

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**HAZIRLIK HAREKETLERİNİN
CEZALANDIRILMASI**

DOKTORA TEZİ

Onur Kemal KERMAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

Mart 2024

ÖNSÖZ

Danışmanlığımı üstlenen, çalışmalarım da her zaman yol gösteren ve destek olan değerli hocam Prof. Dr. Ümit Kocasakal'a; tezimi okuyup değerlendiren, bilmediğim yeni kaynaklara ulaşmamı sağlayan, çalışmayı nihayete erdirmek konusunda beni cesaretlendiren değerli hocam Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu'na; bilimsel ve insani yönüyle bana her zaman yardımcı olan ve çalışmalarımı destekleyen değerli hocam Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin'e; tez savunmamda yer alan, değerli görüşleriyle katkıda bulunan hocam Prof. Dr. Pınar Kartal'a; tezimi okuyup değerlendiren, tezin biçimi ve içeriği hakkında önemli fikirler veren Dr. Öğr. Üyesi Güner Hande Ulutürk'e çok teşekkür ederim.

Yıllar içerisinde kişisel sebeplerle kesilen bu mütevazı çalışmanın yeniden başlayıp bitirilmesi, üniversite yıllarında derslerini büyük bir dikkatle takip ettiğim, ceza hukukunu bana sevdiren ve tezimin de ilk danışmanı olan değerli büyüğüm ve hocam Prof. Dr. Köksal Bayraktar sayesinde olmuştur, kendisine en derin şükranlarımı sunarım.

Bir dönem asistanlığını yapma şansına sahip olduğum, tezime yönelik İtalya'da çalışmalar yapmamı sağlayan, ceza hukukunun özünü kendisinden öğrendiğim hocam Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'ın adını da anmadan olmaz, ruhu şad olsun.

Bu tezin yazım sürecinde yaşadığım zorluklarda beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan, tezimi okuyup düzeltmelerini yapan Dr. Öğr. Üyesi Pınar Çağlı'ya, yine tezime ilişkin düzeltmeleri yapan değerli kardeşim Dr. Öğr. Üyesi Barış Kara'ya, tüm doktora süreci boyunca her ihtiyaç duyduğumda çekinmeden arayabildiğim değerli Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sinan Altunç'a ve tezin tesliminde yardım ve destekleri için Arş. Gör. Baki Köse'ye teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak her koşulda yanımda olan, manevi ve maddi desteğini hiçbir zaman esirgemeyen başta sevgili annem ve babam olmak üzere, tüm aileme ne kadar teşekkür etsem azdır, onların güveni ve desteği olmasa bu çalışmayı yapmak mümkün olmazdı.

Onur Kemal Kerman, İstanbul, Mart 2024.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ	vii
ABSTRACT	x
ÖZET	xiv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: CEZA HUKUKU KORUMASININ ÖNE ALINMASI VE SUÇ SİYASETİNE YÖN VEREN BİR İLKE OLARAK İHLAL EDİCİLİK.....	5
I. Ceza Hukuku Korumasının Öne Alınması ve Ceza Müdahalesinin Hazırlık Hareketlerine Kadar Gerilemesi.....	5
A. Ceza Hukuku Korumasının Öne Alınmasının Sebepleri	5
B. Ön Alanın Belirlenmesi ve Hazırlık Hareketlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi	10
C. Fiil Ceza Hukuku ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması.....	14
1. Fiil Ceza Hukuku Kavramı.....	14
2. Fiil Ceza Hukuku ve Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Olarak Cezalandırılması Arasındaki Uyumsuzluk	24
II. Suç Siyasetine Yön Veren Bir İlke Olarak İhlal Edicilik.....	28
A. Genel Olarak.....	28
B. İhlalsiz Suç Olmaz (<i>Nullum Crimen Sine Iniuria</i>).....	32
C. İhlalin ve Suçun Hukuki Konusu: Hukuksal Değerler.....	35
1. Genel Olarak.....	35
2. Anayasal Hukuksal Değer Teorisi ve Günümüzde Ele Alınışı	37
a. Hukuksal Değer Kavramının Kısa Tarihsel Gelişimi.....	37
b. Anayasal Hukuksal Değer Teorisi.....	42
D. İhlal Edicilik İlkesinin Temelleri	47
1. Biçimsel-Maddi Suç Anlayışı.....	47
a. Biçimsel Suç Anlayışı ve Biçimsel Kanunilik İlkesi	47
b. Maddi Suç Anlayışı ve Maddi Kanunilik İlkesi (Öze İlişkin Kanunilik).....	48

c. Biçimsel-Maddi Suç Anlayışı.....	53
2. İlkenin Türk ve İtalyan Anayasalarındaki Temelleri.....	58
3. İlkenin Normatif Dayanakları.....	61
E. İhlal Edicilik İlkesinin Mutlak-Görece Değeri.....	68
F. İhlal Edicilik İlkesi Çerçevesinde Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Olarak Cezalandırılması	70
İKİNCİ BÖLÜM: HAZIRLIK HAREKETLERİNİN BAĞIMSIZ BİRER SUÇ TİPİ OLARAK DÜZENLENMESİ.....	74
I. Hazırlık Hareketi Kavramı	74
A. Biçimsel Anlamda Hazırlık Hareketleri	74
1. Hazırlık Hareketlerinin Biçimsel Görünüşü	74
2. Hazırlık Hareketlerinin Suç Yolundaki Konumu	77
3. Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmamasının Sebepleri.....	80
a. Genel Olarak	80
b. Suça Teşebbüsün Cezalandırılması Sorunu ve Teşebbüsün Cezalandırılma Sebeplerini Açıklayan Görüşler	82
ba. Suça Teşebbüsün Hukuki Niteliği ve Cezalandırılması Sorunu	82
bb. Sübjektif Teori	84
bc. Objektif Teori.....	89
bd. Karma Teoriler.....	90
4. Değerlendirme	92
a. Suça Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebi Hakkındaki Görüşümüz.....	92
b. Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmamasının Sebepleri ve Bağımsız Suç Tipleri Halinde İstisnai Olarak Cezalandırılması Hakkında Değerlendirmeler	95
ba. Tehlikesizlik Görüşü (Objektif Tehlike Teorisi).....	95
bb. İradenin Zayıflığı Görüşü (Sübjektif Teori)	98
c. Gönüllü Vazgeçme ve Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmaması	100
B. Maddi Anlamda Hazırlık Hareketleri	103
1. Kavram	103
2. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Suç Tiplerinin Sınıflandırılması	106
II. Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Birer Suç Olarak Düzenlenmesinin Sebepleri	112
A. Hazırlık Hareketlerini Bağımsız Olarak Cezalandıran Suç Tiplerinin Suçu Önleyici Etkisi	112
B. Birincil Derecede Önem Taşıyan Hukuksal Değerlerin Korunması Amacı	116
1. Genel Olarak.....	116

2. Silahlı Örgüt ve Suç için Anlaşma Suçları	117
3. Parada Sahteciliğin Hazırlık Hareketleri	120
4. Çocuğu İstismara Hazırlama Suçu (“ <i>Child-Grooming</i> ”, “ <i>Adescamento di Minorenni</i> ”).....	122
5. Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK md. 245/A)	127
C. Örgütlü Suçlulukla Mücadele	132
III. Ceza Hukukunun Önleyici Karakterinin ve Cezalandırılan Hazırlık Hareketlerinin Ortaya Koyduğu Sorunlar	142
A. Genel Olarak	142
B. Risk Ceza Hukuku	146
C. Düşman Ceza Hukuku	148
D. Değerlendirme	154
IV. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Suç Tiplerinin Anayasaya Uygunluğu ve Hazırlık Hareketlerinin İstisnai Olarak Cezalandırılmasında Uyulması Gereken Koşullar.....	156
A. Genel Olarak	156
B. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Düzenlemelerin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesinde Uygulanması Önerilen Ölçütler	163
1. Korunan Hukuksal Değerin Birincil Derecede Önem Taşınması ve Vazgeçilemez Nitelikte Olması	163
2. Hazırlık Hareketini Suç Olarak Düzenleyen Normun Hukuksal Değerin Korunması Amacına Uygun Olması.....	166
3. Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılmasının Son Çare (<i>Ultima Ratio</i>) Olması	172
4. Cezalandırmadan Elde Edilecek Fayda ile Cezalandırma ve Sonuçları Arasında bir Orantı Olması	174
5. Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri ile Öngörülen Yaptırım Arasındaki Orantı	175
SONUÇ	178
KAYNAKÇA	186

KISALTMALAR

Art.: Articolo (Madde)

AÜHF: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AYMK: Anayasa Mahkemesi Kararı

Bkz.: bakınız

CK.: Ceza Kanunu

Corso...: Corso di Diritto Penale

Corte Cost.: Corte Costituzionale

Çev.: Çeviren

E.: Esas

Ed.: Editore

İt. CK.: İtalyan Ceza Kanunu

K.: Karar

K.T.: Karar tarihi

Manuale...: Manuale di Diritto Penale

Md.: Madde

No.: Numara

PG: Parte Generale

Riv. It. Dir. Proc. Pen.: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

s.: sayfa

SSCB: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği

TCK.: Türk Ceza Kanunu

TMK.: Terörle Mücadele Kanunu

TCHD: Türk Ceza Hukuku Derneği

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

RÉSUMÉ

Le sujet de notre thèse concerne, l’incrimination des actes préparatoires comme délit autonome dans le droit pénal. La répression des actes préparatoires d’une manière autonome, peut causer des contradictions avec de nombreux principes du droit pénal et peut provoquer la non-conformité ou l’incompatibilité avec les principes constitutionnels.

Notre thèse se compose de deux parties principales. Dans la première partie de notre recherche, tout d'abord, on analyse, l'anticipation de la protection pénale jusqu'aux actes préparatoires et l'incohérence que crée cette situation exceptionnelle avec le droit pénal classique. Ensuite, on va examiner le principe de préjudice nécessaire (*principio di offensività*), qui guide la politique criminelle et joue un rôle clé dans l'élargissement de l'intervention du droit pénal. Afin de protéger efficacement les biens juridiques, il ne suffit pas au droit pénal de seulement punir les actes qui nuisent le bien juridique. Alors, le droit pénal ne possède pas seulement un aspect répressif et punitif. Pour la protection des biens juridiques de rang primaire et pour la prévention des conséquences irréversibles, le droit pénal assume également un rôle préventif. Cette situation conduit donc à l'élargissement et à l'anticipation de la protection pénale. Dans ce cadre, il faut déterminer jusqu'à quel seuil le bien juridique sera protégé et les limites de l'anticipation de l'intervention du droit pénal. Dans le but de répondre à ces problèmes, le principe de préjudice nécessaire (il *principio di offensività*) devient un paramètre important.

Le conflit entre les préoccupations de sécurité et les tendances libertaires caractérise, grosso modo, l'histoire du droit pénal. Les développements sociaux pendant le XXe siècle, la prolifération de la criminalité organisée, la globalisation des activités terroristes, ainsi que les changements technologiques et économiques ont entraîné la transformation du droit pénal. Ces changements sociaux, économiques et technologiques ont influencé et modifié le caractère du droit pénal. Par conséquent, on constate une prédominance croissante des politiques criminelles fondées sur la sécurité.

Cependant, l'augmentation des dangers et des risques dans la société moderne a poussé les législateurs à anticiper le champ d'application du droit pénal. En conséquence, il a été noté que le champ d'intervention du droit pénal s'élargissait, conférant au droit pénal un caractère préventif. Cette nouvelle caractéristique du droit pénal entraîne également des problèmes et peut conduire à des pratiques autoritaires qui limitent les droits fondamentaux et les libertés. Pour cette raison, il est essentiel de respecter les principes constitutionnels lors de l'avancement de la répression, en appliquant strictement les principes de légalité et de certitude.

On a avancé l'argument que la répression indépendante des actes préparatoires crée un conflit avec les principes du droit pénal classique fondé sur la notion de préjudice. Selon la compréhension traditionnelle du droit pénal issue de la pensée des Lumières, pour qu'une sanction pénale puisse être appliquée, il doit exister un acte commis par l'auteur qui constitue une violation concrète d'un bien juridique. Cette violation concrète se manifeste généralement par une atteinte au bien juridique, soit en causant un préjudice, soit en créant une menace tangible.

La répression des actes préparatoires représente une approche totalement différente. Dans ce cadre, l'objectif est d'empêcher l'auteur de nuire à une valeur juridique en mettant fin à son intention de causer un préjudice. Cette technique de répression préventive garantit une protection efficace des biens juridiques, mais comporte également de grands risques en ce qui concerne les droits fondamentaux de l'homme. Il convient de noter que cette approche est en contradiction avec la compréhension du droit pénal basée sur l'acte et crée un conflit avec le droit pénal substantiel. Selon la conception du droit pénal basé sur l'acte, le droit pénal réagit aux actes commis qui nuisent les biens juridiques. Alors le droit pénal fondé sur l'acte (*diritto penale del fatto*), a un caractère totalement réactif. Il est essentiel de se rappeler que cette approche constitue l'antithèse du droit pénal basé sur la volonté, qui réprime uniquement l'intention de l'auteur. Par conséquent, il ne faut pas négliger le risque que la répression avancée des actes préparatoires puisse transformer le droit pénal en un droit de la police et conduire à des pratiques autoritaires, s'éloignant ainsi de sa caractéristique humaniste et libertaire.

Dans la deuxième partie de notre thèse, on examine la notion d'acte préparatoire. La notion d'acte préparatoire a deux aspects essentiels, le premier étant de nature formelle et apparaît dans la distinction entre la phase de préparation et la phase d'exécution concernant chaque type d'infraction. *Iter criminis* se compose de quatre étapes : la phase de réflexion et de décision, le commencement d'exécution, le moment de la réalisation et le moment de l'épuisement. La première étape est la phase de réflexion, suivie par la transformation de cette réflexion en une décision. Selon la conception moderne du droit pénal, un crime peut découler d'une action matérielle concrète reflétée dans le monde extérieur, dérivant de l'individu. Donc, la phase de réflexion est hors de la portée du droit pénal.

La notion d'acte préparatoire qui est important pour notre domaine de recherche est lié à l'essence du crime et dépend de la relation entre le bien juridique protégée et chaque type d'infraction. Dans certains cas, le législateur peut pénaliser certains comportements en tant qu'infractions autonomes dans la loi, bien qu'ils ne portent pas directement atteinte au bien juridique protégé. Mais ces comportements ont une qualité intermédiaires pour des comportements futurs qui seront commis par le même ou d'autres auteurs. Ces comportements sont des actes préparatoires punissables et sont codifiés par des infractions indépendantes qui ont un caractère instrumental par rapport aux crimes principales. Certains auteurs utilisent également les termes; "l'infraction qui entraîne un danger indirecte" (*pericolo indiretto*) ou "des délits d'obstacle" (*reato ostativo*) pour décrire ces infractions autonomes; c'est à dire, les actes préparatoires punissables, réglementées dans le code pénal comme délits autonomes. Malgré le fait que ces actes préparatoires ont un caractère équivoque, ils sont codifiés en tant qu'infractions indépendantes parce qu'ils constituent une condition préalable favorable pour empêcher la réalisation des crimes principales.

Dans la deuxième partie de notre thèse, on analyse les raisons de l'anticipation de la protection pénale et aussi on évalue le concept de droit pénal de l'ennemi. En bref, même dans les pays démocratiques libéraux, il est observé que des mesures autoritaires et répressives sont prises dans le domaine du droit pénal pour répondre aux préoccupations de sécurité. Dans ce contexte, la notion de "droit pénal de l'ennemi", qui a causé de grandes catastrophes tout au long de l'histoire de l'humanité, a commencé à être utilisé de nouveau. En bref, le droit pénal de l'ennemi désigne une conception du droit pénal qui accorde plus d'importance au délinquant qui montre des

caractéristiques de danger plutôt qu'à l'acte, et considère la sanction non pas comme une mesure proportionnée, mais comme un moyen d'éliminer le délinquant. Selon cette conception, le droit pénal est utilisé par l'État pour éliminer les individus qu'il considère comme dangereux pour son idéologie en les punissant à l'aide de certains types d'infractions et de techniques. Cette approche conduit à placer excessivement en avant la protection pénale pour atteindre ces objectifs.

Enfin, dans la deuxième partie de notre thèse, nous abordons également la question de la compatibilité des dispositions sanctionnant les actes préparatoires avec les principes de la Constitution. A cet égard, dans la doctrine pénale, il existe un test analytique composé de cinq étapes pour vérifier la légitimité des dispositions sanctionnant les actes préparatoires. Dans le cadre de ce test, dans un premier temps, en vertu du principe de proportionnalité, pour qu'une disposition sanctionnant les actes préparatoires puisse être acceptée dans le droit pénal, le bien juridique protégé dans la norme pénale doit avoir une importance élevée. De cette manière, à mesure que l'importance du bien juridique protégée augmente, il est possible de reculer la protection pénale jusqu'aux actes préparatoires. Cependant, il est également affirmé que l'importance élevée du bien juridique protégé ne suffit pas en soi, mais qu'il doit également être indispensable pour l'existence de la société et l'intégrité des institutions démocratiques protégées par la Constitution. Deuxièmement, toujours dans le cadre du principe de proportionnalité, une fois qu'il a été déterminé que la norme sanctionnant les actes préparatoires poursuit l'objectif de protéger une valeur juridique de rang primaire, il est nécessaire d'examiner si cette norme est appropriée pour réaliser cet objectif. Troisièmement, pour qu'un type de délit sanctionnant les actes préparatoires soit conforme à la Constitution, la peine prévue pour le délit de préparation doit être *ultima ratio*. Quatrièmement, il doit y avoir une proportionnalité entre la peine et les conséquences de la sanction, ainsi qu'un équilibre entre les limitations des libertés individuelles et la protection de la valeur juridique protégée. Cinquièmement et enfin, il est souligné que la gravité de l'acte prévu dans le délit de préparation doit être proportionnelle à la sanction prévue dans la norme. Il serait disproportionné de prévoir la même peine pour des violations de degrés différents à l'égard de la même valeur juridique. Par conséquent, le législateur doit prévoir des sanctions plus légères pour les actes de préparation par rapport à la phase d'exécution. Tous ces critères sont importants, mais à notre avis, l'élément le plus important est que le juge examine si l'acte concret est approprié à porter atteinte au bien juridique protégé dans la norme pénale dans chaque cas.

ABSTRACT

The subject matter of this thesis is the emplacement within criminal law of types of crimes that punish preparatory acts independently. In this context, the thesis will discuss whether such regulations, which contradict or are seemingly incompatible with various principles of criminal law have a legitimate standing international law and explore the criteria to be followed when preparatory acts are to be punished in exceptional circumstances.

The thesis consists of two chapters. The first chapter of the research will deal with, primarily, the expansion of the protection of criminal law toward preparatory acts and the incompatibility of this exceptional situation with the act-based (objective) criminal law. Subsequently, the examination will focus on the offence principle which directs criminal policies and functions as a lynchpin in the expansion of the area protected by criminal law. In today's world, punishing merely the infringement of the legal goods and, thus criminal law to be merely repressive and punitive, is not sufficient for the effective protection of these legal goods. In order to protect legal goods that carry a primary and indispensable value and to prevent irreversible consequences, criminal law should also assume a preventive function. This inevitably results in the expansion of the area of punishable acts/offences. In this context, issues arise as to how far the legal goods is to be protected and to which degree or level could the protection of criminal law can be extended. In order to respond to these problems, the offence principle emerges as a key parameter. The second chapter of the thesis address the concept of preparatory acts, the grounds for refraining from punishment of preparatory acts as a general rule and the criteria to be followed in the exceptional situations where preparatory acts are punished.

The history of criminal law is constituted of the conflict between crime and punishment policies adopted due to security concerns, and libertarian tendencies. The developments in the society in the XX. century, the increase in organized crime, the internationalization of terrorist activities, the evolution in technology and economics have resulted in the transformation of criminal law. Within the framework of this transformation and alteration, criminal law began to be identified with new definitions such as hostile criminal law, risk based criminal law etc. and it has been observed that security-oriented criminal policies have become increasingly dominant. With that being said, the increase in risks and dangers experienced in modern societies have prompted the legislators to expand the area of protection offered by criminal law. In this respect, it must be noted that the intervention of criminal law has extended, and criminal law has gained a preventive character. However, this newfound character of criminal law brings forth various problems and authoritarian practices aimed at limiting fundamental rights and freedoms. For these reasons, adhering to constitutional principles and a strict application of the principles of legality and certainty is crucial in the expansion of punishment toward preparatory acts.

It has been argued that the expansion of the criminal law intervention and punishment of preparatory acts independently pose an incompatibility with the classical system of criminal law based on principle of harm and constitutional norms related to criminal law. It is also argued that the expansion of punishment to preparatory acts creates a contradiction with act-based criminal law. According to the notion of act-based criminal law, criminal law is a reactive branch of law that reacts to offence that has already been conducted and that has infringed legal goods. Pursuant

to the definition of crime originating from the Enlightenment, in order for a sanction to be applied, there must exist an act committed by an offender and this act must present a tangible harm to the legal good. This tangible harm emanates as an infringement or threat to the legal good.

The punishment of preparatory acts, however, is the product of an entirely different understanding. According to this understanding, the offender is prevented from finalizing his intention to violate legal goods. While this preventive punishment technique offers an effective protection of legal goods, it also carries great risks in terms of fundamental rights and freedoms. One should bear in mind that act-based criminal law is the antithesis of offender-based (subjective) criminal law and criminal law based solely on intention. In this context, the risk of criminal law departing from its humanist and libertarian character and leading too authoritarian practices should not be ignored.

Since the punishment of preparatory acts independently is a punishment in the preliminary area, it is necessary to explain the main area protected by criminal law before proceeding into an explanation of this preliminary area. In this respect, any research focusing on the expansion of criminal intervention should tackle with the concept of harm principle and concept of legal goods as the subject of harm principle. Accordingly, the first chapter of the thesis will address the offence principle, theory of legal goods and the concept of constitutional legal goods.

A principal topic analyzed in the first chapter is offence principle. Libertarian criminal law is the safeguard of legal goods enshrined in constitutions. The baseline for the legislator when prescribing a crime is legal goods while the concretization of that specific crime in the criminal code is achieved through the offence principle. (no crime without offence, *nullum crimen sine iniuria*) The offence principle has a conceptual and material aspect. The conceptual aspect concerns with the legislative acts. In that sense, when prescribing a new crime, the legislator must regulate it in such a way that it harms or, at the very least, infringes one or more legal goods in the constitution. The constitutional basis of the harm principle stems from the rule of law. In the course of this thesis, the constitutional and legal foundations of the harm principle are discussed in a comparative approach with Italian law. In addition, the types of crimes that independently punish preparatory acts are evaluated within the framework of the harm principle.

The second chapter of this thesis deals with the concept of preparatory acts. The concept of preparatory acts has two aspects. The first aspect is of procedural nature and becomes apparent in the distinction between the preparatory phase and the execution phase of each type of crime. The criminal path (*iter criminis*) consists of four stages: the stage of thought and decision, the stage of preparation and execution, the moment of completion and the moment of exhaustion. The stage of thought and decision is the first step in the criminal path, then this thought matures and becomes a decision to commit a crime. According to the modern understanding of criminal law, a crime can only come into existence from an act committed by a human being that is reflected in the outside world. Resorting to punishment without a concrete act reflected in the outside world leads to a criminal law system that suppresses freedoms and the emergence of a police state. An approach that takes only the thoughts and intentions of individuals as the foundation of punishment and punishes individuals not for the acts they commit but for their personal characteristics is incompatible with act-based

criminal law. The internal behaviors of the individual fall outside the sphere of interest and analysis of criminal law. Criminal law concerns with the acts that take place in the outside world and have a material character. In this respect, the stage of thought is outside the sphere of intervention of criminal law.

The concept of preparatory acts, which is pivotal for our research topic, is related to the essence of the crime and dependent on the interconnection between the protected legal goods and the individual type of crime. In some cases, the legislator may prescribe as independent crimes the acts that do not directly violate legal goods but are the means for the future acts of the same offender or other offenders. These acts play a functional role for the objective crimes that will directly harm the legal goods protected by law. Indeed, these are preparatory acts that are instrumental for the future criminal offences that will infringe the legal goods. Some authors define preparatory acts that are independently punished as “crimes involving indirect danger” (*pericolo indiretto*) or “prevention crimes” (*reato ostativo, délit obstacle*). These independent types of crimes are positioned in an area far removed from legal goods and are aimed at preventing acts that will result in danger or harm. These preparatory acts are prescribed as independent type of crimes since they are an appropriate prerequisite that prevents the commission of the main crime although they actually precede even the punishable attempts.

The second chapter of this thesis explains the legal grounds for the expansion of criminal intervention and the concept of hostile criminal law. To put it briefly, even in states with liberal democratic systems, authoritarian and repressive measures in criminal law are utilized in order to accommodate security concerns. In this context, the concept of hostile criminal law, which caused great destruction in human history, has started to be put back in use. In short, hostile criminal law refers to an understanding of criminal law that attaches more weight to the dangerousness of the offender rather than the act and perceives punishment not as a proportionate response but as a means to eliminate the perpetrator. According to this understanding, criminal law is utilized as a tool in order to eliminate individuals who are perceived by the state as enemies. In hostile criminal law systems, the state expands the intervention of criminal law by utilizing certain techniques and types of crimes in order to punish those who are considered dangerous for its ideology. In this framework, actions that are not appropriate to harm the legal goods, and in this respect, the preparatory acts, are also punished in an excessive manner.

The second chapter of the thesis, lastly, deals with the constitutional compatibility of the provisions penalizing preparatory acts. In this context, it is suggested that provisions penalizing preparatory acts should be subjected to a five-step test in order to be legitimately included in the criminal law order.

In this respect, firstly, it has been argued that pursuant to the principle of proportionality, the expansion of criminal protection toward the stage of preparatory acts, the legal good protected should be of utmost importance. Accordingly, as the importance of the legal goods protected in the norm increases, the intervention of criminal law can be expanded further. However, it is also suggested that the importance of the protected legal good alone is not sufficient; it should also be indispensable for the perpetuity of the society and the integrity of the democratic institutions protected in the constitution. Secondly and also pursuant to the principle of proportionality, once it is determined that the norm penalizing preparatory acts is

aimed at protecting legal goods with highest importance, it should also be examined whether the norm is appropriate to achieve this objective. Thirdly, in order for a norm penalizing preparatory acts to be in accordance with the constitution, the punishment enshrined in the preparatory offence should be the last resort. Fourthly, the punishment and its consequences should be proportional to the benefit too be obtained from the punishment. In other words, a balance must be sought between the limitations on fundamental freedoms resulting from the punishment of preparatory acts and the protected legal goods. Fifth and finally, it is stated that there should be a proportion between the gravity of the act involved in the preparatory offence and the criminal sanction stipulated in the norm. Prescribing the same penalty for differing degrees of harm to the legal value would be disproportionate. Thus, the legislator should prescribe more lenient preparatory acts compared to the execution phase. Although all these criteria are important; in our opinion, it is of vital importance that the judge examines whether the act in question is appropriate and capable of violating the protected legal good in each specific case.



ÖZET

Tez çalışmamızın konusu, hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız suç tiplerinin ceza hukuku içerisindeki yeridir. Bu çerçevede, ceza hukukunun birçok ilkesi ile çelişen veya görünüşte bir uyumsuzluk yaratan bu düzenlemelerin ceza hukukunda meşru bir yere sahip olup olmadığı tartışılmakta ve istisnai olarak cezalandırılmalarında uyulması önerilen koşullar incelenmektedir.

Tez çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Araştırmamızın ilk bölümünde öncelikle, ceza hukukunun koruma alanının hazırlık hareketlerine kadar çekilmesi ve bu istisnai durumun fiil ceza hukuku ile yarattığı uyumsuzluk ele alınmaktadır. Daha sonra, suç siyasetini yönlendiren ve ceza hukukunun koruduğu alanın öne alınmasında bir kilit görevi gören ihlal edicilik ilkesi incelenecektir. Günümüzde hukuksal değerlerin etkin bir biçimde korunması için sadece hukuksal değer maruz kaldığı zararın cezalandırılması, bu itibarla ceza hukukunun sadece baskıcı, tenkil edici bir özellikte olması yeterli olmamaktadır. Birincil ve vazgeçilmez nitelikte hukuksal değerlerin korunması, geri dönülemez sonuçların engellenmesi için ceza hukukunun önleyici bir işlev de üstlenmesi gerekmektedir. Bu durum da cezalandırma alanının öne çekilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu çerçevede korunan hukuksal değer hangi sınıra, eşiğe kadar korunacağı, cezai korumanın hangi basamağa, dereceye kadar öne kaydırılacağı sorunu ortaya çıkar. İşte bu sorunun çözümünde ihlal edicilik ilkesi önemli bir parametre olmaktadır. Tez çalışmamızın ikinci bölümünde ise, hazırlık hareketi kavramı, kural olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının sebepleri ve bu hareketlerin istisnai olarak cezalandırılmasında uyulması gereken ölçütler ele alınmaktadır.

Ceza hukukunun tarihçesi, güvenlik endişeleri dolayısıyla uygulanan suç ve ceza politikaları ile özgürlükçü eğilimler arasındaki çekişmeden oluşmaktadır. Özellikle XX. yüzyılda toplumsal alanda yaşanan gelişmeler, örgütlü suçluluğun artması, terörist faaliyetlerin uluslararası bir boyuta ulaşması, teknolojik ve ekonomik alandaki değişimler bir üst yapı kurumu olan ceza hukukunun da âdeta bir dönüşüm geçirmesine sebep olmuştur. Bu dönüşüm ve değişim çerçevesinde ceza hukuku; düşman ceza hukuku, mücadele ceza hukuku, tehlikelilik ceza hukuku gibi yeni sıfatlarla tanımlanmaya başlanmış ve güvenlikçi suç politikalarının ceza hukukuna giderek egemen olduğu gözlemlenmiştir. Bununla birlikte, modern toplumda yaşanan tehlikelerin ve risklerin artması, kanun koyucuları ceza hukukunun koruma alanını geriye almaya itmiştir. Bu itibarla ceza hukukunun müdahale alanının genişlediği, ceza hukukunun suçu önleyici bir nitelik kazandığı belirtilmelidir. Ancak ceza hukukunun bu yeni karakteri, birtakım sorunları ve temel hak ve özgürlükleri kısıtlayabilecek otoriter uygulamaları da beraberinde getirmektedir. Bu sebeplerle, cezalandırmanın ön alana taşınmasında anayasal ilkelere bağlı kalmak, kanunilik ve belirlilik ilkelerini daha sıkı bir biçimde uygulamak gerekmektedir.

Ceza hukukunun koruma alanının öne alınmasının ve hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılmasının, zarar esası üzerine kurulu klasik ceza hukuku ve ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelerle bir uyumsuzluk yarattığı ileri sürülmüştür. Bununla birlikte cezalandırmanın hazırlık hareketleri ile geriye alınmasının fiil ceza hukuku ile bir çatışma yarattığı da belirtilmiştir. Fiil ceza hukuku anlayışına göre, ceza hukuku; icra edilmiş ve hukuksal değeri ihlal eden fiillere tepki gösteren, reaktif bir hukuk dalıdır. Aydınlanma düşüncesinden kaynaklanan suç tanımına göre; bir ceza yaptırımının söz konusu olabilmesi için, fail tarafından işlenmiş bir fiil bulunmalı ve

bu fiil hukuksal değer için somut bir ihlal edicilik göstermelidir. Bu somut ihlal edicilik de hukuksal değerın zarara uğratılması veya somut tehlikeye sokulması şeklinde ortaya çıkar.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ise, tamamen farklı bir anlayışın ürünüdür. Bu anlayış çerçevesinde, failin bir hukuksal değere zarar verme maksadını sonlandırması önlenmektedir. Bu önleyici cezalandırma tekniği, hukuksal değerlerin çok etkin bir şekilde korunmasını sağlarken temel hak ve özgürlükler açısından büyük riskler de taşımaktadır. Fiil ceza hukuku anlayışının fail ceza hukuku ve sadece iradeye dayalı ceza hukuku anlayışının antitezi olduğu açıktır. Bu kapsamda, ceza hukukunun müdahalesi hazırlık aşamasına kadar çekilirken, ceza hukukunun hümanist ve özgürlükçü karakterinden uzaklaşıp bir polis hukukuna dönüşmesi ve otoriter uygulamalara yol açması riski göz ardı edilmemelidir.

Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması bir ön alan cezalandırması olduğundan, bu ön alanın özellikleri açıklanmadan önce ceza hukukunun koruduğu esas alanın ne olduğunu açıklamak gerekir. Bu itibarla, cezalandırmanın öne çekilmesini inceleyen her araştırma mutlaka ihlal edicilik ve ihlal ediciliğin konusunu oluşturan hukuksal değer kavramı üzerinde durmak zorundadır. Bu çerçevede tezimizin ilk bölümünde ihlal edicilik ilkesi, hukuksal değer teorisi ve anayasal hukuksal değer kavramı ele alınmaktadır.

Birinci bölüm içerisinde incelenen önemli bir başlık, ihlal edicilik ilkesidir. Özgürlükçü ceza hukuku anayasalarda yer alan hukuki varlıkların koruyucusudur. Kanun koyucu suç yaratırken dayanak noktası hukuksal değerler olmaktadır, o suç tipinin kanunda somutlaşması ise ihlal edicilik ilkesi sayesinde olur (ihlalsiz suç olmaz, nullum crimen sine iniuria). İhlal edicilik ilkesinin bir soyut bir de somut anlamı vardır. İlkenin soyut anlamı yasalastırma faaliyetini ilgilendirir. Buna göre kanun koyucu bir suç tipini ortaya koyarken, anayasadaki bir veya birkaç hukuksal değeri zarara uğratacak veya en azından tehlikeye sokacak şekilde düzenlemelidir. İhlal edicilik ilkesinin anayasal dayanağı hukuk devleti ilkesinden kaynaklanır. Tez çalışmamız içinde bu ilkenin anayasal ve yasal dayanakları İtalyan hukuku ile karşılaştırmalı bir biçimde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suç tipleri, ihlal edicilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Tezimizin ikinci bölümünde hazırlık hareketi kavramı ele alınmaktadır. Hazırlık hareketi kavramının iki görünüşü vardır, bunlardan ilki biçimsel niteliktedir ve her bir suç tipinde icra aşaması ile hazırlık aşamasının ayırımında ortaya çıkar. Suç yolu (iter criminis); düşünce ve karar aşaması, hazırlık ve icra aşaması, tamamlanma anı ve tükenme anı olmak üzere dört aşamadan oluşmaktadır. Suç yolundaki ilk aşama düşünce aşamasıdır, daha sonra bu düşünce failin zihninde olgunlaşarak suç işleme kararına dönüşür. Modern ceza hukuku anlayışına göre suç ancak dış dünyaya yansımış, kaynağını insandan alan bir fiilden kaynaklanabilir. Dış dünyaya yansımış somut bir fiil olmadan cezalandırmaya başvurmak, özgürlükleri yok eden bir ceza hukukuna ve polis devletinin ortaya çıkmasına sebep olur. Sadece bireylerin niyetlerini, düşüncelerini esas alan, bireyleri icra ettikleri fiiller için değil, kişisel özelliklerini göz önünde bulundurarak cezalandıran bir anlayış, fiil ceza hukuku ile bağdaşmaz. Bireyin içsel davranışları ceza hukukunun ilgi ve inceleme alanı dışındadır. Dolayısıyla ceza hukuku, dış dünyada gerçekleşen, maddi karaktere sahip

fiilleri inceler. Bu itibarla düşünce aşaması ceza hukukunun müdahale alanının dışındadır.

Araştırma konumuz açısından önem taşıyan hazırlık hareketi kavramı ise, suçun özüne ilişkindir ve korunan hukuksal değer ile her bir suç tipi arasındaki ilişkiye bağlıdır. Kanun koyucu bazı durumlarda, bir veya birden fazla hukuksal değer için doğrudan ihlal ediciliği olmayan ancak aynı fail veya başka faillerin gelecekte işleyecekleri davranışların aracı olan hareketleri bağımsız suç tipleri olarak kanunda düzenleyebilir. Bu hareketler, kanunda korunan hukuksal değerlere doğrudan zarar verecek olan amaç suçlar için işlevsel bir nitelik arz ederler. İşte bu hareketler, hukuksal değeri zarara uğratacak ve gelecekte işlenecek suçlar için araçsal bir nitelik taşıyan hazırlık hareketleridir. Bazı yazarlar hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak düzenlendiği suç tipleri için dolaylı tehlike suçu (pericolo indiretto) veya önleme suçları (reato ostativo, délit obstacle) terimlerini de kullanmaktadırlar. Bağımsız bu suç tipleri, hukuksal değere uzak bir alana konumlandırılmışlardır ve tehlike veya zarar neticesi yaratacak eylemleri önlemeye yöneliktirler. Hazırlık hareketleri, cezalandırılabilir teşebbüsün de öncesinde yer almalarına ve ikiliğe yol açacak bir nitelikte olmalarına rağmen amaç suçların işlenmesini önleyen elverişli bir ön koşul oldukları için bağımsız suç tipleri olarak düzenlenirler.

Tezimizin ikinci bölümü içerisinde günümüzde hangi gerekçelerle cezai korumanın öne alındığı açıklanmakta ve düşman ceza hukuku kavramı incelenmektedir. Kısaca belirtmek gerekirse, liberal demokratik sisteme sahip ülkelerde bile bugün, güvenlik endişelerinin karşılanması için, ceza hukuku alanında otoriter ve baskıcı önlemlere başvurulduğu görülmektedir. Bu kapsamda insanlık tarihinde büyük yıkımlara yol açan “düşman ceza hukuku” kavramı yeniden kullanılmaya başlamıştır. Düşman ceza hukuku, fiilden ziyade tehlikelilik gösteren faile önem veren, cezalandırmayı ölçülü bir karşılık olarak değil, failin âdeta ortadan kaldırılması için bir vesile olarak algılayan ceza hukuku anlayışını ifade eder. Bu anlayış uyarınca, ceza hukuku devlet tarafından düşman olarak görülen bireyleri bertaraf etmenin bir aracı olarak kullanılır. Düşman ceza hukuku anlayışında, devlet kendi ideolojisi için tehlikeli olduğunu düşündüğü kişileri cezalandırmak için, bazı suç tiplerini ve teknikleri kullanarak cezai korumayı çok öne alır. Bu çerçevede, korunan hukuki değeri ihlale elverişli olmayan hareketlerin ve bu itibarla da hazırlık hareketlerinin de ölçüsüz bir şekilde cezalandırıldığı görülür.

Tezimizin ikinci bölümünde son olarak hazırlık hareketlerini cezalandıran hükümlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusu ele alınmaktadır. Bu kapsamda, hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin ceza hukuku düzeninde meşru bir biçimde yer alabilmesi için beş asamadan oluşan bir teste tabi tutulması önerilmektedir.

Bu çerçevede ilk olarak; orantılılık ilkesi kapsamında, cezai korumanın hazırlık aşamasına kadar çekilebilmesi için korunan hukuki değerlerin önem derecesinin yüksek seviyede olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu itibarla, normda korunan hukuki değerlerin önemi artıktıkça, cezalandırmayı da öne almak mümkün olacaktır. Bununla birlikte korunan hukuki değerlerin sadece yüksek önem derecesine sahip olmasının tek başına yeterli olmayacağı, toplumun varlığı ve anayasada korunan demokratik kurumların bütünlüğü için olmazsa olmaz nitelikte olması gerektiği de savunulmaktadır. İkinci olarak, yine ölçülülük ilkesi çerçevesinde, hazırlık aşamasını cezalandıran normun yüksek önem derecesinde bir hukuki değeri koruma amacıyla

olduğu belirlendikten sonra, normun bu amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı da incelenmelidir. Üçüncü olarak, hazırlık hareketlerini cezalandıran bir suç tipinin anayasa uygun olması için, hazırlık hareketlerini müstakil olarak cezalandıran suç ile öngörölen cezanın son çare olması gerekir. Dördüncü olarak, cezalandırma ve sonuçları ile cezalandırmadan elde edilecek fayda arasında bir orantı olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sonucunda bireysel özgürlükler üzerinde oluşacak kısıtlamalar ile korunan hukuki değeri arasında bir denge aranmalıdır. Beşinci ve son olarak da cezalandırılan hazırlık hareketlerinde yer alan fiilin ağırlığı ile normda öngörölen ceza yaptırımını arasında bir orantı olması gerektiği belirtilmektedir. Bir hukuksal değere yöneltilen farklı derecelerdeki ihlaller için aynı cezayı öngörmek ölçüsüz olacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun hazırlık hareketlerine icra aşamasına nazaran daha düşük cezalar öngörmesi gerekmektedir. Tüm bu ölçütler önemli olmakla beraber, kanaatimizce asıl önemli olan, yargıcın önüne gelen her olayda somut fiilin korunan hukuki değeri ihlale elverişli olup olmadığını araştırmasıdır.



GİRİŞ

“Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması” içeriği çok geniş ve ceza hukukunun birçok farklı ilke ve kurumunu içeren bir çalışma konusudur. Bu itibarla, araştırma konusunun sınırlarını belirlemek açısından, bu inceleme içerisinde temel olarak ceza hukukunda hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipleri halinde düzenlenmesinin ele alındığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığının açıklanması ve farklı ceza hukuku anlayışları çerçevesinde suça teşebbüsün cezalandırılmasının hangi gerekçelere dayandığının belirlenmesi de önem taşımaktadır.

Bu tez çalışması ile öncelikle, hazırlık hareketlerinin müstakil olarak cezalandırılmasının ihlal edicilik, fiil ceza hukuku, cezalandırmanın son çare olması, suçta ve cezada kanunilik gibi ceza hukukunun temel ilkeleri ile uyumlu olup olmadığının tespiti amaçlanmaktadır. Tez çalışmamız içerisinde, bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerinin ceza hukuku sistemi içerisinde meşru bir yere sahip olması için kanunlaştırılırken uyulması önerilen koşullar da değerlendirilmektedir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ceza hukuku korumasının önem alınmasının en uç noktalarından birisini oluşturmaktadır. Ceza hukukunda genel kural hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması yönündedir, ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketler icra aşaması ile başlar. Bu esas, hazırlık hareketlerinin biçimsel yönüne işaret eder. Hazırlık hareketleri, hem korunan hukuksal değer açısından bir tehlike ortaya koymadıkları ya da cezalandırmaya layık olamayacak biçimde az bir tehlike yarattıkları, hem de failin iradesinin hangi suça yönelik olduğunun saptanmasının mümkün olmadığı için ilke olarak cezalandırılmazlar. Ancak, korunan hukuksal değerlerin birincil derecede önem taşıması ve vazgeçilmez nitelikte olması veya bazı hareketlerin istisnai tehlikeliliği gibi suç politikasına ait sebepler çerçevesinde, kanun koyucular hazırlık hareketlerini ceza kanunlarının özel kısmında bağımsız suç tipleri olarak düzenlemektedir. Hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin bağımsız birer suç tipi olarak kanunda yer alması istisnai ve özel bir yasalaştırma tekniği olarak kullanılmaktadır. Bu itibarla, yüksek önem derecesine sahip hukuksal değerlerin korunması amacıyla kanun koyucuların ileride işlenecek suçların hazırlığı

niteliğindeki bazı hareketleri ceza hukukunun müdahale alanı içerisinde tutma eğiliminde oldukları görülmektedir¹.

Kanun koyucular, ceza hukuku korumasını öne çekmek için özellikle ceza kanunlarının özel kısmında kalkışma suçları, somut ve soyut tehlike suçları, örgüt suçları gibi farklı türden birçok düzenlemeyi kullanmaktadırlar. Bu farklı hukuki enstrümanlar, zaten bastırıcı bir karakterde olan ceza hukukunun müdahale alanını genişletmekte, kanun koyucuya ceza hukuku korumasını geriye çekmek konusunda imkânlar sağlamaktadır. Bununla birlikte, özellikle hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması ile ceza hukuku koruması hukuksal değere verilen zararın da önüne çekildiği için, bu istisnai yöntemin ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelerle çeliştiği yönünde kuvvetli şüpheler oluşmuştur².

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ile korunan hukuksal değerın zarara uğratılması üzerine kurulu suç modelinden ve fiil ceza hukuku anlayışından uzaklaşmakta, ceza hukuku önleyici bir karaktere bürünmektedir. Fiil ceza hukuku anlayışına göre; ceza hukuku, korunan hukuksal değeri ihlal eden ve icra edilmiş fiillere tepki gösteren *reaktif* bir niteliktedir. Buna karşılık hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının amacı gelecekte işlenecek suçların önlenmesine yöneliktir. Bu itibarla, hazırlık hareketlerini düzenleyen suçlar aracılığıyla ceza hukuku tamamen önleyici bir görünüm kazanır. Ceza hukukunun bu önleyici karakteri bireylerin özgürlük alanının güvenliğini sağlanması gerekçeleri ile kısıtlanması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Ceza hukukunun güvenliğini sağlanması ve suçların önlenmesine yönelik toplumsal endişeler ile bireyin özgürlükleri arasında hassas bir dengeyi gözetmesi gerekmektedir. Tarih içerisindeki örneklerin de gösterdiği üzere, güvenliğini sağlanması uğrunda özgürlüklerin feda edilmesi, ceza hukuku korumasının ölçüsüzce genişletilmesi otoriter uygulamalara sebep olabilmektedir. Belirli bir tarihsel dönemde devlet düzenin işleyişine egemen olan değerler ceza hukukunu da koşullandırmakta, ceza hukuku da otorite ve birey arasındaki ilişkinin ne şekilde düzenleneceğini belirlemektedir. Bu itibarla, devlet ve rejimin türü suç tiplerini, suçun

¹ Maria Isabel Sanchez García De Paz, **El Moderno Derecho Penal Y La Anticipación de la Tutela Penal**, Salamanca, Ediciones Universidad de Valladolid, 1999, s. 58.

² Antonio D'Anello, **La Rilevanza Degli Atti Preparatori In Materia Penale**, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Napoli Federico II, 2013, <http://www.fedoa.unina.it/9398/1/Tesi%20di%20dottorato%20La%20rilevanza%20degli%20atti%20preparatori%20Antonio%20D%20Anello.pdf>, erişim tarihi: 27.06.2023, s. 9.

yapısını ve özelliklerini de büyük ölçüde etkilemektedir. Bu çerçevede, ceza hukukunun müdahale alanını öne çeken ve hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemeler ve bu düzenlemelerin içeriğinin değerlendirilmesi suretiyle, bir ceza kanununun liberal veya otoriter bir karakterde olduğu ortaya konulabilir. Bu düzenlemelerin kullanılma sıklığı ve kanunlaştırılma biçimleri bir ceza kanunun ne derecede özgürlükçü olduğunu ölçmek konusunda yol gösterici olacaktır³.

Bununla birlikte, hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran düzenlemelerin anayasal dayanağa sahip ihlal edicilik ilkesi ile uyumlu olup olmadığı da tartışma konusudur. Ceza hukuku korumasının ölçüsüzce öne alınması ile, kanun koyucunun suç yaratma tekelinin sınırını belirleyen ve özgürlükçü bir ceza hukuku anlayışının âdeta omurgasını oluşturan ihlal edicilik ilkesinin erozyona uğratıldığı da ileri sürülmektedir. Bu itibarla, suçun ihlal ediciliği üzerine kurulu liberal bir ceza hukukunda, fiil ceza hukuku anlayışından sapma riskini önlemek ve sırf failin tehlikeliliği veya iradesi üzerine kurulu bir ceza hukuku modelini engellemek için hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin çok özenli ve titiz bir incelemeyle yasalaştırılması da önerilmektedir⁴.

Yukarıda ortaya koyduğumuz sorunlar ve tartışma konuları tez çalışmamızda iki bölüm içerisinde ele alınmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde teorik bir inceleme yapılmakta ve öncelikle ceza hukuku korumasının öne alınmasının sebepleri ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının fiil ceza hukuku anlayışı ile uyumlu olup olmadığı incelenmektedir. İhlal edicilik ilkesi de ceza hukuku korumasının hangi aşamaya kadar öne çekilebileceği konusunda önemli bir parametre olması dolayısıyla tezimizin ilk bölümünde değerlendirilmektedir. İhlal edicilik ilkesi incelenirken, ihlalin ve suçun hukuki konusu olan hukuksal değerlerin ele alınması da kaçınılmaz olmaktadır. Bu kapsamda ceza hukukunun sınırlarını belirleyen ve suçun dayanak noktası olan hukuksal değer kavramı ve anayasal hukuksal değer teorisi de irdelenmektedir. Tezin ilk bölümünde son olarak, hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin ihlal edicilik ilkesi çerçevesinde ne şekilde konumlandırılacağı tartışılmaktadır.

³ Jiménez De Asua, **La Ley y El Delito**, s. 502, aktaran, Sanchez Garcia de Paz, s. 60, 169 no.'lu dipnot.

⁴ Francesco Viganò, "Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo", ius17@unibo.it, Bologna, Bononia University Press, Anno II, n.1, gennaio-giugno 2009, s.171-191, s. 172, Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, **Corso di Diritto Penale 1**, Milano, Giuffrè Ed., 2001, s. 592 vd.

Tez çalışmamızın ikinci bölümünde ise, teorik ve pratik bir inceleme yapılmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle hazırlık hareketi kavramı açıklanmakta ve hazırlık hareketlerinin biçimsel ve maddi yönü ortaya konulmaktadır. Bununla beraber, suça teşebbüsün cezalandırılma sebepleri ve hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı farklı teoriler çerçevesinde detaylıca değerlendirilmektedir. Yine ikinci bölüm içerisinde, hazırlık hareketlerinin bağımsız birer suç tipi olarak cezalandırılmasının sebepleri ve bu istisnai yöntemin ortaya koyabileceği sakıncalar ele alınmaktadır. Türk Ceza Kanunu ve İtalyan Ceza Kanunu'nda hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran bazı suç tipleri de bu bölüm içerisinde incelenmektedir. İkinci bölümde son olarak, hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin anayasa uygunluğunun denetlenmesinde uyulması önerilen ölçütler irdelenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM: CEZA HUKUKU KORUMASININ ÖNE ALINMASI VE SUÇ SİYASETİNE YÖN VEREN BİR İLKE OLARAK İHLAL EDİCİLİK

I. Ceza Hukuku Korumasının Öne Alınması ve Ceza Müdahalesinin Hazırlık Hareketlerine Kadar Gerilemesi

A. Ceza Hukuku Korumasının Öne Alınmasının Sebepleri

Ceza hukuku korumasının öne alınması⁵ ceza hukukunda yeni bir gelişme değildir. Son dönemlerde yaşanan toplumsal, teknolojik gelişmeler, çevrenin daha etkin bir biçimde korunması ihtiyacı, terörizmin ve örgütlü suçluluğun uluslararası bir boyut kazanması cezalandırma alanının hazırlık hareketlerine kadar çekilmesine ve ceza hukukunun giderek daha önleyici bir nitelik kazanmasına yol açmıştır.

Geleneksel olarak ceza hukukunun zarar suçlarıyla koruduğu çekirdek alanın tehlike suçları ve özellikle de hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suç tipleri ile genişletilmesi birtakım sorunlar yaratmıştır. Bu suç tiplerinin anayasaya uygunluğu ve hangi sınırlar içerisinde düzenlenmesi gerektiği tartışma konusu olmuş ve bu sorunlar hakkında ceza hukuku öğretisinin kanun koyucuya yol gösterme ihtiyacı da ortaya çıkmıştır⁶. Bununla beraber ceza hukuku korumasını öne çeken suç tiplerinin ihlal edicilik, ceza hukukunun son çare olması, fiil ceza hukuku, suçta ve cezada kanunilik gibi ceza hukukunun temel ilkeleri ile karşıtlıklar yaratabileceği de belirtilmiştir⁷.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, ceza hukukunun tarihçesi güvenlik ve özgürlükler arasındaki ilişki ile şekillenmiştir. Bireysel ve toplumsal hakların güvence altına alınması için müdahalede bulunan ceza hukuku, kimi zaman bireysel

⁵ Ceza hukuku korumasının öne alınması konusunun öğretide farklı başlıklar altında incelendiği belirtilmekte, bu çerçevede “ceza hukukunun öne çekilmesi, cezalandırılabilirlik alanını öne çekme, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi” gibi terimlerin kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Gözde Kazaker Bozkurt, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, 2022, s.241-288, s. 243

⁶ Manfredi Parodi Giusino, **I Reati di Pericolo Tra Dogmatica e Politica Criminale**, Milano, Giuffrè Ed., 1990, s. 2.

⁷ Sanchez García De Paz, s. 11.

özgürlükler üzerinde bir kontrol mekanizmasına dönüşmüştür⁸. *Franz von Lizst*'in klasik tespitine göre, “*iki tarafı keskin bir bıçak*” olan ceza hukuku, bir yandan toplumu suçlulardan koruma işlevi görürken öte yandan en ağır hukuki yaptırım olan ceza aracılığıyla bireyin yaşamı ve temel hakları üzerinde büyük bir etki yaratmaktadır. Bu çerçevede, ceza yaptırımını uygulanışına göre hem bir ilaç hem de zehir olabilmektedir. Ceza yaptırımını ölçülü ve makul bir biçimde uygulanmadığı takdirde, olumsuz yan etkileri ön plana çıkıp âdeta bir zehre dönüşmektedir⁹. Ceza hukukunun bir takım hukuksal değerleri korurken başka hukuksal değerlere de zarar verdiği söylenebilir. Kanun koyucunun da suç politikalarına karar verirken ve özgürlük alanı ile güvenlik arasında tercih yaparken tarihsel ve siyasi koşulların etkili olduğunu vurgulamak gerekir. Son yıllarda da ceza hukukunun güvenliği sağlamada bir araç olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumun temel sebepleri, terörizm ve örgütlü suçluluğun artması ile ortaya çıkan toplumsal güvensizlik hissi ve ceza hukukunun koruma alanının kamu düzeninden daha çok kamu güvenliğine doğru kaymasıdır¹⁰.

Özellikle XX. yüzyılda toplumsal alanda yaşanan gelişmeler, örgütlü suçluluğun artması, terörist faaliyetlerin uluslararası bir boyuta ulaşması, teknolojik ve ekonomik alandaki değişimler bir üst yapı kurumu olan ceza hukukunun da âdeta bir dönüşüm geçirmesine sebep olmuştur. Bu dönüşüm ve değişim çerçevesinde ceza hukuku; düşman ceza hukuku, mücadele ceza hukuku, tehlikelilik ceza hukuku gibi yeni sıfatlarla tanımlanmaya başlanmış ve güvenlikçi suç politikalarının ceza hukukuna giderek egemen olduğu gözlemlenmiştir¹¹. Bununla birlikte, modern toplumda yaşanan tehlikelerin ve risklerin artması, kanun koyucuları ceza hukukunun koruma alanını geriye almaya itmiştir. Bu itibarla ceza hukukunun müdahale alanının genişlediği, ceza hukukunun suçu önleyici bir nitelik kazandığı belirtilmelidir. Ancak ceza hukukunun bu yeni karakteri, birtakım sorunları ve temel hak ve özgürlükleri kısıtlayabilecek otoriter uygulamaları da beraberinde getirmektedir.

⁸ Marco Pelissero, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, **Ragion Pratica**, Fascicolo 1, giugno 2018, s. 79-98, s. 79.

⁹ Giovanni Fiandaca, (Giovanni Fiandaca/Giuseppe Di Chiara), “Nessun Reato Senza Offesa”, **Una Introduzione Al Sistema Penale Per Una Lettura Costituzionalmente Orientata**, Napoli, Jovene Editore, 2003, s. 104.

¹⁰ Pelissero, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, s. 80.

¹¹ Barış Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan**, Cilt IX, Sayı 2, Yıl 2012, s. 447-481, s. 449 vd.

El Kaide gibi terör örgütlerinin faaliyetleri sadece Ortadoğu coğrafyasında değil, Avrupa’da da etkili olmuş, bu kapsamda Paris’te *Charlie Hebdo* mizah dergisine ve *Bataclan* isimli tiyatro salonuna saldırılar gerçekleştirilmiştir¹². Bunun yanında *IŞİD*’in (*Irak Şam İslam Devleti*) terörist faaliyetleri neticesinde yaşanan yasadışı göç dalgası Avrupa ülkelerinde, bazı sınırların kapatılması, yasadışı göç yoluyla giriş yapanların ülkelerine geri gönderilmesi ve özellikle toplumda ortak bir güvensizlik hissi ve korkunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu yasadışı göç ve terör faaliyetlerinin yarattığı güvensizlik ortamı suç siyaseti üzerinde de etkili olmuş, içeriği çok tartışmalı olan ve ceza hukukunun koruma alanını alabildiğine öne çeken “*ceza hukukunun karanlık yüzü*” (*il lato oscuro del diritto penale*) olarak tanımlanabilecek bir yasalaştırma etkinliği ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda hazırlık hareketlerinin, hatta hazırlık hareketlerine hazırlık olacak fiillerin cezalandırıldığı görülmektedir¹³.

Toplumda yaşanan bu ortak güvensizlik hissi yukarıda da belirttiğimiz gibi suç siyasetine de yansımış, ceza hukuku kamu düzeninden¹⁴ daha geniş ve belirsiz bir

¹² Adelmo Manna, *Il Lato Oscuro Del Diritto Penale*, Pisa, Pacini Ed., 2017, s. 69-70.

¹³ Manna, *Il Lato Oscuro Del Diritto Penale*, s. 70-71.

¹⁴ “Düzen veya nizam, bir yerde karışıklık veya kargaşa olmaması; orada insanların kendilerini ve yakınlarını güven içinde hissederek yaşayabilecekleri bir ortamın bulunması demektir. Söz konusu ortam, insanların toplu halde bulundukları; kişi, aile, hemşehri ve halk olarak bir araya geldikleri, iletişim içine girdikleri yer ise bir kamusal alandır. Kamu düzeni, bu yerdeki insanların ve onların kurdukları ilişkilerin güven içinde, intizam içinde bulunmasına denilir... Bir arada yaşayan insanların en önemli isteği, doğal ve yapay tehlikelerin varlıklarını, can ve mallarını tehdit etmemesi; ortadan kaldırmamasıdır. Bu tehlikeler, sel, deprem, orman yangını, toprak kayması, fırtına gibi doğal olaylardan kaynaklanabilir. Bu tehlikelerin veya güvenlik ihlallerinin silahlı saldırı, hırsızlık, soygun gibi insan kaynaklı olması da mümkündür... İnsan eylemlerinden doğan tehditler ise, caydırıcı cezalar ile ortadan kaldırılmaya çalışılırken maddi bakımından da engellenir. İnsanların ve onlara ait hayvan ve eşyanın, maliklerinin veya zilyedlerinin ihmali veya kastı sonucu başkaları için tehlike ve zarar oluşturulmaması amacıyla hak ve hürriyetler sınırlanır, gerekli tedbirler alınır veya aldırılır”. Bkz. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta, 2009, s. 36-37.

Ceza hukuku alanında ise kamu düzeni ile esasen tam olarak neyin korunmak istendiği son derece tartışmalıdır. Kamu düzeni kavramı, birçok şekle girebilen ve “*elle tutulamayan*” bir kavramdır. Bu itibarla kamu düzeninin çok açık olmayan, ikilik yaratan ve somut bir içeriği olmayan bir kavram olduğu belirtilmektedir. Kamu düzeninin iki görünüşü olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, “*maddi anlamda kamu düzenidir*” (“*ordine pubblico in senso materiale*”). Maddi anlamda kamu düzeni, kolektif güvenlik veya dış dünyadaki iyi düzeni ifade etmektedir. Kamu düzeninin ikinci görünümü ise, “*normatif anlamda kamu düzenidir*” (“*ordine pubblico ideale o normativo*”). Normatif anlamda kamu düzeni ise, devletin temel kurumlarının oluşturduğu ideal bir bütünü ifade eder. Bu itibarla, normatif kamu düzeni, inşa edilmiş kanuni düzendir. Kamu düzeninin normatif şekliyle ele alınması, çok soyut olduğu ve değişen menfaatlere göre manipüle edilebileceği riskini taşıdığından eleştiri ile karşılanmıştır. Sonuç itibarıyla, öğretide “*anayasa tarafından yönlendirilen kamu düzeni*” kavramının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu da anayasal değerler tarafından yönlendirilen maddi anlamda bir kamu düzenine işaret eder. Bkz. Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Speciale, Volume I*, Bologna, Zanichelli Ed., 2008, s. 461 vd.; aynı yönde *Mantovani* de meşru bir düzenden anlaşılması gerekenin anayasa tarafından ortaya konulan anayasal düzen olduğunu vurgulamaktadır. Yazara göre, anayasa; siyasi, iktisadi, sosyal olarak farklı ve çatışma içinde olan heterojen güçlerin oluşturduğu toplumsal yapının kabul ettiği biçimsel bir anlaşma, bir “*toplumsal sözleşmedir*”. Bu anlaşma çerçevesinde toplumun çatışan kesimleri, çatışma ve karşıtlığı demokratik yöntem ile çözüme ulaştırma

nitelikte olan kamu güvenliğini korur hale gelmiştir. Kamu düzeninin korunması ile suç işlemek amacıyla örgütlenme gibi belirli suçların gerçekleştirilmesi önlenmek amaçlanırken, kamu güvenliği¹⁵ daha geniş bir alanı korumayı hedeflemektedir. Bu kapsamda kamu güvenliği kavramı, bir yandan günlük yaşamdaki düzeni ifade ederken öte yandan da milli güvenliği ve bu çerçevede uluslararası terörizmin bastırılması ve önlenmesini de içermektedir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin aleyhine olacak şekilde, kamu güvenliğinin korunmasının bireysel bir hak olarak kabul edilmesi de bu geniş kavramın ceza hukuku açısından korunacak bir hukuksal değer olarak kabul edilmesine yol açmıştır¹⁶. Suçun korunan hukuksal değerleri ihlal eden fiil olarak kabul edildiği bir ceza hukuku düzeninde, kamu güvenliği gibi son derece geniş, içeriği belirli olmayan bir hukuki varlığın korunması, ceza hukukunun koruma alanının genişlemesine neden olmuştur¹⁷.

Ceza hukukunun koruduğu alanın geriye doğru genişlemesi ve ceza hukukunun önleyici karakterinin giderek artması eğilimi, kanun koyucunun suç yaratma konusundaki tercihlerini de büyük ölçüde etkilemiş ve hazırlık hareketlerinin suç olarak düzenlendiği görülmüştür. Ayrıca ceza yaptırımını da ihlal edici fiile ölçülü bir karşılık olmak yerine tehlikeli failleri kontrol amacına yönelik bir işlev kazanmıştır. Bu itibarla, ceza hukukundaki bu önleyici eğilimin, fizyolojik ve normal bir gelişme mi olduğu yoksa bir patolojiyi mi temsil ettiği sorusu karşımıza çıkmaktadır¹⁸. Kanaatimizce, muayyen bireysel veya kolektif hukuksal değerleri korumak için ceza hukukunun verdiği ölçülü karşılıkları normal ve fizyolojik bir büyüme olarak kabul etmek gerekir. Hazırlık hareketlerinin istisnai ve müstakil olarak cezalandırılması ve soyut tehlike suçlarındaki artış ancak bu şekilde açıklanabilir. Dolayısıyla ceza korumasını öne alan suç tipleri *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde çok özenli bir şekilde denetlenmeli, fiil ile korunan hukuksal değer arasında bir ölçü bulunmalı ve bu suçlara uygulanacak yaptırımlar da makul ve ölçülü bir şekilde belirlenmelidir. Bununla

konusunda birleşmişlerdir. Bununla beraber, sorunların demokratik yöntem ve toplumsal barış çerçevesinde çözülmesine yönelik anlaşma tüm kesimleri bağlayıcı bir nitelik taşır. Bkz. Ferrando Mantovani, “Libertà, Ordine e Disordine”, **Umanità E Razionalità Del Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2008, s. 173-184, s. 173.

¹⁵ Kamu güvenliğinin içerdiği milli güvenlik kavramı çok geniş bir niteliktedir. “*Milli güvenlik, devletin ve ülkenin, savaşta ve barışta, iç ve dış tehlikelerden korunması; yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması şeklinde tanımlanabilir*”. Bkz. Yayla, s. 28-29.

¹⁶ Pelissero, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, s. 81-83.

¹⁷ Pelissero, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, s. 84.

¹⁸ Pelissero, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, s. 85.

birlikte, ceza hukukunda güvenlikçi politikaların cezalandırma alanını ölçsüz bir şekilde geriye çekebileceği, suçun ağırlık merkezinin suç fiilinden faile doğru kayabileceği ve düşman ceza hukuku uygulamalarının gündeme gelebileceği göz ardı edilmemelidir.

Ceza hukukunun korumasının öne alınması, güvenlikçi görünümünün dışında birincil derecedeki bazı hukuksal değerlerin önleyici olarak korunmasına da hizmet eder. Bu durumlarda fiil ceza hukuku anlayışı hukuksal değerlerin korunması için yetersiz kalabilmektedir. Bu kapsamda çocuğun cinsel dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve yaşam hakkının korunabilmesi için uluslararası hukukta yer alan ve hazırlık hareketlerini cezalandıran “*çocuğun sanal cinsel istismarı*”¹⁹ (“*child-grooming*”, “*cyber-grooming*”, “*adescamento di minori*”²⁰) suçu bir örnek teşkil edebilir. Bu suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda münhasıran düzenlenmemekle birlikte, İtalyan Ceza Kanunu’nun 609-undecies maddesinde “*adescamento di minorenni*” başlığıyla yer almaktadır.

Çocuğun cinsel sanal istismarı ya da çocuğu sanal ortamda cinsel istismara hazırlama olarak adlandırılması mümkün olan bu suç tipi, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, insan ticareti, fuhuş gibi daha ağır cinsel suçların önlenmesi için hileli yollardan sadece çocuğun güvenini kazanmayı cezalandırmaktadır²¹. Bununla beraber suçun internet ortamında ya da diğer iletişim vasıtaları aracılığıyla (İtalyan Ceza Kanunu’ndaki düzenleme fiziksel ortamda mağdurun huzurunda da işlenmesine olanak tanımaktadır) kanunda sayılan cinsel içerikli suçları işlemek amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, çocuğun cinsel dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü gibi birincil derecedeki hukuksal değerlerin korunması için ihlalin hazırlık hareketlerine kadar çekildiğini belirtmek gerekir.

¹⁹ Neslihan Can, “Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 13, Sayı 50, Nisan 2022, s.115-138, s. 115.

²⁰ Ivan Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2018.

²¹ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. XV.

B. Ön Alanın Belirlenmesi ve Hazırlık Hareketlerinin Suç Olarak Düzenlenmesi

Ceza hukuku korumasının öne alınmasının ne ifade ettiği son derece sorunlu bir meseledir. Bununla birlikte, bu ön alanın ne olduğunun tespiti için öncelikle ve ilk olarak ön alanın referans verdiği alanın ne olduğunun, başka bir deyişle ceza hukukunun esas müdahale alanının neresi olduğunun da belirlenmesi gerekir. Ceza hukukunun müdahale alanının ne olduğu ise, devletin cezalandırma yetkisi ve bunun sınırlarının kapsamı ve ceza hukukunda hangi fiillerin suç olarak düzenlenebileceği ile ilgilidir²². Bu itibarla ceza hukukunda ön alanın içeriğinin anlaşılabilir olması ancak bir referans noktasının belirlenmesi, daha önce de belirttiğimiz gibi korunan çekirdek alanın tespiti ile mümkün olabilir²³.

Ceza hukukunun koruduğu esas alanın tanımı ise pozitif ceza hukukunda bulunamaz. Ön alan cezalandırmasına konu olan norm ve bu çerçevede hazırlık hareketini müstakil olarak düzenleyen soyut suç tipi de pozitif ceza hukukunun bir parçası haline geldiğinden, cezalandırılabilirliğin esasını oluşturan alan, ancak suçun özüne ilişkin yapılan bir açıklama ile belirlenebilir²⁴.

Suçun ne olduğu ve özü belirlenirken dayanak noktasını hukuksal değerler oluşturmaktadır. Bugün için öğretide ceza hukukunun amacının ve işlevinin hukuksal değerleri korumak olduğu açıklanmaktadır²⁵. Anayasada yer alan hukuksal değerler suçun özünün belirlenmesinde büyük önem taşımakla birlikte, hukuksal değerlerin korunmasının somutlaştırılması ve bunların hangi aşamaya kadar korunacağını tespiti ise ihlal edicilik ilkesi aracılığıyla belirlenir. İhlal edicilik ilkesi hukuksal değerlerin hangi aşamaya, eşiğe kadar korunacağını belirlenmesinde, cezai korumanın öne alınmasının derecelendirmesinde önemli bir yol gösterici olacaktır. Bu çerçevede

²² Sanchez Garcia de Paz, s. 15.

²³ Sanchez Garcia de Paz, s. 16.

²⁴ Sanchez Garcia de Paz, s. 15.

²⁵ Vesile Sonay Daragenli, “Tehlike Suçları”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 163-188, s. 163, İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 53, Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 32, “*Ceza hukukunun koruyucu işlevi, hukuki menfaatlerin korunması suretiyle yerine getirilir. Gerçekten bu suretle ceza hukuku kamu yararının gerçekleşmesi ve hukuki barışın sağlanmasına hizmet eder. Ceza hukuku, bizim sosyal-etik değerler düzenimize dayanan ve bu amaca yönelmiş olan bir koruma ve barış düzenidir*”, açıklamalar için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız, İsa Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 44.

öğretide sadece hukuksal değeri zarara uğratan fillerin ceza hukukunun esas koruma alanını oluşturduğu, somut tehlike suçları da dahil olmak üzere diğer tüm ihlallerin bir ön alan cezalandırması olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır²⁶. Bunun karşısında somut tehlike suçlarının ön alan cezalandırması kapsamında kabul edilmeyeceğini, ön alan cezalandırılmasının soyut tehlike suçlarından başlayacağını ileri süren bir anlayış da bulunmaktadır²⁷. Hangi alanın ceza hukuku korumasına esas oluşturduğu, ön alan korumasının ne zamandan itibaren başlayacağı çok kolay cevaplanacak bir soru değildir. Bununla beraber, farklı devlet tipleri ve ceza hukuku anlayışları çerçevesinde bu sorunun cevabının değişkenlik göstereceği açıktır.

Bu iki görüş açısından da hazırlık hareketlerinin bir ön alan cezalandırması olduğu hususunda fikir farklılığı bulunmamaktadır. Gerçekten de hazırlık hareketleri ceza hukuku korumasını alabildiğine öne çeken hatta ihlal edici olup olmadıkları da tartışılan ve ceza kanunlarında ancak çok istisnai ve özel koşullarla düzenlenebilecek suç tipleridir.

Bu itibarla, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ceza hukuku korumasının öne alınmasında önemli bir teknik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukukunda hazırlık hareketlerinin cezalandırılması meselesi, modern ceza hukukunun en çok tartışılan ve karmaşık konularından birisini oluşturmaktadır. Bununla birlikte hazırlık hareketlerinin cezalandırılması konusunda öğretilerde birbirinden farklı ve uzlaşması da zor olan görüşlerin bulunduğu ve ceza hukuku uygulamasında da durumun farklı olmadığı vurgulanmaktadır²⁸.

Ceza hukukunda hazırlık hareketlerinin cezalandırılması başlıca iki teknik aracılığıyla gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, ceza kanunun genel hükümlerinde suça teşebbüsü düzenleyen bir normun yer almasıdır. Ceza kanunlarının genel hükümlerinde yer alan suça teşebbüs hükmü, cezalandırılan alanın sınırı belirlemekle birlikte, eğer hazırlık hareketlerini de cezalandırma kapsamına alacak şekilde düzenlenirse ceza hukuku müdahalesi hazırlık hareketlerini de kapsayacak biçimde genişletilmiş olur. Ancak böyle bir yöntem, bireyin hareket alanını aşırı bir biçimde

²⁶ Kazaker Bozkurt, “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi”, s. 245 vd.

²⁷ Sanchez García De Paz, *El Moderno Derecho Penal Y La Anticipación de la Tutela Penal*, s. 15 vd.

²⁸ D’Anello, *La Rilevenza Degli Atti Preparatori...*, s. 100.

sınırlandıracağı ve özgürlükler üzerinde baskıcı bir anlayışın oluşmasına yol açacağı için modern ceza hukuku anlayışında genel olarak tercih edilmemektedir. Suça teşebbüs hükmü bir fiilin hangi andan itibaren ceza hukuku açısından önem arz edeceğine ilişkin ölçütleri koyan ve tipikliği genişleten bir sınır çizgisi olmaktadır²⁹. Suça teşebbüs hükümlerinin bağımsız bir nitelikte olmadığını, ancak tamamlanmış suçun düzenlendiği norma bağlı olarak uygulanabileceğini de belirtmek gerekir³⁰. Burada sözü edilen hazırlık hareketlerinin biçimsel yönüdür ve her bir suç tipinin hazırlık-icra hareketleri ayrımında ortaya çıkar.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında ikinci teknik ise, hazırlık hareketlerini düzenleyen müstakil suç tiplerinin kanunun özel hükümleri içerisinde ayrıca düzenlenmesidir. Kanun koyucular hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında temel olarak bu yöntemi tercih etmekte ve suç politikasına ait bazı sebepler çerçevesinde, ceza kanunlarının özel kısmında hazırlık hareketi niteliğindeki davranışları bağımsız suç tipleri yaratmak suretiyle cezalandırmaktadır. Bu ikinci teknik vasıtasıyla düzenlenen bağımsız suç tiplerinin suça teşebbüste öngörülen ölçütleri genelde ihlal ettiğini vurgulamak gerekir. Bu teknik kendine has özellikleri olan bir “*istisnalar sistemidir*” ve fiil ceza hukuku anlayışı ile bazı yönlerden uyuşmamaktadır³¹. Hazırlık hareketlerinin bağımsız birer suç tipi olarak düzenlenmesi hazırlık hareketlerinin maddi yönüne işaret eder ve araştırma konumuzun esasını oluşturan da hazırlık hareketlerinin bu özel görünümüdür. Hazırlık hareketlerinin biçimsel ve maddi anlamı tezimizin ikinci bölümünde hazırlık hareketi kavramı başlığında incelenmektedir, dolayısıyla burada sadece bu ayrımı belirtmekle yetiniyoruz.

Hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız suç tiplerinin ceza hukuku sistemi içerisinde meşru bir yerde konumlandırılması için birçok ilkedden yararlanıldığını belirtmek gerekir. Bu çerçevede, korunan hukuksal değer birincil derecede önemli ve vazgeçilemez nitelikte oluşu ceza hukuku korumasının öne alınmasında yol gösterici olacaktır. Bununla birlikte, suçun dayanak noktası olan hukuksal değer korunması için cezai korumanın ne kadar öne alınabileceği, hangi aşamaya kadar

²⁹ D’anello, *La Rilevenza Degli Atti Preparatori...*, s. 101.

³⁰ Adem Sözüer, *Suç Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları no: 134, 1994, s. 46.

³¹ D’anello, *La Rilevenza Degli Atti Preparatori...*, s. 101-102.

çekilebileceğini ise suç siyasetini yönlendiren ihlal edicilik ilkesi ortaya koyar³². Öğretide bazı yazarlar, hazırlık hareketlerini cezalandıran müstakil suç tiplerinin çoğunluğunun eğer doğru bir şekilde yorumlanırlarsa ihlal edicilik ilkesi ile uyumlu olduğunu belirtmektedirler³³. Buna karşılık hazırlık hareketlerinin ihlal ediciliğinin olmadığını ve bu bağımsız suç tiplerinin ihlal ediciliğin istisnası (ihlal edicilik ilkesinden bir sapma, “*deroga*”) olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır³⁴.

İhlal edicilik ilkesinin dışında hazırlık hareketlerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde ölçülülük ve orantılılık ilkeleri de önemli birer kriter olmaktadır. Bunun dışında hazırlık hareketlerini düzenleyen suç tiplerinin cezalandırılmasında ihtiyatlılık ilkesine de (*principio di precauzione*) başvurulabileceği ifade olunmaktadır. Bu kapsamda, bilimsel olarak tehlikeli olduğu kanıtlanmamış olsa bile ve bu itibarla fiil ile korunan hukuksal değer arasında tam bir nedensellik bağı kurulamasa da risk taşıyan bazı hareketlerin gelecekte yaratabileceği zararların kaynağında önlenmesine yönelik düşünceler ileri sürülmektedir. Dolayısıyla riskin bir zarar yaratacağına dair bilimsel açıdan açık ve belirgin veriler olmadan potansiyel zararların önüne geçebilmek için hukukun müdahalesinden söz edilmektedir³⁵.

Özgürlükçü ve bireyi merkezine alan bir ceza hukuku anlayışında hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmayacağını, liberal ceza hukukunun önemli kazanımı olan fiil ceza hukukunun bireysel hak ve özgürlükleri korumada vazgeçilemez bir güvence olduğunu peşinen belirtmek isteriz. Hazırlık hareketi niteliğindeki bazı davranışların ancak çok özel ve istisnai hallerde tezimizin devamında aktaracağımız ölçütler çerçevesinde ve anayasal ilkelerle uyumlu olmak kaydıyla sınırlı olarak cezalandırılabileceğini vurgulamak gerekir. Bireysel özgürlükler ve güvenlik arasında bir denge kurması gereken ceza hukukunun, ilk hedefi her zaman bireyin haklarını korumak olmalıdır. Ceza hukuku insan haklarına

³² D’anello, *La Rilevanza Degli Atti Preparatori...*, s. 101.

³³ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 560.

³⁴ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale PG*, Padova, CEDAM, 2009, s. 213 vd.

³⁵ Domenico Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2013, s. 218 vd., Ceza hukukunda ihtiyatlılık ilkesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Emanuele Corni, *Il Principio di Precauzione Nel Diritto Penale Studi Sui Limiti All’Anticipazione Della Tutela Penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

aykırı suçlar yaratmamalı ve dönemsel yönetimlerin olası baskıcı uygulamaları önünde bireyi koruyucu bir işlev üstlenmelidir.

C. Fiil Ceza Hukuku ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması

1. Fiil Ceza Hukuku Kavramı

Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipleri olarak cezalandırılması ile fiil ceza hukuku anlayışının uyumlu olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle fiil ceza hukuku kavramının içeriğini açıklamak gerekmektedir.

Modern ceza hukuku anlayışına göre suç ancak dış dünyaya yansımış, kaynağını insandan alan bir fiilden kaynaklanabilir³⁶. Bu sebeple, “*bir arzunun, bir fikrin veya kararın*” suç oluşturabilmesi için mutlaka haricileşmiş olması gerekir³⁷. Fiil kavramını yok saymak veya dış dünyaya yansımış somut bir fiil olmadan cezalandırmaya başvurmak, özgürlükleri yok eden bir ceza hukukuna ve polis devletinin ortaya çıkmasına sebep olur. Sadece bireylerin niyetlerini, düşüncelerini esas alan, bireyleri icra ettikleri fiiller için değil, kişisel özelliklerini göz önünde bulundurarak cezalandıran bir anlayış, özgürlükçü ceza hukuku ile bağdaşmaz³⁸. Bu itibarla günümüz ceza hukukunun fiil ceza hukuku olduğunu ve her incelemede öncelikle fiile bakılması gerektiğini belirtmeliyiz³⁹. Bireylerin düşünce, duyguları ve planları ceza hukukunun değerlendirme alanının dışındadır, ceza hukuku dış dünyaya yansımış

³⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 119, Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 240.

³⁷ Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1955, s. 32.

³⁸ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. XXIII.

³⁹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 311, Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta, 2023, s. 240 vd., Hakan Karakehya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 48, Ahmet Kılıç, **Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 83, “*Modern ceza hukukunda bir fiilin cezalandırılması için incelenmesi gereken failin değil fiilin niteliğidir*”, bkz. Salih Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 165, Ezgi Aygün Eşitli, **Kalkışma Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 85, Giuseppe Bettiol, **Il Problema Penale**, Trieste, Editrice Scientifica Triestina, 1945, s. 73 vd.

insan davranışı ile ilgilenmelidir⁴⁰. Bir insanın hareketi⁴¹ dolayısıyla dış dünyada herhangi bir değişiklik meydana gelmiyorsa, hiçbir şey etkilenmiyor ve eskisi gibi kalıyorsa, suç da yoktur⁴². İnsan ile hukuk arasındaki ilişki, insanın fiili aracılığıyla kurulduğundan, fiil suçun dinamik unsurudur⁴³. Liberal-demokratik bir hukuk düzeninde suç ancak kaynağını insanda bulan beşerî bir fiil olarak tanımlanabileceğinden, fiilsiz suç olmaz. Bu nedenle, sadece düşünce, inanç ve kanaatleri yasaklayan bir düzen, teokratik ya da totaliter bir düzendir⁴⁴.

Genel bir bakış açısıyla veya felsefî bir yaklaşım göz önünde bulundurulduğunda, kaynağını insandan alan duygu, düşünce, istek gibi sübjektif durumların da bir insan fiili olduğu ileri sürülebileceğinden, ceza hukuku açısından önem taşıyan fiilin niteliği tartışma konusu olmuştur⁴⁵. Ancak dış dünyaya yansımayan bireyin içsel davranışları ceza hukukunun ilgi ve inceleme alanı dışındadır. Dolayısıyla ceza hukuku, dış dünyada gerçekleşen, maddi karaktere sahip fiilleri inceler⁴⁶.

Ceza hukukunun tarihçesi, objektif ve sübjektif ceza hukuku sistemlerinin karşılıklı çatışması ile geçmiş ve bu sistemlerin diyalektik karşıtlığından, çağdaş ve özgürlükçü ceza hukuku anlayışı meydana gelmiştir.

Objektif ceza hukuku sistemi, suçun incelenmesinde suç fiiline ve bu fiilin ihlal edici karakterine öncelik vermiştir. Bununla birlikte objektif ceza hukuku sisteminin katı bir biçimde ve tek başına uygulanması, failin kişiliği ve kusurluluğuna ilişkin

⁴⁰ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Pınar Memiş Kartal/Hasan Sınar/R. Barış Erman/Fulya Eroğlu/R. Murat Önok, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II**, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 77, Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2023, s. 268, Koca/Üzülmez, s. 90, Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 135 vd.

⁴¹ Hareket kavramının tanımı, doğa ve sosyal bilimlerdeki ele alınışı ve ceza hukukundaki yeri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Selman Dursun, **Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi**, Ankara, Seçkin, 2001, ayrıca Giorgio Marinucci, **Il Reato Come Azione**, Milano, Giuffrè Editore, 1971.

⁴² Selahattin Keyman, “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler”, **Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 429-467, s. 430.

⁴³ Keyman, “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler”, s. 430.

⁴⁴ Zeki Hafızogulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2022, s. 185.

⁴⁵ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 119, Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2023, s. 135.

⁴⁶ Francesco Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale PG**, Milano, Giuffrè Ed., 2003, s.216.

olarak bir incelemenin yapılmasını engelleyeceğinden modern ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmaz⁴⁷.

Buna karşılık, sübjektif ceza hukuku sistemi ise, failin iradesini ve tehlikelilik halini ön planda tutar⁴⁸. Sübjektif ceza hukuku anlayışının çok katı bir biçimde uygulandığı hukuk sistemleri, özgürlükleri yok eden bir polis devletinin varlığına yol açmıştır. Bu tür sistemlerde, bireyler icra ettikleri hukuka aykırı fiiller için değil sadece oluş biçimleri için cezalandırılmışlardır. Özellikle nasyonal sosyalist ceza hukuku anlayışı suç kavramını ahlaki bir itaatsizliğe indirgemiş ve egemen düzene sadık olmayan davranışları sırf bu sebeple suç saymıştır⁴⁹.

Objektif ve sübjektif ceza hukuku sistemlerinin tek başına ve çok katı bir biçimde uygulanmasının doğurduğu sorunları çözmek için karma sistemler ortaya çıkmıştır. Karma ve modern ceza hukuku sisteminde, suçun varlığı için sadece ihlal edici karakterli bir fiilin bulunması yeterli olmamakta, bu fiilin failin eseri olması da gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, fail ile ihlal edici fiil arasında psişik bir bağ bulunmalıdır⁵⁰.

Modern ceza hukuku açısından, sübjektif ceza hukuku sisteminin çok önemli katkıları olduğunu kabul etmekle birlikte, suçun irdelenmesinde öncelik, objektif ceza hukuku modeline verilmelidir. Bu itibarla, suçun söz konusu olması için, maddi bir fiilin varlığı vazgeçilemez niteliktedir. Bu esas, hukuk güvenliğinin ve bireysel özgürlüklerin korunmasının teminatı niteliğindedir⁵¹.

Suçun incelenmesinde, önceliğin maddi bir fiilin varlığının araştırılmasına verilmesi, bireyin şuurunda gerçekleşen içsel davranışların, düşünce ve duyguların cezalandırılmasını engeller⁵². 1982 TC. Anayasası'nın "*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*" başlığını taşıyan 38. maddesinin birinci fıkrasında, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırma yapılamayacağı belirtilmiştir. 5237 sayılı TCK.'nın 2. maddesinde de kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği

⁴⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.97, Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 95-96.

⁴⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.97-98, Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 97-98.

⁴⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.120.

⁵⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 278.

⁵¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 119.

⁵² Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia, Giulio De Simone, *Manuale di Diritto Penale PG*, Bologna, Il Mulino, 2007, s. 201

ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'da ve TCK.'da açıkça vurgulandığı üzere, fiilin olmadığı yerde suç da yoktur⁵³. Anayasa Mahkemesi'nin de vurguladığı üzere, çağdaş ceza yasalarına ve Türk Ceza Hukukuna göre, bir kişi ahlaka aykırı kabul edilen kötü bir davranışı zihninde kararlaştırırsa bile, bu düşünceler girişim evresine geçmedikçe ceza hukukunun alanı dışında kalacaktır⁵⁴.

Maddi bir fiilin olmadığı yerde suçun ve cezalandırmanın da olmayacağına ilişkin temel ilke iki önemli sonuç ortaya koymaktadır:

İlk olarak, kişinin sadece zihninde kurduğu, dışa vurulmayan veya açıklanmayan suç işlemeye ilişkin tasarılar ceza hukukunu ilgilendirmez. Failin sahip olduğu kötü niyet ve düşünceler, ceza hukuku açısından önem taşımaz, önemli olan icraya geçiş aşamasıdır⁵⁵. Bununla birlikte, suça yönelik sadece bir niyetin ifade edilmesi de yeterli olmaz; suçun oluşması için sosyal ve doğal anlamda maddi bir fiilin varlığı gerekiyorsa bu fiilin icra edilmesi gerekir.

Örneğin, sırf öldürmeye ilişkin isteğin ifade edilmesi, kasten öldürme suçunun işlenmesinde önem teşkil etmez, failin insan öldürmeye yönelik maddi ve elverişli hareketler icra etmesi gerekir⁵⁶. Başka bir ifadeyle suçun varlığı için icra ya da ihmal şeklinde ortaya çıkan bir hareketin varlığı zorunludur, bir insan zihninde son derece kötü bir tasarıda bulunsa dahi bunu hareket haline getirmediği takdirde kendisini ceza hukuku anlamında sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu sebeple hareket olmadan suç olmaz; "*nullum crimen sine actione*"⁵⁷. Hukuk insanlar arası bir ilişkiden oluştuğuna göre, toplumsal ilişkileri bozmayan ve bozma tehlikesi bulunmayan düşünce ve niyetler ceza hukuku alanında önem taşımazlar⁵⁸.

⁵³ Hafızoğulları/ Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 185.

⁵⁴ AYMK, E.1975/152, K.1975/202, Karar tarihi 21.10.1975, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1975/202>, erişim tarihi: 03.02.2024 detaylı açıklamalar için bkz. Yüksel Metin, Veysel Dinler, "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları", <https://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/07/devletin-cezalandırma-yetkisinin-anayasal-sinirlari.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2024, s. 40.

⁵⁵ Roger Merle, Andre Vitu, **Traité de Droit Criminel Tome I**, Paris 1984, s. 576, Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 12 vd.

⁵⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 121.

⁵⁷ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, AÜHF Yayınları: 372, 1975, s. 39, Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II**, s. 77.

⁵⁸ Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II**, s. 77, Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 12.

Bununla birlikte, ceza hukukunun ne kadar zararlı olursa olsun düşünce ve niyetleri cezalandırmayacağı anlayışının görece yeni olduğu belirtilmektedir⁵⁹. Özellikle en büyük suçların dine karşı işlendiğinin kabul edildiği dönemlerde, sadece belirli düşünceleri savunan ve açıklayan kişilerin bu yüzden cezalandırıldıkları görülmüştür⁶⁰. Günümüzde düşünce ve niyetlerin bireyin özgürlük alanında kaldığı ve ceza hukukunu ilgilendirmediği kabul edilse de açıklanış biçimleri bakımından bazı görüş ve düşüncelerin insanları eyleme sürükleyebileceği de belirtilmiştir⁶¹. Bu itibarla, “*yakın ve halen mevcut bir tehlike taşıdıkları ve bu bakımdan toplum için zararlı oldukları ve bu sebeple kanunların bu gibi görüş ve düşünceleri yayanları bugün de cezalandırdığı ileri sürülmüş ve bu gibi suçlara “düşünce suçu” adı verilmiştir*”⁶². TCK.’nın 106. maddesi (*Tehdit*), 220. maddesi (*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*) ve 316. maddesinde (*Suç İçin Anlaşma*) yer alan suçların ilk bakışta sadece bir düşünce veya niyeti ya da sadece temel bir hak olan örgütlenmeyi ve anlaşmayı cezalandırdığı düşünülebilir⁶³. Ancak tüm bu durumlarda, yani tehdit etme, örgütlenme ve birleşme hallerinde açığa vurulan bir fiil vardır ve bu fiil kamu düzenini bozacak niteliktedir⁶⁴. Sonuç olarak, propaganda, tehdit, bir araya gelme gibi fiiller dış dünyaya yansındıkları ve “*insanları eyleme teşvik edici açık ve halen mevcut bir tehlike*” yarattıkları için cezalandırılırlar⁶⁵.

Maddi bir fiilin olmadığı yerde suçun ve cezalandırmanın da olmayacağına ilişkin ilkenin ikinci sonucuna göre ise; sadece yaşam tarzları, biyolojik veya psiko-fizyolojik kusurları ya da eksiklikleri ileri sürülerek, tehlikeli oldukları iddiasıyla bireyler suçlu ilan edilemezler⁶⁶. Hiç kimse, ırksal veya etnik kökeni ileri sürülerek ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına konu edilemez, bu sebeplerle kimsenin hakkında koruma tedbiri de uygulanamaz⁶⁷.

⁵⁹ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 78, Düşünce suçları hakkında detaylı bilgiler için bkz. Laura Alessiani, *I Reati Di Opinione Una Rilettura In Chiave Costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

⁶⁰ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 78.

⁶¹ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 78.

⁶² Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 78.

⁶³ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 78.

⁶⁴ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 79, Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 12-13.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 79, Detaylı açıklamalar için bkz. Uğur Alacakaptan, “Fikir ve düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları, çağdaş batı hukukunda bu konudaki düşünce ve uygulamalar, Türk uygulaması ve değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000*, Cilt 2, s.6-32, s. 19 vd.

⁶⁶ Merle/Vitu, *Traité de Droit Criminel Tome I*, s. 576.

⁶⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.121.

Bununla birlikte, suç fiilinin maddi bir karaktere sahip olmasının ceza hukukunun laikleşmesinin bir sonucu olduğunu da belirtmek gerekir. Ahlâk ve hukukun birbirinden ayrı iki disiplin olarak kabul edilmesi ile kamu gücünü kullananların ceza hukukunu bir baskı aracı olarak görmelerinin önüne geçilmiştir. Laik bir ceza hukuku, ne kadar kötü veya sapkın nitelikte olursa olsun, bireylerin sadece bilincinde kalan, dış dünyaya yansımayan niyet ve düşünceler karşısında harekete geçmez, bireyin tipik bir fiilde somutlaşmayan düşünce ve eğilimlerini cezalandıramaz⁶⁸. Bireyin özel alanının dokunulmazlığı ancak bu şekilde sağlanacaktır. Sırf düşünce suçları veya devlet düzeninin değerlerine sadık olmayan davranışları bir tehlikelilik belirtisi olarak kabul eden suç tiplerinin modern ceza hukukunda yeri yoktur⁶⁹. Failin sadece iç dünyası, dış dünyaya yansımamış düşünceleri ile ilgilenen bir ceza hukuku anlayışının otoriter bir devlet düzeninin gerçekleşmesi için sadece bir araç olarak kullanılacağını da ilave etmek gerekir⁷⁰.

Fiil ceza hukuku olarak adlandırılan ve suçun çekirdeğinin hukuki varlık veya menfaatlere zarar veren ya da bunları tehdit eden maddi bir fiilden oluştuğunu kabul eden bu ceza hukuku modeli, liberal ve özgürlükçü ceza hukuku anlayışının ürünüdür⁷¹. Bu özelliği itibarıyla, fiil ceza hukuku keyfi cezalandırmaları önlemeyi amaçlar⁷². Objektif ceza hukuku anlayışının ürünü olan ve hukuki güvenliği de sağlamayı amaçlayan fiil ceza hukuku, suçun subjektif boyutunu yücelten ve cezai sorumluluğu sadece failin kişiliği üzerine kurmayı amaçlayan tüm ceza hukuku sistemlerini kökten ve sert bir biçimde reddeder⁷³. Ceza sorumluluğunu suç oluşturan somut fiiller yerine, failin varsayılan subjektif tehlikeliliğinde veya düzene isyan olarak nitelenen iradesinde arayan ceza hukuku anlayışı özgürlükleri yok eden bir niteliktedir. Takıntılı bir biçimde güvenlik ihtiyacını bireysel özgürlüklerin önüne koyan otoriter ve totaliter devlet sistemleri fiil ceza hukuku modelinin karşısından yer almışlardır⁷⁴. Bu çerçevede Nazi Almanyası'ndaki uygulamaların subjektif ceza hukuku ve fail ceza hukuku anlayışının çok önemli bir örneğini oluşturduğunu belirtmek gerekir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, suçun objektif ceza hukuku anlayışı

⁶⁸ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 202.

⁶⁹ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 202.

⁷⁰ Francesco Palazzo, **Corso di Diritto Penale PG**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, s. 225.

⁷¹ “Baskıcı, ayrıcalıkçı ve özgürlükçü” ceza hukuku sistemleri için bkz. Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 24 vd.

⁷² Giovanni Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, Bari, Editori Laterza, 2017, s.84.

⁷³ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.84, Sergio Seminara, **Il Delitto Tentato**, Milano, Giuffrè Editore, 2012, s.977-978

⁷⁴ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.84-85

ile ele alınması ve bu bağlamda özellikle fiil ceza hukuku modelinin ön plana çıkarılması, suçun sübjektif-psikolojik unsurlarının veya failin suçun işlenmesindeki rolünün inkâr edildiği anlamına gelmez. Fiil ceza hukukunun üstün tutulmasındaki amaç, “*suçun ağırlık merkezinin*” zarar verici fiilden faile kaydırılmasını önlemektir⁷⁵.

Geçmişte fiil ceza hukuku anlayışını ortadan kaldıran anlayışlar ve uygulamalar olduğu gibi, bugün de ceza hukuku korumasının ölçüsüzce öne alınması fiil ceza hukukunun sağladığı güvenceleri erozyona uğratmaktadır.

Tarih içerisinde, kapitalizmin ve sanayileşmenin ilk dönemlerinde, özellikle kentlerde yoksulluğun, sosyal ve ekonomik bozulmanın yaşanması ile suç oranlarında da büyük bir artış gerçekleşmiştir. Hatta bu sosyal bozulmanın zenginler ve yoksullar olmak üzere âdeta iki toplum yarattığı, zenginlerin kanunların himayesinde yaşadığı, yoksulların ise sosyal şartlar sebebiyle kanunları ihlale itildiği belirtilmiştir⁷⁶. Bu şartlar içerisinde ceza hukukunun liberal karakterinden ödün vermemek, bireyleri hayatta kalmak için suç işlemeye iten sebepleri ortadan kaldırmak ve derin bir toplumsal reform gerçekleştirip yoksulluğu azaltmak gerekirken izlenen yol çok farklı olmuştur. Toplumsal refahın artırılması ve reformların yapılması vasıtasıyla sınıfsal farkların en aza indirgenmesi düşüncesi varlıklı ve zengin sınıflar tarafından hoş karşılanmamıştır. Bununla birlikte, suçlulukla mücadelede dikkatin toplumdan suçlu insana (“*l’uomo delinquente*”) çevrilmesi gerektiğini savunan *Cesare Lombroso*’nun görüşleri toplumun zengin sınıfları tarafından övgüyle karşılanmıştır⁷⁷. İnsandaki fiziksel anomaliler doğuştan suçluyu (“*delinquente nato*”) belirlediği ve “*suçlu insan*” zaten suçlu olarak doğduğu için toplumsal reformlar aracılığıyla toplumu dönüştürmenin gereği ve bir anlamı da kalmamaktadır⁷⁸.

Lombroso, ünlü eseri *Suçlu İnsan*’ın giriş kısmında bir haydutun otopsi esnasında kafatasını incelerken bulduğu anomaliler üzerine şu tespitlerde bulunmaktadır; “*Bu basit bir fikir değil, bir aydınlanmaydı. Bu kafatasını görünce âdeta parlak bir gökyüzünün altındaki uçsuz bucaksız bir ova gibi birden*

⁷⁵ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.85.

⁷⁶ Giorgio Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, **Riv. It. Dir. Proc. Pen.**, Fasc.1, Gennaio-Marzo 2011, s. 1-24, s.12-13.

⁷⁷ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 14.

⁷⁸ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 14.

aydınlanmışım, suçlunun doğası sorununu çözmüştüm. Kişide ilkel insanın ve alt gruptaki hayvanların vahşi içgüdülerini yeniden canlandıran kalıtımsal bir varlıktı bu. Suçlularda, vahşilerde ve maymunlarda görülen iri çenelerin, büyük elmacık kemiklerinin, belirgin kaş kemerlerinin, avuç ayalarındaki tekil çizgilerin, göz çukurunun aşırı büyüklüğünün, kepçe veya yapışık kulakların, acıya duyarsızlığın, sıra dışı denecek kadar keskin bakışların, dövmelemin, aşırı tembelliğin, sefahat düşkünlüğünün, kurbanın hayatına son verme, hatta cesedi kesip biçme, etini parçalama ve kanını içme arzusunun açıklaması buydu işte”⁷⁹. İlk defa 1876 yılında yayınlanan “Suçlu İnsan” adlı eseri ve görüşleriyle Lombroso ceza hukukunda Pozitif Okul’un öncüsü olmuş ve fiziksel ve biyolojik faktörlerin suçlu davranışın tespitinde belirleyici olduğu görüşünü savunmuştur⁸⁰. Özellikle Cesare Lombroso ve suçluluğun antropolojik bir bakış açısıyla değerlendirilmesini hukuksal bir temele oturtmaya çalışan⁸¹ Enrico Ferri ile Raffaele Garofalo tarafından temsil edilen Pozitif Okul, ceza hukuku sistemini ve suça bakışı değiştiren bir anlayış ortaya koymuştur⁸². XIX. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa’da gelişen pozitivist felsefeden kaynaklanan Pozitif Ceza Hukuku Okulu, pozitivist kriminoloji anlayışıyla da özdeşleşmiştir⁸³. Pozitif Okul’a göre; “suç işleyen insan antropolojik veya sosyal nedenlerle topluma zarar verecek hareketleri işleme eğiliminde olduğu için sosyal olarak tehlikeli bir niteliktedir”⁸⁴. Bu itibarla, “suçlu insana ait doğuştan gelen suç işlemeye yönelik bu eğilim, failin sübjektif tehlikeliliğini bertaraf edecek ve toplumu koruyacak araçlarla karşılanmalıdır”⁸⁵. Dolayısıyla pozitivistlerin suçu tamamen faile ve onun tehlikeliliğine dayandırmaları⁸⁶ fiil ceza hukuku anlayışından ve sağladığı güvencelerden uzaklaşılması anlamına gelmektedir.

⁷⁹ Cesare Lombroso, **Suçlu İnsan**, Çev. İsmail Hakkı Yılmaz, İstanbul, AlBaraka Yayınları, 2022, s. 13.

⁸⁰ Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, **Diritto Penale Parte Generale**, Bologna, Zanichelli Editore, 2009, s. XXV, Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Hasan Sınar/R. Murat Önok/R. Barış Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I, Giriş-Tarihçe-Kaynaklar- TCK’nın Uygulanması**, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 82 vd.

⁸¹ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 124.

⁸² Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. XXIV, Nevzat Toroslu, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1988, s. 367-377, s. 370 vd, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, s. 82 vd.

⁸³ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. XXIV vd.

⁸⁴ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. XXV, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, s. 83 vd.

⁸⁵ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. XXV, Pozitivist okulun ceza hukukuna etkisi ve bu okula eleştiriler hakkında bkz. Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 96 vd., Ceza hukukunda okullar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Mario La Monica, **Introduzione Al Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2002.

⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 70.

XX. yüzyılda otoriter ve baskıcı rejimlerin yükselişi, ceza hukukunda da otoriter anlayışların egemen olmasına ve fiil ceza hukuku anlayışından uzaklaşmaya sebebiyet vermiştir. Özellikle Nazi Almanyası'nda 1800'lü yılların liberal ceza hukuku anlayışı terk edilmiş, kıyas yasağı kaldırılarak suçta ve cezada kanunilik ilkesi çiğnenmiş ve fiil ceza hukukunun yerini iradeye dayalı ve fail tiplerine dayanan bir ceza hukuku anlayışı almıştır⁸⁷. Bu kapsamda, suç işlemeye yönelik irade her ikisinde de aynı olduğu ileri sürülerek suça teşebbüs ve tamamlanmış suça aynı cezalar öngörülmüştür. Böyle bir anlayışta, ceza hukuku artık hukuksal değerlerin korunması için işlev görmemektedir. Aksine, cezalandırma “*toplumun düşmanları*” olarak nitelenen kişilere karşı, toplum aleyhine ortaya koydukları kötücül iradeye karşı yapılacaktır⁸⁸.

Günümüzde de uluslararası bir boyut kazanan terörist faaliyetler, artan örgütlü suçluluk, yasadışı göç gibi etkenlerle mücadele etmek için devletlerin fiil ceza hukukundan uzaklaşan ve faili ve onun tehlikeliliğini merkeze alan kanuni düzenlemelere ve uygulamalara başvurduğu gözlemlenmektedir. Son dönemlerde mafya tipi suç örgütlenmesinin ve terör amaçlı örgütlü suçluluğun artması ile bu suçların uygulamada çok bastırıcı bir şekilde cezalandırıldığı, demokratik devlet sisteminin otoriterleştiği de gözlemlenmektedir. Bu çerçevede özellikle örgütlü suçlulukla mücadelede, toplumsal beklentilerin ve kaygıların da etkisiyle liberal ceza hukuku anlayışından uzaklaşıldığını, fiilden çok faile önem veren bir eğilimin oluştuğunu ve âdeta fiil ceza hukuku düşüncesinin hayata geçirildiği belirtmek isteriz⁸⁹. Öte yandan, günümüz toplumundaki yeni tehditlere karşı ceza hukukunda suçu önleyici düzenlemelerin yapılmasının da gerekli olduğu savunulmaktadır. Bu itibarla, bazı hallerde cezalandırma alanının öne çekilmesi ihtiyacı doğmakta, güncel ihtiyaçlara fiil ceza hukuku modelinin her zaman etkin bir biçimde karşılık veremediği ileri sürülmektedir. Dahası, zarar suçlarının her zaman hukuksal değerlerin korunmasına uygun bir biçimde hizmet etmediği, bu korumanın ancak ceza müdahalesinin öne çekilmesi suretiyle yapılabileceği açıklanmaktadır⁹⁰.

⁸⁷ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 15.

⁸⁸ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 15.

⁸⁹ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.85-86, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, s. 131 vd.

⁹⁰ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.86 vd.

Dönmezer/Erman'ın da ifade ettiği üzere, XXI. yüzyıldaki siyasi ve teknolojik gelişmeler, bilgisayar ve iletişim teknolojilerinin yaygınlaşması, yeni suç işleme yöntemlerinin ortaya çıkması gibi sebepler, siyasal iktidarların liberal bir anlayıştan uzaklaşmasına ve adı geçen sebeplerin doğurduğu suçluluğu ağır cezalarla karşılamasına sebep olmuştur⁹¹. Ceza hukukunda liberal yaklaşımdan uzaklaşılmasının bazı sonuçları olduğu aktarılmıştır⁹². Bu kapsamda, öncelikle korunması veya mücadele edilmesi gerektiği ileri sürülen her türlü amacın ceza hukuku kuralları ile karşılanması sonucu ceza hukukunda bir “*esnekleşme*” eğilimi oluşmuştur. Bunun yanında, hukuk ve ahlak arasındaki ayrımın giderek ortadan kalktığı ve bunun da ceza hukukunda bir “*ahlakileşme*” sonucu doğurduğu vurgulanmaktadır. Ceza hukukunun *ultima ratio* olması niteliği çiğnenerek, ölçüsüzce çok fazla suç normu yaratıldığı⁹³, bireysel hak ve özgürlüklere ait güvencelerin sarsıldığı ve bu durumun da “*maddecileşme*” olgusuna yol açtığı da belirtilmiştir. Son olarak, ceza hukukunda liberal anlayıştan uzaklaşan akımların, bir “*öznelleşme*” ortaya çıkardığı, ceza kanunlarında gün geçtikçe failin iç dünyasına dayanan ve “*terörist, pedofil, uyuşturucu tarici*” gibi kişilik kategorilerine yer veren suç düzenlemeleri yapıldığı açıklanmıştır⁹⁴.

Suç siyasetindeki yeni eğilimler çerçevesinde; hukuksal değerlerin önleyici bir biçimde korunması için tehlike suçlarının sayısında büyük bir artış görülmekte, araçsal/ara hukuksal değerlerin (“*beni giuridici strumentali/beni giuridici intermedi*”) ceza hukuku sisteminde daha fazla yer almaya başladığı ve bu durumun da ceza müdahalesini öne çektiği tespit edilmektedir. Bununla beraber, güvenlik tedbirlerine de daha fazla başvurulmaktadır. Bu itibarla, özellikle suç öncesi (“*ante delictum*”) yeni kontrol araçlarının devreye girmesi ile ceza hukukunun koruma alanının genişlediği ve önleyici bir ceza hukukunun (“*diritto penale della prevenzione*”) karşısında bulunduğumuzu belirtebiliriz. Son olarak bu durum, yukarıda da vurguladığımız

⁹¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, s. 131 vd.

⁹² Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, 2009, s. 273, aktaran Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, s. 132, 400 no’lu dipnot.

⁹³ *Alacakaptan*’ın ifade ettiği üzere, yasa koyucunun asla müdahale etmemesi gereken alanları düzenlemesi bir “*ceza hukuku enflasyonu*”na yol açmakta, ceza hukuku *ultima ratio* özelliğini kaybedip, tek çare; *sola ratio* haline gelmektedir. Uğur Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, Ankara, 2008, s. 365-407, s. 366.

⁹⁴ Açıklamalar için bkz. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, s. 132 vd.

üzere, ceza hukukunda dikkatin icra edilmiş somut fiilden faile yöneltilmesine sebep olmakta ve bireysel özgürlükler aleyhine önemli sorunlar da ortaya koymaktadır⁹⁵.

Ceza hukuku güvenlik ve özgürlükler arasındaki dengeyi sağlarken, korumanın alanını özgürlükler aleyhine ölçüsüzce genişletmemek gerekir. Ceza hukuku koruması, ancak belirli ve açık hukuksal değerlerin korunması amacıyla ve anayasal ilkeler çerçevesinde olmak kaydıyla istisnai olarak hazırlık hareketlerine kadar çekilebilir. Ceza hukukundaki otoriter gelişmeler ve hazırlık hareketlerinin ceza kanunlarında müstakil suç olarak düzenlenmesinin ölçütleri tez çalışmamızın ikinci bölümünde daha detaylı olarak irdelenmektedir. Son olarak şunu da vurgulamak isteriz ki, ceza hukuku korumasının hazırlık hareketlerine kadar çekilmesi, fiil ceza hukuku ilkelerinden sapmadan, anayasal nitelikteki ihlal edicilik, ölçülülük, orantılılık, cezalandırmanın son çare olması ilkeleri çerçevesinde ve insan haklarına saygı ve insan onurunun korunması bağlamında istisnai olarak söz konusu olabilir.

2. Fiil Ceza Hukuku ve Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Olarak Cezalandırılması Arasındaki Uyumsuzluk

Hazırlık hareketlerinin müstakil olarak cezalandırılması, hukuksal değerlerin zarara uğratılması veya en azından tehlikeye sokulması üzerine kurulu klasik suç teorisinin temelleri ile uyumsuzluk ve karşıtlıklar ortaya koyduğu için ceza hukuku öğretisinde ihtiyatla karşılanmaktadır⁹⁶. Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması ile cezai koruma, hukuksal değere verilen zararın ve hatta cezalandırılabilir teşebbüsün de önüne çekildiği için, bu tekniğin zarar esasına üzerine kurulu klasik ceza hukuku ve ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelerle çeliştiği yönünde öğretilde şüpheler doğmuştur⁹⁷.

Fiilin ihlal ediciliği üzerine kurulu ve fiil ile yaptırım arasında makul bir ölçünün bulunması gereken bir ceza hukuku sisteminde, bu şüphelerin önüne geçilebilmesi için, hazırlık hareketlerinin özel bir denetim ve çok özenli bir inceleme sonrası ancak istisnai olarak yasalastırılması mümkün olabilir. Ancak bu şekilde bu istisnai suç tiplerinin anayasal ilkelerle çelişmesi ve bireysel tehlikelilik ya da salt irade üzerine

⁹⁵ Marco Pelissero, (Carlo Federico Grosso/Marco Pelissero/Davide Petrini/Paolo Pisa), **Manuale Di Diritto Penale PG**, Torino, Giuffrè Editore, 2013, s. 74.

⁹⁶ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 172.

⁹⁷ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 172.

kurulu bir ceza hukuku sistemine yönelik engellenebilir⁹⁸. Hazırlık hareketlerini müstakil olarak cezalandıran suç tipleri ile fiil ceza hukuku arasındaki uyumsuzluğun ve karşıtlıkların sebeplerini de açıklamak gerekmektedir.

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra Kıta Avrupası'nda ve İtalya'da fiil ceza hukuku anlayışı ceza hukukunun özgürlükçü bir karakter kazanmasında çok önemli bir rol oynamıştır. Bu anlayışa göre, ceza hukuku; icra edilmiş ve hukuksal değeri ihlal eden fiillere tepki gösteren, “*reaktif*” bir hukuk dalıdır⁹⁹. Bununla beraber, ceza hukukunun icra edilmiş ve suç teşkil eden somut bir fiile tepki gösteren bir özellikte olması, ceza yaptırımlarının genel ve özel bir önleme işlevi göstermesini engellemez. Cezanın kanunlarda yer alması ve uygulanmasının gösterdiği korkutucu özelliği, suç işleme eğiliminde bulunan kişiler için bir genel önleme işlevi gerçekleştirir. Suç işleyenlerin cezalandırılacakları inancının yerleşmesi gelecekte işlenecek suçların engellenmesi açısından bir genel önleme işlevi görür. Bunun yanında, cezanın aynı suçlunun ileride tekrar suç işlemesini engelleyici ve onu iyileştirmek suretiyle yeniden topluma kazandıran bir özel önleme işlevi de vardır¹⁰⁰. Ancak ceza yaptırımının gerekli olup olmadığı ve ağırlığı her zaman fail tarafından önceden işlenmiş somut bir fiile göre belirlenecektir. Tekrar ifade etmek gerekirse, aydınlanma düşüncesinin ürünü olan suç tanımına göre, bir suçun varlığı için hukuksal değer somut olarak ihlal edilmesi şarttır. Bu hukuksal değer de belirli bir dönem yasama gücünü elinde bulunduran kanun koyucunun belirlediği bir kural değil, anayasada yer alan bir hukuksal değer olmalıdır¹⁰¹.

Fiil ceza hukuku modelinde, ceza hukuku harekete geçmek ve müdahale etmek için ya hukuksal değere zarar verici bir fiilin gerçekleşmiş olmasını ya da hukuksal değeri doğrudan doğruya ve yakın bir tehlikeye sokan¹⁰² (veya başka bir tabirle çok yakın bir zararın tehlikesini oluşturan¹⁰³) bir fiilin icra edilmesini bekler. Hukuksal değeri doğrudan doğruya ve yakın bir tehlikeye sokan ve tipikliği de genişleten bu fiil ceza kanunda genellikle suça teşebbüs hükmü olarak düzenlenir¹⁰⁴. 5237 sayılı

⁹⁸ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 172.

⁹⁹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 176.

¹⁰⁰ Demirbaş, s.622-623.

¹⁰¹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 176.

¹⁰² “*Pericolo immediato*”

¹⁰³ “*Pericolo di un danno imminente*”

¹⁰⁴ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 176-177.

TCK.'nın 35. maddesinde de fiilin elverişli hareketlerle ve doğrudan doğruya icrasına başlanması halinde suça teşebbüs olacağı belirtilmiştir. Aynı yönde İt. CK.'da da suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için kanunun 56. maddesinde elverişlilik (*idoneità*) ve şüpheye yer vermeme (iltibasa yol açmama, tek yönlü olma, *univocità*) koşulları aranmıştır.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ise, tamamen farklı bir anlayışın ürünüdür. Bu normların düzenleniş amacı gelecekte işlenecek suçların önlenmesine yöneliktir. Hazırlık hareketlerini düzenleyen suçlar ceza hukukuna tamamen önleyici bir işlev kazandırır¹⁰⁵. Ancak buradaki önleyicilik, yukarıda bahsettiğimiz ceza yaptırımının sağladığı, yeni suçların işlenmesi hakkındaki önleyicilikten farklıdır. Müstakil suç olarak düzenlenen hazırlık hareketleri sayesinde aynı fail veya başka faillerin ileride işleyecekleri suçların aracı olan hareketler önlenmektedir¹⁰⁶. Bu önleyici cezalandırma tekniği, hukuksal değerlerin çok etkin bir şekilde korunmasını sağlarken temel hak ve özgürlükler açısından büyük riskler de taşımaktadır. Fiil ceza hukuku anlayışının fail ceza hukuku ve sadece iradeye dayalı ceza hukuku anlayışının antitezi olduğu önemle belirtilmelidir.

Bu kapsamda, ceza hukukunun müdahalesi hazırlık aşamasına kadar çekilirken, ceza hukukunun hümanist ve özgürlükçü karakterinden uzaklaşıp otoriter uygulamalara yol açması riski göz ardı edilmemelidir. Hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak cezalandırılmasının özgürlükçü ceza hukuku ile polis devleti hukuku arasındaki sınırı kaldırmaya hizmet edebileceği ve bunun da ceza hukuku tarihinde âdeta bir geriye gidiş anlamına geleceği endişesi ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. Bu endişenin haklı ve gayet yerinde olduğunu vurgulamalıyız. Tarihte örnekleri görüldüğü üzere, ceza hukuku kimi zaman bir baskı aracına dönüşmüş, toplum için tehlikeli olduğu düşünülen kişiler veya potansiyel mağdur alanına çok uzak olan fakat antisosyal olarak nitelenen fiiller, cezai korumanın çok öne çekilmesi suretiyle cezalandırılmıştır.

Bununla beraber cezalandırmanın merkezi hazırlık hareketleri olunca, suça ilişkin kanıtların da zaruri olarak potansiyel suç failinin özel hayat alanında ve daha

¹⁰⁵ Soner Demirtaş, **Tehlike Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 58 vd., Osman Gazi Ünal, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 195 vd.

¹⁰⁶ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 177, Ünal, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, s. 196, Demirtaş, s. 58.

¹⁰⁷ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 177.

çok da konutunda arandığı görülmektedir. Örneğin ruhsatsız silah bulundurma suçunun etkili bir cezalandırma sağlayabilmesi ve bu silahları bulunduranlar tarafından ileride işlenecek suçların önlenebilmesi için kolluk kuvvetlerini şüphelilerin konutunda araştırma yapacak yetkilerle donatmak gerekecektir¹⁰⁸. Özellikle örgütlü suçlulukla mücadelede örgüt üyeliğinin kanıtlanabilmesi için telefon veya ortam dinlemesi gibi tedbirlerin uygulanması kaçınılmaz olacaktır. Bu yöndeki tedbirlerin uygulanmaması halinde ise, hazırlık hareketlerini cezalandıran müstakil suç tipleri sadece kâğıt üzerinde kalan ve etkisi olmayan önleme araçlarına dönüşeceklerdir¹⁰⁹. Dolayısıyla özellikle cezai korumayı ölçüsüz bir biçimde öne çeken bir ceza normu aracılığıyla, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya haberleşme hürriyeti gibi anayasal hakların ihlal edilmesi riski ortaya çıkabilir¹¹⁰.

Bu kapsamda, devletin cezalandırma yetkisinin sınırlarını ve bu yetkiye yön veren ilkeleri belirlemek gerekmektedir. Ceza hukuku temel hak ve özgürlükleri koruma işlevini görürken, bir yandan da bunların sınırlandırılmasına neden olur¹¹¹. Ceza hukukunun bu özelliği, bazı dönemlerde siyasal iktidarların elinde bir silaha dönüşmüştür. Bu itibarla asıl görevi bireyin haklarını korumak olan ceza hukuku, farklı devlet rejimlerinde bir baskı ve sindirme aracına da dönüşmüştür¹¹². Ceza hukukunun bu araçsal niteliği bireye karşı devleti koruma anlayışı çerçevesinde sıkça kendisini göstermiştir¹¹³. Devletin yapısı, her toplumun ve dönemin ideolojik anlayışı, doğal olarak hukuk düzenini ve ceza kanunlarını da etkilemektedir. Ülkenin politik şartları, insan hakları alanındaki olumlu ya da olumsuz gelişmeler derhal ceza hukukuna da yansımaktadır¹¹⁴. Bu yansımalar, yasa koyucuyu etkilediği gibi, yasaları uygulayanları da etkilemekte ve dönemselsel olarak özgürlüklerin kullanılması daha daraltıcı ya da genişletici bir hale gelebilmektedir¹¹⁵. Bu çerçevede, “*devletin cezalandırma yetkisini hukuk devletinin gereklerine uygun ve insan haklarına saygılı*

¹⁰⁸ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 178, Demirtaş, s. 59.

¹⁰⁹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 178.

¹¹⁰ Bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, s. 140-142.

¹¹¹ Türkan Yalçın Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 401-433, s. 402, Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, s. 5.

¹¹² Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, s. 5.

¹¹³ Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, s. 402.

¹¹⁴ Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, s. 402-403.

¹¹⁵ Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, s. 403.

bir şekilde kullanmasını sağlayacak düzenlemelere ve mekanizmalara” ihtiyaç vardır¹¹⁶. Bu mekanizmalardan birisini oluşturan, anayasal temele sahip, insan haklarının korunması ve adaletin gerçekleştirilmesi görevini de gören ihlal edicilik ilkesi, alt başlıklarda ele alınacaktır.

II. Suç Siyasetine Yön Veren Bir İlke Olarak İhlal Edicilik

A. Genel Olarak

Anayasal bir ilke olan ihlal edicilik ilkesi¹¹⁷ ve suçu anayasada yer alan hukuksal değeri veya değerleri ihlal eden fiiller olarak tanımlayan liberal suç modeli, kanun koyucunun suç yaratma tekelinin önemli bir sınırını oluşturmaktadır. İhlalsiz suç olmaz (“*non c’è reato senza offesa a un bene giuridico*”) ilkesi, kanun koyucuyu ve yargıcı bağlayıcı bir özellik göstermektedir. Bu çerçevede, yasa koyucu suç yaratırken ancak hukuksal değeri zarara uğratan ya da en azından tehlikeye sokan fiilleri suç olarak düzenleyebilecektir (soyut ihlal edicilik, “*offensività in astratto*”). Yargıç da somut olayda her bir suç tipini korunan hukuksal değer yardımıyla yorumlayacak ve ihlal edici olmayan davranışları ceza normunun koruma alanı dışında bırakacaktır¹¹⁸. Bu itibarla, yargıcın her somut olayda fiilin korunan hukuksal değeri gerçekten zarara uğrattığını veya tehlikeye soktuğunu doğrulaması gerekir (somut ihlal edicilik, “*offensività in concreto*”)¹¹⁹. İhlal edicilik ilkesinin anayasal bir dayanağa sahip olması kanun koyucunun ve yargıcın baskıcı, otoriter bir anlayış göstermesinin önünde engeldir. Bununla birlikte, yasa koyucuya yönelik olan soyut ihlal edicilik ilkesinin

¹¹⁶ Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, s. 5.

¹¹⁷ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 184 vd., Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.150 vd., Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Milano, Giuffrè Editore, 2009, s. 190 vd., Tullio Padovani, **Diritto Penale**, Milano, Giuffrè Editore, 2012, s. 139 vd., Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 103 vd., Vittorio Manes, **Il Principio di Offensività Canone di Politica Criminale, Criterio Ermeneutico, Parametro di Ragionevolezza**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2005, Fabrizio Ramacci, **Corso di Diritto Penale**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, s. 35 vd., Palazzo, **Corso...**, s. 61 vd., Hafızoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 210 vd., Özkan, s. 164 vd., Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 20, Sayı 69, 2007, s. 55-96, s. 59 vd.

¹¹⁸ Marinucci/Dolcini, **Corso di Diritto Penale 1**, s. 449-450.

¹¹⁹ Francesco Bellomo, **Nuovo Sistema Del Diritto Penale Volume I, Principi e Legge Penale**, Bari, Diritto e Scienza SRL, 2010, s. 214-215.

ceza normunun belirlenmesinde ve suç siyasetinin tercihlerinde sınırlayıcı bir işlev gördüğünü vurgulamak gerekir¹²⁰.

Anayasal demokratik bir hukuk düzeninde, ihlal edicilik ilkesi, insan haklarını korumaya ve adaleti gerçekleştirmeye hizmet eder. *Kuçuradi*'nin de ifade ettiği üzere, adalet; “*toplumsal, hukuksal, siyasal kararları ve eylemleri belirleyen ilkelerin*” temel insan haklarının gerektirdiği ilkeler olması talebini ortaya koymaktadır¹²¹. Belirli bir tarihsel dönemde, toplumsal-siyasal ilişkinin niteliklerini belirleyen ilkeler, insan haklarını gerçekleştirme olanağını sağlayan ilkeler olmalıdır¹²². İhlal edicilik ilkesi bağlamında, ancak kaynağını anayasadan alan değerlerin ceza normunda korunabileceği ve bu değerleri ihlal etmeyen, insan haklarına aykırı suçlar yaratılamayacağı için, kanaatimizce suç siyasetinin sınırını oluşturan ihlal edicilik ilkesi adaletin gerçekleştirilmesi yolunda önemli bir göreve sahiptir.

Günümüzde hukuksal değerlerin etkin bir biçimde korunması için sadece hukuksal değer maruz kaldığı zararın cezalandırılması, bu itibarla ceza hukukunun sadece baskıcı, tenkil edici bir özellikte olmasının yeterli olmadığı savunulmaktadır. Birincil ve vazgeçilmez nitelikte hukuksal değerlerin korunması, geri dönülemez sonuçların engellenmesi için ceza hukukunun önleyici bir işlev de üstlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum da cezalandırma alanının öne çekilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu çerçevede korunan hukuksal değer hangi sınır, eşiğe kadar korunacağı, cezai korumanın hangi basamağa, dereceye kadar öne kaydırılacağı sorunu doğmaktadır. İşte bu sorunun çözümünde ihlal edicilik ilkesi önemli bir parametre olmaktadır. Hukuksal değer korumasının ceza normunda hangi alana kadar çekileceği ihlal edicilik ilkesi sayesinde belirlendiği ve istisnai olarak cezalandıran hazırlık hareketlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ihlal edicilik önemli bir ölçüt olduğu için, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması konusunun incelenmesi için öncelikle bu ilkenin ele alınması kaçınılmazdır.

¹²⁰ Pelissero, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 53, Erkan Sarıtaş, **Suçun Yapısında Hareketin Konusu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 326 vd.

¹²¹ İoanna Kuçuradi, “Adalet Kavramı”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2018, s. 27-39, s. 36.

¹²² Kuçuradi, “Adalet Kavramı”, s. 36.

İhlal edicilik, sadece başkalarına zarar veren ihlal edici fiillerin (*harm to others*)¹²³ cezalandırılması gerektiğini belirten “*neminem laedere*” (başkasına zarar vermeme) ilkesi ile bağlantılıdır¹²⁴. İngiliz filozof *John Stuart Mill*’in ortaya koyduğu ve Anglosakson ülkelerde büyük tartışmaların konusu olan zarar ilkesi (*harm principle*), başkalarına zarar vermeyen davranışlar için, kişilerin özgürlüğünden feda edilemeyeceğini öngörmektedir¹²⁵. Liberal bir siyasi düşüncenin ürünü olan bu anlayış, ceza kanuna kötülükle savaşma ve egemen moral değerleri destekleme görevi yükleyen düşüncenin tam karşısında yer alır¹²⁶. Dolayısıyla zarar ilkesini kabul eden düşüncenin ceza hukukunun laikleşmesinin bir uzantısı olduğunu, hukuk ve ahlak, suç ve günah kavramlarını birbirinden ayırdığını ve dış dünyaya yansımamış bireysel tercihleri cezalandırma alanı dışında tuttuğunu belirtmek gerekir¹²⁷.

Suçun günahla eş olduğunu savunan düşüncenin terk edilmesi ve toplum için zarar verici bir fiil olduğunun kabul edilmesi, çağdaş ceza hukukunun ürünüdür. Bu sayede, ilahi kurallara aykırılık oluşturan davranışların veya bireyin zihninde kalan düşüncelerin cezalandırılması engellenmiş, sadece bireysel veya toplumsal menfaatlere zarar veren fiillerin suç olarak kabul edilmesi sağlanmıştır¹²⁸. Başka bir ifadeyle; bir davranış dinsel kurallara veya ahlaki davranış normlarına aykırı olması dolayısıyla kınanabilir olsa da başkalarına zarar verici, sosyal açıdan zararlı olmadıkça cezalandırılmaz¹²⁹.

Ceza hukukunun, ahlak ve dinden ayrılarak özerk bir duruma gelmesi aydınlanma çağı ve liberal düşüncenin benimsediği ilkelerin bir sonucudur. Bu ilkeler doğrultusunda, ceza hukuku belirli bir ahlaki yapıyı korumayı değil, bireyler için zararlı olabilecek fiillerin icrasını engellemeyi amaçlar. Devletin, bireylerin düşünce biçimlerine, ahlaki yapısına müdahale etmemesi, “*paternalist*” ve baskıcı bir biçimde davranmaması, düşünce özgürlüğünün ve bireysel hürriyetlerin de güvencesini

¹²³ *Harm principle* (zarar ilkesi) ve *offensività* (ihlal edicilik) arasındaki ilişkiler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Martina Lavacchini, **La Legittimazione Dell’Intervento Penale Tra Offensività e Harm Principle**, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Trento, 2016/2017.

¹²⁴ İlhan Bulut, **Suçta Netice**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 102-104.

¹²⁵ John Stuart Mill, **Özgürlük Üstüne**, çev. Alime Ertan, Ankara, Belge Yayınları, 2000, s. 11-28, Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 204.

¹²⁶ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 70.

¹²⁷ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 203.

¹²⁸ Marinucci/Dolcini, **Corso Di Diritto Penale 1**, s. 429.

¹²⁹ Giovanni Fiandaca, “Laicità del Diritto Penale e Secolarizzazione dei Beni Tutelati”, **Studi in Memoria di Pietro Nuvolone**, Volume Primo, Milano, Giuffrè Ed., 1991, s.165-195, s. 170.

oluşturacaktır¹³⁰. Ceza hukuku sadece, vatandaşların temel haklarına karşı, hak sahibi olmayan başka kişiler tarafından yapılan ciddi ihlalleri savunmak için müdahalede bulunabilir¹³¹.

Zarar ilkesini savunan görüş uyarınca, sadece sosyal olarak zarar verici fiiller suç oluşturabilirler. Sosyal olarak zarar vericilik ise, bir kişinin doğrudan bir başkasının haklarını zarara uğratması olarak algılanmalıdır. Bu itibarla, somut etkileri olmayan bir davranış ciddi bir biçimde ahlak dışı olsa da devletin cezalandırma yetkisine girmemelidir¹³².

John Stuart Mill'den kaynaklanan zarar ilkesi teorisi, Amerikalı hukuk felsefecisi *Joel Feinberg* tarafından yeniden ele alınmış ve geliştirilmiştir. *Feinberg* zararın, kişisel refah veya toplumun bütününün iyi işlemesi ile ilgili menfaatlerin haksız bir biçimde zedelenmesi olarak tanımlamaktadır¹³³. Bu çerçevede, zararın ceza hukuku açısından bir önem taşıması için, menfaatin ciddi anlamda kalıcı ve tutarlı olması gerekir. Bununla birlikte bu menfaatin her bireyin “yaşamı ve refahı için başlıca bir şart mertebesinde bulunması” ve “cezalandırılmasının gerekliliği hakkında geniş bir toplumsal kabulün” olması gerekmektedir¹³⁴. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, mülkiyet gibi bireysel menfaatler ya da toplum barışı, güvenliği, devlet kurumlarının düzenli işleyişi gibi kolektif menfaatler bu kapsamda sayılabilir¹³⁵.

İhlal edicilik ilkesinin zarar ilkesi ile bağlantılı olduğunu yukarıda belirtilmiştir. Gerçekten bu iki ilke de zarar verici davranışı gerçekleştiren failin dışında, ona yabancı olan bir menfaate yapılan ihlali cezalandırmayı öngörmektedir¹³⁶. Anglo-Amerikan Hukukunda cezalandırmanın temelini zarar ilkesi (“*danno ad altri*”) olduğu savunulmuş buna karşılık Kıta Avrupası’nda genel eğilim hukuksal değerlerin korunması ve bunlara yapılacak ihlallerin cezalandırılması yönünde olmuştur¹³⁷.

İhlal edicilik ilkesinin İtalyan Ceza Hukuku kültürünün önemli bir parçası olduğunu belirtmekte fayda vardır, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan ve

¹³⁰ Fiandaca, “Laicità del Diritto Penale e Secolarizzazione dei Beni Tutelati”, s.171.

¹³¹ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 203.

¹³² Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.70.

¹³³ Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law*, aktaran Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.71.

¹³⁴ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.71.

¹³⁵ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s.71-72.

¹³⁶ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 204.

¹³⁷ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 57.

norm denetimini gerçekleştiren anayasa mahkemesi ile otoriter bir nitelikteki ceza kanunun bir arada olabilmesi ihlal edicilik ilkesi sayesinde gerçekleşmiştir¹³⁸. İtalyan öğretisinin suç ve ihlal edicilik arasındaki ilişkilere odaklanmasının sebebi aslında teorik değil pratik gereklerden kaynaklanmıştır. II. Dünya Savaşı sonrası, dönemin kanun koyucusunun süregelen ataleti üzerine, otoriter bir kökeni olan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun uygulanması ile ilgili öğretilerde çalışmalar yapılmıştır. *Rocco Kanunu* olarak da adlandırılan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan zarar verici içerikten yoksun, sırf önleme amacı taşıyan ve kabul edilemez derecede baskıcı bir karaktere sahip suç tiplerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ihlal edicilik ilkesinin bir ölçüt olacağı ileri sürülmüştür¹³⁹. Bununla birlikte, yargıcın suç tiplerini ihlal edicilik ilkesine göre değerlendirebileceği de savunulmuştur¹⁴⁰. Bu görüşlerin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaması için ihlal ediciliğin anayasal ve yasal dayanaklara sahip olması gereği ortadadır.

B. İhlalsiz Suç Olmaz (*Nullum Crimen Sine Iniuria*)

Bir suçun varlığı için; maddi nitelikte, tipte belirlenen unsurlara uygunluk gösteren ve ihlal edici bir fiilin bulunması gerekir. Bu özellikler, fiilin objektif açıdan ele alınmasında yerine getirilmesi gereken olmazsa olmaz koşullardır. Ceza hukukunun gelişimi içerisinde, suçu “*sadece bir ödeve aykırılık*” olarak kabul eden anlayışlar ile fiilin ihlal edici olması gerektiğini savunan özgürlükçü anlayış karşı karşıya gelmiştir¹⁴¹.

Özellikle totaliter devlet düzenlerinde, suç sadece bir ödeve aykırılık olarak algılanmış, suçun devletin koyduğu düzenlemelere *itaatsizlik* veya *sadakatsizlik* olduğu ileri sürülmüştür. Bu anlayışa göre suç, toplumsal iradeye karşı koyma, başkaldırma olarak algılandığından, suçun oluşması için somut bir menfaatin ihlal edilmiş olması şartı aranmamıştır¹⁴². Failin kişiliğini bir suçluluk belirtisi olarak kabul eden ve sırf önleyici bir amaç güden bu ceza hukuku anlayışında, toplumun korunması ve güvenliğin sağlanması adına bireysel özgürlükler baskı altına alınmıştır. Bu kapsamda elverişsiz hareketlerin bile suça teşebbüs olarak kabul edildiği ve hatta

¹³⁸ Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 204.

¹³⁹ Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 206.

¹⁴⁰ Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 206.

¹⁴¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181, Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.176 vd.

¹⁴² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181.

varsayılan suçun (mefruz-farz edilen suç) cezalandırıldığı görülmektedir¹⁴³. Varsayılan suçun cezalandırılmayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak ceza hukukunu sadece sübjektif açıdan ele alan ve bunu aşırılığa varıran bazı görüşler failin kanunu ihlal etmek yönündeki iradesini açığa vurmuş olması dolayısıyla bu suçların da cezalandırılması gerektiğini savunmuşlardır¹⁴⁴.

Suçun sırf bir ödeve aykırılık olarak kabul eden anlayışın ortaya koyduğu sakıncalar, sadece fiilin maddi bir niteliğine sahip olması kabul edilerek ortadan kaldırılamaz. Çünkü, biçimsel olarak fiilin maddi karakterini kabul eden, ancak dış dünyada gerçekleşen fiilin ihlal edici olmasını aramayan ceza hukuku sistemleri, hazırlık hareketlerini ve suçluluğun belirtisi sayılabilecek haricileşmiş davranışları da cezalandırabilirler. Bu itibarla, bir suçun oluşması için, tipe uygun fiilin maddi anlamda, dış dünyada gerçekleşmesi yeterli olmaz, ceza normunda korunan hukuki değeri zarara uğratması veya en azından tehlikeye sokması; yani ihlal edici olması gerekir. Sonuç olarak, ihlalsiz suç olmaz (*non c'è reato senza offesa, nullum crimen sine iniuria*)¹⁴⁵.

Fiilin ihlal ediciliği, maddi karakterini tamamlayan bir özellik gösterir. Suçun varlığı için maddi bir fiilin aranması ile dış dünyaya yansımayan, bireyin iç dünyasındaki düşünce ve kanaatlerinin cezalandırılması engellenmiş olur. Fiilin ihlal ediciliği ise, maddi nitelikte olsa bile ihlal edicilik göstermeyen davranışların cezalandırılmasını engeller. Bu itibarla, sırf iradeyi esas alan veya tehlikelilik halini cezalandıran suç anlayışının önüne geçilmiş olur¹⁴⁶.

Bununla birlikte, fiilin ihlal ediciliğini, sosyal açıdan tehlikelilik olarak gören anlayış da reddedilmelidir. Bu anlayışa göre, tipik fiilin sadece kanunda korunan menfaati ihlal etmesi yeterli sayılmamakta, somut olayda toplum açısından önemli derecede tehlikeli nitelikte olması da aranmaktadır¹⁴⁷. II. Dünya Savaşı sonrası, özellikle Doğu Avrupa ve Asya'daki sosyalist ülkelerin ceza hukuku sistemlerine egemen olan bu anlayışta, sosyalist toplumun bizzat bir menfaat sahibi olduğu ve kanunda korunan menfaat ile sosyalist toplumun menfaatlerinin çatışma halinde

¹⁴³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181.

¹⁴⁴ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 73.

¹⁴⁵ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181.

¹⁴⁶ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181.

¹⁴⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.181.

olduğu durumlarda, toplumun menfaatinin üstün tutulması gerektiği savunulmaktaydı¹⁴⁸.

Bireyi merkezine alan, insan haklarına saygılı ve özgürlükçü bir ceza hukukunda, suç mevcut düzene itaatsizlik olarak kabul edilemez. Bir fiilin suç oluşturmaları için anayasadan kaynaklanan ve kanunda korunan hukuksal değerleri ihlal etmesi gerekir. Yine yukarıda ifade edildiği gibi, sosyal açıdan tehlikelilik gösteren davranışların suç oluşturduğunu savunan anlayış da kabul edilemez. Modern ceza hukukunda sadece, ihlal edici ve tipe uygun fiiller suç olarak kabul edilir. Fiilin ihlal ediciliği, “suç tipinin diğer kurucu unsurları ile birlikte suçun kurucu bir unsuru olarak kabul edilmeli ve tipikliğin içinde değerlendirilmelidir” (*nullum crimen sine iniuria e lege*)¹⁴⁹. Dolayısıyla, yargıcın her olayda maddi fiilin, tipe uygunluğunu değerlendirdikten sonra, ihlal ediciliğin de somut olarak varlığını denetlemesi gerekmektedir. Bir toplumda bireylerin güvenlik endişesi duymadan, özgürce yaşayabilmesi ancak bu şekilde sağlanır.

Anayasal dayanağa sahip olduğu belirtilen ihlal edicilik ilkesinin üç işlevi olduğu ileri sürülmektedir. Öncelikle bu ilke, ceza kanununun yapılışında ve suçların belirlenmesinde bir ölçüt (*criterio di confermazione legislativa*) olarak kullanılacaktır. Buna göre, kanun koyucu her zaman suçları bir ya da birden fazla hukuksal değere zarar verecek veya bunları tehlikeye sokacak şekilde düzenleyecektir¹⁵⁰. İkinci olarak ihlal edicilik, yargı yerlerinin yorum faaliyetinde de yol gösterici olacaktır (*criterio giudiziario-interpretativo*)¹⁵¹. Bu çerçevede yargıcın ihlal ediciliği olmayan davranışları, korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmayan fiilleri cezalandırma alanının dışında tutması gerekir. Son olarak, ihlal ediciliğin ceza normunun anayasallığının denetiminde bir parametre olarak da kullanılacağı belirtilmektedir¹⁵². Ancak ceza normlarının anayasaya uygunluğu denetlenirken ihlal edicilik ilkesinin tek

¹⁴⁸ Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.183, Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin 11 Aralık 1957 tarihli kanununa göre; bir fiil her ne kadar tipe uygun olsa da “*Alman Demokratik Cumhuriyeti, sosyalist toplum, işçi toplumu veya bireyin menfaatlerine zarar verici sonuçlar doğurmuyorsa*” cezalandırılmaz. Söz konusu kanun maddesi ve kanun maddesiyle ilgili yargı kararları için bkz. Guido Neppi Modona, **Il Reato Impossibile**, Milano, Giuffrè Editore, 1973, s.288, 126. dipnot.

¹⁴⁹ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.182.

¹⁵⁰ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 88-89, Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 209 vd.

¹⁵¹ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 89, bu kriterler suçun hukuki konusu açısından da geçerlidir, Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 194 vd., Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 601 vd., Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216 vd.

¹⁵² Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 89.

başına bir ölçüt olarak kullanılmadığı, başka birtakım ilkelerle beraber ele alındığı görülmektedir.

İhlal ediciliğin mutlak bir değerde olup olmadığı, bu ilkenin istisnalarının bulunup bulunmadığı da tartışma konusudur. İhlal edicilik ilkesi, özellikle İtalyan öğretisinde ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmekte, anayasal dayanağı olduğu ve kanun koyucunun keyfi davranmasının önünde bir sınır teşkil ettiği belirtilmektedir. Ancak bu ilkenin rolünün mutlak bir değerde olmadığı, suç politikasına yön gösterici olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵³. İtalyan Anayasa Mahkemesi, normların anayasaya uygunluğunun denetiminde ihlal edicilik ilkesini doğrudan ve bağımsız bir ölçüt olarak kullanmamakta, ilkeyi ölçülülük, orantılılık gibi başka ilkelerle beraber değerlendirmektedir¹⁵⁴.

C. İhlalin ve Suçun Hukuki Konusu: Hukuksal Değerler

1. Genel Olarak

Öncelikle hukuksal değer teorisinin çok geniş ve ayrı bir araştırma konusu olduğunu belirtmek gerekir¹⁵⁵. Biz çalışmamızın sınırları çerçevesinde, tez konumuz açısından önem taşıyan açıklamalarla yetineceğiz.

Hukuksal değer ceza hukukunda kabul edilen ve kendisine birçok işlev yüklenen bir kavram olmakla birlikte içeriği ve iş görme yeteneği hala tartışmalıdır¹⁵⁶. Hukuksal değerlerin korunması, devletin ödevlerini ve ceza normlarının amacını belirlediği için büyük bir önem taşımaktadır. Ceza hukukunun ve iktidar gücünün sınırları, suçun ne olduğu ve ceza hukuku korumasının suç yolunda (*iter criminis*) öne

¹⁵³ Manes, *Il Principio di Offensività...*, s. 3.

¹⁵⁴ Manes, *Il Principio di Offensività...*, s. 3.

¹⁵⁵ Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970; Francesco Angioni, *Contenuto e Funzioni Del Concetto Di Bene Giuridico*, Milano, Giuffrè Ed., 1983; Giovanni Fiandaca, *Sul Bene Giuridico Un Consuntivo Critico*, Torino, Giappichelli Ed., 2014; Antonella Merli, *Introduzione Alla Teoria Generale Del Bene Giuridico, Il Problema Le Fonti, Le Tecniche Di Tutela Penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; Carlo Zaza, *L'Oggetto Giuridico Del Reato Un'Analisi Giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè Ed., 1999.

¹⁵⁶ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 38.

çekilmesinin ne dereceye kadar kabul edileceği hukuksal değer kavramı ile bağlantılı olduğu için çalışmamız açısından bu kavramın incelenmesi kaçınılmazdır¹⁵⁷.

Hukuksal değerleri ifade etmek için öğretide; “*varlık*”, “*menfaat*”, “*yarar*” gibi farklı terimlerin kullanıldığı, hatta bazı eserlerde bu terimlerin birbirini ikame edecek şekilde yer aldığı görülmektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte bunun sadece terminolojik bir tercih olmadığı farklı teorilerden de kaynaklandığı vurgulanmaktadır¹⁵⁹. Biz daha kapsayıcı ve soyut bir anlam içerdiği için, hukuksal değer kavramını kullanmayı uygun görüyoruz. Bununla birlikte yarar ve menfaat kavramlarını da yeri geldiğinde kullandığımızı belirtmeliyiz. Her ne kadar “*yarar*” ve “*menfaat*” iki farklı kavram olsa da artık aynı gerçeği farklı açılardan ifade ettikleri ve birini korumadan diğerini korumanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁰. Yarar kavramı bir insanın gereksinimlerini tatmin etmeye yönelik her şeyi içerirken, menfaat kavramı yarar sahibi özne ile yarar arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır¹⁶¹.

İhlal edicilik üzerine kurulu özgürlükçü bir ceza hukuku düzeninde ihlalin ve suçun hukuki konusunu “*bireysel*” ve “*bireyüstü*” (“*kolektif, kamusal ve kurumsal*”) hukuksal yarar veya menfaatler oluşturur¹⁶². Ceza hukukunun amacının hukuksal değerleri korumak olduğu ve hukuksal değer ihlalinin olmadığı yerde suçun da bulunmayacağı belirtilmektedir¹⁶³. Günümüzde ceza hukuku öğretisinde baskın olan görüşe göre; ceza hukuku en şiddetli yaptırım olan cezayı kullanarak “*hukuksal değerleri korumayı ve ortak yaşamın temel şartlarını sağlamayı*” amaçlamaktadır¹⁶⁴. Hukuksal değerler de toplumsal açıdan önem taşıyan ve bu önem dolayısıyla cezai korumaya layık olan yararlardır¹⁶⁵. Bununla birlikte, hukuksal değer kavramının çıkışının temel nedeni, biçimsel suç anlayışının suçun içeriğini açıklamakta yetersiz kalması ve suçun özünün ortaya konulabilmesi için hukuksal değerlerin bir dayanak olarak tercih edilmesidir¹⁶⁶. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, hukuksal değerler suç

¹⁵⁷ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 38.

¹⁵⁸ Bu terimlerin öğretide farklı yazarlar tarafından ne şekilde kullanıldığına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 48-55.

¹⁵⁹ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 57.

¹⁶⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 193.

¹⁶¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 193.

¹⁶² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 192.

¹⁶³ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 45-46.

¹⁶⁴ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s. 4.

¹⁶⁵ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s. 4.

¹⁶⁶ Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, s. 46-47.

politikasının yönlendirilmesi bakımından taşıdığı önemin yanında, suçların tasnifi ve kanunun yorumu yönünden de önemli bir işleve sahiptir¹⁶⁷.

Yukarıdaki paragrafta açıklanan hukuksal değer tanımının, kavramın içeriğini tam anlamıyla yansıtmadığı söylenebilir. Teorik olarak en doyurucu tanımın da ceza korumasına layık olan değerlerin neler olup olmadığını kesin olarak ortaya koyması tek başına mümkün değildir¹⁶⁸. Bununla birlikte bir tanım arayışı tamamen faydasız bir çaba değildir. Gerçekten yakın dönemde hukuksal değerler üzerine yapılan teorik çalışmalar, bunların “*statik*”; durağan değil “*dinamik*” bir nitelikte olduğunu ortaya koymuştur¹⁶⁹. Bu itibarla, ihlalin konusunu oluşturan yararlar sırf kendileri önemli oldukları için değil, toplumsal yaşam için faydalı etkiler ortaya koydukları için korunurlar. Dinamik karakterleri sebebiyle, sadece sosyal sistem ve bu sistemin bir parçası için faydalı bir amacı gerçekleştirmeye yönelik menfaat ya da menfaatler bütünüünün hukuksal değer olarak kabul edileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Günümüzde ceza hukuku ile anayasa arasında koparılamaz bir bağ mevcuttur. Tanımı konusunda farklı görüşler olmakla birlikte, ceza hukukunda kabul edilen hukuksal değerlerin kaynağı anayasalarda aranmalıdır. Belirli bir dönemin kanun koyucusunun keyfi olarak suç yaratmasının önüne ancak bu şekilde geçilebilir. Bununla birlikte, hukuksal değerlerin kaynağının sadece anayasalarda aranmasının çok kısıtlayıcı olduğu da ileri sürülebilir. Bu konuya ilişkin açıklamalar bir alt başlıkta, hukuksal değer kavramının tarihsel gelişimi aktarıldıktan sonra ele alınmaktadır.

2. Anayasal Hukuksal Değer Teorisi ve Günümüzde Ele Alınışı

a. Hukuksal Değer Kavramının Kısa Tarihsel Gelişimi

Ceza hukuku büyük oranda uygulandığı devletin siyasal tercihlerinin sonucu olarak karşımıza çıkar. Bu çerçevede, farklı devlet yapılarında yer alan otorite-birey arasındaki ilişkiler ceza hukukunun şekillenmesine yol açmıştır. Dolayısıyla biçimi ve içeriği itibarıyla ceza hukuku, tarihsel ve siyasal şartların bir ürünüdür¹⁷¹. Suç kavramı

¹⁶⁷ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 111.

¹⁶⁸ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. 5.

¹⁶⁹ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. 5.

¹⁷⁰ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. 5.

¹⁷¹ Marinucci/Dolcini, **Corso Di Diritto Penale 1**, s. 429.

ve suçun içeriği de farklı devlet türlerinde farklı anlamlar kazanmıştır. Tarih içerisinde yaşanan deneyimler, siyasal düzenlerin kendilerine özgü ceza kanunlarını ve hukuklarını yarattığını göstermiştir. Almanya’da nasyonal-sosyalist düzen, ceza kanununun otoriter bir kimliğe bürünmesine yol açmıştır. Rusya’da ise sosyalist düzen sonrası bu düzenin felsefesine uygun ceza kanunları oluşturulmuştur¹⁷².

Suçun ne olduğu, ceza hukukunun meşruiyet kaynağı, hangi ölçütler çerçevesinde kanun koyucunun belirli hareketleri suç olarak belirleyebileceği gibi sorular ve bunların cevapları XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yoğun bir şekilde tartışılır olmuştur¹⁷³. Bu soruların cevaplarını pozitif hukukta bulmak mümkün değildir. Dolayısıyla suçun içeriğine, özüne ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekir.

Aydınlanma çağının olgunlaştırdığı kültürel şartlar ve gereklilikler çerçevesinde “neden”, “ne zaman” ve “nasıl” bir cezalandırma yapılacağı soruları ortaya atılmış ve bunlara cevaplar aranmıştır¹⁷⁴. Bu kapsamda akli esas alan yeni teoriler çerçevesinde suç ve günah kavramlarının birbirinden ayrılması, geçmişe göre cezalandırmanın daha sınırlı bir hale getirilmesi ve cezalarda bir yumuşama eğilimi amaçlanmıştır¹⁷⁵. Aydınlanma düşüncesi, cezalandırmanın akla dayalı ve laik bir temele dayandırılması anlayışını doğurmuştur. Dolayısıyla bu anlayışa göre, günah ve ahlak dışı olduğu iddia edilen davranışlar değil, toplumsal açıdan zarar verici fiiller önlenmeli ve bastırılmalıdır¹⁷⁶.

Ceza hukukunun laik bir nitelik kazanması devletin laikleşmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Teokratik devlet yapısının laik ve liberal bir düzene yerini bırakması, *extrema ratio* ilkesi (son çare) çerçevesinde ceza kanunlarındaki suçların azaltılması ve vatandaşların özgürlük alanının genişlemesinin de önünü açmıştır¹⁷⁷. Bu itibarla, aydınlanma ideolojisinin *eski düzendeki (l’ancien régime)* devletlerin baskıcı ve meşru olmayan cezalandırma faaliyetlerine karşı “bir ceza adaleti sistemi” geliştirdiğini söyleyebiliriz¹⁷⁸.

¹⁷² Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I**, s. 15.

¹⁷³ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 104.

¹⁷⁴ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 104.

¹⁷⁵ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 104-105.

¹⁷⁶ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 51-52.

¹⁷⁷ Marinucci/Dolcini, **Corso Di Diritto Penale 1**, s. 430.

¹⁷⁸ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 105.

Dini temellerden arındırılmış ve toplumsal yaşama yönelik bir ceza hukuku anlayışını İtalyan hukukçu ve filozof *Cesare Beccaria*'da bulmak mümkündür¹⁷⁹. *Beccaria*'ya göre; ancak toplumsal olarak zarar meydana getiren davranışlar siyasi egemen gücün ceza yaptırımını ile karşılanmalı ve suç olarak kabul edilmelidir. Toplumsal zarar yaratan fiillerin, “*toplumun iyi işleyişine zarar veren ya da toplumu oluşturan bireylerin yaşamsal menfaatlerine zarar verici davranışlar*” olduğunu belirtmek gerekir¹⁸⁰. Dolayısıyla, toplumsal zarar vericilik (“*la dannosità sociale*”) kanun koyucunun suç olarak belirleyeceği fiillere ilişkin yeni bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Laik ve objektif nitelikte olan bu ölçüte göre, kötü niyet veya düşünceler değil, bir başkasına verilen zarar suç oluşturabilir. Bu itibarla ceza yaptırımının amacı da ahlaki açıdan sapkın olarak nitelen bir niyeti cezalandırmak değil, toplumsal zarara sebep olacak davranışları engellemektir¹⁸¹.

Açıklamalarımızın da ortaya koyduğu üzere, aydınlanma düşüncesinden kaynaklanan bu anlayış suçun içeriği, özü açısından bir bilgi vermekte, ideal bir kanun koyucunun suç yaratırken hangi ölçütlere uyması gerektiğini göstermektedir. Bu ilerici fikirlere, aydınlanma çağını takip eden XIX. yüzyılda kanun koyucuların ne kadar uyduğu ve hatta günümüzde de bu görüşlerin tam anlamıyla uygulanıp uygulanmadığı tartışma konusudur.

Felsefi temeli aydınlanma düşüncesinden kaynaklanan, suçun özünün ve cezalandırmanın sebebinin başkalarına zarar verici bir fiilden kaynaklandığını ortaya koyan anlayış geliştirilerek hukuki bir nitelik kazanmıştır. Toplumsal açıdan zarar verici fiilleri suç olarak kabul eden anlayışın somutlaştırılması ve hukuki bir kimlik kazanması ile suçun sübjektif bir hakkın ihlali olduğu görüşü ortaya çıkmıştır¹⁸². Bu itibarla, ihlal edilebilir bir hakkın bulunup bulunmaması bir davranışın suç oluşturmaya elverişliliğini belirlemektedir. Bu teorinin zayıf yanı, sübjektif bir hak kavramı dar anlamda kabul edilirse, bazı menfaatlerin bu kapsamda değerlendirilemeyecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede teorinin uygulanabilmesi için cezai korumadan yararlanamayan bazı menfaatlerin teorinin sınırları zorlanarak ve genişletilerek bu korumadan yararlanması sağlanmıştır.

¹⁷⁹ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 105.

¹⁸⁰ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 105.

¹⁸¹ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 105.

¹⁸² Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 107, Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, s. 88 vd.

Özellikle bireysel sübjektif hak niteliğinde olmayan bireyüstü ve kolektif menfaatler bu şekilde ceza hukuku korumasına sokulmuştur. Bu bağlamda, aydınlanma düşüncesinden kaynaklanan sübjektif bir hakkın ihlali teorisinin, liberal ve bireysel bir siyasetin ürünü olduğunu açıklamak gerekir. Ancak ceza yaptırımının dönemin egemen güçleri tarafından kolektif menfaatlerin korunması için adeta bir kılıç gibi kullanıldığı düşünülürse ceza hukukunun sadece bireysel sübjektif hakları korumasının da özellikle dönemin şartları açısından ne kadar gerçekçi olduğu tartışmaya açıktır¹⁸³.

Kaynakları aydınlanma düşüncesi ve doğal hukuk felsefesinde bulunan, cezai korumanın alanını sübjektif bir hakkın ihlali ile sınırlayan anlayış öğreti tarafından genişletilmiş ve geliştirilmiştir. Ceza kanunlarının yapılmasında kanun koyucuyu sınırlandırmak ve yönlendirmek için XIX. yüzyıl ceza hukuku öğretisinde “*suçun hukuksal bir değer ihlali*” olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede suç teorisine yeni ve liberal içerikte bir kavram kazandırılmıştır¹⁸⁴. Bu teoriyi ilk defa ortaya atan Alman hukukçu *Johann M.F. Birnbaum* suçu, bireyin iradesine isnat edilmek kaydıyla bir değere verilen zarar veya değer tehlikeye sokulması olarak tanımlamıştır¹⁸⁵. *Birnbaum*’a göre, hukuksal değer temel özelliği “*ihlal edilebilme yeteneği*”, başka bir deyişle “*zarara uğratılabilmesi veya tehlikeye sokulabilmesidir*”¹⁸⁶. Yine *Birnbaum*, doğa tarafından insanlara verilen veya sosyal gelişmenin ya da burjuva toplumunun bir sonucu olan değerlerden bireylerin faydalanmasının devletin esas amacı olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁷. Bu doğal ve sosyal değerler günümüzde bireysel ve kolektif hukuksal değerler olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁸.

Ceza hukukunun korumasından yararlanacak değerlerin “hukuksal” olarak nitelenmesi XIX. yüzyıl sonlarında Alman hukukçu *Karl Binding* tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁸⁹. *Binding*’in ortaya koyduğu hukuksal değer tanımına göre, kanun koyucunun nazarında vatandaşların sağlıklı bir yaşam sürmesi için şart olan her değer, hukuksal değer olarak kabul edilecektir¹⁹⁰. Hukuksal değer bu şekilde

¹⁸³ Fiandaca, “Nessun Reato Senza Offesa”, s. 107.

¹⁸⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 434

¹⁸⁵ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 434.

¹⁸⁶ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 434.

¹⁸⁷ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 54.

¹⁸⁸ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 54.

¹⁸⁹ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 55.

¹⁹⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 195, Özkan, s. 155.

tanımlanması, onun normdan önce var olma özelliğini ortadan kaldırmış, sadece kanun koyucunun yarattığı ve bağlayıcılığı olmayan bir şeye indirgemıştır¹⁹¹. Dönemin alman ceza hukukunda suçlar ve cezalar hakkında hukuki pozitivistin yöntemlerini uygulama eğilimi bu yaklaşımı ortaya koymuştur¹⁹². Pozitivist bir yöne çekilen hukuksal değer kavramı böylelikle kanun koyucunun suç yaratmasının sınırı olma, suç tercihlerinde kanun koyucuya yol gösterme özelliğini kaybetmiştir. Dahası, XX. yüzyılın başlarında teleolojik anlayış (“*concezione metodologico-teleologica*”) çerçevesinde normun amacı yani kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç olarak kabul edilmiştir¹⁹³. Hukuksal değer normun amacıyla (“*scopo della norma*”) eş tutulması bir kez daha kanun koyucuyu sınırlaması özelliğini ortadan kaldırmış, her ceza normu esasen bir amaç içerdiğinden kanun koyucu kendi istekleri doğrultusunda suç düzenlenmekte özgür hale gelmiştir¹⁹⁴.

Hukuksal değer kavramının içinin tamamen boşaltılması ise, nasyonal sosyalizm döneminde gerçekleşmiştir. 1930’lu yıllarda Nazizmin gelişi ile cezalandırma gücüne sınır oluşturacak bir kavram olan hukuksal değere totaliter bir devlet yapısı içerisinde yer kalmamıştır. Bu kapsamda suçun özü artık hukuksal değer ihlali olarak tanımlanmamakta, suç “*kişiyi topluluğa ve devlete bağlı kılan ahlaki yükümlülüklerin ihlali*” olmaktadır¹⁹⁵. Liberal devletin ifadesi olarak kabul edilen hukuksal değer kavramı her alana özgürce müdahale etmek isteyen nasyonal-sosyalist devlet yapısının önünde bir engel olarak görülmüştür¹⁹⁶. Hukuksal değer kavramını reddeden bu yeni devlet anlayışında ceza hukukunun merkezinde artık, “*yükümlülük*”, “*sadakat*”, “*ihane*”, “*içsel davranış*” gibi kavramlar vardır¹⁹⁷. Nazi Almanyası’nda suçun bu şekilde subjektif bir hal almasının siyasi amacı, devletin baskıcı müdahalesinin alabildiğince öne çekilmesidir. Böylelikle suçun varlığı için bireysel ya da kolektif bir hukuksal değer tehlikeye bile sokulması beklenmeden sadece suç iradesini ortaya koyan basit bir belirti veya açıklama yeterli olacaktır. Bu itibarla suça teşebbüs ve tamamlanmış suçun aynı ölçüde cezalandırıldığı, hazırlık hareketlerinin de son derece geniş bir cezalandırılmaya tabi tutulduğu

¹⁹¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 195.

¹⁹² Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 55.

¹⁹³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 195.

¹⁹⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale 1*, s. 438.

¹⁹⁵ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale 1*, s. 438.

¹⁹⁶ Pelissero, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 53.

¹⁹⁷ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale 1*, s. 438.

görülmektedir¹⁹⁸. Dolayısıyla liberal devlet anlayışının ortadan kalktığı otoriter devlet sistemlerinde, devlet tarafından belirlenen “yüksek” ahlak değerlerini korumak için, bireylerin sadık olmadığı ileri sürülen davranışları cezalandırılmakta ve cezalandırma alanı ölçüsüz bir biçimde hazırlık hareketlerine kadar çekilebilmektedir.

II. Dünya Savaşı sonrası 1950 ve 60’lı yıllarda, siyasi ve kültürel alanda yaşanan değişimlerle beraber hukuksal değer kategorisine boşaltılan içeriğini yeniden kazandırmak ve cezalandırmaya ilişkin olarak kanun koyucunun keyfî kararlarına karşı bir işlev göstermesini sağlamak için, öğretide çalışmalar yapılmıştır. Bu çerçevede, Alman Ceza Hukuku öğretisinde, hukuksal değerleri kanun koyucunun yaratmadığı aksine bunların norm öncesinde var olduğu ileri sürülmüştür. Bununla birlikte ceza hukuku korumasından yararlanacak hukuksal değerlerin bir toplumsal anlamı olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁹. Hukuksal değerlerin toplumsal bir anlamı veya karşılığı olması gerektiği yönündeki görüşlerin belirsiz olduğu ve kanun koyucuyu yönlendirmede etkisiz kalacağı açıktır. İtalyan öğretisi ise başka bir yol izlemiş, hukuksal değerlerinin kaynağının yine hukuk içinde bulunması gerektiğini ortaya koymuş ve anayasa tarafından yönlendirilen hukuksal değerler teorisini savunmuştur.

b. Anayasal Hukuksal Değer Teorisi

Yukarıda aktarılan tarihsel gelişim, hukuksal değer kavramının siyasal-teminatçı işlevinin (“*funzione politico-garantista*”) içinin nasıl boşaltıldığını ve hukuksal değerlerin politik amaçlarla nasıl yönlendirildiğini ortaya koymaktadır²⁰⁰.

II. Dünya Savaşı’ndan sonra özgürlük ve demokrasi alanının yeniden gelişmeye başlamasıyla modern bir hukuk devletinde ceza müdahalesini gerekli kılan ölçütlerin neler olduğu yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Bu itibarla, hukuksal değerlerin kanun koyucuyu sınırlayıcı ve teminatçı bir işleve sahip olması için başlıca iki özelliğe sahip olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, hukuksal değerlerin ceza normunun öncesinde var olması gereğidir. Eğer hukuksal değer kanun koyucu tarafından yaratılan bir kategori olursa, teminatçı ve sınırlayıcı işlevi tamamen

¹⁹⁸ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 438.

¹⁹⁹ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 60.

²⁰⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 194.

ortadan kalkmaktadır. İkinci olarak hukuksal değerlerin teminatçı işlevlerini yitirmemeleri için kanun koyucu açısından bağlayıcı olması gerekir²⁰¹.

İtalyan öğretisi hukuksal değer içeriğini sosyolojik gerçeklerde aramak yerine bu değerlerin kaynağının hukuk içerisinde bulunduğunu belirtmiş ve anayasa tarafından yönlendirilen hukuksal değerler teorisini (“*bene giuridico costituzionalmente orientato*”) ortaya koymuştur²⁰². Hukuksal değerlerin anayasal bakış açısıyla incelenmesi konusunda öğretilde en büyük katkı 1970’lerin başında İtalyan hukukçu *Franco Bricola* tarafından gerçekleştirilmiştir²⁰³. Yazara göre, birincil derecede önem taşıyan anayasal bir değer olan kişi özgürlüğünden hapis cezası ile feragat edebilmek ancak anayasal önemdeki yarar veya menfaatlerin korunması için mümkün olabilir. Başka bir ifadeyle anayasal önemi olmayan hukuksal değerlerin ceza hukuku korumasından yararlanması mümkün değildir²⁰⁴. *Bricola* tarafından önerilen anayasal hukuksal değerler teorisi, hukuksal değerlere normatif bir temel sağlamayı ve etkin bir eleştirel işlev kazandırmayı amaçlamıştır²⁰⁵. Bu bakış açısına göre; hukuksal değerlere anayasal bir nitelik kazandırmak, anayasal bir hukuksal değeri korumayan ceza hukuku normunun anayasaya aykırılığını gündeme getirecektir²⁰⁶.

Bricola’nın bu görüşünün önemi, soyut ihlal edicilik ilkesine aykırı olarak düzenlenen ceza normlarının anayasaya da aykırı olacağıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, soyut ihlal edicilik ilkesine göre kanun koyucu suç tipini yaratırken anayasada yer alan bir hukuksal değeri zarara uğratacak veya en azından tehlikeye sokacak şekilde düzenlemelidir. Dolayısıyla *Bricola*’nın ileri sürdüğü teze göre, soyut ihlal edicilik ilkesi kanun koyucuya yön gösterici, suç politikasının gideceği yönü işaret eden bir ilke (*principio argomentativo*) olmaktan çıkmakta, ceza normunun anayasa uygunluğunu gösteren (*principio dimostrativo*) bir ilkeye dönüşmektedir²⁰⁷. Bu görüş uyarınca, ihlal edicilik ilkesine göre düzenlenmeyen bir ceza normunun anayasaya aykırılığı gündeme gelecektir. Yine yazara göre, korunan hukuksal değer

²⁰¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 197.

²⁰² Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 61.

²⁰³ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 61, detaylı açıklamalar için bkz. Franco Bricola, *Teoria Generale Del Reato* (1973), s. 539-809, *Scritti Di Diritto Penale Volume I, Tomo I (Dal 1960 Al 1973)*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

²⁰⁴ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 61.

²⁰⁵ Pelissero, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 56.

²⁰⁶ Pelissero, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 56.

²⁰⁷ Pelissero, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 56.

ile ceza korumasının öne alınması arasında doğrudan bir ölçülülük bulunmalıdır. Hukuksal değerın önem derecesi, ceza korumasının az ya da çok öne alınmasında, bu itibarla zarar ya da tehlike suçlarının düzenlenmesinde bir ölçüt olacaktır. Yine aynı yönde, bir hukuksal değer anayasal düzlemde ne kadar önemli olursa, o hukuksal değeri koruyan ceza normunun öngördüğü ceza da o derecede ağır olabilecektir²⁰⁸.

Yukarıda aktardığımız anayasal hukuksal değer teorisi İtalyan öğretisinin büyük çoğunluğu tarafından eleştirilmiştir. Özellikle zaman içerisinde yeni koruma alanlarının ortaya çıkabileceği, anayasa metninin bu yenilikler karşısında yetersiz kalabileceği ve bu itibarla da anayasal temelden yoksun yeni değerlerin kanun koyucunun düzenleme yetkisi dışında kalacağı ifade edilmiştir²⁰⁹. Gerçekten de herhangi bir yararın veya menfaatin korunması için ortaya çıkacak toplumsal beklentiler ya da muhtemel talepler, sırf o yararın açık bir anayasal temeli olmadığı için ceza korumasından yoksun kalmasına sebebiyet verecektir²¹⁰. Bu teörının çok sert ve kısıtlayıcı olarak ele alınmasının sadece sınırlı sayıda konunun ceza korumasından yararlanmasına neden olacağı ve kanun koyucunun tercihlerini aşırı bir biçimde kısıtlayacağı da vurgulanmıştır²¹¹.

Günümüzde öğretildeki hâkim olan eğilim, anayasal değerlerin kanun koyucu açısından çok katı ve sıkı bir yükümlülük oluşturmadığı, sadece yön gösterici bir nitelikte olduğu yönündedir. İtalyan Anayasa Mahkemesi de cezalandırılacak fiillerin seçiminin kanun koyucunun ihtiyarında olduğunu belirtmiş ancak kanun koyucunun seçimlerinin anayasada tanınan haklarla açık bir karşıtlık ve ölçsüzlük yaratmaması gerektiğini de ilave etmiştir²¹².

Bugün için, öğretilde ceza korumasına konu olabilecek değerlerin öncelikle anayasanın bağlayıcılığı dolayısıyla anayasal açıdan önem taşıyan değerler olacağı belirtilmektedir²¹³. Ceza hukuku aracılığıyla korunacak hukuksal değerlerin tespitinde anayasanın değerler düzenine bakılması gerektiği vurgulanmaktadır²¹⁴. Bununla

²⁰⁸ Pelissero, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 56.

²⁰⁹ Pelissero, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 56 vd.

²¹⁰ Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 64.

²¹¹ Giancarlo De Vero, **Corso di Diritto Penale Parte Generale**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2020, s.117.

²¹² Fiandaca, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, s. 67.

²¹³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 187.

²¹⁴ Koca/Üzölmez, s.32.

birlikte, “*güncel sosyo-kültürel hakikatten türeyen ve anayasal açıdan uyumsuz olmayan değerlerin*” de anayasada yer almasalar dahi cezai korumadan yararlanabileceği açıklanmaktadır²¹⁵. Anayasal açıdan uyumsuz olmayan bu değerlerin insan onuru, bireyin korunması ve gelişimi ile bir karşıtlık içinde olamayacağı hatta bunları desteklemesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Bunun yanında anayasada açıkça yer almayan ancak yukarıdaki şartlar çerçevesinde ceza hukukunun konusunun oluşturabilecek bu değerlerin en fazla anayasada yer alan araçsal hukuki değerleri (“*beni-mezzo*”) sınırlayabileceği, amaçsal hukuki değerler (“*beni-fine*”) ile bir çatışma yaratamayacağı da eklenmektedir²¹⁶.

Bu konuda İtalyan öğretisinde örnek olarak çevrenin korunmasından söz edilmektedir. Çevrenin korunması anayasada yer alan bir değer olmasa bile (çevrenin korunması hakkı İtalyan Anayasası’na sonradan yapılan bir değişiklikle dahil edilmiştir), mevcut ve gelecekteki nesillerin yaşamının korunması ve hayat kalitesi açısından ceza hukuku korumasından yararlanabileceği aktarılmaktadır²¹⁷. Bunun yanında, yaşanabilir bir çevrenin diğer tüm insan faaliyetleri açısından bir ön şart niteliğinde olduğu ve bunun ceza hukuku korumasından yararlanmasının sadece “*mülkiyet*” veya “*iktisadi girişim özgürlüğü*” gibi ara hukuksal değerleri (*beni-mezzo*) sınırlayacağı açıklanmaktadır²¹⁸. Bu itibarla çevre varlıklarının korunması anayasada yer almasa bile, anayasal açıdan uyumsuz olmayan bir değer olduğu için ceza hukuku korumasına konu olabilecektir.

Aynı yönde hayvan haklarının, hayvanların acı çekmeme hakları çerçevesinde, insan onurunu yücelten, insanların hayvanlara karşı merhametsizliğini azaltan ve yeryüzünü tüm tabiat varlıkları ile yaşanabilir kılan bir karakterde olması sebebiyle ceza hukuku korumasından yararlanabileceği ileri sürülmektedir²¹⁹.

Öğretide Koca/Üzülmüş, “*pozitif hukuka ön gelen normlar vasıtasıyla korunmak istenen değerlerin seçiminde kanun koyucu için anayasal sınırlamaların söz konusu olmadığını*” belirttikten sonra, “*örneğin hayvanların ceza normlarıyla korunması gibi toplumun ahlâki inanç derinliğinde iyice yerleşen yaşamsal değerlerin*

²¹⁵ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 188.

²¹⁶ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 188.

²¹⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 188.

²¹⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 188.

²¹⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 188.

de bulunduğunu” eklemektedir²²⁰. Yine yazarlar, “*bu değerlerin hukuk düzeninin koruma alanına alınması suretiyle bunların da hukuksal değer niteliğini kazandığını*” açıklamaktadır²²¹. Görüşümüze göre, “*toplumun ahlâki inanç derinliği*” gibi muğlak ve sübjektif bir ölçütün tek başına ceza hukuku korumasından yararlanacak değerlerin belirlenmesinde kullanılması büyük sakıncalar doğurabilir. Bu itibarla, anayasada açıkça yer almayan ancak ceza hukuku korumasından yararlanacak değerlerin belirlenmesinde yukarıda belirttiğimiz objektif nitelikteki ölçütlerin yol gösterici olmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Anayasanın çok yönlülüğü ve sırf bir “*değerler kategorisi*” olmaması sebebiyle “*anayasa tarafından yönlendirilen hukuksal değer teorisi*”nin ceza hukukunun koruma alanının belirlenmesi açısından “*sihirli çözümler*” sunmadığını belirtmek gerekir. Bununla beraber, anayasanın bireysel-teminatçı ve katı yapısı göz önünde bulundurulduğunda, hukuksal değerler ceza hukukunun özel kısmını belirleyen ana hatları işaret etmektedir. Ayrıca, anayasanın yönlendirdiği hukuksal değerlerin yasa koyucunun tercihleri açısından sınırlayıcı bir işlevi olduğunu ve yasa koyucuya siyasi ve ahlaki bir sorumluluk yüklediği de ileri sürülmektedir²²².

Dolayısıyla hukuksal değerlerin anayasal bir yaklaşımla ele alınmasının özünde, cezai korumadan yararlanacak değerlerin kanun koyucu tarafından keyfi bir şekilde belirlenmemesi düşüncesi yatar. Bu kapsamda anayasanın zımni bir biçimde demokratik kanun koyucuya bir suç tipini yaratmadan önce detaylı olarak bir tartışma yapılması için çağrıda bulunduğu belirtilmektedir. Çoğunluk ve muhalefetin güçleri, bilimsel bilgiler ışığında diyalektik bir tartışma ortamında bir hukuksal değer ceza korumasına liyakat ve gerekliliğini değerlendirmelidirler²²³. *Fiandaca*’nın görüşlerinden²²⁴ aktardığımız bu tespitlerin, demokratik geleneği yerleşmiş bir hukuk devleti açısından pek muteber olacağını ancak demokratik anlayışı içselleştirememiş ülkeler açısından şimdilik sadece takip edilecek bir gelecek planı oluşturacağını da vurgulamamız gerekir. II. Dünya Savaşı sonrası hızla demokratik kurumlarını güçlendiren ve tekrar faşizmin yarattığı otoriter uygulamalara dönmek için anayasal değerleri ve anayasal değerlerden ayrılmaz bir ceza hukukunu gündeme getiren

²²⁰ Koca/Üzülmez, s.32.

²²¹ Koca/Üzülmez, s.32.

²²² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 198.

²²³ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 68.

²²⁴ Fiandaca, *Prima Lezione Di Diritto Penale*, s. 68 vd.

demokratik, sosyal hukuk devletleri, bu aşamaları tamamlama yolunda olan diğer ülkeler için yol gösterici içerikte olabilirler.

D. İhlal Edicilik İlkesinin Temelleri

1. Biçimsel-Maddi Suç Anlayışı

a. Biçimsel Suç Anlayışı ve Biçimsel Kanunilik İlkesi

Biçimsel suç anlayışına göre; suç, sadece kanun koyucu tarafından belirlenen ve kanunda yer alan kalıplardan oluşur. Suç, ceza normunun ihlali olduğundan; suç ve ceza normu arasında kesin bir bağ vardır²²⁵. Bu anlayışa göre, suçun tanımı yapılırken soyut ve somut bir değerlendirme yapmak gerekir. Soyut olarak değerlendirildiğinde, suç; ceza normunda yer alan tipik fiilden ibarettir. Dolayısıyla tipiklik, yani kanuni tipte tanımlanan fiil suçun esasını oluşturur²²⁶. Bu itibarla, *kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)* ilkesinin bir sonucu olan biçimsel suç anlayışının, hukuki kesinliği sağlayan ve keyfiligi önleyen teknik bir araç olduğunu vurgulamak gerekir²²⁷. Somut açıdan bakıldığında ise suç; kanuni tipte yer alan ve kanun koyucu tarafından oluşturulan soyut tanıma uygun insan fiilidir. Fail tarafından gerçekleştirilen somut fiilin suç teşkil edebilmesi için, kanuni tipte yer alan soyut suç kalıbının bütün kurucu unsurlarını taşıması gerekmektedir. Kanuni tipte yer alan kurucu unsurlardan birinin eksik olması bile suçun oluşmasını engeller²²⁸. Bununla birlikte, suçun biçimsel olarak tanımlanması, “*kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilin işlenmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması*” şeklinde bir tanıma yol açtığından, suçun içeriği hakkında tam bir bilgi vermemekte ve kendi içinde bir kısır döngüye de sebep olmaktadır²²⁹. Dolayısıyla biçimsel anlayış, sadece tanımlayıcı bir işlev görmekte ve suç tanımında yer alan fiilin hangi gerekçe ile suç oluşturacağı hakkında bir bilgi vermemektedir²³⁰.

²²⁵ Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 165.

²²⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.13, Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949, s. 32, Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949, s. 79.

²²⁷ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 13, Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 43 vd.

²²⁸ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 13.

²²⁹ Ramacci, s. 88.

²³⁰ Marcello Gallo, **Appunti di Diritto Penale, Volume II, Parte I La fattispecie oggettiva**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, s.5.

Biçimsel suç anlayışının kaynağında, biçimsel kanunilik ilkesi (*nullum crimen nulla poena sine lege*) bulunmaktadır. Biçimsel kanunilik ilkesine göre, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç olarak düzenlenmeyen fiiller cezalandırılmaz. Bu itibarla suç teşkil eden fiiller ve cezalar kanunda açık bir biçimde düzenlenmelidir. Bu ilkeye göre, kanunda açıkça düzenlenmeyen fiiller antisosyal bir özellik gösterebilir de cezalandırılmazlar²³¹. Biçimsel kanunilik ilkesi, yürütme ve yargı erkinin keyfi bir şekilde hareket etmesini engellediği ve hukuki belirlilik ve eşitliği sağladığı için büyük önem taşır. Dolayısıyla, bireyin hak ve özgürlüklerini koruyan bir güvence niteliğinde olan biçimsel kanunilik ilkesi vazgeçilemez bir niteliktedir²³².

Biçimsel kanunilik ilkesi birtakım eleştirilerle karşılaşmıştır. Öncelikle bu ilkenin etkin bir sosyal savunmanın önünde engel oluşturduğu belirtilmiştir. Bununla beraber, biçimsel kanuniliğin gerçek suçluluk ile kanuni suçluluk arasındaki farklılığı meşrulaştırması ve kanun koyucunun keyfiliğine karşı güvence sunmaması da eleştirilmektedir²³³. Söz konusu ilke antisosyal nitelik göstermeyen veya toplum tarafından bu şekilde algılanmayan fiilleri, sırf kanunda düzenlendikleri için cezalandırmakta ve bu nedenle de kanun ile toplumun adalet anlayışı arasında bir karşıtlık yaratabilmektedir. Kanunun sırf kanun olduğu için kutsanması ve kanunun lafzının yüceltilmesi de biçimsel kanunilik ilkesinin yozlaşmasına sebep olabilmektedir. Bu şekilde bozulan biçimsel kanunilik ilkesi de maddi adalet arayışında ve hakikatin tespit edilmesinde sakıncalar yaratabilmektedir. Bu itibarla, müsbet kanunlara mutlak bir sadakatin egemen olduğu rejimlerin otoriterleşme eğilimi gösterdiğini vurgulamak gerekir²³⁴.

b. Maddi Suç Anlayışı ve Maddi Kanunilik İlkesi (Öze İlişkin Kanunilik)

Maddi suç anlayışı genel olarak, sosyal olarak tehlikeli davranışları suç olarak kabul eder. Bu anlayış uyarınca suç teşkil eden fiilin kanun tarafından yasaklanmış olup olmaması veya somut fiilin kanundaki tanıma uygun olup olmaması önem taşımaz, bir fiilin suç oluşturması için topluma karşı somut bir tehlike oluşturması

²³¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.4, Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 43.

²³² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.9, Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 39-40.

²³³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.9.

²³⁴ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.10.

yeterlidir²³⁵. Dolayısıyla suçun maddi anlayışı içerisinde, fiilin antisosyal karakteri önem taşır, fiilin kanuni tipe uygunluğu araştırılmaz. Bununla birlikte, yorum faaliyeti, ceza normu hakkında değil, fiilin antisosyal yapısı üzerinde yapılır²³⁶.

Ceza hukukunun gelişimine bakıldığında, suç tanımı yapılırken sadece belirli bir dönemdeki pozitif düzenlemelere dayalı biçimsel bir anlayışla yetinilmemiştir. Bir fiili suç olarak nitelemeyi gerektirecek maddi (öze ilişkin) gerekçeler de dikkate alınmıştır²³⁷. Maddi suç anlayışı içerisinde, suç tanımı yapılırken, bilimsel, siyasal ve sosyal birtakım ölçütlerin iç içe geçtiği veya beraber değerlendirildiği görülmektedir. Bu anlayış uyarınca, bir yandan suçluluğun sebepleri bilimsel bir açıdan ele alınmış, diğer yandan ise, belirli bir dönemde devlete ve topluma hâkim olan görüşler suçun içeriğinin belirlenmesinde önemli rol oynamıştır²³⁸. Bu kapsamda, suçun “*ahlaki düzeni önemli derecede bozan fiiller*” olduğu veya “*belirli bir zamanda toplumun asgari ahlak anlayışına aykırı fiillerin*” suç teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bunun yanında, sosyolojik bir bakış açısıyla, suçun “*toplumun varlığını ve muhafazasını imkânsız kılan veya tehlikeye sokan insan davranışı*” olduğu da savunulmuştur²³⁹. Yine suçun maddi anlayışı içerisinde, toplumun karşılıklı etkileşimler sistemi olmasından hareketle, suçun “*sosyal sistemin kendisini korumasına ilişkin sorunları çözmesinin önüne engeller koyan bir uyumsuzluk veya bozukluk*” olduğu da belirtilmiştir. Dolayısıyla suçun, sosyal sistemin işleminin önünde bir engel olduğu savunulmaktadır. Fiandaca/Musco’nun da belirttiği gibi, suçun sosyolojik bir bakış açısıyla ele alınması ve toplumsal yaşamı bozan bir olgu olarak algılanması eleştirilere açıktır. Yazarlara göre, suç oluşturan bütün fiiller, “sosyal düzeni bozmak” gibi değişmez bir özellik göstermezler. Sosyolojik değerlendirme ve araştırmalar hangi fiillerin suç olarak düzenleneceği konusunda yardımcı olabilir, ancak suç fiilinin tespiti farklı etken ve süreçlerin ürünüdür²⁴⁰. Padovani de maddi suç anlayışını esas alan görüşlerin iki başlık altında incelenebileceğini belirtmektedir. Buna göre, ilk olarak “*sosyal yaşamın temel şartlarını ihlal eden fiiller*” suç olarak tanımlanabilir. Sosyal yaşamın temel şartları kısaca; medeni toplumun ve hukuki düzenin varlığı ve muhafazasını sağlayan koşullar olarak açıklanabilir. Bunun yanında maddi anlayış

²³⁵ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.18.

²³⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.18.

²³⁷ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.148.

²³⁸ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.148, Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 44.

²³⁹ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.149, Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s. 33.

²⁴⁰ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.149.

çerçevesinde suçun, “*ortak yaşamın asgari kurallarını ihlal*” olarak tanımlandığı da belirtilmelidir. Ortak yaşamın asgari kuralları ise, yoklukları halinde ortak yaşamın imkânsız olacağı veya büyük ölçüde tehlikeye gireceği esasları ifade eder. Yazara göre, bütün suç fiillerinin böyle bir ortak özellik gösterdiğini ileri sürmek ve suçun tanımlanmasında “*asgari bir ortak payda*” (*minimo commun denominatore*) arayışı gerçekçi değildir²⁴¹.

Suçun maddi anlayışının temelinde, maddi kanunilik ilkesi yer alır. Maddi kanunilik ilkesine göre; “*kanunda açıkça öngörülmemiş olsalar dahi, sosyal olarak tehlikeli olan fiiller suç teşkil ederler. Bununla beraber, suç oluşturan fiillere normun amacına uygun cezalar tatbik edilir*”²⁴². Bu ilke uyarınca, sosyal olarak tehlikeli fiiller kanunda açıkça düzenlenmemiş olsalar bile cezalandırılırlar. Buna karşılık, kanunda açıkça suç olarak düzenlenmiş fiiller sosyal olarak tehlikelilik göstermiyorsa, bu fiillerin cezalandırılması söz konusu olmaz²⁴³. Maddi kanunilik ilkesi, mutlak bir adaleti gerçekleştirmek ve etkin bir sosyal savunma sağlamak amacını taşır²⁴⁴. Bununla birlikte, maddi kanunilik ilkesi; suçun oluşumu için kanun dışında, “*toplumun dürüst duyguları*”, “*sosyal bilinç*”, “*devrimci bilinç*” gibi birtakım kaynakları esas kabul ettiğinden keyfiliğe neden olmaktadır. Bu itibarla, siyasal etkilere açık olan maddi kanunilik ilkesi ceza hukukunun baskıcı bir nitelik almasına ve hukukun sağladığı bireysel güvencelerin kaybolmasına yol açmıştır²⁴⁵.

Suçun maddi anlayışı, Nazi Almanyası’nda nasyonal sosyalist ceza hukukunun temelini oluşturmuştur. Bu dönemde biçimsel kanunilik ilkesinden vazgeçilmiş, maddi kanunilik anlayışı ön plana çıkmıştır. Bu kapsamda dönemin kanununda yer alan “kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklindeki düzenleme değiştirilmiştir. Yapılan yeni düzenlemeye göre, kanunda açık düzenleme bulunmasa da “*ceza kanununun temel fikrine ve toplumun temiz, sağlıklı duygularına göre cezalandırılmayı hak edenler*” de cezalandırılacaklardır²⁴⁶. Dönemin Alman Ceza Kanunu, bu cezalandırmanın

²⁴¹ Padovani, s.78-81.

²⁴² Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 6, Uğur Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958, s. 17.

²⁴³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.7.

²⁴⁴ Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 44.

²⁴⁵ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.10.

²⁴⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.9, Alacakaptan, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, s. 17, Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, s. 52, Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 45.

sağlanabilmesi için lehe veya aleyhe kıyasa başvurulabileceğini de düzenlemiştir. Bununla birlikte, toplumun sağlıklı duygularının Milli Şef'in (*Führer*), manevi şahsiyetinde esas ifadesini bulduğu ve bütün suçların aslında *Führer*'e karşı işlendiği de savunulmuştur. Bu itibarla, *Hitler* tarafından yönetilen Nazi Almanyası'nda hukukun kesinliği kaybolmuş, fiil yerine fail ceza hukuku uygulanmaya başlamış ve adeta “*ceza hukuku terörizmi*” yaşanmıştır²⁴⁷. Nazi rejiminin yıkılması ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi yeniden benimsenmiştir.

Bazı sosyalist devletlerde de maddi suç anlayışının uygulanmasına ilişkin örneklerle rastlamak mümkündür. Özellikle Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde ceza hukuku alanında devrim sonrası yaşanan gelişmeleri aktarmakta yarar görüyoruz. SSCB'de 1917 devrimi sonrası, yeni bir devrimci kanunilik anlayışı inşa edilmiştir. 1922 tarihli SSCB Ceza Kanunu uyarınca, sosyalist düzen açısından tehlike oluşturan her davranış, suçun maddi anlayışı kabul edilerek suç sayılmıştır. Bununla birlikte, kanunda düzenleme olmaması durumunda, kıyasa başvurmak suretiyle sosyal olarak tehlikeli olan davranışların da cezalandırılabilmesi öngörülmüştür²⁴⁸. 1 Ocak 1927 tarihinde yürürlüğe giren SSCB Ceza Kanunu'na göre ise; “*Sovyet toplumuna karşı olan veya işçi ve köylü iktidarı tarafından kurulan hukuki düzeni zayıflatmaya yönelik her hareket veya ihmali davranış*” suç olarak kabul edilmiştir²⁴⁹. Yine aynı kanunda, yargıcın duruşmadan edindiği kanaate göre, failin toplum için tehlikeli olmadığı ya da failin fiilinin toplum açısından tehlike oluşturmadığı sonucuna varması halinde cezaya hükmetmeyeceği yönünde bir düzenleme de bulunmaktaydı²⁵⁰. Devrim sonrası, sosyalist toplum düzeninin yerleşmesi, köklü ekonomik ve sosyal dönüşümlerin yapılması ile Komünist Parti'nin meşhur 20. Kongresi'nden sonra, 1 Temmuz 1960 tarihinde yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. 1960 tarihli SSCB Ceza Kanunu'nda, sosyalist bir anlayış gözetilerek yeniden kanunilik prensibine dönüş yapılmıştır. Ceza Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, sosyal olarak tehlikeli davranışlardan hangilerinin suç oluşturacağı ve bunların cezaları kanunda belirtilmiştir²⁵¹.

²⁴⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 9.

²⁴⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.7, Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, s. 16.

²⁴⁹ Ramacci, *Corso...*, s.88, Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, s. 16.

²⁵⁰ Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 53.

²⁵¹ Ramacci, *Corso...*, s.88.

Ceza hukukuna ilişkin olarak SSCB tarihinde yaşanan aktardığımız gelişmeler, siyasi tercihlerin ceza hukuku üzerindeki etkisini göstermek açısından önemlidir. Özellikle, ilk iki ceza kanunu döneminde, yeni kurulan bir sosyal sistem ve devlet rejiminde maddi ceza hukuku anlayışının ne kadar öne çıktığı ve ceza hukukunun bu yeni sistemin oluşturulmasında araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık, özellikle devlet düzeni yerleşik bir hal aldıktan sonra, bireyin özgürlüklerinin garanti altına alınması ve hukuki güven ve belirliliğin sağlanabilmesi için suçta ve cezada kanunilik ilkesine dönüş yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu itibarla, 1960 tarihli SSCB Ceza Kanunu suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir. Ancak suç, Ceza Kanununda öngörülen ve sosyal olarak tehlikeli olan davranışlardan oluşacağından, maddi ceza hukuku anlayışına uygun bir kanuniliğin kabul edildiği belirtilmelidir²⁵².

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, maddi kanunilik ile biçimsel kanunilik arasında yapılacak tercih, bir devlette hangi siyasal rejimin geçerli olduğu ile yakından ilgilidir. Mevcut sistemi korumayı amaçlayan devlet rejimleri, biçimsel kanunilik ilkesini tercih ederlerken, devrimsel veya hızlı değişim ve dönüşümleri hedefleyen devlet sistemleri maddi kanunilik ilkesini kabul etmektedirler²⁵³.

Bununla birlikte, iki kanunilik ilkesi arasındaki seçimin, sadece siyasal ve kurumsal etkenlerden kaynaklanmadığı, sosyal gelişmenin de bu tercihin yapılmasında etkili olduğu belirtilmektedir. Buna göre, basit yapıdaki sosyal yapılanmadan karmaşık toplumsal yapıya geçişte biçimsel kanunilik ilkesinin daha fazla tercih edildiği görülmektedir²⁵⁴. Kültürel olarak türdeş olan, daha az sayıda ama sağlam değerler üzerine kurulu basit yapıdaki toplumların hukuk sistemleri öze ilişkin kaynaklara daha fazla yer vermektedir. Bununla beraber bu yapılanmadaki toplumlarda biçimsel kaynaklara başvurulduğu durumlarda da biçimsel ve maddi kaynakların iç içe geçtiği ve beraber kullanıldığını belirtmek gerekir. Buna karşılık, kültürel olarak benzeşmez olan, teknolojik açıdan gelişmiş, farklı siyasal görüşleri içinde barındıran, dinamik ve değişken toplumlarda ise, biçimsel kanunilik ilkesi ön plana çıkmaktadır²⁵⁵. Karmaşık yapıdaki toplumlarda, biçimsel hukuk kaynaklarının, farklı ve çok sayıdaki sosyal ihtiyaçlara daha net bir karşılık verdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla biçimsel kanunilik

²⁵² Ramacci, **Corso...**, s. 89.

²⁵³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.11.

²⁵⁴ Palazzo, **Corso...**, s.100.

²⁵⁵ Palazzo, **Corso...**, s.101.

ilkesi, çok fazla değişkenin bulunduğu gelişmiş toplumlarda insan davranışlarının yönlendirilmesi açısından daha açık ve belirli bir dayanak noktası olmaktadır²⁵⁶. Bu itibarla, sosyal ve kültürel koşulların benzeşmez ve çekişmeli olduğu toplum yapılarında, maddi hukuk kaynaklarına ve bu kapsamda maddi kanunilik ilkesine başvurulması belirsizlikler yaratacağından, biçimsel kanunilik ilkesinin tercih edilmesi belirsizlikleri ortadan kaldıran bir güvence olacaktır²⁵⁷.

c. Biçimsel-Maddi Suç Anlayışı

Ceza hukukunun gelişimi içerisinde, bireysel özgürlüklerin korunması ile toplumsal savunmanın gerçekleştirilmesi birbirine karşıt iki amaç gibi algılanmış ve çoğu zaman biri diğerine tercih edilmiştir. Özellikle kriz dönemlerinde toplumlarda yaşanan güvenlik endişeleri, bireysel hak ve özgürlüklerin feda edilmesine sebep olmuştur. Bu kapsamda, sosyal savunmanın ve adaletin gerçekleştirilmesi düşüncesi ve buna karşılık mevcut düzenin korunması gayesi; maddi ve biçimsel suç anlayışlarını ortaya çıkarmıştır. Ancak tarih içerisinde yaşanan deneyimler, adı geçen suç anlayışlarından sadece birisinin benimsenmesinin ceza hukukunda otoriterleşmeye sebep olduğunu göstermiştir. Bu sebeple, çağdaş ve özgürlükçü ceza hukukunda, sentezci bir yaklaşımla *suçun biçimsel-maddi anlayışı* kabul edilmelidir. Buna paralel olarak, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de *biçimsel-maddi* bir çerçevede ele alınmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, temellerini hukukta biçimcilik ve hukuki pozitivizmde bulan, biçimsel suç anlayışı ve biçimsel kanunilik ilkesi, hukuki belirliliğin sağlanması ve bireysel özgürlüklerin korunması için vazgeçilemez bir özellik gösterir. Somut insan fiili ancak kanunda yer alan soyut tipe uyduğu ve soyut suç kalıbında (tipe) yer alan unsurları tam olarak karşıladığı zaman suç oluşturacaktır. Bu itibarla, ileri bölümlerde daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız; suç fiilinin tipiklik özelliği, biçimsel suç anlayışının bir sonucudur. Bununla birlikte, özgürlükleri korumayı amaçlayan ceza hukuku anlayışında, biçimsel kanunilik ilkesi, bireyler için bir güvence işlevi görür. Biçimsel kanunilik ilkesi, bireyin özgürlük alanının kanun tarafından açık bir biçimde belirlenmesini sağladığından hukuki güvenliği de temin

²⁵⁶ Palazzo, *Corso...*, s.101.

²⁵⁷ Palazzo, *Corso...*, s.101.

eder. Bu itibarla, sırf adaleti sağlamak amacıyla bu ilkenin terk edilmesi, bu amaca ulaşamamasının yanında, hukuki güvencelerin kaybolmasına ve keyfiliğe sebep olmuştur²⁵⁸.

Bireysel özgürlüklerin korunmasında kilit rol oynayan biçimsel kanunilik ilkesi; ceza normunun kaynakları, normun düzenlenmesi ve zaman bakımından uygulanması konusunda birbiriyle bağlantılı üç önemli sonuç ortaya koymuştur. Buna göre, ceza normunun sadece kanun tarafından düzenlenmesi/kanunun tekelliliği, ceza kanunlarının kesin ve belirli olması ve ceza kanunlarının geriye yürüme yasağı biçimsel kanunilik ilkesinden kaynaklanan güvencelerdir²⁵⁹.

Hukukun içinde yer alan biçimsel ve maddi kaynakların çokluğu karşısında, ceza hukukunda norm yaratma tekeli sadece yasama organına aittir (*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*). Bu sebeple, yazılı olmayan kaynaklar, yazılı olsa bile kanun dışında kalan kaynaklar ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamaz. Bu itibarla, ceza hukukunda kanun koyma tekelinin yasama organına ait olması, yargı ve yürütme erklerinin keyfi bir şekilde suç yaratmasının önüne geçecektir²⁶⁰. Ceza hukukunun kanundan kaynaklanması, bireysel özgürlükler ve güvenceler için yeterli olmamakta, kanunların açık ve belirli olması da gerekmektedir. Bu sebeple, kanun koyucu suç tipini düzenlerken ceza hukuku tarafından yasaklanan alanı kesin ve belirli bir biçimde göstermelidir. Belirlilik ilkesi sayesinde, yargıcın keyfi bir şekilde karar vermesinin ve kıyasa başvurmasının da önüne geçilmiş olacaktır (*nullum crimen sine lege poenali scripta e stricta*)²⁶¹. Başka bir ifadeyle, kanun tarafından açık ve belirli bir şekilde düzenlenmemiş vakıaların yargıç tarafından cezalandırılması engellenmiş olacak, sübjektif ve ideolojik yargı kararlarının önüne geçilecektir. Bununla birlikte belirlilik ilkesi, ceza hukuku açısından önem arz eden hukuki menfaatlerin farklı suç tipleri içerisinde düzenlenmesi ve bir suç kataloğunun oluşturulmasını sağlar²⁶². Dolayısıyla, İtalyan ceza hukuku öğretisinde de belirtildiği üzere, ceza hukukunun suç tipleri halinde parçalara ayrılmış olan karakteri (“*Il*

²⁵⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.12.

²⁵⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 39.

²⁶⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.41-42.

²⁶¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 60.

²⁶² Pulitano, *Diritto Penale*, s.49.

principio di frammentarietà”) belirlilik ilkesi sayesinde gerçekleşecektir²⁶³. Ayrıca ceza normunun açık ve belirli olması, hangi fiillerin cezalandırılacağını kesin bir biçimde ortaya koyduğundan, bireyler arasında hukuki eşitliği de temin eder²⁶⁴. Son olarak, ceza hukuku alanındaki hukuka aykırılıkların tipik hale getirilmesinin belirlilik ilkesi sayesinde sağlanacağını da vurgulamak gerekir. Dolayısıyla, ceza hukuku açısından önem taşıyan ihlallerin kanuni tipte düzenlenmesi ve ceza hukuku dışındaki diğer hukuka aykırı fiillerden ayrılması belirlilik ilkesinin uygulanması ile gerçekleşecektir²⁶⁵. Bu itibarla, suç fiilinin tipiklik özelliği, biçimsel kanunilik ilkesi ve belirlilik prensibinin teknik bir sonucu olmaktadır.

Ceza kanunlarının geçmişe uygulanması yasağı da kanunun tekelliliği ve ceza kanunlarının kesin ve belirli olması ilkelerini tamamlayan ve bireysel özgürlükleri korumaya yönelik bir güvencedir. Geçmişe uygulama yasağı uyarınca, ceza normu yürürlüğe girmesinden önce işlenen fiillere uygulanamaz. Bununla birlikte failin durumunu ağırlaştıran kanunlar da geriye yürümezler. Geçmişe uygulama yasağı sayesinde, bireyler kanun koyucunun gelecekte yaratacağı suçların faili olacakları endişesini taşımadan özgürce hareket edebileceklerdir. Bu itibarla, işlendiği zamanın kanununa göre suç oluşturmeyen bir fiil, ahlaka aykırı bir nitelik taşıdığı veya antisosyal karakterde olduğu iddiası ile cezalandırılamayacaktır. Böylelikle, yasama erkini elinde bulunduran siyasal güce karşı bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanacaktır²⁶⁶.

Biçimsel kanunilik ilkesi ve biçimsel suç anlayışından kaynaklanan ve yukarıda aktarmış olduğumuz güvenceler, özgürlükçü ve insan haklarını korumayı amaçlayan bir ceza hukuku sistemi için gereklidir, ancak yeterli değildir. Tarih içerisinde yaşanan deneyimler, biçimsel kanunilik ilkesi aracılığıyla ayrıcalıkçı ve baskıcı bir ceza

²⁶³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.61, Ceza hukukunun kanunda düzenlenen suç tipleri halinde parçalara bölünmüş karakteri (*Il principio di frammentarietà*), ceza hukukunun müdahalesinin en aza indirgenmek istenmesinin ve son çare; “*ultima ratio*” olmasının bir neticesidir. Özgürlükçü ceza hukukuna göre, bireyin temel haklarının ve bu hakların kullanılması için vazgeçilemez olan yardımcı hukuki değerlerin korunmasında zorunluluk olmadıkça cezai müdahaleye başvurulamaz (*nullum crimen, nulla poena sine necessitate*). Suçun, kanunilik ilkesi çerçevesinde ve belirlilik prensibine dayanarak farklı ve kesin/belirli tipler halinde düzenlenmesi gereği, zorunluluk olmadıkça suç yaratılamaması ilkesinin bir sonucu, bu ilkeyi tamamlayan teknik bir özelliktir. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. XLII-XLIII.

²⁶⁴ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.61.

²⁶⁵ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.62.

²⁶⁶ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s.85.

hukukunun da uygulanabileceğini göstermiştir²⁶⁷. Hukukun kaynağı olarak sadece kanun koyucunun; dönemsel siyasal gücün gösterilmesi otoriterleşmeye sebep olabilmektedir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında Kıta Avrupası'nda yaşanan tecrübeler, kanun koyucunun norm yaratırken anayasal değerlerle sınırlandırılması gereğini ortaya koymuştur. Kanun koyucunun insan haklarını ve bireysel özgürlükleri yok etmesinin önüne geçmek için, ceza normu kaynağını anayasalarda yer alan değerlerde bulmalı ve yine normun anayasal denetiminin yapılması ile bireysel güvencelerin korunması pekiştirilmelidir.

Bu kapsamda kanunilik ilkesi, biçimsel özelliğinin yanında maddi bir güvence de içermelidir. Buna göre, ceza normu biçimsel kanunilik ilkesinin ortaya koyduğu sonuçlar ve özellikle de belirlilik ilkesi uyarınca açık ve net bir şekilde düzenlenmeli, ancak ceza normu ile korunan hukuki değer kaynağı anayasal ilke ve değerlerde aranmalıdır. Biçimsel kanunilik ilkesinin özgürlükleri koruyucu bir özellikte olmasına karşın, dönemsel siyasi gücün ayrıcalıklı bir konum kazanmasına da hizmet edebilmesi karşısında, bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasının formülü budur²⁶⁸. Aynı yönde *Garofoli* de karma bir kanunilik ilkesinin (*legalità mista*) ve biçimsel-maddi suç anlayışının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, biçimsel anlamda kanunilik ilkesi, kanun yaratma yetkisinin sadece yasa koyucuya ait olduğunu belirtirken, maddi anlamda kanunilik ilkesi ise, yasa koyucunun ceza normu yaratırken anayasal parametre ve yükümlülüklerle bağlı olduğunu ortaya koymaktadır²⁶⁹.

Dolayısıyla kanunilik ilkesi artık sadece “*kanunsuz suç olmaz*” ifadesi ile açıklanamaz. Kanun koyucu, ancak “*bireyin anayasal haklarını ihlal etmesi olasılığı olan eylemleri*” suç olarak düzenleyebilir²⁷⁰. *Alacakaptan*’ın da belirttiği gibi, “*suçların kesin, çok açık ve kolay anlaşılabilir hükümlerde ifadesini bulması ve ceza*

²⁶⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.12.

²⁶⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.13.

²⁶⁹ Roberto Garofoli, *Manuale di Diritto Penale PG*, Roma, Nel Diritto Editore, 2012, s.8-9.

²⁷⁰ Çetin Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, *Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan*, İstanbul, Alfa, 1999, s. 639-703, s. 646.

normuyla demokratik anayasal sistem ile çelişen, insan hak ve özgürlüklerini bozan suçlar yaratılamaması, yasallığın çağdaş anlamını oluşturur"²⁷¹.

Alacakaptan'ın da vurguladığı gibi, kanunilik ilkesinin çağdaş anlamının *biçimsel-maddi kanunilik* anlayışında ortaya çıkması, suçun tanımında da *biçimsel-maddi suç* anlayışının kabul edilmesini gerektirir. *Kunter* de suçun hukuki (*hukuki tarif*) ve toplumsal (*içtimai tarif*) tanımlarını aktardıktan sonra, suçun toplumsal bir olay olduğunu reddetmediğini ancak, suç teorisi bakımından hukuki bir tanımın kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazarın belirttiği ve bizim de kabul ettiğimiz anlayışa göre, suçun hukuki tanımı hem şekli hem de maddi bir biçimde ele alınmalıdır. Bu itibarla "*suç içiyle, dışıyla, zarfıyla, mazrufuyla birlikte tarif edilmelidir*"²⁷².

Çağdaş ve özgürlükçü ceza hukukuna göre bir fiilin suç olarak düzenlenebilmesi için; yasama organı tarafından açık ve belirli bir şekilde düzenlenmiş olması, dış dünyada etkiler yaratması (maddi unsur) ve kaynağını anayasadan alan ve ceza normunda düzenlenen hukuksal değerleri ihlal etme kabiliyetine sahip olması gerekmektedir²⁷³. Suçun bu şekilde ele alınması, adaletin gerçekleştirilmesi ve aynı zamanda kanuni güvencelerin sağlanması, bireyin korunması ile toplumsal dayanışma arasında bir sentez yaratılması ve demokratik-çağdaş ceza hukukunun oluşturulmasına hizmet edecektir²⁷⁴. Suç hem biçimsel ceza normunun hem de kanunda korunan menfaatin ihlali olduğu için biçim ve içerik açısından bir bütün oluşturur²⁷⁵.

Suçun bu şekilde çağdaş bir anlayışla ele alınması, İtalyan öğretisinde "*anayasal değerler tarafından yönlendirilen suçun maddi tanımı*" ("*definizione sostanziale costituzionalmente orientata*") olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre; "*ancak anayasadan kaynaklanan ve somut olarak ceza normunda korunan hukuksal bir değeri zarara uğratan veya somut olarak tehlikeye sokan fiiller suç olarak düzenlenebilir*". Dolayısıyla İtalyan öğretisinde, anayasadaki *kanunilik, belirlilik, ihlal edicilik* ve

²⁷¹ Alacakaptan, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türk Uygulaması ve Değerlendirilmesi", s.11.

²⁷² Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, s.31-35.

²⁷³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.21.

²⁷⁴ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.21.

²⁷⁵ Tuğrul Katoğlu, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", **Kamu Hukukçuları Platformu Hukuk Güvenliği**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:277, 2015, s. 141-183, s.151.

şahsilik ilkelerinin suçun kapsamını oluşturduğu belirtilmekte ve ceza hukuku açısından önem taşıyan fiillerin, adı geçen ilkelerin çizdiği sınırlar içerisinde belirlenebileceği vurgulanmaktadır²⁷⁶. İtalyan Anayasa Mahkemesi de önemli bir kararında belirttiği üzere; “*ceza hukukuna toplumun korunmasında ancak son çare (extrema ratio) olarak başvurulmalı, ceza hukuku amaçladığı korumayı gerçekleştirmek için çok sayıda ve ölçüsüz düzenlemelerden kaçınmalı, ceza normları çok açık bir biçimde düzenlenmeli ve en azından anayasal önemi olan değerleri korumaya yönelik olmalıdır*”²⁷⁷.

Alacakaptan’ın “Öteki Ceza Hukuku” başlıklı çalışması içerisinde, çağdaş ceza hukukunun genel ilkelerini kısaca özetleyen ve kanun koyucunun suç yaratma konusundaki yetkisini açıklayan şu ifadeleri aynen aktarmakta büyük yarar görüyoruz; “...çağdaş ceza hukuku belirsiz, muğlak, keyfiliğe yol açan gevşek suç modellerine, zarar sonucuna önem vermeyen sırf hareket suçlarına, normun koruduğu hukuki menfaatin belirsiz olduğu modellere...sırtını dönmek zorundadır. Unutulmamalıdır ki, yasa koyucunun tipe ve yasaya uygun olduğu için her eylemin suç sayılıp cezalandırılabilmesi yolunda bir yetkisi olmamalıdır. Çünkü ceza hukukunun asıl işlevi bireyin haklarını korumaktır. Bu yüzden yasama organı insan haklarını ihlâl eden suçlar yaratamayacaktır”²⁷⁸.

2. İlkenin Türk ve İtalyan Anayasalarındaki Temelleri

İhlal edicilik ilkesi, Türk ve İtalyan Anayasalarında açıkça ve özel bir hüküm aracılığıyla düzenlenmemiştir. Ancak hukuksal değerlerin korunması prensibi üzerine kurulu ve objektif ceza hukuku anlayışının geçerli olduğu bir anayasal düzende, ihlal edicilik ilkesinin suç siyasetinin temel yönlendiricisi ve anayasal ceza hukuku sisteminin “*ağırlık merkezi*” olduğu belirtilmektedir²⁷⁹.

İtalyan Anayasasında ihlal edicilik (“*nullum crimen sine iniuria*”) ilkesi açıkça yer almamasına rağmen, anayasanın bütünlüğünün ve “*genel örgüsünün*” ihlal edicilik

²⁷⁶ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 250.

²⁷⁷ Corte Cost. sentenza 364/1988, 23-24 Marzo 1988, kararın tamamı için bkz. <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, erişim tarihi 01.07.2023

²⁷⁸ Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, s. 370.

²⁷⁹ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 184.

ilkesini dayattığı savunulmaktadır²⁸⁰. Bu çerçevede İtalyan Anayasası'nın suçu bir ödevin ihlali veya sadece bireyin dahili davranışları, düşünceleri üzerine kuran bir anlayışın karşısında olduğu, buna karşılık laik nitelikte ve farklı fikirlere toleransı temeline alan, vatandaşların özgürlüğünün en yüksek hukuksal değer olduğu bir sistemi düzenlediği vurgulanmaktadır²⁸¹. Bu itibarla, böyle bir anayasal sistem içerisinde, ancak bireylere ve topluma zarar verici fiiller suç olarak düzenlenebilir. Ceza hukukunun önleyici ve bastırıcı karakterinin kabul edilmesi ancak bu şartlarla mümkün olacaktır²⁸². Bununla birlikte, başkalarına zarar vermeyen davranışlar sadece ortak ahlak anlayışından saptığı için cezalandırılmaz. Aynı şekilde, sadece devlet düzenine sadakatsizlik veya itaat etmemek de ceza hukuku açısından önem taşımaz. Bireyler, ortak ahlak anlayışına aykırı olsa da başkalarına veya topluma zarar vermeyen davranışları gerçekleştirmekte tamamen özgürdürler²⁸³. Liberal demokratik bir anayasal düzende, ceza hukuku ancak anayasada korunan hukuksal değerleri ihlal eden davranışları suç olarak düzenleyebilir. Bu kapsamda, hukuksal değerlerin suçun “kutup yıldızı” olduğu, kanun koyucunun suç tipini yaratırken, anayasada korunan hukuksal değerleri ihlal edecek davranışları yasalaştırması gerektiği açıklanmaktadır²⁸⁴.

Bireyin haklarını korumayı amaçlayan ve suç fiilinin anayasal bir değerle ilişki içinde olmasını öngören, biçimsel-maddi suç anlayışının temellerini 1982 TC. Anayasası'nda bulmak mümkündür. Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen “hukuk devleti ilkesi” yasama organının hangi fiilleri suç olarak düzenleyebileceği konusunda yol gösterici olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği üzere; “...yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırmaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur”²⁸⁵. Yine aynı Anayasa Mahkemesi

²⁸⁰ Alberto Cadoppi, Paolo Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, Padova, CEDAM, 2010, s. 90.

²⁸¹ Cadoppi/Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, s. 90.

²⁸² Cadoppi/Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, s. 90.

²⁸³ Cadoppi/Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, s. 90.

²⁸⁴ Cadoppi/Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, s. 90.

²⁸⁵ AYMK, E.1991/35, K.1991/13, Karar Tarihi.06.06.1991

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/13>, erişim tarihi: 01.03.2024, bkz. Kayıhan İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt II, Ankara, 2008, s. 913-933, s. 925.

kararında belirtildiği üzere, “ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur”²⁸⁶. İhlal edicilik ilkesi de insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin ve adaletin gerçekleştirilmesinin ceza hukukundaki yansıması olduğu için devletin cezalandırma yetkisinin önemli sınırlarından birisini teşkil edecektir.

Hukuk devleti ilkesinin, *biçimsel* ve *maddi* olmak üzere iki anlamı vardır²⁸⁷. Biçimsel anlamda hukuk devleti, hukuk güvenliğinin sağlanmasını güvence altına alır. Bireylerin özgürlük alanına en fazla müdahalede bulunan ceza hukukunun yine hukuk tarafından sınırlandırılması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir²⁸⁸. Ceza hukuku anlamında hukuk güvenliğinin sağlanması da suçta ve ceza kanunilik ilkesi ve belirlilik kuralı ile mümkün olur²⁸⁹. Suçların ve cezaların kanuniliği yine Anayasanın 38. maddesinde açık bir biçimde düzenlenmiştir. Bununla birlikte hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi açısından sadece kanun ile düzenleme yeterli olmaz, aynı zamanda yapılan düzenlemenin “*duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık, net ve anlaşılır*” olması da gerekir²⁹⁰. Bu itibarla hukuk devleti ilkesi uyarınca, yasa koyucu suç ve cezaları düzenlerken, kıyasa yol açmayacak ve belirlilik kuralına uygun bir şekilde düzenlemelidir. 5237 sayılı TCK.’nın 2. maddesinde de kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı düzenlenmiş ve bu çerçevede kıyas yapılması da yasaklanmıştır.

Hukuk devleti ilkesi yukarıda aktardığımız biçimsel garantileri sağlamakla birlikte, maddi bir anlam da ifade eder. Söz konusu ilkenin ceza hukuku açısından maddi anlamı içerikle ilgilidir²⁹¹. Ceza hukukunun içerik yönünden nasıl belirlenmesi gerektiğini maddi anlamda hukuk devleti ortaya koyar²⁹². Buna göre, hukuk devletinde ceza hukuku kuralları, birey odaklı olarak ve insan haklarına saygı esasını temel alarak

²⁸⁶ AYMK, E.1991/35, K.1991/13, Karar Tarihi.06.06.1991

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/13>

²⁸⁷ İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, s.926 vd., Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 50 vd., Demirbaş, s. 68-69, Koca/Üzülmmez, s. 55, İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 95, Demirbaş, s. 69.

²⁸⁸ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 95.

²⁸⁹ İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, s.926-927.

²⁹⁰ İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, s. 927.

²⁹¹ Koca/Üzülmmez, s. 55.

²⁹² İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 97, Demirbaş, s. 69.

düzenlenmelidir²⁹³. Yasa koyucunun suç düzenlemek konusunda sınırsız bir yetkisi yoktur, hukuk devletinin maddi anlamı uyarınca anayasal değerlerle çelişen, demokratik toplum gereklerine aykırı suçlar yaratılamaz. Ceza kanunları insana saygı esasından hareket etmeli, insan onuruyla bağdaşmayacak cezalar koymamalıdır²⁹⁴. *Turpin*'in de belirttiği üzere, hukuk devleti ilkesi sadece düzenin kurulması ve muhafazasını sağlayan biçimsel bir kanuniliğe indirgenemez. Biçimsel özelliğinin yanında hukuk devleti ilkesi, bireyin en üstün değer olduğunu ortaya koyan ve bireyin gelişmesi için gerekli kurumları sunan bir özelliğe de sahiptir²⁹⁵.

Hukuk devletinin maddi anlamı, suçun maddi anlayışının temelini oluşturur. Bu sebeple kanun koyucu suç ihdas ederken anayasal değerleri ve ihlal edicilik ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. Bununla birlikte, Anayasanın 38. maddesinin birinci fıkrasında, kimsenin kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun ancak bir “fiilin” icra edilmesini suç sayabilecek olması, ancak maddi nitelikteki, ihlal ediciliği olan fiillerin cezalandırılabilmesine işaret eder. Dolayısıyla düşüncenin, dışa yansımayan ve sadece devlet düzenine sadık olmadığı ileri sürülen davranışların suç olarak düzenlenmesi anayasaya aykırı olacaktır. Yine Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrasında belirtildiği üzere, ceza sorumluluğu şahsidir. *Özek*’in de vurguladığı gibi, “*ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralı, failin kendi eyleminden sorumluluğu anlamına geldiğine göre, sorumluluk iradi ve nedensel değer taşıyan insan eyleminin, ceza normunun koruduğu hukuksal yararı ihlal etmesine bağlıdır*”²⁹⁶. Bu itibarla, kanun koyucu suç düzenlemesinde ihlal ediciliği bir yön gösterici olarak kullanılmalıdır.

3. İlkenin Normatif Dayanakları

İhlal edicilik ilkesinin Türk Ceza Hukuku açısından iki yasal dayanağı olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki TCK.’nın 1. maddesi, ikincisi ise suça teşebbüsü düzenleyen TCK.’nın 35. maddesidir.

²⁹³Koca/Üzülmez, s. 55; İçel, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in Daima Büyük Önem Verdiği Suç Politikasının Ana İlkelerinden Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, s. 931.

²⁹⁴ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 97, Demirbaş, s. 69.

²⁹⁵ Dominique Turpin, **Droit Constitutionnel**, Paris, PUF, 1997, s. 73.

²⁹⁶ Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı...”, s. 652.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yer aldığı TCK. md. 2'nin de önüne geçen ve bu itibarla kanunun en önemli maddesi olduğu belirtilen²⁹⁷ “Ceza Kanununun amacı” başlıklı TCK. md. 1 şu şekilde kanunlaştırılmıştır; “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için, ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir*”.

TCK.’nın birinci maddesinin gerekçesi ise şu yöndedir; “*Ceza kanunları bireyin hak ve özgürlüklerine derin biçimde müdahale eden yaptırımları içermektedir. Bu nedendir ki bir ülkedeki ceza kanununa hâkim felsefe, değer ve ilkeler, o ülkedeki siyasî rejimin niteliğini gösterir. Nitekim tarihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak ve özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler. Yine insanların adaletsiz ve haksız biçimde ceza ve tedbirlere maruz kılınmaması amacıyla başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası sözleşme ve belgede bireyi ceza kanunlarının keyfi uygulanmalarına karşı güvence altına alan hükümlere yer verilmiştir. Bu sözleşmelere taraf olan ülkemizin Anayasasında da aynı esaslar öngörülmüş olduğundan, ceza kanununun amacını tanımlayan maddeyle, bireyin sahip bulunduğu hukukî değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Böylece kanunun özgürlükçü karakteri vurgulanmakta, bunun yanında bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanunun temel amaçları arasında sayılmaktadır*”²⁹⁸.

Bu maddenin dayanağının Rus Ceza Kanunu olduğunu belirtmek gerekir. Komünist bir rejimden demokratik bir toplum olma çabasına giren Rusya açısından böyle bir maddenin gerekli ve anlamlı olabileceği ancak rejim değişikliğinin yaşanmadığı Türkiye Cumhuriyeti açısından bu yöndeki bir düzenlemenin gereksiz

²⁹⁷ Mehmet Emin Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, **Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 2005, s. 23-35, s. 23.

²⁹⁸ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, Seçkin, 2005, s. 65-66.

olduğu açıktır²⁹⁹. “*Laik ve demokratik bir cumhuriyet olan ve bu konudaki temel prensipleri ve çerçeveyi anayasası ile belirlemiş olan Türkiye Cumhuriyeti bakımından bu hususların ceza kanununda ayrıca ve yeniden vurgulanması*” yerinde değildir³⁰⁰.

Öğretide haklı olarak, anayasalarda yer alması gereken genel bir kuralın TCK.’nın birinci maddesiyle düzenlenmesi ve ceza kanununa alınması eleştirilmektedir³⁰¹. Bu kuralların ceza kanununda yer almasının yorum yönünden hatalı sonuçlar da doğurabileceği vurgulanmaktadır³⁰². TCK.’nın birinci maddesi ceza kanununun amacının belirli hukuksal değerleri ve hukuk devletini korumak olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber maddenin gerekçesinde de ceza kanununun özgürlükçü karakterine vurgu yapılarak adaleti gerçekleştirme amacı taşıdığı açıklanmaktadır. Hukuk devletini ve bireye ait hukuksal değerleri korumak ve adaleti gerçekleştirmek amacı, ceza normlarının ihlal edicilik ilkesine bağlı kalınarak düzenlenmesi gerçekleşebilir. Buna karşılık, ceza kanunundaki düzenlemelerin ihlal edicilik ilkesi çerçevesinde düzenlenmesi gereğini ortaya koyan bir normun yine ceza kanununda yer alması görüşümüze göre kanunlaştırma tekniği açısından doğru olmamıştır. Bir önceki başlıkta belirttiğimiz üzere, 1982 TC. Anayasası’nda yer alan hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devleti ilkeleri gereğince ihlal edicilik ilkesi suç düzenlenmesinde kanun koyucuya yol gösterici olacaktır. Ayrıca, ceza hukukuna yüklenen “*bireyin sahip olduğu değerlerin ihlalini önlemek ödevi*”, ceza hukukunun öngördüğü düzenlemelerden de ortaya çıkacaktır³⁰³. Dolayısıyla TCK.’nın 1. maddesine gerek kalmadan da hukukumuzda ihlal edicilik ilkesinin kaynaklarını bulmak mümkündür. Birçok eksikliği ve hatayı içinde barındıran bu düzenleme anayasal bir nitelikte olması nedeniyle esasen tezimizin içerisinde bir üst başlıkta yer almalıydı. Ancak ceza kanununun birinci maddesi olarak düzenlenmesi ve ihlal edicilik ilkesine ilişkin içeriği dolayısıyla ilkenin normatif kaynakları başlığı altında incelenmeyi daha uygun gördük.

²⁹⁹ Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, s. 27.

³⁰⁰ Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, s. 27.

³⁰¹ Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, s. 27, Köksal Bayraktar/Önder Öztürel/Pınar Memiş, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul, Sarı Yayıncılık, 2004, s. 31-39, s. 31.

³⁰² Bayraktar/Öztürel/Memiş, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, s.31.

³⁰³ Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, s. 27.

İhlal ediciliğin yasal dayanakları ve tipikliğe dahil olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, fiilin ihlal ediciliği işlenemez suç kavramından çıkarılmalıdır³⁰⁴. İşlenemez suç, İtalyan Ceza Kanunu m. 49/2’de, “*hareketin elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu sebebiyle zararlı veya tehlikeli neticenin gerçekleşmesinin mümkün olmaması...*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine bu düzenlemeye göre, işlenemez suçun varlığı durumunda faile ceza verilmeyecektir.

Ceza hukuku öğretisinde geleneksel anlayış; işlenemez suçun bağımsız bir düzenleme değil, suça teşebbüsün olumsuz bir şekli olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, işlenemez suç gerçekleştirilememiş veya elverişsiz teşebbüs olarak açıklanmıştır³⁰⁵. Daha sonra bu görüş eleştirilerek, işlenemez suçun yapısal ve kavramsal olarak teşebbüsten bağımsız bir nitelikte olduğu kabul edilmiştir. İşlenemez suçu bağımsız bir şekilde ele alan ve *suçun gerçekçi anlayışı* (“*concezione realistica del reato*”) olarak adlandırılan bu görüşe göre; işlenemez suç tanımı, soyut tipte yer alan unsurlara tamamıyla uygunluk gösteren ancak ceza normunda korunan hukuksal değeri ihlal edici olmayan fiillerin bulunabileceğini ortaya koymaktadır³⁰⁶. Başka bir ifadeyle, bir fiil tipteki unsurlara tamamen uygunluk gösterse bile, elverişsiz olması sebebiyle ceza normu tarafından korunan hukuksal menfaati ihlal etme yeteneğinden yoksun olabilir³⁰⁷. Bu itibarla suçun varlığı için, fiilin kanuni tanıma uygunluk göstermesinin dışında ve ötesinde kanunda korunan hukuksal değeri de ihlal etmesi gerekir. Bu durumda tipik bir fiilin varlığına rağmen failin cezalandırılabilmesi söz konusu olabilir³⁰⁸.

Türk öğretisinde *Keyman*, fiilin ihlal edici içeriğinin işlenemez suç³⁰⁹ kavramından çıkartılabileceğini ortaya koymakta ve suç fiilinin tipiklik ve ihlal edicilik olmak üzere iki niteliği olduğunu belirtmektedir³¹⁰. Bir suçun varlığı için öncelikle somut fiilin, kanuni tarifte yer alan unsurlara uygun olup olmadığı, yani ceza hukuku açısından önem taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır. Fiilin soyut tipe uygunluğunun araştırılması, biçimsel ve harici bir nitelik taşır, fiilin ihlal ediciliğinin

³⁰⁴ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 190 vd.

³⁰⁵ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s.499 vd.

³⁰⁶ Garofoli, *Manuale...*, s.584.

³⁰⁷ Selahattin Keyman, “Cürmi fiilin yapısal unsuru olarak hareket”, *AÜHFD*, Ayı Basım, Ankara 1989, s.121-171, s. 133.

³⁰⁸ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.133.

³⁰⁹ İşlenemez suç konusundaki farklı anlayışlar için bkz. Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, AÜHF Yayınları 223, Ankara, s. 17 vd.

³¹⁰ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.123 vd.

belirlenmesinden tamamen bağımsızdır³¹¹. Fiilin ihlal ediciliği ise, norm tarafından korunan menfaatleri ilgilendirir. Bu itibarla, fiilin soyut tipe uygunluğu belirlendikten sonra, menfaatler karşısındaki etkileri değerlendirilmelidir. *Keyman*'a göre, somut fiil hakkında yapılan tipiklik ve ihlal edicilik değerlendirmelerinin birbirine uymaması mümkündür. Bu sebeple öncelikle somut fiilin TCK.'nın özel kısmında soyut tipe uyup uymadığı tespit edilmeli, daha sonra eğer somut fiil tipe uygunluk gösteriyorsa, normun koruduğu menfaati ihlal edici (menfaati zarara uğratması veya tehlikeye sokması) karakteri araştırılmalıdır³¹². Yazara göre, eğer fiil ihlal edici karaktere sahip değilse, hareket elverişsizdir ve işlenemez suç vardır. Sonuç olarak fail cezalandırılmayacaktır³¹³.

Keyman, işlenemez suç ilkesi ve suçların kanuniliğinin cezai hukuka aykırılığın temeli olduğunu belirtmektedir³¹⁴. Bu itibarla, yargıcın somut fiil hakkında yapacağı tipiklik ve ihlal edicilik değerlendirmeleri, hukuka aykırılığın biçimsel ve öze ilişkin koşullarının oluşup oluşmadığını incelemek anlamına gelecektir. Fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma hukuka aykırılığın biçimsel yönünü, fiilin normun koruduğu menfaati ihlal etmesi ise, hukuka aykırılığın maddi yönünü oluşturacaktır. Bu itibarla, yazara göre; “suçların kanuniliği hukuka aykırılığın biçimsel yönünün işlenemez suç da hukuka aykırılığın maddi görünümünün teyididir”³¹⁵.

Yukarıda aktardığımız ve somut bir fiilin tipe uygun olmasına rağmen ihlal edici olmadığı için cezalandırılmayacağı şeklindeki görüş eleştirilmiştir³¹⁶. Bu kapsamda, bu görüşün suçların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir. Fiilin ihlal edici karakteri, tipikliğin dışında ele alınırsa, yargıcın somut fiilin tipe uygunluğunu denetledikten sonra, ihlal ediciliği tespit etmek için hukuk dışı değerlere ve ölçütlere başvurabileceği ileri sürülmüştür. Yargıcın bu şekilde keyfi davranması kanunun tekellciliği ilkesini zedeleyebileceği gibi, failin hareketlerinin sosyal açıdan tehlikeli olduğu gerekçesiyle cezalandırılmasına da sebep olabilir³¹⁷. Bu itibarla, tipikliğin dışında bir ihlal ediciliğin bulunduğu düşüncesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi üzerine kurulu çağdaş ceza hukuku sistemi ile bağdaşmaz. Aksini kabul etmek; ihlal

³¹¹ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.133.

³¹² Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.133.

³¹³ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.133.

³¹⁴ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.134.

³¹⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.134.

³¹⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.191.

³¹⁷ Garofoli, **Manuale...**, s.584, aynı yönde Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.191.

ediciliği tipikliğin dışında fiilin bir özelliği olarak ele almak, bir dönemin sosyalist ceza kanunlarında olduğu gibi, tipik olan ancak sosyal açıdan tehlikeli olmayan fiillerin cezalandırılmaması sonucunu doğurabilir³¹⁸.

Yukarıdaki tartışmalar değerlendirildiğinde, fiilin ihlal ediciliğinin tipiklik içinde kabul edilmesinden yana olduğumuzu belirtmemiz gerekir. Çağdaş ceza hukukunda bireysel hakların güvencesi niteliğindeki ve anayasal bir değer taşıyan suçların kanuniliği ilkesi gereğince, fiilin ihlal ediciliğini tipikliğin dışında değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla, kanunilik ve ihlal edicilik ilkelerine dayalı özgürlükçü bir ceza hukukunda “*suç, tipleştirilmiş ihlal edici fiil*” (“*fatto offensivo tipizzato*”) olarak kabul edilmelidir³¹⁹. Normda korunan menfaatler, ceza normuna yabancı değil aksine, normun iç yapısına dahildir. Fiilin ihlal ediciliğinin de ceza normunda korunan hukuksal menfaatleri ilgilendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, normda korunan hukuksal menfaatleri zarara uğratmak veya en azından tehlikeye sokmayı ifade eden ihlal ediciliğin de normun iç yapısına dahil olduğunu belirtmek gerekir. İhlal edicilik, ceza normunun dışında yer alan ona yabancı bir veri değildir; aksine normun iç yapısına dahildir, yani tipik bir nitelik gösterir³²⁰.

Bununla birlikte, *suçun gerçekçi anlayışı* olarak adlandırılan ve *Keyman* tarafından da savunulan görüşün kısmen doğruluk payı taşıdığını kabul ediyoruz. İhlal ediciliğin, suç fiilinin bir niteliği olarak değerlendirilmesi veya suç tipinin unsuru olarak ele alınması, onun somut olarak değerlendirilmesini engellemeyecektir. *Keyman* da ihlal ediciliği suç fiilinin niteliği olarak görenler ile tipik fiilin zorunlu olarak ihlal edici olduğunu kabul edenlerin aynı sonuca ulaştığını belirtmektedir. Tipiklikle ihlali aynı kabul eden anlayışa göre, *normun tasvir ettiği soyut tipik fiilin kanuni görünümünün ötesinde bazı unsurları daha vardır. Bunlar, normun soyutluğu nedeniyle peşinen öngöremediği, ancak somut olayda ortaya çıkarak somut fiile ihlal edici nitelik veren durumlardır. Sonuç itibarıyla, olayda uygulanacak gerçek norm biçimsel unsurlar, soyut modele uygun somut fiile eşlik eden bunu ihlal edici durumlar ve ihlalden oluşur*. Dolayısıyla “*gerçek anlamda tipik fiil varsa, bunun ihlal edici olmaması düşünülemez. Bu anlayış, ihlali ve somut norma eşlik eden durumları tipik fiilin unsurları saymak suretiyle aynı sonuca varmaktadır. Aradaki tek fark, işlenemez*

³¹⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.191.

³¹⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.192.

³²⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.192.

suç kuralından hareket edenlerin tipik fiile rağmen ihlal gerçekleşmemiştir demelerine karşılık, bunların ihlal yoksa belki görünüşte tipik fiil vardır ama gerçek anlamda tipik fiil yoktur demeleridir”³²¹.

Görüşümüze göre, ihlal edicilik tipikliğin bir unsuru olduğundan, yargıç her somut olayda tipikliğin unsurlarının ve bu kapsamda da ihlal ediciliğin gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecektir. Türk Hukuku açısından, yargıcın yapacağı bu araştırmanın yasal dayanağının işlenemez suç değil, TCK. md. 35’te düzenlenen “Suça Teşebbüs” olduğu kanaatindeyiz.

Gerçekten de TCK. md. 35/1’e göre; “Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu olur”. Madde hükmü, adeta suç yolunun şemasını çizmektedir. Suça teşebbüs hükmüne göre, elverişsiz hareketler cezalandırma alanı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasında da suça teşebbüs halinde ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığına göre orantılı bir cezaya hükmedileceği düzenlenmektedir. Demek ki, ancak elverişli hareketler sonucunda bir zarar veya tehlike ortaya çıkacak ve cezalandırma da bunun üzerine yapılacaktır. Bu itibarla, suça teşebbüs hükmünün elverişsiz ve dolayısıyla da bir zarar ve tehlike yaratmayan hareketleri cezalandırma alanı dışında bıraktığını söyleyebiliriz. Bununla beraber, suça teşebbüsü düzenleyen hükmün Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerini düzenleyen birinci kitabının içerisinde yer aldığı ve yine TCK md. 5 uyarınca genel hükümlerin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanacağı dikkate alındığında, bütün suç tipleri açısından her somut olayda fiilin elverişli olup olmadığının araştırılması gerekecektir. *Alacakaptan* da işlenemez suça ilişkin yaptığı açıklamalardan sonra aynı yönde görüş belirtmekte ve elverişliliğin tipikliğe dahil olduğunu şu şekilde ifade etmektedir; “...*elverişliliği, hareketin tipik sayılması için varlığı gerekli bir unsur saymamız, başka bir deyişle elverişsiz bir hareketi, kanuni tipe uygun olmayan bir davranış şeklinde telakki etmemiz tabiidir*”³²².

Sonuç olarak, elverişli olmayan; normda korunan hukuki değeri ihlal etmeyen (zarar veya tehlike yaratmayan) fiillerin cezalandırması kanunen de mümkün

³²¹ Bkz. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s.135-136.

³²² Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s.22

olmayacaktır. Kanunda korunan hukuki menfaati zarara uğratmaya veya tehlikeye sokmaya elverişli olmayan hazırlık hareketlerinin de ihlal edici karakteri olmadığını bu sebeple de tipik nitelikte olamayacağını ve kural olarak cezalandırılmayacağını savunmaktayız. Buna karşılık hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak, istisnai bir şekilde kanunda düzenlenmesi mümkündür. Bu bağımsız suç düzenlemeleri, tezimizin ikinci bölümünde açıklanan çok özel koşullar altında ve fiil ceza hukukunun güvencelerinden ödün vermeden sınırlı sayıda düzenlenebilir.

E. İhlal Edicilik İlkesinin Mutlak-Görece Değeri

İhlal edicilik ilkesi kural olmakla birlikte, bu ilkenin mutlak bir değerde olmadığı ve istisnaları olduğu da belirtilmektedir. Birincil derecede önem taşıyan bireysel, kolektif ve kurumsal hukuksal değerlere gerçekleşecek ihlallerin önlenmesi için bazı istisnalara başvurma gerekliliği olduğu açıklanmaktadır³²³.

Türk Hukuku açısından, anayasal temeli hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerinde bulunan ihlal edicilik ilkesine istisna oluşturacak düzenlemelerin (ve hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran normların) temelini yine 1982 tarihli TC. Anayasası'nda bulmak mümkündür.

1982 tarihli TC. Anayasası'nın 5. maddesinde; *“Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”*, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bununla birlikte yine 13. maddede, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

³²³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 185.

Bu itibarla, anayasanın 5. maddesinde sayılan gerekçelerle ve 13. maddesindeki ölçütler gözetilerek ve özellikle ölçülülük ilkesi çerçevesinde, ihlal edicilik ilkesinin istisnasını oluşturan ancak ileride işlenecek suçları önleyici nitelikteki hazırlık hareketlerinin müstakil olarak ceza kanunlarında sınırlı sayıda düzenlenebileceğini savunuyoruz.

İhlal edicilik ilkesinden istisnai olarak sapmanın vazgeçilemez olduğu ve istisna oluşturacak düzenlemelerin “ölçülülük, düzenlemeyle korunan hukuksal değer *liyakati* (birincil derecede bir hukuksal değer olması) ve *cezaya gereksinim*” ölçütleri gözetilerek kanunlaştırılması halinde anayasaya aykırılığın söz konusu olmayacağı belirtilmektedir³²⁴. Hukuksal değer zarara uğradıktan sonra yapılacak bir cezalandırma yetersiz ve eksik kalacağı için, bazı bireysel ve kolektif hukuksal değerlerin daha etkin bir biçimde korunması için ceza hukukunun önleyici bir biçimde müdahalesi gereklidir. Örneğin; nükleer felaketlerden, zehirli maddelerin çevreye karışmasından, salgınlardan veya genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların çevreye karışmasından doğacak zararların artık geri dönülemez olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, hazırlık veya örgütlenme aşamasında engellenmez ise kontrol edilemez hale gelecek ve cumhuriyeti ve demokratik işleyişi yıkıma uğratabilecek faaliyetlerin de önleyici ceza hukuku araçları ile karşılanması gereği ortaya çıkmaktadır³²⁵. Bu itibarla ihlal edicilik ilkesinin yukarıda belirttiğimiz şartlar dahilinde bazı istisnalara sahip olması bir ihtiyaç ve gerekliliktir.

Bunun yanında, ihlal edicilik ilkesinin istisnası olmadığını ileri sürmenin ve bu ilkeyi mutlak bir dereceye yükseltmenin ve daha sonra da hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerini bu ilkenin içine dahil etmenin bir tutarsızlık oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bu şekilde ihlal edicilik ilkesinin sınırlarını aşırı bir şekilde genişletmek cezalandırmanın öne alınması açısından kanun koyucuya sınırsız bir kapıyı açabilir. Burada önemli olan, ihlal ediciliğin istisnası olması değil, bu istisnaların ölçülü ve ancak gerekli olduğu alanlarda kanunlaştırılmasıdır³²⁶.

³²⁴ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.186.

³²⁵ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.186.

³²⁶ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.186.

F. İhlal Edicilik İlkesi Çerçevesinde Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Olarak Cezalandırılması

İhlal edicilik ilkesi, hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı suç tiplerinin ceza hukukundaki yerinin belirlenmesi açısından bir referans noktası olmaktadır. Bu itibarla, ihlal edicilik ilkesi hazırlık hareketlerini cezalandıran suçların sınıflandırılmasında ve düzenlenmesinde yol gösterici niteliktedir. Ceza hukukunun koruması öne alınırken normda korunan hukuksal değerin ihlalinin hangi sınıra kadar geriye çekilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Hukuksal değerlerin daha etkin bir biçimde korunabilmesi için sadece zarar verici neticelerin cezalandırılması yeterli olmamakta hukuksal değeri tehlikeye sokan davranışların da ceza müeyyidesiyle karşılanması gerekmektedir³²⁷.

Hazırlık hareketlerinin hukuksal değeri ne derecede ihlal ettiği konusunda, öğretide temel olarak iki görüşün bulunduğu belirtilebilir. İlk görüş, hazırlık hareketlerinin ihlal ediciliği olmayan (*“reati senza offesa”*) suçlar arasında bulunduğunu ortaya koymaktadır³²⁸. İhlal ediciliği olmayan suçlar, salt amaç suçları (*“reati di scopo”*) olarak da ifade edilmekte ve bu suçlarla hukuksal değere ihlalin değil, gerçekleşmemesinde devletin menfaatinin bulunduğu bazı durumların cezalandırıldığı ifade edilmektedir. İhlal ediciliği olmayan suçlar kategorisine, özel kastla işlenen suçlar, kalkışma suçları, şüphe/durum suçları (*“reati di sospetto”*) ve önleme suçlarının (*“reati ostativi”*) girdiği vurgulanmaktadır³²⁹. Tezimizin ikinci bölümünde ele aldığımız ve cezalandırılan hazırlık hareketleri içinde değerlendirdiğimiz şüphe/durum suçları ve önleme suçları bu görüş uyarınca ihlal ediciliği olmayan suçlar kategorisinde değerlendirilmektedir.

Hazırlık hareketlerini cezalandıran müstakil suç tiplerini ihlal ediciliği olmayan suçlar başlığı altında inceleyen anlayışa göre; ihlal edicilik üzerine kurulu bir ceza hukuku sisteminin son sınırını somut tehlike veya en fazla soyut tehlikeyi cezalandıran ceza normları oluşturur. Bu sınırın geçilmesiyle *“sübjektif, sadece birtakım belirtileri veya şüpheleri cezalandıran güvenli olmayan bir alana geçiş”*

³²⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 203.

³²⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 213 vd.

³²⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 215 vd.

yapılır³³⁰. Bununla birlikte, cezalandırmayı ihlal öncesindeki evreye taşıyan önleyici ceza hukukunun ortaya koyduğu düzenlemelerin ve bu çerçevede cezalandırılan hazırlık hareketlerinin meşru bir zemine oturması için birtakım şartların varlığı aranmalıdır. Buna göre ceza hukuku korumasının ihlal öncesi alana çekilmesi ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için, korunan hukuksal değer birincil nitelikte olması, önleyici bir korumanın gerekli olması ve cezalandırılan hazırlık hareketlerinin ileride gerçekleşmesi muhtemel amaç suçlar açısından işlevsel ve bunları gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir³³¹. Yine aynı yönde önleme suçlarının ve bu itibarla da hazırlık hareketlerinin münferit olarak cezalandırıldığı suç tiplerinin belirlilik ilkesine azami dikkat gösterilerek kanunlaştırılması gerektiği ve ileride işlenmesi muhtemel amaç suçlar açısından elverişli bir şart, ön koşul (“*premissa idonea*”) oluşturmaları gerektiği de ifade edilmektedir³³².

Öğretide hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerini dolaylı tehlike suçları içerisinde inceleyen ikinci bir görüş de bulunmaktadır³³³. Tehlike türleri sınıflandırılırken başvuru ayrımlardan birisi de doğrudan ve dolaylı tehlike suçlarıdır³³⁴. Dolaylı tehlike (ya da “*içtimai tehlike*”) ileride yeni suçların işlenmesi ihtimalini işaret eder³³⁵. Bu yeni suçları ise “*ya suçlu ya mağdur ya mağdurun akrabaları veya üçüncü şahıslar*” işleyebilecektir³³⁶. Doğrudan doğruya tehlike ise, suçun doğrudan doğruya meydana getirdiği tehlike şeklinde ortaya çıkan neticedir³³⁷. Doğrudan tehlikede, tehlike korunan hukuksal değerle doğrudan ilişkilendirilmiş ve doğrudan bağlantılıdır³³⁸. Dolaylı tehlike suçları kanun koyucunun hukuksal değerlerin korumasını ön aşamaya aldığı suçlar olarak açıklanmaktadır³³⁹. Bu çerçevede dolaylı tehlike suçlarının, “*hukuken korunan yarar ya da menfaate ancak dolaylı olarak zarar verebilen tehlike*” olduğu ifade edilmiştir³⁴⁰.

³³⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 222.

³³¹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 222.

³³² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 222.

³³³ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale 1*, s. 598 vd.

³³⁴ Vesile Sonay Daragenli, *Tehlike Suçları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s. 20.

³³⁵ Daragenli, *Tehlike Suçları (Yüksek Lisans Tezi)*, s. 20.

³³⁶ Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 135.

³³⁷ Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, s. 135.

³³⁸ Serena Ucci, *L'Anticipazione Della Tutela Penale Tra Opzioni Di Politica Criminale e Ratio Di Tutela. Limiti Ad Un Uso Simbolico Del Diritto Penale*, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Napoli Federico II, Anno Academico 2016/2017, s. 173.

³³⁹ Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 182

³⁴⁰ Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, Ankara, Seçkin, 2021, s. 314.

Bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerini dolaylı tehlike suçları kategorisinde ele alan *Marinucci/Dolcini*, dolaylı tehlike suçlarının hukuksal değer açısından içerdiği tehlike her ne kadar az olsa da bu suçların yine de tehlikeli davranışları cezalandırma işlevine sahip olduğunu belirtmektedir³⁴¹. Bu itibarla yazarlara göre, dolaylı tehlike suçları ve sonuç olarak hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız suç tipleri ihlal edicilik ilkesi ile uyumludur³⁴². Yazarlar, dolaylı tehlike suçlarının sadece hukuksal değer için gelecekte gerçekleşecek ihlalleri engelleyen nitelikte olmadıklarını, suç tipinde yer alan davranış ile hukuksal değer arasında zayıf da olsa bir bağın bulunduğunu ifade etmektedirler³⁴³. Yine yazarların görüşleri uyarınca, yıllar içinde özellikle ceza kanunu dışındaki kanunlarda “*hukuksal değeri ihlal eden suç*” formülü ile çatışma oluşturan suçların sayılarında artış yaşanmıştır. Bu çerçevede, ihlal edicilik ilkesine aykırı oldukları ileri sürülen, dolaylı tehlike suçları, özel kast içeren suçlar (“*reati a dolo specifico*”) ve saf ihmâl suçları (“*reati omissivi propri*”) üzerine “*anayasaya aykırılığın gölgesinin*” çöktüğü ifade edilmektedir³⁴⁴. Yazarlar bu suçların, günümüz ceza hukukunda sayılarının çok fazla olduğunu ve önemli bir yer tuttuğunu belirtmekle beraber, sayılarının her geçen gün arttığını ve ağır cezalarla da karşılandıklarını ortaya koymaktadırlar. Son olarak, doğru bir biçimde “*yorumlanmaları*” halinde ihlal edicilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen normların çoğunun, anayasal bir ilke olan ihlal edicilik ile uyumlu olacağı, bunun dışında kalan suç tiplerinin de yine anayasal nitelikte olan orantılılık ve ölçülülük ilkelerine aykırılık oluşturmamaları durumunda ceza hukuku düzeninde var olabilecekleri ifade edilmektedir³⁴⁵. Bununla birlikte, hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerinin çok istisnai olarak ceza hukuku düzeninde meşru bir yer bulabilmesi için, korunan hukuksal değer birincil nitelikte ve toplumun hayatta kalması ve devletin kurumlarının bütünlüğü için vazgeçilemez nitelikte olması gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca, yasaklanan hazırlık hareketi niteliğindeki davranışların zarar neticesinden çok da uzak olmaması gerektiği ve bu itibarla korunan hukuksal değer açısından “*tehlikenin tehlikesinin tehlikesi*” gibi uzak bir tehlikeyi cezalandırmaması gerektiği de eklenmektedir³⁴⁶.

³⁴¹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 601.

³⁴² Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 601.

³⁴³ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 601.

³⁴⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 560.

³⁴⁵ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 560.

³⁴⁶ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 602.

Sonuç olarak, hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak düzenlendiği suç tipleri ihlal edicilik açısından farklı kategorilerde konumlandırılırsalar da bu suçların ancak istisnai hallerde ve belirli şartlara çok sıkı uyulması suretiyle cezalandırılabilceğı yönünde bir görüş birliğı bulunduğı belirtilebilir. Bu suç tiplerinin hangi koşullar altında cezalandırılabilceğı ve anayasaya uygunluğunun ne şekilde gerçekleşeceğı araştırmanın ikinci bölümünde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM: HAZIRLIK HAREKETLERİNİN BAĞIMSIZ BİRER SUÇ TİPİ OLARAK DÜZENLENMESİ

I. Hazırlık Hareketi Kavramı

A. Biçimsel Anlamda Hazırlık Hareketleri

1. Hazırlık Hareketlerinin Biçimsel Görünüşü

Hazırlık hareketlerinin bağımsız birer suç olarak cezalandırılması ve bunun şartlarını incelemekten önce, hazırlık hareketi kavramının ne ifade ettiğini belirlememiz gerekmektedir. Hazırlık hareketi kavramının iki görünüşü vardır, bunlardan ilki biçimsel niteliktedir ve her bir suç tipinde icra aşaması ile hazırlık aşamasının ayırımında ortaya çıkar. Maddi anlamda hazırlık hareketleri ise, suçun özüne ilişkindir ve korunan hukuksal değer ile her bir suç tipi arasındaki ilişkiye bağlıdır³⁴⁷. Araştırma konumuzun içeriğini maddi anlamda hazırlık hareketleri ve bunların ceza kanununun özel kısmında müstakil suç tipleri olarak düzenlenmesi oluşturmaktadır. Ancak hazırlık hareketi kavramının içeriğini daha iyi açıklayabilmek için hazırlık hareketlerinin biçimsel yönünü de ortaya koymak gerekmektedir.

Hazırlık hareketlerinin biçimsel görünümü suça teşebbüsün cezalandırılması ve hazırlık hareketlerinin suç yolundaki konumu ile ilgilidir. Hazırlık hareketleri sadece suç işleme konusunda gerekli hazırlıkların yapılmasını belirtirler ve failin suç işlemek konusundaki kesin düşüncesini ortaya koymazlar³⁴⁸. Bu hareketler doğrudan doğruya bir tehlike başlangıcı oluşturmazlar, bu itibarla basit bir şüpheye dayanarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması bireylerin özgürlük ve dokunulmazlığı için sakıncalı sonuçlar ortaya koyabilir³⁴⁹. İtalyan Anayasa Mahkemesi de eski tarihli bir kararında, hazırlık hareketlerini; suç işleme kararının dış dünyadaki ifadesi olan ve bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik icra hareketlerine nazaran araçsal nitelik gösteren

³⁴⁷ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 172.

³⁴⁸ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 118, Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin, 2018, s. 83.

³⁴⁹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s.364-365, Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 486.

hareketler olarak ele almıştır³⁵⁰. Görüldüğü üzere, hazırlık hareketlerinin bu şekilde tanımlanması biçimsel bir özellik göstermekte ve suça teşebbüsün cezalandırılmasına bağlı kalmaktadır.

Hukuki içeriği açısından teşebbüs hükümleri, tamamlanmış suça ait kuralı genişleten, onu tamamlayan niteliktedir³⁵¹. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, fiil ancak kanundaki soyut tipe bütün unsurları ile uyduğu zaman cezalandırılabilir. Manevi unsur açısından teşebbüs ile tamamlanmış suçu birbirinden ayırmak mümkün değildir, teşebbüs aşamasında kalan suç sadece objektif açıdan yarıda kalmış yani tamamlanmamıştır³⁵². Suça teşebbüs halinde kalan fiil kanundaki tipe uymadığı için ancak ceza kanununda açık bir hükmün bulunması ile cezalandırılması söz konusu olur³⁵³. Bu çerçevede, suça teşebbüs “*iki normun bir araya gelmesiyle uygulama alanı bulan suçun özel bir ortaya çıkış biçimidir*”³⁵⁴. Teşebbüs hükümlerinin cezalandırılabilirliğinin alanını genişletici bir etki yarattığı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin sınırlandırıcı işlevini “*kısmen yumuşattığı*” belirtilmektedir³⁵⁵. Başka bir ifadeyle suça teşebbüs hükümleri, “*kanuni yaptırımlarla karşılanması mümkün olmayan hareketleri cezalandırılabilir hale getirerek yeni yükümlülükler yaratmaktadır*”³⁵⁶.

Teşebbüs hükümlerinin cezalandırılabilirliği genişleten bu etkisi ancak icra hareketlerine kadardır. Başka bir deyişle, cezalandırılabilir hareketlerin neler olduğu yönünde âdeta bir sınır çizgisi niteliğinde olan suça teşebbüs hükmü, icraya başlama ölçütünü koymaktadır. Bu itibarla, ceza hukukunda genel kural hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı yönündedir, bir fiilin cezalandırılabilmesi için en azından failin icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir. Bu durum Türk Ceza Kanunu’nun suça teşebbüs hükmünü düzenleyen 35. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. TCK.’nın 35. maddesine göre, kişinin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için ilk koşul, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış

³⁵⁰ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 172, 2 numaralı dipnot göndermesiyle Corte Cost. n.177/1980.

³⁵¹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 110.

³⁵² Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 301.

³⁵³ Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 63, Demirbaş, s. 503.

³⁵⁴ Özocak, s. 43.

³⁵⁵ Zafer İçer, **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 5.

³⁵⁶ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 305.

olması gereğidir. Bu kapsamda icra hareketlerinin dışında kalan uzak veya yakın hazırlık hareketlerinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır³⁵⁷.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağına ilişkin kural, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan “*şüpheye yer bırakmayacak şekilde beliren hareketlerle icraya başlayıp*” ifadesi ile ortaya konulmuştur. Yine 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısının 37. maddesinde hazırlık ve icra ayrımındaki tereddütleri gidermek amacıyla hazırlık ve icra hareketlerinin ayrımı için “*icraya başlayıp da*” ifadesi kullanılmıştır³⁵⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, madde 35/1'de “*işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama*” ölçütünü kullanmaktadır³⁵⁹. Gerekçede bu ifadenin kullanılmasının sebebi, “*işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanmış sayılacaktır*” şeklinde belirtilmiştir. Yine gerekçede belirtildiği üzere, “*elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır*”³⁶⁰. Maddede yer alan bu tanım çerçevesinde, suça teşebbüsün varlığı için mutlaka elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesi ve doğrudan suçun icrasına başlanması gerekmektedir³⁶¹. Dolayısıyla, doğrudan doğruya icraya başlangıcı olmayan ve elverişlilik göstermeyen biçimsel nitelikteki hazırlık hareketleri suça teşebbüsün dışında kalacak ve cezalandırılmayacaktır.

³⁵⁷ Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.1251, 1967, s. 344, Turhan Tufan Yüce, **Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi**, Erzurum, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968, s. 3-4.

³⁵⁸ Demirbaş, s. 510.

³⁵⁹ İt. CK.'nın suça teşebbüsü düzenleyen 56. maddesinde de bir suçun işlenmesine yönelik elverişli (*atti idonei*) ve iltibasa yol açmayacak şekilde doğrudan (*diretti in modo non equivoco*) hareketlerin cezalandırılabileceği belirtilmektedir. İt. CK.'nın *Suçta Teşebbüs* başlıklı 56. maddesinin ilk paragrafı şöyledir; “*Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica*”.

³⁶⁰ Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 464-465.

³⁶¹ Sözüer, s. 183, Dönmezer/Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II**, s. 118, Özocak, s. 88 vd.

2. Hazırlık Hareketlerinin Suç Yolundaki Konumu

Suç belirli bir süreç sonucunda, belirli aşamalardan geçerek meydana gelmektedir. İnsana ait her şey gibi suç da “*doğar, yaşar ve ölür*”³⁶². İşte suçun çeşitli aşamalardan geçerek oluştuğu bu yola, “*iter criminis*” (suç yolu) adı verilir³⁶³. Suç yolunun aşamalarını değerlendirmeden önce şunu belirtmekte yarar görüyoruz, *iter criminis* failin suçun biçimsel yönü üzerinde yürüdüğü bir yoldur, bu itibarla cezalandırılmayan biçimsel hazırlık hareketlerinden geçerek bu yolda ilerlemesi gayet doğaldır. İnceleme konumuz istisnai şartlarda müstakil olarak cezalandırılan maddi hazırlık hareketleri olmasına rağmen, hazırlık hareketlerini daha iyi anlayabilmek için bu biçimsel yürüyüşü de aktarmak icap eder.

Suç yolunu (*iter criminis*) öğretide, iki ilâ beş aşamadan oluştuğunu belirlemek yöntemiyle inceleyen yazarlar olduğu ifade edilmektedir³⁶⁴. Biz de en yalın şekliyle; “*failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için izlediği yol*” olarak tanımlanan suç yolunun, düşünce ve karar aşaması, hazırlık ve icra aşaması, tamamlanma anı ve tükenme anı olmak üzere dört aşama halinde incelenmesini uygun bulmaktayız³⁶⁵.

Suç yolundaki ilk aşama düşünce aşamasıdır, daha sonra bu düşünce failin zihninde olgunlaşarak suç işleme kararına dönüşür³⁶⁶. Bu aşamada fail, suç işleme düşüncesini kurgular ve sonucunda suç işleme yönünde bir karar verir³⁶⁷. Modern ceza hukuku anlayışına göre suç ancak dış dünyaya yansımış, kaynağını insandan alan bir fiilden kaynaklanabilir. Dış dünyaya yansımış somut bir fiil olmadan cezalandırmaya başvurmak, özgürlükleri yok eden bir ceza hukukuna ve polis devletinin ortaya çıkmasına sebep olur. Sadece bireylerin niyetlerini, düşüncelerini esas alan, bireyleri icra ettikleri fiiller için değil, kişisel özelliklerini göz önünde bulundurarak cezalandıran bir anlayış, fiil ceza hukuku ile bağdaşmaz³⁶⁸. Bireyin içsel davranışları ceza hukukunun ilgi ve inceleme alanı dışındadır. Dolayısıyla ceza hukuku, dış

³⁶² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 423.

³⁶³ Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 295, Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin, 2009, s. 19, Özocak, s. 21, Francesca Romana Arciuli, *Il Delitto Tentato*, Torino, Giappichelli Ed., 2007, s. 19.

³⁶⁴ İpekçioğlu, s. 19-20.

³⁶⁵ İpekçioğlu, s.20.

³⁶⁶ İpekçioğlu, s. 20.

³⁶⁷ Özocak, s. 24.

³⁶⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. XXIII.

dünyada gerçekleşen, maddi karaktere sahip fiilleri inceler. Bu itibarla salt düşünceler, bireyin iç dünyasında kalan ve hiçbir şekilde dış dünyaya yansımayan suç işlemeye yönelik kararlar ceza hukukunun müdahale alanının dışında kalır³⁶⁹.

Suç yolunun ikinci evresini hazırlık ve icra aşamaları oluşturur. Suç işleme yönünde karar veren fail, suçu gerçekleştirmek için dış dünyada somutlaşan icra veya ihmal şeklinde ortaya çıkan davranışlar sergilemeye başlar³⁷⁰. İcraya başlama aşaması cezalandırılabilir teşebbüsün sınırlarını belirlediğinden hazırlık ve icra ayrımı büyük önem taşımaktadır. Suç işleme kararı alan kişi birtakım hazırlıklar yapar. Bu hazırlıklar kapsamında suçta kullanılacak vasıtanın seçimi, sağlanması, mağdur hakkında bilgi toplanması, suça ilişkin planların yapılması gibi suça hazırlayıcı hareketler gerçekleştirilebilir³⁷¹. Daha önce de birçok kez belirttiğimiz üzere hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmazlar³⁷². Hazırlık hareketleri hukuk düzeninde bireye tanınan özgürlük alanını oluştururlar. Bu çerçevede hazırlık hareketleri yasak alan ile serbest alanın sınırını belirlemektedirler³⁷³. Kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin biçimsel anlamdaki hazırlık hareketleri olduğunu, suç siyaseti uyarınca istisnai hallerde kanun koyucunun maddi nitelikteki hazırlık hareketlerini bağımsız suç tipi olarak cezalandırabileceğini tekrar belirtmek isteriz. Daha doğru bir ifadeyle suç yolunda biçimsel bir nitelik arz eden ve kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketleri, ayrıca cezalandırılmalarında bir yarar olduğu düşüncesiyle ve istisnai olarak kendilerine maddi bir karakter verilmek suretiyle ceza kanunun özel hükümlerinde suç tipleri olarak düzenlenebilmektedirler. Hazırlık hareketlerinin maddi yönü alt başlıkta detaylıca incelenecektir. Hazırlık aşamasından sonra, icra hareketlerinin başlamasıyla cezalandırılabilir teşebbüsün alanına girilmektedir. Burada artık fail işlemeyi düşündüğü suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamaktadır. Bu çerçevede, failin icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması ya da tamamlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumlarında suça teşebbüs söz konusu olacaktır³⁷⁴.

³⁶⁹ Biagio Petrocelli, *Il Delitto Tentato*, Padova, CEDAM, 1955, s. 23.

³⁷⁰ Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 295.

³⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 709.

³⁷² İpekçioğlu, s. 21.

³⁷³ Hafizoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 323.

³⁷⁴ İpekçioğlu, s. 22.

Suç yolunun üçüncü aşamasında icra hareketlerinden sonra suçun tamamlanması yer alır. Fiilin kanun koyucunun belirlediği soyut tipteki tüm unsurlara tam olarak uyması halinde suçun tamamlanması söz konusu olur³⁷⁵. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda ise tamamlanma anı eksik kalmaktadır³⁷⁶. Suçun tamamlanmasının sadece biçimsel bir nitelikte olduğunu savunan anlayış, somut fiilin kanunda yer alan soyut düzenlemeye tamamen ve eksiksiz uymasını yeterli görmektedir. Bu anlayışa göre, suçun tamamlanmış olması için hukuksal değerin ihlalinin gerçekleşmesi gerekmez³⁷⁷. Bununla birlikte suçun tamamlanmış olması için hukuksal değerin ihlalinin de gerçekleşmiş olmasını arayan bir görüşün de olduğu belirtilmektedir³⁷⁸. *Soyaslan*, “suçun tamamlanması demek genel ve özel tüm unsurların gerçekleşmesi demektir, suç hukuken normun himaye ettiği değer ihlal edildiği zaman tamamdır” şeklinde görüş belirtmiştir³⁷⁹. Suçun tamamlanması konusunda başka bir anlayış ise, ihlal suçları ile salt amaç suçları (“*reati di scopo*”, bu suçlarla bir hukuksal değerin ihlali değil, gerçekleşmemesinde devletin menfaati bulunan bazı durumlar cezalandırılmaktadır³⁸⁰) arasında bir ayırım yapmakta, sadece ihlal suçları açısından ihlalin suçun tamamlanmasına dahil olduğu savunulmaktadır³⁸¹.

Tamamlanmış suç somut ağırlığının en yüksek seviyesine ulaştığında son bulma (tükenme) aşaması söz konusu olur³⁸². Tek bir bıçak darbesi ile kasten yaralamada olduğu gibi suçun tamamlanması ve son bulması çakışabilir. Ancak bunların denk gelmemesi de mümkündür. Örneğin birden fazla darbe ile gerçekleşen kasten yaralama suçunda, suç ilk bıçak darbesi ile tamamlanmakta son darbe ile de tükenmektedir³⁸³. Tamamlanma anı ile suç artık varlık kazanmış gerçekleşmiştir, tükenme anı ile de artık durur, kesilir. Böylelikle *iter criminis* kapanmış ve artık *postfactum* aşaması açılmış olur³⁸⁴.

³⁷⁵ İpekçioğlu, s. 23, Sözüer, s. 157.

³⁷⁶ İpekçioğlu, s. 23, Yazar, suçun geçtiği tüm yolların aşama olarak nitelenmesine rağmen tamamlanmanın “an” olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğunu belirtmektedir. Yazara göre; icra aşaması belirli bir süreci gerektirmektedir, buna karşılık tamamlanma unsurların gerçekleşmesiyle oluşan anlık bir durumdur. Bkz. İpekçioğlu, s. 22, 25 no.’lu dipnot.

³⁷⁷ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 478.

³⁷⁸ Antolisei, *Manuale Di Diritto Penale PG*, s. 478.

³⁷⁹ Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1994, s. 17.

³⁸⁰ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 209.

³⁸¹ Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 296.

³⁸² Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 423, Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 296.

³⁸³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 423.

³⁸⁴ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 423.

3. Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmamasının Sebepleri

a. Genel Olarak

Hazırlık hareketleri hangi kastla işlendiklerinin genel olarak belirli olmaması ve çoğu zaman da doğrudan doğruya bir tehlike oluşturmaması açısından kural olarak cezalandırılmazlar³⁸⁵. Cezalandırmanın eşiği geriye çekildikçe zararsız davranışların ve icrasına başlanmamış sırf suç işlemeye yönelik niyetlerin ceza hukuku açısından önem taşıyan alana girme riski doğmaktadır. Bununla birlikte cezalandırmanın aşırı bir biçimde öne çekilmesi de suça teşebbüs kurumu ile hedeflenen faydanın boşa çıkarılmasına yol açacaktır. Bu itibarla, cezai korumanın alanını öne çeken suça teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilir hareketlerin ancak korunan hukuksal değeri somut olarak tehlikeye sokan hareketler olması gerekir³⁸⁶.

Hazırlık hareketleri aşamasında da failin suç işleme iradesinin ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Ancak bireyin maddi ve manevi olarak özgürce gelişmesini ve hukuka güvenin yerleşmesini amaçlayan demokratik bir hukuk düzeninde dış dünyaya yansıyan bir davranış objektif bir nitelikte ve hukuki yararı ihlale elverişli olması sebebiyle cezalandırılabilir³⁸⁷. Suça teşebbüs de esasen korunan hukuksal değer açısından somut bir tehlike ortaya koyduğu için cezalandırılmaktadır³⁸⁸. Hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının anayasal güvenceler, bireye tanınan temel hak ve özgürlükler ve suç siyasetine ilişkin ihtiyaçların bir sonucu olduğu da açıklanmaktadır³⁸⁹. Tekrar vurgulamak gerekirse, suçta ve cezada kanunilik ve hukuk güvenliği ilkeleri çerçevesinde cezalandırılabilirlik alanının dar tutulması ve bireye hareket özgürlüğü tanınması çağdaş bir hukuk devletinin gereğidir³⁹⁰. Bireyin ve toplumun gelişmesi ancak suç oluşturan eylemlerin açık ve belirli bir şekilde ceza kanunlarında yer alması ile mümkündür.

Suçun içeriğinin tam olarak belirli olmadığı ve cezalandırmanın hazırlık aşamasına kadar çekildiği baskıcı ceza hukuku düzenlerinde kişiler ceza yaptırımına maruz kalacakları korkusu ile hareketsiz kalırlar. Bireylerin hareketsiz kaldığı ve

³⁸⁵ Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, s. 118, İçer, s. 37.

³⁸⁶ Fiandaca/Musco, s. 464.

³⁸⁷ Sözüer, s. 183.

³⁸⁸ İpekçioğlu, s. 44.

³⁸⁹ İçer, s. 37.

³⁹⁰ İçer, s. 37-38.

düşüncelerini özgürce ifade edemediği toplumlar da farklı fikirlerin çatışmasına izin vermediği için gelişemez. Günümüz toplumlarında ceza hukukunun tek düze ve itaatkâr bireylerin yaratılması için bir araç görevi görmesi söz konusu olabilmektedir. Oysa ceza hukuku az ve belirli düzenlemeler vasıtasıyla özgürlük alanını belirleyen özgürleştirici bir karaktere sahip olmalıdır. Ceza hukukunun baskıcı karakteri aracılığıyla bireyin özgürce düşünebilen bir öznenen belirli ödevlere sadakat gösteren bir nesneye dönüştürülebileceği ve bunun da baskıcı devlet düzenlerinin işine yaradığı unutulmamalıdır.

Sözüer'in de belirttiği gibi, totaliter devlet düzenlerinin ürünü olan ceza kanunlarında, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması vasıtasıyla egemen devlet düzenin belirlediği ideolojiden sapan davranışlar sergileyen vatandaşların cezalandırılması söz konusu olmaktadır³⁹¹. Bununla beraber, düşünce ve hazırlık aşamalarının cezalandırılması çoğu zaman sadece bir şüphenin cezalandırılması anlamına gelir. Sadece bir şüphenin cezalandırılması ise, temel hak ve özgürlüklerin ölçsüz bir biçimde kısıtlanması demektir³⁹².

Ayrıca *Taner*'in de ifade ettiği şekilde, yalnız hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, suçu işlese de işlemese de cezalandırılacağını düşünen kişiyi, o suçu işlemeye sevk ve teşvik etmek anlamına gelebilir³⁹³.

Suç politikasına ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamaların dışında biçimsel özellikteki hazırlık hareketleri kural olarak, “*tehlikesizlik*” ve “*iradenin zayıflığı*” görüşlerine dayanılarak cezalandırılmamaktadır³⁹⁴. Bununla beraber şunu da vurgulamak gerekir ki, hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığını suça teşebbüsün cezalandırma sebeplerini ortaya koyan görüşlerde bulmak mümkündür. Bu itibarla, alt başlıkta suça teşebbüsün cezalandırma nedenleri ele alınacak, bu çerçevede de hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı daha açık bir biçimde değerlendirilecektir. Suça teşebbüsün cezalandırılma

³⁹¹ Sözüer, s. 184.

³⁹² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 711-712.

³⁹³ Taner, s. 265.

³⁹⁴ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 389-390, Demirbaş, s. 509, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 711, İçer, s. 46 vd.

nedenlerinin açıklanması, hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımında kullanılacak ölçütlerin belirlenmesi açısından da ayrıca yol gösterici olmaktadır³⁹⁵.

b. Suça Teşebbüsün Cezalandırılması Sorunu ve Teşebbüsün Cezalandırılma Sebeplerini Açıklayan Görüşler

ba. Suça Teşebbüsün Hukuki Niteliği ve Cezalandırılması Sorunu

Suç teşebbüsün özünde, bir suçun işlenmek istenmesi, bu yönde hareket edilmesi ancak suç işleme kararının hareketin dışındaki bir takım engelleyici nedenler dolayısıyla gerçekleşmemesi durumu bulunmaktadır (*“cogitare, agere, sed non perficere”*)³⁹⁶. Başka bir ifadeyle, *“failin işlemek istediği suçun icra hareketlerine başladığı, suçun konusu ve kullanılan araçlar da elverişli olduğu halde, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamadığı veya tamamlanmakla birlikte neticenin meydana gelmediği hallere suça teşebbüs”* denir³⁹⁷. Bir suçun tamamlanmış olması için kanundaki tanımda yer alan neticenin gerçekleşmiş olması gerekir, netice gerçekleşmemiş ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmektedir³⁹⁸.

Suç teşebbüs halinde ceza verilmesinin dayanağı kanunda açık hüküm bulunmasıdır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, toplumsal barışın bozulmasına sebep olan suça teşebbüs halleri kanunda yer alan genel bir düzenleme aracılığıyla cezalandırılmaktadır³⁹⁹. Teşebbüsün cezalandırılması konusunda kanunda bir düzenleme bulunmaması idi, kimseyi teşebbüs derecesinde kalan suçtan dolayı cezalandırmak mümkün olmazdı⁴⁰⁰. Bununla birlikte, tamamlanmış suça oranla teşebbüs aşamasında kalan suça daha az ceza verilecektir⁴⁰¹. TCK. md. 35/2’de de faile verilecek cezanın meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre indirileceği açıkça düzenlenmiştir.

³⁹⁵ Sözüer, s. 49.

³⁹⁶ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 222.

³⁹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 455, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 700.

³⁹⁸ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 108.

³⁹⁹ Demirbaş, s. 503.

⁴⁰⁰ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 110, Centel/Zafer/Çakmut, s. 455, Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s.37, Demirbaş, s. 503.

⁴⁰¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 455.

Suçta teşebbüs hükmü, cezalandırma alanını genişleten⁴⁰² ve ceza hukuku korumasını öne çeken bir düzenleme olduğu için suça teşebbüsü düzenleyen hükmün içeriği ve yapısı, kanunun ve ceza hukuku sisteminin ne kadar özgürlükçü olduğu konusunda bir turnusol kâğıdı işlevini görmektedir⁴⁰³. Bu bağlamda, suça teşebbüs hükmünün yapısı ve suça teşebbüs halinde faile verilecek cezanın ağırlığı bir ceza hukuku sistemine hâkim olan anlayışı yansıtmaktadır. Ceza kanununda yer alan suça teşebbüs hükmü değerlendirilerek, o ceza hukuku sisteminin fiil ceza hukukuna mı yoksa iradeyi esas alan ceza hukuku anlayışına mı daha yakın olduğu tespit edilebilir. Bu itibarla, objektif ve sübjektif ceza hukuku anlayışları arasındaki karşıtlık ve çelişki suça teşebbüs hükmünün düzenleniş biçiminde ortaya çıkar ve somutlaşır⁴⁰⁴. Suça teşebbüs hükmü ceza hukuku açısından önem taşıyan ve taşımayan alanın sınırını çizdiği için tüm ceza hukuku sistemi açısından anahtar bir görev görür. Bu itibarla, suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli, referans alınan ceza hukuku sisteminin içeriğine göre de değişecektir⁴⁰⁵.

Bununla beraber suça teşebbüs hükümlerinin yardımcı norm niteliğinde olduğunu ve belirli bir suçun tanımlandığı kanun düzenlemesiyle beraber uygulanacaklarını da belirtmek gerekir⁴⁰⁶. Dolayısıyla suça teşebbüs, dayandığı ve asli norm olan suç düzenlemesiyle beraber uygulanacak bir tali norm niteliğindedir⁴⁰⁷. Teşebbüs hükümlerinin asıl normu tamamlayıcı nitelikte olduğunu vurgulamak gerekir⁴⁰⁸. O halde, suça teşebbüs halinde müstakil bir “teşebbüs suçu” olduğu düşüncesi yerinde değildir⁴⁰⁹. Biz de suça teşebbüs hali bağımsız bir nitelik arz etmediğinden, “teşebbüs suçu” teriminin kullanılmasını doğru bulmuyoruz⁴¹⁰.

Sübjektif bir anlayışa dayanan suç modelinde, kanun koyucu bir suç fiilini işlemeye yönelik iradesini ya da sadece eğilimini ortaya koyan faili sırf bu sebeple

⁴⁰² Centel/Zafer/Çakmut, s. 455, Demirbaş, s. 503, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 705, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 557.

⁴⁰³ Dario Guidi, **Contributo Alla Riforma Del Delitto Tentato**, Milano, Giuffrè Editore, 2013, s. 24.

⁴⁰⁴ Guidi, s. 24.

⁴⁰⁵ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 670.

⁴⁰⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 558, Özocak, s. 41-42,

⁴⁰⁷ Özocak, s. 41

⁴⁰⁸ İpekçioğlu, s. 35.

⁴⁰⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 558, İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 514.

⁴¹⁰ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 514, aynı yönde Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 558.

suça teşebbüsten sorumlu tutacak ve suça teşebbüsle tamamlanmış suçu aynı ceza ile cezalandıracaktır. Buna karşılık, objektif bir ceza hukuku sisteminde ise, suça teşebbüsün cezalandırılması, norm tarafından korunan hukuksal değerin tehlikeye sokulması nedenine dayanacaktır. Bununla birlikte, objektif ceza hukuku anlayışı çerçevesinde, suça teşebbüs halinde korunan hukuksal değerin uğrayacağı ihlalin ağırlığı daha az olacağından, verilecek ceza da zorunlu olarak daha hafif olacaktır⁴¹¹.

Tamamlanmamış bir suçun cezalandırılma nedeni, başka bir ifadeyle suça teşebbüsün cezalandırılmasının suç siyaseti açısından temeli ve esası hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bazı yazarlar, cezalandırmanın nedenini ceza normu tarafından korunan hukuksal değerin tehlikeye sokulmasında aramışlardır (objektif teori). Buna karşılık subjektif teoriyi savunan yazarlar ise, ceza normunun zarar veya tehlike şeklinde ihlaline yol açacak iradenin fail tarafından dışa vurulmasının suça teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Subjektif teori çerçevesinde, suça teşebbüs failin suç işleme iradesinin önemli bir belirtisi olduğundan teşebbüs halinde kalan suça tamamlanmış suç ile aynı cezanın öngörülmesi gerektiği de savunulmaktadır⁴¹². Karma teoriler ise, suça teşebbüsün cezalandırılmasında objektif ve subjektif görüşlerin bağdaştırılması ve beraber ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴¹³.

bb. Subjektif Teori

Subjektif teoriye göre suça teşebbüs, failin suç işleme iradesini dışa yansıtan bir belirti olması dolayısıyla cezalandırılır⁴¹⁴. Bu teori uyarınca, toplumun düzeni ve huzuru açısından suça teşebbüs eden fail tehlikeli bir nitelikte olduğu için cezalandırılmalıdır⁴¹⁵. Subjektif teori, özellikle pozitivistler tarafından savunulduğu için “pozitivist teori” olarak da adlandırılmıştır⁴¹⁶.

⁴¹¹ Marinucci/Dolcini, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, s. 375-376.

⁴¹² Sergio Beltrani, *Il Delitto Tentato Parte Generale e Parte Speciale*, Padova, CEDAM, 2003, s. 6-7.

⁴¹³ Beltrani, s. 7.

⁴¹⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 455

⁴¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 455.

⁴¹⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 703, İpekçioğlu, s. 40.

Sübjektif teori içerisinde, suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini failin suç işlemeye yönelik iradesi ve failin tehlikeliliği çerçevesinde inceleyen iki anlayış bulunmaktadır⁴¹⁷.

İradeyi esas alan ceza hukuku anlayışı (*diritto penale della volontà*) kapsamında, suça teşebbüsün, kınanabilir bir iradenin dış dünyaya tezahürü olması sebebiyle cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu bakış açısına göre; suça teşebbüs niteliğindeki hareketler ile birey, devletin genel istek ve iradesine itaat etme ödevini ihlal eder⁴¹⁸. Dolayısıyla, suça teşebbüsün cezalandırılma sebebi bir suçun gerçekleştirilmesi bakımından somut bir elverişlilik gösteren hareketlerin icra edilmesi değil, failin suç işleme yönünde gösterdiği ve dış dünyaya yansıttığı iradedir⁴¹⁹. Bu anlayış, korunan hukuksal değer ihlaline değil, failin “*kanuna karşı olan iradesinin açığa çıkmasına*” önem verdiğinden, teşebbüs halinde kalan suç ile tamamlanmış suça verilecek ceza arasında bir fark bulunmayacağını da ortaya koymaktadır⁴²⁰. Bu yaklaşım, teşebbüsün cezalandırılması için sadece failin hukuka aykırı iradesini esas aldığından, “*kanaate dayalı ceza hukuku*”nu gündeme getirebilecek, hatta batıl inançlara dayalı bir teşebbüs halinin dahi cezalandırılmasına yol açabilecektir⁴²¹.

Sübjektif teoriler içerisinde yer alan ve pozitivist kriminoloji anlayışından kaynaklanan bir akım da suça teşebbüsün cezalandırılmasının esasını failin tehlikeliliği kavramına dayanarak açıklamaktadır⁴²². Bu bakış açısından, bir suçu işlemeye yönelik doğrudan hareketlerin icrası failin sosyal anlamda tehlikeliliğinin belirtisini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle pozitivistlere göre suça teşebbüs, tehlike hali gösteren bir kişiyi ortaya çıkaran ve bu sebeple cezalandırılması gereken bir durumdur⁴²³. Özellikle pozitivist ceza hukuku anlayışının etkisindeki yazarlara göre, hareket tek başına anlam taşımaz, failin suçlu kişiliği ve tehlikeliliğinin bir belirtisi olması nedeniyle ceza hukukunda ele alınmalıdır. Bu doğrultuda, hareket failin

⁴¹⁷ Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale...*, s. 670.

⁴¹⁸ Guidi, s. 27.

⁴¹⁹ Guidi, s. 28., İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 514.

⁴²⁰ Guidi, s. 28.

⁴²¹ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı*, (Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 420-421, Sözüer, s. 82-83.

⁴²² Guidi, s. 28, Sözüer, s. 105 vd.

⁴²³ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 111.

karakterini ve özelliklerini ortaya koyan bir belirti niteliğindedir ve fail toplumsal düzen açısından gösterdiği tehlikeli kişiliği sebebiyle cezalandırılmalıdır⁴²⁴.

Bununla beraber pozitivist anlayış, iradeyi esas alan anlayıştan farklı olarak bazı çok özel hallerde, tamamlanmış suç ile suça teşebbüs arasında tam bir denklik kabul edilmesinin istisnaları olabileceğini belirtmektedir. Bu itibarla, pozitivistler saf bir sübjektivizmin cezalandırma açısından yarattığı aşırılıkların önüne geçmek için her bir olayın kendi içerisinde ve failin kişilik özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuşlardır⁴²⁵.

Sübjektif görüş failin suç işleme iradesini veya failin tehlikeliliğini esas aldığı için, işlenemez suç varsayımında kullanılan araç elverişsiz olsa veya suçun konusu bulunmasa bile failin cezalandırılması gerekir⁴²⁶. Ayrıca, sübjektif teori bir hareket hazırlık hareketi olsa dahi failin tehlikeliliğinin dış göstergesi olduğundan cezalandırılması gerektiğini ortaya koymaktadır⁴²⁷. Sübjektif teori, cezalandırmanın nedeni açısından fiili değil, failin amacını ve iradesini esas aldığından, bu durum teşebbüsün uygulama alanını da etkilemektedir. Dolayısıyla hazırlık hareketlerine de ceza verilmekte ve cezalandırma alanı özgürlükler aleyhine ölçüsüzce genişletilmektedir⁴²⁸. Sübjektif teori açısından, korunan hukuksal değer ihlali veya ortaya çıkan netice bir önem taşımadığından, fail sırf iradesini dışa vuran bir hareketi gerçekleştirmekle cezalandırılmayı hak etmiş olmaktadır⁴²⁹. Bu durumda da cezalandırma alanı hazırlık hareketlerini de kapsar hale gelmekte ve suça teşebbüs ile cezalandırılmayan hareketler arasına bir sınır koymak imkânsız hale gelmektedir⁴³⁰. Bu itibarla, sübjektif bir ceza hukuku modelinde suça teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında bir fark kalmamaktadır⁴³¹.

Sübjektivist anlayış içerisinde bir düşünce, cezanın amacının sadece toplumun güvenliğini sağlamak için verildiğini belirtmektedir. Hal böyle olunca, bu amaca

⁴²⁴ Sözüer, s. 106.

⁴²⁵ Guidi, s. 29.

⁴²⁶ İpekçioğlu, s. 41, Centel/Zafer/Çakmut, s. 456, Demirbaş, s. 503.

⁴²⁷ İpekçioğlu, s. 40-41, Demirbaş, s. 503.

⁴²⁸ Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 32.

⁴²⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 456.

⁴³⁰ İpekçioğlu, s. 41-42, Sözüer, s. 81, Devrim Aydın, "Suça Teşebbüs", **AÜHFD**, Cilt 55, Sayı 1, Ankara, 2006, s. 85-114, s. 89, Carlo Fiore, Stefano Fiore, **Diritto Penale Parte Generale II**, Torino, UTET, 2005, s. 43

⁴³¹ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 298.

ulaşabilmek için devletin sadece gerçek anlamda nedensel değer taşıyan hareketi değil, fail tarafından nedensel değer taşıdığı zannedilen davranışı da ceza tehdidinde maruz bırakması gerekir⁴³². Bu yaklaşım çerçevesinde, cezai emir, “*sebebiyet vermemelisin demez, sebebiyet vermeye teşebbüs etmemelisin der*,”⁴³³ dolayısıyla toplumun güvenliği amaçlanıyorsa, cezalandırma alanı genişletilerek hazırlık hareketlerine kadar geri çekilebilir.

Sübjektif anlayışı cezalandırmanın temeli olarak kabul eden ceza hukuku sistemlerini tarih içerisinde de bulmak mümkündür. XX. yüzyılda totaliter ideolojiler, Nazi Almanyası’nda, bireyin tutumlarının, sadece düşüncelerinin cezalandırıldığı bir ceza hukuku modelinin uygulanmasına yol açmıştır. Bu kapsamda cezalandırmanın kaynağı, devletin ideolojik ve etik değerlerine karşı suç işleme iradesi gösterme ve isyan etme esasında bulunmuştur⁴³⁴. Dolayısıyla korunan hukuksal değer somut ve etkin bir biçimde tehlikeye sokulmasına dayanan liberal anlayış bir kenara itilmiştir. Bununla birlikte suç işleme iradesi ve failin sosyal tehlikeliliği tamamlanmış suç ve teşebbüs halleri bakımından aynı olacağından verilecek ceza açısından da bir fark gözetilmemiş, cezalandırma alanı işlenemez suç ve mefruz suçu kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁴³⁵.

Pozitivist kriminolojinin gayesinin her zaman için kriminolojik suçlu tiplerinin bir sınıflandırmasına ulaşmak olduğunu ifade etmek gerekir. Suçlu tipleri ve tehlikelilik üzerine kurulu bir fail ceza hukuku da hukuki güvenlik ve belirliliği ortadan kaldırmaktadır. Özellikle totaliter yapıdaki devletlerde egemen ideolojiye ait değerlerin korunması için, suçtan çok suçluya, suçun yapısından çok da suçlu tiplerine önem verildiği görülmektedir. Böylelikle fiil ve fiilin ihlal ediciliği üzerine bir değerlendirme yapmak yerine devletin değerlerine sadakat göstermeyenleri cezalandırmak amaçlanmaktadır⁴³⁶. Bu yönde, 1952 ve devamı yıllarda Çin’de yapılan kanunlaştırmalar çerçevesinde, toplumsal sınıfların kökeni suçların sınıflandırılması için de kullanılmıştır⁴³⁷. Bu kapsamda 1952 ve 1957 yılları arasında Çin’de yapılan kanunlar suçları, “*devrim karşıtı unsurların işlediği suçlar*” ve “*kamu düzeninin*

⁴³² Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 34.

⁴³³ Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, s. 34.

⁴³⁴ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 670.

⁴³⁵ Canestrari/Cornacchia/De Simone, **Manuale...**, s. 670, Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. 462.

⁴³⁶ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 553-554.

⁴³⁷ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 554.

korunması ve kontrolünü ilgilendiren ve siyasal ve sosyal nitelikteki düzeltici tedbirlerle karşılanan suçlar” olarak ikiye ayırmıştır. Bununla birlikte suçların sınıflandırılması için de failin hangi sınıfsal kategoriye dahil olduğu değerlendirilmiştir⁴³⁸.

Fail ceza hukukunun antitezi olan fiil ceza hukuku anlayışına dayanan bir ceza hukuku modelinde, ne kadar tehlikeli bir kişiliğe sahip olduğu ileri sürülse de birey ancak işlediği fiil dolayısıyla cezalandırılabilir⁴³⁹. Modern ceza hukuku anlayışında, failin somut eylemi dolayısıyla cezalandırılmasını öngören fiil ceza hukuku modeli ön planda tutulmaktadır⁴⁴⁰. Fail ceza hukuku anlayışı ise, devletin bireyin temel hak ve özgürlüklerine ölçüsüzce müdahale etmesine yol açtığı ve failin kişilik yapısını cezalandırmanın merkezine koyduğu için haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁴¹. Kanaatimizce de bir kişinin hangi açıdan tehlikelilik oluşturduğu devletin yönetim şekline göre de yönlendirilmeye uygun bir kavramdır. Otoriter bir düzende günlük siyasetin bir aracı, adeta sopası olarak kullanılması mümkün olan ceza hukuku muhalif görüş ortaya koyan bireyleri sırf bu sebeple ve manevi bir şahsiyeti olduğu iddia olunan devletin çıkarlarını korumak gayesiyle tehlikeli ilan edebilir. Dahası, muhalif görüş sahiplerinin cezalandırılması toplumun diğer kesimleri üzerinde de korku ve baskı yaratılması suretiyle düşüncenin açıklanması ve yayılması özgürlükleri engellenebilir. Bu itibarla sadece kişinin tehlikeliliği ileri sürülerek ceza verilemez.

Bununla birlikte demokratik ve özgürlükçü bir düzende, işlediği fiil dolayısıyla kişiye verilecek cezanın türü ve miktarının belirlenmesinde tehlikelilik dikkate alınabilir⁴⁴². Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması açısından ise, kişi belirli bir suç işlemeye karar verse bile, bu suçun icrasına elverişli hareketlerle başlamamışsa, bağımsız bir suç oluşturmadıkları takdirde sırf hazırlık hareketlerini gerçekleştirmekten dolayı cezalandırılmaz. Bağımsız bir suç oluşturmayan hazırlık hareketleri kişinin tehlikeliliğini ortaya koysa, hatta kişi hazırlık aşamasına geçmeden

⁴³⁸ Ferrando Mantovani, “Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Aprile-Settembre 2007, Fasc. 2/3, s. 470-492, s. 475 vd.

⁴³⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 559

⁴⁴⁰ Sözüer, s. 107.

⁴⁴¹ Sözüer, s. 107.

⁴⁴² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 559.

suç işleme kararını açıkça ifade etse dahi, fiil ceza hukuku ilkeleri gereği ceza hukuku devreye girmez ve ceza hukuku yaptırımları uygulanamaz⁴⁴³.

bc. Objektif Teori

Objektif teori uyarınca, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, kanunda korunan hukuksal değer tehlikeye sokulmasının engellenmesi düşüncesinde yatar. Suç tamamlanmasa bile, teşebbüs halinde korunan hukuksal değer somut bir tehlikeye uğrayacağı için cezalandırılmalıdır⁴⁴⁴. Tamamlanmış suçlarda, ceza normunda korunan hukuksal değerler failin kasıtlı hareketi ile ihlal edilir. Buna karşılık suça teşebbüs durumunda ise, korunan hukuksal değer tehlikeye sokulması söz konusudur⁴⁴⁵.

Bu bakış açısı, fiil ceza hukuku anlayışı ve cezalandırmayı sosyal açıdan önem taşıyan hukuksal değerlerin korunmasının bir aracı olarak kabul eden liberal-demokratik ceza hukuku modeliyle uyum içerisindedir⁴⁴⁶. Fiilin maddi niteliğini ve ihlal edicilik ilkesini esas alan fiil ceza hukuku sisteminde failin suç işleme yönündeki kararının ceza hukuku açısından önem taşıması için iki şart gerekir. Failin suç işleme yönündeki kararı öncelikle maddi bir davranışla dış dünyaya yansımali daha sonra korunan hukuksal değer açısından somut tehlike yaratacak bir ihlalde somutlaşmalıdır⁴⁴⁷. Bu itibarla, objektif bir ceza hukuku sisteminde suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi gerçekleştirilen icra hareketlerinin elverişli olması koşuluna bağlıdır. Elverişsiz hareketler ise en başından itibaren, failin gerçekleştirmek istediği amaç açısından korunan hukuksal değeri tehlikeye sokma biçiminde bile bir ihlal yeteneğinden yoksun olduklarından cezalandırılmaları söz konusu olamaz⁴⁴⁸. Objektif görüş çerçevesinde, suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli hareketin objektif tehlikeliliğinde yani hareketin korunan hukuksal değeri tehlikeye sokmak açısından

⁴⁴³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 559.

⁴⁴⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 456,

⁴⁴⁵ İpekçioğlu, s. 37, Objektif teorilerin detaylı bir değerlendirmesi için bkz. Sözüer, s. 49 vd., Özocak, s. 46 vd., Büşra Erdem, **İşlenemez Suç**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 124 vd., Önder Tozman, **Suç Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 16 vd.

⁴⁴⁶ Guidi, s. 26, Fiandaca, (Giovanni Fiandaca/Giuseppe Di Chiara), “Nessun Reato Senza Offesa”, **Una Introduzione Al Sistema Penale Per Una Lettura Costituzionalmente Orientata**, s. 138.

⁴⁴⁷ Guidi, s. 27.

⁴⁴⁸ Guidi, s. 27.

objektif bir elverişlilik göstermesinde aranacağından elverişsiz teşebbüs az önce de belirttiğimiz üzere, ceza hukuku açısından bir önem taşımaz⁴⁴⁹.

Sübjektif teorinin aksine, ancak icra hareketlerinin başlaması ile korunan hukuksal değer açısından bir tehlike söz konusu olacağından, objektif teoriye göre hazırlık hareketleri cezalandırılmaz⁴⁵⁰. Dolayısıyla, objektif teori uyarınca cezalandırma alanı da sınırlandırılmış olur⁴⁵¹.

Objektif teori, suça teşebbüsün cezalandırılmasında failin fiilini ve bu fiilin korunan hukuksal değer üzerinde yarattığı tehlikeyi esas kabul etmekte ve bu itibarla da failin açığa çıkan iradesi ve tehlikeliliğine önem vermemektedir. Bu itibarla, failin eylemi ile suçlu iradesi ortaya çıksa bile, suçun objektif olarak gerçekleşmesi tehlikesi ortaya çıkmayan durumlarda fail cezalandırılmaz⁴⁵². Bu sebeple, objektif teori cezalandırmanın alanını çok daralttığı ve sosyal savunmayı yeterince gerçekleştirmediği yönünde eleştirilmiştir⁴⁵³.

Son olarak, objektif teorinin kabul edilmesinin, suça teşebbüs halinde cezada mutlak indirim sisteminin uygulanmasını doğuracağını da belirtmek gerekir⁴⁵⁴.

bd. Karma Teoriler

Objektif ve sübjektif görüşlerin karmasından ve bağdaştırılmasından yeni görüşler ortaya atılmıştır. Karma görüşlerde genel olarak sübjektif teori esas alınmış⁴⁵⁵ ancak sübjektif görüşler cezalandırma alanını çok genişlettiği için objektif görüşlerle sınırlandırılmak suretiyle bu sakınca aşılmaya çalışılmıştır⁴⁵⁶. Karma teorilerin temelinde yer alan failin iradesi unsuru objektif görüşlerle tamamlanmaktadır.

⁴⁴⁹ Fiandaca, (Giovanni Fiandaca/Giuseppe Di Chiara), “Nessun Reato Senza Offesa”, **Una Introduzione Al Sistema Penale Per Una Lettura Costituzionalmente Orientata**, s. 138.

⁴⁵⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 456, İpekçioğlu, s. 38, Gözde Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 124.

⁴⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 456.

⁴⁵² Centel/Zafer/Çakmut, s. 456.

⁴⁵³ Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 28, Centel/Zafer/Çakmut, s. 456, İpekçioğlu, s. 38.

⁴⁵⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457,

⁴⁵⁵ Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, s. 703, Koca/Üzülmez, s. 418.

⁴⁵⁶ İpekçioğlu, s. 42.

Karma teoriler içerisinde yer alan “etki teorisi”ne (“*teoria dell'impressione*”, “*eindruckstheorie*”)⁴⁵⁷ göre, suça teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni hem failin suç işleme iradesinin açığa çıkması hem de hareketin toplum düzeni açısından bir tehlike yaratmasıdır⁴⁵⁸. Bu teorinin Alman ceza hukuku öğretisinde çok taraftar bulunduğu ve halen de hâkim görüş olarak kabul edildiği⁴⁵⁹ ve İtalyan öğretisinde de bazı yazarlar tarafından kabul gördüğü ifade edilmektedir⁴⁶⁰. Bu görüşe göre, suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin suç işleme iradesini ortaya koyan hareketin toplum açısından olumsuz bir etki yaratması ve bu itibarla da vatandaşların hukuk düzenine olan güvenini sarsması gerekmektedir⁴⁶¹. Vatandaşların hukuk güvenliğine inançlarının sarsılması ise genel olarak “*sosyal alarm*” (“*allarme sociale*”) ifadesi kullanılarak açıklanmaktadır⁴⁶². Bu doğrultuda, toplumsal yaşama ait bir yasağın ihlal edilmesi, toplumda huzursuzluk, tedirginlik ve endişe yaratmakta ve teşebbüs de bu sebeplerle cezalandırılmaktadır⁴⁶³. Bu teori, teşebbüsün cezalandırılmasında belirlenmesi güç olan “toplum üzerinde yaratılan sosyal ve psikolojik etki” gibi bir ölçütü esas aldığı için eleştirilmiştir⁴⁶⁴.

Karma görüşlerden bir diğeri ise, “*fail teorisi*”dir⁴⁶⁵. Bu teori uyarınca, suça teşebbüsün cezalandırılma sebebi, hem korunan hukuksal değer tehlikeye sokulması hem de failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmasıdır⁴⁶⁶. Bu itibarla, suç tamamlanmamış olsa bile, fail hareketiyle hukuksal değeri ihlal etme amacını ortaya koymakta ve normda korunan hukuksal değer açısından bir tehlike yaratmaktadır⁴⁶⁷. Bu teori de birbirinden farklı iki cezalandırma sebebini bir arada ele aldığı için eleştirilmiş, ayrıca teşebbüsün cezalandırılma nedeni olarak failin suç işleme iradesine de değer verilmesi fiil ceza hukuku anlayışına aykırı bulunmuştur⁴⁶⁸.

⁴⁵⁷ Domenico Notaro, “Tentativo”, **Le Forme Di Manifestazione Del Reato, Trattato Teorico/Pratico Di Diritto Penale diretto da Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero**, Giappichelli Editore, Torino, 2011, s. 80, Guidi, s. 30, 13 numaralı dipnot, yazar bu teorinin bugün hala Alman ceza hukukçuları arasında yaygın olarak kabul edildiğini belirtmektedir.

⁴⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457, İpekçioğlu, s. 42, Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.386.

⁴⁵⁹ Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 35.

⁴⁶⁰ Guidi, s. 30.

⁴⁶¹ Guidi, s. 30, Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 386.

⁴⁶² Guidi, s. 31, sosyal alarm teorisi için bkz. Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 37.

⁴⁶³ Guidi, s. 31, Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 37.

⁴⁶⁴ İpekçioğlu, s. 42.

⁴⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457, İpekçioğlu, s. 42, Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 386, Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 125.

⁴⁶⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457, İpekçioğlu, s. 42-43, Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 386, Guidi, s. 29.

⁴⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457.

⁴⁶⁸ İpekçioğlu, s. 43.

4. Değerlendirme

a. Suça Teşebbüsün Cezalandırılma Sebebi Hakkındaki Görüşümüz

Suçta teşebbüsün cezalandırılmasının sebeplerini açıklayan ve yukarıdaki başlıklarda aktardığımız görüşler, hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı ve istisnai olarak müstakil suç tipleri halinde hangi koşullarla düzenleneceği konusunda yol gösterici olacaktır. Bununla birlikte, suçta teşebbüste icra hareketlerinin başlamasına ilişkin teoriler ve TCK.’nın bu konuda kabul ettiği sistem de hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı konusunda açıklayıcı olacaktır.

Öncelikle, suçta teşebbüsün cezalandırılmasının nedenini sadece subjektif görüş çerçevesinde değerlendirmenin fiil ceza hukuku anlayışını merkezine alan liberal demokratik bir sistemde mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Suçta teşebbüsün cezalandırılmasının sadece failin dış dünyaya yansıyan iradesine veya tehlikeli kişiliğine dayandırılması; özgürlük alanını ölçsüzce daraltan, bireyleri egemen düzene itaat etmedikleri için baskılayan, fiili değil faili merkezine alan otoriter bir sistemi gündeme getirebilecektir. Bunun örneklerinin tarihte de yer aldığı yukarıdaki başlıklarda açıklanmıştır. Bu itibarla, kanaatimizce özgürlükçü ve insan haklarına dayalı bir ceza hukuku sisteminde suçta teşebbüsün cezalandırılmasının sadece subjektif görüşlere dayandırılması mümkün değildir.

Öğretide birçok yazar suçta teşebbüsün cezalandırılmasının objektif görüşe dayandığını savunmaktadır. Buna göre, suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni ancak kanunda korunan hukuksal değer açısından yaratılan zarar veya tehlike olabilir. Bu itibarla, korunan hukuksal değer açısından bir zarar veya tehlike bulunmayan durumlarda, sadece suçlu iradenin ortaya çıkması teşebbüse ceza verilmesi için geçerli neden olamaz⁴⁶⁹. Aynı yönde İçel de objektif teorinin, suçta teşebbüsün cezalandırılmasının nedenini suç teorisinin ilkelerini uygun bir biçimde ortaya koyduğu belirtmekte ve suçta teşebbüsün “*bir hareketin suç niteliğindeki eylemi oluşturmaya uygun ve tehlikeli olduğu sonucuna ulaşılması durumunda*” cezalandırılabileceğini belirtmektedir⁴⁷⁰. İtalyan öğretisinde Pulitano da hukuksal

⁴⁶⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457.

⁴⁷⁰ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 516.

değerlerin korunması esasını ve fiil ceza hukuku anlayışını merkezine alan bir ceza hukuku modelinde, suça teşebbüsün cezalandırılmasının temelini ancak objektif bir görüşe dayanabileceğini belirtmekte, ancak bu düşüncenin suçun subjektif yönünü ihmal etmek anlamına gelmeyeceğini de eklemektedir⁴⁷¹. *Fiandaca/Musco* da suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli konusunda, subjektif ve karma görüşlere göre fiil ceza hukukunun prensipleri ile uyumlu olan objektif görüşün daha tercih edilebilir olduğunu vurgulamaktadır. Bu itibarla, fiil ceza hukukunun vazgeçilemez ilkelerine göre, “suç işleme kararı maddi bir fiilde somutlaşmalı ve bu maddi fiil de korunan hukuksal değer açısından bir zarar veya en azından objektif olarak tespit edilebilen bir tehlike” ortaya koymalıdır⁴⁷².

Öğretide, Türk Ceza Kanunu’nun suça teşebbüsün cezalandırılması konusunda benimsediği teorinin objektif nitelikte olduğu belirtilmektedir⁴⁷³. TCK. md. 35/2’de yer alan düzenlemede failin meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, kanunda yer alan “elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü de kanun koyucunun objektif teoriyi kabul ettiğini göstermektedir⁴⁷⁴. Bunun sonucu olarak da teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından mutlak bir ceza indirimini öngörölmüş ve hâkime yalnızca indirim oranının belirlenmesi hakkında takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁷⁵. TCK.’nın 35. maddesinin gerekçesinde de “failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı” yönündeki subjektif ölçütün tercih edilmediği ve bu tercih ile kişinin yaşam tarzı ve düşüncesi sebebiyle cezalandırılmasının önüne geçildiği vurgulanmaktadır⁴⁷⁶. Bu itibarla, Türk Ceza Kanunu’nun suça teşebbüsün cezalandırılmasını objektif görüş üzerinde temellendirdiği görölmektedir.

Biz, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeninin hukuki niteliğinden bağımsız değerlendiremeyeceği görüşüne katılıyoruz⁴⁷⁷. Suça teşebbüs hükümleri, bir suçun

⁴⁷¹ Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 418.

⁴⁷² *Fiandaca/Musco*, **Diritto Penale PG**, s. 462-463.

⁴⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 704-705, Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 469, Koca/Üzölmez, s. 419, Karakehya, s. 205, Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 127-128.

⁴⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 457.

⁴⁷⁵ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 469.

⁴⁷⁶ Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, s. 36.

⁴⁷⁷ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 112, İpekçioğlu, s. 43, Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 39.

tamamlanamadığı hallerde bu suçla beraber uygulanan tamamlayıcı ve yardımcı bir özellik gösterirler. Bu itibarla teşebbüs hükümleri, ceza normunda korunan hukuksal değer koruma alanını ve cezalandırabilirliği genişletici bir işleve sahiptir⁴⁷⁸. Dolayısıyla suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli tamamlanmış suçtan farklı değildir. Tamamlanmış suç hangi sebeple cezalandırılıyorsa, suça teşebbüs de o nedenle cezalandırılacaktır⁴⁷⁹. Tamamlanmış suçun işlenmesini toplumsal düzen açısından zararlı bulan devlet, aynı sebeplerle teşebbüs haline de kayıtsız kalmamakta ve cezalandırma yoluna gitmektedir⁴⁸⁰. Suça teşebbüs hallerinde de failin suç işleme kararı harici bir fiilde somut hale gelmekte ve devlet bu fiile antisosyal karakteri itibarıyla tahammül göstermemekte ve cezalandırmaktadır⁴⁸¹.

Suçun içeriği ve cezalandırılması bakımından karma bir anlayıştan yana olduğumuzu tez çalışmamızın başında belirtmiştik. Bu çerçevede, karma ve özgürlükçü bir suç anlayışında bir fiilin suç oluşturması için, dış dünyada haricileşmiş, maddi karaktere sahip, suç tipindeki unsurları karşılayan ve normda korunan hukuksal değeri ihlal eden bir nitelikte olması gerekir. Ancak bu fiilin sadece korunan hukuksal değeri ihlal edici olması yetmez, failin iradesinin eseri de olması gerekir. Biz, suçun açıklanmasında karma bir anlayıştan yana olmakla beraber, bu karma anlayışta objektif yaklaşıma öncelik verdiğimiz belirtmek isteriz. Dolayısıyla, suçun oluşması için öncelikle maddi karakterli yani haricileşmiş bir davranış olmalı ve bu davranış ihlal kabiliyetini de barındırmalıdır. Buradan hareketle, suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli konusunda da objektif ve sübjektif görüşlerin birlikte değerlendirildiği bir anlayıştan yana olduğumuzu vurgulamalıyız. Gerçekten de fail, suça teşebbüs halinde, ceza normunda korunan hukuksal değeri ihlal etme yönünde iradesini ortaya koymuş ve devlet de korunan hukuksal düzeni ihlal edici bu fiili antisosyal karakteri dolayısıyla cezalandırma yoluna gitmiştir⁴⁸². Suça teşebbüsün

⁴⁷⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 558.

⁴⁷⁹ Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 485, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 112, Tozman, **Suç Teşebbüs**, s. 39.

⁴⁸⁰ Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 485, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 112.

⁴⁸¹ Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale PG**, s. 485.

⁴⁸² *Alacakaptan* da şu yönde görüş belirtmektedir: “Bütün unsurları ile tamamlanmış bir suçla teşebbüs evresinde kalmış bir suç arasında manevi unsurları bakımından bir başkalık yoktur. Her ikisi de suç sayılan belli bir sonucu gerçekleştirmek amacı ve kararı ile işlenmişlerdir. Teşebbüste eksik kalan şey, failin iradesi dışında bir nedenin, bu sonuca götürecek hareketlerin tamamlanmasına ya da tamamlanan hareketlerden kastedilen sonucun doğmasına engel olmasıdır. Ne var ki, failin yaptıkları, bir yandan toplum ve hukuk düzenini ihlal etmiş, hiç değilse böyle bir tehlikeyi ortaya koymuş, öte yandan ondaki tehlikeli kişiliği ortaya koymuştur. Teşebbüs bu nedenler dolayısıyla cezalandırılmaktadır”. Bkz. *Alacakaptan*, **Suçun Unsurları**, s. 63; aynı yönde,

cezalandırılmasının temelini bu şekilde belirlenmesi, hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı hakkında da açıklayıcı olacaktır.

b. Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmamasının Sebepleri ve Bağımsız Suç Tipleri Halinde İstisnai Olarak Cezalandırılması Hakkında Değerlendirmeler

ba. Tehlikesizlik Görüşü (Objektif Tehlike Teorisi)

Suçta teşebbüsün cezalandırılma sebeplerinden birisinin failin hareketinin kanunda korunan hukuksal değeri tehlikeye sokması olduğunu belirtmiştik, bunun karşılığı olarak teşebbüs seviyesine ulaşmayan hazırlık hareketleri kural olarak “işlenmesi kastedilen suç açısından az bir tehlike, hatta bir tehlikesizlik hali”⁴⁸³ gösterdikleri için cezalandırılmayacaklardır. Hazırlık hareketlerinin bu özellikleri dolayısıyla cezalandırılmamaları “tehlikesizlik görüşü” olarak ifade edilmektedir⁴⁸⁴. “Objektif tehlike teorisi” olarak da ifade edilen bu düşünceye göre, hazırlık hareketleri neticeye uzak ve kast olunan suçta objektif olarak tehlike yaratmayacak hareketler olması sebebiyle cezalandırma alanının dışında kalırlar⁴⁸⁵. Bu görüş uyarınca, failin suç işleme yönündeki iradesi değil, failin hareketlerinin kastedilen suç açısından yarattığı tehlike önem taşır⁴⁸⁶. Neticeye uzak olan hazırlık hareketleri de çoğu kez korunan hukuksal değer açısından bir tehlike göstermemekte veya “cezalandırmaya layık olmayacak şekilde bir tehlike” ortaya koymaktadırlar⁴⁸⁷. Tüm bu sebepler

Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır da suçta teşebbüsün cezalandırılma temeli hakkında objektif ve sübjektif teorilerin tek başına yeterli olmadığını, bu teorilerin hepsinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yazarlara göre, “teşebbüs hem failin tehlikeliliği hem de hukuki değer üzerinde meydana getirdiği zarar ihtimali (tehlike) dolayısıyla cezalandırılmaktadır”. Bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 705; Önder de karma teori taraftarı olduğunu vurgulamakta ve bu düşüncesini “Hareket hem failin tehlike halini göstermekte hem de bu hareket icra başlangıcı safhasına intikal edip korunan yarar üzerinde tehlike yaratmış olmaktadır” şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 387; Özocak da sübjektif ve objektif görüşlerin uzlaştırılması yönünde kanaat bildirmektedir. Bkz. Özocak, s. 61 vd., İtalyan öğretisinde *Mantovani* de, İtalyan Ceza Hukuku sisteminin karma bir özellikte olduğunu belirttikten sonra, suçta teşebbüsün cezalandırılmasının da “suç işleme iradesinin ortaya konulması” (“manifestazione della volontà criminosa”) ve “korunan hukuksal değer tehlikeye sokulması” (“messa in pericolo dell’interesse tutelato”) üzerine temellendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, bu ölçütlerden birinin diğerine tercih edilemeyeceğini de eklemektedir. Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 433.

⁴⁸³ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 389.

⁴⁸⁴ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 389, İçer, s. 47, Demirbaş, s. 509.

⁴⁸⁵ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 389.

⁴⁸⁶ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 389, Koca/Üzülmez, s. 422.

⁴⁸⁷ İçer, s. 47.

çerçevesinde, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında bir fayda da bulunmamaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz şekilde, bir davranış ancak normda korunan hukuksal değeri ihlal ettiği yani zarara uğrattığı veya tehlikeye soktuğu zaman ceza hukuku açısından önem kazanır. Teşebbüs aşamasında kalan bir hareketin cezalandırılma nedeni de hareketin korunan hukuksal değer üzerinde yarattığı somut tehlike olmaktadır⁴⁸⁸. Bu itibarla, hazırlık hareketleri suçla korunan hukuksal değer açısından çoğu zaman bir tehlike yaratmadıkları veya cezalandırmayı gerektirmeyecek derecede az bir tehlike ortaya koydukları için cezalandırılmazlar⁴⁸⁹.

Hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasındaki sebepler, genel bir çerçeve içinde, hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılmasındaki ölçütleri de ortaya koymaktadır. Bu itibarla, hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının ilk sebebi tehlikesizlik görüşü olduğundan, bu hareketlerin belirli şartlar altında istisnai olarak cezalandırılabilmesi ve ceza hukuku korumasının hazırlık aşamasına kadar çekilebilmesi için hukuksal değer birincil derecede önem taşıması ve vazgeçilemez nitelikte olması gerekir. Mademki hazırlık hareketleri tehlikesiz (veya az tehlikeli) oldukları gerekçesiyle kural olarak cezalandırılmamaktadır, öyleyse bunların istisnai olarak cezalandırılması ancak uzak oldukları hukuksal değer birincil derecede önem arz etmesi ihtimalinde mümkün olabilir. Korunan hukuksal değerden kronolojik olarak uzaklaştıkça ve normda korunan hukuksal değer ile hareket arasındaki bağ azaldıkça, bu zayıflayan bağın yeniden temini ve güçlendirilmesi ancak birincil derecede ve vazgeçilemez nitelikte bir değer korunması gayesi ile açıklanabilir. Ceza normunda korunan hukuksal değer, suçun dayanak noktası, adeta kilit taşı, taşıyıcısı olduğundan, hukuksal değere ihlalin derecesi azaldıkça, hukuksal değer önemi artmalı ve toplumun ve devletin bütünlüğü için önleyici bir şekilde korunması gündeme gelmelidir. Ancak böyle bir varsayımda fiil ceza hukukunun temel ilkeleri ile birçok yönden çelişen hazırlık hareketlerinin müstakil suç tipleri altında düzenlenmesi meşruluk kazanabilir.

⁴⁸⁸ İpekçioğlu, s. 44.

⁴⁸⁹ İçer, s. 47.

Bunun yanında, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması vasıtasıyla temel hak ve özgürlüklerin ölçüsüz olarak sınırlandırılabilmesi gerçeği karşısında, hukuksal değerlerin öneminin yüksek olması yönündeki bu ölçütün çalışma alanımızdaki tüm sorunları sihirli bir değnek değmiş gibi mucizevi bir biçimde çözmediği de vurgulanmalıdır. Çalışmamızın ilk bölümünün son başlığında da belirttiğimiz üzere, istisnai olarak cezalandırılan ve suç düzenlemesine konu olan hazırlık hareketlerinin ceza normunda korunan hukuksal değeri ya dolaylı olarak tehlikeye soktuğu ya da hiç ihlal etmediği ve bu itibarla da ihlal ediciliğin bir istisnası olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, tekrar etmek gerekirse, ihlal kabiliyeti dolaylı olan veya hiç olmadığı savunulan ve istisnai olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerinin ceza hukukunda meşru bir yer edinebilmesi için korunan hukuksal değerlerin birincil ve vazgeçilemez nitelikte olması gerekmektedir. Ancak ceza hukuku sisteminde hazırlık hareketlerini cezalandıran suçların meşru bir yer edinebilmesi için bu ölçütün yanında başka birtakım koşulların da bulunması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu koşullar, çalışmamızın son başlığında ele alınacaktır. Ceza hukukunun klasik olarak sahip olduğu reaktif karakteri yerine önleyici bir kimliğe bürünmesi ancak bu şekilde mümkün olabilir.

Nitekim, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi kapsamında “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri*” başlığı altında hazırlanan karar taslağında da “*hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının ancak çok önemli hukuki değerlere zarar verecek çok ciddi bir saldırının varlığı halinde meşru olacağı*” ifade edilmiştir⁴⁹⁰. Aynı Kongrenin “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri Kararları*”nda da benzer yönde, “*Diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi*” amacıyla ve açık ve yakın bir tehlike durumunda hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi karara bağlanmıştır⁴⁹¹. Kongre kararlarında, karar taslağına göre hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına esas teşkil edecek korunan hukuksal değerlerin daha dar ve sınırlı bir biçimde ele alındığı görülmektedir. Hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılabilmesinde önemli bir ölçüt olan “hukuksal değerlerin birincil derecede

⁴⁹⁰ Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri, Karar Taslağı, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi, Terörizmin Finansmanı, Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarının Korunması, Evrensel Yargı Yetkisi, İstanbul, TCHD Yayınları: 11, 2009, s. 106.

⁴⁹¹ “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 16.

önemli ve vazgeçilemez” oluşu çalışmamızın devamında daha detaylı olarak ele alınacaktır.

bb. İradenin Zayıflığı Görüşü (Sübjektif Teori)

Suçta teşebbüsün cezalandırılma sebeplerinden birisi de failin hukuk düzeni ile çatışan ve antisosyal nitelikte olan iradesinin açığa çıkmış olmasıdır⁴⁹². Dolayısıyla neticeye uzak olduğu için açık bir biçimde hangi suça yöneldiği belirlenemeyen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması gerekir. Ayrıca böyle bir iradenin ortaya çıkmış olduğunun kabulü de kolay değildir⁴⁹³.

Bu itibarla, *iradenin zayıflığı teorisi* çerçevesinde, neticeye uzak olan hazırlık hareketlerinde failin iradesinin hangi suça yönelik olduğunun saptanması mümkün olmamaktadır, dolayısıyla bu hareketlerin cezalandırılmaması gerekir⁴⁹⁴. Hazırlık hareketleri suç kastı açısından şüpheli ve tereddüt yaratan hareketlerdir. Belirsiz ve suç işleme kastı tam olarak belirlenemeyen hareketlerin cezalandırılması söz konusu olmamalıdır⁴⁹⁵. Aksi halde sadece bir şüphenin cezalandırılması söz konusu olur ki bu durum da kişi haklarının korunması konusunda ceza hukukunun yüz yıllar içerisinde sağladığı güvencelerin yıkılması anlamına gelir. Bir suçun hazırlık hareketleri ile belki o suça yönelik olarak hazırlanma düzeyinde de olsa birtakım hareketler yapılmıştır fakat bu hareketlerin anlamında bir belirsizlik ve şüphe vardır⁴⁹⁶. Dolayısıyla failin suç işleme iradesi kararlı bir biçimde ortaya çıkmamıştır ve failin bu suç işleme düşüncesinden vazgeçme ihtimali çok yüksektir⁴⁹⁷. Bu itibarla, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması şüpheli tüm davranışların cezalandırılmasına ve bu hal de kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına neden olur. Ayrıca hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi ile daha toplumsal bir endişe, heyecan doğmamış ve düzen ile çatışan antisosyal karakterde bir davranış oluşmamıştır⁴⁹⁸.

⁴⁹² İçer, s. 48.

⁴⁹³ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 389.

⁴⁹⁴ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 389, Demirbaş, s. 509.

⁴⁹⁵ İçer, s. 48.

⁴⁹⁶ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 282.

⁴⁹⁷ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 282.

⁴⁹⁸ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 283.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasını açıklayan tehlikesizlik ve iradenin zayıflığı görüşlerinin her ikisinde de doğruluk payı mevcuttur⁴⁹⁹. Hazırlık hareketleri bir yandan suçun tamamlanmasına uzak hareketler olduklarından toplumdaki hukuka güven duygusunu ciddi bir şekilde zedelemeyiz, öte yandan da suç kastını tam olarak ortaya koymadıklarından hangi suça yönelik oldukları kesin olarak belirlenemez⁵⁰⁰. Örnek olarak, benzin istasyonundan birkaç litre benzin satın alma hareketi, TCK. md. 170’te yer alan güvenliğin kasten tehlikeye sokulması veya 151. maddedeki mala zarar verme suçuna yönelik olabileceği gibi, sadece yolda kalan aracı çalıştırmak için de olabilir. Bununla beraber suç işlemek için benzin alan kişi bir suçun icra hareketlerine başlamadan bu düşüncesinden de cayabilir⁵⁰¹. Bu itibarla hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasında tehlikesizlik ve iradenin zayıflığı görüşlerinin hala geçerli ve etkili olduğunu belirtmek gerekir⁵⁰². *Erem*’in de ifade ettiği gibi, hazırlık hareketleri ya suç kararını kesin olarak ortaya koymazlar veya “*böyle bir anlamda tahmini olarak kabul edilebilecekleri hallerde esasen bir tehlike başlangıcı arz etmezler*”⁵⁰³. İradenin kesinlikten uzak olduğu ve terki mümkün olan hazırlık hareketleri, bireyin haklarına tecavüz etmemek için cezalandırılmazlar⁵⁰⁴.

Hazırlık hareketlerinin iradenin zayıflığı görüşü çerçevesinde kural olarak cezalandırılmamasının, bu hareketlerin istisnai olarak cezalandırılması açısından bir görüşü de doğurduğu düşüncesindeyiz. Daha açıkça belirtmek gerekirse, kanaatimizce hazırlık aşamasında failin iradesinin açık seçik bir biçimde hangi suça yönelik olduğunun tespitindeki güçlük, istisnai olarak cezalandırma durumlarında kanuni tipin içerisine bir özel kast unsuru eklenmesi görüşüne sebep olmuştur. Hazırlık hareketini istisnai olarak cezalandıran düzenlemenin meşru bir temele oturması için sadece birincil derecede bir hukuksal değeri korumasının yeterli olmadığı, yüksek kademedeki (“*rango elevato*”) önem taşıyan bu hukuksal değeri korumak amacına uygun da olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁵. Bu itibarla, hazırlık aşamasını cezalandıran ceza normunun sadece hukuksal değere gelecek zararı önlemeye “*elverişli*” olması yetmez, güncel bilimsel bilgi ve tecrübeye göre hukuksal değer için tehlike arz etmeyen ve

⁴⁹⁹ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.389.

⁵⁰⁰ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s.390.

⁵⁰¹ Örnek için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 712.

⁵⁰² İçer, s. 49.

⁵⁰³ Faruk Erem, **Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1980, s. 59.

⁵⁰⁴ Erem, s. 58.

⁵⁰⁵ Viganò, “Incrimination di atti preparatori...”, s. 182.

sübjektif olarak hukuksal değeri zarara uğratmayı amaçlamayan davranışların da cezalandırma alanının dışında bırakılması gerekir. İşte bu sebeple, hazırlık aşamasını cezalandıran soyut normun, “*sadece hukuksal değeri zarara uğratmaya elverişli ve sübjektif olarak bunu amaçlayan*” hazırlık hareketlerini kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekir⁵⁰⁶. Bunun sonucu olarak hazırlık hareketlerini cezalandıran ceza normunun içerisine *özel kast* unsurunun/failin amacının eklenmesi savunulmakta, bu yönde bir uygulamanın da korunan hukuksal değere doğrudan zarar verecek ve *şüpheyi yer bırakmayacak /ikiliğe yol açmayacak* özellikteki davranışların (“*condotte univocamente sintomatiche*”) cezalandırılmasını sağlayacağı vurgulanmaktadır⁵⁰⁷. Bu düşüncenin, hazırlık hareketlerinin cezalandırma alanını kısıtlayacağı, korunan hukuksal değer her ne kadar önemli olsa da buna zarar vermeye sübjektif olarak yönelmeyen davranışları cezalandırma alanı dışında bırakacağı ve bu açıdan olumlu olduğu açıktır.

Bununla beraber, şunu da önemle vurgulamak gerekir ki, hazırlık hareketini cezalandıran soyut suç tipi öncelikle korunan hukuksal değer ihlali açısından *ex ante* ve objektif bir elverişlilik gösterecek şekilde düzenlenmelidir. Kanunda korunan hukuksal değeri ihlale elverişli nitelikte olmayan davranışların sadece özel kast marifetiyle cezalandırılması ceza sorumluluğunu aşırı genişleten ve sübjektif bir ceza hukukunun uygulanmasına yol açan bir durum doğurur. Bireysel özgürlükleri ve kendi ideolojisine itaatkâr olmayan davranışları cezalandırmak isteyen bir yönetim, failin zihinsel ve ruhsal durumuyla ilgili olan saiki cezalandırma suretiyle otoriter bir ceza hukuku uygulamasına sebep olabilir. Bu konuya ilişkin detaylar, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının koşulları incelenirken daha ayrıntılı ele alınacaktır.

c. Gönüllü Vazgeçme ve Hazırlık Hareketlerinin Kural Olarak Cezalandırılmaması

TCK.’nın 36. maddesinde düzenlenen “*Gönüllü Vazgeçme*” hükmü de hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmaması ilkesini doğrulayacak niteliktedir. TCK.’nın 36. maddesine göre; “*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse,*

⁵⁰⁶ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182.

⁵⁰⁷ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182.

teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır”.

TCK. md. 36’nın gerekçesi ise şu yöndedir; “*Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir. Gönüllü vazgeçme halinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır”.*

Madde metninde ve maddenin gerekçesinde açıkça görülmektedir ki, icra hareketleri aşamasında ve hatta icra hareketleri sona erdikten sonra bile belirli şartların gerçekleşmesi halinde failin cezalandırılmaması söz konusu olabilmektedir. Gönüllü vazgeçme, “*failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketlerini tamamlamasından sonra iradi aktif davranışlarıyla neticenin meydana gelmesini önleme durumu*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁸. Gönüllü vazgeçmede, fail icra hareketini tamamlamaktan vazgeçerse aktif bir davranışta bulunması gerekmez. Fakat icra hareketleri tamamlandıktan sonra, failin aktif bir davranışta bulunması, neticenin gerçekleşmesini önlemek için icrai hareketler yapması gereklidir⁵⁰⁹.

Gönüllü vazgeçmede ceza verilmemesinin nedenini açıklamak için sübjektif, objektif görüşler ve suç siyaseti teorileri ortaya atılmıştır. Genel hatlarıyla belirtmek gerekirse, sübjektif teoriler gönüllü vazgeçmede failin tehlikeliliğinin, suç işleme niyetinin ortadan kalktığını ve bunun için ceza verilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar⁵¹⁰. Objektif teorilere göre ise, fail icraya başladıktan sonra vazgeçmiş ve bütün iz ve eserlerini silmişse artık bir icranın varlığından ve kurala

⁵⁰⁸ Sözüer, s. 235.

⁵⁰⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 476.

⁵¹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 477.

aykırılıktan söz edilemez⁵¹¹. Suç siyaseti teorileri göre, suç siyaseti açısından esas olan, suçtan vazgeçenin, icraya başlayan ve geri dönen failin cezalandırılmamasıdır⁵¹². Suç siyaseti teorileri gönüllü vazgeçme halinde cezalandırmanın artık bir faydasının da kalmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca, gönüllü vazgeçme kurumu aracılığıyla failin suç yolundan dönmesini sağlayacak “*altın köprüler*” inşa etmek, suçtan dönüş imkanını açık tutmak gerekir⁵¹³.

Günümüzde gönüllü vazgeçmenin hukuki esası açısından genellikle suç siyaseti görüşleri kabul edilmektedir⁵¹⁴. Bu çerçevede, kendi iradesiyle suçu işlemekten vazgeçen fail, bu yönde teşvik edilmeli ve özendirilmelidir⁵¹⁵.

Gönüllü vazgeçmenin hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmaması esası ile bağlantısına gelecek olursak, suç siyaseti uyarınca kendi iradesiyle suçu tamamlamayan ve icra hareketlerinden vazgeçen faili cezalandırmayan kanun koyucunun istisnai haller dışında, hazırlık hareketlerini kural olarak ve evleviyetle cezalandırmayacağı kabul edilmelidir.

Failin hazırlık hareketlerinden vazgeçmesi haline yönelik bir değerlendirme, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi kapsamında “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri*” başlığı altında hazırlanan alınan kararlarda yer almaktadır. Bu kapsamda, hazırlık hareketlerinden gönüllü vazgeçerek hareketlerine devam etmemesi halinde, failin cezalandırılmaması veya cezasında indirim yapılması gerektiği kararlaştırılmıştır⁵¹⁶.

⁵¹¹ Demirbaş, s. 520, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 737.

⁵¹² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 738, Centel/Zafer/Çakmut, s. 477.

⁵¹³ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Md. 1-75**, İstanbul, Beta, 2021, s. 540-544, Centel/Zafer/Çakmut, s. 477.

⁵¹⁴ Demirbaş, s. 521, Centel/Zafer/Çakmut, s. 478, Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 146, Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 584.

⁵¹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 478.

⁵¹⁶ “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler*”, çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 17.

B. Maddi Anlamda Hazırlık Hareketleri

1. Kavram

Araştırma konumuz açısından önem taşıyan hazırlık hareketi kavramı, suçun özüne ilişkindir ve korunan hukuksal değer ile her bir suç tipi arasındaki ilişkiye bağlıdır. Burada bir suça teşebbüsün hazırlık hareketleri değil, bütün unsurlarıyla bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiş fiiller cezalandırılmaktadır⁵¹⁷. Kanun koyucu bazı durumlarda, bir veya birden fazla amaç (gaye) hukuksal değer⁵¹⁸ için doğrudan ihlal ediciliği olmayan ancak aynı fail veya başka faillerin gelecekte işleyecekleri davranışların aracı olan hareketleri bağımsız suç tipleri olarak kanunda düzenleyebilir. Bu hareketler, kanunda korunan hukuksal değerlere doğrudan zarar verecek olan amaç suçlar için işlevsel bir nitelik arz ederler. İşte bu hareketler, hukuksal değeri zarara uğratacak ve gelecekte işlenecek suçlar için araçsal bir nitelik taşıyan hazırlık hareketleridir⁵¹⁹. Bu hareketler, kanun koyucunun değerlendirmesine göre gelecekte icra edilecek ve korunan hukuksal değer için zarar verici olacak davranışların aracı,

⁵¹⁷ Sözüer, s. 184.

⁵¹⁸ Araçsal veya ara hukuksal değerler (“*beni strumentali*” veya “*beni intermedi*”), genel olarak kolektif hukuksal değerleri içermektedir. Araçsal hukuksal değerler amaçsal (*final*) hukuksal değerlerin varlığı için bir şart teşkil eder ve final hukuksal değerler açısından araç, *enstrüman* görevi görür. Bu itibarla araçsal nitelik taşıyan hukuksal değerlerin korunmasının, final hukuksal değerlerin korunması açısından işlevsel olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla, araçsal hukuksal değerlerin korunması bir anlamda final hukuksal değerlerin güvende tutulmasına hizmet eder. Gerçekleşmesinden korkulan riskler karşısında final hukuksal değeri güvende tutmak için, ceza hukuku koruması araç hukuksal değer vasıtasıyla öne çekilir. Çevreye ait varlıkların bir araç hukuksal değer örneği olduğu ve havanın, suyun, toprağın, toprak altının, ormanların ceza hukuku ile korunmasının yaşam hakkı, mevcut ve gelecek nesillerin sağlığı vs. gibi hukuksal değerlerin korunması için bir şart ve araç (*enstrüman*) olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Marinucci/ Dolcini, **Manuale di Diritto Penale PG**, s. 194, Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 121 vd. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Merli, **Introduzione Alla Teoria Generale Del Bene Giuridico, Il Problema Le Fonti, Le Tecniche Di Tutela Penale**, s.283 vd.; Özgürlükçü bir ceza hukukunda, kişisel değerler hiyerarşisinde birey merkezde olduğu için final hukuksal değerler ile araçsal-ara hukuksal değerler arasında bir ayrım yapmak gerekir. Final-amaç hukuksal değerler; bireyin temel haklarından oluşurken, ara hukuksal değerler bireyüstü değerlerden (“*aile, topluluk, devlet ve idaresi, devlet ve birliği, devletin demokratik kurumları*”) oluşmaktadır. Özgürlükçü bir ceza hukuku sisteminde “*araçsal hukuksal değerler; bireyi merkezine alan bir hukuk düzeninin de son gayesi olan, insan kişiliğinin tam bir gelişiminin ve onurunun korunması için bir enstrüman işlevi görürler*”. Bunun tam karşısı olarak, “*totaliter ve otoriter ceza hukuku sistemlerinde*”, kamusal ve kolektif menfaatler merkezdedir. Bu itibarla, otoriter düzenlerde, bireyüstü kamusal, kolektif veya devletin varlığı/çıkarına (*ragion di Stato*) ilişkin hukuksal değerler amaçsal veya final hukuksal değer olarak kabul edilir. Bunun yanında bu düzenlerde, bireye ait değerler ise artık sadece bir araç niteliğindedir ve yalnızca bu araç olma özellikleri çerçevesinde korunabilirler. Açıklamalar için bkz. Ferrando Mantovani, “*Principi Fondamentali Del Diritto Penale Della Libertà*”, **Umanità E Razionalità Del Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2008, s. 390-401, s. 392.

⁵¹⁹ Viganò, “*Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo*”, s.172, Lorenzo Picotti, “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi, Genel Rapor*”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi**, İstanbul, TCHD Yayınları No: 11, 2009, s. 53-105, s. 58.

enstrümanı olan hareketlerdir⁵²⁰. Kanun koyucu, ileride işlenecek daha ağır suçları önlemeye yönelik yönelik hazırlık hareketlerini, belirli şartlar dahilinde, özel ve makul suç siyaseti nedenleri çerçevesinde müstakil suç tipleri (*delicta sui generis*) olarak düzenleyebilir⁵²¹.

Böylelikle suç işlemeye yönelik sırf bir tahrik (kışkırtma/teşvik-*istigazione*⁵²²) veya sadece suç için anlaşma kural olarak cezalandırılmayan hareketler iken bazı hallerde müstakil cezalandırılmalar yoluyla kanunda özel olarak düzenlenmiştir⁵²³. Burada İt. CK.'nın 115. maddesinden de söz etmek gerekmektedir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 115. maddesinin birinci fıkrasında; kanunun başka şekilde düzenlediği haller dışında iki veya daha fazla kişi bir suç işleme amacıyla anlaşılırsa ve bu suç işlenmezse, suç için anlaşan taraflardan hiçbirinin sadece anlaşma fiili için cezalandırılmayacağı belirtilmektedir. Bu itibarla, İtalyan ceza hukuku öğretisinde, sadece suç için anlaşma veya sırf bir kışkırtma suçunun 115. maddenin istisnası olduğu ve bu maddeler aracılığıyla hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak düzenlendiği açıklanmaktadır⁵²⁴. İtalyan Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde yer alan ve suç işlemek için sadece anlaşmanın cezalandırılmamasının esası kimsenin düşüncesi dolayısıyla cezaya maruz bırakılamayacağı (*cogitationis poenam nemo patitur*) ilkesi ve ceza hukukun laikliği anlayışından kaynaklanmaktadır. Ceza hukuku tarihindeki gelişmeler neticesinde, suçun günden ayrılması, bireyin iç dünyası ve düşüncelerinin cezalandırılmaması, ancak dış dünyaya yansıyan maddi hareketlerin belirli şartlarla ceza hukuku açısından bir önem taşıyacağı gibi düşünceler, İtalyan kanun koyucusunu sırf bir anlaşmayı cezalandırma dışında tutmak yönünde düzenleme yapmaya itmiştir⁵²⁵.

5237 sayılı TCK.'nın 214. maddesinin birinci fıkrasında da “suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

⁵²⁰ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.172.

⁵²¹ Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminatione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.164.

⁵²² *Istigazione* kavramı, suç işlemeye tahrik olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Çetin Özek, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, s. 346.

⁵²³ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.172-173.

⁵²⁴ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.172-173.

⁵²⁵ Cadoppi/Veneziani, *Elementi Di Diritto Penale Parte Generale*, s. 86-87.

hükmü getirilerek “suç işlemeye tahrik” suçu düzenlenmiştir. Bu itibarla, hazırlık hareketi niteliğinde olan suç işlemeye tahrik fiili failin asıl suçu işlemesinden bağımsız olarak bağımsız bir suç şeklinde cezalandırılmaktadır⁵²⁶. TCK 214. maddenin gerekçesinde de “Suç işlemek için tahrik aslında tahrik konusu suça bir hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak aleni olarak gerçekleştirilen bu tür fiillerin, kamu barışı açısından ifade ettiği tehlike nedeniyle, zararlı neticenin doğmasını beklemeden ve iştirak kurallarından bağımsız olarak ceza yaptırımına altına alınması gerekmiştir”, yönünde açıklama yapılmış ve TCK. md. 214/1’deki düzenlemenin hazırlık hareketlerini cezalandırdığı belirtilmiştir⁵²⁷.

Genel kural uyarınca, tahrikin sonuç vermemesi, başka bir ifadeyle tahrikin konusunu oluşturan suçun işlenmemesi halinde, tahrik hareketi hazırlık hareketi sayılmalı ve cezalandırılmamalıdır⁵²⁸. Ancak kanun, tahrikin aleni olması halinde bu genel kuraldan ayrılmış ve sonuç doğurmasa bile cezalandırmıştır. Bu şekilde bir cezalandırmanın sebebi ise, fiilin aleni olmasının kamu barışı açısından yarattığı tehdittir⁵²⁹. Özen de suç işlemek için alenen tahrik de araç-amaç ilişkisi olduğunu belirtmekte, tahrikin bir suç işleme amacıyla yapıldığını ifade etmektedir. Bu itibarla, burada amaç bir suçun işlenmesi, araç ise “alenen tahrikte bulunmaktır”⁵³⁰. Kelime anlamı *kışkırtma* olan tahrik, suç işlemek amacıyla “bir kişinin başka bir kişiyi suça hazırlamasını” veya onu etkilemesini ifade eder⁵³¹.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 311. maddesinde de bir suçun işlenmesini aleni olarak tahrik eden kimsenin kanundaki şartlar dahilinde cezalandırılacağı belirtilmekteydi. 765 sayılı TCK.’da yer alan suçun hukuki niteliğinin de hazırlık hareketi olduğu ileri sürülmüştür⁵³². Bayraktar’ın da belirttiği üzere; “TCK. 311. maddesinin içinde kalarak, belirli bir suçun işlenmesi hususunda başkalarını tahrik eden kimse, suçun oluşmasında en önemli etkenlerden birini meydana getirmektedir,

⁵²⁶ Demirbaş, s. 509-510.

⁵²⁷ Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 465.

⁵²⁸ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 264, aynı yönde; Faruk Erem, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000, s. 226 vd.

⁵²⁹ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 264, Erem/Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 226 vd.

⁵³⁰ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, s. 468.

⁵³¹ Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, s. 469.

⁵³² Köksal Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik Cürmü**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977, s. 69-74, Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi**, İstanbul, TCHD Yayınları No: 11, 2009, s. 25-53, s. 36.

suçun adeta kaynağını, temel unsurunu teşkil etmektedir. Bu açıdan tahrik bizce hazırlık hareketlerinin hazırlayıcısı değil bizzatı hazırlık hareketi özelliğine sahip olmaktadır”⁵³³. Yine Bayraktar’ın vurguladığı üzere, “Gerçekleştirilmesi istenen suçun işlenmesi hususunda bilgi verilmesi, bunun meydana getirilme biçimlerinin gösterilmesi ve diğer şahısların bu suça itilmesi, amaç suç bakımından önem taşıyan hareketlerdir. Fakat amaç suça ilişkin icra hareketleri başlamadığından, tahriki meydana getiren hareketler bunlardan önce gelmekte ve bunları hazırlamaktadır. Hazırlık hareketi görüşü kanaatimizce TCK 311. maddesinde de yerini bulmaktadır. Bu madde de amaç suçun işlenmesi ya da bunun teşebbüsüne geçilmesi hali cezayı gerektirdiğine göre buna ön gelen fiilin cezalandırılmasının esasını hazırlık hareketi olma hali teşkil etmektedir”⁵³⁴.

Yine aynı şekilde, suç işlemek için gerekli olan bazı araçların kabul edilmesi veya bulundurulması kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinden olmasına rağmen, bu hareketlerin bağımsız suç tipleri haline getirilmesi vasıtasıyla cezalandırılması mümkün olmaktadır. Ruhsatsız silah bulundurmak veya paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan malzemeyi kabul veya muhafaza etmek (TCK. md. 200) suçları buna örnek gösterilebilir. Bu tür suçların bağımsız olarak cezalandırılmasındaki amaç; gelecekte işlenmesi mümkün sonraki suçları önlemeye yöneliktir⁵³⁵.

2. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Suç Tiplerinin Sınıflandırılması

Bazı yazarlar hazırlık hareketlerinin müstakil suç olarak düzenlendiği suç tipleri için *dolaylı tehlike suçu*⁵³⁶ (*pericolo indiretto*) veya önleme suçları/engelleyici⁵³⁷ veya engel⁵³⁸ suçlar (*reato ostativo, delit obstacle*)⁵³⁹ terimlerini de kullanmaktadırlar. Söz konusu suçların amacı başka suçların işlenmesini engellemek olduğundan öğretide bunlara engelleyici suçlar adı da verilmiştir⁵⁴⁰. Öğretide *Marinucci/Dolcini*, hazırlık

⁵³³ Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü*, s. 73.

⁵³⁴ Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü*, s. 85.

⁵³⁵ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.173.

⁵³⁶ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale 1*, s. 593 vd., Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 182.

⁵³⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 283.

⁵³⁸ Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* s. 296.

⁵³⁹ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s. 175-176.

⁵⁴⁰ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 283.

hareketlerini cezalandıran suç tiplerini dolaylı tehlike suçları içerisinde incelemekte ve bunların hukuksal değerin bütünlüğünü ancak dolaylı olarak tehlikeye soktuğunu ve kanun koyucunun bu tür suçları yaratarak hukuksal değerin korumasını, tehlikeye sokma evresinin de önüne çektiğini belirtmektedir⁵⁴¹. Yazarlar, dolaylı tehlike suçları ile bir zarar tehlikesinin değil, hukuksal değer için sadece tehlikeli olan bir durumun tehlikesinin cezalandırıldığını, bu itibarla bu suçlara dolaylı tehlike suçları veya *“tehlikesinin tehlikesi”* (*“reati di pericolo di pericolo”*) suçları demek gerektiğini ifade etmektedirler. Bununla birlikte, hazırlık hareketlerini cezalandıran suçları ifade etmek için kullanılan dolaylı tehlike veya tehlikenin tehlikesi şeklindeki formüllerin suç tipinin yapısını vurguladığını oysa önleme suçları (*“reati ostativi”*) yönündeki adlandırmanın ceza normunun işlevine vurgu yaptığını da belirtmektedirler⁵⁴².

Hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız bu suç tipleri, hukuksal değere uzak bir alana konumlandırılmışlardır ve tehlike veya zarar neticesi yaratacak eylemleri önlemeye yöneliktirler. Hazırlık hareketleri, cezalandırılabilir teşebbüsün de öncesinde yer almalarına ve ikiliğe yol açacak bir nitelikte olmalarına rağmen amaç suçların işlenmesini önleyen elverişli bir ön koşul oldukları için bağımsız suç tipleri olarak düzenlenirler⁵⁴³.

Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı suç tipleri *salt amaç suçları* (*“reati di scopo”*) içerisinde de gösterilmektedir⁵⁴⁴. Salt amaç suçları (*“reati di scopo”*) ya da ihlal edicilikten yoksun suçlar (*“reati senza offesa”*) bir hukuksal değerin ihlalini değil, gerçekleşmemesinde devletin menfaati bulunan bazı durumları cezalandırırlar⁵⁴⁵. İhlal suçlarında hukuksal değerin tehlikeye sokulması halinde bile olsa her zaman bir ihlal mevcutken, salt amaç suçlarında cezalandırma ihlal öncesi evreye çekildiği için burada ihlal edicilik bulunmamaktadır⁵⁴⁶. Burada gerçekleşmemesinde devletin menfaati bulunan bir durum olduğu için, fiilin cezalandırılmasıyla kanun koyucunun hedeflediği şeyin normun amacı (*“scopo della norma”*) olduğu vurgulanmaktadır⁵⁴⁷. Kanun koyucunun suçun hukuki konusu olarak

⁵⁴¹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 593.

⁵⁴² Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 593.

⁵⁴³ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.218.

⁵⁴⁴ Hafizoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224, Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* s. 296.

⁵⁴⁵ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 209.

⁵⁴⁶ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 209.

⁵⁴⁷ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 194.

hukuksal değer yerine normun amacını seçmesi ve salt amaç suçlarını kanunlaştırmasının hukuksal değer ve ihlal ediciliğin siyasal-teminatçı işlevini erozyona uğratan bir durum olduğu açıktır⁵⁴⁸. Öğretide önleme suçlarının, bu itibarla da hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerinin bazılarının salt amaç suçlarının içinde bulunduğunu belirten görüşler mevcuttur⁵⁴⁹. Ruhsatsız silah bulundurmak ve taşımak bu suçlara örnek olarak gösterilmektedir⁵⁵⁰.

Öğretide *Özocak* isabetli olarak, kanunda bağımsız birer suç olarak düzenlenen hazırlık hareketleri ile suç için gerekli olan icra hareketleri öncesinde gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin farklı olduğunu belirtmektedir⁵⁵¹. Yazar, suç yolunda icra hareketlerinden önce ortaya konan hazırlık hareketlerinde kanunda suç olarak öngörülen fiilin henüz meydana gelmediğini vurgulamaktadır. Bu itibarla, kanunda özel olarak düzenlenen hazırlık hareketleri başlı başına bir suç fiilini oluşturmaktadır⁵⁵². Yine yazar, öğretide hazırlık hareketi olarak adlandırılan ve bağımsız suç tipleri olarak karşımıza çıkan hareketlerin “*artık bir hazırlık hareketi değil, icra hareketi niteliğinde olduğunu ve kanun koyucu tarafından da icra hareketi olarak cezalandırıldığını*” belirtmektedir⁵⁵³. Biz de yukarıda yaptığımız açıklamalarda hazırlık hareketlerinin biçimsel ve maddi yönü olduğunu, hazırlık hareketlerinin biçimsel yönünün icra-hazırlık hareketi ayrımındaki hazırlık hareketlerini işaret ettiğini, buna karşılık istisnai koşullarda müstakil olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerinin maddi bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştik.

Türk Ceza Kanunu’nun 220. maddesinde yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, 314. maddesindeki silahlı örgüt ve 316. maddesindeki suç için anlaşma düzenlemeleri hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlara örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, bir suçun icrasına yönelik olarak bir aracı kabul etmek veya bulundurmak kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinden olmakla birlikte bu fiillerin kanun koyucu tarafından bağımsız birer suç olarak cezalandırılması da mümkündür.

⁵⁴⁸ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s. 194-195, 209-210.

⁵⁴⁹ Mantovani, *Diritto Penale PG*, s.210, Pietro Nuvolone, *Il Sistema Del Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1975, s. 227-228.

⁵⁵⁰ Hafızoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 224.

⁵⁵¹ Özocak, s. 88-89.

⁵⁵² Özocak, s. 89.

⁵⁵³ Özocak, s. 89.

“Zilyetlik ya da bulundurma suçlarının” (“*reati di possesso/detenzione*”) da cezalandırılan hazırlık hareketleri olduğu belirtilmektedir. Zilyetlik/bulundurma suçları kavramı, hukuk tarafından yasaklanmış bir şeye zilyet olunmasını veya bulundurulmasını cezalandıran suç tiplerini ifade etmek için kullanılmaktadır⁵⁵⁴. Zilyetlik/bulundurma suçları bir hukuksal değeri doğrudan ihlal etmemekte ancak gerçek anlamda zarar verici ya da tehlike yaratıcı hareketlerin gerçekleşmesini önlemektedir. Bu itibarla, bu suç tiplerinin ceza hukuku koruması öne alan ve sadece önleyici nitelik taşıyan “önleme suçları” olduğu ifade edilmektedir⁵⁵⁵. Sadece önleyici nitelikte olan zilyetlik/bulundurma suçlarının, ihlal edicilik ilkesini rehber edinen bir ceza hukuku sisteminde ancak çok istisnai hallerde yer bulması gerektiği de vurgulanmaktadır⁵⁵⁶. Bu çerçevede, bu suç tipleri korunan hukuksal değer açısından gerçek anlamda elverişli bir önleyiciliğe sahip olmalı ve yaşam veya kamu sağlığı gibi “yüksek derecede bir hukuksal değeri” korumayı amaçlamalıdır⁵⁵⁷.

Öğretide zilyetlik/bulundurma suçlarının dolaylı tehlike suçları kategorisine dahil olduğu ve bu suçların “mutlak dolaylı tehlike suçları” (“*reati di pericolo necessariamente indiretto*”) ve “muhtemel dolaylı tehlike suçları” (“*reati di pericolo eventualmente indiretto*”) olarak ikiye ayrıldığı ifade edilmektedir⁵⁵⁸.

“Sadece paraların değiştirilmesine veya taklit edilmesine tahsis edilmiş filigranları veya araçları bulundurmak” mutlak dolaylı tehlike suçuna örnek olarak gösterilmektedir⁵⁵⁹. Burada sahtecilik için filigranların ya da gerekli araçların bulundurulması paraların taklit edilmesi veya değiştirilmesi için bir tehlike yaratmakta, taklit edilmiş paraların dolaşıma konulması açısından da tehlikenin tehlikesi (“*pericolo del pericolo*”) veya dolaylı bir tehlike doğmaktadır⁵⁶⁰. Ancak bu şekilde, yani taklit edilmiş paraların dolaşıma sokulması vasıtasıyla, korunan hukuksal değer (“*bireylerin paraların özgünlüğü ve gerçekliğine olan güveni*”) ihlal edilmiş olacaktır⁵⁶¹. Mutlak dolaylı tehlike suçuna başka bir örnek olarak, “uyuşturucu ve

⁵⁵⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 595.

⁵⁵⁵ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.19.

⁵⁵⁶ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s. 20.

⁵⁵⁷ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s. 20.

⁵⁵⁸ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 595.

⁵⁵⁹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 595.

⁵⁶⁰ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 595.

⁵⁶¹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 596.

psikotrop maddelerin yasadışı olarak bulundurulması” suçu gösterilmektedir. Uyuşturucu maddelerin ruhsatsız ve bireysel kullanım dışında bulundurulmasının, bu maddelerin üçüncü kişilere verilmesi tehlikesini doğurduğu ve bu üçüncü kişilerin bu maddeleri kullanmasıyla da kamu sağlığı açısından bir tehlike olduğu belirtilmektedir⁵⁶². Dolayısıyla, uyuşturucu maddeleri bireysel kullanım dışında ve ruhsatsız ya da yasal izin olmadan bulundurmak kamu sağlığı açısından dolaylı bir tehlike ortaya koymaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*” başlıklı 188. maddesinin üçüncü fıkrasında hazırlık hareketlerinin cezalandırılması vasıtasıyla açıkladığımız bu durum düzenlenmektedir. Madde metninin ilgili fıkrası şöyledir; “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*”⁵⁶³.

Bulundurma ya da zilyetlik suçlarının ikinci görünüm şekli ise, *muhtemel dolaylı tehlike suçları* olarak nitelendirilmektedir⁵⁶⁴. Bu suçlar bakımından kanun koyucu, yasaklanmış olan şeye sahip olan kişinin iki tür davranışının yaratabileceği tehlikeyi suç olarak düzenlemektedir. Bu suçlara örnek olarak, sahte paraların bulundurulması suçu gösterilmektedir. Burada, sadece sahip olunan sahte paraların dolaşıma sokulması tehlikesi değil, bu paraların üçüncü bir kişiye verilmesi ve onun tarafından dolaşıma konulması tehlikesi de cezalandırılmaktadır. İlk durumda, korunan hukuksal değer açısından doğrudan/hemen ortaya çıkan bir zararın tehlikesi, ikinci durumda ise, sonradan eklenen bir davranışın yarattığı zararın tehlikesi önlenmektedir⁵⁶⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bulundurma ve bununla birlikte üretme, imal, ithal, temin, kabul etme, depolama, nakletme, sevk etme gibi hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç tiplerine örnekler bulunmaktadır⁵⁶⁶. Bu kapsamda; “*tehlikeli maddelerin bulundurulması veya el değiştirmesi*” (TCK. 174/1 ve 3), “*bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti*” (TCK. 186/1), *uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti* (TCK. 188/3), “*zehirli madde imal ve ticareti*” (TCK. 193), “*para ve*

⁵⁶² Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 596.

⁵⁶³ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 10.07.2023.

⁵⁶⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 596.

⁵⁶⁵ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 596.

⁵⁶⁶ İçer, s. 65.

kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar” (TCK. 200), “*yasak cihaz veya programlar*” (TCK 245/A), “*suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama* (TCK 282/2) suçlarının belirtilen fıkralarını örnek olarak göstermek mümkündür⁵⁶⁷.

Son olarak, zilyetlik suçlarının bir alt kategorisinde yer alan şüphe/durum suçlarını (“*reati di sospetto*” veya “*reati di mero sospetto*”, bu suçlar daha sonra “*vaziyet suçları*” / “*reati di posizione*” adını almıştır⁵⁶⁸) da açıklamakta yarar görmekteyiz. Şüphe/durum suçlarında “*suç işlemeye yarayacağı şüphesinden hareket ederek bir şeye sahip olunması*” cezalandırılmaktadır⁵⁶⁹. Şüphe suçları, “*icrai veya ihmali bir hareketle işlenmeyen, ancak yasada belirtilen bazı unsurlara dayanılarak, sadece kişisel bir durumdan ibaret olan birtakım suçlar*” olarak da tanımlanmıştır⁵⁷⁰. Şüphe suçu kavramını ilk kez ortaya atan *Manzini*’ye göre, bu suçlarda bir netice bulunmakla beraber, bu netice müspet veya menfî bir hareketten oluşmamaktadır. Bu suçlardaki netice, “*kanunun tayin ettiği unsurlar esas tutulmak suretiyle, resmi makamların yaptığı bir takdire dayanmaktadır*”⁵⁷¹. Yine yazarın görüşleri uyarınca; “*Şüphe suçlarında belli bir suçun delili yerine şüphe ikame edilmiş değildir. Zira şüphe yaratması başlı başına, şüphe edilen suçtan ayrı bir suç sayılmıştır*”⁵⁷². *Taner* de bu suçları, “*şüpheli suçlar*” olarak tanımlamakta, bu suçlarda failin durumunun şüpheli olduğunu belirtmekte ve bunların ne icrai ne de ihmali suçlar sınıfına konabileceğini açıklamaktadır⁵⁷³.

Şüphe suçlarına örnek olarak 765 sayılı TCK’nun 578. maddesinde yer alan, “*kaynağını veya kullanılış yerini ispat edemeden bazı eşyaya zilyed olma suçu*” gösterilmektedir⁵⁷⁴. Bu madde uyarınca, “*evvelce malvarlığı aleyhinde bir suçtan mahkûm olup da üzerinde haliyle orantılı olmayan para ve sair eşya bulunduran ve bunlara haklı bir sebebe dayanarak zilyed olduğunu ispat edemeyen kimse ile aynı*

⁵⁶⁷ İçer, s. 66-67.

⁵⁶⁸ Bkz. Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 63, sırf şüphe suçları (*reati di mero sospetto*) ve durum/vaziyet suçları (*reati di posizione*) terimlerinin farklı olduğu ve bu konudaki açıklamalar için bkz. Öntan, s. 40 vd, *Selçuk* bu suçları, “*suç kuşkusu suçları*” olarak adlandırmaktadır. Sami Selçuk, **Suç Genel Kuramı**, Ankara, Seçkin, 2021, s. 54 vd.

⁵⁶⁹ Marinucci/Dolcini, **Corso di Diritto Penale 1**, s. 596.

⁵⁷⁰ Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 62, Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 171, Şüphe suçlarının İtalyan öğretisindeki farklı tanımlamaları için bkz. Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 63-64.

⁵⁷¹ Manzini, Trattato, C. I, 202, aktaran Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 62.

⁵⁷² Manzini, Trattato, C. I, 202, aktaran Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 62.

⁵⁷³ Taner, s. 93.

⁵⁷⁴ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 95, Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, s. 62.

surette mahkûm olduktan sonra haklı olarak nerede kullanılacağını ispat edemediği taklit anahtar, maymuncuk gibi aletleri yanında bulunduran kimse” cezalandırılmaktadır⁵⁷⁵. Dönmezer/Erman’ın da belirttiği üzere, “*teorik yapısı tartışmalı olan*” sırf şüphe suçlarına 5237 sayılı TCK.’da yer verilmemiştir⁵⁷⁶.

Şüphe suçları ile ihlal edicilik ilkesinden büyük oranda uzaklaşmaktadır. Haksız olarak taklit anahtar veya maymuncuk bulundurma suçunda kanun koyucu korunan hukuksal değeri ne zarara uğratan ne de tehlikeye sokan bir durumu cezalandırmaktadır⁵⁷⁷. Bu tür suçların cezalandırılması ile ceza hukuku koruması belirgin olarak öne alınmakta ve özellikle malvarlığı değerlerinin özel olarak korunması sağlanmaktadır. Bununla birlikte, hareketin korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmasından ziyade, “*failin varsayılan sübjektif tehlikeliliği*” cezalandırılmaktadır⁵⁷⁸. Bu itibarla, baskıcı ve otoriter yasaların mirası olan bu tür düzenlemeler, masumiyet karinesine ve dolayısıyla anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ceza kanunlarında yer almamalıdır⁵⁷⁹.

II. Hazırlık Hareketlerinin Bağımsız Birer Suç Olarak Düzenlenmesinin Sebepleri

A. Hazırlık Hareketlerini Bağımsız Olarak Cezalandıran Suç Tiplerinin Suçu Önleyici Etkisi

Hazırlık hareketlerini bağımsız olarak düzenleyen suç tipleri, hukuksal değer in zarara uğramasından çok önceki bir aşamada müdahale edilmesine olanak sağlamakta ve bu itibarla da zararın çok etkin bir biçimde önlenmesine hizmet etmektedir⁵⁸⁰. Hazırlık hareketlerinin bu önleyici işlevi “*olabildiğince erken atılma görüşü*” olarak da ifade edilmekte ve hukuksal değerlerin korunmasında önemli rol oynamaktadır⁵⁸¹. Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması *iter criminis*’in çok erken

⁵⁷⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 95-96.

⁵⁷⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt II*, s. 97.

⁵⁷⁷ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.19.

⁵⁷⁸ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.19.

⁵⁷⁹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale 1*, s. 597.

⁵⁸⁰ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.173.

⁵⁸¹ İçer, s. 52.

safhalarında önleyici bir müdahaleye izin vermekte, hatta bu müdahale suça teşebbüs ile öngörülen müdahalenin de öncesinde yer almaktadır. Suça teşebbüsün varlığı için gerekli olan “*şüpheye yer vermeme ölçütü*” en geniş biçimde kabul edilse bile, hazırlık hareketlerinin müstakil olarak cezalandırılması ile sağlanan suçu önleyici faydaya ulaşmak mümkün olmayacaktır⁵⁸². Kronolojik olarak zarara çok uzak olan hazırlık hareketlerinin münferiden cezalandırılmasıyla zararın çok etkin bir biçimde önlenmesi sağlanacaktır.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, bir grup kişinin silahlar ve patlayıcılar vasıtasıyla bir bankayı yağmalayacağı öğrenildiğinde, tek seçenek suça teşebbüs halini cezalandırmak için beklemek olacaktır. Bu itibarla olayların gidişatı kontrol ve takip edilecek, suçun işleneceği gün şeriklerin yakalanması ve yağma suçunun işlenmesi için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanması beklenecektir. Hatta suça teşebbüsü en dar biçimde değerlendiren görüşe göre, suçu işleyecek faillerin bankaya girmiş olması ve silahlarını çıkararak çalışanlara karşı gerçek ve tam olarak bir tehditte bulunmaları gerekecektir⁵⁸³. Kolluk kuvvetleri de ancak bu aşamada müdahale edebileceklerdir. Ancak bu ana kadar beklenmesinin hem kolluk güçleri hem de bankada hazır bulunan tüm kişiler için çok riskli olabileceği açıktır. Bununla beraber suça teşebbüs oluşturacak hareketlere kadar beklemek, suç planının boşa çıkarılmasını da engelleyebilir. Bu itibarla ruhsatsız silah bulundurmayı suç haline getiren bir ceza normu aracılığıyla faillerin suç işlemekten önce yakalanması ve bu gayrimeşru yöntemlerle elde edilen silahlara el konulması suçun önlenmesi için önleyici ve etkin bir rol oynayacaktır⁵⁸⁴. Kanaatimizce verilen bu örnek hazırlık hareketlerinin önleyici rolünü açık ve net bir biçimde ortaya koymakla birlikte, sırf bazı suçları önlemek bahanesiyle koruma tedbirlerinin hukuksuz bir şekilde kullanılabilmesi de unutulmamalıdır. Özellikle ceza hukukunun muhalif düşünceleri ezmek için bir araç olarak kullanıldığı baskıcı düzenlerde, anayasada yer alan hakların, bu kapsamda özel hayatın gizliliğinin, konut dokunulmazlığının, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin, haberleşme özgürlüğünün feda edilmesine izin verilmemelidir. Bununla birlikte, otoriter bir devlet düzeninde ölçsüz bir şekilde ve sırf bireyleri bastırmak için

⁵⁸² Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.173.

⁵⁸³ Örnek için bkz. Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.173.

⁵⁸⁴ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, s.173.

hazırlık hareketlerinin münferiden kanunda cezalandırıldığı bir ihtimalde, bu suç tipleri aracılığıyla ve suçu önlemek bahanesiyle bireysel hak ve özgürlüklerin ihlal edilebileceği unutulmamalıdır.

İçer de belirli hukuksal değerlerin korunması bakımından ceza hukuku korumasının tam anlamıyla işlevini yerine getirebilmesi için, hareketin teşebbüs aşamasından önceki bir evrede cezalandırılması gerektiğini açıklamaktadır⁵⁸⁵. Aksi durumda cezalandırmanın teşebbüsten itibaren başlatılması ceza normunun etkisiz kalmasına yol açacaktır⁵⁸⁶. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu da ancak müstakil olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri ile mümkün olur. Alman Ceza Kanunu'nda yer alan ve “*vatana ihanet girişimine hazırlığın yaptırımı bağlandığı suç tipinin*” bu tür cezalandırmalara bir örnek oluşturduğu da belirtilmektedir⁵⁸⁷. Bunun bir başka örneğinin de Alman Ceza Kanunu'nda, 2009 yılında yapılan değişikliklerle kanuna eklenen, 89a paragrafında yer alan “*devlete karşı tehlike oluşturan ağır bir şiddet fiilinin hazırlanması*” suçu olduğu ifade edilmektedir⁵⁸⁸. Kanunun 89a paragrafında yer alan suç kapsamında, devlete karşı tehlike oluşturan ağır şiddet fiilleri; “*bir devletin veya uluslararası örgütün varlığını veya güvenliğini tehlikeye sokmaya veya Almanya'nın anayasal ilkelerini ortadan kaldırmaya, bertaraf etmeye veya yürürlükten kaldırmaya elverişli bulunan, kasten öldürme, adam kaldırma veya rehin alma fiilleri*” olarak tanımlanmıştır⁵⁸⁹. Devlete karşı tehlike oluşturan ağır şiddet fiillerini gerçekleştirmek amacıyla “*silah, malzeme veya para toplanması ve diğer hazırlıklarda bulunulması gibi davranışlar*” suç olarak düzenlenmiştir⁵⁹⁰. Bununla beraber yine aynı madde çerçevesinde, kanun koyucunun tiplştirdiği hazırlık hareketleri arasında ; “*ateşli silahların, patlayıcıların, patlayıcı düzeneklerinin, yanıcı radyoaktif veya nükleer maddelerin, zehirli veya başka bir şekilde sağlığa zarar verici maddelerin, amacın gerçekleştirilmesi için gerekli düzeneklerin kullanımının veya hazırlanmasının öğretilmesi veya öğrenilmesi veyahut silahların, az önce adı geçen düzeneklerin veya maddelerin hazırlanması veya temin edilmesi, ayrıca silahların, az önce belirtilen maddelerin ve düzeneklerin hazırlanması için gerekli maddelerin*

⁵⁸⁵ İçer, s. 52.

⁵⁸⁶ İçer, s. 52.

⁵⁸⁷ İçer, s. 53.

⁵⁸⁸ İçer, s. 53, Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 462.

⁵⁸⁹ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 462.

⁵⁹⁰ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 462.

sağlanması ve muhafaza edilmesi” şeklinde hareketler de sıralanmıştır⁵⁹¹. Alman Ceza Kanunu’nda yer alan ve ceza hukuku korumasını öne alan 89a paragrafı⁵⁹² öğretide şüphelere sebep olmuştur, bununla birlikte hazırlık hareketlerini suç haline getiren 89a paragrafına hazırlık niteliğindeki davranışları cezalandıran 89b paragrafı ise ağır eleştirilere maruz kalmıştır⁵⁹³. Alman CK.’nın 89b paragrafında, “*devlete karşı tehlike oluşturan ağır bir şiddet fiilinin hazırlanması suçları bakımından bir terör örgütü ile bağlantıya geçme veya bağlantıda bulunma*” suç olarak düzenlenmektedir⁵⁹⁴. Bu durum, belirttiğimiz gibi kendisi hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir suç olan 89a paragrafındaki suçun hazırlık hareketlerinin ayrı bir düzenlemeyle cezalandırılması anlamına gelmektedir⁵⁹⁵. Böylelikle tehlikenin tehlikesinin de tehlikesi gibi korunan hukuksal değere çok uzak bir cezalandırmanın yapıldığı ifade edilmelidir. Bu suç çerçevesinde cezalandırma alanı öyle öne çekilmiştir ki artık korunan hukuksal değer ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, sadece failin maksadı gözetilerek ceza sorumluluğu doğabilecektir⁵⁹⁶.

Yukarıda aktardığımız düzenlemelerle cezalandırmanın temel amacının, toplum ve kamu düzeni bakımından tehlike yaratacak saldırılarda ceza hukuku korumasının öne çekilmesi olduğu ve daha tehlike ortaya çıkmadan ceza hukukunun önleyici bir şekilde müdahalede bulunması gereği olarak açıklanmıştır⁵⁹⁷. Öte yandan bu tür kanunlaştırmalarla hedeflenenin riskin önlenmesi olduğu, ceza hukukunun artık risk yönetiminin aracı olarak kullanıldığı belirtilmektedir. Bu itibarla bu hallerde, devlet hukuksal değer ihlalinin oluşabilecek zarara karşı bir tepki ortaya koymak yerine belirli riskleri önlemeyi amaçlamaktadır⁵⁹⁸. Bununla beraber, Alman Ceza Kanunu’nda yer alan söz konusu suç tiplerinin yoğun eleştirilere uğradıkları ve anayasaya uygun olup olmadıklarının da tartışıldığı aktarılmaktadır⁵⁹⁹. Bu suç

⁵⁹¹ Marco Pelissero, “Contrasto al Terrorismo Internazionale e Il Diritto Penale al Limite”, **Speciale Questione Giustizia**, Settembre 2016, s. 99-112, https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/690/qg-speciale_2016-1_10.pdf erişim tarihi: 08.08.2023, s. 107.

⁵⁹² “Devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma” başlıklı bu madde 30.07.2009 tarihli kanunla Alman Ceza Kanunu’na eklenmiştir. Madde metni için bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, İstanbul, Beta, 2015, s. 163 vd.

⁵⁹³ Pelissero, “Contrasto al Terrorismo Internazionale e Il Diritto Penale al Limite”, s. 107.

⁵⁹⁴ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁵⁹⁵ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁵⁹⁶ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁵⁹⁷ İçer, s. 53.

⁵⁹⁸ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 462.

⁵⁹⁹ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

tiplerinde hukuksal değerin tehlikeye sokulmasından ziyade failin niyetinin cezalandırıldığı ve dolayısıyla anayasaya aykırı oldukları da iddia edilmektedir⁶⁰⁰.

B. Birincil Derecede Önem Taşıyan Hukuksal Değerlerin Korunması Amacı

1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan orantılılık ilkesi ve ihlal edicilik ilkesi çerçevesinde, ceza hukuku korumasının hazırlık aşamasına kadar çekilebilmesi için korunan hukuksal değerin önem derecesinin yüksek seviyede ve birincil derecede olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu itibarla, normda korunan hukuksal değerin önemi artıkcça, cezalandırmayı da o oranda öne almak mümkün olacaktır⁶⁰¹. Bununla birlikte korunan hukuksal değerin sadece yüksek önem derecesine sahip olmasının tek başına yeterli olmayacağı, örneğin “*anasayasal düzen, ekonomik sistemin istikrarı, kamunun sağlığı ve selameti*” gibi “*toplumun varlığı ve anayasada korunan demokratik kurumların bütünlüğü için olmazsa olmaz nitelikte*” bir hukuksal değer olması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁰². Ceza hukuku korumasının gerekliliği ile korunan hukuksal değerin önemi arasındaki çok sıkı bağ ve ilişki neticesinde birincil derecedeki hukuksal değerlerin ceza hukuku ile korunması gereği çok açık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, korunan hukuksal değerin önemi yükseldikçe, yani hukuksal değer birincil nitelikte ve önemli bir karakter taşıdıkcça ceza hukuku korumasını zarar neticesinin öncesindeki aşamalara çekmek daha da meşruiyet kazanmaktadır⁶⁰³. Bu kapsamda birincil nitelikteki hukuksal değerlere örnek olarak; yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi hürriyeti, kamu sağlığı ve selametine ilişkin hukuksal değerler ve siyasi-anayasal düzen hakkındaki hukuksal değerler verilmektedir⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁶⁰¹ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 10.

⁶⁰² Marinucci/Dolcini, **Corso di Diritto Penale 1**, s. 602.

⁶⁰³ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 189.

⁶⁰⁴ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 189, Salvadori, **L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia**, s. 167.

Bununla beraber şunu da belirtmek gerekir, ceza hukuku korumasının hazırlık hareketlerine kadar geriletilmesi için sadece korunan hukuksal değerin çok önemli ve birincil derecede olması yeterli olmaz. Hazırlık hareketlerini müstakil olarak cezalandıran bir suç tipinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bakımından öğretide beş aşamalı bir test yapılması önerilmiştir⁶⁰⁵.

Bu çerçevede suç ile korunan hukuksal değerin birincil derecede önemli olmasının dışında; hazırlık hareketini suç olarak düzenleyen normun önleme amacına uygun olması, hazırlık hareketini cezalandırmanın son çare olması, cezalandırmadan elde edilecek fayda ile cezalandırmanın sonuçları arasında orantı olması ve suç ile öngörülen yaptırım arasında bir orantının bulunması gerekmektedir. Bu ölçütler tez çalışmamızın devamında inceleneceği için burada sadece isimlerini saymakla yetiniyoruz. Bu itibarla, aşağıda inceleyeceğimiz hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suç tipleri sadece korunan hukuksal değerin birincil ve yüksek önem seviyesinde olması sebebiyle değil, saydığımız diğer ölçütlerin de varlığı gözetilerek düzenlenmişlerdir veya düzenlenmeleri gerekir. Aksi takdirde bu normların anayasaya aykırılığının gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

2. Silahlı Örgüt ve Suç için Anlaşma Suçları

Devletin siyasi-anayasal düzenini koruyan ve hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı suç tiplerine örnek olarak TCK.’nın ikinci kitap, dördüncü kısım, “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı beşinci bölümünde yer alan “*Silahlı Örgüt*” (TCK. md. 314/1) ve “*Suç İçin Anlaşma*” (TCK. md. 316) suçları örnek gösterilebilir⁶⁰⁶. Bu maddelerde yer alan silahlı örgüt ve suç için anlaşma şeklindeki suç biçimlerinin TCK.’nın 220. maddesinde yer alan “*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*” suçunun özel halini teşkil ettiği belirtilmektedir⁶⁰⁷. Bu kapsamda, “*devlete karşı suçları işlemek için örgüt kuranlar, bunu idare edenler, örgüte üye olanlar veya elverişli vasıtalarla anlaşılanlar*” cezalandırılmaktadır⁶⁰⁸. TCK.’nın 314. maddesinde, devletin güvenliğine karşı suçlar ve anayasal düzene ve

⁶⁰⁵ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 181 vd.

⁶⁰⁶ Bu suçlarda öngörülen hazırlık hareketleridir, ancak kanun koyucu toplumun korunması için bunların cezalandırılmasını öngörmüştür. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 460.

⁶⁰⁷ Yarsuvat/Bayraktar, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”, s. 37.

⁶⁰⁸ Yarsuvat/Bayraktar, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”, s. 37.

bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kuran ve yöneten kişi veya maddede belirtilen örgüte üye olan kişi cezalandırılmaktadır. TCK’nun 316. maddesinde ise, yine devletin güvenliğine karşı suçlar ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşması cezalandırılmaktadır. Bu suçlarla engellenmek istenen devletin anayasal düzeni, ülkenin birlik ve bütünlüğü, vatandaşın barış içinde yaşama hakkına zarar verilmesi olduğu için ceza hukuku koruması hazırlık hareketlerine kadar çekilmiştir. Kanun, anayasal düzeni yıkmak için komplo kurmayı suç olarak saymış, devlete karşı suç işlenmesini önlemek amacıyla bazı hazırlık hareketlerini cezalandırma yoluna gitmiştir⁶⁰⁹.

TCK 314. maddede yer alan “*Silahlı Örgüt*” suçunda hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı, bu kapsamda amaç suçların ve devletin güvenliği ve kamu düzenine yönelik tehlikelerin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir⁶¹⁰. “*Suç İçin Anlaşma*” suçunu düzenleyen, TCK.’nın 316. maddesi de maddede belirtilen suçlar için (TCK md. 302 ilâ 315) sadece anlaşmaya varılmasını suç olarak cezalandırmıştır. Suç işlemek amacıyla yapılan anlaşmalar kural olarak ilgili suçların hazırlık hareketleridir ve cezalandırılmazlar. Fakat kanun koyucu devletin güvenliği ve anayasal düzenine karşı tehlike oluşturacağı kabulüyle sadece bir anlaşma yapılmasını suç saymış ve hazırlık hareketlerini müstakil olarak cezalandırmıştır⁶¹¹. 316. Maddenin gerekçesinde de; “*bu madde kapsamına giren suçların icrasına başlanmamış olsa bile, bu suçları işlemeye yönelik bir hazırlık hareketi mahiyetindeki anlaşma dolayısıyla cezaya hükmedilebileceği*” ifade olunmuştur⁶¹².

Esasen suç işlemek için anlaşma fiili, sadece suç işleme kararının dışı vurulması anlamına geleceği⁶¹³ ve sırf bu yönde yapılacak bir cezalandırmanın da sübjektif bir ceza hukuku anlayışının uygulanmasına yol açacağı için, kanun koyucu “*suç için anlaşma*” suçunun düzenlendiği TCK md. 316 metnine ek birtakım unsurlar daha eklemiştir. Bu doğrultuda, suça konu olacak anlaşma maddi olgularla desteklenmeli

⁶⁰⁹ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, 2023, s. 871 vd.

⁶¹⁰ Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi 6. Cilt Md. 255-345**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 9841.

⁶¹¹ Gökcan, Artuç, s. 9977.

⁶¹² Gökcan, Artuç, s. 9976.

⁶¹³ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım** s. 304.

ve madde metninde belirtilen suçlar elverişli vasıtalarla işlenmelidir. Bununla birlikte, *“Cezalandırmak için sadece manevi unsuru ve tehlikeliliği yeterli görmeyen, ayrıca suçu öngören norm tarafından korunan varlık veya menfaatin en azından tehlikeye sokulmasını da gerekli kılan karma ceza hukuku anlayışını benimseyen bir sistemde, hedef alınan varlık veya menfaatler yönünden herhangi bir tehlikeye neden olamayacak nitelikteki anlaşmaları cezalandırmak kabul edilemez. Bu itibarla, anlaşmaya katılanlarla ilgili yeterli sayının her somut olayın özellikleri, bu arada silahlı örgüt suçu ile ilgili olarak işaret edilen ölçütler nazara alınarak yargıç tarafından belirlenmesi daha doğru olacaktır”*⁶¹⁴.

5237 sayılı TCK.’nun 314 ve 316. maddelerinde yer alan suçlar kısmen de olsa 765 sayılı TCK.’nun 168 ilâ 172. maddelerinde yer alan *“çete kurma, devlet emniyetine karşı gizli anlaşma yapma”* gibi suçları karşılamaktadır⁶¹⁵. Öğretide 765 sayılı TCK.’daki bu suçları değerlendiren Özek, *“silahlı çete teşkil etmek, ittifak kurmak, suça teşvik etmek gibi fiiller bizatihi, mahiyetleri itibariyle, kanunun tayin ettiği devletin iç veya dış şahsiyetine karşı suçlara hazırlık hareketlerini teşkil etmektedir”* şeklinde görüş belirtmektedir⁶¹⁶. Yine bu kapsamda, *“silahlı çete teşkili ve belirli vasıtalarla belirli suçları işlemek için ittifak suçlarının, kanunun tayin ettiği suçlara ait hazırlık hareketleri olduğu hususunda şüphe edilemez. Bu fiillerin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaması, bunların hazırlık hareketi olmadığını göstermez. Kanun bu hazırlık hareketlerini sui generis birer suç olarak kabul etmiş ve müstakil cezayla cezalandırmıştır. Çeteyi veya ittifakı meydana getiren kimseler, kanunun tayin ettiği suçları işlemek maksadı ile hareket etmekte ve bu gayelerine varabilmek için seçtikleri yol, çete veya ittifak kurmakla başlamaktadır”*⁶¹⁷. Özek’in de ifade ettiği gibi anlaşma veya örgüt kurma ilerde işlenecek amaç suçlar için araç niteliğinde olmakta ve kanun koyucu da bu fiilleri bağımsız bir biçimde ilerde gerçekleşecek suçların hazırlık hareketleri olarak cezalandırmaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu’nda da siyasi-anayasal düzeni korumak maksadıyla, siyasi komplo için anlaşma (*“cospirazione politica mediante accordo”*, İt. CK. md. 304), siyasi komplo için örgüt kurma (*“cospirazione politica mediante associazione”*, İt.

⁶¹⁴ Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, s. 371 vd.

⁶¹⁵ Yarsuvat/Bayraktar, *“Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”*, s. 36.

⁶¹⁶ Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, s. 346.

⁶¹⁷ Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, s. 347.

CK. md. 305) ve silahlı çete (“*banda armata*”, İt. CK. md. 306) suçları yer almaktadır⁶¹⁸.

3. Parada Sahteciliğin Hazırlık Hareketleri

Ekonomik sistemin istikrarı için temel ve birincil derecede önemli bir hukuksal değer olduğu iddia olunan “*ödeme araçlarının taklit veya sahte olmamasına (özgünlüğüne) ve doğruluğuna (gerçekliğine) yönelik kamu güveninin korunması*” (“*la fede pubblica nella genuinità e veridicità dei mezzi di pagamento*”) için de⁶¹⁹ hem Türk Ceza Kanunu’nda hem de İtalyan Ceza Kanunu’nda hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız suç tipleri düzenlenmiştir. Bu suçlarla korunanın sadece kamu güveni olmadığı, kamu güveni kavramının içeriğinin çok genel ve belirsiz olduğu, kamu güveninin daha çok ekonomik ve/veya hukuki ilişkilerin inanılabilirliği ve gerçekliği ile eş anlamlı olduğu belirtilmektedir⁶²⁰. Bu itibarla kanunun sahtecilik fiillerini yasaklayarak paraların ve belgelerin sahilliğine ve beyanın doğruluğuna olan inancı koruduğu vurgulanmaktadır⁶²¹. Bu kapsamda, İtalyan Ceza Kanunu’nun 460 ve 461. maddelerinde yer alan hükümlerin sahteciliğin hazırlık hareketleri olduğu belirtilmektedir⁶²². Bu suçlar İt. CK.’nın ikinci kitabının, “*kamu güvenine karşı suçlar*” başlığının, “*parada, itibarı amme kağıtlarında ve kıymetli damgada sahtecilik*” bölümünde yer almaktadır. İt. CK. md. 460 hükmü⁶²³; “*itibarı amme kağıtlarının veya kıymetli damgaların imalinde kullanılan filigranlı kağıtları taklit eden veya bu filigranlı kağıdı satın alan, muhafaza eden veya satan kişilerin*” cezalandırılacağını düzenlemektedir. İt. CK. ‘nın 461. maddesinde de “*paraların, kıymetli damgaların veya filigranlı kağıdın taklit edilmesine veya değiştirilmesine yönelik filigranları, bilgi işlem programlarını ve verilerini veya vasıtaları imal etmek,*

⁶¹⁸ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 11.

⁶¹⁹ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 11.

⁶²⁰ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2012, s. 132-133.

⁶²¹ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 133.

⁶²² Antonio Trabacchi, **I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale**, Volume Nono, Padova, CEDAM, 2011, s. 207 vd., Francesco Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale I**, Milano, Giuffrè Ed., 2008, s. 93-94.

⁶²³ “*Chiunque contraffà la carta filigranata che si adopera per la fabbricazione delle carte di pubblico credito o dei valori di bollo, ovvero acquista, detiene o aliena tale carta contraffatta, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 309 a euro 1.032*”.

satın almak, muhafaza etmek veya satmak”⁶²⁴ cezalandırılmaktadır. İt. CK.’nın 460 ve 461. maddeleri aracılığıyla kamu güveninin korunması amacıyla “*ceza hukuku korumasının radikal bir biçimde öne alındığı*” ifade edilmektedir⁶²⁵. Bu suçlarla kanun koyucu *iter criminis*’in başlangıcındaki en uzak noktalara giderek sahteciliğin tüm üretim sürecini cezalandırmak istemiştir. Burada gerçekleşen daha sahtecilik eylemleri değil, sahteciliğin hazırlıklarıdır ve bu hazırlıklar kanunda bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişlerdir⁶²⁶. Bu suçlar sahteciliğe araç olacak fiilleri kapsamaktadır. Para veya kıymetli damgaları taklit etmek isteyen kişiler öncelikle, filigranlı kâğıdı imal etmeli veya satın almalı ya da muhafaza etmeli, daha sonra filigranı, bilgi işlem programını ve verilerini, gerekli araçları ve malzemeyi kullanmak suretiyle sahteciliği gerçekleştirmelidirler⁶²⁷. İt.CK.’nın 460. maddesinde yer alan, filigranlı kağıtların taklit edilmesi fiilinin parada sahtecilik açısından bir tehlike oluşturduğu, bu sebeple kamu güveni açısından dolaylı bir tehlikenin ya da tehlikenin tehlikesinin cezalandırıldığı ifade edilmektedir⁶²⁸. Kanunun 461. maddesi açısından ise, kamu güveni açısından yaratılan dolaylı tehlike çok daha belirgindir. Bu suç açısından, filigranın imali filigranlı kâğıdın taklit edilmesi için bir tehlike oluşturmakta, bu durum da parada sahtecilik için bir tehlike yaratmakta, bu son hal de taklit edilmiş banknotların dolaşıma sokulması yönünde bir tehlike ortaya koymaktadır. Sonuç olarak ortaya “*tehlikenin tehlikesinin tehlikesi*” (“*reato di pericolo di pericolo di pericolo*”) şeklinde tanımlanabilecek bir suç meydana gelmektedir⁶²⁹.

İtalyan Ceza Kanunu’nun 460 ve 461. maddelerinde yer alan düzenlemelerin benzerleri 765 sayılı TCK.’nın 323 ve 324. maddelerinde de yer almaktaydı. 765 sayılı TCK.’nın 323. maddesine göre; “*İtibarı amme kağıtlarının veya kıymetli damgaların imalinde kullanılan filigranlı kağıtları taklit eden veya taklit edilmiş olan filigranlı kâğıdı satın alan veya ahara satan ve yanında saklayan kimse, fiili daha ağır bir cezayı istilzam etmediği takdirde, iki seneden beş seneye kadar hapis ve iki yüz liradan bin*

⁶²⁴ “*Chiunque fabbrica, acquista, detiene o aliena filigrane, programmi e dati informatici o strumenti destinati alla contraffazione o alterazione di monete, di valori di bollo o di carta filigranata è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 516*”.

⁶²⁵ Trabacchi, *I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale*, s. 212.

⁶²⁶ Trabacchi, *I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale*, s. 212.

⁶²⁷ Trabacchi, *I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale*, s. 212.

⁶²⁸ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale 1*, s. 595.

⁶²⁹ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale 1*, s. 595.

liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır". Yine eski TCK.'nın 324. maddesinde de *"Filigranlı veya münhasıran paraların, kıymetli damgaların filigranlı kağıtların taklit veya tağyirine mahsus alet ve vesaiti imal eden veya satın alan veya muhafaza eden veya ahara satan veya veren kimse, fiili daha ağır bir cezayı istilzam etmediği takdirde, bir seneden beş seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır"* yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Öğretide Erman/Özek, bu suçlarda yer alan fiillerin hazırlık hareketlerinden başka bir şey olmadığını ve kanun koyucunun bu fiilleri bağımsız birer suç olarak düzenlediğini ifade etmişlerdir⁶³⁰. Yazarlar, 324. maddeye yönelik olarak, failin maddede geçen araçları imal veya tedarik etmek ya da başkalarına sağlamakla sözü edilen taklit veya tağyir suçlarını işlemek için vasıta hazırlamaktan başka bir şey yapmadığını belirtmiş ve vasıta hazırlanmasının ne objektif ne de sübjektif açıdan bir icra hareketi sayılamayacağını vurgulamışlardır⁶³¹.

5237 sayılı TCK.'nın 200. maddesinde de parada ve kıymetli damgada sahtecilik suçlarına hazırlık hareketi niteliğinde olan fiiller düzenlenmektedir. *"Para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar"* başlığını taşıyan TCK. 200. maddeye göre; *"Paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır"*. Maddenin gerekçesinde de *"esasta sahtecilik suçlarının hazırlık hareketlerini oluşturan bu gibi fiillerin başlı başına cezalandırılmasının, bunlara bir an önce müdahale edilmesindeki zorunluluktan kaynaklandığı"* açıklanmaktadır⁶³².

4. Çocuğu İstismara Hazırlama Suçu ("*Child-Grooming*", "*Adescamento di Minorenni*")

Birincil ve çok önemli nitelikte olan çocuğun cinsel dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı hukuksal değerlerinin korunması için İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı bir suç tipi olan çocuğu istismara hazırlama veya çocuğun sanal cinsel istismarı olarak

⁶³⁰ Sahir Erman, Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368)**, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1996, s. 155-156, 161 vd.

⁶³¹ Erman/Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), s. 161.

⁶³² Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, s. 946.

adlandırılabilir suç tipini de açıklamakta yarar görüyoruz. Uluslararası hukukta da yer alan ve hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı çocuğu istismara hazırlama veya çocuğu sanal olarak ayartma suçu (“*child-grooming*”, “*cyber-grooming*”, “*adescamento di minori*”⁶³³) İtalyan Ceza Kanunu’nun 609-undecies maddesinde “*adescamento di minorenni*” (ocuğun cinsel istismara hazırlanması) başlığıyla dzenlenmektedir⁶³⁴.

İt. CK.’nın 609-undecies maddesi, kanunda sınırlı şekilde sayılan (cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, çocuğun fuhşu, ocuk pornografisi ve sanal olsa da *pedopornografik* malzemenin bulundurulması, köleleştirme gibi) suçları işlemek amacıyla, on altı yaşından küçük bir çocuğu istismara hazırlamayı, fiil daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır. Kanunun aynı maddesinde, istismara hazırlama (*adescamento*) fiilinin; hile, aldatma veya tehdit ile çocuğun güvenini kazanmaya yönelik her türlü davranışı içerdiği belirtilmektedir. Bununla beraber, bu davranışların internet ağını veya başka iletişim ağlarını kullanmak vasıtasıyla da işlenebileceği hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme İtalyan ceza hukukuna *ocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’nin (“*Lanzarote Sözleşmesi*”) yürürlüğe girmesi sonrası, sözleşmenin 23. maddesinin⁶³⁵ taraf devletlere gerekli yasal ve diğer tedbirleri alma zorunluluğu yüklemesi üzerine girmiřtir⁶³⁶.

⁶³³ Ivan Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, Torino, G. Giappichelli Ed., 2018.

⁶³⁴ **Art. 609-undecies. Adescamento di minorenni:** “*Chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, adescando un minore di anni sedici,  punito, se il fatto non costituisce pi grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l’utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione*”.

⁶³⁵ “**Madde 23 – ocuklara cinsel amaçlarla belirli faaliyetlere katılmalarının teklif edilmesi**
Tarafların her biri, bir yetişkinin bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak Madde 18.2’nin uygulanması kapsamındaki yaşa ulaşmamış bir çocukla, bu çocuğa karşı Madde 18.1.a veya Madde 20.1.a’da belirtilen suçları işleme amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını ve bu teklifi müteakiben bu buluşmaya yönelik somut eylemlere geçmesinin suç teşkil etmesini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır”. Sözleşme metni için bkz. <https://rm.coe.int/168046e1de> erişim tarihi: 13.08.2023

⁶³⁶ Giovanni Solinas, “L’adescamento Di Minorenni Problemi Attuali Di Interpretazione Ed Applicazione Dell’Art. 609 Undecies C.P., Anche Alla Luce Degli Ultimi Orientamenti Giurisprudenziali In Materia”, **disCRIMEN articoli**, 7.10.2022, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Solinas-Ladescamento-di-minorenni-2.pdf>, erişim tarihi: 13.08.2021

Çocuğu cinsel istismara hazırlama ya da *child-grooming*⁶³⁷ kavramı öncelikle, kural olarak yetişkin bir bireyin bir küçüğü psikolojik olarak ayartması ve manipüle etmesini ve hileli ya da tehdit edici davranışlarla çocuğun görünüşte bir “onayını” almasını ifade eder. Daha sonra, görünüşte ve sahte onayı alınan bu mağdur çocuk, fail tarafından cinsel istismar veya suistimal içerisinde bulunmaya zorlanacak ya da buna itilecektir⁶³⁸.

Bu suç tipi; cinsel saldırı, çocuğa yönelik cinsel davranışlar, çocukların cinsel istismarı, insan ticareti, çocuk fuhşu, çocuk pornografisi, köleleştirme gibi daha ağır cinsel suçların ve cinsel sömürünün önlenmesini amaçlamaktadır⁶³⁹. Ceza hukuku korumasını öne çeken bu suç tipi aracılığıyla, çocuğun fiziksel ve cinsel bütünlüğünün korunduğu, ancak bunlardan önce, çocuğun ruhsal bütünlüğünün ve yaşı dolayısıyla kırılgan ve savunmasız olan ve tehditlere açık olan özgürce karar verme hakkının korunduğu vurgulanmaktadır⁶⁴⁰. Bu itibarla gelecekte gerçekleşme tehlikesi bulunan bir takım amaç suçların önlenmesi bakımından ve çocuğun ruhsal bütünlüğünün korunması maksadıyla çocuğun güvenini kazanmak yönündeki davranışların hazırlık aşamasında münferiden cezalandırıldığı görülmektedir.

İtalyan öğretisinde bu suç tipini somut tehlike suçu olarak değerlendirenler olduğu gibi, dolaylı tehlike suçu olduğunu belirtenler de mevcuttur⁶⁴¹. Bu suçun dolaylı tehlike suçu olduğunu belirten görüş; maddede belirtilen cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı gibi amaç suçların yöneldiği fiziksel ve cinsel bütünlük gibi amaç hukuksal değerlerden önce, çocuğun ruhsal bütünlüğünün (araç hukuksal değer) korunduğunu belirtmektedir. Çocuğun ruhsal bütünlüğü, dışarıdan gelen gayri meşru şartlandırmalar olmadan kendi kendine karar verme özgürlüğünü (*libertà di autodeterminazione*) ifade etmektedir⁶⁴². Bununla beraber, amaç (*final*) hukuksal

⁶³⁷ İngilizce *grooming* sözcüğü, birisini özel bir amaç için hazırlama anlamına gelen *to groom* fiilinden türetilmiştir. Bu kavram psikoloji bilimleri alanında ilk defa Amerikalı bilim insanı *Anna Salter* tarafından küçük yaştaki mağdurları cinsel istismara ve suistimale itmek için kullanılan manipülasyon yöntemlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Bkz. Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 1

⁶³⁸ Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 2.

⁶³⁹ Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. XV.

⁶⁴⁰ Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. XV.

⁶⁴¹ Solinas, s. 4-5.

⁶⁴² Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 126-127.

değerlerin tehlikeye sokulması gibi bir unsur madde metninde yer almamaktadır. Dolayısıyla önüne gelen olayda hâkimin, istismara hazırlama fiilinin mağdurun cinsel bütünlüğü ve özgürlüğü için somut bir tehlike ortaya koyup koymadığını doğrulamasına gerek yoktur⁶⁴³. Bu itibarla çocuğu cinsel istismara hazırlama suçu, amaç suçlarla (cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, çocuk fuhuşu vd.) korunan final hukuksal değerleri (cinsel bütünlük ve özgürlük) sadece dolaylı olarak tehlikeye sokan ve bağımsız olarak hazırlık hareketlerini cezalandıran bir suç tipidir⁶⁴⁴. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suç tipleri zaten genel olarak “*final*” hukuksal değeri dolaylı olarak tehlikeye sokmakta, “*final*” hukuksal değerlerin gerçek bir zarara uğratılması için, failin veya üçüncü bir kişinin gerçekleştireceği bağımsız başka bir davranışa ihtiyaç duyulmaktadır. Hazırlık hareketlerini cezalandıran suçların özünde dolaylı tehlikenin bulunduğunu da vurgulamak gerekir. Çünkü, aynı fail ya da üçüncü bir kişi daha ağır bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için bu hazırlık hareketlerinden faydalanacaktır⁶⁴⁵. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlar, gelecekte işlenecek daha ağır suç veya suçlar için uygun alanı ya da şartları hazırlama işlevi görürler⁶⁴⁶.

Child-grooming olgusunun genellikle ve öncelikle internet üzerinden işlendiği yönünde toplumda bir kanı bulunmakta ve ulusal kanunlaştırmalarda da çocuğun istismara hazırlanması suçu çoğunlukla internet üzerinden çevrimiçi olarak yapılan davranışları cezalandıracak şekilde düzenlenmektedir. Bu itibarla, çok geniş bir nitelikte olan *child-grooming* olgusunda sanal ortamın dışında fiziksel dünyada gerçekleştirilen davranışların göz ardı edildiği söylenebilir⁶⁴⁷. İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan düzenleme ise, suç oluşturacak davranışların internet ağını veya başka iletişim ağlarını kullanmak “*vasıtasıyla da*” işlenebileceği öngörmek suretiyle suçun bilgi işlem ve iletişim vasıtaları kullanılmadan da çocuk mağdurun huzurunda okul, park gibi kamusal alanlarda da gerçekleştirilebileceğini ortaya koymaktadır⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Salvadori, L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia, s. 129.

⁶⁴⁴ Salvadori, L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia, s. 130 vd.

⁶⁴⁵ Salvadori, L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia, s. 131.

⁶⁴⁶ Salvadori, L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia, s. 131.

⁶⁴⁷ Salvadori, L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia, s. XVI.

⁶⁴⁸ Solinas, s. 5-6.

İt. CK.’nın 609-*undecies* maddesi; cinsel istismara hazırlama suçunun söz konusu olabilmesi için failin kanunda sınırlı sayıda sayılmış cinsel içerikli suçları işleme maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu itibarla, fail tarafından gerçekleştirilen davranış her ne kadar hileli, aldatıcı veya tehdit içerikli olsa da veya mağdurun güvenini elde etmeye elverişli bulursa da kanunda sayılan suçları gerçekleştirme amacı içermedikten sonra suç oluşmayacaktır⁶⁴⁹. Faildeki bu özel kastın tespiti çok kolay olmamakla beraber, failin mağdur çocuğa yönelttiği konuşmaların, cümlelerin içeriğine dikkat etmek gerekecektir. Bu çerçevede, çocuğa yöneltilen cümlelerin açık veya imalı bir biçimde cinsel alana gönderme yapıp yapmadığına azami dikkat gösterilmeli, failin iletişim kurduğu mağdur çocuğun fizik özelliklerine bir ilgi gösterip göstermediği değerlendirilmeli ve tek bir sefer bile olsa çocukla bir buluşma isteğinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır⁶⁵⁰.

Türk hukuku bakımından öncelikle yukarıda açıkladığımız suç tipinin ceza kanununda münhasıran düzenlenmediğini belirtmek gerekir. Türkiye, *Lanzarote Sözleşmesi*’ni 6084 sayılı Kanunla 25.11.2010 tarihinde kabul etmiş ve Sözleşme 10 Eylül 2011 tarihinde 28050 sayılı Resmî Gazetede⁶⁵¹ yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda Anayasa’nın 90. Maddesi uyarınca Türkiye’nin *Lanzarote Sözleşmesi*’ne uygun yasal düzenleme yapma zorunluluğu doğmuştur⁶⁵². Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ve *Lanzarote Sözleşmesi*’ne aykırı unsurlar içeren suç tiplerine ilişkin yeni düzenlemeler yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵³. Bu itibarla, “çocuğun cinsel istismarı (TCK. md. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK. md. 104), cinsel taciz (TCK. md. 105), müstehcenlik (TCK. md. 226) suçlarının düzenlendiği hükümlerde değişiklik yapılması, suç tanımlarının ve yaptırımların değiştirilmesinin kaçınılmaz olduğu” belirtilmiştir⁶⁵⁴. 2014 yılında Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6545 sayılı Kanun⁶⁵⁵ ile “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı” suçları düzenleyen TCK. hükümlerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. 6545 sayılı Kanun ile cinsel tacizin “posta veya elektronik haberleşme

⁶⁴⁹ Solinas, s.7.

⁶⁵⁰ Solinas, s. 7.

⁶⁵¹ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4.htm>, erişim tarihi: 01.02.2024

⁶⁵² Ayşe Nuhoglu, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2010/1, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan Cilt 1, İstanbul, Beta, 2011, s. 287-300, s. 288.

⁶⁵³ Nuhoglu, s. 288.

⁶⁵⁴ Nuhoglu, s. 297.

⁶⁵⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140628-9.htm>, erişim tarihi: 01.02.2024

araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” işlenmesi TCK.’nın 105. maddesinin 2-d fıkrasında daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir⁶⁵⁶. Öğretide çocuğun sanal istismarının TCK. md. 105/2-d kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiş, her ne kadar bedensel temas bulunmasa da TCK. md. 103 (cinsel istismar) kapsamında ele alınabileceği ileri sürülmüştür⁶⁵⁷.

*Nuhoğlu’nun belirttiği üzere, “Lanzarote Sözleşmesi’nin çocukların cinsel amaçlar için teşviki başlıklı 23. maddesinde, bir çocuğa, bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bir yetişkinin, 18. maddenin 1a fıkrası (çocukla cinsel faaliyette bulunmak) veya 20. maddenin 1a fıkrası (çocuk pornografisi üretimi) uyarınca belirlenen suçların herhangi birini işlemek amacıyla kasden buluşma teklifinde bulunmasını, bu teklifi takiben söz konusu buluşmayla sonuçlanacak icra hareketlerinin gerçekleşmesi halinde, suç olarak düzenlemek için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Hukukumuzda böyle bir düzenleme bulunmamakta, çocukla belirtilen amaçlar için sadece buluşmak suça ilişkin hazırlık hareketi olarak kabul edileceğinden cezasız kalmaktadır”*⁶⁵⁸. Bu itibarla, ileride gerçekleşecek çok daha ağır neticelerin önlenmesi amacıyla, iletişim araçları vasıtasıyla veya fiziki ortamda çocuğa karşı gerçekleşen bazı hazırlık hareketi niteliğindeki davranışların İtalyan Ceza Kanunu’nda olduğu gibi ayrıntılı bir şekilde ve belirlilik ilkesi kapsamında kanunumuzda yasalaştırılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu tür hareketleri kanundaki başka suç tipleri içerisinde değerlendirmek yerine ayrıca düzenlemek suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından da uygun olacaktır.

5. Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK md. 245/A)

TCK.’nın 245/A maddesi, ulusal mevzuatımızın *Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi*’ne (“*Convention sur la cybercriminalité*”⁶⁵⁹) uygun hale getirilmesi kapsamında yasalaştırılmıştır. Sözleşme, 23.11.2001 tarihinde imzaya açılmış olup, “*Sanal Ortamda İşlenen Suçlar*” adıyla 6533 sayılı kanunla onaylanmış ve 02.05.2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir⁶⁶⁰. Sözleşmenin giriş

⁶⁵⁶ Can, s. 130.

⁶⁵⁷ Can, s. 130.

⁶⁵⁸ Nuhoğlu, s. 300.

⁶⁵⁹ <https://rm.coe.int/168008156d>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁶⁶⁰ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140502-12.htm>, erişim tarihi: 10.07.2023.

kısımında da belirtildiği üzere; sanal ortamda işlenen suçlara karşı etkili bir mücadelenin gerçekleştirilmesi ve bilişim sistemlerinin ve verilerin bütünlüğünün, gizliliğinin ve erişilebilirliğinin korunması için uluslararası bir iş birliği amaçlanmaktadır. Gerçekten de bilişim alanındaki güvenliğe zarar verebilecek fiillere ve sınır aşan siber suçluluğa karşı uluslararası düzeyde bir mücadeleye ihtiyaç vardır⁶⁶¹. Bu çerçevede devletlerin aldığı önlemlerin ve ulusal düzeydeki kanunlaştırmaların “*bilişim suçlarının doğası gereği*” tam anlamıyla etkili olamadığı belirtilmektedir⁶⁶². Uluslararası alandaki bu mücadele ve iş birliği, bilişim alanındaki tehditlerin önlenmesi için cezalandırmanın hazırlık hareketlerine kadar çekilmesini ve böylelikle bazı zarar ve tehditlerin daha oluşmadan önlenmesini öngörmektedir⁶⁶³.

Bu kapsamda, *Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi*’nin “*ulusal düzeyde alınacak tedbirler*” başlığını taşıyan ikinci bölümünü 6. maddesinde “*cihazların kötüye kullanımı*” düzenlenmiştir⁶⁶⁴. Bu maddeye göre bilişim suçlarına

⁶⁶¹ Osman Gazi Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu” (TCK M. 245/A), *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2022, Cilt 26, Sayı 2, s. 589-646, s. 595.

⁶⁶² Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 596.

⁶⁶³ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 595-596, Eylem Aksoy Retornaz, “Yasak Cihaz veya Programlar”, *Özel Ceza Hukuku Cilt VIII Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar-Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 311-324, (Yazarlar: Köksal Bayraktar/Vesile Sonay Evik/Zeynel T. Kangal/Ali Kemal Yıldız/Eylem Aksoy Retornaz/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Asuman Aytekin İncoğlu/Fulya Eroğlu), s. 311-312.

⁶⁶⁴ “Madde 6- Cihazların Kötüye Kullanımı

1. Taraflardan her biri, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, aşağıdakilerin kendi iç hukuku kapsamında cezai suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. aşağıda belirtilenlerin 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılmaları amacıyla üretimi, satışı, kullanım amaçlı tedarik edilmesi, ithal edilmesi, dağıtımı veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesi:

i. bir bilgisayar programı da dahil olmak üzere, öncelikli olarak yukarıda belirtilen 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suç işlemek amacıyla tasarlanmış veya uyarlanmış bir cihaz;
ii. bir bilgisayar sisteminin tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan bir bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzer bir veri.

b. yukarıda paragrafa.i veya ii’ de atıfta bulunulmuş bir öğeye, 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılması amacıyla bulundurma. Taraflardan biri, yasa gereği cezai sorumluluğun doğması için bahsi geçen öğelerden belli bir sayıda bulundurulmasını şart koşabilir.

2. İşbu madde, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan üretme, satma, kullanım amaçlı tedarik, ithalat, dağıtım veya başka şekilde erişilebilir hale getirme veya bulundurmanın, 2 ila 5. maddeler uyarınca suç işlemek maksadıyla gerçekleştirilmemesi durumunda, örneğin bir bilgisayar sisteminin yetkililerce test edilmesi veya korunmasının amaçlandığı hallerde, cezai yükümlülük doğuracağı şeklinde yorumlanmayacaktır.

3. Taraflardan her biri, çekincenin işbu maddenin 1..a.ii paragrafında sözü edilen öğelerin satışı, dağıtım veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesiyle alakalı olmaması kaydıyla, işbu maddenin 1. paragrafını uygulamama hakkını saklı tutabilir”. Bkz. <https://cdn.bau.edu.tr/content/ncubp4fwxq0go-B6-SANAL%20ORTAMDA%20İŞLENEN%20SUÇLAR%20SÖZ.-77-98.pdf>, erişim tarihi: 17.08.2023.

ilişkin hazırlık hareketlerinin cezalandırılması öngörülmüştür. Bu çerçevede, taraf devletler; *yasadışı erişim* (madde 2), *yasadışı araya girme* (madde 3), *verilere müdahale* (madde 4), *sisteme müdahale* (madde 5) suçlarını işlemek amacıyla bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin, erişim kodunun veya bir bilişim sistemine erişimi sağlayan verilerin üretimini, kullanmak amacıyla elde edilmesini, bulundurulmasını, ithalini, dağıtımını veya başka bir biçimde erişilebilir hale getirilmesini önleyecek yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler⁶⁶⁵.

Sözleşme’nin bu maddesine uyum çerçevesinde, 24.03.2006 kabul ve 07.04.2006 yürürlük tarihli 6698 sayılı “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*” ile “*Yasak Cihazlar ve Programlar*” suçu düzenlenmiştir⁶⁶⁶. TCK.’nın ikinci kitabının, üçüncü kısmının (*Topluma Karşı Suçlar*) “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlıklı onuncu bölümünde yer alan 245/A maddesine göre; “*Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*”⁶⁶⁷. Madde metninde açıkça belirtildiği üzere, TCK. 245/A maddesi, “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığı altındaki bilişim sistemine girme (TCK md. 243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK md. 244), banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma (TCK md. 245) suçlarının hazırlık hareketlerini cezalandırmaktadır⁶⁶⁸. TCK md. 245/A ile ileride işlenecek suçların hazırlığı niteliğindeki imal, ithal, sevk etme, depolama, satma, satın alma, bulundurma gibi hareketler suç olarak düzenlenmiştir. Madde metninde ayrıca, “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için*” ifadesi ile diğer bir takım amaç suçların da hazırlık aşamasında engellenmesi amaçlanmıştır. Bu amaç suçların; “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle nitelikli hırsızlık (TCK md.142/2-e) veya yine bilişim sistemlerinin*

⁶⁶⁵ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 598.

⁶⁶⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
erişim tarihi: 01.02.2024

⁶⁶⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
erişim tarihi: 01.02.2024

⁶⁶⁸ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 602, Dölger, s. 496 vd.

kullanılması suretiyle kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK md. 228/3), bilişim sistemlerinin banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık (TCK md. 158/1-f) suçları” olabileceği ifade edilmektedir⁶⁶⁹. TCK. md. 245/A maddesinde cezalandırılan hazırlık hareketleri vasıtasıyla engellenmek istenen “diğer suçların” açıkça belirtilmemiş olması, görüşümüzce suçta kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Bu diğer suçların neler olduğunun sınırlı sayıda, açık ve net bir şekilde madde metninde belirtilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Yasak cihaz ve programlar suçu ile birden fazla hukuksal değerin korunduğu ifade edilmektedir. Bu suç ve TCK md. 243 ve devamındaki bilişim alanındaki suçlar bakımından korunan hukuksal değerin paralellik gösterdiği ve “*bilişim teknolojisi sistemlerinin güvenliği ve güvenilirliği*”, bu itibarla da “*kişinin kendini özgürce geliştirebilme hakkının*” korunduğu belirtilmektedir⁶⁷⁰. TCK md. 245/A’da yer alan suçun işlenmesiyle, bireylerin bilişim sistemlerinin doğru ve hatasız bir biçimde işleyeceğine ilişkin güvenlerinin sarsıldığı belirtilmektedir⁶⁷¹. Bununla beraber, TCK md. 245/A ve diğer bilişim alanındaki suçlar aracılığıyla “*bilişim teknolojisi kullanıcılarının uğrayacakları zararlar bakımından malvarlığı değerlerinin*” de korunduğu aktarılmaktadır⁶⁷². Ayrıca, bireylerin bilişim sistemlerine duydukları güven dolayısıyla özel hayatlarını bilişim alanına açtıkları ve bu itibarla da bu suçla korunan hukuksal değerlerden birinin de özel hayatın gizliliği olduğu vurgulanmıştır⁶⁷³.

Kanun koyucunun, somut ve önemli hukuksal değerleri ihlal edecek daha ağır fiillerin icrasını engellemek için hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandırabileceğini daha önce belirtmiştik. Bu çerçevede, cezalandırılan hazırlık hareketleri korunan hukuksal değerin ihlaline kronolojik olarak ne kadar uzak bir alana konumlandırılırsa korunan hukuksal değerin önemi de o derecede yüksek olmalıdır⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 603.

⁶⁷⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2022, s.1049

⁶⁷¹ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 606.

⁶⁷² Özer/Doğan/Bacaksız, s.1049, Aksoy Retornaz, s. 312-313.

⁶⁷³ Ünal, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 606 vd.

⁶⁷⁴ Salvadori, **L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia**, s.167.

Başka bir ifadeyle yetersiz önem derecesinde bir hukuksal değeri korumak için ceza hukuku korumasının öne çekilmesi doğru ve hukuka uygun olmayacaktır. Bu itibarla bilişim sistemlerinin güvenliği veya bütünlüğü ve kullanılabilir olması ya da mülkiyet hakkı gibi birincil derecede olmayan hukuksal değerlerin korunması için ceza hukuku korumasının hazırlık hareketlerine kadar çekilmesi kural olarak mümkün olmamalıdır. Ancak öğretide bir görüş, bu ilkenin bazı sapmalara da izin verdiğini ifade etmektedir⁶⁷⁵. Bu itibarla, kolektif boyutuyla tehlikeye sokulan ikincil nitelikteki bir hukuksal değer için de (“mülkiyet, bilişim sistemlerinin gizliliği, bilişim sistemlerinin ve verilerin bütünlüğü ve kullanılabilirliği” gibi) ceza hukuku korumasının hazırlık hareketlerine kadar çekilebileceği belirtilmektedir⁶⁷⁶. Bu çerçevede, belirsiz sayıdaki kişiye ait ve birincil derecede olmayan bir hukuksal değeri seri ve zincirleme bir biçimde zarara uğratabilecek hukuka aykırı davranışların önlenmesi için cezalandırmanın istisnai bir şekilde hazırlık hareketlerine kadar çekilebileceği açıklanmaktadır⁶⁷⁷. Bu duruma örnek olarak tehlikeli bir *ransomware*⁶⁷⁸ programının (fidye yazılımı) siber saldırı oluşturarak internet ağında yayılması gösterilmektedir. Böyle bir programın internet ağında yayılması, internete bağlı tüm kullanıcıların bilgisayarlarına çok kısa bir zamanda zarar verecek ve bilgisayarların normal bir şekilde işleyişini engelleyecektir⁶⁷⁹. Bu durum da bilişim sistemlerinin bütünlüğü ve kullanımına ilişkin hukuksal değerlere geri dönülemez şekilde zarar verebilecektir. İşte bu noktada, adı geçen hukuksal değerlerin kolektif bir biçimde zarara uğramasını engellemek için ceza hukukunun önleyici bir biçimde müdahale edebileceği savunulmaktadır⁶⁸⁰. Bu şekilde bir müdahalenin hukuka uygun olması için, hazırlık

⁶⁷⁵ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.167, 50 no.’lu dipnot.

⁶⁷⁶ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.167, 50 no.’lu dipnot.

⁶⁷⁷ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.167, 50 no.’lu dipnot.

⁶⁷⁸“Günümüzde en sık karşılaşılan bilişim saldırılarından biri, kullanıcıların bilgisayarlarına fidye yazılımı gönderilmesidir. Bu yöntemde kullanıcının e-postasına genellikle ya çok ilgi çekici bir içerik ya da gerçeğe çok yakın bir ödenmemiş fatura bildirimi içeren bir e-posta gönderilir. Kullanıcı e-postada yer alan linki tıkladığında zararlı yazılım, kişinin kullandığı bilgisayara ve eğer bu bilgisayar intranet gibi bir ağa bağlı olarak çalışıyorsa, bağlı olduğu tüm ağa bulaşarak, bilgisayarların hard disklerini şifreler. Bu e-postanın ardından gelen e-postada gösterilen bir hesaba kripto paralar aracılığıyla para yatırılması halinde şifrenin kaldırılacağı belirtilerek, verilerin geri elde edilmesi için fidye istenir”. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara, Seçkin, 2022, s. 124.

⁶⁷⁹ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.167, 50 no.’lu dipnot.

⁶⁸⁰ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s.167, 50 no.’lu dipnot

hareketlerinin cezalandırılmasında uyulması gereken diğer şartların da var olmasını gerektiğini eklemeliyiz.

Son olarak, Alman Ceza Kanunu’nun 202c maddesinde yer alan “*Verilerin ele geçirilmesi veya verilere erişim suçlarına hazırlık suçunu*”⁶⁸¹ da kısaca belirtmek de yarar görüyoruz. Söz konusu suç tipinin, “*verilere erişimi mümkün kılan şifrelerin ya da diğer güvenlik kodlarının veya bu gibi bir fiilin işlenmesi amacıyla üretilmiş bilgisayar programlarının üretimini, edinilmesini, satılmasını, başkasının kullanımına sunulmasını, yayılmasını veya başkasının bunlara erişimine imkân verilmesini cezalandırdığı*” belirtilmektedir⁶⁸². Hazırlık hareketlerini cezalandıran bu suç tiplerinin, cezalandırma alanını aşırı bir biçimde genişlettiği ve hukuksal değeri ihlal etmeyen “nötr” fiiller olduğu gerekçesiyle Alman öğretisinde eleştirildiği ifade edilmektedir⁶⁸³.

C. Örgütlü Suçlulukla Mücadele

Ceza hukuku belirli bir tarihsel dönemdeki devlet düzeninin işleyişine hâkim olan ve o düzen tarafından kabul edilen değerleri yansıtır. Bu itibarla ceza hukukunun koruduğu alan da devlet ve bireysel özgürlüklerin arasındaki ilişkinin nasıl şekilleneceğini ortaya koyar⁶⁸⁴. Suçun yapısı ve özellikleri, devlete hâkim olan anlayıştan büyük ölçüde etkilenmekte, daha doğrusu devlet ve rejimin türü ceza kanunlarını ve suç tiplerini koşullandırmakta, biçimlendirmektedir⁶⁸⁵. Bu kapsamda, devletin siyasal menfaatlerinin korunması bakımından, ceza hukuku sistemlerinin ceza hukuku korumasını öne çeken suç düzenlemelerine başvurdukları, tarihsel süreç içerisinde, bir suça ilişkin sadece plan yapma, suç propagandası, suç için anlaşma, suç amacıyla örgüt kurma gibi fiilleri cezalandırdıkları görülmektedir. Bu çerçevede, tarihte, özellikle faşist rejimlerde devletin yüksek menfaatlerinin korunması, bireysel özgürlüklerin ne derecede kurban edilmesine izin veriyse cezalandırılan alanın geriye

⁶⁸¹ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁶⁸² Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 463.

⁶⁸³ Erman, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, s. 464.

⁶⁸⁴ Marco Pelissero, “Il Diritto Penale Politico Tra Esigenze Di Normalizzazione Ed Istanze Deflative. Il Contributo Di Mario Romano Alla Riforma”, **Studi In Onore Di Mario Romano**, Napoli, Jovene Editore, 2011, s. 453-489, s. 454 vd.

⁶⁸⁵ Marinucci/Dolcini, **Corso di Diritto Penale** 1, s. 449 vd.

çekilmesi o derecede sakıncasız sayılmıştır⁶⁸⁶. Bu itibarla, hukuksal değeri somut olarak tehlikeye sokmaktan çok uzak olan davranışların da cezalandırılması söz konusu olmuştur. İtalya’da faşizm döneminde örgütlenme suçlarının rejim karşıtlarına karşı kullanıldığı ve karşıt düşüncelerin yayılmasını önleyici bir işlev gördüğü belirtilmektedir. Bununla birlikte faşizm öncesi, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu (*Zanardelli Kanunu*) döneminde de düşünce suçlarının bulunduğu ve bu suç tiplerinin de çok geniş kapsamlı olarak yeni doğan işçi hareketlerine karşı kullanıldığı vurgulanmıştır⁶⁸⁷. Dolayısıyla örgütlü suçlulukla mücadelede, siyasal rejimlerin toplumdaki endişe ve korkuları bahane ederek, özellikle sosyal kriz dönemlerinde güvenliğin korunması görünümü altında ceza hukukunu ölçüsüzce ve örgütlenme ve düşünce özgürlüklerini yok edecek şekilde kullanabileceğini göz ardı etmemek gerekir. Aynı zamanda suç siyasetinin sınırını oluşturan ceza hukuku, özgürlükler ile güvenliği sağlamak arasındaki kurulması güç dengeyi gözetmelidir.

Bazı örgütlenme fiillerinin suç olarak kabul edilmesi ve cezalandırılmasının anayasal hak ve güvencelerle yakından bağlantılı olduğu açıktır. Bu itibarla, toplumsal yapının bir ürünü olan örgütler, bireysel ve kolektif özgürlüklerin etkin bir biçimde kullanılmasını sağladığı ve örgütlenme özgürlüğü anayasal nitelikte bir hak olduğu için, örgüt suçluluğunun tespitinde kullanılacak tercih ve ölçütler büyük önem taşır⁶⁸⁸. Suç örgütlerinin uluslararası ve karmaşık yapısı bunlarla mücadeleyi daha da zorlaştırmaktadır. Anayasal-demokratik bir düzende bu mücadelenin hukuk devletinin ilkeleri çerçevesinde yapılması esastır.

Ceza hukuku korumasının öne alınması ve hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılmasının sebeplerinden birisi de örgütlü suçlulukla ve terörizm ile mücadeledir. “*Devletin iç güvenliğinin sağlanması*” ve toplumda gün geçtikçe artan güvenlik endişeleri ve tehdit duygusu, terörizm ve örgütlü suçlulukla mücadelede ceza hukukunun bir araç olarak kullanılmasına sebep olmuştur⁶⁸⁹. İç güvenliğin hızlı ve etkili bir biçimde korunması için bazı davranışların hazırlık aşamasında

⁶⁸⁶ Pelissero, “Il Diritto Penale Politico Tra Esigenze Di Normalizzazione Ed Istanze Deflative. Il Contributo Di Mario Romano Alla Riforma”, s.456 vd.

⁶⁸⁷ Pelissero, “Il Diritto Penale Politico Tra Esigenze Di Normalizzazione Ed Istanze Deflative. Il Contributo Di Mario Romano Alla Riforma”, s. 456-458.

⁶⁸⁸ Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 13-139.

⁶⁸⁹ Kazaker Bozkurt, s. 249.

cezalandırılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁶⁹⁰. Bununla birlikte, “*istisnai tehlikelilik görüşü*” kapsamında bazı hareketlerin sadece icrasının kamu düzeni açısından tehlikelilik oluşturduğu ve nitelikleri dolayısıyla bir tehlike ortaya koyduklarından hazırlık aşamasında cezalandırılmaları gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹¹.

Bu çerçevede, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun (TCK. md. 220), istisnai bir tehlikelilik ortaya koyduğu ve amaç suçların hazırlığı niteliğinde olduğu için cezalandırılacağı açıklanmaktadır. Amaç suçlardan herhangi birisi işlenmemiş olsa bile sırf örgütün kurulması bu suçların işlenme olasılığını, ihtimalini artırmaktadır, bu itibarla kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bu suçun hazırlık aşamasında cezalandırılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁶⁹². Eğer, bir örgüt suç işlemek için oluşturulmuşsa, işlenmesi amaçlanan suçlar her an işlenebilecek demektir⁶⁹³. Öğretide ve uygulamada çoğunlukla kabul edilen görüş, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı yönündedir⁶⁹⁴. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma fiili toplum için oluşturduğu tehlikeden dolayı işlenmesi planlanan suçlardan bağımsız olarak cezalandırılmakta ve bu durum da hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasına istisna oluşturmaktadır⁶⁹⁵. Bu suç tipi ile kanun koyucu, gelecekte işlenmesi muhtemel amaç suçları önlemek için bazı koşullar dahilinde suç işlemek amacıyla örgütlenmeyi cezalandırmaktadır⁶⁹⁶. Kanun koyucu tarafından hazırlık hareketlerinin bu amaç çerçevesinde cezalandırılması, bu suç tipinin bir tehlike suçu olduğuna da ortaya koymaktadır⁶⁹⁷. Söz konusu hükümle, “*suç işlemek amacıyla örgüt kurulması, yönetilmesi ve böyle bir*

⁶⁹⁰ Kazaker Bozkurt, s. 249.

⁶⁹¹ İçer, s. 53.

⁶⁹² İçer, s. 53.

⁶⁹³ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 148.

⁶⁹⁴ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 148, Önder Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 102, Vesile Sonay Evik, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme, Özel Ceza Hukuku-Cilt VI Kamu Güvenine, Kamu Barışına Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (TCK m.197-224)**, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2020, (Yazarlar; Köksal Bayraktar/Vesile Sonay Evik/Zeynel T. Kangal/Serap Keskin Kızıroğlu/Alı Kemal Yıldız, Hamide Zafer/Eylem Aksoy Retornaz/Güçlü Akyürek/Alı Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Sinan Altunç/Asuman Aytekin İnceoğlu/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Fulya Eroğlu), s.396, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, s. 534.

⁶⁹⁵ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 148, İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, Ankara, Seçkin, 2023, s. 14, Vesile Sonay Evik, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, 2004, s. 365-397, s. 373, *Tozman* öğretide çoğunlukla kabul edilen görüşün bu yönde olduğunu belirtmekle birlikte, bu görüşe katılmamaktadır. Bkz. Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 102-104.

⁶⁹⁶ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 148, Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, s. 534.

⁶⁹⁷ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 148.

örgüte üye olunması, işlenmesi amaçlanan suçlardan bağımsız olarak” cezalandırılmaktadır⁶⁹⁸.

TCK.’nun “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma” başlıklı 220. maddesine göre; “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”⁶⁹⁹. Öğretide bu suç tipi ile hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırıldığı belirtilmektedir. Bu çerçevede, örgüt kurmanın amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğinde olduğu ve sırf örgüt kurmanın toplumda egemen olan düzeni tehlikeye soktuğu gerekçesiyle hazırlık hareketi niteliğindeki davranışların bu madde ile müstakil suç olarak düzenlendiği ifade edilmektedir⁷⁰⁰. Yine aynı yönde, amaç suç veya suçların işlenmesine gerek olmadığı, “işlenmesi amaçlanan suçların hazırlık hareketlerinden sayılabilecek” fiillerin bu madde kapsamında toplum düzeninin, kamu güveninin ve barışının korunması adına cezalandırıldığı açıklanmaktadır⁷⁰¹. Bununla birlikte, “ceza sorumluluğu alanını fazlaca genişletmesi, keyfi uygulama ve suistimallere açık olması, madde hükmünde belirtilen unsurların somut olarak tespitinin oldukça güç olması ve bu konudaki kararların soyut yasa hükümlerine göre verilmesi ihtimal ve tehlikesi karşısında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun genel bir suç tipi olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı” yönünde de görüş belirtilmiştir⁷⁰². Bu görüş uyarınca, “suç örgütü kurma ve yönetme ile örgüte üye olma ve bilerek ve isteyerek yardım etme fiillerinin bağımsız bir suç tipi olarak değil, Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmında bir suç kataloğu altında veya belirli suçların nitelikli halleri ya da ağırlaştırıcı sebepleri olarak gösterilmesinin daha isabetli olacağı” ifade edilmiştir⁷⁰³.

Öğretide, TCK.’nun 220. maddesine benzer bir hüküm olan 765. sayılı TCK.’nun 313. maddesindeki cürüm işlemek için örgütlenme suçunun da hazırlık

⁶⁹⁸ Evik, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme, s. 396.

⁶⁹⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, erişim tarihi: 17.08.2023.

⁷⁰⁰ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 12-13.

⁷⁰¹ Ersan Şen, Sefa Eryıldız, Suç Örgütü, Ankara, Seçkin, 2022, s. 67.

⁷⁰² Şen/Eryıldız, s. 67.

⁷⁰³ Şen/Eryıldız, s. 68.

hareketlerini müstakil olarak cezalandırdığı yönünde görüş belirtilmiştir. *Özek*, toplum düzeni için ciddi bir tehlike ortaya koyduğu için hazırlık hareketi niteliğindeki suç işlemek için örgüt kurmanın cezalandırıldığını ifade etmiştir⁷⁰⁴. Bununla beraber bu suçun oluşması için belirli somut koşulların gerçekleşmesinin de zaruri olduğu, bu şekilde sırf düşüncenin cezalandırılması ve bireysel özgürlüklerin kısıtlanmasının önüne geçileceği vurgulanmıştır⁷⁰⁵. Aynı doğrultuda, *Önder* de 765 sayılı TCK.’daki söz konusu hükme ilişkin olarak, bu suç ile hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması kuralına bir istisna getirildiğini ve bu düzenlemeyle kanun koyucunun “*ileride işlenmesi muhtemel suçları*” önlemeyi amaçladığını ortaya koymuştur⁷⁰⁶. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 765 sayılı TCK.’nın 313. maddesinde yer alan suçun hazırlık hareketlerini cezalandırdığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 13.04.1987 tarihli kararına göre “*TCK. 313. Maddede düzenlenen suç, bir tehlike suçudur. Ceza Hukukundaki genel ilkeye bir istisna getirilmek suretiyle toplum yararına, hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır. Amaç; müstakbel suçları önlemektir. Henüz bir suç işlemedikleri halde sadece cemiyet, teşekkül, çete kurmuş olmalarından dolayı bunların mensuplarına ceza verilmesinin tek sebebi budur*”⁷⁰⁷.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun öğretide ve uygulamada genel olarak hazırlık hareketlerini cezalandırdığı belirtilse de öğretide azınlık olan bir görüş de bu suçun zarar suçu olduğunu belirtmektedir. Bu görüş çerçevesinde, suç işlemek amacıyla sadece bir birliğin, örgütün kurulması bile kanuni düzen ya da devletin otoritesine zarar vermektedir⁷⁰⁸. Bu suç tiplerini hazırlık hareketlerinin cezalandırılması olarak kabul etmeyen bir başka görüş ise, örgüt kurma eyleminin amaç suçların hazırlık hareketi olmadığını eğer öyle olsaydı, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁰⁹. Bu son görüş kapsamında, “*mademki bu suçlar teşebbüs durumunun ve tamamlanmış sayılan teşebbüs suçlarının*

⁷⁰⁴ *Özek*, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, s. 344-345.

⁷⁰⁵ *Özek*, *Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler*, s. 345.

⁷⁰⁶ Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Beta, 1991, s. 286, aynı yönde; Evik, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, s. 373.

⁷⁰⁷ C.G.K., 13.4.1987, 8-42/211, Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu II. Cilt Madde 96-324*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 3117 vd., aynı yönde C.G.K., 3.2.1986, 509/42, Savaş/Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu II. Cilt Madde 96-324*, s. 3119 vd.

⁷⁰⁸ Görüşü aktaran Evik, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, s. 373.

⁷⁰⁹ Tozman, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*, s. 104.

dışında kalmaktadır, öyleyse bu suçlar amaç edinilen suçları önlemek için ihdas edilmiş suçlardır” yönünde açıklama getirilmiştir⁷¹⁰.

Suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün amaç suçların gerçekleştirilmesi bakımından elverişli bir yapılanma ve hiyerarşik yapıyı da gerektirdiği belirtilmektedir⁷¹¹. Bununla birlikte örgüt soyut bir birliktelik değildir, örgütün varlığı için suç işlemek amacı yönünde fiili bir birleşme ve devamlılık aranacaktır⁷¹². Ayrıca kanunda belirtildiği üzere, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. Türk Ceza Kanunu’nun 314. (Silahlı Örgüt) ve 316. (Suç İçin Anlaşma) maddelerinde yer alan suçlar TCK.’nin 220. maddesinin özel halini teşkil etmektedir. Bu çerçevede, devlete karşı suç işlemek için örgüt kuranlar, bunu idare edenler, örgüte üye olanlar ve elverişli vasıtalarla anlaşılanlar adı geçen suçlar kapsamında cezalandırılmaktadır. Bu suçların bağımsız olarak hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tipleri olduğunu yukarıda “Silahlı Örgüt ve Suç İçin Anlaşma” başlığı altında irdelediğimiz için bu açıklamalarla yetiniyoruz.

Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinde de bağımsız bir örgüt suçu düzenlenmiş olup bu maddeyle TCK.’nin 314. maddesine gönderme yapılmakta ve 314. maddedeki cezalandırma sistemine uyulmaktadır⁷¹³. Terörle Mücadele Kanunu’nun “*Terör Örgütleri*” başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanunu’nun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır*”⁷¹⁴. Maddenin gerekçesinde de TCK.’nin 314. maddesine yapılan göndermenin sadece ceza yaptırımları ile sınırlı olmadığı, söz konusu suçun unsurlarının terör örgütü bakımından da göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, 314. maddede yapılan atıf sebebiyle, terör örgütüyle ilgili olarak da bu maddede (TMK md. 7) yer almayan hususlarda TCK.’nin suç

⁷¹⁰ Tozman, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, s. 104.

⁷¹¹ Şen/Eryıldız, s. 95, Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 15 vd.

⁷¹² Şen/Eryıldız, s. 106.

⁷¹³ Yarsuvat/Bayraktar, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”, s. 30.

⁷¹⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=3713&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, erişim tarihi: 10.07.2023

işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı açıklanmaktadır⁷¹⁵.

11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde İkiz Kulelere yönelik gerçekleşen terörist saldırıların etkisiyle, 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova'da *Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi*⁷¹⁶ imzalanmıştır. Sözleşme'ye uyum çerçevesinde İtalyan Hukuku'nda da düzenlemeler yapılmış ve bu doğrultuda İtalyan Ceza Kanunu'nda 270-bis ("*Ulusal veya uluslararası terörizm amaçlı veya demokratik düzenin devrilmesi amacıyla kurulan örgütler*"), 270-quater ("*Ulusal ya da uluslararası terörizm amaçlı olarak asker toplama*"), 270-quinquies ("*Ulusal veya uluslararası terörizm amaçlı faaliyetler için eğitim, terbiye*"), 467-bis ("*Sahte kimlik belgesi bulundurma ve imal etme*") maddeleri düzenlenmiştir⁷¹⁷. Öğretide bu düzenlemelerin ceza hukuku korumasını hazırlık hareketlerine kadar çektiği belirtilmiş ve bunların anayasaya uygun olup olmadığı tartışma konusu olmuştur⁷¹⁸.

"*Ulusal veya uluslararası terörizm amaçlı veya demokratik düzenin devrilmesi amacıyla kurulan örgütler*" başlıklı İt. CK.'nın 270-bis maddesine göre; "*Her kim, terörizm veya demokratik düzenin devrilmesi gayesiyle şiddet eylemleri gerçekleştirmeyi amaçlayan örgütleri destekler, kurar, örgütler, yönetir veya finanse ederse yedi ila on beş yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır. Her kim bu örgütlere katılırsa 5 ila 10 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır. Ceza kanunu açısından terörizm amacı, şiddet eylemleri yabancı bir devlete, bir kuruma ya da uluslararası bir kuruluşa yönelik olduğunda da gerçekleşir...*"⁷¹⁹. Bu düzenleme ile kanun

⁷¹⁵ Madde gerekçeleri için bkz. Vahit Baltacı, **Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması**, Ankara, Seçkin, 2007, s. 330 vd.

⁷¹⁶ <https://rm.coe.int/16808c3f56>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁷¹⁷ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 183 vd.

⁷¹⁸ Viganò, "Incriminatione di atti preparatori...", s. 183 vd.

⁷¹⁹ Art. 270-bis "*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*

Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne

koyucunun hukuksal değeri korunmasını hazırlık hareketlerine kadar gerilettiği ve bu çerçevede hukuksal değeri çok geniş bir biçimde koruduğu ifade edilmektedir⁷²⁰. Söz konusu suç tipi ile ceza hukuku koruması, planlanan şiddet eylemlerinin tamamlanmasının ve bunların icrasının öncesine alınmaktadır. Bu itibarla, ceza hukuku açısından önem taşıyan fiillerin sınırı, terörizm veya demokratik düzenin yıkılmasına yönelik şiddet eylemleri planlayan şahıslardan ve vasitalardan oluşan bir örgütün kurulmasına kadar çekilmiş olur⁷²¹. Bu suç tipi öğretide *varsayılan tehlike suçu* olarak tanımlanmış, İtalyan Yargıtayı da sürekli içtihadında *varsayılan tehlike suçu* olduğu yönünde görüş belirtmiş, bununla birlikte asgari bazı şartların da varlığını aramıştır.⁷²² İtalyan Yargıtayı suçun gerçekleşmesi için sadece soyut bir ideolojinin yeterli olmayacağını vurgulamış, gerçekleştirilmemiş olsa bile şiddet eylemleri açısından önceden hazırlanmış somut bir projenin varlığını aramıştır⁷²³.

İtalyan öğretisinde bir görüş ise ihlal edicilik ilkesi ve örgütlenme özgürlüğünü göz önünde bulundurarak söz konusu suçun somut özellikler taşıması gerektiğini savunmaktadır. Hazırlık hareketlerini cezalandıran müstakil suç tiplerinin ihlal edicilik ilkesinin istisnasını oluşturmadığını, bilakis bu suç tiplerinin zayıf da olsa hukuksal değeri ihlal ettiğini belirtilen ve bu itibarla da cezalandırılan hazırlık hareketlerinin dolaylı tehlike suçu olduğunu savunan *Marinucci*, İt. CK.'nın 270-*bis* maddesinin ihlal edicilik prensibine uygun olması için birtakım şartlar ışığında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷²⁴. Yazara göre, bu suç tipinin ihlal edicilik ilkesine uygun olması için, maddede söz konusu olan örgütün onu oluşturan şahıs ve araçlar açısından gelecekte gerçekleştirilecek şiddet eylemlerini icraya elverişli olması gerekmektedir. Ayrıca terörizm amacını taşıyan bu örgüt şiddet eylemlerinin itici merkezi olmalıdır. Dolayısıyla sadece bu varsayımların gerçekleşmesi halinde söz konusu maddede yer alan suç var olabilir. Bu itibarla yazara göre, İt. CK. md. 270-*bis* 'de cezalandırılan örgütün, “*şiddet eylemlerinin potansiyel mağdurlarının hayatı ve fiziksel güvenliği açısından somut bir tehlike yaratabilecek biçimde yapılanmış*” bir örgüt olması

costituiscono l'impiego”. Bkz. <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁷²⁰ Cristina Pavarani, **I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Parte Speciale Vol. I**, Trattato Di Diritto Penale diretto da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna, Michele Papa, Torino, UTET, 2008, s. 329.

⁷²¹ Pavarani, s. 330.

⁷²² Pavarani, s. 330.

⁷²³ Pavarani, s. 330.

⁷²⁴ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.16.

gerekmektedir⁷²⁵. Bu çerçevede, örgütü oluşturan kişilerin bir birleşme üzerinde tartışmaları ve projeler yapıp gelecekteki suç faaliyetleri üzerine tasarılar ortaya koymaları suçun gerçekleşmesi için yeterli olmaz⁷²⁶. Örgütü oluşturan kişilerin harekete geçmiş olmaları, gelecekte gerçekleştirilmesi planlanan suçlar için elverişli vasıtaları ve organizasyonel yapıları bulundurmaları ve bu şekilde suç girişimlerinin hazırlığına başlamış olmaları gerekir. Aksi halde, bu koşullar gerçekleşmeden cezaya başvurmak, sırf bir suç işleme isteğini veya belirli bir gruba dahil olduğu ileri sürülerek sübjektif tehlikeliliği cezalandırmak anlamına gelecektir⁷²⁷.

Örgüte katılım için de birey ile örgüt arasında bir dizi temastan ve sırf örgüte katılma isteğinden çok daha fazlası gerçekleşmelidir. Bunun yanında, kişinin veya örgütün sırf bir radikal ideolojiye sahip olması da yeterli olmayacaktır⁷²⁸. Bu kapsamda örgüt üyeliğinin belirlenmesi için, kişinin örgüte “*organik bir şekilde dahil olduğunun*” ortaya konulması gerekir. Bunun için de kişinin örgüte katılımının, zarar verilmesi amaçlanan hukuksal değerler açısından örgütün birliği ve tehlikeliliğini objektif olarak güçlendirdiği kanıtlanmalıdır⁷²⁹.

İtalyan Ceza Kanunu’nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının “*Devletin Şahsiyetine Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen 270-*quater* maddesi de (*Ulusal ve uluslararası amaçlı asker toplama*) hazırlık hareketlerini cezalandıran bir düzenleme içermektedir. Söz konusu madde; 270-*bis* maddesinde belirtilen haller dışında, terörizm amacıyla ve şiddet eylemlerinin veya temel kamu hizmetlerine sabotajın gerçekleştirilmesi için bir veya daha fazla kişiyi silah altına almayı cezalandırmaktadır. Bununla birlikte, bu fiillerin yabancı bir devlete, bir kuruma ya da uluslararası bir kuruluşa karşı gerçekleşmesi hallerinde de suçun gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır⁷³⁰. Bu suçun söz konusu olabilmesi için, silah altına alma

⁷²⁵ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.16.

⁷²⁶ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17, Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 187.

^{727 727} Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17, Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 187.

⁷²⁸ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 187.

⁷²⁹ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17, Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 187.

⁷³⁰ Art. 270-*quater* “*Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale*

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, arruola una o più persone per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la

davranışının askeri yapı için etkili olması ya da bir anlam ifade etmesi ve korunan hukuksal değerler için çok yüksek bir tehlikelilik taşıması gerektiği ifade edilmektedir⁷³¹.

“*Ulusal veya uluslararası terörizm amaçlı faaliyetler için terbiye (eğitim)*”, başlıklı ve cezalandıran hazırlık hareketlerini içeren bir başka düzenleme de İt. CK. 270-*quinquies* maddesinde yer almaktadır. Bu madde, şiddet eylemleri veya temel kamusal hizmetlere karşı sabotaj gerçekleştirilmesi için, terörizm amacıyla, patlayıcı maddelerin, ateşli ve diğer silahların, zarar verici veya tehlikeli kimyasal ya da bakteriyolojik maddelerin, ayrıca diğer tüm teknik veya yöntemlerin eğitiminin verilmesini veya bunlar hakkında bilgi sağlanmasını cezalandırmaktadır⁷³². Maddede ilerde gerçekleştirilecek amaç suçların hazırlığı niteliğindeki davranışların cezalandırıldığı görülmektedir. Bu maddeye ilişkin olarak, aktarılan bilgilerin veya verilen eğitimin gerçekleştirilecek saldırılar açısından “gerçekten elverişli” olması gerektiği belirtilmektedir⁷³³. Bu itibarla, örneğin sadece Çeçenistan’daki çatışmaların veya Afganistan ya da Irak’taki terörist saldırıların görüntülerinin verilmesi, gerçekleştirilmesi amaçlanan saldırılar açısından yeterli bir bilgi verme olmadığı için, suç olarak değerlendirilmeyecektir⁷³⁴. Bu yöndeki görüntülerin verilmesi ya da kabulü faillerin tehlikeliliklerini ortaya koysa da fiil ceza hukuku yönünden kanunun ilgili maddesinde belirtilen elverişli hareketlerin icrası gerekir, aksini kabul fail ceza hukukunun uygulanması anlamına gelecektir. Bu itibarla, verilen bilgilerin terörizm

reclusione da sette a quindici anni. Fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, e salvo il caso di addestramento, la persona arruolata è punita con la pena della reclusione da cinque a otto anni”. Bkz. <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁷³¹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 188, Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17.

⁷³² Art. 270-*quinquies*. “*Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*.”

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-sexies.

Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici”.

Bkz. <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁷³³ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17, Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 188.

⁷³⁴ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 188.

amaçlı fiillerin somut olarak gerçekleştirilmesine olanak sağlayacak uzmanlık, yetenekte olması gerekir⁷³⁵.

Son olarak, İtalyan Ceza Kanunu'nun “*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenen 497-bis maddesinde yer alan “*sahte kimlik belgesi bulundurma veya imal etme*” suçunu da aktarmakta yarar görüyoruz. Söz konusu maddede düzenlenen suça göre; “*Her kim yurtdışında yaşayan yabancı için geçerli sahte bir belge bulunduruyorsa, iki ila beş yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır. İlk fıkrada belirtilen ceza, sahte belgeyi imal eden veya oluşturan ya da sahte belgeyi kişisel kullanım dışında tutanlar için üçte birinden yarısına kadar artırılır*”⁷³⁶. Bu suç tipi de uluslararası terörizmin önlenmesi, sahte belgeye sahip kişinin serbest dolaşımının ve devlet düzenini bozucu faaliyetlerde bulunmasının engellenmesi için düzenlenmiştir⁷³⁷. Bununla birlikte genel olarak burada bir bulundurma suçunun (“*reato di possesso*”) cezalandırıldığı ve hakiki ve tam anlamıyla bir hareketin bulunmadığı belirtilmektedir⁷³⁸.

III. Ceza Hukukunun Önleyici Karakterinin ve Cezalandırılan Hazırlık Hareketlerinin Ortaya Koyduğu Sorunlar

A. Genel Olarak

Ceza hukuku korumasının öne alınması, ceza hukukunun önleyici bir karaktere bürünmesi ve cezalandırılabilirlik alanının hazırlık hareketlerine kadar çekilmesi, fail ceza hukuku anlayışını ve baskıcı bir ceza hukuku modelini doğurabileceği için

⁷³⁵ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s.17.

⁷³⁶ Art. 497-bis. “*Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi*

Chiunque è trovato in possesso di un documento falso valido per l'espatrio è punito con la reclusione da due a cinque anni.

La pena di cui al primo comma è aumentata da un terzo alla metà per chi fabbrica o comunque forma il documento falso, ovvero lo detiene fuori dei casi di uso personale”. Bkz. <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>, erişim tarihi: 10.07.2023.

⁷³⁷ Trabacchi, *I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale*, s. 556.

⁷³⁸ Trabacchi, *I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale*, s. 564.

beraberinde birtakım sakıncalar da getirmektedir. Fiil ceza hukukunun karşısında yer alan ve fail ceza hukukunu merkezine alan bir sistemde, cezalandırma doğrudan doğruya failin kişiliğinden ve tehlikeliliğinden kaynaklanmaktadır⁷³⁹. Failin asosyal karakteri, sürdürdüğü yaşam tarzı, tehlikelilik hali gibi ölçütler cezalandırma açısından önem kazanmaktadır. Bu itibarla fail ceza hukukunda kişi, icra ettiği hukuka aykırı fiil için değil kişilik özellikleri dolayısıyla cezalandırılmaktadır⁷⁴⁰.

Fail ceza hukuku anlayışının temellerini pozitif ceza hukuku okulunda bulmak mümkündür. Klasik okulun karşı görüşü olan ve kaynağını metodolojik pozitivizmde bulan *Pozitif Ceza Hukuku Okulu*, suçun doğal hukuka dayanan ve mantık ilkelerinden oluşan hukuki bir kavram olduğu esasına karşı çıkmıştır. Aksine bu anlayış suçun “*antropolojik, sosyal ve fiziki şartlardan etkilenen insan tarafından gerçekleştirilen fiil*” olduğunu savunmuştur. Bu sebeple *Pozitif Ceza Hukuku Okulu*’na göre suç, “*biyo-psikolojik ve sosyal bir olgu*” olarak kabul edilmelidir⁷⁴¹.

Pozitif Okul’a göre, yukarıda belirttiğimiz dış faktörlerin etkisi altında hareket eden bireyin irade özgürlüğü yoktur, dahası irade özgürlüğü “*metafizik bir yanılsama*”dan ibarettir⁷⁴². Bu itibarla, suçlu insan (*l'uomo delinquente*) iyi ve kötü arasında seçim yapma özgürlüğüne sahip değildir, doğal nedensellik yasalarının ortaya koyduğu determinizm altında suç işler. Bu anlayış uyarınca, birey irade özgürlüğüne sahip olmadığından, manevi sorumluluğun veya kusurluluğun cezalandırmada dikkate alınmasına da gerek yoktur. Bu sebeplerle, antropolojik veya sosyal yatkınlıkları sebebiyle suç işleyen insan toplum açısından tehlikelilik gösterir⁷⁴³.

Toplum düzenini veya toplumsal yaşayışı tehlikeye sokan veya zarara uğratan fiillerin suç olarak kabul edilmesi suçun tanımının yapılması için yetersiz olduğundan, eklemeler ve açıklamalar yapılmak suretiyle geliştirilmiştir. Bu itibarla, bazı yazarlar suçu “*toplumun varlığını ve korunmasını önemli derecede tehlikeye sokan ihlaller*” olarak açıklamışlardır. Yine *Pozitif Okul* içerisinde, suçun “*toplumdaki bireylerin merhamet ve doğruluk duygularına zarar veren; genel ahlaki bozan fiiller*” olarak

⁷³⁹ Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, s. 176-177.

⁷⁴⁰ Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, s. 177.

⁷⁴¹ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.XXV

⁷⁴² Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.XXV

⁷⁴³ Fiandaca/Musco, *Diritto Penale PG*, s.XXV

tanımlandığı da görülmektedir. Bununla birlikte, suçun “*failin antisosyal karakterinden*” kaynaklandığı da ileri sürülmüştür⁷⁴⁴.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda belirttiğimiz üzere, *Pozitif Okul* etkin bir sosyal savunmayı gerçekleştirmeyi amaçlamıştır. Bu kapsamda, fiil yerine faile önem verilmiş, suçlunun özellikleri ve farklı suçlu grupları araştırılmış ve bunların sınıflandırılması yapılmıştır⁷⁴⁵.

Suçun, sadece özü yönünden ele alınması, politik amaçlarla da kullanılmıştır ve günümüzde de kullanılmaktadır. Otoriter ve totaliter devlet sistemlerinin bireysel hak ve özgürlükleri yok saydığı, devletin birey üzerindeki baskısını sağlamak için ceza hukukunu kullandığı dönemler tarih içerisinde yaşanmıştır. XX. yüzyılda özellikle Nazi Almanyası’nda ve “*reel sosyalizmin*” uygulandığı Doğu Bloku ülkelerinde otoriter ve baskıcı uygulamalar söz konusu olmuştur⁷⁴⁶. Biçimsel kanunilik ilkesinin terkedilmesi ve cezalandırmanın ölçütü olarak “toplumun sağlıklı duygularına itaatsizlik” gibi sübjektif ve otoriteyi korumaya yönelik kavramların kullanılmasıyla hukuk güvenliği yok edilmiştir⁷⁴⁷.

Özellikle nasyonal sosyalist ve komünist rejimler suçu özü yönünden ele almayı tercih etmişlerdir⁷⁴⁸. Bilginin mantıksal analiz sonucu değil de ancak sezgicilik aracılığıyla elde edilebileceğini savunan felsefi görüş ve akımlar, Nazi Almanyası’nda otoriter ceza hukukunun zeminini oluşturmuştur⁷⁴⁹. Bununla beraber, her türlü sistematik araştırma ve analizin gelişmeyi engellediği iddia edilmiştir. Bu çerçevede, suçların tespitinde de pozitif kanunlara başvurmak yerine suçluluk sezgiyle tespit edilmeli ve yargı mekanizması da bu yönde çalışmalıdır. Örneğin, hırsızlık veya kasten öldürme suçunun tespitinde bu suçları düzenleyen kanundaki tipik fiilleri değerlendirmek yerine yargıç, hırsızın veya katilin bireysel ve toplumsal bilinçte ne şekilde algılandığını sezmeli ve antisosyal özellikteki fiili bu çerçevede cezalandırmalıdır⁷⁵⁰. Bu itibarla nasyonal sosyalist hukuk anlayışının toplumda düşman saydığı bireylerle mücadele etme ve toplum ahlakını yükseltmek suretiyle

⁷⁴⁴ Antonio Pagliaro, *Trattato di Diritto Penale PG*, diretto da: C.F. Grosso, T.Padovani, A. Pagliaro, **Il Reato**, Milano, Giuffrè Editore, 2007, s.8

⁷⁴⁵ Fiandaca/Musco, **Diritto Penale PG**, s. XXV.

⁷⁴⁶ Domenico Pulitanò, **Diritto Penale**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, s. 50.

⁷⁴⁷ Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 50-51.

⁷⁴⁸ Pagliaro, **Il Reato**, s.9.

⁷⁴⁹ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s. 30-31.

⁷⁵⁰ Mantovani, **Diritto Penale PG**, s.31.

dürüst bir toplum yaratma amacı taşıdığını belirtmek gerekir⁷⁵¹. Nasyonal sosyalist anlayış, suçu toplumun ideallerine ve sağlıklı yapısına ihanet olarak değerlendirmektedir. Suç bu şekilde tanımlanınca, kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olması da önemini yitirmekte, antisosyal karakterli fiiller kıyas yapmak suretiyle cezalandırılabilir⁷⁵².

Komünist rejimlerde ise, ceza hukuku sosyalizmin yerleşmesinin sağlanması için kullanılmıştır. Bu kapsamda suç, işçi sınıfının haklarına ve sosyalist sistemin kendisine karşı bir tehlike olarak algılanmıştır. Bu sebeple proleteryanın haklarının korunması ve burjuvaziden gelebilecek karşı devrim tehlikesinin engellenmesi için, ceza hukuku bir baskı aracı olarak kullanılmıştır⁷⁵³.

Politik amaçlarla ceza hukukunun yukarıda aktardığımız şekilde kullanılması ve suçun sadece özü yönünden değerlendirilmesi bireysel özgürlükleri ortadan kaldırmıştır. Hukukun kesinliğinin kaybolması, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin terk edilmesi ve suçların tespitinde kıyasa izin verilmesi ile birey, siyasal amaçlarla devlet tarafından baskı altında tutulur hale gelmiştir. Bu çerçevede, bireyler politik tercihleri için cezalandırılmışlar ve böylece eşitlik ilkesi zedelenmiştir⁷⁵⁴. Totaliter devletin toplum anlayışı, aydınlanmacı ceza hukukunu “*bireye gereğinden fazla değer verdiği*” ve “*özgürlük kavramını aşırı derecede yücelttiği*” gerekçesiyle reddeder. Totaliter anlayıştan kaynaklanan ceza hukukunda, suç “*ahlaki ve hukuki düzenin koruyucusu olan devletin otoritesine ve yüceliğine karşı*” işlendiği için cezalandırılır. Bu itibarla; “*suç, devletin yüce şahsiyetine karşı bir ihanet olarak algılanmalıdır, çünkü işlenen her suç aslında siyasal bir suçtur*”⁷⁵⁵. Totaliter devlet, “*biçimsel anlamda hiçbir suç tipi tarafından düzenlenmeyen ancak içerik itibarıyla, özünde suç olan fiillerin cezalandırılması*” ve bu eksikliğin kendileri tarafından giderilmesi için yargıçlarını da görevlendirecektir. Bununla birlikte, totaliter düzenin yargıcı, devlete itaat etmeyen suçluyu, devletin ve devlet başkanının iradesini uygulamak suretiyle cezalandıracaktır⁷⁵⁶. Bu baskıcı görüşlerin günümüz liberal demokrasileriyle

⁷⁵¹ Pagliaro, **Il Reato**, s. 9.

⁷⁵² Pagliaro, **Il Reato**, s. 9.

⁷⁵³ Pagliaro, **Il Reato**, s.10.

⁷⁵⁴ Pagliaro, **Il Reato**, s.10.

⁷⁵⁵ Giuseppe Maggiore, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, **Riv. It. Dir. Pen.**, 1939, s. 140 vd., aktaran Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 51, 54. Dipnot.

⁷⁵⁶ Maggiore, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, **Riv. It. Dir. Pen.**, 1939, s. 140 vd., aktaran Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 51, 54. dipnot.

bağdaşmadığı ve hümanist ceza hukuku anlayışını ortadan kaldırır bir nitelikte olduğu aşıkardır.

XX. yüzyılda yaşanan gelişmelerden sonra, bazı faktörler günümüz toplumlarında ve liberal demokratik sisteme sahip ülkelerde ceza hukuku alanında yeniden otoriter ve baskıcı önlemlere başvurulmasına sebep olmuştur. Bu itibarla, organize suçluluğun artması, siyasal terörizmin yaygınlaşması, günümüzün toplumlarında çevresel, ekonomik, teknolojik faaliyetlerin yarattığı riskler toplumda güvenlik endişesini ortaya çıkarmıştır⁷⁵⁷. Bu faktörlerle mücadele etmek için devletlerin günümüzde de daha baskıcı, katı ve “*sıfır tolerans*” sloganını kabul eden bir ceza hukuku anlayışını kullanmaya başladıkları görülmektedir. Bu kapsamda insanlık tarihinde büyük yıkımlara yol açan⁷⁵⁸ ve yurttaşa uygulanacak ceza hukukunun karşısında yer alan “*düşman ceza hukuku*” kavramı yeniden kullanılmaya başlamıştır⁷⁵⁹. Düşman ve yurttaş arasında yaratılan bu ayrım insan haklarına ve insan onuruna dayalı bir ceza hukuku düşüncesine aykırıdır. Mevcut düzene sadık olup olmadığına bakılmaksızın, düşman veya vatandaş ayrımı yapmadan bir toplumda yaşayan tüm bireylerin eşit olarak evrensel nitelikteki insan haklarından faydalanması gerekir⁷⁶⁰. Korkunun ve güvenlik endişelerinin ön plana çıktığı toplumlarda, otorite ve özgürlükler arasındaki ilişkinin bir çıkmaza girdiği ve genellikle dengenin özgürlükler aleyhine bozulduğu gözlemlenmektedir. İşte bu durumlarda, suç siyasetinin hem sınırlarını koyan hem de suç siyasetinin bir aracı olan ceza hukukunun özgürlükleri korumak ve güvenliği sağlamak arasında kurulması zor bir dengeyi gözetmesi gerekir⁷⁶¹.

B. Risk Ceza Hukuku

Düşman ceza hukukuna ilişkin açıklamalardan önce, risk ceza hukukunun genel hatlarını belirtmek gerekir. Günümüzün modern ve sanayileşmiş toplumu, üretim faaliyetlerinin, günlük ve normal sürdürülen yaşamın ve risk içeren aktivitelerin iç içe geçmiş olması sebebiyle “*risk toplumu*” olarak adlandırılmaktadır⁷⁶². Günümüzde her

⁷⁵⁷ Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 51.

⁷⁵⁸ Mutlakîyetçi, totaliter, nasyonal sosyalist düzenlerde düşman ceza hukuku uygulamaları hakkında detaylı açıklamalar ve örnekler için bkz. Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 473 vd.

⁷⁵⁹ Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 51-52.

⁷⁶⁰ Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 52.

⁷⁶¹ Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 52.

⁷⁶² Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 208-209, risk toplumu tanımı ve anlayışı hakkında açıklamalar için bkz. Ulrich Beck, *Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru*, çev. Kazım Özdoğan, Bülent Doğan, İstanbul, İthaki, 2011.

ne kadar eski dönemlere göre birçok açıdan güvenli bir toplumda yaşasak da riskler hakkında toplumsal bilinç artmıştır. Modern toplumda yer alan risk faktörlerinin zarar sonucuna dönüşmesi, bu zararların da hesaplanamayan felaketlere yol açması mümkün olmakla birlikte, toplumdaki riskler ve bunun sonuçları arasındaki nedensellik bağıını kurmak da çok güçtür⁷⁶³.

Bununla birlikte, risk toplumu anlayışı, ulus-devlet ve sınıf toplumunu dönüştürmüş ve toplumu medeniyetin yarattığı riskler paydasında birleştiren bir anlayış olmuştur. Merkezine eşitliği alan sınıf toplumunun aksine risk toplumunun önceliği güvenlik olmaktadır⁷⁶⁴. Bu çerçevede, önceliği güvenlik olan bir risk toplumunda, ceza hukukunun da bir dönüşüm geçirmesi ve daha esnek ve etkili bir hale gelmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁶⁵. Bu görüş çerçevesinde, ceza hukuku post modern toplumun ortaya koyduğu gen teknolojileri gibi tehlikeli araçlarla bir mücadele aracı olmalı, ancak ceza hukukuna hukuksal değerleri korumak amacı çerçevesinde, anayasal ilkelere dayanarak ve sınırlı bir biçimde başvurmak esas olmalıdır⁷⁶⁶.

Teknolojik olarak gelişmiş ve sanayileşmiş modern toplumun ortaya koyduğu risklerin (ki bu riskler meşru ve gerekli faaliyetler neticesinde oluşmaktadır) ceza hukukunda tehlike suçları vasıtasıyla karşılanması gündeme gelmektedir⁷⁶⁷. Tehlike suçlarının da ceza hukukunun koruduğu alanı genişleten ve ceza müdahalesini öne alan bir özellikte olduğu vurgulanmalıdır. Burada önemli olan sorun, risk kavramının içeriğinin ne olduğunun açık olmamasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de risk kavramı, toplumdaki korku duygusunu ifade eden sübjektif görünümü çerçevesinde ele alındığında riskin önlenmesine ilişkin düzenlemenin ne şekilde belirleneceği sorun oluşturmaktadır⁷⁶⁸. Risk ceza hukuku anlayışı, “*güvenlik kisvesi altında insan haklarına ölçüsüzce müdahale ettiği*” yönünde eleştirilmiştir⁷⁶⁹. Bu çerçevede riskin önlenmesi için, soyut tehlike suçlarının sayısının artırıldığı ve ceza hukukunun son çare olma özelliğini yitirdiği ifade edilmiştir⁷⁷⁰.

⁷⁶³ Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 208-209.

⁷⁶⁴ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 142-143.

⁷⁶⁵ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 143.

⁷⁶⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 143.

⁷⁶⁷ Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 208-209.

⁷⁶⁸ Pulitanò, **Diritto Penale**, s. 209 vd.

⁷⁶⁹ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 143.

⁷⁷⁰ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 144.

C. Düşman Ceza Hukuku

Düşman ceza hukuku kavramı ilk defa *Jakobs* tarafından 1985 yılında ileri sürülmüş ve ceza hukuku öğretisinde yer bulmuştur⁷⁷¹. Bu kavram özellikle 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde Dünya Ticaret Merkezi'ne ve Pentagon'a yapılan saldırılar sonrası yeniden gündeme gelmiş ve ceza hukuku öğretisinde de tartışılır olmuştur. 2001 ve 2005 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri, İspanya ve İngiltere'de gerçekleştirilen terörist saldırılar, devletlerin de önleyici birtakım araçlara başvurmasına sebep olmuştur. Bu kapsamda, iki ana yol izlendiği söylenebilir. Terörizmle mücadele amacıyla Amerika Birleşik Devletleri'nde yargısal birçok fonksiyon yürütme organına devredilirken, Avrupa Devletleri'nde genelde, örgütlü suçluluğa ilişkin yeni düzenlemeleri hızla kanunlaştırma yoluna gidilmiştir⁷⁷². Bu takip edilen iki farklı yol da milli güvenliğin korunması gayesiyle bireysel hakların ve güvencelerin terk edilmesine sebep olmuştur⁷⁷³.

Düşman ceza hukuku kavramı⁷⁷⁴, fiilden ziyade tehlikelilik gösteren faile önem veren, cezalandırmayı ölçülü bir karşılık olarak değil, failin âdeta ortadan kaldırılması için bir vesile olarak algılayan ceza hukuku anlayışını ifade eder. Bu anlayış uyarınca, ceza hukuku devlet tarafından düşman olarak görülen bireyleri bertaraf etmenin bir aracı olarak kullanılır⁷⁷⁵. Düşman ceza hukuku anlayışında, devlet kendi ideolojisi için tehlikeli olduğunu düşündüğü kişileri cezalandırmak için, dolaylı veya varsayılan tehlike suçları ya da kalkışma suçları gibi suç tiplerini kullanarak cezai korumayı çok öne alır. Bununla birlikte, korunan hukuki değeri ihlale elverişli olmayan hareketlerin ve bu itibarla da hazırlık hareketlerinin de cezalandırıldığı görülür⁷⁷⁶. Bu kapsamda düşman ceza hukuku anlayışında kusurlu fiilden ziyade tehlikeli faile önem verilmektedir. Failin tehlikeliliğini merkezine alan, cezayı ölçülü bir karşılık olarak

⁷⁷¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki...* Cilt I, s. 144.

⁷⁷² D'anello, *La Rilevenza Degli Atti Preparatori...*, s. 258.

⁷⁷³ D'anello, *La Rilevenza Degli Atti Preparatori...*, s. 258.

⁷⁷⁴ Düşman ceza hukuku hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Democrazia e Autoritarismo Nel Diritto Penale**, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, **Delitto Politico e Diritto Penale Del Nemico**, a cura di Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna, Monduzzi Editore, 2007.

⁷⁷⁵ Mantovani, "Il diritto penale del nemico...", s. 471.

⁷⁷⁶ Mantovani, "Il diritto penale del nemico...", s. 471.

değil, faili etkisiz hale getirmenin bir aracı olarak ele alan ceza hukuku sistemi de sübjektif bir kimliğe bürünmektedir⁷⁷⁷.

Öğretide düşman ceza hukuku kavramının kendisinin bir *oksimoron* olduğu ifade edilmiştir⁷⁷⁸. Bu çerçevede, olağan dönemlerde hukuksal düzenlerin normal işleyişi için bir kontrol aracı olan ceza hukukunun doğası itibarıyla temel hakları korumaya yönelik güvenceler içerdiği belirtilmiştir. Ceza hukukunun, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel hakların koruyucusu ve savunucusu olduğu vurgulanmıştır⁷⁷⁹. Bu itibarla, temelde insan haklarının koruyucusu olması gereken bir hukuk dalını düşman ceza hukuku olarak tanımlamak kendi içinde bir zıtlık oluşturacaktır. Anayasalardaki bireye ait temel hakları korumak suretiyle özgürlükçü bir karaktere sahip olması gereken modern ceza hukuku, bireyleri düşman olarak nitelendirmek yerine suçlu ve masum olarak ayırmalı ve adil bir yargılamaya tabi tutmalıdır⁷⁸⁰. *Ferrajoli* de düşman ceza hukuku kavramının bu denli tartışılmasının, bu kavrama görünüşte de olsa bir meşruluk kazandırdığını belirtmektedir⁷⁸¹. Yazar, öncelikle teröristlerin düşman olarak nitelendirildiğini, ancak daha sonra düşman ceza hukukunun mafya tipi suçluluk, organize suçluluk, uyuşturucu ticareti ve hatta günlük yaşamdaki adi suçlara kadar genişlediğini ifade etmekte ve ceza hukukunun ölçüsüzce genişlediğini ortaya koymaktadır⁷⁸².

Jakobs, ceza hukukunun iki farklı kutbu veya eğilimi barındırdığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza hukukunun birinci tarafı yurttaştır ve yurttaş fiilini dış dünyada gerçekleştirene kadar beklenir ve ancak bundan sonra müdahale edilir⁷⁸³. Ceza hukukunun diğer tarafı ise düşmana ilişkindir, “*düşman eylem hazırlığına başladığı anda yakalanması gereken ve tehlikeliliğiyle mücadele edilen kimsedir*”⁷⁸⁴. Yazara göre, yurttaş ceza hukukunda ceza bir karşılık olmasına rağmen,

⁷⁷⁷ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 471.

⁷⁷⁸ Francesco Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, **Legalità Penale E Crisi Del Diritto, Oggi**, Milano, Giuffrè Editore, s. 107-145, s. 107 vd.

⁷⁷⁹ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 108.

⁷⁸⁰ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 470-471.

⁷⁸¹ Luigi Ferrajoli, “Il Diritto Penale Del Nemico: Un’Abdicazione Della Ragione”, **Legalità Penale E Crisi Del Diritto, Oggi**, Milano, Giuffrè Editore, s. 161-175, s. 161-162.

⁷⁸² Ferrajoli, “Il Diritto Penale Del Nemico: Un’Abdicazione Della Ragione”, s. 162 vd.

⁷⁸³ Günther Jakobs, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. M. Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 489-505, s. 499.

⁷⁸⁴ Jakobs, s. 499.

düşman ceza hukukunda esas olan tehlikenin ve bu itibarla da tehlikeli kişinin bertaraf edilmesidir. Bununla birlikte, yurttaştan farklı olan düşman kendisiyle savaşılmaması gereken, ihraç edilmesi gereken kişidir⁷⁸⁵.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, düşman ceza hukukunda birbirine karşı ve uzlaşmaz iki yön vardır. Yurttaş ceza hukuku, *normal* bir ceza hukuku olarak, yurttaşın tüm haklarına sahip olan *normal* suçlu (“*il delinquente normale*”) ile ilgilenir⁷⁸⁶. Yurttaş ceza hukukunda suçlu, ceza normuna karşı gelse de onu kökten bir şekilde yok saymamakta, bu itibarla da topluma yeniden kazandırılması gerekmektedir. Düşman ceza hukuku ise, olağan dışı ve hedefinde düşman olan suçlunun (“*il delinquente nemico*”) yer aldığı bir anlayıştır⁷⁸⁷. Düşman ceza hukuku anlayışında suçlu, hukuksal ve sosyal düzenle çatıştığı, sürekli bir tehdit oluşturduğu ve sosyal sözleşmeyi bozduğu için yurttaşta ait tüm haklarını kaybetmekte ve hatta kişi olmaktan da çıkarılan bir duruma indirgenmektedir⁷⁸⁸. Bu itibarla, düzenin düşmanı olan bir kişiye karşı devlet de düşman olarak davranmalı ve hukuk da bu kişiye karşı bir savaş ya da mücadele sürdürmelidir. Düşman olarak kabul edilen suçluyla iletişim kurmak mümkün olmadığından onun ancak bertaraf edilmesi ve tehlikeliliğin sona erdirilmesi düşünülebilir⁷⁸⁹.

Hukuk devleti özelliği taşımayan mutlakiyetçi monarşilerde, totaliter düzenlerde ve diktatörlüklerde düşman ceza hukuku anlayışı kural olarak uygulanmış ve trajik sonuçlara yol açmıştır⁷⁹⁰. Bununla beraber günümüzde de pek çok devletin uygulamasının organize suçluluk ve terörizmle mücadele çerçevesinde, düşman ceza hukuku anlayışı ile koşut olduğunu belirtmeliyiz⁷⁹¹.

Bu kapsamda öncelikle 11 Eylül saldırılarının ertesinde çıkarılan Amerikan Terörle Mücadele Yasası’nın (*USA Patriot Act*), düşman ceza hukuku doktrinini yansıttığı vurgulanmaktadır⁷⁹². Yine Almanya’da terör örgütü kurma suçu kapsamında, her türlü yardım faaliyetinin suç olarak öngörülmesi de fail ceza hukuku

⁷⁸⁵ Jakobs, s. 505.

⁷⁸⁶ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 472.

⁷⁸⁷ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 472.

⁷⁸⁸ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 472.

⁷⁸⁹ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 472.

⁷⁹⁰ Mantovani, “Il diritto penale del nemico...”, s. 473.

⁷⁹¹ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt I*, s. 149.

⁷⁹² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt I*, s. 146.

anlayışının benimsendiği yönünde eleştirilere neden olmuştur⁷⁹³. İtalya’da da organize suçluluğa ilişkin ceza normlarının düşman ceza hukuku anlayışına bir anlamda uygunluk gösterdiği belirtilmektedir⁷⁹⁴. Bu çerçevede, sadece suç örgütüne katılım için öngörülen cezanın son derece ağır olmasının ve bu suçlara yönelik olarak âdeta suçlunun tehlikeliliğinin bertaraf edilmesine yönelik infaz sisteminin düşman ceza hukukuna yaklaşıp nitelikte olduğu ortaya konulmuştur⁷⁹⁵. İtalya’da yasa dışı göçmenlik ile ilgili kanuni düzenlemelerin hazırlık çalışmalarında, vatandaşları ve yabancıları ifade etmek için “*biz ve diğerleri*” sözcüklerinin kullanıldığı bununla yasa dışı göçün toplumsal güvenliğin düşmanı ilan edildiği de örnek olarak gösterilmektedir⁷⁹⁶.

İtalya’da 2008-2009 yılları arasında kaçak göçmenlere yönelik olarak merkez-sağ iktidarın çoğunluğu ile kabul edilen ve daha sonra anayasa mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanuni düzenlemenin düşman ceza hukuku anlayışını yansıttığı ifade edilmiştir⁷⁹⁷. Buna göre, İtalyan Ceza Kanunu’nun “*Ortak Ağırlaştırıcı Sebepler*” başlıklı 61. maddesine 2008 yılında eklenen *11-bis* fıkrası ile; suçun kurucu unsuru veya özel ağırlaştırıcı sebebi olduğu haller dışında, “*suçlunun suçu işlediği sırada yasadışı olarak ulusal topraklarda bulunması*” bir ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştü⁷⁹⁸. Dolayısıyla, kaçak göçmenin işlediği herhangi bir suçta, verilecek cezanın üçte birine kadar artırılması söz konusuydu⁷⁹⁹. *Marinucci* verdiği örnekte, bir İtalyan vatandaşının trafikte yaşanacak basit bir tartışmada hakaret suçunu işlemesi halinde X ceza alacağını fakat bu suçu kaçak bir göçmenin işlemesi halinde cezanın üçte birine kadar artırılarak verileceğini, bunun kabul edilemez olduğunu, kaçak göçmen olmakla hakaret suçu arasında en ufak bir objektif illiyet bağı bulunmadığını vurgulamaktadır⁸⁰⁰. Fail tipini cezalandıran ve düşman ceza hukuku düşüncesinden esinlenen böyle bir düzenlemenin fiil ceza hukuku anlayışına ve anayasal nitelikteki

⁷⁹³ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 147.

⁷⁹⁴ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 114 vd.

⁷⁹⁵ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 115.

⁷⁹⁶ Giovanni Fiandaca, “Aspetti Problematici Del Rapporto Tra Diritto Penale e Democrazia”, **Democrazia e Autoritarismo Nel Diritto Penale**, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, s. 135-157, s.147 vd.

⁷⁹⁷ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 19.

⁷⁹⁸ Art. 61(*Circostanze aggravanti comuni*) n. 11-bis “*L’avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*”.

⁷⁹⁹ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 19.

⁸⁰⁰ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 19.

eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır. Kaçak göçmenin işlediği suçlarda uygulanacak cezanın sırf kaçak göçmen olması sebebiyle artırılması, onun toplumun ve devletin düşmanı olarak görülmesinden, kişi olarak yok sayılmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlayışa göre, devlet ve toplum düşmanı olan da sert bir biçimde cezalandırılmalıdır⁸⁰¹. İtalyan Anayasa Mahkemesi 2010 yılında verdiği bir kararla bu düzenlemeyi eşitlik ve ihlal edicilik ilkelerine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁸⁰².

Ceza hukukunun önleyicilik karakterinin bazı hallerde düşman ceza hukuku anlayışı ile ortak yönler ortaya koyduğu ve paralellik taşıyan özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, acil durum yasaları olarak da adlandırılan suçu önleyici nitelikteki bazı düzenlemelerin ceza hukuku içerisinde âdeta ikili bir sistem yarattığı, mevcut ceza hukuku sisteminden saptığı yönünde eleştiriler ortaya çıkmıştır. Yurttaşın uygulanacak ceza normlarının ve ceza muhakemesi kurallarının yanında, mücadele edilmesi amaçlanan “*düşmana*” yönelik olarak yeni ve bağımsız bir ceza hukuku sisteminin doğduğu ve ceza hukukunun tarih içerisindeki örneklerine benzer şekilde yeniden otoriter bir hal aldığı belirtilmektedir. Bu durum karşısında ceza hukukunun önleyici bir nitelik göstermesinin ve bu çerçevede, kural olarak cezalandırılmayan hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılmasının liberal ceza hukuku anlayışı ile ne kadar uyduğu sorusu tekrar gündeme gelmektedir. Bu sorular ve sorunlara genel hatlarıyla üç temel bakış açısıyla yaklaşılabılır⁸⁰³.

Esasında *Jakobs* tarafından da benimsenen birinci bakış açısına göre, aynı hukuki düzen içerisinde, normal veya yurttaş ceza hukuku (“*diritto penale normale o del cittadino*”) ile “*düşman ceza hukuku*” olarak adlandırılan anlayışın bir arada bulunması kaçınılmaz ve *fizyolojik* bir durumdur⁸⁰⁴. Bu görüş içerisinde, özellikle yoğun bir göç dalgasına maruz kalan batılı devletlerin, göç ile ülkelerine gelen ve ortak medeni yaşamın değerlerini paylaşmayan kişilere karşı “*düşman*” olarak davranmaktan başka çarelerinin bulunmadığı da ifade edilmektedir. Bununla birlikte yine bu bakış açısı kapsamında, “*gerek olması durumunda*” muhtemel bir terör saldırısının önlenmesi veya şeriklerin ortaya çıkarılması amacıyla, bir terör şüphelisine

⁸⁰¹ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 19.

⁸⁰² <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=249>, erişim tarihi: 01.03.2024.

⁸⁰³ Bu görüşlerin detaylı bir incelemesi için bkz. Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 116 vd.

⁸⁰⁴ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 116 vd.

sert ve işkenceye varan sorgulama yöntemlerinin de uygulanabileceği savunulmaktadır⁸⁰⁵. İnsana haklarına saygılı ve insan onurunu merkezine alan anayasal-demokratik bir hukuk düzeninde bu bakış açısının kabul edilemeyeceği açıktır.

Uluslararası öğretide de kabul gören ikinci bir bakış açısında göre ise, bir hukuk düzeninde acil durumlarda yapılacak kanunlaştırmalara hiçbir şekilde hoşgörü göstermemek gerekir. Acil veya kriz durumlarında kabul edilen düzenlemeler, belirli bir süre sonra kural haline gelmekte ve “*sürekli bir kriz durumu*” ortaya çıkmaktadır⁸⁰⁶. Bu sürekli kriz durumu ve onun getirdiği düzenlemeler de ceza hukuku sistemine klasik ceza hukuku anlayışından tamamen farklı bir görünüm kazandırmakta ve toplumsal güvenliği korumak ve etkin bir cezalandırma sağlamak uğruna temel haklar devlet gücü tarafından zedelenmektedir. Öyleyse, klasik ceza hukuku anlayışından sapan ve örgütlü suçlulukla mücadele çok etkin bir sonuç ortaya koymayan acil durum yasaları yerine, suçluluğu besleyen nedenler üzerinde daha etkili olacak sosyal ve kültürel entegrasyon, risk altında olan grupların ekonomik olarak desteklenmesi gibi politikaların devreye sokulması gerekir⁸⁰⁷. Dönmezer/Erman’ın da ifade ettiği üzere, özellikle XXI. yüzyılda toplumları savaşın eşiğine kadar getiren sorunların çözümlerini ceza hukukunda aramak yerine siyasal, toplumsal ve iktisadi alanlarda aramak daha doğru olacaktır⁸⁰⁸. Fakat devletler bu sorunların çözümlerini sosyal politikalarda aramak yerine, ceza hukukunda aramayı hem gerçekleştirilmesi daha kolay olduğu hem de sert ve baskıcı yasalarla âdeta bir güç gösterisi yapmayı seçtikleri için tercih etmektedirler. Bu çerçevede, hazırlık hareketlerini cezalandıran yeni suç tiplerinin yaratılması, sert bir infaz rejimine geçilmesi ve kişinin özel alanına müdahale eden yeni araştırma tekniklerinin kabul edilmesi söz konusu olmaktadır⁸⁰⁹.

Bu konuda üçüncü bakış açısı ise ortalama bir yol tercih etmekte, özel bir tehlikelilik taşıyan suçlar açısından toplumsal güvenlik ile bireysel haklar arasında dengeyi sağlamaya yönelik ve suçların önlenmesine de hizmet edecek araçların ceza hukukunda kullanılabileceğini belirtmektedir⁸¹⁰. Bu çerçevede, özellikle suç önlemede

⁸⁰⁵ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 116 vd.

⁸⁰⁶ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 118 vd.

⁸⁰⁷ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 118, aynı yönde görüşler için bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 150-152.

⁸⁰⁸ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt I**, s. 152.

⁸⁰⁹ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 118-119.

⁸¹⁰ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 119 vd.

kullanılacak araçların insan hakları sözleşmelerinin ve anayasasın öngördüğü sınırlama ve ölçütler çerçevesinde yasalaştırılabileceği, anayasal meşruluğu olmayan düzenlemelerin ceza hukukunda yeri olmadığı belirtilmektedir. Yine bu kapsamda suçun ağırlığı ne olursa olsun kimsenin “*düşman*” olarak sıfatlandırılmayacağı, düşman kavramına ceza hukuku çatısında yer olmadığı, bu kavramın savaş zamanlarına özgü ve insan hakları hukukuna tabi olduğu eklenmektedir. Bu itibarla, “*düşman ceza hukuku*” kavramı ancak, insan haklarını zedeleyen ve ölçüsüzce kamusal güvenliği korumayı hedefleyen ve meşruluğu olmayan düzenlemeleri “etiketlemek” için kullanılabilir⁸¹¹.

D. Değerlendirme

Ceza hukuku tarihinde yıkıcı etkileri olan düşman ceza hukuku anlayışına paralel düzenlemelerin günümüzde de örgütlü suçlulukla, terörist faaliyetlerle veya yasadışı göç ile mücadele etmek ve toplumun güvenliğini sağlamak amacıyla ve bahanesiyle ceza kanunlarında yer aldığı görülmektedir. Bu şekilde fiil ceza hukukunun sağladığı güvencelerden bir kopuş ve fail ceza hukukunun yeniden gündeme gelmesi ceza hukukunun da otoriterleşmesine yol açacaktır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu durumun toplumsal güvenliği takıntılı bir biçimde bireysel özgürlüklerin önünde gören bir suç siyasetinin sonucu olduğu savunulmaktadır⁸¹².

Düşman ceza hukuku anlayışı, öncelikle insan onurunu yok saydığı düşüncesi ile eleştirilmiştir. Özgürlükçü bir ceza hukuku, suç oluşturan davranışlara ölçülü karşılık vermelidir. Bugün için ceza hukuku artık cezalandıran değil, insan haklarını koruyan hukuktur⁸¹³. Bununla birlikte, suçluyu kişi olmaktan çıkaran ve sadece tehlikeliliği cezalandıran bir düşüncenin hukuk devleti içerisinde kabulü mümkün değildir. Son olarak da düşman ceza hukukunun bir “*ötekileştirme aracı*” olarak kullanıldığı ve bu kapsamda suçlunun bertaraf edilmesine ilişkin icra edilen hukuksuzluklara haklılık kazandırdığı ifade edilmektedir⁸¹⁴.

Kanaatimizce de düşman ceza hukuku anlayışının insan haklarına saygılı bir hukuk devleti ile kesinlikle bağdaşmayacağı ve özgürlükçü bir ceza hukukunda da yeri

⁸¹¹ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 120 vd.

⁸¹² Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt I*, s. 149.

⁸¹³ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt I*, s. 148.

⁸¹⁴ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki... Cilt I*, s. 148.

olmadığı açıktır⁸¹⁵. İşlediği suçun niteliği ne olursa olsun, hiç kimse hukuk karşısında kişi olma özelliğini yitirmez, devlet tarafından “düşman olduğu” ilan edilen bir gruba insan haklarına aykırı muamele edilemez⁸¹⁶. Hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri uyarınca, hukuk herkese karşı aynı şekilde uygulanmalıdır, failin bireysel özellikleri, salt tehlikeliliği uygulanacak kuralları etkileyemez⁸¹⁷. Anayasal demokratik bir düzende ve fiili temel alan bir ceza hukuku anlayışında, fail değil fiil cezalandırılır. Fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru bir yöneliş, ceza hukukunun otoriterleşmesi ve bireysel güvencelerin kaybolması anlamına gelecektir⁸¹⁸. Devlet terörle veya ağır diğer suçlarla mücadelede sınırsız yetkilere sahip değildir, bu mücadele ancak hukuk çerçevesinde gerçekleştirilebilir⁸¹⁹. *Yenisey*’in de vurguladığı üzere, devlet terörü önlerken ve terörle mücadele ederken, terörün istediği sonuçları kendisi yaratmamalı ve terörle mücadele uğruna hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerinden taviz vermemelidir. Yine yazarın belirttiği üzere, “temel hak ve özgürlüklerin, devletin aşırı uygulamalarına karşı korunması gerekir. Teröre karşı alınan tedbirler zorunlu olanlarla sınırlıdır”⁸²⁰.

Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” yönündeki düzenlemeyle işkence ve eziyetin bir ceza yöntemi olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bununla beraber, insan haysiyetine aykırı ceza verilmesinin de önüne geçilmiştir. Bu yasakların sadece uygulayıcılar açısından değil, suç ve cezaları düzenleyen kanun koyucu açısından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁸²¹. Bu itibarla, bireyi düşman olarak ilan eden ve insan onuruna aykırı cezalandırma ve uygulamaların önünü açan düşman ceza hukuku anlayışının anayasal çerçevede de kabulünün mümkün olmayacağı çok açıktır.

İçel de özellikle terörle ve organize suçlulukla mücadelede, bu suçların faillerinin “düşman” olarak kabul edilmek suretiyle, farklı hükümlerin kapsamına

⁸¹⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki...* Cilt I, s. 149.

⁸¹⁶ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki...* Cilt I, s. 149, Veysel Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 262-263, Demirbaş, s. 99.

⁸¹⁷ Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, s. 262-263.

⁸¹⁸ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki...* Cilt I, s. 149.

⁸¹⁹ Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, s. 263.

⁸²⁰ Feridun Yenisey, “Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkeleri”, *Suç Politikası Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5*, Seçkin, Ankara, 2006, s. 19-36, s. 19.

⁸²¹ Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Sınırları”, s. 22 vd.

alındığını vurgulamaktadır⁸²². Bu çerçevede yazar, devletin hangi türden suç olursa olsun çağdaş bir ceza hukuku anlayışında suç politikasını yönetmesi gereken ve evrensel nitelikte olan; “kusursuz suç ve ceza olmaz”, “hukuk devleti” ve “insan onurunun korunması” ilkelerine bağlı kalınması gerektiğini eklemektedir. Gerçekten de sadece güvenlik endişeleri ile bu ilkelerin yok sayılması, insan onuru ile bağdaşmayan uygulamalara yol açacağı gibi, “güce üstünlük” vermek anlamına da gelecektir⁸²³. Bu itibarla, en ağır suçlarla mücadele ederken bile, çağdaş bir ceza hukukunda suç politikasını yönlendiren ilkelerden ayrılmamak gerekir.

Uluslararası ve ülke çapındaki terörizm yarattığı şiddet ve katliamların⁸²⁴ ve örgütlü suçluluğun sonuçlarının ağırlığı ne olursa olsun, bunlarla mücadelede anayasanın ortaya koyduğu sınırlar ihlal edilemez. Bu itibarla, ceza hukuku korumasını öne çeken ve hazırlık hareketlerini istisnai olarak cezalandıran düzenlemelerin anayasal-demokratik bir düzende meşru kabul edilmeleri için mutlaka ihlal edicilik ve orantılılık ilkelerine uygun olarak kanunlaştırılmaları ve anayasal sınırlama ve ölçütlere uygun olmaları gerekir. Siyasal gücün elinde otoriterleşme riski taşıyan ceza hukuku, bugün dün olduğundan daha fazla bir şekilde, insan haklarının *magna cartası* olan anayasaya ve anayasanın ihlal edilemez ilkelerine bağlı kalmalıdır⁸²⁵.

IV. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Suç Tiplerinin Anayasaya Uygunluğu ve Hazırlık Hareketlerinin İstisnai Olarak Cezalandırılmasında Uyulması Gereken Koşullar

A. Genel Olarak

Araştırmamız boyunca temas ettiğimiz ilkeler çerçevesinde hazırlık hareketlerini cezalandıran bağımsız suç tipleri, birincil nitelikteki hukuksal değerleri koruma ve ceza hukukunun önleyici karakterine hizmet etmekle birlikte, ihlal edicilik ilkesi ve fiil ceza hukuku anlayışı ile bazı alanlarda çatışmakta ve uyumsuzluk

⁸²² İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 102.

⁸²³ İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 102.

⁸²⁴ Terör ve terörizm kavramları için bkz. *Türkiye ve Terörizm Raporu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, Ankara, 2006, s. 3 vd.

⁸²⁵ Marinucci, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 23.

göstermektedir. Anayasal bir niteliği olan ve suç politikasının sınırını oluşturan ihlal edicilik ilkesi, cezalandırmanın ön alana çekilmesi ile bir anlamda erozyona uğratılmakta, ihlal ediciliğin ve suçun hukuki konusunu oluşturan hukuksal değerlerin korunmasının hangi aşamaya, sınıra kadar geriletileceği sorunu doğmaktadır. Bununla birlikte yine çalışmamız içerisinde ifade etmeye çalıştığımız şekilde, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması zarar esası üzerine kurulu klasik ceza hukuku ile de bazı uyumsuzluklar ortaya koymaktadır.

Hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılması ile ceza hukuku koruması, hukuksal değere verilen zararın ve hatta cezalandırılabilir teşebbüsün de önüne çekilmektedir. Dolayısıyla, bu tekniğin zarar esası üzerine kurulu klasik ceza hukuku ve ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelerle çeliştiği yönünde öğretide haklı olarak şüpheler doğmuştur⁸²⁶. Bu itibarla, korunan hukuksal değeri ihlale çok uzak olan ve hukuksal değer ile bağı zayıflamış olan hazırlık hareketlerini cezalandıran normların anayasaya aykırılıkları gündeme gelebilecektir. Öyleyse, bu düzenlemelerin çok istisnai bir biçimde ve sıkı şartlar altında kanunlaştırılması önerilmektedir. Hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin ceza hukukuna bastırmacılık özelliği yanında, organize suçlar ve özellikle terör suçları gibi çok ağır suçlar karşısında etkin bir önleyicilik imkânı tanıdığı açıklanmaktadır⁸²⁷. İnsan haklarına saygılı bir biçimde ve hukuk devletinin sınırları içerisinde kalarak ceza hukukunun önleyici bir işlev de görmesi gerektiğini savunan *Viganò*, 11 Eylül saldırılarının sonrasında *Bush* yönetiminin terörizme karşı istihbarat teşkilatları aracılığıyla ve doğrudan yürütme organı tarafından yönetilen bir savaş modeli çerçevesinde karşılık verileceği yönündeki açıklamasının hatalı ve hukuk dışı olduğunu belirtmektedir⁸²⁸. Yazar, 11 Eylül sonrası, sonu belirsiz tutuklamalar, hukuksuz sorgulamalar ve hakkaniyete aykırı yargılamaların da bunun göstergesi olduğunu vurgulamaktadır. Bu itibarla, yazara göre ceza hukuku bazı çok özel hallerde ve ağır suçlar açısından “*anayasal meşruluğu*” olan ceza normları vasıtasıyla önleyici bir işlev üstlenebilir⁸²⁹.

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin 2009 senesinde İstanbul’da düzenlediği

18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde “*Hazırlık ve İştirak Müesseselerinin*

⁸²⁶ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 172.

⁸²⁷ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 123.

⁸²⁸ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 123.

⁸²⁹ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 124.

Genişletilmesi” bir ana başlık olarak ele alınmıştır. Kongrenin I. Bölümünün Hazırlık Kolokyumu’nun katılımcıları, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına ilişkin olarak bazı esasları kabul etmişlerdir⁸³⁰. Öncelikle ceza hukuku korumasının öne alınması ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılması konusunda şu yönde bir açıklama yapılmıştır: *“Ceza Hukukunun genel ilkelerine uygun olarak, belirli hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ancak özel koşulların varlığı halinde, bu hareketlerin teşebbüs hareketlerinin cezalandırılması ile aynı (Genel Ceza Hukuku) veya ayrı (Özel Ceza Hukuku) suçlar olarak görülebilir ve suçla mücadele yöntemlerini özellikle çok ağır suçlarda ve sadece açık ve yakın tehlike durumunda genişletmek gerekmektedir”*⁸³¹.

Bununla birlikte söz konusu Kongre’de, hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için bazı koşulların varlığı aranmıştır. Bu koşullar şöyle sıralanmıştır:

- a. *“Diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi;*
- b. *Hukukun, hangi hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelere başvurmadan (“diğer tüm hazırlık hareketleri” gibi) ve özellikle sadece suç işleme kastının cezalandırılmasından kaçınarak, objektif ve somut hareketleri tanımlamış olması;*
- c. *Suç haline getirilen fiillerin asıl suçun işlenmesine sıkı sıkıya bağlı olması ve yukarıda belirtilen hukuki yararlar somut ve yakın tehdit teşkil eden bu bağlantının, objektif olarak belirlenebilmesi;*
- d. *Failin somut ve belirli bir suçun işlenmesi için doğrudan kasıt (dolus directus) ile hareket etmesi;*
- e. *Ceza, asıl suç için öngörülenden daha hafif ve her halükarda, teşebbüs ile orantılı olmalıdır. Hazırlık hareketleri, gerçekleştirilmesi planlanan suçun oluşması neticesini verdiğinde, asıl suç için öngörülen cezanın, hazırlık hareketleri için öngörülen cezayı içermesi;*

⁸³⁰ “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 13-28, s. 16-17.

⁸³¹ “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, s. 16-17.

f. Failin hazırlık hareketlerinden gönüllü vazgeçerek hareketlerine devam etmemesi halinde, fail cezalandırılmaz veya cezasında indirim yapılır”⁸³².

Yukarıda aktardığımız koşullara paralel olarak, öğretide cezalandırılan hazırlık hareketlerinin anayasaya uygunluğunun denetlemesi için beş aşamadan oluşan analitik bir test ortaya konulmuştur. Bu itibarla, cezai korumanın sınırını hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına kadar gerileten her bir ceza normunun bu teste tabi tutulması ve ancak testin koşullarına uyması halinde meşru bir düzenleme olarak kabul edilmesi önerilmektedir⁸³³. Aşağıdaki başlık altında bu testin içerdiği ölçütler ele alınacaktır. Bu ölçütlerin, temelde korunan hukuksal değerlerin önemi ve vazgeçilemez nitelikte oluşu, ihlal edicilik, suçta ve cezada kanunilik ve ölçülülük-orantılılık ilkeleri çerçevesinde şekillendiğini belirtmek gerekir. Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla, meşru bir amaç çerçevesinde, özlere dokunmadan, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir.

İnsan haklarına saygılı ve insan onurunu koruyan bir hukuk devletinin ceza hukukundaki tezahürü olan anayasal nitelikteki ihlal edicilik ilkesi de kanun koyucunun takdir yetkisi önünde önemli bir kıstas oluşturacaktır. Ayrıca 2001 değişiklikleriyle, 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırılmaların, “*lâik Cumhuriyetin gereklerine*” aykırı olamayacağı ölçütü de yer almaktadır. Laik bir düzende ceza hukuku, ne kadar kötü veya ahlaka aykırı olursa olsun bireyin haricileşmemiş, dış dünyada etkiler doğurmayan düşünce ve niyetleri için harekete geçmez. Özgürlükçü ceza hukukunda, sırf düşünce suçları veya devlet düzeninin değerlerine sadık olmayan davranışları bir tehlikelilik belirtisi olarak kabul eden suç tipleri kabul edilemez. Liberal suç modelinin önemli kazanımı olan ihlal edicilik ilkesine göre, ancak maddi karaktere sahip, kaynağını anayasada bulan ve kanunda korunan hukuksal değeri ihlale elverişli bir fiil suç oluşturabilir. Bu itibarla, temel hak ve özgürlüklerin laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağı ölçütü, kanun koyucunun ancak ihlal ediciliği olan fiilleri yasalaştırabileceğini de ortaya koymaktadır.

⁸³² “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, s. 16-17.

⁸³³ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 181.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde belirtilmiştir. 13. madde uyarınca; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Demokrasinin varlığı açısından temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunması olmazsa olmaz bir koşul niteliğindedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütleri ve bu sınırlamanın sınırları da anayasalarda gösterilir. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin yasama organına karşı korunmasını sağlayan ve kanun koyucunun takdir yetkisini sınırlayan önemli güvencelerden birisi ölçülülük ilkesidir⁸³⁴. Sınırlamanın sınırını belirlemede “ölçülülük” ile kullanılan diğer iki ölçüt ise “öze dokunma yasağı ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütleridir⁸³⁵. Anayasa Mahkemesi de bu ölçütler ile ilgili olarak; *“Aralarında sıkı bir ilişki bulunan, ‘temel hak ve hürriyetlerin özü’, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ve ‘ölçülülük ilkesi’ kavramları, bir bütünün parçaları olup, ‘demokratik bir hukuk devleti’nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır”* yönünde karar vermiştir⁸³⁶. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının meşruluğu incelenirken öncelikle, sınırlandırmanın hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakılmalıdır. Çünkü hakkın özüne dokunan sınırlandırmalar, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesine evleviyetle aykırı olacaktır⁸³⁷.

⁸³⁴ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 2017, s. 1-74, s. 3, Ölçülülük hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

⁸³⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 3-4, Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta, 2006, s. 133 vd., Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2014, s. 124 vd., Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 104 vd., Bülent Tanör, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 53-55, Serkan Kızılyel, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**, İstanbul, Beta, 2014, s. 115 vd.

⁸³⁶ AYMK, E.2016/165, K.15.03.2017, K.T.2017/76

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/76?EsasNo=2016%2F165>, erişim tarihi: 01.03.2024, ayrıca bkz. Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 4.

⁸³⁷ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 5.

Ölçülülük ilkesi, hukuksal ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü olarak düzenlenmesine hizmet eder⁸³⁸. Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında öze dokunma yasağına aykırı hareket edilmemiş olsa bile, sınırlandırmanın ölçülü bir şekilde yapılması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler ölçüsüz olursa, sınırlandırmanın gereksiz ya da keyfi olduğu sonucu çıkacaktır⁸³⁹. Bu çerçevede, sınırlamayla hedeflenen amaca ulaşmak için temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlandırılmasının yeterli olacağı ölçülülük ilkesi ile belirlenir⁸⁴⁰. Ayrıca ölçülülük ilkesi, sınırlamanın nasıl yapılacağı konusunda kanun koyucuya yön gösteren bir işleve sahiptir⁸⁴¹. Ölçülülük ilkesi, kamu gücünün yargısal denetimini ve sınırlandırmasını sağladığı için temel hak ve özgürlükler açısından bir güvence işlevi görür⁸⁴². Bu ilke hem yasama hem de yasaların uygulanması alanında, devletin sahip olduğu en ağır silah olan cezalandırma yetkisinin denetlenmesinde kullanılan “*en rasyonel ölçütlerden biridir*”⁸⁴³. Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesinin amacının gereğinden fazla bir sınırlandırmayı önlemek olduğunu açıklamaktadır⁸⁴⁴.

Ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılırken, kanun koyucu hukuk devletinin ve ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ölçülülük ilkesi ile bağlı olacaktır. Ölçülülük, “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde, kamu gücünün yapmış olduğu sınırlamamanın denetlenmesinde referans noktasını, sınırlandırma ile ulaşılmak istenen meşru amaç oluşturur⁸⁴⁵. Bu kapsamda, ceza kanunları yapılırken öncelikle “*meşru bir amaç izlenmeli, bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar elverişli ve gerekli olmalı, kullanılan araç ile amaç arasında ölçülü bir orantı bulunmalıdır*”⁸⁴⁶. Anayasa Mahkemesine göre; “*Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen*

⁸³⁸ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 5.

⁸³⁹ Kızılyel, s. 137.

⁸⁴⁰ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 4-5.

⁸⁴¹ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 4-5.

⁸⁴² Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 6, Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Sınırları”, s. 41 vd.

⁸⁴³ Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Sınırları”, s. 42.

⁸⁴⁴ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 6, Bkz. AYMK, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 04.07.2013 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/84?EsasNo=2012%2F100>, erişim tarihi: 01.02.2024

⁸⁴⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 7, Kızılyel, s. 138.

⁸⁴⁶ Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Sınırları”, s. 42,

amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama aracı ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir”⁸⁴⁷. Ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin içerdiği ölçütler, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının anayasal meşruluğunun denetlenmesinde yol gösterici olacaktır.

Son olarak önemle vurgulamak gerekir ki, hazırlık hareketini cezalandıran bir ceza normunun meşruluğuna ilişkin ölçütlerin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi ve denetlenebilmesi için demokratik düzende sorunsuz çalışan bir anayasa yargısına ihtiyaç vardır. Bununla birlikte hazırlık hareketini cezalandıran soyut bir ceza düzenlemesi anayasal açıdan meşru kabul edilse bile, ceza hukukunun görevi burada sona ermemektedir. Yargıç, önüne gelen her somut olayda, hazırlık hareketini cezalandıran normun kapsamına girme ihtimali olan somut fiili değerlendirmeli ve bu fiilin korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olup olmadığını da tespit etmelidir. İhlal ediciliğin somut yönünü yansıtan bu kuralın uygulanması için bağımsız ve tarafsız bir yargıya ihtiyaç olduğu da önemle açıklanmalıdır. Aksi takdirde, burada yer alan ölçütlerin ne derecede anlam ifade edeceği tartışma konusu olur.

Hazırlık hareketlerini cezalandıran normların uygulanması özellikle kendisini demokratik olarak nitelendiren ve anayasal açıdan bu şekilde görünen ancak, baskıcı ceza hukuku sisteminin uygulandığı sistemlerde sorun oluşturacaktır. Baskıcı ceza hukukunda zaten devlet ve onun resmî ideolojisi ön plandadır. Devletin resmî ideolojisinin kutsandığı rejimlerde farklı düşüncelere ve çoğulculuğa yaşama hakkı tanınmayacağı açıktır⁸⁴⁸. Bu gibi sistemlerde, yargıç âdeti devletin memuru haline gelmekte ve hatta yasal tanımda yer almayan suçları bile, devleti korumak bahanesiyle aşırı geniş bir yetki kullanarak cezalandırabilmektedir. Özgürlükçü bir görünüme ve yapıya sahip ancak baskıcı eğilimlerin hâkim olduğu bir siyasal düzen, kendi yargısını da yaratacağı için yargının siyasallaşması olgusu doğabilecektir⁸⁴⁹. Bu itibarla,

⁸⁴⁷ AYMK, E.2022/129, K.2023/189, K.T. 08/11/2023

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/189>, erişim tarihi: 02.03.2024.

⁸⁴⁸ Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, s. 403 vd.

⁸⁴⁹ Sancar, “Ceza Hukukunda Özgürlükçü ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, s. 404.

kanunlardaki normların ve özellikle de hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin bireyin özgürlükleri aleyhine yorumlanabileceği düşünüldüğünde, ceza normunu uygulayacak yargıcın bağımsız ve tarafsızlığı büyük önem taşır. İhlal edicilik ilkesi çerçevesinde, anayasal sınırlamalara uygun ve meşru bir düzenleme yapılmış olsa dahi, somut olayda normun korunan hukuksal değeri ihlal kabiliyetine sahip olup olmadığını denetleyecek olan yargıçtır.

B. Hazırlık Hareketlerini Cezalandıran Düzenlemelerin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesinde Uygulanması Önerilen Ölçütler

1. Korunan Hukuksal Değerin Birincil Derecede Önem Taşması ve Vazgeçilemez Nitelikte Olması

Öncelikle bir özgürlüğün sınırlandırılması ancak meşru bir amaç çerçevesinde söz konusu olabilir. Burada temel alınan ölçüt, hukuksal değerlerin korunması olmaktadır⁸⁵⁰. Bir fiilin suç olarak değerlendirilebilmesi için hukuk tarafından korunan bir değeri ihlal etmesi gerekir. Aksi halde, “*korunan herhangi bir değeri ihlal etmeyen bir eylem suç olarak kabul edilemez*”⁸⁵¹. Bununla birlikte, *ölçülülük-orantılılık* ilkesi kapsamında, cezai korumanın hazırlık aşamasına kadar çekilebilmesi için korunan hukuksal değerın önem derecesinin yüksek seviyede olması gerekir (yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi hürriyeti, kamu düzeni vb.)⁸⁵².

Bu itibarla, normda korunan hukuksal değerin önemi arttıkça, cezalandırılan davranışı da o nispette öne çekmek mümkün olacaktır. Başka bir ifadeyle, cezalandırılan hareketin hukuksal değerin zarara uğratılması anına kronolojik olarak uzaklığı, hukuksal değerin önem derecesi ile orantılıdır⁸⁵³. Bununla birlikte korunan hukuksal değerin sadece yüksek önem derecesine sahip olmasının tek başına yeterli olmayacağı, toplumun varlığı ve anayasada korunan demokratik kurumların bütünlüğü için olmazsa olmaz nitelikte olması gerektiği de savunulmaktadır (“*anayasal düzen,*

⁸⁵⁰ Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, s. 230, Demirtaş, s. 66, Özkan, s. 100 vd.

⁸⁵¹ Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, s. 230-231.

⁸⁵² Viganò, “*Incriminatione di atti preparatori...*”, s. 182.

⁸⁵³ Viganò, “*Incriminatione di atti preparatori...*”, s. 182.

ekonomik sistemin istikrarı, toplumun sağlığı ve selameti gibi)⁸⁵⁴. Ayrıca, cezalandırılan hazırlık hareketlerinin zarar neticesinden aşırı derecede uzak olmaması gerektiği, “*zarar tehlikesinin tehlikesinin de tehlikesi*” gibi uzak bir davranış cezalandırmanın orantılılık ilkesine aykırı olacağı vurgulanmaktadır⁸⁵⁵. Mülkiyet hakkı gibi birincil nitelikte olmayan bir hukuksal değerın korunması amacıyla ceza korumasının hazırlık aşamasına çekilmesi ile anayasal ilkelere ve orantılılık ölçütüne aykırılık oluşturacaktır⁸⁵⁶.

Hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suç tiplerinin anayasaya uygunluğu denetlenirken başvurulmuş bu ölçüt tartışmaya açıktır. Öncelikle hangi hukuksal değerin önem derecesinin bir diğerine göre daha yüksek seviyede olduğuna nasıl karar verilecektir. Farklı devlet türlerinde ve yönetim şekillerinde, özellikle baskıcı ve otoriter idarelerde kamu güvenliği ve düzeninin korunması en üst seviyede hukuksal değerler olarak kabul edilebilir. Siyasal ve dönemsel iktidarın en üst seviyede kabul ettiği bu hukuksal değerleri korumak bahanesiyle, insan haklarını ihlal eder şekilde ceza hukuku korumasını hazırlık aşamasına kadar çekmesi ve kendi ideolojisine “*sadık*” olmayan fiilleri cezalandırması mümkündür . Öğretide de “*korunan hukuksal değerin önemi*” ölçütünün tatmin edici bir çözüm sunmadığı belirtilmekte, bu ölçütün onu yorumlayan kişi tarafından kolayca yönlendirilebilir olduğuna işaret edilmektedir⁸⁵⁷. Özellikle Nazi Almanyası döneminde toplumun temiz ve sağlıklı duygularını korumak ve kamu düzenini sağlamak amacıyla yapılan uygulamalar ortadadır⁸⁵⁸.

Bununla beraber, içeriği çok geniş olan toplumsal nitelikteki hukuksal değerlerin korunması amacıyla ceza hukukunun koruma alanını aşırı şekilde genişlemesi haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁵⁹. “*Ekonomik düzen, toplum sağlığı*” gibi hukuksal değerlerin korunması amacıyla bir çok davranışın cezalandırıldığı ve kanun koyucunun kapsamı muğlak olan bu hukuksal değerler aracılığıyla cezai korumayı ön alana çektiği belirtilmektedir⁸⁶⁰. Bireysel olmayan, toplumsal nitelikteki hukuksal değerlerin

⁸⁵⁴ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 602.

⁸⁵⁵ Marinucci/Dolcini, *Corso di Diritto Penale* 1, s. 602.

⁸⁵⁶ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 604.

⁸⁵⁷ Adelmo Manna, *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, Milano, CEDAM, 2017, s. 478.

⁸⁵⁸ Manna, *Corso Di Diritto Penale Parte Generale*, s. 478.

⁸⁵⁹ Demirtaş, s. 42.

⁸⁶⁰ Demirtaş, s. 42.

korunması amacı çerçevesinde kanun koyucunun ceza kanunu yapma ve norm oluşturma konusunda takdir yetkisinin alanının genişlediği vurgulanmaktadır⁸⁶¹. Bu çerçevede ceza hukuku sosyal ihtiyaçların karşılanması için bir araç olarak kullanılmakta, sosyal sorunların çözülmesi için ceza hukukunun kullanılması da kanun koyucular için bir kolaycılığa yol açmaktadır⁸⁶². Özellikle toplumsal kriz dönemlerinde, acil olduğu ileri sürülerek, açık ve belirli olmayan hukuksal değerlerin korunması gayesiyle yasalaştırma yapılması hukuki güvenliği ve ceza hukukunun son çare olma özelliğini de ortadan kaldırmaktadır⁸⁶³.

Ceza hukuku korumasının öne alınmasında dayanak noktası oluşturacak birincil nitelikteki hukuksal değerlerin içeriğinin açık ve belirli olması gerektiği düşüncesindeyiz. Her ne kadar, günümüz toplumundaki tehlikelerin önlenmesi meşru bir amaç olarak kabul edilse de⁸⁶⁴ özellikle kamusal ve kolektif hukuksal değerlerin korunması amacıyla ceza korumasının hazırlık hareketlerine kadar genişletilmesinde sınırlayıcı bir anlayış benimsenmeli ve bu hukuksal değerler korunurken en azından somut bir tehlike ortaya koyan suç düzenlemelerine başvurulmalıdır. Bununla birlikte günümüzün çağdaş anlayışında, korunan hukuksal değerlerin her zaman bireye ait olduğu, örneğin terör suçlarında bireyin demokratik anayasal düzende yaşama hakkının korunduğu unutulmamalıdır⁸⁶⁵. Aynı şekilde, bireyi merkezine alan anayasal-demokratik bir hukuk sisteminde kamusal ve kolektif menfaatler, insan kişiliğinin gelişimi ve insan onurunun korunması için sadece bir araç görevini görürler. Özgürlükçü bir ceza hukuku sisteminin merkezi ve son gayesi bireyin haklarının korunmasıdır⁸⁶⁶. Dolayısıyla kanun koyucu, kamusal veya kolektif hukuksal yararları korumak için ceza hukuku korumasını öne alırken bu esasları göz önünde bulundurmalıdır.

⁸⁶¹ Elvan Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2015, s. 627-638, s. 635.

⁸⁶² Keçelioğlu, s. 635.

⁸⁶³ Keçelioğlu, s. 634 vd.

⁸⁶⁴ Demirtaş, s. 66.

⁸⁶⁵ Özek, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı...”, s. 663.

⁸⁶⁶ Mantovani, “Principi Fondamentali Del Diritto Penale Della Libertà”, s. 392.

2. Hazırlık Hareketini Suç Olarak Düzenleyen Normun Hukuksal Değerin Korunması Amacına Uygun Olması

Hazırlık hareketlerini cezalandıran normun yüksek önem derecesinde bir hukuksal değeri koruma amacında olduğu belirlendikten sonra, söz konusu ceza normunun bu amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığı da incelenmelidir. Bu çerçevede, *ölçülülük-elverişlilik* ölçütü uyarınca, hazırlık hareketini cezalandıran ceza normunun korumanın amacına nazaran uygun bir araç olması gerekir (aracın uygunluğu, “*adeguatezza del mezzo*”)⁸⁶⁷.

Öncelikle hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tipi hukuksal değer zarara uğratılmasını engellemeye elverişli olmalıdır. Ancak bu elverişlilik tek başına yeterli olmaz, birincil derecedeki hukuksal değerlerin korunması amacına yönelik olarak cezalandırılan hazırlık hareketlerinin çok kesin bir biçimde belirlenmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, cezalandırılan hazırlık hareketlerinin âdeta bu amaca göre kesilip biçilmiş olması aranmalıdır. Ancak bu şekilde, hukuksal değer korunmasına yönelik olmayan diğer davranışlar cezalandırma dışında bırakılabilir⁸⁶⁸.

Hazırlık hareketini cezalandıran soyut suç tipi ile korunan hukuksal değer arasında dolaylı da olsa tehlikeye sokma yönünde bir bağ mevcut olmalıdır. Sadece gelecekte gerçekleşecek amaç suçun hazırlığı niteliğinde olan bir davranışın cezalandırılabilmesi için, bu davranışın korunmak istenen hukuksal değer açısından “*toplumsal olarak onaylanmayan ve izin verilmeyen bir risk*” yaratması gerekmektedir⁸⁶⁹. Bu itibarla, önleyici bir cezalandırmaya yönelik hazırlık hareketlerinin ya “*kendiliğinden tehlikeli*” olması ya da “*kanunda korunan belirli bir menfaatin zararına yönelik bir riski artırması*” gerektiği açıklanmaktadır⁸⁷⁰. Cezalandırılan hazırlık hareketi, ileride gerçekleştirilecek ve *final* hukuksal değeri ihlal edecek amaç suç açısından da günün “*bilimsel ve tecrübeye dayalı bilgisi uyarınca önemli bir adım*” olmalıdır. Bu itibarla, cezalandırılan hazırlık hareketleri ile

⁸⁶⁷ Francesco Palazzo, “Offensività e Ragionevolezza Nel Controllo di Costituzionalità Sul Contenuto delle Legge Penali”, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, s. 381 aktaran Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182, 27 no’lu dipnot.

⁸⁶⁸ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182.

⁸⁶⁹ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminatione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 169.

⁸⁷⁰ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminatione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 169, 56. dipnot.

amaç suç ve korunması amaçlanan birincil hukuksal değer arasında bir nedensellik bağının aranması icap eder. Bununla birlikte, ceza hukuku korumasının öne alınabilmesi için, “*kriminolojik ve gözleme dayalı bilgi ışığında*” ve “*günlük tecrübe ve olayların normal akışı çerçevesinde*” hazırlık hareketlerinin ileride gerçekleşecek ihlaller açısından objektif bir öneme sahip olması gerektiği de vurgulanmaktadır⁸⁷¹.

Yukarıdaki paragraftaki görüşler ışığında, “*soyut ve dolaylı bir tehlike*” ortaya koysa dahi, ceza normunda tipeleştirilen soyut suç fiilinin (“*fatto di reato*”) objektif açıdan korunan hukuksal değere bir tehlike yaratmaya elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷². Bu çerçevede, hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut bir suç tipi düzenlenirken iki temel şartın aranması gerekir. Objektif nitelikteki birinci şarta göre, cezalandırılan hazırlık hareketi korunan hukuksal değer zarara uğraması yönünde bir risk yaratmalı ya da böyle bir riski artırmalıdır⁸⁷³. Başka bir ifadeyle, soyut suç tipinde hazırlık hareketinin ileride işlenecek suçun icrasına yönelik olduğu ve bunu kolaylaştırdığına dair özellik/nitelikler normda yer almalı, normlaştırılmalıdır. Normun düzenlenmesinde aşırı bir cezalandırmayı önlemek için, belirli ve açık olacak bir şekilde, korunan hukuksal değeri objektif olarak tehlikeye sokan ve hazırlık hareketi niteliğinde olan hareketler tespit edilmeli ve kanunlaştırmada bunlar seçilmelidir. İkinci olarak, sübjektif bir bakış açısıyla, ceza normunda yer alan hareketlerin zarar verici bir neticeyi gerçekleştirme “*amacı*” taşıdığı belirtilmelidir⁸⁷⁴. Ancak ceza normunda failin amacına yer verilmesi suretiyle, tipeleştirilmiş fiilin ikiliğe yol açmayacak bir karakter kazanması sağlanır⁸⁷⁵. Belirli suçların işlenmesi ya da zararlı bir neticenin gerçekleştirilmesi “*amacının*” soyut suç tipinde yer alması, ilerideki suçların işlenmesi bakımından araç/enstrüman niteliğinde ve objektif değerde olan hazırlık hareketinin ceza hukuku bakımından önemini netleştirmeye yardımcı olur. Bu itibarla, suç tipinde failin belirli bir amaçla hareket etmesinin yer almasıyla, hazırlık hareketi niteliğinde olan ve normda yer alan temel davranış (“*condotta-base*”)

⁸⁷¹ Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 171.

⁸⁷² Ivan Salvadori, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, *Diritto Penale E Modernità, Le Nuove Sfide Fra Terrorismo, Sviluppo Tecnologico e Garanzie Fondamentali*, Trento, Quaderni Della Focalità Di Giurisprudenza, Università Degli Studi Di Trento, 2017, s. 361-439, s. 425.

⁸⁷³ Salvadori, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, s. 426.

⁸⁷⁴ Salvadori, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, s. 429 vd. Salvadori, *L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 174 vd.

⁸⁷⁵ Salvadori, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, s. 429.

ile *teleolojik* bir bağ kurulmuş olur ve bu şekilde düzenlenen norm da ceza hukuku açısından önem kazanır⁸⁷⁶.

Bu itibarla, hazırlık hareketlerinin çok geniş bir çerçevede kanunlaştırılmasının engellenmesi ve korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olmayan “*nötr*” davranışların müstakil olarak cezalandırılmasının önlenmesi için, sadece hukuksal değeri ihlale elverişli ve sübjektif olarak hukuksal değere zarar vermeyi amaçlayan hazırlık hareketi niteliğindeki davranışların soyut suç tipi olarak düzenlenmesi önerilmektedir. Başka bir ifadeyle, *nötr* nitelikteki davranışların cezalandırılmasını engellemek ve kanun koyucunun çok geniş bir yelpazede cezalandırmaya başvurmasını önlemek için, hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut suç normu, gelecekte icra edilecek ve hukuksal değere zarar verecek hareketler açısından “*şüpheye yer vermeyecek derecede ayırt edici, belirtici*” (“*unicovamente sintomatiche*”) biçimde kanunlaştırılmalıdır⁸⁷⁷. Bu itibarla, hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut düzenlemenin “*mevcut bilimsel bilgi ve/veya güvenilir en yüksek tecrübe*” uyarınca korunan hukuksal değer açısından “*ikiliğe/şüpheye yol açmayacak şekilde bir tehlike*” yaratması icap eder⁸⁷⁸. Hazırlık hareketini cezalandıran ve ceza hukuku korumasını öne alan soyut ceza normu, hukuksal değer açısından tehlikeli bir durum yaratmaya elverişli ise, ancak o zaman orantılılığa uygun olarak kanunlaştırıldığı varsayılabilir⁸⁷⁹. Dolayısıyla, korunan hukuksal değer açısından çok uzak olan hazırlık faaliyetleri, varılmak istenen amaç (korunması amaçlanan hukuksal değer) açısından uygun araç olmadıklarından cezalandırma dışında kalacaklardır. Kanun koyucunun çok geniş, genel ve aşırı derecede kapsamlı suç modellerine başvurmasının bu şekilde önlenilebileceği ileri

⁸⁷⁶ Salvadori, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, s. 430.

⁸⁷⁷ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 132

⁸⁷⁸ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 132, Hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemelerin yaratacağı sakıncaların önlenmesi amacıyla, öğretide *Marinucci*, Anayasal nitelikteki ihlal edicilik ve orantılılık ilkeleri ışığında hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının, bu hareketlerin ancak birincil derecedeki hukuksal yararlar açısından “*tipik olarak tehlikeli olmaları*” halinde mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Marinucci*, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, s. 10, Aynı yönde *Alacakaptan*’ın da belirttiği üzere, kanun koyucu bir tehlike suçu koymak istiyorsa, “*cezalandıracağı tehlikenin korunan hukuksal yararı zarara uğratabilme iktidarında olmasını, başka bir deyişle, elverişlilik koşulunun varlığını aramalıdır*”. Bkz. *Alacakaptan*, “Fikir ve düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları, çağdaş batı hukukunda bu konudaki düşünce ve uygulamalar, Türk uygulaması ve değerlendirilmesi”, s. 19, Ayrıca, korunan hukuksal değere ilişkin bir tehlike önlenmek isteniyorsa, hukuksal değere yönelen bu tehlikenin gerçekleşmesi ceza normunda açıkça belirtilmeli, yani tipleştirilmelidir. Bkz. *Alacakaptan*, “Fikir ve düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları, çağdaş batı hukukunda bu konudaki düşünce ve uygulamalar, Türk uygulaması ve değerlendirilmesi”, s. 19, *Daragenli*, “Tehlike Suçları”, s. 185.

⁸⁷⁹ *Manes*, *Il Principio di Offensività...*, s. 303.

sürülmüştür⁸⁸⁰. Örnek olarak, 2006 tarihli İngiltere Terörle Mücadele Kanunu'nda hazırlık hareketleri çok geniş bir biçimde cezalandırılmış ve ileride gerçekleştirilecek terör fiillerinin hazırlığı niteliğindeki olup terör fiillerine etki edecek herhangi bir davranışın cezalandırılacağı belirtilmiştir⁸⁸¹. Dolayısıyla böyle bir yasalaştırmanın objektif ve elverişli olmaktan çok uzak olduğu ve failin amacı ileri sürülerek çok kolayca yönlendirilebileceği açıktır.

Hazırlık hareketlerini bağımsız olarak düzenleyen suç tiplerinde, failin belirli bir amaçla hareket etmesinin yer alması esasen suç tipinde özel kast unsurunun bulunmasına işaret eder⁸⁸². Bu çerçevede, soyut suç tipi sadece korunan hukuksal değere subjektif olarak zarar vermeyi amaçlayan ve elverişli hazırlık hareketlerini kapsayacak şekilde düzenlemelidir⁸⁸³. Bazı durumlarda, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi, başka bir ifadeyle sadece genel kastın bulunması suçun oluşması açısından yeterli olmamaktadır⁸⁸⁴. Failin ayrıca belirli bir saikle ya da amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde özel kast (*“dolus specialis”*) vardır⁸⁸⁵. Bu itibarla özel kast, *“kanunun suç unsuru veya ağırlatıcı sebep olarak kabul ettiği hallerde, failin belirli bir saikle hareket etmesinin yani, bilme ve istemeden başka, belirli bir saikle hareket edilmiş olmanın ayrıca şart koşulduğu hallerde söz konusu olan kasttır”*⁸⁸⁶. Dolayısıyla hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerinin normatif yapısının içinde özel kastın yer almasının, ceza hukukunun müdahale alanını sınırlandıracağı ileri sürülmektedir⁸⁸⁷.

⁸⁸⁰ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 133.

⁸⁸¹ Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 133.

⁸⁸² Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182.

⁸⁸³ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182.

⁸⁸⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 433, Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 227, Demirbaş, s. 412.

⁸⁸⁵ Özgenç, artık genel kast-özel kast ayrımının terk edildiğini ifade etmekte ve şu yönde görüş belirtmektedir; *“Amaç ve saik kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir, kanuni tarifte gerek suçun temel şekli gerek nitelikli şekli açısından bir unsur olarak kabul edilmiş olan amaç, Türk Hukuk literatüründe Fransız Hukukunun etkisiyle “özel kast” olarak ifade dılmıştır. Yeni TCK’nın sisteminde, amaç ve saik, kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan artık genel kast-özel kast ayrımı terk edilmiştir”*. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 302.; aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır da 5237 sayılı TCK’nun kabul ettiği suç teorisinde genel kast-özel kast ayrımının terk edildiğini belirtmektedir. Bu sebeple, *“Ceza normunda suçun temel veya nitelikli halleri bakımından failin belirli bir amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde saik (amaç), kast unsurunun yanında ilave bir manevi unsur olarak ele alınmaktadır”*, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 433.

⁸⁸⁶ Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki... Cilt II**, s. 480.

⁸⁸⁷ Salvadori, **L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia**, s. 176.

Örneğin TCK.'nın 220. maddesinde yer alan “*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*” genel kastın yanında özel kastı da gerektirmektedir. Buradaki özel kast, faillerin örgütü kanunun suç saydığı bir fiili veya fiilleri işlemek amacıyla kurmalarıdır⁸⁸⁸. Çalışmamız içerisinde örgütlü suçlulukla mücadele başlığı altında incelediğimiz İt. CK'nun “*Ulusal ve uluslararası amaçlı asker toplama*” başlıklı 270-*quater* ve “*Ulusal veya uluslararası terörizm amaçlı faaliyetler için eğitim, terbiye*” başlıklı 270-*quinquies* maddelerinde, İtalyan kanun koyucusu bu suçları işleyen faillerin “*terörizm amacıyla*” hareket etmesini aramıştır. Bu itibarla, faillerin bu yönde bir özel kastları olmadıkça belirtilen maddelerdeki suçların oluşmayacağı belirtilmektedir⁸⁸⁹.

Buna karşılık, zilyetlik veya bulundurma suçlarında özel kast unsurunun bulunmadığını tespit etmekteyiz. Bir bakış açısıyla, bu suçların sadece önleme amacına yönelik, salt amaç suçu oldukları ve hukuk tarafından yasaklanmış bir şeyin bulundurulmasının bir tehlike ortaya koyduğu ileri sürülebilir. Fakat başka bir bakış açısıyla, bu suçlarda yer alan hareketlerin ileride gerçekleşmesi muhtemel amaç suçlar açısından “*şüpheye yer bırakmayacak derecede işlevsel oldukları*” ifade edilmektedir⁸⁹⁰. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde bulundurma suçları ile bunlar sayesinde ileride işlenecek amaç suçlar arasında bir bağ kurulmaktadır.

Kanaatimizce yukarıda belirtilen unsurların, hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suçların unsuru haline getirilmesi, teşebbüsü düzenleyen hükümdeki şartların hazırlık hareketlerinin düzenlendiği suç tiplerine dahil edilmesi anlamına gelmektedir. Bu yöndeki bir çabanın, korunan hukuksal değeri dolaylı olarak tehlikeye soğan hazırlık hareketlerine ceza hukuku sisteminde meşru bir yer vermeye yönelik olduğunu düşünüyoruz. Bu çabanın haklı olduğu ve belirtilen unsurların bu suç tiplerinde yer alması hususunun da büyük önem arz ettiğini eklemeliyiz. Özellikle, tez çalışmamız içerisinde hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının nedenlerini incelerken, bu nedenlerin tehlikesizlik ve iradenin zayıflığı görüşlerine dayandığını belirtmiştik. Hazırlık hareketlerinde failin suça yönelik iradesi açık seçik ortaya konmadığı için, suç tipinin içerisine failin amacının eklenmesi düşüncesinin bu eksikliği gidermeye yönelik olduğunu düşünüyoruz. Daha açıkça ifade etmek

⁸⁸⁸ Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, s. 269.

⁸⁸⁹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 184.

⁸⁹⁰ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 184.

gerekirse, suç tipinde fiilin işlenmesinin belirli bir saik veya amaçla yapılmasının aranmasının, hazırlık hareketini bağımsız olarak düzenleyen kanuni tipin uygulama alanını kısıtlayacağı düşünülebilir. Ancak buna ilişkin dikkate alınması gereken itirazlar ve eleştiriler de bulunmaktadır.

Bu eleştiriler çerçevesinde, hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tipinde yer alan davranış zaten kendi başına tehlikeli ise, özel kast unsuru tipik davranışın cezalandırma alanını sınırlandırmakla birlikte, aslında sadece manevi unsur açısından bir önem taşıyacaktır. Bu itibarla, özel kast unsuru sadece ikincil ve marjinal bir role sahip olacağından kanun koyucunun böyle bir durumda özel kast unsurunu suç düzenlemesine dahil etmesi zorunlu değildir⁸⁹¹. Buna karşılık suç düzenlemesinde yer alan hazırlık hareketi içsel olarak, kendiliğinden tehlikeli değilse, ki bu tehlike ancak dolaylı veya çok uzak bir tehlike olabilir, öyleyse özel kast unsuru cezalandırma alanının genişlemesine yol açacaktır. Başka bir ifadeyle, failin sadece iradesi hukuka aykırı kabul edilip cezalandırılmış olacaktır⁸⁹². Böyle bir durumun da cezalandırmayı failin iradesine dayandıran sübjektif bir ceza hukuku sisteminin kapısını aralayacağı açıktır. Özel kast halinde, failin belirli bir saikle hareket etmesi gerektiği ve saikin de kural olarak hukukun dışında kaldığı düşünülürse yukarıda yer alan eleştirilerin haksız olmadığı ortadadır. Saik olaydan olaya değişen ve kişiye özgü bir özelliكتedir. Dolayısıyla failin zihinsel ve ruhsal durumuyla ilgili olan saik, ceza kuralının ihlaline etki yapmadıkça ve yasada yer almaması halinde hukukun değerlendirme alanı dışında yer alır⁸⁹³. Bu şekilde, kendi başına tehlikeliliği olmayan bir hazırlık hareketini özel kast ilave edip cezalandırmak tamamen sübjektif bir anlayış olacaktır. Buna karşılık, hazırlık hareketini cezalandıran soyut düzenlemenin içine özel kast unsurunun eklenmesini ileri süren görüş zaten, öncelikle birincil derecedeki bir hukuksal değer için objektif derecede tehlikeli olan bir hareketin varlığını aradığı ve özel kast unsurunun eklenmesi ceza hukuku açısından önem taşıyan alanın sınırlandırılmasına hizmet edeceği için bu eleştirilerin yersiz olduğu da ifade olunmaktadır⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ Manna, *Corso di Diritto Penale Parte Generale*, s. 478.

⁸⁹² Manna, *Corso di Diritto Penale Parte Generale*, s. 478.

⁸⁹³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 381-382.

⁸⁹⁴ Salvadori, *L'Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia*, s. 174 vd.

3. Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılmasının Son Çare (*Ultima Ratio*) Olması

Hazırlık hareketlerini cezalandıran bir suç tipinin anayasa uygun olması için, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ölçülülük ilkesi çerçevesinde etkin bir *gereklilik* ortaya koymalıdır. Ölçülülük denetimi kapsamında, amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olduğu belirlendikten sonra, aracın gerekli olup olmadığı da araştırılır. Gereklilik ilkesine göre, hedeflenen amaca ulaşmak için aynı derecede elverişli araçlar arasından bireye en az müdahalede bulunacak araç tercih edilmelidir⁸⁹⁵. Kanun koyucu, bir tehlikenin önünü almak için daha hafif araçlara başvurmak mümkün ise, önce bunu denemelidir⁸⁹⁶. *Ölçülülük-gereklilik (zorunluluk)* ve *orantılılık* ölçütlerinin ceza hukukundaki yansıması olan, *ultima ratio* ilkesi çerçevesinde, hazırlık hareketlerini müstakil olarak cezalandıran suç tipleri için öngörülen cezaların son çare niteliğinde olması gerekir.

Ceza hukukunun son çare olması ilkesi, bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumaya alan, cezalandırmanın ve suç politikasının sınırını oluşturan temel bir ilkedir⁸⁹⁷. Bu ilke uyarınca, “*devlet toplumsal değerlere aykırılık teşkil eden davranışları başka çarelerle önleyebiliyorsa ceza hukuku yaptırımlarını değil, öncelikle o çareleri tercih etmelidir*”⁸⁹⁸.

Ceza hukuku temel hak ve hürriyetlere çok ağır müdahalelerde bulunduğu için ancak zorunlu hallerde, birlikte yaşama güvenliğinin korunması açısından kaçınılmaz olan durumlarda devreye girmelidir⁸⁹⁹. Bununla birlikte, ceza yaptırımlarına ancak, “*toplumsal yaşam açısından yüksek değerde bir hukuksal yararın korunması için*” başvurulabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, kanun koyucunun bir fiilin suç sayılıp sayılmayacağı yönünde çok dikkatli, seçici davranmalı, zorunlu olmadıkça temel hak

⁸⁹⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 11.

⁸⁹⁶ Metin/Dinler, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Sınırları”, s. 44.

⁸⁹⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 57, Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 79 vd.

⁸⁹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 57.

⁸⁹⁹ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 81, Özkan, s. 97.

ve özgürlükleri kısıtlamamalıdır.⁹⁰⁰. Dolayısıyla ceza hukuku korumasının öne alındığı ve hazırlık aşamasına kadar çekildiği suç tiplerinde ceza hukukunun son çare olması ilkesi evleviyetle ve daha özenli bir şekilde uygulanmalıdır.

Hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemeler açısından, eğer aynı sonuca ceza yaptırımını yerine bireyin temel haklarını daha az zedeleyen bir önleme ve kontrol aracı ile ulaşmak mümkün ise, cezalandırmanın orantısız olduğunu söylemek gerekecektir. Bu itibarla, idari yaptırımlar, güvenlik tedbirleri veya kullanımı ya da zilyetliği yasaklanmış varlıkların müsaderesi yoluyla aynı sonuçlara ulaşmak mümkün ise öncelikle bu yöntemler devreye sokulmalıdır⁹⁰¹. Ceza hukukunda özgürlüğü kısıtlayıcı cezalar yanında güvenlik tedbirlerine de yer verilmiştir. Hem cezalara hem de güvenlik tedbirlerine başvurulabilmesi, ceza hukukunun yaptırım sistemi içerisinde “iki şeritli bir yapıya” sahip olduğunu ortaya koyar⁹⁰². Bununla beraber, cezalar da sadece özgürlüğü bağlayıcı cezalardan oluşmaz, “özgürlüğü bağlayıcı cezanın ikincilliği ilkesi” uyarınca, belirli ağırlıktaki suçlar için adli para cezası veya mağduriyetin giderilmesi gibi diğer müesseselere başvurulabilir⁹⁰³. Bu çerçevede, suç için anlaşma veya suça teşvik gibi suçlarda bir güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestliğe başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, parada sahteciliğin hazırlığı niteliğindeki araçlara güvenlik tedbiri kapsamında müsaderenin uygulanmasının ileride işlenecek suçları önlemek açısından daha faydalı ve orantılı olduğu vurgulanmaktadır. Bu itibarla, denetimli serbestlik aracılığıyla, hazırlık hareketlerinin işlenmesiyle ortaya konulan failin muhtemel tehlikeliliğine ilişkin bir belirti önlenebilecektir. Bunun yanında, müsadere ile de ileride işlenecek suçlarda kullanılabilecek ve doğası itibarıyla tehlikeli olan araçların bertaraf edilmesi sağlanacaktır⁹⁰⁴.

⁹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 57.

⁹⁰¹ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 182, Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 133.

⁹⁰² Kazaker, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, s. 183.

⁹⁰³ Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 80-81.

⁹⁰⁴ Marinucci/Dolcini, **Corso Di Diritto Penale 1**, s. 604-605.

4. Cezalandırmadan Elde Edilecek Fayda ile Cezalandırma ve Sonuçları Arasında bir Orantı Olması

Hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerinin ceza hukuku içerisinde meşru bir yere sahip olması ve anayasaya aykırılık içermemeleri açısından, cezalandırma ve sonuçları ile cezalandırmadan elde edilecek fayda arasında bir orantı olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sonucunda bireysel özgürlükler üzerinde oluşacak kısıtlamalar ile korunan hukuksal değer arasında bir denge aranmalıdır.

Burada sözü edilen bireysel özgürlük, sadece anayasamızda da yer alan kişi hürriyeti değildir. Kişi hürriyetinin belirli şartlar çerçevesinde, suç işlenmesi sonucunda ceza yaptırımı ile sınırlandırılabilmesi zaten açıktır. Ancak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması bazı hallerde kişinin hareket özgürlüğü (*libertà di azione*) ya da serbestçe davranması üzerinde birtakım kısıtlamalar ortaya koyduğundan, cezalandırmanın sebepleri/haklılığı ile kısıtlanan hareket özgürlüğü arasında bir denge kurmak gerekir⁹⁰⁵. Bu kapsamda, genel bir davranış serbestisine getirilen sınırlamalar ile bireyin temel haklarını sınırlandıran suç tipleri ayrılmalıdır. Çocukların kullanıldığı pornografik malzemenin bulundurulmasının yasaklanması ve suç olarak düzenlenmesinin meşruiyetini açıklamakta sorun yoktur. Ancak, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, toplantı hakkı, inanç ve din özgürlüğü gibi temel kişisel hak ve özgürlüklerin hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemeler vasıtasıyla kısıtlanması halinde, her suç tipi açısından kısıtlanan ya da feda edilen özgürlük ile sınırlandırmanın meşruluğu arasında bir denge kurmak zaruridir⁹⁰⁶. Dolayısıyla, toplumsal hukuksal değerlerin korunması adına bireysel hukuksal değerler ölçsüz ve orantısız bir şekilde feda edilmemelidir⁹⁰⁷.

Anayasada yer alan bireysel ve kolektif özgürlükler sisteminde, devletin kurumlarının bütünlüğü ve toplumun varlığını sürdürmesi için gerekli olan hukuksal değerlerin (devletin anayasal düzeni ve kamu düzeni gibi) hazırlık aşamasını cezalandıran normlar vasıtasıyla korunmasında son bir sınırın bulunduğu ifade

⁹⁰⁵ Viganò, “Incrimazione di atti preparatori...”, s. 183, Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 133.

⁹⁰⁶ Viganò, “Incrimazione di atti preparatori...”, s. 183, Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 134.

⁹⁰⁷ Demirtaş, s. 69.

edilmektedir. Buna göre, ceza normunda yer alan yasaklanan davranışların korunan hukuksal değer açısından somut bir tehlike yaratması gerekir⁹⁰⁸. Bu itibarla, düşüncüyü yayma özgürlüğünün sınırlandırıldığı suça tahrik suçunda, zamanın ve mekânın şartları, fail ve fiilin hedeflediği kişiler somut olayda değerlendirilmek suretiyle, korunmak istenen menfaat açısından somut bir tehlikenin oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Özellikle kamu düzenine/barışına karşı suçlarda, sadece kamunun huzurunu bozan genel bir tehlike değil, suçun varlığı için somut bir tehlikenin aranması gereği savunulmaktadır⁹⁰⁹.

TCK.’nın 214. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen alenen tahrik suçunun bir soyut tehlike suçu olduğu belirtilmektedir⁹¹⁰. Bununla birlikte Özen yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel olarak, bu fıkranın kanun değişikliği yapılarak somut tehlike suçu haline getirilmesini ya da bu haliyle yorum ve uygulama noktasında somut tehlike suçu olarak uygulanmasını önermektedir⁹¹¹. Bu çerçevede, Özen’in de vurguladığı üzere kişi veya kişiler üzerinde en ufak bir etkisi olmayan alenen tahrik fiili bu suçu oluşturmamalıdır. Örnek olarak, *“bir kişinin alenen bir parkta bağırarak ey halkım ne duruyorsunuz yoldan geçen araçları taşlasanız ya bu araçlar biz gibi fakirleri bedava taşıymıyor”* sözlerini sarf etmesi bu suçu oluşturmaz⁹¹². Bu itibarla, söz konusu suçun oluşabilmesi için, *“alenen tahrikte bulunan kişinin toplumdaki kişi veya kişiler üzerinde etki edebilecek güç veya saygınlığa sahip olması”, “tahrikin söylendiği yer ve zamanın elverişli olması”, “tahrike konu suçun işlenebilir olması (suçu işleyecek kişilerin nicelik ve niteliği, konu ve vasıtanın elverişli olması)”* koşullarının bir arada bulunması gerekir⁹¹³.

5. Cezalandırılan Hazırlık Hareketleri ile Öngörülen Yaptırım Arasındaki Orantı

Ölçülülük ilkesi çerçevesinde, kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki ilişki değerlendirilirken, son olarak orantılılık denetimi yapılmalıdır.

⁹⁰⁸ Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 603.

⁹⁰⁹ De Vero, “Tutela Penale Dell’Ordine Pubblico”, 1988, s. 141 vd. aktaran Marinucci/Dolcini, *Corso Di Diritto Penale* 1, s. 604, 112 no’lu dipnot.

⁹¹⁰ Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 471.

⁹¹¹ Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 471.

⁹¹² Örnek için bkz. Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 471.

⁹¹³ Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 471.

Orantılılık ilkesine göre, “*araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantı*” bulunmalıdır⁹¹⁴. Araç ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemeli ve katlanılabilir olmalıdır⁹¹⁵.

Ölçülülük-orantılılık ölçütü çerçevesinde, suç tipinde yer alan fiilin ağırlığı ile normda öngörülen ceza yaptırımı arasında bir orantı olması gerekir⁹¹⁶. Bir hukuki değere yöneltilen farklı derecelerdeki ihlaller için aynı cezayı öngörmek ölçüsüz olacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu hazırlık hareketlerine icra aşamasına nazaran daha düşük cezalar öngörmelidir⁹¹⁷. *Beccaria*’nın ifade ettiği gibi, cezaların tutarlı, adil ve oranlı bir şekilde verilmesi gerekir. “*Gerçekten eğer toplum düzenini aynı derecede ihlal etmeyen iki suça aynı ceza verilirse, insanlar en ağır suçu işlemekte bir sakınca görmeyecekler ve bu konuda çok zor bir engelle de karşılaşmayacaklardır*”⁹¹⁸.

Buna karşılık TCK.’da yer alan ve hazırlık hareketlerini cezalandıran fuhuş suçunun (TCK. md. 227) birinci fıkrasında, hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁹¹⁹. Maddenin birinci fıkrası aynen şöyledir; “*Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır*”⁹²⁰. Burada korunmak

⁹¹⁴ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 13.

⁹¹⁵ Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, s. 13.

⁹¹⁶ Haluk Toroslu, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 87 vd.

⁹¹⁷ Viganò, “Incriminatione di atti preparatori...”, s. 183, Viganò, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, s. 134.

⁹¹⁸ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Ankara, İmge Kitabevi, 2004, çev. Sami Selçuk, s. 40

⁹¹⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 563,

⁹²⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> erişim tarihi: 15.07.2023, İçer, TCK.’nın 227. maddesinde yer alan fuhuş suçunu “*atipik hazırlık suçları*” kategorisinde değerlendirmiştir. Buna göre, “*atipik hazırlık suçları, normda belirli bir harekete, duruma ilişkin hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığına belirtildiği, ancak tipiklikte hazırlık hareketinin tür ve biçiminin açıklanmadığı, bu hareketlerin açıkça zikredilmediği veya sayılmadığı suçlardır. Bu tür suçlarda çoğu zaman hazırlık hareketi, yaptırım altına alınan suç tipinden bağımsız bir mahiyet arz etmemekte, suç politikası gereği cezalandırılabilirliğin başlangıcını daha geriye atan ve ilgili suç tipine bağımlı, onun bir parçası olarak tipiklik içerisinde hazırlık hareketlerine yer verilen suçları ifade etmektedir*”. Yazar, TCK. md. 277’de yer alan suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketlerinin neler olduğu açıkça belirtilmediğinden, bunun bir atipik hazırlık suçu olduğunu açıklamaktadır. Bkz. İçer, s. 62-63.

istenen hukuksal değerin önemi dolayısıyla, hazırlık hareketlerine tamamlanmış suçun cezasının uygulandığı belirtilmiştir⁹²¹.

Maddenin bu düzenleniş şeklinin kanunilik ve belirlilik ilkeleri açısından sorunlu olduğunu düşünüyoruz. Bir suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketlerini, bu hareketlerin ne olduğunu açıkça belirtmeden cezalandırmak, normla korunan hukuksal değer yüksek ve önemli bir nitelikte olsa da belirlilik ilkesine aykırıdır. Belirlilik ilkesi gereğince kanun koyucu, hangi fiillerin suç olarak düzenlendiğini açık ve net bir şekilde düzenlemelidir. Yargıcın önüne gelen olayda, kanun koyucu yerine geçerek suç ve ceza yaratması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁹²². 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi kapsamında “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri” başlığına ilişkin alınan kararlarda da hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında “*diğer tüm hazırlık hareketleri*” gibi genel ifadelere başvurulmaması gerektiği ifade edilmiştir⁹²³. TCK’nun 227. maddesinde “*bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır*” düzenlemesiyle kanun koyucunun suçun kanuni tanımını ölçüsüzce genişlettiğini, içeriği zaten muğlak olan hazırlık hareketlerinin belirlenmesini yargıcın keyfi yorumuna bıraktığını belirtmek gerekir.

Bununla birlikte TCK.’nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında, suça teşebbüs halinde bile, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre mecburi bir indirim sebebi öngörülmesi karşısında, TCK’nun 227. maddesinde yer alan düzenlemede hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasının orantılı olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı yönde, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi kapsamında “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri” başlığına ilişkin alınan kararlarda da hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı hallerde verilecek cezanın “*asıl suç için öngörülenden daha hafif ve her halükârda teşebbüs ile orantılı olması gerektiği*” belirtilmiştir⁹²⁴.

⁹²¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 353.

⁹²² Demirbaş, s.135.

⁹²³ “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 16.

⁹²⁴ “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 16.

SONUÇ

Bu tez çalışmasında temel olarak, ceza hukukunda hazırlık hareketlerinin kural olarak neden cezalandırılmadığı ve anayasal güvenceler çerçevesinde istisnai ve bağımsız olarak hangi hallerde suç olarak düzenlenebileceği incelenmektedir. Bu çerçevede, hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılmasının fiil ceza hukuku ve ihlal edicilik ilkesi ile yarattığı çatışma ve sorunlar ele alınmakta, otoriter bir anlayışta ceza hukuku korumasının ölçüsüzce öne alınmasının yarattığı sakıncalar değerlendirilmektedir. Bununla beraber çalışma içerisinde, Türk Ceza Kanunu ve İtalyan Ceza Kanunu'nda hazırlık hareketlerini bağımsız olarak cezalandıran suç tiplerinden örnekler de sunulmaktadır. Son olarak, hazırlık hareketlerini istisnai olarak cezalandıran suç normlarının anayasal meşruluğunun sağlanması için gerekli ölçütler de irdelenmektedir.

Hazırlık hareketi kavramının biçimsel ve maddi olmak üzere iki görünümü bulunmaktadır. Biçimsel nitelikteki hazırlık hareketleri, her bir suç tipinde hazırlık aşaması ile icra aşamasının ayırımında ortaya çıkar ve kural olarak cezalandırılmazlar. Maddi anlamda hazırlık hareketleri ise suçun özüne ilişkindir ve korunan hukuksal değer ile her bir suç tipi arasındaki ilişkiye bağlıdır. Maddi anlamda hazırlık hareketlerinde bir suça teşebbüsün hazırlık hareketleri değil, bütün unsurlarıyla bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenen fiiller cezalandırılır. Kanun koyucular, bazı gerekçeler çerçevesinde hukuksal değer açısından doğrudan bir ihlal ediciliği olmayan fakat aynı fail veya başka failerin gelecekte işleyebilecekleri fiillerin aracı/enstrümanı olan hareketleri kanunda bağımsız suç tipleri olarak düzenleyebilir. Gelecekte işlenecek ve hukuksal değerlere doğrudan zarar verecek amaç suçlar için işlevsel ve araçsal nitelikte olan bu hareketler, maddi anlamda hazırlık hareketlerini oluşturur. Kanun koyucu, önleyici amaçlar çerçevesinde ve anayasal ilke ve güvencelere uymak şartıyla maddi anlamdaki hazırlık hareketlerini, müstakil suç tipleri halinde (*delicta sui generis*) düzenleyebilir.

Ceza hukukundaki genel kural uyarınca, failin suç işlemek konusundaki iradesini kesin bir biçimde ortaya koymayan ve korunan hukuksal değer açısından doğrudan doğruya bir tehlikelilik göstermeyen biçimsel nitelikteki hazırlık hareketleri cezalandırılmazlar. Suça teşebbüs, cezai korumanın öne alınmasının kesin sınırını

oluşturur. Bir suç tipinin hazırlığı niteliğindeki davranışlar, belirli bir aşamaya gelmedikçe ve suça teşebbüsteki koşulları karşılamadıkça cezalandırma alanı dışında kalacaklardır.

Bu çerçevede, hazırlık aşamasındaki hareketlerin cezalandırılması çoğu zaman bir şüphenin cezalandırılması anlamına gelecektir, sadece şüphenin cezalandırılması da bireyin özgürlüklerinin ölçsüz bir biçimde sınırlandırılmasına sebep olur. Anayasal-demokratik bir hukuk düzeninde ve çağdaş bir ceza hukuku anlayışında, bireyin maddi ve manevi anlamda özgürce gelişmesi amaçlanır⁹²⁵. Bu itibarla, herhangi bir hukuksal değeri doğrudan ihlal etmeyen hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz. Kamu gücünün, bireysel özgürlükleri sınırlandırarak, sadece bir belirtiyi, bir ihtimali cezalandırması ve ceza hukuku korumasını hazırlık hareketlerine kadar genişletmesi otoriter bir anlayışa sebep olur. Otoriter bir devlet ve baskıcı bir ceza hukukunun hüküm sürdüğü bir toplumda da sürekli ceza tehdidi altında kalan bireyler hem düşüncelerini ifade etmez hem de hareketsiz kalır. Çoğulculuğun olmadığı, farklı fikirlerin bastırıldığı toplumlar da gelişemez. Bununla birlikte, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde suça teşebbüsün bile cezalandırılmasının sebebi, kanunda açık hüküm bulunmasıdır, dolayısıyla henüz hiçbir kanun maddesini ihlal etmeyen hazırlık hareketlerinin cezalandırılması düşünülemez. Suça teşebbüs hükmü ceza hukuku açısından önem taşıyan ve taşımayan alanın sınırını oluşturur, bu itibarla belirsizlik gösteren, suç işleme kararını açıkça ortaya koymayan hazırlık hareketleri cezalandırma alanı dışında kalırlar.

Hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının sebeplerini, suça teşebbüsün cezalandırılmasının sebebinde bulmak mümkündür. Bunun yanında, hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının nedenleri de bu hareketlerin *delicta sui generis* olarak hangi kriterler çerçevesinde cezalandırılabileceği konusunda bize ipucu vermektedir Görüşümüze göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni hukuki niteliğinden bağımsız olarak düşünülemez. Suça teşebbüs hükümleri, tipikliği genişleten yardımcı bir norm niteliğinde olduklarından, tamamlanmış suç hangi sebeple cezalandırılıyorsa, suça teşebbüs de o sebeple cezalandırılacaktır. Bu kapsamda, biz suçun içeriği ve cezalandırılması bakımından karma bir anlayıştan yana olduğumuz için, suça teşebbüsün cezalandırılmasının temeli açısından da objektif ve

⁹²⁵ Sözüer, s. 183.

sübjektif görüşlerin birlikte değerlendirildiği bir görüşten yana olmaktayız. Bu itibarla görüşümüze göre, suça teşebbüste fail hem kanunda korunan hukuksal değeri tehlikeye soktuğu hem de hukuk düzeni ile çatışan ve antisosyal nitelikteki iradesini ortaya koyduğu için cezalandırılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara koşut olarak, teşebbüs aşamasına ulaşmayan hazırlık hareketleri de öncelikle *tehlikesizlik görüşü* çerçevesinde, korunan hukuksal değer açısından az bir tehlike ya da bir tehlikesizlik hali gösterdikleri için cezalandırılmayacaklardır. Hazırlık hareketleri neticeye uzak oldukları için, hukuksal değer açısından bir tehlikeye yaratmamaktadırlar. Bu çerçevede, hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmamasının ilk sebebi, tehlikesizlik görüşü olduğundan, ceza hukuku korumasının istisnai olarak hazırlık aşamasında kadar çekilebilmesi ve bağımsız suç tiplerinin yaratılabilmesi için korunan hukuksal değer birincil derecede önemli ve vazgeçilemez nitelikte olması gerekir. Hazırlık hareketleri tehlikesiz ya da az tehlikeli oldukları için kural olarak cezalandırılmadıklarına göre, bunların istisnai olarak cezalandırılması ancak korunan hukuksal değer birincil derecede önem arz etmesi halinde mümkün olmalıdır. Suçun dayanak noktası olan hukuksal değerden uzaklaştıkça, bu değere sadece dolaylı bir tehlike oluşturan hazırlık hareketlerinin istisnai olarak cezalandırılması ancak bu şekilde meşru hale gelebilir. Bu itibarla, korunan hukuksal değer birincil derecede önemli ve vazgeçilmez nitelikte oluşu, bu istisnai cezalandırma sistemi açısından önemli bir kriter olmaktadır.

İkinci olarak ise, *iradenin zayıflığı teorisi* kapsamında, hazırlık hareketlerinde failin iradesinin hangi suça yönelik olduğu saptanamadığından, bunların cezalandırılması da söz konusu olamaz. Belirsiz nitelikteki hazırlık hareketleri sadece çok etkin bir sosyal savunmayı sağlamak amacıyla cezalandırılırsa, bu durum bir şüphenin cezalandırılması anlamına gelecektir. Böyle bir halde de ceza hukukunun insanlık tarihine paralel olarak yüzyıllar içerisinde edindiği güvenceler yıkılmış, kişi hak ve özgürlükleri zedelenmiş olur. Bu çerçevede, hazırlık hareketlerinin iradenin zayıflığı görüşü de dikkate alınarak kural olarak cezalandırılmamasının, bu hareketlerin istisnai olarak cezalandırılması bakımından bir görüşü de doğurduğu kanaatindeyiz. Hazırlık hareketlerinin karakteri itibarıyla ikilik yaratan ve belirsiz nitelikte oluşu, istisnai olan müstakil suç düzenlemelerinde failin amacının soyut tipte belirtilmesi düşüncesine sebep olmuştur. Bu sebeple, hazırlık aşamasını bağımsız

olarak cezalandıran ceza normu, ancak hukuksal değerleri objektif olarak tehlikeye sokmaya elverişli ve sübjektif olarak bunu amaçlayan hareketlerin suç olarak düzenlenmesi ile meşruluk kazanacaktır.

XX. yüzyıl içerisinde toplumsal alanda yaşanan gelişmeler, özellikle terörist faaliyetlerin ve örgütlü suçluluğun uluslararası bir boyut kazanması, yasadışı göç hareketlerinin artması, ekonomik ve teknolojik alandaki değişimler, bilişim sistemlerinin ve verilerinin daha etkin korunması ihtiyacı, sanal ortamdaki tehditlere karşı çocukların fiziksel ve cinsel bütünlüğünün korunması gibi sebeplerle kanun koyucular ceza hukuku korumasını öne alma ve hukuksal değerleri daha etkin bir şekilde koruma eğilimi göstermişlerdir. Bu itibarla, hukuksal değerin maruz kaldığı zararın cezalandırılmasının tek başına yeterli olmadığı, birincil ve vazgeçilmez nitelikte hukuksal değerlerin korunması, geri dönülemez sonuçların engellenmesi için ceza hukukunun önleyici bir işlev de üstlenmesi gerektiği görüşü savunulur hale gelmiştir. Bu çerçevede, ceza hukuku korumasının öne alınması ve ileride gerçekleşmesi muhtemel tehlikelerin önlenmesi için, bir cezalandırma tekniği olarak hazırlık hareketlerinin müstakil birer suç tipi olarak cezalandırılması yoluna başvurulduğu görülmektedir. Bu istisnai cezalandırma sistemi, gelecekte işlenecek suçlar açısından önleyici ve işlevsel bir nitelik ortaya koyarken ceza hukukunun temel ilkeleri ile çeliştiği için bazı sakıncalar da ortaya koyabilecektir.

Bu çerçevede, hazırlık hareketlerinin müstakil olarak cezalandırılması ve cezalandırılabilirliğin öne alana doğru genişletilmesiyle, zarar esası üzerine kurulu fiil ceza hukuku anlayışından önleyici bir ceza hukuku anlayışına doğru geçiş yapılmaktadır. Hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tipleri ise tamamen önleyici bir anlayışın ürünüdür. Fiil ceza hukuku anlayışı üzerine kurulu, klasik ve *reaktif* ceza hukuku sisteminde hukuksal değerin zarara uğratılması veya tehlikeye sokulması şeklinde bir ihlal üzerine harekete geçilirken, önleyici ceza hukuku ileride gerçekleşmesi muhtemel veya mümkün suçları engellemeyi amaçlamaktadır. Ceza hukukunun bu yeni önleyici niteliği temel hak ve özgürlükler açısından büyük riskler barındırmaktadır.

Özellikle belirsiz ve geniş içerikteki kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi hukuksal değerlerin korunması amacıyla ceza hukuku koruması hazırlık hareketlerine

kadar çekilmesi ile bireyin özgürlüklerinin zedelenmesi söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte bu suçların kanıtlanabilmesi için, özellikle kişinin konutunda veya özel alanında birtakım araştırmaların yapılması ve telefon veya ortam dinlemesi gibi bazı tedbirlere başvurulması ihtiyacı doğacaktır. Bu itibarla, hazırlık hareketlerini cezalandıran bir ceza normu aracılığıyla, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya haberleşme hürriyeti gibi anayasal hakların ihlal edilmesi riski ortaya çıkabilir. Ayrıca, uluslararası bir boyuta ulaşan örgütlü suçluluğun veya terörist faaliyetlerin kaynağında engellenmesi amacıyla ve toplumda giderek artan güvenlik endişelerini karşılamak için devletlerin ceza hukuku korumasını alabildiğince öne aldıkları ve ceza hukukunun ağırlık merkezinin fiilden faile doğru kaydığı da gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, ceza hukuku, hukuksal değeri ihlal eden davranışı cezalandıran ve bireyin haklarını koruyan bir nitelikten uzaklaşma eğilimindedir.

Özellikle 11 Eylül 2001’de Amerika Birleşik Devletleri’nde Dünya Ticaret Merkezine ve Pentagona gerçekleştirilen saldırılar, daha sonraki yıllarda Avrupa Devletleri’nde ortaya çıkan terörist faaliyetler, insanlık tarihinde büyük yıkımlara yol açan ve yurttaş ceza hukukunun karşısında yer alan “*düşman ceza hukuku*” kavramının yeniden kullanılmaya başlamasına neden olmuştur. Mutlakiyetçi monarşilerin ve totaliter yapıların kural olarak uyguladığı, insan onurunu hiçe sayan *düşman ceza hukuku* anlayışının ve uygulamalarının tekrar gündeme geldiği ve günümüzde de bu anlayışa koşut suç ve ceza düzenlemeleri yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, özellikle siyasal terörizm ve uluslararası örgütlü suçlulukla mücadele için, devletlerin daha baskıcı ve sıfır tolerans görüşünü yansıtan bir ceza hukuku anlayışını tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Korkunun, sürekli bir kriz ortamının ve güvenlik endişelerinin olduğu toplumlarda otorite ve özgürlükler arasındaki ilişki genellikle özgürlükler aleyhine bozulmaktadır. Bu çerçevede, çağdaş ve insan haklarının koruyucusu olması gereken ceza hukukunun güvenliği sağlamak ve bireyin özgürlüklerini korumak arasındaki kurulması güç dengeyi gözetmesi gerekir. Bu itibarla, bugün için anayasa ile arasında koparılamaz bir bağ olan ceza hukuku, suçun ağırlığı ne olursa olsun anayasaya ve anayasanın ihlal edilemez ilkelerine bağlı kalmalıdır. Hazırlık hareketlerinin önleyici bir biçimde ve istisnai olarak cezalandırılması da ancak anayasal güvenceler çerçevesinde, ölçülülük ve ihlal edicilik ölçütlerine uymak kaydıyla mümkün olmalıdır.

Ceza hukuku korumasının öne alınması ve hazırlık hareketlerinin bağımsız suç tipleri halinde ceza kanunun özel kısmında düzenlenmesi, anayasal bir nitelikte olan ve temelinde adaleti sağlamak ve insan haklarını koruma düşüncesi yatan ihlal edicilik ilkesini de erozyona uğratar niteliktedir. Gerçekten de ihlal edicilik ilkesi, kanun koyucunun suç yaratmasının önünde yer alan önemli bir sınır teşkil etmektedir. Çalışmamız içerisinde birçok kez ifade ettiğimiz üzere, anayasal nitelikteki ihlal edicilik ilkesi uyarınca, kanun koyucu ancak anayasal dayanağı olan veya anayasada açıkça yer almamakla birlikte anayasadaki temel ilkelerle çelişmeyen bir hakkı korumak için soyut bir norm düzenlemesi yapabilir. Bu ceza normunun içeriği ise ancak, korunan hukuksal değer veya değerleri ihlal edecek şekilde düzenlemelidir. Bu çerçevede, korunan hukuksal değere çok uzak olan ve hukuksal değeri dolaylı olarak tehlikeye sokan hazırlık hareketlerinin kanunda münferit suç halinde düzenlenmesi tartışma konusudur.

Yukarıda aktardığımız sakıncaları da göz önünde bulundurarak, kanaatimizce, esas olarak, fiil ceza hukukunun ve ihlal edicilik ilkesinin temel hak ve özgürlükler açısından sağladığı güvenceleri korumak gerekmektedir. Önleyici ceza hukukunun sürekli genişlemesi ve önleyici nitelikteki ceza hukuku normlarındaki artış ceza hukukunun özgürlükçü karakterini kaybetmesi riskini ortaya koymaktadır. Çağdaş bir ceza hukukunda soyut tehlike suçları ve hazırlık hareketlerini cezalandıran istisnai düzenlemeler olabildiğince azaltılmalıdır. Özgürlükçü bir ceza hukukunda, ceza normunun koruduğu hukuksal değer kuşkuyla yer vermeyecek ve tartışılmayacak biçimde açık olarak gösterilmelidir⁹²⁶. Başka bir ifadeyle, ceza normuyla korunan hukuksal değer belirlili ve açık bir değer olması gerekir. Dolayısıyla, ceza hukukunun kamu düzeni, kamu güvenliği, anayasal düzen gibi içeriği çok geniş ve belirsiz hukuksal değerleri korumak için ceza hukuku korumasını hazırlık aşamasına kadar geriletmesi, ceza hukukunun bireyin haklarını koruma işlevini zayıflatacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, biz hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak düzenlenmesinin tezimizin son bölümünde belirttiğimiz koşullara uyulmak kaydıyla, fiil ceza hukuku anlayışının getirdiği güvenceleri göz ardı etmeden ancak çok istisnai hallerde düzenlenebileceğini düşünüyoruz. Mademki, günümüzde anayasal güvencelerle bağlı kalmak şartıyla hazırlık hareketlerinin bağımsız suçlar halinde

⁹²⁶ Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, s. 369.

düzenlenmesi bir ihtiyaçtır, bunun koşullarının da ortaya konması gerekir. Hazırlık hareketlerini cezalandıran suç tiplerinin anayasal açıdan meşruluk kazanması için belirli şartların varlığı aranmalıdır. Bu şartlar ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin alt ölçütleri (elverişlilik-gereklilik-orantılılık) ve ihlal edicilik ilkesi çerçevesinde şekillenmektedir. Öncelikle ceza hukuku korumasının hazırlık hareketlerine kadar çekilebilmesi için korunan hukuksal değerin birincil derecede önemli ve vazgeçilemez nitelikte olması gerekir. İkinci olarak, hazırlık hareketlerinin çok geniş bir çerçevede kanunlaştırılmasının engellenmesi ve nötr nitelikteki davranışların cezalandırma dışında bırakılması için, sadece hukuksal değeri ihlale elverişli ve subjektif olarak hukuksal değere zarar vermeyi amaçlayan davranışlar suç tipi olarak düzenlenmelidir. Üçüncü olarak, hazırlık hareketlerini cezalandıran bir suç tipinin anayasaya uygun olması için ölçülülük-gereklilik ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde cezalandırmanın son çare olması gerekir. Bu itibarla, hazırlık hareketlerini cezalandıran düzenlemeler açısından, aynı sonuca ceza yaptırımını yerine bireyin temel hak ve özgürlüklerini daha az zedeleyen bir araçla ulaşmak mümkün ise, cezalandırmanın orantısız olduğunu söylemek gerekecektir. Dördüncü olarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sonucunda bireysel özgürlükler üzerinde oluşacak kısıtlamalar ile korunan hukuksal değer arasında bir denge aranmalı, toplumsal hukuksal değerlerin korunması adına bireysel hukuksal değerler ölçüsüz bir şekilde feda edilmemelidir. Son olarak ise, orantılılık ölçütü çerçevesinde, hazırlık hareketlerine icra aşamasına nazaran daha düşük cezalar öngörülmelidir.

Hazırlık hareketlerini bağımsız olarak düzenleyen suç tiplerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ileri sürülen ölçütler, kanun koyucuya yön gösterecek nitelikte olmakla birlikte, yargıcın da her önüne gelen olayda, hazırlık hareketini cezalandıran suç tipi soyut ve dolaylı bir tehlike ortaya koysa dahi, somut fiilin ceza normunda korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olup olmadığını araştırması gerekir. Bu esas, hem anayasal nitelikteki ölçülülük ilkesinden kaynaklanmakta hem de TCK. md. 35/1 de yer alan; *“Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise, teşebbüsten dolayı sorumlu olur”* hükmüyle ortaya konulmaktadır. Madde hükmü, âdeta suç yolunun şemasını çizmektedir. Suça teşebbüs hükmüne göre, elverişsiz hareketler cezalandırma alanı dışında bırakılmıştır. Bununla beraber, suça teşebbüsü düzenleyen hükmün Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerini düzenleyen birinci kitabının

içerisinde yer aldığı ve yine TCK. md. 5 uyarınca genel hükümlerin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanacağı dikkate alındığında, bütün suç tipleri açısından her somut olayda fiilin korunan hukuksal değeri ihlale elverişli olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Bu çerçevede, her olayda, somut bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilfiil araştırılması gerekir⁹²⁷. Bu şekilde, failin sadece tehlikeli olduğu ileri sürülen iradesinin veya failin sadece tehlikeliliğinin cezalandırılmasının önüne geçilir.



⁹²⁷ Alacakaptan, “Fikir ve düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları, çağdaş batı hukukunda bu konudaki düşünce ve uygulamalar, Türk uygulaması ve değerlendirilmesi”, s. 19.

KAYNAKÇA

Aksoy Retornaz Eylem, “Yasak Cihaz veya Programlar”, **Özel Ceza Hukuku Cilt VIII Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar-Bilişim Alanında Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 311-324, (Yazarlar: Köksal Bayraktar/Vesile Sonay Evik/Zeynel T. Kangal/Ali Kemal Yıldız/Eylem Aksoy Retornaz/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Asuman Aytekin İnceoğlu/Fulya Eroğlu)

Alacakaptan Uğur, “Fikir ve düşünce özgürlüğü ve tehlike suçları, çağdaş batı hukukunda bu konudaki düşünce ve uygulamalar, Türk uygulaması ve değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Cilt 2, s.6-32

Alacakaptan Uğur, “Öteki Ceza Hukuku”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı**, Cilt I, Ankara, 2008, s. 365-407

Alacakaptan Uğur, **İşlenemez Suç**, AÜHF Yayınları 223, Ankara, Basım yılı belirtilmemiş

Alacakaptan Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara, AÜHF Yayınları: 372

Alacakaptan Uğur, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, 1958

Alessiani Laura, **I Reati Di Opinione Una Rilettura In Chiave Costituzionale**, Milano, Giuffrè Editore, 2006

Angioni Francesco, **Contenuto e Funzioni Del Concetto Di Bene Giuridico**, Milano, Giuffrè Ed., 1983

Antolisei Francesco, **Manuale Di Diritto Penale PG**, Milano, Giuffrè Ed., 2003

Antolisei Francesco, **Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale I**, Milano, Giuffrè Ed., 2008

Arciuli Francesca Romana, **Il Delitto Tentato**, Torino, Giappichelli Ed., 2007

Artuk Mehmet Emin, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, **Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 2005, s. 23-35

Artuk Mehmet Emin, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, **Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, 2005, s. 23-35

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Emin, Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023

Aydın Devrim, “Suça Teşebbüs”, **AÜHFD**, Cilt 55, Sayı 1, Ankara, 2006, s. 85-114

Baltacı Vahit, **Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması**, Ankara, Seçkin, 2007

Bayraktar Köksal, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977

Bayraktar Köksal / Öztürel Önder / Memiş Pınar, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri", **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, İstanbul, Sarı Yayıncılık, 2004

Beccaria Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Ankara, İmge Kitabevi, 2004, çev. Sami Selçuk

Beck Ulrich, **Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru**, çev. Kazım Özdoğan, Bülent Doğan, İstanbul, İthaki, 2011

Bellomo Francesco, **Nuovo Sistema Del Diritto Penale Volume I, Principi e Legge Penale**, Bari, Diritto e Scienza SRL, 2010

Beltrani Sergio, **Il Delitto Tentato Parte Generale e Parte Speciale**, Padova, CEDAM, 2003

Bettiol Giuseppe, **Il Problema Penale**, Trieste, Editrice Scientifica Triestina, 1945

Bulut İlhan, **Suçta Netice**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022

Bricola Franco, Teoria Generale Del Reato (1973), s. 539-809, **Scritti Di Diritto Penale Volume I, Tomo I (Dal 1960 Al 1973)**, Milano, Giuffrè Editore, 1997

Cadoppi Alberto, Veneziani Paolo, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, Padova, CEDAM, 2010

Can Neslihan, "Çocuğun Sanal Cinsel İstismarı", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 13, Sayı 50, Nisan 2022, s.115-138

Canestrari Stefano, Cornacchia Luigi, De Simone Giulio, **Manuale di Diritto Penale PG**, Bologna, Il Mulino, 2007

Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta, 2023

Corn Emanuele, **Il Principio di Precauzione Nel Diritto Penale Studi Sui Limiti All'Anticipazione Della Tutela Penale**, Torino, Giappichelli Editore, 2013

D'Anello Antonio, **La Rilevanza Degli Atti Preparatori In Materia Penale**, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Napoli Federico II, 2013, <http://www.fedoa.unina.it/9398/1/Tesi%20di%20dottorato%20La%20rilevanza%20degli%20atti%20preparatori%20Antonio%20D%20Anello.pdf>, erişim tarihi: 27.06.2023

Daragenli Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 163-188

Daragenli Vesile Sonay, **Tehlike Suçları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998

Delitto Politico e Diritto Penale Del Nemico, a cura di Alessandro Gamberini e Renzo Orlandi, Bologna, Monduzzi Editore, 2007

Democrazia e Autoritarismo Nel Diritto Penale, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

De Vero Giancarlo, **Corso di Diritto Penale Parte Generale**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2020

Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023

Demirtaş Soner, **Tehlike Suçları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023

Dinler Veysel, **Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023

Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Hasan Sınar/R. Murat Önok/R. Barış Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt I, Giriş-Tarihçe-Kaynaklar- TCK’nın Uygulanması**, İstanbul, Der Yayınları, 2016

Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Pınar Memiş Kartal/Hasan Sınar/R. Barış Erman/Fulya Eroğlu/R. Murat Önok, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II**, İstanbul, Der Yayınları, 2019

Dursun Selman, **Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi**, Ankara, Seçkin, 2001

Dülger Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2022

Erdem Büşra, **İşlenemez Suç**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022

Erem Faruk, **Ceza Hukukunda Ümanist Doktrin**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1980

Erem Faruk, Nevzat Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2000

Erman Barış, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Cilt IX, Sayı 2, Yıl 2012, s. 447-481

Erman Sahir, Özek Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368)**, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1996

Ezgi Aygün Eşitli, **Kalkışma Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016

Evik Vesile Sonay, “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, 2004, s. 365-397

Evik Vesile Sonay, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme, **Özel Ceza Hukuku-Cilt VI Kamu Güvenine, Kamu Barışına Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (TCK m.197-224)**, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2020, (Yazarlar; Köksal Bayraktar/Vesile Sonay Evik/Zeynel T. Kangal/Serap Keskin Kızıroğlu/Ali Kemal Yıldız, Hamide Zafer/Eylem Aksoy Retornaz/Güçlü Akyürek/Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Sinan Altunç/Asuman Aytekin İnceoğlu/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Fulya Eroğlu)

Ferrajoli Luigi, “Il Diritto Penale Del Nemico: Un’Abdicazione Della Ragione”, **Legalità Penale E Crisi Del Diritto, Oggi**, Milano, Giuffrè Editore, s. 161-175

Fiandaca Giovanni, “Laicità del Diritto Penale e Secolarizzazione dei Beni Tutelati”, **Studi in Memoria di Pietro Nuvolone**, Volume Primo, Milano, Giuffrè Ed., 1991, s.165-195

Fiandaca Giovanni, (Giovanni Fiandaca/Giuseppe Di Chiara), “Nessun Reato Senza Offesa”, **Una Introduzione Al Sistema Penale Per Una Lettura Costituzionalmente Orientata**, Napoli, Jovene Editore, 2003

Fiandaca Giovanni, Musco Enzo, **Diritto Penale PG**, Bologna, Zanichelli Editore, 2009

Fiandaca Giovanni, Musco Enzo, **Diritto Penale Parte Speciale, Volume I**, Bologna, Zanichelli Ed., 2008

Fiandaca Giovanni, **Prima Lezione Di Diritto Penale**, Bari, Editori Laterza, 2017

Fiandaca Giovanni, **Sul Bene Giuridico Un Consuntivo Critico**, Torino, Giappichelli Ed., 2014

Fiandaca Giovanni, “Aspetti Problematici Del Rapporto Tra Diritto Penale e Democrazia”, **Democrazia e Autoritarismo Nel Diritto Penale**, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, s. 135-157

Fiore Carlo, Fiore Stefano, **Diritto Penale Parte Generale II**, Torino, UTET, 2005

Gallo Marcello, **Appunti di Diritto Penale**, Volume II, Parte I La Fattispecie Oggettiva, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000

Garofoli Roberto, **Manuale di Diritto Penale PG**, Roma, Nel Diritto Editore, 2012

Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, **Türk Ceza Kanunu Şerhi 6. Cilt Md. 255-345**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021

Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2014

Guidi Dario, **Contributo Alla Riforma Del Delitto Tentato**, Milano, Giuffrè Editore, 2013

Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2022

Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2012

Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023

Hakeri Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 20, Sayı 69, 2007, s. 55-96

“Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler”, çev. Elif Yarsuvat, **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:1, İstanbul, 2010, s. 13-28

Heinrich Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım-I Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı**, (Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Ankara, Adalet Yayınevi, 2014

İçel Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, 2023

İçel Kayıhan, “Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in daima büyük önem verdiği suç politikasının ana ilkelerinden hukuka bağlı devlet ilkesi”, **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II**, Ankara, 2008, s. 913-933

İçer Zafer, **Suç Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021

İpekçioğlu Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin, 2009

Jakobs Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku”, çev. M. Cemil Ozansü, **Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Prof. Dr. Wolfgang Frisch’e Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 489-505

Karakehya Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023

Katoğlu Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003

Katoğlu Tuğrul, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, **Kamu Hukukçuları Platformu Hukuk Güvenliği**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:277, 2015, s. 141-183

Kazaker Bozkurt Gözde, Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 24, Sayı 1, 2022, s. 241-288

Kazaker Gözde, **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019

Keçelioğlu Elvan, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Cilt I, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2015, s. 627-638

Keyman Selahattin, “Cürmi fiilin yapısal unsuru olarak hareket”, **AÜHFD**, Ayrı Basım, Ankara 1989, s.121-171

Keyman Selahattin, “Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler”, **Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 429-467

Kılıç Ahmet, **Suçların İçtimai Bağlamında Fiil Tekliği**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023

Kızılyel Serkan, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**, İstanbul, Beta, 2014

Koca Mahmut / Üzülmüş İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023

Kuçuradi İoanna, “Adalet Kavramı”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2018, s. 27-39

Kunter Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949

Kunter Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1955

Lavacchini Martina, **La Legittimazione Dell’Intervento Penale Tra Offensività e Harm Principle**, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Trento, 2016/2017

La Monica Mario, **Introduzione Al Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2002

Lombroso Cesare, **Suçlu İnsan**, Çev. İsmail Hakkı Yılmaz, İstanbul, AlBaraka Yayınları, 2022

Manes Vittorio, **Il Principio di Offensività Canone di Politica Criminale, Criterio Ermeneutico, Parametro di Ragionevolezza**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2005

Manna Adelmo, **Corso Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano, CEDAM, 2017

Manna Adelmo, **Il Lato Oscuro Del Diritto Penale**, Pisa, Pacini Ed., 2017

Mantovani Ferrando, **Diritto Penale PG**, Padova, CEDAM, 2009

Mantovani Ferrando, “Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale”, **Riv. It. Dir. Proc. Pen.**, Aprile-Settembre 2007, Fasc. 2/3, s. 470-492

Mantovani Ferrando, “Libertà, Ordine e Disordine”, **Umanità E Razionalità Del Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2008, s. 173-184

Mantovani Ferrando, “Principi Fondamentali Del Diritto Penale Della Libertà”, **Umanità E Razionalità Del Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 2008, s. 390-401

Marinucci Giorgio, “Soggettivismo e Oggettivismo Nel Diritto Penale. Uno Schizzo Dogmatico e Politico Criminale”, **Riv. It. Dir. Proc. Pen.**, Fasc.1, Gennaio-Marzo 2011, s. 1-24

Marinucci Giorgio, **Il Reato Come Azione**, Milano, Giuffrè Editore, 1971

Marinucci Giorgio, Dolcini Emilio, **Corso di Diritto Penale 1**, Milano, Giuffrè Ed., 2001

Marinucci Giorgio, Emilio Dolcini, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Milano, Giuffrè Editore, 2009

Merle Roger, Vitu, Andre **Traité de Droit Criminel Tome I**, Paris 1984

Merli Antonella, **Introduzione Alla Teoria Generale Del Bene Giuridico, Il Problema Le Fonti, Le Technique Di Tutela Penale**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006

Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002

Metin Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı:1, 2017, s. 1-74

Metin Yüksel, Dinler Veysel, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, <https://veyseldinler.com/wp-content/uploads/2018/07/devletin-cezalandırma-yetkisinin-anayasal-sınırları.pdf>, erişim tarihi: 01.03.2024

Mill John Stuart, **Özgürlük Üstüne**, çev. Alime Ertan, Ankara, Belge Yayınları, 2000

Neppi Modona Guido, **Il Reato Impossibile**, Milano, Giuffrè Editore, 1973

Notaro Domenico, “Tentativo”, **Le Forme Di Manifestazione Del Reato, Trattato Teorico/Pratico Di Diritto Penale diretto da Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero**, Giappichelli Editore, Torino, 2011

Nuhoğlu Ayşe, “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan Cilt 1**, İstanbul, Beta, 2011, s. 287-300

Nuvolone Pietro, **Il Sistema Del Diritto Penale**, Padova, CEDAM, 1975

- Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992
- Önder Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, 1991
- Öntan Yaprak, **Ceza Hukukunda Davranış ve Netice**, Ankara, Seçkin, 2021
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Meraklı Serkan, Bacaksız Pınar, Başbüyük İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2022
- Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000
- Özek Çetin, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na ilişkin düşünceler”, **Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa, 1999, s.639-703
- Özek Çetin, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.1251, 1967
- Özen Mustafa, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021
- Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2023
- Özgenç İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara, Seçkin, 2005
- Özgenç İzzet, **Suç Örgütleri**, Ankara, Seçkin, 2023
- Özkan Salih, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018
- Özocak Gürkan, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin, 2018
- Padovani Tullio, **Diritto Penale**, Milano, Giuffrè Editore, 2012
- Palazzo Francesco, **Corso di Diritto Penale PG**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006
- Parodi Giusino Manfredi, **I Reati di Pericolo Tra Dogmatica e Politica Criminale**, Milano, Giuffrè Ed., 1990
- Pavarani Cristina, **I Delitti Contro La Personalità Dello Stato, Parte Speciale Vol. I**, Trattato Di Diritto Penale diretto da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna, Michele Papa, Torino, UTET, 2008
- Pelissero Marco, “Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza”, **Ragion Pratica**, Fascicolo 1, giugno 2018, s. 79-98
- Pelissero Marco, (Carlo Federico Grosso/Marco Pelissero/Davide Petrini/Paolo Pisa), **Manuale Di Diritto Penale PG**, Torino, Giuffrè Editore, 2013

Pelissero Marco, “Contrasto al Terrorismo Internazionale e Il Diritto Penale al Limite”, **Speciale Questione Giustizia**, Settembre 2016, s. 99-112, https://www.questionegiustizia.it/data/speciale/articoli/690/qg-speciale_2016-1_10.pdf erişim tarihi: 08.08.2023

Pelissero Marco, “Il Diritto Penale Politico Tra Esigenze Di Normalizzazione Ed Istanze Deflative. Il Contributo Di Mario Romano Alla Riforma”, **Studi In Onore Di Mario Romano**, Napoli, Jovene Editore, 2011, s. 453-489

Petrocelli Biagio, **Il Delitto Tentato**, Padova, CEDAM, 1955

Picotti Lorenzo, “Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi, Genel Rapor”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi**, İstanbul, TCHD Yayınları No: 11, 2009, s. 53-105

Pulitanò Domenico, **Diritto Penale**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2013

Ramacci Fabrizio, **Corso di Diritto Penale**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007

Salvadori Ivan, **L’Adescamento Di Minori Il Contrasto Al Child-Grooming Tra Incriminazione Ed Esigenze Di Garanzia**, Torino, G. Giappichelli Ed., 2018

Salvadori Ivan, “Il Diritto Penale Dei Software A Duplice Uso”, **Diritto Penale E Modernità, Le Nuove Sfide Fra Terrorismo, Sviluppo Tecnologico e Garanzie Fondamentali**, Trento, Quaderni Della Focaltà Di Giurisprudenza, Università Degli Studi Di Trento, 2017, s. 361-439

Sancar Türkan Yalçın, “Ceza Hukukunda zgrlk ve Baskıcı Yaklaşımlar-Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kaboğlu-Oran Kararı”, **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 401-433

Sancar Türkan Yalçın, **ok Failli Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998

Sanchez Garcıa De Paz Maria Isabel, **El Moderno Derecho Penal Y La Anticipación de la Tutela Penal**, Salamanca, Ediciones Universidad de Valladolid, 1999

Sarıtaş Erkan, **Suçun Yapısında Hareketin Konusu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023

Savaş Vural, Mollamahmutoğlu Sadık, **Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu II. Cilt Madde 96-324**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998

Selçuk Sami, **Suç Genel Kuramı**, Ankara, Seçkin, 2021

Seminara Sergio, **Il Delitto Tentato**, Milano, Giuffrè Editore, 2012

Solinas Giovanni, “L’adescamento Di Minorenni Problemi Attuali Di Interpretazione Ed Applicazione Dell’Art. 609 Undecies C.P., Anche Alla Luce Degli Ultimi Orientamenti Giurisprudenziali In Materia”, **disCRIMEN articoli**, 7.10.2022, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Solinas-Ladescamento-di-minorenni-2.pdf>, erişim tarihi: 13.08.2021

Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022

Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, 2023

Soyaslan Doğan, **Teşebbüs Suçu**, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1994

Sözüer Adem, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları no: 134, 1994

Şen Ersan, Eryıldız Sefa, **Suç Örgütü**, Ankara, Seçkin, 2022

Taner Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul, 1949

Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta, 2006

Tanör Bülent, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000

Toroslu Haluk, **Ceza Müeyyidesi**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010

Toroslu Nevzat, Toroslu Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2023

Toroslu Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970

Toroslu Nevzat, Toroslu Haluk, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021

Toroslu Nevzat, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul, Beta, 1988, s. 367-377

Tozman Önder, **Suç Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015

Tozman Önder, **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017

Trabacchi Antonio, **I Delitti Contro La Fede Pubblica Tomo I, Falsità In Monete, In Sigilli E Falsità Personale**, Volume Nono, Padova, CEDAM, 2011

Turpin Dominique, **Droit Constitutionnel**, Paris, PUF, 1997

Türkiye ve Terörizm Rapor, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 107, Ankara, 2006

Ucci Serena, **L'Anticipazione Della Tutela Penale Tra Opzioni Di Politica Criminale e Ratio Di Tutela. Limiti Ad Un Uso Simbolico Del Diritto Penale**, Doktora Tezi, Università Degli Studi Di Napoli Federico II, Anno Academico 2016/2017

Ünal Osman Gazi, **Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları**, Ankara, Seçkin, 2023

Ünal Osman Gazi, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK M. 245/A), **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2022, Cilt 26, Sayı 2, s. 589-646

Ünver Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003

Viganò Francesco, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella legislazione vigente antiterrorismo”, ius17@unibo.it, Bologna, Bononia University Press, Anno II, n.1, gennaio-giugno 2009, s.171-191

Viganò Francesco, “Diritto Penale Del Nemico E Diritti Fondamentali”, **Legalità Penale E Crisi Del Diritto, Oggi**, Milano, Giuffrè Editore, s. 107-145

Yarsuvat Duygun, Bayraktar Köksal, “Teşebbüs ve İştirak Kurallarının Genişlemesi”, **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi**, İstanbul, TCHD Yayınları No: 11, 2009, s. 25-53

Yenisey Feridun, “Uluslararası Terörizmle Mücadelede Suç Siyaseti İlkeleri”, **Suç Politikası Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 19-36

Yenisey Feridun, Plagemann Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, İstanbul, Beta, 2015

Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009

Yüce Turhan Tufan, **Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Ayrılması Problemi ve Uygun İlliyet Teorisinin Bu Probleme Tatbiki Denemesi**, Erzurum, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968

Zafer Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Md. 1-75**, İstanbul, Beta, 2021

Zaza Carlo, **L'Oggetto Giuridico Del Reato Un'Analisi Giurisprudenziale**, Milano, Giuffrè Ed., 1999

Yararlanılan İnternet Kaynakları:

<http://www.cortecostituzionale.it>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale>

<https://rm.coe.int/168008156d>

<https://cdn.bau.edu.tr/content/ncubp4fwxq0go-B6-SANAL%20ORTAMDA%20İŞLENEN%20SUÇLAR%20SÖZ.-77-98.pdf>



ÖZGEÇMİŞ

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Onur Kemal Kerman
Tez Başlığı : Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması
Savunma Tarihi : 25/03/2024
Danışman : Prof. Dr. Ümit Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ümit Kocasakal

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Prof. Dr. Zeynep Özlem Üskül Engin

Prof. Dr. Pınar Kartal

Dr. Öğr. Üyesi Güner Hande Ulutürk

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü