastlamıştır.¹⁴¹ Hapishane mimarisinin yaygın cezalandırma biçimi olarak var olmasından önce dilencilerin, genç suçluların ve serserilerin kapatıldığı mekanlar yaygınlaşmıştır. Foucault'a göre bu mekanların “devlet için masraflı olan suçlu takiplerinin sayısını azaltmak; koruları serseriler tarafından tahrip edilen mülk sahiplerine artık vergi iadesi yapmak zorunda kalmamak; “rekabet yoluyla emek gücünü azaltmaya katkıda bulunmak üzere çok sayıda yeni işçi yetiştirmek; son olarak da, fakirlerin gerekli yardımlardan, bunlarla paylaşmadan yararlanmalarını sağlamak” gibi avantajları olmuştur.¹⁴² Söz konusu dönemde yoksulluk ve onun sebep olduğu toplumsal sorunlarla baş etmede kendi masraflarını karşılayan bir kurum olarak çalışma-ıslah evleriyle çalışmanın ıslah ediciliği ve endüstriyel çalışma ahlakı aşılana çalışılmış,¹⁴³ yoksulluğu ortadan kaldıracak politikalar yerine kitlesel kapatmalara başvurulmuştur.¹⁴⁴

Öğretide aylıklık ve işsizliğin büyük tehlike olarak görüldüğü ve üretken düzene aykırılık teşkil eden farklı grupların kapatıldığı bu dönemin görünümüyle günümüz arasında benzerlikler bulunduğu ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşe göre o dönemden farklı olarak çalışma düzeninin dışındaki kesimlerin çalışma etiğine uygun hâle getirilerek disipline edilmesinin yerini, yararsız ve tehlikeli bulunan grupların ıslah edilmesinden vazgeçildiği dışlayıcı ve işlevsizleştirici bir pratik almıştır. Bu bağlamda hapishanelere kapatılmakla yığınlaştırmak uzaklaştırmaya, tehlikeli olanlar ile olmayanların dünyalarını ayırmaya yönelik uygulamaların gelişiminin daha muhtemel olacağı vurgulanmıştır.¹⁴⁵

Kanaatimizce serserilerin mevcut konumunun anlaşılmasında Foucault tarafından ortaya konulan disiplinsel iktidar mekanizması hala işlevseldir. 18. yüzyılda ceza adaleti sisteminde yaşanan dönüşümü ele alan Foucault bunu iktidar biçimlerinde yaşanan değişimle izah etmiştir. Ona göre dönüşüm yalnızca Hümanizm ve felsefe hareketleriyle açıklanamaz. Nitekim klasik dönem cezalandırma pratiklerine yönelen eleştiriler esas olarak onun ekonomisine yönelen eleştirilerdir. Bu bağlamda ceza hukuku ıslahatı da “cezalandırma iktidarının, onu daha düzenli, daha etkili, daha sabit ve etkileri itibarıyla daha ayrıntılı hale getiren tarzlara göre yeniden düzenlenmesi konusundaki bir strateji olarak okunmalıdır. . . kısacası etkilerini artırırken, ekonomik maliyetini. . . ve siyasal maliyetini. . . düşürme stratejisi olarak okunmalıdır.”¹⁴⁶ Ona göre klasik dönemden modern döneme gelindiğinde iktidar biçimleri de değişmiş, disiplinsel iktidara geçiş yapılmıştır. Disiplinsel iktidar; gözetleme (hiyerarşik, sürekli ve işlevsel)¹⁴⁷, kontrol ve zorlamaya dayalı, cezaların kefarete ve bastırmayı amaçlamadığı; bireysel eylemlerin, performansların, hâl ve gidişlerin değerlendirildiği, bireylerin kıyaslandığı ve farklılaştırıldığı, kapasite ve düzeylerine göre hiyerarşik hâle getirildiği ve farklılıklar

¹³⁸ Dönmezer ve Erman (n 135) 47.

¹³⁹ Düzenli (n 133) 1195.

¹⁴⁰ Roth (n 23) 176-177.

¹⁴¹ Bkz. Karakehya ve Özger (n 76) 60. “Hapsetme modellerinden biri öncü kabul edilmektedir. En eskisi genel olarak dilenci ve genç suçluların kapatılıp zorunlu olarak çalıştırıldığı ve karşılığında ücret aldıkları 1596 tarihli Amsterdam Rasphuis’idir. Bu ekonomik ihtiyaçlara göre kurulan düzenin temel nedeni olarak aylıklığın suçların genel nedeni olarak görülmesi, suç işleyenlerin dilenen tembeller olması gösterilmiştir. Çalışma şeması 18 yüzyıldaki hapishane modellerinde de mevcuttur.”. Foucault (n 67) 189 vd. Bu ıslahatler/çalışma evleri ilk hapishane örnekleridir. Bkz. M. Emin Artuk ve M. Emin Alşahin ‘Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi’ (2016) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 145, 153.

¹⁴² Foucault (n 67) 191.

¹⁴³ Roth (n 23) 212.

¹⁴⁴ İngiltere’de 1834 yılı sonrasındaki katı disiplin uygulamalarıyla çalışma evi-hapishane, yoksul ve mahkûm ayırt edilemez hâle gelmiştir. Özdek, Şirket (n 42) 4-13. Sanayi toplumunda yoksulluk işsizlikle birlikte tanımlanmış, çözümü de çalışmada, çalışmaya zorlamada bulunmuştur. Bir zamanlar Tanrı’nın lütfü olarak görülen ve yardımlara muhatap olan yoksullar bu dönemde yedek sanayi ordusu görevini ifa etmiştir. Bauman (n 11) 128.

¹⁴⁵ Alev Özkazaç, ‘Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması’ Yasemin Özdek ed, Yoksulluk Şiddet ve İnsan Hakları içinde (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2002) 381, 381 vd.

¹⁴⁶ Foucault (n 67) 135

¹⁴⁷ ibid 256 vd.

inde normalin-anormalin sınırının belirlendiği bir iktidar biçimidir.¹⁴⁸ Foucault disiplinsel toplumu ve onun işleyişini Jeremy Bentham'ın panaptikon¹⁴⁹ projesiyle ortaya koymuştur. Ona göre “Bu mekanizma “uygulanışı itibarıyla birçok göreve sahiptir; mahpusları cezalandırmaya, ama aynı zamanda hastaları tedavi etmeye, öğrencileri eğitmeye, delileri muhafaza etmeye, işçileri gözlemeye, dilencileri ve aylakları çalıştırmaya yaramaktadır.”.¹⁵⁰ Yeni disiplin mekanizması normun dışında olanın tespiti, normun telkini ve dayatılmasını içerirken; yukarıdan aşağıya hiyerarşik bir disipline etme yerine bireylerin kendi kendilerini disipline ettiği bir yapı ortaya koymaktadır. Serserilerin kapatılmasından vazgeçilmesini de esasen yine bu bağlamda değerlendirsek onların yasanın-normun dışında olmasında bir farklılaşma söz konusu değildir. Değişime ilişkin görünüşte birçok neden elbette sıralanabilir. Kusur ilkesi, insan onuru, hümanizm vs. Ancak Foucault perspektifinden bir değerlendirme yapılacak olursa disiplin toplumu serserileri daha iyi bir ceza/iktidar ekonomisiyle başka bir disiplin kurumuyla disiplinize etmenin yolunu bulmuş gibidir. Herkes gibi serseriler de hapis-hane-ıslahevî gibi kapalı kurumsal mekanlar yerine gelişen teknolojinin yardımıyla her yerde her zaman gözetlenebilmektedir.¹⁵¹

4.3. BUGÜNÜN SERSERİLERİ: SINIF ALTI

Bugünün serserileri 20. yüzyılın ikinci yarısında sosyal bilimlerde ortaya atılan sınıf altı (*underclass*) kavramının karşılığıdır. Sınıf altı, iş gücü piyasasında istihdam olanağı bulunmayan, halkın refahı açısından yük oluşturan, uyuşturucu ve şiddet suçlarının kaynağı bir sosyal sınıf olarak tanımlanmıştır. Bunun yanında sınıf altının mensubu olan haydutlar, dilenciler, serseriler, yoksullar, cahiller ve sokak suçlularının her dönem bulunduğu, bu nedenle sınıf altının yeni bir sosyal sınıf olmadığı ifade edilmiştir.¹⁵²

Sınıf altı kavramı ilk kez 1963 yılında ortaya atıldığında,¹⁵³ işe ihtiyacı olmasına rağmen iş bulamayan ve giderek büyüyen bir nüfusa işaret edilmiş, sınıf altının dışlanmışlığına dikkat çekilmiştir. Burada işsiz olanların yetersizliği ve kusurluluğu yerine tam istihdamın sağlanamamasının sonucu olarak sunulan kavram zamanla bu kişilerin tehlikeliliklerini vurgulamaya başlamıştır.¹⁵⁴

Bugünün serserileri sınıf altının, sosyal bilimlerde ortaya atıldığı zamandan bu zamana çarpıcı şekilde değişen vurgusunu anlamaya yardımcı olabilecek iki önemli dönemeçten söz edilebilir. Bu dönemeçlerden ilki refah devleti anlayışının ortaya çıkışıdır.

20. yüzyılda ortaya çıkan refah devleti anlayışı yoksullukla mücadelede paradigma değişimine neden olmuştur. 1929 tarihli ekonomik krizin (Büyük Buhran) aşılmasında John Maynard Keynes¹⁵⁵'in ekonominin ancak tam istihdam koşullarıyla dengede olabileceği, tam istihdamın piyasa koşulları yerine devlet müdahaleleriyle sağlanabileceği görüşleri, 1930 itibarıyla ABD'de 2. Dünya Savaşı'nı takiben de Avrupa'da kabul görmüştür. Onun önerdiği politikalarla tam istihdama yakın koşullar ortaya çıkmış, hızlı bir ekonomik büyüme sağlanmış, büyümeyle ortaya çıkan refah, sosyal devlet politikaları için kaynak oluşturmuştur. Yoksullara yardım, bu döneme kadar bir dizi koşula bağlanıp bazı haklardan (seçme ve seçilme hakkı gibi) yoksunluğa neden olurken sosyal devlette bir hak niteliği kazanmıştır.¹⁵⁶ Belirtilen sosyal politikaları ortaya çıkaran dinamiklere uygun olarak çözümler de daha ziyade çalışma olgusuna bağlanmış; hastalık, sakatlık, yaşlılık, işsizlik gibi hâller geçici riskler olarak anlaşılmış ve bu kişiler sosyal politikalarla desteklenmiştir. Serserilerin korunması amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılması anlayışı da esas olarak bu dönemin ürünü olarak ortaya çıkmış; yoksulluğun suç, işsizliğin aylaklık olduğu anlayışı terk edilmiş, serserilerin kapatıldığı ve çalıştırıldığı mekanlar yerleşik yaşam düzeni olmayan kişilerin barındırıldığı yerlere dönüşmüştür.¹⁵⁷ Refah devletinde ceza hukuku alanında da suçun sebeplerini anlamaya yönelik, suçlunun cezalandırılması kadar ıslahını da devletin sorumluluğu olarak

¹⁴⁸ ibid 272.

¹⁴⁹ Panaptikon, 1790'larda Jeremy Bentham'ın Londra'da bir hapis-hane inşa etmek üzere geliştirdiği projedir. Panaptikon merkezdeki denetim kulesi çevresinde hücrelerin dizildiği dairenel bir bina. Bu plan 1803 yılında hükümet tarafından reddedilmiştir. Philip Schofield 'Bentham, Jeremy 1748-1832' William Darity ed, International Encyclopedia of the Social Sciences içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 285, 285.

¹⁵⁰ Foucault (n 67) 303.

¹⁵¹ Burada gözetim sosyolojik açıdan ele alınmakta, hem kişilerin doğrudan izlenmesi hem de haklarındaki verilerin depolanması suretiyle gözetim ifade edilmektedir. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet* (Cumhur Atay çev, Kalkedon Yayınları 2008) 24 vd.

¹⁵² Ken Auletta tarafından 1980'de yapılan bu tanım ve kavramla ilgili diğer açıklamalar için bkz. Samuel L. Myers Jr, 'Underclass' William Darity ed, International Encyclopedia of the Social Sciences içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 485, 485-486. Bauman ise bu sınıfa "... sınıfların ötesinde ve hiyerarşinin dışında, ne yeniden içeri alınma şansı ne de zorunluluğu olan insanlardan oluşan bir sınıf görüntüsünü çağırıştır; diğer insanların yaşamlarına hiçbir faydalı katkısı olmayan ve genel olarak ıslah edilemez, herhangi bir rolü olmayan insanlar." olarak tanımlamıştır. Bkz. Bauman (n 11) 97-98.

¹⁵³ Gunnar Myrdal tarafından 1963 yılında kullanılmıştır. Bauman (n 11) 100.

¹⁵⁴ İş bulamayan dışlanan kişiler listesine zamanla okula devam etmeyenler, genç yaşta suç işleyenler, devletten yardım alan anneler, bekar anneler, yağmacılar, uyuşturucu satıcıları ve dilenciler dahil olmuş, bunlar kötü tercihler yapmaları dolayısıyla tehlikeliliklerine vurgu yapılan bir gruba dönüşmüştür. Bauman (n 11) 100 vd.

¹⁵⁵ İkinci Dünya savaşından 1970'lerin ortalarına kadar Batı ekonomisine hâkim olan iktisat teorisinin sahibidir. 1929 Büyük Buhran sonrası ortaya atılmış, klasik iktisat teorisi aksine ekonomide devlet müdahalesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Vincent Barnett, 'Keynes, John Maynard 1883-1946' William Darity ed, International Encyclopedia of the Social Sciences içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 259, 259.

¹⁵⁶ Özdek, Şirket (n 42) 30 vd.

¹⁵⁷ Özdek, Şirket (n 42) 28.

ön plana çıkararak, sosyal reformları ve refahın genelleştirilmesini doğal bir suçun önlenmesi aracı olarak gören anlayış hâkim olmuştur.¹⁵⁸

Sınıf altı için önemli dönemeçlerden diğeriye 1970’lerde yaşanan ekonomik kriz ve sonrası gelişmelerdir. Öğretide söz konusu ekonomik krizin ardından Keynesyen refah devleti uygulamaları ve diğer ulusal kalkınmacı devlet politikalarına alternatif olarak özellikle 1980 sonrasında etki alanı genişleyen liberal politikaların/neoliberalizmin;¹⁵⁹ özetle sermaye birikiminin önündeki toplumsal, idari ve hukuki her türlü kısıtlamaların kaldırılmasına ve tasfiye edilmesine hizmet edecek tüm toplumsal ilişki, yapı ve kurumlarda dönüşümü beraberinde getirdiği belirtilmiştir. İlgili politikaların serbest piyasanın mümkün olan tüm toplumsal yaşam alanlarına yayılması gerektiği görüşüne dayandığı, bu nedenle de söz konusu politikalarla devlet-piyasa karşıtlığı üzerinden devletin küçülmesinin, sosyal alanlardan çekilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.¹⁶⁰ Bu ideolojinin kaçınılmaz olarak sunduğu küreselleşme¹⁶¹ politikaları ve teknolojik gelişmelerin de ekonomik, toplumsal ve siyasal ilişkileri etkilediği ileri sürülmüştür.

İleri derecede sanayileşme ve üretimde bilgisayar ve otomasyon teknolojilerinin kullanılmasıyla verimlilik artarken iş gücüne duyulan ihtiyaç azalmış; refah devletinin işsizliği geçici bir risk olarak gördüğü ve çalışma olgusuna bağladığı çözümler de bugün için yetersiz kalmıştır.¹⁶² Sanayi devrimi sonrasında geçerli olan yoksulluğun işsizlikle ilişkilendirilmesi ve yoksulluğun çalışmayla çözüleceği düşüncesi o dönem için endüstriyel ekonominin devamına hizmet etmiş, bugünse kitlesel iş gücüne ihtiyaç kalmadığından yoksulların çalışması üzerinden bir söyleme gerek kalmamıştır.¹⁶³

Bugün işsizlik¹⁶⁴ dünyanın farklı yerlerinde sürekli artış gösteren önemli bir sorun olmaya devam etmekte ve çok sayıda sosyal sorunu da beraberinde getirmektedir: yoksulluk, göç, suç, sosyal dışlanma, eğitimsizlik.¹⁶⁵ Yakın gelecekte çalışabilir nüfusun yalnızca yüzde yirmisinin tüm işleri tek başına yürütebileceği yönünde gerçekçi beklentilere¹⁶⁶ karşılık toplumsal yaşamda işsizliğin algılanma biçimi değişmemiştir. İşsizliğin toplumda çabalamama, tembellik etme veya iş beğenmeme gibi kişisel bir sorun olarak anlaşılması, işsizliğin sonucu olan adaletsizlik ve ayrımcılığı meşrulaştırmakta, dahası “başkasının sırtından geçinen”, “tembel”, “potansiyel suçlu” yakıştırmalarıyla işsizliğe yol açan toplumsal nedenlerin göz ardı edilmesine yol açmakta, toplumda “çalışana iş var” bakış açısı sürdürülmektedir.¹⁶⁷ Bauman bu durumu çalışma etiğinin yeni fonksiyonu olarak nitelendirmektedir. Ona göre çalışma etiği iş gücüne ihtiyaç duyulan zamanlarda iş gücüne ulaşmaya, iş gücüne ihtiyaç kalmayan bugünlerde ise toplumun dışına itilen yoksullarla ilgili duyarsızlığa hizmet etmektedir.¹⁶⁸ Ona göre yoksulların norm dışılığı hâlihazırda devam ederken değişen şey onların istenmemesi, onlara ihtiyaç duyulmamasıdır. Yoksulların yeri sanayi toplumunda fabrikalarken yeni dönemde (postmodern dönem)¹⁶⁹ bunlar toplumun geri kalanının görüş alanının dışına itilmiştir. Yoksulların toplum nezdinde yalnızca ahlaksız, günahkâr, tehlikeli ve toplumsal düzeni bozan olaylarda olağan şüpheli olarak anılması, onların toplumun dışına itilmesinde/marjinalleştirilmesinde, görünür alandan sürgün edilmesinde vicdani bir rahatsızlık hissedilmemesinin de temel gerekçesidir. Yoksulluk artık yalnızca düzen meselesi olarak anlaşılmakta, kanuna aykırılığın konusunu oluşturmaktadır.¹⁷⁰

Yeni koşullarda serserileri diğer yoksullardan ayırt etmeye yarayan “çalışmak imkânı varken çalışmama” kriterinin pratik bir değeri ve önemi kalmamıştır. Nitekim tam istihdamı garanti edemeyen bir sistemde çalışmamak sadece kişisel seçimlerle ilgili değildir. Ancak artan işsizlik ve yetersiz sosyal politikalar nedeniyle genişleyen yoksul kesim geleneksel adıyla serseri, sosyal bilimlerdeki karşılığıyla sınıf altı, toplum nezdindeyse işsiz güçsüz potansiyel suçlular olarak görülmeye aday görünmektedir. Bu tehlikeyi bertaraf edebilmenin dahası artan yoksullukla mücadele etmenin hala en gerçekçi ve geçerli yolu yeni koşullara uygun sosyal politikalar geliştirmektir. Diğer yandan yoksulluğun önleyici polislik faaliyetleriyle cezalandırılması tehlikesi

¹⁵⁸ David Garland, *The Culture of Control Crime and Social Order in Contemporary Society* (The University of Chicago Press 2001), 38-39. “İyi bir sosyal politika en mükemmel bir suç politikasıdır.” alıntısı için bkz. Önder (n 133) 29.

¹⁵⁹ Neoliberalizm 20. yüzyılın son çeyreğinde hegemonik hâle gelen politik ve ekonomik öğretiyi ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kavram, neoliberalizm savunucuları tarafından ortaya konulmuş, zamanla bir dizi politikanın eleştirisi bağlamında kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Antina von Schnitzler, ‘Neoliberalism’ William Darity ed, *International Encyclopedia of the Social Sciences* içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 473.

¹⁶⁰ Selime Güzelsarı, *Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü Türkiye’de Mali İdarede Yeniden Yapılanma* (Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları 2008) 31 vd.

¹⁶¹ “Dünya kapitalizminin günümüzdeki yönelimlerini ve yeni kapitalist ilişkileri tanımlamaya dönük olarak yaygınlaşan “küreselleşme”, sermaye akışkanlığı, yatırımların, malların, hizmetlerin ve paranın küresel hareketliliği, ekonomilerin bütünleşmesi, kitlesel üretimden parça-başı üretime ve teknoloji yoğun üretime geçiş, iletişim ve bilişim sistem ağlarının varlığı, bilginin küreselleşmesi, ulus-devletin sönmelenmesi, uluslararası kurumların ya da çokuluslu şirketlerin küresel etkinliklerinin artması, küresel sivil toplumun ortaya çıkışı, küresel kimlik ve kültürün doğuşu gibi bir çok gelişmeyi ifade etmek için kullanılabilir.” Güzelsarı (n 160) 23-24. Ulusötesi güçler ve küreselleşmenin modern devlet yapılanmasında yaşattığı dönüşüm hakkında ayrıca bkz. Pierson (n 30) 286 vd. Türkiye’de devletin dönüşümü hakkında bkz. Güzelsarı (n 160) 95 vd.

¹⁶² Tam istihdamı garanti edemeyen bir sistemde çalışmamamın tek nedeni tembellik değildir. Ortaya çıkan geniş işsiz kitleler ve buna bağlı artan yoksullukla mücadelede sosyal politika alanında güvenceli asgari gelir gibi yeni çözümler ortaya atılmışsa da pratiğe geçilmemiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gökçeoğlu Balcı (n 12) 77 vd.

¹⁶³ Bauman (n 11) 136.

¹⁶⁴ İşsizlik iradi, gayri iradi, yapısal, geçici, konjonktürel, teknolojik, mevsimlik olmak üzere farklı türler üzerinden tasnif edilmektedir. Bkz. Nebi Sümer, Nevin Solak ve Mehmet Harma, *İşsiz Yaşam İşsizliğin ve İş Güvencesizliğinin Birey ve Aile Üzerindeki Etkileri* (Koç Üniversitesi Yayınları 2013) 24.

¹⁶⁵ ibid 20 vd.

¹⁶⁶ Özkazanç (n 145) 385.

¹⁶⁷ Sümer, Solak ve Harma (n 165) 55.

¹⁶⁸ Bauman (n 11) 100 vd.

¹⁶⁹ 20. yüzyılın sonu itibarıyla modernizmin ötesinde yeni bir döneme geçildiğini ileri süren görüşlerce bu dönem postmodern dönem olarak adlandırılmıştır. Bu dönemde modernizme geçişi belirleyen bilhassa kültürel ve endüstriyel devrimler üzerinden bir kopuş yaşandığı iddiası ortaya atılmıştır. Abel Jeanniery, *Modernite Nedir-Modernite Versus Postmodernite* (Nilgün Tural ve Mehmet Küçük çev. Vadi Yayınları 1994) 16-22.

¹⁷⁰ Bauman (n 11) 100 vd.-136.

karşısında genişleyen yoksul grupların tamamını tehlikeli olarak etiketleme riski barındıran, içeriği ve anlamı muğlak olan serserilik kavramının hukuk metinlerinden çıkarılmasının önem arz ettiği kanaatindeyiz.

4.4. ELEŞTİREL CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDE SERSERİLERİN BUGÜNÜ VE GELECEĞİ ÜZERİNE

Toplumsal yaşamı dönüştüren, serserilere yönelik anlayış değişikliğine sebep olan dinamiklerin ceza adaleti sisteminde de yansımaları olmuştur. Meydana gelen değişikliklerin nedenleri¹⁷¹ konusunda bir uzlaşma olmasa da ceza yasalarının niteliğinden suçun ele alınış biçimine, ceza yaptırım rolünden polislik faaliyetlerinin durumuna kadar dönüşüme işaret eden eleştirel bir literatür ortaya çıkmıştır.¹⁷² Söz konusu eleştirel literatürün baştan sona ele alınması bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte serserilik özelinde ele alınabilecek kimi eğilimler dikkate değerdir.

Refah devletinin yaşadığı kriz ve derinleşen yoksulluk karşısında ceza adaletinde yoksulların kontrolünün önem kazandığı bir ceza reformu sürecinin ortaya çıktığı ileri sürülmüştür. Küreselleşme politikalarının değiştirdiği ekonomik, toplumsal ve siyasal ilişkilere yanıt veren cezalandırma sisteminde, ceza kârlılık üzerinden yeniden yapılandırılmıştır. Bu bağlamda cezaların insanileştirilmesi veya ıslah gibi amaçlar yerine cezanın etkinliğini artırmak, ekonomik-siyasi maliyetini düşürmek ve cezadan çıkar sağlamak gibi amaçlar ön plana çıkmıştır. Sözü edilen amaçlarsa toplumun dışına itilen kişilerin hapis haneler yoluyla toplumdan uzaklaştırılması ve cezanın topluma yaygınlaştırılarak olağanlaştırılmasından maksimum fayda sağlanmasına yönelmiş, yeni bir cezalandırma dönemine girilmiştir.¹⁷³ Refah devletinin sosyal reformlarla suç önlenmesi ve suçluyu ıslah etme anlayışı¹⁷⁴, devletin sosyal niteliğinin gerilemesiyle terk edilmiş ve şiddet ön plana çıkmıştır. Toplumun potansiyel suçlu olarak değerlendirilmesi karşısında gözetime dayalı önleyici polislik faaliyetleri artmış, ceza hukuku baskıcı bir niteliğe bürünmüştür.¹⁷⁵ Günümüz ceza hukukunda suç önlemek esas mesele hâline gelmiş,¹⁷⁶ suçun nedenleriyle ilgilenmek yerine suç korkusunun ve güvensizliğin azaltılması, ceza adaleti harcamalarının sınırlanması, daha etkili önleyici tedbirlere yer verilmesi gibi politikalar ön plana çıkmıştır.¹⁷⁷ Maddi ceza hukukunda suç alanının genişlemesi, yaptırım hukuku alanında tehlikeli potansiyel suçlular kategorilerinin yaratılması ve henüz suç işlemeyen veya suç işlediği henüz tespit edilemeyen kişilerin damgalanmasını sonuçlayacak düzenlemeler yapılması,¹⁷⁸ ceza muhakemesi alanındaysa henüz işlenmemiş suçların önlenmesi için ceza muhakemesi tedbirlerinin suç öncesi alana dahil edilmesi yönünde bir eğilim ortaya çıkmış, ceza hukuku daha ziyade önleyici görevler üstlenmeye başlamıştır.¹⁷⁹ Yeni durumda suçlunun artık potansiyel risk taşıyan grupların üyeleri, suçun öngörülebilir gündelik bir olgu, cezanın ise sürekli gözetim ve tecrit enstrümanı olduğu ileri sürülmüş; stratejininse geçmiş ihlallerin cezalandırılmasından çok gelecekteki olası ihlallerin önlenmesine kaydığı belirtilmiştir.¹⁸⁰

Serserilere yönelik anlayış değişikliği ve ceza hukuku alanında yaşanan bu değişimler, serserileri ceza hukuku karşısında yeni bir konuma taşıyor gibi görünmektedir. Bu bağlamda küreselleşmenin meydana getirdiği geniş çapta yoksulların yarattığı tehlike ve onlarla mücadelede modern hapis haneleri ortaya çıkaran toplumsal dinamiklerin tekrarlandığı, ekonomik politikalar ekseninde artış gösteren yoksullarla mücadelede yoksulların potansiyel suçluluğuna vurgunun arttığı ileri sürülmüştür.¹⁸¹ Söz konusu değişiklik yoksullukla mücadelenin yoksulun cezalandırılması şeklinde gerçekleştiği 20. yüzyıl öncesi devlet politikalarına dönüş olarak nitelendirilmiş, bugün baskıcı politikaların meşru gerekçesinin suçla mücadele olduğu ifade edilmiştir.¹⁸² Bir başka görüşe göre devlet, artan eşitsizlik ve marjinalliğin nedenleri konusunda liberal, refah devletinin korumasına sahip olmayan yoksulların gözetime tabi tutulması konusundaysa cezalandırıcı bir niteliğe bürünmüştür. Neoliberal politikaların benimsenmesi sonucunda artan işsizlik ve sosyal güvencelerin ortadan kaldırılmasıyla ortaya çıkan kargaşanın kontrol altına alınmasında kolluk güçleri ve ceza kurumlarına daha çok bel bağlanmaya başlanmıştır.¹⁸³ Bu görüşte yoksullarla mücadelede Kıta Avrupası ve ABD uygulamalarının

¹⁷¹ Örneğin *Garland*'a göre ekonomide üretim dinamikleri ve buna bağlı teknoloji, ulaşım ve iletişimdeki gelişmeler, aile yaşamının yeniden yapılanması, şehirlerin sosyal ekolojisindeki değişiklikler, elektronik kitle iletişim araçlarının yükselişi gibi nedenlere dayalı olarak ortaya çıkan ekonomik, sosyal, kültürel ve politik alanda yaşanan dönüşümlerdir. *Garland* (n 158) 77.

¹⁷² Ortaya atılan görüşler ve literatür konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özkan Ağaş, *Ceza ve Adalet* (1. Baskı, Metis Yayınevi, 2013) 258 vd.

¹⁷³ Yasemin Özdek, 'Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarında Dönüşümler' (2000) 33(4) *Amme İdaresi Dergisi* 21, 46.

¹⁷⁴ *Garland* (n 158) 38, 39.

¹⁷⁵ Özdek, Şirket (n 42) 84.

¹⁷⁶ Ozan Ercan Taşkın 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' (2016) 1 T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 63.

¹⁷⁷ *Garland* (n 158) 109-121.

¹⁷⁸ İşlenen bir suçun neticesi olarak uygulanan güvenlik tedbirlerinin, kesin hükme varılmamış kişilere de uygulanabilir örneklerinin ortaya çıkmasıyla güvenlik tedbirlerinin önleyici nitelik kazandığı ve bunun bir çeşit ceza muhakemesi tedbirleri ile güvenlik tedbirleri arasında *öne alınmış ceza yaptırımı* olduğu belirtilmiştir. Türk hukuku bakımından TCK m. 171/3 kapsamında kullanmak için uyuşturucu madde satın alma, kabul etme, bulundurma veya kullanma suçunda tedaviye tabi tutulma tedbiri örnek gösterilmiştir. Diğer ülke örnekleri için bkz. Dönmezer ve Erman (n 135) 134 vd.

¹⁷⁹ Dönmezer ve Erman (n 135) 132 vd.

¹⁸⁰ Ağaş (n 173) 261.

¹⁸¹ Mahkûmların 19. yüzyılın serserilerine uygulanan ucuz iş gücünün temini usulüne dönüşüne dikkat çekilmiştir. Bkz. Özdek, 'Küreselleşme' (n 174) 37. Refah devletinin krizinde ortaya çıkan geniş çapta yoksullarla 19. yüzyıl sanayi işçilerinin sefaletinin benzerliği görüşleri için bkz. Gökçeoğlu Balcı (n 12) 54.

¹⁸² Özdek, Şirket (n 42) 4, 85.

¹⁸³ Loic Wacquant, 'Yoksulluğun Cezalandırılışı ve Neoliberalizmin Yükselişi' Belirtilmemiş çev. (2022) *Cogito* 105-106 Yapı Kredi Yayınları 67, 68 vd.

farklılıklarına da dikkat çekilmiş, ABD'nin doğrudan yoksulların kapatılması yönünde bir pratik geliştirmesi karşısında Avrupa uygulamasının daha ziyade toplumsal dışlanmaya maruz kalan yoksul kesimlerin gözetimine dayandığı belirtilmiştir.¹⁸⁴

Mevcut koşullarda serserilik doğrudan ceza hukukuyla yasaklanmamıştır. Esasen doğrudan yasaklanmasına teknik ceza hukuku bakımından imkân bulunmamakla birlikte, mevcut toplumsal gerçeklik gereğince ihtiyaç da kalmamıştır. Ancak potansiyel tehlike-lilikleri vurgusuyla önleyici polislik faaliyetlerine sıklıkla muhatap olmaları, teknolojik gelişmelerin sayesinde yoğun şekilde gözetime tabi tutulmaları kaçınılmaz görünmektedir. Suçu önleme ve suçla mücadele konusunda risklere odaklanan eğilimler (suçun öngörülebilir olması düşüncesi ve henüz meydana gelmeden önlenebilecek olması arzusuyla), yeniden potansiyel suçlu¹⁸⁵ olarak etiketlenen serserilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil eden uygulamalara düzenli olarak tabi tutulmasını sonuçlayabilir. Söz konusu eğilimler, serserilerin bu defa serserilik suçu düzenlemesine ihtiyaç duyulmaksızın, suç öncesi alana doğru genişleme eğilimi gösteren ceza hukukunun radarına doğal olarak girdiğini göstermektedir. Ancak yeni hâliyle serseriler artık suçlu olarak değil, potansiyel suçlu olarak ceza hukukunun ilgisindedir.

5. SONUÇ

Çalışmada tarihsel süreçte serserilik düzenlemelerini toplumsal yaşamda meydana gelen değişimler ekseninde incelerken bu değişimlerin sosyal bir fenomen olarak serseriliği ve serserileri ne şekilde belirlediğine dikkat çekilmiştir. Söz konusu belirleme hem serserilerin kapsamına hem onların hukuk düzeni karşısındaki konumlarına ve onlarla mücadelede başvurulacak araçlara ilişkin olmuştur.

Hâlihazırda serserilik yasaları veya esasen tanımlarına artık yer verilmiyor olsa da serserilikle mücadele devam etmektedir. Serseri, toplumsal düzen açısından “tehlikeli” kişileri ifade eden bir üst kimlik olarak hukuk metinlerinde suç olarak tanımlanmıyor veya serseri kavramıyla ifade edilmiyor olsa da “tehlikeli” kişilerle mücadele kapsamında serserilik yalnızca biçim değiştirmektedir. “Tehlike” arz eden hususlara dönemin koşullarına göre değişmekte, bu kişiler üzerinde denetim sürmektedir.

20. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan gelişmelerle çalışmak, yoksulluk ve dolayısıyla serserilerin konumu yeni bir yere taşınmıştır. Sanayileşmeyi takip eden yıllarda iş gücünden faydalanılan, refah devleti politikalarının etkin olduğu yıllardaysa sosyal politikalarla desteklenen ve bu şekillerde ıslah edilen serseriler, refah devletinin yaşadığı krizin sonrasında potansiyel suçlulukları ve marjinallikleri üzerinden ele alınmaya başlanmıştır.

Mevcut koşullarda serserilik doğrudan ceza hukukuyla yasaklanmamıştır. Esasen doğrudan yasaklanmasına teknik ceza hukuku bakımından imkân bulunmamakla birlikte, mevcut toplumsal gerçeklik gereğince ihtiyaç da kalmamıştır. Teknolojik gelişmeler, küreselleşme ve uygulanan ekonomi politikaları gibi nedenlerle işgücüne duyulan ihtiyacın azaldığı ve tam istihdamın sağlanamadığı bugünlerde serseriliğin diğer yoksullardan ayrılmasına hizmet eden “çalışmak imkânı varken çalışmamak” kriterinin bir geçerliliği kalmamıştır. Nitekim tam istihdamı garanti edemeyen bir sistemde çalışmamak sadece seçimlerle ilgili değildir. Buna karşılık artan işsizlik ve yetersiz sosyal politikalar nedeniyle genişleyen yoksul kesim geleneksel adıyla serseri, sosyal bilimlerdeki karşılığıyla sınıf altı, toplum nezdindeyse işsiz güçsüz potansiyel suçlular olarak görülmeye aday görünmektedir. Toplum nezdinde de sanayileşmenin ilk dönemlerinden bu yana kabul gören çalışmamayı tembellik etmekle eş değer gören bakış açısının sürdürülmesi çalışmayan yoksulların sosyal yardımlara konu olmaktansa suça eğilimleri ve tehlikeliliklerine odaklanılmasını kolaylaştırmaktadır. Böyle bir iklimde geleneksel bir kavram olarak serseriliğe ihtiyaç duyulmaksızın iş ve barınma imkânlarından yoksun grupların toplumsal düzen açısından tehlikelilikleri odağında gözetime ve diğer önleyici kolluk faaliyetlerine muhatap olmaları kaçınılmaz görünmektedir. Bunun yanında toplumsal yaşamın değişimi ceza hukuku alanında da kaçınılmaz olarak değişime neden olmuş, eleştirel literatürün vurguladığı şekilde suç öncesi alana doğru genişleme gösteren ceza hukukunda suç önleme ve suçla mücadele konusunda risklere odaklanan yeni eğilimler, potansiyel tehlikeli serserilerin doğal olarak yeniden ceza

¹⁸⁴ Yazar sosyal hizmet bürokrasisinin de dahil edildiği bu gözetimi sosyal panoptisizm olarak adlandırmıştır. Bkz. ibid 73-74.

¹⁸⁵ Serseriliğin ortak vurgusu olarak iş sahibi olmamanın suçlulukla kurulan ilişkisi yukarıda değinilen gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda yeni değildir. Ancak suç bilimi olarak kriminolojinin gelişimiyle birlikte suçluluğun çeşitli perspektiflerden bilimsel olarak açıklamasına girilmesi nispeten yenidir. Kriminolojik olarak ekonomik yapı ve suçluluk arasındaki ilişkiyi inceleyen çalışmalarda işsizlik, yoksulluk, ücretler, enflasyon değerleri, piyasa koşulları gibi etkenlerin suç davranışı üzerindeki etkilerine odaklanmıştır. Ahmet Yılmaz Ata, ‘Ücretler, İşsizlik ve Suç Arasındaki İlişki: Yatay Kesit Analizi’ (2011) 4 Çalışma ve Toplum 113, 115. İşsizlik suç arasındaki ilişkiyi inceleyen ampirik çalışmaların bazılarında malvarlığına karşı işlenen suçlar ve işsizlik arasında pozitif yönde korelasyona yer verildiği aktarılmış, bazı çalışmalarda işsizliğin şiddet suçları ile arasında anlamlı bir ilişki olmadığı yönünde bulgular ortaya konulduğu belirtilmektedir. Bkz. ibid 117. 2007-2016 yılları arasında işsizlik ve suç ilişkilerini inceleyen suçların derlemesi için bkz. C. Yenal Kesbiç ve Özlem Dündar, ‘İşsizlik ve Suç Arasındaki İlişkiye Teorik Bir Bakış’ (2017) 24/2 Yönetim ve Ekonomi 327, 340 vd. Tespitte ilgili ayrıca bkz. M. Emin Artuk ve M. Emin Alşahin, *Kriminoloji* (Adalet Yayınevi 2017) 28; Karş. Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji* (9. Baskı, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı 2020) 355. Buna karşılık işsizlik ve suç arasında negatif yönde veya zayıf düzeyde bir ilişki olduğunu ortaya koyan çalışmalar da bulunmaktadır. İşsizlik, yoksulluk ve suçluluk arasındaki ilişkiyi inceleyen bu çalışmalardaki farklılıklar, belirtilen olguların kompleks yapılarından kaynaklanmaktadır. Zahir Kızmaz, ‘Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları Üzerine Genel Bir Değerlendirme’ (2003) 13(2) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 279, 297 vd. Bunun yanında istatistik olarak yoksulluğun ve ekonomik koşulların tespiti metodolojik zorluklara sahiptir. Farklı sosyal sınıfların ceza adaleti süreçlerinde sahip oldukları imkânlar birbirinden farklıdır. Yoksulluğun dışsallığı olarak istediği hukuki yardımı alamayan kişilerin mahkûm edilme olasılığı artmaktadır. Buna karşılık beyaz yaka suçluluğunun suçta siyah sayı olarak kalması ve istatistiklere yansımaması da bu belirlemelerin sınırlılıklarından bir diğeridir. Dönmezer (n 177) 349. Nihayetinde birçok bileşene sahip suç olgusunun tek bir kaynaktan açıklanabilmesi mümkün değildir. Böylesi çalışmalarda işsizlik ve yoksulluğa neden olan dinamikler yanında işsizlik ve yoksulluğun sonucu olan dinamiklerin birlikte ele alınması gerekmektedir. Tüm bunlarla birlikte kişilik özellikleri, cinsiyet, eğitim gibi suçun bireysel nedenleri de göz ardı edilmemelidir. Yoksulluk ve işsizlikle birlikte ele alınabilecek nedenler konusunda bkz. Kızmaz (n 177) 297 vd.

hukukunun radarına girdiğini göstermektedir. Serserilik suçu düzenlemesine ihtiyaç duyulmadan tehlikeli/riskli serseriler bu defa doğrudan suçlu olarak değil, potansiyel suçlu olarak ceza hukukunun ilgisindedir.

Yoksulluğun cezalandırılması tehlikesini bertaraf edebilmenin, dahası artan yoksullukla mücadele etmenin hala en gerçekçi ve geçerli yolu yeni koşullara uygun sosyal politikalar geliştirmektir. Diğer yandan yoksulluğun önleyici polislik faaliyetleriyle cezalandırılması tehlikesi karşısında genişleyen yoksul grupların tamamını tehlikeli olarak etiketleme riski barındıran, içeriği ve anlamı muğlak olan serserilik kavramının hukuk metinlerinden çıkarılmasının önem arz ettiği kanaatindeyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Author declared no financial support.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Acemoğlu D ve Robinson J A, *Ulusların Düşüşü Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri* (Faruk Rasim Velioğlu çev, 53. Baskı, Doğan Kitap 2020).
- Agtaş Ö, *Ceza ve Adalet* (1. Baskı, Metis Yayınevi, 2013).
- Ata A Y, 'Ücretler, İşsizlik ve Suç Arasındaki İlişki: Yatay Kesit Analizi' (2011) 4 Çalışma ve Toplum 113-134.
- Artuk M E ve Alşahin M E, 'Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi' (2016) 21(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 145-185.
- Artuk M E ve Alşahin M E, *Kriminoloji* (Adalet Yayınevi 2017).
- Artuk M E, 'Ceza Kanunu'nun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi' (2006) 1(2) Ceza Hukuku Dergisi 3-14.
- Aytaç Ö, 'Boş Zaman Üzerine Kuramsal Yaklaşımlar' (2002) 12(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 231-260.
- Barnett V, 'Keynes, John Maynard 1883-1946' William Darity ed, *International Encyclopedia of the Social Sciences* içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 259-262.
- Bauman Z, *Çalışma, Tüketim ve Yeni Yoksullar* (Ümit Öktem çev, 1. Baskı, Sarmal Yayınevi 1999).
- Beccaria C, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Sami Selçuk çev, 6. Baskı, İmge Kitabevi 2016).
- Bozkurt T ve Ercan N S, 'Çalışma Kavramının Çalışma İlişkilerinin Sosyo-Psikolojik Evrimi' Tülay Bozkurt ed, *Çalışma İlişkilerinin Evrimi* içinde (Beta Yayınevi 2011) 3-35.
- Carrabine E, 'England and Waller' Mary Bosworth ed, *Encyclopedia of Prisons & Correction Facilities* içinde (2. Baskı, Sage Publication 2005) 290-295.
- Chambliss, W J, 'A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy' (1964) 12(1) Social Problems 67-77.
- Çadırcı M, 'Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Anadolu'da İç Güvenlik' (1980) 12 Tarih Araştırmaları Dergisi 45-58.
- Çokuğraş I, 'Osmanlı İstanbul'unda Bekar Odaları' (2013) 47 Mimar.ist Dergisi 29-36.
- Demirtaş M, 'XIX. Yüzyılın İlk Yarısında İstanbul'da Kamu Düzenini Bozan Gruplara Karşı Yürütülen Mücadele' (2009) 81(291) Belleten 481-524.
- Demirtaş M, 'XVIII. Yüzyılda Osmanlı'da Bir Zümrenin Alt Kültür Grubuna Dönüşmesi: Külhanbeyleri' (2006) 7(1) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 113-141.
- Devellioğlu F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat* (Aydın Kitabevi 1970)
- Dönmez S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I* (14. Baskı, Der Yayınları 2016).
- Dubin G V ve Robinson R H, 'The Vagrancy Concept Reconsidered: Problems and Abuses of Status Criminality' (1962) 37(1) New York University Law Review 102-136.
- Düzenli H, 'Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1191-1221.
- Foucault M, *Hapishanenin Doğuşu* (Mehmet Ali Kılıçbay çev, 8. Baskı, İmge Kitabevi 2019).
- Garland D, *The Culture of Control Crime and Social Order in Contemporary Society*. (The University of Chicago Press 2001).
- Giddens A, *Ulus Devlet ve Şiddet* (Cumhur Atay çev, Kalkedon Yayınları 2008).
- Genio E, 'Living on the Margins of Charity Coping with Poverty in an Ottoman Provincial City' Michael Bonner, Mine Ener ve Amy Singer ed, *Poverty and Charity in Middle Eastern Contexts* içinde (SUNY Press 2003) 164-184.
- Gökberk M, *Felsefe Tarihi* (28. Baskı, Remzi Kitabevi 2016).

- Gökçen A, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1987).
- Gökçeoğlu Balcı Ş, *Tutunamayanlar ve Hukuk* (Dost Kitabevi Yayınları 2007).
- Gözbüyük A Ş ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi* (9. Baskı, Turhan Kitabevi 2011).
- Gündüz K ve Kışaç İ, 'İngiliz Yoksul Yasalarına Giriş: 1349-1531 Dönemi Bir Çocuk Esirgeme Perspektifi' (2021) 56(2) 3. Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi 781-805.
- Güzeldal Y, 'Hint Kökenli Dinlerde Manastır Yaşamı ve Tekke Hayatı' (2021) 22(43) Tasavvuf İlmi ve Akademik Araştırma Dergisi 55-84.
- Güzelsarı S, *Küresel Kapitalizm ve Devletin Dönüşümü Türkiye'de Mali İdarede Yeniden Yapılanma* (Sosyal Araştırmalar Vakfı Yayınları 2008).
- Hands A R, *Charities and Social Aid in Greece and Rome* (Cornell University Press 1968).
- Harvey B, 'A Solution to Homelessness: Part I: Vagrancy Still a Crime' (1984) 73(289) Studies: An Irish Quarterly Review 1-11.
- Hinkle W G ve Henry S, 'Bridewell Prison and Workhouse' Mary Bosworth ed, *Encyclopedia of Prisons & Correction Facilities* içinde (2. Baskı, Sage Publication 2005) 82-84.
- İşık C, 'Dervişler: Dünyadan Geçen 'Aylaklar'' Emine Gürsoy Naskali ed, *Avare Kitabı* içinde (Kitabevi Yayınevi, 2013) 61-73.
- İşbilir Ö, 'XVIII. Yüzyılın İlk Yarısında Osmanlı Devletinde Limni Kalebentleri' Emine Gürsoy-Naskali ve Hilal Oytun Altun ed, *Zindanlar ve Mahkumlar* içinde (Babil Yayınevi 2006) 48-56.
- Jeanniere A, *Modernite Nedir-Modernite Versus Postmodernite*. (Nilgün Tatal ve Mehmet Küçük çev, Vadi Yayınları 1994),.
- Karakehya H ve Özger H, *Modern Toplumda Hapishanenin Yaygın ve Yerleşik Konuma Gelişi* (Nobel Kitabevi 2022).
- Kayadibi F, 'İslam'da Kalkınmanın Dinamik Güçleri' (2007) 15 İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1-24.
- Kesbiç C Y ve DüNDAR Ö, 'İşsizlik ve Suç Arasındaki İlişkiye Teorik Bir Bakış' (2017) 24/2 Yönetim ve Ekonomi 327-348.
- Kırlı C, 'Kahvehaneler ve Hafiyeler:19. Yüzyıl Ortalarında Osmanlı'da Sosyal Kontrol' (2000) 83 Toplum ve Bilim 58-79.
- Kızmaz Z, 'Ekonomik Yapı ve Suç: Bazı Araştırma Bulguları Üzerine Genel Bir Değerlendirme' (2003) 13(2) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 279-304.
- Lacey F W, 'Vagrancy and Other Crimes of Personal Condition' (1953) 66(7) Harvard Law Review 1203-1226.
- Lafargue P, *Tembellik Hakkı* (Işık Ergüden çev, 1. Baskı, Sel Yayınevi 2019).
- Lisle J, 'Vagrancy Law: Its Faults and Their Remedy' (1914) 4(5) Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology 498-513.
- Matsson I, 'Status-Based Definitions of Need in Early Islamic Zakat and Maintenance Laws' Michael Bonner, Mine Ener ve Amy Singer ed, *Poverty and Charity in Middle Eastern Contexts* içinde (Sunny Press 2003).
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020).
- Mete L, *Controlling The Bachelors of Istanbul During The Ottoman Modernization Period and The Regulations on Vagabonds* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- More T, *Utopia* (Sabahattin Eyüboğlu ve Vedat Günyol ve Mina Urgan çev, 24. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 2017).
- Myers L Jr S, 'Underclass' William Darity ed, *International Encyclopedia of the Social Sciences* içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 485-487.
- Mumcu A, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl* (Phoenix Yayınevi 2017)
- Nişancı D, 'AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHS m. 18) Açısından İrdelemesi' (2021) 26(44) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-74.
- Ocobock P, 'Introduction: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective' Paul Ocobock ve A. L. Beier ed, *Cast Out: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective* içinde (Ohio University Press, 2008) 1-34.
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (1. Baskı, Beta Yayınevi 1991).
- Ören K ve Yüksel H, 'Geçmişten Günümüze Çalışma Hayatı' 2012 1(1) HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 35-59.
- Özbek N, 'II. Meşrutiyet İstanbul'unda Dilenciler ve Serseriler' (1999) 11(64) Toplumsal Tarih 34-43.
- Özdek Y, 'Küreselleşme Sürecinde Ceza Politikalarında Dönüşümler' (2000) 33(4) Amme İdaresi Dergisi, 21-48.
- Özdek Y, *Şirket Egemenliği Çağı Sosyal Devletten Ceza Devletine* (1. Baskı, Notabene Yayınları 2011).
- Özdemir Aydın E, '19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi' (2013) 15(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-209.
- Özgün C, 'Osmanlı Devleti'nde Serserilik Algısı ve Sorunu Üzerine Tespitler' Emine Gürsoy Naskali ed, *Avare* içinde (Kitabevi Yayınları 2013) 5-58.
- Özkazanç A, 'Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması' Yasemin Özdek ed, *Yoksulluk Şiddet ve İnsan Hakları* içinde (Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2002) 381-394.
- Pierson C, *Modern Devlet* (Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan çev, Chiviyazıları Yayınevi 2008).
- Robinson A, *Vagrancy in the Victorian Age* (Cambridge University Press 2022).
- Roth M P, *Göze Göz Suç ve Cezanın Küresel Tarihi* (Barışhan Erdoğan çev, Can Yayınevi 2017).
- Russel B, *Aylaklığa Övgü* (Mete Ergin çev, 7. Baskı, Cem Yayınevi 2021).

- Russel B, *Batı Felsefesi Tarihi 1. Cilt İlkçağ Felsefesi* (Ahmet Fethi çev, 2. Baskı, Alfa Yayınevi 2016).
- Schnitzler, A V, 'Neoliberalism' William Darity ed, International Encyclopedia of the Social Sciences içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 473-475.
- Schofield P, 'Bentham, Jeremy 1748-1832' William Darity ed, International Encyclopedia of the Social Sciences içinde (2. Baskı, Macmillan Reference USA 2008) 285-286.
- Sümer N ve Solak N ve Harma M, *İşsiz Yaşam İşsizliğin ve İş Güvencesizliğinin Birey ve Aile Üzerindeki Etkileri* (Koç Üniversitesi Yayınları 2013).
- Taşkın O E, 'Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku' (2016) 1 T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-91.
- Tugay B, *Aydın Vilayeti'nde Sürgün (Tanzimat'tan Cumhuriyet'e)* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013)
- Uludağ S, 'Dilencilik' (1994) 9 Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi <<https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/9/C09023800.pdf>> Erişim Tarihi 07.03.2023.
- Wacquant L, 'Yoksulluğun Cezalandırılışı ve Neoliberalizmin Yükselişi' Belirtilmemiş çev, (2022) Cogito 105-106 Yapı Kredi Yayınları 67-78.
- Yelbaşı C, *Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü* (Sim Matbaacılık 2014)
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 2006).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75* (6. Baskı, Beta Yayınevi 2016).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Usluadam AK, "Vagrancy (Offense) from Past to Present" (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 175.

Ceza Muhakemesi Şartlarının Genel Teorisi

General Theory of Procedural Impediments in Criminal Procedure

Ali Şahin KILIÇ¹ 

¹Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

ÖZ

Muhakeme şartları, genel anlamıyla ceza muhakemesinin başlatılması veya devamı için bulunması gereken koşulları ifade eder. Bunların işlevi, ceza muhakemesinin başlamasını veya ilerlemesini bir şartın gerçekleşmesine bağlamaktır. Muhakeme şartının gerçekleşmemesi durumunda failin yargılanması ve fakat cezalandırılmamasından farklı olarak, işin esasının muhakeme edilmesi engellenir. Bu yönüyle muhakeme şartları, şahsi cezasızlık sebepleri gibi kişinin cezalandırılmasını engelleyen kurumlardan farklıdır. Muhakeme şartları, Ceza Muhakemesi Hukuku ile maddi ceza hukukunun ve diğer başka alanların kesişim noktasında bulunmaktadır. Bu makalede teorik arka planları dikkate alınarak muhakeme şartları saf muhakeme şartları ve karmaşık muhakeme şartları şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiş ve bu muhakeme şartlarının teorik çerçevesinin ortaya konulması yönünde çaba sarf edilmiştir.

ABSTRACT

In general, procedural impediments refer to prerequisites necessary for the initiation or progression of criminal proceedings. Their function is to condition the initiation or progression of criminal proceedings on the fulfillment of a specific condition. Unlike instances where the accused is tried but not punished due to the non-fulfillment of, for example, a ground for exclusion of punishment, the merits of the case are prevented from being adjudicated. Thus, procedural impediments are distinct from mechanisms like personal reasons for immunity from punishment, which obstruct the penalty of an individual. In this context, procedural impediments are at the intersection of criminal procedural law, substantive criminal law, and various other areas. In this article, procedural impediments are explored by categorizing them into pure and complex types based on their theoretical backgrounds, and it is endeavored to elucidate the theoretical framework of these procedural impediments.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Muhakeme Şartları, Ceza Muhakemesinin Mecburiliği Prensibi, Maslahata Uygunluk Prensibi

Keywords: Criminal Procedure, Procedural Impediments, Principle of Legality, Principle of Opportunity

EXTENDED ABSTRACT

In general, procedural impediments refer to prerequisites necessary for the initiation or progression of criminal proceedings. The concept of procedural impediments has been introduced into the doctrine of criminal law, mainly under the influence of civil procedural law. This concept was developed by the doctrine, embraced through jurisprudence, and incorporated into various legislations and has become one of the foundational institutions of criminal procedure. Procedural impediments are institutions designed to establish a balance between the actual state of affairs and ideals, thereby providing an exception to the principle of mandatory prosecution.

The theoretical framework of procedural impediments is linked to understanding their purpose and classification. Their common characteristics could be meaningfully articulated by adopting this viewpoint. This paper distinguishes between procedural impediments into pure and complex categories, considering their reasons for existence and functions. This distinction depends on whether an impediment is evaluated solely within the merits of criminal procedural law or is influenced by other systems.

Pure procedural impediments necessitate no exploration of crime policy or similar aspects when determining the rationale

Corresponding Author: Ali Şahin Kılıç **E-mail:** ali.kilic@hbv.edu.tr

Submitted: 21.03.2024 • **Revision Requested:** 01.07.2024 • **Last Revision Received:** 02.07.2024 • **Accepted:** 02.08.2024 • **Published Online:** 04.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

behind procedural impediments. In such cases, proceeding with a criminal trial would contradict the logic of adjudication or deviate from the minimum requirements of the legal system. The impediments in this category do not pose significant challenges in criminal proceedings, and their theoretical framework is relatively straightforward to delineate, as it can be fully explained by the requirements of the criminal procedural law system. The main challenge arises from impediments that cannot be explained by the logic of criminal proceedings.

In cases of complex procedural impediments that necessitate balancing, it is insufficient to resolve issues by strictly adhering to the dynamics of criminal law alone; the situation must be examined within the expansive context of the law's interrelation with other systems. This implies that decisions regarding the necessity of such impediments are not limited to criminal law expertise. Nonetheless, when contemplating the establishment of such an impediment, the measures necessary to achieve a balance cannot be determined without considering the dynamics of substantive and procedural law. It is crucial to acknowledge that when there is a need to balance criminal proceedings with other state functions, an evaluation by a criminal justice authority should be the preferred course of action. Specifically, if conducting an investigation poses a significant risk to public interests, entrusting the decision-making process to the discretion of the public prosecutor or facilitating consultation with various entities in exercising this discretion seems to be the most rational solution.

1. Giriş

Ceza muhakemesinde kural olarak mecburilik ilkesi hâkimdir. Buna göre tipe uygun olduğu yönünde şüphe bulunan eylem, başka bir şartın gerçekleşmesi beklenmeksizin doğrudan soruşturulur. Ne var ki bazı durumlarda kanun koyucu soruşturmanın başlamasını, devam etmesini veya kovuşturma aşamasına geçilmesini bir şartın gerçekleşmiş olmasına bağlayabilir. Bu makalede, öğretilerde muhakeme şartları olarak adlandırılan bu konu bakımından bir teorik tasnif denemesine yer verilecektir. Bu bağlamda, muhakeme şartlarının ceza muhakemesindeki tarihi gelişimi, konumu, tasnifi ve ortak özellikleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Çalışmamızda tek tek muhakeme şartları hakkında kapsamlı açıklamalara yer verilmeyecek; teorik bir çerçeveye oluşturmak bakımından faydalı olanlar hakkında kısa açıklamalara yer vermekle yetinilecektir. Muhakeme şartlarının birer maddi ceza hukuku kurumu mu, yoksa ceza muhakemesi hukuku kurumu mu olduğuna ilişkin tartışma ise muhakeme şartlarının ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu ön kabulü ile kapsam dışında tutulacaktır.

2. Genel Olarak Muhakeme Şartları

2.1. Kavram

Muhakeme şartları ceza muhakemesinde önemli bir yer tutmasına ve uygulamada sıklıkla karşılaşılmamasına rağmen henüz ne teorik bütünlüğünü sağlayacak bir tanımla yapılabilmemiş ne de teorik arka planı ortaya konulabilmiştir¹. Muhakeme şartlarının bir kavram olarak açıklanması, ileride ortaya çıkması muhtemel hususların muhakeme şartı olup olmadığının değerlendirilmesini mümkün kılacağı gibi muhakeme şartları ile ilgili belirli sorunların çözümü bakımından da faydalı olacaktır. Ne var ki bu husus kolay olmadığı gibi tüm muhakeme şartlarını kapsayıcı genel bir tanımın yapılmasının mümkün olmadığı da ifade edilmektedir². Bu bağlamda muhakeme şartlarının tanımlanması yerine işlevlerinin ve ayırt edici özelliklerinin ortaya koyulması daha makul bir uğraş olacaktır.

Muhakeme şartları, genel anlamıyla ceza muhakemesinin başlatılması veya devamı için bulunması gereken koşulları ifade etmektedir. Buradaki şart ifadesi olmazsa olmaz anlamı taşımakta; başka bir ifade ile şartın bulunmaması muhakemenin yapılmasına engel olmakta, ancak şartın var olması muhakemeyi zorunlu kılmamaktadır³. Bu özelliği dolayısıyla muhakeme şartları öğretilerde muhakeme engelleri olarak da adlandırılmaktadır⁴. Muhakeme şartları, kapsamı ve diğer ceza muhakemesi kurumlarından ayırt edici noktaları bir tarafa bırakılırsa, pratik sonuçları itibarıyla ceza muhakemesine yerleşmiş bir kavram olarak karşımıza çıkmak-

¹ Ralf Krack, 'Verfahrenshindernisse Im Strafprozess. Versuch Einer Begriffsbestimmung' (2003) Goldammer's Archiv Für Strafrecht 536.

² Ibid. 536, Lutz Meyer-Goßner 'Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse' in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts Band 7: Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, (CF Müller 2020) 795. Buna karşılık Volk'a göre, Muhakeme şartları *hukuk güvenliğinin güvencesi niteliğinde standart haline getirilmiş şartlardır. Bunların eksikliği halinde hukuk düzeninin korunması hukuksal açıdan temelsiz kalır.* Klaus Volk, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht: Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht* (Gremer 1978) 204.

³ Feridun Yenisey ve Aysel Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2023) 628.

⁴ Alman öğretisinde de durum bu şekildedir. Bunlar için *Prozessvoraussetzung* (muhakeme şartı) veya (muhakeme engeli) terimi kullanılmaktadır. Lutz Meyer-Goßner ve Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze Und Ergänzende Bestimmungen* (65. Auflage, CH Beck 2022) 37. Yazarlar muhakeme şartı ile muhakeme engeli arasında ayırım yapmakta; muhakeme şartının, muhakemenin yapılabilmesi için gerekli olan şartlar; muhakeme engelinin ise sanığın mahkeme tarafından cezalandırılmasının karşısında duran nedenler olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise sadece muhakeme engelinden (*Verfahrenshindernis*) söz edilmektedir. Bunun sebebi de kanunun yapıldığı tarihte henüz muhakeme şartı teriminin yerleşmemiş olmasıdır. Bilgi için bkz. Meyer-Goßner (n 2) 794. Bir kavram olarak muhakeme engeli ise Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na ilk defa 1942 yılında yapılan değişiklik ile dahil edilmiştir. Ewald Löwe ve Werner Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar* (De Gruyter, Berlin/Boston 2016) 398.

tadır⁵. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 206a hükmünün yürürlüğe girmesinden önce yargılamanın mahkumiyet veya beraat hükmü dışında bir kararla sonlanması, hukuk uygulamasınca kabul edilmiştir⁶. Bu bakımdan muhakeme şartları öğreti tarafından geliştirilmiş, uygulamada yer bulmuş ve bunu takiben kanuna girmiş bir kavramdır⁷.

Muhakeme şartlarının işlevinin ceza muhakemesinin başlamasını veya ilerlemesini sağlamak olduğu görülmektedir. Bu niteliği ile muhakeme şartları, şahsi cezazırlık sebepleri gibi kişinin cezalandırılmasını engelleyen kurumlardan farklıdır, zira muhakeme şartının gerçekleşmemesi durumunda failin yargılanması ve fakat cezalandırılmamasından farklı olarak, işin esasının muhakeme edilmesinin engellenmesi söz konusudur⁸. Yine bu doğrultuda netice itibarıyla faile ceza verilmesinin engellenmesi dikkate alınarak muhakeme şartlarının tipikliğin unsurları veya kusur ile de karıştırılmaması gerekmektedir⁹.

Muhakeme şartları ile ilgili tespitlerden bir diğeri, bunların işin esasına girmeden veya hukuki uzmanlık gerektirmeden anlaşılabilir nitelikte olduğuna vurgu yapmaktadır. Söz gelimi, zamanaşımı bir muhakeme şartı olarak kabul edildiğinde takvime bakılmasının bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından yeterli olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Ancak bu görüş ciddi şekilde eleştirilmekte, zamanaşımının dolup dolmadığının hesaplanması gibi hususların hukuki değerlendirmeden bağımsız olarak düşünülemeyeceği, zira zamanaşımının hesaplanması için işlendiği iddia edilen fiilin hukuki niteliğinin belirlenmesinin bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir¹¹.

Muhakeme şartının niteliğinin kanun koyucu tarafından belirlenmiş olması da söz konusu olabilir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesinde "Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir." hükmüne yer verilerek kanunda düzenlenen yazılı başvurunun bir muhakeme şartı olduğunu kanun koyucu doğrudan kendisi belirlemiştir¹². Kanun koyucunun bu belirlemeyi yaptığı mekanizmalar bakımından bunların muhakeme şartı olup olmadığını tartışmak gereksizdir; ancak bir kurumun muhakeme şartı olduğunun kanunda açıkça yazılmaması o kurumun muhakeme şartı olmadığı anlamına gelmez¹³.

Muhakeme şartları, ceza muhakemesi hukuku ile maddi ceza hukukunun kesiştiği alanlardan birisini teşkil etmektedir¹⁴. Maddi ceza hukuku, suç tiplerinin unsurlarını belirleyip karşılığında uygulanacak yaptırımı belirlerken; ceza muhakemesi somut olayda bu unsurların oluşup oluşmadığını tespit ederek, bu tespite göre faile uygulanacak yaptırımı somutlaştırmaktadır¹⁵. Herhangi bir şartın öngörülmediği durumda ceza muhakemesi tipe uygun bir eylemin gerçekleştirildiği şüphesi (*suç şüphesi*) üzerine harekete geçerken, bir muhakeme engelinin mevcut olması durumunda suç şüphesi bulunmasına rağmen maddi gerçeğin araştırılmasından imtina edilmektedir. Bu durum da faile ceza yaptırımı uygulanmasının önüne geçmektedir. Örneğin şikâyetin mevcut olmaması durumunda, maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler kendi alanına ilişkin dinamikleri göz önünde tutarak ceza muhakemesinin başlamasını engellemektedir. Bu durum aslında bir muhakeme şartı olmasına rağmen şikâyette bulunulmuş olmasının neden Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil de Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiğini açıklamaktadır.

2.2. Muhakeme Şartlarının Ceza Muhakemesi Hukukundaki Konumu

1. Ceza Muhakemesinde Muhakeme Şartlarının Tarihi Gelişimi: Ceza Muhakemesinde Usulden Ret Kurumuna Karşılık Arayışları

Muhakeme şartları, 20. yüzyılın başlarında ceza muhakemesine bir kavram olarak yerleşmiştir¹⁶. Bu süreçte muhakeme şartları ile ilgili tartışmalar genellikle medeni usul hukukundaki tartışmalardan etkilenmiş ve aslında medeni usul hukukunda daha önceden yerleşmiş olan bu kavramın ceza muhakemesinin kendine özgülüğü içerisinde tanımlanması temel bir motivasyon unsuru olmuş ve tartışmanın temelinde de medeni usul hukukundaki gibi bir usulden ret müessesesinin var olmasının gerekip gerekmediği sorunu

⁵ Ibid. 398.

⁶ Carl-Friedrich Stuckenberg, '§ 206a: Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis' in Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger and Alexander Ignor (ed), *Löwe-Rosenberg StPO Online* (Berlin, Boston: De Gruyter 2018) Kn. 1.

⁷ Ibid. kn. 27.

⁸ Krack (n 1) 537.

⁹ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Beta 1989) 70, Urs Kindhäuser ve Kay H Schumann, *Strafprozessrecht* (6. Bası, Nomos 2022) 196.

¹⁰ Krack (n 1) 539.

¹¹ Ibid. 539.

¹² Bu konuda bkz. Selman Dursun, "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri" (2007) 2 Ceza Hukuku Dergisi 263-275, Benzer şekilde 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 115. maddesinde de "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir." hükmüne yer verilerek kurulun başvurusunun bir muhakeme şartı niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

¹³ Krack (n 1) 541.

¹⁴ Volk (n 2) 4.

¹⁵ Ibid. 5.

¹⁶ Ibid. 160.

yer almıştır¹⁷. Ceza muhakemesi, medeni muhakemeden farklı olarak kişiler arasındaki bir uyumsuzluğun çözümü ile sınırlı olarak anlaşılabilir. Ceza muhakemesi, kamusalılığı nedeniyle birey ve yargılama makamları arasında medeni muhakemeden farklı bir ilişki kurmaktadır. Bu bakımından somut bir ceza yargılamasının sonucu, klasik anlamda bir mahkûmiyet veya bir beraat hükmü olmalıdır. Ne var ki, ceza muhakemesi sistemini mecburilik ilkesine istisnalar getirmeye zorlayan şartlar, medeni muhakemedeki usulden ret müessesine benzer bir düzenlemeyi zorunlu kılmış ve işin esasına girilmeden, mahkûmiyet veya beraat kararları dışında yargılamanın sonlandırılmasını bir gereklilik olarak ortaya çıkarmıştır. Muhakeme şartları bu gerekliliğin bir sonucudur.

Muhakeme şartlarının bir kavram olarak ortaya atılması, ceza muhakemesinde hükmün “yokluğu” tartışmaları ile de yakından ilgilidir¹⁸. Volk’a göre muhakeme şartları hükmün yokluğu nedenlerinin kavramlaşması ile ortaya çıkmıştır¹⁹. Yazar bu tespitini örneklemekte, bu bağlamda örneğin eski eserlerde muhakeme şartlarının yokluğu halinde hükmün “yok” sayılacağından bahsedildiğini ifade etmektedir²⁰. Yazar ayrıca, muhakeme şartlarının gelişiminin bir temyiz nedeni olarak hükmün yokluğunun ileri sürülebilirliği tartışmalarının etkili olduğunu belirtmektedir²¹. Yazara göre ceza muhakemesinde kanun yolu incelemesi bakımından hukuka kesin aykırılık kategorisine yer verilmesi de hükmün yokluğuna ilişkin tartışmalarla bağlantılı olarak gelişmiştir²². Hükmün yokluğuna yol açacağı ileri sürülen şartlardan temyiz nedeni niteliğine kavuşmayanlar muhakeme şartı olarak kabul edilmiştir²³.

Burada belirtilmesi gereken husus, muhakeme şartlarının ceza muhakemesindeki konumuna ilişkin tartışmanın esasen muhakeme şartlarının ceza muhakemesine mi yoksa maddi ceza hukukuna mı dahil olduğuna ilişkin bir tartışma olmadığıdır. Gerek Türk gerek Alman öğretisinde muhakeme şartlarının ceza muhakemesi kurumu olduğu genellikle kabul edilmektedir²⁴. Bu hususun daha fazla tartışılmasında bir fayda bulunmamaktadır.

2. Olan ve Olması Gereken Odağında Kamu Davasının Mecburiliği Prensibi (*Legalitätsprinzip*) ve Muhakeme Şartları

Ceza muhakemesinde *ceza muhakemesinin mecburiliği* prensibi söz konusudur. Bu prensip uyarınca suç şüphesi oluşturan her vakıya ceza muhakemesi makamlarınca soruşturulmalı ve delillerin durumuna göre bir karara bağlanmalıdır²⁵. Ceza muhakemesinin kural olarak şarta bağlı gerçekleştirilmesi mümkün değildir^{26,27}. Bu husus ceza muhakemesinin kendiliğindenliği sonucunu işaret eder. Ceza muhakemesi kural olarak herhangi bir makamın kararına veya görüşüne gerek duymaksızın kendiliğinden işler²⁸. Ceza muhakemesinin mecburiliği prensibi esasen suç teorisinde mutlak adalet teorilerinin karşılığını oluşturmaktadır²⁹. Bu teoriler genel bir ifade ile cezanın amacını fail tarafından gerçekleştirilen haksızlığın tam olarak karşılığının verilmesi gereği ile açıklar ve cezanın sosyal ve kişisel sonuçları ile bir amaç olarak ilgilenmez³⁰. Bu yaklaşım, toplumsal barışı ciddi anlamda bozan uyumsuzlukların cezalandırıldığı, cezanın sadece bir karşılık olma niteliği ile değerlendirildiği ceza hukuku sistemlerinin otoriter bir cezalandırma sisteminin kalıntısı olarak değerlendirilmekte ve günümüz ceza hukuku sistemleri göz önüne alındığında istisnasız uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir³¹.

Ceza hukuku sistemi, hukuk düzeninin bir parçası olarak genel bir ifade ile bir değer olarak adaleti gerçekleştirme idealine ulaşmaya çalışır. Bu ideal, bir olması gerekeni ifade eder. Daha açık bir ifade ile olması gereken, bir değer olarak adaletin gerçekleştirilmesidir³². Ne var ki bu idealin gerçekleştirilmesi yönünde gösterilen çaba bazı durumlarda olanın daha da karmaşıklaşmasına yol açmakta; bir değer gerçekleşmesi yönündeki çaba, realitede bir karşılık bulamamaktadır. Bunun gibi durumlarda

¹⁷ Lutz Meyer-Göbner, *Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse: Befassungs- und Bestrafungsverbote* (Beck 2011) iv. Volk (n 2) 161. Nitekim 6110 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde nelerin dava şartı olduğu sayılmış ve 115. maddede dava şartlarının sonuçları ile ilgili (1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. (3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez; hükmüne yer verilmiştir.

¹⁸ Hükmün yokluğu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gökhan Ölmez, ‘Ceza Muhakemesinde Hükmün Yokluğu Sorunu’ (2023) 81 İstanbul Hukuk Mecmuası 996- 1043, 996.

¹⁹ Volk (n 2) 115.

²⁰ Ibid. 115.

²¹ Ibid. 117.

²² Ibid. 115.

²³ Ibid. 115.

²⁴ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin) 56,

²⁵ Thomas Weigend, ‘Das „Opportunitätsprinzip“ Zwischen Einzelfallgerechtigkeit Und Systemeffizienz’ (1997) 109 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107, Volker Erb, *Legalität Und Opportunität: Gegensätzliche Prinzipien Der Anwendung Von Strafnormen Im Spiegel Rechtstheoretischer, Rechtsstaatlicher Und Rechtspolitischer Überlegungen* (Duncker & Humblot 1999) 23.

²⁶ Şahin ve Göktürk (n 24) 53. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Nisan 2022) 173.

²⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde de bu husus, *Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar* şeklinde hükme bağlanmıştır.

²⁸ Kunter (n 9) 204.

²⁹ Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* (30., neu bearbeitete Auflage, (CH Beck 2022) 108, Erb (n 25) 119, Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Beta, 2021) 562, bu konuda ayrıca bkz., Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti* (DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1991), 5 vd.

³⁰ Roxin ve Schünemann (n 29) 88. Ceza muhakemesi bağlamında değerlendirmeler için bkz. Joachim Bohnert, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts* (Duncker und Humblot 1992) 107.

³¹ Weigend (n 25) 104–105.

³² Ali Şahin Kılıç, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Adalet 2023) 58.

hukuk düzeni, bu sorunu çözmek bakımından farklı çıkış yolları bulmak zorunda kalmakta; sosyal gerçekliği ideal sisteme ulaşmak bakımından dikkate alarak adaleti gerçekleştirmeye çalışmaktadır³³. Basit bir örnekle açıklamak gerekirse: Kasten yaralama eylemi her durumda cezaya müstahak bir eylem olmasına rağmen, kanun koyucu bu eylemin cezai takibini bazı durumlarda mağdurun şikayetine bağlamıştır. İdeal bir sistemde, kasten yaralama eyleminin her durumda cezai takibata konu olması ve bu eylemin meydana getirdiği değersizliğin ortaya koyulması ve karşılığının verilmesi yoluyla toplumsal barışın sağlanması gereklidir. Ancak bu ideal yaklaşım çoğu durumda realite ile uyuşmamaktadır. Daha açık bir ifade ile söz gelimi basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir kasten yaralama eyleminin cezai takibe tutulması, toplumsal barışın sağlanması bakımından takip edilmemesine göre daha olumsuz bir duruma yol açabilecektir. Bunun gibi durumlarda kanun koyucu olan ile olması gereken arasında bir denge kurmak amacıyla yargılamanın yapılmasını birtakım şartların gerçekleşmesine bağlamaktadır. Bu durumda karşımıza kanun koyucunun soyut olarak cezaya müstahak ve cezaya muhtaç kabul ettiği eylemin somut olayın şartları dikkate alındığında takip edilmemesinin meydana getirdiği çelişki bir sorun olarak çıkmaktadır³⁴. Bu sorunun odak noktasında da muhakeme şartları bulunmaktadır. Bu bakımdan muhakeme şartları, kamu davasının mecburiliği prensibinin istisnalarından birini teşkil etmektedir. Kamu davasının mecburiliği prensibinin istisnalarından bir diğeri, muhakeme sistemi içerisinde kamu davasının takibinin yargılama sujelerinden bir veya birden fazlasının kararına bırakılmış olmasıdır. Bu durumda karşımıza *maslahata uygunluk prensibi* çıkar. Muhakeme şartları ile yakın ilgisi nedeniyle bu prensibe değinilmesi gereklidir.

3. Maslahata Uygunluk Prensibi (*Opportunitätsprinzip*) ve Muhakeme Şartları

Ceza muhakemesinde mecburilik prensibinin istisnalarından biri karşımıza *maslahata uygunluk* olarak çıkmaktadır. Bu prensip ceza muhakemesinde soruşturmanın açılmasının veya devam ettirilmesinin sonuçlarına odaklanmaktadır. Bu yönüyle maslahata uygunluk prensibi suç teorisinde cezanın önleyici işlevine odaklanan işlevsel yaklaşımlar ile uyum içerisindedir³⁵. Teorik olarak bir suç şüphesi ortaya çıktığında bunun takip edilip edilmemesi veya kovuşturma aşamasına geçilip geçilmemesi bakımından soruşturma makamlarının değerlendirme yapmasının kabul edilmesi mümkün olmakla birlikte hukuk devleti bunun gibi durumların mutlaka kanuni bir dayanağının olmasını gerekli kılmaktadır. Başka bir ifade ile maslahata uygunluk prensibinin uygulama alanı bulacağı durumlar ve şartları kanun koyucu tarafından düzenlenmelidir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir husus, cezanın önleyici işlevlerinin ceza muhakemesi hukukunun esas uğraş alanına girmediğidir. Ceza ile ulaşılacak istenen amaç, esasen maddi ceza hukuku düzenlemelerinin konusudur. Bu bakımdan hapis cezasının ertelenmesi, güvenlik tedbirleri gibi hususlar ceza muhakemesinin ilgi alanına girmez. Ne var ki ceza muhakemesi sistemi kendi içerisinde öngördüğü mekanizmalarla cezadan beklenen işleve hizmet edebilir. Örneğin etkin pişmanlık gibi müesseseler maddi ceza hukukuna ilişkindir ve bunlar ile suç politikası bağlamında bir amaca ulaşmak hedeflenir. Ancak bu durumun ceza muhakemesini ilgilendirmediği söylenemez. Nitekim cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep olarak etkin pişmanlığın uygulanacağı durumlarda Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak soruşturmayı sonlandırabilecektir. Burada önem arz eden husus, etkin pişmanlık nedeniyle kişiye ceza yaptırımının uygulanmaması suç teorisi bağlamında gerekçelendirilebilecek bir husus iken, soruşturmanın cumhuriyet savcısı tarafından takdir yetkisi kullanılarak sonlandırılmasının suç teorisi ile açıklanamayacak olmasıdır. Bunun gibi haller ceza muhakemesinin iş yükünün azaltılması gibi pratik gerekçeler ile açıklanabilecek niteliktedir³⁶.

Maslahata uygunluk prensibindeki önemli nokta, kişinin gerçekleştirdiği tipik eylemin takip edilmemesine ilişkin kararının kamuya açık bir şekilde alınması, bunun iddia makamı tarafından gizli bir şekilde yapılmamasıdır³⁷. Başka bir ifade ile maslahata uygunluk prensibi, maddi gerçekliğin bozulması (gerçekleştirildiği yönünde ciddi delilleri bulunan eylemin gerçekleşmediğinin kabulü veya silahla işlenen bir kasten yaralama suçunun silahla işlenmediğinin kabulü ile şikâyete bağlıymış gibi gösterilmesi gibi) veya kanuni bir dayanağı olmaksızın muhakeme makamlarının kararlarıyla uygulanabilir bir prensip değildir.

Makalenin sınırları kapsamında bu bilgilere yer verilmesinin nedeni muhakeme şartlarının maslahata uygunluk prensibine ilişkin düzenlemeler gibi ceza muhakemesinin yapılmasını engellemesidir. Ancak muhakeme şartları, maslahata uygunluk prensibinin bir görünüm şekline ibaret değildir. Maslahata uygunluk prensibi ceza muhakemesinin kendi dinamikleri çerçevesinde, genellikle iddia makamı tarafından verilecek bir karara dayanak teşkil eder. Bu bakımdan kamu davasının açılması veya açılmaması gibi takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar maslahata uygunluk ilkesinin bir yansımasını oluştururken, muhakeme şartlarının oluşmaması dolayısıyla verilecek bir kovuşturmaya yer olmadığı kararının tamamen bu prensibin bir gereği olduğu söylenemez. Teorik olarak bir yargılamanın çeşitli engellerden dolayı yapılamaması ile yapılmasının yargılama sujeleri tarafından tercih edilmemesi farklı hususlara işaret etmektedir³⁸. Bu bağlamda sonuç olarak maslahata uygunluk prensibine ilişkin düzenlemeler ile ceza muhakemesi şartları soruşturma veya kovuşturmayı mahkûmiyet veya beraat dışında bir karar ile sonlandırma ortak özelliğini haiz farklı kurumlar olarak açıklanabilir³⁹.

³³ Erb (n 25) 34.

³⁴ Weigend (n 25) 107.

³⁵ Maslahata uygunluk prensibinin birinci dünya savaşı sonrasındaki ekonomik ortamda ortaya çıkışı ile ilgili olarak bkz. Bohnert (n 30) 71.

³⁶ Erb (n 25) 160.

³⁷ Weigend (n 25) 108.

³⁸ Volk (n 2) 259.

³⁹ Stuckenberg (n 6) kn 1.

3. Muhakeme Şartlarının Tasnifi Sorunu ve Bir Model Denemesi

3.1. Öğretideki Ayrımlar

Ceza muhakemesinde muhakeme şartları, genellikle pratik sonuçlarına odaklanılarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Meyer-Goßner bunları, öncelikle değerlendirme yasağı (*Befassungsverbot*) ve cezalandırma yasağı olarak (*Bestrafungsverbot*) olarak ikiye ayırmaktadır⁴⁰. Krack ise, muhakeme şartlarını *şüpheliye ilişkin durumun ceza muhakemesi dışında çözüme bağlanması*⁴¹, *hüküm verilebilmesi için gerekli aşgari şartların bulunmaması*⁴², *ceza muhakemesi dışında menfaatlerin dikkate alınması*⁴³ şeklinde üçe ayırmaktadır⁴⁴. Türk öğretisinde ise muhakeme şartları genellikle sonuçlarına göre tasnif edilmektedir. Örneğin Kunter muhakeme şartlarını; gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan şartlar, gerçekleşmemesi yalnız son soruşturma safhasına engel olan şartlar, gerçekleşmemesi sona ermiş olsun veya olmasın muhakemenin tekrarlanmasına engel olan şartlar, gerçekleşmemesi tali ceza muhakemesine engel olan şartlar şeklinde dörde ayırmaktadır⁴⁵. Yurtcan, muhakeme şartlarını, olumlu olumsuz şartlar, yargılama işlemi ya da olgu biçiminde ortaya çıkan şartlar, kişisel ya da maddi koşullar, usuli ya da usuli-maddi koşullar, genel ya da özel koşullar, yargılamanın tümünü veya bir bölümünü ilgilendiren koşullar, sürekli ya da geçici etkiye sahip koşullar, mutlak olan ve olmayan koşullar şeklinde bir ayrıma tutmaktadır⁴⁶. Centel ve Zafer ise kişiye ve fiile ilişkin şartlar şeklinde tasnif etmektedir⁴⁷. Öztürk ise dava şartları ve yargılama şartları şeklinde bir ayırım yapmaktadır^{48,49}. Toroslu ve Feyzioğlu da müspet ve menfi muhakeme şartları şeklinde bir ayrıma yer vermektedir⁵⁰.

Aşağıda açıklanacağı üzere muhakeme şartlarının bir kısmı ceza muhakemesinin kendi gerekliliklerinden kaynaklanmakta bir kısmı ise ceza muhakemesi sisteminin dışındaki nedenlerle suç şüphesinin araştırılmasını engellemektedir⁵¹. Bu bakımdan teorik arka planlarını dikkate alarak muhakeme şartları *saf muhakeme şartları* ve *karmaşık muhakeme şartları* şeklinde ikiye ayrılarak incelenecektir.

3.2. Muhakeme Şartlarının Tasnifine İlişkin Bir Model Denemesi

1. Muhakeme Mantığının Gereği Olan Muhakeme Şartları (Saf Muhakeme Şartları)

Kurmaya çalıştığımız model çerçevesinde muhakeme şartlarının ilk grubunu saf muhakeme şartları olarak adlandırdığımız muhakeme mantığının kaçınılmaz bir gerekliliği niteliğindeki şartlar oluşturmaktadır. Bu şartlar, muhakeme mantığının bir gereğidir ve bunlar dayanağını ceza muhakemesi sisteminin kendisinde bulur. Diğer bir ifade ile bunlar diğer bazı muhakeme dışı nedenlerin bir sonucu değil, muhakemenin yapılabilmesinin kendiliğinden bir gerekliliğidir. Bu grupta yer alan muhakeme şartları bakımından önem taşıyan bir husus, muhakeme sistemi içerisinde bir değerlendirme ile meselenin esasına ilişkin belirleme yapan kararların muhakeme şartı olarak değerlendirilemeyecek olmasıdır. Söz gelimi yeterli delil toplanmadığı için kovuşturmayla yer olmadığı kararının verilmesinde, yeterli delilin toplanmış olması gibi hususlar muhakeme şartı değildir⁵². Bu grupta yer alan muhakeme şartlarının ilki realitede meydana gelen maddi bir vakıya veya duruma bağlı muhakeme şartlarıdır.

a. Realitede Meydana Gelen Maddi Bir Vakıya veya Duruma Bağlı Muhakeme Şartları

Bu tür muhakeme şartlarına şüphelinin/sanığın hayatta olması, akıl hastası olmaması, gibi hususlar örnek gösterilebilir. Nitekim bu tür bir muhakeme engelinin bulunması durumunda muhakemenin gerçekleştirilmesi mümkün olmaya-

⁴⁰ Meyer Goßner (n 2) 807 vd, Yazar, değerlendirme yasakları altında muhakeme şartlarını; şüpheli odaklı muhakeme şartları (*angeklagenorientierte Prozessvoraussetzungen*); mahkeme odaklı muhakeme şartları (*gerichtsorientierte Prozessvoraussetzungen*) ve vakıya odaklı muhakeme şartları (*sachorientierte Prozessvoraussetzungen*) şeklinde ayırmaktadır. Yazar ilk grupta sanığın hayatta olması, birinci grup yaş küçüklükleri arasında olmaması, yargılama bağımsızlığı ve dokunulmazlıklar gibi şartlara; ikinci grupta, görev bakımından yetki, yer ve madde bakımından yetki; üçüncü grupta ise derdestlik, non bis in idem, duruşmanın açılması kararının bulunması gibi şartlara yer vermektedir. Cezalandırma yasağı öngören muhakeme şartları arasında ise zaman aşımı, af gibi şartları saymaktadır. Roxin ve Schünemann da benzer şekilde, mahkemenin yetkili olması, somut olayın takip edilebilir olması, şüphelinin takip edilebilir olması şeklinde üçlü bir ayırım yapmaktadır. Roxin ve Schünemann (n 29) 164 vd.

⁴¹ Yazar, bu grup içerisindeki muhakeme şartlarına örnek olarak, uzlaştırma ve şikâyet gibi hususlara yer vermektedir. (Alman Ceza Muhakemesine özgü hususlarda mümkün olduğunca bizim sistemimizde yer alan benzerlerine yer verilmiştir.)

⁴² Sanığın hazır bulunması, yargılanabilir olması (*Verhandlungsfähigkeit*)

⁴³ Dokunulmazlığın bulunmaması gibi.

⁴⁴ Krack (n 1) 546-547.

⁴⁵ Kunter (n 9) 75.

⁴⁶ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (Seçkin, 16. Baskı, 2019) 286.

⁴⁷ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Beta, 2021) 734.

⁴⁸ Öztürk 44, aynı şekilde ayırım için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023) 114 vd., Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin 2023) 329 vd, Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2022) 72. Ünver ve Hakeri, soruşturma ve kovuşturma şartları olarak ayırım yapmakta ancak sonuçları bakımından aynı olmaları dolayısıyla birlikte ele almaktadır, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Ankara 2022) 130.

⁴⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 51) 114.

⁵⁰ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (21. Baskı, Savaş 2021) 54.

⁵¹ Krack (n 1) 544 vd.

⁵² Bu hususa ileride yeniden temas edilecektir. bkz. III/C

çaktır. Bunun gibi durumlar aslında maddi imkânsızlık sonucuna yol açmaktadır. Muhakeme, ceza muhakemesi dinamiklerinin dışında realitede gerçekleşen bir vakıya veya duruma bağlı olarak olanaksız hale gelmektedir. Bunların muhakeme şartı olup olmadıklarında bir tartışma olmadığı gibi açıklanmaları bakımından ceza muhakemesi hukuku dışında herhangi bir sisteme başvurulmasına da gerek bulunmamaktadır⁵³. Bunlar yargılama diyalektiğinin kurulması bakımından gerekli olan şartlardır. Ceza muhakemesinin amacı sanığın cezalandırılması olmadığından dolayı saf muhakeme şartlarının şüpheli veya sanığın cezalandırılıp cezalandırılmaması ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda eylemi gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olan ancak daha sonra sağlığına kavuşan kişinin yargılanmasında herhangi bir sorun olmayacak; bu kişi sağlıklı durumunu koruduğu sürece yargılanmaya devam edecek ancak yargılama süresince yapılan değerlendirmede eylemi gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olduğu tespit edilirse cezalandırılmayacaktır⁵⁴. Eylemi gerçekleştirdiği sırada sağlıklı olan ancak daha sonra akıl sağlığını yitiren kişi ise yargılanamayacaktır. Zira akli dengesi yargılamaya olanak vermeyecek derecede bozuk olan kişinin yargılanması hiçbir anlam ifade etmeyecek; böyle bir yargılamada yargılama diyalektiğinde savunma makamının rolünün gerçekleştiği ileri sürülemeyecektir⁵⁵.

b. Yargılama Diyalektiğinin Sağlanmasına Yönelik Muhakeme Şartları: Davasız Yargılama Olmaz Prensibi

Yukarıda ifade edildiği üzere muhakeme şartları aslında ceza muhakemesinde hükmün yokluğuna ilişkin tartışmalar ile gelişmiş bir kavramdır. Ceza muhakemesinde hükmün yokluğu tartışmalarının temelinde yer alan hususlardan birisi de iddianame olmaksızın -ya da kovuşturma aşamasına geçilmesini sağlayan bir karar- olmaksızın hüküm verilmiş olmasıdır. Bu durumda sanık hakkında verilen kararın yok hükmünde olduğu sıklıkla dile getirilmiştir ve bu yöndeki karar ve görüşlere hala rastlanılmaktadır⁵⁶. Örneğin iddianamede kendisine yer verilmeyen ancak her nasılsa yargılanmış bir kişi hakkında mahkûmiyet veya beraat kararının verilmesi mümkün değildir; çünkü bu durumda kişi hakkında yapılan yargılama muhakemenin gerçekleştirilmesini olanaksız kılacak ağırlıkta bir hataya maruz kalmıştır. Bu durumda yargılama makamının düşme kararı vermek dışında bir hukuki olanağı mevcut değildir. Bu durum da iddianamenin düzenlenmiş ve kabul edilmiş olmasını ceza muhakemesinde bir muhakeme şartı olarak karşımıza çıkarmaktadır. Zira yargılama diyalektiği ceza muhakemesinin bir iddia ile başlamasını zorunlu kılar. Ortada bu iddiayı temellendiren bir iddianame bulunmadıkça ve bu iddianame yargılama makamınca kabul edilmedikçe kovuşturma aşamasına geçilemez. Bunun gibi bir durumda yargılama makamının işin esasına dair bir karar verebilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu durum öğretilerde davasız yargılama olmaz ilkesi şeklinde ifade edilmektedir⁵⁷.

İddianamede kendisine yer verilmemiş bir kişi hakkında hüküm kurulması aslında başka bir soruna da yol açmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 225. maddesinde "hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir" hükmüne yer verilmiştir. Kanun'da yer verilen hüküm türleri arasında düşme de sayıldığına göre böyle bir durumda kişi hakkında düşme kararının da verilememesi gerekir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında bunun gibi durumlarda kişi hakkında açılmış bir dava bulunmadığına karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸. Bu durumun yargılama sırasında ortaya çıkması halinde ise gerek uygulamada gerekse de öğretilerde iddianamede yer almayan ancak duruşmada hakkında suç şüphesi ortaya çıkan eylem ile ilgili olarak Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması ve iddianame düzenlenmesi halinde şartları varsa birleştirme kararı verilerek eylemin yargılamaya dahil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹. Bu durumda, aslında sanık hakkında davasız yargılama olmaz ilkesi gereğince yargılanması gereken bir eylem söz konusu olmadığından, duruşmada suç şüphesi ortaya çıkan eylem ile ilgili yargılama, o yargılamayı sonlandıran herhangi bir karar verilmeden durdurulmakta ve Cumhuriyet savcılığına yapılan suç duyurusunun sonucu -duruma göre- beklenmektedir.

c. Ceza Muhakemesi Sisteminin Etkinliğinin Korunması Amacına Yönelen Muhakeme Şartları: Res Judicata- Non Bis In Idem

Ceza muhakemesi, süreç sonlandığında kesin bir hükme ulaşmakta ve bu hükmün hukuk düzeninde bir etkisinin olması (Res Judicata⁶⁰, Rechtskraft) beklenmektedir⁶¹. Bu bağlamda kesin hükme ulaşan ceza muhakemesi artık bu karara ilişkin kararını

⁵³ Nitekim bunlar olgu şartları olarak da tasnife tutulmaktadır.

⁵⁴ Bu hususun da bir muhakeme şartı olduğu ve mahkûmiyetin verilmesini etkilediği yönünde bkz. Centel ve Zafer (n 29) 738.

⁵⁵ Elvan Keçelioğlu, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma' (2015) 3 Ankara Barosu Dergisi 221-245, 226.

⁵⁶ Ölmez (n 18) 1031.

⁵⁷ Yenisey ve Nuhoglu 733, Centel ve Zafer (n 29) 561, Seydi Kaymaz, 'Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları' (2019) 21 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295-325, 295 vd., Tuğba Keleş Pekmez, 'Ceza Muhakemesinde Fiil, (On İki Levha 2019) 114.

⁵⁸ "...Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede fiilin, ... şeklinde anlatılması, iddianame içeriğinde görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturabilecek açık bir anlatıma yer verilmemesi ve görevsizlik kararında yapılan hukuki nitelendirme sonucu oluşabileceği belirtilen suçtan dava açıldığının kabulü için, davanın dayanağını oluşturan iddianamede bu suçun unsurunu oluşturan fiilin açıkça anlatılmasının gerekmesi karşısında; sanık hakkında görevi yaptırmamak için direnme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı kabul edilmelidir.", Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/4-10- 205, 28.03.201).

⁵⁹ "İddianamede anlatılan ve kapsamı belirlenen olayın dışında bir fail yargılanması söz konusu olduğunda ise, suç duyurusunda bulunulması ve iddianame ile dava açılması halinde gerekli görülürse her iki iddianame ile açılan davaların birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/902-97, Centel ve Zafer (n 29) 562, Roxin ve Schünemann (n 29) 461.

⁶⁰ Bu kavram ve Türkçe karşılığının bulunması sorununa ilişkin olarak bkz. Kemal Gözler, 'Res Judicata'nın Türkçesi Üzerine' (2007) 56(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-61, 45.

⁶¹ Non bis in idem hakkında ayrıca bkz. Yurtcan Erdener, 'Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm (Kazancı İstanbul 1987) 34 Faruk Erem, 'Ceza Usulünde Kesin Hüküm' (1963) 20 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 37-52, Selen Evirgen, 'Ceza Muhakemesinde Maddî Anlamda Kesin Hükümün Olumsuz Etkisi ve Unsurları' (2023) XIII Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 171-218, Ahmet Hulusi Akkaş, 'Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi (Adalet Yayınevi 2016) 75, Burak Kılıç, 'Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu', in: *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları* (2. Baskı, Seçkin 2024), 199-227, 199-205.

hukuk düzenine iletmekte ve hukuk düzeni de bu kararın icra edilmesini sağlamaktadır. Diğer bir ifade ile mahkemece verilen kesin hüküm, bağlayıcı ve infaz edilebilir bir nitelik taşımaktadır⁶². Uyuşmazlıkların mutlak bir çözüme ulaşacak şekilde sonlandırılması ceza muhakemesinin varlığını koruma şartlarından birisidir⁶³. Bu bağlamda hakkında kesin hüküm verilmiş bir somut olayın tekrar yargılamaya konu edilmesi ceza muhakemesinin güvenilirliğini zedelemekte ve ceza muhakemesi sonucunda kurulan hükümlerin sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu nedenle ceza muhakemesi kesin hükme bağlanmış olduğu bir uyuşmazlık tekrar önüne geldiğinde, yargılamanın yenilenmesi gibi sınırlı haller dışında bunu yapmaktan kaçınmakta ve bu durum aynı zamanda kişi bakımından önemli bir güvence (*yeniden yargılanmama güvencesi*) teşkil etmektedir⁶⁴. Hatta bu durum res judicata etkisinin hukuk güvenliğine adalete karşı kazandırdığı bir zafer olarak nitelendirilmektedir⁶⁵. Non bis in idem ilkesinin bir muhakeme şartı olarak karşımıza çıkmasının nedeni budur. Daha açık bir ifade ile hakkında kesin hükme varılmış bir vakianın yeniden yargılamaya konu edilmesi ceza muhakemesinin etkinliği iddiasının sistemin kendisi tarafından zayıflatılması anlamına gelir⁶⁶. Nitekim yargılamanın yenilenmesinde ceza muhakemesince verilmiş bir hükmün etkisiz kılınması gündeme geldiğinden, bu husus çok sıkı şartlara bağlanmıştır⁶⁷. Hatta yargılanmasının yenilenmesinin yukarıda belirtilen hukuk güvenliğinin zaferi karşısında adaletin bir rövanşı olduğu dile getirilmektedir⁶⁸.

Non bis in idem ilkesi, soruşturma aşaması bakımından da sınırlı uygulama alanına sahiptir. Kesinleşmiş bir hükmün sağladığı güvence kadar olmasa da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilerek sonlandırılmış bir soruşturma bakımından da bu kararın bir etkisinin olması beklenmelidir. Başka bir ifade ile ceza muhakemesi soruşturduğu ancak kovuşturmayaya gerek görmediği bir eylem bakımından yeniden soruşturma açmamalıdır. Soruşturma aşamasında yargılama diyalektiği kurulmadığından bu kararın bir kesin hüküm gibi *res judicata* etkisini haiz olmasının beklenemeyeceği açıktır. Bununla birlikte kanun koyucu kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davası açılabilmesi için sulh ceza hakiminin kararının alınması şartını öngörmüştür⁶⁹. Bu durum öğretilerde kovuşturma aşamasına geçilmesini engellemesi gerekçe gösterilerek bir muhakeme şartı olarak nitelendirilmektedir^{70, 71}. Bu durumda sulh ceza hakimi yeterli şüphe oluşturacak yeni delilin elde edilmiş olup olmadığını tamamen ceza muhakemesi hukukunun dinamikleri ile değerlendirecek ve kararını da tamamen ceza muhakemesi hukukunun gerekliliğine dikkate alarak verecektir. Bu düzenlemenin temel varlık sebebi de *res judicata* gibi öncelikle bir sistem olarak ceza muhakemesinin etkinliğini korumaktır⁷².

Bu tarz muhakeme şartlarında başka bir sistemin ceza muhakemesi sistemine müdahalesi söz konusu değildir. Örneğin, *non bis in idem* ilkesinin anayasal bir güvence olarak düzenlenmiş olması ceza muhakemesine anayasa hukukunun veya temel hak ve hürriyetlerin korunmasının bir dayatması olarak görülmemelidir. *Non bis in idem* ilkesinin bir ilke olarak kabul edilmesi ceza muhakemesinin kendi dinamiklerinin ve bu dinamikler içerisinde kişilere sağlanan güvenceler ile ilgilidir. Bu durumda maddi vakıalara bağlı durumdan farklı olarak ceza muhakemesinin işleyişini engelleyen husus, hukuk düzeninin tümü dikkate alınarak öngörülen bir engelden ibarettir. Suç işlendiği yönünde şüphe ile karşılaşılması dolayısıyla muhakeme sürecinin başlamasının aynı fiil hakkında kesin hüküm verilmemiş olması şartına bağlanması, ceza muhakemesinin kendi dinamiklerinden doğmuş ve zamanla hukuk düzeninin kişiye sağladığı bir güvence niteliği kazanmış bir ilkedeki kaynaklanmaktadır. Yine derdestlik de bu bağlamda değerlendirilebilir. Aynı eylemin birden fazla mahkemede aynı anda görülmesi ceza muhakemesi mantığına aykırı bir durum olacaktır.

⁶² Ölmez (n 18) 1009.

⁶³ Beling, Reichsrafpozebrecht, 268'den aktaran, Luis Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft* (Duncker & Humblot 2015) 344.

⁶⁴ Yargılamanın yenilenmesine ilişkin olarak bkz. Ahu Karakurt, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Muhakemenin Yenilenmesi, (Seçkin 2009) 17 vd.

⁶⁵ Greco (n 63), 344.

⁶⁶ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Ibid. 840.

⁶⁷ Ibid. 862.

⁶⁸ Ibid. 871.

⁶⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 178/2, Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

⁷⁰ Nurullah Kantarcı, 'Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları ve Özellikle Sulh Ceza Hâkimliğinden Karar Alınması Zorunluluğu' (2015) 10(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167-204,193, Dülger ve Taşkın (n 50) 338.

⁷¹ Yargıtay da yeni delil elde edilmiş olmasının muhakeme şartı olduğu kanaatindedir. "Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 28.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 71. maddesi ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173. maddesinde yer alan "(6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hâkimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır." ve yine hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren anılan Kanun'un 173/6 maddesinde yer alan "(Değişik: 2/1/2017-KHK-680/11 md.) itirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172 nci maddenin ikinci fıkrası uygulanır" ile 172/2. maddesinde yer alan "(Değişik: 2/1/2017-KHK-680/10 md.) kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz." şeklindeki düzenlemeler bulunması, ceza yargılamasında usul hükümleri bakımından "derhal uygulama ilkesinin" geçerli olması ve somut olayda CMK'nun 173/6. maddesi gereğince alınmış herhangi bir karar bulunmaması karşısında; öncelikle CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca durma kararı verilerek Edirne Sulh Ceza Hakimliği'nden yeni delil nedeniyle sanık hakkında kamu davası açılıp açılmayacağına yönelik karar alınıp bunun sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken anılan usul hükümlerine aykırı olarak açılan kamu davasında yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması, (bozmayı gerektirmiştir)" 11. Ceza Dairesi 2017/11228-6996, 3.10.2019.

⁷² Nitekim non bis in idem ilkesine uluslararası sınırlı bir geçerlilik tanınması da bu bağlamda değerlendirilebilir. Bu konuda ayrıca bkz., İzzet Özgenç, 'TCK'nun 5. maddesine İlişkin Yargıtay'ın İki Farklı Kararının İncelenmesi (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi)' (1985) 51 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-4, 627-640.

d. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Denenmiş Olması

Muhakeme şartlarının sınıflandırılması ile ilgili en sorunlu alanlardan birisi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının denenmiş olmasının bir muhakeme şartı olarak öngörülmesidir⁷³. Bu durum kovuşturma aşamasına geçilebilmesi bakımından bir şart olabileceği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun ilerleyen aşamalarda yargılama makamı tarafından denenmesi de gerekebilir. Örneğin uzlaştırma yolunun denenmiş olması bu kapsama giren suçlar bakımından bir muhakeme şartı niteliğindedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulmasının muhakeme şartı olmasının nedenine baktığımızda aslında ceza muhakemesinin çeşitli pratik gerekçelerle somut uyuşmazlığı bunlara dayanarak çözmeyi hedeflediği ve bu pratik gerekçelendirmeye dayanan sistemin ceza muhakemesinin esasa ilişkin bir karar vermesini engellemesi veya muhakemeyi olağan sistemin dışında hızlı bir şekilde sonlandırması hususu ile karşılaşmaktadır. Bu bakımdan örneğin uzlaştırmada kanun koyucu, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda ceza muhakemesi tarafların belirli suç tiplerinde kendi sisteminin kontrolü altında uzlaşmalarını muhakemenin devam etmesini engelleyen bir husus olarak düzenlemekte; bu şekilde bir geçerlilik tanıdığı kuruma başvurulmaksızın muhakemenin devam etmesini de bu hususu bir muhakeme şartı şeklinde düzenleyerek engellemektedir⁷⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, alternatif çözüm yolunun kendisinin bir muhakeme şartı olmadığıdır⁷⁵. Muhakeme şartı olan husus uyuşmazlığın yapısına uygun düşen bu yolların denenmiş olmasıdır. Zira, ceza muhakemesi sisteminin bütünlüğü içerisinde, ceza hukuku uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözülebileceği düzenlendiğinde, bu düzenleme dikkate alınmaksızın ceza muhakemesinin yürütülmesi sistemin kendi bütünlüğü bakımından bir çelişkiye neden olmaktadır. Aslında bu hususun bir muhakeme şartı olarak kabul edilmiş olması teorik olarak açıklanamamaktadır. Başka bir ifade ile bu yollar denenmeden düzenlenen bir iddianamenin buna ilişkin özel bir hüküm olmasa dahi iade edilebilmesi gerekir. Ceza muhakemesinde kanunun, kanun hükümlerini uygulamacılara hatırlatmak gibi bir fonksiyonu yoktur.

2. Muhakeme Mantiğının Dışındaki Gerekçelerle Öngörülen Muhakeme Şartları (Karmaşık Muhakeme Şartları)

Muhakeme şartlarının tasnifinde diğer grubu karmaşık muhakeme şartları olarak adlandırdığımız şartlar oluşturmaktadır. Bu grupta yer alan muhakeme şartları ceza muhakemesinin kendi gerekliliklerinden başka nedenler göz önünde bulundurularak öngörülmektedir. Bunlar, ceza muhakemesinin kendi dinamikleri ile açıklanamaz. Bu durumda ceza muhakemesi sistemi⁷⁶ ile muhakeme şartının öngörülmesini gerekli kılan sistem arasında bir uyuşmazlık meydana gelmekte ve bu uyuşmazlığın çözümü belirli bir kişi veya kuruma ya da suçun mağdurunun iradesine bağlanmaktadır. Bu şartlar da kendi içerisinde farklı gruplara ayrılmakta ve ilk grupta suç politikası doğrultusunda öngörülen muhakeme şartları yer almaktadır. Diğer grupta ise ceza muhakemesi ile diğer sistemler arasında denge kurma amacına yönelik muhakeme şartları bulunmaktadır.

a. Suç Politikası Kapsamında Öngörülen Muhakeme Şartları

Muhakeme şartlarının önemli bir bölümü suç politikası kapsamında öngörülmektedir. İzlediği suç politikası çerçevesinde kanun koyucu, cezaya müstahak haksızlık teşkil eden eylemleri, pratik gerekçelerle cezalandırmaktan imtina edebilir⁷⁷. Bu çerçevede kanun koyucu ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi ve bunun sonucunda şartlarının gerçekleşmesi halinde sanığın cezalandırılmamasını öngörebileceği gibi, bu eylemle ilgili olarak ceza muhakemesinin yapılmasının engellenmesini de tercih edebilir. İlk durumda şahsi cezasızlık sebepleri, cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler, objektif cezalandırılabilme şartları gibi durumlar gündeme gelirken; ikinci durumda muhakeme şartları ile karşılaşmaktadır. Suç politikası bağlamında öngörülen muhakeme şartlarının en önemlisini şikâyet oluşturmaktadır.

1) Şikâyetin Bulunması

Kanun koyucu tarafından bir suç tipi haline getirilerek cezaya müstahak bir eylem olduğu kabul edilen eylemlerin soruşturulması bazı durumlarda suçtan zarar görenin iradesine bağlanmış olabilir. Örneğin kasten yaralama eyleminin takibatı basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek haller bakımından şikâyete bağlanmıştır. Bu durumda, kanun koyucu eylemin takip edilmesi ile edilmemesi arasında pratik sonuçlarına göre bir değerlendirme yapmakta; bu değerlendirme sonucunda suçun takibini mağdurun iradesine bağlamaktadır. Şu hâlde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikteki kasten yaralama suçunda, gerçekleştirilen somut eylemin cezaya müstahak olup olmadığını veya diğer bir ifade ile eylemin soruşturmaya konu edilmesinin pratik sonuçları itibarıyla gerekli olup olmadığını değerlendirme yetkisi suçtan zarar görenin iradesine bırakılmıştır. Benzer şekilde hakaret suçunun basit şeklinde de mağdur, bu eylemin soruşturmaya değer olup olmadığını kendisi değerlendirecek ve bu değerlendirmesi sonucunda şikâyete bulunacak veya bulunmayacaktır. Burada hukuk düzeni mağdura, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi bir değerlendirmeye tabi

⁷³ Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ceza muhakemesi arasındaki ilişki için bkz. Ercan Yaşar, *Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller* (Seçkin 2022), 93.

⁷⁴ Uzlaşma ve kamu davasının mecburiliği ilkesi ilişkisi için bkz. Cumhur Şahin, 'Ceza Muhakemesinde Uzlaşma' (1998) 6 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221-296, 245.

⁷⁵ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hususlar, suç politikasıyla da yakından ilgilidir. Bu durumda kanun koyucu ideal düzene ulaşmak amacıyla cezaya müstahak olduğunu belirlediği suç tipleri ile ilgili olarak realiteyi göz önünde tutarak failin cezalandırılması yerine uyuşmazlığın farklı bir şekilde çözümlenmesi yoluyla toplumsal barışın sağlanabileceği düşüncesindedir. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Ali Şahin Kılıç, 'Bir Suç Politikası Aracı Olarak Uzlaştırma' in Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 (Adalet 2022) 508-521.

⁷⁶ Bu çalışmada ceza muhakemesi sistemi kavramı, Niklas Luhmann'ın kullandığı anlamda sistem teorisi çerçevesinde kullanılmış değildir. Ceza muhakemesi sistemi kavramı, ceza muhakemesinin bir bütün olarak kendi dinamikleri içerisinde gerçekleşen faaliyet alanı olarak kullanılmıştır.

⁷⁷ Haksızlık ile suç politikası arasındaki ilişki için bkz. Kılıç (n 32) 103.

tutmasını, ceza hukuku yoluyla korunmasını gerektirecek bir durumun var olduğu kanaatine varırsa, adli makamlara başvurmasını işaret etmektedir. Suçun takibinin şikâyete bağlı kılınmasının nedenine gelindiğinde de şu sonuca ulaşılmaktadır: *Somut olayda olması gereken bakımından cezalandırılması gereken tipe uygun eylemin haksızlık içeriği düşük olabilir, böyle bir durumda suçun mağduru eylemin somut olay bağlamındaki özelliğini dikkate alarak cezaya müstahak olup olmadığı bağlamında kendi ön değerlendirmesini yapmalı, ceza hukuku sistemi bu ön değerlendirmenin ardından şikâyetin gerçekleşmesi halinde harekete geçmelidir.* Suçun mağdurunun bu değerlendirmesi soruşturmanın başlaması veya bazı hallerde sonlandırılması dışında bir önemi haiz değildir. Somut olayda gerçekleştirildiği iddia edilen eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği veya tipe uygun olup olmadığı gibi hususlar muhakeme makamlarınca karara bağlanacaktır. Tipe uygun eylemlerin bir kısmının takibinin şikâyete bağlı olmasını açıklamaya yönelik görüşlerden birisi, eylemin cezaya müstahak olması ile cezayı zorunlu kılması hususlarını dikkate almaktadır⁷⁸. Buna göre cezaya müstahak olduğu tipikliğinden anlaşılan eylemin cezayı zorunlu kılıp kılmadığının değerlendirilmesi, suçun mağduru tarafından belirli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilecektir. Daha açık bir ifade ile kendisine yönelen cezaya müstahak eylem ile karşılaşan mağdur, bu eylem ile hukuk düzeninin cezayı zorunlu kılar şekilde etkilendiği kanaatinde ise şikâyette bulunacak aksi kanaatte ise örneğin tazminat davası yoluyla bozulan düzenin tekrar tesisini tercih edebilecektir.

Şikâyetin amacının mağdurun korunması olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre tipik eylemin cezalandırılmasına yönelik yargılama, mağdurun daha fazla zarar görmesine yol açabileceğinden mağdura, soruşturma yapılmasında bir sakınca görülmediğinin şikâyet mekanizması yoluyla sorulduğu ifade edilmektedir⁷⁹. Bu yaklaşıma göre şikâyete bağlı suçlarda mağdurun ikincil bir mağduriyete uğraması riski, eylemin resen soruşturulmasından beklenen menfaate ağır basmaktadır⁸⁰. Benzer şekilde şikâyet kurumu ile taraflara kendi aralarında anlaşma olanağı verildiği de ifade edilmektedir⁸¹. Bu şekilde bir dengenin olmadığı suç tipleri resen takip edilir⁸². Yürütmenin bir kararının beklenmesini öngören ve suç tipi içerisinde yer verilen izin gibi muhakeme şartları da bu noktada değerlendirilmelidir. Bunlar da suç politikası ile ilgilidir.

2) Soruşturma veya Kovuşturma İznine Suç Tipi İçerisinde Yer Verilen Düzenlemeler

İzin, ceza soruşturmasının yapıp yapılmaması yönündeki değerlendirmenin belirli bir makama bırakılması anlamına gelir. İzine ilişkin değerlendirme ceza muhakemesi sistemi dışındaki gerekçelerle soruşturma veya kovuşturma açılmasında kamu menfaatinin göz önüne alındığı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁸³. İzin de kamu davasının mecburiliği prensibini yumuşatan bir kurumdur⁸⁴. Burada inceleme konusu yapılacak olan izin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan izindir. Kamu görevlilerin yargılanmasına ilişkin izin aşağıda memur dokunulmazlığı başlığı altında ele alınacaktır. Yine buradaki izin bazı suçlar bakımından tipiklik veya hukuka aykırılık unsuru niteliği gösterdiği tartışmalı olan iznin alınmamış olması ile de karıştırılmamalıdır⁸⁵. Bunların muhakeme şartları ile bir ilişkisi yoktur.

Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında dört suç tipi⁸⁶ ile ilgili olarak adalet bakanının soruşturma veya kovuşturma yapılmasının Adalet Bakanı'nın iznine bağlandığı görülmektedir. Makalemizde, bu suç tiplerinin tek tek değerlendirilmesi yerine Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi çerçevesinde izin mekanizmasının suç politikası ile ilişkisinin mantığı ortaya konulacaktır. Anılan madde hükmünde "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişinin*" cezalandırılacağı öngörülmüştür. Maddenin ilk şeklinde herhangi bir muhakeme şartı öngörülmemişken 30/4/2008 tarihli ve 5759 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikle bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır. Değişikliğe ilişkin adalet komisyonu raporunda izin şartı ile ilgili olarak "*Yasada öngörülen "izin koşulu", kamu yararı yönünden takdiri esas alan bir yürütme-siyasa yetkisidir. Yargı ve yargılama yetkisiyle doğrudan bağlı olmayan bir yetkidir. "İznin" "soruşturma koşulu" olarak öngörülmesi, ifade özgürlüğünü koruma amacına dayalıdır. Öte yandan soruşturma ile kovuşturma arasındaki süreçte iznin yöneldiği kamu yararına aykırı sonuçların doğması da muhtemeldir.*" şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir⁸⁷. Nitekim madde gerekçesinde de "*Maddenin dördüncü fıkrasında; bu maddedeki suçtan dolayı kovuşturma yapılması, partiler üstü ve yansız bir kişi olan Cumhurbaşkanı'nın (adalet bakanının) iznine bağlı kılınmıştır. Cumhurbaşkanı'nın (adalet bakanının) izni, bu suç bakımından bir kovuşturma koşulu olarak kabul edilmiştir. "İzin verme" veya "izin vermeme" yetkisini kullanırken Cumhurbaşkanı'nın (adalet bakanının), yargının alanına girmemeye veya yargıya müdahale anlamına gelecek değerlendirmeler yapmamaya özen göstereceği; sadece somut olayda dava açılması (açık duruşma yapılması ve olası bir hükümlülük kararı), kamunun yararına mı yoksa zararına mıdır? değerlendirmesini*

⁷⁸ Claus Roxin ve Lufis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Bast, C.H.Beck 2020) 1177.

⁷⁹ Kunter (n 9) 85.

⁸⁰ Ibid. 85-86.

⁸¹ Centel ve Zafer (n 29) s. 733.

⁸² Bazı durumlarda suç şikâyete bağlı olmasına rağmen cumhuriyet savcılığına doğrudan soruşturma yapma yetkisi de verilmiş olabilir. Alman Ceza Kanunu'nun mala zarar verme suçları özelinde § 303c hükmü ve başka suç tiplerine ilişkin çeşitli hükümlerinde yer verilen, aslında şikâyete bağlı olmasına rağmen soruşturmanın resen başlatılmasında kamusal bir menfaatin olması durumunda şikâyetin aranmayacağına ilişkin kural muhakeme şartları ile suç politikası arasındaki ilişkiyi ortaya koyması bakımından iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu düzenlemeler ile takibi şikâyete bağlı olan tipik eylemin kamusal menfaatler uyarınca gerekli olması halinde resen takip edileceği düzenlenmiştir.

⁸³ Kunter (n 9) 96.

⁸⁴ Ibid. 96-97.

⁸⁵ Bu konuda bkz. Kılıç (n 32) 178.

⁸⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 299., 301., 305. ve 306. maddeleri.

⁸⁷ <https://www.w5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c019/tbmm23019096ss0215.pdf>.

yapacağı ve sonuçta hangi cevap ağır basarsa ona göre karar vereceği açıktır.” ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçe ve Adalet Komisyonu raporuna bakıldığında bu suç bakımından öngörülen izin şartının maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi ile ilgisinin olmadığı -aksi bir durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacağı açıktır- anlaşılmaktadır. Bu suç bakımından öngörülen iznin verilmesi bağlamında adalet bakanı tek bir değerlendirme yapacaktır; o da suç oluşturduğu eylemin soruşturulmasının mı yoksa soruşturulmamasının mı kamu yararı bakımından daha iyi olacağından ibarettir.

Bu değerlendirmede kullanılan ifadenin ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı veya tipikliğin diğer unsurlarıyla ilişkisi değerlendirme konusu yapılamayacağı gibi delillerin soruşturma bakımından yeterli olup olmadığı gibi hususlar da değerlendirilemez. Burada öngörülen muhakeme şartı, izlenen suç politikasının bir gereği olarak, cezaya müstahak olduğu kanun koyucu tarafından belirlenen eylemin olası sosyal ve siyasi sonuçları gibi hususlar dikkate alınarak kamu yararı ile siyasal gerçeklik arasında bir dengenin kurulmasını hedeflemektedir. Adalet Bakanının izninin gerekli olduğu suç tipleri bakımından sadece 301. madde bakımından iznin soruşturma şartı olarak öngörülmesi ve fakat diğerleri bakımından kovuşturma şartı olarak öngörülmesinin gerekçesi de ancak bu şekilde açıklanabilir. Zira kanun koyucu 301. madde bakımından soruşturma yapılmasının yol açacağı siyasi risklere bağlı kamu yararının değerlendirilmesini Adalet Bakanına bırakmışken, diğer suç tiplerinde kovuşturma aşamasına kadar ceza muhakemesi dinamikleri içerisinde gelinmesinde bir beis görmemiştir. Aslında eğer böyle bir izin mekanizmasının öngörülmesi kanun koyucu tarafından kaçınılmaz addediliyorsa bunun kovuşturma aşamasında münhasır olması gerekir. Nitekim, soruşturma yolu ile deliller toplanmadan bu şekilde bir iznin alınması iddianame düzenlenecek delil elde edilememesi gibi durumlarda anlamsız bir uğraş olarak kalacaktır. Ayrıca Cumhuriyet savcısının yapması gereken eylemin soruşturmayı gerektirip gerektirmediğine ilişkin değerlendirmenin belirli bir suç tipi özelinde başka bir makamın iznine bağlanmasının ceza muhakemesi ile bağdaştırılması kolay değildir. Bunun gibi düzenlemelerde aslında bir değerlendirmenin yapılması gereği söz konusuysa bu konudaki yetkinin Cumhuriyet savcılığına bırakılması ve hatta bazı durumlarda Cumhuriyet savcılığı ile yargılama makamı arasında bir görüş birliğinin sağlanması daha makul bir çözüm olacaktır.

b. Ceza Muhakemesi ile Diğer Sistemler Arasında Denge Kurma Amacına Yönelen Muhakeme Şartları

Muhakeme şartlarının bir kısmı da ceza muhakemesi ile diğer sistemler arasında bir denge arayışından kaynaklanmaktadır. Bu şekildeki muhakeme şartlarının varlık nedeni başka bir sistemin kendi dinamiklerinden doğar ve muhakemenin yapılması ile yapılmaması arasında pratik bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu pratik değerlendirme de muhakeme şartının öngörülme amacı dikkate alınarak, kovuşturmanın yapılmasının sağlayacağı potansiyel fayda ile kovuşturma yapılmasının meydana getireceği potansiyel zararın kıyaslanması yoluyla yapılır. Keza muhakeme şartlarında, tipikliğin oluşup oluşmadığı, delillerinin hukuka uygun olup olmadığı, sanığın kusurunun bulunup bulunmadığı gibi hususlar değerlendirme konusu yapılamaz. Bunlar her ihtimalde yargılama makamlarınca araştırılacak hususlardır. Burada şunun belirtilmesi gerekir, bu şekilde bir denge arayışı siyasi gelişmelerden bağımsız olarak düşünülemez⁸⁸. Bu tarz düzenlemelerin varlığına ve kapsamına ilişkin tartışmalar genel olarak hukuk ve siyaset ilişkisi bağlamında ele alınmalıdır. Bir eylem ile ilgili olarak soruşturma yapılmasının veya soruşturma sonrasında kovuşturma aşamasına geçilmesinin yargı erki dışındaki bir makamın iznine bağlanmasının nedeni, ceza muhakemesinin kendi dinamikleri ile açıklanamaz.

1) Yasama Dokunulmazlığı

Anayasada milletvekilleri bakımından yasama dokunulmazlığı öngörülmüştür⁸⁹. Bu dokunulmazlığın amacı milletvekillerinin fiziken meclis oturumlarına katılmalarının, ceza muhakemesi yoluyla engellenmesinin önlenmesidir⁹⁰. Bu durumda, dokunulmazlığın kaldırılması için Meclis tarafından bir karar alınması gerekecektir. Meclisin de bu kararında teorik olarak yasama faaliyetlerinin aksayıp aksamayacağına bakması gerekecektir. Nitekim dokunulmazlığın kaldırılması kararının oylanması ile meclisin bu yöndeki iradesi ortaya konulmaktadır. Bu düzenleme ile anayasa koyucu, meclis üyelerinin meclis çalışmalarına katılmalarının yürütme gücüyle engellenmesi ile ceza muhakemesinden beklenen genel menfaat arasında bir denge kurmaktadır⁹¹. Bu nedenle yasama dokunulmazlığı mutlak değildir, Anayasa'nın 14. maddesi uyarınca bazı hallerde meclis üyesi bu dokunulmazlıktan faydalanamayacaktır. Bu durumda anayasa koyucu bu dengenin ceza muhakemesi lehine bozulduğunu kabul etmiştir.

2) Kamu Görevlisi Dokunulmazlığı

Konunun ele alınabileceği bir başka örnek kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkindir⁹². Hukuk sistemimizde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, kamu görevlilerinin yargılanması bakımından bir izin sistemi öngörmüştür⁹³. Buna göre belirli istisnalar dışında kamu görevlilerinin yargılanması yetkili makam veya amirin iznine

⁸⁸ Uğur Mumcu, “Türk Hukukunda Memurların Yargılanması” (1971) 28 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 138.

⁸⁹ Yasama sorumsuzluğu bakımından ise farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Yasama sorumsuzluğunun muhakeme şartı olmadığı yönünde bkz. Kunter (n 9) 71.

⁹⁰ Kemal Gözler, ‘Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi’ (2001) 56(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 71-101, 74.

⁹¹ Krack (n 2) 543

⁹² Makalemizde konunun sınırlılığı nedeniyle, kamu görevlilerine dokunulmazlık sağlanmasının isabetli olup olmadığı hususundaki tartışmalara girilmemiştir. Bu şekilde bir dokunulmazlığın eleştirisine ilişkin olarak bkz. Selahattin Keyman, ‘Memurin Muhakematı Kanunu’ (1962) 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-200, 176.

⁹³ Farklı kanunlarda da belirli kamu görevlileri için özel muhakeme usulleri öngörülmüştür. 4483 sayılı kanun kapsamına giren ve girmeyen haller bakımından bir değerlendirme için bkz. Burcu Dönmez, ‘Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu’ in Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan (2017) 19 Özel Sayı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2727-2748.

bağlıdır⁹⁴. Bu düzenleme ile ilgili gerekçelere bakıldığında, bu gerekçelerin ceza muhakemesi sistemi ile açıklanamayacağı, düzenlemenin amacının idari sistemin işleyişi ile ilgili olduğu görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi benzer düzenlemeleri içeren Memurun Muhakematı Hakkındaki Kanun bakımından verdiği kararında⁹⁵ “*Kanunun sağladığı bir çeşit teminattır. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş, düzenlenmiştir. Memur gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve iftiralara uğrayabilir. Kendisine memuriyetiyle ilgili suç isnat edilen her memurun, hemen adliyeye sevk edilmesi memurları tedirgin ederek hizmeti aksatır hem de hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabilir. Bu çeşit iddiaların önce kamu hizmetinin gereklerini ve memur psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem kalırsa, o zaman işin mahkemenin eline bırakılması kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir ve kanunun sağladığı da budur*” şeklinde değerlendirmelerde bulunarak kamu görevlilerinin soruşturmalarının izne bağlanmasının gerekçesini genel bir ifade ile kamu hizmetinin yürüyüşünün aksatılmasının engellenmesi olarak açıklamıştır⁹⁶. Benzer şekilde izin prosedürünün bir ön inceleme niteliğinde olduğu; kişi hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı biçiminde bir karara varmak üzere yürütülen idari incelemede isnat edilen *suç konusu eylemin gerçekliğinin*; genel hatları ile kapsam ve niteliğinin, çerçevesinin, delillerinin neler olduğu gibi hususların araştırılacağı tespitlerinde bulunmuştur⁹⁷. Mahkeme yeni tarihli bir kararında ise görevleri dolayısıyla özel soruşturma biçimleri öngörülmesinin suç politikası kapsamında kaldığı değerlendirilmesinde bulunmuştur⁹⁸.

Cumhuriyet savcısının kendisine yönelen iddiaları ciddiye alarak soruşturma başlatmak zorunda olmadığı gibi hususlar öne sürülebilirse de kanun koyucu sistemin işleyişi dahilinde bir ön değerlendirmenin kişinin kurumu tarafından yapılmasını, buna göre soruşturmanın başlayıp başlamamasına ilişkin bir karar verilmesini öngörmüştür. Burada ise, idare tarafından bu kararın neye göre verileceği ciddi bir soruna olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira gerek maddi ceza hukukuna gerek ceza muhakemesine özgü hususlarda idari makam herhangi bir karar veremez. O halde, idari makamın dokunulmazlığın kaldırılmasına (izin verilmesine) ilişkin yetkisi, iddiaların kurumun işleyişine etki edip etmeyeceği değerlendirmesi ile sınırlı olacaktır. Ancak bu halde de yargılama izni verilmemesinin çok ciddi bir şekilde gerekçelendirilmesi gerekecek, bu gerekçelendirmede kullanılacak verinin azlığı da idari makam bakımından zorluklara neden olacaktır. Hukuk devletinde tipe uygun bir eylem oluşturduğuna ilişkin şüphe bulunan bir eylemin soruşturulmasının tamamıyla idari bir makamın takdirine bağlanması kabul edilemeyeceğine göre, bu şekilde dokunulmazlık öngören düzenlemelerin ve bunlara bağlı uygulamanın çok ciddi bir dikkat ile gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır. Bu konu ile ilgili hukuk uygulamasına bakıldığında ise kanun kapsamında öngörülen soruşturma izni verilmesi veya verilememesine itiraza ilişkin kararlarda maddi ceza hukukuna ve ceza muhakemesi hukukuna özgü konulara ilişkin değerlendirmelerin, idari yargı mercileri tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir⁹⁹.

Muhakeme şartlarına kanunda yer verilmesinde ve bunların uygulamasında temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin gerekliliklere dikkat edilmelidir. Özellikle bazı temel hak ve hürriyetler bakımından öngörülen pozitif yükümlülükler ile hak arama

⁹⁴ Bu konu ile ilgili olarak bkz. Şenel Sarsıkoğlu, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma İzni ve Özel Soruşturma Usulleri* (Adalet Yayınevi 2023).

⁹⁵ Mahkemenin bu konuda verdiği başka kararlar da mevcuttur. Bu kararlarla ilgili değerlendirmeler için bkz. Bahri Öztürk, ‘Memurların Özel Bir Muhakemesi Usulüne Tabi Tutulmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları’ (1978) 1(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 56-62.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi 1967/14-36, 14.11.1967, Bu karar 1961 anayasası zamanında verilmiştir. Daha sonra 1982 anayasasında “Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari mercii iznine bağlıdır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek memur dokunulmazlığı anayasaya kavuşturulmuştur. Bu karar öğretide eleştirilmiş ve ilgili dayanun anayasaya aykırı olduğu sıklıkla dile getirilmiştir. Mumcu (n 88), 178, 182.

⁹⁷ Soruşturma izni prosedürünün amacı, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı gereksiz ithamlarla karşılaşmaması, bu şekilde her türlü endişeden uzak tutulmaları suretiyle kamu hizmetlerinin aksamaması için iddia olunan suçlar bakımından ceza soruşturmasına geçilmeden önce bir ön inceleme yapılmasıdır. Ön inceleme, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan bir suç konusunun soruşturulması kapsamında yetkili idari merciler tarafından gerçekleştirilen ve sonucunda idari veya adli yönden işlem yapılması için soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı biçiminde bir karara varmak üzere yürütülen idari bir incelemedir. Bu incelemede isnat edilen suç konusu eylemin gerçekliği genel hatları ile kapsam ve niteliği, çerçevesi, delillerinin neler olduğu gibi hususlar araştırılır (Anayasa Mahkemesi, *Dilek Genç ve diğeri*, B. No: 2014/3944, 1/2/2018, § 77).

⁹⁸ “...5271 sayılı Kanun, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlardaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyecek, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir. Hukuk devletinde, kanun koyucunun, ceza siyaseti gereği kimlerin özel soruşturma usulüne tabi olacağını belirleme hususunda takdir yetkisi vardır.”, Anayasa Mahkemesi, 2012/100-2013/84, 4.7.2013.

⁹⁹ “Olayda Baraj Gölü koruma havzasında kalan İlçesi, 2000 Mahallesi bulunan on yedi yapı hakkında ruhsat ve eklerine aykırı olduklarından bahisle yapı tatil tutanağı düzenlendiği, 3194 sayılı İmar Kanununun 32’nci maddesi uyarınca Belediye Encümenince 2002, 2004 ve 2005 yıllarında her bir yapı için ayrı ayrı yıkım kararı verildiği, bu yapıların yedinci ilave ve tadilat yapı ruhsatları düzenlendiği, birisi için ise verilen yıkım kararının uygulanması sürecinde imara aykırılığın giderildiği, diğer yapılar için verilen yıkım kararlarının ise henüz uygulanmadığı, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasına gerektirecek nitelikte bulunduğu, itirazın kabulüyle İçişleri Bakanının soruşturma izni verilmemesine dair kararının kaldırılmasına...” Danıştay 1. Daire, 2007/1217-1221, T: 24.10.2007. “...Diğer taraftan, K2’ye isnat edilen eylemle ilgili olarak, söz konusu ruhsata ilişkin olarak yapılan araştırma, görüş verme ve onaylama işlemlerinde adı geçen dahlinin ve imzasının bulunmadığı, sadece üst yönetici olması nedeniyle söz konusu işyeri açma ve çalışma ruhsatının düzenlenmesinden hareketle adı geçen ceza sorumluluğundan söz edilemeyeceği, bu nedenle adı geçene isnat edilen eylemin, hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, itirazın kabulüyle İçişleri Bakanının 9.6.2020 tarih ve Mül.Tef.Ku.Bşk.2020/129 sayılı kararının; belirlenen eylemden K2 için soruşturma izni verilmesine ilişkin kısmının kaldırılmasına...” Danıştay 1. Daire, 2020/2002-1851, 28.12.2020. “...3-4.7.2012 tarihinde meydana gelen yağışın beklenmeyen ve öngörülemeyen miktarda afet boyutunda olduğu ve asıl sorunun DSİ tarafından yapılan sel kapama arkasında selin getirdiği rüsubatın birikerek kapamanın vazife yapamaz duruma gelmesinden kaynaklandığı, bir süre sonra da sel kapamanın yıkılarak biriken debisi yüksek suyun, önüne aldığı her şeyi sürükleyerek taşına neden olduğu, dolayısıyla Büyükşehir Belediyesi görevlilerinin Yılanlıdere’de sel afeti nedeniyle ölümlerin meydana gelmesinde sorumluluklarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. Anayasa Mahkemesi, *Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocapıçak*, B. 2016/9528, 9.6.2020. Anılan Karar’da haklarında işlem den kaldırma kararı verilen kamu görevlilerine ilişkin soruşturma yönünden yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın süre aşımı nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Kararda Hasan Tahsin Gökcan tarafından yazılan karşı oy bu konuda ayrıntılı açıklamalar içermektedir.

hürriyetine aykırılık teşkil edebilecek düzenleme ve uygulamalardan kaçınılmalıdır. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında bu hususa dikkat çekmekte ve muhakeme şartları ile bağlantılı ihlal kararları vermektedir¹⁰⁰.

3) Yargı Yetkisinin Kullanılmasının İsteme Bağlanması (Talep)

Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri içerisinde yer alan birtakım düzenlemelerinde yargı yetkisinin kullanılması Adalet Bakanı'nın istemine bağlanmıştır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesi hükmüne göre, maddede sayılan suçlar bakımından Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisi bulunmaktadır ancak bu yetkinin kullanılabilmesi adalet bakanının istemine bağlıdır. İnceleme konumuzun sınırlarını dikkate alarak bu madde hükmü üzerinden teorik birtakım sonuçlara ulaşmaya çalışacağız.

Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesi kanun koyucunun belirli bir ağırlığı haiz suçlar bakımından Türk yargı mercilerini madde bakımından yetkili kılan bir düzenlemedir. Bu niteliği ile bu düzenleme bir evrensel yargı yetkisi düzenlemesi olarak adlandırılmaktadır¹⁰¹. Maddenin gerekçesinde uluslararası sözleşmeler nedeniyle üstlenilen yargıya veya iade et (*aut dedere/aut punire*) kuralı kapsamında bu şekilde bir düzenlemenin gerekli olduğu; uluslararası düzenlemelerin çeşitli nedenlerle failin iade edilmemesi durumunda yargılanması yükümlülüğü öngördüğü belirtilmiştir. Bu düzenleme kanunun kabulünden itibaren çok ciddi eleştirilere konu olmuş; nihayet 5377 sayılı kanunla madde hükmüne Adalet Bakanı'nın talebi bir muhakeme şartı olarak eklenmiştir. Değişikliğin gerekçesine bakıldığında aslında tam da kurmaya çalıştığımız teorik çerçeve bağlamında ifadeler yer verildiği görülmektedir. Gerekçede "*Türk Ceza Kanunu'nun 13'üncü maddesinde sayılan ve istisna kapsamında alınan suçlardan dolayı Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için bu hususta, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması gerekir. Ayrıca, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, Türkiye'nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkileri olumsuz yönde etkileyecek bir sonuç doğurmaması, Türk milletinin ve bir parçasını oluşturduğu dünya milletler topluluğunun varlığı ve geleceği açısından yararlı olması gerekir. Türk kamu düzeninin korunmasının ötesinde, uluslararası hukukun yanı sıra, diplomatik ve siyasi bir değerlendirmeyi gerektiren bir yönünün olması dolayısıyla, istisna kapsamında belirtilen suçlardan dolayı Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Adalet Bakanının talebine bağlı kalınmasının, eşitsizlik ortaya çıkacak bir yönü bulunmamaktadır*¹⁰². Kaldı ki Adalet Bakanının bu hususta kullanacağı takdir yetkisi, objektif ölçütlere dayalı olarak kullanılması gereken bir yetkidir. Yurt dışında işlenen suçun, Türk kamu düzenini bozucu bir etkisinin olup olmadığı ve bu suçtan dolayı Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılması hususunda uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğümüzün bulunup bulunmadığı hususları Cumhuriyet savcıları tarafından hukuki bir değerlendirmeyle tespit edilebilecekken; yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın Türkiye'nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkilerini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği hususu, diplomatik ve siyasi bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçenin tahlilinden ulaşılan sonuç, bu düzenlemenin suç şüphesini haiz bir eylemin soruşturulmasının ceza muhakemesinin kendi dinamikleri dışında bir şarta bağlandığı ve bu şartın da diplomatik ve siyasi bir değerlendirme çerçevesinde yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın Türkiye'nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkilerini olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceğinin tespitine bağlı olduğudur. Bu durum da muhakeme şartlarının bir kısmının devletin yargılama fonksiyonu ile diğer fonksiyonları arasında denge sağlamaya yönelik olduğunu göstermektedir.

İnceleme konusu olan 13. madde hükmü ile kurulması hedeflenen denge arasında aslında bir başka problem daha bulunmaktadır. Madde metninde Adalet Bakanı'nın isteminin yargılama yapılabilmesi bakımından gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda öğretilerde bu talebin kovuşturma aşamasına ilişkin olduğu Cumhuriyet savcılığınca resen soruşturma yapılarak, kovuşturma aşamasına geçmeden önce Adalet Bakanı'nın isteminin aranması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰³. Ancak kişi hakkında bu madde hükmünde yer alan suçlar bakımından soruşturma açılması da gerekçede belirtilen barış esasına dayalı diplomatik ilişkileri olumsuz yönde etkileme riskini haizdir. Keza gerekçede de soruşturma ve kovuşturmadan birlikte söz edilmektedir.

4. MUHAKEME ŞARTLARININ TEORİK ARKA PLANI ÇERÇEVESİNDE ORTAK ÖZELLİKLERİ

4.1. Ceza Muhakemesinin Başlamasını veya İlerlemesini Engellemesi

Muhakeme şartlarının anlaşılması en kolay özelliği kavramın kendisinden de anlaşıldığı üzere muhakemenin başlamasını, devam etmesini veya hüküm verilmesini engellemesidir. Bu özelliğin önemli noktası, muhakeme şartları ile ilgili karar verilirken ceza muhakemesi dinamikleri ile hareket edilmesinin mümkün olmadığını göstermesidir. Daha açık bir ifade ile hangi muhakeme şartı olursa olsun şarta ilişkin karar, delillerin yetersiz olması, suçun fail tarafından işlenmediğinin anlaşılması gibi nedenlere dayanılarak verilemez. Bunun gibi hususlar ancak ceza muhakemesi kapsamında tespit edilebilecek hususlardır. Benzer şekilde, tipikliğin unsurlarının oluşmadığı, kusurun yokluğu gibi tespitlerde muhakeme şartları kapsamında bir karar verilmesine dayanak

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, *Rahil Dink ve Diğerleri*, B. No: 2012/848, 17.7.2014, *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, B. No: 2012/752.

¹⁰¹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (19. Bası, Seçkin), s. 1122 vd., Faruk Turhan, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) 197., Erdem İzzet Külçür, *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 125.

¹⁰² Gerekçede eşitlik ilkesi üzerine vurgu yapılmasının düzenlemenin kanunlaşması sürecince Cumhurbaşkanı tarafından eşitlik ilkesine vurgu yapılarak iade edilmesidir.

¹⁰³ Özgenç (n 101) 1138.

olamaz. Bu bakımdan örneğin zamanlaşımının bir muhakeme şartı olup olmadığı gibi hususlar tartışma konusu olmaktadır¹⁰⁴. Zira eylemin zamanlaşımına uğrayıp uğramadığının tespiti eylemin hukuki nitelendirilmesi ile ilişkilidir¹⁰⁵.

Burada şu soru sorulabilir: muhakeme şartları eylemin hukuki niteliğinin belirlenmesi dahil olmak üzere ceza muhakemesi dinamikleriyle bir değerlendirmeye konu olamıyorsa, eylemin takibinin şikâyete bağlı olup olmadığına tespiti nasıl açıklanabilecektir? Nitekim eylemin takibinin şikâyete bağlı olup olmaması, eylemin hukuki nitelendirilmesine bağlıdır. Esasen bu durum kanun koyucu tarafından da öngörüldüğü için yargılama sırasında suçun niteliğinin değişmesi halinde şikâyete ilişkin özel bir durum öngörülmüştür¹⁰⁶. Muhakeme şartları ile kararın verilmesinin ceza muhakemesi dinamikleri dışında gerçekleşmesi demek bu süreçte ceza muhakemesinin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Bir suç işlendiği şüphesinin öğrenilmesi ile soruşturmaya başlayan Cumhuriyet savcısı suçun takibinin şikâyete bağlı olduğu kanaatine vardığı anda soruşturmanın devamı için şikâyetin gerçekleşmiş olması şartını arayacaktır. Şikâyet suçtan zarar gören bakımından bir hak olarak düzenlediği için suçtan zarar gören şikâyet bakımından tercihini ceza muhakemesine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere -delil yetersizliği gibi- dilediği şekilde gerekçelendirerek kullanabilir. Ancak şikâyetin bir ceza muhakemesi şartı olarak düzenlenmesindeki mantık bu değildir. Suçtan zarar görenin vereceği kararın gerekçesi maddi ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukuku dışında herhangi bir nedene dayanabilir ve bu nedene dayalı olarak verdiği karar ceza muhakemesinin yapılmasını engeller. Ancak kamusal bir yetkinin kullanılması niteliğinde olan muhakeme şartlarında maddi ceza hukukuna veya ceza muhakemesine ilişkin hususlar değerlendirmenin konusunu oluşturamaz.

Ceza muhakemesinin şartının gerçekleşmemiş olması, ortada hukuki barışın sağlanabilmesi için muhakemeye konu edilmesi gereken bir uyumsuzluğun bulunmadığı anlamına gelir¹⁰⁷. Muhakeme şartları bu yönüyle şahsi cezazırlık sebepleri, objektif cezalandırma şartları gibi maddi ceza hukuku kurumlarından ayrılmaktadır¹⁰⁸. Bu hallerde yargılama sonucunda faile ceza verilmesi de maddi gerçek ortaya konulmuş ve esas hakkında bir hüküm verilmiştir. Bu bakımdan ceza muhakemesi şartları maddi gerçeğin araştırılmasının da önüne geçerken, cezazırlık gerektiren düzenlemeler hükme ulaşılabilecek bir maddi gerçekliğin ortaya konulmasını şart koşar. Bu durumda ise her ne kadar faile ceza verilmesi de toplumsal barış hukuk düzeni aracılığıyla tesis edilmiş olur. Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanması gibi durumlar da farklı değildir. Her ne kadar bunun gibi hallerde bir kesin hükümden söz edilemese de Cumhuriyet savcısının değerlendirmesi tamamen maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurallarına dayanmaktadır. Bu bağlamda sorunlara neden olan husus, muhakeme şartının aslında gerçekleşmemiş olmasına (veya muhakeme engeli bulunmasına) rağmen bunun sonradan anlaşılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda mahkemece kurulan hükmün yokluğuna ilişkin tartışmalar gündeme gelmektedir. Örneğin Yargıtay *non bis in idem* ile ilgili birtakım kararlarında bu ilkeye riayet edilmeden mahkumiyet hükmü kurulmuş olması nedeniyle mahkemece kurulan sonraki hükmün yok hükmünde olduğuna hükmetmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık sanığın aynı eylem nedeniyle yargılandığı ve beraat ettiği yargılamalarda ise davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰. Öğretide *non bis in idem* ilkesine aykırı olarak aynı olay ile ilgili kurulan sonraki hükmün yok hükmünde sayılamayacağı, eğer bu şekilde bir hukuka aykırılık söz konusu ise bunun kanun yolu denetiminde giderilmesi gerektiği; aksi halde kişi hakkında aynı olay ile ilgili sonraki hükmün infaz edilebilir bir hüküm olacağı isabetli olarak ifade edilmektedir¹¹¹. Nitekim bir hükmün yok kabul edilmesi ceza muhakemesinin mantığı ile bağdaş-

¹⁰⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Volk (n 2) 225.

¹⁰⁵ Zamanlaşımı bakımından konumuza ilişkin eleştiriler için bkz. Tatjana Hörnle, 'Verfolgungsverjährung. Keine Selbstverständlichkeit' in Christian Fahl, Eckhard Müller, Helmut Satzger, and Sabine Swoboda (ed), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag* (C.F. Müller Verlag 2015) 121.

¹⁰⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesinin 7. fıkrası hükmünde yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Volk (n 2) 240.

¹⁰⁸ Objektif cezalandırılabilirlik şartları ile muhakeme şartları arasındaki ilişkiye dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları* (Adalet 2015) 105vd. Yazar objektif cezalandırılabilirlik şartları ile muhakeme şartlarının ayırımıyla ilgili olarak ölçütünü kabul edilmesi gerektiği, fiilin vuku bulmasına bağlı, fiil ile doğrudan doğruya ilişki içinde bulunan şartların objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ersoy, s. 132. Kargal ise bunlar arasında öncelikle bir kronolojik farklılık olduğunu objektif cezalandırılabilirlik şartlarının muhakeme şartlarından önce oluştuğunu ve ikisinin birlikte öngörüldüğü suç tipleri bakımından öncelikle objektif cezalandırılabilirlik şartının varlığının dikkate alınmasının gerektiğini belirtmektedir. Yazar, ayrıca objektif cezalandırılabilirlik şartının herhangi bir kurum veya kişinin iradesi ile bağlantısının olmadığını muhakeme şartlarının ise iradi bir şekilde kullanılabileceğini ifade etmektedir. Zeynel T Kargal, 'Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları' (2010) 68 İÜHF 151-168, 155. Ayrıca bkz. Elif Bekar, Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, (On İki Levha 2017) 125 vd, Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, 'Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanlaşımı' in Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2013) 19(2).

¹⁰⁹ "5271 sayılı CMK'nun 225 (1412 sayılı CMUK'nun 257). maddesine göre hükmün konusunun iddianamede gösterilen eylemden ibaret olduğu ve sanık hakkında düzenlenen iddianame ile yalnızca 5237 sayılı TCK.nun 142/1-f.maddesine uyan elektrik enerjisi hırsızlığı suçundan kamu davası açıldığı halde, yapılan yargılama sonunda elektrik enerjisi hırsızlığı suçunun yanında mühür bozma suçundan da beraat kararı verilmiş ise de, mühür bozma suçundan verilen karar hukuken geçersiz olup yok hükmünde sayıldığından. ..." Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 2010/326 -2011/40021, 30.11.2011, Kaymaz (n 60) 299

¹¹⁰ "... Bu genel bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında, sanık hakkında aynı konuda Aydın 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/601 Esas sayılı dosyasında ayrı bir yargılama yürütülerek 15/05/2008 tarihinde de 2008/387 Karar numarasıyla sanığın beraatine karar verildiğinin iddia edildiği, Uyap sistemi üzerinden yapılan incelemede söz konusu kararın temyiz için Yargıtay'a gönderildiği ve Dairemizin 15/04/2013 tarih ve 2011/20816, 2013/6879 E.K. sayılı kararıyla sanık hakkındaki beraat kararının onanmasına karar verildiğinin anlaşılması karşısında, kesinleşen ilgili dava dosyasının onaylı suretinin bu dosya içerisine konulmak suretiyle delillerin birlikte değerlendirilmesi, davanın konusu, tarafları ve sebebinin aynı olup olmadığının 5271 sayılı CMK'nın 223/7. maddesinin uygulanıp uygulanmaması açısından karar yerinde tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, (bozmayı gerektirmiştir Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 2012/17775- 2014/10853, 02.06.2014.

¹¹¹ Ölmez (n 18) 1033, aynı yönde "Türk hukukunda hukuken geçersiz nitelikteki kararların kendiliğinden yok sayılmasını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuken geçersiz ve yok hükmündeki kararlar, olağan veya olağanüstü kanun yolları vasıtasıyla ortadan kaldırılmadıkça şeklen varlığını koruyacaktır. İnceleme konusu somut olayda, sonradan verilen hukuken geçersiz nitelikteki düşme kararının yok hükmünde olduğu belirtilerek, kanun yararına bozma talebinin reddine karar verilmesi durumunda, bu karar şeklen varlığını koruyacak ve infaz, adli sicil kayıtlarının oluşumu gibi hususlarda tereddüt ve karışıklığa neden olabilecektir..." Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2013/15866-21484, 2.6.2014.

maz. Ceza muhakemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili kural olarak esas bakımından bir karar vermeli ve bu karar geçerli ve infaz edilebilir olmalıdır. Bu durumun istisnasını ise muhakeme şartının gerçekleşmemesi nedeniyle esas hakkında bir karar verilemeyecek olması oluşturmaktadır. Bunlar dışında ayrı bir kategori olarak hükmün yokluğuna yer verilmesi gerekli değildir, hükmün yokluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülen hususlar, kanun yolları ile çözülebilir niteliktedir¹¹². Esasen sonuçları itibarıyla hakkında düşme hükmü kurulmuş bir olay ile yok hükmünde olduğu kabul edilen bir karar arasında (*non bis in idem* ilkesine ilişkin tartışmalı durum dışında) bir farklılık bulunmamaktadır. Yokluk kararına ilişkin tartışmaların odak noktasını bu kararın kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle keyfi bir uygulamaya sebebiyet verebilecek olması oluşturmaktadır¹¹³.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bir kararında kovuşturma evresinin açılmasına karar verilmeden¹¹⁴ yargılaması yapılan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak bu kararın duruşma esnasında da verilebileceğini belirterek davanın düşürülmesine ilişkin talebi reddetmiştir¹¹⁵. Mahkemenin bu yöndeki kararı, pratik gerekçelerle kovuşturma evresinin açılmasına ilişkin kararın verilmesinin anlamsız kıldığı ve teorik olarak muhakeme şartlarının mantığıyla çelişkili olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹¹⁶. Karar ile ilgili olarak, muhakeme şartının gerçekleşmemesi durumunda mahkemenin davaya bakamayacağı ve bu bağlamda bir şartın sonradan gerçekleştirilebilirliğinin bir anlamı olmadığını ifade edilmektedir¹¹⁷.

4.2. Maddi Gerçeğin Araştırılmasını Engelleme: Düşme Kararı ile Beraat Arasındaki İlişki

Muhakeme şartlarının gerçekleşmesi mahkemenin maddi gerçeği tespitini ve bu nedenle esasa ilişkin karar vermesini engeller. Nitelik muhakeme şartlarının söz konusu olduğu bir durumda, maddi gerçeğin araştırılması hukuk barışının sağlanması için bir gereklilik değildir¹¹⁸. Bu kapsamda muhakeme şartlarının yokluğu nedeniyle yargılamaya konu olması veya hakkında hüküm verilmesi engellenmiş bir eylem hukuk düzeninin iki değer yargısından biri olan hukuka uygunluğunun veya hukuka aykırılığının tespit edilmesi engellenmiş bir eylemdir. Bu bakımdan muhakeme şartı nedeniyle ceza muhakemesi sisteminin dışında kalan eylem veya yargılanan kişinin bu eylemle ilişkisi bakımından ceza hukuku sistemi bir değer yargısına ulaşmış değildir. Nitekim bu husus, muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi halinde düşme kararının verileceğinin hüküm altına alınmasıyla kanun koyucu tarafından da belirtilmiştir¹¹⁹. Buna göre kanunda öngörülen durma kararının verilerek beklenmesi ya da düşme veya ret kararlarından biri ile yargılamanın sonlandırılması gerekecektir¹²⁰. Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi veya muhakeme engelinin ortaya çıkması halinde teorik olarak davanın düşmesi yerine sanığın beraatine karar verilemez. Ne var ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 9. fıkrasında *Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez* hükmüne yer verilerek aslında beraat kararının düşme kararına bir önceliği olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenleme de muhakeme şartının gerçekleşmediği durumda düşme kararı ile beraat kararı arasındaki ilişkinin açıklanmasını gerekli kılmaktadır¹²¹. Öğreti ve uygulamamızda genellikle düşme kararının mahkûmiyeti önlemek üzere kabul edildiği görüşü ileri sürülmektedir¹²². Bu şekilde düşme kararı esasen sanığın aleyhine verilecek olan mahkûmiyet kararını önlemek için öngörülmüştür¹²³. Beraat kararının düşme kararı bakımından bir öncelik niteliğinde olduğu başka bir ifade ile beraat edebilecek aşamaya gelmiş bir dosyada öncelikle beraat kararının verilmesi gerektiğinin kabulünde bir sorun bulunmamaktadır. Bu yaklaşım ceza muhakemesinin amacı ile de uyumludur. Zira ceza muhakemesi mantığında düşme kararı usulden ret müessesine benzemekte ve düşme kararı verildiğinde sanık hakkında açılmış davanın “usulden reddine benzer” bir karar verilmektedir. Ayrıca beraat kararıyla sanığın lekelenme

¹¹² Ölmez (n 18) 1042-1043, bu durum yokluğun kanun koyucu tarafından ayrı bir kategori olarak düzenlenmesinin önünde bir engel değildir, verilmiş olan hükmün yok niteliğinde olduğuna yönelik tarihi düzenleme örnekleri için bkz. Volk (n 2) 113.

¹¹³ Ölmez (n 18) 1040.

¹¹⁴ *Eröffnungsbeschluss*, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 203 hükmünde Hazırlık için yapılan soruşturmanın sonuçlarına göre, sanığın bir suçta işlediği şüphesi yeterli derecede ise, mahkeme kovuşturma evresinin açılması-na karar verir. Bu karar Alman öğretisinde bir muhakeme şartı olarak kabul edilmektedir. Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung (StPO)* (2. Bastı, Beta 2015).

¹¹⁵ BGHSt 29, 224, 18.3.1980- 1 StR 213/79, Meyer Goßner (n 17) 13.

¹¹⁶ Ibid. 13.

¹¹⁷ Ibid. 14.

¹¹⁸ Volk (n. 2) 204

¹¹⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 8. fıkrasında, *Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.* hükmüne yer verilmiştir. Bu konuda bkz Elif Bekar, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)’ (2017) LXXV(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15-60, 52.

¹²⁰ Soruşturma aşamasında ise muhakeme şartının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında, kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerekecektir. Şahin ve Gökürk (n 24) 145.

¹²¹ Bu hüküm mevzuatımıza ilk defa 05.03.1973 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile girmiştir.

¹²² Nitekim kanunun gerekçesinde de hükmün kabul edilmesine ilişkin kanun değişikliğinin gerekçesinde “... tabiiatta derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verildiğine çok rastlanmaktadır. Durma ve düşme sebepleri netice itibarıyla mahkûmiyet kararı verilmesini önlemek üzere kabul edildiklerinden, ayrıca muhakeme faaliyeti yapmadan beraat kararı verilebilecek hallerde, bu kararın verilmesine engel olamayacaklarının belirtilmesi fertler bakımından bir teminat teşkil edecektir.” ifadelerine yer verilerek bu husus belirtilmiştir. Faruk Erem; (1986), *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, s. 501'den aktaran Cumhuriyet Şahin, “Dava Zamanlaşımı Sanığın Akklanmasına Engel Olabilir Mi? - Beraat Kararı İle Zamanlaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi” (2013) 45 Adalet Dergisi 224-240, 232, “... Diğer yönden Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08.04.2003 gün ve 84-85 sayılı kararında da belirtildiği üzere, durma ve düşme nedenleri aleyhe sonucu engellemek için kabul edilmiş olup, bu hükümler beraati değil mahkûmiyeti engelleyici niteliktedir. Sanık hakkında beraat kararı verilmiş bulunmasına göre sanık müdafininin bu yöndeki itirazında hukuki bir yararı da bulunmamaktadır...”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2010/4.MD-178-2011/41, 12.4.2011.

¹²³ Şahin (n 122) 233.

hakkı gibi çeşitli hakları da korunmuş olmaktadır¹²⁴. Ancak beraatin düşmeye önceliği her muhakeme şartı bakımından söz konusu olmaz. Nitekim bu durumda davanın esasına girilmesinin önünde bir engel bulunmaktadır. Bu bağlamda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında, iddianame kapsamında yer verilmeyen eylemler ile ilgili olarak sanık hakkında beraat kararı verilen bir uyuşmazlıkla ilgili değerlendirmesinde beraat kararını kaldırarak düşme kararı vermiştir¹²⁵. Mahkeme kararında, iddianamenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasının kurucu unsuru olması nedeniyle beraat kararının düşme kararına önceliği ilkesinin burada uygulanamayacağına hükmetmiştir¹²⁶. Mahkeme, bu ilkenin her türlü muhakeme şartı bakımından geçerli kabul edilemeyeceğini, yargılama belirli bir aşamaya geldikten sonra devamını engelleyen muhakeme şartlarında (zamanaşımı gibi) beraat kararı verilebilecek ise de muhakemenin yapılmasını tamamen engelleyen muhakeme şartları bakımından düşme kararının verilmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir¹²⁷. Karar ile ilgili değerlendirmesinde *Krack*, esasın araştırılmasını engelleyen muhakeme şartlarında beraat kararının düşmeye önceliğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmekte, görüşünü kesin hüküm bulunması çerçevesinde örneklendirmekte ve belirli bir aşamaya gelmiş yargılamada önceden olay ile ilgili kesin hükmün varlığı anlaşılabilirse sanık hakkında beraat kararı verilemeyeceğini belirtmektedir¹²⁸. Bu konuda Meyer- Goßner , değerlendirme yasaklarının söz konusu olduğu durumlarda sanık hakkında beraat kararı verilemeyeceğini ancak bir cezalandırma yasağının mevcut olması durumunda sanığın beraatine hükmedilebileceğini ileri sürmektedir¹²⁹. Zira yazara göre zamanışı gibi bir cezalandırma yasağına ilişkin muhakeme şartı yargılamanın devamı sırasında gerçekleşirse sanık hakkında beraat kararının verilmesi gerekecektir¹³⁰.

Muhakeme şartının gerçekleşmemesi nedeniyle yargılamanın yapılamadığı veya hükmün kurulamadığı durumların *non bis in idem* ilkesi bağlamında da dikkate alınamaması gerekir¹³¹. Ne var ki ceza muhakemesi kanunundaki düzenleme aksi bir kabulü işaret etmektedir. *Non bis in idem* ilkesinin ilişkin 223. maddenin 7. fıkrasında *Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir* hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddenin birinci fıkrasında da beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararının hüküm olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca hakkında düşme kararı verilmiş olan kişinin aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanması mümkün değildir¹³². Olması gereken bakımından düşme kararının *non bis in idem* ilkesinin kapsamı dışında bırakılması düşünülebilir¹³³. Nitekim anayasa mahkemesi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun çeşitli hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiasını incelediği somut norm denetimi kararında *non bis in idem* ilkesini “Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.” şeklinde tanımlamıştır¹³⁴. *Non bis in idem* ilkesinin kabul edilmesindeki temel gerekçe de kişinin aklandığı ya da mahkum olduğu eylem ile ilgili olarak tekrar yargılanmasının önüne geçilmesidir¹³⁵. Mahkeme kararında devamla “Bununla birlikte isnadın esasını incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararlar, örneğin zamanışı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez” ifadesine yer vererek düşme kararlarının *non bis in idem* ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini tekrar vurgulamıştır¹³⁶.

Bu başlık altında aslında düşme kararının bir hüküm olup olmadığına da değerlendirilmesi gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddede “Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür” ifadesine yer verilerek düşme kararının bir hüküm olduğu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu tartışmanın pratik bir anlamı yoktur. Ancak düşme kararı verilmesi gereken durumlarda esasa ilişkin bir karar verilemeyecek olmasından dolayı yargılamayı sona erdirse dahi teorik olarak düşme kararının bir hüküm olup olmadığına dikkatle yaklaşmak gerekir. Nitekim bu durumda mahkeme eylem ile ilgili yargılamayı gerçekleştirmiş ve bir hükme ulaşmış değildir¹³⁷.

¹²⁴ Ibid. 238.

¹²⁵ BGHSt 46, 130 Meyer- Goßner (n 17) 28.

¹²⁶ BGHSt 46, 130 *Krack*, Ralf, Anmerkung- BGHSt 46, 130 JR 2001 Heft 10 424.

¹²⁷ Ibid. 423.

¹²⁸ Ibid. 424.

¹²⁹ Yazarın bu ayrımı için bkz. yukarıda II-3-A.

¹³⁰ Meyer- Goßner , (n 17) 40, Şahin (n 122) 240 .

¹³¹ Mustafa Özen, 'Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) XIV(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389-417, 398. Anayasa mahkemesi de *isnadın esasını incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararların, örneğin zamanışı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemeyeceği* görüşündedir. Anayasa Mahkemesi, 2019/4-78, 4.11.2021 .

¹³² Şeyma Cebeci, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi* (On İki Levha 2021) 131.

¹³³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı ek protokolünde de yer verilen düzenleme de bu şekildedir. 4. maddede *Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez*; hükmüne yer verilmiştir.

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi 2019/4-2021/78, 4/11/2021 p. 27.

¹³⁵ Şahin ve Göktürk (n 24) 73.

¹³⁶ Paragraf 29. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1935/129-1936/11, 03.06.1936 künyeli kararında 1- (343) *üçüncü maddenin son fıkrasında davanın esasını halleden kararlardan mutlak surette bahsedilmesi dolayısı ile müvazaman ve umumî af ve davadan feragat gibi sukut sebeplerinden birine dayanılarak verilen ve Temyiz Mahkemesinden geçmesiz katileşen mahkeme kararlarının mahkûmiyet ve beraat kararları gibi davanın esasını halleden ve suçlular hakkında mütesep hak bahşeyen kararlardan olduğuna*, hükmedilmiştir.

¹³⁷ Bu nedenle düşme kararı usul hükmü (*Prozessurteil*) olarak da adlandırılmaktadır. Roxin ve Schünemann (n. 29) 461.

Yargılama makamının maddi gerçeği ortaya koymak bakımından maddi bir engel ile karşılaştığı ancak bu durumun şüphenin yenilememesi gibi nedenlere dayandığı hallerde işin esasını çözen bir karar (beraat) verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin şüpheden sanık yararlanır ilkesi gibi hususlar muhakeme şartı olarak değerlendirilemez, muhakeme şartının yargılama diyalektiğini etkilemesi ve esasa ilişkin bir karar verilmesinin önüne geçmesi gerekmektedir¹³⁸.

4.3. Ceza Muhakemesinin Olağan Dinamikleri İçerisinde Verilecek Bir Karar Niteliği Taşımaması: Muhakeme Şartlarının Muhakeme İşlemlerinden Ayırt Edilebilmesi Gerekliliği

Muhakeme şartlarının nitelikleri bakımından belki açıklanması en zor ve eleştirilebilirliği en yüksek özellik, bunların muhakeme işlemlerinden ayrılabilmesinin gerekmesidir. Ceza muhakemesi *bir muhakeme işlemleri toplamından* meydana gelir ve yargılamanın başlaması ilerlemesi ve sonlanması muhakeme işlemleri ile olur¹³⁹. Muhakeme şartları, belirli muhakeme işlemlerinin yapılabilmesinin bir şartını oluşturmaktadır. Bu bakımdan iddianamenin düzenlenerek mahkemeye sunulmuş olması, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilmiş ve bu itirazın kabul edilmiş olması gibi hususlar yargılamanın ilerlemesine engel olsalar da muhakeme şartı olarak nitelendirilemezler. Bunlar muhakeme işlemi niteliğinde kararlardır¹⁴⁰. Nitekim buna benzer durumlarda ceza muhakemesi makamlarınca esasa ilişkin bir karar verilmektedir. Örneğin kişi hakkında soruşturma başlatılmış ve yeterli suç şüphesi oluşturacak bir delil elde edilemedi gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinde bu karar kişinin soruşturma konusu suçun şüphelisi olmadığı yönünde esasa ilişkin bir karardır.

Muhakeme şartları ile muhakeme işlemleri arasındaki ilişki genel olarak ceza muhakemesi ile muhakeme şartları arasındaki ilişki ile aynıdır. Bu kapsamda, muhakeme şartının mevcudiyeti muhakemeyi ilerleten muhakeme işlemlerinin ön koşuludur. Şartın mevcut olmaması halinde ise soruşturma veya kovuşturmayı sonlandıran muhakeme işleminin yapılması gerekecektir.

5. Sonuç

Muhakeme şartları ceza hukuku öğretisine medeni muhakemenin etkisiyle girmiş bir kavramdır. Bu kavram, öğreti tarafından geliştirilmiş, içtihatlarla kabul edilmiş ve çeşitli kanunlarda kendine yer bulmasıyla ceza muhakemesinin köklü kurumlardan birisi haline gelmiştir. Bu şartlar, genel olarak olan ile olması gereken arasında bir dengenin kurulmasını amaçlayan, ceza muhakemesinin mecburiliği ilkesine bir istisna getiren kurumlar olarak nitelendirilebilir.

Ceza muhakemesi şartlarının teorik çerçevesinin açıklanabilmesi bunların kabul edilme amacının anlaşılmasına, bu da muhakeme şartlarının tasnif edilmesine bağlıdır. Ancak bu şekilde muhakeme şartlarının ortak özelliklerinin ortaya konulması bir anlamı haiz olacaktır. Bu makalede muhakeme şartları, varlık nedenleri ve işlevleri dikkate alınarak, saf muhakeme şartları ve karma muhakeme şartları şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bu ayrım, muhakeme şartının tamamen ceza muhakemesi hukukunun dinamikleri içerisinde değerlendirilmesi ile başka birtakım sistemler ile ilişkili olup olmadığı hususu belirleyici noktayı oluşturmuştur.

Saf muhakeme şartlarında, muhakeme engelinin varlık nedeninin belirlenmesinde suç politikası gibi hususlara değinilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira, bu gibi durumlarda muhakemenin gerçekleştirilmesi muhakeme mantığıyla uyuşmayacağı gibi hukuk düzenin genel olarak kabul ettiği asgari gerekliliklerle uyumlu olmayacaktır. Bu grupta yer alan muhakeme şartları esasen ceza muhakemesinde ciddi sorunlara yol açmaz. Bunların teorik çerçevesinin ortaya konulması da tamamen ceza muhakemesi sisteminin gerekleri ile açıklanabildiği için görece kolaydır. Asıl problem ceza muhakemesi mantığının tek başına açıklamaya yetmediği muhakeme şartları bakımından ortaya çıkmaktadır.

Bir dengeleme girişiminin söz konusu olduğu karma muhakeme şartlarında yalnızca ceza muhakemesi hukukunun dinamikleri ile hareket ederek bir sonuca ulaşılamaz; konu hukuk ve diğer sistemler arasındaki ilişki kapsamında ele alınmalıdır. Başka bir ifade ile bunun gibi şartların bulunmasının gerekip gerekmediği gibi hususlar tek başına ceza hukukçularının değerlendirebileceği hususlar değildir. Ne var ki böyle bir muhakeme şartı öngörülmesi durumunda dengenin sağlanması bakımından ne yapılması gerektiği maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun dinamikleri göz önünde tutulmadan belirlenemez. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki ceza muhakemesi ile devletin diğer fonksiyonları arasında bir denge kurulması ihtiyacı ortaya çıktığında bunun ceza muhakemesi makamları tarafından değerlendirilmesi ilk tercih olmalıdır. Başka bir ifade ile bir soruşturmanın yürütülmesinin kamusal menfaatler bakımından ciddi bir zarar potansiyeline yol açması ihtimalinin bulunması durumunda, soruşturma yapma yetkisinin Cumhuriyet savcısının takdirine bağlı olması veya bu takdir yetkisinin kullanılmasında çeşitli mercilerle istişarenin önünün açılması en makul çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır.

Muhakeme şartlarının ortak özelliklerine gelindiğinde ise bunların, ceza muhakemesinin başlamasını veya ilerlemesini engelleyerek maddi gerçeğin araştırılmasına mâni oldukları ve bu yönü ile esasa ilişkin bir hükmün kurulamamasına neden oldukları

¹³⁸ Muhakeme şartları bağlamında ilkenin uygulanabilirliği için bkz. Doğan, Koray, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, (3. Bastı, Seçkin 2022), 236 vd.

¹³⁹ Şahin ve Gökçürk (n 24) 46, 85.

¹⁴⁰ Muhakeme işlemleri ile ilgili olarak bkz. Güneş Okuyucu Ergün, Ceza Muhakemesi İşlemleri (Yetkin 2015) 15.

görülmektedir. Bunun yanı sıra muhakeme şartları, ceza muhakemesi işlemlerinden farklı niteliği haizdir. Muhakeme şartları, muhakeme işlemlerinin bir kısmının yapılabilmesinin şartını oluşturmaktadır. Ceza muhakemesinde meselenin esasına ilişkin belirlenmelerde bulunan ceza muhakemesi işlemleri, ceza muhakemesinin ilerlemesini engeller nitelikte olsa dahi muhakeme şartı olarak değerlendirilemez. Ceza muhakemesi şartlarının ceza muhakemesi işlemlerinden farklı niteliği aynı zamanda muhakeme şartlarının öngördüğü karar alma sürecinde, ceza muhakemesine özgü değerlendirmelerin yapılamayacağı anlamına gelmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Author declared no conflict of interest.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akkaş A H, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi* (Adalet Yayınevi 2016).
- Artuk M E ve Alşahin M E, 'Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı' in Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (2013) 19(2).
- Bekar E, 'Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)' (2017) LXXV(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 15-60.
- Bekar, E, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanununda Yer Alan Suçlar, (On İki Levha 2017).
- Bohnert J, *Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts* (Duncker und Humblot 1992)
- Cebeci Ş, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi* (On İki Levha 2021)
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Beta, 2021).
- Doğan K, *Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi*, (3. Bası, Seçkin 2022).
- Dönmez B, 'Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu' (2017) 19 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2727-2748.
- Dursun, S, 'Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri' (2007) 2 Ceza Hukuku Dergisi 263-275.
- Dülger M V ve Taşkın Ş C, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Seçkin, 2023).
- Erb V, *Legalität Und Opportunität: Gegensätzliche Prinzipien Der Anwendung von Strafrechtsnormen Im Spiegel Rechtstheoretischer, Rechtsstaatlicher Und Rechtspolitischer Überlegungen* (Duncker & Humblot 1999).
- Erdener Y, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm* (Kazancı 1987)
- Erem, F, 'Ceza Usulünde Kesin Hüküm' (1963) 20 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37-52.
- Ergün G O, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Yetkin 2015).
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet 2015).
- Evirgen, S, 'Ceza Muhakemesinde Maddî Anlamda Kesin Hükümün Olumsuz Etkisi ve Unsurları' (2023) XIII *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 171-218.
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2022).
- Gözler K, 'Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine' (2007) 56(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45-61.
- Gözler K, 'Yasama Dokunulmazlığı: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi' (2001) 56(3) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 71-101.
- Greco L, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft* (Duncker & Humblot 2015).
- Hörnle T, 'Verfolgungsverjährung. Keine Selbstverständlichkeit' in Christian Fahl, Eckhard Müller, Helmut Satzger, and Sabine Swoboda (ed), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag* (C.F. Müller Verlag 2015) 115-126.
- Kangal Z T, 'Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları' (2010) 68 *ÜHFM* 151-168.
- Kantarıcı N, 'Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları ve Özellikle Sulh Ceza Hâkimliğinden Karar Alınması Zorunluluğu' (2015) 10(1) *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 167-204.
- Karakurt, A, *Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Muhakemenin Yenilenmesi*, (Seçkin 2009).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Bası, Nisan 2022).
- Kaymaz S, 'Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları' (2019) 21 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 295-325.
- Keçelioğlu E, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gözlem Altına Alma' (2015) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 221-245.
- Kelep Pekmez, T, *Ceza Muhakemesinde Fiil*, (On İki Levha 2019).
- Keyman S, 'Memurin Muhakematı Kanunu' (1962) 19(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 173-200.

- Kılıç, A Ş, 'Bir Suç Politikası Aracı Olarak Uzlaştırma' in Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 (Adalet 2022) 508-521.
- Kılıç, A Ş, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Adalet 2023)
- Kılıç, B, 'Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanabilirliği Sorunu', in: *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları* (2. Baskı, Seçkin 2024), 199-227.
- Kindhäuser U ve Schumann KH, *Strafprozessrecht* (6. überarbeitete Auflage, Nomos 2022).
- Krack R, 'Verfahrenshindernisse Im Strafprozess. Versuch Einer Begriffsbestimmung' (2003) Goldammer's Archiv Für Strafrecht, 536-543.
- Kunter, N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Beta 1989)
- Külçür E İ, *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama* (On İki Levha 2017).
- Löwe E ve Rosenberg W, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar* (De Gruyter, Berlin/Boston 2016)
- Meyer-Goßner L ve Schmitt B, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze Und Ergänzende Bestimmungen* (65. Bası, CH Beck 2022)
- Meyer-Goßner, L, 'Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse' in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich, ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts Band 7: Grundlagen des Strafverfahrensrechts* (CF Müller 2020).
- Meyer-Goßner, L, *Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse: Befassungs- und Bestrafungsverbote* (Beck 2011).
- Mumcu U, "Türk Hukukunda Memurların Yargılanması" (1971) 28 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 138
- Ölmez, G, 'Ceza Muhakemesinde Hükümün Yokluğu Sorunu' (2023) 81 İstanbul Hukuk Mecmuası 996-1043.
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Bası, Seçkin 2023).
- Özen M, 'Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi' (2010) XIV(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 389-417.
- Özgenç İ, 'TCK'nun 5. maddesine İlişkin Yargıtay'ın İki Farklı Kararının İncelenmesi (Kesinleşmiş Yabancı Yargı Kararlarının Etkisi)' (1985) 51 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-4, 627-640.
- Özgenç, İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (19. Bası, Seçkin 2023).
- Öztürk, B, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti* (DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1991).
- Öztürk B, 'Memurların Özel Bir Muhakemesi Usulüne Tabi Tutulmalarının Sakıncaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları' (1978) 1(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 56-62.
- Roxin C ve Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5. Bası, C.H.Beck 2020)
- Roxin C, ve Schünemann B, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch* (30. Bası, CH Beck 2022).
- Sarsıkoğlu, Ş, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma İzni ve Özel Soruşturma Usulleri* (Adalet Yayınevi 2023).
- Stuckenberg C F, '§ 206a: Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis' in Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor (ed), *Löwe-Rosenberg StPO Online* (Berlin, Boston: De Gruyter 2018)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Bası, Seçkin).
- Şahin C, 'Ceza Muhakemesinde Uzlaşma' (1998) 6(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221-296.
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (21. Bası, Savaş 2021)
- Turhan F, 'Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)' (2005) 4 Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) 197
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Bası, Ankara 2022).
- Volk K, *Prozessvoraussetzungen im Strafrecht: zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht* (Gremer 1978).
- Weigend, T, 'Das „Opportunitätsprinzip“ Zwischen Einzelfallgerechtigkeit Und Systemeffizienz' (1997) 109 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107.
- Yaşar E, *Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller* (Seçkin 2022).
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. Bası, Seçkin 2023)
- Yenisey F ve Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozeßordnung (StPO)* (2. bası Beta 2015).
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (16. Bası, Seçkin 2019).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Kılıç AŞ, "General Theory of Procedural Impediments in Criminal Procedure" (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 197.

Uyuşturucu Bağımlılığıyla Mücadelede Tedavi Mahkemelerinin Rolü ve Türkiye’de Uygulanabilirliği

The Role of Treatment Courts in the Fight Against Drug Addiction and its Applicability in Türkiye

İsmail ŞAHİN¹ 

¹Dr, Hâkim, Adalet Bakanlığı, Ankara, Türkiye

ÖZ
Uyuşturucu ve uyarıcı madde bağımlılığı, kişinin bedeni ve akli sağlığını, ailevi, ekonomik ve sosyal durumunu olumsuz yönde etkileyen bir hastalıktır. Ceza hukukuna dair düzenlemelere rağmen uyuşturucu bağımlısı sayısının uzunca bir süredir yüksek seyrettiği gözlemlenmektedir. Ceza adaleti sistemleri açısından kapasite sorunu ve mali yüke neden olan bu durum nedeniyle ABD’de uyuşturucu tedavi mahkemeleri kurulmuştur. Terapötik hukuk yaklaşımının uygulama alanlarından sorun çözen mahkemelerin bir örneği olan bu mahkemelerde, uyuşturucu bağımlılığı cezai sonuçları olan bir sağlık sorunu olarak görülmekte ve adli müdahaleyle bağımlıların tedavilerinin sağlanması amaçlanmaktadır. Başvuru ve kabul süreci, tedavi, denetim, ödül ve geçici ceza sistemi, katılımcılara sunulan eğitim ve istihdam gibi olanaklar ve disiplinler arası iş birliği, bu modelin başarısına dair temel ölçütlerdir. Suç tekrarının önlenmesinde başarılı bulunan ve mali yönden avantajlı olan bu model, pek çok ülke tarafından emsal alınmıştır. İstatistiki veriler uyuşturucu bağımlılığının, ülkemiz açısından da ciddi bir sorun haline geldiğini göstermektedir. Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımının suç olarak düzenlendiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesi, bugüne kadar çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Mer’i mevzuatımız bağımlılıkla mücadele açısından tedavi edici bazı hükümler içerse de, bağımlılıkla mücadelenin etkinliği için kapsamlı düzenleme ve organizasyon ihtiyacı bulunduğu anlaşılmaktadır.

ABSTRACT

Drug and stimulant addiction is a disease that negatively affects a person’s physical and mental health, family, economic situation and social status. Despite the regulations regarding criminal law, the number of drug addict has remained high for a long time. Due to this situation, which causes capacity problems and financial burdens for criminal justice systems, drug treatment courts have been established in the USA. These courts, which are an example of problem-solving courts from the application areas of the therapeutic law approach, aim to provide treatment for addicts through judicial intervention. The model achieves success through the application and acceptance process, treatment, supervision, reward and temporary punishment system, opportunities such as education and employment, and interdisciplinary cooperation. Many countries have adopted this model, which is financially advantageous and prevents recidivism. Statistical data show that drug addiction has also become a serious problem in our country. Article 191 of the Turkish Penal Code, which regulates the use of drug and stimulant substances as a crime, has undergone many changes. Although our current legislation contains some therapeutic provisions, there is a need for regulation and organization to ensure the effectiveness of the fight against addiction.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu tedavi mahkemesi, Terapötik hukuk, Sorun çözen mahkeme, Uyuşturucu bağımlılığı, Uyuşturucu kullanma suçu

Keywords: Drug Treatment Court, Therapeutic Law, Problem Solving Court, Drug Addiction, Drug Use Crime

Corresponding Author: İsmail Şahin E-mail: hakimdrismailsahin@gmail.com

Submitted: 17.04.2024 • Revision Requested: 18.05.2024 • Last Revision Received: 31.05.2024 • Accepted: 05.08.2024 • Published Online: 04.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Drug, which is a medical term and derived from the word narco meaning sleep in Western languages, is also an important concept in criminal law. Because the production, supply, trade and use of drug and stimulant substances are subject to criminal regulations. Additionally, the trafficking of these substances is associated with organized crime and terrorism crimes; The use of these substances is closely related to crimes such as theft and prostitution. The word “drug” is used as a superordinate concept to include all addictive drug and stimulant substances that are intoxicating, pleasurable, stimulating, dream-inducing and provocative. Substance addiction is defined as the desire to use various types of drugs of plant or chemical origin that is continuous, repetitive and reaches a level that cannot be stopped without treatment.

Drug and stimulant addiction is a disease that negatively affects a person’s physical and mental health, family, economic situation and social status. This disease is a serious problem for society, especially in the close circle of addicts. This problem is a study subject in different disciplines such as criminology, medicine, psychology, pharmacology, sociology, and economics, as well as criminal law. This multifaceted structure of addiction leads the classical rules of criminal law to be inadequate in combating addiction.

Although heavy penalties are set for crimes within the scope of drug production and trafficking throughout the world, there are differences between countries’ crime and punishment policies regarding the punishment of personal drug use and possession of drugs for this purpose. Despite these criminal law regulations, the number of drug addictions has remained high for a long time. This situation, which also causes capacity problems and financial burdens for criminal justice systems, has led to the establishment of drug treatment courts in the United States, which are represent a different approach to combating addiction. Drug treatment courts, which are an example of problem-solving courts from the application areas of the therapeutic law approach, view drug addiction not as a classical crime but as a health problem with criminal consequences and aim to provide treatment to addicts through judicial intervention. The application and acceptance process adopted in the model, treatment, supervision, reward and temporary punishment system, opportunities such as education and employment offered to the participants and interdisciplinary cooperation are the basic criteria for the success of the model. This model, which has been found to be successful in preventing crime recidivism and reducing financial burden, has been taken as a precedent by many countries. Drug treatment courts operate in Canada, Australia, England, Scotland, Ireland, Austria, Belgium, Chile, Bolivia, Jamaica and parts of Brazil. The number of courts in the United States has also increased over this period. While there were 1,621 drug treatment courts in 2004, this number reached 3,448 in 2014 and 4,008 in 2021.

In our law, the purchase, acceptance, possession of drugs or stimulants for use or use is regulated as a crime in Article 191 of the Turkish Penal Code. Since the adoption of the Turkish Penal Code (TPC), changes have been made in the said article, with laws numbered 5377, 5560, 6217, 6545, 6638, 7078, 7188, and 7445. The postponement of prosecution introduced by the amendment made by Law No. 6545 with regard to Article 191 of the TPC led to a decrease in the number of investigations and prosecutions for a period of two years, but these numbers then showed a general and significant increase. Statistical data show that drug addiction has become a serious problem in our country. According to 2017 data, the rate of drug addicts in the total population in our country is 1.54%. According to the 2023 Türkiye Drug Report prepared by the General Directorate of Security, action was taken against 241,821 suspects in 2022 in accordance with Article 191 of the TPC. In 2022, public expenditures within the scope of the fight against drugs in our country were 4,264,683,725 TL.

Although the current provision and the relevant legislation contain some therapeutic provisions in terms of combating addiction, it is understood that there is a need for comprehensive regulation and organization for the effectiveness of the fight against addiction. We believe that drug treatment courts are more successful than our current law in combating drug addiction, that our current provisions are not sufficient, especially in therapeutic terms and that treatment structuring has not been completed. The drug treatment court model involves the participant’s application and acceptance into the program; treatment, supervision, rewards and temporary sanctions included in the program; education, employment and other opportunities offered to participants; it contains more effective provisions than our current law in many respects, such as the successful implementation of interdisciplinary cooperation. Many studies conducted in different countries have found that drug treatment courts are more successful in preventing recidivism than the classical approach of criminal law and reducing financial burdens. We believe that adopting the drug treatment court model will help prevent the criminal justice system from becoming a revolving door for drug-addicted criminals in our country, where the current workload regarding Article 191 of the TPC requires specialization. Thanks to the operation of this court in accordance with the problem-solving court model, beneficial results can be achieved for addicts, their families, society and our criminal justice system.

I. GİRİŞ

Tıbbi bir terim olan ve batı dillerindeki karşılığı uyku anlamındaki narco kelimesinden türeyen uyuşturucu maddeler, ceza hukuku açısından da önemli bir kavramdır.¹ Zira uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin imali, temini, ticareti ve kullanımı suç düzenlenmelerine konu olmaktadır.² Yine bu maddelerin ticareti, organize suçluluk ve terör suçlarıyla; kullanımı ise hırsızlık ve fuhuş gibi suçlarla yakından ilişkilidir.³ Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, sarhoş edici, keyif ve uyanıklık verici, hayal doğurucu, tahrik edici nitelikte olan ve bağımlılık yapan maddelerdir. Uyuşturucu madde sözcüğü, uyarıcı maddeleri de kapsar şekilde bir üst kavram olarak da tercih edilmektedir.⁴ Bitki veya kimyevi kökenli çok sayıda çeşidi⁵ bulunan uyuşturucu maddelerin kullanım arzusunun devamlı, tekrarlayıcı ve tedavi görmeksizin durdurulamayacak bir seviyeye ulaşması ise madde bağımlılığı olarak ifade edilmektedir.⁶

Uyuşturucu madde bağımlılığı kişilerin bedeni ve ruhi sağlığını, ekonomik ve sosyal durumları ile ailevi hallerini olumsuz etkilerken; toplum açısından da ciddi sorunlara neden olmaktadır.⁷ Bağımlılık, ceza hukuku açısından bir haksız eylem olmanın yanında kültürel, biyolojik, psikolojik, sosyal ve çevresel faktörleri içeren çok yönlü ve tekrarlayan bir hastalık mahiyetindedir.⁸ Uyuşturucunun başlangıç kullanımları bu faktörlerden kaynaklanan bir tercih olsa da akabinde gelişen psikolojik veya fiziksel bağımlılık sürecinin, hastalık olduğu kabul edilmektedir.⁹

Uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin çeşitlerinin ve özellikle sentetik olanlarının sayısındaki artış¹⁰ bu maddelere erişimin kolaylaşmasına yol açmış ve madde bağımlılığı ciddi sorunlara yol açan bir felaket halini almıştır. 2021 yılında dünya genelinde 296 milyon kişinin uyuşturucu kullandığı belirtilmektedir.¹¹ 2017 yılında yapılan çalışmada ise uyuşturucu kullanımından kaynaklı ölümlerin sayısı 585 bin olarak ifade edilmektedir.¹² Ülkemizdeki bağımlılık sayısının da yüksek rakamlara ulaştığı anlaşılmaktadır. 2017 yılı verilerine göre uyuşturucu bağımlılarının toplam nüfus içindeki oranı %1,54'tür.¹³

Dünyada ve ülkemizdeki anılan sayılar, uyuşturucu bağımlılığının diğer ciddi hastalıklarla yarışacak seviye ulaştığına işaret etmektedir. Uyuşturucu bağımlılığı AIDS, hepatit B ve C, tüberküloz ile kardiyovasküler sorunlar gibi bedeni hastalıklar ve intihara varan ruhi hastalıkların artışına da yol açmaktadır.¹⁴ Bu sağlık sorunlarının yanında bağımlılık, ceza adaleti ve sağlık sistemleri başta olmak üzere kamu açısından ciddi bir mali külfete neden olmaktadır. 2022 yılında ülkemizde uyuşturucu ile mücadele kapsamındaki kamu harcamaları 4.264.683.725 TL olarak gerçekleşmiştir.¹⁵

Dünya genelinde uyuşturucu imal ve ticareti kapsamındaki suçlar için ağır cezalar belirlenmesine rağmen, kişisel uyuşturucu kullanımı ve bu amaçla uyuşturucu madde bulundurma cezalandırılması konusunda ülkelerin suç ve ceza siyasetleri arasında farklılıklar söz konusudur. Bazı ülkelerde narkotik ilaçların ve psikoaktif maddelerin kişisel ve tıbbi olmayan kullanımı suç olarak

¹ Sulhi Dönmezer, 'Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri' (1970) 36(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1, 1.

² Sulhi Dönmezer, 'Kriminoloji' (9. Baskı Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2020) 356.

³ Dönmezer (n 2) 364; Doğan Soysalan, 'Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)' (4. Baskı Yetkin Yayınları, 2020) 118; İlhan Akbulut, 'Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu' (1997) 55(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 111, 112.

⁴ Handan Yokuş Seviük, 'Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar' (Seçkin Yayıncılık, 2007) 21; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önk, 'Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku' (21. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023) 895.

⁵ Uyuşturucu ve uyarıcı madde çeşitleri için bakınız: Dönmezer (n2) 357-359; Timur Demirbaş, 'Kriminoloji' (7. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2020) 325-330; Ergin Ergül, 'Hukuki, Adli Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları' (Yetkin Yayınları, 1997) 30-48; Yokuş Seviük (n 4) 36-48; Murat Balcı, 'Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları' (Adalet Yayınevi, 2009) 28-35; Başak Berkün, 'Uyuşturucu Madde Kullanımını Yasallaştırma Eğilimi: Türkiye-Almanya-Hollanda Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması' (On İki Levha Yayıncılık, 2023) 23-37; Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi ekli cetveller: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc050/kanunbmmc050/kanunbmmc05000812.pdf > 6 Ocak 2024

⁶ 10.03.2019 tarihli ve 30710 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Bağımlılık Danışma, Arındırma ve Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi birinci fıkrasının (e) bendi; Akbulut (n 3) 114; Fatma Ceren Öztürk, 'Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Türkiye'de Uyuşturucu Madde Kullanımının İncelenmesi' (2023) 47(3) Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi 1071, 1072.

⁷ Dönmezer (n 1) 3; Feridun Yenisey, 'Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü' (1983) 1(1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 172-173; Akbulut (n 3) 114; Yokuş Seviük (n 4) 50-53.

⁸ Grace Campbell, 'Basic Principles Of Treatment For Drug Dependence: Two Perspectives - A Public Health Perspective', in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013), 66. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024; Myo Kyaw Oo, 'Basic Principles Of Treatment For Drug Dependence: Two Perspectives - A Public Health Perspective', in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013), 72. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024;

⁹ Peggy Fulton Hora and Theodore Stalcup, 'Drug Treatment Courts In The Twenty-First Century: The Evolution Of The Revolution In Problem-Solving Courts' (2008) 42(3) Georgia Law Review, 717, 744; Öztürk 1072.

¹⁰ İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Başkanlığı Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi Şube Müdürlüğü, '2023 Türkiye Uyuşturucu Raporu Eğilimler ve Gelişmeler' (2023 Ankara) 15

<https://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/Ulusal%20Yay%C4%B1nlar/2023_TURKIYE_UYUSTURUCU_RAPORU.pdf> 6 Ocak 2024; Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığını İzleme Merkezi, 'Avrupa Uyuşturucu Raporu 2022: Eğilimler ve Gelişmeler' (2023 Lüksemburg) 13.

<https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/14644/20222419_TDAT22001TRN_PDF.pdf> 6 Ocak 2024.

¹¹ United Nations Office on Drugs And Crime, '2023 World Drug Report - Executive Summary' (2023 Vienna) 12. <https://www.unodc.org/res/WDR-2023/WDR23_Exsum_fin_SP.pdf> 6 Ocak 2024

¹² United Nations Office on Drugs And Crime, '2020 World Drug Report - Drug Use And Health Consequences' (2023 Vienna), 36. <https://wdr.unodc.org/wdr2020/field/WDR20_Booklet_2.pdf> 6 Ocak 2024

¹³ Öztürk (n 6) 1076-1077.

¹⁴ Campbell (n 8) 66; 2023 World Drug Report - Executive Summary (n 11) 16; 2023 Türkiye Uyuşturucu Raporu (n 10) 80; Yokuş Seviük (n 4) 52; Öztürk (n 6) 1074-1075.

¹⁵ 2023 Türkiye Uyuşturucu Raporu (n 10) 4.

düzenlenmişken, bazı ülkelerde birtakım uyuşturucu maddelerin kişisel kullanımı cezalandırılmamaktadır.¹⁶ Bazı ülkelerde ise, uyuşturucu bağımlılığı, uyuşturucu etkisiyle işlenen suçlar açısından hafifletici bir faktör olarak görüldüğünden, tedaviye girmeyi kabul eden suçlulara uyuşturucu bağımlısı olmayan birine göre daha hafif bir ceza verilebilmektedir.¹⁷

Araştırmalar bağımlılık ve suç arasında yakın bir ilişki olduğunu, şiddet suçlarının önemli bir kısmında failerin madde bağımlılığı etkisinde bulunduğunu göstermektedir.¹⁸ Goldstein’in çalışmasında uyuşturucu veya alkol kullanımının suça yol açmasının üç nedenden kaynaklanabileceği ifade edilmektedir.¹⁹ Bunlardan ilki, psikofarmakolojik nedenlerdir. Buna göre alkol veya uyuşturucu maddeler içerdikleri uyarıcılar nedeniyle kullanıcılarda heyecan, öfke, mantıksız davranış ve şiddet içerikli eylemlere yol açar ve neticesinde suça neden olur. İkincisi, bağımlılık içeren maddelerin temini için gerekli olan maddi kaynağın yoksunluğundan kaynaklanmaktadır. Bu ekonomik ihtiyaç, bağımlı kişileri hırsızlık, dolandırıcılık ve fuhuş gibi suçlara sevk edebilmektedir.²⁰ Üçüncü neden ise uyuşturucu kullanımı ve ticaretindeki etkileşimden kaynaklanmaktadır. Bu etkileşim nedeniyle kullanıcı, dağıtıcı, örgüt lideri ve üyeleri, muhbirler, alıcılar arasında önemli şiddet suçları işlenebilmektedir.²¹

Bağımlılık ve suç arasındaki yakın ilişki nazara alındığında, uyuşturucu madde kullanımının yaygınlaşmasının insani sorunların yanında ceza adaleti sistemleri açısından da ciddi bir kapasite ve maliyet sorununa yol açabileceği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında uyuşturucu madde bağımlıları gibi suçlularla mücadelede, geleneksel ceza adaleti sistemlerinin yetersiz kalmasının yol açtığı toplumsal ve siyasi rahatsızlıklar, daha insancıl, daha etkin, maliyeti daha düşük başka yöntemlerin geliştirilmesi çabalarına neden olmuştur. Bu çabalar, daha hafif müeyyidelerle suçlu ve toplum yararına netice elde edilebileceği hallerde, suçluların hapse atılması yerine onlara terapötik müdahalelerde bulunulmasına dair ihtisaslaşmış mahkemeleri ortaya çıkarmıştır. Bu mahkemeler özellikle, suç davranışı ile madde bağımlılığı, akıl sağlığı, evsizlik ve işsizlik gibi çoklu ve karmaşık sorunlar arasındaki yakın ilişkiye önem vermektedir. Zira suçun bu sorunlar temelinden meydana gelmesi durumunda, geleneksel ceza adaleti sistemi ve hapis yaptırımını yeniden suç işlemeyi engellemede başarısız olmakta, faili başka suçlularla iletişime geçiren hapis cezası, onun suç teşkil eden davranışının altında yatan nedenleri ele almada ve bu sorunların çözümünde etkisiz kalmaktadır.²²

Sorun çözen mahkemeler olarak da adlandırılan²³ ihtisas mahkemeleri, hapis cezası yerine yoğun terapötik müdahalelerin uygulanmasıyla fail ve toplum için olumlu sonuçların elde edilebildiği etkili bir yöntem olarak öne çıkmıştır. Terapötik müdahaleler, hukukun insan davranışları, duyguları ve zihin sağlığı üzerindeki etkilerine odaklanmaktadır. Hukuka yönelik bir ruh sağlığı yaklaşımı olarak ortaya çıkan terapötik yaklaşım, hukuki meselelerin daha kapsamlı, insancıl ve psikolojik açıdan en uygun şekilde ele alınmasını gerekli görür. Terapötik hukuk, sürekli adli müdahale, davranışların yakından izlenmesi ve bunlara anında yanıt verilmesi, tedavi hizmetlerinin adli vaka işlemleriyle entegrasyonu, çok disiplinli katılım, toplum temelli kuruluşlarla ve kamu kuruluşlarıyla iş birliği gibi ilkeler içermektedir. Terapötik mahkeme sürecinde de geleneksel mahkeme sürecinin aksine çekişme yerine iş birliği ve tedavinin sağlanması amaçlanmaktadır. Daha az resmi ve insan odaklı bu alternatif süreçte, kişi hakları açısından ceza adaleti sisteminin temel ilkelerinden bir sapma da söz konusu değildir.²⁴

Sorun çözen mahkemeler, artan suç tekrarı ve hapisane nüfusu açısından çözüm getirmektedir. Suçun altındaki nedenlere ve bunların giderilmesine odaklanılarak tedavi edilen suçlunun, ceza adaleti sistemine yeniden girme riski azaltılmakta; böylece suçlu yanında ailesi ve toplum açısından da olumlu sonuçlar elde edilmektedir.²⁵ İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde faaliyete geçen sorun çözen mahkemelerin, uyuşturucu, alkol, akıl sağlığı, evsizlik ve gençlik mahkemeleri gibi farklı alanlarda faaliyet gösteren türleri söz konusudur.²⁶

Hukukumuzda, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin imali, ticareti, satın alınması, kabulü, bulundurulması, bu maddelerin kullanımının kolaylaştırılması veya özendirilmesi ya da kullanılması TCK’nın 188, 190 ve 191. maddelerinde suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddelerde TCK’nın kabulünden bu yana, 5377, 5560, 6217, 6545, 6638, 7078, 7188 ve 7445 sayılı kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Yine uyuşturucu ile mücadeleye dair düzenlemeler içeren 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

¹⁶ Berkün (n 5) 60; Ergül (n 5)107.

¹⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, ‘From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment - Discussion Paper’ (2009 Vienna) 4. <https://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion_Ebook.pdf> 06 Ocak 2024

¹⁸ Giselle Dias, ‘Canada’s Drug Laws: Prohibition is Not the Answer’ in *Perspectives on Canadian Drug Policy*, (The John Howard Society of Canada, 2003) 9, 16. <<https://www.johnhoward.ca/wp-content/uploads/2016/12/Perspective-on-Canadian-Drug-Policy-Volume-1.pdf>> 06 Ocak 2024

¹⁹ Paul J. Goldstein, ‘The Drugs/Violence Nexus: A Tripartite Conceptual Framework’ (1985) 15(4), *Journal of Drug Issues*, 493, 493.

²⁰ ibid, 493-494; United Nations Office on Drugs and Crime, ‘Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts’ (1999 Vienna) 4. <https://www.unodc.org/pdf/lap_report_ewg_casework.pdf> 06 Ocak 2024

²¹ Goldstein (n 20) 497.

²² Liz Moore, ‘Tackling Drug Crime the TJ Way: Report on Therapeutic Jurisprudence and the Tasmanian Court Mandated Diversion Program’ (2012) *SSRN Electronic Journal* 9. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1992734>> 14 Ocak 2024

²³ Emine Kabak Yüce, ‘Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözme Yöntemi Modeli Olarak Sorun Çözen Mahkeme’, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2015), 13.

²⁴ Bruce J. Winick and David B. Wexler, ‘Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied’ (2015) 15(3) *Touro Law Review* 479, 479-480. <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol18/iss3/6>> 14 Ocak 2024; Moore (n 23) 10-12.

²⁵ Moore (n 23) 13.

²⁶ Kabak Yüce (n 24) 22-23; Moore (n 23) 14.

Kanun ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nda da bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklerin bağımlılık ve suçla mücadele kapsamındaki etki analizi raporlanmamıştır.

Çalışmamızın ana konusunu, sorun çözen mahkemelerin yaygın ve öne çıkan bir türü olan uyuşturucu tedavi mahkemeleri ve bu mahkemelerin ülkemizde kurulmasının faydalı olup olmayacağı hususu oluşturmaktadır. Uyuşturucu tedavi mahkemeleri üzerine başta ABD olmak üzere pek çok ülkede hukuk, tıp, sosyoloji gibi farklı disiplinlerde çok sayıda araştırma yapılmıştır. Irksal ve dini farklılıkların bu mahkemelerin başarısı üzerindeki etkisine varıncaya kadar, uyuşturucu mahkemelerinin neredeyse her yönü hakkında yazılmış makaleler bulunmaktadır.²⁷ Ancak hukukumuzda bu mahkemeler üzerine yapılan çalışmaların sayısı sınırlı kalmıştır.

Çalışmamız kapsamında, öncelikle ABD'de kabul edilen ve başka ülkelerde de benimsenen uyuşturucu tedavi mahkemelerini ortaya çıkaran nedenler, bu mahkemelerin işleyiş şekli, meydana getirdiği neticeler incelenmektedir. Bu incelemede genellikle ABD'de bulunan uyuşturucu tedavi mahkemelerini konu edinen kaynaklardan istifade edilmiştir. Akabinde, diğer bazı ülkelerin uyuşturucu tedavi mahkemesi teşkilat ve uygulamalarına dair bilgilere yer verilmiştir.

İkinci bölümdeyse TCK'nın 191. maddesi ve yapılan değişikliklere dair öz bilgilere yer verildikten sonra mer'î hüküm ve ilgili mevzuatımız terapötik hukuk yaklaşımı açısından değerlendirilmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise uyuşturucu bağımlılığı ve suç istatistiklerine yer verilerek TCK'nın 191. maddesine dair suç eğrisi tespit edilmektedir.

II. UYUŞTURUCU TEDAVİ MAHKEMELERİ

A- Genel Bilgiler

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri ilk kez 1989 yılında Amerika Birleşik Devletlerinin Florida Eyaletinde Miami-Dade'te faaliyete geçirilmiştir.²⁸ Bu mahkemelerinin ortaya çıkışında ABD'de uyuşturucu suçlarının sayısının 1980'li yıllardan başlayarak gösterdiği ciddi artışın yol açtığı insani sonuçlar ile ceza adaleti sistemi ve ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri önemli rol oynamıştır.²⁹ ABD ceza adaleti sisteminde meydana gelen bu iş artışında 1970'te başlayan ve sonraki yönetimler tarafından da desteklenen uyuşturucu ile savaş politikası etkili olmuştur. Bu politika çerçevesinde yapılan düzenlemeler, ceza ve tutuklamalarda ciddi artışlara yol açmıştır.³⁰ Nitekim 1980-1989 yılları arasında kokain kullanımının adeta salgına dönüşmesiyle, uyuşturucudan kaynaklı tutuklamalar %134 oranında artış göstermiştir.³¹

Uyuşturucu bağımlılığı ile mücadelede ilk tercih olan kullanıcıların cezalandırılmasının yerine, hapse alternatif usullerin benimsenmesine dair yaygınlaşan anlayışın da etkisiyle uyuşturucu tedavi mahkemeleri bir model olarak kabul görmüştür.³² Bu modelin öncesinde 1950'lerde, ABD'nin Chicago ve New York City eyaletlerinde bazı mahkemelerin uyuşturucu davalarına bakmakla görevlendirilmesine dair tedavi odaklı olmayan uygulamaların olduğu, yine uyuşturucu bağımlılarının tedavisine yönelik ancak mahkeme bünyesinde organize olmayan ve süreci mahkemenin takip etmediği, farklı birimlerin bazı çabalarının bulunduğu anlaşılmaktadır.³³

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri, uyuşturucu bağımlılığını klasik bir suç olarak değil, cezai sonuçları olan bir sağlık sorunu olarak görmekte ve terapötik hukuk anlayışına uygun olarak adli müdahaleyle tedavinin sağlanmasını amaç edinmektedir.³⁴ Bu mahkemeler, adalet sistemindeki uyuşturucu bağımlısı suçlular için tutuklama-mahkûmiyet-infaz-tahliye-tutuklama şeklindeki döner kapı döngüsünü sonlandırmak için geliştirilmiş bir yöntemdir.³⁵ Bu itibarla uyuşturucu tedavi mahkemeleri uyuşturucu

²⁷ Shannon M. Carey, Juliette R. Mackin and Michael W. Finigan, 'What Works? The Ten Key Components of Drug Court: Research-Based Best Practices' (2012) 8(1) Drug Court Review 6, 14; Ayorkor Gaba, Ashleigh Lovette, Bailey Pridgen, Marquita Taylor, Eva Woodward, Milagros C. Rosal, Melissa Anderson and David Smelson, 'Identifying strategies to advance equitable implementation of co-occurring mental health and substance use disorder treatment in drug treatment courts: A study protocol' (2023) 7(1) Journal of Clinical and Translational Science 1, 1-2.

²⁸ Hora and Stalcup (n 9) 4; Diana Esther Guzmán Rodríguez, 'International Drug Policy Consortium Briefing Paper-Drug Courts: Scope and Challenges of an Alternative to Incarceration' (2012) SSRN Electronic Journal 3. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184815>> 15 Ocak 2024; Steven Belenko, 'Research On Drug Courts: A Critical Review' (1998) 1(1) National Drug Court Institute Review 1, 4; Edward G. Armstrong, 'The Drug Court as Postmodern Justice', (2008) 16(4) Critical Criminology 271, 272; Arthur J. Lurigio, 'The First 20 Years of Drug Treatment Courts: A Brief Description of Their History and Impact' (2008) 72 (1) Federal Probation: A Journal of Correctional Philosophy and Practice 13, 17; Yokuş Sevik (n 4) 106; Kabak Yüce (n 24) 22.

²⁹ Lurigio (n 29) 17.

³⁰ Jessica M. Eaglin, 'The Drug Court Paradigm', (2016) 53(3) American Criminal Law Review 595, 600; Diana Blick, 'Addressing the Drug Problem: The Establishment of Drug Courts and Evaluating their Effectiveness' (thesis, Rochester Institute of Technology 2022) 2-3. <<https://repository.rit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12658&context=theses>> 14 Ocak 2024

³¹ Paul Gavin and Anna Kawalek, 'Viewing the Dublin Drug Treatment Court through the Lens of Therapeutic Jurisprudence' (2020) 11(5) International Journal for Court Administration 1, 4. <<https://doi.org/10.36745/ijca.298>> 14 Ocak 2024

³² Guzmán Rodríguez (n 29) 1.

³³ Belenko (n 29) 4.

³⁴ Guzmán Rodríguez (n 29) 2.

³⁵ David B. Wexler and Michael S. King, "Promoting Societal and Juridical Receptivity to Rehabilitation: The Role of Therapeutic Jurisprudence", in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders, (Organization of American States 2013), 21. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024

suçlarının yargılanmasına mahsus hızlandırılmış bir ceza muhakemesi olmayıp, tedavi ve sunulan diğer hizmetlerle bağımlı suçluların rehabilitasyonlarına odaklanan mahkemelerdir.³⁶

Bu ihtisas mahkemeleri uyguladıkları tedaviyle, yararlanıcılığı uyuşturucu bağımlılığından kurtarmanın yanında suç tekrarını ve dolayısıyla ceza adaleti sisteminin iş yükünün azaltılmasını hedeflemektedir. Tedavi olan bağımlılar, cezaevinin olumsuz etkisine de maruz kalmamış olacaktırlar.³⁷ Zira hapsedilmek, zaten pek çok sorunu olan bağımlıların durumlarının daha da kötüleşmesi, damgalanmaları ve toplumdan dışlanmaları, suç örgütleriyle tanışmaları, onurlarının zedelenmesi, tekrar suç işlemeleri ve sosyal becerilerinin azalması gibi pek çok olumsuz etkiye yol açabilmektedir.³⁸

Uyuşturucuyla mücadelede ceza hukukunun genel kurallarıyla hareket edilmesi, dünyanın birçok ülkesinde uzunca bir süredir hapisane nüfusunda önemli bir artışa neden olmuştur. Örneğin, ABD’de 1983-1993 yılları arasında hapsedilen uyuşturucu suçlularının sayısının 57 binden 353 bine çıktığı³⁹ ve 2004 yılında eyalet hapisanelerindeki mahkûmların %53’ünün uyuşturucu bağımlılığının bulunduğu⁴⁰, Arjantin’de uyuşturucu kaçakçılığı suçlarından hapse atılan mahkûmların toplam hapisane nüfusuna oranının 1985’te %1’iken 2000’de %27’nin üzerine çıktığı, Brezilya’da ise bu oranın 2005’te %9,1 iken 2009’da %19,22’ye yükseldiği tespit edilmiştir. Peru’da uyuşturucu suçluları, hapisane nüfusunun yaklaşık %23’ünü, Bolivya’da ise %30’unu oluşturmaktadır. Bu ülkelerde mahkûmların önemli bir yüzdesi uyuşturucuyla ilgili küçük suçlar nedeniyle cezaevindedir.⁴¹ 2022 yılında ABD’de toplam tutuklama sayısı 2.076.644 iken uyuşturucu bağımlılığından kaynaklı suçların sayısı 766.595 olarak belirlenmiştir. Ülkedeki uyuşturucu bağımlılığından kaynaklı tutuklamaların sayısı 2018 ila 2021 yılları arasında sırasıyla 1.367.942, 1.247.060, 938.869, 665.251 olarak gerçekleşmiştir.⁴²

Cezaevlerindeki zikredilen artışın yanı sıra uyuşturucu tedavi mahkemelerinin avantajlarını ortaya koyan araştırma sonuçları ve modelin ün kazanması nedeniyle bu model ABD dışındaki ülkelere de benimsenmiştir. Örneğin: Kanada, Avustralya, İngiltere, İskoçya, İrlanda⁴³, Avusturya, Belçika⁴⁴, Şili, Bolivya⁴⁵, Jamaika⁴⁶ ve Brezilya’nın bazı bölgelerinde uyuşturucu tedavi mahkemeleri faaliyet göstermektedir.⁴⁷ Bu mahkemelerin Alman hukuk sistemine aktarılması da bazı eserlerde değerlendirme konusu olmuş ve pilot uygulama yapılması önerilmiştir.⁴⁸

ABD’de faaliyet gösteren mahkeme sayısı süreç içinde artış göstermiştir. 2004’de 1.621 uyuşturucu tedavi mahkemesi varken bu sayı 2014’te 3.448’e, 2021’de ise 4.008’e ulaşmıştır.⁴⁹ 2022 yılı verilerine göre ABD’deki şehirlerin %55’inde uyuşturucu tedavi mahkemesi bulunmaktadır.⁵⁰ Ayrıca ABD’de gençler, aileler, gaziler gibi belirli grupları hedef alan yani ihtisaslaşmış uyuşturucu tedavi mahkemeleri de faaliyet göstermektedir.⁵¹ Yine aynı ülkede bağımlılık yapan maddeden yola çıkılarak New York eyaletinin Buffalo şehrinde ülkenin ilk opioid tedavi mahkemesi 2017 yılında açılmıştır.⁵² Bazı ülkelerde uyuşturucu bağımlılığının yanında alkol bağımlılığından kaynaklı suç faillerinin yargılamaları için de bağımlılık tedavi mahkemeleri kurulduğu anlaşılmaktadır.⁵³

³⁶ Douglas Longshore, Susan Turner, Suzanne Wenzel, Andrew Morral, Adele Harrell, Duane McBride, Elizabeth Deschenes and Martin Iguchi, “Drug Courts: A Conceptual Framework” (2021) 31(1) Journal of Drug Issues 7, 18; Peggy Fulton Hora, William G. Schma and John T. A. Rosenthal, “Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the Criminal Justice System ’s Response to Drug Abuse and Crime in America” (1999) 74 (2) Notre Dame Law Review 439, 452. <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss2/4/>> 14 Ocak 2024

³⁷ Guzmán Rodríguez (n 29) 5.

³⁸ Moore (n 23) 8.

³⁹ Dias (n 19) 16.

⁴⁰ Ryan S. King and Jill Pasquarella, ‘Drug Courts A Review of the Evidence’, (2009) The Sentencing Project Research and Advocacy For Reform 1. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1822/drugcourts_areviewoftheevidence.pdf> 14 Ocak 2024

⁴¹ Guzmán Rodríguez (n 29) 2.

⁴² <<https://cde.ucr.cjis.gov/LATEST/webapp/#/pages/explorer/crime/arres>> 14 Ocak 2024

⁴³ Health Research Board, ‘Newsletter of the Alcohol and Drug Research Unit’ (2007) 21-22. <https://www.drugsandalcohol.ie/11455/1/Drugnet_24.pdf> 14 Ocak 2024

⁴⁴ Jorn Dangreau and Annemieke Serlippens, ‘Implementing a Drug Treatment Court: Two Experiences. A Bottom-up Approach to Developing a Drug Treatment Court: The Case of Ghent, Belgium’ in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013), 84. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024

⁴⁵ Human Rights Watch, ‘Bolivia: Human Rights Violations and the War on Drugs’ (1995) <<https://www.refworld.org/docid/3ae6a7e64.html>> 14 Ocak 2024

⁴⁶ Stephane Jackson Haisley, ‘The Drug Treatment Court Concept: The Jamaica Drug Courts’ (2013) The Justice and Development Working Paper Series 20/2013 10. <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/814151468162271878/pdf/774300NWP0J0D000Box377296B00PUBLIC0.pdf>> 14 Ocak 2024

⁴⁷ Guzmán Rodríguez (n 29) 3; Ojmarrh Mitchell, David B. Wilson, Amy Eggers and Doris L. MacKenzie ‘Drug Courts Effects on Criminal Offending for Juveniles and Adults’ (2012) 8(1) Campbell Systematic Reviews 14. <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.4073/csr.2012.4>> 14 Ocak 2024; Joanne Csete and Denise Tomasini-Joshi, ‘Drug Courts: Equivocal Evidence On A Popular Intervention’ (2015) Open Society Foundations 3. <<https://www.srdaf.ie/wp-content/uploads/2015/05/drug-courts-equivocal-evidence-popular-intervention-20150518.pdf>> 14 Ocak 2024; Michael Rempel, Antonio Lomba Maurandi, Valerie Raine, Joseph Spadafore, Suvi Hynynen Lambson and Caroline S. Cooper, ‘A Diagnostic study of the Addiction Treatment Court in Guadalupe, Nuevo León, Mexico: Findings and Recommendations’ (2014) Inter-American Drug Abuse Control Commission and the Center for Court Innovation in cooperation with the Department of Justice, Law and Criminology at the School of Public Affairs at American University 2.

<https://www.innovatingjustice.org/sites/default/files/documents/diagnostic_study_nuevo_leon_ENG.pdf> 14 Ocak 2024

⁴⁸ Angelina Leder, ‘Amerikanische Drug Treatment Courts: Ein Vergleich mit deutschen Regelungen zum Umgang mit betäubungsmittelabhängigen Straftätern’ (Nomos, 2019), 518-519; Matthias Hellmund, ‘Das panamerikanische ‘Drug Court’ -System als Alternative für die deutsche Strafrechtspflege? Analyse und Vergleich internationaler Erfahrungswerte zum Umgang mit Drogenstraftätern’ (Duncker & Humblot, 2020), 254-255.

⁴⁹ Hora and Stalcup (n 9) 725; The National Drug Court Resource Center, Data Digest (2) Treatment Court Counts 1. <<https://ntcr.org/data-digest/>> 6 Ocak 2024

⁵⁰ Grace Calus, ‘Efficacy of Adult Drug Treatment Courts in North Carolina’, (Thesis, Guilford College 2023) 15. <https://www.jstor.org/stable/community.34724061> 14 Ocak 2024

⁵¹ Guzmán Rodríguez (n 29) 5.

⁵² Blick (n 31) 7.

⁵³ Queensland Uyuşturucu ve Alkol Mahkemesi için bakınız: <https://www.courts.qld.gov.au/courts/drug-court>; Yeni Zelanda Uyuşturucu ve

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri, uyuşturucu kullanıcılarına sunduğu tedavi ve sosyal hizmet programlarıyla onların tekrar suç işlemelerini engellemeyi ve toplumla bütünleşmelerini sağlamayı hedeflemektedir. Bu mahkeme modelinin, ülkeler ve hatta aynı ülkenin farklı bölgeleri arasında farklı uygulamaları söz konusu olsa da⁵⁴ öğreti ve bazı yasal metinlerde modelin içerdiği temel ilkeler zikredilmektedir.⁵⁵ ABD Adalet Bakanlığı ile Ulusal Uyuşturucu Mahkemesi Profesyonelleri Birliği iş birliğinde hazırlanan raporda bu ilkeler on başlıkta sıralanmaktadır.⁵⁶ Buna göre,

- Uyuşturucu mahkemeleri, alkol ve uyuşturucu bağımlılığının sonlandırılmasına dair tedavi hizmetlerini adalet sistemindeki dava işlemleriyle bütünleştirmektedir.
- İddia makamı ve savunma avukatı, çekişmeli olmayan bir yaklaşımla, kamu güvenliğinin ve katılımcının süreçteki haklarının korunmasına çalışırlar.
- Uygun katılımcılar erkenden belirlenir ve uyuşturucu mahkemesi programına hemen yerleştirilir.
- Uyuşturucu mahkemeleri alkol, uyuşturucu bağımlılığı ve diğer sorunlar için tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerine erişim sağlar.
- Katılımcının bağımlılık maddelerinden kaçınması, sıklıkla yapılan testlerle denetlenir.
- Katılımcıların programa uyumu ile mahkemenin uyum veya uyumsuzluğa karşı tepkisi koordineli bir çalışmayla takip edilir.
- Uyuşturucu mahkemelerinde katılımcılarla, sürekli adli etkileşim esastır.
- Programların, izlemesi ve değerlendirilmesiyle, hedeflere ulaşıp ulaşılamadığı tespit edilir ve etkinliği ölçülür.
- Disiplinler arası eğitimin sürekliliği, uyuşturucu mahkemesi programlarının planlanması ve uygulanmasının etkinliğini destekler.
- Uyuşturucu mahkemeleri, kamu kurumları ve toplum temelli kuruluşlar arasındaki iş birliğini temin ederek, programların etkinliğini artıracak yerel destekler sağlar.

Mezkûr ilkelerin yanında öğretide de uyuşturucu tedavi mahkemelerinin temel ilkelerine dair görüşler dile getirilmektedir. Çalışmamız kapsamında bu görüşlerden yola çıkarak, mahkemenin yapısı, programa kabul ölçütleri, tedavi ve sosyal destek programlarının içeriği, katılımcıların denetlenmesi, ödül ve ceza sistemi ile programın sonlandırılması dair temel benzerlikler ile farklılıklar, uyuşturucu tedavi mahkemelerinin başarısına dair değerlendirmeler ve bu mahkemelere yöneltilen eleştiriler ayrı alt başlıklar halinde incelenmektedir. Bu incelemenin akabinde uyuşturucu tedavi mahkemelerine dair bazı ülke uygulamalarına yer verilmiştir.

B- Uyuşturucu Tedavi Mahkemelerinin Yapısı

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri, terapötik hukuk yaklaşımı ilkelerini benimseyen sorun çözen ihtisas mahkemelerindedir.⁵⁷ Bu mahkemeler, asli amaçları mutlak bir ceza yargılaması yapmak olmasa da, olağan bir mahkeme gibi hâkim, savcı ve savunma avukatının görev yaptığı adli mekanizmalardır. Ancak uyuşturucu tedavi mahkemelerinde, disiplinler arası bir yaklaşımla hareket edilmesi gerektiğinden, yargı mensuplarının yanında uyuşturucu bağımlılığı tedavisine çabalayan sağlık görevlileri, sosyal desteklerin sunumunda görevli uzmanlar, kolluk ve denetim personeli de görev yapmaktadır.⁵⁸

Tedavi mahkemelerindeki bu çalışma yöntemi, iddia makamı ve savunma avukatı arasında çekişmeli olmayan bir yaklaşımla hareket edilmesini gerekli kılmaktadır. Ekip olarak çalışılan bu programda, savunma avukatı bağımlının programa katılımını teşvik ederek süreçteki haklarının korunmasını; savcılık ise katılımcının program koşullarına riayet etmesini ve böylece kamu güvenliğinin korunmasını amaç edinmektedir. Ancak her iki makamın ortak gayesi uyuşturucu mahkemesi programına kabul edilen bağımlının iyileşmesi ve yasalara saygılı davranmasıdır.⁵⁹

Disiplinler arası çalışmaya katılanlar ve aralarındaki koordinasyonun şekli ile bu çalışmanın başarısı mahkemeler açısından ayırıcı bir unsurdur. Zira uyuşturucu tedavi mahkemesi programından umulan başarının elde edilmesinde bu çalışma yöntemi oldukça önemli bir yere sahiptir. Yapılan araştırmalarda hâkim, tedavi birimi temsilcisi, savcı, savunma avukatı, kolluk kuvvetleri temsilcisi gibi tüm kilit oyuncuların değerlendirme duruşmalarında ve toplantılarda yer aldığı uyuşturucu tedavi mahkemelerinin

Alkol Mahkemeleri için bakınız: <https://www.justice.govt.nz/courts/criminal/specialist-courts/alkohol-and-other-drug-treatment-court/>; Glasgow Alkol Mahkemesi için bakınız: <https://justiceinnovation.org/project/glasgow-alkohol-court/>; Victoria Uyuşturucu ve Alkol Mahkemeleri için bakınız: <https://www.countycourt.vic.gov.au/going-court/criminal-division/drug-and-alkohol-treatment-court> 14 Ocak 2024

⁵⁴ Armstrong (n 29) 276

⁵⁵ Guzmán Rodríguez (n 29) 6; Gavin and Kawalek (n 32) 4; King and Pasquarella (41) 3; Mitchell, Wilson, Eggers and MacKenzie (n 48) 10; Caroline S. Cooper, Brent Franklin and Tiffany Mease, 'Establishing Drug Treatment Courts: Strategies, Experiences and Preliminary Outcomes - Volume One: Overview and Survey Results' (2010) Drugs Summit: European, Latin American and Caribbean Mayors and Cities 8. <https://www.oas.org/documents/eng/press/Publication_drug_courts_volumen_1.pdf>

⁵⁶ The National Association of Drug Court Professionals Drug Court Standards Committee, 'Defining Drug Courts: The Key Components' (1997) U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Assistance 3. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/205621.pdf>> 14 Ocak 2024

⁵⁷ Wexler/King (n 36) 34; Gavin and Kawalek (n 32) 1;

⁵⁸ Guzmán Rodríguez (n 29) 5; Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 4.

⁵⁹ Defining Drug Courts: The Key Components (n 57) 3; Hora and Stalcup (n 9) 792.

başarısının daha yüksek olduğu tespit edilmiştir.⁶⁰ Bu görevlilerin, disiplinler arası çalışma yöntemi, katılımcının bağımlılık ve tedavi süreci ile tedavi sonrası süreçte neler yaşayabileceği konularında eğitim alması da bu açıdan ziyadesiyle önemlidir.⁶¹

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin adli yapılanması ülkeler arasında farklılık göstermektedir.⁶² Bazı mahkemelerde tek hâkim görev yapmaktayken bazı mahkemelerde hâkimler heyeti görev yapmaktadır. Mahkemenin yapısına dair önemli bir diğer tercih mahkemede görevli hâkimlerin sadece uyuşturucu suçlarına bakıp bakmadığına ilişkindir. Bazı ülkelerde uyuşturucu tedavi mahkemelerinde görevli hâkimler bu mahkemeye dair eğitim almakta ancak diğer davalara ilişkin görevlerine de bakmaya devam etmektedir. Bazı uygulamalarda ise belirli işlev ve bağımsız bütçeye sahip olan uyuşturucu tedavi mahkemelerinde, münhasıran bu işe bakmakla görevlendirilmiş hâkimler görev almaktadır.⁶³

Bir ihtisas mahkemesi olan uyuşturucu tedavi mahkemelerinde alt ihtisaslaşmanın olup olmadığı da mahkemelerin yapılanmasına dair bir farktır. Bazı ülkelerde erkekler, kadınlar, çocuklar⁶⁴, aileler⁶⁵, gaziler gibi farklı nitelikteki insanları, farklı içerikteki programlarla tedavi etmek üzere alt ihtisaslaşmaya dayalı mahkemelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.⁶⁶

C- Uyuşturucu Tedavi Mahkemesi Programına Kabul Ölçütleri

Tedavi programının hedefi olan bağımlı kişilere ilişkin ölçütler, genel olarak bazı benzerliklere sahip olsa da mahkemelere göre önemli farklılıklar içerebilmektedir. Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin genelinde hedef kitle, uyuşturucu kullanımı veya şiddet içermeyen düşük seviyeli suçları işlemiş ve sabıkası olmayan bağımlılar olarak belirlenmektedir.⁶⁷ Bunun temel nedeni düşük seviyeli ve şiddet içermeyen suçluların uzun süre hapsedilmesinin, cezalandırmanın etkinliği ve maliyet açısından verimli görülmemesidir.⁶⁸ Düşük seviyeli suç ise kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmayan ancak yine de hapsedilmeyi gerektiren suçlar olarak ifade edilmektedir.⁶⁹

ABD’de uyuşturucu tedavi mahkemelerinin genellikle kullanıcılara odaklandığı, mahkeme tedavi programlarının mükerrirler ile şiddet suçu işleyenleri kapsamadığı anlaşılmaktadır.⁷⁰ Bazı mahkemelerde ise şiddet suçlarından itham edilenler ve mükerrir suçlular da programa kabul edilmektedir.⁷¹ Programın yüksek riskli suçlular⁷² ve madde kullanımıyla beraber başka suçlarla itham edilen bağımlılar⁷³ hakkındaki olumlu sonuçlarının daha etkili olduğu savunulmaktadır.

Tedavi programına kabule dair bu objektif ölçütlerin yanında katılımcı adayları tedavi sağlayıcılar tarafından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Katılımcının tedavi programına katılmaya hazır olup olmadığına tespiti açısından, bağımlılığın türü, süresi ve derecesi; bağımlılığın altında yatan psikolojik, sosyal, biyolojik ve ailevi nedenler; bağımlılığın kişisel özellikleri ve suç geçmişi gibi pek çok husus değerlendirilmektedir.⁷⁴

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinde katılımcı adayları program içeriği hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir. Bu kapsamda tedavi içeriği, tedaviye uyulmaması durumundaki yaptırımlar gibi konuların katılımcı tarafından anlaşılması önemlidir. Her ne kadar tedavi alternatifinin ceza tehdidi içermesi nedeniyle kabulün tam bir rızaya dayanmadığı savunulsa da program katılımcının kabulüne yani gönüllülük esasına dayanmaktadır.⁷⁵ Bağımlı için teklif edilen bu tedavi seçeneği ve buna dair kabul, ABD ceza adaleti sisteminde egemen olan iddia pazarlığının bir uzantısı mahiyetindedir. Bu pazarlık süreci, doğası gereği katılımcının bazı haklarından feragat etmesini de zorunlu kılmaktadır.⁷⁶ Bu yönüyle katılımcının bu süreçteki aydınlatılmış rızasının belgelendirilmesi gerekmektedir.⁷⁷ Tedavi programına başladıktan sonra katılımcı, ceza yargılamasına yeniden başlanmasını göze

⁶⁰ Guzmán Rodríguez (n 29) 5; Carey, Mackin and Finigan (n 28) 37.

⁶¹ William G. Meyer and A. William Ritter, ‘Drug Courts Work’ (2001) 14(3-4) Federal Sentencing Reporter Published by University of California Press 179, 183.

⁶² Guzmán Rodríguez (n 29) 6.

⁶³ Guzmán Rodríguez (n 29) 7.

⁶⁴ Robin J. Kimbrough, ‘Treating Juvenile Substance Abuse: The Promise of Juvenile Drug Courts’ (1998) 5(2) 11, 11.

⁶⁵ Ashley R. Logsdon, Becky F. Antle and Cindy Kamer, ‘Family Treatment Drug Court Cost Analysis: An In-depth Look at the Cost and Savings of a Southeastern Family Treatment Drug Court’ (2021) 99(5) Child Welfare 51, 53.

⁶⁶ Guzmán Rodríguez (n 29) 4; Armstrong (n 29) 277.

⁶⁷ King and Pasquarella (41) 3; Guzmán Rodríguez (n 29) 7; Eaglin (n 31) 604.

⁶⁸ Eaglin (n 31) 607.

⁶⁹ Eaglin (n 31) 608.

⁷⁰ Guzmán Rodríguez (n 29) 7; Eaglin (n 31) 604.

⁷¹ Guzmán Rodríguez (n 29) 7; Longshore, Turner, Wenzel, Morral, Harrell, McBride, Deschenes and Iguchi (n 37) 7, 8.

⁷² Douglas B. Marlowe, ‘Research Update on Adult Drug Courts’ (2010), National Association of Drug Court Professionals 3.

⁷³ <http://www.antoniascasella.eu/archila/Marlowe_drug_courts_2010.pdf> 14 Ocak 2024

⁷⁴ Carey, Mackin and Finigan (n 28) 26.

⁷⁵ Oo (n 8) 74.

⁷⁶ Guzmán Rodríguez (n 29) 7; Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 14.

⁷⁷ Hora and Stalcup (n 9) 746.

⁷⁷ Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21)14.

alarak bu tedaviyi reddedebilecektir.⁷⁸ Ancak ABD'nin bazı eyaletlerinde hamile bağımlıların zorunlu tedavisi gibi bazı hallerde tedavinin gönüllü katılıma bağlı olmadığı farklı içerikte uygulamalar da söz konusudur.⁷⁹

Tedavi programının başlama biçimi farklılık içermektedir. Tedavi programına sevk genel olarak savcı yetkisi ve takdirine bağlıdır. Çocuklara mahsus mahkemelerde müdafinin de bu talepte bulunması mümkündür.⁸⁰ Katılımcı adayının programa kabul edilmemesi durumunda buna itiraz hakkı söz konusudur.⁸¹

Bazı sistemlerde katılımcılar hüküm verilmeden evvel tedaviye yönlendirilerek haklarındaki ceza yargılaması ertelenmektedir. Kovuşturma öncesi sistem veya ertelenmiş kovuşturma olarak da isimlendirilen bu hallerde, yargılama veya savunma öncesinde tedaviye yönlendirilen bağımlının tedaviyi başarıyla tamamlaması halinde hakkında kovuşturma yapılmamakta, tedavide başarısız olan bağımlılar hakkında ise genel ceza yargılaması yapılmaktadır. Bazı sistemlerde ise tedavi programı, ceza verildikten sonra uygulanmaktadır. Hüküm sonrası model olarak adlandırılan bu programda başarı gösterilmesi halinde cezanın azaltılması veya tamamen adli sicilden silinmesi söz konusu olmaktadır.⁸² Hüküm öncesi ve hüküm sonrası programın birlikte yürütüldüğü mahkemeler de bulunmaktadır. Örneğin ABD'nin Florida eyaletinde Broward ve Hillsborough uyuşturucu mahkemelerinde, henüz mahkeme tarafından yargılanmamış veya mahkûm edilmemiş kimselerin ya da yargılanarak mahkûm olan bağımlıların katılabilecekleri en az 12 ay süren ve üç aşamadan oluşan programlara yer verilmiştir.⁸³

D- Tedavi ve Sosyal Destek Programının İçeriği

Uyuşturucu tedavi mahkemesi programlarında bağımlı suçlular, uyuşturucu sorunlarının üstesinden gelmelerine yönelik tedaviye tabi tutulmaktadır. Özellikle düşük seviyeli suçlarda kişinin suç işleminde uyuşturucu bağımlılığının etken olduğu kabul edilerek, kişiyi cezaevine girmeden tedavi ederek topluma yeniden kazandırmak amaçlanmaktadır.⁸⁴ Programa kabul edilecek bağımlıların en erken safhada tespiti ve programa yerleştirilerek tedavilerine başlanması amacı gözetilmektedir.⁸⁵ Böylece suçlunun tutuklanması akabindeki kriz halinden yararlanılarak onun tedaviye sevkini daha kolay sağlanabilmektedir. Ayrıca hızlı ve etkili bir tepki, ceza adaleti sistemine olan itimadı da güçlendirmektedir.⁸⁶

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinde tedavi süresi ve yöntemi açısından farklılıklar söz konusudur. Programın süresi ülkelere göre değişkenlik gösterse de genellikle 6 ay ila 1 yıl sürmektedir. Ayrıca katılımcıların program içeriğini tamamlayabilmek adına, programda daha uzun süre kalmaları da mümkündür.⁸⁷ Tedavi süreci, programın içeriğine göre değişen sayı ve içerikte aşamadan oluşmaktadır. Katılımcı her aşamada başarılı olarak sonraki aşamaya geçmekte ve programı tamamlamaktadır.⁸⁸

Genel tedavi yöntemi bağımlılık unsurunun yoksunluğuna dayanmaktadır. Ancak bazı mahkemeler ilaç tedavisine dayalı ikame bir tedavi yöntemi de benimsemektedir. Tedavinin etkisi ve kalıcı sonuç doğurabilmesi, bağımlılığın nüksetmemesi açısından önemli bir gerekliliktir.⁸⁹ İhtiyaç duyulan bağımlılar için uygulanacak ilaç tedavisi ayaktan olduğu gibi gerekmesi halinde yatarak da gerçekleştirilebilmektedir. Bu ilaç tedavisi, akupunktur, bireysel veya grup danışmanlığı gibi farklı yöntemlerle de desteklenebilmektedir.⁹⁰

Tedavi kapsamı, mahkemeler arasında farklılıklar içerdiği gibi katılımcı açısından da bireyselleştirilmiş özellikleri ihtiva eder. Bu bireyselleştirmede risk-ihtiyaç ve duyarlılık teorisinden yararlanılır. Teorinin ilk bileşenine göre bağımlılık düzeyi daha yüksek olan suçlular daha yoğun tedavi görmelidir. Dikkate alınacak ikinci husus bağımlının kriminojenik ihtiyaçların karşılanmasıdır. İstihdam ve eğitim gibi bu dinamik ihtiyaçlar iyileştirildiğinde veya ortadan kaldırıldığında yeniden suç işlemenin azaltılması mümkün olabilecektir. Son unsur ise duyarlılıktır. Buna göre suçlunun kişiliği, cinsiyeti, etnik kökeni, yaşı ve dili gibi faktörlerin tedavi planlaması ve sürecinde dikkate alınması tedavinin başarısı açısından önemlidir.⁹¹

Tedavi mahkemelerinde sunulan sosyal hizmetler de bu programların ceza yargılamasının klasik kurallarından farklılaşan yönlerinden biridir. Tedavinin yanında genellikle iş, mali durum, eğitim, sağlık, öfke kontrolü, ebeveynlik ve aile gibi sosyal,

⁷⁸ Hora and Stalcup (n 9) 750.

⁷⁹ Hora and Stalcup (n 9) 752.

⁸⁰ Guzmán Rodríguez (n 29) 7.

⁸¹ Hora and Stalcup (n 9) 781.

⁸² Guzmán Rodríguez (n 29) 7; Longshore, Turner, Wenzel, Morral, Harrell, McBride, Deschenes and Iguchi (n 37) 8; Blick (n 31) 8; King and Pasquarella (41) 3.

⁸³ Christine H. Lindquist, Christopher P. Krebs, Tara D. Warner and Pamela K. Lattimore, 'An Exploration of Treatment and Supervision Intensity among Drug Court and Non-Drug Court Participants' (2009) 48(3) Journal of Offender Rehabilitation 167, 169-170.

⁸⁴ Guzmán Rodríguez (n 29) 5.

⁸⁵ Gavin and Kawalek (n 32) 5; Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 16.

⁸⁶ Defining Drug Courts: The Key Components (n 57) 5.

⁸⁷ King and Pasquarella (41) 4; Blick (n 31) 9.

⁸⁸ Blick (n 31) 10.

⁸⁹ Guzmán Rodríguez (n 29) 8.

⁹⁰ Peter Finn and Andrea K. Newlyn, 'Miami Drug Court Gives Drug Defendants a Second Chance' (1994) 77(5) Judicature 268, 269.

⁹¹ Leticia Gutierrez and Guy Bourgon, 'Drug Treatment Courts: A Quantitative Review of Study And Treatment Quality' (2009) Public Safety Canada 3. <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrccs/pblctns/2009-04-dtc/2009-04-dtc-eng.pdf>> 14 Ocak 2024; Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 12, 13.

ekonomik ve sağlık alanındaki pek çok problemin çözümünde yardımcı olmak için olanak ve programlar sunulmaktadır.⁹² Temel amaç bağımlının topluma yeniden kazandırılması olan bu sosyal hizmetlerin yeterli düzeyde sunulması oldukça önemlidir. Ancak bütçe gibi kısıtlar nedeniyle yeterli sosyal desteğin sağlanmadığı uygulamalar da söz konusudur.⁹³

İlk kez 1995 yılında faaliyete başlayan çocuk uyuşturucu tedavi mahkemeleri ise yetişkin mahkemelerine nazaran bazı ilave özelliklere sahiptir. ABD’de Çocuk Uyuşturucu Mahkemeleri Uygulama Stratejileri isimli 2003 tarihli yayında, Adalet Bakanlığı ile Ulusal Uyuşturucu Mahkemesi Profesyonelleri Birliği tarafından ilan edilen 10 temel bileşene bazı eklemeler yapılmıştır. Buna göre çocuk mahkemelerindeki tedavi ergenlerin gelişimsel ihtiyaçlarına, cinsiyet ve kültürlerine göre uyarlanmalıdır. Bu mahkemelerde aile değerli bir bileşen olarak tanınmalı ve aileye odaklanılmalıdır.⁹⁴

Çocuklar açısından ailelerin, akran grubunun, okul ve toplumun dâhil edildiği, çocuğun madde bağımlılığından korunmasına dair çeşitli önlemlerin alındığı, çocuğun gelişimiyle ilgili beceri ve yeterliliklere odaklanıldığı bir tedavi süreci söz konusudur.⁹⁵ Bu programın belirlenmesinde çocuğun bağımlılık geçmişi, bedeni ve ruhi sağlığı, ailesi, eğitim durumu, akran ilişkileri, kişisel becerisi, boş zaman aktiviteleri gibi pek çok unsur değerlendirilmektedir.⁹⁶

E- Katılımcının Denetlenmesi, Ödül ve Ceza Sistemi ile Programın Sonlandırılması

Uyuşturucu tedavi mahkemesi programlarında katılımcılar, etkili bir şekilde denetlenmektedir. Buna göre katılımcının tedavi koşullarına uygun hareket edip etmediği, program sürecinde uyuşturucu kullanıp kullanmadığının tespiti için periyodik ve rastgele testler yapılmakta, belirli ve sık aralıklarla yapılan duruşmalarda mahkemece durum değerlendirilmektedir.⁹⁷ İdrar testlerinin rastgele ve sık yapılması, katılımcının madde kullanımını buna göre ayarlayamamasını sağlamakta ve testi geçmeye dönük hileli davranışlarda bulunmasını engellemektedir.⁹⁸

Tedavi programlarında her katılımcının ilerleyişi, adli ve sağlık personelinin yanında hâkim tarafından değerlendirme duruşmalarında bizzat ele alınmaktadır.⁹⁹ Hâkim bağımsız ve tarafsız yargı yetkisinin yanında tedavi sürecinin denetim ve gözetimi ile bu sürece uyumun teşvikinde aktif görev almaktadır.¹⁰⁰ Çocuk uyuşturucu tedavi mahkemelerinde bağımlı çocukların yanında ebeveynlerinin de değerlendirme duruşmalarına katılmaları sağlanmaktadır.¹⁰¹ Yapılan farklı araştırmalarda test ve duruşmaya dayalı bu denetim usullerinin etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹⁰²

Hâkimin değerlendirme duruşmalarında katılımcılara daha fazla süre ayırdığı, uyuşturucu testlerinin haftada en az iki kez yapılarak sonuçlarının kırk sekiz saat içinde değerlendirildiği, bağımlının programda başarı göstermesi için en az son 90 gün boyunca yapılan testlerinin pozitif çıkmamasının arandığı tedavi programlarının başarısının daha yüksek olduğu tespit edilmiştir.¹⁰³

Tedavi sürecinde yapılan testler ve duruşmalarda tedaviye uyumsuzluk gösterdiği, mahkemece belirlenen kurallara uygun davranmadığı tespit edilen katılımcılar için sözlü uyarı, uyum haftasının kaybı, kamu hizmetlerinde çalışma, test ve duruşmaların sıklaştırılması ile birkaç günlük hapis cezası gibi farklı geçici yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu süreçteki en ağır yaptırım ise failin programdan çıkarılmasıdır.¹⁰⁴ Bu yaptırımlar uygulanmadan önce katılımcıların görüşlerinin alınması tavsiye edilmektedir.¹⁰⁵

Kurallara uyan katılımcılar, sözlü övgü, başarı sertifikası, ücretsiz ulaşım, sinema veya maç bileti, mali cezalarda indirim ve sair bazı ekonomik avantajlar sağlanması gibi farklı şekillerde ödüllendirilmektedir.¹⁰⁶ Bu ödül ve ceza sisteminin etkin ve öngörüldüğü şekilde uygulandığı programların katılımcının motive edilmesi açısından daha başarılı olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁷

Hakkındaki ceza davası veya hükmedilen ceza uyuşturucu tedavi mahkemesi programı sayesinde ertelenmiş olan katılımcılar, tedavi programını başarıyla tamamladıklarında haklarındaki ceza davası düşürülmekte veya hükmedilen ceza ortadan kaldırılmakta ya da bu cezada indirim yapılmaktadır. Tedavinin başarısız olması halinde ise fail cezalandırılmaktadır.¹⁰⁸

⁹² Belenko (n 29) 5; Carey, Mackin and Finigan (n 28) 37; Logsdon, Antle and Kamer (n 65) 54, 55; Oo (n 8) 78

⁹³ Guzmán Rodríguez (n 29) 8.

⁹⁴ Matthew L Hiller, Steven Belenko, Michael Dennis, Barbara Estrada, Chelsey Cain, Juliette R. Mackin, Raanan Kagan and Lauren Pappacena, ‘The impact of Juvenile Drug Treatment Courts (JDTC) implementing Federal Evidence-Based Guidelines on recidivism and substance use: multisite Randomized Controlled Trial (RCT) and Regression Discontinuity (RDD) Designs’ (2021) 9(1) Health and Justice 1, 2.

⁹⁵ Kimbrough (n 65) 16.

⁹⁶ Kimbrough (n 65) 18.

⁹⁷ Belenko (n 29) 5.

⁹⁸ Marlowe (n 73) 4.

⁹⁹ King and Pasquarella (41) 12; Hora and Stalcup (n 9) 750.

¹⁰⁰ Hora and Stalcup (n 9) 772.

¹⁰¹ Kimbrough (n 65) 12.

¹⁰² Belenko (n 29) 12; Hora and Stalcup (n 9) 763.

¹⁰³ Carey, Mackin and Finigan (n 28) 24.

¹⁰⁴ Guzmán Rodríguez (n 29) 8; Stacy L. Cook, ‘Observations of a Drug Court Judge’, (2017) 29(4) Federal Sentencing Reporter Published by University of California Press 211, 211.

¹⁰⁵ Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 16.

¹⁰⁶ Cook (n 105) 211; Hora and Stalcup (n 9) 776.

¹⁰⁷ Mitchell, Wilson, Eggers and MacKenzie (n 48) 37.

¹⁰⁸ Guzmán Rodríguez (n 29) 1; Belenko (n 29) 5; Eaglin (n 31) 603.

F- Uyuşturucu Tedavi Mahkemelerinin Başarısına Dair Değerlendirmeler

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin bazı temel benzerlikleri olsa da farklı uygulama biçimleri söz konusudur. Bu modellerin hepsinin aynı derecede başarılı olamaması da bu farklılığın tabii bir neticesidir. Ancak uyuşturucu tedavi mahkemelerinin içerdiği tedavi ve denetim mekanizması ile sunduğu sosyal olanaklar sayesinde uyuşturucu bağımlılığının ve uyuşturucu kullanımına bağlı suçların azaltılması ile cezaevlerindeki kalabalıklaşmanın ve mükerrer suçluluğun engellenmesi konularında faydalı olduğu ve bu yöntemin daha az yatırım gerektirmesi nedeniyle maliyet ve fayda açısından olumlu neticeler sağladığı genel olarak savunulmaktadır.¹⁰⁹ Bu mahkemelere dair zikredilen hususların fiili durumla ne ölçüde bağdaştığının tespiti için modelin uygulandığı ülkelerdeki araştırma neticelerinin incelenmesi önemlidir.

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin zikredilen ilk faydası, uyuşturucu bağımlılığı ve buna bağlı suçların işlenmesinin azaltılması ile cezaevlerindeki kalabalıklaşmanın ve mükerrer suçluluğun engellenmesine ilişkindir. Buna dair pek çok araştırma söz konusudur. ABD’de yapılan çalışmalarda suç ve madde bağımlılığı arasında doğru orantılı bir ilişki olduğu, tutuklanma sırasında yasa dışı uyuşturucu testi pozitif çıkan yetişkin erkek tutukluların oranının bazı eyaletlerde %50, bazılarında ise %77’ye kadar çıktığı tespit edilmiştir. Yine cezaevindeki mahkûmların %68’inin cezaevine kabul edilmelerinden önceki yıl içinde madde bağımlısı oldukları bildirilmektedir.¹¹⁰

Tedavi gören bağımlıların tedaviden önceki 12 ay ile tedaviden sonraki 12 ay arasındaki suç faaliyetlerinin mukayese edildiği bir çalışmada, uyuşturucu satma oranının %78, mağaza hırsızlığının %82, yasa dışı faaliyetlerden gelir elde etmenin %48, tutuklama oranının %64 oranında azaldığı tespit edilmiştir.¹¹¹ Kuzey Caroline eyaletinde yapılan bir diğer çalışmada 2002 yılından beri uyuşturucu tedavi mahkemesinin bulunduğu Orange şehri ile bu mahkemenin faaliyet göstermediği Rowen şehri karşılaştırılmıştır. Çalışma neticesinde, Rowen’da uyuşturucu kullanımı ile buna bağlı ölümler, suçlar ve hapsedilme oranının Orange şehrine göre daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılmış¹¹² ve Kuzey Caroline eyaletinde uyuşturucu tedavi mahkemesi sayısının artırılması önerilmiştir.¹¹³

Dublin’de yapılan araştırmada ise uyuşturucu tedavi mahkemelerinin tekrar suç işleme oranını %75’in üzerinde azalttığı tespit edilmiştir.¹¹⁴ Benzer şekilde ABD’nin Delaware, Kaliforniya¹¹⁵ ve New York¹¹⁶ eyaletlerindeki bazı uyuşturucu mahkemelerinde ve Avustralya’da¹¹⁷ yapılan farklı araştırmalarda tedaviyi başarıyla tamamlayanların suçta tekrür oranlarının oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir. Avustralya’da yapılan araştırmalarda uyuşturucu tedavi mahkemelerinin 15 yıl gibi uzun bir dönemdeki etkisi de ölçülmüştür. Buna göre önemli sabıka geçmişi ve uyuşturucu bağımlılığı olan kişilerde dahi modelin uzun vadede kalıcı etkilere yol açma potansiyeli söz konusudur. Yapılan bu çalışmada, uyuşturucu tedavi mahkemelerinin uzun dönemde tutuklanma oranını yüzde %32,4, hırsızlık suçlarının işlenmesini %40,5, uyuşturucu suçlarının işlenmesini ise %25,5 oranında azalttığı tespit edilmiştir.¹¹⁸

Uyuşturucu tedavi mahkemelerindeki tedavi süresinin 8 ila 16 ay arasında sürdüğü programlar, tekrar suç işleme oranlarını azaltması açısından daha başarılı bulunmaktadır. Yine, hüküm öncesi yani bağımlı hakkındaki kovuşturmanın ertelendiği modelin de alternatiflerine göre daha etkili olduğu tespit edilmiştir.¹¹⁹ Mahkemelerin başarısındaki bir diğer önemli ölçüt iş yüküdür. Dava yükünün fazla olmadığı programlar daha başarılı sonuçlar vermektedir.¹²⁰

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri maliyet açısından, geleneksel ceza adaleti sistemine nazaran avantajlı bulunmaktadır.¹²¹ Uyuşturucu tedavi mahkemeleri mali açıdan genel olarak kamu kaynaklarından finansa edilse de bazı uygulamalarda katılımcılardan ödeme gücü nazara alınarak ücret tahsil edilmektedir. Bu sayede program mali açıdan kısmen kendi kendine yetebilir hale getirilmektedir.¹²²

¹⁰⁹ Guzmán Rodríguez (n 29) 8; Belenko (n 29) 12; Moore (n 23) 15-16; Meyer and Ritter (n 62) 179; Marlowe (n 73) 1; Mitchell, Wilson, Eggers and MacKenzie (n 48) 33; Dangrean and Serlippens (n 45) 106; Lisa S. Nored and Philip E. Carlan, ‘Success of Drug Court Programs: Examination of the Perceptions of Drug Court Personnel’ (2008) 33(3) Criminal Justice Review 329, 338.

¹¹⁰ Michael W. Finigan, Shannon M. Carey and Anton, Cox, ‘Impact of a Mature Drug Court Over 10 Years of Operation: Recidivism and Costs (Final Report)’ (2007) NPC Research 2. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/219225.pdf>> 14 Ocak 2024

¹¹¹ ibid 2.

¹¹² Calus (n 51) 29-30.

¹¹³ Calus (n 51) 35.

¹¹⁴ Cooper, Franklin and Mease (n 56) 8.

¹¹⁵ Belenko (n 29) 17.

¹¹⁶ Blick (n 31) 11.

¹¹⁷ Don Weatherburn, Steve Yeong, Suzanne Poynton, Nikky Jones and Michael Farrell, ‘Long-term effect of the NSW Drug Court on Recidivism’ (2020) (Crime and Justice Bulletin No. 232) NSW Bureau of Crime Statistics and Research 2.<<https://www.bocsar.nsw.gov.au/Publications/CJB/2020-The-Long-term-effect-of-the-NSW-Drug-Court-on-recidivism-CJB232.pdf>> 14 Ocak 2024 ; Mitchell, Wilson, Eggers and MacKenzie (n 48) 27.

¹¹⁸ Brook Kearley, ‘Long Term Effects Of Drug Court Participation: Evidence From A 15- Year Follow-Up Of A Randomised Controlled Trial’ (thesis, Faculty of the Graduate School of the University of Maryland 2017) 89-91. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/251117.pdf>> 14 Ocak 2024

¹¹⁹ Guzmán Rodríguez (n 29) 9.

¹²⁰ Carey, Mackin and Finigan (n 28) 22, 23.

¹²¹ Guzmán Rodríguez (n 29) 9; Belenko (n 29) 11; Meyer and Ritter (n 62) 179. 180; Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 23.

¹²² Finn and Newlyn (n 90) 270.

ABD’de yapılan bir çalışmada uyuşturucu mahkemelerinde harcanan her 1,00 ABD Doları karşılığında ceza adaleti sistemine ortalama 2,21 ABD Doları doğrudan fayda sağlandığı, her katılımcı başına da 3.000 ila 13.000 ABD Doları arasında tasarruf edildiği sonucuna ulaşılmıştır.¹²³ 2023 tarihli bir raporda uyuşturucu tedavi mahkemelerinin geleneksel ceza adaleti sistemine nazaran kişi başına 5.680 ila 6.208 ABD Doları tasarruf sağladığı ifade edilmektedir.¹²⁴ Daha eski muhtelif çalışmalarda da bağımlıların cezalandırılmasının uyuşturucu tedavi mahkemeleri vasıtasıyla tedavi edilmelerine nazaran çok daha maliyetli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.¹²⁵ Denver Uyuşturucu Mahkemesi’nde yapılan çalışmada, mahkemede uygulanan tedavi programlarının hapsedilmeye nazaran yıllık 1,8 ila 2,5 milyon dolar tasarruf sağladığı neticesine ulaşılmıştır.¹²⁶

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin hapsedmeye alternatif olması nedeniyle bağımlının temel haklarını kullanabilmesi ve topluma yeniden kazandırılması açısından olumlu olduğu genel kabul görmektedir.¹²⁷ Uyuşturucu tedavi mahkemesi modeliyle, ceza adaleti sistemi içindeki çeşitli kurum, personel ve halk sağlığı sistemi arasındaki irtibat sağlanmakta ve toplumla iş birliği teşvik edilmektedir. Bu yönüyle suçluların ihtiyaç duydukları tedavi ve sosyal hizmetlerin tespiti ve sunumunda oldukça önemli bir yöntemdir.¹²⁸ Bu mahkemelerde uygulanan programlar, katılımcılarının aile ilişkileri, istihdam oranları ve yıllık gelirlerine de olumlu etki sağlamaktadır.¹²⁹ ABD’de yapılan bir araştırmada tedavi programını başarıyla tamamlayan kişilerin %78’inin mevcut işlerini koruduğu veya iş buldukları tespit edilmiştir.¹³⁰

G- Uyuşturucu Tedavi Mahkemelerine Yöneltilen Eleştiriler

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin tasarım ve uygulanma biçimi ile modelin esasına yönelik birtakım eleştiri ve öneriler söz konusudur. İlk eleştiri uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde bağımlılığın bir halk sağlığı sorunu olarak değil, bir ceza adaleti sistemi sorunu olarak değerlendirilmesidir. Bu durum uyuşturucu kullanımının nedenlerine odaklanılmasını engellemektedir. Uyuşturucu tedavi mahkemelerinde kabul edilen ödül ve ceza sisteminde muhatabın rasyonel davranması beklenmektedir. Ancak bağımlılığın ileri boyutta olduğu yani sağlık sorununun ciddi olduğu vakalarda, bağımlının rasyonel davranması yani tedavi sürecine riayet etmesi de zorlaşmaktadır. Bu itibarla bedeni ve ruhi açıdan daha iyi durumda olan bağımlılar açısından uyuşturucu tedavi mahkemelerinin başarı oranı daha yüksek olacaktır.¹³¹

İkinci eleştiri ise uyuşturucu tedavi mahkemesi tedavi programlarına erişimin adaletli olmadığına yöneliktir. Mahkemeler genellikle düşük seviyeli suçlarla itham edilen kişilerin tedavisinde görev almaktadır. Mahkemelerin daha kolay ve sonuç alabilecekleri davalara odaklanmaları ve bu doğrultuda katı ölçütler benimsenmesi nedeniyle tedaviye ihtiyaç duymasına rağmen daha ağır vakalar programa kabul edilmemektedir.¹³²

Uyuşturucu tedavi mahkemeleri eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Buna göre aynı suçu işleyen ve tedaviye kabul edilen kişilerin aksine, tedavi programına kabul edilmeyen kişilerin olağan ceza adaleti sistemine tabi olmalarının aynı haksızlık karşısında farklı sonuç çıkmasına yol açtığı ileri sürülmektedir. Genellikle ekonomik açıdan zayıf konumda olan ve toplumun dışlanan kesimi olan azınlıkların bu mahkemelere erişiminin kısıtlı olduğu da ifade edilmektedir. Örneğin, ABD’de Afrikalıların beyazlara oranla uyuşturucu nedeniyle tutuklanma oranının çok daha fazla olduğunu tespit edilmiştir. Bunun nedenlerinden biri Afrikalıların beyazlara göre sabıka kayıtlarının daha fazla olması nedeniyle programa kabule dair uygunluk ölçütünü sağlayamamalarıdır. Bu kişiler programa kabul edilmeleri halinde de beyazlara göre programdan atılma oranları daha yüksektir. Ancak bu durum kültürel farklılıkları gözetken farklı programların sunulmaması, ekonomik yoksunluklar ve etnik kökene dayalı danışmanlık sağlanamaması nedenlerinden kaynaklanmaktadır.¹³³

Mahkemede uygulanan ödül ve ceza sisteminin bir parçası olan ara yaptırımlar nedeniyle hapsedilen sürelerin, katılımcıların tedavi programına girmemeleri halinde alacakları hapis cezasını geçebildiği ifade edilerek bu durum da eleştiri konusu yapılmaktadır.¹³⁴

Ülkelerdeki kapasite sorunu nedeniyle programa alınan tüm katılımcılara aynı kalitede tedavi olanağının sunulmaması ve bu nedenle hizmet alınan özel kuruluşların da her zaman bilimsel temelli tedavi programlarını uygulamamaları eleştirilmektedir. Bu kapasite sorununun temelinde finansman eksikliğinin olduğu, yeterli finansmanın ve personelin bulunmadığı hallerde uyuşturucu tedavi mahkemelerinin başarılı olamayacağı belirtilmektedir. Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin hedeflerine ulaşabilmesi için

¹²³ Marlowe (n 73) 3.

¹²⁴ U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Drug Treatment Courts, (2023) 1. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/238527.pdf>> 14 Ocak 2024

¹²⁵ Belenko (n 29) 15, 16; Finn and Newlyn (n 90) 270.

¹²⁶ Meyer and Ritter (n 62) 181.

¹²⁷ Guzmán Rodríguez (n 29) 9.

¹²⁸ Belenko (n 29) 21.

¹²⁹ Marlowe (n 73) 2.

¹³⁰ Meyer and Ritter (n 62) 184.

¹³¹ Guzmán Rodríguez (n 29) 10.

¹³² Guzmán Rodríguez (n 29) 11.

¹³³ Gaba, Lovette, Pridgen, Taylor, Woodward, Rosal, Anderson and Smelson (n 28) 2; Guzmán Rodríguez (n 29) 10-11.

¹³⁴ Guzmán Rodríguez (n 29) 11.

yeterli fon ve kaynaklar ile güçlü ve erişilebilir bir tedavi sistemine sahip olması gerekmektedir. Aksi halde bu sistemin ceza adaleti sistemi üzerinde menfi yönde etkileri de ortaya çıkabilir.¹³⁵

H- Uyuşturucu Tedavi Mahkemelerinin Bulunduğu Bazı Ülkeler

1- Kanada

ABD dışındaki ilk uyuşturucu tedavi mahkemesi Aralık 1998'de Kanada'nın Toronto şehrinde kurulmuştur.¹³⁶ Bu başlangıç öncesinde 1969'da Kanada Hükümeti tarafından oluşturulan Ledain Komisyonu'nun Kanada'daki madde bağımlılığı ile ilgili yaptığı çalışmada, yüz binlerce Kanadalı'nın uyuşturucu nedeniyle mahkûm olması nedeniyle cezai yaptırımlara alternatiflerin aranması tavsiyesinde bulunulduğu; 1987'de Kanada Uyuşturucu Stratejisi'nin uygulamaya konularak, uyuşturucu kullanımının azaltılması amacıyla tedavi ve önleme programları için fon tahsis edildiği; 1988'de Kanada Madde Bağımlılığı Merkezi'nin kurulduğu ve 1996'da Kontrollü İlaç ve Maddeler Kanunu'nun kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹³⁷ Kanada'daki bu çabalar, ülkedeki uyuşturucu suçlarının artışı ile ilgilidir. Zira Kanada'da uyuşturucu suçlarına dair tutuklama ve mahkûmiyetlerin yüksek rakamlara ulaştığı belirtilmektedir.¹³⁸

Dört yıllık bir pilot proje olarak tasarlanan uyuşturucu tedavi mahkemesinde, adalet bakanlığı, baro, halk sağlığı, bağımlılıkla mücadele birimi, cezaevi ve mahkeme temsilcileri dâhil pek çok paydaşın iş birliği içinde çalıştığı anlaşılmaktadır.¹³⁹ Bu kapsamda Bağımlılık ve Akıl Sağlığı Merkezi tarafından ABD'deki uyuşturucu tedavi mahkemesi programlarına benzer şekilde, katılımcıların değerlendirilmesi, tedavisi ve sonrasına dair bir program oluşturulmuştur. Programa göre uyuşturucu mahkemesindeki bir kişinin tahmini program maliyeti 4.500 ABD Doları iken, uyuşturucu suçlusunun hapsedilmesinin maliyeti yaklaşık olarak 47.000 ABD Dolarıdır.¹⁴⁰

Kanada'da uyuşturucu tedavi mahkemelerinin kabulü, uyuşturucu bağımlılığının salt ceza adaleti sorunu olmadığı, önemli bir halk sağlığı ve toplumsal sorun olduğu inancına dayanmaktadır. Bu açıdan uyuşturucu tedavi mahkemeleri, uyuşturucu bağımlılarının hapisle cezalandırılmaları yerine yanlış davranışlarının sorumluluğunu üstlenerek bu davranışları düzeltip uyuşturucu kullanmayı bırakmalarını yani tedavi edilmelerini amaçlamaktadır.¹⁴¹

Kanada'nın farklı eyaletlerinde uyuşturucu tedavi mahkemeleri bulunmaktadır. Yargı çevreleri farklı olan mahkemelerin yapısı ve programları da farklılık içermektedir. Ancak tüm bu mahkemeler genel bazı özellikler ve tedavi süreçlerine sahiptir. Kanada'da hem hüküm öncesi hem de hüküm sonrası tedavi modeli uygulanmaktadır. Uyuşturucu tedavi mahkemesine kabul süreci bağımlıların resmi başvuruları ile başlamaktadır. Başvuru üzerine bağımlının tedavi programına kabul edilmeye dair ölçütleri karşılayıp karşılamadığına dair Kanada Başsavcılığı tarafından bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu kapsamda itham olunan suçun uyuşturucu bağımlılığı tesirinde işlenmesi ve bazı istisnalar dışında ikrar edilmesi gerekli görülmektedir.¹⁴² İtham olunan suçun şiddet içermemesine dair gereklilik de söz konusuysen, 02.01.2024 tarihli değişiklikle daha önce şiddet suçlarından mahkûm olanların program kapsamından doğrudan çıkarılmamaları benimsenmiştir.¹⁴³

Başvuru koşullarını sağladığı tespit edilen kişiler, tedavi görevlileri tarafından yapılan görüşme ve değerlendirme neticesinde mahkemeye sevk edilmektedirler. Talebin mahkemece kabulüyle program başlamakta, reddi halinde ise dava normal mahkeme sürecine iade edilmektedir. Programa kabul edildikten sonra, katılımcılar düzenli olarak duruşmaya çıkmakta, rastgele ve sık uyuşturucu testlerine tabi tutulmakta ve planlanmış tedavi sürecine katılmaktadırlar. Program genellikle 12 ila 18 ay devam etmektedir. Bu programı başarıyla tamamlayan katılımcılar hakkındaki suçlamaların geri çekilmesi veya ertelenmesi ya da cezaların azaltılması söz konusudur.¹⁴⁴

¹³⁵ Guzmán Rodríguez (n 29) 12.

¹³⁶ Lisa Strauss, 'U.S. Drug Court: A Building Block for Canada' (2002) 8(2) ILSA Journal of International & Comparative Law 685, 686.<<https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=ilsajournal>> 20 Ocak 2024; Paul Bentley and Kofi Barnes, 'Basic Principles of Drug Treatment Courts: The Judicial Component. The Canadian Experience and Lessons Learned' in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013), 32. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024; Daniel Werb, Richard Elliott, Benedikt Fischer, Evan Wood, Julio Montaner and Thomas Kerr, 'Drug Treatment Courts in Canada: An Evidence-Based Review' (2007) 12(2-3) HIV AIDS Policy Law Review 12, 13.

¹³⁷ Strauss (n 137) 696-697; Dias (n 19) 11.

¹³⁸ Strauss (n 137) 698.

¹³⁹ Bentley and Barnes (n 137) 45; John Weekes, Rebecca Mugford, Guy Bourgon and Shelley Price, "Drug Treatment Courts FAQs" (2007) Canadian Centre on Substance Abuse 2. <<https://ccsa.ca/sites/default/files/2019-05/ccsa-011348-2007.pdf>> 14 Ocak 2024

¹⁴⁰ Strauss (n 137) 700.

¹⁴¹ Bentley and Barnes (n 137) 45-46.

¹⁴² Public Prosecution Service of Canada, '6.1 Drug Treatment Courts' <ppsc-sppc.gc.ca> 14 Ocak 2024

¹⁴³ Public Prosecution Service of Canada, 'Changes To Ppsc's Eligibility Criteria For Drug Treatment Court Programs' <https://ppsc-sppc.gc.ca/eng/nws-nvs/2024/02_01_24.html> 14 Ocak 2024

¹⁴⁴ Government Of Canada, 'Drug Treatment Court Funding Program' <<https://www.justice.gc.ca/eng/fund-fina/gov-gouv/dtc-ttt.html>> 14 Ocak 2024; Weekes, Mugford, Bourgon and Price (n 140) 3-4.

2- Avustralya

Avustralya’da 1998 yılında Uyuşturucu Mahkemeleri Kanunu¹⁴⁵ kabul edilmiştir. Böylece Avustralya’nın ilk uyuşturucu mahkemesi Yeni Güney Galler eyaletinde göreve başlamıştır. Halen Yeni Güney Galler eyaletinin Parramatta, Toronto, Sidney CBD ve Dubbo şehirlerinde dört uyuşturucu tedavi mahkemesi faaliyet göstermektedir.¹⁴⁶ Ülkenin diğer bazı eyaletlerinde de uyuşturucu tedavi mahkemesi modeli uygulanmaktadır.¹⁴⁷ Ülkede bazı eyaletlerde hüküm öncesi bazılarında ise hüküm sonrası model tercih edilmiştir.¹⁴⁸

Mezkûr kanun Yeni Güney Galler’de uyuşturucu mahkemelerinin kurulması, uyuşturucu suçlularının bu mahkemelere sevk ve tedavi programlarının uyuşturucu mahkemesi tarafından denetlenmesine dair düzenlemeler içermektedir. Kanunla tedaviye uygun kişilerin uyuşturucu bağımlılığının azaltılması ve toplumla yeniden bütünleşmesinin sağlanması ile bağımlıların madde gereksinimlerinden kaynaklı suç işlemelerinin azaltılması hedeflenmektedir. Tedavi programına kabul için kimlerin uygun olduğuna, kanunun birinci kısmının 5. maddesinde yer verilmektedir.¹⁴⁹ Maddeye göre kişinin, 1985 tarihli Uyuşturucu Maddelerin Kötüye Kullanımı ve Kaçakçılığı Kanunu’nun ikinci kısmının ikinci ayrımında düzenlenen (uyuşturucu madde imal, temin, ticaret vs.) suçlar ile cinsel saldırı ve şiddet içeren suçlarla itham edilmiyor olması; suçlu bulunması halinde hapis cezasına mahkûmiyetinin yüksek bir olasılık olması; suçunu ikrar etmesi veya suçunu kabul etme niyetinde olduğunu belirtmesi; yasaklanmış uyuşturucu madde kullanımına bağımlı olması ve yönetmelikte belirtilen diğer şartları taşıması gerekmektedir. Yönetmelikle de bağımlının ikamet yerine dair kısıtlamalar ile tedavi programına riayet etmesine engel derecede akıl hastalığının bulunmaması gerektiği ölçütü getirilmiştir.¹⁵⁰

Yeni Güney Galler’deki uyuşturucu mahkemelerinde, bağımlılara tedavilerinin yanında barınma, eğitim, istihdam gibi alanlarda sosyal hizmetler sunularak, topluma yeniden kazandırılmalarına çabalanmaktadır. Bu faaliyetler kapsamında diğer devlet kurumları, sivil toplum kuruluşları, sosyal yardım kuruluşları ve hayır kurumlarıyla iş birliği yapılmaktadır. Uyuşturucu mahkemelerinde disiplinler arası bir çalışma gerçekleştirilmektedir. Uyuşturucu mahkemesi hâkimi, katılımcıları denetlemek ve izlemek için iş birliği içinde çalışan ve onların rehabilitasyonları için tedavi ve destek sağlayan ekibe liderlik etmektedir. Bu ekipte savcılık, polis, adli yardım birimi, infaz birimi, adalet ve ruh sağlığı birimi, yerel sağlık birimleri temsilcileri yer almaktadır.¹⁵¹

Uyuşturucu mahkemesi programının başlaması için öncelikle ölçütlere uyan kişilerin bu mahkemelere sevkine karar verilmektedir. Akabinde bağımlılar bu amaçla kurulan özel merkezlerde gözetim altına alınmaktadır. Burada bağımlı öncelikle detoksifikasyona tabi tutulmakta, ardından da adli tıp ve yerel sağlık birimleri iş birliği ile gereksinimine uygun tedavi programları tanzim edilerek mahkemeye sunulmaktadır. Sonrasında bağımlı, suç ikrarının doğrulanması amacıyla mahkeme huzuruna çıkarılmaktadır. Mahkemece yapılan duruşmada hakkında cezaya hükmedilmekte ancak bu ceza uygulanacak program nedeniyle tehir edilmektedir. Bağımlı kişi, mahkeme tarafından belirlenen tedavi olma, test yaptırma, yatılı rehabilitasyona girme, zorunlu ikamet, rapor sunma gibi tedavi koşullarını yerine getirmek üzere serbest bırakılmaktadır. Salıverilen kişi açısından program başlamakta ve katılımcı olarak kabul edilmektedir.¹⁵²

Program asgari süresi 12 aydır. Program, bilimsel tedavi, sosyal destekler, mahkemece belirlenen kurallara riayet, düzenli idrar testleri, mahkemeye rapor sunma ve infaz birimi denetimlerini içermektedir. Program süresi içinde tamamlanması gereken üç aşama vardır. İlk aşama en az üç aydan oluşmaktadır. Bu aşamada katılımcıların uyuşturucu kullanımını azaltması, fiziksel ve zihinsel sağlıklarını iyileştirmesi, bağımlılık tedavisine başlaması ve suça karışmaması gerekmektedir. Katılımcılar, haftada en az üç kez gözetim altında idrarda uyuşturucu testine tabi tutularak ve haftada en fazla iki kez mahkemeye rapor vererek denetlenmektedirler. İkinci aşama ise en az dört aydan oluşmaktadır. Bu aşamada katılımcıların uyuşturucu ve suçtan uzak kalması, sağlıklı olmaları, ev ve sosyal çevrelerinin istikrara kavuşturulması ile iş ve yaşam becerilerini geliştirilmesi hedeflenmektedir. Katılımcıların haftada iki kez gözetim altında idrar uyuşturucu testine tabi tutulmaları ve iki haftada bir mahkemeye rapor vermeleri gerekmektedir. En az beş ay sürecek üçüncü aşamada da ilk kaide katılımcıların uyuşturucu ve suçtan uzak kalmalarıdır. Bu safhada katılımcıların sabit bir ikamet edinmeleri, iş bulmaları veya istihdama hazır olmaları için eğitim almaları ve diğer bazı olumlu faaliyetlerle meşgul

¹⁴⁵ <<https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-1998-150>> 14 Ocak 2024

¹⁴⁶ Drug Court of New South Wales, ‘History’ <<https://drugcourt.nsw.gov.au/about-us/history.html>> 14 Ocak 2024

¹⁴⁷ Moore (n 23) 24; Avustralya’daki uyuşturucu tedavi mahkemeleri için bakınız: <<https://aija.org.au/publications-introduction/australasian-therapeutic-jurisprudence-clearinghouse/problem-solving-courts/drug-courts/>>; <<https://www.courts.qld.gov.au/courts/drug-court.>>

<<https://www.courts.sa.gov.au/going-to-court/court-locations/adelaide-magistrates-court/drug-court/>>;

<<https://drugcourt.nsw.gov.au/our-program.html>>;

<https://www.mcv.vic.gov.au/about_us/drug-court/>;

<<https://www.justice.govt.nz/courts/criminal/specialist-courts/alcohol-and-other-drug-treatment-court/>>;

<https://www.magistratescourt.tas.gov.au/about_us/criminal_division/drug_treatment_orders/>;

<https://www.magistratescourt.wa.gov.au/D/drug_court.aspx.> 14 Ocak 2024

¹⁴⁸ Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts (n 21) 26.

¹⁴⁹ <<https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-1998-150>> 14 Ocak 2024

¹⁵⁰ Weatherburn, Yeong, Poynton, Jones and Farrell (n 118) 3.

¹⁵¹ <https://drugcourt.nsw.gov.au/documents/Drug_Court_NSW_Brochure_2023.pdf> 14 Ocak 2024

¹⁵² Drug Court New South Wales, ‘What is the Drug Court program?’ <https://drugcourt.nsw.gov.au/documents/Factsheet_-_What_is_the_Drug_Court_program.pdf> 14 Ocak 2024

olmaları gerekmektedir. Bu aşamanın denetimi kapsamında katılımcıların haftada iki kez gözetim altında idrarda uyuşturucu testine tabi tutulması ve ayda bir kez mahkemeye rapor vermesi gerekmektedir.¹⁵³

Katılımcıların bireysel olarak uyarlanmış bu üç aşamada ilerlemeleri için bazı hedeflere ulaşmaları gerekmektedir. Bu süreçte uyuşturucu mahkemesi hâkimi katılımcılığın programa uyumu ve ilerlemesi hakkındaki tüm bilgilere erişebilmektedir. Uyuşturucu mahkemesi, programın ihlali halinde, test ve rapor duruşmalarının sıklaştırılması, sokağa çıkma yasağı ve kısa hapis yaptırımları da dâhil olmak üzere, katılımcılara müeyyide uygulayabilmektedir. Programa uyumları halinde ise bazı kısıtlamaların azaltılmasına karar verilebilmektedir. Programın başarıyla neticelenmesi halinde de mahkeme nihai cezayı belirleyecektir. Mahkemece ilk cezanın kaldırılması ve başka bir ceza verilmesi ya da cezanın toplum içinde çektirilmesine karar verilebilecektir.¹⁵⁴

3- Meksika

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin faaliyet gösterdiği bir diğer ülke Meksika'dır. Meksika'da uyuşturucu kullanımı ve suç oranları arasında yakın bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır. 2011 yılı verilerine göre işlenen suçların %60'ında faillerin alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olduğu, bu suçların çoğunun basit hırsızlık ve mala zarar verme gibi daha basit suçlar olduğu ifade edilmektedir. Yine 2012 yılındaki verilerde cezaevlerinde bulunan 242.174 mahkûmun %94'ünün uyuşturucu kullandığının tahmin edildiği, bu kimselerin çoğunluğunun da hırsızlık suçundan mahkûm oldukları belirtilmektedir.¹⁵⁵

Meksika'daki ilk uyuşturucu tedavi mahkemesi, 2009'da Nuevo Leon eyaletinin Guadalupe şehrinde pilot olarak kurulmuştur.¹⁵⁶ Geleneksel cezalandırma sisteminin uyuşturucu bağımlılarının rehabilitesinde başarı sağlamadığı, aksine uyuşturucu ticareti ve rüşvete yol açtığına dair veriler bu pilot uygulamanın başlamasında etkili olmuştur.¹⁵⁷ Pilot uygulamadan elde edilen başarı sonrasında ise yeni uyuşturucu tedavi mahkemeleri açılmıştır.¹⁵⁸

Uyuşturucu tedavi mahkemelerine dair pilot uygulamanın hazırlıkları kapsamında başta adalet ve sağlık olmak üzere farklı sektör ve birimlerin temsilcilerinin iş birliği içinde çalıştıkları anlaşılmaktadır. Bu ulusal iş birliğinin yanında uluslararası kongreler, ziyaretler, eğitimler ve çalışma toplantıları vasıtasıyla uluslararası düzeyde de verimli bir iş birliği sağlanmıştır.¹⁵⁹

Meksika'da uyuşturucu tedavi mahkemelerinde failin programa sevkine dair süreç hâkim, savcı veya müdafî tarafından başlatılabilmektedir.¹⁶⁰ Programın işlerlik kazanabilmesi için ilk şart, uyuşturucu madde etkisi altındayken veya uyuşturucuyu elde etmek amacıyla işlenen suçun en fazla sekiz yıl hapis cezası gerektirmesidir.¹⁶¹ Bunun yanında suçun örgüt faaliyeti kapsamında bulunmaması, ciddi şiddet içerikli olmaması ve silahla işlenmemesi gerekmektedir. Aile içi şiddet vakaları açısından ise mağdurun rızası aranmaktadır.¹⁶²

Mezkûr şartların sağlandığı durumlarda failin uyuşturucu bağımlısı olduğunun ve suç ile bu bağımlılık arasındaki bağlantının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda mahkemece koordinatör aracılığıyla failin bağımlılık ve tedavisine dair bir tahkikat yapılmaktadır. Tahkikat kapsamında, testlerden de istifade edilerek failin bağımlılığının tespiti; faille ön görüşme yapılması ve tedavi yönteminin belirlenmesi; failin sosyal, ailevi, eğitim ve istihdam durumunu içeren bir sosyolojik araştırmanın gerçekleştirilmesi söz konusudur.¹⁶³

Araştırma kapsamında, katılımcı adayları tedavi merkezinde detaylı bir taramaya tabi tutulmaktadır. Fail hakkındaki bu klinik değerlendirme beş farklı başlığı içermektedir. Öncelikle katılımcı adayları çeşitli formlar ve değerlendirme belgelerini doldurmaktadır. Bu belgelerde faille ilişkin yaş, cinsiyet, meslek, istihdam ve okul durumu; geçmişte ve mevcutta tercih edilen uyuşturucular; alkol bağımlılığı olup olmadığı ve varsa seviyesi ile yaşam memnuniyetlerine dair kapsamlı sorular yer almaktadır. İkinci olarak, fail psikolojik geçmişi, alkol/uyuşturucu bağımlılık geçmişi, öfke durumu, aile sorunları, iş ve okul durumu, önceki tedavi durumu ve psikolojik teşhisleri ile tedavi ihtiyaçlarını keşfetmeyi amaçlayan bir psikolojik değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Üçüncü aşamada failin aile üyeleri ile görüşme gerçekleştirilmektedir. Akabinde sosyal hizmet uzmanı tarafından katılımcı adayının barınma, eğitim ve istihdam ihtiyaçları ve aile yapısını kapsayan bir değerlendirme yapılmaktadır. Son olarak ise bağımlılığın psikiyatrik sorunları veya semptomları, ailede psikiyatrik sorun geçmişi, uyuşturucu kullanımı, olası intihar riski, önceki hastaneye

¹⁵³ What is the Drug Court program? (n.153).

¹⁵⁴ <https://drugcourt.nsw.gov.au/documents/Drug_Court_NSW_Brochure_2023.pdf> 14 Ocak 2024

¹⁵⁵ Jesus Demetrio Cadena Montoya, Berenice Santamaría González and Luz M. García Rivas, 'Implementing a Drug Treatment Court: Two Experiences - A Top-Down Approach To Creating A Drug Treatment Court: The Case Of The State Of Nuevo León, Mexico' in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013), 109. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024

¹⁵⁶ ibid 112; Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 21.

¹⁵⁷ Cadena Montoya, Santamaría González and García Rivas (n 156) 110.

¹⁵⁸ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 2.

¹⁵⁹ Cadena Montoya, Santamaría González and García Rivas (n 156) 111.

¹⁶⁰ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 21.

¹⁶¹ Cadena Montoya, Santamaría González and García Rivas (n 156) 115.

¹⁶² Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 21.

¹⁶³ Cadena Montoya, Santamaría González and García Rivas (n 156) 115.

yatış veya diğer tedavileri, yaşam öyküsü, eğitim geçmişi, şiddet geçmişi gibi hususları içeren psikiyatrik bir değerlendirme yapılmaktadır.

Katılımcı adayı hakkındaki kapsamlı değerlendirmelerin ardından psikiyatrist, sosyal hizmet uzmanı ve psikologlardan oluşan ekip, adayın programa uygun olup olmadığı hususunda kanaat bildirmekte ve uygun görülenler için tedavi programı önermektedir.¹⁶⁴ Bu kanaat katılımcı adayının programı kabulü açısından uyuşturucu tedavi mahkemesinde tüm görevlilerle birlikte değerlendirilmektedir. Programa kabul edilen katılımcıların tedavi süreci, psikiyatri hastanesindeki özel birimde gerçekleştirilmekte ve çoğunlukta ayaktan tedavi içermektedir. Ancak bazı vakalarda yatarak tedavi de uygulanabilmektedir.¹⁶⁵

Uyuşturucu tedavisi mahkemesindeki program toplam 18 ay süren beş aşamadan oluşmaktadır. Aşamaların ilk dördü en az 12 şer hafta, son aşama ise 6 aydır. Bu aşamalarda katılımcı grup ve bireysel oturumlar, sosyal hizmet ve psikologların destekleri, eğitim faaliyetleri, psikiyatri destekleri ve ihtiyaç duyulan hallerde ilaç tedavileriyle desteklenmektedir. Süreçte testler, katılımcının ilerleme raporlarının değerlendirildiği duruşmalar ve denetimli serbestlik personeline yapılan ev ziyaretleri gibi yollarla katılımcı etkin bir şekilde denetlenmektedir.¹⁶⁶ Bu denetimler kapsamında programa riayet eden katılımcılar mahkeme salonu alkışları, müzeler veya kültür parklarına bilet sağlanması, tedavi merkezince sağlanan yiyecekler gibi farklı şekillerde ödüllendirilmektedir. Tedavi programının gerekleri başarıyla tamamlayan ve en az 150 günü uyuşturucusuz geçiren katılımcı hakkındaki suçlamalar düşürülmektedir. Aksi durumdaki katılımcılar ise sözlü ikaz, uyuşturucusuz geçirilen günlerin kaybı, programın birinci aşamasına indirilme, denetim veya toplantıların artırılması ve geçici tutuklama gibi şekillerde cezalandırılmaktadırlar.¹⁶⁷

Guadalupe uyuşturucu tedavi mahkemesi programının, tedavi hizmetinin kaliteli sunumu başta olmak üzere, katılımcıların etkili bir şekilde denetlenmesine yönelik sık adli değerlendirme duruşmaları, programa kabul öncesi katılımcının klinik açıdan değerlendirilmesi, disiplinler arası iş birliğinin etkinliği, geçici ödül ve ceza sistemi, uyuşturucu testi ve etkili denetimli serbestlik ile başarılı katılımcılar hakkındaki ceza davalarının düşürülmesi gibi içeriklere sahip bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır.

III- TÜRK CEZA KANUNU’NUN 191. MADDESİNİN TERAPÖTİK HUKUK YAKLAŞIMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılması veya kullanmak için satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Mezkûr madde TCK’nın topluma karşı suçlar başlıklı üçüncü kısmının kamunun sağlığına karşı suçlara dair üçüncü bölümünde yer almaktadır. Suç düzenlenmesinin yanında özel soruşturma ve kovuşturma usulüne yer veren ve on fıkradan oluşan maddenin yorumu ve uygulaması önemli fikir ayrılıklarına yol açmıştır.¹⁶⁸

Failin ve kamunun sağlığının birlikte korunmasının hedeflendiği¹⁶⁹ mezkûr madde, TCK’nın kabulünden bu yana 5377, 5560, 6217, 6545, 6638 ve son olarak da 7445 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. 5560 ve 6545 sayılı kanunlarla madde bütünüyle değiştirilmiştir. Müteakip bölümlerde inceleneceği üzere, TCK’nın 191. maddesindeki tüm bu değişikliklere rağmen, istatistikler suçla mücadelede kalıcı başarı elde edilemediğini göstermektedir. TCK’nın kabulünden bu yana maddede yapılan değişiklikler, çalışmamız kapsamı ve amacı gözetilerek detaylı bir incelemeye tabi tutulmaksızın özetle zikredilmektedir.

7445 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler sonrasındaki meri hükümler ise terapötik hukuk yaklaşımı açısından değerlendirilerek, uyuşturucu tedavi mahkemesi modeliyle mukayese edilmiştir. Böylece mer’i hukukumuzun inceleme konusu modelle hangi ölçüde bağdaştığı, iyi ve eksik yönleri tespit edilmiş olacaktır.

B- Türk Ceza Kanunu’nun 191. Maddesine Dair Değişiklikler

1- Türk Ceza Kanunu’nun 191. Maddesinin İlk Hali

Türk Ceza Kanunu’nun 26.9.2004 tarihinde kabul olunan ilk metninde 191. madde, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak başlığıyla düzenlenmişti. Madde gerekçesinde, izlenen suç politikası gereği uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak fiilinin suç olarak düzenlenmediği, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanmak için satın alınması, kabulü veya bulundurulmasının suç olarak tanımlandığı, bu maddeleri kullanan kişilerin tedavi ve terapiye

¹⁶⁴ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 24-25.

¹⁶⁵ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 27-28.

¹⁶⁶ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 30-31.

¹⁶⁷ Rempel, Maurandi, Raine, Spadafore, Lambson and Cooper (n 48) 31-32.

¹⁶⁸ Ceyda Ümit, ‘Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak, Kullanmak İçin Kabul Etmek, Satın Almak, Bulundurmak Suçunun Muhakemesi’ (2023) 13(25) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 149, 150.

¹⁶⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, ‘Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler’ (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 797, 798; Yokuş Sevik (n 4) 122-123; Soner Hamza Çetin, ‘Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1353, 1368-1369; Ümit (n 169) 154; Birsan Elmas, ‘Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları’ (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024) 703.

ihtiyaç duymaları nedeniyle, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Ancak bu gerekçeye rağmen Yargıtay uyuşturucu maddeleri kabul etmeden veya bulundurmadan kullanmanın mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir.¹⁷¹

Maddenin üç ve dördüncü fıkralarında tedavi ve denetimli serbestlik sürecinde uzman görevlendirilmesi, yapılacak rehabilitasyon faaliyetleri, tedbirin uygulanmasının mahkemece takibi ve tedbirin süresi ile uzatılmasına dair hükümlere yer verilmiştir. Maddenin beşinci fıkrasında ise uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması hâlinde hükmolunan cezanın infaz edilmeyeceği, bu gerekliliklere uygun davranmayan kişiler hakkında hükmolunan cezanın ise infaz edileceği düzenlenmiştir. Böylece uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde olduğu gibi program gereklerine riayet eden fail ödüllendirilmektedir. Bu düzenleme infaz aşamasına ilişkin bir diversiyon mahiyetindedir.¹⁷²

Mezkûr madde, kabulünden bu yana altı kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sırasıyla incelenmektedir.

2- 29.6.2005 Tarihli ve 5377 Sayılı Kanun'un 24. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

TCK'nın 191. maddesinde yapılan ilk düzenleme¹⁷³ TCK'nın yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra gerçekleştirilmiştir. Düzenlemeyle maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer verilen "*Kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştiren kişi, bu fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*" düzenlemesi madde metninden çıkartılmış ve maddenin ikinci fıkrası "*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur.*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenlemeyle uyuşturucu maddeyi kullanmamakla birlikte, kullanmak için satın alan, kabul eden veya bulunduran fail açısından da denetimli serbestlik tedbiri öngörülmesi, faili uyuşturucu maddelerden uzak tutarak suç tekrarlarını engelleyebileceğinden terapötik hukuk yaklaşımı açısından isabetli bir değişiklik olmuştur.

3- 06.12.2006 Tarihli ve 5560 Sayılı Kanun'un 7. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

19 Aralık 2006 tarihli ve 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren düzenlemeyle, TCK'nın 191. maddesi bütünüyle değiştirilmiştir.¹⁷⁴ Madde gerekçesinde, maddenin içeriğiyle ilgili olarak uygulamada oluşan tereddütleri gidermek amacıyla değişiklik yapıldığı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, kişinin tedavi olmayı kabul etmesi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde hakkında cezaya değil, tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar vereceğinin düzenlendiği, failin tedaviye ihtiyacının olup olmadığının tıp biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi marifetiyle belirleneceği, tedavinin süresinin tıbbi bir olgu olması nedeniyle kanunda belirlenmediği açıklamalarına yer verilmiştir.¹⁷⁵

Yeni düzenlemenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında, mülga hükümden ayrılan bir husus bulunmamaktadır. Ancak sair fıkralar açısından bir farklılık söz konusudur. Mülga düzenlemede mahkûmiyet kararıyla birlikte kişi hakkında tedavi ve denetimli serbestlik uygulanmasına karar verileceği, ancak failin tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı, aksi halde ise cezanın infaz edileceği düzenlenmişken; yeni düzenlemede netice hüküm verilmeden evvel mahkemece uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında ise sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde bu halde kamu davasının derdest olmaya devam edeceği belirtilmektedir. Maddede yapılan bu değişiklikte, uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde de tercih edilen bir yöntem olan hüküm öncesi modelin benimsendiği ifade edilebilecektir.

Maddenin beşinci fıkrası uyarınca, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilecek, aksi haldeyse davaya devam olunarak hüküm verilecektir. Böylece tedbir hükümlerine riayet eden fail, uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde olduğu gibi, hakkındaki davanın düşmesi ile ödüllendirilmiştir.

Altı ve yedinci fıkralarda ise uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında cezaya hükmedildikten sonra da failin, bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması şartıyla, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabileceği ve bu halde hükmolunan cezanın infazının erteleneceği, failin tedavinin ve denetimli serbestlik

¹⁷⁰ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-aa54-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5237#step-2>> 14 Ocak 2024

¹⁷¹ Selman Dursun, "Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri" (2022) 23 Hukuk Köprüsü Dergisi 69, 71-72.

¹⁷² ibid 72.

¹⁷³ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050708-1.htm>> 14 Ocak 2024

¹⁷⁴ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm>> 14 Ocak 2024

¹⁷⁵ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf>> 14 Ocak 2024

tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde cezasının infaz edilmiş sayılacağı, aksi takdirde cezanın derhal infaz edileceği hükmüne yer verilmiştir. Böylece hakkında cezaya hükmedilen faille, hüküm sonrası modelde olduğu gibi tedavi ve denetimli serbestlik programını başarıyla tamamlayarak cezanın infazından kurtulma olanağı tanınmıştır.

4- 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun’un 20. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle¹⁷⁶ TCK’nın 191. maddesinin ikinci fıkrasına “*Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur.*” cümlesi eklenmiştir. Düzenlemenin gerekçesinde uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi amacıyla değişiklik yapıldığı ve bu değişikliğin CMK’nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasıyla birlikte ele alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁷⁷. Düzenlemeyle sanık hakkında hüküm vermeden önce tedavi veya denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına dair kural pekiştirilmiştir. Önceki başlıkta da zikredildiği üzere hüküm öncesi modelle benzerlik gösteren bu yaklaşım terapötik hukuk açısından isabetli olmuştur.

5- 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 68. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 68. maddesiyle¹⁷⁸ TCK’nın 191. maddesi ikinci kez bütünüyle değiştirilmiştir. Bu değişiklik madde başlığını da kapsamış ve başlığa “*ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*” ibaresi eklenmiştir. Mülga hükümden pek çok yönüyle ayrılan düzenlemenin birinci fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak eylemi de seçimlik hareketler arasında düzenlenmiş ve suç için öngörülen ceza miktarı artırılmıştır.

Düzenlemenin çalışmamız açısından önem arz eden temel hükmü 191. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Madde gerekçesinde mevcut düzenleme uyarınca kovuşturma aşamasında karar verilebilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesinde birtakım sorunlarla karşılaşıldığı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedavi işlemlerine bir an önce başlanabilmesi için soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin sağlandığı ifade edilmektedir.¹⁷⁹ Ancak öğretilerde failin hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğuran bu yetkinin Cumhuriyet savcısına tanınmasının Anayasaya aykırı olduğu, yetkinin hâkime verilmesi gerektiği de savunulmaktadır.¹⁸⁰

Tedaviye hızla başlanmasına dair yaklaşım uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinin on temel ilkesinden¹⁸¹ biridir. Yine fail hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin kovuşturma öncesine çekilmesi de hüküm ve savunma öncesi modelin tercih edildiğini göstermektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, bu madde uyarınca başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecektir. Üçüncü fıkra uyarınca da erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak ve bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilecektir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye de tabi tutulabilecektir. Düzenlemede erteleme süresi beş yıl olarak belirlenmişken, denetimli serbestlik süresi ve gerekmesi halinde uygulanacak tedavi süresi en fazla iki yıla sınırlandırılmıştır. Hem kamu davasının açılmasının ertelenmesi hem de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlar neticesindeki bu tedavi ve denetimli serbestlik şartının kabulüyle, diversiyon yaklaşımı benimsenmiştir.¹⁸²

Maddenin dört ila dokuzuncu fıkraları mer’i düzenlemelerimizle aynıdır. Tekrara düşmemek açısından takip eden ilgili kısımda değerlendirme yapılacaktır.

6- 27.3.2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanun’un 12. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

Değişiklikle¹⁸³ TCK’nın 191. maddesine suçun nitelikli halini oluşturan 10. fıkra eklenmiştir. Düzenlemeye göre birinci fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Fiilin işlediği yer itibarıyla haksızlık içeriğinin daha fazla olduğu gözetilerek yapılan bu ekleme, maddede yer verilen failin tedavi ve rehabilitesine dair hükümlerin uygulanabilmesi açısından bir farklılık içermemektedir.

¹⁷⁶ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110414-1.htm>> 14 Ocak 2024

¹⁷⁷ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-a751-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6217#step-2>> 14 Ocak 2024

¹⁷⁸ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>> 14 Ocak 2024

¹⁷⁹ Madde gerekçesi.

¹⁸⁰ Çetin (n 170) 1442.

¹⁸¹ Defining Drug Courts: The Key Components (n 57) 3.

¹⁸² Dursun (n 171) 73.

¹⁸³ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150404-26.pdf>> 14 Ocak 2024

7- 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 18. Maddesiyle Yapılan Değişiklikler

7445 sayılı Kanun'un 18, 24, 25 ve 27. maddeleriyle,¹⁸⁴ TCK'nın 191. maddesi ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 105/A ve 71. maddelerinde değişiklik ve ilaveler yapılmış; 5402 sayılı Kanun'da ise 12/A maddesi ihdas edilmiştir.

TCK'nın 191. maddesinde yapılan değişiklikle ikinci fıkraya “*Erteleme kararı kolluk birimlerine de bildirilir.*” cümlesi eklenmiş ve maddenin üçüncü fıkrası tümüyle değiştirilmiştir. Bu kapsamda tedavi ve denetimli serbestliğe dair sürenin altışar aylık sürelerle en fazla iki yıl uzatılabilmesine olanak sağlandı; denetimli serbestlik müdürlüğüne denetimli serbestlik süresinin uzatılması teklifinde bulunabilme imkânı getirildi; Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen şüphelinin, bu süre zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti amacıyla yılda en az iki defa ilgili kuruma sevkine karar verilmesi zorunluluğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Madde gerekçesinde üçüncü fıkradaki bu değişiklik, failer hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin kararların daha etkin uygulanması, şüphelinin daha sık takip edilmesi ve caydırıcılığın artırılması sağlanarak suçla daha etkin mücadele edilebilmesinin hedeflendiği belirtilmektedir.

C- Mer'i Mevzuatın Terapötik Hukuk Yaklaşımı Açısından Değerlendirilmesi

1- Genel Olarak

Terapötik hukuk, ilk kez 1987'de kullanılan ve akabinde literatürde sık kullanılmaya başlayan bir kavramdır. Bu kavram hukuki kural ve uygulamaların tedavi edici rolüne odaklanır ve hukukun tesir etiği kişilerin psikolojik ve fiziksel refahlarını hangi ölçüde artırdığına önem verir. Bu artışın sosyal bilimlerin çeşitli disiplinleri kullanılarak ölçülmesi ve elde edilen verilerin kamu politikalarının geliştirilmesinde kullanılmasını savunur.¹⁸⁵ Terapötik hukukun kullanıldığı müesseselerde, adli müdahalelerin devamlılığı, fail davranışlarına hızlı yanıtlar verilmesi, tedavi ve adli sürecin eş güdümü ile disiplinler arası işbirliği gibi ilkeler esas alınmaktadır. Önleyici hukuk, onarıcı adalet, kolaylaştırıcı arabuluculuk, işbirlikçi boşanma ve sorun çözen ihtisas mahkemeleri gibi uygulamalarda terapötik hukukun bu ilkelerinden istifade edilmektedir.¹⁸⁶

Sorun çözen mahkemeler daha çok pratikte gelişmiş olsa da teorik açıdan terapötik yaklaşımla bağdaşmaktadır. Bu ihtisas mahkemelerinden biri olan uyuşturucu tedavisi mahkemesi de terapötik yaklaşımın önemli uygulama alanlarından birini oluşturmaktadır.¹⁸⁷ Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinin ülkemiz açısından benimsenmesinin doğru olup olmayacağına tespiti çalışmamızın amaçları arasındadır. Bu itibarla TCK'nın 191. maddesi başta olmak üzere ilgili meri mevzuatın ne ölçüde bu yaklaşıma uygun olduğu bu başlık altında değerlendirilecek ve bu hükümlerin uyuşturucu tedavi mahkemesi modeliyle mukayesesi gerçekleştirilecektir. Bu kapsamda 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, Bağımlılık Danışma Arındırma ve Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile sair bazı düzenlemelerden de istifade edilecektir. Söz konusu karşılaştırma esasında uyuşturucu tedavi mahkemelerini incelediğimiz bölümdeki sistematığın gözetilmesi tercih edilmiştir.

2- Mahkemenin Yapısı

Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinin birinci fıkrasında, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak eylemleri iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmayı gerektiren suçun seçimlik hareketleri olarak düzenlenmiştir. Maddenin onuncu fıkrasında da suçun işlediği yer nazara alınarak cezanın yarı oranında artırılması gereken nitelikli haline yer verilmiştir. Bu hükümler uyarınca açılacak davalarda görevli mahkeme açısından herhangi bir ihtisaslaşma düzenlenmediği için bu davalar, asliye ceza mahkemelerinde görülmektedir. Bu davaların asliye ceza mahkemeleri açısından oluşturduğu iş yükünü değerlendirdiğimizde, 2023 yılında TCK'nın 191. maddesi uyarınca açılan dava dosyası sayısının (242.937), asliye ceza mahkemelerinde açılan toplam dosya sayısının (2.714.651) yaklaşık %9'una karşılık geldiği anlaşılmaktadır.¹⁸⁸ Bu iş yükünün ihtisaslaşmayı gerekli kıldığı kanaatindeyiz. Buna ilaveten maddede yapılan sık değişiklikler, 191. maddedeki seçimlik hareketler, maddeyi 188. maddedeki suçtan farklı kılan ölçütlerin özenle değerlendirilmesine dair gereklilik ile kamu davası açılabilmesi için uygulanacak özel usule ilişkin kurallar da mezkûr maddeyi ceza hukukunun ihtisaslaşma gerektiren bir hükmü haline getirmiştir.¹⁸⁹

İnceleme konumuz açısından önem teşkil eden hüküm maddenin ikinci fıkrasıdır. Fıkra mezkûr suç uyarınca başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında, CMK'nın 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının

¹⁸⁴ <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230405-3.htm>> 14 Ocak 2024

¹⁸⁵ Hora, Schma and Rosenthal (n 37) 442-444.

¹⁸⁶ Winick and Wexler (n 24) 479-480.

¹⁸⁷ Bruce J. Winick, 'Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts' (2003) 30 (3) Fordham Urban Law Journal 1055, 1061-1063. <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol30/iss3/14>> 14 Ocak 2024

¹⁸⁸ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri 2023, (2024 Ankara), 20-97.

¹⁸⁹ Ümit (n 169) 150.

ertelenmesine karar verileceği hükmüne yer verilmiştir. Böylece faile ceza yargılamasına muhatap olmanın dışında bir olanak tanınmıştır. Hüküm verilmeden ve hatta kovuşturma aşamasına geçilmeksizin faile bu olanağın tanınması, uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinin hüküm ve savunma öncesi uygulanan programları ile benzerlik içermektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair karar Cumhuriyet savcısı tarafından verildiğinden bu kararın alınması ve müteakip denetim süreci açısından mahkemenin bir görevi bulunmamaktadır. Tüm süreç Cumhuriyet savcısının takdir ve denetiminde ilerlemektedir. TCK’nın 191. maddesinin sekizinci fıkrasındaki hallerde mahkemece de denetimli serbestlik ve tedavi kararına hükmedilmektedir. 5402 sayılı Kanun’un 12/A maddesi uyarınca tedavi ve denetim sürecinde aktif görev alan diğer birimler ise denetimli serbestlik müdürlüğü ile tedaviye hükmedilen hallerde ilgili sağlık kuruluşudur.

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinin başarısında önemli role sahip unsurlardan birisi de bu mahkemelerde disiplinler arası bir çalışmanın bulunmasıdır. Geçmiş bölümlerde zikredildiği üzere bu mahkemelerde hâkimin yanında savcı, savunma avukatı, kolluk kuvvetleri, sosyal hizmet uzmanları, psikologlar, tedavi ve denetim personeli iş birliği halinde çalışmaktadır. Mer’i hükümlerimiz karşısında, uyuşturucu tedavi mahkemesi modelindeki yönetim, yapılanma ve iş birliğinin, bağımlının programa kabulü ve programı tamamlaması arasındaki tüm süreç açısından daha etkin olduğu kanaatindeyiz.

3- Programa Kabul Ölçütleri

TCK’nın 191. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilebilmesi için CMK’nın 171. maddesinin dördüncü fıkrasındaki şartlar aranmamaktadır. TCK’nın 191. maddesinde ise tek şarta yer verilmiştir. Maddenin altıncı fıkrası uyarınca, dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrada tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir. Böylece erteleme sürecindeki yükümlülüklerine riayet etmeyen faile, hakkında kamu davasının açılmasından sonraki eylemi nedeniyle cezadan kurtulma olanağı yeniden tanınmamıştır.¹⁹⁰ Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde ise failin tedavi programına kabulü açısından farklı tercihler söz konusudur. Genellikle, uyuşturucu kullanımı veya şiddet içermeyen düşük seviyeli suçları işlemiş ve sabıkası olmayan bağımlılar programa kabul edilse de mükerrer suçlular ile şiddet suçlarından itham edilenlerin kabul edildiği modeller de söz konusudur.

Fail hakkında 191. maddenin ikinci fıkrası uyarınca karar verilmeden evvel failin bağımlılık düzeyi, sosyal, ekonomik ve ailevi durumu gibi hususlarda herhangi bir değerlendirme yapılmamaktadır. Sekizinci fıkradaki engelin bulunmaması durumunda fail hakkında doğrudan kamu davasının açılmasının ertelenmesine hükmedilmektedir. Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde ise failin programa kabulünden önce zikredilen hususlarda bir değerlendirme yapılmaktadır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için failin TCK’nın 191. maddesinin birinci fıkrasındaki suç işlediğine dair bir ikrarı aranmamaktadır. Yine bu kararı talep edip etmediği hususunda da failin görüşü alınmamaktadır. Sadece 191. maddenin dokuzuncu fıkrasındaki atıf nedeniyle CMK’nın 171. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca şüphelinin, bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilmesi mümkündür. Bu yönüyle failin itiraz etmemek şeklinde ortaya çıkan zımnı bir kabulü söz konusudur. Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde ise failin uyuşturucu kullandığını ikrar ederek tedavi olmayı kabul etmesi gerekmektedir. TCK’nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasındaki etkin pişmanlık hükmü modelin bu yaklaşımı ile benzerlik içermektedir. Bu hükme göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, bu eylemi nedeniyle soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi edilmeyi istemesi halinde hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Kanun koyucu isabetli bir suç ve ceza politikasıyla, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaktan vazgeçerek tedavi olmak isteyen faili cezalandırmamayı tercih etmiştir.¹⁹¹

4- Tedavi ve Sosyal Destek Programının İçeriği

TCK’nın 191. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kamu davasının açılmasının ertelendiği beş yıllık süre zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır. 7445 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikle bu sürenin denetimli serbestlik müdürlüğünün teklifi üzerine veya resen Cumhuriyet savcısının kararı ile altışar aylık sürelerle en fazla iki yıl daha uzatılabileceği düzenlenmiştir.

Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilmektedir. Failin tedaviye ihtiyacının olup olmadığı, maddenin bağımlılık yapıp yapmadığı tıp biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi marifetiyle belirlenecektir.¹⁹² Bu itibarla uyuşturucu kullandığı tespit olunan failin tedavisine karar vermeden evvel bilirkişi raporu alınması gerekmektedir. Bu rapor alınmaksızın verilen tedavi kararının itiraz makamınca bir eksiklik olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹³

¹⁹⁰ Ümit (n 169) 176.

¹⁹¹ Çetin (n 170) 1425.

¹⁹² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 170) 749; Ergül (n 5) 178-179.

¹⁹³ Çetin (n 170) 1449.

Şüpheli hakkında verilecek denetimli serbestlik tedbirleri, 5402 sayılı Kanun'un 12/A maddesinde zikredilmektedir. Bu tedbirlerden bir kısmı şüphelinin belirli yerlere gitmemesi ve belirli etkinlikleri yapmaması gibi şüphelinin eylemlerinin kısıtlanmasına yönelikken; ona tedavi, eğitim ve çalışma gibi imkânlar sunan bazıları ise şüpheliye sosyal ve ekonomik katkılar sunan pozitif içeriktedir. Denetimli serbestlik müdürlüğünce şüpheliyle ilgili olarak bu yükümlülüklerden en az üçüne veya daha fazlasına karar verilecek ve bu yükümlülükler şüphelinin ihtiyacına göre her aşamada değiştirilebilecek ve ilave yükümlülükler de getirilebilecektir.¹⁹⁴

7445 sayılı Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararında Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli hakkında tedavi kararı verilmesi halinde denetimli serbestlik müdürlüğünce de tedaviye tabi tutulma yükümlülüğü mutlaka uygulanacaktır. Aksi halde yani Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmiş ise denetimli serbestlik müdürlüğünce tedaviye tabi tutulma yükümlülüğü uygulanamayacaktır.¹⁹⁵

Tedaviye tabi tutulmak yükümlülüğünün yerine getirilmesinde sağlık kurumları görev almaktadır. 5402 sayılı Kanun'un 12/A maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca şüpheli hakkındaki tedavi kararı derhal sağlık kurumuna gönderilecek ve şüphelinin tıbbi tedavisi, sağlık kurumunda ayakta veya yatarak gerçekleştirilecektir. Fıkra şüphelinin rehabilitasyon amaçlı programlara katılması ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti için denetim yapılması hususları da düzenlenmiştir.

Maddenin yedinci fıkrasında tedavi ve rehabilitasyon programlarına katılma yükümlülüğünün, Sağlık Bakanlığının uygun göreceği tedavi ve rehabilitasyon merkezlerinde yerine getirileceği, uygun tedavi ve rehabilitasyon merkezlerinin Sağlık Bakanlığınca veya uygun gördüğü kurum ve kuruluşlar tarafından açılacağı düzenlenmiştir.

10.03.2019 tarihli ve 30710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bağımlılık Danışma, Arındırma ve Rehabilitasyon Merkezleri Hakkında Yönetmelik'le, madde bağımlıları ve yüksek risk grubu ve/veya yakınlarına danışmanlık ve bilgilendirme hizmetlerinin sunulduğu merkezler ile madde bağımlısı olan hastaların ayaktan veya yatarak farmakolojik, psikososyal tedavilerinin ve rehabilitasyonlarının yapıldığı merkezlerin açılmasına, işletilmesine, denetlenmesine, kapatılmasına ve merkezlerde çalışacak personele ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Tedavinin ne şekilde yapılacağı hususunda Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 21.12.2021 tarihli ve 2021/13 sayılı Genelgesi¹⁹⁶ ile aynı birim tarafından Alkol ve Madde Kullanım Bozuklukları Tedavi ve İzlem Klinik Protokolü tanzim edilmiştir.¹⁹⁷

Bağımlıların tıbbi tedavisi ve rehabilitasyonuna dair zikredilen düzenlemeler uyuşturucu tedavi mahkemesi modeli ile bazı benzerlikler içermektedir. Ancak düzenlemelere konu mahsus sağlık birimlerinin halen faaliyete geçmediği, mevcut birimlerin kapasite sorunu ile karşı karşıya kaldığı anlaşılmaktadır.¹⁹⁸ Zira Sağlık Bakanlığı 2022 verilerine göre Türkiye'de kamu hastanelerinde 28 merkezde 732 yatak kapasitesi ile çocuk ve yetişkinliklere yönelik bağımlılık merkezleri faaliyet göstermektedir.¹⁹⁹ Bunun dışında bazı özel sağlık kurumlarına da bu konuda yetki verildiği anlaşılmaktadır.²⁰⁰

Sunulan tıbbi hizmet ve rehabilitasyon sürecine dair bazı eleştiriler söz konusudur. Tıbbi tedavinin medikal alanda kaldığı, ilaç tedavisinin sadece detoksifikasyon işlevi gördüğü, 2019 yılında yataklı tedaviye başvuranların % 60,4'ünün daha önce tedavi görmüş kimselerden oluştuğu belirtilerek tıbbi hizmetlerin yeterli olmadığı belirtilmekte ve tıbbi tedavinin sosyal ve psikolojik olanaklarla desteklenmesi, tıbbi tedavi ile sosyal hizmet yaklaşımını bir araya getiren multidisipliner anlayışa dayalı merkezler oluşturulması önerilmektedir.²⁰¹

Başka bir çalışmada ise ülkemizde uyuşturucu arzının engellenmesinde kuvvetli uluslararası iş birliği sağlanmasına rağmen, uyuşturucu talebinin azaltılmasına yönelik tedavi ve rehabilitasyon sürecinde gerekli uluslararası iş birliğinin sağlanmadığı, uyuşturucunun arz ve talep yönleriyle aynı ölçüde mücadele yürütülemediği, kurumlar arasında etkili koordinasyonun sağlanmadığı savunulmaktadır.²⁰² Kanaatimizce de disiplinler arası iş birliğine dair tüm ülkede teşkilatlanmış etkin bir

¹⁹⁴ Denetimli serbestlik müdürlüğünce yürütülecek süreç için kurullara 10.11.2021 tarihli ve 31655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 71. maddesinde yer verilmiştir. Bu Yönetmeliğin 5402 sayılı Kanuna eklenen 12/A maddesi ile uyum düzenlemelerinin henüz yapılmadığı anlaşılmaktadır. 7445 sayılı Kanun değişikliği kapsamında denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından yapılması gereken iş ve işlemlerin neler olduğu Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğünün 13.04.2023 tarihli ve 56022 sayılı yazısıyla belirlenmiştir.

¹⁹⁵ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c2-337b-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7445#step-2>> 14 Ocak 2024

¹⁹⁶ <https://shgm.saglik.gov.tr/Eklenti/42239/0/2021-13-sayili-denetimli-serbestlik-tedavi-hizmetleri-genelgesipdf.pdf?_tag1=031179C448EB2159A768DCF519283F985AF257F3> 14 Ocak 2024

¹⁹⁷ <https://shgm.saglik.gov.tr/Eklenti/42286/0/alkolmaddekullbozukliklaritedaviizlemkp05012022pdf.pdf?_tag1=0BCAA049767C1154EB02DAF253584C2892076C2A> 14 Ocak 2024

¹⁹⁸ İçişleri Bakanlığı İç Güvenlik Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 'TCK 191. Madde Kapsamındaki Suçları İşleyenlerin Kriminolojik Profili' (2023) 196-199; Çocuk Vakfı, 'Türkiye'de Uyuşturucu ve Çocuk-Genel Değerlendirme ve Öneriler' (2021) 6(11) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 143, 147.

¹⁹⁹ <<https://sygm.saglik.gov.tr/TR,32548/amatem-ve-cematem-projeleri.html.Update#:~:text=Amatem%20ve%20C3%87ematem%20Projeleri&text=%C3%87ocuk%20ve%20yeti%C5%9Fkinliklere%20y%C3%B6nelik%20ba%C4%9F%C4%B1ml%C4%B1l%C4%B1kla,kapasitesi%20ile%20AMATEM%20hizmet%20veriyor.>> 14 Ocak 2024

²⁰⁰ <[https://www.lokmanhekim.edu.tr/ozgur-koy-tedavi-ve-rehabilitasyon-merkezi/hakkimizda-102>"; 14 Ocak 2024

²⁰¹ Çocuk Vakfı (n 199) 147.

²⁰² Abdulkadir Tezer, 'Politika Transferi Literatürü Çerçevesinde Türkiye'nin Uyuşturucu İle Mücadele Politikası' (2023) 4(3) Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi 397, 418-423.

yapılanmanın olmaması ile tedavi ve rehabilitasyon sürecinin yargı makamlarının sürekli takibi altında bulunmaması önemli eksikliklerdir. Bu takibi yapacak mahkemelerin ihtisas sahibi olması ve makul iş yüküyle çalışması da önemli bir gerekliliktir.

Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinin uygulandığı ülkelerde kamu dışında sivil toplum kuruluşları ile de işbirlikleri yapılmaktadır. Ülkemizde bu iş birliğine dair iyi uygulama örnekleri olsa da sayısının oldukça sınırlı kaldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Kırıkkale İl Sağlık Müdürlüğüne yapılan AMATEM sonrası psikososyal destekler, aile görüşmeleri, grup terapileri, spor faaliyetleri, meslek edindirme kursları, kültürel programlar, istihdam gibi faaliyetler içeren rehabilitasyon programıyla önemli başarı elde edildiği ifade edilmektedir.²⁰³ Ancak bu toplum temelli çabaların sayısı mevcut bağımlı sayısı karşısında yetersiz kalmaktadır.

5- Katılımcıların Denetlenmesi, Ödül Ve Ceza Sistemi İle Programın Sonlandırılması

Uyuşturucu tedavi mahkemelerinde katılımcıların etkin bir şekilde denetlenmesi ile uygulanan ödül ve ceza sistemi, program başarısında önemli bir role sahiptir.²⁰⁴ Ülkemiz mevzuatında da bu konularda bazı düzenlemeler söz konusudur.

TCK'nın 191. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde Cumhuriyet savcısının, erteleme süresi zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için yılda en az iki defa şüphelinin ilgili kuruma sevkine karar vereceği düzenlenmiştir. 5402 sayılı Kanun'un 12/A maddesinin birinci fıkrasında de gerekli görülmesi halinde denetimli serbestlik süresi içinde şüphelinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından test yapılabileceği veya bu amaçla şüphelinin ilgili kuruma sevkine sağlanabileceği belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise hakkında tedavi tedbirine karar verilen şüphelinin, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti için her zaman sağlık kurumunca çağrılabilmesi, kolluk görevlilerinin aynı amaçla şüpheliyi sağlık kurumuna yönlendirebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Zikredilen hükümler bağımlının denetlenmesine yönelik olsa da uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde olduğu gibi düzenli ve sık aralıkla gerçekleştirilen testlere dayalı etkin bir denetim içermemektedir. İlgili bölümde incelendiği üzere denetimin başarılı olabilmesi için bilhassa programın ilk safhalarında haftada iki kez gerçekleştirilmesi yani testlerin çok daha sık yapılması önemli bir gerekliliktir.

Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde denetim sürecindeki bir diğer önemli gereklilik ise değerlendirme duruşmalarıdır. Mer'i hukukumuzda değerlendirme duruşması veya benzer bir uygulama söz konusu değildir. Hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen şüpheli veya sanık denetim ve tedavi sürecinde Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin tekrar bir değerlendirmesine tabi değildir. Bu açıdan uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde uygulanan değerlendirme duruşmalarının hukukumuzda olmaması bir eksikliklerdir.

TCK'nın 191. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kişinin, erteleme süresi zarfında; kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi; tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması hâlinde, hakkında kamu davası açılacaktır. Yükümlülüklerin ihlali kabul edilen zikredilen hallerde şüpheli ceza yargılamasının muhatabı olacağından yükümlülüklerine uygun davranması oldukça önemlidir. Uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinde ise genellikle tedavi ve denetim sürecindeki her uyuşturucu kullanımı doğrudan programdan çıkarılma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bunun yerine katılımcıya geçici cezalar verilmektedir.

Şüphelinin erteleme süresi zarfında yükümlülüklerine aykırı davranmaması ve yasakları ihlal etmemesi halinde ise hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilecek, yani şüpheli ceza yargılamasından kurtulacaktır. Bu hüküm uyuşturucu tedavi mahkemesinin genel uygulamasıyla bağdaşmaktadır.

6- İnfaz Aşamasına Dair Düzenlemeler

İnceleme konumuz açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer hüküm 7445 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 71. maddesine eklenen ikinci fıkradır. Bu düzenlemeyle, TCK'nın 191. maddesinden hükümlü olanlar ile başka bir suçtan hükümlü olup uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olduğu tespit edilen hükümlülere, tedavi ve rehabilitasyon programlarına katılma zorunluluğu getirilmiştir. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin, madde bağımlılığı bulunan hükümlülerin tedavi ve rehabilitasyonuna yönelik mevcut yöntemlerin uygulanmasında etkinliğin artırılması ve bağımlılıkla mücadelede daha başarılı sonuçlar elde edilebilmesi amacıyla yöneldiği ifade edilmektedir. Tedavi ve rehabilitasyon programları, bu amaçla açılacak müstakim ceza infaz kurumlarında veya mevcut ceza infaz kurumlarının bu amaç için düzenlenen bölümlerinde gerçekleştirilecektir. Tedavi

²⁰³ <<http://kirikkale.gov.tr/hayat-bosluk-kabul-etmez-projesi-tanitim-ve-acilis-programi-gerceklestirildi>> 14 Ocak 2024; <<https://kirikkaleism.saglik.gov.tr/TR,41023/hayat-bosluk-kabul-etmez-konferans>> 14 Ocak 2024; <<https://hayatboslukkabuletmez.org/#>> 14 Ocak 2024

²⁰⁴ Mitchell, Wilson, Eggers and MacKenzie (n 48) 37; Carey, Mackin and Finigan (n 28) 24.

ve rehabilitasyon programlarına katılma zorunluluğuna riayet edilmesi veya edilmemesinin sonuçlarına fıkra da yer verilmemiştir. Bu durumun, 5275 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi kapsamında ele alınacağı kanaatindeyiz.

5275 sayılı Kanun'daki diğer değişiklik denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı başlıklı 105/A maddesine ilişkindir. Maddenin beşinci fıkrasına eklenen cümle uyarınca TCK'nın 191. maddesine konu suçtan hükümlü olanlar, fıkra da yer alan mevcut yükümlülüklerin yanı sıra tedavi ve rehabilitasyon programlarına katılma yükümlülüğüne de tabi tutulacaklardır. 5275 sayılı Kanun'da yapılan bu değişikliklerle uyuşturucu bağımlılığına dair denetim ve tedavi yaklaşımının, ceza infaz kurumlarında bulunan veya cezaları denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilen hükümlüler açısından da kabul edildiği anlaşılmaktadır.

IV- TÜRK CEZA KANUNU'NUN 191. MADDESİNE DAİR SUÇ EĞRİSİ

A- Genel Olarak

Haksızlık teşkil eden insan davranışlarından hangisinin suç olarak tanımlanacağı ve hangi yaptırıma tabi tutulacağı, suç ve ceza siyaseti ile belirlenir.²⁰⁵ Bu belirlemede mevzuattaki değişikliklerin izlenmesi ve meydana getirdiği olumlu ve olumsuz neticelerin tespiti kıymetli bir yol göstericidir. Ancak ülkemizde bu kapsamda yapılan çalışmaların sayısı sınırlıdır. Bu durum suçla mücadeledeki başarısızlığın sonucu ve bu başarısızlığın devamının nedeni olan “*panik mevzuatının*” yaygınlaşmasına yol açmaktadır.²⁰⁶ Bu itibarla TCK'nın 191. maddesine dair sıralanan değişikliklerin suçla mücadele açısından etkisinin ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

Mevzuatın etki değerlendirmesinde başvurulacak araştırma yöntemlerinden biri suç istatistikleridir. Bu nedenle çalışmamızda Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü ve Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı ile İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı'nın kamuya açık resmi istatistiklerinden yararlanılarak bazı tespitlerde bulunulmuştur. Bu kapsamda Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistiklerini Derleme ve Değerlendirme Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan ve dosya sayısı bazlı verilerin derlendiği Uyuşturucu İstatistikleri başlıklı eser temel kaynak olarak benimsenmiştir. Ancak bu esere dair verilerin 2015 yılından başlaması nedeniyle 2014 yılında yapılan değişikliğin istatistiklere yansımalarının da değerlendirilebilmesi amacıyla yıllık yayımlanan adalet istatistikleri ve adli istatistikler başlıklı eserlerdeki suç sayısı bazlı verilerden de istifade edilmesi gerekmiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair veriler açısından ise hem Uyuşturucu İstatistikleri çalışması hem de Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı'nın verilerine yer verilmiştir.

Bu çalışmanın, sadece resmi istatistikleri kapsamı, suça dair siyah sayıları içermemesi nedeniyle ülkemizdeki uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığına dair gerçek rakamları göstermesi elbette mümkün değildir. Bu hususta bazı karanlık alan çalışmalarından istifade edilebilecektir. Örneğin, Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi tarafından 2018 yılında 26 ilde yüz yüze görüşme yöntemi ile yapılan araştırma kapsamında 100.000 örneklemden, 42.754 kişi ile başarılı görüşme gerçekleştirilmiştir. İncelenenlerin %3.1'i (1.338 kişi) hayatında en az bir kere uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığını bildirmiştir.²⁰⁷

B- Soruşturma ve Kovuşturma Evresine Dair Veriler

Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca yapılan soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin veriler aşağıdaki şekilde tasnif edilmiştir.

²⁰⁵ İzzet Özgenç, 'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler' (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021), 52.

²⁰⁶ Sulhi Dönmezer, 'Suç Siyaseti' (1987) 52(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1, 6.

²⁰⁷ Muhammed Çevik, 'Bir Sosyal Problem Olarak Uyuşturucu Bağımlılığı' (2022) 7 (2) Sosyolojik Düşün 185, 193.

Tablo 1. Soruşturma Dosya Sayılarına İlişkin Veriler²⁰⁸

Yıl	Toplam Dosya Sayısı	Geçen Yılandan Devreden Dosya Sayısı	Yıl İçinde Açılan Dosya Sayısı	Karara Bağlanan Dosya Sayısı	Kamu Davası Açılan Dosya Sayısı
2015	147.155	48.109	99.046	60.270	32.739
2016	197.667	86.884	110.783	73.043	36.897
2017	264.706	124.624	140.082	96.090	49.226
2018	355.525	168.616	186.909	135.585	64.322
2019	421.937	219.940	201.997	161.625	70.393
2020	460.089	260.312	199.777	168.674	65.719
2021	556.209	291.415	264.794	234.439	95.424
2022	648.346	321.753	326.593	297.075	126.056
2023	673.730	351.388	322.342	292.640	128.920

Tablo 2. TCK 191/2 Uyarınca Kamu Davasının Açılmasının Ertelemesine İlişkin Veriler²⁰⁹

Yıl	Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine Karar Verilen Suç Sayısı ²⁰⁹	Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine Karar Verilen Dosya Sayısı ²¹⁰	Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine Dair Kararının Kaldırılmasıyla ²¹¹		
			Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilen Dosya Sayısı	Kamu Davası Açılan Dosya Sayısı	Kamu Davası Açılma Oranı (%)
2017	50.508	-	-	-	-
2018	65.714	-	-	-	-
2019	92.282	-	-	-	-
2020	88.867	64.951	17.925	23.933	63,2
2021	108.373	74.774	21.050	32.784	68,7
2022	131.780	92.083	20.565	42.265	75,1
2023	121.970	86.576	27.816	45.255	69,8

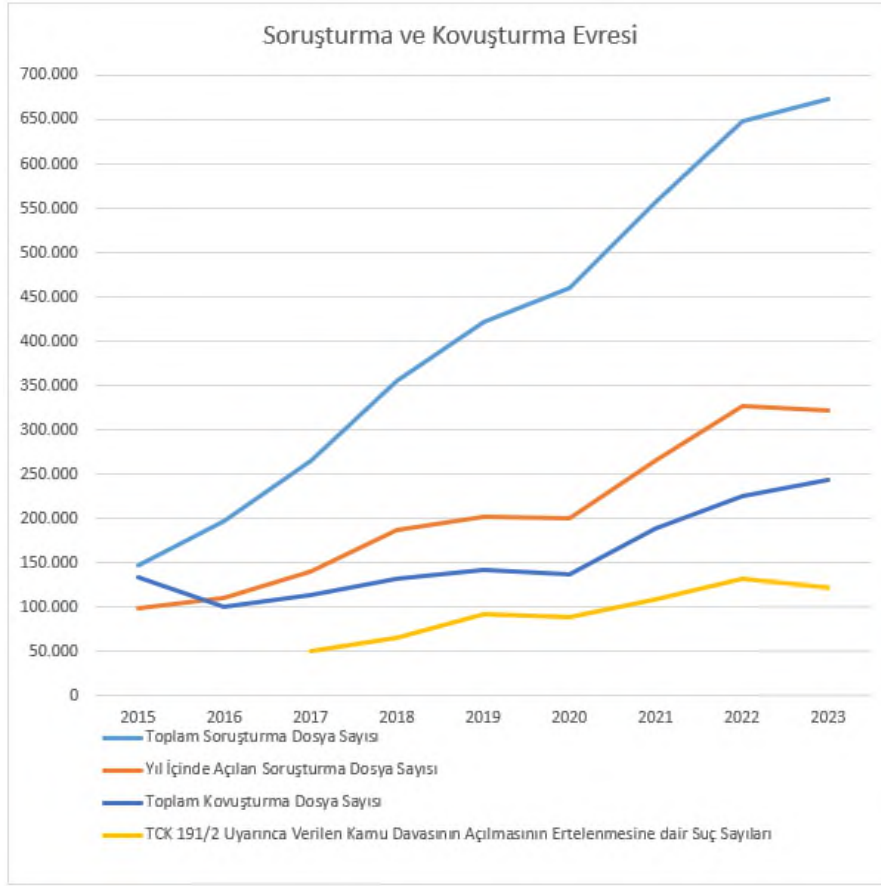
Tablo 3. Kovuşturma Dosya Sayılarına İlişkin Veriler²¹⁰

Yıl	Toplam Dosya Sayısı	Yıl İçinde Açılan Dosya Sayısı	Karara Bağlanan Dosya Sayısı	Karara Bağlanan Dosyalardaki Beraat Oranı (%)
2015	133.432	74.490	95.204	6,2
2016	100.129	54.810	62.042	8,9
2017	113.485	68.892	65.731	5,8
2018	132.919	82.929	83.085	4,7
2019	142.619	88.335	93.134	3,9
2020	136.688	80.071	74.435	3,4
2021	187.943	115.521	119.887	2,2
2022	226.186	145.279	144.269	1,7
2023	242.937	145.886	153.289	1,6

²⁰⁸ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistiklerini Derleme ve Değerlendirme Daire Başkanlığı, Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023, (2024 Ankara), 22-30.

²⁰⁹ <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/kamu-davasinin-acilmasinin-ertelenmesine-iliskin-istatistikler>> 4 Mayıs 2024

²¹⁰ Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 86-90.



C- Denetimli Serbestlik Uygulamasına Dair Veriler

Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişi sayısına dair Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı açık kaynaklarından erişilen veriler aşağıdaki şekildedir.

Tablo 4. Denetimli Serbestlik Uygulamasına Dair Veriler²¹¹

YIL	TCK'NIN 191. MADDESİ UYARINCA HAKKINDA TEDAVİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANAN KİŞİ SAYISI	
	YETİŞKİN	ÇOCUK
2018 (Ocak)	52.285	3.063
2019 (Ocak)	68.227	3.044
2020 (Ocak)	71.267	2.822
2021 (Ocak)	62.093	1.039
2022 (Ocak)	65.915	996

D- İstatistiklerin Değerlendirilmesi

Geçmiş başlıklarda zikredilen TCK'nın 191. maddesine dair istatistiki veriler ve maddede yapılan değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki tespitlerde bulunulmuştur.

²¹¹ <<https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistikler>> 20 Ocak 2024

Soruşturma aşamasına dair 2015 ve 2023 yıllarına ilişkin verileri karşılaştırdığımızda, TCK’nın 191. maddesi uyarınca toplam gelen soruşturma dosya sayısının %357,8; yıl içinde açılan dosya sayısının %225, yıl içinde karara bağlanan dosya sayısının ise % 386 oranında artış gösterdiği anlaşılmaktadır.²¹²

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki ve sonraki verileri değerlendirdiğimizde ise sonuçlanan soruşturmalardaki suç sayısının 2013 yılında 155.468 olduğu, bu sayının 2014’de 96.694’e, 2015’te ise 72.594’e düştüğü; ancak 2016 yılından itibaren kesintisiz bir yükseliş gösterdiği anlaşılmaktadır.²¹³ Emniyet Genel Müdürlüğü verilerine göre de uyuşturucu suçlarına ilişkin olaylarda artış vardır. 2022 yılında gerçekleşen 246.237 olayın %82’si olan 202.527 olay TCK’nın 191. maddesine ilişkindir.²¹⁴ 2023 yılına dair soruşturma istatistiklerine baktığımızda ise, toplam 673.730 soruşturma dosyasında 594.106 şüpheli ve 919.327 suç bulunduğu anlaşılmaktadır.²¹⁵

6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler neticesinde TCK’nın 191. maddesi uyarınca verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin suç ve dosya sayılarında da genel bir artış eğilimi söz konusudur. 2017 yılında 50.508 olan kamu davasının ertelenmesine dair suç sayısı 2022 yılında %160 artış göstererek 131.780’e ulaşmıştır.

2020 ile 2023 yıllarına ait tabloda zikredilen mevcut verilere göre kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair kararların kaldırılmasıyla şüpheli hakkında kamu davası açılan dosya sayısı oldukça yükseltir. Bu durum hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen şüphelilerin büyük bir kısmının kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar ettiği; yeniden uyuşturucu madde kullandığı veya bu maddeleri kullanmak için satın aldığı, kabul ettiği ya da bulundurduğuna işaret etmektedir.

Kovuşturma aşamasına dair incelenen veriler de soruşturma aşamasına dair verilerle genel bir uyum içerisindedir. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler akabinde 2014 ile 2016 yıllarında açılan davalardaki suç sayısının azaldığı anlaşılmaktadır. 2013 yılında 171.594 olan bu sayı, 2016’da 69.253’ya kadar düşmüştür. Ancak 2017 yılından bu yana, pandemi etkisiyle olduğunu değerlendirdiğimiz 2020 yılı dışında, TCK’nın 191. maddesi uyarınca açılan dosya ve suç sayısı devamlı bir yükseliş göstermiştir.²¹⁶

Ceza mahkemelerine TCK’nın 191. maddesi uyarınca gelen toplam dosya sayısının 2023 yılında 2015 yılına göre %82,1 arttığı belirtilmektedir. Sayıların en düşük seviyeyi görerek tekrar yükselişe geçtiği 2016 ile 2023 yılına dair ilişkin verileri karşılaştırdığımızda, TCK’nın 191. maddesi uyarınca toplam gelen dosya sayısının %142,6; yıl içinde açılan dosya sayısının %166,1; yıl içinde karara bağlanan dosya sayısının ise %147 oranında artış gösterdiği görülmektedir. 2023 yılında karara bağlanan dosyaların karar türlerine baktığımızda, %64 mahkûmiyet, %15,5 hükmün açıklanmasının geri bırakılması, %1,6 ise beraat şeklinde gerçekleşmiştir.²¹⁷

2023 yılında en fazla şüphelinin sırasıyla İstanbul, İzmir, Ankara, Bursa ve Gaziantep illerinde olduğu görülmektedir. Sanık sayılarında ise bu sıralama İstanbul, İzmir, Bursa, Ankara ve Antalya şeklindedir.²¹⁸ İstanbul’da toplam 143.988 soruşturma, 40.979 dava dosyası bulunmaktadır. Ankara’da ise bu rakamlar sırasıyla 34.381 ve 14.310’dur.²¹⁹

Türk Ceza Kanunu uyarınca ceza mahkemelerinde gelen dosya sayısının 2023 yılında 3.562.709 olduğu, TCK’nın 191. maddesi uyarınca gelen 242.937 dosyanın bu rakamın %6,8’ine karşılık geldiği görülmektedir. Asliye ceza mahkemelerine dosyalar açısından ise bu oran %9’dur.²²⁰

Netice olarak 6545 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin soruşturma ve kovuşturma sayılarında 2 yıllık bir süreyle azalma sağladığı, ancak akabinde genel bir yükseliş gösterdiği, bu itibarla 6545 sayılı Kanunla getirilen bilhassa kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair hükümlerin istenilen etkiyi sağlayamadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira erişilebilen verilerden kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen dosyalarda TCK’nın 191. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca bu kararın kaldırılmasıyla kamu davası açılan dosya sayısının yüksek olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nun 191. maddesine ilişkin suç eğrisinin artış eğiliminde olması pek çok nedenden kaynaklanmaktadır. Örneğin son yıllarda uyuşturucu maddelerin çeşitliliği ve ekonomik erişilebilirliği ciddi oranda artmıştır. Yine sosyal, ekonomik ve kültürel değişim de madde kullanımının artış nedenlerine ilişkin önemli konu başlıklarıdır. Çalışmamız kapsamı gereği bu nedenlerden ziyade ceza adaleti sistemimizin TCK’nın 191. maddesindeki suçla mücadeledeki etkinliğine odaklandığımızda etkili ve kalıcı çözümler üretilmediği kanaatine ulaşmaktayız. Zira mevcut sistemde tedavi ve adli işlemlerin bütünleştirilemediği,

²¹² Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 4, 5.

²¹³ Adli İstatistikler 2013, 20; Adli İstatistikler 2014, 22; Adli İstatistikler 2016, 22; <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi>> 4 Mayıs 2024

²¹⁴ 2023 Türkiye Uyuşturucu Raporu (n 10) 25.

²¹⁵ Adalet İstatistikleri 2023 (n 188) 69.

²¹⁶ Adli İstatistikler 2013, 69; Adli İstatistikler 2016, 51. <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adli-istatistikler-yayin-arsivi>> 4 Mayıs 2024

²¹⁷ Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 6-90.

²¹⁸ Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 5-6.

²¹⁹ Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 44-98.

²²⁰ Adalet İstatistikleri 2023 (n 188) 20-97.

soruşturma (435 gün) ve kovuşturmaya (201 gün) dair ortalama görülme sürelerinin²²¹ uzun olması nedeniyle tedavi ve rehabilitasyona yönlendirmede geç kalındığı, kapasite sorunu nedeniyle tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerine erişimin yeterli düzeyde olmadığı, test sıklığı başta olmak üzere denetimin zayıf olduğu, adli sistemle suçlunun tedavi ve rehabilitasyonunda görevli kimseler arasında iş birliğinin yeterli düzeyde sağlanamadığı anlaşılmaktadır. Netice olarak karanlık rakamları içermeyen verilere göre TCK'nın 191. maddesi uyarınca, 2023 yılında şüpheli sayısı 594.106, sanık sayısı ise 189.455 olarak tespit edilmiştir.²²²

V. SONUÇ

Uyuşturucu kullanımı, beden ve ruh sağlığı ile sosyal ve ekonomik açılardan problemlere sebebiyet veren ve pek çok ülke tarafından suç olarak kabul edilen bir eylemdir. Bağımlılığa yol açan bu eylem, ceza hukukunun yanında kriminoloji, tıp, psikoloji, farmakoloji, sosyoloji, ekonomi gibi farklı disiplinlerin çalışma konularından birini oluşturmaktadır. Bağımlılığın bu çok yönlü yapısı onunla mücadelede ceza hukukunun klasik kurallarının yetersiz kalmasına yol açmaktadır.

Çalışmamız kapsamında incelenen veriler, uyuşturucu bağımlılığının kişi ve halk sağlığı ile toplum düzenini tehdit eder nitelikteki ciddi sayılara ulaştığını göstermektedir. Bağımlılık ve suç arasındaki yakın ilişkinin etkilediği bu artış, pek çok ülkede neden olduğu toplumsal ve siyasi rahatsızlıkların yanında, ceza adaleti sistemleri açısından da ciddi bir kapasite ve maliyet sorununa yol açmıştır.

Zikredilen sorunlar, öncelikle ABD'de, akabinde pek çok ülkede benimsenerek yaygınlaşan bir model olan uyuşturucu tedavi mahkemelerini ortaya çıkarmıştır. Bu mahkeme modeli, uyuşturucu bağımlılığını klasik bir suç olarak değil, cezai sonuçları olan bir sağlık sorunu olarak görmektedir. Sorun çözen mahkemelerin bir örneği olan uyuşturucu tedavi mahkemelerinde benimsenen terapötik yaklaşımla, suçun altındaki nedenlerin giderilmesi, yapılacak adli müdahaleyle bağımlı suçluların tedavilerinin sağlanması ve suçlunun ceza adaleti sistemine yeniden girmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Böylece suçlunun ailesi ve toplum açısından da olumlu ve daha kalıcı sonuçlar elde edilebilmektedir.

Hukukumuzda uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılması veya kullanmak için satın alınması, kabul edilmesi, bulundurulması eylemleri Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Mezkûr maddede TCK'nın kabulünden bu yana, 5377, 5560, 6217, 6545, 6638, 7078, 7188 ve 7445 sayılı kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Yine uyuşturucu ile mücadelede düzenlemeler içeren pek çok hüküm de benzer şekilde sık değişikliğe maruz kalmıştır. Çalışmamız kapsamında değerlendirdiğimiz adli veriler TCK'nın 191. maddesine dair tüm bu değişikliklerin suçla mücadelede kalıcı çözümler üretmediğine işaret etmektedir. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle TCK'nın 191. maddesi açısından getirilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi, soruşturma ve kovuşturma sayılarında iki yıllık bir süreyle azalma sağlamış, ancak akabinde bu sayılar genel ve ciddi bir yükseliş göstermiştir.

Uyuşturucu bağımlılığı ile mücadele açısından uyuşturucu tedavi mahkemelerinin mer'î hukukumuzda nazaran daha başarılı olduğu, düzenlemelerimizin bilhassa terapötik açıdan yeterli olmadığı, tedavi birimleri açısından da kapasite sorununun bulunduğu anlaşılmaktadır. Uyuşturucu tedavi mahkemesi modeli, katılımcının programa başvurusu ve kabulü; programın içerdiği tedavi, denetim, ödül ve geçici yaptırımlar; katılımcılara sunulan eğitim, istihdam ve sair olanaklar; disiplinler arası iş birliğinin başarılı şekilde uygulanması gibi pek çok açıdan mer'î hukukumuzda nazaran daha etkin hükümler içermektedir. Farklı ülkelerde yapılan çok sayıda çalışmada, uyuşturucu tedavi mahkemelerinin bağımlıların suç tekrarının önlenmesinde ceza hukukunun klasik yaklaşımına nazaran daha başarılı olduğu ve daha az mali külfete neden olduğu tespit edilmiştir.

TCK'nın 191. maddesine dair incelenen veriler karşısında uyuşturucu bağımlı suçlular için ceza adaleti sistemimizin döner kapı haline gelmesinin engellenmesi açısından uyuşturucu tedavi mahkemesi modelinin emsal alınmasının faydalı olacağını değerlendirmekteyiz. İstatistiklere yansıyan mevcut iş yükü de mahkemeler açısından uzmanlaşmanın önemli bir gereklilik haline geldiğini göstermektedir. Kurulacak mahkemelerin sadece bir ihtisas mahkemesi olmanın ötesinde sorun çözen mahkeme modeline uygun şekilde çalışmasıyla, başta tedavisini sağlayacağı bağımlılar olmak üzere onların aileleri ve toplum ile ceza adaleti sistemimiz açısından faydalı neticeler elde edilebilecektir.

²²¹ Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023 (n 208) 17-82.

²²² Adalet İstatistikleri 2023 (n 188) 63-97.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: The author declared no financial support.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri 2023, (2024 Ankara).
- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistiklerini Derleme ve Değerlendirme Daire Başkanlığı, ‘Uyuşturucu İstatistikleri 2015-2023’, (2024 Ankara).
- Akbulut İ, ‘Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu’ (1997) 55(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 111-142.
- Armstrong E. G, ‘The Drug Court as Postmodern Justice’, (2008) 16(4) Critical Criminology 271-284.
- Avrupa Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığını İzleme Merkezi, ‘Avrupa Uyuşturucu Raporu 2022: Eğilimler ve Gelişmeler’ (2023 Lüksemburg) 13. <https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/14644/20222419_TDAT22001TRN_PDF.pdf> 6 Ocak 2024.
- Balcı M, ‘Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları’ (Adalet Yayınevi, 2009).
- Belenko S, ‘Research On Drug Courts: A Critical Review’ (1998) 1(1) National Drug Court Institute Review.
- Bentley P. and Barnes K, ‘Basic Principles of Drug Treatment Courts: The Judicial Component. The Canadian Experience and Lessons Learned’ in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 32-46. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024
- Berkün B, ‘Uyuşturucu Madde Kullanımını Yasallaştırma Eğilimi: Türkiye-Almanya-Hollanda Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması’ (On İki Levha Yayıncılık, 2023).
- Blick D, ‘Addressing the Drug Problem: The Establishment of Drug Courts and Evaluating their Effectiveness’ (thesis, Rochester Institute of Technology 2022). <<https://repository.rit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12658&context=theses>> 14 Ocak 2024
- Cadena Montoya J. D, Santamaría González B. and García Rivas L. M, ‘Implementing a Drug Treatment Court: Two Experiences - A Top-Down Approach To Creating A Drug Treatment Court: The Case Of The State Of Nuevo León, Mexico’ in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 107-119. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024
- Calus G, ‘Efficacy of Adult Drug Treatment Courts in North Carolina’, (Thesis, Guilford College 2023). <<https://www.jstor.org/stable/community.34724061>> 14 Ocak 2024
- Campbell G, ‘Basic Principles Of Treatment For Drug Dependence: Two Perspectives - A Public Health Perspective’, in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 65-71. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024
- Carey S. M, Mackin J. R. and Finigan M. W, ‘What Works? The Ten Key Components of Drug Court: Research-Based Best Practices’ (2012) 8(1) Drug Court Review 6-42.
- Cook S. L., ‘Observations of a Drug Court Judge’, (2017) 29(4) Federal Sentencing Reporter Published by University of California Press 211-212.
- Cooper C. S, Franklin B. and Mease T, ‘Establishing Drug Treatment Courts: Strategies, Experiences and Preliminary Outcomes - Volume One: Overview and Survey Results’ (2010) Drugs Summit: European, Latin American and Caribbean Mayors and Cities. <https://www.oas.org/documents/eng/press/Publication_drug_courts_volumen_1.pdf> 14 Ocak 2024
- Csete J. and Tomasini-Joshi D, ‘Drug Courts: Equivocal Evidence On A Popular Intervention’ (2015) Open Society Foundations. <<https://www.srdaf.ie/wp-content/uploads/2015/05/drug-courts-equivocal-evidence-popular-intervention-20150518.pdf>> 14 Ocak 2024
- Çetin S. H, ‘Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1353-1480.
- Çevik M, ‘Bir Sosyal Problem Olarak Uyuşturucu Bağımlılığı’ (2022) 7 (2) Sosyolojik Düşün 185- 203.
- Çocuk Vakfı, ‘Türkiye’de Uyuşturucu ve Çocuk-Genel Değerlendirme ve Öneriler’ (2021) 6(11) Çocuk ve Medeniyet Dergisi 143-151.
- Dangreau J. and Serlippens A, ‘Implementing a Drug Treatment Court: Two Experiences. A Bottom-up Approach to Developing a Drug Treatment Court: The Case of Ghent, Belgium’ in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 84-106. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024
- Demirbaş T, ‘Kriminoloji’ (7. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2020).
- Dias G, ‘Canada’s Drug Laws: Prohibition is Not the Answer’ in *Perspectives on Canadian Drug Policy*, (The John Howard Society of Canada, 2003) 9-24. <<https://www.johnhoward.ca/wp-content/uploads/2016/12/Perspective-on-Canadian-Drug-Policy-Volume-1.pdf>> 6 Ocak 2024
- Dönmezer S, ‘Kriminoloji’ (9. Baskı Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2020).

- Dönmezer S, 'Suç Siyaseti' (1987) 52 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-33.
- Dönmezer S, 'Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri' (1970) 36(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1-14.
- Drug Court of New South Wales, 'History' <<https://drugcourt.nsw.gov.au/about-us/history.html>> 14 Ocak 2024
- Drug Court of New South Wales, 'What is the Drug Court program?' <https://drugcourt.nsw.gov.au/documents/Factsheet_What_is_the_Drug_Court_program.pdf> 14 Ocak 2024
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanımına Dair Düzenlemelerin Gelişimi: Suç Olmaktan Çıkarma ve Diversiyon (Cezalandırmadan Sapma) Eğilimleri' (2022) 23 Hukuk Köprüsü Dergisi 69-73.
- Eaglin J.M, 'The Drug Court Paradigm', (2016) 53(3) American Criminal Law Review 595- 640.
- Elmas, Birsen 'Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları' (6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024).
- Ergül E, 'Hukuki, Adli Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları' (Yetkin Yayınları, 1997).
- Finigan M. W, Carey S. M. and Cox A, 'Impact of a Mature Drug Court Over 10 Years of Operation: Recidivism and Costs (Final Report)' (2007) NPC Research. < <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/219225.pdf>> 14 Ocak 2024
- Finn P. and Newlyn A. K, 'Miami Drug Court Gives Drug Defendants a Second Chance' (1994) 77(5) Judicature 268-271.
- Gaba A, Lovette A, Pridgen B, Taylor M, Woodward E, Rosal M. C, Anderson M. and Smelson D, 'Identifying strategies to advance equitable implementation of co-occurring mental health and substance use disorder treatment in drug treatment courts: A study protocol' (2023) 7(1) Journal of Clinical and Translational Science 1-10.
- Gavin P. and Kawałek A, 'Viewing the Dublin Drug Treatment Court through the Lens of Therapeutic Jurisprudence' (2020) 11(5) International Journal for Court Administration 1-15. <<https://doi.org/10.36745/ijca.298>> 14 Ocak 2024
- Goldstein P. J, 'The Drugs/Violence Nexus: A Tripartite Conceptual Framework' (1985) 15(4), Journal of Drug Issues, 493-506.
- Government Of Canada, 'Drug Treatment Court Funding Program' <<https://www.justice.gc.ca/eng/fund-fina/gov-gouv/dtc-ttt.html>> 14 Ocak 2024
- Gutierrez L. and Bourgon G, 'Drug Treatment Courts: A Quantitative Review of Study AndTreatment Quality' (2009) Public Safety Canada. <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2009-04-dtc/2009-04-dtc-eng.pdf>> 14 Ocak 2024
- Guzmán Rodríguez D. E, 'International Drug Policy Consortium Briefing Paper-Drug Courts: Scope and Challenges of an Alternative to Incarceration' (2012) SSRN Electronic Journal. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184815>> 15 Ocak 2024.
- Haisley S. J, 'The Drug Treatment Court Concept: The Jamaican Drug Courts' (2013) The Justice and Development Working Paper Series 20/2013.<<https://documents1.worldbank.org/curated/en/814151468162271878/pdf/774300NWPOJOD000Box377296B00PUBLIC0.pdf>> 14 Ocak 2024
- Health Research Board, 'Newsletter of the Alcohol and Drug Research Unit' (2007). < https://www.drugsandalcohol.ie/11455/1/Drugnet_24.pdf> 14 Ocak 2024
- Hellmund, Matthias, 'Das panamerikanische 'Drug Court' -System als Alternative für die deutsche Strafrechtspflege? Analyse und Vergleich internationaler Erfahrungswerte zum Umgang mit Drogenstraftätern' (Duncker & Humblot, 2020).
- Hiller M. L, Belenko S, Dennis M, Estrada B, Cain C, Mackin J. R, Kagan R. and Pappacena L, 'The impact of Juvenile Drug Treatment Courts (JDTC) implementing Federal Evidence-Based Guidelines on recidivism and substance use: multisite Randomized Controlled Trial (RCT) and Regression Discontinuity (RDD) Designs' (2021) 9(1) Health and Justice.
- Hora P. F. and Stalcup T, 'Drug Treatment Courts In The Twenty-First Century: The Evolution Of The Revolution In Problem-Solving Courts' (2008) 42(3) Georgia Law Review 717-811.
- Hora P. F, Schma W. G. and Rosenthal J. T. A, "Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the Criminal Justice System 's Response to Drug Abuse and Crime in America" (1999) 74 (2) Notre Dame Law Review 439-538. <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss2/4>> 14 Ocak 2024
- Human Rights Watch, 'Bolivia: Human Rights Violations and the War on Drugs' (1995). <<https://www.refworld.org/docid/3ae6a7e64.html>> 14 Ocak 2024
- İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Başkanlığı Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi Şube Müdürlüğü, '2023 Türkiye Uyuşturucu Raporu Eğilimler ve Gelişmeler' (2023 Ankara). <https://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/Ulusal%20Yay%C4%B1nlar/2023_TURKIYE_UYUSTURUCU_RAPORU.pdf> 6 Ocak 2024
- İçişleri Bakanlığı İç Güvenlik Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 'TCK 191. Madde Kapsamındaki Suçları İşleyenlerin Kriminolojik Profili' (2023)
- Kabak Yüce E, 'Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözme Yöntemi Modeli Olarak Sorun Çözen Mahkeme', (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2015).
- Kearley B, 'Long Term Effects Of Drug Court Participation: Evidence From A 15- Year Follow-Up Of A Randomised Controlled Trial' (thesis, Faculty of the Graduate School of the University of Maryland 2017). <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/251117.pdf>> 14 Ocak 2024
- Kimbrough R. J, 'Treating Juvenile Substance Abuse: The Promise of Juvenile Drug Courts' (1998) 5(2) 11-19.
- Leder, Angelina 'Amerikanische Drug Treatment Courts: Ein Vergleich mit deutschen Regelungen zum Umgang mit betäubungsmittelabhängigen Straftätern' (Nomos, 2019).
- Lindquist C. H, Krebs C. P, Warner T. D. and Lattimore P. K, 'An Exploration of Treatment and Supervision Intensity among Drug Court and Non-Drug Court Participants' (2009) 48(3) Journal of Offender Rehabilitation 167-193.
- Logsdon A. R, Antle B. F and Kamer C, 'Family Treatment Drug Court Cost Analysis: An In-depth Look at the Cost and Savings of a Southeastern

- Family Treatment Drug Court’ (2021) 99(5) Child Welfare 51-74.
- Longshore D, Turner S, Wenzel S, Morral A, Harrell A, McBride D, Deschenes E. and Iguchi M, “Drug Courts: A Conceptual Framework” (2021) 31(1) Journal of Drug Issues 7-26.
- Lurigio A. J, ‘The First 20 Years of Drug Treatment Courts: A Brief Description of Their History and Impact’, (2008) 72 (1) Federal Probation: A Journal of Correctional Philosophy and Practice 13-17.
- Marlowe D. B, ‘Research Update on Adult Drug Courts’ (2010), National Association of Drug Court Professionals. <http://www.antonioacasella.eu/archila/Marlowe_drug_courts_2010.pdf> 14 Ocak 2024
- Meyer W. G. and Ritter A. W, ‘Drug Courts Work’ (2001) 14(3-4) Federal Sentencing Reporter Published by University of California Press 179-185.
- Mitchell O, Wilson D. B, Eggers A and MacKenzie D. L, ‘Drug Courts Effects on Criminal Offending for Juveniles and Adults’ (2012) 8(1) Campbell Systematic Reviews 14. <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.4073/csr.2012.4>> 14 Ocak 2024
- Moore L, ‘Tackling Drug Crime the TJ Way: Report on Therapeutic Jurisprudence and the Tasmanian Court Mandated Diversion Program’ (2012) SSRN Electronic Journal. <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1992734>> 14 Ocak 2024
- Nored L. S. and Carlan P. E, ‘Success of Drug Court Programs: Examination of the Perceptions of Drug Court Personnel’ (2008) 33(3) Criminal Justice Review 329-342.
- Oo M. K, ‘Basic Principles Of Treatment For Drug Dependence: Two Perspectives - A Public Health Perspective’, in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 72-83. <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024
- Özbek V. Ö, Doğan K. ve Bacaksız P, ‘Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler’ (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Özgenç İ, ‘Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (17. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Öztürk F. C, ‘Uyuşturucu Madde Bağımlılığı ve Türkiye’de Uyuşturucu Madde Kullanımının İncelenmesi’ (2023) 47(3) Ankara Eczacılık Fakültesi Dergisi 1071-1083.
- Public Prosecution Service of Canada, ‘Changes To Ppsc’s Eligibility Criteria For Drug Treatment Court Programs’ <https://ppsc-sppc.gc.ca/eng/nws-nvs/2024/02_01_24.html> 14 Ocak 2024
- Public Prosecution Service of Canada, ‘6.1 Drug Treatment Courts’ <ppsc-sppc.gc.ca> 14 Ocak 2024
- Rempel M, Maurandi A. L, Raine V, Spadafore J, Hynynen Lambson S. and Cooper C. S, ‘A Diagnostic study of the Addiction Treatment Court in Guadalupe, Nuevo León, Mexico: Findings and Recommendations’ (2014) Inter-American Drug Abuse Control Commission and the Center for Court Innovation in cooperation with the Department of Justice, Law and Criminology at the School of Public Affairs at American University. <https://www.innovatingjustice.org/sites/default/files/documents/diagnostic_study_nuevo_leon_ENG.pdf> 14 Ocak 2024
- Soyaslan D, ‘Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)’ (4. Baskı Yetkin Yayınları, 2020).
- Strauss L, ‘U.S. Drug Court: A Building Block for Canada’ (2002) 8(2) ILSA Journal of International & Comparative Law 685-705. <<https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1382&context=ilsajournal>> 20 Ocak 2024.
- Tezcan D, Erdem M. R ve Önok R. M, ‘Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (21. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023).
- Tezer A, ‘Politika Transferi Literatürü Çerçevesinde Türkiye’ nin Uyuşturucu İle Mücadele Politikası’ (2023) 4(3) Kamu Yönetimi ve Politikaları Dergisi 397-430.
- The National Association of Drug Court Professionals Drug Court Standards Committee, ‘Defining Drug Courts: The Key Components’ (1997) U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Assistance. <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/bja/205621.pdf>> 14 Ocak 2024
- The National Drug Court Resource Center, Data Digest (2) Treatment Court Counts. <<https://ntcr.org/data-digest/>> 6 Ocak 2024
- United Nations Office on Drugs and Crime, ‘From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment - Discussion Paper’ (2009 Vienna). <https://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion_Ebook.pdf> 06 Ocak 2024
- United Nations Office on Drugs and Crime, ‘Informal Expert Working Group On Drug Treatment Courts’ (1999 Vienna). <https://www.unodc.org/pdf/lap_report_ewg_casework.pdf> 06 Ocak 2024
- United Nations Office on Drugs And Crime, ‘2020 World Drug Report - Drug Use And Health Consequences’ (2023 Vienna). <https://wdr.unodc.org/wdr2020/field/WDR20_Booklet_2.pdf> 6 Ocak 2024
- United Nations Office on Drugs and Crime, ‘2023 World Drug Report - Executive Summary’ (2023 Vienna). <https://www.unodc.org/res/WDR-2023/WDR23_Exsum_fin_SP.pdf> 6 Ocak 2024
- U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Drug Treatment Courts, (2023). <<https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/238527.pdf>> 14 Ocak 2024
- Ümit C, ‘Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak, Kullanmak İçin Kabul Etmek, Satın Almak, Bulundurmak Suçunun Muhakemesi’ (2023) 13(25) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 149-203.
- Yenisey F, ‘Uyuşturucu Maddeler Sorununun Ceza Hukuku Yönü’ (1983) 1(1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-191.
- Yokuş Sevük H, ‘Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar’ (Seçkin Yayıncılık, 2007).
- Weatherburn D, Yeong S, Poynton S, Jones N. and Farrell M, ‘Long-term effect of the NSW Drug Court on Recidivism’ (2020) (Crime and Justice Bulletin No. 232) NSW Bureau of Crime Statistics and Research. <<https://www.bocsar.nsw.gov.au/Publications/CJB/2020-The-Long-term-effect-of-the-NSW-Drug-Court-on-recidivism-CJB232.pdf>> 14 Ocak 2024
- Weekes J, Mugford R, Bourgon G. and Price S, ‘Drug Treatment Courts FAQs’ (2007) Canadian Centre on Substance Abuse.

<https://ccsa.ca/sites/default/files/2019-05/ccsa-011348-2007.pdf>> 14 Ocak 2024

Werb D, Elliott R, Fischer B, Wood E, Montaner J. and Kerr T, 'Drug Treatment Courts in Canada: An Evidence-Based Review' (2007) 12(2-3) HIV AIDS Policy Law Review 12-17.

Wexler D. B. and King M. S., "*Promoting Societal and Juridical Receptivity to Rehabilitation: The Role of Therapeutic Jurisprudence*", in Caroline S. Cooper/Anna M. Chisman/Antonio L. Maurandi (eds), *Drug Treatment Courts: An International Response to Drug Dependent Offenders*, (Organization of American States 2013) 21-43 <<https://www.american.edu/spa/news/upload/oas-final-9-6-13-csc.pdf>> 6 Ocak 2024

Winick B. J., 'Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts' (2003) 30 (3) Fordham Urban Law Journal 1055-1103. <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol30/iss3/14>> 14 Ocak 2024

Winick B. J and Wexler D. B., 'Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied' (2015) 15(3) Touro Law Review 479-486. <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol18/iss3/6>> 14 Ocak 2024

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Şahin İ, "The Role of Treatment Courts in the Fight Against Drug Addiction and its Applicability in Türkiye" (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 216.

Crime in Tourism: A Systematic Literature Review and Bibliometric Analysis

Eylem BAŞ¹ , Engin BAYRAKTAROĞLU² 

¹Assistant Professor Dr., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Law, Eskişehir, Türkiye

²Associate Professor Dr., Anadolu University, Faculty of Tourism, Eskişehir, Türkiye

ABSTRACT

Tourism is closely related to social factors. This situation also leads to a relationship between tourism and crime. The increase in tourist movements increases the population of destinations, and the increasing population creates a suitable environment for criminal activities. Social, economic, cultural differences, environmental conditions, and inadequate security measures affect the crime activities observed within tourism. From this perspective, crime in tourism is a multi-dimensional problem that needs to be addressed in detail. It is also essential to evaluate crime patterns within the tourism phenomenon. This study evaluated 273 articles indexed in the Web of Science Core Collection by a systematic literature review and bibliometric analysis. The articles were subjected to structured content analysis, and a literature review was conducted within the scope of the study. Various variables such as author, citation, and publication were examined using bibliometric techniques such as co-occurrence, network, and co-citation analysis. According to the results, it was seen that multi-dimensional collaborations should be carried out to solve the problems arising within the scope of crime in tourism. Among these, international, interdisciplinary, and inter-institutional collaborations are at the forefront. In addition, long-term studies should be conducted to collect real-time data, and preventive measures and policies should be developed. Interdisciplinary studies should be encouraged to create a safer environment for tourists and hosts in destinations.

Keywords: Crime, tourism, systematic literature review, bibliometric analysis

Introduction

Tourism cannot exist isolated from society because it is inherently connected to and dependent on societal factors. Tourism is also related to crimes committed in tourist destinations because it is deeply ingrained in society¹. However, it should be noted that this relationship varies depending on the destination² and tourist type³.

In terms of crimes committed, tourists are seen as attractive targets and constitute a high-risk group⁴. Tourists carry significant amounts of money or other portable goods with them. They also go to entertainment venues late into the night, drink alcohol or take drugs, visit distant and unfamiliar places, cannot distinguish between safe and unsafe areas, and are perceived as insensitive to local norms and customs⁵. Indeed, some tourists participate in this mobility to consume excessive alcohol or engage in antisocial behaviors⁶. In this context, their unfamiliarity with the local language and culture also emerges as a factor⁷. Tourists are also widely perceived as easy targets for crimes⁸.

¹ D. Botterill, S. R. D. C. Seixas, and J. L. Hoeffel, 'Tourism and Transgression: Resort Development, Crime and the Drug Economy' (2014) 11 *Tourism Planning & Development* 27, 39.

² R. I. Mawby and others, 'Addressing the Security Concerns of Locals and Visitors for the Sustainable Development of Tourist Destinations' (2016) 8 *Sustainability* 524.

³ I. Adam and C. A. Adongo, 'Do Backpackers Suffer Crime? Empirical Investigation of Crime Perpetrated against Backpackers in Ghana' (2016) 27 *Journal of Hospitality and Tourism Management* 60, 60.

⁴ R. I. Mawby, 'Responding to Tourist Victims of Crime: Lessons the UK Can Learn' (2014) 16 *Crime Prevention & Community Safety* 294, 299.

⁵ A. Pizam, P. E. Tarlow and J. Bloom, 'Making Tourists Feel Safe: Whose Responsibility Is It?' (1997) 36 *Journal of Travel Research* 23, 23-24 <<https://doi.org/10.1177/004728759703600104>>.

⁶ S. Hodgkinson and N. Tilley, 'Travel-to-Crime: Homing in on The Victim' (2007) 14 *International Review of Victimology* 281, 287.

⁷ M. Kathrada, C. J. S. C. Burger, and M. Dohnal, 'Holistic Tourism-Crime Modelling' (1999) 20 *Tourism Management* 115.

⁸ A. Lepp, and H. Gibson, 'Tourist Roles, Perceived Risk and International Tourism' (2003) 30 *Annals of Tourism Research* 606, 608.

Corresponding Author: Eylem Baş E-mail: eylem.bas@ogu.edu.tr

Submitted: 15.06.2024 • **Revision Requested:** 14.12.2024 • **Last Revision Received:** 18.12.2024 • **Accepted:** 18.12.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

Although there are victimology studies, a limited number of them have been conducted on the victimization of tourists. However, in tourism research, researchers are interested in the effects of crime on the tourism industry rather than victimization or other issues. In summary, the tourist, as a victim of crime, is not adequately addressed in both disciplines⁹.

The tourism industry increases the population in a destination, provides a suitable environment for crime, and characterizes the crimes committed¹⁰. Tourists create a temporary community in the destination, affecting all aspects of the environment. This also affects the recording of alleged crimes and leads to an isolation effect that increases victimization rates¹¹. There, tourism has an impact that increases crime in a destination¹². However, considering the positive economic impacts of the tourism industry, such as foreign currency inflows and job growth, it is impossible to discuss determining a strategy such as reducing the number of tourists to prevent crimes¹³.

Crime in tourism is the main subject of this study. Both crime and tourism are social phenomena underpinned by complex social and psychological motivations and relationships. Social, cultural, and economic systems create both. Both are action patterns of escape behavior. Both are mechanisms of escape from the status quo. However, social acceptability constitutes their main difference¹⁴.

The main objective of this research article is to investigate the occurrence of crime in the tourism industry through a bibliometric analysis and systematic literature review. By using these methods, we systematically identify, analyze, and synthesize existing scholarly literature on crime in tourism. Our research seeks to uncover patterns, trends, and gaps in the academic discourse to provide a comprehensive understanding of current knowledge on crime in tourism. Furthermore, through bibliometric analysis, we aim to map the intellectual structure of the field by identifying key authors, seminal works, and the evolution of research themes over time. Ultimately, this research provides valuable insights for future studies, policy development, and practical strategies for reducing crime in tourist destinations.

The first problem in such studies is to define the field boundaries. Bibliometric methods can make it easier to identify interdisciplinary research fields that do not have clear boundaries and cannot be considered research fields in their own right. For this reason, the study began with bibliometric analyses to define and define the field. Therefore, the first research question is RQ 1. What is the scientific structure of studies related to crime in tourism? The fundamental research questions to be answered within the scope of the study are as follows:

RQ2. Is tourism solely responsible for crime in tourism destinations?

RQ3. Is there a proportional relationship between tourist mobility and crime frequency?

RQ4. Do tourist destinations' characteristics affect crime?

RQ5. What is the scope of the relationship between tourism and the criminal justice system?

RQ6. What is the impact of fear of crime on tourist mobility?

RQ7. How do specialized law enforcement units affect crime in tourist destinations?

RQ8. What do the victim and criminal roles of a tourist include?

RQ9. What is the relationship between organized crime and tourism?

RQ10. What are the other effects of crime in tourism that extend beyond the aforementioned questions?

⁹ R. I. Mawby and M. Ozascilar, 'Tourists' Safety in the Risk Society: Explaining Perceptions of Safety Regarding Future Vacations' [2023] *International Criminal Justice Review* 12–13.

¹⁰ M. Barker and S. J. Page, 'Visitor Safety in Urban Tourism Environments: The Case of Auckland, New Zealand' (2002) 19 *Cities* 273, 275.

¹¹ E. T. Fujii, and J. Mak, 'Tourism and Crime - Implications For Regional Development Policy' (1980) 14 *Regional Studies* 27, 28.

¹² P. Brunt, R. I. Mawby, and Z. Hambly, 'Tourist Victimization and the Fear of Crime on Holiday' (2000) 21 *Tourism Management* 417, 417; E. I. Eja, 'Exploring Spatial Pattern of Crime Dynamics and Vulnerability within Tourism Infrastructure in Calabar, Nigeria' (2023) 31 *Spatial Information Research* 381, 381; S. Mehmood, Z. Ahmad, and A. A. Khan, 'Dynamic Relationships between Tourist Arrivals, Immigrants, and Crimes in the United States' (2016) 54 *Tourism Management* 383, 390; V. Recher, and I. Rubil, 'More Tourism, More Crime: Evidence from Croatia' (2020) 147 *Social Indicators Research* 651, 1; P. Routledge, 'Consuming Goa - Tourist Site as Dispensable Space' (2000) 35 *Economic and Political Weekly* 2647, 2648.

¹³ C. F. Tang, 'An Exploration of Dynamic Relationship between Tourist Arrivals, Inflation, Unemployment and Crime Rates in Malaysia' (2011) 38 *International Journal of Social Economics* 50, 65.

¹⁴ C. Ryan, 'Crime, Violence, Terrorism and Tourism: An Accidental or Intrinsic Relationship?' (1993) 14 *Tourism Management* 173, 181–182 <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/026151779390018G>>.

Materials and Methods

Triangulation is the most prominent issue during the planning phase of such research. In its simplest definition, the triangulation metaphor in scientific research is ‘the combination of methodologies¹⁵’ to ‘enable confirmation or corroboration¹⁶.’ In other words, triangulation is the combination of multiple investigators, data sources, methodologic approaches, theoretical perspectives, or analytical methods within a study¹⁷. Therefore, we can mention four types of triangulation¹⁸: (1) methodological, (2) data, (3) investigator, and (4) theory. In addition, some researchers, such as Kimchi et al.¹⁹, have mentioned analytical triangulation, which combines different analysis techniques. Perhaps this definition may be helpful, especially in the medical sciences. In this study, we do not make such a distinction; rather, we subsume analytical triangulation under methodological triangulation. We did not mention the theoretical triangulation because this study is a literature review. Because there are many theories in different fields, we thought that opening a discussion on this issue would go beyond the purpose of the study. Therefore, we considered methodological, data, and investigator triangulation.

Methodological Triangulation

As mentioned before, the relationship between crime and tourism is the main subject of this research. We define the research questions presented in the introduction to concretize this topic. The next step is to determine how to achieve the research objective. At this point, we conclude that a literature review is an appropriate method. A systematic literature review is a rigorous and structured mixed approach to gathering, critically assessing, and synthesizing existing research evidence on a specific topic or research question. However, due to the breadth of the research area determined in terms of the relationship between crime and tourism and the multidisciplinary nature of this field, we decided that quantitative evaluations should be conducted before proceeding to qualitative analysis. Conducting a bibliometric analysis to outline the areas under review of the systematic literature review is appropriate. Therefore, we may define this study as mixed methods research using bibliometric analysis and a systematic narrative review to ensure methodological triangulation. In this context, we explain the procedures, protocols, and methods used in the present study.

Systematic literature review

A systematic literature review is a structured approach to reviewing and synthesizing existing research on a specific topic or research question. This involves a systematic process for critically evaluating relevant studies from the selected literature. The goal of this study is to provide an overview of the existing evidence, identify gaps in knowledge and draw meaningful conclusions to inform future research²⁰. The critical steps in conducting a systematic literature review include defining the research question, developing inclusion and exclusion criteria, systematic ways of searching for relevant studies, screening and selecting studies based on predefined criteria, extracting data from included studies, and synthesizing the findings through narration and/or quantitative approaches such as bibliometrics²¹.

In the first step of the review, a coder reviewed all 273 selected documents and identified the codes. This process was executed twice (times of coding). This procedure increases trustworthiness via intra-coder reliability²². All identified codes were imported into NVivo, a qualitative data analysis software, to facilitate systematic literature review processes and visualization of relationships. NVivo allowed us to organize, code, and analyze the literature efficiently, ensuring transparency and reproducibility in our review methodology²³. This study conducted methodological triangulation by performing a narrative review guided by research questions and bibliometric analyses based on quantitative data. In this context, the study is a mixed methods research.

¹⁵ N. K. Denzin, *The Research Act: A Theoretical Introduction to Sociological Methods* (1st edn, Routledge 2017) 291.

¹⁶ B. Tran, ‘The Nature of Research Methodologies: Terms and Usage within Quantitative, Qualitative, and Mixed Methods’ in M. L. Baran, and J. E. Jones (eds), *Advances in Knowledge Acquisition, Transfer, and Management* (IGI Global 2016).

¹⁷ V. A. Thurmond, ‘The Point of Triangulation’ (2001) 33 *Journal of Nursing Scholarship* 253, 253 <<https://sigmapubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1547-5069.2001.00253.x>> accessed 1 April 2024.

¹⁸ B. Tran, ‘Triangulation in Organizational Research: Validating Knowledge in Human Competence at Work’ in A. Takhar-Lail, and A. Ghorbani (eds), *Market Research Methodologies: Multi-Method and Qualitative Approaches* (IGI Global 2015) 95.

¹⁹ J. Kimchi, B. Polivka, and J. S. Stevenson, ‘Triangulation: Operational Definitions’ (1991) 40 *Nursing Research* 364.

²⁰ A. C. Tricco and others, ‘PRISMA Extension for Scoping Reviews (PRISMA-ScR): Checklist and Explanation’ (2018) 169 *Annals of Internal Medicine* 467.

²¹ S. Green and others, ‘Introduction’ in J. P. Higgins and S. Green (eds), *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions* (Wiley-Blackwell 2014).

²² E. Bayraktaroğlu, and N. Kozak, ‘Intrinsic and Extrinsic Values of Destinations’ (2022) 31 *European Journal of Tourism Research* 3104, 6.

²³ G. R. Gibbs, ‘Different Approaches to Coding’ (2012) 42 *Sociological Methodology* 82.

Bibliometric analysis

Bibliometric analysis is a quantitative method for examining scientific literature on a particular research topic or area. This approach analyzes bibliographic data. Consequently, these analyses help identify research trends and the networks of scientific relationships²⁴. The critical components of bibliometric analysis include citation, co-authorship, and keyword analysis. Citation analysis provides insights into the impact of researchers, papers, and institutions within related academic communities²⁵. Co-authorship analysis explores the collaboration patterns of authors, institutions, or countries²⁶. Keyword analysis involves identifying and analyzing terms or phrases commonly used in the analyzed publications. Keyword analysis also aims to identify thematic trends and evolution of research topics²⁷. Through the citation, author, and word analyses, it is possible to determine the authors, publishers, institutions, and countries that are influential in the relevant topic or research area, leading articles, and the changes in research topics over time²⁸. Bibliometric analysis provides valuable quantitative insights that support qualitative assessments of scientific contributions²⁹. The VOSviewer³⁰ and Bibliometrix R v4.3.2 package³¹ were used for bibliometric analysis and visualizations.

Data Triangulation

The first step in conducting such a study is to identify the relevant data collection databases. We primarily focus on citation indexes such as the Web of Science Core Collection (WoS), Scopus, and Google Scholar. These platforms provide comprehensive coverage of scholarly publications from various disciplines. We consider Google Scholar inappropriate because it is too broad in scope, contains too many publications, and is more difficult to extract data from than other databases. After comparing WoS and Scopus, we concluded that both systems had sufficient publication quality. However, extracting data from WoS is easier. As a result, we infer that the Science Citation Index Expanded (SCI-Exp), Social Sciences Citation Index (SSCI), Arts & Humanities Citation Index (A&HCI), and Emerging Sources Citation Index (ESCI) of WoS meet research purposes. After selecting databases, developing an effective search strategy to retrieve relevant literature is crucial. For this purpose, we used the keywords 'crime' and 'tourism,' the most general keywords related to the subject, to conduct the broadest search. The Boolean string used in WoS Search is expressed as follows: ((TS=(crim*)) AND (TS=(touris*))).

We then used filters to narrow the search by the variables listed in Table 1. This filtering is also the first data extraction that we define as quantitative data extraction. After quantitative data extraction, 645 documents were left.

Table 1. Data Extraction Steps

Filters	Selected Variables	Total Documents Before Exclusion	Number of Extracted Documents
Publication Years	All (1980-2023)	948	-
Document Type	Article	948	184
Language	English	764	94
WoS Index	SCI-Exp, SSCI, A&HCI, and ESCI	670	25

In the second data extraction, which we would like to define as qualitative data extraction, two researchers performed a parallel blind selection procedure. In the first stage of the procedure, we reviewed the document summaries. We took articles containing crime and affinitive terms (such as criminal, criminalization, victim, victimization, etc.) and tourism and affinitive terms (such as tour, tourist, travel, visitor, etc.) to the second stage. In the second stage of the procedure, both researchers separately excluded documents that they considered duplication or incompatible with the purposes of the study. Then, we combined the selections and selected 273 papers for further analysis. The PRISMA diagram³² used for data preparation is shown in Figure 1. We used Zotero

²⁴ A. Pritchard, 'Statistical Bibliography or Bibliometrics' (1969) 25 *Journal of Documentation* 348; H. Small, 'Co-citation in the Scientific Literature: A New Measure of the Relationship between Two Documents' (1973) 24 *Journal of the American Society for information Science* 265.

²⁵ L. Bornmann, and D. Hans-Dieter, 'What Do Citation Counts Measure? A Review of Studies on Citing Behavior' (2008) 64 *Journal of Documentation* 45.

²⁶ N. J. van Eck, and L. Waltman, 'Software Survey: VOSviewer, a Computer Program for Bibliometric Mapping' (2010) 84 *Scientometrics* 523.

²⁷ C. Chen, 'CiteSpace II: Detecting and Visualizing Emerging Trends and Transient Patterns in Scientific Literature' (2006) 57 *Journal of the American Society for Information Science and Technology* 359 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/asi.20317>> accessed 1 April 2024.

²⁸ A. van Raan, 'Scientometrics: State-of-the-Art' (1997) 38 *Scientometrics* 205 <<https://doi.org/10.1007/BF02461131>>; A. van Raan, 'The Use of Bibliometric Analysis in Research Performance Assessment and Monitoring of Interdisciplinary Scientific Developments' (2003) 12 *TATuP-Journal for Technology Assessment in Theory and Practice* 20.

²⁹ L. Egghe and R. Russo, *Introduction to Informetrics. Quantitative Methods in Library, Documentation and Information Science* (Elsevier Science Publishers 1990).

³⁰ van Eck and Waltman (n 26).

³¹ M. Aria and C. Cuccurullo, 'Bibliometrix: An R-Tool for Comprehensive Science Mapping Analysis' (2017) 11 *Journal of Informetrics* 959.

³² Tricco and others (n 20); M. J. Page and others, 'The PRISMA 2020 Statement: An Updated Guideline for Reporting Systematic Reviews' (2021) 372 *BMJ* n71 <<http://www.bmj.com/content/372/bmj.n71.abstract>>.

reference management software to organize and manage the bibliographic data. This software assisted in deduplicating records and maintaining a structured database of references.

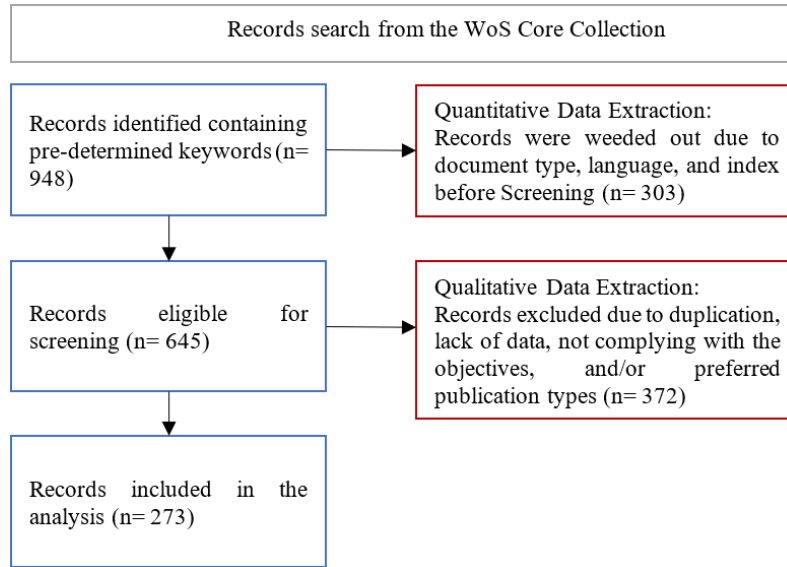


Figure 1. PRISMA diagram of the selection process of the included publications

Investigator Triangulation

Investigator triangulation increases research findings' reliability, trustworthiness, and credibility by having multiple researchers from different research fields or perspectives work together³³. This approach is also important in correctly structuring the research design while examining crime in tourism within the scope of the study.

In this study, two researchers collaborated on criminology and tourismology. One contributes through knowledge about the perpetrator, victim, and structure of criminal acts, while the other provides knowledge about the tourism phenomenon and industry. This collaboration allows an interdisciplinary examination of crime in tourism.

Issues such as biases, limitations, and prejudices can arise from the narrow perspective of a single researcher. This study aimed to reduce these concerns using investigator triangulation. The topic of crime in tourism was examined in detail, incorporating insights from researchers from both fields. This collaborative effort allows the cross-validation of data analysis and the interpretation of findings. As a result, this approach enhances the study's reliability, trustworthiness, and credibility.

Results

Bibliometric Analysis Results

Profile of data

Because of data extraction, the 273 articles published by the 170 publishers we analyzed spanned between 1980 and 2023. Eighty-eight of these articles had a single author, with an average of two authors per article being approximately two. The average age of the articles is eight years, indicating that we are working with relatively young literature (Table 2).

³³ M. M. Archibald, 'Investigator Triangulation: A Collaborative Strategy with Potential for Mixed Methods Research' (2016) 10 Journal of Mixed Methods Research 228 <<https://doi.org/10.1177/1558689815570092>> accessed 17 December 2024.

Table 2. Profile of Data

Timespan 1980:2023	Sources 170	Documents 273	Annual growth rate 1.59%
Authors 541	Single-authored docs 88	International Co-authorship 21.61%	Co-authors per doc 2.19
Author's Keywords 921	References 11664	Document average age 8.47	Average citation per doc 15.82

Article production by years was low until the mid-2000s. The data show that eight articles were produced up to 2000. There was an upward break in article production as of 2006; the pick for 2023, with 29 articles (Figure 2).

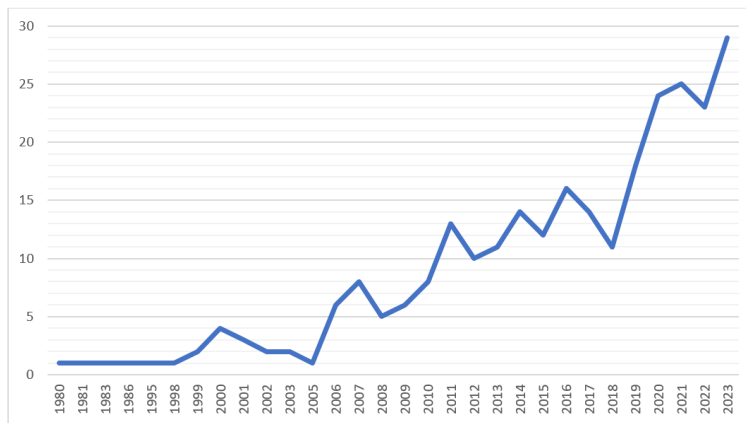


Figure 2. Annual Scientific Production

2003 is the selection point in the citations received by the articles comprising the dataset. At this point, it should be underlined that the two most cited articles by Lepp and Gibson³⁴ and George³⁵ were published in the same year. In other years, approximately three citations were received annually is approximately three (Figure 3).

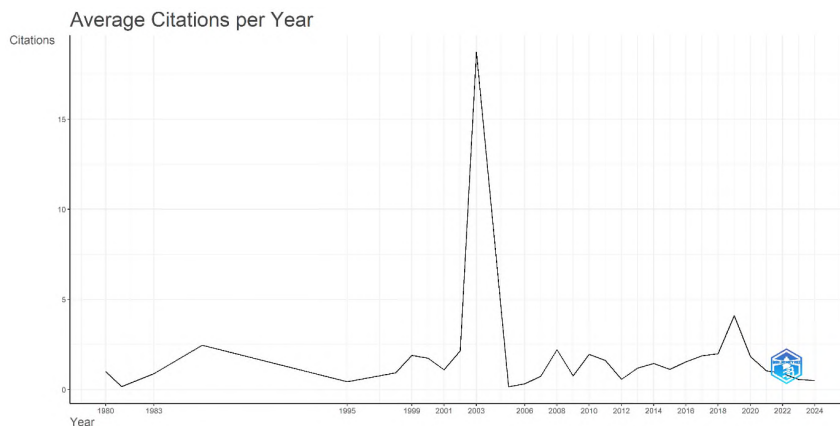


Figure 3. Average number of article Citations per Year (R Bibliometrix)

³⁴ Lepp and Gibson (n 8).

³⁵ R. George, 'Tourist's Perceptions of Safety and Security While Visiting Cape Town' (2003) 24 Tourism Management 575.

In the ongoing analysis, we used two terms: local and global. With the term local, we expressed the documents included in this study's dataset and the references to these documents within the dataset. The term global expresses all authors' scientific outputs and the citations they received.

Co-authorship analysis

In previous analyses, 88 documents had a single author, and 541 authors wrote 273 articles. In this case, the dataset is diverse regarding the authors (Table 2). The results of the co-authorship analysis conducted via VosViewer also support the findings. The analyses have a complex structure, and currently, 218 clusters, of which 14 are relatively significant, make inference difficult.

Table 3. Most Productive Authors

Rank	Authors	NoLD*	LDC**	TC**
1	Rob I. Mawby	16	242	302
2	Mine Özaşçılar	5	30	101
3	Richard George	5	338	529
4	Paul Brunt	4	158	613
5	Kwaku Boakye	4	97	281

*NoLD = number of local documents

**LDC = WoS Citations in Local Documents

***TC = WoS total citations

Considering the contribution frequencies of authors, Rob I. Mawby contributed 16 articles in the dataset (Table 3). The most meaningful network of co-authorship analysis emerges from the four other authors in the top five, Mine Özaşçılar, Richard George, Paul Brunt, and Kwaku Boakye, also published together with Rob I. Mawby (Figure 4).

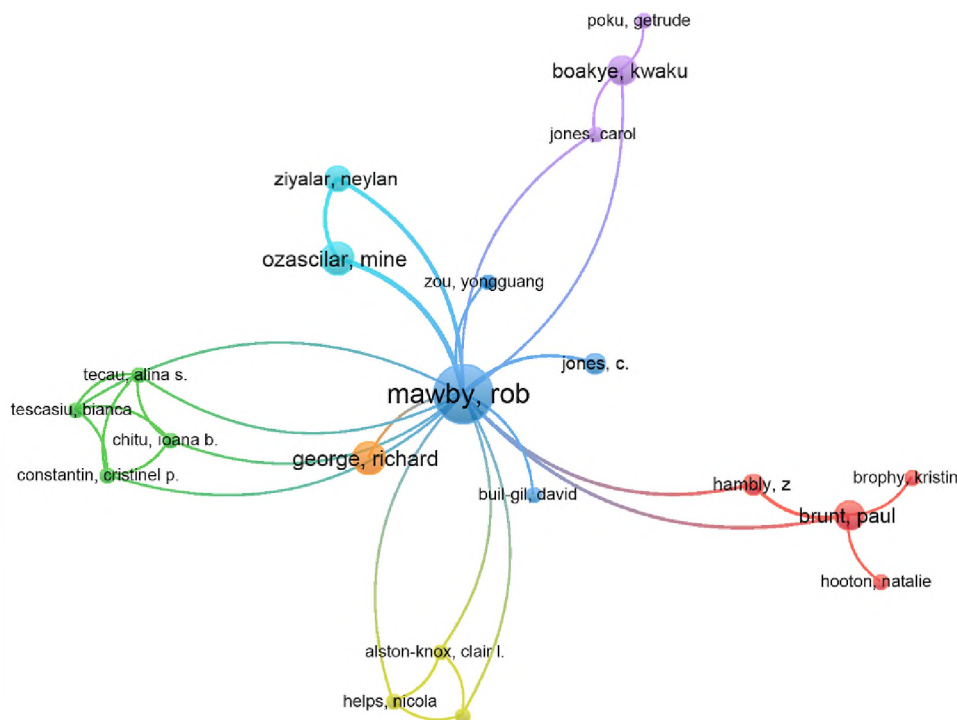


Figure 4. Coauthorship Network of the Largest Cluster (Vosviewer)

Sources Analysis

The sources where the documents are published also have the same diversity as the authors. Similar to the diversity of authors, 273 papers were published in 170 different sources. In addition, 133 journals contributed only 1 article to the dataset, 17 journals contributed two articles each, and 20 journals contributed more than two.

Table 4. Most Productive Journals

Rank	Sources	NoLD*	LDC**
1	Annals of Tourism Research	11	1097
2	Tourism Management	10	615
3	Crime Prevention and Community Safety	8	57
4	Journal of Travel Research	7	173
	Crime & Delinquency	6	45
	Tourism Economics	6	24
5	Current Issues in Tourism	6	95
	Worldwide Hospitality and Tourism Themes	6	21

*NoLD = number of local documents

**LDC = WoS Citations in Local Documents

According to the results of the sources analysis, the most productive journals in the dataset are mainly focused on tourism, travel, and leisure sciences (Table 4). In addition, 6 of the top 20 productive journals concentrate on law and one on public security.

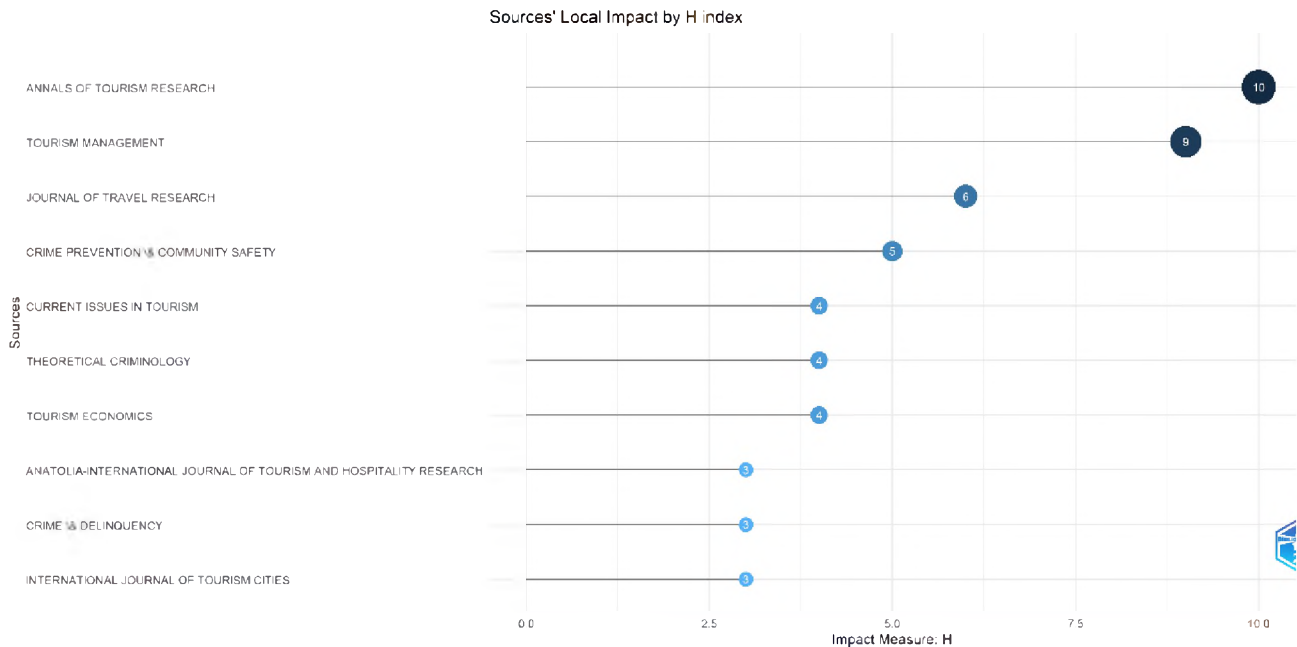


Figure 5. The Local Impact of Sources by H Index (R Bibliometrix)

H indexes regarding the citations received from the local dataset are also higher in journals focusing on tourism, travel, and leisure sciences (Figure 5). The first three journals ranked in this local dataset were the same, considering WoS data on citations, impact factors, and h-indexes in tourism, travel, and leisure sciences.

World collaboration network

Regarding production, the United States had 69, the United Kingdom had 50, Australia had 33, and South Africa had 17 publications. According to Figure 6, these countries are also at the forefront of collaboration hubs in the context of research on crime in tourism. The destination countries mentioned in the literature review also overlap with the productive countries that stand out.

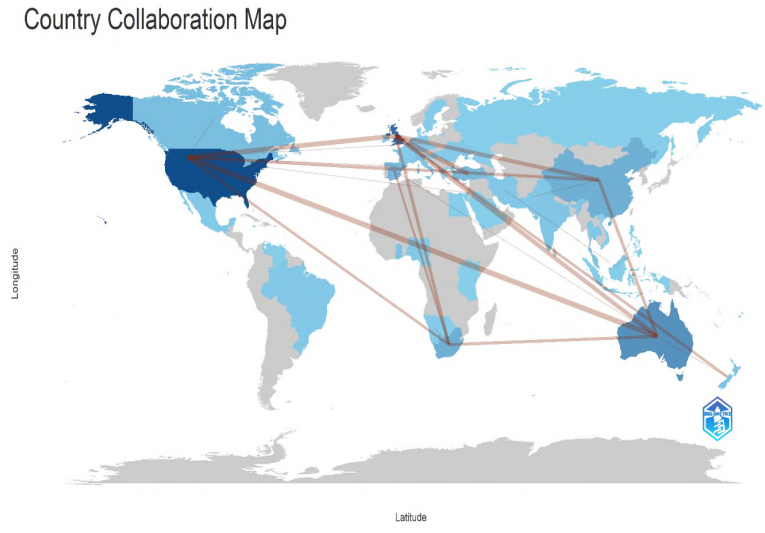


Figure 6. World Collaboration Map (R Bibliometrix–Blues are Productive Countries)

Citation and co-citation analysis

The citation analysis showed that the five most cited publications received over 100 citations. All of these publications were published before 2010 (Figure 7). Six publications with more than 50 citations were published in 2015 and later. While 77 publications received between one and five citations, 45 received none. The publication year of 8 publications that have not been cited is 2020 or earlier.

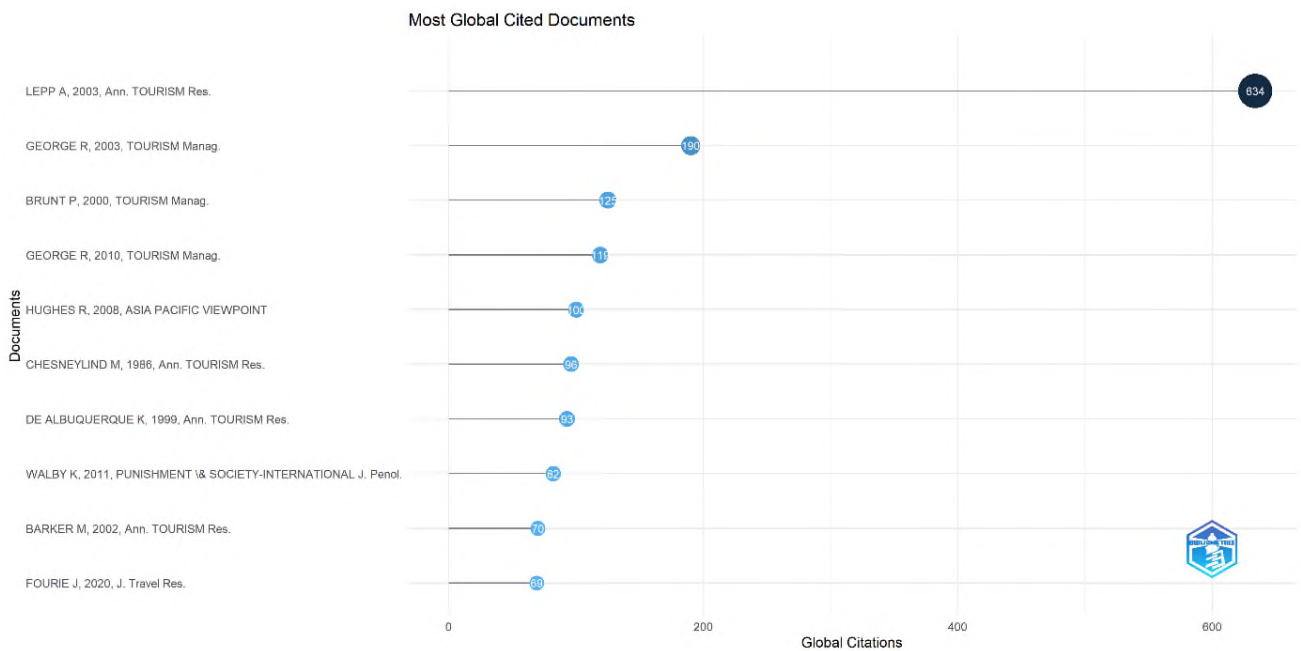


Figure 7. Most globally cited articles (R Bibliometrix)

Lepp & Gibson³⁶, which received the most citations at the global level, did not enter the top 10 in terms of local citations to publications in the dataset. The local citation analysis showed that all top ten publications were produced before 2005 and received at least 25 citations (Figure 8).

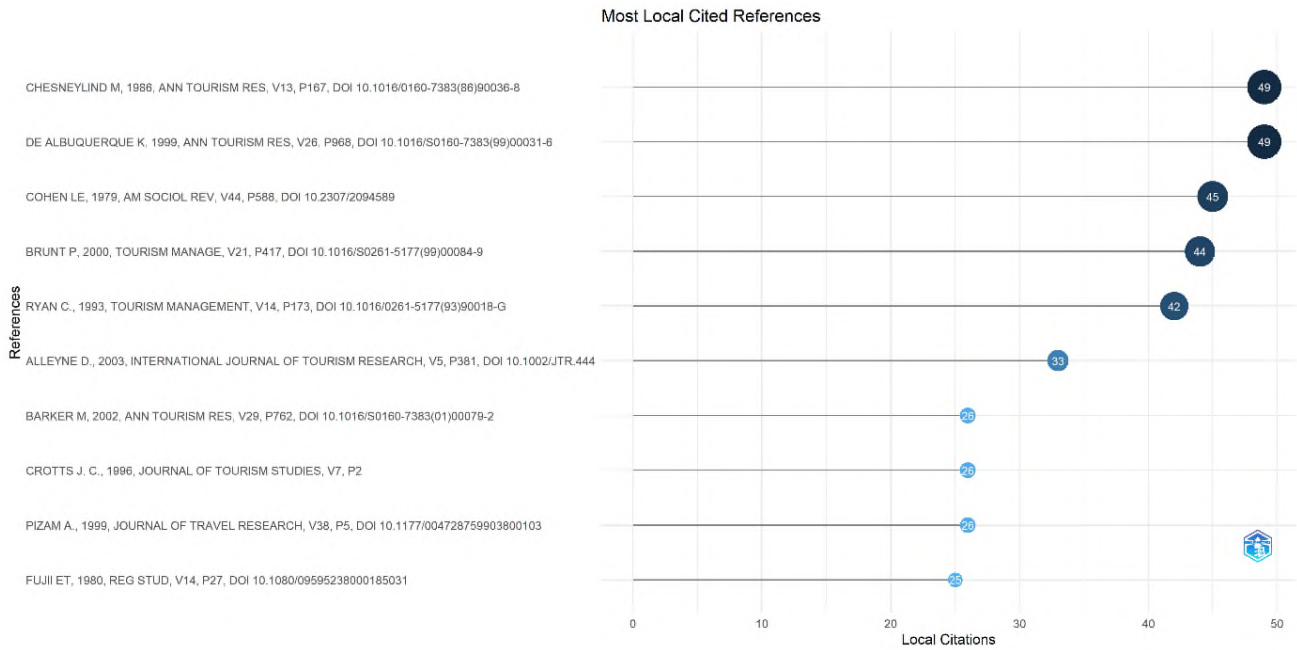


Figure 8. Most Locally Cited Articles (R Bibliometrix)

Co-citation network analyses indicated that Chesneylind & Lind³⁷ and de Albuquerque & McElroy³⁸ were the most co-cited local documents by other documents in the dataset. These two publications also hub two large co-citation clusters. This indicates that both articles are among the core publications that are heavily cited in the literature. (Figure 9).

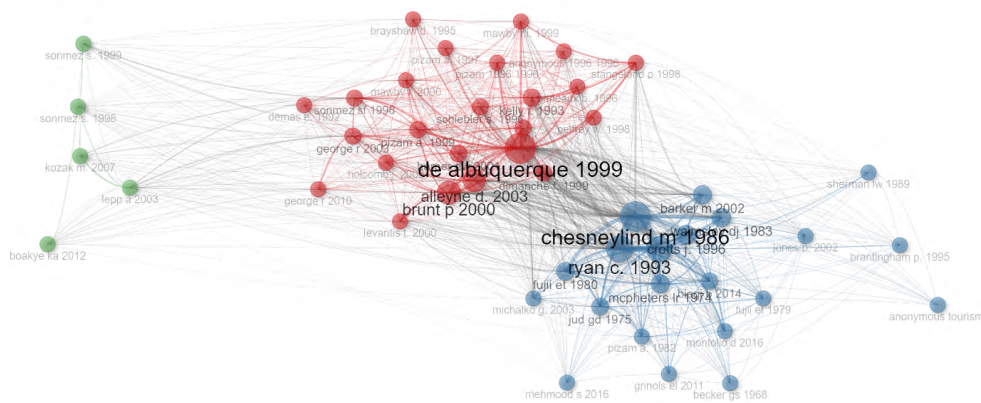


Figure 9. Co-citation Network (R Bibliometrix)

³⁶ Lepp and Gibson (n 8).

³⁷ M. Chesneylind, and I. Y. Lind, 'Visitors as Victims - Crimes Against Tourists in Hawaii' (1986) 13 Annals of Tourism Research 167.

³⁸ K. de Albuquerque, and J. McElroy, 'Tourism and Crime in the Caribbean' (1999) 26 Annals of Tourism Research 968.

Keywords and co-word analysis

Eight hundred seventy different keywords were identified in the word analysis. One hundred twenty-one keywords (13.90%) appeared in more than one publication, and 13 appeared six or more times. The total link strength is the frequency of the occurrence of keywords together. A high value indicates that the relevant keyword is used with others more frequently. The total link strength of keywords is also compatible with their occurrence frequencies. The ones with higher occurrence frequencies are more likely to be used with different keywords. Hence, the keyword that makes a difference here is child sex tourism. Although its frequency was high, the total link strength was relatively low (Table 5). The word cloud in Figure 10 also gives an idea of the use of authors' keywords.

Table 5. Keywords co-occurrence

Keywords	Occurrences	Total Link Strength
crime	50	221
tourism	46	204
tourist	12	50
security	10	48
safety	9	40
violence	8	36
child sex tourism	8	31
terrorism	7	33
victimization	7	30
dark tourism	6	27
human trafficking	6	26
transplant tourism	6	25
routine activity theory	6	19

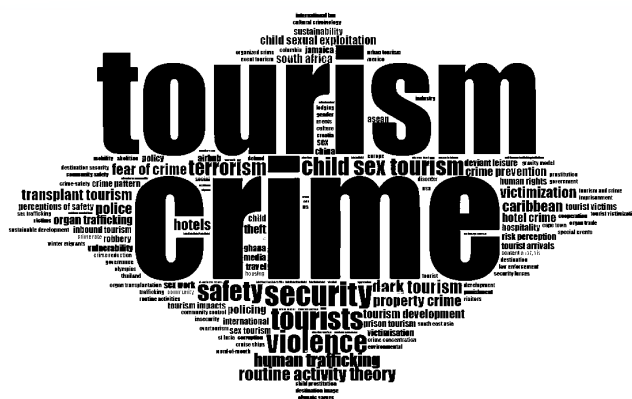


Figure 10. Word Cloud of Author Keywords (R Bibliometrix)

In the co-occurrence analysis of the words in the article summaries, scattered relationships can be observed throughout the subject (Figure 11). In the clusters formed around crime and tourism, which constitute the topic title, the frequency of the use of the words together decreases as you move away from the center. Despite this, the orange, purple, and pink clusters were concentrated on the organized crime and human trafficking axis on the network's right side, indicating intensively studied subjects.

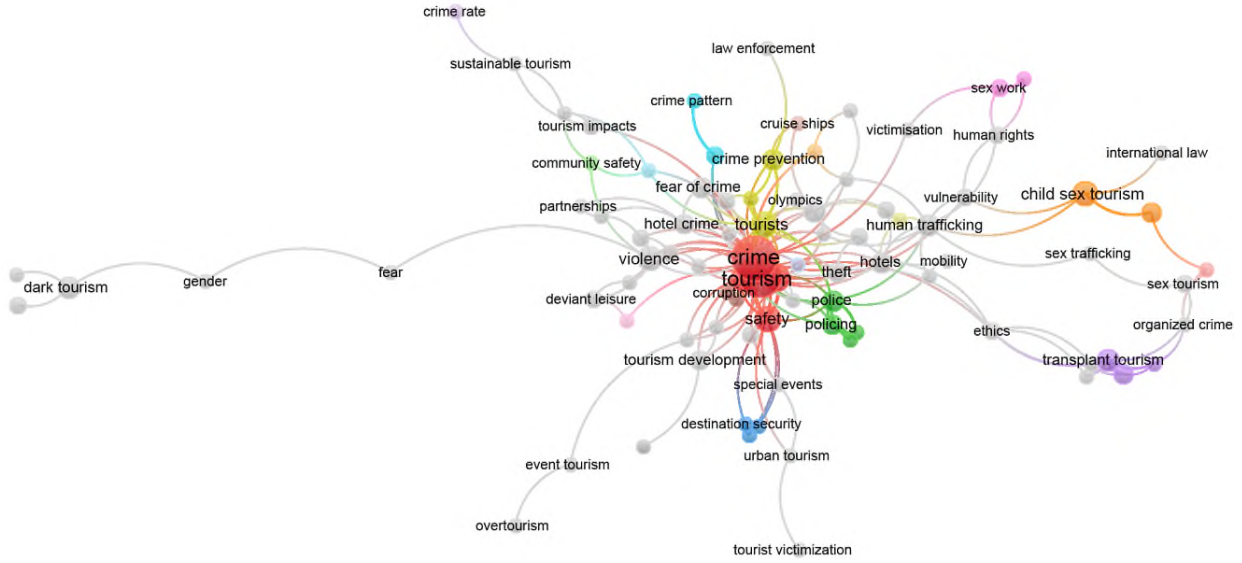


Figure 11. Co-occurrence Analysis of Article Abstracts (Vosviewer)

Figure 12 illustrates the theme of the studies via a timeline-based co-occurrence of the keywords. Therefore, between 1980 and 2000, the pivotal theme of the literature, which has not yet had many publications, was crime. Although the literature has become slightly more prosperous between 2001 and 2010, the pivotal themes are crime and tourism. The theme of child sex tourism, which emerged after 2011, is currently the most studied specific topic under this heading. Organ transplantation, which emerged after 2016, later in the form of organ trafficking, and human trafficking constitute two themes that are currently being focused on.

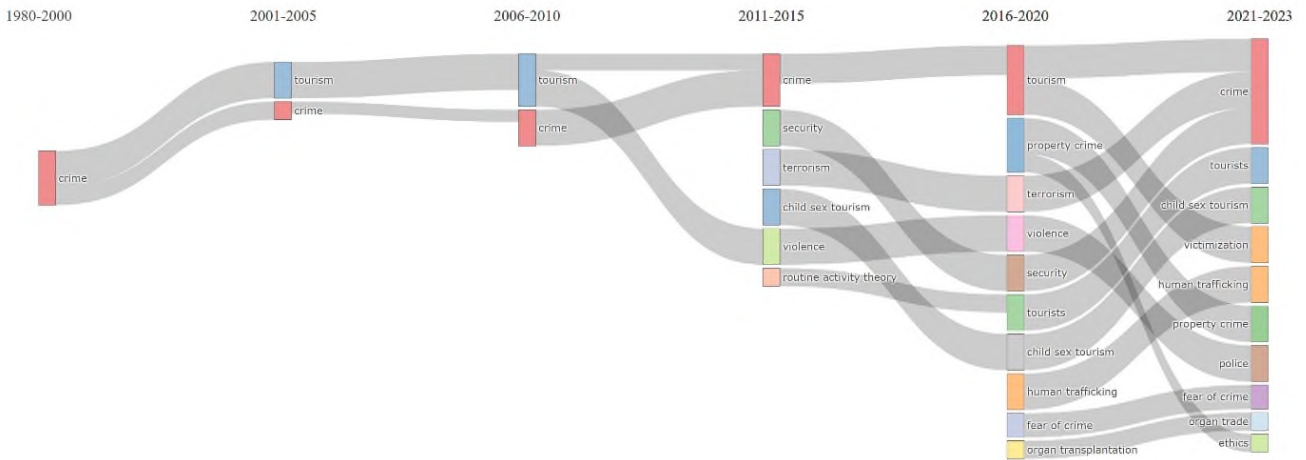


Figure 12. Thematic Evolution (R Bibliometrix)

Results of coding

The findings presented in this section were based on visualizing the coding of the articles using NVivo. The maps created in this context visualize tourist destinations, tourism niches, crime types, and identified forms of organized crime mentioned in the examined literature, of course, in qualitative terms. Therefore, the first map includes the tourist destinations mentioned in the literature. In this context, these countries are naturally where the mentioned crimes are observed (Figure 13). Various relationships between tourism niches and crime types exist in these countries. These relationships are examined in detail in the following discussion.



Figure 13. Mentioned Destination Countries

Figure 14 includes the tourism niches explicitly mentioned in the literature. In this context, we cannot conclude that crimes do not occur in other tourism niches; however, we can conclude that these niches are explicitly examined in the literature. There are also niches, such as dark tourism and prison tourism, where previously committed crimes are used as attractions. In addition, there are niches, such as responsible tourism, that initially evoke a positive connotation. However, the niches mainly mentioned are those related to organized crime, which is examined in detail in the discussion.

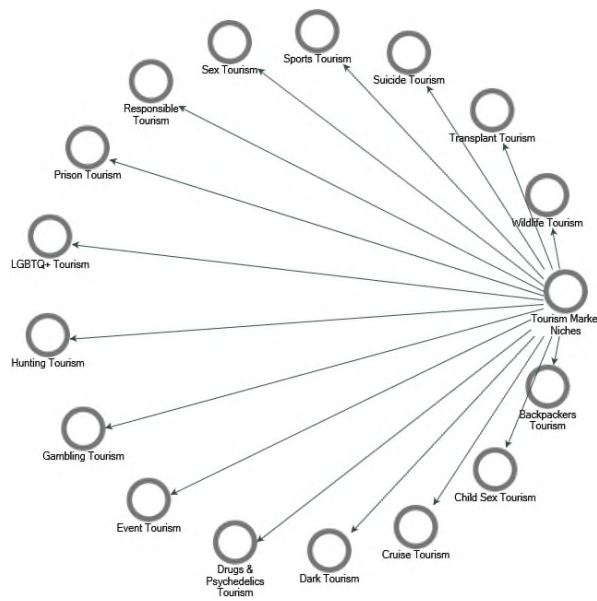


Figure 14. Mentioned Tourism Niches

Figure 15 shows specific crime types mentioned in the literature. In this context, a categorization has been made on the types of crimes mentioned under different names. Crimes are themed under four main categories: (1) offenses against individuals, (2) offenses against the public, (3) offenses against the state, and (4) international offenses. Figure 16 classifies the types of organized crime mentioned in the literature. Nine main types of organized crime are identified. These issues were also examined in detail in the discussion.

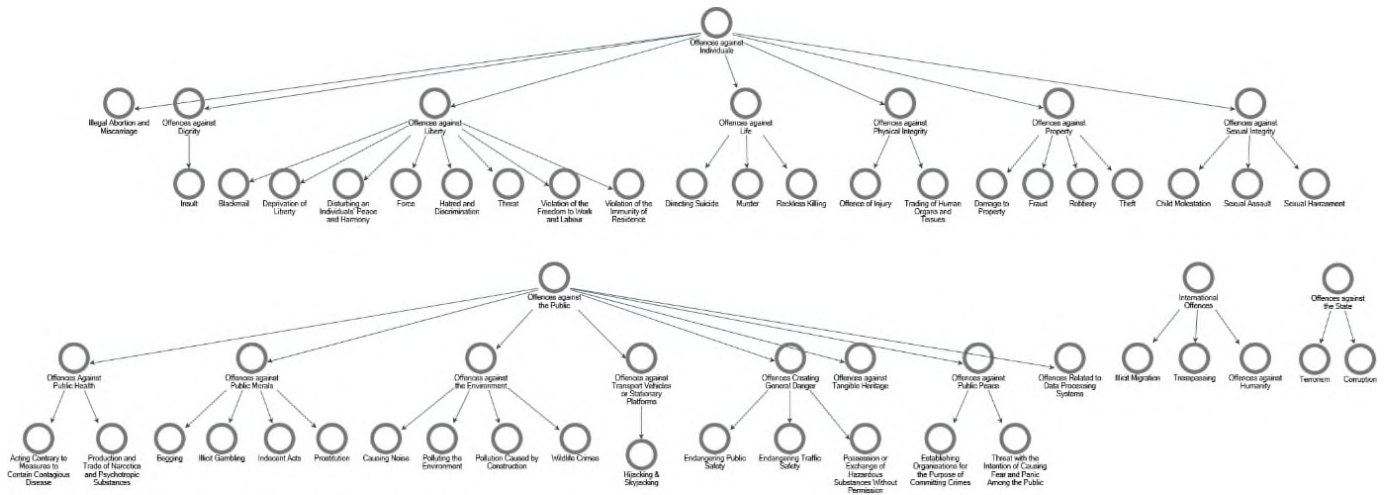


Figure 15. Mentioned Types of Crime in Tourism



Figure 16. Mentioned Organized Crime in Tourism

Discussion

RQ1: What is the Scientific Structure of Studies on Crime in Tourism?

The literature discussed covers the 43 years from 1980 to 2023. This period is significant in the interdisciplinary research field of crime in tourism because a considerable volume of literature was produced during this period. A review of the 273 articles examined in the WoS core collection indicates a noticeable advancement in the field's scholarly output, especially during the 2000s.

The increase in published works indicates progress made in research, and technological advancements have aided scientific publishing. The most significant development was a sharp rise in references to works published in 2003, which can be attributed to the fact that the two most cited articles in the dataset were also published in that year. Scholarly articles typically receive half of their citations within the first five years after publication³⁹.

The authors' evaluation revealed a significant variety in tourism, travel, and leisure sciences, making it challenging to create cohesive networks. The diversity in this field stems from its interdisciplinary nature, but it also indicates the richness of scientific knowledge. Further evidence shows that tourism, travel, and leisure science periodicals dominate this subject, and two notable observations are made. First, researchers in the interdisciplinary field of tourism, travel, and leisure sciences show more interest

³⁹ S. Rovira-Esteva, J. F. Aixelá, and C. Olalla-Soler, 'Citation Patterns in Translation Studies: A Format-Dependent Bibliometric Analysis' (2019) 11 The International Journal of Translation and Interpreting Research 147.

in this subject than criminologists⁴⁰. Second, publishing interdisciplinary studies could be more manageable in tourism, travel, and leisure science journals, despite the need for comprehensive exploration by criminologists, victimologists, and penologists, particularly regarding the internal aspects of crime in tourism.

An analysis of productivity at the national level revealed a positive correlation between intense tourism activity and heightened scholarly output. This observation suggests that scientific orientation is harmonized with national policies. Further analysis of citations reveals a preference for tourism, travel, and leisure science journals and their articles. This preference can be partially attributed to the higher number of articles published in those journals.

When delving into the predominant themes within the dataset, organized crime emerges prominently, which aligns with the international nature of this type of crime in tourism. Noteworthy issues include child sexual exploitation and child sex tourism, revealing a conscientious focus on acts universally deemed illicit. Studies in these areas predominantly assume a descriptive nature, aimed at comprehending the intricate dynamics of the subjects, with organ trafficking and human trafficking also prominently featured in this analytical landscape.

RQ2: Is tourism solely responsible for crime in tourism destinations?

According to certain studies, tourism has been considered a crime generator⁴¹. However, the level of crime can negatively impact tourism by creating a sense of insecurity and making potential visitors hesitant to visit the area⁴². Of course, tourism is not the only reason for offenses committed in a tourist destination; it is necessary to think multi-dimensionally about this issue. Other industries in the target destination may also impact this. However, tourism is much more open to criticism. In a sense, the blame is placed on others, causing other issues underlying the commission of the crime to be ignored, such as migrant workers.

The basis for this is that tourism-related crimes significantly impact the public, and the reason for the criminal act in question is that it is a tourism activity. There are also findings that arrest rates are higher in gambling tourism destinations than in other tourist destinations because of the large number of law enforcement units. When it comes to special events, for example, the crimes committed in South Africa during the 2010 World Cup, no significant relationship could be found, indicating that the Olympics increased the number of crimes. However, an increase in the number of law enforcement units in the destinations where the Olympics are held is also considered effective⁴³. In this context, there are also criticisms that it would not be healthy to generalize the relationship between crime and tourism as if tourism were the only reason for crimes occurring in tourist destinations⁴⁴.

RQ3: Is There a Proportional Relationship Between Tourist Mobility and Crime Frequency?

The demand for illegal goods and services in tourist destinations exemplifies the directly proportional relationship between tourism and crime⁴⁵ or, one step further, child sex tourism. The term ‘child sex tourism’ is well-established in doctrine and practice and has given its name to a sector of tourism, which may lead to the normalization of an act that should perhaps be considered a crime against humanity. In particular, child sex tourism, or the sexual exploitation of children in the context of travel and tourism⁴⁶, has become a global problem because of the intensive use of the internet and new media⁴⁷. It is reported that Southeast Asia is a significant hub for the supply side of child sex tourism, which is a transnational crime by its very nature; for example, in Thailand, approximately 200,000 children under the age of 14 are engaged in prostitution, and 64% of girls are directed to prostitution by their parents⁴⁸. As a transnational crime, international judicial cooperation is necessary to draw up an international normative framework and implement a tackle. In this context, both tourist-generating and tourist-hosting countries should take steps to investigate and prosecute these crimes⁴⁹.

⁴⁰ R. I. Mawby, P. Brunt, and Z. Hambly, ‘Fear of Crime among British Holidaymakers’ (2000) 40 *British Journal of Criminology* 468, 468.

⁴¹ R. Mawby and C. Jones, ‘Attempting to Reduce Hotel Burglary: Implementation Failure in A Multi-Agency Context’ (2007) 9 *Crime Prevention & Community Safety* 145, 164.

⁴² D Barrett, ‘An Opportunity or Liability?’ *London 2012 and Security* (2011) 10 *Safer Communities* 41, 42.

⁴³ R. George, ‘Responsible Tourism as a Strategic Marketing Tool for Improving the Negative Image of South Africa’ (2017) 9 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 543, 577.

⁴⁴ N. M. Cowell, H. McDavid, and T. S. Saunders, ‘Managing Guest Security in a High-Violence Society The Case of the Jamaican Hospitality Industry’ (2012) 4 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 32, 32.

⁴⁵ E. Çakmakçı, ‘Turizm ve Suç Arasındaki İlişki ve Suçun Önlenmesine Yönelik Teoriler’ (2015) 2 *Turizm Akademik Dergisi* 49, 51 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/touraj/issue/16605/173157>> accessed 1 January 2015.

⁴⁶ A. Koning, ‘Public Perceptions of Child Sexual Exploitation Abroad: A Vignette Experiment on the Influence of Social Distance’ [2021] *Crime & Delinquency* 1.

⁴⁷ A. M. da Silva, ‘Little Adults: Child and Teenage Commercial Sexual Exploitation in Contemporary Brazilian Cinema’ (2016) 99 *Hispania*-a journal devoted to the teaching of Spanish and Portuguese 212, 217.

⁴⁸ T. Demirbaş, *Kriminoloji* (Seçkin 2020) 271.

⁴⁹ A. K. Johnson, ‘Protecting Children’s Rights in Asian Tourism *Reflecting on Progress and the Way Forward*’ (2014) 22 *International Journal of Childrens Rights* 581, 611.

Another reason why child sex tourism has not been sufficiently combated is that the locals' (at least some of them) acquiescence to it and their understanding of the concept of childhood differs from international law⁵⁰. In addition, the approach of adopting criminal liability for tourism businesses that organize or facilitate child sex tourism is being embraced by an increasing number of states⁵¹.

Child sex tourism differs from individual sexual exploitation of children. The exploitation of children for commercial and sexual purposes is also widespread⁵². Again, note that data limitations are relatively high in this field⁵³. It is predicted that virtual child prostitution via webcams will also create future victims or perpetrators of sex tourism, and it is assumed that there is a link between the two⁵⁴. On the other hand, some tourists do not prefer destinations where child sex tourism occurs⁵⁵.

Recently, mobility, called orphanage tourism, has emerged, which refers to tourists meeting and visiting children under institutional care. This framework states that volunteerism, in which tourists undertake voluntary work in a particular institution or organization in a tourist destination, makes it more possible to reach vulnerable children, paving the way for violating children's rights⁵⁶.

Acts of begging⁵⁷, gambling, or prostitution, which are considered social consequences of the tourism industry, are defined as crimes in some destinations and may be associated with other crimes⁵⁸. For these perpetrators, novelty and change are attractive. In this framework, they are categorized as adventurous perpetrators, incentivized to satisfy their curiosity and try when opportunities arise⁵⁹.

Crimes such as intentional homicide, theft, fraud, drug abuse, prostitution, and terrorism have been linked to tourism development in many places, such as South Africa and Greece⁶⁰. There is also a relationship between the commission of forest crimes and tourism. For example, forests closed to construction are burned to allocate land to the tourism industry⁶¹. In addition, in certain seasons or months, the carrying capacity of popular destinations is exceeded, resulting in high human density. The resulting over-tourism and high human density make it difficult to ensure security. As a result, these types of destinations are starting to be preferred for the motive of committing crimes⁶².

Green criminology also deals with tourism crimes. The pollution resulting from tourism enterprises not complying with their waste-related obligations and mixing their waste into water is within the scope of green criminology⁶³. The decrease in the number of protected animal species due to poaching or hunting tourism is also an area of interest in green criminology⁶⁴. Crimes against wildlife in South Africa, whose economy is based on wildlife tourism, such as rhino poaching for horns, lead to the extinction and violation of public interest⁶⁵.

RQ4: Do tourist destinations' characteristics affect crime?

Some crimes vary depending on the characteristics, type, and structure of a tourist destination; thus, they have a destination-specific feature⁶⁶. In some cases, individuals visit other countries to perform illegal acts in their home country. Visits to destinations where surrogate motherhood, an example of medically assisted reproductive treatment, are examples of this type of mobility⁶⁷. One of the more common examples in this regard is the relationship between boat gambling and crime. Some studies have shown

⁵⁰ D. Davy, 'Understanding the Complexities of Responding to Child Sex Trafficking in Thailand and Cambodia' (2014) 34 International Journal of Sociology and Social Policy 793.

⁵¹ E. Härkönen, 'Corporate Liability and International Child Sex Tourism - with Special Reference to the Regulation in the Nordic Countries' (2016) 16 Scandinavian Journal of Hospitality and Tourism 315, 329.

⁵² M. Fardin and others, 'Sexual Crimes against Immature People with an Emphasis on Sex Trafficking, Sex Tourism, Pornography and Sexual Slavery' (2018) 5 Revista Publicando 429, 432.

⁵³ M. Chemin and F. Mbiokop, 'Addressing Child Sex Tourism: The Indian Case' (2015) 38 European Journal of Political Economy 169, 177.

⁵⁴ K. V. Açar, 'Webcam Child Prostitution: An Exploration of Current and Futuristic Methods of Detection' (2017) 11 International Journal of Cyber Criminology 98, 98-99.

⁵⁵ J. Aston, J. Wen, and S. H. Yang, 'Tourists' Perceptions of and Reactions to Child Sex Tourism: An Exploratory Qualitative Investigation' (2023) 35 Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics 1206, 1218.

⁵⁶ A. K. Johnson, 'International Child Sex Tourism: Enhancing the Legal Response in south-east Asia' (2011) 19 International Journal of Childrens Rights 55; Johnson (n 49) 611.

⁵⁷ G. Qiao, N. Chen, and B. Prideaux, 'Understanding Interactions between Beggars and International Tourists: The Case of China' (2017) 22 Asia Pacific Journal of Tourism Research 272, 2017.

⁵⁸ George, 'Tourist's Perceptions of Safety and Security While Visiting Cape Town' (n 35) 577.

⁵⁹ Demirbaş (n 48) 272.

⁶⁰ Barrett (n 42) 42.

⁶¹ Demirbaş (n 48) 305-307.

⁶² Çakmakçı (n 45) 50.

⁶³ R. Thomson, and T. Samuels-Jones, 'Toxic Colonialism in the Territorial Isles: A Geospatial Analysis of Environmental Crime Across US Territorial Islands 2013-2017' (2022) 66 International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 470, 485.

⁶⁴ K. Eman and others, 'Environmental Crime and Green Criminology in South Eastern Europe-Practice and Research' (2013) 59 Crime Law and Social Change 341, 349.

⁶⁵ M. Griffiths, 'The Cultural Impact of Wildlife Crime in South Africa' [2017] South African Crime Quarterly-SACQ 45, 45.

⁶⁶ Barker and Page (n 10) 275.

⁶⁷ W. van Hoof, and G. Pennings, 'Extraterritoriality for Cross-Border Reproductive Care: Should States Act against Citizens Travelling Abroad for Illegal Infertility Treatment?' (2011) 23 Reproductive Biomedicine Online 546, 552-553.

that an increase in the number of crimes in a destination causes it to be less preferred by tourists⁶⁸. Routine activities theory asserts that traditional gambling tourism can create criminal opportunities for tourists who choose to do so. The basis for this is the tourism-based increase in the population of the relevant destination⁶⁹. For example, a study conducted in Barbados found that the increase in the number of tourists over time coincided with an increase in reported crimes⁷⁰.

On the other hand, as with mega-events, the potential impact of crime on event tourism depends on changes in the status of the population and the opportunities for crime presented by seasonal increases in tourism activity⁷¹. On the contrary, it has been determined that gambling tourism does not have a significant difference in crime rates compared to different types of tourism. For example, when ski tourism destinations are compared with gambling tourism destinations, the number of crimes in ski tourism destinations is higher in terms of crimes against property. However, in the region where gambling tourism takes place, violent crimes are common. This shows a close relationship between tourist destination characteristics and crime type⁷². In another example, the increase in crime during the 2010 Winter Olympics in Vancouver, Canada, was examined. This example discusses the relationship between special events, which are more broadly defined as event tourism and crime⁷³. Another study showed that the 1990 FIFA World Cup increased crime against property⁷⁴. Another study focusing on the Florida Universal Studios theme park drew attention to the crime density in this area⁷⁵.

It has been observed that the term “hotel crimes” is used in the doctrine for crimes committed in hotels⁷⁶. The majority of hotel crimes are crimes against property, and in this context, especially theft⁷⁷. In opposition to the claim that tourism mobility increases crime, there are also studies showing a direct proportion between employment in the accommodation sector and the decrease in crimes against property. Thus, with the development of tourism, crimes against property gradually decrease in such examples⁷⁸. When the crime types of hotels are examined according to their classes, it is stated that crime against property is concentrated in high-class hotels, and prostitution and drug-related crimes are concentrated in low-class hotels⁷⁹. In addition, pickpocketing and purse-snatching are types of theft that are frequently committed against tourists⁸⁰. Fraud⁸¹, especially credit card fraud⁸², is among the crimes against tourists⁸³.

RQ5: What is the Scope of the Relationship Between Tourism and the Criminal Justice System?

The interaction between tourism and the criminal justice system is also under scrutiny. Tourism can prevent the realization of justice for both suspects and victims at specific times or places. Tourists may face second-class legal protection due to unidentified suspects or lack of effective enforcement in the destination. Conversely, in the case of a crime in which a tourist is victimized, a trial in the destination may result in a severe penalty to protect the destination’s reputation. For example, following the sexual assault and murder of British national Katherine Horton by two Thai fishermen on New Year’s Day 2006, tourist arrivals to Koh Samui Island dropped by 30% and the number of British tourists by almost a third. However, while ordinary murder trials in Thailand can last up to two years, in this case, the investigation was completed in nine days, and the trial lasted 45 minutes. Again, the appeal, which usually takes one year, took one day. Tourism mobility is affected by criminal procedure; however, tourism also affects the conduct of criminal procedures and sanctions imposed. However, this leads to a distortion of the criminal justice system and a dual system that offers more protection to tourists than citizens⁸⁴.

Tourists are often relatively careless during their vacations, making them vulnerable. In addition, if they are victims of a crime, they are less likely to report the crime and create a statement against the suspect. This is because they are in a tourist destination

⁶⁸ D. T. Altindag, ‘Crime and International Tourism’ (2014) 35 Journal of Labor Research 1; Pizam, Tarlow and Bloom (n 5).

⁶⁹ Fujii and Mak (n 11); J. M. Wilson, ‘Riverboat Gambling and Crime in Indiana: An Empirical Investigation’ (2001) 47 Crime & delinquency 610, 635.

⁷⁰ W. C. Wallace, ‘Tourism and Crime in a Small Island Tourist Destination: The Case of Tobago’ (2009) 14 (2009) Caribbean Journal of Criminology and Public Safety 186.

⁷¹ Barker and Page (n 10) 279.

⁷² M. Park, and P. A. Stokowski, ‘Casino Gaming and Crime: Comparisons among Gaming Counties and Other Tourism Places’ (2011) 50 Journal of Travel Research, 289, 299.

⁷³ M. A. Andresen, and W. Tong, ‘The Impact of the 2010 Winter Olympic Games on Crime in Vancouver’ (2012) 54 Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice 333, 333.

⁷⁴ N. Campaniello, ‘Mega Events in Sports and Crime: Evidence From the 1990 Football World Cup’ (2013) 14 Journal of Sports Economics 148, 165–166.

⁷⁵ S. Han and others, ‘Crime Risks Increase in Areas Proximate to Theme Parks: A Case Study of Crime Concentration in Orlando’ (2021) 38 Justice Quarterly 1210, 1222–1223.

⁷⁶ X. Y. Leung, Y. Yang, and E. A. Dubin, ‘What Are Guests Scared of? Crime-Related Hotel Experiences and Fear of Crime’ (2018) 35 Journal of Travel & Tourism Marketing, 1071.

⁷⁷ T. P. Ho, J. L. Zhao, and B. Dooley, ‘Hotel Crimes: An Unexplored Victimization in the Hospitality Industry’ (2017) 30 Security Journal 1097, 1118–1121; Z. I. Vakhitova and others,

‘Tourism and Crime: An Exploratory Study of Burglary from Tourist Accommodation From the Criminal Opportunity Perspective’ (2023) 69 Crime & Delinquency 2164, 2170.

⁷⁸ G. Bianchi, and Y. Chen, ‘Testing Effects of Hospitality Employment on Property Crime in the United States’ (2022) 28 Tourism Economics 1545, 1560.

⁷⁹ Leung, Yang, and Dubin (n 76) 12.

⁸⁰ B. Biagi, and C. Detotto, ‘Crime as Tourism Externality’ (2014) 48 Regional Studies, 693, 704.

⁸¹ J. Li, and P. Pearce, ‘Tourist Scams in the City: Challenges for Domestic Travellers in Urban China’ (2016) 2 International Journal of Tourism Cities 294, 296.

⁸² E. Baş, *Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu [The Crime of Abuse of Bank or Credit Cards]* (Yetkin 2015).

⁸³ R. W. Howard, ‘Risky Business?’ Asking Tourists What Hazards They Actually Encountered in Thailand’ (2009) 30 Tourism Management 359, 363.

⁸⁴ of the criminal justice system and a dual system that offers more protection to tourists than citizens .

for a limited period, and it is costly to make a statement and, in this context, to go to court in the prosecution phase⁸⁵. This also prevents investigating and prosecuting crimes that cause relatively little harm or danger, such as theft and burglary⁸⁶.

RQ6: What is the Impact of Fear of Crime on Tourist Mobility?

Fear of crime adversely affects destination choice⁸⁷. The association of the destination with crime or even such a perception negatively affects tourists' satisfaction with the destination⁸⁸. However, some studies have shown that even though the tourist destination is not considered safe by tourists, some still prefer it, recommend it to others, and want to revisit it. These studies indicate that factors such as age, nationality, visit purpose, and visit frequency also impact the results⁸⁹.

The relationship between tourism and crime does not necessarily require tourists to be victims or perpetrators of crime. Crimes unrelated to tourists that harm or threaten tourism in a tourist destination can also be considered in this context. Examples include drug or stimulant trafficking, violent demonstrations, murders⁹⁰, corruption⁹¹, war⁹², terrorism⁹³, or ordinary crimes (theft, plundering, intentional injury) in which tourists are neither perpetrators nor victims, whether repeated or not crimes⁹⁴.

An increase in the number of crimes in a tourist destination reduces the demand for tourists; in this context, it is almost a matter of action-response⁹⁵. However, in their empirical study on US-born young adult tourists, Lepp and Gibson⁹⁶ found that more experienced respondents underestimated the threat of terrorism compared to less experienced respondents. In this framework, the frequency of participation in tourism mobility is also an essential risk perception variable.

Another study showed that while international terrorism harms average room rates, capacity, and tourism development in Jamaica, the risks associated with individual crimes do not affect the intention to revisit Jamaica among tourists who have already visited the destination⁹⁷. For example, some Caribbean governments are uncomfortable with discussions of the relationship between tourism, terrorism, and crime and prefer to emphasize positive aspects. This may help avoid drawing the world's attention to failures at the local level⁹⁸. This is a pragmatic marketing tactic based on the examples above.

Individual conditioning toward safety and the portrayed image of a destination influences perception of crime. Media also influence this perception⁹⁹. In this framework, it should be stated that the perception of security is relative and presents a subjective reality to the individual¹⁰⁰. Each tourist's experience of victimization is unique¹⁰¹. For example, studies on young tourists have revealed that the fear of crime levels vary according to gender¹⁰². Thomas and Mura¹⁰³ found that female solo tourists internalized, and normalized security issues related to India and did not find them problematic. Chaturuka et al.¹⁰⁴ asserted that the perception of crime in Cape Town does not prevent international leisure tourists from choosing this destination and that they do not encounter crimes that are worse than they expect during their visit.

Anxiety about being a victim of a crime¹⁰⁵, or, in other words, fear of crime, is an essential issue in criminology studies. It is also a highly debated concept in tourism research. Potential tourists who have not yet been victims of any crime experience this fear based on their perception of a destination. Most people tend to change their behavior because of fear of crime; however, this change may also lead to increased crime. For example, if streets remain empty due to fear of crime, more crimes can be committed

⁸⁵ Fujii and Mak (n 11) 28.

⁸⁶ D. W. Harper, D. N. Khey, and G. M. Nolan, 'Spatial Patterns of Robbery at Tourism Sites: A Case Study of the Vieux Carre in New Orleans' (2013) 38 *American Journal of Criminal Justice* 589, 598.

⁸⁷ Z. Ghaderi, B. Saboori, and M. Khoshkam, 'Does Security Matter in Tourism Demand?' (2017) 20 *Current Issues in Tourism* 552, 552.

⁸⁸ P. Simpson, O. Cruz-Milán, O., and J. Gressel, 'Perceived Crime and Violence: Effects on Winter Migrants' (2014) 53 *Journal of Travel Research*, 597, 604–605.

⁸⁹ R. George, 'Visitor Perceptions of Crime-Safety and Attitudes towards Risk: The Case of Table Mountain National Park, Cape Town' (2010) 31 *Tourism Management* 806, 806, 814.

⁹⁰ S. A. Asongu, and J. Nwachukwu, 'Mitigating Externalities of Terrorism on Tourism: Global Evidence from Police, Security Officers and Armed Service Personnel' (2019) 22 *Current Issues in Tourism* 2466, 2466–2468.

⁹¹ D. A. Cothran, and C. C. Cothran, 'Promise or Political Risk for Mexican Tourism' (1998) 25 *Annals of Tourism Research* 477, 477.

⁹² Ryan (n 14) 173.

⁹³ E. Bayraktaroğlu and others, 'Geopolitical Risks and International Tourist Arrivals to Turkey: A Causality Study' (2021) 11 *Anais Brasileiros de Estudos Turísticos* <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/abet/article/view/34237>> accessed November 22, 2024.

⁹⁴ Cothran and Cothran (n 91) 477; Lepp and Gibson (n 8) 608.

⁹⁵ T. Lorde and M. Jackman, 'Evaluating the Impact of Crime on Tourism in Barbados: A Transfer Function Approach' (2013) 18 *Tourism Analysis* 183, 183; B. Moyo and E. Ziramba, 'The Impact of Crime on Inbound Tourism to South Africa an Application of the Bounds Test' (2013) 22 *African Security Review* 4, 6.

⁹⁶ (n 8) 606.

⁹⁷ A. Hall, 'The Response of the Tourism Industry in Jamaica to Crime and the Threat of Terrorism' (2012) 4 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 59, 59.

⁹⁸ A. Clayton and I. Boxill, 'Conclusions: Tourism, Crime and Terrorism: What Are the Risks, Challenges and Policy Options?' (2012) 4 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 98, 100.

⁹⁹ E. Avraham, and E. Ketter, 'Will We Be Safe There?' Analysing Strategies for Altering Unsafe Place Images' (2008) 4 *Place Branding and Public Diplomacy* 196, 196.

¹⁰⁰ Barker and Page (n 10) 274.

¹⁰¹ N. Marteache, and A. Trinidad, 'Theft Victimization in Urban Settings: Comparison of Tourist and Resident Case Profiles' [2023] *Crime & Delinquency* 5.

¹⁰² P. Mura, and C. Khoo-Lattimore, 'Young Tourists, Gender and Fear on Holiday' (2012) 15 *Current Issues in Tourism* 707, 707, 720.

¹⁰³ 'The 'Normality of Unsafety'- Foreign Solo Female Travellers in India' (2019) 44 *Tourism Recreation Research* 33, 38.

¹⁰⁴ 'Crime Perceptions among International Leisure Tourists in Cape Town' (2020) 19 *Safer Communities* 161.

¹⁰⁵ S. P. Chiu, and S. Y. Lin, 'Study on Risk Perceptions of International Tourists in India' (2011) 5 *African Journal of Business Management* 2742, 2742.

by taking advantage of such emptiness¹⁰⁶. Fear of crime not only affects the decision-making processes of tourists but also hinders the development of the tourism industry in the destination¹⁰⁷.

However, fear of crime may reduce crime by encouraging potential victims to protect themselves against crime. In the criminology literature, the measures taken by individuals to protect themselves due to fear of crime are examined in two dimensions: Dysfunctional, that is, those that reduce the quality of life, and functional, that is, those that do not reduce the quality of life.¹⁰⁸ However, this approach has not been found in studies that examined crime in tourism. In this context, this issue must also be discussed in-depth.

RQ7: How Do Specialized Law Enforcement Units (Tourism Police) Affect Crime in Tourist Destinations?

The relationship between crime and tourism also manifests in law enforcement. It is observed that special units have been created for protecting tourists, with staff trained to specifically deal with tourist issues¹⁰⁹. The introduction of tourism police, or specialized tourist units of law enforcement, is a development in combating tourism-related crime in states whose economies rely on tourism¹¹⁰. To reduce the direct correlation between tourism and crime, it would be beneficial to deploy specialized police officers.¹¹¹ Implementing special law enforcement units is essential for tourists and the tourism industry¹¹². International tourists were found to be less likely than local tourists to report crimes of which they were victims. In 2003, Jamaica hosted 2482 million tourists, but only four per thousand were recorded as crime victims¹¹³. The solution is to make it easier for tourists to report crimes or to learn how to report crimes via specialized teams¹¹⁴.

RQ8: What do the victim and criminal roles of a tourist include?

RQ8.1: Tourists as victims

Crimes against tourists are considered severe offenses in countries where tourists come from¹¹⁵. Occasionally, there is no increase in the number of crimes committed against tourists in the destination; the fact that a crime committed against a tourist is highly emphasized and publicized by the media also affects this result¹¹⁶. This attitude of the media affects potential tourists who will visit that destination¹¹⁷. Government travel advisories on crime influence tourists' destination choices and decisions¹¹⁸. In another perspective, local authorities also perceive attitudes or allegations that the destination is a center of international crime as a threat to tourism¹¹⁹. With the addition of social media, communication networks expand more efficiently, thus intensifying their impact. For example, tourists may prefer tourist destinations because of safety and security concerns, and they can get their first impression from social media. It is not possible to determine in advance the perception of insecurity that a crime will create based on the damage or danger it causes in society¹²⁰.

There may also be crimes in which tourists are not targeted as victims and are committed in a tourist destination, regardless of whether they are locals or tourists living there. The term for this situation refers to tourists who are accidentally victimized. However, in this case, the place of crime is still a tourist destination¹²¹.

¹⁰⁶ Brunt, Mawby, and Hambly (n 12) 468–470.

¹⁰⁷ Chiu and Lin (n 105).

¹⁰⁸ E. Gray, J. Jackson, and S. Farrall, 'Feelings and Functions in the Fear of Crime: Applying a New Approach to Victimisation Insecurity' (2011) 51 *The British Journal of Criminology* 75 <<https://doi.org/10.1093/bjc/azq066>> accessed 17 December 2024.

¹⁰⁹ Pizam, Tarlow, and Bloom (n 5) 23.

¹¹⁰ R. I. Mawby, K. Boakye, and C. Jones, 'Policing Tourism: The Emergence of Specialist Units' (2015) 25 *Policing & Society* 378, 378.

¹¹¹ V. Konyakhin, and A. Petrovskiy, 'Crime and Crime Prevention at Krasnodar Krai Tourist Resorts: A Study of Crime, Fear of Crime and Crime Prevention' (2016) 67 *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 339, 345; W. C. Wallace, 'Policing Tourism: Findings from an Evaluation of a Tourism-Oriented Policing Training Program in the Caribbean' (2020) 9 *International Journal for Crime Justice and Social Democracy* 169.

¹¹² R. I. Mawby, M. Ozascilar, and N. Ziyalar, 'Risk, Safety and Security among Visitors to Istanbul' (2021) 21 *Tourism and Hospitality Research* 61.

¹¹³ A. Harriott, 'Risk Perceptions and Fear of Criminal Victimization Among Visitors to Jamaica: Bringing Perceptions in Line with Reality' (2007) 5 *Journal of Ethnicity in Criminal Justice* 93, 98–99.

¹¹⁴ D. Buil-Gil and R. I. Mawby, 'Do Tourists Report Crime to the Police? An Exploratory Analysis in Barcelona' (2023) 26 *Current Issues in Tourism* 2931, 2931.

¹¹⁵ M. E. Korstanje, 'Pursuing the Ethics of Hospitality: The Case of Lola Chomnalez' (2015) 4 *Turismo-Estudios e Praticas* 72, 72.

¹¹⁶ J. Venditto, and J. Mouzos, 'The Murder of Overseas Visitors in Australia' [2006] *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice* 1.

¹¹⁷ D. Botterill and others, 'Violence, Backpackers, Security and Critical Realism' (2013) 42 *Annals of Tourism Research* 311; V. Peel, and A. Steen, 'Victims, Hooligans and Cash-Cows: Media Representations of the International Backpacker in Australia' (2007) 28 *Tourism Management* 1057; Pizam, Tarlow and Bloom (n 5).

¹¹⁸ A. Schroeder, and L. Pennington-Gray, 'Perceptions of Crime at the Olympic Games: What Role Does Media, Travel Advisories, and Social Media Play?' (2014) 20 *Journal of Vacation Marketing* 225, 235.

¹¹⁹ P. Knepper, and J. Azzopardi, 'International Crime in the Interwar Period: A View from the Edge' (2011) 56 *Crime Law and Social Change* 407, 417.

¹²⁰ Demirbaş (n 48) 40.

¹²¹ Ryan (n 14) 174–175.

There is also evidence that regarding crime, there is no significant difference between whether a tourist is domestic or international¹²². Another study investigated the effects of citizenship, age, and accommodation choice on crime victimhood in Slovenia. On the contrary, it was observed that international tourists faced more crimes against property than domestic tourists. Among international tourists, the third age group was the most victimized, and most of the crimes occurred in accommodation places. On the other hand, domestic tourists were primarily targeted in restaurants, bars, and houses where they stayed¹²³. Whether domestic or international, a tourist is a tourist. The data show that crimes committed against tourists in the destination are higher than those committed against residents¹²⁴.

In this framework, although they bear similarities to the victimization of other tourists, LGBTQ+ individuals are also subjected to crimes stemming from homophobia. These crimes are victim-type crimes that distinguish LGBTQ+ individuals from other types of tourists¹²⁵. The perpetrators of homophobic crimes are also likely to be tourists, and the life choices of gay men directly affect victimization. Studies in criminology and victimology have shown that LGBTQ+ individuals are victims of hate or discrimination crimes. It is also stated that these individuals experience secondary victimization in some destinations, such as Jamaica, the Caribbean, and Malaysia; if they report hate crimes, they have suffered as tourists. In the literature, LGBTQ+ tourists stated that they were mostly exposed to discrimination, intentional injury, harassment, theft, and threat crimes¹²⁶.

In the age of technology, tourists have also become victims of fraud through online contracts. Personal data is captured, and fake offers are offered to tourists through fraudulent companies¹²⁷.

RQ8.2: Tourists as criminals

The relationship between tourism and crime is essential because of their impact on sustainability¹²⁸. When crime in tourism is studied, the crimes committed against tourists and those committed by tourists are included in this scope¹²⁹. The relationship between tourism and crime is complex¹³⁰ and multifaceted¹³¹. For example, tourists can be thieves by stealing belongings from hotels or airplanes where they stay or travel¹³². Individuals may be tempted to bypass codes of conduct and laws in leisure time and tourism¹³³.

As a manifestation of sovereignty, the definition of crime varies from state to state. In this context, an act that is crime in one state may not be a crime in another state¹³⁴. This situation also affects crime in tourism. For example, an individual can choose a tourist destination where this act is not regulated as a crime to commit an act that is a crime in the state where the individual lives. In this framework, the individual's motivation to commit the act that constitutes a crime in the state of being a citizen may be questioned¹³⁵. For example, according to the territoriality principle in Turkey, if an act committed in Turkey does not constitute a crime according to Turkish law, even if it does constitute a crime according to the laws of another country, Turkish laws cannot be applied to these foreign tourists due to the nature of the act committed¹³⁶.

One of the most common examples of criminal tourists is those who participate in child sex tourism. In these examples, tourists visit places to conduct an act that is not a crime in the destination but is accepted as a crime in their home country¹³⁷. Another example is crimes against nature, such as hunting, poaching, and wildlife trafficking. In crimes against nature, many of which can be considered organized crimes, the criminals may be tourists acting with local collaborators¹³⁸. Some studies have considered citizenship ties, for example, the arrival of Russians in Austria's tourism industry and perceptions of Russian stereotypes in the

¹²² Barker and Page (n 10) 779.

¹²³ D. Paliska and others, 'Theft Crimes against Tourists and Visitors in Slovenia' (2020) 26 *Tourism and Hospitality Management-Croatia* 15.

¹²⁴ Mawby, Brunt, and Hambly (n 40) 468–470.

¹²⁵ see A. Wahab, "'The Darker the Fruit'?: Homonationalism, Racialized Homophobia, and Neoliberal Tourism in the St Lucian-US Contact Zone' (2021) 23 *International Feminist Journal of Politics* 80.

¹²⁶ P. Brunt and K. Brophy, 'Gay Tourist Victimization' (2006) 13 *International Review of Victimology* 275.

¹²⁷ M. Belen, 'The Online Tourist Fraud: The New Measures of Technological Investigation in Spain' (2017) 6 *Adcaij-Advances in Distributed Computing and Artificial Intelligence Journal* 85, 85–86.

¹²⁸ J. Zhang and G. P. Xiang, 'Revisiting the Relationship Between Tourism and Crime Based on a Dynamic Spatial Durbin Model' (2022) 68 *Crime & Delinquency* 2146, 2146–2147.

¹²⁹ Çakmakçı (n 45) 50.

¹³⁰ Tang (n 13) 52.

¹³¹ Zhang and Xiang (n 128) 2167.

¹³² S. Pratt, 'Tourists "Stealing" Stuff' (2022) 28 *Tourism Economics* 495.

¹³³ O. Smith, and T. Raymen, 'Deviant Leisure: A Criminological Perspective' (2018) 22 *Theoretical Criminology* 63, 63.

¹³⁴ E. Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur [Offender and Victim in Criminal Law]* (Seçkin 2021).

¹³⁵ Ryan (n 14) 174.

¹³⁶ E. Baş, 'Enforcement of Territoriality Principle in the Crimes Committed by Foreign Tourists in Turkey' (2021) 3 *Journal of Tourism Leisure and Hospitality* 26

<<https://doi.org/10.48119/toleho.884426>> accessed 1 January 2021.

¹³⁷ Johnson (n 56); Chemin and Mbiekop (n 53); Härkönen (n 51); Koning (n 46).

¹³⁸ Griffiths (n 65); D. Gonçalves, 'A Whole-of-Society Approach to Wildlife Crime in South Africa' [2017] *South African Crime Quarterly-SACQ* 9; S. Duensing, M. C. Schleper, and C. Busse, 'Wildlife Trafficking as a Societal Supply Chain Risk: Removing the Parasite without Damaging the Host?' (2023) 59 *Journal of Supply Chain Management* 3.

context of crime¹³⁹. There are only a few studies on criminal tourists in the literature, and no classification specifically made on criminal tourists has been found.

RQ9: What is the relationship between organized crime and tourism?

Organized crime in tourism occurs over a wide range. One of the leading trends is health tourism. Within the scope of health tourism, organ transplantation tourism, which can be defined as patients engaged in tourism activities for organ transplantation, has an important place¹⁴⁰. The situation in which potential organ recipients cross national borders to receive organ transplants is called organ transplant tourism¹⁴¹. In this context, we are faced with organ trafficking¹⁴². International organ trafficking is a transnational organized crime that¹⁴³ often requires the participation of healthcare professionals. Illegal organ transplantation, which is considered within the scope of white-collar crimes¹⁴⁴, is closely related to organ transplant tourism¹⁴⁵ and the organ trade¹⁴⁶; in the states where the organ trade occurs, a significant portion of recipient groups are transplant tourists¹⁴⁷.

Another example of organized crime in tourism is child sex tourism, and at its core lies in human trafficking¹⁴⁸. Tourism facilitates human trafficking, a growing type of crime¹⁴⁹. In addition, the accommodation sector is especially vulnerable to prostitution and sexual exploitation.¹⁵⁰ It is stated that labor smuggling, human trafficking, and prostitution observed in some destinations are also related to tourism¹⁵¹. By its very nature, sex tourism refers to the combination of human trafficking¹⁵², sexual exploitation of children, prostitution, and illegal economy¹⁵³.

RQ10: What are the other effects of crime in tourism that extend beyond the aforementioned questions?

The inverse relationship between tourism and crime affects many other phenomena. For example, it leads to non-visitation, isolation, xenophobia and the cessation of intercultural relations in the destination where the crime is committed¹⁵⁴. In 1993, following the murder of British tourist Gary Colley in a robbery attempt in Florida, the British Foreign Office advised caution when traveling to Florida, which harmed tourism and hotel businesses¹⁵⁵. This can undermine the socioeconomic structure of the host tourist destination¹⁵⁶, especially in regions whose economies rely heavily on tourism¹⁵⁷. Examples in this context include an increase in the budget allocated for law enforcement to ensure tourist safety or, conversely, an increase in tax evasion. In summary, sociological, moral, economic, and spiritual effects exist¹⁵⁸. However, tourism is a highly flexible industry. Demand can decline sharply due to terrorism or crime. However, it can also recover rapidly¹⁵⁹. Because firms in the tourism sector may demand higher insurance premiums to cover the cost of possible crime incidents, increasing crime increases costs¹⁶⁰.

¹³⁹ H. Henderson, 'The Russians Are Coming New Crimes, Old Fears, and Intercultural Alliances' (2012) 20 *Studia Austriaca* 25.

¹⁴⁰ F. Ambagtsheer, D. Zaitch, and W. Weimar, 'The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context' (2013) 14 *Global Crime* 1, 1.

¹⁴¹ L. P. Francis, and J. G. Francis, 'Stateless Crimes, Legitimacy, and International Criminal Law: The Case of Organ Trafficking' (2010) 4 *Criminal Law and Philosophy* 283, 285.

¹⁴² S. Quader, and S. A. Khan, 'Organ Trafficking and the Legal Framework in India: A Critical Analysis of the Transplantation of Human Organs and Tissues Act, 1994' [2022] *Cardiometry* 403, 403.

¹⁴³ M. O'Brien, 'Problematic Provisions: Trafficking in Persons for Organ Removal under Australian Commonwealth Criminal Law' (2015) 39 *Criminal Law Journal* 101.

¹⁴⁴ S. McGuinness, and J. V. McHale, 'Transnational Crimes Related to Health: How Should the Law Respond to the Illicit Organ Tourism?' (2014) 34 *Legal Studies* 682, 683–684, 698.

¹⁴⁵ F. Ambagtsheer and others, 'Cross-Border Quest: The Reality and Legality of Transplant Tourism' (2012) 2012 *Journal of Transplantation*.

¹⁴⁶ A. Bagheri, 'Child Organ Trafficking: Global Reality and Inadequate International Response' (2016) 19 *Medicine Health Care and Philosophy* 239, 244; M. M. Islam and others, 'Assessing the Potential Impact of the Declaration of Istanbul 2008 on Internet Reporting of Human Organ Transplantation-Related Crimes Using Interrupted Time Series Analysis and Meta-Analysis Approaches' (2020) 52 *Transplantation Proceedings* 12, 18.

¹⁴⁷ M. D. Kosuri and E. L. Jeglic, 'Child Sex Tourism: American Perceptions of Foreign Victims' (2017) 23 *Journal of Sexual Aggression* 207.

¹⁴⁸ Kosuri and Jeglic (n 147) 2; T. Kyriazi, 'The Private Sector against Human Trafficking in Tourism' (2023) 34 *Anatolia: International Journal of Tourism and Hospitality Research* 30, 30–44.

¹⁴⁹ A. Paraskevas and M. Brookes, 'Nodes, Guardians and Signs: Raising Barriers to Human Trafficking in the Tourism Industry' (2018) 67 *Tourism Management* 147, 147.

¹⁵⁰ Zhang and Xiang (n 128) 2146–2148.

¹⁵¹ R. Pati, 'Trading in Humans: A New Haven Perspective' (2012) 20 *Asia Pacific Law Review* 135, 135.

¹⁵² M. John, 'A Critical Approach to Understanding Human Trafficking in the Caribbean' (2020), 24 *International Journal of Human Rights* 1666, 1671; O. Nguyen and T. Le, 'Perceptions of Governmental and Nongovernmental Actors of Human Trafficking Victims: The Case of Vietnam' (2021), 10 *International Journal for Crime Justice and Social Democracy* 127, 127–129.

¹⁵³ A. R. Tanielian and T. Brooks-Green, 'Cultural Change as a Long-Term Solution for Human Trafficking' (2018) 6 *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies* 51, 54.

¹⁵⁴ Pizam, Tarlow, and Bloom (n 5) 24.

¹⁵⁵ Ho, Zhao and Dooley (n 77) 22.

¹⁵⁶ M. J. Muehsam and P. E. Tarlow, 'Involving the Police in Tourism' (1995) 16 *Tourism Management* 9, 9.

¹⁵⁷ T. M. Fullerton and A. G. Walke, 'Homicides, Exchange Rates, and Northern Border Retail Activity in Mexico' (2014) 53 *Annals of Regional Science* 631, 634.

¹⁵⁸ Pizam, Tarlow, and Bloom (n 5) 24.

¹⁵⁹ Clayton and Boxill (n 98) 99.

¹⁶⁰ G. Gozgor and others, 'The Effectiveness of the Legal System and Inbound Tourism' (2019) 76 *Annals of Tourism Research* 24, 33.

Conclusion

Although studies on crime in tourism are limited, research shows that there is sometimes a direct and occasionally an inverse relationship between these two phenomena. Tourism, which emerges as an individual's activity, shows sensitivity to crime and responds to crime in this context.

There are hypotheses that tourism growth will increase crime against people and property. For example, a correlation was found between the increase in the number of tourists in Hawaii between 1961 and 1975 and the number of theft and sexual assault crimes¹⁶¹. In this context, there is a direct relationship between tourism seasonality and crime committed in the destination¹⁶². However, this relationship is two-way. Tourists can be perpetrators and victims. Tourists can steal the facility's belongings in the hotel room where they stay or items on flights.¹⁶³ Again, in Australia, when destinations that host a high number of tourists are compared with destinations that host a relatively low number of tourists, it has been reported that the crime rate is higher and that this excess coincides with school holiday periods¹⁶⁴. In this context, an increase in the number of tourists is deemed an incentive to commit crime. However, a study on national park visits covering every region in the United States between 1979 and 1998 yielded results that did not support this proposition. The number of visits did not increase the number of violent crimes or crimes against property.¹⁶⁵ This may also be related to the type of tourists visiting national parks.

It is helpful to mention environmental criminology (or spatial criminology in other terms) to understand one aspect of crime in tourism. Environmental criminology focuses on the intersection of perpetrators and victims in time and space¹⁶⁶. In this context, tourism crimes are also mentioned in the doctrine. The studies carried out on the victimization of tourists benefit from the hotspot theory and routine activities theory, which are referred to in victimology. According to the hotspot theory, crime against tourists occurs in spaces where tourists are concentrated. As a matter of fact, according to this theory, certain physical locations can pave the way for crimes against property. Environmental factors affect tourism crimes rather than individual tourist behavior. This causes tourists' vulnerability to crime and affects the occurrence of tourism crimes. For this reason, it is expected that tourism crimes will be committed intensively in tourist spaces where tourists attract intense attention, and it is also seen that the expression criminogenic space is used to express this. Within the scope of this theory, it is also stated that criminogenic spaces make tourists more vulnerable to crime. Therefore, if the crime rate in a tourist destination is low, the rate of tourism crimes will also be low.

On the other hand, routine activities theory proposes that a crime occurs under the influence of three interacting elements: (1) a suitable target, that is, the victim, (2) a motivated perpetrator, and (3) the absence or inadequacy of capable guardians to prevent the interaction between the victim and the perpetrator. The presence of one of these three elements is sufficient to encourage committing a crime¹⁶⁷. Some tourists accept that language differences make them more vulnerable to crime¹⁶⁸. The victimized tourists' desperation and inability to find an interlocutor other than the police make tourists attractive targets in terms of crimes occurring in tourist destinations¹⁶⁹. It is possible to predict that tourist victims who are exposed to a crime committed by a perpetrator outside of their everyday life and who they are unlikely to encounter again will be less psychologically affected by the crime. However, compared with non-tourist victims, the impact may be more significant because these victims are distant from informal support networks and unfamiliar with formal ones. The effect of crime on tourists is ambiguous and may vary depending on the situation. This uncertainty can be overcome by increasing the number of studies on tourist victims¹⁷⁰.

Cruise ships are one of these spots within the framework of hotspot theory. Due to their nature, the absence of a safety mechanism on a cruise ship creates a tourist attraction that no tourist would want¹⁷¹. Studies on legislative initiatives in this field have attracted considerable attention. These legislative initiatives realize tourists' interests in providing crime-free travel¹⁷².

It is also stated that studies have examined the relationship between island tourism and crime. However, a more reasonable approach would be to consider the relationship between island mobility and crime¹⁷³. The research on Saint Lucia, covering the period between 1996 and 2004, shows a strong relationship between crime against property and tourist mobilities. Recent studies

¹⁶¹ Fujii and Mak (n 11) 27–28, 34.

¹⁶² P. Brunt and N. Hooton, 'Community Responses to Tourism and Crime' (2010) 12 *Crime Prevention & Community Safety* 42, 42.

¹⁶³ Pratt (n 132).

¹⁶⁴ D. J. Walmsley, R. M. Boskovic, and J. J. Pigram, 'Tourism and Crime: An Australian Perspective' (1983) 15 *Journal of Leisure Research* 136.

¹⁶⁵ E. L. Grinols, D. B. Mustard and M. Staha, 'How Do Visitors Affect Crime?' (2011) 27 *Journal of Quantitative Criminology* 363, 377–378.

¹⁶⁶ Hodgkinson and Tilley (n 6) 281.

¹⁶⁷ K. A. Boakye, 'The Concept of Capable Guardianship: Exploring Police Views on Tourist Protection in Ghana' (2009) 11 *Crime Prevention & Community Safety* 104.

¹⁶⁸ Lepp and Gibson (n 8) 610.

¹⁶⁹ E. Cohen, 'Robbed: A Serial Autoethnography of a Tourism Researcher as a Robbery Victim' (2019) 44 *Tourism Recreation Research* 507, 514.

¹⁷⁰ M. Ozascilar and R.I. Mawby, 'The Impact of Crime on Tourists and the Need for Greater Support for Tourist Victims' (2023) 29 *International Review of Victimology* 3, 12–13.

¹⁷¹ L. C. Harris and A. Pressey, 'Dirty Work or Working Dirty?' Deceiving Cruise Tourists' (2021) 88 *Annals of Tourism Research* 9.

¹⁷² T. R. Panko, B. P. George, and T. L. Henthorne, 'Cruise Crimes: Economic-Legal Issues and Current Debates' (2009) 11 *Amfiteatru Economic* 585.

¹⁷³ J. Scott, and Z. Staines, 'Charting the Place of Islands in Criminology: On Isolation, Integration and Insularity' (2021) 25 *Theoretical Criminology* 578, 595.

have found a slight correlation between violent crimes and tourism. The increase in crime was proportionally lower than the increase in tourist mobility¹⁷⁴.

Another area of interest is the relationship between crime and the Airbnb sharing economy¹⁷⁵. For example, the relationship between Airbnb and crime became a national problem in the United States after a firearm attack occurred in a house rented through Airbnb on Halloween in 2019¹⁷⁶. Another study suggests that room sharing has a positive relationship with violence and property crimes when comparing those who rent a whole house to Airbnb¹⁷⁷.

Research on crimes committed in forest areas is quite limited, but there is a need for studies on the effects of such crimes on recreational activities¹⁷⁸. There is also the possibility that crimes in which tourists are victims remain a black number. Tourists face various difficulties in reporting crimes to competent authorities. They are unwilling to do so because of their limited time in the destination where they are victimized¹⁷⁹. Although there have been studies by tourism researchers on crime in tourism, it has been observed that the subject has yet to be studied extensively by criminologists¹⁸⁰.

In summary, this literature review provides an overview of the extensive research on crime in tourism. By bringing together diverse perspectives, theories, and empirical studies, we have gained valuable insights into the complex nature of crime within tourism. Numerous studies have shown that various factors influence criminal activities. These factors include socioeconomic disparities, cultural nuances, environmental conditions, and inadequate security measures. Crime in tourism is not a simple problem but a complicated web of interactions that requires detailed understanding for effective intervention.

Several important themes emerged, highlighting the significance of conducting analyses specific to the context, promoting stakeholder collaboration, and developing preventive strategies tailored to the situation. In addition, the importance of the role of local communities, law enforcement, and tourism sector actors in reducing crime has not been emphasized enough in the literature. Community involvement, education, and the establishment of effective communication channels between all stakeholders are critical components of successful crime prevention initiatives. This literature review also highlighted the gaps and challenges that still exist. Future research should address these gaps by exploring under-researched regions, incorporating emerging technologies, and using innovative methodologies to improve our understanding of the subject. Continual reassessment of crime patterns and trends in tourism is necessary; longitudinal studies and real-time data collection can contribute significantly to refining preventive measures and policy development.

In conclusion, after reviewing the existing literature on crime in tourism, it is evident that this issue requires informed and collaborative intervention. Moving forward, building on current research and promoting interdisciplinary collaboration while adopting evolving methodologies to create a more secure and resilient environment for tourists globally is crucial. This literature review serves as a foundation for a comprehensive understanding of crime in tourism, paving the way for future investigations and evidence-based interventions.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for this study.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- E. Baş, E. Bayraktaroğlu; Data Acquisition- E. Baş, E. Bayraktaroğlu; Data Analysis/Interpretation- E. Baş, E. Bayraktaroğlu; Drafting Manuscript- E. Baş, E. Bayraktaroğlu; Critical Revision of Manuscript- E. Baş, E. Bayraktaroğlu; Final Approval and Accountability- E. Baş, E. Bayraktaroğlu.

Conflict of Interest: The authors declare no conflict of interest.

Grant Support: This work was supported by Anadolu University (grant number 2207E073).

REFERENCES

- Açar KV, 'Webcam Child Prostitution: An Exploration of Current and Futuristic Methods of Detection' (2017) 11 International Journal of Cyber Criminology 98
- Adam I and Adongo CA, 'Do Backpackers Suffer Crime?' Empirical Investigation of Crime Perpetrated against Backpackers in Ghana' (2016) 27 Journal of Hospitality and Tourism Management 60
- Altındag DT, 'Crime and International Tourism' (2014) 35 Journal of Labor Research, 1

¹⁷⁴ L. Johnny and L. A. Jordan, 'Tourism and Crime in the Caribbean: A Case Study of St Lucia' (2007) 10 Annals of Leisure Research 475, 475, 479.

¹⁷⁵ D. J. Maldonado-Guzman, 'Airbnb and Crime in Barcelona (Spain): Testing the Relationship Using a Geographically Weighted Regression' (2022) 28 Annals of GIS 147, 147–160.

¹⁷⁶ E. J. van Holm and J. Monaghan, 'The Relationship of Airbnb to Neighborhood Calls for Service in Three Cities' (2021) 116 Cities.

¹⁷⁷ Y. H. Xu, L. Pennington-Gray, and J. Kim, 'Spatial Effect of Crime on Peer-to-Peer Lodging Performance' (2022) 61 Journal of Travel Research 855, 565.

¹⁷⁸ J. F. Tynon and D. J. Chavez, 'Crime in National Forests: A Call for Research' (2006) 104 Journal of Forestry 154, 154–157.

¹⁷⁹ Çakmakçı (n 45) 53.

¹⁸⁰ Mawby, Brunt, and Hambly (n 40) 468.

- Ambagtsheer F and others, 'Cross-Border Quest: The Reality and Legality of Transplant Tourism' (2012) 2012 Journal of Transplantation
- Ambagtsheer F, Zaitch D, Weimar W, 'The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context' (2013) 14 Global Crime 1
- Andresen MA and Tong W, 'The Impact of the 2010 Winter Olympic Games on Crime in Vancouver' (2012) 54 Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice 333
- Archibald MM, 'Investigator Triangulation: A Collaborative Strategy with Potential for Mixed Methods Research' (2016) 10 Journal of Mixed Methods Research 228 <<https://doi.org/10.1177/1558689815570092>> accessed 17 December 2024
- Aria M, and Cuccurullo C, 'Bibliometrix: An R-Tool for Comprehensive Science Mapping Analysis' (2017) 11 Journal of Informetrics 959
- Asongu SA and Nwachukwu J, 'Mitigating Externalities of Terrorism on Tourism: Global Evidence from Police, Security Officers and Armed Service Personnel' (2019) 22 Current Issues in Tourism 2466
- Aston J, Wen J and Yang SH, 'Tourists' Perceptions of and Reactions to Child Sex Tourism: An Exploratory Qualitative Investigation' (2023) 35 Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics 1206
- Avraham E and Ketter E, 'Will We Be Safe There? Analysing Strategies for Altering Unsafe Place Images' (2008) 4 Place Branding and Public Diplomacy 196
- Bagheri A, 'Child Organ Trafficking: Global Reality and Inadequate International Response' (2016) 19 Medicine Health Care and Philosophy 239
- Barker M and Page SJ, 'Visitor Safety in Urban Tourism Environments: The Case of Auckland, New Zealand' (2002) 19 Cities 273
- Barrett D, 'An Opportunity or Liability? London 2012 and Security' (2011) 10 Safer Communities 41
- Baş E, *Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu [The Crime of Abuse of Bank or Credit Cards]* (Yetkin 2015)
- , *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur [Offender and Victim in Criminal Law]* (Seçkin 2021)
- , 'Enforcement of Territoriality Principle in the Crimes Committed by Foreign Tourists in Turkey' (2021) 3 Journal of Tourism Leisure and Hospitality 26 <<https://doi.org/10.48119/toleho.884426>> accessed 1 January 2021
- Bayraktaroğlu E and others, 'Geopolitical Risks and International Tourist Arrivals to Turkey: A Causality Study' (2021) 11 Anais Brasileiros de Estudos Turísticos <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/abet/article/view/34237>> accessed 22 November 2024
- Bayraktaroglu E and Kozak N, 'Intrinsic and Extrinsic Values of Destinations' (2022) 31 European Journal of Tourism Research 3104
- Belen M, 'The Online Tourist Fraud: The New Measures of Technological Investigation in Spain' (2017) 6 ADCAIJ-Advances in Distributed Computing and Artificial Intelligence Journal 85
- Biagi B and Detotto C, 'Crime as Tourism Externality' (2014) 48 Regional Studies 693
- Bianchi G and Chen Y, 'Testing Effects of Hospitality Employment on Property Crime in the United States' (2022) 28 Tourism Economics 1545
- Boakye KA, 'The Concept of Capable Guardianship: Exploring Police Views on Tourist Protection in Ghana' (2009) 11 Crime prevention & community safety 104
- Bornmann L and Daniel H, 'What Do Citation Counts Measure? A Review of Studies on Citing Behavior' (2008) 64 Journal of Documentation 45
- Botterill D and others, 'Violence, Backpackers, Security and Critical Realism' (2013) 42 Annals of Tourism Research 311
- Botterill D, Seixas S and Hoeffel JL, 'Tourism and Transgression: Resort Development, Crime and the Drug Economy' (2014) 11 Tourism Planning & Development 27
- Brunt P and Brophy K, 'Gay Tourist Victimization' (2006) 13 International Review of Victimology 275
- Brunt P and Hooton N, 'Community Responses to Tourism and Crime' (2010) 12 Crime Prevention & Community Safety 42
- Brunt P, Mawby RI and Hambly Z, 'Tourist Victimization and the Fear of Crime on Holiday' (2000) 21 Tourism Management 417
- Buil-Gil D and Mawby RI, 'Do Tourists Report Crime to the Police? An Exploratory Analysis in Barcelona' (2023) 26 Current Issues in Tourism 2931
- Çakmakçı E, 'Turizm ve Suç Arasındaki İlişki ve Suçun Önlenmesine Yönelik Teoriler' (2015) 2 Turizm Akademik Dergisi 49 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/touraj/issue/16605/173157>> accessed 1 January 2015
- Campaniello N, 'Mega Events in Sports and Crime: Evidence From the 1990 Football World Cup' (2013) 14 Journal of Sports Economics 148
- Chaturuka M, Duffett RG and Haydam N, 'Crime Perceptions among International Leisure Tourists in Cape Town' (2020) 19 Safer Communities 161
- Chemin M and Mbiekop F, 'Addressing Child Sex Tourism: The Indian Case' (2015) 38 European Journal of Political Economy 169
- Chen C, 'CiteSpace II: Detecting and Visualizing Emerging Trends and Transient Patterns in Scientific Literature' (2006) 57 Journal of the American Society for Information Science and Technology 359 <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/asi.20317>> accessed 1 April 2024
- Chesneylind M and Lind IY, 'Visitors as Victims - Crimes Against Tourists in Hawaii' (1986) 13 Annals of Tourism Research 167
- Chiu SP and Lin SY, 'Study on Risk Perceptions of International Tourists in India' (2011) 5 African Journal of Business Management 2742
- Clayton A and Boxill I, 'Conclusions: Tourism, Crime and Terrorism: What Are the Risks, Challenges and Policy Options?' (2012) 4 Worldwide Hospitality and Tourism Themes 98

- Cohen E, 'Robbed: A Serial Autoethnography of a Tourism Researcher as a Robbery Victim' (2019) 44 *Tourism Recreation Research* 507
- Cothran DA and Cothran CC, 'Promise or Political Risk for Mexican Tourism' (1998) 25 *Annals of Tourism Research* 477
- Cowell NM, McDavid H and Saunders TS, 'Managing Guest Security in a High-Violence Society the Case of the Jamaican Hospitality Industry' (2012) 4 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 32
- da Silvia AM, 'Little Adults: Child and Teenage Commercial Sexual Exploitation in Contemporary Brazilian Cinema' (2016) 99 *Hispania-A Journal Devoted to the Teaching of Spanish and Portuguese* 212
- Davy D, 'Understanding the Complexities of Responding to Child Sex Trafficking in Thailand and Cambodia' (2014) 34 *International Journal of Sociology and Social Policy* 793
- de Albuquerque K and McElroy J, 'Tourism and Crime in the Caribbean' (1999) 26 *Annals of Tourism Research*, 968
- Demirbaş, T., *Kriminoloji* (Seçkin 2020)
- Denzin NK, *The Research Act: A Theoretical Introduction to Sociological Methods* (1st edn, Routledge 2017)
- Sensing, S., Schleper, M.C. and Busse C, 'Wildlife Trafficking as a Societal Supply Chain Risk: Removing the Parasite without Damaging the Host?' (2023) 59 *Journal of Supply Chain Management* 3
- Egghe, Leo, and Ronald Russo. 2011. *Introduction to Informetrics. Quantitative Methods in Library, Documentation, and Information Science* (Elsevier Science Publishers 1990)
- Eja EI, 'Exploring Spatial Pattern of Crime Dynamics and Vulnerability within Tourism Infrastructure in Calabar, Nigeria' (2023) 31 *Spatial Information Research* 381
- Eman K and others, 'Environmental Crime and Green Criminology in South Eastern Europe-Practice and Research' (2013) 59 *Crime Law and Social Change* 341
- Fardin M and others, 'Sexual Crimes against Immature People with an Emphasis on Sex Trafficking, Sex Tourism, Pornography and Sexual Slavery' (2018) 5 *Revista Publican* 429
- Francis LP and Francis JG, 'Stateless Crimes, Legitimacy, and International Criminal Law: The Case of Organ Trafficking' (2010) 4 *Criminal Law and Philosophy*, 283
- Fujii ET and Mak J, 'Tourism And Crime-Implications For Regional Development Policy' (1980) 14 *Regional studies* 27
- Fullerton TM and Walke AG, 'Homicides, Exchange Rates, and Northern Border Retail Activity in Mexico' (2014) 53 *Annals of regional science* 631
- George R, 'Tourist's Perceptions of Safety and Security While Visiting Cape Town' (2003) 24 *Tourism management* 575
- , 'Visitor Perceptions of Crime-Safety and Attitudes toward Risk: The Case of Table Mountain National Park, Cape Town' (2010) 31 *Tourism management* 806
- , 'Responsible Tourism as a Strategic Marketing Tool for Improving the Negative Image of South Africa' (2017) 9 *Worldwide hospitality and tourism themes* 543
- Ghaderi, Z., Saboori B and Khoshkam M, 'Does Security Matter in Tourism Demand?' (2017) 20 *Current issues in tourism* 552
- Gibbs GR, 'Different Approaches to Coding' (2012) 42 *Sociological Methodology* 82
- Gonçalves D, 'A Whole-of-Society Approach to Wildlife Crime in South Africa' [2017] *South African Crime Quarterly-CACQ* 9
- Gozgor G and others, 'The Effectiveness of the Legal System and Inbound Tourism' (2019) 76 *Annals of Tourism Research* 24
- Gray E, Jackson J and Farrall S, 'Feelings and Functions in the Fear of Crime: Applying a New Approach to Victimization Insecurity' (2011) 51 *The British Journal of Criminology* 75 <<https://doi.org/10.1093/bjc/azq066>> accessed 17 December 2024
- Green S and others, 'Introduction' in JP Higgins and S Green (eds), *Cochrane Handbook for Systematic Reviews of Interventions* (Wiley-Blackwell 2014)
- Griffiths M, 'The Cultural Impact of Wildlife Crime in South Africa' [2017] *South African Crime Quarterly-SACQ* 45
- Grinols EL, Mustard DB and Staha M, 'How Do Visitors Affect Crime?' (2011) 27 *Journal of Quantitative Criminology* 363
- Hall A, 'The Response of the Tourism Industry in Jamaica, to Crime and the Threat of Terrorism' (2012) 4 *Worldwide Hospitality and Tourism Themes* 59
- Han S and others, 'Crime Risks Increase in Areas Proximate to Theme Parks: A Case Study of Crime Concentration in Orlando' (2021) 38 *Justice Quarterly* 1210
- Härkönen E, 'Corporate Liability and International Child Sex Tourism - with Special Reference to the Regulation in the Nordic Countries' (2016) 16 *Scandinavian journal of hospitality and tourism* 315
- Harper DW, Khey DN and Nolan GM, 'Spatial Patterns of Robbery at Tourism Sites: A Case Study of the Vieux Carre in New Orleans' (2013) 38 *American Journal of Criminal Justice* 589
- Harriott A, 'Risk Perceptions and Fear of Criminal Victimization Among Visitors to Jamaica: Bringing Perceptions in Line with Reality' (2007) 5 *Journal of Ethnicity in Criminal Justice* 93
- Harris LC and Pressey A, 'Dirty Work or Working Dirty? Deceiving Cruise Tourists' (2021) 88 *Annals of Tourism Research*
- Henderson H, 'The Russians Are Coming New Crimes, Old Fears, and Intercultural Alliances' (2012) 20 *Studia Austriaca* 25

- Ho TP, Zhao JL and Dooley B, 'Hotel Crimes: An Unexplored Victimization in the Hospitality Industry' (2017) 30 Security journal 1097
- Hodgkinson S and Tilley N, 'Travel-to-Crime: Homing in on The Victim' (2007) 14 International Review of Victimology, 281
- Howard RW, 'Risky Business? Asking Tourists What Hazards They Actually Encountered in Thailand' (2009) 30 Tourism Management: 359
- Islam MM and others, 'Assessing the Potential Impact of the Declaration of Istanbul 2008 on Internet Reporting of Human Organ Transplantation-Related Crimes Using Interrupted Time Series Analysis and Meta-Analysis Approaches' (2020) 52 Transplantation Proceedings 12
- John M, 'A Critical Approach to Understanding Human Trafficking in the Caribbean' (2020) 24 International Journal of Human Rights 1666
- Johnny L and Jordan LA, 'Tourism and Crime in the Caribbean: A Case Study of St Lucia' (2007) 10 Annals of Leisure Research 475
- Johns N, 'Tourism and Sentencing: Establishing Informal Status Privileges' (2007) 35 International journal of the Sociology of Law 63
- Johnson AK, 'International Child Sex Tourism: Enhancing the Legal Response in South-east Asia' (2011) 19 International Journal of Childrens Rights 55
- , 'Protecting Children's Rights in Asian Tourism *Reflecting on Progress and the Way Forward*' (2014) 22 International Journal of Childrens Rights 581
- Kathrada M, Burger C and Dohnal M, 'Holistic Tourism-Crime Modelling' (1999) 20 Tourism management 115
- Kimchi J, Polivka B and Stevenson JS, 'Triangulation: Operational Definitions' (1991) 40 Nursing research 364
- Knepper P and Azzopardi J, 'International Crime in the Interwar Period: A View from the Edge' (2011) 56 Crime law and social change 407
- Koning A, 'Public Perceptions of Child Sexual Exploitation Abroad: A Vignette Experiment on the Influence of Social Distance' [2021] Crime & Delinquency
- Konyakhin V and Petrovskiy A, 'Crime and Crime Prevention at Krasnodar Krai Tourist Resorts: A Study of Crime, Fear of Crime and Crime Prevention' (2016) 67 Revija za Kriminalistiko in Kriminologijo 339
- Korstanje ME, 'Pursuing the Ethics of Hospitality: The Case of Lola Chomnalez' (2015) 4 Turismo-Estudos e Praticas 72
- Kosuri MD and Jeglic EL, 'Child Sex Tourism: American Perceptions of Foreign Victims' (2017) 23 Journal of sexual aggression 207
- Kyriazi T, 'The Private Sector against Human Trafficking in Tourism' (2023) 34 Anatolia-International Journal of Tourism and Hospitality Research 30
- Lepp A and Gibson H, 'Tourist Roles, Perceived Risk and International Tourism' (2003) 30 Annals of Tourism Research 606
- Leung XY, Yang Y and Dubin EA, 'What Are Guests Scared of? Crime-Related Hotel Experiences and Fear of Crime' (2018) 35 Journal of travel & tourism marketing 1071
- Li J and Pearce P, 'Tourist Scams in the City: Challenges for Domestic Travellers in Urban China' (2016) 2 International Journal of Tourism Cities 294
- Lorde T and Jackman M, 'Evaluating the Impact of Crime on Tourism in Barbados: A Transfer Function Approach' (2013) 18 Tourism analysis 183
- Maldonado-Guzman DJ, 'Airbnb and Crime in Barcelona (Spain): Testing the Relationship Using a Geographically Weighted Regression' (2022) 28 Annals of gis 147
- Marteache N and Trinidad A, 'Theft Victimization in Urban Settings: Comparison of Tourist and Resident Case Profiles' [2023] Crime & Delinquency
- Mawby R, Boakye K and Jones C, 'Policing Tourism: The Emergence of Specialist Units' (2015) 25 Policing & Society 378
- Mawby R and Jones C, 'Attempting to Reduce Hotel Burglary: Implementation Failure in A Multi-Agency Context' (2007) 9 Crime prevention & community safety 145
- Mawby R and Ozascilar M, 'Tourists' Safety in the Risk Society: Explaining Perceptions of Safety Regarding Future Vacations' [2023] International Criminal Justice Review
- Mawby RI, 'Responding to Tourist Victims of Crime: Lessons the UK Can Learn' (2014) 16 Crime prevention & community safety 294
- , 'Addressing the Security Concerns of Locals and Visitors for the Sustainable Development of Tourist Destinations' (2016) 8 Sustainability
- Mawby RI, Brunt P and Hambly Z, 'Fear of Crime among British Holidaymakers' (2000) 40 British journal of criminology 468
- Mawby RI, Ozascilar M and Ziyalar N, 'Risk, Safety and Security among Visitors to Istanbul' (2021) 21 Tourism and hospitality research 61
- McGuinness S and McHale JV, 'Transnational Crimes Related to Health: How Should the Law Respond to the Illicit Organ Tourism?' (2014) 34 Legal studies 682
- Mehmood S, Ahmad Z and Khan AA, 'Dynamic Relationships between Tourist Arrivals, Immigrants, and Crimes in the United States' (2016) 54 Tourism management 383
- Moyo B and Ziramba E, 'The Impact of Crime on Inbound Tourism to South Africa An Application of the Bounds Test' (2013) 22 African security review 4
- Muehsam MJ and Tarlow PE, 'Involving the Police in Tourism' (1995) 16 Tourism management 9
- Mura P and Khoo-Lattimore C, 'Young Tourists, Gender and Fear on Holiday' (2012) 15 Current Issues in Tourism 707
- Nguyen O and Le T, 'Perceptions of Governmental and Nongovernmental Actors of Human Trafficking Victims: The Case of Vietnam' (2021)

- 10 International journal for crime justice and social democracy 127
- O'Brien M, 'Problematic Provisions: Trafficking in Persons for Organ Removal under Australian Commonwealth Criminal Law' (2015) 39 Criminal law journal 101
- Ozascilar M and Mawby RI, 'The Impact of Crime on Tourists and the Need for Greater Support for Tourist Victims' (2023) 29 International review of victimology 3
- Page MJ and others, 'The PRISMA 2020 Statement: An Updated Guideline for Reporting Systematic Reviews' (2021) 372 BMJ n71 <<http://www.bmj.com/content/372/bmj.n71.abstract>>
- Paliska D and others, 'Theft Crimes against Tourists and Visitors in Slovenia' (2020) 26 Tourism and Hospitality Management-Croatia 15
- Panko TR, George BP and Henthorne TL, 'Cruise Crimes: Economic-Legal Issues and Current Debates' (2009) 11 Amfiteatru economic 585
- Paraskevas A and Brookes M, 'Nodes, Guardians and Signs: Raising Barriers to Human Trafficking in the Tourism Industry' (2018) 67 Tourism management 147
- Park M and Stokowski PA, 'Casino Gaming and Crime: Comparisons among Gaming Counties and Other Tourism Places' (2011) 50 Journal of Travel Research 289
- Pati R, 'Trading in Humans: A New Haven Perspective' (2012) 20 Asia pacific law review 135
- Peel V and Steen A, 'Victims, Hooligans and Cash-Cows: Media Representations of the International Backpacker in Australia' (2007) 28 Tourism management 1057
- Pizam A, Tarlow PE and Bloom J, 'Making Tourists Feel Safe: Whose Responsibility Is It?' (1997) 36 Journal of Travel Research 23 <<https://doi.org/10.1177/004728759703600104>>
- Pratt S, 'Tourists "Stealing" Stuff' (2022) 28 Tourism economics 495
- Pritchard A, 'Statistical Bibliography or Bibliometrics' (1969) 25 Journal of Documentation 348
- Qiao G, Chen N and Prideaux B, 'Understanding Interactions between Beggars and International Tourists: The Case of China' (2017) 22 Asia Pacific Journal of Tourism Research 272
- Quader S and Khan SA, 'Organ Trafficking and the Legal Framework in India: A Critical Analysis of the Transplantation of Human Organs and Tissues Act, 1994' [2022] Cardiometry 403
- Recher V and Rubil I, 'More Tourism, More Crime: Evidence from Croatia' (2020) 147 Social indicators research 651
- Routledge P, 'Consuming Goa - Tourist Site as Dispensable Space' (2000) 35 Economic and Political Weekly 2647
- Rovira-Esteva S, Franco Aixelá J and Olalla-Soler C, 'Citation Patterns in Translation Studies: A Format-Dependent Bibliometric Analysis' (2019) 11 The International Journal of Translation and Interpreting Research 147
- Ryan C, 'Crime, Violence, Terrorism and Tourism: An Accidental or Intrinsic Relationship?' (1993) 14 Tourism Management 173 <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/026151779390018G>>
- Schroeder A and Pennington-Gray L, 'Perceptions of Crime at the Olympic Games: What Role Does Media, Travel Advisories, and Social Media Play?' (2014) 20 Journal of Vacation Marketing 225
- Scott J and Staines Z, 'Charting the Place of Islands in Criminology: On Isolation, Integration and Insularity' (2021) 25 Theoretical Criminology 578
- Simpson P, Cruz-Milán O and Gressel J, 'Perceived Crime and Violence: Effects on Winter Migrants' (2014) 53 Journal of Travel Research 597
- Small H, 'Co-citation in the Scientific Literature: A New Measure of the Relationship between Two Documents' (1973) 24 Journal of the American Society for Information Science 265
- Smith O and Raymen T, 'Deviant Leisure: A Criminological Perspective' (2018) 22 Theoretical criminology 63
- Tang CF, 'An Exploration of Dynamic Relationship between Tourist Arrivals, Inflation, Unemployment and Crime Rates in Malaysia' (2011) 38 International journal of social economics 50
- Tanielian AR and Brooks-Green T, 'Cultural Change as a Long-Term Solution for Human Trafficking' (2018) 6 International journal of human rights and constitutional studies 51
- Thomas TK and Mura P, 'The 'Normality of Unsafety'- Foreign Solo Female Travellers in India' (2019) 44 Tourism Recreation Research 33
- Thomson R and Samuels-Jones T, 'Toxic Colonialism in the Territorial Isles: A Geospatial Analysis of Environmental Crime Across US Territorial Islands 2013-2017' (2022) 66 International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology 470
- Thurmond VA, 'The Point of Triangulation' (2001) 33 Journal of Nursing Scholarship 253 <<https://sigmapubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1547-5069.2001.00253.x>> accessed 1 April 2024
- Tran B, 'Triangulation in Organizational Research: Validating Knowledge in Human Competence at Work' in Amandeep Takhar-Lail and Ali Ghorbani (eds), *Market Research Methodologies: Multi-Method and Qualitative Approaches* (IGI Global 2015)
- , 'The Nature of Research Methodologies: Terms and Usage within Quantitative, Qualitative, and Mixed Methods' in Mette Lise Baran and Janice Elisabeth Jones (eds), *Advances in Knowledge Acquisition, Transfer, and Management* (IGI Global 2016)
- Tricco AC and others, 'PRISMA Extension for Scoping Reviews (PRISMA-ScR): Checklist and Explanation' (2018) 169 Annals of Internal Medicine 467
- Tynon JF and Chavez DJ, 'Crime in National Forests: A Call for Research' (2006) 104 Journal of Forestry 154

- Vakhitova ZI and others, 'Tourism and Crime: An Exploratory Study of Burglary from Tourist Accommodation from the Criminal Opportunity Perspective' (2023) 69 *Crime & Delinquency* 2164
- van Eck NJ and Waltman L, 'Software Survey: VOSviewer, a Computer Program for Bibliometric Mapping' (2010) 84 *Scientometrics* 523
- van Holm EJ and Monaghan J, 'The Relationship of Airbnb to Neighborhood Calls for Service in Three Cities' (2021) 116 *Cities*
- Van Hoof W and Pennings G, 'Extraterritoriality for Cross-Border Reproductive Care: Should States Act against Citizens Travelling Abroad for Illegal Infertility Treatment?' (2011) 23 *Reproductive Biomedicine Online* 546
- Van Raan A, 'Scientometrics: State-of-the-Art' (1997) 38 *Scientometrics* 205 <<https://doi.org/10.1007/BF02461131>>
- , 'The Use of Bibliometric Analysis in Research Performance Assessment and Monitoring of Interdisciplinary Scientific Developments' (2003) 12 *TATuP-Journal for Technology Assessment in Theory and Practice* 20
- Venditto J and Mouzos J, 'The Murder of Overseas Visitors in Australia' [2006] *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*
- Wahab A, "'The Darker the Fruit'? Homonationalism, Racialized Homophobia, and Neoliberal Tourism in the St Lucian-US Contact Zone' (2021) 23 *International Feminist Journal of Politics* 80
- Wallace WC, 'Tourism and Crime in a Small Island Tourist Destination: The Case of Tobago' (2009) 14 *Caribbean Journal of Criminology and Public Safety* 186
- Wallace WC, 'Policing Tourism: Findings From an Evaluation of a Tourism-Oriented Policing Training Program in the Caribbean' (2020) 9 *International Journal for Crime Justice and Social Democracy*
- Walmsley DJ, Boskovic RM and Pigram JJ, 'Tourism and Crime: An Australian Perspective' (1983) 15 *Journal of Leisure Research* 136
- Wilson JM, 'Riverboat Gambling and Crime in Indiana: An Empirical Investigation' (2001) 47 *Crime & delinquency* 610
- Xu YH, Pennington-Gray L and Kim J, 'Spatial Effect of Crime on Peer-to-Peer Lodging Performance' (2022) 61 *Journal of Travel Research* 855
- Zhang J and Xiang GP, 'Revisiting the Relationship Between Tourism and Crime Based on a Dynamic Spatial Durbin Model' (2022) 68 *Crime & Delinquency* 2146

HOW CITE THIS ARTICLE

Baş E, Bayraktaroğlu E, "Crime in Tourism: A Systematic Literature Review and Bibliometric Analysis" 2024) 12 (2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 247.