

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA TEHLİKE SUÇU KAVRAMI

Doktora Tezi

Can YALÇIN

Ankara-2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA TEHLİKE SUÇU KAVRAMI

Doktora Tezi

Can YALÇIN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara-2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA TEHLİKE SUÇU KAVRAMI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

1- Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

2- Prof. Dr. Tuğrul KATOĞLU

3- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

4- Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

5- Doç. Dr. Haluk TOROSLU

Tez Savunması Tarihi

02.10.2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN danışmanlığında hazırladığım **“Ceza Hukukunda Tehlike Suçu Kavramı”** (Ankara, 2024) adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

30.10.2024

Can YALÇIN

TEŞEKKÜR

Bu doktora tezi Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) tarafından sağlanan 2214 – A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında İtalya’da bulunan Bologna Üniversitesi’nde gerçekleştirilen 11 ay süreli araştırmanın katkısıyla tamamlanmıştır. Tarafıma bu maddi desteği sağlayan TÜBİTAK’a çok teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM ZARAR VE TEHLİKE KAVRAMLARI	14
I. ZARAR KAVRAMI	14
II. TEHLİKE KAVRAMI VE ZARARLA ARASINDAKİ İLİŞKİ	44
1. TEHLİKENİN ZARARIN İMKÂNI OLARAK AÇIKLANMASI.....	50
2. TEHLİKENİN ZARARIN İHTİMALİ OLARAK AÇIKLANMASI	55
3. DEĞERLENDİRME	65
III. TEHLİKENİN YAPISINA İLİŞKİN TEORİLER.....	69
1. SUBJEKTİF TEORİ	70
2. OBJEKTİF TEORİ	74
3. DEĞERLENDİRME	78
IV. TEHLİKENİN ARAŞTIRILMASINDA KULLANILAN YÖNTEMLER	82
1. GENEL OLARAK.....	82
2. EX ANTE YÖNTEMİ.....	83
3. EX POST YÖNTEMİ.....	95
4. TOTAL EX ANTE YÖNTEMİ	102
5. DEĞERLENDİRME	112
V. TEHLİKENİN MEVCUDİYET DERECELERİ	121
1. GEÇMİŞ TEHLİKE – MEVCUT TEHLİKE	121

2. UZAK TEHLİKE – YAKIN TEHLİKE	122
3. GERÇEK TEHLİKE – MUHTEMEL TEHLİKE YA DA DOĞRUDAN TEHLİKE – DOLAYLI TEHLİKE (TEHLİKENİN TEHLİKESİ VEYA GELECEK TEHLİKE)	125
VI. TEHLİKE TÜRLERİ	130
1. BİREYSEL TEHLİKE – KOLEKTİF (GENEL) TEHLİKE	130
2. SOMUT TEHLİKE – SOYUT TEHLİKE	132
3. SOYUT-SOMUT TEHLİKE (POTANSİYEL TEHLİKE VEYA ELVERİŞLİLİK SUÇLARI)	157
4. VARSAYILAN (ÖNGÖRÜLEN) TEHLİKE – ARAŞTIRILABİLİR TEHLİKE	165
5. DEĞERLENDİRME	174
İKİNCİ BÖLÜM TEHLİKE SUÇLARININ ÖZELLİKLERİ VE SINIRLARI	176
I. CEZA HUKUKUNUN MÜDAHALE ALANININ TEHLİKE SUÇLARI ARACILIĞIYLA GENİŞLETİLMESİ EĞİLİMLERİ	176
1. RİSK TOPLUMU VE CEZA POLİTİKASI	187
2. İHTİYAT İLKESİ VE CEZA HUKUKUNDAKİ YANSIMASI	225
3. BELİRLİ HUKUKİ VARLIKLARIN ETKİLİ BİR ŞEKİLDE KORUNMASI GEREKTİĞİ DÜŞÜNCESİ	241
II. TEHLİKE SUÇLARININ DOGMATİK ÖZELLİKLERİ	256
1. TEHLİKE SUÇLARININ TİPİKLEŞTİRİLMESİ MESELESİ	256
2. TEHLİKE SUÇU – ZARAR SUÇU AYRIMI	258
A. DAVRANIŞ ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM	258
B. NETİCE ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM	266
a. Netice Kavramına İlişkin Genel Açıklamalar	266
b. Neticenin Doğalcı Anlayışı ile Hukuki Anlayışı Arasındaki Ayrım ve Neticeli – Neticesiz Suç Ayrımı	268
C. SUÇUN HUKUKİ KONUSUNUN İHLAL EDİLME ŞEKLİ ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM	281
D. SUÇUN (MADDİ) KONUSU ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM	290
E. DEĞERLENDİRME	301

III. SOMUT TEHLİKE SUÇLARINDAKİ “SOMUT TEHLİKE”NİN HUKUKİ NİTELİĞİ	302
1. SOMUT TEHLİKENİN NETİCE OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞ	308
2. SOMUT TEHLİKENİN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞ.	322
A. GENEL OLARAK OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTLARI	322
B. SOMUT TEHLİKEYİ OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI SAYAN GÖRÜŞÜN İNCELENMESİ	327
3. DEĞERLENDİRME	334
IV. SOYUT TEHLİKE SUÇLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU	337
1. KANUNİLİK, KUSUR VE İHLAL İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME	337
2. KANUN KOYUCUNUN SUÇ VE CEZA SİYASETİ BAĞLAMINDA SOYUT TEHLİKE SUÇU İHDAS ETMESİNİN ANAYASAL SINIRLARI	363
V. TEHLİKE SUÇLARIYLA BAĞLANTILI SUÇLAR	378
1. KALKIŞMA SUÇLARI	378
2. CEZALANDIRILAN HAZIRLIK HAREKETLERİ (HAZIRLIK SUÇLARI)	389
VI. TEHLİKE SUÇLARINDA MANEVİ UNSUR	400
1. ZARAR KASTI VE TEHLİKE KASTI KAVRAMLARI	401
2. TAKSİRLİ TEHLİKE SUÇLARI	408
VII. TEHLİKE SUÇLARINA TEŞEBBÜS	412
VIII. TEHLİKE SUÇLARI İLE ZARAR SUÇLARI ARASINDAKİ İÇTİMA İLİŞKİSİ	428
1. GENEL OLARAK SUÇLARIN İÇTİMAI	428
2. TEHLİKE SUÇU İLE BİRLİKTE ZARAR SUÇUNUN MEYDANA GELDİĞİ HALLERDE İÇTİMA SORUNU	431
SONUÇ	454
KAYNAKÇA	505
ÖZET	530
ABSTRACT	531

KISALTMALAR CETVELİ

AHBVÜ – HFD.	:Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM.	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Alm.	:Almanca
AnBD.	:Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD.	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM.	:Anayasa Mahkemesi
B.	:Baskı
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
Cass. Pen.	:Cassazione Penale
CD.	:Ceza Dairesi
CGK.	:Ceza Genel Kurulu
CGTİHK.	:Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD.	:Ceza Hukuku Dergisi
CHKD.	:Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
ÇÜHFD.	:Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD.	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:Dipnot

E.	:Esas
ed.	:Editör/Edited
Fasc.	:Fascicolo
Ing.	:İngilizce
It.	:İtalyanca
İCK.	:İtalyan Ceza Kanunu
in.	:Inside/İçinde
İMÜHFD.	:İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD.	:İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK.	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	:Karar
KHASHFD.	:Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KHM.	:Kırıkkale Hukuk Mecmuası
KTK.	:Karayolları Trafik Kanunu
m.	:Madde
MÜHF-HAD.	:Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
ÖStGB.	:Avusturya Ceza Kanunu
Pub.	:Publications
RG.	:Resmî Gazete

Riv. It. Dir. Proc. Pen	:Rivista italiana di diritto e procedura penale
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SGT.	:Son Görölme Tarihi
ss.	:Sayfa sırası
SÜHFD.	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:Tarih
TAAD.	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD.	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	:Türk Borçlar Kanunu
TCK.	:Türk Ceza Kanunu
THD.	:Terazi Hukuk Dergisi
vb.	:Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
vol.	:Volume
Y.	:Year/Yıl
Yar.	:Yargıtay
Yay.	:Yayınevi/Yayınları
YÜHFD.	:Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Toplum, homojen, sabit ve sükunetli bir yapı değildir; aksine bireysel ve toplumsal davranışların öngörülemez tezahürlerine ve geniş tecrübelerle açık, son derece heterojen ve dinamik bir yapıya sahiptir. Toplumun bu dinamik ve heterojen yapısı – cezai korumanın konusunu oluştursalar dahi – hukuk tarafından korunan hukuki varlık ve menfaatleri ihlale açık hale getirmektedir. Bu ihlal korunan hukuki varlıkların her zaman somut ve etkili bir şekilde zarar görmesiyle değil salt tehdit edilmesiyle de ortaya çıkabilmektedir.¹

Zarar imkânı veya ihtimali olarak tanımlanan tehlike kavramı, zorunluluk hali, meşru savunma, teşebbüs gibi kurumlar açıklanırken de kullanılmaktadır. Öte yandan toplumsal koruma ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi büyük hedefleri olan ceza sisteminin “tehlike” temelinde inşa edildiği söylenebilir.² Bu tehlike kavramı esas alınarak, öğretide tehlike suçu – zarar suçu ayrımı yapılmıştır. Buna göre, korunan hukuki varlığın zarar görmesiyle meydana gelen suçlar zarar suçlarını; korunan varlığın salt tehdit edildiği, tehlikeye atıldığı suçlar ise tehlike suçlarını oluşturmaktadır.³

Bu çalışma, normatif düzenlemelerinin sayısının artma eğilimi gösterdiği tehlike suçlarının suç genel teorisi içerisinde incelenmesini hedeflemektedir. Gelişen teknolojiyle, riskli faaliyetlerdeki artışla, çevrenin ve iklimin korunmasındaki gerekliliğin artmasıyla birlikte ceza hukukunun koruma alanı da öne çekilmekte ve tehlike suçlarının sayısında artış gözlemlenmektedir. Risk toplumu olarak da tanımlanan modern sanayi

¹ **Giuseppe Ratiglia**, *Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione*, Libreria Scientifica Giappichelli, Torino 1932, s. 1, 2.

² **Ratiglia**, s. 2, 3.

³ **Emilio S. Binavince**, “*Crimes of Danger*”, *Wayne Law Review*, Vol. 15, No. 2, Spring 1969, s. 683.

toplumu, yaşam ve çalışma hayatı üzerindeki riskleri artırmış, bu durum da ceza hukukuyla sağlanan koruma alanının öne çekilmesine vesile olmuştur.⁴ Zarar suçları “klasik” suç modellerini temsil etmekte ve geleneksel anlamda ceza kanunlarının temelini oluşturmaktayken, tehlike suçları yakın zamanda kayda değer bir artış göstermiştir ve hatta artık tehlike suçlarının sayısının zarar suçlarının sayısını geçtiği söylenebilir.⁵ Bunun esasında iki sebebi vardır. Bir yandan, gelişmeye devam eden teknoloji, riskin zarara dönüşmesini önlemeye yönelik ceza normları ihdas etmenin uygun olduğu ama aynı zamanda toplum için de gerekli olan riskli aktivitelerin sayısını artırmaktadır. Öte yandan, devletle birey arasındaki doğal iş birliği ödevinin devlet kanadının gittikçe genişliyor olması da ceza kanunu koyucusunu toplum için önem arz eden bazı hukuki varlıkların korunmasını salt tehlikeye atma düzeyine çekmeye yönlendirmiştir.⁶ Zira büyük felaketlerin kaynağı olan bilimsel-teknolojik gelişmelerle bağlantılı tehlikeden,

⁴ Bkz. **Yener Ünver**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 946, 947; **Elvan Keçelioğlu**, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. I, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara 2015, s. 629 vd.; **Uğur Ersoy**, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, TAAD. Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit’e Armağan, Y. 11, S. 41, Ocak 2020, s. 29 vd.; **Bahri Öztürk – Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 23, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 217, 218; **Murat Önok**, “Is the criminalization of mere danger compatible with the understanding of criminal law as ultima ratio?”, in. Dangerousness and Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, s. 43; **Emine Kabak Yüce**, “Danger in Substantial Criminal Law: Turkish Perspective”, in. in. Dangerousness and Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, s. 157.

⁵ **Giovanni Grasso**, “L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Fasc. 3, Luglio – Settembre 1986, s. 690, 691.

⁶ **Giovanni Fiandaca – Enzo Musco**, Diritto penale parte generale, B. 8, Zanichelli Ed., Bologna 2019, s. 218; Ayrıca bkz. **Gian Paolo Demuro**, “Il pericolo e la sua pena: tra proporzionalità e ne bis in idem”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 3, 2023, s. 902, 903.

geniş çaplı terörizme veya finansal kapitalizm krizine içkin tehlikeye kadar insanlığın üzerinde beliren bu yıkıcı tehditler modern demokrasilerin doğup büyüdüğü özgürlük, güvenlik ve belirliliği sarsmaktadır.⁷

Teknolojik gelişmeler ve gerçekleştirilen riskli faaliyetler zarar tehlikelerini artırmış bu nedenle zarar imkânı ya da ihtimali doğuran eylemlerin bir kısmını ceza müeyyidesiyle karşılama ihtiyacı doğmuştur. Öte yandan örneğin çevrenin korunması adına zararın gerçekleşmesini beklemek bu koruma amacına hizmet etmeyebilir. Zira münferit eylemler nadiren çevreye doğrudan zarar vermekte olup çevreye verilen zararlar genellikle birden fazla hareketin birleşmesi sonucu oluşmaktadır. Dolayısıyla çevreye karşı suçlar, çevrenin etkin korunması için zarar suçu yerine tehlike suçu olarak düzenlenmektedir.⁸ Bununla birlikte hukuk alanı dışındaki disiplinlerce gerçekleştirilen incelemelerde analiz edilen problemlerin karmaşıklığı ve referansların genişliğinin, tehlike kavramının ceza hukuku alanı içerisindeki incelenmesinde kullanılan klasik şemaları son derece zorlamaktadır. Bu zorlama kendisini, bazı kanun koyucuların ve öğretideki kimi yazarların, eşik değerler ve davranış ceza hukukunun görünüşte daha güven verici ve daha az belirsiz modelini benimseyerek klasik tehlike suçu modellerini terk etmesi şeklinde göstermektedir.⁹

Tek başına kayda değer bir etki üretemeyen ancak diğerleriyle birleştiğinde çevre ya da insanların sağlığı için zarar veya somut tehlike doğurabilecek eşik değerlerini aşan çevre (su, atmosfer, toprak) emisyonları buna örnek olarak verilebilir. Bu anlamda öğretide, kümülatif etkiyle diğerleriyle birleşerek ciddi ihlal yoğunluğuna sahip olan

⁷ **Francesco D'Alessandro**, Pericolo astratto e limiti-soglia le promesse non mantenute del diritto penale, Giuffrè Ed., Milano 2012, s. 2, 3.

⁸ **Vesile Sonay Daragenli**, Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 99, 100.

⁹ **D'Alessandro**, s. 7.

mikro-ihlal kavramı öne atılmıştır. Tek bir mikro-ihlale karşı ceza müeyyidesi öngörülmesiyle fazlasıyla öne çekilmiş bir koruma sistemi inşa edilmiş olur.¹⁰

Diğer yandan, 1970’li yıllardan bu yana suç politikası “güvenlik gereksinimi ve cezalandırma arzusu” etrafında toplanmış, çevrenin yanı sıra ekonomi ve bilişim alanlarında da soyut tehlike suçlarına yer vermek suretiyle fiilin ispatını kolaylaştırma hedeflenmiştir. Bu “ön alanı kriminalize etme” çabasının altında ispat zorluklarını aşmanın yer aldığı ve dolayısıyla bu suçlarla bağlantılı soruşturma açmak için gereken şüphenin de daha az yoğun olduğu belirtilmektedir. Terör, yolsuzluk, kaçakçılık gibi alanlarda çıkartılan kanunların adında “mücadele” teriminin geçmesinin de bu anlayışın ürünü olduğu vurgulanmaktadır. Modern ceza hukuku, “tehlikeyi önleme hukukuna” dönüşmüş¹¹ olup güvenliğin sağlanmasına yönelik araçların ikna gücünün yüksek olduğu belirtilmektedir. Nitekim terörizmin yarattığı paranoyanın da bireylerin hak ve özgürlüklerinden daha kolay vazgeçmesini sağladığı da vurgulanmaktadır.¹²

Bahsi geçen “mücadele” terimi üzerinden “mücadele ceza hukuku” kavramı da tartışılmaktadır. Bu “mücadele” terimi, terör gibi somut toplumsal olgularla mücadelenin bir aracı olarak ceza hukukunun görülmesini ve bu olgularla ilgili özel ceza kanunlarının çıkartılmasını ifade etmektedir (örn. Terörle Mücadele Kanunu). Bu ceza hukuku anlayışının da ceza adaletini, şüpheli ve sanık haklarını korumaya yönelmiş bir sistem olmaktan uzaklaştırıp, suçlulara karşı mücadele ve mağdurların korunması aracına

¹⁰ **Domenico Pulitanò**, Diritto penale, B. 7, G. Giappichelli Editore, Torino 2017, s. 197; Ayrıca bkz. **Fiandaca – Musco**, s. 221.

¹¹ Modern ceza hukukunun dönüşümüne dair tespitler için bkz. **Keçelioğlu**, “Risk Toplumunda”, s. 632, 633.

¹² **Öztürk – Erdem**, s. 217, 218.

çevirdiği belirtilmektedir.¹³ Öte yandan ceza kanunu dışındaki kanunlarda suç ve cezalarla ilgili, genel ilkelere ters düşen pek çok hüküm konulmasının başlıca sebebi olarak kolaycılığa kaçmakla birlikte ceza kanunun bağlayıcılığından kurtulmanın istenmesi gösterilmektedir. Ceza kanunları dışındaki kanunlarla yapılan bu düzenlemeler ceza hukukunun alanını gereksiz yere genişletmekle birlikte çoğu zaman anlaşılma ifadeleri içeren, genel ilkelere ters düşen, hukuk devletine zarar veren unsurlarla ceza hukukunun alanını da kirletmektedir. Dolayısıyla ceza hukukuna son çare (ultima ratio) olarak başvurulması gerekirken ilk çare (sola ratio) olarak başvurulmakta bu da bir “ceza hukuku enflasyonu”na sebep olmaktadır.¹⁴

Ceza kanunları incelendiğinde “Kamu Barışına Karşı Suçlar”, “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar”, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” gibi suç kategorilerinin korudukları hukuki varlıklar nazara alınarak bunların tehlike suçları olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak tehlike suçlarındaki cezalandırmanın belirsizliği ve siyasi iktidarın bu suçları kendi politikaları doğrultusunda araçsallaştırması, ifade özgürlüğü¹⁵, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğü gibi özgürlüklerin kullanılmasını engelleyebilmektedir.¹⁶ Halbuki özgürlükçü bir ceza

¹³ **R. Barış Erman**, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, YÜHFD. Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, C. 9, S. 2, Y. 2012, s. 454, 455.

¹⁴ **Uğur Alacakaptan**, “Öteki Ceza Hukuku”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi ve TCHD Yay., Ankara 2008, s. 365, 366.

¹⁵ **Uğur Alacakaptan**, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 – C. II, Ankara 2000, s. 14 vd.; **Ash Ekin Yılmaz**, “İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme”, YÜHFD., C. XVII, S. Özel Sayı, Y. 2020, s. 163 vd.

¹⁶ Ayrıca bkz. **Çetin Özek**, ““Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları”, AÜSBFD., C. 49, S. 3, Y. 1994, s. 357 vd; Bir tehlike suçu olan suç işlemek için örgütlenme suçlarıyla

hukuku sistemi cezalandırmayı değil, hakları korumayı kendisine amaç edinmiştir. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğü korumayan, uygulanmasıyla birlikte temel hak ve özgürlüğü ihlal edebilecek nitelikte suçların yaratılmaması gerekir. Kanun koyucu neyin suç olup neyin olmayacağı hususunda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmayıp ceza kanunuyla korumaya aldığı hak ve menfaatlerin anayasal bir karşılığı olmalıdır. Zira anayasal sınırlar ve yükümlülüklerle bireylerin hak ve görevleri arasında doğacak uyumsuzluk ve çatışmaların somutlaşacağı ortam ceza kanunu olacaktır. Bu nedenle anayasada yer alan bir değerle karşılıklı ilişki içinde bulunmayan bir suç düşünülemez.¹⁷

Tehlike suç tiplerinin artmasının demokratik hukuk devletinin ilkeleriyle ve ceza hukukunun son çare olma niteliğiyle bağdaşmayacağı da belirtilmektedir.¹⁸ Özellikle yeni nesil soyut tehlike suçlarının gerçek kişilere ait hukuki varlıklar yerine topluma ve devlete ait hukuki varlıkları¹⁹ koruyor olmasının ve bu hukuki varlıkların da çok muğlak ve geniş

düşünceyi ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin değerlendirilmesi için bkz. **Erkan Sarıtaş**, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 – 221), On İki Levha Yay., İstanbul 2018, s. 121 vd.

¹⁷ **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 11; **Alacakaptan**, “*Öteki Ceza Hukuku*”, s. 380.

¹⁸ **Veli Özer Özbek – Koray Doğan – Serkan Meraklı – Pınar Bacaksız – İsa Başbüyük**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 240; **Keçelioğlu**, “*Risk Toplumunda*”, s. 633, 634.

¹⁹ Devletin kendine özgü “yarar” sahibi olduğu kabulünün çağdaş demokratik anlayışla çeliştiği, devletin hukuka aykırı eylemin pasif süjesi olsa da ihlal edilen yararın bireylere ait olduğu belirtilmektedir. Nitekim buna göre, demokratik düzenlerde suçu önlemek adına insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması yahut devletin meşru müdafaa hakkı gibi zorbaca fikirlerin lafı dahi edilmemesi gerekir. Ayrıca devletin kendine özgü şahsiyeti ve menfaatleri olduğu anlayışı da devletin kendini koruyabilmesi adına sınırsız yetkilerle donatılmasına vesile olur. Bu halde de korunan hukuksal menfaat “siyasal iktidar düzeni ve iktidarı” olarak belirlenir. Böylece siyasal iktidar, ceza normuyla korunan hukuksal menfaati keyfi bir şekilde tespit edebilir. Dolayısıyla devletin çıkarları ile bireyin çıkarları arasında çelişki olabileceği varsayıp siyasal sistemin cevaz vermediği düşünce ve davranışlar “devletin korunması” adına yasaklanabilir. Bu da elbette

olmasının²⁰ ceza hukukunda kanunilik ilkesini ihlal ettiği söylenebilir. Hatta soyut tehlike suçları sebebiyle cezalandırma, kusur prensibine de aykırı bulunmaktadır.²¹ Dolayısıyla bu çalışmanın hedefi, hukuk devleti ve modern ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde temel hak ve özgürlükler karşısında tehlike suçlarının nasıl düzenlenmesi, yorumlanması ve uygulanması gerektiğini araştırmaktır.

Tehlike kavramı açıklanırken, öğretide “zarar” kavramının referans alındığı görülmekte ve tehlike, zararın imkânı veya ihtimali olarak açıklanmaktadır.²² Tehlikenin objektif olarak var olup olmadığının araştırılması zorunlu olarak bir değerlendirme gerektirmektedir. Ancak bu değerlendirmenin “ex ante” bir değerlendirme mi yoksa “ex post” bir değerlendirme mi olması gerektiği meselesi²³ tehlikenin tespiti ve cezai sorumluluğun tayini bakımından önem arz etmektedir. Cezalandırılabilir fiili tespit etmek suretiyle kanunilik ve belirlilik ilkelerine²⁴ hizmet etmek ve kusur ilkesine aykırı düşecek yorumlar yapmamak adına tehlikenin tespitinde kullanılacak yöntemi tespit etmek önemlidir.

beraberinde faşist bir devlet sistemini oluşturacaktır. Bkz. **Çetin Özek**, ““1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, İÜHF.M., C. 56, S. 1 – 4, Y. 1998, s. 41 – 44.

²⁰ **Erman**, s. 457.

²¹ Bu tartışma için bkz. **Ersoy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 45 vd; Genel olarak tehlike suçlarının kusur prensibiyle çeliştiği görüşü için bkz. **Ersoy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 60, 61; **Elif Ergüne**, “*Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m. 216)*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, Y. 2020, s. 1688.

²² **Girolamo Penso**, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1976, s. 2; **Roland Riz**, “*Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa*”, in. Studi in memoria di Giacomo Delitala II. Università Degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni Dell’istituto di Diritto Penale e Processuale Penale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1984, s. 1357, 1358.

²³ **Riz**, s. 1365 vd.

²⁴ Bu konuda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. **Güneş Okuyucu Ergün**, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2023, s. 29 vd., s. 75 vd.

Bu çalışmanın bir diğer amacı, ceza hukukunun yıllar içerisinde geçirdiği dönüşümle birlikte tehlike suçlarının ortaya çıkışına etki eden faktörleri incelemektir. Bu inceleme tehlike suçlarının amacını ortaya koymak bakımından gerekli olup tehlike suçlarını düzenleyen ceza normlarının amaca uygun yorumlanmasına da hizmet edecektir. Bu bağlamda risk toplumu ve ceza hukuku üzerindeki dönüştürücü etkisi incelenecektir. Risk toplumu ve riskli faaliyetlerin sınırları incelenirken konu bakımından önem arz eden “izin verilen risk” kavramına da yeri geldikçe değinilecektir.

Tehlike suçları, zarar suçlarına nazaran çok daha yeni suçlardır ve sayıları gittikçe artan bu suçların suç genel teorisi merceğinde incelenmesi önem arz etmektedir. Ne var ki öğretide tehlike suçlarıyla ilgili neredeyse hiçbir konuda görüş birliğine varılamamıştır. Hatta kimi hallerde yazarların aynı terimi farklı anlamlarda kullandığı veya aynı hususu farklı terimlerle ifade ettikleri dahi görülmektedir.²⁵ Başka bir deyişle tehlike suçlarıyla ilgili terminoloji konusunda dahi bir birliğe varılamamıştır. Tehlike suçları nazarında öğretideki en büyük görüş ayrılıklarından birisi bu suçlar ile zarar suçları arasındaki ayrımın hangi unsur ya da kriterler esas alınarak yapılacağına ilişkindir. Bu ayrımın davranış üzerinden, netice üzerinden, suçla korunan hukuki varlık üzerinden ve suçun (maddi) konusu üzerinden yapıldığı görülmektedir.²⁶ Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Ceza Hukuku doktrinde “netice”, “suçun hukuki konusu” ve “suçun (maddi) konusu” kavramlarına yüklenen anlamlar bakımından dahi bir birlik bulunmamaktadır. Bu nedenle tehlike suçları ile zarar suçları arasındaki ayırmada esas alınan unsur ya da kriterler

²⁵ Bu tespit için bkz. **Mehmet Maden**, ““Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, AHBVÜ – HFD., C. XXV, S. 1, Y. 2021, s. 449, 450.

²⁶ **Osman Gazi Ünal**, Türk Ceza Hukuku’nda Tehlike Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 134 vd; **Yaprak Öntan**, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 301, 302.

incelenirken, konuyla ilgili olduğu ölçüde netice, hukuki konu ve maddi konuya ilişkin tartışmalara da değinilecektir.

Öğretide tehlike suçlarının kendi içinde pek çok ayrımının yapıldığı görülmektedir. Bunların bir kısmı, somut tehlike suçu, soyut tehlike suçu, varsayılan tehlike suçu, potansiyel tehlike suçu ve muhtemel tehlike (tehlikenin tehlikesi) suçudur. Öte yandan varsayılan/öngörülen tehlike suçlarını soyut tehlike suçlarıyla bir tutan görüşler olduğu gibi²⁷ öngörülen tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarından farklı olduğunu belirterek tehlike suçlarını kendi içinde somut, soyut ve öngörülen olmak üzere üçlü ayrıma tutan görüşler de bulunmaktadır.²⁸ Bununla birlikte tehlike suçlarını kendi içinde gerçek tehlike suçları ve risk suçları olarak ayırıp, risk suçlarını da somut – soyut risk suçları olarak ayıranlar bulunmaktadır. Tüm bu ayrımların yanı sıra tehlike suçları üst başlığı altında basit tehlike, dolaylı tehlike, bileşik tehlike, sırf tehlike, gerçek tehlike, gerçek olmayan tehlike, değişmeyen tehlike suçu ayrımları da yapılmaktadır.²⁹ Tehlike suçlarına ilişkin en yaygın ayırım ise soyut tehlike suçu – somut tehlike suçu ayırımıdır. Yaygın tanıma göre, soyut tehlike suçları, suçun kanuni tanımında yer alan davranışın gerçekleştirilmesinin suçun meydana gelmesi bakımından yeterli görüldüğü suçları ifade eder. Somut tehlike suçları ise tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesini müteakip somut bir tehlikenin ortaya çıkmasının arandığı, fiilin gerçekten suçun konusu üzerinde bir tehlikeye sebep olup olmadığının araştırılması gereken suçlar olarak açıklanmaktadır.³⁰

²⁷ Nevzat Toroslu – Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 24, Ankara 2018, s. 145; Koray Doğan, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD., C. 5, S. 16, Y. Ocak 2014, s. 184

²⁸ Daragenli, Tehlike Suçları, s. 59 vd.

²⁹ Daragenli, Tehlike Suçları, s. 42 vd.

³⁰ Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 16, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 121

Elbette zarar suçu ile tehlike suçu ayrımını suçun hukuki konusu üzerinden yapan görüş, somut tehlike suçlarının meydana gelmesi için korunan hukuki varlığın somut bir şekilde tehlikeye konmasını aramaktadır.³¹ Bununla birlikte tehlike suçlarının nasıl somut ve soyut şeklinde ayrılacakları hususunda da belirsizlik bulunmaktadır. Örneğin bir suç tipi bir görüş tarafından somut tehlike suçu olarak nitelendirilebilirken; bir başka görüş tarafından soyut tehlike suçu olarak nitelendirilebilmektedir. Görünüşte farklı olan bu görüşlerde açığa çıkartılması gereken ilgili görüşlerin aynı terime aynı anlamı yükleyip yüklemedikleridir.³² Dolayısıyla bu çalışmanın bir diğer amacı, bu ayrımlar arasında tehlike suçlarının anlaşılması ve düzenlenmesine en çok hizmet edecek tasnifi tespit etmek ve terminoloji karmaşasını gidermektir.

Öğretideki pek çok yazarın kendi tasnifi içerisinde kabul ettiği somut tehlike suçlarındaki “somut tehlikenin” hukuki niteliği tartışma konusudur. Bir görüşe göre, somut tehlike suçlarındaki somut tehlike neticeyi ifade etmekte³³, bir görüş somut tehlikeyi açıkça netice olarak nitelendirmemekle birlikte hakim tarafından araştırılıp bulunması gereken bir kurucu unsur ifade ettiğini belirtmekte³⁴, bir diğer görüşe göreyse

³¹ **Pınar Memiş Kartal**, “*Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK m. 177)*”, DEÜHFD. Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, S. Özel Sayı, Y. 2019, s. 331.

³² **Maden**, s. 449, 450.

³³ **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II – III, B. 2, Beta Yay., İstanbul 1992, s. 53, 54; **Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 11, Beta Yay., İstanbul 2020, s. 272; **Doğan**, s. 185; **Berrin Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yay., Ankara 2022, s. 359; **Özbek – Doğan – Meraklı – Bacaksız – Başbüyük**, s. 241; **Koray Doğan – Serkan Meraklı**, Trafik Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2020, s. 83; **Ersöy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 35 – 44.

³⁴ **Toroslul – Toroslul**, Genel Kısım, s. 144, 145.

objektif cezalandırılabilme şartını ifade etmektedir.³⁵ Somut tehlikenin netice olduğunu ifade eden bazı yazarlar görüşlerini taksirli tehlike suçlarının kanunda düzenlenmiş olmasına ve taksirli suçların TCK m. 22 uyarınca neticeli suçlar olmasına dayandırmaktadır.³⁶ Bu anlamda taksirli suçların neticeli suçlar olarak düzenlenmesinin bir gereklilik olup olmadığı ve taksirli soyut tehlike suçlarının (genel kabule göre neticesiz olan soyut tehlike suçlarının) bulunup bulunmadığı incelenecektir. Somut tehlikenin netice mi yoksa objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu tartışmasının önemiye, kabul edilecek görüşe göre somut tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda bir sonuca varılacak olmasıdır. Zira somut tehlikenin netice veya en azından suçun bir unsuru olarak kabul edilmesi durumunda tehlike kastın kapsamı içinde kalacak ve somut tehlike meydana gelmese dahi bu suçlara teşebbüs mümkün olabileceken; somut tehlikenin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü halinde kastın somut tehlikeyi kapsamasına gerek olmayacaktır ve somut tehlikenin gerçekleşmemesi halinde bu suçlara teşebbüs de cezalandırılmayacaktır.³⁷ Dolayısıyla uygulamada da önemli sonuçları olan bu tartışma da ayrıca incelenecektir.

³⁵ **Mehmet Emin Artuk – İlhan Üzülmaz**, “Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 S. TCK M. 383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 S. TCK M. 171)”, TBBD., S. 57, Y. 2005, s. 214; **Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen – Kerim Çakır – Mehmet Emin Alşahin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 16, Adalet Yay., Ankara 2022, s. 391; **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 225; **Koca – Üzülmaz**, s. 122; **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 18, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 228; **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 234; **Murat Volkan Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 354.

³⁶ **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 359; Benzer yönde bkz. **Doğan – Meraklı**, s. 84.

³⁷ **Koca – Üzülmaz**, s. 121, 122; Bu konuda ayrıca bkz. **Kabak Yüce**, s. 155; Objektif cezalandırılabilme şartları ve teşebbüsle ilgili olarak ayrıca bkz. **Zeynel Kangal**, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHF.M., C. LXVIII, S. 1 – 2, Y. 2010, s. 162, 163; **Elif Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha Yay., İstanbul 2017, s. 151 vd.

Tehlike suçlarıyla ilgili olarak öğreti ve uygulamadaki en büyük tartışmalardan birisi de tehlike suçuyla birlikte bir zarar suçu da meydana gelmişse içtima sorununun nasıl çözümleneceğine ilişkindir.³⁸ Bu durumda meselenin asli norm – tali norm ilişkisine göre,³⁹ fikri içtima kurallarına göre,⁴⁰ genel norm – özel norm ilişkisine göre, korunan hukuki varlığı referans alarak yapılan ayrıma göre veya geçitli suç kurallarına göre çözülmesi gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır.⁴¹ Yargıtayın ise tehlike suçuyla birlikte zarar suçunun meydana geldiği hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirten kararları bulunduğu gibi bu suçlar arasında asli norm – tali norm ilişkisinin bulunduğunu kabul ettiği kararları da vardır.⁴² Ancak öğretilerde fikri içtima hükümlerinin uygulanmasında “netice sayısı fiil sayısını” belirler kuralı gereğince fiil tekliğinin belirlenmesinde neticeli suçlarda netice sayısını, neticesiz suçlardaysa hareket (icra) veya ihmal şeklindeki davranışın tek olmasını esas alanlar⁴³ olduğu gibi, hareketin tek olmasının yeterli olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır.⁴⁴ Dolayısıyla tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki ilişkinin çözümlenmesi için fikri içtimaya ilişkin öğretilerdeki görüş ayrılıklarının da bir ön mesele olarak incelenip çözümlenmesi gerekmektedir. Tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki içtima ilişkisinin fikri içtima

³⁸ Bu konuda bir inceleme için bkz. **Muhammed Demirel**, “*Karar Analizi Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM., C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 1479 vd.

³⁹ **Önder**, C. II – III, s. 485; **Artuk – Gökçen – Çakır – Alşahin**, s. 801.

⁴⁰ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 366; **Dülger**, Genel Hükümler, s. 354, dn. 593.

⁴¹ Bu inceleme için bkz. **Doğan**, s. 188 vd.; Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK m. 179) özelinde yapılan bir inceleme için bkz. **Ömer Metehan Aynural**, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3), On İki Levha Yay., İstanbul 2018, s. 104 vd.

⁴² Bkz. §2/VIII/2.

⁴³ **Toroslul – Toroslul**, Genel Kısım, s. 368 vd.

⁴⁴ **Önder**, C. II – III, s. 487 – 491; **Mahmut Koca**, “*Fikri İçtima*”, CHD., C. 2, S. 4, Y. 2007, s. 202; **Neslihan Göktürk**, Fikri İçtima (Suçların İçtiması), Adalet Yay., Ankara 2013, ss. 54 – 58.

ilişkisi olduğu kabul edilirse zarar suçu veya tehlike suçundan cezası daha ağır olanın verilmesi gerekecekken; örneğin asli norm – tali norm ilişkisi kabul edilirse cezası daha hafif olsa dahi zarar suçunun cezası faile verilecektir. Görüldüğü üzere uygulamada son derece önemli sonuçları olacak bu mesele de ayrıca incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR VE TEHLİKE KAVRAMLARI

I. ZARAR KAVRAMI

Çalışmanın konusu, tehlike kavramının aydınlatılmasını gerektirse de bu, tehlikenin referans noktası olan zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmadan yapılamaz. Zira tehlike hem günlük dilde hem de hukuk terminolojisinde zarar kavramı esas alınarak tanımlanmaktadır. Örneğin, Türkçe sözlükte tehlike, “*Büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara*” ve “*Gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sakıncalı durum*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁵ Etimolojik olarak Arapça “hlk” kökünden gelen tehlike “mahv, bela, helak olma” sözcüklerinden alıntıdır. Arapça “halaka” sözcüğü, “tükendi, helak oldu” fiilinin mastarıdır. Arapça sözcük “mahv” anlamındayken Türkçe’de “mahv olma ihtimali” anlamını kazanmıştır.⁴⁶ Anlam bakımından benzer olsalar da kökenleri farklı olan Fransızca “danger” kelimesi ile İngilizce “danger” kelimeleri İtalyanca’ya “pericolo” olarak çevrilebilmektedir. Bunların kökeni, iki süje arasındaki iktidar ilişkisiyle bağlantılı ve Latince *dominus* kelimesinden türeyen *domnarium* kelimesine kadar izlenebilir. Eski bir ifade olan *estre en danger* – “birinin iktidar alanında olmak” – ifadesi üzerinden tehlikenin genel olarak riskli ve zarar verici durum şeklindeki güncel kabulü ortaya çıkmıştır.⁴⁷ Tehlike kavramı hukuk sözlüğünde de “*zararın, kaybın, acının veya diğer olumsuz neticelerin etkisine açık hale gelmek*” olarak tanımlanmakta; tehlike sebebi de “*bir tehdit*” olarak açıklanmaktadır.⁴⁸

⁴⁵ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

⁴⁶ Bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/tehlike>.

⁴⁷ D’Alessandro, s. 11.

⁴⁸ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, B. 9, West Pub., 2009, s. 450.

Görüldüğü üzere, tehlike kavramı tanımlanırken “zarar” kavramına atıf yapılmaktadır. Bu nedenle zarar kavramının açıklanması gerekir. Zarar, Türkçe sözlükte “Bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, dokunca, ziyan, mazarrat” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁹ Hukuk sözlüğünde ise, “yara, kayıp, ziyan; somut ve maddi hasar” şeklinde açıklanmaktadır.⁵⁰ Zarar kelimesi, doğal anlamıyla bir davranış veya bir olaya atıfta bulunabilir ve isim veya fiil olarak kullanılabilir. İsim hali genellikle “incinme, yaralanma veya hasar” olarak tanımlanırken; fiil hali ise incitme, yaralama, hasar veya zarar verme anlamlarında kullanılmaktadır. Genellikle bir şeyi zarar görmüş olarak tanımlamadan önce, onun bir davranış veya olay tarafından somut veya soyut bir şekilde kötü hale getirildiğini belirlemek gerekir. Bir olayın zararlı olduğu sonucuna varmadan önce de olayın bir şeyleri – kişi, eşya (canlı veya cansız), yer, topluluk, kurum veya bir durum – kalıcı veya geçici olarak daha kötü hale getirdiğini gösteren olguların tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla günlük anlamıyla zarar kavramı, bir şeyi veya bir kişiyi olaydan önce olduğundan kötü hale getiren bir olayın menfi etkisi olarak tanımlanabilir.⁵¹

Tanımlardan da anlaşılacağı üzere zarar, kavram olarak daha olgusal bir durumu işaret eder ve bu anlamda tespiti de daha kolaydır. Öte yandan tehlike, bir zararın gerçekleşme ihtimalini/potansiyelini ifade etmek için kullanılmaktadır ve tehlikenin tespiti bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Bu nedenle tehlikenin, zarardan farklı olarak, dış dünyada gözlemlenebilir bir olgu olmadığı için tespit edilmesinin de daha zor olduğu belirtilmektedir.⁵² Ne var ki özellikle somut tehlikenin dış dünyada

⁴⁹ Bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

⁵⁰ **Garner**, s. 784.

⁵¹ **Julia Davis**, The Problem of Harm, its Significance in Criminal Law, and its Role in Sentencing Law, University of Tasmania Faculty of Law (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2004, s. 36, 37

⁵² Ayrıca bkz. **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 26.

gözlemlenemez bir olgu olduğu her zaman söylenemez. Örneğin şerit ihlali yaparak çok hızlı seyreden bir otomobilin, karşıdan gelmekte olan bir araçla çarpışmaktan son anda kurtulması halinde, tehlikenin gözlemlenebilir bir gerçekliği olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Zarara sebep olan olay türleri, zarar görebilecek şeylerin çeşitliliği kadar değişkenlik gösterir. Zarar, kişinin kendisi tarafından veya başka bir insan yahut hayvan tarafından verilebilir, bazen de doğal bir güç veya sürecin, tarihi bir olayın veya bütün bu faktörlerden bir ya da daha fazlasının bir araya gelmesiyle meydana gelebilir. Zararın günlük kullanımına işaret eden bu belirleme zarar araştırmasının potansiyel olarak çok geniş bir kapsamı olabileceğine işaret etmektedir, çünkü zarara sebep olan örnek olaylar fiziksel zarara sebep olan fiziksel bir olay olarak gösterilse de zarar sadece fiziksel dünyada kendisini göstermez aynı zamanda birinin itibarı, başarı şansı veya beklentilerinin azaltılması ya da yok edilmesi şeklinde soyut biçimde de kendisini gösterebilir. Bununla birlikte bu etkiler kalıcı veya geçici olabilir. Ayrıca zarar, sadece hareketten değil ihmali davranıştan da meydana gelebilir. Bu aşamada en önemli husus, insan kaynaklı zararların neredeyse her zaman dışa yansıyan bir davranış yani bir hareket veya ihmalin neticesinde olmasıdır. Ancak zarar nadiren salt düşüncelerin veya içsel davranışların neticesinde meydana gelebilir. Teorik olarak bir kişinin salt düşünerek (örneğin, sürekli olarak depresif fikirler üzerinde durarak) kendisine zarar vermesi mümkün görünmekle birlikte bu yöntemle bir kişi veya eşyaya zarar vermesi mümkün görünmemektedir. Her ne kadar düşüncelerimiz dışa yansıyan bir davranış aracılığıyla fiziksel bir ifade kazanmadığı sürece diğer insanlara veya eşyalara zarar vermemiz mümkün olmasa da bir olay meydana geldiğinde bunun sonucu olan zarar yine de salt soyut düzlemde tezahür edebilir.⁵³ Bunun bizim için önemli olan kısmı ceza hukuku

⁵³ Davis, s. 38, 39.

bakımından zarardan bahsedebilmek için failin dışı yansıyan bir davranışının yani bir hareket veya ihmalinin bulunmasının zorunlu olduğudur.

Zarar kavramına hukukun her alanında rastlanmaktadır. Zira hukuki bir kavram olarak zarar kavramı (hukuki zarar), ne özel hukuka ne de kamu hukukuna aittir, zarar hukukun her alanında karşımıza çıkan genel bir hukuki kavramdır.⁵⁴ Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun⁵⁵ (TBK) “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı ikinci ayrımında yer alan 49. maddesinin ilk fıkrası uyarınca “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” Zarar, bir eksilmeyi ifade eder ve haksız fiilin borç doğurmasının sebebi de doğan zararı giderme yükümlülüğünden kaynaklanır. Haksız fiil faili, meydana getirmiş olduğu zararı gidermek, zarar gören kişiyi fiilden önceki haline getirmek borcu altına girmiştir. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Maddi zarar, haksız fiil sonucunda kişinin malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Haksız fiil ister malvarlığına ister şahıs varlığına yönelik olsun eğer bu fiil sonucunda bir malvarlığı kaybı meydana gelmişse meydana gelen zarar, maddi zarardır. Bununla birlikte haksız fiil sonucunda kişinin duygu yaşamında uğradığı kayıplar da manevi zararı ifade eder ve bu kayıpların giderilmesi de bir borç kaynağı olmaktadır. Manevi zarar, genellikle haksız fiilin kişinin şahıs varlığına (kişinin bedensel bütünlüğü veya şeref ve haysiyeti) yönelmesi halinde doğar ancak malvarlığına yönelik haksız fiilin sonucunda da ortaya çıkabilir.⁵⁶ Öğretideki hâkim görüş, haksız fiil hukukunun amacının zarar görenin zararının telafisi olduğunu

⁵⁴ **Arturo Rocco**, Opere giuridiche, Volume Primo: L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma 1932, s. 274.

⁵⁵ RG. 11.01.2011/27836.

⁵⁶ **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Ankara 2020, s. 386 – 389.

belirtmektedir. Telafiyle kastedilen zarara uğrayanın kaybının zarar verene yükletilmesi suretiyle tazmin edilmesi, giderilmesidir.⁵⁷

İdare hukukunda da idare, eylem ve işlemleri sebebiyle meydana gelen zararları gidermekle mükelleftir. Zira idarenin eylem veya işlemi sebebiyle hakları ihlal edilmiş kişilerin tam yargı davası açabileceği kabul edilmiştir (bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁵⁸ [İYUK] m. 12, 13). Tam yargı davasının konusunu oluşturan zararın gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi muhakkak bir zarar olması gerekir. Zira bu davalar eylemin meydana gelmesinden sonra oluşan ve tespit edilebilen gerçek zararın tazmini aracıdır.⁵⁹ Bu anlamda idare hukukunda da zarar, tazmin edilebilir bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza hukuku anlamında zararın ise medeni ve idare hukukundaki zarar kavramlarından farklı olarak “telafi edilebilirlik” üzerinden açıklanmasının yerinde olmadığı belirtilmektedir. Zararın alanını sınırlandırmak adına telafi edilebilirlik kriterine başvurmak, insana verilebilecek maksimum zarar olan ölüm halinde çelişkili bir sonuç vermektedir. Zira ölüm, özellikle mağdur için telafi edilebilir bir zarar değildir.⁶⁰

Böylece ceza hukuku anlamında zararın diğer alanlardaki zarar kavramından farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir. Zarar ceza hukuku öğretisinde farklı şekillerde açıklanmıştır. Bir görüşe göre kişi ile eşya arasındaki ilişkiyi ifade eden menfaatin ihlalidir; yani yararlanma imkanının azalması veya ortadan kalkmasıdır. Bir başka görüş zararı, bir hakkın ihlali olarak tanımlamaktadır. Bir diğer görüşe göreyse, belirli suç

⁵⁷ Bkz. **Günhan Gönül Koşar**, “*Haksız Fiil Hukukunun Amacı*”, AÜHFD., C. 69, S. 3, Y. 2020, s. 1447, 1448 ve dn. 38.

⁵⁸ RG. 20.01.1982/17580.

⁵⁹ **Gürsel Kaplan**, İdari Yargılama Hukuku, B.6, Ekin Yay., Bursa 2020, s. 319.

⁶⁰ **Salvatore Aleo**, Il danno e il pericolo nel reato l’aspetto oggettivo del reato secondo la considerazione funzionale, Catania 1983, s. 13.

tipiyle korunan hukuki varlığın doğrudan doğruya ihlali şeklinde meydana gelen tabii alemdeki netice, zararı teşkil etmektedir.⁶¹

Öğretideki bir görüş, geniş anlamda zararın “iç veya dış dünyada daha önceden var olan bir durumun kötüleşmesine sebep olacak her türlü değişiklik” olduğunu; dar anlamda zararın ise “şeylerin dış düzeninde kendini gösterme kudretine sahip; yani salt manevi olmayan bir değerın kısmen veya geçici olarak da olsa ortadan kaldırılması veya azaltılması” olduğunu belirtmektedir.⁶²

Zararın normatif bir kavram mı yoksa olgusal bir kavram mı olduğu meselesi son derece tartışmalıdır.⁶³ Esasında, soyulmanın, öldürölmenin, yaralanmanın şekli yani normatif olarak açıklanması gereken herhangi bir yönü yoktur ve erken dönem ceza hukukunun büyük ölçüde bu gözlemlenebilir zararların yasaklanmasıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak daha gelişmiş bir perspektiften bakıldığında zarar bir olumsuzluk, bir değersizlik ve doğal bir durumun eksilmesi ve bunların benzerleridir. Dolayısıyla zarar, değerlerin, menfaatlerin ve doğal durumların varlığına işaret etmektedir.⁶⁴ Bu anlamda zarar yargısı, bir hal ya da koşulun değer olarak değerlendirilmesinden (ideolojik), bunun bir ihtiyacı karşılamaya muktedir olarak pozitif bir şekilde takdir edilmesinden ve onun yok edilmesi veya azaltılmasının tanımlanmasından meydana gelir. Tehlike ise, zararın meydana gelme imkânı üzerine belirtilerin ve öngörölerin teknik (yani ideolojinin tam

⁶¹ Bu görüşler için bkz. **Nurullah Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 117.

⁶² **Giulio Paoli**, Il Reato, il risarcimento, la riparazione, Nicola Zanichelli Ed., Bologna 1925, s. 120; **Francesco Antolisei**, L'azione e l'evento nel reato, S.A. Istituto Editoriale Scientifico, Milano 1928, s. 78; Ayrıca bkz. **Francesco Carnelutti**, Il danno e il Reato, CEDAM, Padova 1930, s. 9, 10.

⁶³ Bu konuda bkz. **Davis**, s. 124 vd.

⁶⁴ **Jerome Hall**, General Principles of Criminal Law, B. 2, New York 1960, s. 215.

tersi) bir değerlendirmesidir. “Teknik” bir yargıdır çünkü zarar kavramının verili olduğunu varsayar.⁶⁵

Feinberg’e göre, ceza hukuku genel anlamda zararların azaltılmasında devletin ilk aracı değildir. Ancak ceza hukuku sistemi, insanların birbirlerine kasıtlı veya taksirli zarar vermelerini onlemek bakımından temel bir araç konumundadır. Zarar kavramını genel olarak üçe ayıran yazar, ilk sırada geniş veya türetilmiş zarar kavramından bahseder ve bunun ceza hukuku bakımından önem arz eden zarardan dışlanması gerektiğini belirtir. Geniş anlamda zararlar kastedilen her türlü şeyin zarar görebileceği ile ilgilidir. Örneğin birileri evin camını kırdığında, ihmal edildiği için bahçe zarar gördüğünde ya da don yüzünden mahsuller zarar gördüğünde ortaya bir zarar çıktığından bahsedebiliriz. Ancak burada bir anlamda “aktarılan” bir zarar söz konusudur. Zira burada cam kırıldığı veya domatesler zarar gördüğü için değil, onların sağlam veya zarar görmemiş kalmasındaki menfaat zarar gördüğü için bir zararın ortaya çıktığından bahsedilir. İşte bu noktada kırılmış cam veya zarar görmüş mahsuller geniş anlamda zararın içinde olup, ceza hukuku anlamındaki zarardan dışlanmaları gerekmektedir.⁶⁶

Feinberg’e göre zararın esas ve ikinci anlamı, bir menfaatin engellenmesinden, geciktirilmesinden ya da ortadan kaldırılmasından kaynaklanan temlik edilmiş bir zarar olmasıdır. Bireyin menfaatleri, doğal olaylar veya talihsizlik sebebiyle engellenebilir veya ortadan kaldırılabilir. Ancak bu menfaatler sadece insanlar tarafından “ihlal edilebilir”. Bir menfaat ancak “ihlal edildiği” anda hukuki anlamda “zarar” ortaya çıkacaktır. Zararın nc anlamıysa ikinci anlamıyla ilişkili olmakla birlikte ondan sıklıkla farklılık arz edebilmektedir. Dar anlamda zararlar (suç) aynı zamanda menfaat

⁶⁵ Aleo, s. 12.

⁶⁶ Joel Feinberg, Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, 1984, s. 31, 32.

ihlali anlamında zarar olmakla birlikte bütün menfaat ihlalleri bir suç değildir. Zira bazı menfaat ihlalleri mazur görülebilir veya meşru kılınabilir ya da korunması ve saygı gösterilmesi gerekmeyen bir menfaat ihlal edilmiş olabilir. Kaçınılmaz bir şekilde farklı kişilerin menfaatleri sürekli olarak bir çatışma içindedir, bu nedenle zararı minimize etmeyi hedefleyen herhangi bir hukuk sistemi farklı türden menfaatlerin önemine yönelik karşılaştırmalı bir değerlendirmeyi içermek zorundadır. Böylece sistem, bir kişinin yüksek önemdeki menfaatinin bir başkasının daha düşük önemdeki menfaatinin korunması için ihlal edilmesi durumunun “gayri meşru” olduğunu belirtebilir.⁶⁷

Feinberg’e göre, mağdurun rızasının olduğu haller bir suç teşkil etmeyecektir. Zira zarar prensibi, rızaya dayalı aktivitelerin – bunlar menfaat ihlali teşkil etseler dahi – yasaklanmasını meşrulaştırmaz bu prensibin amacı, suç teşkil eden zararların önlenmesidir. İşte bu nedenle zarar prensibinin, gerçek anlamda yasama problemlerine uygulanmadan önce detaylı bir şekilde oluşturulmuş dengeleyici ilkeler (Ing. “*mediating maxims*”), menfaat dereceleri, adalet prensibi gibi ilkelerle desteklenmesi gerekmektedir.⁶⁸

Böylece zararın normatif bir kavram olarak ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Zira bu kavram, herhangi bir süjeye isnat edilebilen bir neticenin, herhangi bir normun gerekleriyle ilgili olarak değerlendirilmesinin sonucudur. Bir zararın hukuken önem ifade etmesi, insan davranışının azalttığı, başkalaştırdığı ya da bozduğu varlığın bir hukuk normu tarafından korunmuş olmasını gerektirir. Böylece, her suç bir hukuki varlığa zarar verir. Bir başka deyişle her suç bir hukuki zarardır.⁶⁹

⁶⁷ **Feinberg**, Harm to Others, s. 33, 34.

⁶⁸ **Feinberg**, Harm to Others, s. 35, 36.

⁶⁹ **Nevzat Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 278.

Manzini de her suçun bir zarara sebep olduğunun söylenebileceğini, çünkü bir ceza normunu ihlal etmenin genel hukuk düzenine bir zarar verdiğini belirtmektedir.⁷⁰ Benzer yöndeki bir görüşe göre, ceza hukukundaki zararı fiil ile devletin menfaatleri arasındaki çatışmada aramak gerekir. Zira bu zarar, fiili suç haline getirmenin sebebini teşkil eder. Devlet, bazı fiilleri toplumun korunmasına veya gelişmesine engel olarak nitelendirmek suretiyle ceza normuyla yasaklama yoluna gitmektedir. Bu anlamda suçta her zaman sosyal bir zarar bulunmaktadır.⁷¹

Sosyal zarar kavramı, suçta iki esaslı konu olduğunu belirten Rocco'nun teorisiyle de bağlantılıdır. Bu konular da ihlal edilen menfaat ve hukuken korunan menfaattir. Açıklanan bu sebeplerle, hukuken korumadaki devletin menfaatlerinin, suçun gerçek bir konusunu teşkil edemeyeceği, daha fazla bir açıklama gerektirmeyecek (*sic et simpliciter*) düzeyde açıktır. Ancak burada daha derin bir gerçeklik sezilmektedir; suç her zaman belirli bir zararın ötesinde kamusal veya sosyal bir zararı da içerir. Nitekim bu da devletin ceza müeyyidesiyle gerçekleştirdiği müdahaleyi açıklar. Bu müdahale objektif bir şekilde yürütülmektedir, yani kural olarak mağdur kişinin ihlal halinde hukuki netice meydana getirmeye yönelik herhangi bir yetkisi olmaksızın yürütülmektedir. Esasında bu müdahale ceza davası şeklinde tezahür eder. Ceza davası da kamusaldır ve sadece devlet tarafından yürütülmektedir.⁷²

⁷⁰ **Vincenzo Manzini – Pietro Nuvolone – Gian Domenico Pisapia**, Trattato di diritto penale Italiano, B. 5, Vol. I, Utet, 1985, s. 684.

⁷¹ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 120; **Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Yetkin Yay., Ankara 2018, s. 252; Sosyal zarar kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Penso**, s. 31 vd.

⁷² **Francesco Antolisei**, Manuale di diritto penale parte generale, B. 14, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1997, s. 202, 203.

Böylece her suçta sosyal bir zararın olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu sosyal zarar devletin menfaatlerinin karşılığında ya da başka bir ifadeyle devletin gözettiği menfaatler ile gerçekleştirilen fiil arasındaki karşılıklıta bulunabilir.⁷³ Bu zarar cezalandırmanın gerekçesini oluşturur çünkü kanun koyucu anti sosyal karakterleri sebebiyle katlanılması mümkün olmayan belirli fiilleri karşılığında ceza öngörerek yasaklamaya yönelir. Başka bir deyişle bu fiiller, kanun koyucunun kendi değerlendirmesine göre toplumun gelişmesini veya muhafazasını engellemektedir.⁷⁴

Ancak cezalandırmanın gerekçesini oluşturan sosyal zarar her türlü menfaat ihlalinde mevcut mudur? Bir başka deyişle menfaatlerin ceza hukuku korumasından yararlanmasına ve hangi davranışların yasaklanacağına nasıl karar verilecektir? Daha önce de bahsedildiği üzere her suç hukuka aykırı bir fiil şeklinde meydana gelmek zorundadır. Ancak hukuka aykırı olan bu fiilin de bazı özelliklere sahip olması gerekir. Korunan menfaate zarar veren veya tehlikeye atan hukuka aykırı davranış, her şeyden önce normatif ve nitel bir kavramdır ancak tanımlayıcı veya olgusal bir yönü de bulunmaktadır. Bir davranışın hukuka aykırı olduğunu göstermek için şunları tespit etmemiz gerekir: 1) kuralın doğru olarak görülmesinin sebepleri (normatif yön); 2) davranışın kendisinin bu kuraldan sapmış olması (tanımlayıcı/olgusal yön).⁷⁵ Dolayısıyla zarar veya tehlike meydana getiren hukuka aykırı bir davranıştan bahsetmek için öncelikle davranışı yasaklayan kuralın meşruluğu ortaya konulmalıdır. Bu da ceza

⁷³ Ayrıca bkz. **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 122.

⁷⁴ **Antolisei**, Parte generale, s. 203; Aynı yönde bkz. **Hall**, s. 213: Yazara göre, zarar her suçun esaslı ve asli bir unsurudur. Hatta suçun var olma sebebi (ratio essendi) olarak dahi anılabilir zira cürmi zarar failin davranışını cezalandırılabilir kılan bir unsurdur. Dolayısıyla zarar, fiil ile ceza müeyyidesi arasındaki dayanak noktasını teşkil eder.

⁷⁵ **Davis**, s. 104.

normuyla korunan hak veya menfaatin kaynağının anayasa olması anlamına gelir.⁷⁶ Zira kaynağını anayasadan almayan hiçbir hak veya menfaat ceza normuyla korunamayacak, dolayısıyla bu normları ihlal eden davranışların hukuka aykırı olduğu yönünde bir değerlendirme de yapılamayacaktır.

Elbette ceza normuyla korunan hak veya menfaatin meşruluğu için anayasaya uygunluk tek başına yeterli bir kriter değildir. Nitekim bir görüşe göre, belirli bireysel veya toplumsal talep veya ihtiyacın ceza normuyla korunması için üç basamaklı bir süreçten geçmesi gerekmektedir. Buna göre ilk olarak, toplumsal olarak temellendirilmiş olgusal bir menfaat olmalıdır. İkinci olarak, bir menfaatin korunmayı hak etmesi için, tek bir birey veya belirli bir sınıfın refahından daha geniş bir temele dayanması gerekir, yani bu menfaatin toplum tarafından tanınması gerekmektedir. Bu bireysel değerlerin ceza hukuku tarafından korunmayacağı anlamına gelmez. En basitinden TCK'nın İkinci Kısım "Kişilere Karşı Suçlar" başlığını taşımaktadır. Bireye, belirli bir topluluğa veya devlete ait menfaatin, toplumun geniş bir kesimi tarafından açık veya zımni bir şekilde onaylanması gerekmektedir. Esasında bu, bireyin özgür olma hakkı ile toplum ve devletin maksimum güvenliğe sahip olma hakkı arasında adil bir denge kurmaya çalışan her ceza hukuku sisteminin temel ilkesidir. Bilindiği üzere, ceza hukukuyla korunan menfaatlerin sayısı arttıkça bireylerin serbest hareket alanı daralmaktadır. Üçüncü olaraksa, anayasal değerler düzeniyle uyumluluğu gösterilmelidir. Bir menfaat ancak bu şartları sağlarsa cezai korumadan faydalanabilir.⁷⁷

⁷⁶ **Alacakaptan**, "Fikir ve Düşünce Özgürlüğü", s. 11; **Alacakaptan**, "Öteki Ceza Hukuku", s. 380.

⁷⁷ **Albin Eser**, "The Principle of "Harm" in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests", Duquesne University Law Review, Vol. 4, Y. 1966, s. 396 – 413.

Bu süreçten sonra dahi ceza kanunlarında yer alan bazı fiillerin neden katlanılması mümkün olmayan ve ihlal edici nitelikte olduklarını açıklamak zor olabilir. Alman ceza hukuku öğretisinde de alenen cinsel davranışlarda bulunmak, ensest, Nazi soykırımını reddetmek, dini törenleri bozucu davranışlar sergileme gibi davranışların neden ceza normlarıyla yasaklanması gerektiğini açıklamanın çok kolay olmadığı belirtilmektedir. Bu tür davranışların ahlak kurallarını ihlal ettiği ileri sürülerek yasaklanmaları savulabilirse de modern ceza hukukunun amacının ahlak kurallarını korumak olmadığı kabul edilmektedir.⁷⁸

Öte yandan, yukarıda belirtilen türden davranışların yasaklanmasına gerekçe olarak kolektif bir değer olarak “kamu barışı” gösterilmiştir. Bununla birlikte “kamu barışı”nın ne anlama geldiği belirsizdir. Bu terim genel olarak “genel güvenlik durumunun yanı sıra güvenli durumların gelecekte devam edeceğine yönelik genel güven ve toplum içerisindeki güvenlik duygusu” olarak tanımlanmaktadır. Ancak “genel güvenlik” tatmin edici bir açıklama sunamamaktadır zira her suç genel güvenliğini ihlal etmektedir. Öte yandan, yasamanın kullandığı araçlarla “kamu güveni” kavramının ölçülmesinin imkansızlığı, sübjektif bir perspektifle norm ihdas edilmesine vesile olacaktır. Sonuç itibarıyla “kamu barışı” kavramı, ceza müeyyidesini meşrulaştırmakta kullanılabilir bir kavram gibi görünmemektedir.⁷⁹

Bu aşamada Feinberg’in devletin hangi tür davranışları haklı olarak suç haline getirebileceğini tartıştığı ve teorisini ihlal edici davranışa katlanmak zorunda kalan insanın incinen duyguları üzerine kurduğu çalışma⁸⁰ yön gösterici olabilir. Bu insanlar,

⁷⁸ **Tatjana Hörnle**, “*Offensive Behavior and German Penal Law*”, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5, No. 1, April 2001, s. 255, 256.

⁷⁹ **Hörnle**, s. 256, 257.

⁸⁰ **Feinberg**, Harm to Others, s. 3.

tiksinme, vatanseverlik ve dini duyguların ihlali, utanma, korku, aşağılanma, öfke gibi duygulara katlanmaktadırlar. Bu duyguların ortak noktası, kişilerin o an yapmakta oldukları şeye devam etmelerini zorlaştırması ve hatta imkânsız hale getirmeleridir. Mağdurun yaşadığı bu negatif, son derece dikkat dağıtıcı deneyimler kural olarak ceza müeyyidesini meşrulaştırmaktadır. Elbette bunlar yeterli koşullar değildir. Nitekim yazar, *Offense to Others* eserinde cezalandırmaya karşı gerekçeler de sunmaktadır. İhlalin hafifliği, ihlalden makul bir şekilde kaçınılabilirlik, rızanın varlığı ve bir yandan aşırı hassasiyetlerin hesaba katılmaması öte yandan da söz konusu davranışın kişisel önemi, sosyal değeri ve farklı alternatifleri, davranışı ceza normuyla yasaklarken göz önünde bulundurulmuş dengeleyici ilkelerdir.⁸¹ Feinberg'in bu yaklaşımının, son derece tartışmalı olan ahlaki kurallara başvurmaksızın ihlal edici davranışların neden yasaklanması gerektiğini meşrulaştırmakta kullanılabileceği belirtilmektedir.⁸²

“Kamu barışı” gibi toplumsal menfaatleri bireysel menfaatlerin önüne koyan ve bireyin korunmasını ancak kamunun çıkarlarına uygunsuz kabul eden yaklaşımdansa Feinberg'in “bireysel menfaatler”i esas alan yaklaşımının daha somut ve yerinde olduğu söylenebilir. Yine de yazarın psikolojik yaklaşımı yeterli bir temellendirme sağlayamamaktadır. Ancak başkalarının hakkını ihlal etmek, psikolojik bir olgu olmaktan çıkartılıp da normatif bir düzleme taşınırsa “zarar” ile “ihlal” arasındaki ayrım da ortadan kalkabilir.⁸³ Elbette hangi menfaatleri ihlal etmenin ve hangi boyuttaki zararların ceza normlarıyla yasaklanması gerektiği meselesi üzerine düşünülmelidir. Öncelikle, bir ihlal özel hukuk yaptırımlarıyla, kabahatlerle veya idari yaptırımlarla karşılanabilecek boyuttaysa veya ceza müeyyidesinin gerekli görülmesine rağmen sadece para cezasının

⁸¹ **Joel Feinberg**, *Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1985, s. 7 vd.

⁸² **Hörnle**, s. 258.

⁸³ **Hörnle**, s. 259 – 268.

yeterli olabileceğine karar verilmişse bu ihlal karşısında özgürlüğü bağlayıcı bir ceza müeyyidesinin öngörülmesi orantısız olacaktır. İşte bu aşamada yapılması gereken menfaatin ağırlığı ile ihlalin hukuka aykırılığını değerlendirmektir.⁸⁴

Ceza kanununda yer alan bazı müeyyideleri Feinberg'in psikolojik yaklaşımıyla yani yasaklanmış davranışların insanlarda tikslenme, korku, aşağılanma vs. yarattığı gerçeğine dayanarak açıklamak mümkün değildir. Bunun yerine, söz konusu davranışın tipik insan menfaatini ihlal edip etmediği, hukuka aykırılık iddiasının başkalarından kendi haklarına saygı göstermelerine yönelik taleplerle desteklenip desteklenmediği ve bu iddiaların hukuk ve daha özelinde ceza hukuku tarafından yerine getirilmemesinin gerekip gerekmediği sorgulanmalıdır. Bununla birlikte psikolojik bir yaklaşımdan normatif yaklaşıma geçiş yaparken yani ihlal ve zararı aynı normatif kalıp içine alırken en önemli öncüllerden birisi yine *davranışın bireyler üzerindeki etkisi* olacaktır.⁸⁵

Böylece zararın normatif bir kavram olduğunu ve ancak yukarıda belirtilen kriterler uygulandıktan sonra ceza normuyla yasaklanan bir davranışın gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkacağını belirtebiliriz. Bu aşamada hiçbir zarara veya tehlikeye sebep olmayan suçların var olduğu tezi değerlendirilmelidir. Nitekim bir görüşe göre, ceza müeyyidesiyle yasaklanmış bazı fiiller, kanun koyucunun takip ettiklerinden bağımsız kriterlerle değerlendirildiğinde bunların ne zararlı ne de tehlikeli fiiller oldukları görülmektedir. Bu durum özellikle cezalandırmanın toplulukların belirli sosyal direktiflerine, gücü elinde tutan gruplara veya onların siyasi menfaatlerine bağlı olduğu durumlarda gerçekleşmektedir. Örneğin, farklı ırklar arasındaki evliliğin yasaklanması veya mevcut rejime karşı propaganda fiillerinin yasaklanmasında olduğu gibi.⁸⁶ Ancak

⁸⁴ Hörnle, s. 271, 272.

⁸⁵ Hörnle, s. 273.

⁸⁶ Antolisei, Parte generale, s. 205, 206.

daha önce de belirttiğimiz gibi bir menfaatin ceza normlarıyla korunmasından önce menfaatin toplum tarafından tanınması gerekmektedir. Sosyal evrimin her dönemi yeni talep ve ihtiyaçları ortaya çıkartırken, eski talep ve ihtiyaçlar önemimi yitirir. Dolayısıyla hukuken korunan menfaatler sürekli olarak değişmektedir.⁸⁷ Bu sebeple belirtmek gerekir ki sosyal zararı içermeyen davranışların geçmişte suç olarak düzenlendiğinden bahsetmek kimi hallerde anakronistik bir yaklaşım olmaktadır. Bir başka deyişle geçmiş bugünün değer ve anlayışıyla değerlendirmek anlamına gelir. Benzer şekilde bugün ceza normuyla yasaklanmış bazı davranışların gelecek dönemlerde “zararlı” olmadıkları kanısına varılarak suç olmaktan çıkartılmaları yoluna da gidilebilir. Örneğin bugün kanun koyucunun değerlendirmesine göre zararlı olarak değerlendirilen “*çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet...*” vermek şeklindeki eylem daha önce de olduğu gibi yine suç olmaktan çıkartılabilir. Elbette bir fiili yasaklamak çoğu zaman menfaat ve karşı menfaatler arasında bir denge bulmayı⁸⁸ gerektiren karmaşık bir değerlendirmeyi içerir. Ancak, kanun koyucular da insan oldukları için hata yapabilirler ve aslında zararlı yahut tehlikeli olmayan fiilleri de ceza normuyla yasaklama yoluna gidebilirler. Örneğin geçmiş dönemlerde eşcinsel ilişkilerin ceza normuyla yasaklanmış olması, kanun koyucuların aslında zararlı ya da tehlikeli olmayan birtakım fiilleri hataya düşerek öyle kabul etmek suretiyle yasaklamalarının mümkün olduğunu göstermiştir.⁸⁹ Sonuç itibariyle suçun her zaman ve her dönemde objektif olarak zararlı veya tehlikeli bir

⁸⁷ **Eser**, s. 397.

⁸⁸ Bkz. **Eser**, s. 397.

⁸⁹ Toplumda kimi zaman eşcinsel birlikteliklerin ve evliliklerinin aile, toplum ve evlilik kurumlarına zarar verdiği iddia edilse de karşı cinsiyetten çiftlerin evlenmeye devam edebildiği durumda eşcinsel birlikteliklere izin verilmesinin aile kurumuna zarar vermeyeceği AİHM kararlarında da belirtilmektedir. Dolayısıyla günümüzde eşcinsel birlikteliklerin zararlı ya da tehlikeli kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz. *Buhuceanu and Others v. Romania*, B.N. 20081/19, 23/05/2023, §81.

fiil değil, kanun koyucunun o dönemdeki değerlendirmesine göre toplumun korunması veya gelişmesi bakımından zararlı yahut tehlikeli addettiği bir fiil olduğunu söylemek daha yerinde olur.⁹⁰

Sosyal zarar kavramı haksız fiil hukukundaki zararlarla aynı şeyi ifade etmemektedir. Ancak, ceza müeyyidesinin meşruiyetini açıklarken sosyal zarar kavramına başvuran bir görüş, sosyal zarar kavramını bir yönüyle haksız fiil hukukundaki zarara benzeterek açıklamaktadır. Buna göre, haksız fiil hukukunun temelini oluşturan – bir tarafa haksız bir şekilde zarar veren kişinin bu zararını tazminle mükellef olduğu şeklindeki – tazminat prensibinden bu sosyal zarar kavramı türetilir. Bu prensibe başvurmak için haksız fiillerden farklı olarak suçların sosyal zararlar olduğu şeklindeki geleneksel yaklaşımın bir versiyonu savunulabilir. Böylece ceza, toplumdaki zararı tazmin ettiği için meşruiyet kazanacaktır. Nihayetinde ceza müeyyidesi, kusurlu failin hak ettiği için cezalandırılması gerektiğini belirten ödetici görüşleri; hem de cezanın meşrulaştırılması için iyi neticeleri olması gerektiğini belirten faydacı görüşleri içinde barındırır.⁹¹

Haksız fiillerle suçlar arasında bir ayrım olup olmadığı ve bir ayrım olduğu kabul edildiğinde bu ayrımın hangi kriterler üzerinden yapılacağı tartışmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, haksız fiillerle suç arasındaki temel farklılıklardan birisi, haksız fiilin neredeyse her zaman kişilere verilen gerçek bir zararı ifade etmesidir. Bu nitelikteki

⁹⁰ Antolisei, Parte Generale, s. 206; Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 271.

⁹¹ Richard Burgh, “Guilt, punishment, and desert”, in. Responsibility, Character, and the Emotions, New Essays in Moral Psychology (ed. Ferdinand Schoeman), Cambridge University Press, New York 1987, s. 319

gerçek zarar, suçun esaslı bir belirleyicisi değildir; bunun yerine failin *kınanabilirliğinin* temel belirleyicisi olduğu sosyal zarar buradaki gereksinimi karşılar.⁹²

Bu neticeye ceza sorumluluğuna mazeret teşkil edip haksız fiil sorumluluğuna mazeret teşkil etmeyen zihinsel koşullar üzerinden de ulaşılabilir. Nitekim bir görüş, sosyal zarara başvurmak suretiyle suç oluşturan zararlara odaklanmak yerine cezai sorumluluğa mazeret teşkil eden zihinsel koşullara odaklanmakta ve bunların neden aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu dışlamadığını anlamaya çalışmaktadır. Bu anlamda söz konusu görüş, sosyal zarar kavramını bir davranışı suç haline getiren bir kriter olarak ele almamaktadır. Bunun yerine suç teşkil eden davranışlar için neden belirli zihinsel koşulların cezai sorumluluğa mazeret teşkil ederken haksız fiil sorumluluğuna teşkil etmediği araştırılmaktadır. Bu farkı açıklayan bir sosyal zarar anlayışı gerekmektedir. Bu da ancak *kusurlu* bir suçtan kaynaklanan sosyal zarar olabilir. Bir takım zihinsel koşulların varlığı, sosyal zararın oluşmasını engelleyerek cezai sorumluluğa mazeret teşkil eder. Bu anlamdaki sosyal zarar, toplumun bu zararını giderme aracı olması anlamında ceza sorumluluğunu meşru kılmaktadır.⁹³

Ceza sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, kişisel kusura dayanmaktadır. Bu kişisel kusur, dışa yansıyan davranışın suç tanımına uyduğu, objektif sorumluluğun olmadığı, sanığın isnat yeteneğinin, bilgisinin ve kusurluluğunun kendi sorumluluğunun belirlenmesi için her zaman ilk aşamada göz önüne alındığı ceza muhakemesinde tespit edilir. Bu anlamda “*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan...*” kişi hırsızlık suçundan sorumludur. Ancak eğer fail akıl hastalığı veya yaş küçüklüğüne bağlı olarak davranışlarını kontrol etme yetisini gösteremiyorsa, cezai

⁹² Hall, s. 242.

⁹³ Burgh, s. 325.

sorumluluk doğmayabilir. Yahut kişi bu yeteneğe sahip olmasına rağmen zorunluluk hali altında veya hataya düşerek hareket ediyorsa yine cezai sorumluluk doğmayabilir. Adalet sistemi ceza sorumluluğunu belirlemek için isnat yeteneği veya kusurlulukla bağlantılı zihinsel koşulları dikkate alıp, haksız fiil sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate almamaktadır.⁹⁴ Haksız fiil hukukunun taksir ve objektif sorumluluğa dayanan geniş kapsamı dışında dahi, kınanabilirliğin haksız fiil hukukunun esasını oluşturmadığı görülür, kınanabilir davranış kişilerin ekonomik zarara uğramasının sadece bir yoludur. Ancak ceza hukukunda zararın tespitinde failin davranışının kınanabilirliği (Ing. “immorality”) esastır ve maddi zararın bir önemi yoktur.⁹⁵ Başka bir deyişle haksız fiil yargılamasından farklı olarak ceza yargılamasında failin kanunu ihlal etmesinin yanı sıra ayrıca kusurlu olması aranmaktadır.⁹⁶ Esasında bunun sebebi ceza müeyyidesi aracılığıyla failin ceza normuyla korunan varlığı inkâr iradesini kınamaktır.

Hem haksız fiil hem de ceza hukuku bireyleri zarara karşı korumanın bir yolu olarak anlaşılabilir. Ceza hukuku bu korumayı zararlı davranışı yasaklayarak yaparken; haksız fiil hukuku zarar gören kişinin zararının, zarara sebep olan tarafından giderileceğini öngörerek bu korumayı yapar. Öğretide de savunulduğu gibi zararı kayıp, azalma veya bir menfaatin ihlali şeklinde kabul etmek gerekirse, bir kişi ister kasıtlı ister kast olmaksızın zarar gördüğünde menfaat ihlalinin aynı olması bakımından zarar aynıdır. Bununla birlikte kasıtlı zarar, ihlal edilen menfaatin değerinin reddini teşkil etme anlamında ilave bir zarar oluşturur. İradi ve özellikle kasıtlı olarak bir değeri reddetmenin sosyal zararı meydana getirdiği söylenebilir.⁹⁷

⁹⁴ **Burgh**, s. 326.

⁹⁵ **Hall**, s. 243.

⁹⁶ **Burgh**, s. 326.

⁹⁷ **Burgh**, s. 328, 329: Bir başkasının meşru menfaatini ihlal etmek suretiyle kasıtlı (Ing. “intentionally”) hareket eden kişi, suç teşkil eden bir davranışta bulunarak menfaatin değerini

Bir davranışın hukuken önem arz etmesi ve ceza sorumluluğunu doğurması için iradeye bağlanabilir olması gerekmektedir. Zira ceza normu bireye yönelirken yasaklanan davranışın gerçekleşmemesini ve dolayısıyla bireyin psişik enerjisini bu amaca yönlendirmesini emreder. Ayrıca bir davranış normu olarak hukuk kuralı, bireye sadece yaptığını değil, yapabilecekken yapmadığını da isnat eder. Bu anlamda suçun sübjektif (manevi) unsurunun ilk faktörü olan “psişik bağ” davranışın iradeye bağlanabilir olmasını ifade eder. Bu bağ salt dış davranışın bilinçli bir uyarıdan kaynaklanması halinde değil; aynı zamanda iradenin çabası ile önüne geçilebilir olduğu hallerde de vardır.⁹⁸ Dolayısıyla bir varlık veya menfaatin ortadan kaldırılması veya azaltılması anlamında zarar da bireyin iradi olarak gerçekleştirdiği hareket veya ihmâl şeklindeki davranışıyla gerçekleştirdiği suç fiilinin etkisi olarak ortaya çıkacaktır.⁹⁹

Öyleyse suçta bir değer inkarını içeren ve davranışın neticesinde oluşan zarardan daha geniş bir zarar bulunduğu ve bunun da sosyal zararı teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilir. Peki ceza hangi anlamda toplumun bu zararını giderir? Daha önce de vurgulandığı üzere, cezalandırmanın uygun çare olacağı zararlar, ceza normlarının konusu olmaya yetecek değerde olduğu düşünülen bir menfaatin ihlali üzerine ortaya çıkmaktadır. Zararı gidermenin amacı zarar gören tarafı tekrar bir bütün haline getirmekse

veya meşruluğunu reddetmiştir. Bu reddin meydana gelme şekli üzerinden, suçlama, kınama ve dolayısıyla cezai sorumluluk için bir şart olarak kastın önemini anlayabiliriz. Burada kınanan şey, bir suç (haksızlık/ Ing. “*wrongdoing*”) işlemektir. Örneğin terk edilmiş olduğuna makul ve içten bir şekilde inanarak bir başkasının malını alan kimse malın sahibinin menfaatlerini ihlal eder ancak suç teşkil eden bir davranışta bulunma iradesi olmadığı için korunan menfaatlerin değerini inkâr etmez. Bir zarar meydana getirdiği için malın sahibinin zararını gidermesi beklenmektedir ancak değer olarak tasarlanan şeyi inkâr etmediği için herhangi bir suçlama veya kınama yöneltilmemektedir.

⁹⁸ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 211.

⁹⁹ **Rocco**, Opere, s. 278, 279.

topluma verilen zarar, bir menfaatin değerin inkâr edilmesinden kaynaklandığı için bu zararı gidermenin uygun yolunun söz konusu değerin yeniden teyit edilmesini içermesi gerekir. Bu yeniden teyidin zorunlu şartı ise söz konusu inkârı kınamaktır. Bu kınamanın failin mahkûm edilmesini içermesi gerektiğine şüphe yoktur. Faile eza veren ceza ise bu kınamayı açıklamanın bir yoludur böylece gerçek olduğundan şüphe edilmez. Ceza bu kınamayı açık bir şekilde ifade etmenin aracı olduğu ölçüde, toplumun zararını telafi eder.¹⁰⁰

Suç teşkil eden fiilin en bariz etkisi elbette hukuk düzenini ihlal etmesidir. Her suçun belirli davranışı yasaklayan ya da yapılmasını emreden kanuni düzenlemelerin ihlalini içermesi gerektiği için, suç kanuna aykırı bir davranışın sonucu olarak ortaya çıkar. Ceza normunun bu türden bir ihlalinin kanunun korumayı hedeflediği topluma verilen bir tür zarar olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu türden bir karşı gelme her suçta mevcut olduğu için, suçun kendine özgü karakterini açıklamak ve göstermek bakımından ayırt edici bir kriter değildir. Bu suçun şekli hukuka aykırılığı (*Ing. “formal wrong of crime”*) olarak adlandırılabilir. Bu hukuka aykırılık, kanunun salt ihlalinin ötesinde bir kimseyi bilerek ve isteyerek öldürmeyi “kasten öldürmeye” (*Ing. “murder”*), bir kimseyle zorla cinsel ilişkiye girmeyi “cinsel saldırıya” (*Ing. “rape”*) dönüştüren zarardan farklıdır. Suçun belirli konusunu oluşturduğu için bir suçtan diğerine değişen ve böylece her suçta kendine özgü karakterini veren esas unsur da suçun maddi hukuka aykırılığı olarak adlandırılabilir. Maddi hukuka aykırılık anlamında zarar, suçun salt

¹⁰⁰ **Burgh**, s. 330; **Antolisei**, Parte generale, s. 203: Sosyal/cürmi zarar hukuk tarafından korunan belirli (kamusal ya da özel) menfaatin ihlalinin teşkil ettiği zarardır. Genel olarak belirtilen bu ihlal, zarar verme veya tehlikeye koyma şeklinde suçta her zaman vardır ve bunun tek sebebi suçun her zaman “başkalarının menfaatleri bakımından zarar verici olma” şeklindeki doğası değildir. Bunun ötesinde bu sebep, devletin her durumda belirli menfaatleri korumak hedefiyle bir fiili ceza tehdidiyle yasaklamasında yatmaktadır.

kanunu ihlal etmenin ötesinde ceza normunun korumak üzere tasarlandığı konuya zarar verdiği gerçeğini belirtir. Bu anlamda suç, kanunu ihlal etmekten kaynaklı şekli bir hukuka aykırılığın ötesinde ayrıca bir tür maddi zarardan oluşmaktadır.¹⁰¹

Suçun salt kanun tarafından yasaklanmış ve ceza müeyyidesiyle yaptırım altına alınan bir davranış olduğu yönündeki yani suçtaki hukuka aykırılığı sadece yasal emir veya yasağa itaatsizlikten ibaret gören görüş yetersiz olduğu kadar tehlikelidir de.¹⁰² Bu anlamda hukuka aykırılığı salt fiilin hukuk normlarıyla çatışmasından ibaret sayıp çatışmanın içeriğini göz ardı eden biçimsel yaklaşımların yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Her ne kadar hukuka aykırılığın biçimsel anlayışının yerine getirdiği bir güvence işlevi vazgeçilmez nitelikte de olsa biçimsel hukuka aykırılık, ceza normuyla korunması amaçlanan hukuki varlık ya da menfaatin ihlaline denk düşen bir içerik ile tamamlanmalıdır.¹⁰³ Dolayısıyla suç, biçimsel olarak bir hukuk normuna aykırılıktan, özü itibarıyla da aynı normun korumayı hedeflediği varlık ya da menfaatin ihlalinin ibarettir. Bu ihlal, suçun özünü teşkil eden zarara yani sosyal/cürmi zarara tekabül eder.¹⁰⁴ Böylece

¹⁰¹ **Eser**, s. 348.

¹⁰² **Eser**, s. 348, 349.

¹⁰³ **Tuğrul Katoğlu**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yay., Ankara 2003, s. 44; Tıpe uygun olmakla birlikte sosyal olarak uygun kabul edilen hareketler ve herhangi hukuksal yararı ihlal etmeyen hareketler “ceza hukukunda önemsiz hareketler” olarak da adlandırılmakta ve cezalandırılmamaları gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **Hakan Hakeri**, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD., S. 69, Y. 2007, s. 55 vd.

¹⁰⁴ **Toroslu – Toroslu**, s. 109; Aynı yönde bkz. **Eser**, s. 346: Yazara göre, suç kavramının temel organizasyonel yapısı işlevinde, zarar kavramının suçun diğer unsurlarının açıklanması ve çeşitli özel suç tiplerinin kendilerine özgü yapılarının açıklanması bağlamında çok büyük bir önemi bulunmaktadır. Elbette suçun tanımının yapısını ve yorumunu hem kendi içinde hem de onunla bağlantılı kanunilik problemiyle birlikte ele almak gerekir. Belirli bir cezalandırıcı normun normatif kapsamı meselesi ancak normla korunması amaçlanan hukuki menfaatin incelenmesiyle mümkündür. Suçun sadece kanuni tanımını incelemek her zaman tatmin edici bir sonuç vermeyebilir, ancak önlenmesi amacıyla tasarlanmış zararın araştırılması doğru sonucu

suç, tipik bir fiil olmanın ötesinde, zarar vermek veya tehlikeye atmak şeklinde ihlal edici niteliğe sahip bir insan davranışı olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle suç, tipik bir hukuka aykırılıktır.¹⁰⁵ Dolayısıyla ihlal yoksa suç da yoktur. Bu ilke ceza hukukunda ihlal ya da zarar prensibi (*nullum crimen sine iniuria*) olarak adlandırılır.¹⁰⁶ İtalyan ceza hukuku öğretisinde sıklıkla vurgulanan ihlal ilkesi (It. “*principio di offensività*”) uyarınca bir suç devlet otoritesine sadakatsizlik teşkil eden bir fiil veya failin subjektif tehlikeliliği üzerine kurulamaz; suç her şeyden önce sosyal anlamda zararlı bir fiilden yani korunmaya layık ve korunması gerekli ilgili varlıklar ya da menfaatler bakımından objektif olarak zarar teşkil eden (zarar vermek ya da tehlikeye atmak şeklinde) bir fiilden meydana gelmelidir.¹⁰⁷

Ancak belirtmek gerekir ki, “zararlı olma” fiile ilişkin bir niteliktir. Zira bu nitelik ceza normunun koruma amacıyla ve norm tarafından korunan varlıkla çatışma halinde bulunan fiile ilişkin kınama yargısının bir sonucudur. Her suç hukuka aykırı bir fiil olarak meydana gelmek zorunda olduğu için kınama yargısı da her suçun zararlı bir fiil olduğu kabulünü zorunlu kılar. Ancak fiilin zararlı olması, neticenin de zararlı olması sonucunu doğurmaz. Fiilin zararlı olması meselesi hukuka aykırılıkla ilgili olup korunan varlıkla

verecektir. Benzer şekilde kanuniliğin sağlanması yani kanuni tanımdaki bütün fiili ve kanuni unsurların şartların karşılanıp karşılanmadığı, normun amacı araştırılmaksızın – yani yasağın yöneldiği zarar araştırılmaksızın – bulunamaz.

¹⁰⁵ **Selâhattin Keyman**, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD., C. 40, S. 1, Y. 1988, s. 132.

¹⁰⁶ **Bartolomeo Romano**, Diritto penale parte generale, B.4, Giuffrè Francis Lefebvre Ed., Milano 2020, s. 189; Ayrıca bkz. **Tuğrul Katoğlu**, “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, KHASHFD., C. 10, S. 1, Haziran 2022, s. 140.

¹⁰⁷ **Francesco Viganò**, “Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo”, ius17@unibo.it studi e materiali di diritto penale, Anno II, n. 1, gennaio-giugno 2009, s. 179.

çatışma halinde olan fiili ilgilendirir.¹⁰⁸ Doğrudan/cürmi zararın bir netice olduğu, suçun bir sonucu olduğu ve dolayısıyla bunlar arasında bir illiyet bağı olduğuna ilişkin bir yanlış anlaşılma mevcuttur. Suç ile korunan hukuki varlığın ihlali arasındaki ilişkiyi bu şekilde kurmak hatalıdır çünkü buradaki ihlal suçun etkisini değil içeriğini teşkil eder. Örneğin kasten öldürme suçundaki maddi fiil hiç şüphesiz bir kişinin bir başka kişi tarafından öldürülmesidir. Burada yaşama hakkı şeklindeki varlığın zarara uğraması bu neticeden ayrı bir netice olarak kabul edilemez. Bu örnekteki tek netice hukuki anlamda zararı temsil eden, bir kişinin ölümüdür.¹⁰⁹

Gerçekten de sosyal/cürmi zarar, dış dünyada meydana gelen zarardan daha geniş bir kavramdır. Hakarete, hürriyeti tahditte, yalan tanıklıkta, pek çok cinsel suçta fiziksel bir zarar yoktur veya örneğin cinsel saldırıdaki fiziksel zarar çok hafif düzeyde kalmış olabilir. Ancak bu suçlarda gerçek anlamda bir zarar olduğu kabul edildiği için, cürmi zarar kavramı kurumlara, kamu güvenliğine, cinsel özgürlüğe, itibara zarar vermek gibi maddi olmayan değerler üzerinden açıklanmalıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, sosyal/cürmi zarar, manevi unsur (mentes reae) ifade eden davranışla ilişkili bir şekilde tanımlanmalıdır. Dolayısıyla cürmi zararın belirli normatif-ampirik referansları vardır. Bu olgu, değerlendirme ve kişilerarası ilişkilerin bir birleşimidir ancak bazen varsayıldığı gibi gözlemlenebilir bir şey veya etki değildir.¹¹⁰ Cürmi zararın soyut bir kavram olduğu kabul edilerek ancak şekli suçlar veya sırf hareket suçlarıyla ilgili daha zor meseleler açıklığa kavuşturulabilir.¹¹¹

¹⁰⁸ **Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi, s. 276.

¹⁰⁹ **Antolisei**, Parte generale, s. 204; **Öntan**, s. 305, 306.

¹¹⁰ Krş. **Eser**, s. 346: Yazara göre, zararın göstergesi harici bir netice olduğu için belirli bir yasaklanmış zararın gerekliliği cezai davranışı salt ahlak dışı davranıştan ayırt etmek bakımından bir kriter olarak önem arz etmektedir.

¹¹¹ **Hall**, s. 217.

Korunan menfaat ya da menfaatlerin ihlali iki şekilde meydana gelebilir, korunan varlık kısmen ya da tamamen zarar görebilir ya da sadece tehdit edilebilir, başka bir deyişle gerçek bir zararın veya potansiyel bir zararın (zarar ihtimalinin) meydana gelmesine bağlıdır. Buradan zarar verme ile tehlikeye koyma arasındaki ayrım ortaya çıkar. Örneğin kasten öldürme suçunda korunan yaşam hakkının ortadan kaldırılmasıyla bir zarar meydana gelir. Öte yandan devletin birliğine, bütünlüğüne ya da egemenliğine karşı kalkışma halinde sadece bir tehlikeye koyma vardır çünkü bu suçun meydana gelmesi için korunan varlığın tehdit edilmiş olması yeterlidir.¹¹²

Bu aşamada belirtmek gerekir ki öğretilerdeki kimi görüşler korunan varlıklara zarar verilemeyeceğini veya bunların tehlikeye atılamayacağını, söz konusu varlıkların ancak ihlal edilebileceğini belirtmektedir. Bu görüşlere göre, suç fiilinin ihlal ettiği hukuki varlık ile suçun konusu kavramı karıştırılmamalıdır. Buna göre örneğin, kasten öldürme suçuyla ihlal edilen hukuki varlık yaşam hakkıyken; suçun konusu belli bir şahsın hayatıdır. Böylece korunan hukuki varlık suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir; ancak suçun “konusu” zarara uğratılmakta veya tehlikeye atılmaktadır.¹¹³ Zira bu görüşteki yazarlara göre, hukuki değerler varlıklar düzeninin ideal değerlerinin ifadesi olup soyut bir varlığa sahip olmaları sebebiyle doğrudan zarara ya da tehlikeye uğratılamazlar.¹¹⁴ Bize göre de hiç şüphesiz bir hukuki varlığın kendisi, örneğin yaşam hakkı, bir kişinin davranışından zarar görmez. Ancak kanunun koruduğu belirli bireysel veya toplumsal varlık zarar görebilir veya tehlikeye atılabilir fakat elbette varlığın kendisi ve toplumun

¹¹² Antolisei, Parte generale, s. 203, 204.

¹¹³ Kayıhan İçel – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih Selami Mahmutoğlu – Yener Ünver, Suç Teorisi, İstanbul 1999, s. 95 – 97; Özgenç, Genel Hükümler, s. 223; Koca – Üzülmüş, s. 119, 120; Artuk – Gökçen – Çakır – Alşahin, s. 389; Akbulut, Genel Hükümler, s. 434 vd.; Ersoy, “Tehlike Suçları”, s. 31; Dülger, Genel Hükümler, s. 351; Kabak Yüce, s. 157, 158.

¹¹⁴ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Yay., İstanbul 1994, s. 148, 149.

ona attettiği değer etkilenmeden kalabilir.¹¹⁵ Bu anlamda, çeşitli suçların hukuki konularını teşkil eden varlıklar/menfaatler dikkate alındığında bazı suçların bu varlıklara/menfaatlere doğrudan zarar verdiği; diğerlerininse bu varlıklara/menfaatleri tehlikeye attığı görülecektir.¹¹⁶

Bununla birlikte, bize göre belirli bir şahsın hayatı suçun konusu olarak tanımlanmamalıdır. Esasında suçun hukuki ve maddi olmak üzere iki konusu bulunmaktadır. Suçun hukuki konusu, ceza normuyla korunması hedeflenen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun maddi konusu ise, davranışın üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan insan veya şeydir. Cismani yapıya sahip olmayan şeyler maddi konu olamaz ve bu anlamda pek çok suçun da maddi konusu yoktur.¹¹⁷ Dolayısıyla kasten öldürme suçu örneğinde, belirli bir kişinin hayatının değil, ilgili norm ile korunan “yaşam hakkının” zarara uğratıldığını söylemek daha yerinde olacaktır. Öte yandan belirli bir kişinin yaşamı, cismani yapıya sahip olmadığı için maddi konu da değildir. Nitekim bu suçun maddi konusu suçun üzerinde gerçekleştiği kişinin kendisidir.

Zarar, hiç şüphesiz tabiatçı anlamda bir olayı (It. “*avvenimento*”) gerektirir, ancak bu kasten öldürmede olduğu gibi (bir kişinin ölümü) her zaman bir insan davranışının sonucundan meydana gelmez, ayrıca bildirim yükümlülüğünü ihmal gibi bir davranışın sonucunda da oluşabilir. Meydana gelen olay her iki durumda da bir tanedir ancak iki farklı bakış açısından değerlendirilir: kendi içerisinde doğal bir olaydır; hukuk düzeniyle kurduğu ilişki anlamındaysa bir menfaatin zarara uğraması ya da tehlikeye atılmasını teşkil eder.¹¹⁸ Netice bir dış dünya değişikliğidir, ancak zarar suçun hukuki bir sonucudur.

¹¹⁵ Davis, s. 131.

¹¹⁶ Manzini – Nuvolone – Pisapia, s. 684.

¹¹⁷ Toroslu – Toroslu, s. 109 – 111.

¹¹⁸ Antolisei, Parte generale, s. 205.

Bunlar birbirine karıştırılmaması gereken esasında iki farklı kavramdır.¹¹⁹ Bu anlamda cürmi zararlar maddi olmayan bir karaktere sahiptir. Böylece sırf hareket suçları da bir kişi tarafından gerçekleştirildiği ve salt var olmasıyla önceden var olan bazı koşulları değiştirdiği ölçüde zararlı olarak değerlendirilir.¹²⁰ Dolayısıyla mesele tabiatçı açıdan incelendiğinde zarar değil, neticeler yani süjenin davranışından önce var olan çevresel şartların başkalaştırılması veya bozulması mevcuttur. Bu neticeler ancak insanlar arasındaki ilişkileri ilgilendiren bir durumun zarara uğratılması olarak değerlendirildiği zaman zarar adını almaktadır. Bu anlamda zarar kavramı ancak süjenin norm tarafından korunan varlık karşısındaki durumuna istinaden anlaşılabilir.¹²¹

Bu aşamada zarar (It. “*danno*”) ile hasar (It. “*lesione*”) kavramları arasındaki ayırım yapan görüşlere değinmek gerekir. Öğretideki kimi görüşler, suçun her zaman bir hasar içerdiğini ancak her zaman bir zarar içermediğini belirtmektedir. Aslında suçun her zaman bir zarar suçu şeklinde ortaya çıkmadığı doğrudur, zira tehlike suçları da vardır. Ancak bu durum tehlikenin hasar olarak nitelendirilebileceği ve hasar ile zarar arasında ayırım yapılabileceği anlamına gelmez. Zarar ve hasar aynı şeydir. Zarar, mağdur perspektifinden hasar olarak algılanırken; hasar da zarar verenin perspektifinden bakıldığında zarardan başka bir şey değildir.¹²²

Sosyal/cürmi zararın konusu en iyi “hukuken tanınan menfaatler” veya “hukuki menfaatler” terimiyle tanımlanabilir. Sadece anayasal düzen tarafından tanınan menfaatler değil ayrıca bir terminoloji olarak hukuki menfaat terimi cürmi zararın özünü ve kapsamını belirtmek bakımından en uygun terim olarak görünmektedir. Zira hukuki

¹¹⁹ **Antolisei**, L’azione e l’evento, s. 86; **Katoğlu**, “*Biçim ve İçerik*”, s. 140.

¹²⁰ **Hall**, s. 219.

¹²¹ **Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi, s. 277.

¹²² **Rocco**, Opere, s. 280.

menfaatin anlamı, suç davranışının somut varlıklara veya soyut değerlere yönelebilen tüm potansiyel hedeflerini kapsayacak kadar geniştir; öte yandan da sosyalist hukuk sistemlerindeki “sosyal açıdan tehlikeli davranışlar” gibi terimlerin belirsizliğinden ve değişkenliğinden kaçınmaya yetecek kadar da dardır.¹²³

Ceza hukuku anlamındaki zararın bir başka deyişle cürmi zararın, ceza normuyla korunması amaçlanan hukuki menfaat üzerinde gerçekleştiği kabul edilerek, meydana gelmesi için dış dünyada bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı sırf hareket suçlarına, bir maddi konunun bulunmadığı suçlara veya suçun maddi konusu ile mağdurunun ayırdığı suçlara içkin zarar daha iyi anlaşılabilir. Bu anlamda örneğin hırsızlık suçunda korunan hukuki varlık zilyetlik olmakla birlikte suç taşınır mal üzerinde gerçekleşmektedir. Bu suç, suçun maddi konusu olan taşınır mala herhangi bir zarar verilmeksizin işlenebilir. Ortada gözlemlenebilir bir zarar bulunmamakla birlikte, mağdurun zilyetliğinin ortadan kaldırılması bakımından hırsızlık suçu bir zarar suçudur. Öte yandan TCK m. 257 hükmünde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu maddi konusu olmayan bir suç olmakla birlikte meydana gelmesi için tipik filin “*kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin devlete ait menfaat*”e¹²⁴ yani korunan hukuki varlığa zarar vermesi aranmaktadır.¹²⁵ Kimi hallerde de maddi konu üzerinde zarar verici davranışlar gerçekleşse de bu maddi konu ne korunan hukuki varlığın hamili (mağdur) ne de hukuki korumanın konusunu teşkil eden bir şey (örneğin malvarlığına ait bir şey) niteliğindedir. Örneğin belgede sahtecilik niteliğindeki

¹²³ **Eser**, s. 374, 375.

¹²⁴ **Güneş Okuyucu Ergün**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBBD., S. 82, Y. 2009, s. 2.

¹²⁵ TCK m. 257 hükmünde düzenlenen suçun bir maddi konusu bulunmadığı ve suçun bir zarar suçu olduğu hususunda bkz. **Fatma Coşkun**, Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021, s. 61, 122.

kimi davranışlarda ızzar fiili evrak üzerinde gerçekleşmekle birlikte, belgede sahteciliği yasaklayan ceza normlarıyla bu belgelerin doğruluğuna ticari ve sosyal toplumun duyduğu güven korunmaktadır.¹²⁶

Kişilerin ihtiyaçlarını tatmine yarayan araçlar varlık olarak; bir şeyin bir ihtiyacı karşılamaya elverişliliği de fayda (*It. “utilita”*) olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla zarar, bir faydanın ortadan kaldırılması veya azaltılmasıdır. İnsan menfaatinin konusu ise fayda ve değerdir. Bu anlamda zarar, insan menfaatin tamamen veya kısmen yerine getirilememesini sonuçlar. Dolayısıyla zarar, bir varlığın ortadan kaldırılması veya azaltılması, bir insan menfaatinin sınırlandırılmasına sebep olan her şeydir. Hukuki anlamda zarar ise, bir varlığın ortadan kaldırılması veya azaltılması, başkalarının hukuk normlarıyla koruma altına alınmış menfaatlerinin yok edilmesi veya kısıtlanması olarak açıklanabilir.¹²⁷

Öğretideki yazarların bir kısmının varlık kavramını fazla esnettiğini ve seyrelttiğini düşünen Canelutti'ye göre, menfaat kavramı hukuk teorisinin temellerinden birisi olacaksa sübjektif değil objektif olmalıdır bu anlamda menfaat bir objenin bir ihtiyacı karşılamaya uygunluğunun değerlendirilmesini teşkil etmelidir. Hukuk bireylerin varlıklara ilişkin sübjektif değerlendirmelerini garanti altına alamaz ancak varlıklardan faydalanmalarını yani onlar karşısındaki durumlarını garanti altına alabilir. Bu anlamda menfaat, bireylerin varlık karşısındaki durumudur; bu sayede varlık kişi için mümkün, ulaşılabilir ve bir ihtiyacın tatmininde kullanımı güvenlidir. Bireyle varlık arasındaki bu ilişki menfaati teşkil eder. Bu sebeple zarar, kişinin varlık karşısındaki durumuna ilişkin olup varlığın kendisinde gerçekleşmez. Dolayısıyla zarar, menfaatin değiştirilmesi,

¹²⁶ **Eser**, s. 381 vd.; Bu konuda ayrıca bkz. **Devrim Güngör**, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yay., Ankara 2010, s. 22.

¹²⁷ **Rocco**, Opere, s. 275, 276.

menfaate zarar verilmesi üzerinden tanımlanmalıdır.¹²⁸ Bir başka deyişle zarar, sùje ile varlık arasındaki ilişkinin yani menfaatin değişikliğe uğratılmasını gerektirmektedir. Öte yandan kimi hallerde zarar doğrudan varlığın (objenin) üzerinde de gerçekleşebilir. Dolayısıyla örneğin bir eşya çalındığında, obje yani eşya herhangi bir değişikliğe uğramasa da varlıkla zilyet arasındaki ilişki değişikliğe uğrar. Eşyaya zarar verilmesi durumunda, değişiklik varlığın kendisinde olur. Ancak her iki durumda da varlıkla kurulan ilişki yani menfaat yok edilmiş olur.¹²⁹

Böylece zarar, dışa yansıyan suç fiili ile ceza normuyla korunan menfaat arasındaki ilişki hakkında verilen bir değer hükmüdür. Bu menfaat tamamen veya kısmen yok edilmişse menfaatin zarara uğradığı söylenebilir. Bu anlamda zarar hem objektif hem de sübjektif bir kavramdır. Belirli bir menfaat ihlal edildiğı için objektiftir; belirli fiilin belirli menfaate zarar verip vermediğı hakkında verilen bir değer yargısı olması sebebiyle de sübjektiftir.¹³⁰ Zararın söz konusu olabilmesi için sùje ile varlık arasındaki ilişki kötüleşmelidir. Bu kötüleşme zararın özünü teşkil eder.¹³¹ Bu anlamda zarar, varlığın yok edilmesi, azaltılması, tahrip edilmesi, kaybedilmesi yahut sınırlandırılması şeklinde meydana gelebilir. Hatta kimi görüşlere göre, varlığın olması gerektiğı gibi kullanımının tehlikeye atılmasında dahi yani zarar tehlikesinin meydana gelmesinde dahi geniş anlamda bir zarar mevcuttur.¹³² Bu anlamda Carrara'nın gerçek (*It. "effettivo"*) zarar ile potansiyel zarar arasında yaptığı ayrımı yerinde bulmadığımızı belirtmemiz gerekir. Nitekim Carrara'ya göre gerçek zarar korunan varlığın gerçekten kaybı meydana

¹²⁸ **Carnelutti**, s. 9 – 14; **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 78, 79.

¹²⁹ **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 81; **Öntan**, s. 304.

¹³⁰ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 117, 118, 120. Ancak Kunter, neticesiz suç kavramını kabul etmediğı için zararı, netice ile menfaat arasında kurulan bir ilişki şeklinde aktarmaktadır.

¹³¹ **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 81.

¹³² Bu konuda bkz. **Öntan**, s. 304, 305.

geldiğinde söz konusudur; potansiyel zarar ise korunan varlığın kaybı tamamen meydana gelmese de davranışın onu meydana getirme potansiyelinin olduğu ve bir hakkın tamamen ihlal edildiği hallerde mevcuttur. Yazara göre, salt tehlike halinde bir hakkın ihlali değil sadece tehdit edilmesi söz konusudur. Gerçek zarar ile potansiyel zarar arasındaki ayrım, potansiyelin soyut hakka değil somut hakka dayanan maddi değere atfıyla anlaşılabilmesidir. Örneğin hakaret eden kişi, hakarete kimse inanmadığı için hakaret edilen kişinin onurunu elinden alamamış olabilir; bu durumda maddi değer ilişkisi bağlamında zarar potansiyel olarak kalır, ancak hakaretin onuru ortadan kaldırma potansiyeli olduğu için hakkın ihlali gerçekleşmiştir. Dolayısıyla yazara göre gerçek zarar, saldırılan hakkın atıfta bulunduğu değer gerçek anlamda ortadan kaldırılmasını gerektirir; bu anlamda soyut hakkın ihlali ve somut değer ortadan kaldırılması etkili olmalıdır.¹³³ Kısacası, potansiyel zarar için sübjektif hakkın ihlali yeterlidir; gerçek zarar için ise, hakkın objektif bir şekilde ihlal edilmesi, yani hakkın konusu şeklindeki varlığın ortadan kaldırılması gerekir. Ancak bize göre korunan varlık veya menfaatin kısmen zarara uğratılması halinde de gerçek bir zarar mevcut olduğu için, Carrara'nın potansiyel zarar dediği şeyin zararın imkânı veya ihtimali olarak tehlikeden başka bir şey olmadığı yönündeki görüşlere iştirak ediyoruz.¹³⁴

Sonuç olarak, ceza hukukuna ait zarar, ceza normuyla korunan menfaatin gerçek bir zarara uğratılması şeklinde somutlaşır ve menfaatin yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması yahut sınırlandırılması şeklinde meydana gelir.¹³⁵

¹³³ **Francesco Carrara**, Programma del corso di diritto criminale, parte generale Vol. I, B. 5, Lucca 1877, §98, s. 100, 101.

¹³⁴ **Rocco**, Opere, ss. 280 – 282, **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 123, 124.

¹³⁵ **Stefano Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, in. Enc. Giur. Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma 1991, s. 1; **Giancarlo De Vero**, Corso di diritto penale parte

II. TEHLİKE KAVRAMI VE ZARARLA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Tehlike kavramı suç genel teorisinin pek çok alanının merkezinde yer alır. Uygun nedensellik, isnat edilebilirlik, izin verilen risk, kusur, teşebbüs ve failin tehlikeliliği gibi pek çok alanda tehlike kavramı yer almaktadır.¹³⁶

Ceza normuyla korunan menfaatin yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması ya da sınırlandırılması zararı teşkil ederken; bu menfaatlerin tehlikeye atılması tehlike şeklindeki ihlali teşkil edecektir.¹³⁷ Bir başka deyişle tehlike, bir veya birden fazla olgunun zarar meydana getirmeye elverişliliğidir. Böylece ihlal, ceza normuyla korunan hukuki varlığın zarara uğratılması ya da tehlikeye atılması şeklinde ortaya çıkabilecektir.¹³⁸ Tehlike, zararın henüz gerçekleşmeye başlamamış olmasını ya da en azından tipik neticenin gerçekleşmemiş olmasını gerektirir.¹³⁹ Zira aksi halde tehlike değil zarar söz konusu olacaktır.¹⁴⁰

Belirtmek gerekir ki korunan hukuki varlığın ne zaman zarara uğratıldığını ne zaman tehlikeye atıldığını tespit etmek her zaman kolay değildir. Korunan hukuki varlığın maddi niteliğinin zayıfladığı hallerde özellikle ideal bir karaktere sahip bir varlığa (şeref, ahlak, kamu düzeni vb.) ya da kurumsal organların veya sistemlerin fonksiyonlarına

generale, G. Giappichelli Ed., Torino 2020, s. 135; **Toroslu – Toroslu**, s. 121, 122; **Öntan**, s. 305.

¹³⁶ **Francesco Angioni**, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale la struttura oggettiva*, B. 2, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1994, s. 1, 2.

¹³⁷ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 1; Ayrıca bkz. **Muharrem Özen**, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, US-A Yay., Ankara 2010, s. 7.

¹³⁸ **Giorgio Marinucci – Emilio Dolcini – Gian Luigi Gatta**, *Manuale di diritto penale parte generale*, B. 11, Giuffrè Ed., Milano 2022, s. 282.

¹³⁹ Hukuki değerin ihlali ile tipik neticenin doğmuş olmasının eş anlamlı olmadığı hususunda ayrıca bkz. **Ünver**, *Hukuksal Değer*, s. 948.

¹⁴⁰ **Nevzat Toroslu**, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 96.

(kamu idaresinin işleyişine karşı suçlar, adliye karşı suçlar vb.) karşılık geldiğinde, ceza müeyyidesinin devreye girmesi bakımından korunan hukuki varlığın ihlal edilmesi için gerçek anlamda bir zarara uğramasının mı yoksa tehlikeye atılmasının mı gerektiğini tespit etmek çok zor hale gelmektedir. Bu da doğalcı bir perspektifle bakıldığında kavranabilir veya maddi olmayan hukuki varlıkların gerçek anlamda bir zarara atılmasıyla zarar tehlikesine konulması arasında bir ayrım yapmanın aşılamaz zorluğundan kaynaklanmaktadır.¹⁴¹ Bununla birlikte korunan hukuki varlığın yoğunluğu azaldıkça, suçun tehlike suçu olarak nitelendirilmesi de o kadar yaygınlaşır.¹⁴²

Tehlike kavramının dogmatik önemi tartışılmaz bir gerçekliktir zira bu kavram, zarar kavramı gibi bütün suç genel teorisinin içinde kendine bir yer bulmaktadır. Ancak tehlike kavramını tartışmak zor olduğu kadar tartışması da göz korkutucu olabilmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi'nin bu hususa ilişkin çok bilinen kararında da belirtildiği gibi, tehlike kavramı “...belirli bilimsel bir tanımdan kaçınmaktadır. Bu kavram evrensel olarak geçerli bir şekilde belirlenemez.”¹⁴³

Tehlike kavramını tanımlamak üzere yürütülen erken dönem bilimsel faaliyetlerin de somut ve tatmin edici sonuçlara ulaşamadığı görülmektedir. Nitekim 1962 senesinde yeni Alman Ceza Kanunu tasarısı için toplanan ve dönemin önde gelen hukukçularının yer aldığı komisyonda yürütülen tartışmalar, tehlike kavramı üzerindeki dogmatik belirsizliğin bir göstergesidir. Zira tartışmalar esnasında sunulan sorulara verilen

¹⁴¹ **Carlo Fiore – Stefano Fiore**, Diritto penale parte generale, B. 6, Utet Giuridica, Vicenza 2020, s. 198; aynı yönde bkz. **Vesile Sonay Daragenli**, “Tehlike Suçları”, in. Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Yay., İstanbul 1999, s. 165.

¹⁴² **Marco Pelissero**, “Fatto tipico e offensività”, in. **Carlo Federico Grosso – Marco Pelissero – Davide Petrini – Paolo Pisa**, Manuale di diritto penale parte generale, B. 4, Giuffrè Ed., Milano 2023, s. 304.

¹⁴³ Bundesgerichtshof, 4. Strafsenat, 15. febr. 1963, (in Entscheidungen des BGH in Strafsachen, 1963, p. 272)’den aktaran **Angioni**, s. 2, 3, dn. 11; Ayrıca bkz. **D’Alessandro**, s. 9.

yanıtların çeşitliliği ve bakış açılarındaki farklılık, hukuk uygulayıcısında güvensizlik ve zayıflık uyandıracak niteliktedir. 1969 senesinde gerçekleştirilen ve tamamen tehlike suçlarına adanan 10. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde sunulan katkıların da belirleyici olamadıkları veya ayrıntılı açıklamalar getiremedikleri gözlemlenmiştir.¹⁴⁴ Benzer şekilde, 1982 senesindeki 11. Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresinde bir Alman tarafından sunulan rapor incelendiğinde de ceza hukuku biliminin tehlike suçlarını tanımlamaya yönelik girişimi görülecektir.¹⁴⁵ Bu kongrelerde tehlike kavramına ilişkin ortak bir tanıma ulaşılamamış ancak tehlike kavramı ve ceza hukuku açısından önem arz eden tehlike seviyesinin belirsizliği ortaya konulabilmektedir.¹⁴⁶

Tehlike kavramına ilişkin belirli kriterler belirmeye yönelik girişimlerin bir kısmı, tehlike kavramının zarar kavramının simetriği olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁷ Öte yandan bir görüşe göre zarar ve tehlike birbirine zıt iki kavramdır. Zarar ya meydana gelmiştir ya da meydana gelme ihtimali vardır. Dolayısıyla bu iki kavramın aynı olarak değerlendirilme imkânı bulunmamaktadır.¹⁴⁸ Ancak zararın tehlikenin ardılı olduğu yönündeki görüşlerin daha yerinde olduğunu kabul etmek gerekir. Doğal olarak her zarardan önce bir tehlike gelir. Neticenin doğal gelişim sürecinde her zaman meydana gelen durumun zararsız olduğu bir an vardır; devam eden süreçte durumun tehlikeli bir hal almaya başladığı bir an meydana gelir ve bu sürecin sonunda nihayetinde zararlı netice meydana gelir.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Angioni, s. 3.

¹⁴⁵ Canestrari, “*Reato di pericolo*”, s. 1, 2.

¹⁴⁶ Daragenli, s. 3.

¹⁴⁷ Canestrari, “*Reato di pericolo*”, s. 1.

¹⁴⁸ Kunter, Suçun Maddi Unsurları, s. 126.

¹⁴⁹ Penso, s. 1; Önder, C. II – III, s. 55.

Dolayısıyla da zarar tehlikenin karşısında değildir ancak onun bir artısı, sonraki aşamasıdır.¹⁵⁰

Bu aşamada tehlikeyi de geniş anlamda zararın içinde gören görüşlere değinmekte fayda vardır. Nitekim öğretide kimi görüşler tehlikeyi zararın bir türü olarak nitelendirir. Bunlardan Canelutti'ye göre, korunan menfaatin ihlalinin yani zararın dereceleri vardır ve ağır olan dar manada zarardır. Asıl ihlal budur; ancak bir de menfaatin muhtemel ihlali olan tehlike vardır ve ihlal ihtimali de menfaate zarar verir. Nasıl ki bir binanın yıkılma tehlikesi o binanın değerine zarar veriyorsa menfaate zarar gelme ihtimali de söz konusu menfaati ihlal eder. Carrara'ya göreyse suç tamamlanmışsa tehlike mevzu bahis değildir. Tehlike tamamlanmış suçlarda değil ancak teşebbüs halinde kalan suçlarda yer almaktadır.¹⁵¹ Öte yandan bir başka görüşe göre de korunan varlıktan süjenin gerektiği gibi istifade etmesinin tehlikeye atılması halinde gerçek bir zarar söz konusu olmasa da tehdit söz konusudur. Ancak bu durumda da süjenin varlıkla kurduğu ilişki az da olsa değiştirilmiştir. Zarar halinde süjenin varlıkla arasındaki ilişkinin “kötüleştirilmesi” daha ağır; tehlike halinde ise daha hafiftir. Bu anlamda tehlike de geniş anlamda zararın bir çeşididir.¹⁵²

Daha önce de açıklandığı üzere cürmi zarar ceza normuyla korunan varlığın zarar verme veya tehlikeye koyma şeklinde ihlal edilmesiyle her suçta meydana gelir. Dolayısıyla korunan menfaatin tehlikeye konulması da cürmi zarar teşkil edecektir. Ancak korunan varlığa zarar verilmesinin (dar anlamda zararın), varlığın tehlikeye atılmasından ayrılması gerekmektedir. Zira varlığın tehlikeye atılması halinde de süjenin varlıkla kurduğu ilişkinin değiştirildiği doğru olsa da bu değişikliğin tek başına varlığın

¹⁵⁰ Ünal, Tehlike Suçları, s. 27.

¹⁵¹ Görüşler için bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları, s. 125, 126.

¹⁵² Antolisei, L'azione e l'evento, s. 82; Öntan, s. 304, 305.

yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması ya da sınırlandırılması olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Suçta teşebbüs için aranan gerçekleştirilen davranışın elverişliliği kavramını tehlikelilikle bir tutan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre teşebbüsün cezalandırılmasındaki temel sebep, hukuken korunan varlığın tehlikeye konulmasıdır.¹⁵³ Tehlike suçlarının cezalandırılma sebebi teşebbüsle aynı olsa da bu suçların teşebbüsten farklı olarak uygulanmak için başka bir norma ihtiyaçları yoktur. Tehlike suçları tehlikenin ortaya çıkmasıyla tamamlanırken, teşebbüs suçun tamamlanmamış halidir ve kural olarak tehlike suçlarına da teşebbüs mümkündür.¹⁵⁴

Tehlikenin felsefi yapısına ilişkin tartışmalardan bağımsız olarak, bilgi bilimsel karşılığı öğretide yaygın bir şekilde “netice” durumu olarak gösterilir. Öğretide yaygın olarak tehlike bir netice yani nedensel olarak tetiklenen bir etki olarak tanımlanır. Ancak tehlike her ne kadar her zaman fiilin bir durumuyla (sırf davranışın dışında) özdeşleştirilebilir gibi görünse de tehlike ilişkisi belli olgular arasındaki koşullu ilişki üzerinden tanımlanan nedensellik yargısından farklı olarak, gelecekteki nedensel bir sürecin (muhtemelen/ [It. “*probabilmente*”]) meydana gelip gelmeyeceğini tespit etmeyi hedefleyen bir araştırmayı gerektirir.¹⁵⁵ Tehlikeye ilişkin bu şekildeki bir tahmin yargısının (prognostik yargının) mantıki yapısına ilişkin araştırmayı doğru bir şekilde kurmak için tehlike kavramının ilgili imkan ve ihtimal kavramlarıyla birlikte değerlendirilmesi bir başlangıç noktası olarak alınabilir.¹⁵⁶ Bu anlamda tehlike doğal bir

¹⁵³ Canestrari, “*Reato di pericolo*”, s. 1; Daragenli, s. 33, 34.

¹⁵⁴ Daragenli, s. 34; Öntan, s. 307; Tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmaları için bkz. §2/VII.

¹⁵⁵ Angioni, s. 26.

¹⁵⁶ Canestrari, “*Reato di pericolo*”, s. 2.

kavram değil, değerlendirici bir kavramdır. Tehlike dış dünyanın değiştirilmesi değil, kendi gücünün, elverişliliğinin, zarar verici niteliğinin bir sonucudur.¹⁵⁷

Bu anlamda tehlike, belirli bir durum ile gelecekteki belirsiz ve her halükârda istenmeyen bir netice arasındaki ihtimal ilişkisini ifade eder. Suçun ihlal edici içeriğiyle ilgili olarak tehlikeden bahsedildiğinde istenmeyen netice ile kastedilenin korunan hukuki varlığın zarara uğraması olduğu açıktır. Tehlikenin özünün doğal bir gerçeklik mi olduğu yoksa epistemolojik bir kategoriye mi ait olduğu konusundaki tartışmalar bir kenara bırakıldığında, bir durumun “tehlikeliliğinin”, bir tahmin yargısının sonucunda bu duruma ilişkin olarak yapılan bir niteleme olduğu açıktır. Bu yargı, mevcut durum ile gelecekteki netice arasında olasılıksal bir bağ kurar.¹⁵⁸ Tehlikenin nitelik olarak eklendiği bu durum, teknik anlamda bir davranış veya netice olabilir.¹⁵⁹ Bu nitelemeyle tehlike, sosyal olarak değer atfedilen varlıklar üzerinde zarar meydana gelme ihtimalini öngörmeyi sağlayan ilişki olarak da tanımlanabilir.¹⁶⁰

Cezalandırılabilir tehlikenin ağırlığını belirlemeye yönelik çalışan öğretide kimi görüşler tehlikeyi basit bir zarar imkânı olarak açıklarken kimi görüşlerse kuvvetli bir ihtimal aramıştır. Bu tartışma uygun cezai korumanın amaçları bakımından önemli olduğu kadar kasıtlı veya taksirli suçun kapsamının belirlenmesi bakımından da önem arz etmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁷ **Aleo**, s. 141.

¹⁵⁸ **Francesco Palazzo**, Corso di diritto penale parte generale, B. 8, Giappichelli Ed., Torino 2021, s. 68.

¹⁵⁹ **Angioni**, s. 36; Somut tehlikenin hukuki niteliğinin “netice” olduğunu belirten görüşler için ayrıca bkz. §2/III/1.

¹⁶⁰ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2.

¹⁶¹ **Ratiglia**, s. 28.

1. TEHLİKENİN ZARARIN İMKÂNI OLARAK AÇIKLANMASI

Tehlike doğal değil değerlendirci bir kavramdır. Öyleyse tehlike, bir dış dünya değişikliği şeklinde değerlendirilemez; fiilin zarar vericiliğinin, elverişliliğinin, kapasitesinin nitelendirilmesinin bir sonucudur. Tehlike, zarar imkânı üzerine yapılan öngörüye dayalı tahmini (prognostica) bir değerlendirmeden oluşur. Korkulan, kaçınılmak istenen zararın imkânı kavramı üzerine inşa edilir.¹⁶²

Tehlike kavramının salt ihlalden (It. “*illegitimo*”) daha geniş olduğu ve genel bir önleyici fonksiyonu haiz olduğu belirtilmektedir. İradi insan davranışı içindeki tehlikenin kaynağının – ki ceza hukuku bakımından önem arz etmesinin koşulu budur – tehlikenin tanımı içerisinde belirtilmesine gerek yoktur zira tehlike objektif bir kavramdır ve beşeri nedensellik alanından daha geniş bir alanı, zararın meydana gelme ihtimali şeklindeki genel bir nedensellik alanını içerir. Bu gözlem, hukuka aykırılığın objektif ve sübjektif bileşenleri ve nedenleri arasındaki ayrımı ortaya koymak bakımından önemlidir ki bu da hukuk biliminin temel bir özelliğidir.¹⁶³

Tehlikeyi zarar imkânı olarak tanımlayan yazarların başında Rocco gelmektedir.¹⁶⁴ Yazara göre, tehlike zararın imkânıdır. İmkân dahilinde olan, gerçekleşmiş olanın karşısında yer alır. Gerçekleşmiş olan şey ise hali hazırda meydana gelmiş, sebep olunmuş bir şeydir. Dolayısıyla bu, geçmiş veya şu anın dünyasına aittir. Böylece henüz etki doğurmamış ya da meydana gelmemiş bir şey ancak “imkân dahilinde” olabilir. İmkânın göstergeleri her zaman bir oluş içerisinde henüz meydana gelmemiş ve tamamlanmamış nedensel sürecin içerisinde düşünülür. Bu nedenle her zaman henüz var olmayan geleceğe ait bir olguya işaret eder. İmkân, bir olgunun henüz

¹⁶² Aleo, s. 141.

¹⁶³ Aleo, s. 141.

¹⁶⁴ Rocco, Opere, s. 286, 295.

meydana gelmemiş bir olguyu meydana getirmeye, onun sebebi olmaya elverişli olmasını ifade eder. İmkân kavramı ayrıca ihtimal kavramını da ortaya çıkartmaktadır. İmkân, ölçülebilir bir olgudur; dolayısıyla az ya da çok, yüksek ya da alçak, yakın ya da uzak imkândan bahsedilebilir. İhtimal, imkânın derecesinden başka bir şey değildir ve yakın (It. “*prossima*”) imkân olarak tanımlanabilir. İhtimal derecelendirilebilir, zira fazla veya az ihtimal söz konusu olabilir. Öte yandan muhtemel olmayan (It. “*l’improbabilità*”) en düşük, en uzak imkânı ifade eder.¹⁶⁵

Rocco’ya göre, tehlike sadece yakın bir imkân değildir; zarar ihtimali az ya da çok olabilir. Tehlike için zararın imkânı genel olarak az ya da çok, düşük ya da alçak, yakın veya uzak olabilir. Tehlike kavramı için imkânın derecesi değişebilse dahi tehlikeyi açıklamak için ihtimal değil imkân olgusu tercih edilmelidir. Dolayısıyla zarar imkanının derecesi ne olursa olsun, tehlike kavramı için sadece gerekli değil fakat aynı zamanda yeterlidir.¹⁶⁶ Rocco’nun düşüncesine göre, mümkün olan bir kez dahi gerçekleşmiş olansa; imkânsız olan, sadece bir kereliğine gerçekleşmemiş olan değil, hiç gerçekleşmemiş olandır. Dolayısıyla bir olgu, somut olayda gerçekleşmemiş olmasına rağmen, söz konusu olaydaki gibi şartlarda *normalde, vakaların genelinde, olağan olarak* meydana geliyorsa mümkündür ve mümkün kalmaya devam eder. Rocco’nun tehlike için zarar imkânını aramasına rağmen bu imkânı normalde, vakaların genelinde, olağan olarak meydana gelen olgu üzerinden açıklamasının kendi içinde çeliştiği söylenebilir. Zira bir olgu, normalde, vakaların genelinde, olağan olarak meydana geliyorsa artık salt mümkün değil, fakat muhtemeldir.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Rocco, Opere, s. 295 – 297.

¹⁶⁶ Rocco, Opere, s. 303, 304.

¹⁶⁷ Ratiglia, s. 25.

Marcello Gallo tehlikeyi, meydana gelmesinden korkulan neticenin meydana gelmesinin kabul edilebilir seviyedeki imkânı olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, “ihtimal” kriteri uygulanabilir değildir ve bu sonuç söz konusu kriteri kabul edenlerin ihtimal kriterinin matematiksel veya istatistiksel olarak belirlenemeyeceğini belirtmelerinden çıkmaktadır. Zira ihtimal, ancak imkân derecesinin çok düşük olması halinde dışlanabilir. Ancak eğer tehlike elverişli imkanların elverişsiz imkanlardan daha az olduğu hallerde dahi mevcutsa, “imkânın kabul edilebilir seviyesiyle” çok iyi ifade edilebilen bir durumu son derece belirsiz ihtimal kavramıyla karşılamamanın bir anlamı yoktur.¹⁶⁸ Penso’ya göre de neticenin gerçekleşme imkânı, olağan dışı sebeplerin bir araya gelmesine rağmen dahi neticenin davranıştan veya durumdan meydana gelebileceğinin kesin olarak dışlanamaması halinde söz konusudur. Neticenin gerçekleşme ihtimali ise fiilin ortaya çıkma şekline göre genelde meydana gelen durumlar göz önüne alınarak neticenin – olağan dışı sebepler bir araya gelmeksizin – neredeyse kesin bir şekilde meydana geleceğinin öngörüldüğü hallerde söz konusudur.¹⁶⁹

Belirtmek gerekir ki ihtimal kavramı niceliksel anlamda kullanılırken; imkân kavramı niteliksel bir anlamda kullanılmaktadır. İhtimal bir neticenin meydana gelebilme kapasitesini yüzdelik oranla belirtmek için kullanır. Bu anlamda bir görüşe göre, muhtemel olma bir neticenin gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden yüksek olması, yani neticenin gerçekleşme ihtimalinin yüzde elliden fazla olmasını ifade eder.¹⁷⁰

¹⁶⁸ **Marcello Gallo**, “*I reati di pericolo*”, Il foro penale, Anno. XXIV – N. 1-2, gennaio giugno 1969, s. 2; **Aleo**, s. 142, 143.

¹⁶⁹ **Penso**, s. 2.

¹⁷⁰ Bkz. **Aleo**, s. 143, 144.

Aleo'ya göre, tehlikeyi imkân üzerinden tanımlamak dururken ihtimal üzerinden tanımlamak yersizdir. İmkân kavramı da diğer bütün nitelikler gibi ölçülebilir, ancak bu kavramları birbirine karıştırmak için değildir. Nasıl ki uzaklık metreyle ölçülebiliyorsa imkân da yüzdelik ihtimallerle ölçülebilir. Ancak bu durum imkânın, ölçüm değerleri üzerinden tanımlanmasını gerektirmez. Muhtemel olan, bir neticenin gerçekleşme yüzdesinin gerçekleşmeme yüzdesinden daha yüksek olması halidir. Ancak bir neticenin imkân dahilinde olması için tek bir ihtimalin varlığı yeterlidir. Bu anlamda sübjektif tehlikeliliğe bağlı güvenlik tedbiri yargılamalarını hariç tutmak kaydıyla, ceza sorumluluğunun doğmaması için zarar veya tehlikenin gerçekleşmesinin “imkansızlığını” (*impossibilita*) arayan ceza sisteminin bir mantığı vardır. Elbette bir neticenin imkansızlığından bahsetmek ihtimalin yüzde kırk dokuz veya yüzde on olmasını değil tamamen sıfır olmasını gerektirir.¹⁷¹

Bu görüşte olanlara göre esasında İCK m. 49/2¹⁷² hükmündeki işlenemez suçla yani hareketlerin elverişsizliği ile teşebbüsü düzenleyen İCK m. 56¹⁷³ hükmündeki elverişli hareketler arasında ara bir bölge yoktur. Bir başka deyişle bir hareket ya elverişlidir ve cezalandırılabilirlik alanına girer ya da elverişsizdir ve işlenemez suç kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla zarar imkânı ya vardır ya da yoktur. Tehlikenin varlığından bahsetmek için imkânın belli bir oranda olmasını ya da zararın gerçekleşme

¹⁷¹ Aleo, s. 144, 145.

¹⁷² İCK m. 49/2: “Hareketin elverişsizliği veya konusunun yokluğu sebebiyle zararlı ya da tehlikeli neticenin meydana gelmesi imkânsız olduğunda, cezalandırılabilirlik de ortadan kalkar.”

¹⁷³ İCK m. 56/1: “Bir suçu işlemeye yönelik şüpheye yer bırakmayacak şekilde elverişli hareketler gerçekleştiren kişi, hareketin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsten sorumlu olur.”

imkanının gerçekleşmeme imkanından daha yüksek olmasını aramanın bilimsel bir karşılığı yoktur.¹⁷⁴

Benzer görüşteki Penso'ya göre de netice somut olarak doğrulanabildiği sürece meydana gelmesinin muhtemel olmadığı hallerde dahi tehlikenin varlığı doğrulanabilir. Failin zararlı neticeyi somut olarak mümkün kılacak davranışı gerçekleştirmesine rağmen tehlikenin olmadığı iddia edilemez. Örneğin bir kişi öldürme niyetiyle iki mermisi dolu altıpatları (İng. “revolver”) ateşlerse, somut olarak vurma ihtimali doğrulanamaz çünkü vurmama olasılığı vurma olasılığından daha fazladır. Ancak yine de bir tehlikenin meydana geldiği hususunda hiçbir şüphe yoktur ve failin kasten öldürmeye teşebbüsten sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla davranışın zararlı neticeyi meydana getirme ihtimalinin daha az olduğu hallerde de cezalandırılabilirlik vardır çünkü bu durumda dahi bir tehlike vardır ve bu tehlike gerçek bir tehlikedir. Ancak imkânın neredeyse sıfıra yakın olduğu hallerde, silahın o şartlarda çalışmasının imkânsız olduğu örneğin silahın yağmur sebebiyle ıslandığı ve bu yüzden ateş etmenin neredeyse imkânsız olduğu hallerde – bir başka deyişle aracın elverişsizliği halinde – davranışın tehlikesizliği gündeme gelir.¹⁷⁵

Penso, zarar imkânının zarar ihtimalinden daha geniş olduğu yönündeki gözlemlere katılmakla birlikte bu gözlemlerin tamamen teorik düzeyde kalan nedensel süreçlere dayalı *soyut imkanlara* dayandığını belirtmektedir. Yazara göre bu soyut imkân ile ihtimal arasında ara bir durum vardır bu da *somut imkandır*. Somut imkanla kastedilen de olağandışı belirleyici müdahaleler olmaksızın hukuka aykırı durumun somut olayların büyük bir çoğunluğunda meydana geliyor olmasıdır. Bu anlamda tehlike, gerçekleştirilen

¹⁷⁴ **Aleo**, s. 151; İşlenemez suç kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Uğur Alacakaptan**, İşlenemez Suç, AÜHF Yay., Ankara 1968, s. 1 vd.; **Büşra Erdem**, İşlenemez Suç, On İki Levha Yay., İstanbul 2022, s. 17 vd; **Nurullah Kantarcı**, İşlenemez Suç, Seçkin Yay., Ankara 2022, s. 25 vd.

¹⁷⁵ **Penso**, s. 3.

davranışlardan objektif olarak tespit edilebilen zararlı neticenin meydana gelmesinin *gerçek imkânı* olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle ceza hukuku anlamında tehlike, gerçek bir zarar verme potansiyeli sebebiyle nedensel süreçte önemli bir yer tutan veya tutabilecek ve bu anlamda toplumda panik yaratan ve bastırıcı tedbirler uygulanmasını gerektiren tehliktir.¹⁷⁶

2. TEHLİKENİN ZARARIN İHTİMALİ OLARAK AÇIKLANMASI

Tehlikenin zararın ihtimali olarak açıklanması gerektiğini savunan görüşler, eleştirilerini imkân kavramının genişliğine yönlendirmektedir. Gerçekten de imkân kavramı, ihtimal kavramından daha geniştir çünkü muhtemel olmayanı da kapsar. Bir olgu hiçbir doğa kanunu onun gerçekleşmesini düşünülemez hale getirmediği sürece imkân dahilindedir bu nedenle nadir hatta çok nadir görülen etkiler bile imkân dahilindedir; buna karşılık muhtemel olma halinde ise söz konusu etkinin o şartlarda genellikle gerçekleşiyor olması aranır.¹⁷⁷ Dolayısıyla şimdiye kadar hiç gerçekleşmediği halde imkan dahilinde olanın değil, o şartlarda genellikle gerçekleşenin cezai hükmün konusunu oluşturması gerekir.¹⁷⁸ Tehlikenin zarar imkânı üzerinden tanımlanması halinde, suç işleme iradesini dışa vuran her türlü davranış objektif açıdan tehlikeli

¹⁷⁶ **Penso**, s. 4, 5.

¹⁷⁷ **Francesco Antolisei**, “*Sul concetto del pericolo*”, La scuola positiva, Anno XXIV, Serie III – Vol. V, 1914, s. 30, 31; **Antolisei**, L’azione e l’evento, s. 126; **Aleo**, s. 141, 142; Tehlikenin zarar ihtimali olarak anlaşılması gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Angioni**, s. 37; **Giammarco Azzali**, “*Osservazioni sui reati di pericolo*”, in. Studi in onore di Giorgio Marunici (a cura di **Emilio Dolcini** – **Carlo Enrico Paliero**), II, Teoria della pena teoria del reato, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2006, s. 1336; **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 305; **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 34 vd.; Önder ise hareketin suçun konusu üzerinde zarar tehlikesi yaratabilme imkanının varlığını suç tipinin ihlali için yeterli görmekte; öte yandan tehlike ile kastedilenin “adet ve kural dışı yaratılmış” bir hal olduğunu ve fiili hale göre imkândan ziyade ihtimali ifade ettiğini belirtmektedir (**Önder**, C. II – III, s. 53).

¹⁷⁸ **Ratiglia**, s. 24.

sayılacak, davranışın failinin ise en azından cezalandırılabilir bir teşebbüste bulunduğu kabul edilecektir.¹⁷⁹ Öyleyse tehlike, insanın bilgi kapasitesi içerisinde meydana gelen, hakim olduğu pozitif ve negatif etkenlerin tümüne bağlı olarak bir zarar neticesinin gerçekleşmesine yönelik ihtimal yargısı olarak tanımlanabilmektedir.¹⁸⁰ Bu ihtimal yargısı, genellikle gerçekleşenin (bir veya birden fazla doğa yasası: nomolojik bilgi) göz önüne alınmasıyla kurulan büyük önerme ile somut olayın (somut olayın şartları: ontolojik bilgi) göz önüne alınmasıyla kurulan küçük önermenin kıyaslanması ile gerçekleştirilir. Örneğin, yakın mesafeden sabit bir şekilde tutularak ateşlenen tüfek genellikle hedefi vurur: (A) yakın mesafeden sabit bir şekilde tuttuğu tüfekle (B)'ye ateş ederse (B)'yi muhtemelen vuracaktır.¹⁸¹

Mantovani'ye göre, zararın gerçekleşme ihtimali o dönemin en ileri bilim ve tecrübe kurallarına göre bir başka deyişle doğa bilimlerinin, evrensel (zorunluluk ya da imkânsızlık) ya da istatistiksel (ihtimale ilişkin) kurallarla, sosyal bilimlerin bilgi ve kurallarıyla ve tecrübe kurallarıyla belirlenebilir. Bu, neyin tehlikeli olup olmadığını tek başına belirlemeye elverişlidir. İhtimalin gerekli derecesi ise, göreceli olup salt bir imkân yetmeyeceği gibi kesinlik de aranmaz.¹⁸² Bu anlamda olasılık keyfi veya fantastik bir şey değil; olguların sistematik bir şekilde gözlemlenmesiyle oluşan deneyimin bir sonucudur.¹⁸³

¹⁷⁹ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 65, 66.

¹⁸⁰ **Özen**, Genel Tehlike, s. 8.

¹⁸¹ **Antolisei**, “*Sul concetto del pericolo*”, s. 27.

¹⁸² **Ferrando Mantovani**, Diritto penale parte generale, B. 9, CEDAM Pub., 2015, s. 206; Kunter de tehlikenin varlığı için basit bir imkânın yetmeyeceğini ancak ihtimalin de ötesinde kuvvetli bir ihtimal aramanın da yersiz olacağını belirtmektedir. Bkz. **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 125.

¹⁸³ **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 123.

Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre, hukuk bilimi bağlamında tehlikenin, belirli bir zararlı olayın hukuken gerçekleşme imkânının “kayda değer” derecesi¹⁸⁴ anlamında ihtimalinden meydana geldiği söylenebilir. Bu zararın gerçekleşme ihtimaline ilişkin eşiği belirlemeye gelince, imkânın derecesini sayısal olarak belirlemek imkânsız gözükmemektedir. Bu durumda fiilin belli bir durumunun önem arz eden koşullarını tecrübe kuralları çerçevesinde değerlendirip yeniden inşasını gerçekleştirmek uygulayıcıya aittir.¹⁸⁵

Mantovani’ye göre, orantılılık ilkesi gereği, tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki ceza aralığının geniş, orta ya da az olmasına göre değişecek şekilde, tehlike için düşük, orta ya da yüksek ihtimal aranabilir. Elbette gerekli olasılık derecesi matematiksel olarak belirlenemediğinden ve somut fiilin bu dereceye ulaşp ulaşmadığını belirlemek çok zor olduğundan, tehlikeye ilişkin bu nicel yargılamaya bir belirsizlik hakimdir. Dolayısıyla tehlikenin varlığını tespit etmek, zararı tespit etmeye göre çok daha zordur. Bu zorluğun sebebi ilk olarak, tehlikenin meydana gelip gelmediğine ilişkin ihtimal değerlendirmesindedir. İkinci olaraksa – gerçekliğin bir görünümü olarak – zararın varlığından ziyade, tehlikenin nedensel olarak davranışa atfedilmesidir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, tehlikenin varlığını pasif süjenin veya toplumun korkusu üzerinden tanımlayan ve bunların kendilerini tehdit altında hissedip hissetmedikleri

¹⁸⁴ **Gallo, M.**, s. 2; Delitala da göz ardı edilemez ihtimal düzeyinden bahsetmektedir. Bkz. **Giacomo Delitala**, “*I Reati di pericolo*” in. *Diritto penale raccolta degli scritti* Vol. I, Giuffrè Ed., Milano 1976, s. 422; Ayrıca bkz. **Ettore Gallo**, *Riflessioni sui reati di pericolo*, CEDAM., Padova 1970, s. 22, 23; Bir görüşe göre, “Kayda değer derece” meselesi subjektiftir ve ceza hukuku perspektifinden bakıldığında taksiri ilgilendirir. Tehlike ise objektif bir kavram ve meseledir. Bu görüş için bkz. **Aleo**, s. 159.

¹⁸⁵ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2.

üzerinden tehlikenin var olup olmadığını belirleyen psikolojik yaklaşım meseleyi çözmediği gibi bir temelden de yoksundur.¹⁸⁶

Gerçekten de tehlikeyi belirlemek bakımından matematiksel – istatistiksel bir ihtimal kavramı kabul edilebilir değildir.¹⁸⁷ Bunun bir sebebi hukuku ilgilendiren olaylarda ihtimalin derecesinin neredeyse hiçbir zaman sayısal olarak belirlenemez oluşudur. İkinci olarak, günlük hayatta kullanılan dilde de bir olgunun muhtemel olduğu sadece gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden fazla olduğu durumlarda değil; genel olarak gerçekleşme ihtimalinin kayda değer bir seviyede olduğu hallerde söylenir. Bu anlamda ihtimal ancak olgunun gerçekleşme imkânının çok düşük veya ihmal edilebilir olduğu hallerde dışlanır. Bu anlamda ihtimal derecelendirilirken düşük, zayıf ihtimal terimleri kullanılır.¹⁸⁸ Dolayısıyla ihtimalin, meydana gelme sıklığı içerisinde kontrol edilebilen imkân olduğu da söylenebilir.¹⁸⁹

Benzer yöndeki bir görüşe göre de doğa olayları nicel bir değerlendirmeye elverişli olmadığı gibi matematiksel – istatistiksel ihtimal hesabı ceza hukukunun önleme fonksiyonunu devre dışı bırakacak neticelere sebep olabilir. Çünkü bu hesap yöntemine göre, zararın gerçekleşmeme ihtimalinin gerçekleşme ihtimalinden bir fazla olduğu her durumda davranışın elverişsiz olduğunu kabul etmek gerekecektir. Öte yandan zarar neticesinin gerçekleşme ihtimalinin gerçekleşmeme ihtimalinden az olduğu hallerde de tehlikenin var olduğu kabul edilmelidir.¹⁹⁰ Zira somut olayda bu oranları belirlemek çok

¹⁸⁶ Mantovani, s. 206.

¹⁸⁷ Gallo, E., s. 23.

¹⁸⁸ Antolisei, L'azione e l'evento, s. 127; Benzer yönde bkz. Özen, Genel Tehlike, s. 9: Yazar, belirli bir seviyede olması şartıyla tehlikenin varlığının doğrulanması için her dereceden ihtimalin yeterli sayılması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁸⁹ Gallo, E., s. 23.

¹⁹⁰ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 66; Ayrıca bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 37, 38.

zor olduğu gibi, bu şekilde bir hesap yapmanın riski de çok yüksektir.¹⁹¹ Örneğin (A), içinde tek bir mermi olan altıpatlar silahın şarjörünü çevirir ve (B)'ye nişan alarak öldürme kastıyla tetiği çeker. Zarar neticesinin gerçekleşme ihtimali 1/6 iken gerçekleşmeme ihtimali 5/6'dır. Ancak burada tehlikenin meydana gelmediği ve cezalandırılabilir teşebbüsün söz konusu olmadığı söylenemez.¹⁹²

Öğretideki kimi görüşler tehlikenin kimi hallerde imkân kimi hallerdeyse ihtimal üzerinden anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir. Buna göre, tehdidin konusunu oluşturan şeye göre, meydana gelebilecek zararın ağırlığına göre (hafif, orta, ağır) ve tehdidin konusunu oluşturan şeylerin niceliğine göre (sayı/büyüklik gibi) farklı ihtimal dereceleri söz konusudur. Böylece tehlikenin derecesi basit imkândan yüksek ihtimale değişen bir skalada farklılık gösterebilmektedir.¹⁹³

Esasında tehlikenin meydana gelip gelmediği tartışması davranışın elverişliliğiyle ilgilidir. Elverişlilik mevzusu da esasında tipe uygunlukla¹⁹⁴ ilgilidir. Şöyle ki, tipe uygun davranış kanunda tarif edilen modele sadece dış görünüşü bakımından değil, ihlal edici niteliği bakımından da uyan, yani kanun tarafından korunan hak veya menfaati tehlikeye atma veya bu menfaate zarar verme yeterliliğinde olan davranıştır. Bir başka deyişle ancak elverişli olan davranış tipe uygun sayılabilir.¹⁹⁵ Zira kanunilik ile ihlal edicilik

¹⁹¹ **Daragenli**, s. 6.

¹⁹² Örnek için bkz. **Penso**, s. 3.

¹⁹³ **Manfredi Parodi Giusino**, I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1990, s. 199, 200; Bkz. **Daragenli**, s. 6, 7.

¹⁹⁴ Bu aşamada belirtmemiz gerekir ki tipiklik ve tipe uygunluk kavramları birbirinden farklıdır. Tipiklik, soyut anlamda suçu yani tip olarak inşa edilmiş bulunmayı ifade ederken; tipe uygunluk ise suçu meydana getirmesi için tipe uygun olması gereken somut fiili ifade eder. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Selahattin Keyman**, “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD., C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 59 vd., s. 73.

¹⁹⁵ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 18 – 21; Ayrıca bkz. **Keyman**, “*Cürmi Fiil*”, s. 135, 136.

ilkelerinin ayrılmaz bir biçimde iç içe geçtiği bir hukuk düzeninde suç, ihlal edici tipik fiil olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla ihlal, tipikliğin açık ya da zımni bir unsuru olmaktadır.¹⁹⁶

Bir görüşe göre, tehlikenin normatif tanımıyla bu meselenin aşılması daha yerindedir. Schünemann’a göre “gerekli tehlikelilik derecesine, normal araçların tehlike durumunu ortadan kaldırmak için yeterli olmadığı ve bu amaçla olağandışı tedbirlerle başvurma gerektiği hallerde ulaşılmaktadır.” Bu anlamda hukuki varlık için bir tehlike durumunun ortadan kaldırılabilmesi için olayların olağan seyrine harici bir müdahalede bulunulması gerektiği ve bu müdahalelerin sosyal hayatın normal seyri temelinde gerçekleşeceği durumuna yaslanılamadığı; örneğin, zarar neticesini engellenmesini sağlayan faktörlere şans eseri vesile olunması gibi hallerde somut tehlikenin varlığı doğrulanmalıdır.¹⁹⁷

Böylece elverişliliğin derecesinin belirlenmesinde hukuken korunan varlığın önemi kriteri öne sürülmüştür. Buna göre, korunan hukuki varlık ne kadar önemliyse tehlikenin varlığı için o kadar düşük bir ihtimal aranacaktır; korunan hukuki varlık önemi azaldıkça da tehlike için aranan ihtimal derecesi artacaktır.¹⁹⁸ Ancak bu kriterin, tehlikeliliğin derecelendirilmesinde kullanılması yerinde bulunmamıştır. Zira hukuki varlığın önemi kendisini uygulamadan önceki bir aşamada gösterir, bir başka deyişle korunan hukuki varlığın önemi kanun koyucuya söz konusu varlığın ihlali karşısında uygulanacak müeyyideyi ve müeyyidenin niteliğini belirleme konusunda yol göstericidir.

¹⁹⁶ Katoğlu, “*Biçim ve İçerik*”, s. 141, 142.

¹⁹⁷ Bkz. Grasso, s. 704; Bkz. D’Alessandro, s. 42.

¹⁹⁸ Grasso, s. 705; Bkz. Daragenli, s. 7.

Bununla birlikte somut fiil normda tarif edilen fiile uyduğunda – tipiklik gerçekleştiğinde – hukuki varlığın artık belirleyici bir fonksiyonu kalmamaktadır.¹⁹⁹

Ayrıca bu konuda belirtmek gerekir ki korunan hukuki varlıklar arasında bir hiyerarşi kurmak son derece zordur. Zira korunan varlıkların farklı önemini tayin etmek sosyoloji veya ceza politikası gibi hukuk dışı alanlarda mümkündür. Hukuk alanında suçun ağırlığını ortaya koyan tek kriter cezanın ağırlığıdır ki bu da irrasyonel ve değişken bir karaktere sahiptir. Dolayısıyla korunan hukuki varlığın sahip olduğu önem veya kanunda yazan ceza üzerinden suçların ağırlığının tayin edilemeyeceğini belirtmek gerekir.²⁰⁰ Nitekim öğretideki bir görüşe göre de hukuki varlıklar üzerinde yapılan karşılaştırma normatif temelli olacaktır bu nedenle ihtimal yargısını bu temel üzerine kurmak doğru olmayacaktır. Ayrıca korunan en önemli değerlerden birisi olan yaşam hakkının tehlikeye atılması bakımından aranan tehlike derecesinin az olmasını beklemek, ceza hukukunda izin verilen risk teorisiyle de bağdaşmaz görünmektedir.²⁰¹

Bu aşamada kısaca izin verilen risk kavramından bahsetmek gerekir. Günümüzde pek çok alanda gerçekleştirilen faaliyetler önceden öngörülebilir olan pek çok zarar ve tehlikeyi içermektedir. Çünkü korunan hukuki varlıklara zarar verilmeksizin veya bu varlıklar tehlikeye atılmaksızın söz konusu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Örneğin hava, kara ve deniz yolu ulaşım faaliyetleri, tıbbi müdahaleler, nükleer santrallerin işletilmesi ve inşaat faaliyetlerinin tehlikesiz bir şekilde yürütülmesi mümkün değildir. Ancak birey ve toplum açısından gerekli olan bu davranış modelleri, içlerinde barındırdıkları kaçınılamaz ve tamamen saf dışı bırakılması imkânsız risklere rağmen kanun koyucular tarafından yasaklanmamaktadır. Kişilerin özenle hareket ettiği veya

¹⁹⁹ **D'Alessandro**, s. 43.

²⁰⁰ **Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi, s. 291 – 295.

²⁰¹ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 40.

hareket etmesinin onlardan beklendiği yaşam alanında, öngörülebilir ve hatta kaçınılabılır olmasına rağmen, korunan hukuki varlıkları tehlikeye atan davranışlar tamamen yasaklanmamaktadır. Esasında bu tür tehlikelerin meydana gelmesi istenmemekle birlikte daha ziyade bir “izin verilen risk alanı” yaratılmaktadır.²⁰²

İzin verilen riskin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide izin verilen riskin hukuka uygunluk nedeni olduğu, çeşitli hukuka uygunluk nedenleri bakımından ortak bir yapı niteliğinde olduğu, kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu, tipikliği kaldıran bir sebep olduğu ve son olarak fiilin objektif isnat edilebilirliğini kaldıran bir sebep olduğu iddia edilmiştir.²⁰³ Bu çalışmanın konusunun kapsam ve sınırlarını aştığı için izin verilen riskle ilgili ayrıntılı açıklamalar yapmaksızın, izin verilen risk alanında kalan faaliyetlerin hukuka uygun faaliyetler olduğu kabul edilmelidir. Zira izin verilen risk kavramı esasında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenin farklı bir ifadesidir.²⁰⁴ Dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde yürütülen faaliyetin yürütülmesi esnasında öngörülebilir ve hatta öngörülmüş birtakım zarar ve tehlikeler ortaya çıkabilir. Hukuk izin verdiği şeyi aynı anda yasaklayamayacağı için, korunan hukuki varlık ihlal edilse dahi, fiil hukuka uygun sayılacaktır. Bu aşamada hukuka uygunluk, normun ihtiva ettiği amaçtan değil, bizatihi hukuk düzeninden kaynaklanmaktadır.²⁰⁵ Dolayısıyla izin verilen risk alanında kalan faaliyetlerin aslında suç teşkil eden tipik fiiller olduğu, ancak hukuka uygunluk nedenleriyle meşrulaştırıldığını söylemek de doğru değildir. Bunlar başından

²⁰² **Yener Ünver**, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yay., İstanbul 1998, s. 7, 8.

²⁰³ **Ünver**, İzin Verilen Risk, s. 126 – 161, s. 257 vd.

²⁰⁴ **Köksal Bayraktar**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, ss. 100 – 103, s. 208; Söz konusu görüşün ayrıntılı bir incelemesi ve değerlendirmesi için bkz. **Ünver**, İzin Verilen Risk, s. 126 vd.; İzin verilen riskin fiilin objektif isnad edilebilirliğini ortadan kaldırdığı yönünde bkz. **Ünver**, İzin Verilen Risk, s. 222 vd., s. 259 vd.

²⁰⁵ **Katoğlu**, Hukuka Aykırılık, s. 78.

itibaren kanun tarafından yasaklanmayan ve bu nedenle kendiliğinden hukuka uygun olan eylemlerdir.²⁰⁶ Esasında izin verilen riskin objektif isnat edilebilirliği ortadan kaldırdığını savunanlar da izin verilen risk alanına dahil bir neticenin hukuken önem atfedilebilecek bir tehlike yaratma unsuruna sahip olmadığını kabul etmektedirler. Bu görüştekilere göre, bütün trafik kurallarına uyulmasına karşılık hukuki varlık ihlallerinin meydana gelmesi durumunda, ihlale sebep olan fiil tipik değildir zira izin verilen risk, fiilin objektif isnat edilebilirliğini engellemektedir.²⁰⁷

Sonuç itibariyle ceza normunun ihlaline elverişli, korunan hukuki varlığı tehlikeye atabilecek bir tehlike durumunun izin verilen risk alanının dışında kalması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak izin verilen risk alanını aşan her zarar ihtimalinin “kuvvetli” ihtimal olduğu söylenemez.²⁰⁸ Çünkü “izin verilen risk” kavramının kendisi ve alanı çok belirsiz olup korunan hukuki varlığı tehlikeye atan davranışın belirlenmesinde tek bir eşik olarak kullanılması doğru olmayacaktır.²⁰⁹ Zira izin verilen risk alanıyla ceza normunu ihlale elverişli alan arasında bir alan daha bulunabilir. Bu alan izin verilen riskin dışındadır, ancak tehlikenin boyutu davranışı yasaklayan normu ya da ceza normunu ihlal etmekle birlikte, cezaya layık olacak ağırlıkta görülmemektedir. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu’nun (KTK)²¹⁰ “Hız sınırlarına uyma zorunluluğu” başlıklı 51. maddesine göre “*Sürücüler, aksine bir karar alınıp işaretlenmemişse yönetmelikte belirtilen hız sınırlarını aşmamak zorundadırlar.*”. Maddenin devamında yönetmelikte belirtilen hız sınırlarını yüzde ondan fazla aşmak kademeli bir şekilde

²⁰⁶ **Riz**, s. 1369.

²⁰⁷ Bkz. **Ünver**, İzin Verilen Risk, s. 259 vd.

²⁰⁸ Krş. **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 44; İzin verilen riski aşan davranışların cezalandırılması gerekliliği üzerinden cezaen önemli tehlikeyi açıklayan görüşler için bkz. **D’Alessandro**, s. 35.

²⁰⁹ Bu yönde bkz. **D’Alessandro**, s. 36, 37.

²¹⁰ RG. 18.10.1983/18195.

cezalandırılmıştır. Bize göre, yönetmelikle belirlenen hız sınırı içerisinde kurallara uygun bir şekilde araç kullanmak tehlikeli bir faaliyet olmakla birlikte izin verilen risk alanı içerisinde yer almaktadır. Yönetmelikte ve kanunda belirtilen istisna halleri dışında, hız sınırını yüzde ondan fazla aşarak araç kullanmak ise yasak normunu ihlal etmekte ve cezayı gerektirmektedir. Ancak hız sınırı ile hız sınırının yüzde on fazlası arasındaki alan izin verilen risk alanının dışında olmakla birlikte, kanun koyucu bu alandaki faaliyetleri yasak/ceza normu kapsamına alsa dahi bu alanda meydana gelen zarar ihtimalini cezalandırılabilir ağırlıkta görmemektedir. Bu nedenle izin verilen risk alanını aşan her ihtimalin “kuvvetli” ihtimal olduğu söylenemeyecektir. Zira kanun koyucu mevzuatta belirlenen hız sınırının en ufak aşılmasını kuvvetli zarar ihtimali kapsamında görseydi hiç şüphesiz bu ihlalin ceza müeyyidesiyle karşılaşmasını sağlardı.

Öğretide de izin verilmeyen risk ile tehlikenin suçun yapısında farklı yerlere sahip olduğu ve farklı prosedürlerle araştırıldıkları belirtilmiştir. Zira tehlikenin varlığını belirlemek için gereken ihtimal derecesi, fiilin korunan menfaate önemli ölçüde zarar verip veremeyeceğini tespit etmek için gereken amaçsal yorumla ve suçun ihlal ediciliğiyle ilgiliyken; izin verilen risk alanını aşma, kusurun objektif ölçülerini tespit etmek veya objektif isnadiyet teorisinin taraftarları için neticenin isnat edilme problemini çözmek üzere bir kriter olarak kullanılır. Bunun sonucu olarak, kasıtlı, taksirli ve objektif sorumluluk gerektiren suçlarda izin verilen riskin kapsamı değişirken; ilgili tehlike kavramı aynı kalmaktadır. Öte yandan, tehlikenin araştırılması somut fiille ilgili tüm verilerin göz önünde tutulmasını gerektirirken; izin verilen riskin aşılması, davranışın genel özellikleriyle bağlantılı ex ante bir araştırmayı gerektirir. Bu nedenlerle izin verilen riskin aşılması ile tehlike kavramları birbirine karıştırılmamalıdır.²¹¹

²¹¹ Parodi Giusino, s. 202 – 204.

En ufak bir zarar imkânı halinde normu ihlale elverişli tehlikenin ortaya çıktığını kabul etmek, hukuk normlarının kişileri sürekli olarak en ufak tehlike imkanlarını düşünmeye ve sokakta yürümek dahil tehlikeli addedilebilecek hiçbir aktiviteyi yapmamaya iteceğini kabul etmek demektir. Ancak bu kabulün sosyal hayatın gerekleriyle bağdaşmadığı da izahtan varestedir. Öyleyse tehlikenin bir zarar ihtimali olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan zarar ihtimali anlamında tehlikenin doğal bir olgu olmadığı; aksine, tespit edilmesinin tipik fiilleri toplumdaki değer yargılarıyla ilişkilendirmeyi sağlayan bir ceza kanunu yorumu içerdiği unutulmamalıdır. Bu anlamda tehlikenin varlığını doğrulamak için yapılan zarar ihtimalinin bilimsel araştırması tek başına yeterli değildir; belirli bir dönemde ve belirli bir bağlamda hukuksal ve toplumsal vicdanın gerektirdiği ihtimal derecesini de görmek gerekir. Bu ihtimal derecesi değişmez bir değer olmayıp kültürel ve sosyal yapıdaki değişikliklere bağlı olarak farklılık arz edebilecektir. Böylece bilimsel değerlendirmenin yani matematiksel – istatistiksel değerlendirmenin üzerine hangi ihtimalin katlanılabilir hangisinin katlanılmaz olduğunu belirleyen değerlendirici bir bileşen eklenir. Örneğin geçmişte, suların kirlenmesine ilişkin olarak tehlikeli kabul edilmeyen belirli seviyedeki ihtimal, çevrenin korunması konusundaki hassasiyetin artmasıyla birlikte tehlikeli olarak kabul edilebilmektedir.²¹²

3. DEĞERLENDİRME

Değerlendirmemize göre, tehlikenin varlığı için basit bir imkân yerine kayda değer imkân ya da ihtimal arayan görüşler daha yerindedir. Bunun temel sebebi en ufak bir tehlike imkanında ceza normunu ihlale elverişli davranışın ortaya çıktığını kabul etmek, toplumsal hayatı yaşanamaz hale getirecek ve toplumun gelişimi ve devamı için önem arz eden birtakım faaliyetlerin icrasını imkânsızlaştıracaktır. Bununla birlikte

²¹² **Parodi Giusino**, s. 197 – 199; **Daragenli**, s. 7.

hukukun ve onun özelinde ceza hukukunun temel fonksiyonu yasaklar koymak değil, özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu nedenle cezalandırıcı normların amaca uygun ve dar yorumlanması ve en ufak bir zarar imkânında ihlal edilmeyeceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira ceza hukukunda kanunilik ilkesine dayanan “dar yorum” doktrininin amacı kişi özgürlüklerini korumaktır.²¹³

Öte yandan, bütün imkânlarla karşı ceza yaptırımını uygulamak toplumsal hayatı çekilmez kılacağı gibi bu uygulama hukuksal tehlike kavramının da içeriğini boşaltacaktır. Hukuksal tehlike kavramının kullanım alanının genişliği, ortaya çıktığı hallerin çokluğu ve gerektirdiği ceza yaptırımlarının çokluğu göz önüne alındığında bu kavramın mağdurun subjektif takdirine bırakılamayacağını ve şansın sınırlarını zorlayan salt bir rastlantı olamayacağını kabul etmek gerekmektedir.²¹⁴

Tehlikenin zarar imkânı olduğu kabul edildiğinde, meydana gelmesi imkânsız olmayan her durum tehlikeli kabul edilecektir. Dolayısıyla tehlike ya vardır ya da yoktur denilecek, imkânın derecelendirilmesine ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak bazı hallerde ceza normunun ihlal edilip edilmediğini belirlemek için zarar ihtimalinin yüksek olduğunu tespit etmek gerekebilir. Örneğin, TCK m. 216 hükmünün ihlal edilebilmesi için gerçekleştirilen fiil sebebiyle “...kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması...” gerekmektedir. Açık ve yakın tehlike ile kastedilen, zarar ihtimalinin yüksek olmasıdır.²¹⁵ Bu nedenle bünyesinde derecelendirilebilirliği barındıran “ihtimal” kavramı üzerinden tehlikeyi açıklamak daha yerindedir. Öte yandan farklı ceza hukuku kurumlarının uygulanabilirliği tehlikenin farklı düzeydeki

²¹³ **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. I, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 173, 174.

²¹⁴ **Ratiglia**, s. 25, 26.

²¹⁵ Bu konuda bkz. **Aras Türay**, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 283.

yoğunluklarını gerektirmektedir. Örneğin TCK m. 25/2 zorunluluk halinin gündeme gelmesi için “ağır ve muhakkak bir tehlike”nin ortaya çıkmasını aramaktadır. TCK m. 35/2 hükmü suça teşebbüs halinde failin meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağını belirtmektedir. Özel suç tiplerinde ise örneğin TCK m. 173 hükmünde düzenlenen atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme suçunda başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren kişi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla tehlikenin ana hukuki nosyonu objektif bir durum olarak sabit kalmasına rağmen doğasında, ağırlığında, orantılılığında farklılıklar bulunabilir ve böylece birey ve toplumun dışında nicel bir değerlendirmeye tabidir.²¹⁶ Bu nicel değerlendirmenin sonucunda, tehlikenin varlığı için, ihtimal ne yüksek ne de düşük olmalıdır; ancak somut durumun koşullarına uygun olmalıdır. Somut durumun koşullarına uygun olmakla kastedilen husus, öncelikle bu ihtimalin değerlendirme ölçütüne dayandırılması, yani somut olaya göre ölçüt olarak alınan tecrübe kurallarının doğrulanma sıklığına bağlı olmasıdır. İkinci olarak, tehdit edilen hukuki varlığın türü göz önünde bulundurulmasıdır, yani önemli hukuki varlıkların tehlikeye atıldığının kabul edilmesi için, aranan ihtimal seviyesinin daha düşük olabileceğinin kabul edilmesidir.²¹⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tehlike ne salt sübjektif bir hisse dayanır ne de beş duyu organıyla objektif olarak tespit edilebilir bir neticeyi teşkil eder. Tehlike esasında kronolojik olarak sonradan gelen ve negatif çağırışımı olan bir başka durumla ilişki içerisinde olan bir duruma yapılan bir atıftır. Bu anlamda tehlike bir değerlendirme değil, değerlendirmenin konusunu teşkil etmektedir. Böylece tehlikeli varlık ile gelecekteki zarar neticesi arasındaki ilişki, tehlike yargısının temeli, teşhise dayalı (diagnostic) değil

²¹⁶ Ratiglia, s. 26 – 28.

²¹⁷ Marco Zincani, “*Reati di pericolo*”, in. Dizionario sistematici diritto penale (a cura di Fausto Giunta), Il Sole 24 Ore Ed., Milano 2008, s. 208.

de tahmine dayalı (prognostic) bir değerlendirmeye dayandığı ve bu sebeple nedensellik ilişkisinden ayrıldığı için bir ihtimal ilişkisi olmaktadır. Bu durum da tehlikeye ilişkin değerlendirmenin zarar gerçekleşmeden veya artık gerçekleşme imkânı kalmadan yapılmasını; daha sonra yapılan değerlendirmelerde de zarar gerçekleşmeden veya gerçekleşme imkânı kalmamasından önceki zamana giderek değerlendirme yapma zorunluluğunu dayatır.²¹⁸

Zarar ihtimalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken, Mantovani'nin de belirttiği gibi o dönemin en ileri bilim ve tecrübe kuralları esas alınmalıdır.²¹⁹ Tehlikenin varlığının hiçbir makul şüpheyi yer bırakmayacak şekilde tespiti gerekmektedir. Hem bu ceza muhakemesinde hüküm devresinde geçerli olan şüpheden sanık yararlanır kuralının da bir gereğidir.²²⁰ Bu anlamda ceza hukuku bakımından önem arz eden tehlike, kronolojik olarak önceden gelen bir olayla (kimi zaman davranış, kimi zaman netice) gelecekteki zararlı bir olay arasındaki bir ilişkidir. Bu ilişki, ceza normu tarafından korunan hukuki varlığa yönelik bir zararın, rasyonel olarak ihtimal dahilinde olduğunu düşündüren bir tahmin yapılmasına olanak sağlar.²²¹ Bu anlamda gerekli ihtimal seviyesi bakımından tehlikenin normda düzenlenme şekli tek başına olmasa da bir belirleyicidir. Hâkim somut olayın tehlikeli olduğunu ortaya koyarken geçmişte benzer olaylarda zararın ne sıklıkla gerçekleşmiş olduğunu göstermek suretiyle geçmiş tecrübelerden faydalanmalıdır. Öte yandan en ileri bilim kurallarıyla da söz konusu davranışın bir zarar meydana getirme ihtimali şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmalıdır. Farklı disiplinlerdeki tehlike tanımlarıyla ceza hukuku alanındaki tehlike farklı olabileceği için

²¹⁸ **D'Alessandro**, s. 31.

²¹⁹ **Mantovani**, s. 206; Aynı yönde bkz. **Tullio Padovani**, *Diritto penale*, B. 12, Giuffrè Francis Lefebvre Ed., Milano 2019, s. 172, 173; **Palazzo**, s. 68.

²²⁰ **D'Alessandro**, s. 109.

²²¹ **D'Alessandro**, s. 143, 144.

hâkimin odaklanması gereken konu kronolojik olarak önce olan olayın herhangi bir zarar yaratma ihtimali değil, ceza normu tarafından korunan hukuki varlık bakımından bir zarar yaratma ihtimali olmalıdır.

III. TEHLİKENİN YAPISINA İLİŞKİN TEORİLER

Ceza hukuku anlamında “tehlike”nin ne olduğu geçmişten günümüze öğretide tartışılmış bir sorundur. Gerçekten de tehlike, dışa yansıyan bir durumun ceza hukuku tarafından korunan varlıklar ve menfaatler üzerinde zarar yaratmaya elverişliliği üzerinde bir kişinin yaptığı değerlendirme mi yoksa, mağdur ya da suçtan zarar görenin hissettikleri ve beyan ettikleri midir? Yani tehlike, değerlendiren kişinin algılamasına göre değişkenlik gösteren ve özünde zihnin dışı vurumu olan bir fikir midir? Yahut hem onu değerlendirecek olan toplum hem de onu üzerinde hissetmiş olanlar bakımından dışsal varlığı, gerçek yapısı olan bir olgu mudur? Bir başka deyişle tehlike, değerlendirene göre değişkenlik gösteren unsurlarla değil nedensellik yargısına ilişkin yasalarla gerçekliğinin ve yoğunluğunun seviyesinin belirlendiği fiili bir durum mudur? Aktarılan bu iki teoriden birincisi sübjektif, ikincisi ise objektif teori olarak adlandırılmaktadır.²²²

Öğretide tehlikenin yapısına ilişkin teoriler incelenirken sübjektif ve objektif teorinin yanı sıra normatif teorinin de incelendiği görülmektedir.²²³ Ancak bize göre, tehlike kavramının normatif olması, objektif veya sübjektif olmasından farklıdır. Tehlikenin normatif olmasıyla kastedilen öncelikle bir normun hukuki varlığı sadece zararlara karşı değil, tehlikelere karşı da koruma altına almasıdır.²²⁴ Öte yandan zararın

²²² Ratiglia, s. 3, 4.

²²³ Bkz. Daragenli, s. 16; Bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 44 vd.

²²⁴ Tehlikeden bahsedilebilmesi için öncelikle hukuki varlığın önceden tanımlanması gerektiği, zira ancak hangi hukuki varlığın korunmaya değer ve anayasal önemde olduğunun önceden tanımlanmasıyla normda belirtilen ihlalin zarar mı yoksa tehlike mi olduğunun belirlenmesi mümkün olacaktır. Bu konuda bkz. Zincani, s. 203.

gerçekleşme ihtimali olarak tehlikenin normda düzenlenme şekline göre aranacak ihtimal seviyesinin değişebilmesi anlamında tehlikenin normatif niteliğinin vurgulandığı görülmektedir. Son olarak, öğretilerde tehlikenin normda düzenlenme şekline bağlı olarak kimi hallerde ex ante kimi hallerde ex post inceleneceği belirtilmektedir. Bu nedenlerle normatif tehlike kavramına ilişkin inceleme tehlikenin yapısına ilişkin teoriler başlığı altında değil, tehlikenin araştırılma yöntemi başlığı altında yapılmıştır.

1. SUBJEKTİF TEORİ

Nedenselliğin tespitine ilişkin tartışmaların merkezinde yer alan determinizm ve indeterminizm tartışmaları, tehlikenin tespitine ilişkin tartışmalara da sirayet etmiştir. Determinizm taraftarlarına göre, ceza normunun ihlali bakımından önem arz eden tehlikenin tespiti, “herhangi bir oluş, olayların gidişatını zorunlu bir şekilde düzenleyen nedensellik yasalarına atfedilebilir olduğu için meydana gelen her şey olmak zorundaydı ve meydana gelmemiş olanlar da zaten meydana gelmeyecekti” kabulü üzerinden gerçekleştirilir. Her iki durum da bize kaçınılmaz bir şekilde meydana gelecek olan netice için bütün koşulların var olduğunu ve böylece neticenin meydana geldiğini ya da bu koşulların var olmadığını ve bu nedenle neticenin de meydana gelmediğini gösterir. Bu nedenle her şey zorunluluk sebebiyle meydana gelir ve bir şeyin olmasıyla olmaması arasında ara bir bölge bulunmamaktadır.²²⁵ Dolayısıyla bu teori, nedensellik yargısı ve kavramının mutlak bir yorumundan hareket ederek *post-factum* bakış açısıyla şu soruyu sorar: “*Meydana gelmesinden korkulan netice meydana geldi mi?*” Tehlikenin varlığını kabul etmek için neticenin meydana gelmiş olması gerekmektedir ve en katı ihtimal

²²⁵ Ayrıca bkz. **Antolisei**, “*Sul concetto del pericolo*”, s. 25; **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 127 vd;

yargıları onu dışlasa bile bu neticenin meydana geleceğini gösterir. Eğer netice meydana gelmemişse bu onun başından itibaren tehlikeli olmadığını gösterir.²²⁶

Sübjektif teoride tehlike ya vardır ya da yoktur. İlk durumdan hareketle neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği mutlak bir kesinlikle bellidir. Bununla birlikte insan zihni geleceği mutlak bir kesinlikle göremediği ve belirli hukuki değerlerin ihlaline sebep olmaya elverişli durumları önceden (a priori) tespit etmesi gerektiği için, olumsuz durumlarla karşılaşmamak adına bu ihlal imkanları üzerine bir yargılama yürütülmesi zorunlu olmaktadır. Nitekim insanların geleceği görme yetilerinin olmaması bizi tehlike kavramını geniş anlamda zarar imkânı olarak tanımlamaya yönlendirir; bu imkân her halükârda *a posteriori* olarak bakıldığında neticenin meydana gelip gelmeyeceğine ilişkin olumlu ya da olumsuz bir kesinliktir.²²⁷

Sübjektif teoriye göre tehlike bir gerçeklik değildir çünkü gerçeklik, tüm yönleriyle değerlendirebileceğimiz meydana gelecek olandır, sonrasında bize neticenin meydana gelebilip gelemeyeceğini, neticeyle muhtemel bağı olan durumun meydana gelmesinden korkulan neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını söyler. Ancak tehlike, gelecek hakkındaki bir öngörüdür ibarettir ve durumlara, bir kişinin hissiyatına veya toplumun beyanına göre belirlenir ve her zaman bir soyutlamadır ve zihnin bir tasviridir. Böylece bütün düşünceler gibi salt bir tasavvurdan ibarettir.²²⁸

Tehlikenin sübjektif bir kavram olduğu, gerçek olgusal dünyada sadece zarar şeklinde meydana gelebilen neticenin nedenselliği ve doğallığı anlayışlarıyla bir bağlantı kurularak tehlikenin zihnimizin bir soyutlaması olduğu gözlemlenebilir. Tehlikeye zarar karşısında özerk bir pozisyon atfetmek için korunan varlığın potansiyel zararı kavramı

²²⁶ Ayrıca bkz. **Ratiglia**, s. 4, 5.

²²⁷ Ayrıca bkz. **Ratiglia**, s. 5.

²²⁸ Ayrıca bkz. **Ratiglia**, s. 5, 6.

kullanılır ancak bu da suç tipinin yapısını ilgilendiren problemlerle suçun özüne dahil problemlerin birbirine karışmasına sebep olur.²²⁹

Zarar imkânı sadece zihinsel tasvirlerimizin olgusal düzlemdeki bir izdüşümüdür ancak kendi içerisinde objektif bir insicamı bulunmamaktadır. Tehlike netice itibarıyla gerçek ve objektif bir şey değildir, ancak olgu ya da nedensellik yasalarına ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan gözlemcinin yargısına göre belirlenir. Bu nedenle Hälschner'in de ifade ettiği gibi tehlike, “*cehaletimizin çocuğudur*”.²³⁰

Belirtmek gerekir ki bu cehalet pek çok zaman aşılamaz bir durumdur zira insanların gelecekte olacak olayları kesin bir şekilde bilebilmesi mümkün değildir. Ancak bu durum tehlikeye ontolojik bir tutarlılık kazandırmaz. Dolayısıyla bunun sadece psikolojik gerçeklik dünyasında bir varlığı olduğu söylenebilir. Bu yönde görüş bildirenlere göre tehlike, zarar tehdidinin kendi üzerinde gerçekleşeceği hissine kapılan kişinin korku hissi olarak anlaşılmalıdır.²³¹ Ancak korku hissine yön veren ve onu “haklı endişeye” çeviren abartılı öznelletirmelerden kişinin kaçınması gerekmektedir.²³²

Bu görüştekilere göre, tehlikenin objektif bir varlığı yoktur ve zihindeki bir düşünceden ibarettir; bu nedenle tehlike, yargılamanın konusu değil sonucudur. Böylece yargısal faaliyetin salt tespit edici değil aynı zamanda yaratıcı bir fonksiyonu da olmaktadır.²³³

Manzini'ye göre de tehlike, bir gerçekliği olmadığı için asla somut bir şey olarak değerlendirilemez. Tehlike, mantıki bir değerlendirmeden, salt bir öngöründen ibarettir;

²²⁹ **Pompeo, Mangano**, “*Sui reati di “pericolo presunto”*”, Il Circolo Giuridico “L. Sampolo” - Studi in onore di Giovanni Musotto, Vol. III, 1981, s. 206.

²³⁰ **Giusino**, s. 167, 168; Ayrıca bkz. **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 128, 129.

²³¹ Bu yöndeki bir görüş için bkz. **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 127, dn. 201.

²³² **Giusino**, s. 168, 169.

²³³ **Angioni**, s. 10.

bir gerçekliğe dayandığı doğru olsa da bu gerçekliğin kendisi bir potansiyelin yani gelecekte nelerin yaşanabileceğine ilişkin emarelerin değerlendirilmesi olup gerçekliğin ta kendisi değildir. Gerçeklikte sadece, aklımızın tecrübeye dayanarak zarar imkânı veya ihtimalini ortaya çıkarttığı dış dünya değişiklikleri ve durumları vardır.²³⁴

Esasında tehlikenin bir yargı olarak kabulü hem sübjektivistlerde hem de idealistlerde mevcuttur. Bu taraflar arasındaki zıtlık sadece görünüştedir. Her iki yaklaşım da tehlikenin bir değerlendirme/yargı olduğunu kendi temel ilkeleri çerçevesinde kabul eder. Radikal pozitivistler fiziksel olgular dünyasına ve nedensellik gibi onu düzenleyen ilkelere ilk gerçeklik niteliğini tanımlama eğilimde oldukları ve bunu sosyal ve psikolojik dünya gibi diğer gerçekliklere de uygulama eğilimde oldukları için tehlikeye ancak orijinal olmayan ve yapay bir değer atfedebilirlerdi. Bu görüştekilere göre, gerçekliğe ancak katı nedensellik yasaları hükmedebilmektedir. Bu yasalardan sıyrılmış görünen tehlike ise “cehaletimizin çocuğu” yani salt psikolojik bir izlenimden başka bir şey olamaz. Öte yandan idealistler ve onlara yakın görüşte olanlar da tehlikenin bir değerlendirme sonucu olduğuna ve gerçekliğin süjenin bilgisinin bir ürünü olduğuna ilişkin inançlarıyla ulaşmışlardır. Böylece tehlike de insan zihninin bir ürünü olarak tanımlanmıştır.²³⁵

Sübjektif tehlike anlayışını benimseyen diğer yazarlara göre, tehlike suçlarında suçla korunan konuda bir değişikliğe gidilmektedir. Buna göre, kanun koyucu herhangi bir zararın meydana gelmediği durumu belirten fiili cezalandırdığı ve tehlikenin kendi içinde objektif bir insicamı bulunmadığı için, korunan şey tek bir hukuki varlık olamaz,

²³⁴ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 686.

²³⁵ **Angioni**, s. 10, 11.

bunun yerine güvenlik hissiyatı korunmaktadır. Ayrıca bu suçların tek bir mağduru bulunmamakta, bu suçlarla bütün hukuk düzeni korunmaktadır.²³⁶

2. OBJEKTİF TEORİ

Sübjektif teoriye yönelik eleştiriler, teorinin altında yatan epistemolojik ve ideolojik kalıpların eleştirilmesiyle başlayabilir. Nitekim kaynağı Newton olan mekanik gerçeklik görüşü fizik alanında dahi üstünlüğünü yitirmeye başlamışken salt fizik alanın ötesine geçen insan davranış ilişkilerinin düzenlendiği hukuk alanında sübjektif teorinin geçerli olamayacağını evleviyetle söylemek gerekir.²³⁷

Objektif teorinin savunucularına göre, kozmik dünyadaki tüm fenomenler gibi imkân dahilindeki netice, yani tehlike de katı nedensellik yargılamasının bir konusu olabilir ve fiilin, sonrasında gelen neticeyi meydana getirme potansiyeline gerçek anlamda sahip olup olmadığına göre tehlikenin de ortaya çıkıp çıkmadığı tespit edilebilir. Bu tehdit durumunu içeren fiilin, fenomenin (neticenin) ortaya çıkma kapasitesiyle yani korkulan neticenin meydana gelip gelmeyeceğiyle az ya da çok ilgisi bulunmaktadır; bu da fenomenin yani neticenin – onu değerlendirenlerin dışında – bir dış düzende olduğunu gösterir. Bu anlamda bir fenomen olarak netice, kozmik dünyanın objektif imkânları içerisinde yer alır. Dolayısıyla imkân dahilindeki fenomen olarak korkulan netice objektif bir varlığa sahiptir.²³⁸ Nitekim Binding’e göre de tehlike zarardan kısmen farklı özellikler içerse de hukuki varlığın yapısında objektif bir bozulma yarattığı için kendi içinde ceza hukuku bakımından ilgili kabul edilecektir. Binding’in yaklaşımı kendisinden sonraki

²³⁶ Bkz. **Giusino**, s. 169.

²³⁷ **Angioni**, s. 11, 12.

²³⁸ Ayrıca bkz. **Ratiglia**, s. 6, 7.

Alman öğretisini de etkilemiştir ve bugün öğretilde tehlike objektif bir durum (Alm. “Zustand”) ve hatta bir netice (Alm. “Erfolg”) olarak nitelendirilmektedir.²³⁹

Tehlikenin bir yargıdan ibaret olduğu tezini reddetmeyi, bilgi bilimsel ve ideolojik sonuçların yanı sıra, her şeyden önce hukuki sonuçlar zorlayacaktır. Nitekim tehlikenin sübjektif anlayışının kabul edilmesi halinde tehlike, değerlendirmeyi yapan süjenin keyfine göre değişecek ve bu da tehlikeye tanınan meşru hukuki önemin kaybedilmesine sebep olacaktır. Zira böylece tehlike kavramı hukuki kesinlik ilkesine aykırı düşecektir. Elbette bu çekincelere karşı yargılamayı gerçekleştiren kişinin bilişsel ve yargısal faaliyetini ihtiyatlı insan modelini esas alan objektif kriterlere dayandırarak gerçekleştirmesine karşı çıkılabilir. Bununla birlikte suç tipinin bir unsuru olan tehlikenin kendi anlamı ile kendi var oluş sebebinin olması gerektiği ve suç tiplerine özgü bir unsur olarak özerk veya karşılaştırmayla bulunmuş bazı değersizlikleri (haksızlıkları)²⁴⁰ ihtiva etmesi gerektiği, nihayetinde yargısal faaliyetten önce var olduğu gözlemi daha güçlüdür. Aksi takdirde tehlikeye şekil veren ve değersizliğe (haksızlığa) sebep olanın fail değil de yargıç olduğu gibi anlamsız bir sonuca ulaşılacaktır.²⁴¹

Öğretildeki bir görüşe göre de tehlike kavramı kişiye göre değişen sübjektif bir yargıya indirgenemez. Çünkü yasal hükümler yapıları gereği genel ve soyut olup tam da bu nedenle objektiftir. Bu nedenle tehlike üzerine yürütülen yargılama da sübjektif bir kanıya değil; nihayetinde bütün yasal hükümlerin kaynağını teşkil eden tecrübeyle elde

²³⁹ Ayrıca bkz. **D’Alessandro**, s. 19, 20.

²⁴⁰ Haksızlık kavramıyla (Alm. “Unrecht”) hukuk tarafından olumsuz/negatif değerlendirilen bir değersizlik (Alm. “Unwert”; It. “disvalore”) kastedilmektedir. Bu konuda bkz. **Elvan Keçelioğlu**, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, CHD., S. 21, Nisan 2013, s. 21, dn. 1.

²⁴¹ **Angioni**, s. 13, 14.

edilen bir objektifliğe dayanmalıdır.²⁴² Esasında zarar, maddi özü üzerinde gerçekleştirilen natüralistlik bir araştırmayla ortaya çıkartılabilirken tehlike objektif olarak araştırılabilir olgulara atıf yapan psişik kökeni olan bir his ve duygu olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu kişisel bir his değildir, objektif olarak tespit edilen bir durumun akla uygun psişik bir yansımasıdır. Dolayısıyla tehlike durumunun değerlendirmesiyle kastedilen bireysel bir değerlendirme olmayıp içinde yaşanan toplumun tecrübelerine dayanılarak gerçekleştirilen bir değerlendirmedir. Tam da bu genel geçer değer sebebiyle bileşenin sübjektif yönünün dahi herkes bakımından objektif bir karakter kazandığı belirtilmektedir.²⁴³

Benzer yönde Florian'ın görüşüne göre de belirli fiilleri tehlike kavramı altında suç haline getirmenin sebebi, tehlikenin hukukun ihlaline dönüşebilme imkânıyla belirlenmektedir. Ancak tehlike, korkulan neticenin meydana gelmesi için gereken şartları içinde barındıran fiili bir durum olarak ortaya çıkmamışsa, bu amaç da ortadan kalkar. Ceza hukuku dış dünyadaki hukuki düzeni korumayı amaçlar ve bu koruma kimi hallerde tehlikeye karşı da gerçekleştirilir. Eğer tehlikeyi sübjektif bir takdirden ibaret sayarsak dış düzeni değil bireylerin içsel duygu dünyalarını korumuş oluruz. Bu da çok büyük bir keyfiliğe yol açar ve söz konusu suçların belirsiz bir yapısı olmasına vesile olur.²⁴⁴ Elbette bu da hukuki kesinlik ve kanunilik ilkelerine zarar verir.²⁴⁵

²⁴² **Giacomo Delitala**, Il “fatto” nella teoria generale del reato, CEDAM, Padova 1930, s. 166; Aynı yönde bkz. **Gallo, M.**, s. 2.

²⁴³ **Gallo, E.**, s. 21, 22.

²⁴⁴ **Florian**, Dei delitti contro la incolumità pubblica, cit., n. 42, p. 208'den aktaran **Ratiglia**, s. 8, 9.

²⁴⁵ Ayrıca bkz. **Serena Ucci**, L'anticipazione della tutela penale tra opzioni di politica criminale e ratio di tutela. Limiti ad un uso simbolico del diritto penale, Il principio di sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle opzioni legislative. Tesi di dottorato, Università Degli Studi

Öte yandan, objektif teori nedensellik yasalarıyla bir çelişme halinde değildir, ancak tecrübeyle elde edilmiş tüm verilerin desteğiyle önceden çalışılabileceği ve imkân veya ihtimal hesaplamasına dayalı bir şekilde neticenin meydana gelip gelmeyeceğinin a priori bir şekilde tespit edilebileceği düşüncesindedir.²⁴⁶ Rocco'ya göre de bir fenomenin kesin bir şekilde meydana gelmesiyle kesin bir şekilde meydana gelmemesi arasında bir bölge bulunmaktadır bu da ilgili fenomenin meydana gelebilirliği yani meydana gelme imkânı ya da ihtimalidir. Bu imkân veya ihtimal de objektif bir yapıya ve somut bir gerçekliğe sahiptir.²⁴⁷

Öğretide daha çok taraftar bulan objektif yaklaşım tehlikeyi bir durum (It. “*situazione*”), gerçekliğin bir görünüm şekli olarak nitelendirmektedir. Hatta bu yaklaşımın içerisindeki büyük çoğunluk, tehlikeyi bir netice yani nedensel sürecin bir etkisi olarak nitelendirmektedir. Bu görüştekilere göre, zarar gibi (somut) tehlike de neticenin değersizliğini yansıtır dolayısıyla bunlara diğer neticeler gibi yaklaşılmalıdır. Bu anlamda tehlike bir durum ve bir netice olarak anlaşılırken, bir yandan yakın veya uzak tehlike, mevcut, yakın veya gelecek tehlike, öte yandan bir etki olarak tehlike gibi geleneksel ve eski natüralist imgeler, öğretiyi tarafından onaylanıyor gibi görünmektedir.²⁴⁸

Bir “durum” veya “netice” olarak anlaşılan tehlikenin objektif niteliğinin faydası üç farklı unsur temelinde değerlendirilmelidir: bunlar günlük hayatın tecrübeye dayalı gerçekliğinden kaynaklanan göstergeler, mevcut normatif veriler ve bu modelin kullanımının belirlediği uygulama sonuçlarıdır. Bu son hususla esasında tehlikenin öngörülebilirliği ve yargılama esnasında araştırılması meselesi kastedilmektedir. Tehlike

di Napoli Federico II – Dipartimento di Giurisprudenza, Anno Academico 2016/2017, s. 143, dn. 37.

²⁴⁶ Ayrıca bkz. **Ratiglia**, s. 7.

²⁴⁷ **Rocco**, Opere, s. 301, 302.

²⁴⁸ **Angioni**, s. 15, 16.

kavramının objektif olarak yeniden inşasına ilişkin bu teori incelenirken, söz konusu kavramın nedensellik bağı araştırmasında da kullanılan ex post araştırma zorunluluğunu gerektiren suç tipindeki herhangi bir netice ile eş tutulduğu gözlemlenmelidir. Ancak bu gelenekten koparak, suça teşebbüsteki elverişlilik araştırmasına benzer bir şekilde tehlikenin ex ante değerlendirmesine bağlı olarak, gerçek zarar ile objektif olarak zararsız davranış arasında özerk bir bölge temin edilerek tehlike kavramının objektif özerk yapısı korunabilir.²⁴⁹

Soyut tehlike ile zarar arasında yer alan ve tehlikenin netice olarak kabul edildiği düzenlemeler, uygulayıcıyı tehlike yargısını gerçekleştirirken mümkün olduğunca fazla unsuru göz önüne almaya zorlayan bir yasama tekniğiyle mümkün olduğunca zarar suçlarına yaklaştırılır. Tehlike neticesinin varlığı sadece zararın neden gerçekleşmediğinin açıklanamadığı, zararın gerçekleşmemesinin tesadüfe bağlı olduğu hallerde doğrulanır.²⁵⁰

Böylece objektif teori, kendisini objektif imkân olarak sunan her şeyin objektif bir varlığa sahip olduğunu, tehlikenin mağdurun değerlendirmesine göre değil kendi içerisinde hukuku ihlal etmeye elverişliliği barındırdığını belirtir ve tehlikeyi ceza hukuku tarafından korunan varlıklara ve menfaatlere zarar verme kapasitesi ya da elverişliliği bulunan gerçek bir olgu veya varlık olarak tanımlar.²⁵¹

3. DEĞERLENDİRME

Tehlikenin yapısına ilişkin teorilere dair bir değerlendirme yapılırken Biamonti'nin bu teoriler arasında taraftarlarının sunduğu kadar büyük farklılıklar olmadığı yönündeki görüşüne değinmek gerekir. Gerçekten de teoriler daha

²⁴⁹ D'Alessandro, s. 21, 22.

²⁵⁰ D'Alessandro, s. 24.

²⁵¹ Ratiglia, s. 9.

derinlemesine incelendiğinde sübjektivist olarak sınıflandırılan yani tehlikenin mükemmel düzeyde olmayan bilginin bir ürünü olduğunu belirtenlerin tehlikeye keyfi veya fantastik bir anlam atfetmedikleri ortadadır. Öte yandan, objektivistler tehlikenin zihnin basit bir soyutlaması olduğunu reddederler ve objektif ihtimalden (ya da imkândan) bahsederken tehlikeyi doğanın belirsiz bir durumu olarak anlamaktan imtina ederler. Neredeyse tamamı, doğal nedensellik yasasının faraziyelerini akılda tuttuklarını gösterirler ve ihtimal yargısının göreceliliğini kavrarlar.²⁵²

Ayrıca hem sübjektivistler hem de objektivistler tehlikenin tespiti ve meydana gelme imkân ya da ihtimalinin hesaplanmasında tecrübe kavramına atıfta bulunmaktadır. Diğer yandan tehlikenin ister sübjektif bir sonuç çıkartma olduğu ister gerçek ve dışsal bir varlığı olduğu kabul edilsin, her halükârda bir veya birden fazla kişi tarafından algılanması ve değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Fiil üzerine gerçekleştirilen bir yargılama her iki teorinin savunucuları tarafından kabul edilmektedir. Bu da doğal bir durumdur zira neticenin gerçekleşme imkânı veya ihtimali üzerine, kimilerine göre bir kişi, kimilerine göre bir topluluk, kimilerine göreyse her zaman hâkim tarafından yapılan böyle bir yargılama olmadan, tehlike ne kadar objektif ve gerçek bir varlığa sahip olursa olsun ne hukuk için bir öneme ne de toplum için bir anlama sahip olacaktır.²⁵³

Antolisei de ihtimalin insan bilgisinin temel kavramlarından birisi olduğunu ve bunun öz değerini belirlemenin ceza hukukunun işi olmadığını, ceza hukukçularının bunu belirleme yetisi olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, ihtimalin objektif olup olmadığı sorusu esas itibarıyla felsefi bir soru olup genel epistemoloji ilkeleri ışığında açığa kavuşturulabilir. Öte yandan bu meselenin çözümünün hukuka sağlayacağı çok büyük bir katkı yoktur, hatta pratik açıdan bakıldığında hiçbir katkısı olmadığı söylenebilir.

²⁵² **Biamonti**, Giudizio ecc., pag. 9 e seg.'den aktaran **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 130.

²⁵³ **Ratiglia**, s. 10 – 12.

İhtimalin ve dolayısıyla tehlikenin özüne ilişkin tartışmalar genel epistemolojiyle çözülebilir ancak hukuk bilimine katkı sunmayacak bu tartışmaya girmeden tehlike kavramı, tehlikeyi kişiden kişiye değişen basit bir yargıya indirgemeye çalışan hatalı bazı görüşlerin dışlanmasıyla açıklanabilir. Bunun için felsefî bir tartışmaya gerek yoktur. İhtimalin bize tecrübe üzerinden açıklandığı, bu anlamda zihnin basit bir soyutlaması olmadığını belirten biçimsel mantık kurallarının çıkarımlarını hatırlamak yeterlidir. Nitekim tecrübe kuralları bize, tüm olguları kontrol eden genel nedensellik yasalarının yanı sıra belirli olguları ya da olgu gruplarını düzenleyen özgü veya özel nedensellik yasaları olduğunu belirtir. Bu yasalar da bir davranışın belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye genel olarak elverişli olup olmadığını tespit etmekte kullanılır.²⁵⁴

Tehlikenin varlığının bir başka şey üzerinden belirlenmesi yani tehlikenin bu ilişkiye dayalı yapısı, objektif “tehlike neticesi” anlayışını kabul edenlere karşı çıkanlara göre tehlikenin özünü oluşturmakta ve onu zarar kavramından radikal bir şekilde ayırmaktadır. Gerçekten de zarar kendi içerisinde negatif olarak değerlendirilirken, tehlike sadece kaçınılmak istenen sonraki zarar neticesine bağlı olarak doğabilir. Objektif tehlike teorisinin içinde bulunduğu hata bu giderilemez farklılığı görmezden gelmesidir. Zira bu görüş taraftarları tehlikenin ayrılabilir bir mevcudiyeti olduğunu kabul ederek, tehlikenin özünün kendi başına değil ancak bir şeyle bağlantılı olduğunu unutmaktadırlar. Bu anlamda kanun koyucu tehlike suçu düzenlediğinde, uygulayıcıyı zararın neden tesadüf eseri meydana gelmediğini değil, davranışın korunan hukuki varlık bakımından bir zarar riski ortaya çıkarıp çıkartmadığını araştırmaya yönlendirmektedir. Ayrıca netice olarak tehlike ya da objektif tehlike anlayışı sadece somut tehlike modeline uyduğu, ancak

²⁵⁴ **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 130, 131; Aynı yönde bkz. **Ratiglia**, s. 13: Yazara göre, sübjektivistlerin temel hatası kendilerini ceza hukukunun dışında konumlandırarak bu meseleyi açıklamaya çalışmalarıdır.

soyut tehlike suçlarının yapısını açıklayamadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu tespitler, geçmişte baskın öğretinin, tehlikeyi bir neticeyle özdeşleştiren teoriden uzaklaşmasına ve araştırmayı, tehlike kavramının “ilişkiye dayalı yapısı” yönünde yönlendirmelerine yol açmıştır.²⁵⁵

Tehlikenin yapısını objektif teori üzerinden açıklamak taksirli suçlara meşruiyet kazandırmak bakımından da önem arz etmektedir. Zira dikkat ve özen yükümlülüğüne ya da yasalara, düzenlemelere, kurallara aykırı davranışa içkin tehlike, salt zihnin bir soyutlaması yani sadece bir fikirden ibaretse taksirli suçlardaki ceza sorumluluğunun meşruluğu sorgulanacaktır. Dolayısıyla taksirli suçların eğer sübjektif teori benimsenirse korunan menfaatin ihlal imkânının değerlendirilmesi ve dolayısıyla ceza hukukunun kendisine konu edindiği koruma ölçüsü, objektif olarak tanımlanmış ve tüm muhtemel saldırılar karşısında değişmezliğini koruyacak şekilde değil, failin davranışıyla belirli bir menfaati maruz bıraktığı tehlikenin yapısına ve yoğunluğuna ilişkin değerlendirmesine göre değişecektir.²⁵⁶ Bunun da ceza hukukuna hakim olan kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle çelişeceğine şüphe yoktur.

²⁵⁵ Bkz. **D’Alessandro**, s. 24 – 26; Esasında Antolisei’ye göre tehlike, davranışın sebep olduğu dış dünya değişikliği ile karıştırılmamalıdır. Her davranış bir dış dünya değişikliğini tayin eder ve bu değişiklik hiç şüphesiz objektiftir. Tehlike, davranışın dış dünyaya yansıyan etkisinden doğan bir ihtimaldir ancak etkinin kendisi değildir. Dış dünya değişikliği ile tehlike birbirine bağlı iki varlıktır; öyle ki bu iki varlıktan biri diğerinden ayrılamaz; tıpkı dış dünya değişikliğinin onu meydana getiren davranıştan ayrılamayacağı gibi. Ancak bir davranışın sonucu olan dış dünya değişikliği ile bu değişiklikten kaynaklanan hukuka aykırı bir neticenin tehlikesi aynı şey değildir. Tehlike davranışın objektif neticesi ile karıştırılmamalıdır. Tehlike hukuka aykırı bir neticenin meydana gelme ihtimalinden başka bir şey değildir ve davranıştan ayrıldığı gibi davranışın sebep olduğu dış dünya değişikliğinden de ayrılır. Bu konuda bkz. **Antolisei**, “*Sul concetto di pericolo*”, s. 32, 33.

²⁵⁶ **Ratiglia**, s. 15, 16.

IV. TEHLİKENİN ARAŞTIRILMASINDA KULLANILAN YÖNTEMLER

1. GENEL OLARAK

Tehlike yargısı (It. “*giudizio di pericolo*”) son derece karmaşık bir aktivitedir. Bu aktivitenin genel olarak tecrübeye dayalı bir araştırma gerektirdiği söylenmelidir. Bu araştırma, başka olgulardan belirli olguların nedensel olarak meydana gelme sıklığına dayalı deneysel ve istatistik yasalarını içeren tecrübeye dayalı bir araştırma olmalıdır. Bu yasaların sonuçları yargılamanın konusu somut olayda bir şekilde karşılanabiliyorsa, yani bu yasalar somut olay için de geçerliyse tehlike doğrulanmış olur, aksi takdirde ise doğrulanamamış olacaktır.²⁵⁷ Bu anlamda tehlike, önceden meydana gelen natüralist bir olguyla hukuki varlık bakımından sonradan meydana gelen (ve hipotetik) bir zararın arasında kurulan varsayımsal bir ilişki yargılaması olarak ortaya çıkacaktır.²⁵⁸

Tehlikenin araştırılmasıyla kastedilen kural olarak somut tehlikenin araştırılmasıdır. Zira somut tehlike suçlarında tehlike suçun objektif bir unsuru olup her olayda araştırılması gerekmektedir.²⁵⁹ Soyut tehlike suçlarında ise somut tehlike suçlarında olduğu gibi bir tehlike araştırması gerçekleştirilmeyecek²⁶⁰ hâkim sadece gerçekleştirilen davranışın ceza normuyla korunan hukuki varlığı tehlikeye atmaya elverişliliğini araştıracaktır.

²⁵⁷ **Angioni**, s. 35.

²⁵⁸ **Zincani**, s. 203.

²⁵⁹ **Grasso**, s. 700: Yazar somut tehlike suçlarını tehlikenin somut varlığının araştırılması zorunluluğu ile karakterize edilmiş suçlar olarak tanımlamaktadır.

²⁶⁰ Soyut tehlike suçlarında gerçekleştirilecek tek araştırma gerçekleştirilen fiilin kanunda yazan tipe uygun olup olmadığına yönelik araştırmadır. Burada tehlike, davranışın kanun tarafından belirtilen “genel tehlikeli” davranışlar kategorisine dahil olmasından kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. **Palazzo**, s. 70.

Kendi içerisinde objektif bir gerçekliği olmayan somut tehlike araştırması, objektif olarak araştırılan fiili durumların tehlikeliliği üzerine gerçekleştirilen bir yargılamaya dönüşür.²⁶¹ Esasında tehlike araştırması, engelleyici koşulların olmadığı durumda – korunan hukuki varlığı zarara uğratabilecek bir davranışın ortaya çıkarttığı objektif durumun varlığının araştırılmasıdır.²⁶² Örneğin konvoyun geçişinden birkaç dakika önce büyük kayaların tren rayları üzerine yerleştirilmesi durumu, kara, deniz ve hava yolundaki toplu taşımanın güvenliğini tehlikeye koyan kişinin davranışını cezalandıran İCK m. 432 (TCK m. 179/1) hükmünde düzenlenen suçun gerektirdiği tehlike araştırmasının fiili temelini oluşturabilir. Tehlike yargısının konusunu failin davranışının sonucu olan fiili bir durum olabileceği gibi kendi içinde zarar neticesinin gerçekleşme riskini barındıran davranışın kendisi de olabilir.²⁶³

Hâkimin üstlendiği bu son derece problemlili ve karmaşık görevde, ona yol gösterecek normatif bir düzenleme olmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla öğreti, tamamlayıcı ve gerekli dört evre temelinde araştırma kriterlerinin bir standardizasyonunu oluşturarak bu boşluğu doldurmaya çalışmıştır. Bu evreler de “temelin” ve “yargılama anının” belirlenmesi, kullanılacak “araştırma yönteminin” tanımlanması ve son olarak “hukuki varlıkta zarar meydana getirmeye elverişli ve yeterli ihtimal veya imkânın seviyesinin” belirlenmesidir.²⁶⁴

2. EX ANTE YÖNTEMİ

Tehlike, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşme ihtimali olduğu için varlığının araştırılması bir ihtimal yargısını (It. “*giudizio di probabilità*”) gerektirir. Elbette önemli

²⁶¹ Fiore – Fiore, s. 200.

²⁶² Ucci, s. 155.

²⁶³ Fiore – Fiore, s. 200.

²⁶⁴ Zincani, s. 206.

olan yargı, herhangi bir kişinin değil hukukun amaçları doğrultusunda tehlikenin var olup olmadığına ilişkin kararını açıklayan hâkimin yargısıdır. Ancak bu yargı hiçbir zaman yargılamaya konu davranışla aynı zamanda açıklanmaz, bu davranıştan sonra açıklanır. Bu yargılama failin davranışının cezalandırma için kanunun aradığı gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını (davranışın tipik olup olmadığını) araştırmak için yapılır.²⁶⁵

Doğası gereği ihtimal yargısı gelecekle ilgilidir çünkü fiili bir durum üzerine bu durumu takip edebilecek neticelerle ilgili olarak ifade edilir. Böylece belirli bir durumdan meydana gelebilecek neticelere ilişkin bir tahmindir. Bu durumda yargıç hali hazırda meydana gelmiş ve etkilerini doğurmuş olan davranışa ilişkin ihtimal yargısını nasıl açıklayacaktır? Hali hazırda sonuçları bilinen fiili bir durumun tehlikeliliğine nasıl karar verilir? Bir görüşe göre, bu kararı vermek için hâkim somut olayın çıktılarını göz ardı etmeli ve davranış anına giderek davranışın etkileri hala sürüyormuşçasına yargılama yapmalıdır. Bir başka deyişle hâkim, fiilin gerçekleşmesiyle meydana gelen tecrübeyi ve tehlikeli durumun nihai neticesi olan zarar perspektifini²⁶⁶ göz ardı ederek *ex ante* bir yargılama yürütmelidir.²⁶⁷ Kısacası tehlikenin varlığına ilişkin araştırma belirli bir netice gerçekleşme veya gerçekleşmeme aşamasına erişmeden önce açıklanmalıdır. Eğer netice bu aşamalara ulaşmışsa, zihnen belirli neticenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi anından öncesine dönülerek bir değerlendirme yapılmalıdır.²⁶⁸ Elbette kanunilik ilkesini ihlal etmemek için tehlike konusundaki belirlemenin salt hâkimin sezgilerine terk

²⁶⁵ Antolisei, L'azione e l'evento, s. 135, 136.

²⁶⁶ Gallo, E., s. 21.

²⁶⁷ Antolisei, "Sul concetto del pericolo", s. 38; Antolisei, L'azione e l'evento, s. 136; Ayrıca bkz. Angioni, s. 40; Daragenli, s. 84; Özgenç, Genel Hükümler, s. 224; Öntan, s. 312.

²⁶⁸ Angioni, s. 37.

edilmemesi gerektiği, değerlendirmenin ampirik olarak doğrulanabilen rasyonel ölçütlere tabi olması gerektiği belirtilmektedir.²⁶⁹

Bir görüşe göre, ex ante yargılama, failin yargılamaya konu davranışı gerçekleştirdiği anda objektif olarak içinde bulunduğu durumun, gözlem perspektifinin ışığında tehlikenin değerlendirilmesini ifade etmektedir. Tehlike bu öngörü yargılamasının bir sonucu olmakla birlikte objektif bir kavram olacaktır. Örneğin hatalı sollama halinde karşı taraftan bir araç gelmiyor olsa dahi davranışın tehlikeli olduğu sonucuna varılacaktır. Bu anlamda ex ante yargılama, failin bulunduğu – objektif – perspektiften gerçekleştirilen bir yargılamadır.²⁷⁰

M. Gallo'ya göre, hukuka aykırı fiilin içine dahil olan tehlike farklı konumlarda yer alabilir. Tehlike yasaklanmış davranıştan önce yer alabileceği gibi, davranışın tehlikeliliğini yansıtan bir unsur olarak da karşımıza çıkabilir. Ancak her iki durumda da davranışın belirli bir neticeyi meydana getirme imkanının tecrübe kurallarına dayanılarak doğrulanması gerekir. Bununla birlikte tehlikenin bulunduğu pozisyon araştırma kriterini etkileyecektir. Tehlikenin davranıştan önce var olup olmadığının araştırılmasıyla belirli bir davranışın sonucunda tehlike durumunun ortaya çıkıp çıkmadığının tespit edilmesi farklıdır. İlk durumda hâkim çoktan meydana gelmiş ve etkilerini doğurmuş davranışın tehlikeliliğini, davranış anında zarar neticesinin meydana gelme imkanının olup olmadığı üzerine gerçekleştirdiği ex ante bir incelemeyle açıklamalıdır. Bunun anlamı, sadece davranış gerçekleştiğinde bilinebilir olan tecrübe kuralları ve bunun ötesinde fail tarafından haricen bilinen bilgiler göz önüne alınmalıdır (It. “*prognosi a base parziale*”)²⁷¹. Sonradan meydana gelen tüm durumlar ya da sadece ex post bir

²⁶⁹ **Toroslu – Toroslu**, s. 122; **Öntan**, s. 312.

²⁷⁰ **Aleo**, s. 164, 165.

²⁷¹ Ayrıca bkz. **Zincani**, s. 206.

incelemeyle bulunan bilgiler, yasaklanmış davranışın değerlendirilmesinde dikkate alınmamalıdır çünkü bunlar belirli bir neticenin meydana gelmesinin kesin bir elverişliliğini teşkil ederler.²⁷² Davranış anında bilinen ve bilinebilir olan kuralların esas alınmasının sebebi hukukun emredicilik fonksiyonunun sınırları sebebiyledir. Hukuk normu tipik neticenin önlenmesini ancak fail davranışını gerçekleştirdiği anda bilinen ve bilinebilir olan gerçek durumlar temelinde bekleyebilir. Zira kendisini kurallara uygun davranmaya zorlayan bir kişi ancak bu temelde kendisini yönlendirebilir.²⁷³

M. Gallo'ya göre, tehlikenin suçun bir unsurunu oluşturduğu somut tehlike suçlarında ex ante kriterine göre araştırma yapılamaz. Bu hallerde araştırma somut fiili karakterize eden davranışın neticesi dahil her şey göz önüne alınarak yapılmalıdır. Bu anlamda örneğin İCK m. 431²⁷⁴ hükmünde demiryolu kazası davranışın neticesi olarak

²⁷² **Gallo, M.**, s. 3, 4; Yazara göre bu durumda soyut tehlike suçlarından bahsedilebilir. Bu suçlarda davranıştan sonra ortaya çıkan veya davranış anında bilinmeyen, ex ante bir değerlendirmeye davranışın tehlikeli olmadığının düşünülmesine rağmen davranışın tehlikeli olduğunun anlaşıldığı veya ex ante değerlendirmeye davranışın tehlikeli olduğunun doğrulanmasına rağmen davranışın bu özellikten yoksun olduğu bütün haller göz ardı edilir. Tehlikenin ex post yöntemle tespit edilmesi doğru olmadığı için araştırmanın dışına çıkartılması yani soyutlanması gereken bu tehlikeye de soyut tehlike denilebilir (bkz. s. 4); Mangano'ya göre, bu noktada M. Gallo'nun ex ante yöntemine göre belirlenecek tehlike ile gerçekte somut bir varlığı olduğuna inanılan tehlike arasında ayrım yaptığı söylenebilir. Ancak bu ayrım, tehlikenin objektif bir olgu olarak tespit edilebilir olduğu varsayımına dayanmaktadır (**Mangano**, s. 205); Ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 323 vd.; Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 88.

²⁷³ Bkz. **Angioni**, s. 41, 42.

²⁷⁴ **İCK m. 431**: “Her kim, bir demiryolu hattını ya da ona hizmet eden makineleri, araçları, aletleri, cihazları ya da diğer nesneleri sadece zarar vermek amacıyla tamamen veya kısmen yok eder, bozar ya da başka bir şekilde tamamen ya da kısmen kullanılamaz hale getirirse, fiilin sonucunda bir demiryolu felaketi tehlikesinin ortaya çıkması halinde, iki yıl ile altı yıl arası hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Benzer nitelikteki bir suç TCK m. 179/1 hükmünde düzenlenmektedir: “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış,

ortaya çıkmaktadır. M. Gallo, somut tehlikenin bir dış dünya değişikliği yaratan doğalcı anlamda bir netice olduğunu düşündüğü için sadece davranış anının değerlendirmeye esas alınmaması gerektiğini belirtmektedir. Mesele davranışın neticesi olan tehlikenin nitelendirilmesiyle ilgili olduğu için hâkimin davranışın etkisinin doğduğu andaki şartlara göre değerlendirmesini gerçekleştirmesi gerekir.²⁷⁵ Dolayısıyla hâkim, neticenin meydana geldiği andaki bütün koşulları göz önünde bulundurarak tecrübe temelinde araştırmasını gerçekleştirecektir. Tehlike araştırmasının daha somut bir nitelik kazanması, bu suçlardan *somut tehlike suçu* olarak bahsedilmesine izin verir.²⁷⁶

Ancak bu inceleme yapılırken de neticenin meydana geldiği anda gerçekten var olan bütün unsurlar dikkate alınarak davranışın neticesinin tehlike arz edip etmediğine karar verilir. Bir başka deyişle tehlikeliliği incelenen neticeden sonra meydana gelen durumlar incelemede dikkate alınmaz. Bu anlamda bu neticeden sonra bir zarar neticesinin meydana gelmiş veya gelmemiş olması da dikkate alınmayacaktır. Bu kabulde de aslında İtalyan Raporu'nda benimsenen görüşün aksine tehlike neticesi meydana getiren suçlarda dahi hâkim, mevcut veya geçmiş bir olayın varlığı veya yokluğu üzerine bir araştırma yapmak yerine gelecekteki bir zarar neticesi üzerine bir tahmin yürütmektedir. Yargılamanın başka bir temele dayandığı iddia edilse de geleneksel

kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.”

²⁷⁵ **Gallo, M.**, s. 4, 5; **Parodi Giusino**, s. 324; X. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde İtalya Raporu'nda savunulan bu görüşle ilgili ayrıca bkz. **Angioni**, s. 59 vd; Benzer yöndeki bir görüşe göre de eğer tehlike davranışın ötesine geçmiyorsa bir başka deyişle davranışın kendisi tehlikeli addedilmişse, bu tehlikenin değerlendirmesi ex ante yapılır; ancak, eğer tehlike davranışın ötesine geçiyor onun bir neticesi olarak ortaya çıkıyorsa bu tehlike ex post yöntemiyle belirlenir. Bu görüş için ayrıca bkz. **Gallo, E.**, s. 27, 28.

²⁷⁶ **Delitala**, “*I reati di pericolo*”, s. 425.

tehlikeli davranış suçlarına atıfta bulunan bu model ex ante incelemeden başka bir şey değildir.²⁷⁷

Benzer yöndeki bir görüşe göre de tehlike neticesinin bir zarar neticesine atfedildiği anlarda dahi zamansal ve mekânsal bir özerkliği bulunmamaktadır. Buna göre örneğin İCK m. 431²⁷⁸ hükmünde, tehlike başka bir şeyin niteliği olarak somutluk kazanmaktadır ancak yine de bu hipotezde tehlike araştırması ex ante (prognosi postuma) kriterine göre yürütülmelidir. Yani muhtemelen bilinmeyen ancak bilinselerdi zararın gerçekleşmemiş olacağına inandıran unsurlar dikkate alınmadan bir yargılama yapılacaktır. Dolayısıyla esas itibarıyla tehlike, objektif bir varlığa sahip değildir ancak nedensellik serisinin gelişimine ilişkin öngörünün sınırlılığıyla bağlantılıdır ve ancak ex ante bir araştırma ile ortaya çıkartılabilir. Zira tehlike her zaman meydana gelmemiş bir zarara atıf yapar ve bir davranışın bir etki yaratma imkanının gerçek olmayan bir değerlendirmesini teşkil eder.²⁷⁹

X. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde sunulan İtalya Raporu'nda iki farklı tür tehlike suçunun (tehlikeli davranış – tehlikeli netice) araştırılmasında farklı yöntemler önerilmiştir ancak bu farklılığın sebebi raporda açıklanmamıştır. Bu ayrımın bir sebebi, tehlikeli davranış suçlarının davranışın bir değersizliğini ve böylece failin davranış üzerinde gerçek ve potansiyel bir hakimiyetini yansıtan değersizliği içerdiğine inanıldığı için olabilir. Bu nedenle davranış anında bilinebilir ve fail tarafından bilinen durumların

²⁷⁷ Bkz. Angioni, s. 60 – 62.

²⁷⁸ İCK m. 431: “Her kim, bir demiryolu hattını ya da ona hizmet eden makineleri, araçları, aletleri, cihazları ya da diğer nesneleri sadece zarar vermek amacıyla tamamen veya kısmen yok eder, bozar ya da başka bir şekilde tamamen ya da kısmen kullanılamaz hale getirirse, fiilin sonucunda bir demiryolu felaketi tehlikesinin ortaya çıkması halinde, iki yıl ile altı yıl arası hapis cezasıyla cezalandırılır.”

²⁷⁹ Mangano, s. 206, 207.

tehlike araştırmasında dikkate alınması gerektiği düşünülmüştür. Ancak aynı argümanın neden tehlike neticesinin ortaya çıktığı suçlar için de geçerli olmayacağı sorulabilir. Neticenin failin gerçek ve potansiyel hakimiyeti içerisinde, bilgi alanının bir konusu olmaması gerektiğine inanılıyorsa, neticenin her zaman bir objektif cezalandırma şartı olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.²⁸⁰ Halbuki netice kavramının içinde kanun koyucunun suçun unsuru olarak belirlediği (dolayısıyla kastın kapsamına dahil) etkilerin yanı sıra cezayı ağırlaştıran nedeni meydana getiren etkiler de dahildir ve öğretide suçu ağırlaştıran neticeden, suçun nitelikli haline vücut veren neticeden ve ayrıca objektif cezalandırılabilme şartı olan neticeden bahsedilebileceği belirtilmektedir.²⁸¹

Tehlikeli davranış suçlarında tehlikenin araştırılması için genel olarak bilinebilir ve fail tarafından bilinen koşulların dikkate alınması gerektiği hipotezi de ayrıca incelenmelidir. Zira tipik davranışa eşlik eden ve bilinebilir olan durumlar esasında suçun sübjektif unsurunun bir parçasıdır ve bu bilme veya bilmeme objektif bir unsur olan tehlikenin varlığını etkilemez. Esasında aynı tespit tehlike neticesinin ortaya çıktığı suçlar için de geçerlidir. Ayrıca tehlike neticeli suçlar için tipik neticenin bilinebilirliği ile ilgili durumlar sadece sübjektif unsuru ilgilendirir.²⁸² Bundan kaçınmak için de davranış anında bilinebilen değil, mevcut olan koşulların dikkate alınması düşünülebilir.

Özetlemek gerekirse, argüman ya failin hakimiyet alanını koruma gerekliliği üzerine inşa edilecek ve yargılamanın temeli ex ante yargılama anında bilinebilen durumlarla sınırlı olacaktır. Bu yargılama anı tehlikeli davranış suçları için davranış anı; tehlikeli netice suçları içinse netice anı olacaktır. Yahut bu argüman yerine ortaya çıktıkları anda bilinebilir olsunlar ya da olmasınlar mevcut bütün koşullar dikkate

²⁸⁰ Bkz. **Angioni**, s. 66 – 68; Ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 325.

²⁸¹ **Öntan**, s. 259.

²⁸² Bkz. **Angioni**, s. 69; Ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 325; Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 89.

alınarak yargılama yapılır. Bir başka deyişle tehlikeli davranış suçları için davranış anında mevcut olan tüm koşullar; tehlikeli netice suçları içinse netice anında mevcut olan tüm koşullar dikkate alınacaktır. Her halükârda elde edilen çözüm tekçi olmaktadır. Bu anlamda her seferinde ya bilinebilen koşullar ya da mevcut koşullar esas alınacaktır. Eğer durum buysa tehlikeli davranış suçları ve tehlikeli netice suçları için yürütülecek tehlike yargılamalarında ikili ayrıma giden İtalyan Raporu'ndaki görüşü reddetmek gerekmektedir.²⁸³

Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin sorun tam olarak çözülememekte ve yeni problemler ortaya çıkmaktadır. Örneğin İtalyan Raporu'ndaki görüş kabul edildiğinde bu sefer de bir suçun ne zaman tehlikeli davranış suçu ne zaman tehlikeli netice suçu olduğu sorununu çözmek gerekecektir. Normatif olarak incelendiğinde bir davranışın niteliği ile etkisi arasındaki fark, özellikle tehlike kavramının natüralist olmayan karakteristik özelliği göz önüne alındığında, soyut olarak belirlenebilecek netlikte bir olgu değildir. Gerçekten de “tehlikeye atma” şeklindeki ifade, davranışın mı yoksa etkisinin mi bir parçasıdır? Örneğin İCK m. 441, “*ticaret amaçlı ürünleri kamu sağlığı bakımından tehlikeli olacak şekilde tağşiş veya taklit eden kişi... cezalandırılır*” hükmünü içermektedir.²⁸⁴ Bu hükümde tehlikenin davranışın bir özelliği haline geldiği düşünülebilir. Ancak bu hükümde tehlikeliliğin davranışın değil suçun maddi konusunun bir özelliği olduğu da düşünülebilir ve hüküm şu şekilde algılanabilir: “*Her kim ticaret amaçlı şeyleri kamu sağlığı bakımından tehlikeli hale getirecek şekilde tağşiş veya taklit ederse... cezalandırılır.*” Tehlikeliliğin davranışın bir özelliği ya da maddi konunun bir

²⁸³ Angioni, s. 69, 70; Ayrıca bkz. Parodi Giusino, s. 325, 326.

²⁸⁴ Benzer nitelikte bir hüküm TCK m. 185 hükmünde düzenlenmektedir: “*İçilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir.*”

özelliği olması halinde araştırılmasında pratik bir değişiklik olmayacağı söylenebilir. Ancak esasında ilgili maddenin şu şekilde değiştirildiği durumda da orijinal anlamını yitirdiği söylenemez: *“Her kim kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan maddeleri üretmek için ticaret amaçlı şeyleri tağşiş veya taklit ederse... cezalandırılır”*. Bu durumda tehlike, gerçekleştirilen aktivitenin bir etkisi haline gelir.²⁸⁵

İtalyan Raporu’ndakinin aksine ikinci bir yol seçildiğinde, yani yargılamanın temelini belirleme kriterinin tehlikeli davranış veya tehlikeli netice suçu için hep aynı şekilde belirlenmesi durumunda (örneğin davranış veya netice anında mevcut olan tüm ontolojik koşulların göz önünde bulundurulmasını gerektiren kriterin seçilmesi durumunda), bu sefer de davranış suçu ile neticeli suç arasındaki ayrımının önemli olup olmadığı ve bunun tehlike yargılamasının sonucuna ve sürecine etki edip etmediği sorulacaktır. Açıkçası her iki suç tipi için de yargılamanın temeli aynı belirlenirse (“mevcut olan tüm koşullar” veya “ideal bir gözlemci tarafından bilinebilen tüm koşullar”) her iki suç tipinin yargılanmasının temelindeki farklılık (göz önüne alınacak ontolojik durumlardaki farklılık) ve yargılamanın sonucundaki olası bir farklılık ancak tipik davranış ile tipik netice arasına bir zaman aralığı girdiğinde var olabilecektir. Zira bu zaman aralığında ontolojik koşullar sabit ve aynı kalmayacak, gelişecek ve değişeceklerdir. Davranışla netice anının aynı olduğu hallerde yargılamanın temeli aynı kalacak ve iki suç tipi arasındaki ayrım önemsiz hale gelecektir.²⁸⁶

Geleneksel öğretiye göre, hâkim tehlikelilik araştırmasını fail tarafından bilinmeleri veya genel olarak bilinebilir olmaları kaydıyla davranış anındaki tüm somut koşulları dikkate alarak gerçekleştirmelidir. Bu anlamda geleneksel öğreti davranış sonrasında meydana gelen durumları değerlendirmeye almamaktadır. Bu öğretinin genel

²⁸⁵ Angioni, s. 70 – 72.

²⁸⁶ Angioni, s. 73.

olarak bilinebilir olmayan veya fail tarafından bilinmeyen unsurları dikkate almaması ise kusur prensibine etkinlik kazandırmak isteğiyle açıklanabilir zira bilinmeyen şey faile de isnat edilemez.²⁸⁷

Davranış anında mevcut olup da genel olarak bilinebilir olmayan durumların değerlendirmenin dışında bırakılmasının yerindeligi sorgulanabilir. Davranış anında mevcut olan ontolojik durumlar, soyut tipik fiilde düzenlenen tipik davranışa karşılık gelen her bir tipik fiili kendine özgü kılan ve onu karakterize eden durumlardır. Tipik davranış, suçun objektif bir unsurudur ve suçun objektif unsurlarının araştırılmasında herhangi bir sınır yoktur. Tipe uygun davranış karakterize eden bu durumlar da objektif unsurun bir parçası haline gelir ve mantiken bunların araştırılmasında da herhangi bir sınır kabul etmemek gerektiği iddia edilebilir. Bilinemez sayılan bir durumun, davranış anındaki varlığının tanınması herhangi bir şekilde ve herhangi bir zamanda hatta davranış anından sonra da olabilmektedir. Bu anlamda davranış anındaki bilinemezlik önemini yitirmiş gibi görünmektedir.²⁸⁸ Öte yandan, bilinebilir olmayan ancak mevcut olan durumları hariç tutmak, bu durumların zarar neticesinin gerçekleşmesini dışladığı hallerde failin aleyhine bir sonuç doğmasına da sebep olabilir.²⁸⁹

Ancak tehlikenin suçun objektif bir unsuru olduğu için a posteriori bir şekilde de ortaya konulabileceği iddia edilse de tehlikeye referans vermek doğru değildir çünkü tehlike, davranış ve tehlikeyle bağlantılı objektif durumlar arasında gerçekte var olmayan bir kıyas ilişkisine dayanır. Tehlike suçun objektif bir unsuru olsa da esasında sui generis bir unsurdur ve davranışla meydana gelip gelmeyeceği belirsiz olan bir zarar neticesi arasındaki ilişki üzerinden tanımlanır. Dolayısıyla bu ilişki kendi özelliğini ve

²⁸⁷ Angioni, s. 50 – 52.

²⁸⁸ Angioni, s. 52, 53.

²⁸⁹ Zincani, s. 206.

fonksiyonunu kaybedecek olsa da *a posteriori* bir şekilde araştırılmaz. Bu anlamda tehlike, araştırılmasında belirli sınırlar gerektiren belki de tek objektif unsurdur. Tek mesele bu sınırların nerede başlayıp nerede bittiğidir.²⁹⁰

Davranış anında bilinebilir olan ile olmayanı ayırt etmek de son derece zordur. Nitekim hâkimin sonradan edindiği bilgiler o bilgilerin önceden bilinemeyeceği anlamına gelmez. Zira hâkim, olayın canlı tanığı değildir. Hâkim olaydan sonra dahil olmakta ve gerçekleştirdiği eylem itibarıyla geçmişten yeniden inşa etmektedir. Ancak hâkimin ex post bir şekilde öğrendiği bilgilerin psikolojik düzeyde de olsa verilecek hükme etki edeceği düşünülebilir. Zira sonradan edinilen bu bilgi, söz konusu bilginin önceden de bilindiğinin varsayılmasına neden olabilir. Esasında sonradan edinilen bilginin önceden de bilinebileceğine ilişkin varsayım aksi ispat edilene kadar geçerlidir. Bunun aksini ispat etmek için davranış anıyla hüküm anı arasında söz konusu bilginin bilinebilirliğini sağlayan bir durumun gelişmiş olması gerekmektedir. Ancak bu zaman diliminin bilgide belirleyici olup olmadığı nasıl tespit edilecektir? Örneğin zehirlenen mağdurun önceden panzehir içmiş olması veya göğüs bölgesine ateş edilen mağdurun çelik yelek giymiş olması durumunda, yani davranış anında mevcut olan durumların sadece a posteriori olarak öğrenilip öğrenilemeyeceği nasıl bilinebilir?²⁹¹

Bu meseleyi aşmak için öğretici, bir durumun kavranabilirliğinin aracı olarak hizmet eden ideal gözlemcinin ifadelerini, çağrışımlarını daha iyi belirleme arayışına girmiştir. Ancak bu arayış da yeni sorunlara kapı aralamıştır. Zira bu gözlemcinin hangi özelliklere sahip olması ve hangi açıdan olayı gözlemlemesi gerektiği belirsizdir. Öte yandan geleneksel öğretici, genel olarak bilinmeyen ancak fail tarafından bilinen durumlar oluşunu kabul etmektedir. Fakat objektif gözlemcinin fail tarafından neyin bilindiğini

²⁹⁰ Angioni, s. 53, 54; Ayrıca bkz. Daragenli, s. 85.

²⁹¹ Angioni, s. 54 – 56.

dahi bilemeyecek durumda olabileceği açıktır. Öyleyse objektif gözlemcinin hayal edilebilecek bütün bilgilerle yüklü bir süje olmadığı sonucuna varmak gerekir. Ayrıca en azından teorik düzeyde de olsa her zaman hâkim tarafından algılanabilir ve davranış anında mevcut olan ancak ideal gözlemci tarafından vakıf olunamayan durumlar mevcuttur. Dolayısıyla geleneksel öğretinin ortaya koyduğu ideal gözlemci modelinin taksire ilişkin belirlemenin yapıldığı alandan transfer edildiği görülmektedir. Ancak bu durum, sübjektif alana dahil olan özelliklerin suçun objektif unsuru alanına geçmesine vesile olur.²⁹²

Bu aşamada ex ante değerlendirmeye objektif gözlemci/ortalama insan tarafından bilinebilecek bilgilerin yanı sıra failin kullanabilecek olduğu özel bilgilerin de katılması önerilebilir. Bu şekilde elde edilen yargının failin yerinde olsalardı insanların pek çoğunun aynı şekilde davranacağı düşüncesini temsil ettiği belirtilmekte ve bu yargı, halkın yargısı olarak tanımlanmaktadır.²⁹³ Ancak bu değerlendirme de bilinebilirliği esas alan taksir yargısına benzemektedir ve yukarıdaki eleştiri bu sav için de geçerlidir.

Esasında bilinebilirliği bir unsur olarak arayan geleneğe bağlı kalınarak objektif gözlemci modelinin sebep olduğu krizden çıkmak için tek yol kendi içinde tüm topluma ait ontolojik bilgiyi – bir tür evrensel tecrübe – barındıran ideal bir modelle çalışmaktır. Zihinsel parametreyi bu şekilde sabitlemek daha uygun olacaktır zira fiil anında mevcut olan durumları ve hâkim tarafından ex ante bilinemeyecek bilgiyi bulma imkânı değişken olabilir. Sonuç olarak fail tarafından bilinen bilgidен ortalama insanın bilgisine nihayetinde de tasavvur edilebilecek maksimum bilgiyi haiz kişiye doğru hareket

²⁹² **Angioni**, s. 56, 57; **Aleo**, s. 156: Yazara göre, ortalama insan kriteri, tehlike yargılamasının ideolojik olmayan bilimsel – teknik yapısıyla çatışma halindedir.

²⁹³ **Antolisei**, “*Sul concetto del pericolo*”, s. 42 – 44; Bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 9.

edildiğinde hâkimin sonraki bilgisiyle ex ante bilinebilirlik arasındaki boşluk en azından pratik düzeyde gittikçe azalacaktır.²⁹⁴

Sonuç olarak bir görüşe göre hem esasa dair hem de pratik sebeplerle geleneksel yöntemin önerdiği yargılama temeline ilişkin sınırlamaya karşı çıkılması gerekmektedir. Bunun bir sebebi söz konusu yargılamanın temelini aslında sübjektif alana dahil olan bilinebilirliğe dayanıyor olmasıdır. İkincisi ise hâkim tarafından bilinen ontolojik bilgiyle ex ante bilinebilirlik arasında fiilen bir ayrım yapılamamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla parametrenin maksimum bilinebilirliğe sabitlenmesi, tehlikenin yani suçun objektif unsurunun araştırılmasında aracı olarak hizmet edebilecek tek yoldur.²⁹⁵

3. EX POST YÖNTEMİ

Davranış gerçekleştirildikten sonra meydana gelmiş durumların korunan menfaate bir zarar verip vermemiş olduğunun tespit edilmesi halinde değerlendirme *ex post* yapılmış olacaktır.²⁹⁶ Ex post inceleme yönteminde davranış anından sonra gerçekleşen, davranış anında bilinemeyen ve hâkimin tehlikeye ilişkin kararını açıklaması anına kadar geçen sürede gerçekleşen bütün koşullar dikkate alınmalıdır.²⁹⁷ Tüm bu koşullar hâkimin kullanabileceği bütün bilgi ve araçlarla değerlendirilecektir.²⁹⁸

Ex post yöntemin ortaya çıkması, tehlikenin ex ante yöntemle araştırılmasını öneren klasik öğretinin zaman içerisinde sorgulanmaya başlanmasıyla mümkün olmuştur. Bu yöntemi sorgulamaya yönelik görüşler ikiye ayrılmıştır. Daha ılımlı olarak

²⁹⁴ Angioni, s. 57, 58.

²⁹⁵ Angioni, s. 58, 59.

²⁹⁶ Alacakaptan, İşlenemez Suç, s. 75.

²⁹⁷ Türk hukukunda da tehlikenin bu yöntemle araştırılması gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bkz. Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75, B. 2, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 178.

²⁹⁸ Daragenli, s. 87.

nitelendirilebilecek olan bir görüş, somut tehlike suçlarının iki görünüm şekli olduğunu bunların da tehlikeli davranış suçları ve tehlikeli netice suçları olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki için klasik metot olan ex ante metodu uygulanabilir zira davranışın tehlikeli olduğu suçlarda davranış anına dönülerek inceleme yapmaktan daha doğal bir şey yoktur. Neticenin tehlikeli olduğu suçlarda ise araştırma ex ante olmaya devam etmekle birlikte davranış anından netice anına kaydırılmaktadır. Bu kronolojik kaydırma kendi içerisinde yargının temelini veya cezai bakımdan önem arz eden imkân seviyesinin belirlenmesi bakımından herhangi bir metot değişikliği teşkil etmez. Bununla birlikte davranış anıyla netice anı arasında yer alan ve yargılamanın temelini oluşturmaya sevk edilmiş somut koşullarda değişiklik olduğu her durumda, bu kronolojik kaydırma tehlike yargısında farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. İkinci görüş ise çok daha radikal olup ex ante yöntemi tamamen reddetmiştir.²⁹⁹

İlk görüşün şekillenmesi ve geleneksel yöntem ile yeni önerilen yöntem arasındaki karşıtlığın oraya konulması, tehlike teması üzerine yürütülen bir tartışmayla mümkün olmuştur. Somut bir olay üzerine yürütülen tartışmalar klasik yöntemin geçerliliğinin sorgulanmasını sağlamıştır. Bu olayda, posta ofisinin açık olduğu saatlerde bir terörist son derece ihtiyatlı bir şekilde bir saatli bombayı gizlice yerleştirir ve bombayı gece posta ofisinin kapalı ve kimsenin olmadığı saatte patlamak üzere ayarlar. Ancak gece yarısı bir hırsız posta ofisine girer, orada bir süre kalır, bu esnada bomba patlar ve hırsız öldürür. Bu durumu hukuken nasıl değerlendirmek gerekir?³⁰⁰

Bu tartışma üzerine bir görüşe göre söz konusu örnek, tehlikenin yani patlama anının davranış anından çok daha sonra ortaya çıkabileceğinin açık bir kanıtıdır ve davranışın etkisi olarak tehlikenin, her neticenin araştırılması için geçerli olan kurala yani

²⁹⁹ Angioni, s. 44, 45.

³⁰⁰ Ayrıca bkz. Angioni, s. 45; Ayrıca bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 115.

ex post incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla hırsızın tamamen tesadüf eseri bombanın etki alanı içerisinde olması göz önüne alınmalı ve somut olayda tehlikenin var olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak Welzel, tehlikenin patlama anında meydana geldiğini kabul etmekle birlikte araştırma yönteminin değişmemesi ve ex ante yönetime sadık kalınması gerektiğini belirtmektedir, dolayısıyla somut olayda tehlikenin varlığını reddetmektedir. Welzel'in bu görüşü, neticeli suçlarda neticenin varlığına ilişkin araştırmanın davranış anında açıklanması gerektiği sonucuna ulaştığı için eleştirilse de Welzel tehlike suçlarının neticeli suçlardan ayrı bir yerde konumlandığını, tehlike suçlarındaki tehlikenin netice olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.³⁰¹

Welzel'e karşı Koffka ve onunla aynı yönde düşünen yazarlara göreyse eğer tipik tehlike patlama anına bağlıysa, tehlikenin meydana gelmesi patlama anıyla eş zamanlıdır. Dolayısıyla tehlikeye ilişkin yargıyı açıklamak için patlama anına dönmek gerekmektedir.³⁰² Welzel'in "tehlikeye sokmak" (*Alm. "Gefährden"*) teriminin hareket anına atıfta bulunduğu iddiasına karşılık, kasten öldürme suçunda dahi kanunun hareketi (*Alm. "Töten"*) vurguladığı ancak bunun ölüm neticesinin sadece davranış anında mevcut olan unsurlar temelinde değerlendirilmesini dayatmadığı belirtilmiştir.³⁰³ Bu görüştekilere göre tehlike, davranışın neticesi olabilir ve bu netice diğer bütün neticeler gibi ex post yöntemiyle araştırılmalıdır. Bu anlamda bombanın etki alanında bir kişinin bulunabileceği dikkate alınmalı ve somut olayda bir tehlikenin ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmalıdır.³⁰⁴ Esasında Welzel'in, tehlikenin her ceza normunda düzenlenişine göre farklı bir içeriğe sahip olabileceğini, salt ontolojik bir kavram olmadığını, normatif olarak

³⁰¹ Ayrıca bkz. **Angioni**, s. 46 – 48: Ancak Angioni'ye göre Welzel'in bu açıklamaları tehlikenin netice olarak değerlendirilmesi önünde bir engel değildir.; Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 86, dn. 307.

³⁰² Bkz. **Angioni**, s. 48: Angioni'ye göre bu görüş kendi içinde daha tutarlıdır.

³⁰³ **Parodi Giusionno**, s. 321.

³⁰⁴ Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 87.

modellenebileceğini kabul ettikten sonra hepsi için tek bir modeli – ex ante modeli – kabul etmesindeki ısrarı temelsiz bulunmuştur.³⁰⁵

Welzel'e göre postane örneğinde hâkim veya alanında uzman bir gözlemci şimdiye kadar gece saat 12'de postanede kimsenin bulunmadığını tespit ettiğinde somut bir tehlikeden bahsedilemeyecektir ve hareket anında bir tehlike olmadığı sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla tesadüfen o gece hırsızın postaneye girmesi halinde somut değil soyut bir tehlike oluşmuştur. Ancak hâkim veya uzman gözlemci bazı gecelerde postanede birilerinin çalıştığını biliyorsa bu durumda somut tehlike mevcuttur. Eğer fail gece postanede birilerinin çalıştığını bilmiyorsa somut tehlikeyi de bilmiyor demektir ve bu durumda failin basit taksiri gündeme gelir. Eğer birilerinin çalıştığını biliyorsa, somut tehlikeyi de biliyor demektir. O zaman bu durumda neticeyi isteyip istememesine göre failin olası kasıtlı mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiğine karar vermek gerekecektir.³⁰⁶

Welzel, Koffka ve diğerleriyle benzer şekilde tehlikenin gerçekleştiği anın patlama anı olduğunu kabul etmesine karşılık, tehlike araştırmasının davranış anından yola çıkılarak yapılması gerektiğini belirtmektedir ve taksirli suçlardaki taksirin araştırılmasını kıyasen tehlike araştırmasına uygulamaktadır. Böylece yazar, suçun objektif bir unsuru olan tehlikenin sanki sübjektifmişçesine araştırılmasını önermekle objektif ve sübjektif unsurların araştırılma yöntemlerinin bir karmasını ortaya koymuş olmaktadır.³⁰⁷

Koffka ve diğerleri, araştırmanın *a posteriori* bir şekilde yapılmasını kabul etmektelerdir. Bu yöntemde sadece davranış anından sonra meydana gelen olgular ve

³⁰⁵ Angioni, s. 48, 49.

³⁰⁶ Bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 116, dn. 485.

³⁰⁷ Angioni, s. 49.

davranışın gerçekleştiği anda bilinemeyen olgular değil, hâkimin tehlikenin varlığı veya yokluğu konusunda kararını açıklaması anına kadar gerçekleşen bütün olaylar dikkate alınır. Bu olaylar ve olgular hâkim tarafından kullanılabilecek mevcut bütün bilgi temelinde değerlendirilmelidir. Hatta daha radikal olarak nitelendirilen bir görüşe göre, tehlikenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi anından sonraki yeni bilimsel keşifler dahi değerlendirmede bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmalıdır.³⁰⁸

X. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde Alman Raporu'nu sunan ceza hukukçusu Shröder'e göre, nedensellik ilişkisinin tehlike yargılaması alanında kural olarak bir yeri yoktur zira tehlike yargılamasında bir davranış ile netice arasındaki bağ araştırılmaz ancak bunun yerine belirli bilinen faktörlere dayanılarak şeylerin gelecekteki gelişimleri üzerine yürütülecek bir tahmin formüle edilir. Shröder'in bu görüşünün şart teorisine karşı geçerli olduğu ancak uygun nedensellik teorisine³⁰⁹ karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre uygun nedensellik bağı teorisi de öngörü temelli bir yargılamaya dayanmaktadır ve araştırma yöntemi sıklıkla tehlike yargısında da kullanılır.³¹⁰ Ancak Shröder'e göre, uygun nedensellik teorisi nedensellik muhakemesi içindeki atipik bağlantıları sorumluluk alanından dışlamayı hedefler, böylece faile sadece aynı türdeki davranışın genel tecrübe kurallarına göre belirlenen neticesini isnat etmeyi hedefler. Ancak bu kuralın tehlike suçlarına ilişkin yargılamada da uygulanması kabul edilemez. Zira bu, somut tehlike suçlarının araştırılmasına ilişkin temel ilkeyle bağdaşmaz. Somut tehlike suçlarında kanun koyucu, somut tehlikeyi yargısal bir araştırmayla bulma görevini somut olay adaleti bakımından – kanun koyucunun tehlikelilik kriterini kendisinin belirlediği soyut tehlike suçlarına nazaran – daha iyi bir

³⁰⁸ **Parodi Giusino**, s. 321, 322; **Daragenli**, s. 87.

³⁰⁹ Şart teorisi ve uygun nedensellik teorisi kavramlarıyla ilgili ayrıca bkz. **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 18, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 272 vd.

³¹⁰ **Angioni**, s. 76.

güvence sağlayacağı inancıyla hâkime yüklemiştir. Bu durumda hâkimin somut olaydaki bazı durumları atipik olarak nitelendirildikleri için değerlendirme dışı bırakması bir tür geri adım olarak nitelendirilecektir. Zira bu kabul, somut tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarına dönüşmesine yol açacaktır.³¹¹

Somut tehlike suçlarında inceleme mevcut olan bütün bilgiler temelinde yapılacak olup buna herhangi bir kısıtlama getirmenin bir anlamı bulunmamaktadır bu nedenle tehlikenin gerçekten var olduğunun en üst düzeydeki gerçeklik garantisine (Alm. “*Maximum an Wahrheitsgarantie*”³¹²) ulaşma hedefi için bir kriter geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Bu nedenle fiilden sonra gerçekleşenler – eğer meydana gelmişse zarar (ki bu daha önce bir tehlikenin meydana gelmiş olduğunu kesin bir şekilde gösterir) – dahil meydana gelen bütün olaylar göz önüne alınmalı öte yandan fiil anından hâkimin tehlikelilikle ilgili kararını açıklama anına kadar elde edilmiş bütün olgusal ve bilimsel bilgi temelinde karar verilmelidir.³¹³

Shröder’e göre her somut tehlike suçu, hâkime elindeki tüm unsurları etkili bir şekilde kullanma ve genel tecrübe kurallarının dışında olduğuna inanılan durumları da göz önüne alma yetkisi verir. Bu nedenle genel tecrübe kurallarına dayanılarak failin yararına veya zararına olan hususların göz ardı edilmesine izin verilmemelidir. Yazara göre, örneğin bir kişinin gözüne hafifçe vurmak genel olarak zarara elverişli değildir; ancak mağdur bir göz hastalığına sahipse soyut olarak zarara elverişsiz olarak nitelendirilen bu davranış zarara somut bir şekilde elverişli hale gelir. Öte yandan bir

³¹¹ Bkz. **Angioni**, s. 76, 77.

³¹² İfadeyi **W. Gallas**, *Abstrakte und konkrete Geahrdung*, cit., p. 178’den aktaran **Parodi Giusino**, s. 327.

³¹³ Ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 327.

kişinin bacağına silahla ateş etmek ona zarar vermeye elverişlidir ancak eğer mağdur bir protez bacak takıyorsa bu davranış somut olayda tehlikesiz hale gelecektir.³¹⁴

Shröder'e göre, somut tehlike suçlarına ilişkin yargılamada korunan hukuki varlık için bir tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermek adına mevcut tüm koşulların göz önüne alınması gerekmektedir. Yazara göre, tipik fiilden sonra meydana gelenler tehlikeye ilişkin yargılamayı etkileyebilir. Eğer zarar neticesi meydana gelmişse, bu zararın meydana gelmesi için tipik veya atipik bütün şartların mevcut olduğunun göstergesidir. Nitekim zarar neticesi meydana getirmiş bir durumun tecrübe kurallarına dayanılarak tehlikesiz olarak nitelendirilmesinin de anlamı yoktur.³¹⁵ Bu görüşle birlikte Shröder *condicio sine qua non (olmazsa olmaz)* teorisini benimsemiş görünmektedir. Fakat yazarın bir yandan şart teorisinin tehlike yargısında uygulanma alanı bulamayacağını iddia ederken bir yandan da *condicio sine qua non* terosini benimsemiş olması kendi içinde bir çelişki oluşturduğu için haklı olarak eleştirilmiştir.³¹⁶

Öte yandan Shröder, önerdiği ex post inceleme yönteminin fail bakımından ağır sonuçlar doğurmayacağını da belirtmiştir. Yazara göre failin sorumluluğu kast veya taksir şeklinde ortaya çıkabilen sübjektif unsurla sınırlandırılacaktır.³¹⁷ Ancak yazarın bu görüşünün ikna edici olabilmesi için, tehlikenin hiçbir zaman bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olmadığının gösterilmesi gerekmektedir.³¹⁸

Ex post yöntemle tehlikenin varlığına veya yokluğuna karar vermenin işlevsiz bir yöntem olduğu belirtilmiştir. Zira bu yöntemin uygulanması beraberinde *condicio sine*

³¹⁴ Bkz. Angioni, s. 77, 78.

³¹⁵ Bkz. Angioni, s. 78, 79.

³¹⁶ Angioni, s. 79, 80.

³¹⁷ Bkz. Parodi Giusino, s. 328.

³¹⁸ Angioni, s. 80.

qua non terosini getirecektir ve böylece zararın meydana gelmemiş olması, onu gerçekte meydana getirecek koşulların eksik olduğunu göstermeye yetecektir; böylece bu yöntemle ancak bir zararın meydana gelmiş olup olmadığı araştırılacaktır. Bu da tehlikenin kendi gerçekliği, suç tipinin bir unsuru olarak belirlendiği suçların cezai-politik ve dogmatik fonksiyonlarıyla birlikte engellenmiş olacaktır.³¹⁹

Böylece tehlikenin suçun yapısının içerisinde her yönüyle zarar neticesine denk bir netice teşkil ettiği yönündeki tezin hatalı olduğunu söylemek gerekir. Eğer bu kabul doğru olsaydı tehlike ve zararın araştırılması için aynı yöntem benimsenebilirdi ancak bu iki tip “netice” için birebir aynı kriteri kullanmak imkânsızdır.³²⁰ Zira tehlikenin varlığını tespit etmek için mevcut koşulların bir kısmından “bilinçli bir soyutlama” yapma ihtiyacı, gelecekteki bir zarar neticesinin isnat edilmesinin normatif gereklilikleri üzerine modellenen imkân/ihtimal ilişkisiyle belirlenmesi gereken tehlikenin farklı yapısını doğrulamaktadır.³²¹

Nihayetinde *ex post* yöntemine sadece taksirli suçlarda başvurulacağı belirtilmiştir. Çünkü bu suçlarda neticenin gerçekleşmemesi (ki bu genellikle bir zarar neticesidir) halinde cezai sorumluluk söz konusu olmaz.³²²

4. TOTAL EX ANTE YÖNTEMİ

Tehlikenin mümkün olduğunca somut bir şekilde tespit edilmesi gerekliliği, yargılamanın temelinin olağan – olağandışı ayrımı yapmaksızın ontolojik olarak var olan

³¹⁹ **Parodi Giusino**, s. 328; Benzer yönde eleştiri için bkz. **Grasso**, s. 700, 701; **Zincani**, s. 206.

³²⁰ İkinci bölümde ayrıntısıyla inceleneceği üzere neticenin doğalcı anlayışı benimsendiğinde tehlikeyi bir netice olarak kabul etmek de son derece zor bir hale gelmektedir. Bu konuda bkz. **Öntan**, s. 282, 283. Ancak neticenin doğalcı anlayışı benimsenerek de somut tehlike bir netice olarak kabul edilebilir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. §2/III.

³²¹ **Parodi Giusino**, s. 328, 329; Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 91, 92.

³²² **Penso**, s. 10, 11.

bütün koşulları içerecek şekilde genişlemesini şart koşuyor gibi görünmektedir. Öte yandan ex post inceleme yapma yasağı sebebiyle, araştırmanın konusu olan koşulların tipik fiilin gerçekleştiği yani her halükârda tehlikenin referans noktası olan zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı andan zamansal olarak daha önce bulunan koşullar olduğu söylenmelidir. Zira ex post inceleme, neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğine odaklanması itibarıyla bir ihtimal değil kesinlik yargısıdır ve tehlikenin yapısına uygun bir değerlendirme yöntemi değildir.³²³ Bu anlamda araştırılma anları ne olursa olsun, fiil anında mevcut olan yani tehlike yargısının konusunu teşkil eden netice veya davranışı karakterize eden veya bunlara eşlik eden bütün koşulların yargılamanın temelini oluşturdukları söylenebilir. Dolayısıyla önemli olan, yargılamanın temelini oluşturan koşulların ne zaman öğrenildiği değil ne zaman meydana geldiğidir.³²⁴ Ayrıca bu koşulların bilinmelerinin veya genel olarak bilinebilir olup olmadıklarının da bir önemi yoktur.³²⁵

Daha en baştan suç tipinin amaca uygun yorumundan çıkartılan veya normun kendi ifadesinden kaynaklananlar hariç³²⁶ her türlü soyutlama bertaraf edilerek ve aynı zamanda yargılamanın temelini fiil anında mevcut olan bütün verilerle sınırlayarak bu mesele çözülebilir. Metodolojik olarak bu sınırlama zorunludur çünkü ancak bu yöntemle zararın varlığı veya yokluğuna bakılmadan tehlike üzerine bir tahmin yürütülebilir. Böylece bu yöntem ex post yönteminden ayrılır ve ‘total ex ante (It. *base ontologica totale ex ante*)’ adını alır.³²⁷

³²³ **Zincani**, s. 206.

³²⁴ **Angioni**, s. 98, 99.

³²⁵ **Parodi Giusino**, s. 343.

³²⁶ **Parodi Giusino**, s. 343.

³²⁷ **Angioni**, s. 102, 103.

Ex ante metodun yargılamanın temelini davranış anında bilinebilir olan ve fail tarafından bilinenlerle sınırlamış olması, yani mevcut olup bilinebilir olmayan unsurları dışlaması, söz konusu unsurların zararı önlediği durumlarda ex ante metodun failin aleyhine sonuçlar doğurabileceği eleştirileriyle karşılaşmıştır. Dolayısıyla öğretiyi total ex ante yöntemi üzerine düşünmeye iten bir durumun da bu olduğu söylenebilir.³²⁸

Esasında somut tehlikenin araştırılması yönteminin iyileştirilmesi ve rasyonel zemininin kuvvetlendirilmesi niyeti, söz konusu araştırmanın pek çok noktasında etkililik göstermiştir; öncelikle suçun objektif unsuru olan tehlikenin, sübjektif isnat kriteri olan ve taksiri karakterize eden riskten ayrılmasına vesile olmuştur. Örneğin İCK m. 450³²⁹ (TCK m. 180) hükmündeki düzenleme gibi taksirli bir somut tehlike suçunda tehlike, taksirin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemle araştırılmazsa bu iki unsurdan birisi gereksiz olacaktır.³³⁰

Öte yandan ex post teorinin zararın varlığına ya da yokluğuna indirgenmiş yöntemini yumuşatmak adına Horn tarafından ortaya konulan “ontolojik teori”³³¹ kapsamında ihlal, cezalandırılabilirliğin objektif şartına indirgenir ve Horn’a göre, suçun unsuru olan tehlike davranışın bir niteliği olarak ortaya çıkmışsa taksirle birlikte belirlenir.³³²

Fiil anında mevcut ontolojik verilerle yargılamanın temelini sınırlandırmak, fiil anından sonraki bütün olguları dikkate almamayı gerektirmez. Bir şeyin varlığı üzerine

³²⁸ **Zincani**, s. 206.

³²⁹ **ICK m. 450**: “Her kim kendi taksirli hareketi veya ihmaliyle bir demiryolu felaketine, sele, gemi kazasına ya da bir gemi veya yüzer bir yapının batması tehlikesine yol açar ya da bu tehlikenin devam etmesine sebep olursa, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

³³⁰ **Canestrari**, “Reato di pericolo”, s. 5.

³³¹ Ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 329 vd.

³³² Ayrıca bkz. **Canestrari**, “Reato di pericolo”, s. 5.

yapılan yargılama teorik olarak ya kesinlik ya imkân-ihimal ya da imkânsızlık üzerine olabilir. Bu sonuncu halde söz konusu koşul imkânsız olduğu için ne önce ne de sonra var olabilir ve dolayısıyla hiçbir şekilde tehlike yargılamasının konusunu teşkil edemez. Eğer bir koşul tecrübe kuralları ve mevcut koşullar çerçevesinde kesinse bu ya mevcut durumun doğal bir yansımasıdır ya da mevcut koşuldan bağımsız olmakla birlikte zihinsel düzeyde gerçekleşmiş durumdadır. Bu durumda gelecek mevcut koşula içkin bir haldedir dolayısıyla fiil anında mevcut gibidir ve yargılamanın temelinde bir değişikliğe sebep olmaz. Örneğin bugün cumartesiye yarının pazar olması zorunludur çünkü her cumartesi gününü pazar günü takip eder. Öte yandan muhtemel gelecek koşullar değerlendirmenin temeline dahil edilmemelidir çünkü bunlar tipik fiilin ötesine geçecektir.³³³

Tehlike yargısının konusunu oluşturan fiil, kural olarak, farklı zamanlarda gerçekleşebilen pek çok unsurun bir araya gelmesiyle oluşur, dolayısıyla bu geçmiş olayın zamansal birlikteliğini tespit etmek gerekmektedir. Bu işlemin pratik olarak büyük bir önemi bulunmaktadır zira yargının temelini teşkil eden bu çerçeve, zamanın akışı içinde evrilir ve sürekli olarak kendi içeriğini değiştirir. Bununla birlikte öngörü için seçilen ana bağlı olarak yargılamanın sonucu değişebilir ve hatta tam tersine dönebilir (“tehlike vardır” kararından “tehlike yoktur” kararına dönmek gibi).³³⁴

Tehlike unsuru, ilişkili olduğu zararlar birlikte meydana gelmeksizin ne kadar yoğun bir şekilde meydana gelirse daha çok genel önleyici bir fonksiyonu haiz olur. Buradan yola çıkarak, amaca uygun bir perspektifle tehlike yargısının belirlenme anının seçimi, ilişkili olduğu zarar eş zamanlı olarak gerçekleşmeksizin, tehlikenin var olma olasılığını ve bu olasılığın gerçekleşme sıklığını artıracak kriterlere dayanmalıdır.³³⁵ Bir

³³³ Angioni, s. 104 vd.

³³⁴ Angioni, s. 184, 185.

³³⁵ Angioni, s. 187.

başka deyişle hakim, zarar neticesinin gerçekleşme riskinin en yüksek olduğu anı seçecektir.³³⁶ Hakim tarafından fiil anı olarak seçilen an tehlikenin davranışın bir varsayımı olduğu ya da davranışın kendisini nitelediği yahut davranışın maddi konusunun bir özelliği olarak ortaya çıktığı hallerde davranış anı³³⁷; davranışın bir sonucu olarak ortaya çıktığı hallerde bu sonlanma anı; tehlikenin ortaya çıkmasının belirli bir süre ötelendiği hallerde de (saatli bomba örneklerinde olduğu gibi) davranış anıyla sonlanma anı arasındaki bir zaman tehlike değerlendirmesini gerçekleştirmek için seçilebilir. Bu hallerde davranış anıyla sonlanması anı arasına zarar neticesinin ortaya çıkmasını engelleyen bir durum girmişse (örneğin saatli bombanın patlamadan önce bulunup etkisiz hale getirilmesi) değerlendirme anı olarak davranış anıyla zarar neticesini engelleyen bu an arasındaki bir an seçilebilir böylece davranışın tehlikeli olduğu sonucuna varılır. Eğer bu engel anından sonraki bir an seçilseydi bu engelleme ontolojik bir veri olarak dikkate alınacak ve tehlikenin reddedilmesi gerekecekti.³³⁸ Ancak tehlikeye ilişkin bir karar verilebilmesi için hâkim seçebileceği birden ziyade an arasından en sakıncalı ana ilişkin öngörüü içeren anı seçmelidir. Bu kriter, tehlikenin davranışın mı yoksa neticenin mi bir özelliği olarak ortaya çıktığının tam olarak anlaşılamadığı durumlardaki şüpheleri gidermek için de kullanılacaktır.³³⁹

Zincani'ye göre de araştırmada kullanılacak kriter mevzuunda, zararın öngörülebilirliği, fiil anında mevcut olan tecrübeye ve en ileri bilime göre belirlenmelidir.

³³⁶ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 4.

³³⁷ **Parodi Giusino**, s. 344.

³³⁸ **Angioni**, s. 188 vd.

³³⁹ **Parodi Giusino**, s. 345; Öğretide bu yöntem “hafifletilmiş ex post” yöntemi olarak da anılmaktadır. Buna göre failin davranışından sonraki – ancak mutlaka hâkimin kararı vermesinden önceki – bir anda korunan hukuki varlığın gerçek anlamda bir krize sokulup sokulmadığı sorgulanmalıdır. Bu konuda bkz. **Grasso**, s. 701

Bununla kastedilen (zorunluluğa veya imkansızlığa dair) evrensel olarak geçerli bilimsel yasalar ya da istatistik ya da olasılık kuralları ve fail tarafından bilinen muhtemel harici bilgilerdir. Bilgi, fiil anında (davranış veya tehlikeli netice suçları için netice) mevcut olan keşiflere referans vermelidir; sonradan getirilen bilgiler (hâkimin karar anında sahip olduğu), hiçbir tehlikeyi öngöremediği ve bu anlamda dikkatli bir şekilde hareket etmediği durumların faile yüklenmesi anlamına gelecektir.³⁴⁰

Bununla birlikte gelecek ve muhtemel koşullar değerlendirmeye alınır ve aslında her zaman da değerlendirilmelidir. Hâkim hükmünü oluştururken ve verirken, ihtimal tablosunu olası gelişimi içerisinde tasavvur etmeli ve sonra göstermelidir. Tehlikeye ilişkin kararını açıklayacak olan hâkim, zararın meydana gelmesine veya gelmemesine giden en uygun süreci açıklamalı ve bu bağlamda gelecek muhtemel koşulları göstermelidir. Ancak bu sürece şekil veren gelecek koşullar, mevcut koşullar gibi olgusal bir veri olamazlar ancak hipotez düzeyinde kalabilirler ve böylece mevcut koşullardan farklı bir şeyi temsil ettikleri doğrulanmış olur. Dolayısıyla muhtemel gelecek koşullar, en muhtemel addedilen gelecekteki nedensel süreci göstermesi gerekli olan açıklamayı etkilemelidir. Ancak bu koşullar öngörünün (prognosi) ayrıldığı o kesin temelin bir parçasını oluşturamaz. Böylece gelecek koşullar kendi başlarına göz önünde bulundurulmazlar; yargılamanın temelinin bir parçasını teşkil edemezler; ancak mevcut koşulların açıklanmasında kullanılabilirler. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere davranış anında mevcut olup değerlendirmeyi etkileyebilecek nitelikteki koşulun ne zaman öğrenildiği değil ne zaman var olduğu önemlidir. Dolayısıyla hâkim bulunduğu pozisyon itibarıyla daha sonra öğrenmiş olduğu bilgiyi davranış anında var olan bir koşulun ortaya çıkartılmasında kullanabilir.³⁴¹

³⁴⁰ **Zincani**, s. 207.

³⁴¹ **Angioni**, s. 108 – 110.

Somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin total ex ante yöntemine (*prognosi ex ante in concreto a base totale*) göre yapılması gerektiğini belirten bir diğer görüşe göre, hâkim her şeyden önce geçmişe bir yolculuk yapmalıdır yani hâkim ideal olarak tehlikeliliği söz konusu olan davranış veya neticenin meydana geldiği ana geri gitmelidir. Hâkim öngörü (prognos) formüle etmek için yargılama anında mevcut olan, failin söz konusu davranış veya netice göz önüne alındığında korunan varlığa zarar gelmesinin muhtemel olup olmadığını söylemesini sağlayacak her türlü bilimsel veya duruma ilişkin ek ve arızı bilgisi de dahil olmak üzere, bilimsel bilgiler ve fiili durumlara ilişkin maksimum bilgiyi kullanmalıdır. Nihayetinde öngörüye dayalı (prognostik) yargılamanın temeli olarak hâkim davranışın gerçekleştirildiği veya neticenin meydana geldiği anda mevcut olan tüm koşulları göz önüne almalıdır. Bu kriterleri takip ederek hâkim somut olayda korunan hukuki varlığın zarara uğrama tehlikesinin meydana gelip gelmediğini tespit edecektir.³⁴² Dolayısıyla bu görüş, değerlendirmede kullanılacak bilginin maksimum bilgi olması gerektiğini belirtmekle birlikte değerlendirme için seçilebilecek anları davranış ve neticeyle sınırlandırması sebebiyle değerlendirmenin “total ex ante” yöntemiyle yapılması gerektiğini belirten diğer görüşlerden ayrılmaktadır.

Grasso’ya göre de yargılamanın yapılması için seçilen anda – fiil anı – var olan bütün koşullar o anda fail tarafından bilinebilir olmasalar ve sonradan öğrenilmiş olsalar dahi göz önünde bulundurulmalıdır; ancak fiil anı olarak belirlenen andan sonra gerçekleşen olaylar yargılamada göz önüne alınmamalıdır. Bu tür bir yargılama, geçmişe yönelik, somut ve öngörüye dayalı olarak nitelendirilebilir. Geçmişe yöneliktir çünkü yargılamanın yapıldığı andan önceki bir ana gidilerek yapılır; somuttur çünkü o anda – sonradan öğrenilseler dahi – var olan bütün koşullar temelinde yapılır ve öngörüye

³⁴² Marinucci – Dolcini – Gatta, s. 284.

dayalıdır çünkü konu olarak gelecekteki (fiil anı olarak seçilen ana nazaran) olaylar üzerine bir öngörüye sahiptir.³⁴³

Grasso, Angioni'nin aksine, yargılama anı olarak davranış anından sonraki bir anın seçilmesi ve seçilen bu anda var olan bütün koşulların göz önüne alınması sebebiyle bu yargılamayı ex post olarak nitelendirmeyi daha doğru bulmaktadır. Yazara göre zarar neticesi gerçekleşmişse somut tehlikenin varlığını doğrulamak gerekir çünkü bu, zararın ilk basamağını (Alm. “*Vorstufe*”) teşkil eder ve zarara içkindir. Bununla birlikte zarar neticesi meydana gelmemişse, neticenin meydana gelmesini engelleyen sonraki faktörler hukuki varlığın “krize” girmiş olma durumunu dışlamazlar. Bu faktörler somut tehlikeyi ancak müdahalelerinin (tehlike yargısının gerçekleştirilmesi için seçilmiş anda) muhtemel olduğu durumlarda dışlarlar. Buna göre bir valize gizlenip de trene yerleştirilmiş saatli bombanın bulunmuş olması, mevcut kontroller onun bulunmasını muhtemel kılmadığı sürece, somut tehlikenin varlığını dışlamaz.³⁴⁴

Söz konusu teorinin ex ante veya ex post olarak nitelendirilmesi bir terminoloji meselesi olup esasa çok büyük bir etkisi bulunmamaktadır. Ex post teorinin çağrıştırdığı olumsuz anlamlar sebebiyle “hafifletilmiş ex post” yerine “total ex ante” terimini kullanmak daha yerinde olacaktır. Öte yandan Grasso'nun ortaya koymuş olduğu düşüncelere kural olarak katılmakla birlikte, zarar neticesinin meydana geldiği her durumda somut tehlikenin de meydana gelmiş olduğunu kabul etmek için zarar neticesiyle failin davranışı arasında illiyet bağının bulunması gerektiğini belirtmemiz gerekir. Zarar neticesinin davranıştan başka sebeplerle meydana geldiği durumlarda somut tehlikenin de evleviyetle gerçekleştiğini kabul etmek yerine, bağımsız bir şekilde araştırılması gerekmektedir. Öte yandan tehlikenin meydana gelmesini önleyen

³⁴³ Bkz. Grasso, s. 701, 702; Zincani, s. 206.

³⁴⁴ Grasso, s. 702.

sebeplerin muhtemel olduğu durumlarinsa suçun tamamlanması için gereken tehlikeyi engellediğini; ancak suça teşebbüs hali için gereken tehlikenin devam edebileceğini belirtmemiz gerekir.

Total ex ante yönteminin, katı bir *a posteriori* yöntemi reddetmesi olumlu bulunmuştur. Zira Alman öğretisinin bir kısmı tarafından da kabul edilen bu *a posteriori* yöntemin nihayetinde bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırdığını bunun da gelecekteki bir neticenin gerçekleşmesine ilişkin “imkân/ihtimal ilişkisi” teşkil eden tehlikenin özüyle bağdaşmadığı belirtilmiştir.³⁴⁵

Öte yandan, bu teorinin açıkça vurguladığı üzere suçun objektif bir unsuru olan tehlikenin araştırılmasında kanunun belirttiklerinin ötesinde sınırlara dayanamaz. Kanunun belirttiği sınırların içinde, hâkim tarafından belirtilen tipik ana bağlı olarak zaman zaman değişen bir kriter kullanmaya gerek olmaksızın bütün koşulların göz önünde bulundurulması gerekir.³⁴⁶

Bu iki olumlu hususun yanı sıra total ex ante yöntemi de eleştirilerden kaçamamıştır. Bu eleştirilerden ilkinde göre, tipik fiil anı ile fiilin sonlanması (l’epilogo) anı arasında bir zaman aralığı bulunmayan durumlarda tehlike değerlendirmesinin mevcut bütün durumlar göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi belirsizlik marjı kabul etmeyen ex post değerlendirmeye tekabül etmektedir. Dolayısıyla bu vakalarda total ex ante yöntemi saf ex post yöntemiyle aynı sonuca varmaktadır.³⁴⁷ Öte yandan bu yöntem olay anından sonraki bilgileri dikkate aldığı için ex post bir yöntem olarak nitelendirilebilecektir. Ayrıca ilgili verilerin seçiminde bazı düzeltici kriterler kabul edilmezse hâkimin son an (l’epilogo) hariç bütün koşulları göz önünde bulundurması

³⁴⁵ Parodi Giusino, s. 346.

³⁴⁶ Parodi Giusino, s. 346, 347.

³⁴⁷ Ayrıca bkz. Canestrari, “Reato di pericolo”, s. 5.

gerekirken olayların gerçekte nasıl geliştiğinden etkilenmemeyi başarması pratik olarak imkânsızdır.³⁴⁸

İkinci ve daha önemli eleştiri ise tipik fiil anı olarak belirlenip tehlikenin ortaya konulacağı ana ilişkindir. Amaca uygun bir şekilde en sakıncalı durumun öngörüldüğü ana tekabül eden anın seçilmesi kriteri, bu teorinin kabul ettiği tehlike yargısının maksimum somutluğa ulaşması gerekliliği ile bağdaşmamaktadır. Zira maksimum somutluk gerekliliği ışığında, zarar verici davranışın gerçekleşme imkânı ortaya konulmuş ancak zarar verici davranışın etkisi sona ermeden önce araya giren ve zararı dışlama kapasitesi bulunan koşulların neden göz önüne alınmadığı anlaşılamamaktadır. Somutluk ilkesi temelinde, göz önüne alınması gereken an, en sakıncalı durumun öngörüldüğü değil, en eksiksiz yani sona (l'epilogo) en yakın olan an olmalıdır.³⁴⁹

Kasten yaralama suçunun cezasının artmasını gerektiren bir hal olarak fiilin yaralanan kişinin hayatını tehlikeye koyacak bir hastalığa sebep olması (İCK m. 583/1 – TCK m. 87/1-d, m. 87/2-a) nitelikli hali bağlamında örneğin merkezden uzak bir yerde seyahat ettiği için antibiyotikler o anda kendisi için ulaşılabilir olmayan ve zamanında antibiyotiklerle tedavi edilmezse yaranın ölüme sebep olabilecek kapasitede bir enfeksiyon kapıldığını düşünelim. Eğer acil servis hizmeti müdahale etmeyi başarır ve enfeksiyonu tedavi edebilecek antibiyotikleri ulaştırırsa tehlikenin varlığına ilişkin ne demek gerekecektir? En sakıncalı durumun öngörüldüğü an kriteri uygulanırsa tehlikenin varlığını doğrulamak gerekecektir. Eğer total ex ante yöntemi katı bir şekilde uygulanırsa antibiyotiklerin mevcut durumunu değiştirdiğinden yola çıkılarak neden tehlikenin bulunmadığı sonucuna ulaşılmasın? Parodi'ye göre bu örnekte somut bir tehlikenin meydana gelmiş olduğu reddedilemez; ancak bu sonuca ulaşmak için değerlendirilecek

³⁴⁸ Parodi Giusino, s. 347, 348.

³⁴⁹ Parodi Giusino, s. 349, 350.

koşulların ilgisine, mevcut bütün koşulların (total ontolojik temel) göz önünde bulundurulmasıyla ulaşılan sonucu düzeltmeye izin verecek bir sınırlama getirmek zorunludur. Bu düzeltici kriter de zararı önleyen mevcut koşullardan kesinlikle veya yüksek ihtimalle öngörülebilir olmayanların değerlendirmede göz önüne alınmaması şeklinde olmalıdır.³⁵⁰

5. DEĞERLENDİRME

Şimdiye kadar anlatılan yöntemlerin değerlendirmesine geçmeden önce, tehlikenin normatif bir kavram olması ve bunun sonuçları üzerine sunulmuş bir görüşü de incelemek gerekmektedir. Tehlike kavramının genel tanımında tehlikenin bir ihtimal ilişkisi olmasının yanı sıra aynı zamanda normatif bir kavram olduğu da belirtilmektedir. Bu normatif olmayla kastedilen suçun kurucu unsurlarıyla hukuk normu arasındaki gibi bir ilişki değildir. Daha ziyade, tehlike kavramının ceza kanunu tarafından farklı anlamlarda kullanılması değişmez bir tanımının verilememesidir. Kavramın normatif karakteri, tehlikeye suçun yapısı içerisinde zaman zaman farklı fonksiyonları karşılama görevi yükleyen ceza normlarına atıfta bulunularak bu farklı anlamlara ulaşılabilmesini ifade eder.³⁵¹ Öğretide de çoğunlukla kabul edilen görüşe göre ceza hukukunda tek bir tehlike kavramının bulunmadığı ve örneğin zorunluluk hali düzenlemesindeki tehlike ile somut tehlike suçlarındaki tehlikenin aynı olmadığı ifade edilmektedir.³⁵²

Normatif bir kavram olan tehlikenin ceza normunda nasıl düzenlendiğine ve hangi fonksiyonu üstlendiğine bağlı olarak araştırılmasında kullanılan yöntemin de değişeceği

³⁵⁰ Parodi Giusino, s. 350, 351, dn. 80.

³⁵¹ Parodi Giusino, s. 205, 206.

³⁵² Bkz. Zeynel Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 230 vd.; Ayrıca bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 53, 54.

iddia edilmiştir. Örneğin İCK'da yer alan işlenemez suç düzenlemesine göre³⁵³ (TCK'da işlenemez suça ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır), korunan hukuki varlık için fiilin tehlikeliliğinin mutlak yokluğu gerekliliğini ifade eden davranışların elverişsizliğinin ex-ante yöntemle, konunun yokluğunun ise ex post yöntemle araştırılacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte teşebbüste davranışların elverişliliği ise her zaman ex ante yöntemle araştırılacaktır. Tehlikenin varlığını gerektiren hukuka uygunluk nedenlerinde ise (yasal savunma ve zorunluluk hali) kişiye yönelik haksız bir saldırının veya ağır bir zararın gerçekleşme aşamalarında olduğu, kişinin maruz kaldığı ihlalin tamamlanmasını önlemek için kendisini savunduğu veya zarardan kaçındığı anda da tehlikenin olabileceği kabul edilmektedir. Bu durumlarda tehlike araştırmasının amaca uygun sonuçlar vermesi adına a posteriori yöntemle gerçekleştirilmesi gerektiğine inanılmaktadır. Bu durumda a posteriori bir inceleme sonucunda tehlike ex ante inceleme sonucunda bulunandan daha fazlaysa süje hukuka uygunluk nedenlerinin objektifliği gereği her zaman bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır; tam tersi durumdaysa, süjenin hukuka uygunluk sebeplerinde hataya ilişkin düzenlemelerden yararlanabileceği belirtilmektedir.³⁵⁴

Tehlikenin normatif bir kavram olduğu ve ceza normunun içerisinde farklı fonksiyonları karşılayacak şekilde düzenlenebileceği görüşüne katılıyoruz. Ancak bu durum tehlikenin düzenlenmesine göre farklılık gösteren yöntemlerle araştırılmasını gerektirmemektedir. Nitekim aktarılan görüşün ileri sürdüğü örnekler de öğretilde karşılık bulamamış görünmektedir. Suçun konusunun yokluğu sebebiyle ortaya çıkan işlenemez suç hallerinde konunun yokluğunun davranışın elverişsizliğinde olduğu gibi ex ante incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, konunun yokluğunun ex post

³⁵³ İCK m. 49/2: “Hareketin elverişsizliği veya konusunun yokluğu sebebiyle zararlı ya da tehlikeli neticenin meydana gelmesi imkansız olduğunda, cezalandırılabilirlik de ortadan kalkar.”

³⁵⁴ Parodi Giusino, s. 206 – 208.

incelenmesi olayın sübjektif ve belirtici yönünün yanı sıra objektif tehlikeliliğini ihmal etmektedir. Bunun sonucunda da işlenemez suçun alanı, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını daraltarak genişlemektedir.³⁵⁵ Ayrıca meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasında da öğretide çoğunlukla kabul edilen görüş, birincisi için savunma zorunluluğunun³⁵⁶ ikincisi için tehlikenin mevcut olup olmadığının³⁵⁷ ve tehlikeden başka suretle korunma olağanının bulunup bulunmadığına yönelik incelemenin³⁵⁸ ex ante yöntemle yapılacağıdır.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, bazı tehlike suçları nicel eşik değerlerin aşılması üzerine kurulabilir. Bu durumlarda suç tipinin tanımlanmasında kanun koyucu, aynı kanunun eklerine³⁵⁹, yerel otoritelerin veya kamu idarelerinin genel ve soyut düzenlemelerine atıfta bulunarak aşılması halinde fiilin korunan hukuki varlık bakımından tehlikeli olacağına inanılan nicel bir eşik için sayısal bir parametre belirleyebilir. Bu nicel eşiğin öngörülmesi, temeli çoğunlukla kanun koyucu tarafından gerçekleştirilen bir menfaatler dengesi çalışmasıyla mümkün olur. Bu aşamada ceza

³⁵⁵ **Alacakaptan**, s. 124, 125.

³⁵⁶ Ayrıca bkz. **Önder**, C. II – III, s. 193 – 195; **Öztürk – Erdem**, s. 276; **Aykut Ersan**, Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, On İki Levha Yay., İstanbul 2013, s. 42; **Hilal Düzenli**, Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma, Turhan Yay., Ankara 2020, s. 100, 101.

³⁵⁷ **Kangal**, Zorunluluk Durumu, s. 234 vd.

³⁵⁸ **Veli Özer Özbek – Koray Doğan**, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, DEÜHFD., C. 9, S. 2, Y. 2007, s. 211; **Elif Bekar**, Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 106.

³⁵⁹ Buna örnek olarak İtalyan Çevre Kanunu’nun 137/5 maddesinde düzenlenen suç tipi verilebilir. İlgili düzenlemeye göre endüstriyel atık su tahliyesi esnasında mevcut Kararnamenin 5 numaralı Ek’inin 3 numaralı tablosundaki veya toprağa tahliye halinde 4 numaralı tablodaki eşik değerlerini aşan kişi ... cezalandırılır.

normuyla korunan menfaat, kanun koyucunun korunan menfaat lehine tamamen vazgeçemeyeceği bir başka menfaatle karşılaştırılır.³⁶⁰

İtalyan Trafik Kanunu'na göre alkol etkisi altında araç kullanmak ancak sürücünün alkol oranının kanun tarafından belirlenmiş nicel eşiği – bir litre kanda 0,8 gram alkol (0,8 promil) – aştığı hallerde ceza hukuku bakımından önemli bir davranış haline gelir. Karayolları Trafik Kanunu m. 48/6 hükmüne göre de “*Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası*³⁶¹ *hükümleri uygulanır.*”. Bu anlamda kanun koyucu alkol etkisi altında araç kullanımını düzenlerken kandaki belirli orandaki alkolün trafiğe katılanlar için normalde tehlikeli olacak psiko-fizik bir değişikliği tayin ettiğine inanmaktadır.³⁶² TCK m. 179/3 ve KTK m. 48/6 hükmü birlikte değerlendirilerek bir kişinin 1.00 promilin üzerinde alkollü araç kullanması halinde başkalarının hayatı, sağlığı ve malvarlığı açısından bir tehlikenin ortaya çıktığı normatif olarak kabul edilmektedir.³⁶³

Tehlikenin normatif olarak kabul edildiği bu katı düzenlemelerde başkaca bir araştırma yapmak mümkün değil midir? Eşik değerin aşılması aynı zamanda ihlalin de gerçekleştiğini mi göstermektedir? İtalyan Anayasa Mahkemesi, uygulayıcıya bu normların sadece bir kısmının somut tehlike suçu şemasına göre yeniden

³⁶⁰ **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 286.

³⁶¹ TCK m. 179/3: “*Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*”

³⁶² **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 286.

³⁶³ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 55, Yazar bu suçta somut bir tehlike olduğunu iddia etse de ilgili düzenlemenin bir soyut tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz. Eşik değerin aşılp aşılmadığına ilişkin tespit bir somut tehlike tespiti olmayıp tipik davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir tespittir.

modellenmesinin yolunu göstererek ihlal prensibini genişletmiştir. Mahkeme'ye göre ihlal edicilik kural olarak fiilin düzenlenmesine dahil edilmelidir. Ne var ki, normun zorunlu olarak soyutlanması sebebiyle tipiklikle ihlal arasında bir boşluk meydana gelebilir. Bir başka deyişle katı nicel kriterlerin kullanımı, somut olarak ihlal edici olmayan fiillerin her zaman tehlikeli olduklarının düşünülmesine sebep olabilir.³⁶⁴

İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne göre eşik değerin çok az bir oranda aşıldığı hallerde tipiklik ile ihlal arasında bir boşluk bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre bu hallerde hâkimin ilk görevi, somut davranışın ihlal edici olmak zorunda olması gerektiği ilkesinin sunduğu genel yorum kriterlerinin ışığında, eşik aşımının çok az bir oranda olup olmadığını tespit etmektir. Eğer eşik aşımı çok az bir orandaysa, failin davranışının korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olmadığı ve sonuç olarak cezaen önemli davranışlar alanının dışında konumlandığı tespit edilmiş olacaktır. Böylece örneğin toprağa tahliye edilen atık suyun tabloda belirtilen eşik değerden birkaç gram yüksek olması durumunda davranış, kamu sağlığı bakımından tehlikesiz olduğu gerekçesiyle ceza hukuku bakımından önemsiz kabul edilebilecektir.³⁶⁵

Görüldüğü üzere tehlikenin varlığının normatif kriterlerle kabul edildiği hallerde dahi bir tehlike araştırması yapmak zorunludur. Hâkim ceza normu tarafından korunan varlığın ihlal edilip edilmediğini her somut olayda incelemeli, salt normatif eşik değerleri baz alarak tehlikeyi varsaymamalıdır. Tehlikeyi varsaymak kanun koyucunun görevi, onun varlığını kanıtlamak hâkimin görevidir. Hâkimin bu görevi somut tehlike suçlarında şimdiye kadar anlattığımız araştırma yöntemleriyle somut tehlikeyi tespit etmek şeklinde belirginleşirken, soyut tehlike suçlarında da korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmış olduğunu, yani tehlike şeklindeki ihlalin gerçekleşmiş olduğunu göstermek şeklindedir.

³⁶⁴ **Marun Ricci – Dolcini – Gatta**, s. 286, 287.

³⁶⁵ **Marun Ricci – Dolcini – Gatta**, s. 287.

Hâkim davranışın elverişliliğini araştırarak korunan hukuki varlığın ihlal edilmiş olup olmadığını göstermekle mükelleftir.³⁶⁶

Ex ante değerlendirmede tehlikenin kaynağı olarak ele alınan davranış anına gidilir ve davranış anından sonra meydana gelmiş bütün durumlar davranış gerçekleştiği anda mevcut olan suç fiilinin unsurlarına atıfta bulunsa bile – davranış anından sonra öğrenilmiş yeni bilgi gibi – bir kenara bırakılır. Bu perspektifte somut tehlike suçlarındaki cezalandırmanın kaynağı sadece korunan hukuki varlığın bir zarar imkânına maruz kalması değildir; aynı zamanda failin sübjektif tehlikeliliği ve niyetidir. Cezalandırmanın kaynağı böylece ceza normunun yapılmamasını emrettiği davranışın değersizliğinde yer almaktadır. Esasında, söz konusu davranışın gerçekleştiği andan sonra ortaya çıkan koşullar ve bilgiler bir hukuki varlığın zarar görme imkânının objektif olarak bulunmadığını ispatlıyorsa, failin tehlikeliliği veya davranışın değersizliğinden başka bir cezalandırma temeli kalmamaktadır. Bu şekilde ceza normunun emredicilik fonksiyonuna yani hukuki varlıklara zarar vermekten veya tehlikeye atmaktan kaçınacak şekilde insan davranışlarını yönlendirme kapasitesine üst düzey bir önem atfedilmiştir. Fakat bu yapılırken davranış kuralına itaatsizlik üzerine ortaya çıkan değersizlikle hukuki varlığın objektif olarak tehlikeye atılmamış olması hali arasında ortaya çıkabilecek muhtemel uyumsuzluk göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla bu yöntem ihlal içermeyen

³⁶⁶ Bununla birlikte soyut tehlike ile varsayılan tehlike arasında ayırım yapan bir görüşe göre, varsayılan tehlikede hâkim tehlikenin varlığı üzerine bir araştırma yapmaktan muaf tutulmuştur; öte yandan soyut tehlike suçlarında ise hâkim fiilin genel bir ihlal (*offensività*) edici niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu anlamda soyut tehlikenin tespitinde çeşitli genellemeler ve soyutlamalarla bazı somut koşullar hesaba katılmalıdır. Bkz. **Azzali**, s. 1337. Varsayılan tehlike suçu kavramına ilişkin değerlendirmeler ayrı bir başlık altında yapılacağı için bu aşamada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

davranışları cezalandırma riskini barındırmakta ve müeyyidenin suç fiili ile orantılı olması gerektiği ilkesini ihlal etmektedir.³⁶⁷

Ex post yönteminde ise araştırma, tehlikenin ilişkili olduğu zarar neticesinin gerçekleşmiş olup olmadığına indirgenmektedir. Böylece zarar gerçekleşmişse evleviyetle tehlikenin de gerçekleşmiş olduğu; zarar gerçekleşmemişse tehlikenin de zaten hiç var olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Böylece ex post inceleme yöntemi gerçekten de tehlikenin varlığını değil, zararın varlığını araştırmaktadır. Her ne kadar öğretideki birtakım görüşler, davranıştan sonra ortaya çıkıp da zararın meydana gelmesini veya gelmemesini sağlayan tesadüfi koşulların dışlanmasını önererek teoriyi yumuşatmaya çalışsa da neyin tesadüfi koşul sayılıp sayılmayacağı, teorinin uygulanmasını belirsiz hale getirmektedir.³⁶⁸

Eğer tehlike, suçun objektif bir unsuruyorsa diğer objektif unsurlar gibi araştırılmalıdır. Ancak Angioni'nin de belirttiği üzere tehlike kavramının belirsiz karakteri sebebiyle birtakım sınırlamalar zorunludur. Bu anlamda öncelikle tehlikeli davranışın etkisi, bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığı değerlendirmede dikkate alınmamalıdır.

Belirtmemiz gerekir ki tehlikeye ilişkin yargılama, nedensellik yargısından farklıdır zira nedensellik yargısı meydana gelmiş bir davranış ile meydana gelmiş bir netice arasındaki ilişkiyi incelerken; tehlike yargısı meydana gelmiş bir davranış/durum ile meydana gelip gelmeyeceği belli olmayan bir zarar neticesi arasında kurulan³⁶⁹ ihtimal ilişkisidir. Ancak tehlike yargısı da nedensellik yargısı gibi bilimsel bilgi temeli üzerine kurulur. Zarar neticesinin meydana gelme ihtimali olarak tehlike, “tehlikeli” davranış,

³⁶⁷ **Parodi Giusino**, s. 319, 320.

³⁶⁸ “Ontolojik” ve “Normatif” teorilerle ilgili olarak bkz. **Parodi Giusino**, s. 329 vd.

³⁶⁹ Ayrıca bkz. **Zincani**, s. 203.

durum veya netice bakımından, zarar neticesinin meydana geldiği hallerde nedensellik ilişkisini doğrulamaya hizmet eden aynı bilimsel bilgi temelinde doğrulanır.³⁷⁰

Değerlendirmenin total ex ante kriterine göre yapılmasını savunanların isabetle belirttiği üzere, tehlike yargısını belirlemek için seçilecek an (davranış, neticenin meydana gelmeyeceğinin anlaşıldığı an ya da bu ikisi arasındaki bir an) zararın meydana gelme ihtimalinin en yüksek olduğu andır. Bu hallerde davranış anıyla sonlanması anı arasına saatli bombanın patlamadan önce bulunup etkisiz hale getirilmesi gibi zarar neticesinin ortaya çıkmasını engelleyen bir durum girmişse, değerlendirme anı olarak davranış anıyla zarar neticesini engelleyen bu an arasındaki bir an seçilebilir; böylece davranışın tehlikeli olduğu sonucuna varılır. Eğer bu engel anından sonraki bir an seçilseydi, bu engelleme ontolojik bir veri olarak dikkate alınacak ve tehlikenin reddedilmesi gerekecekti. Ancak tehlikeye ilişkin bir karar verilebilmesi için hâkim seçebileceği birden ziyade an arasından en sakıncalı ana ilişkin öngörüğü içeren anı seçmelidir. Bu kriter, tehlikenin davranışın mı yoksa neticenin mi bir özelliği olarak ortaya çıktığının tam olarak anlaşılamadığı durumlardaki şüpheleri gidermek için de kullanılacaktır. Total ex ante yöntemi gereğince zarar neticesi gerçekleşmişse somut tehlikenin varlığını doğrulamak gerekir çünkü bu zararın ilk basamağını (Alm. “*Vorstufe*”) teşkil eder ve zarara içkindir. Bununla birlikte zarar neticesi meydana gelmemişse, neticenin meydana gelmesini engelleyen sonraki faktörler hukuki varlığın “krize” girmiş olma durumunu dışlamazlar. Bu faktörler somut tehlikeyi ancak müdahalelerinin (tehlike yargısının gerçekleştirilmesi için seçilmiş anda) muhtemel olduğu durumlarda dışlarlar. Buna göre bir valize gizlenip de trene yerleştirilmiş saatli

³⁷⁰ Pulitano, s. 195, 196.

bombanın bulunmuş olması, mevcut kontroller onun bulunmasını muhtemel kılmadığı sürece, somut tehlikenin varlığını dışlamaz.

Bu anlamda yargılama anında mevcut olan bütün bilimsel bilgi ve tecrübe kullanılmalıdır. Tehlikeliliği sonraki bir zamanda keşfedilmiş olan risk faktörlerine maruz kalmış olma hali, tehlikeli bir durum olarak nitelendirilir. Kimi hallerde de araya giren zaman, zarara sebep olmuş bu fiillerin aslında tehlikesiz olduğunun ispatlanmasına vesile olur. Bilginin öğrenilme zamanı, tehlikenin değerlendirilmesi amacıyla bağlantılı değildir; bu zaman, daha ziyade sübjektif unsurun tespitiyle ilgilidir.³⁷¹ Dolayısıyla tehlikenin varlığı ve tespit edilmesiyle onun faile isnat edilmesi farklılık arz eder. Böylece hâkim, “tehlike meydana gelmiş, ancak öngörülebilir değil; bu nedenle faile isnat edilemez” şeklinde bir değerlendirme yapabilir. İtalyan ceza hukukçusu Grosso’nun hazırlamış olduğu ceza kanunu tasarısının 15. maddesindeki somut tehlike tanımı da görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu maddeye göre, “*Kanun aksini öngörmedikçe, belirli bir neticenin somut tehlikesinin suç tipinin unsuru olarak öngörüldüğü hallerde, eğer davranış zarar neticesinin meydana gelme riskine neden olmuş ya da meydana gelme riskini önemli ölçüde artırmışsa ve zarar istisnai veya rastgele koşulların ortaya çıkması sebebiyle ya da normalde var olan koşullar bulunmadığı için meydana gelmemişse veya başka bir sebeple meydana gelmişse, tehlike mevcuttur.*”³⁷² Bu görüş benimsendiğinde³⁷³ tehlike araştırması, sübjektif bir unsur olan taksirin araştırılmasına benzerlikten kurtulacak aynı zamanda ex post yöntemin de işlevsizliğinden kaçınacaktır.

³⁷¹ Pulitano, s. 196.

³⁷² Tasarı için bkz. <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/articolatogrosso.htm#Art.%2015%20Pericolo%20concreto>

³⁷³ Total ex ante yöntemini benimseyen görüşler için. Bkz. **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 284; **Fiore – Fiore**, s. 200: Yazarlar yöntemin adını “total ex ante” olarak anmamakla birlikte, ex post

Sonuç olarak hâkimin göz önünde bulundurması gereken yargılamanın temelinde, yargılama anında mevcut olan tüm koşulların dikkate alınması gerekir. Tehlikenin araştırılmasında ise illiyet bağının araştırılmasında da kullanılan bilimsel yasalar ve tecrübe kuralları kullanılacaktır. Tehlike, suçun objektif bir unsurunu teşkil ettiği için yargılama anında mevcut olan bilimsel yasalar kullanılabilecektir. Elbette tehlike araştırmasında, illiyet bağı araştırmasından farklı olarak netice bulunmadığı için bu bilimsel yasaların ve tecrübe kurallarının uygulanması daha zor hale gelmektedir.³⁷⁴ Tehlikenin tespitinden sonra manevi unsur araştırılacaktır, bu anlamda tehlikenin var olduğunu tespit etmek faile isnat edilmesi için yeterli olmayacak, failin kast veya taksirinin bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılması gerekecektir.

V. TEHLİKENİN MEVCUDİYET DERECELERİ

1. GEÇMİŞ TEHLİKE – MEVCUT TEHLİKE

Geçmiş tehlike söz konusu olduğunda tehlike, hukuken korunan belirli bir varlık veya menfaat üzerinde geçmişte gerçekleşmiştir; ancak onun incelendiği anda mevcut değildir. Çok ağır ve hatta muhakkak bir tehlike olabilir. Ancak bu tehlike için artık endişe etmeye gerek yoktur zira tamamen ortadan kalkmıştır. Mevcut tehlike ise, onunla ilgilenildiği anda mevcut olan tehlikedir.³⁷⁵

factum olarak formüle edilmekle birlikte zihinsel olarak ex ante bir duruma (fiil anında var olup göz önüne alınması gereken bütün durumlara) atıfta bulunan bir ihtimal yargısından bahsetmek suretiyle bu görüşü benimsemiş gibi görünmektedirler.

³⁷⁴ Pelissero, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 306.

³⁷⁵ Ratiglia, s. 29; Toroslu, Zaruret Hali, s. 98.

Geçmiş ve mevcut tehlike arasındaki ayrım, özellikle meşru savunma ve zorunluluk hali kurumlarının uygulanmasında önem arz eder. Zira bunların uygulanması için mevcut veya yakın bir tehlike gerekmektedir.³⁷⁶

Elbette mevcut tehlike ile yakın tehlikenin aynı kavramlar olmadığını belirtmek gerekir. Zira mevcut olma tehlikeye ilgiliyken, yakın olma zararla ilgilidir. Tehlikenin mevcut olması için zararın derhal meydana gelmesi gerekmemektedir. Örneğin hamile bir kadının devam eden hastalığının gelecekte artmaması için gebeliğinin sonlandırılması durumunda tehlikenin uzak olmasına rağmen mevcut olduğu ve doktorun zorunluluk halinden yararlanabileceği belirtilmiştir.³⁷⁷

2. UZAK TEHLİKE – YAKIN TEHLİKE

Manzini, tehlikeyi varsayılan tehlike ve araştırılabilir tehlike olarak ayırdıktan sonra araştırılabilir tehlikenin kendi içerisinde uzak ve yakın tehlike şeklinde ayrılabilirliğini belirtmektedir. Buna göre, uzak tehlike, ceza normunun ihlali için meydana gelmesinden korkulan zararın gerçekleşme imkanının doğmasının yeterli olduğu; ayrıca gerçekleşme ihtimalinin aranmadığı hallerde mevcuttur (İCK m. 264 – TCK m. 333/3³⁷⁸, İCK m. 435, m. 622). Ceza normunun ihlali için zarar imkanının yeterli olduğu bu hallerde, zarar ihtimali gerçekleşmişse, suç aynı derecede isnat edilebilir; sadece tehlikenin daha yüksek bir seviyede gerçekleşmiş olması, suçun daha ağır cezayı

³⁷⁶ Antolisei, L'azione e l'evento, s. 140; Öntan, s. 313.

³⁷⁷ Bkz. Toroslu, Zaruret Hali, s. 99 – 101.

³⁷⁸ İCK m. 264: “İtalyan Hükümeti tarafından yurt dışında devlet işleriyle ilgilenmekle görevlendirilen her kim görevine sadakatsizlik ederse, fiilin ulusal çıkarlara zarar verebilecek nitelikte olması halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır.”

TCK m. 333/3: “Türkiye Devleti tarafından yabancı bir memlekette Devlete ait belirli bir işi görmek için görevlendirilen kimse, bu görevi sadakatle yerine getirmedeği ve bu fiilden dolayı zarar meydana gelebildiği takdirde faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

gerektiren nitelikli halinin uygulanmasına vesile olabilir ya da bir başka suçun esaslı unsurunu oluşturabilir.³⁷⁹

Yakın tehlikeyse, ceza normunun ihlali için zarar imkanının yeterli olmadığı; zarar ihtimalinin gerçekleşmesi gereken hallerde mevcuttur.³⁸⁰ Öte yandan Manzini'nin yakınlık ile ihtimali birbirine bağlaması öğretide eleştirilmiştir. Gerçekten de yakınlık kavramı, mevcut tehlikeyle tehlikenin zarar haline gelmesi arasındaki süreyi ifade eder. İhtimal ise, tehlikenin zarara dönüşebilirliğini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak tehlikenin muhtemel değil mümkün olmasına rağmen, meydana gelecek olan zarar çok kısa sürede meydana gelebilir. Bu anlamda tehlike yakın olabilir. Öte yandan tehlikenin çok muhtemel olmasına karşılık zarar ancak bir müddet sonra doğabilir. Bu durumda da tehlike yakın değildir. Dolayısıyla bu iki kavram birbirine dahil değildir.³⁸¹

Yakın tehlikeden anlaşılması gereken, mevcut tehlike ile zararın veya zararın önüne geçilmesi mümkün olmayan sebebinin meydana gelmesi arasında uzun bir zaman olmamasıdır. Bu kavram zorunluluk halinin uygulanmasında önem arz eder zira mevcut tehlike ile zarar arasında uzun bir süre varsa zorunluluk halinde işlenen fiilin kaçınılmazlık niteliği ortadan kalkabilir.³⁸²

Manzini, yakın tehlikeyi kendi içerisinde gerçekleşmesi muhakkak tehlike ve yükselen tehlike olarak ikiye ayırmaktadır. Gerçekleşmesi muhakkak tehlike kavramı, Carrara'nın tehlikeye ilişkin alt ayrımlarında incelediği bir kavramdır.

³⁷⁹ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 687; Öte yandan öğretide yakın tehlikenin somut tehlikeyi ifade etmek için de kullanılmaktadır bu konuda bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 951.

³⁸⁰ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 687.

³⁸¹ **Toroslu**, Zaruret Hali, s. 99.

³⁸² **Toroslu**, Zaruret Hali, s. 100, 101.

Carrara'ya göre, daha önce de açıklandığı üzere, potansiyel zarar, tehlikeden farklı bir şeydir. Tehlike de kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlardan ilki, hiçbir zaman hukukun ihlalini kaçınılmaz kılacak fiili bir durumu oluşturmamış olan algılanan tehlikedir (It. “*pericolo appreso*”). Örneğin bir kişinin kötü özellik veya eğilimleri yahut kötü niyetleri gibi. İkincisi ise, belirli bir anda bu ihlali yakın ve muhakkak hale getiren fiili bir durumdan doğan gerçekleşmesi muhakkak tehlikedir (It. “*pericolo corso*”)³⁸³. Algılanan tehlike hiçbir zaman cezalandırmanın gerekçesini oluşturmazken; gerçekleşmesi muhakkak tehlike, suça teşebbüsten dolayı cezalandırmanın temelini oluşturur.³⁸⁴

Zararın sadece muhtemel olmadığı ama aynı zamanda bir veya daha fazla kişi veya şey bakımından olması yakın ve muhakkak görüldüğü hallerde gerçekleşmesi muhakkak tehlike (*pericolo corso*) söz konusudur. (İCK. m. 52, m. 54 – TCK m. 25/1 – 2). Gerçekleşmesi muhakkak tehlike, zarar ihtimalinin öyle yüksek bir seviyesinde görülür ki bu aşamada zararın gerçekleşmemesi ancak bir şansa bağlıdır.³⁸⁵

Tehlikenin muhakkak olmasıyla mevcut olması birbirine karıştırılmamalıdır. Zira muhakkak olma tehlikenin zararı meydana getirebilme vasfına ilişkindir. Tehlikenin mevcudiyedi ise, zaman içerisindeki yerine ilişkindir.³⁸⁶ Dolayısıyla bir tehlike muhakkak olup artık mevcut olmayabilir. Dolayısıyla muhakkak tehlike aynı zamanda geçmiş tehlike de olabilir.³⁸⁷

³⁸³ “*Pericolo corso*” teriminin öğretide “gerçek tehlike” terimiyle karşılandığı gözlemlenmiştir. Bkz. **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 75. Ancak biz “gerçek tehlike”nin “*pericolo effettivo/reale*” teriminin karşılığı olduğunu düşünüyoruz.

³⁸⁴ **Carrara**, Programma, Vol. I, §97, s. 99, 100.

³⁸⁵ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 687.

³⁸⁶ **Toroslu**, Zaruret Hali, s. 103; Aynı yönde bkz. **Ratiglia**, s. 29 – 31.

³⁸⁷ Nitekim öğretide de geçmiş tehlike ile gerçekleşmesi muhakkak tehlikenin birbirinin yerine kullanıldığı da görülmektedir. Bkz. **Ratiglia**, s. 29; **Öntan**, s. 313.

Carrara'ya göre, zarar ihtimalinin bilfiil gerçekleşmesine karşılık tehlikenin belirli kişi veya şeyler üzerinde bir tehdit yaratmadığı hallerde “ortaya çıkmış tehlike” (pericolo sorto) söz konusudur (İCK m. 427 – TCK m. 170/2³⁸⁸, İCK. m. 429).³⁸⁹

3. GERÇEK TEHLİKE – MUHTEMEL TEHLİKE YA DA DOĞRUDAN TEHLİKE – DOLAYLI TEHLİKE (TEHLİKENİN TEHLİKESİ VEYA GELECEK TEHLİKE)

Öğretideki bir diğer ayrım da gerçek – muhtemel (doğrudan – dolaylı) tehlike ayrımıdır. Buna göre, gerçek tehlike zarar neticesinin ihtimalini teşkil ederken; muhtemel tehlike ise tehlikeli bir durumun tehlikesinden ibarettir (İCK m. 431 tehlikenin tehlikesine bir örnektir).³⁹⁰

Tehlikenin gerçek olmasından anlaşılması gereken tehlikenin meydana gelme ihtimalinin yüksekliği değildir. Gerçek tehlikeden bahsedilebilmesi için bir hak ya da menfaati zarara uğratabilecek olay ya da olayların meydana gelmiş olması gerekmektedir. Gerçek tehlikenin tespiti örneğin zorunluluk halinin uygulanmasında önem arz eder. Zira

³⁸⁸ **İCK m. 427/1:** “Her kim sadece zarar vermek amacıyla su bentlerini, barajları, setleri veya suya, çığa ya da toprak kaymasına karşı koruma amaçlı diğer yapıları veya suyun toplanması ya da taşınması için yapılan yapıları kısmen ya da tamamen kırar, bozar ya da kullanılamaz hale getirirse, bu fiil sonucunda sel, toprak kayması veya çığ düşmesi tehlikesinin ortaya çıkması halinde, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

TCK m. 170/2: “Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

³⁸⁹ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 688.

³⁹⁰ **Antolisei**, Parte generale, s. 232; **İCK m. 431:** “Her kim, bir demiryolu hattını ya da ona hizmet eden makineleri, araçları, aletleri, cihazları ya da diğer nesneleri sadece zarar vermek amacıyla tamamen veya kısmen yok eder, bozar ya da başka bir şekilde tamamen ya da kısmen kullanılamaz hale getirirse, fiilin sonucunda bir demiryolu felaketi tehlikesinin ortaya çıkması halinde, iki yıl ile altı yıl arası hapis cezasıyla cezalandırılır.”

bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için tehlikenin gerçek olması gerekmektedir.³⁹¹

Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre de meydana gelmesi için korunan hukuki varlığın doğrudan tehdit edilmesinin gerektiği suçlar doğrudan tehlike suçlarını; korunan hukuki varlığın doğrudan tehlikeye atılması tehlikesine sebep olan dolaylı tehditlerin yeterli olduğu suçlar ise dolaylı tehlike suçlarını oluşturacaktır.³⁹² İşte bu ikinci hallerde sadece bir tehlikenin tehlikesi mevcuttur. İCK m. 303, 304 (TCK m. 316)³⁹³, 305, 306 hükümlerinde düzenlenen suçlarda devletin kişiliğine yönelik hazırlık hareketi niteliğindeki saldırılar cezalandırılmakta; böylece devletin güvenliği için doğrudan tehlike oluşturacak suçların meydana gelme tehlikesi cezalandırılmaktadır.³⁹⁴

Tehlikenin tehlikesi ya da gelecek tehlike, ceza hukukuyla korunan bir menfaate zarar vermeye elverişli bir durumun hali hazırda mevcut olmadığı ancak doğal bir olguyu veya insan faaliyetini takiben meydana geleceğine inanılan tehlikedir.³⁹⁵

Öğretide gelecek tehlikenin veya tehlikenin tehlikesinin kabul edilemeyeceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu yönde bir görüşe göre, tehlikenin meydana gelip

³⁹¹ **Toroslu**, Zaruret Hali, s. 98.

³⁹² Benzer yöndeki bir tanıma göre de tehlikenin korunan hukuki değerle doğrudan bağlantılı olduğu ve ona atıfta bulunduğu hallerde doğrudan tehlike söz konusudur. Tehlikenin henüz hukuki değer bakımından bir zarar teşkil etmeyen olumsuz olarak değerlendirilen bir şeye atıfta bulunduğu hallerdeyse dolaylı tehlike söz konusudur. Bu konuda bkz. **Ucci**, s. 173.

³⁹³ **İCK m. 304**: “Birden fazla kişi 302. maddede belirtilen suçlardan birini işlemek amacıyla anlaşmaya vardığında, eğer suç işlenmezse bu anlaşmaya katılanlar bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

TCK m. 316: “Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırlarsa, suçların ağırlık derecesine göre üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.”

³⁹⁴ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 686.

³⁹⁵ **Ratiglia**, s. 31.

gelmediği ancak tehlikeyi yaratan hareket anına göre hesaplanabileceği için yalnızca mevcut şartlara göre o anda bir tehlikenin var olup olmadığından bahsedilebilir. Dolayısıyla tüm tehlikeler mevcut tehlikedir. Bu görüşe göre, tehlikeyi meydana getirecek objektif şartlar mevcut değilse tehlike yoktur ancak tehlike düşüncesi vardır. Objektif şartların olduğu denklemde ise, tehlike tehlikesi değil; tehlike söz konusu olmaktadır.³⁹⁶ Benzer yöndeki bir görüşe göre de bir tehlikenin imkânı hiçbir zaman tehlike değildir. Hatta tehlike imkânını gerçek tehlikeden ayırmak için buna soyut tehlike denilebilir.³⁹⁷

Bununla birlikte, öğretide tehlikenin tehlikesi kavramının gerekliliği de savunulmaktadır. Bir görüşe göre, hukuken korunan menfaat ya da menfaatlere yönelik tehdit mevcut durumda yoksa, henüz meydana gelmemişse, mevcut tehlikeden bahsetmeye lüzum yoktur. Mevcudiyet muhakkak olmak anlamına gelmediğinden ve onunla sınırlı olmadığından, mevcut olmanın henüz somut bir tezahürü olmayan bir şeyi kendi konseptine dahil edebileceği savunulamaz.³⁹⁸

Tehlike tehlikesinin kural olarak bir suç gibi cezalandırılabilir olmadığını belirtmek gerekir (elbette şartlarını taşıdığı sürece suça teşebbüs halini teşkil edebilir). Çünkü, ortaya çıkan netice hafifçe hissedilebilirdir ve düzende yarattığı bozulma da bir müdahaleyi gerektirmez. Öte yandan istisnai olarak hukuken korunan varlık göz önüne alınarak tehlike tehlikesi de cezalandırılabilir. Örneğin devlet kendisine karşı işlenen tehlike suçlarının hazırlık hareketlerini cezalandırabilir.³⁹⁹ Bu aşamada tehlike tehlikesinin de yine hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşme ihtimalini teşkil ettiği

³⁹⁶ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları, s. 131, 134.

³⁹⁷ Bkz. **Toroslu**, Zaruret Hali, s. 97, dn. 19.

³⁹⁸ **Ratiglia**, s. 31, 32.

³⁹⁹ **Ratiglia**, s. 32, 33; Cezalandırılan hazırlık hareketleriyle ilgili olarak bkz. §2/V/2.

söylenabilir.⁴⁰⁰ Elbette bize göre, hukuki menfaatin doğrudan değil, dolaylı tehlikelere karşı da korunduğu hallerde aranan ihtimal derecesi çok daha düşük olmaktadır.

Doğrudan tehlikeyi dolaylı tehlikeden ayırabilmek için esas olan hukuki varlık olduğu kadar aynı zamanda orantılılık ilkesidir. Dolaylı tehlikenin cezaen önem kazanması, anayasal kaynağı olan ve birincil nitelikteki hukuki varlıklara atıfta bulunmasıyla mümkündür. Dolaylı tehlike içeren suçlar için hapis cezası, terör eylemlerinin hazırlık hareketleri gibi ancak bu suçları öngören hükümlerle temel hukuki varlıklar korunduğu sürece orantılıdır; bununla beraber karşılığında para cezası öngörülmüş birincil hukuki varlıklar bakımındansa orantısız olacaktır. Zira bu ikinci halde hapis cezası yoluyla özgürlüğün kısıtlanması, korunan varlığa dolaylı ve belirli belirsiz zarar veren bir ihlal için aşırı bir cezalandırma teşkil edecek ve hiç şüphesiz orantısız olacaktır. Öte yandan dolaylı tehlike suçlarında korunan hukuki varlığın mutlaka anayasal bir önemi olmalıdır.⁴⁰¹

Belirtmek gerekir ki tehlike tehlikesini cezalandıran suçların ihlal prensibi ve kusurluluk prensibi karşısında anayasal meşruluğu tartışmalıdır. Zira bu suçların tehlikeye gerçek anlamda maruz kalma anına nazaran uzak hazırlık hareketlerini cezalandırması sebebiyle ihlal prensibinden büyük bir sapma teşkil ettikleri belirtilmiştir. Hukuki varlığın ihlal edilmesi perspektifinden bakıldığında da minimum düzeyde de olsa bir ilgi seviyesine erişmeye elverişsiz görünmekteLERdir. Esasında zarar neticesinin gerçekleşme ihtimali olarak anlaşılan tehlike kavramı, söz konusu dolaylı tehlike suçları olduğunda ihlalin gerçek bir suretine indirgenecek kadar “sulandırılmış ve değişime uğramış” görünmektedir.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Antolisei, Parte Generale, s. 232.

⁴⁰¹ Ucci, s. 174.

⁴⁰² De Vero, Parte generale, s. 143; Ucci, s. 175.

Dolaylı tehlike suçlarına ilişkin olarak, hukuki varlığa karşı yükselen riskin daha zayıf olmasına karşılık, bu suçların yasaklanmış davranışla korunan hukuki varlık arasındaki – zayıf da olsa – fark edilebilir bağlantı varsayımı üzerine kurulu ihlal edicilik ilkesiyle uyumlu olması gerektiği ve bu suçların tehlikeli fiillerin işlenmesini önleme fonksiyonu olduğu belirtilse de bu nitelikteki suçların anayasaya uygunlukları konusundaki şüphelerin yitirildiği söylenemez. Eğer dolaylı tehlike suçları ihlalsiz suçlar (It. “*reato di mero scopo*”) kategorisine dahil değilse, buradaki tartışma korunan varlık üzerine yansıyan zayıf ihlalin varlığını sürdürüp sürdürmemesi değil, ihlalin en uçtaki seviyesinin kendi içerisinde makul ve değerlendirilebilir bir şekilde belirlenmesi ilkesine saygı duymaktır. Bu anlamda ihlalin önemsizliğine ilişkin objektif gerçekliği, korunan varlığın öneminin büyüklüğüne atıfla kapatmak mümkün görünmemektedir.⁴⁰³

Öte yandan, korunan hukuki varlığın gerçek bir ihlaline nazaran hazırlık hareketi niteliğinde olan davranışların içerdiği değersizliklere karşı uygun idari yaptırımlarla karşılık verilebilir.⁴⁰⁴

Dolaylı tehlikeyi düzenleyen ceza normlarının belirli şartlarda bir istisna olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bu şartlar da toplumun devamlılığı için zorunlu olan hukuki varlıkların (toplumun sağlığı ve güvenliği gibi) korunması ve genel olarak tehlikeli kabul edilen (zarar neticesinden o kadar da uzak olmayan) davranışların tipikleştirilmesidir. Böylece dolaylı tehlike suçlarına yapısal olarak zarar veren “orantılılık ve ihlal ilkelerine aykırılığın” tam olarak ortadan kaldırılması mümkün olmasa bile azaltılmasını hedefleyen düzeltici yorum yöntemlerinin uygulanabilirliği doğrulanmaktadır.⁴⁰⁵

⁴⁰³ **De Vero**, Parte generale, s. 143; **Ucci**, s. 175, 176.

⁴⁰⁴ **De Vero**, Parte generale, s. 143.

⁴⁰⁵ **Ucci**, s. 176.

Öte yandan gelecek tehlikeyle soyut tehlikeyi de birbirine karıştırmamak gerekir. Gelecek tehlike tehlike tehlikesini ifade ederken; soyut tehlike zarar tehlikesidir. Tehlike tehlikesi, zarara, ihlale çok uzak bir noktadayken, soyut tehlike suçu hali hazırda bir ihlal teşkil eder zira bu noktada kanun tipik davranışın başlı başına bir tehlike oluşturduğunu önceden kabul etmiştir.⁴⁰⁶

VI. TEHLİKE TÜRLERİ

1. BİREYSEL TEHLİKE – KOLEKTİF (GENEL) TEHLİKE

Tehlikenin gerçek veya tüzel bir kişinin ceza hukuku tarafından korunan bir varlığına veya menfaatine yönelmiş olması halinde bireysel tehlike söz konusudur. Meşru savunma, zorunluluk hali gibi kurumların uygulanmasında veya terk suçunda (TCK m. 97) söz konusu olan tehlike bireysel tehlikedir. Öte yandan birden çok gerçek veya tüzel kişiye karşı yükselen bir tehlike varsa, bir başka deyişle toplum veya topluluğun ceza hukuku tarafından korunan menfaat veya değerlerine yönelik bir tehdit varsa kolektif tehlike söz konusudur. TCK'daki genel tehlike yaratan suçlar, kamu sağlığına karşı suçlar bu tehlike türüne örnektir.⁴⁰⁷

Genel tehlike yaratan suçlar kategorisi zaman içerisinde kolektif tehdidin doğal güçlerin (ateş, su, toprak gibi) açığa çıkmasından veya serbest bırakılmasından kaynaklandığı yangın veya sel baskınına sebep olmak gibi suçlarla sınırlandırılmıştır. Fiilin doğal güçleri tetikleyerek gerçekleştirilmesi bu kategorideki suçların belirleyicisi

⁴⁰⁶ **Ratiglia**, s. 33.

⁴⁰⁷ Bkz. **Ratiglia**, s. 34; Bkz. **Öntan**, s. 313; Genel tehlike suçlarıyla ilgili olarak bkz. **Azzali**, s. 1341 vd; Ayrıca bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 1, 2; **Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen**, Ceza Hukuku Özel Hükümler – Topluma Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2016, s. 5 vd.; Genel tehlike kavramı ve tarihi gelişimi için bkz. **Alberto Gargani**, Il danno qualificato dal pericolo – profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica, G. Giappichelli Ed., Torino 2005, s. 3 vd; **Parodi Giusino**, s. 252 vd.

olmuştur. Genel tehlike, hatırı sayılır derecede fiziki kuvveti olan ve artık kontrol edilemeyen doğal güçlerin (ateş, su) insan davranışıyla tetiklenmesi sebebiyle kalabalık bir grup insanın veya topluluğun hayatı, güvenliği veya malvarlığı bakımından bir zarar veya tehlikeyi temsil eder.⁴⁰⁸

Genel tehlike suçlarına örnek olarak İtalyan ceza hukuku öğretisinde İCK m. 517 hükmünde düzenlenen endüstriyel ürünlerin yanıltıcı işaretlerle satışı suçu verilmektedir. Buna göre, *“Her kim alıcıyı eserin veya ürünün kaynağı, menşei veya niteliği konusunda yanıltabilecek ulusal veya yabancı isimleri, markaları ya da ayırt edici işaretleri taşıyan fikri eserleri veya sınai ürünleri satış için bulundurur, satışa sunar veya başka şekilde tedavüle çıkartırsa, fiil başka bir kanunda suç olarak öngörülmediği sürece ... cezalandırılır.”*. Görüldüğü üzere bu düzenlemede hileli davranış, dolandırıcılık suçundan farklı olarak belirli bir insan topluluğu olarak piyasadaki aktörlere yöneliktir. Eğer kanun koyucu hileli davranışın bu kategoriye dahil olan bütün insanlar yönünden araştırılmasını isteseydi ceza normunun uygulanabilirliğini baştan imkânsız hale getirmiş olurdu. Dolayısıyla genel tehlike suçlarındaki tehlike yargılamasında genelleme yapma, yani somut olgunun belli durumlarından soyutlanması zorunluluğu vardır. Bu nedenle İCK m. 517 kapsamında yapılacak tehlike araştırmasında da yanıltmanın elverişliliğine ilişkin yargı tek bir tüketicinin kişiliğinden soyutlanarak genel tüketici kategorisi göz önüne alınarak yapılmalıdır.⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Bkz. **Gargani**, Il danno, s. 11; Tehlike suçlarını kavramsallaştırılması 20. Yüzyılın eseri olsa da hem kasıtlı hem de taksirli genel tehlike yaratan suçların Roma hukukunda da mevcut olduğuna dair ayrıca bkz. **Massimo Donini**, Il volto attuale dell’illecito penale la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Giuffrè Ed., Milano 2004, s. 100.

⁴⁰⁹ **Azzali**, s. 1341, 1342; Türk hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71 hükmünde benzer nitelikte bir düzenleme bulunmaktadır.

Sonuç itibariyle genel tehlikenin, korunan kategorik hukuki varlık sebebiyle kavramsal bir özelliğe sahip olduğu söylenebilir; bu nedenle, somut olaya dahil olan süjeyle ilgili birtakım genellemelerin yapılması gerekmektedir. Esasında genel tehlike, soyut tehlike değildir çünkü hâkim, bütün somut koşullar bakımından bir soyutlama yapmaz. Öte yandan, tehlikenin somut olarak nitelendirilmesi de korunan hukuki varlıktaki yapısal bir sınırla karşılaşır. Zira bu, kategorik bir hukuki varlık olduğu için, bazı somut unsurlardan soyutlama yapılmasını gerektirir. Bir başka deyişle, genel tehlike değerlendirmesi, bazı somut unsurlardan soyutlanmayı ve dikkatin kategorik türe ait unsurlara odaklanmasını gerektirir.⁴¹⁰ Bununla birlikte genel tehlike suçları somut tehlike suçu olarak düzenlenebilecekleri gibi soyut tehlike suçu olarak da düzenlenebilirler.⁴¹¹ Genel tehlike yaratmanın bu suçlarda bir cezalandırılma şartı değil, suçun unsuru olduğu belirtilmiştir.⁴¹² Genel tehlikenin suçun unsuru olduğu durumların somut genel tehlike suçlarıyla sınırlı olduğunu, soyut tehlike suçlarında ise tehlikenin suçun objektif bir unsuru değil davranışın bir niteliğini oluşturduğunu belirtmek kaydıyla bu görüşün yerinde olduğunu belirtmek gerekir.⁴¹³

2. SOMUT TEHLİKE – SOYUT TEHLİKE

Tehlike suçlarına ilişkin yapılan en klasik ayırım somut tehlike – soyut tehlike suçu ayırımıdır. Ancak bu kavramlara yüklenen anlamlar öğretide farklılaşabilmektedir. Örneğin yaklaşık 50 sene önceki İsrail öğretisinde tehlike belirsiz çoğunlukta varlığı tehdit ediyorsa soyut tehlike olarak adlandırılmaktadır. Polonya öğretisinde ise, tehlikeyi

⁴¹⁰ Azzali, s. 1343.

⁴¹¹ Parodi Giusino, s. 257.

⁴¹² Hafizoğulları – Özen, Topluma Karşı Suçlar, s. 8.

⁴¹³ Bu konuda bkz. Gargani, Il danno, s. 24.

meydana getiren nedensel faktörler “somut” olabilecekken; tehlike kendi içinde “soyut” olacaktır. Bu anlamda mesele bir terminoloji meselesidir.⁴¹⁴

Öte yandan, öğretide soyut tehlike diye bir tehlike türü olmadığını savunan görüşler de mevcuttur. Buna göre soyut tehlike bir yanlış anlaşılmanın sonucudur. Elbette devletin hukuk düzeni için bir tehlike arz ettiğini varsayarak yasakladığı pek çok fiil bulunmaktadır. Ancak buradaki varsayım aksi ispat edilemez (juris et de jure) bir varsayım olup, tehlikenin mevcut olup olmamasından bağımsız olarak cezalandırma yoluna gidilir. Bu durumda tehlikenin özel bir türü değil sadece bir varsayımı söz konusudur. Soyut tehlike hukuk bilimi tarafından kabul edilemez. Her tehlike, belirli bir neticenin gerçekleşme ihtimalidir ve bu anlamda somuttur.⁴¹⁵

Benzer yöndeki bir görüşe göre de soyut tehlike kavramı yoktur. Ancak bir menfaat ile bir netice arasında somut bir tehlike söz konusu olabilir; dolayısıyla tehlike somut ve objektiftir. Netice zarar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, zarar tehlikesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁴¹⁶. Sadece davranışın kendisinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu suçlarda tehlike mevcuttur. Bu suçlara şekli tehlike suçları, tehlikeli davranış suçları yahut salt tehlike suçları demek mümkündür. Dolayısıyla bu görüşe göre, doğru ayırım zarar tehlikesi suçları ve salt tehlike suçları ayrımıdır.⁴¹⁷

⁴¹⁴ **Delitala**, “*I reati di pericolo*”, s. 424.

⁴¹⁵ **Antolisei**, “*Sul concetto del pericolo*”, s. 29; **Antolisei**, *L’azione e l’evento*, s. 142; Aynı yönde bkz. **Giuseppe Bettiol – Luciano Pettoello Mantovani**, *Diritto penale parte generale*, B. 12, CEDAM, Padova 1986, s. 351.

⁴¹⁶ **Özbek – Doğan – Meraklı – Bacaksız – Başbüyük**, s. 241.

⁴¹⁷ **Özen**, *Genel Tehlike*, s. 12, 13.

Tehlike kavramını *sarsıntı* (Alm. “*Erschütterung*”)⁴¹⁸ kavramı üzerine kuran Binding’e göre de ceza hukuku bakımından önem taşıyan tehlike her zaman somut tehlikedir. Ne zaman ceza kanunu tehlike yaratmayı yasaklasa, bu her zaman hukuki varlığın var oluşunun bir krize girdiği gerçek, somut bir durumu hedeflemektedir. Varlığın güvenliği bakımından böyle bir ihlal yoksa, tehlike de yoktur; soyut tehlikeli olarak göz önüne alınması uygun olmayan bu fiiller, kendi içlerinde cezai ilgiden yoksun olacaktırlar. Cezalandırıcı normlar arasında zarar suçları, tehlike suçları ve sırf itaatsizlik suçları şeklinde ayırım yapan Binding’e göre tehlike ya somuttur ya da yoktur ve somut tehlike ile sırf itaatsizlik arasında ayrı bir suç kategorisi bulunmamaktadır.⁴¹⁹ Binding’e göre, sırf itaatsizlik suçlarında tehlike sadece cezalandırmanın amacını teşkil edebilir.⁴²⁰

Horn da bütün hipotezleri sırf davranış suçları etiketi altında toplayarak soyut tehlike suçları kategorisini reddetmiştir.⁴²¹ Söz konusu görüşe göre, bu kategorinin dogmatik bir çerçevesinin oluşturulmasına yönelik bütün diğer girişimler – bu suçları bir soyut tehlike neticesinin kabul edildiği tehlike neticeli suçlar olarak nitelendirmek veya hukuki varlıkla ilişkisi bağlamında dikkat ve özen eksikliği üzerine kurulan ancak zarardan bağımsız olarak cezalandırılan suçlar (pratikte neticesiz taksirli suçlar) şeklinde tehlikeli davranış suçları olarak nitelendirmek – pratiklikten uzak olacaktır. Bunun ilk

⁴¹⁸ Tehlikeye atmak her zaman hukuki değerin varlığının bir sarsılmasıdır, bu sarsıntının kendisi sebebiyle kanun koyucu tehlikeye atmayı yasaklar. Bu konuda ayrıca bkz. **Parodi Giusino**, s. 218, dn. 101.

⁴¹⁹ Bkz. **Parodi Giusino**, s. 218, 219; bkz. **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 172.

⁴²⁰ Bkz. **D’Alessandro**, s. 20.

⁴²¹ Türk hukukunda da bütün sırf hareket suçlarının soyut tehlike suçu olduğu ancak bütün soyut tehlike suçlarının sırf hareket suçu olmadığına ilişkin görüşler mevcuttur. Ancak bu görüşte dahi soyut tehlike suçları kategorisinin reddi söz konusu değildir. Bu konuda bkz. ve krş. **Elvan Keçelioğlu**, “*Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?*”, AHBVÜ-HFD, C. XXV, S. 2, Y. 2021, s. 461.

sebebi, neticeli suçlarda olduğu gibi, bu suçlara ilişkin olarak tehlikenin farklı derecelerini tespit etme imkanına ilişkin bir emare kanunda bulunmamaktadır. İkinci sebebiyse, suçun unsuru olarak tehlikenin bu suçlarda bir fonksiyonu bulunmamaktadır.⁴²²

Binding ve Horn meseleye farklı açılardan yaklaşılar da ceza hukuku bakımından önem taşıyan tek tehlike suçu kategorisinin somut tehlike suçları kategorisi olduğu konusunda ortaklaşmaktadırlar; ancak bu görüş kabul edilemez. Zira bu yazarlar, soyut tehlike suçlarına içkin zorlukları aşmak yerine, bu kategoriye ilişkin bir çerçeve çizmeye yönelik her türlü girişimi ve pratikte ortaya çıkan sorunlara ilişkin her türlü çözüm girişimini imkânsız kılarak problemlerden kaçınmayı tercih etmişlerdir. Esasında soyut tehlike suçlarının varlığı yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu suçları düzenleyen normların anayasaya uygun olup olmamaları, ceza sistemi içerisinde geniş bir alanı korumak için uygun bir teknik sağlayıp sağlamamaları ve nihayetinde ihlal içermeyen fiilleri cezalandırmamaya ve suçsuzluk karinesine uygun olmaya yönelik nitelikleri taşıyıp taşımadıkları bambaşka problemlerdir. Ancak bu problemlerin doğru bir şekilde ortaya konulması ve çözülmesi, bu kategorinin var olduğunun idrak edilmesini ve mümkün olduğunca keskin bir şekilde somut tehlike suçlarından nasıl ayrılacağını ortaya konulmasını gerektirir.⁴²³

Öğretide somut tehlike – soyut tehlike suçu ayrımı bu kategoriler birbirine tamamen zıt ve homojen bir yapıya sahiplermiş gibi yapılır. Hatta bu kabule göre, bu gruplardan birine ait olan suçun diğerine ait olma imkânı bulunmamaktadır. Bu ayrıma göre de soyut veya varsayılan tehlike cezalandırmanın kaynağına ilişkin; somut

⁴²² Bkz. **Parodi Giusino**, s. 222.

⁴²³ **Parodi Giusino**, s. 223, 224.

tehlike suç tipinin kurucu unsurunu teşkil eder.⁴²⁴ Esasında bunun bir sonucu olarak somut tehlike – soyut tehlike ayrımı, hukuki varlık bakımından bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının kanun koyucu tarafından hâkime devredildiği ya da kanun koyucu tarafından tehlikenin ceza normuna içkin hale getirildiği düzenlemeler üzerinden yapılan bir ayrıma dayanır.⁴²⁵ Somut tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçları arasındaki ayrımın temelinde davranışın niteliğine dayandığı da belirtilmektedir. Buna göre, bazı davranışlar korunan hukuki varlık bakımından her halde bir tehlike durumu yaratırken ve bu anlamda ihlalin varlığı için söz konusu davranışın meydana geldiğini araştırmak yeterli olurken; diğer hallerde tehlikelilik davranışın somut olarak ortaya çıkma şekillerine ve durumlarına bağlı olarak her somut olayda araştırılır.⁴²⁶

Bir görüşe göre somut tehlike aynı zamanda gerçek tehlikedir ve ceza hukukuyla korunan değer veya menfaatin bütünlüğüne veya güvenliğine yönelik muhtemel veya mümkün gerçek bir tehdidi içerir. Öyle ki bu suçlarda tehlikenin somutluğu, zararın meydana gelmemesinin tesadüfe bağlı olması kriteriyle⁴²⁷ ölçülmektedir. Somut tehlike suçlarında ispata ilişkin genel ilkeler gereğince, iddia makamının somut olayda tehlikenin gerçek anlamda meydana geldiğine ilişkin her türlü makul şüpheden uzak delil sunması

⁴²⁴ **Gallo, M.**, s. 1, 5, 6: Yazar ayrımın bu temele dayandığını belirtmekle birlikte tehlikenin cezalandırmanın gerekçesini oluşturduğu suçların varsayılan tehlike suçları olduğunu belirtmektedir ve varsayılan tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçlarının aynı olmadığını vurgulamaktadır.; Ayrıca bkz. **Mangano**, s. 203, 204.

⁴²⁵ **Palazzo**, s. 68; Benzer şekilde zarar suçlarını da soyut zarar suçları – somut zarar suçları şeklinde ayıran bir görüş için bkz. **Antonio Pagliaro**, “*Il reato*”, in. **Carlo Federico Grosso – Tullio Padovani – Antonio Pagliaro**, Trattato di diritto penale parte generale, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2007, s. 32.

⁴²⁶ **Patalano**, s. 55, 56.

⁴²⁷ **Demirbaş**, s. 270; **Özbek – Doğan – Meraklı – Bacaksız – Başbüyük**, s. 241; **Gülsün Ayhan Aygörmez**, Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler, C. I, On İki Levha Yay., İstanbul 2021, s. 62, 63; Ayrıca bkz. **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 45.

gerekmektedir.⁴²⁸ Dolayısıyla bu tehlike, hiçbir zaman mutlak bir şekilde varsayılmaz ve hâkimin elindeki tüm araçlarla söz konusu tehlikeyi her somut olayda araştırması gerekmektedir.⁴²⁹ Somut tehlike suçlarının meydana gelmesi için tehlikenin doğrulanması gerekir. Bu suçlarda tehlike, suç tipinin bir unsuru olup somut bir şekilde araştırılması gerekmektedir.⁴³⁰ Bu anlamda hâkim her olayda hukuki varlığın gerçekten tehdit edilmiş olup olmadığını, yani zarar tehlikesine maruz kalıp kalmadığını araştıracaktır.⁴³¹

Somut tehlike suçlarında hâkimin korunan hukuki varlığın gerçek anlamda bir tehlikeye atılıp atılmadığına yönelik gerçekleştireceği araştırma hem tehlikenin suç tipinin bir unsuru olarak belirtildiği hem de yorum yoluyla suç tipine dahil edildiği haller için zorunludur.⁴³² Zira somut tehlike suçu ile soyut tehlike suçunu ayıran tek kriter,

⁴²⁸ **D'Alessandro**, s. 163.

⁴²⁹ **Ratiglia**, s. 37.

⁴³⁰ **Grasso**, s. 697; **Fiandaca – Musco**, s. 218; **Pulitano**, s. 194 195; **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 305; **Padovani**, s. 172; **Romano**, s. 190; Bkz. **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 176; **D'Alessandro**, s. 152; **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 45; **Domenico Notaro**, “*Objective Dangerousness and criminal policies in the current Italian penal system. The danger crimes in the era of Internet*”, in. in. *Dangerousness and Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye* (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, s. 23.

⁴³¹ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2; **Parodi Giusino**, s. 225; **De Vero**, *Parte generale*, s. 138; **Doğan**, s. 184.

⁴³² **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 283; **De Vero**, *Parte generale*, s. 138; **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 45; Bununla birlikte geçmiş dönemlerde İtalyan uygulamasının hukuki değere yönelik ihlalin doğrudan yasal düzenlemede belirtildiği suç tiplerini soyut tehlike suçu olarak nitelendirecek kadar ileri gittiği belirtilmektedir. Buna göre, İtalyan Temyiz Mahkemesi İCK m. 440/3 hükmünün “kamu sağlığı için tehlikeli” hale getirilmesini aradığı tıbbi ürünlerin bozulması ve taşıması suçunu, soyut tehlike suçları kategorisine dahil etmiştir. Ancak sorgulanmaya açık bu eğilimin artık son bulduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 285.

tehlikenin normda suçun unsuru olarak belirtilmiş olup olmaması değildir.⁴³³ En açık normun bile yorumlanmaya ihtiyacı vardır ve normun lafzı tam bir bağlayıcılık olmaksızın bir ipucu sunuyor olabilir. Bu nedenle normun lafzına her zaman normun amacı ve yasama tekniği üzerine gerçekleştirilen fonksiyonel bir yorum eşlik etmelidir.⁴³⁴ Bu anlamda eğer suç tipinin, zararı önleyen sonraki olayların ilgisini reddederek cezalandırılabilir fiillerin sayısını genişletme fonksiyonu varsa, soyut tehlike suçu olduğu; eğer tüm tehlikeli fiiller arasından bir sonraki aşaması hukuki varlığa zarar olan fiillerle sınırlandırmak istiyorsa da somut tehlike suçu olduğu sonucuna varılacaktır.⁴³⁵

Pek çok durumda, kanun koyucu tarafından suç modelinin tipikleştirilmesi, sadece somut olarak tehlikeli olan fiillerin göz önünde bulundurulmasını sağlayacak bir yoruma izin veren anlamsal olarak zengin terimlere başvurularak gerçekleştirilir. İCK m. 430⁴³⁶ (TCK m. 179/1) hükmünde düzenlenen tren yolu felaketine sebep olmak ve İCK m. 438⁴³⁷ hükmünde düzenlenen salgın hastalığa sebep olmak suçları buna örnektir. İçtihatlarla göre İCK m. 430 hükmünde tanımlanan suçun meydana gelmesi için “kişileri ve eşyaları etkileyen ve belirsiz sayıda insanı tehlikeye maruz bırakma potansiyeline sahip olan,

⁴³³ Bkz. **D’Alessandro**, s. 164, 165; Krş. **Aygörmez**, s. 62: Yazar somut tehlike suçlarında tehlikenin suç tipinde açıkça yer alacağını belirtmektedir.

⁴³⁴ Suçun niteliği belirlenirken normun amacı ve korunan hukuki değerin ihlal edilme şeklinin göz önünde bulundurulması gerektiği hakkında bkz. **Öntan**, s. 328, 329.

⁴³⁵ **Zincani**, s. 204.

⁴³⁶ **İCK m. 430**: “Her kim bir tren yolu felaketine sebep olursa beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

⁴³⁷ **İCK m. 438/1**: “Her kim hastalığa yol açan mikroorganizmaları yaymak suretiyle bir salgına sebep olursa müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.”

Türk ceza hukukunda da çevrenin kasten ve taksirle kirletilmesi fiillerinin “insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi” halleri nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bkz. TCK m. 181/4 ve m. 182/2.

alışılmışın dışında ağırlığa sahip zararlı bir olayın” doğrulanması gerekmektedir. Bu ifadeyi genellikle, kanun koyucu tarafından varsayılan kamu güvenliği bakımından tehlikenin hâkim tarafından araştırılmasının gerekmediği şeklindeki ikinci bir ifade takip etmektedir. Ancak bu ikinci ifadenin herhangi bir hukuki anlamı ihtiva etmeyen şekli bir açıklama niteliğinde olduğu açıktır, zira – kamu güvenliği kavramının içeriğini teşkil eden – “potansiyel olarak belirsiz sayıdaki insan bakımından tehlikenin” fiili varlığına, felaketi gerçek anlamda meydana getiren bir fiilin eşlik etmesi kaçınılmazdır. Bir başka deyişle, olgusal açıdan bakıldığında kendi içinde felaket karakteristiğini taşıyan bir tren yolu kazası meydana geldiğinde kamu güvenliği bakımından somut bir tehlikenin de otomatik olarak meydana geleceği açıktır. Benzer şekilde salgın hastalığa sebep olmak suçunun varlığı için de hem öğretide hem de içtihatlarda salgının kayda değer bir sosyal paniğe sebep olabilecek ve böylece belirsiz sayıdaki insan üzerinde tehlike arz edecek şekilde bulaşıcı karaktere sahip bir hastalık olması, bölge olarak sayılabilecek büyüklükte bir yerde hızlıca yayılması ve fazlaca sayıda insanı etkilemesi gerektiği belirtilmektedir.⁴³⁸

Tipik fiile ilişkin tanımlamada tehlike kavramının normun içerisinde yer alması tek başına söz konusu suçu somut tehlike suçu haline getirmeye yetmez. Örneğin, TCK m. 179/2 hükmünde “*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare...*” etme fiili cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemenin içinde tehlike kavramı yer alsa dahi düzenleme, soyut tehlike suçu niteliğindedir çünkü fiilin gerçekleştirilmesi sonucunda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamaktadır;

⁴³⁸ **D’Alessandro**, s. 164 – 166; **Ucci**, s. 153; Buna örnek olarak yalan tanıklık suçu verilmektedir. Bu suçta tehlike zımni bir unsur olsa da suçun kurucu unsuru olduğu belirtilmektedir. Ancak uygulamada bu suç soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir. Bu konuda bkz. **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 285.

davranışın bu tehlikeyi ortaya çıkartabilecek elverişlilikte olması yeterlidir. Ancak kanun metninde açıkça “tehlikeli olacak biçimde” ifadesinin kullanıldığı düzenlemeler somut tehlike suçu niteliğindedir.⁴³⁹

Soyut tehlike suçlarındaysa bir görüşe göre, korumanın konusu, somut olarak tehlikeye atıldığının ispat edilmesinin gerekmediği ancak tipe uygun davranışın gerçekleşmesiyle birlikte aksi ispat edilemez (*juris et de jure*) bir şekilde tehlikenin gerçekleştiğinin varsayıldığı suçlardır.⁴⁴⁰ Buna karşılık soyut tehlike suçlarıyla varsayılan tehlike suçları arasında ayırım yapan bir görüşe göre, varsayılan tehlike suçlarında hâkim tehlikenin varlığı üzerine bir araştırma yapmaktan muaf tutulmuştur; öte yandan soyut tehlike suçlarında ise, hâkim fiilin genel bir ihlal (It. “*offensivita*”) edici niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu anlamda soyut tehlikenin tespitinde çeşitli genellemeler ve soyutlamalarla bazı somut koşullar hesaba katılmalıdır.⁴⁴¹

Soyut tehlike suçlarında tehlike bir kurucu unsur değildir ve kanun koyucu sadece gerçekleştirilmesiyle korunan varlığı tehlikeye atacak bir davranışı tipik fiil haline getirir.⁴⁴² Bu suçlarda somut tehlike suçlarından farklı olarak kanun koyucu her türlü

⁴³⁹ **Doğan**, s. 183; Krş. **Özlem Yenerer Çakmut**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)”, in. Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III: Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan (Ed. **Eric Hilgendorf – Yener Ünver**), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2010, s. 780: Yazara göre TCK m. 179/2 hükmünde düzenlenen suç bir somut tehlike suçudur; Krş. **Özen**, Genel Tehlike, s. 94, 95: Yazara göre suçun meydana gelmesi için bir zarar tehlikesinin ortaya çıkması gerekmektedir.

⁴⁴⁰ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2.

⁴⁴¹ Bkz. **Azzali**, s. 1337; Ayrıca bkz. **Padovani**, s. 173; Ayrıca bkz. **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 181.

⁴⁴² **Grasso**, s. 697; **Pulitano**, s. 194, 196; **Fiore – Fiore**, s. 201; Bkz. **D’Alessandro**, s. 152; **Aygörmez**, s. 55; Kanun koyucunun tehlikeli olduğuna inandığı fiilin cezalandırıldığı hakkında bkz. **Romano**, s. 190.

değerlendirmeyi ve tehlike derecesine ilişkin saptamayı kendinde saklı tutar.⁴⁴³ Ancak kanun koyucunun bu değerlendirmeyi maksimum tecrübe temelinde gerçekleştirdiği söylenmelidir.⁴⁴⁴ Tehlike bu suçların arka planında yer alır ve cezalandırmanın gerekçesini oluşturur.⁴⁴⁵ Bu anlamda hâkim sadece kanun koyucunun tehlikeli olarak varsaydığı davranışın gerçekleştiğini tespitle mükelleftir.⁴⁴⁶ Hatta bir görüşe göre, soyut tehlike suçlarına nazaran somut tehlike suçları hukuki kesinliği daha zayıf bir şekilde korumaktadır ve bu somut tehlike suçlarının hafife alınmaması gereken bir dezavantajını teşkil eder.⁴⁴⁷

Bu anlamda soyut tehlike suçları ile somut tehlike suçları cezai korumaya ilişkin öngörünün veya yoğunluğun iki farklı seviyesine karşılık gelir. Somut tehlike suçları, hukuki konuya zarar vermeye soyut tehlike suçlarına nazaran çok daha yakındır. Pek çok soyut tehlike durumu somut olarak tehlikeli hale gelemeyen, bunun tam tersi doğru değildir. Bu anlamda soyut tehlike suçları somut tehlike suçlarına nazaran daha fazla öne çekilmiş (ya da daha yoğun) bir korumayı sağlar.⁴⁴⁸

Soyut tehlike suçlarında tehlikenin suçun kurucu unsuru olmaması ve hâkim tarafından araştırılmasının gerekmemesi şeklindeki hipotez ancak ihlal kavramının

⁴⁴³ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2; Ayrıca bkz. **De Vero**, Parte Generale, s. 139.

⁴⁴⁴ **Adelmo Manna**, “*I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*”, in. Diritto penale minimo (a cura di **Umberto Curi – Giovanni Palombarini**), Donzelli Ed., Roma 2002, s. 35.

⁴⁴⁵ **Parodi Giusino**, s. 225; **Padovani**, s. 173; **D’Alessandro**, s. 163.

⁴⁴⁶ **Grasso**, s. 697; **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 283; **Fiandaca – Musco**, s. 219; **Koca – Üzülmüş**, s. 121; **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 306, 307; **Palazzo**, s. 69; **D’Alessandro**, s. 152; **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 44; Bu suçlarda somut tehlikenin gerçekleşmemesi sebebiyle suç tipinin uygulanmasından kaçınılmayacağına dair bkz. **Pagliari**, “*Il reato*”, s. 33.

⁴⁴⁷ **Pagliari**, “*Il reato*”, s. 34.

⁴⁴⁸ **Palazzo**, s. 69.

(korunan varlığa zarar verilmesi veya değerin tehlikeye atılması) davranışı takip eden ve ondan ayrılabilen dış dünya değişikliği anlamındaki neticeden ayrılabilmesiyle kabul edilebilir hale gelir. Soyut tehlike suçlarında bir neticenin aranmaması⁴⁴⁹, salt tehlikeye maruz bırakmak şeklinde ortaya çıkanlar da dahil bütün suç tipleri için gerçekleşmesi zorunlu olan ihlalin gerçekleşmesinin aranmayacağı anlamına gelmez.⁴⁵⁰

Elbette İCK m. 49/2⁴⁵¹ hükmünün zorlayıcı bir yorumuyla soyut tehlike suçlarını somut tehlike suçlarına dönüştürmek, kanun koyucunun açık iradesine aykırılık teşkil edecektir. İCK m. 49/2 hükmünde yer alan ilkeye aykırı bir şekilde oluşturulmuş suç tiplerine bu maddenin uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, varsayılan (soyut) tehlike suçlarının oluşturulmasının temelinde tipik davranışın soyut tehlikeliliği vardır (ve olmalıdır). Suç teşkil eden davranış, korumanın konusu olan varlığa zarar vermeye elverişlilikle karakterize edilmelidir. Bu anlamda varsayılan (soyut) tehlike suçları serbest bir yorum alanı sunar. Bu yorum, tipe uygun davranışa tipik tehlikeliliğin eşlik edip etmediğini ortaya koymak için yapılır.⁴⁵²

Belirtmek gerekir ki, hukuki varlık göz önüne alınarak gerçekleştirilen metodolojik bir yorumda somut fiilin soyut suç tipine uygun olup olmadığını

⁴⁴⁹ İleride ayrıntılı bir şekilde ele alınacak olsa da soyut tehlike suçlarının tamamının neticesiz suçlar olduğu yönündeki hipotezleri yerinde bulmadığımızı belirtmemiz gerekir. Bu konuda bkz. **Can Yalçın**, “Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, ÇÜHFD. Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. 5 – 3, S. 1, Nisan 2020, s. 3505, 3506; **Keçelioğlu**, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, s. 455; Öte yandan öğretide “her suçun bir neticesi olduğu” hipotezini savunarak soyut tehlike suçlarında da bir netice olduğunu bu tehlikenin de varsayımsal ve harekete uzak bir tehlike olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Zafer**, s. 177.

⁴⁵⁰ **Fiore – Fiore**, s. 201; Ayrıca bkz. **D’Alessandro**, s. 173 vd.; **Ucci**, s. 161

⁴⁵¹ **ICK m. 49/2**: “Hareketin elverişsizliği veya konusunun yokluğu sebebiyle zararlı ya da tehlikeli neticenin meydana gelmesi imkansız olduğunda, cezalandırılabilirlik de ortadan kalkar.”

⁴⁵² **Grasso**, s. 707, 708.

değerlendirirken normun amacını göz önünde bulundurmak zorunludur. Eğer belirli bir normun amacı bir tehlikenin gerçekleşmesinden kaçınmaksa, hâkimin meydana gelmiş bir tehlikeyi olmasa da en azından davranışın tehlike yaratmaya elverişliliğini araştırmaması düşünülemez. Bu anlamda fiilin hukuki varlığı ihlal etmesi gerektiği ilkesi, normun şekli bir yorumundan kaçınıp hukuki varlığın gerçekten ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasını gerektirir.⁴⁵³ Esasında bu soyut tehlike suçunun doğru bir şekilde tipikleştirilmesiyle mümkündür. Bunu sağlamak için de korunan varlık için somut tehlike yaratan durumları açıklamaya elverişli olan, anlamsal olarak zengin terimlere başvurmak⁴⁵⁴ faydalı olabilir. Buna örnek olarak bir soyut tehlike suçu olan İtalyan Ceza Kanunu'ndaki yangın suçu (İCK m. 423/1 – TCK m. 170/2) hükmünde düzenlenen suç verilebilir.⁴⁵⁵

Nitekim İtalyan uygulamasına göre, İCK m. 423/1 hükmünde düzenlenen yangın suçunun meydana gelmesi için “büyüklüğü, yayılma gücü ve söndürülmesindeki zorluk” ile karakterize edilen bir yangının varlığı gerekir. Bu unsurlarla karakterize edilmiş bir durum, somut olaydaki şartlar böyle bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasını engellese dahi, kural olarak belirsiz sayıda insanın bulunduğu bir alanda tehlikenin yayılma kapasitesini

⁴⁵³ **Parodi Giusino**, s. 226, 227; Bkz. **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 176; Ancak ihlal edicilik araştırması yapılırken kanun koyucu tarafından tespit edilmiş hukuki konu göz önüne alınarak bir yorum yapılmalıdır. Aksi takdirde bir yanda kanun koyucu tarafından gerçekleştirilmiş bir ihlal değerlendirmesi öte yanda da hakim tarafından gerçekleştirilmiş bir ihlal değerlendirmesi bulunacaktır ki bunun hukuki kesinlik ilkesine zarar vereceği konusunda bir şüphe yoktur. Bu konuda bkz. **Pagliari**, “*Il reato*”, s. 33, 34.

⁴⁵⁴ **Manna**, s. 35.

⁴⁵⁵ **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 309; **İCK m. 423/1**: “Her kim bir yangına sebep olursa üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”; **TCK m. 170/2**: “Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

sağlamaktadır ve bu da kamu güvenliği bakımından bir tehlike yaratır.⁴⁵⁶ TCK uygulamasına göreyse, *“Yangın çıkarmaktan söz edilebilmesi için ateşe vermenin ya da yakmanın belirli bir ağırlığa erişmesi, ateşe verilen cismin, kişiler ve mallar üzerinde genel bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde yanmaya başlaması, yaygınlaşma eğilimi göstermesi gerektiği, yakma henüz yangın halini almadan söndürülmüş veya sönmüşse yangından değil 170. maddenin 2. fıkrasında yaptırıma bağlanan yangın tehlikesinden söz edilebil[ir]”*.⁴⁵⁷ Bu anlamda İtalyan uygulamasında, soyut tehlike suçu olarak düzenlenen yangın çıkarma suçunun meydana gelmesi için aranan şartlar ile, bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş TCK m. 170/1-a hükmünde yer alan suçun meydana gelen şartlar arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, soyut tehlike suçu olarak düzenlenen TCK m. 170/2 hükmünde yer alan suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir elverişlilik araştırması yapılmadığı görülmektedir. Örneğin sönmüş ya da söndürülmüş yangının, eğer sönmeseydi, belirli bir ağırlığa ulaşabileceği; ateşe verilen cismin, kişiler ve mallar üzerinde bir tehlike doğurabileceği ya da yaygınlaşma eğilimi gösterebileceği şeklinde bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Yargıtay’ın bu uygulaması, hukuki varlığı ihlale elverişsiz davranışları cezalandırma riskini taşımaktadır.⁴⁵⁸ Bu nedenle İtalyan uygulaması örnek

⁴⁵⁶ **Grasso**, s. 708; İCK m. 423/1-2 hükümlerinde düzenlenen suçların her ikisinde de tehlikenin somut bir şekilde tespit edilmesi gerektiği hakkında bkz. **Patalano**, s. 56 – 67; İCK m. 430 ve m. 438 için ulaşılan sonucun İCK m. 423/1’de düzenlenen ipotez için de geçerli olduğu ve aslında İCK m. 423/1 hükmünde düzenlenen suçun da bir somut tehlike suçu olduğuna dair bkz. **D’Alessandro**, s. 168.

⁴⁵⁷ **Yar. 15. CD., E. 2014/17982, K. 2014/16463, T. 15.10.2014; Yar. 6. CD., E. 2015/6985, K. 2018/2859, T. 12.04.2018** (karararama.yargitay.gov.tr, SGT. 20.08.2024).

⁴⁵⁸ **Yar. 8. CD., E. 2019/1356, K. 2020/17087, T. 15.10.2020**: *“Mevcut dosya kapsamı ve yangın tespit tutanağı birlikte değerlendirildiğinde sanığın, ikametinde bulunan ... ile tutuşturduktan sonra yangın boyutuna ulaşılmadan söndürüldüğü anlaşılmakla; oluşan netice kişilerin sağlığı veya mal varlığı bakımından zarar tehlikesi doğurmaya elverişli hale gelmemiş*

alınarak, soyut tehlike suçları bakımından da davranışın ceza normuyla korunan hukuki varlığın ihlaline elverişli bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığının araştırılması gerekir.

Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek de İCK m. 439 hükmünde düzenlenen su ve gıda ürünlerinin zehirlenmesi suçudur. Bu düzenlemeye göre *“Her kim suları veya gıda amaçlı maddeleri, bunlar tüketim amaçlı dağıtılmadan veya çekilmeden önce zehirlerse onbeş yıldan az olmayan hapis cezasıyla cezalandırılır.”* Bu suç söz konusu zehirli sular veya gıda amaçlı maddeler tüketiciyle buluşmadan meydana gelmektedir. Dolayısıyla kamu sağlığı için somut bir tehlikenin ortaya çıkması suçun oluşması için zorunlu değildir. Öyleyse bu suç bir soyut tehlike suçudur. Bu suçun soyut tehlike suçları kategorisine dahil edilmesi, suçun tamamlanabilmesi için failin davranışının suları veya gıda amaçlı maddeleri genel olarak sağlık açısından zararlı hale getirmeye elverişli olmasını gerektirir. Çünkü “zehirlemeden” bahsedilebilmesi için fail tarafından gıda amaçlı maddeleri tehlikeli hale dönüştürebilecek dışsal bir zehrin katılması gerekmektedir. Söz konusu maddelerin tehlikeliliği de kamu sağlığı bakımından bir tehdit yaratmaya genel elverişlilik üzerinden belirlenir. Bu anlamda hâkim, bilimsel verilere dayanarak söz konusu olaya benzeyen geçmiş vakıalarda suların veya gıda maddelerinin içindeki toksik maddelerin bazı kişilere zarar verdiğini göstererek zehirlenmenin yani kamu sağlığı bakımından tehlikenin varlığını ortaya koyabilir.⁴⁵⁹

Bu elverişlilik araştırmasının her zaman yapılması zorunludur. Eğer bu yapılmazsa hukuki varlığın herhangi bir şekilde zarara uğratılmasını veya tehlikeye atılmasını gerektirmeyen, salt kanunun emrine aykırılık teşkil eden, sırf itaatsizlik

olması karşısında, eyleminin TCK'nın 170/2. madde ve fıkrasında düzenlenen yangın tehlikesine neden olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde aynı yasanın 170/1-a, madde ve fıkrası uyarınca hüküm kurulması, Yasaya aykırı, ... olduğundan hükmün ... BOZULMASINA..., (karararama.yargitay.gov.tr, SGT. 20.08.2024).

⁴⁵⁹ D'Alessandro, s. 174.

suçlarının varlığını kabul eden Binding'e hak vermek gerekir. Ancak ihlâlsiz suç olmaz ilkesi gereği, sırf itaatsizlik suçlarını kabul etmek imkânsızdır.⁴⁶⁰ Dolayısıyla soyut tehlike suçlarında davranışın tehlike yaratmaya elverişliliğine ilişkin bir araştırma yapılmazsa, bunların sırf itaatsizlik suçuna dönüşme riski taşıdıkları söylenebilecek veya cezanın salt failin tehlikeliliğini gösteren bir fiile karşılık geldiği⁴⁶¹ ve ihlal prensibiyle olan uyumuyla anayasal meşruiyeti sorgulanabilir hale gelecektir.⁴⁶² Öte yandan davranışın ihlal ediciliğinin araştırılmaması halinde, soyut tehlike suçlarının kusur prensibine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler⁴⁶³ de haklılık kazanacaktır. Bu nedenlerle soyut tehlike suçlarının dar yorumlanması gerektiği, bir taraftan bu suçları somut tehlike suçu gibi algılayıp uygulamaktan kaçınılması, öbür taraftan da korunan hukuki varlığı ihlal etmeyen davranışları cezalandırmaktan kaçınılacak bir uygulama geliştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴⁶⁴ Davranışın ihlal ediciliğinin araştırılması gerektiği için, soyut tehlike suçlarının esasında “görünüşte soyut tehlike” suçu olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır.⁴⁶⁵

Böylece basit bir “genel elverişlilik” kriteriyle yetinerek cezai koruma eşliğini öne çeken soyut tehlikelilik kriterinin korunan hukuki varlık için her zaman gerçek bir tehlikenin meydana gelmesini gerektirdiği söylenebilir. Zira normalde tehlikeli olan

⁴⁶⁰ **Parodi Giusino**, s. 227, 228.

⁴⁶¹ **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 287.

⁴⁶² **Fiore – Fiore**, s. 201; Tehlike suçlarında da davranışın ihlale elverişliliğinin aranması gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 954; İhlal prensibinin hakime kanun koyucu tarafından varsayılan tehlikeden yoksun somut fiilleri normun cezalandırma alanının dışına çıkarma görevi yüklediği ile ilgili olarak bkz. **De Vero**, Parte generale, s. 139.

⁴⁶³ **Mehmet Cemil Ozansü**, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 74.

⁴⁶⁴ **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 957.

⁴⁶⁵ Bkz. **De Vero**, Parte generale, s. 140.

ancak somut olayda zararsız olan davranışın cezalandırılmasının, aydınlanmayla oluşan klasik ceza hukukunun hukuki varlıkları koruma fonksiyonuyla çelişeceği açıktır. Bu nedenle soyut tehlikenin hayali/kurgusal bir tehlikeyle karıştırılmaması gerekir.⁴⁶⁶

Soyut tehlike suçlarına ilişkin bu problemleri çözebilmek için bu suçlarla hedeflenen ceza politikası alanından başlamak gerekir. Günümüzün sosyo-ekonomik ve üretim gerçeklikleri düşünüldüğünde, sadece somut tehlike suçu kalıbı içerisine yerleştirildiğinde korumanın yetersiz kalacağı büyüklükteki öneme sahip hukuki varlıkların korunmasının göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bazı hukuki varlıklar, özellikle kolektif nitelikte olanlar yapıları gereği ancak belirli genel davranış kurallarına uyulmasının sağlanmasıyla korunabilir. Bu davranış kuralları, korunan varlığın bütünlüğünü ihlalle sonuçlanabilecek potansiyel tehlikeli davranışların belirsiz defa tekrarlanarak oluşturdukları riski önlemeye yönelik kurallardır. Bunlara örnek olarak trafiğin düzenlenmesini veya çevrenin korunmasını sağlamaya yönelik kurallar verilebilir.⁴⁶⁷

Soyut tehlike suçlarında kanun koyucu, tecrübe kuralları temelinde birtakım davranışların, olayların genelinde, bir ya da birden ziyade hukuki varlık için tehlike kaynağı teşkil ettiğini varsaymıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, fiilin tehlikeliliğinin yasal olarak varsayılması, “rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar veren değil, ancak *id quod plerumeque accidit*⁴⁶⁸ gerekliliğini karşıladığı, rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar vermediği müddetçe” anayasal makullük ve ihlal ilkeleriyle uyum içindedir.⁴⁶⁹ Dolayısıyla soyut tehlike suçları anayasal makullük ilkesine aykırı bir

⁴⁶⁶ D’Alessandro, s. 175 – 178.

⁴⁶⁷ Fiore – Fiore, s. 201.

⁴⁶⁸ Bir davranış, netice, olgu veya nedenin en muhtemel çıktısı anlamında kullanılan bir terim.

⁴⁶⁹ Marinucci – Dolcini – Gatta, s. 283: “Corte Cost. 20 dicembre 2019, n. 278; Corte Cost. 7 giugno 2019, n. 141; Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109.”

şekilde düzenlendiğinde yani kanun koyucu tehlikenin önleme amacından tamamen kopmuş keyfi düzenlemeler yapmaya yöneldiğinde anayasaya aykırı olacaktır.⁴⁷⁰ Ayrıca zarar prensibi gereği, kanun koyucu tehlikeli olarak nitelendirilmeyi gerçekten hak eden durumları ayırıştırırken ve seçerken çok dikkatli olmalı ve ceza müeyyidesinin uygulanacağı suç tipini yeterli bir şekilde tanımlamalıdır.⁴⁷¹

Bu anlamda soyut tehlike suçlarını kategorik olarak reddetmek doğru olmayacaktır. Bu konuda yeni eğilimin, soyut tehlike suçları kategorisine önyargılı bir şekilde karşı çıkmamak ve onun içinde çeşitli eleştirel ve cezai – politik değerlendirmelerden yana olmak olduğu belirtilmektedir.⁴⁷² Dolayısıyla failin aksi kanıt sunmasının kabul edildiği ve soyut da olsa tehlikenin varlığına ilişkin hâkime bir takdir marjının tanındığı durumda, söz konusu kategorinin faydalı ve sistemle uyum içinde olduğu söylenebilir.⁴⁷³ Somut tehlikenin ortaya çıkmamış olmasının, soyut tehlike suçlarının meydana gelmesi bakımından bir önemi yoktur. Bununla birlikte tehlikenin yokluğunun fail tarafından alınmış “mutlak güvenli ve eksiksiz önlemler” ile sağlandığı durumlar için⁴⁷⁴ bir istisna tanımak gerekir. Bununla varsayılan (soyut) tehlike suçlarının dar yorumlanması kastedilmektedir ve bu, “kusur prensibi” ile meşrulaştırılmakta ve

⁴⁷⁰ **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 309, 310.

⁴⁷¹ **Notaro**, s. 23, 24.

⁴⁷² İtalyan öğretisi, varsayılan (soyut) tehlike suçlarına ilişkin olarak bunların meşruiyetine karşı çıkmaksızın, bilimsel ilginin ağırlık merkezini, bu yasama tekniğinin kullanıldığı çeşitli alanların farklılaştırılmış bir analizi temelinde, ona atfedilebilecek her bir normun meşruiyetine kaydıran problemli bir eğilime sahip gibi görünmektedir. Bu görüş için bkz. **Grasso**, s. 706, 707.

⁴⁷³ **Ucci**, s. 161, 162.

⁴⁷⁴ Benzer yönde bkz. **Pagliari**, “*Il Reato*”, s. 33, 34: Yazara göre, failin, soyut tehlike suçunu düzenleyen normla amaçların tam ve denk bir şekilde yerine getirilmesini sağlayan farklı metotlar benimsemiş olması halinde cezalandırmanın amacı bulunmamaktadır hatta suç meydana gelmemiştir.

korunan hukuki varlığın korunma seviyesinde herhangi bir azalmayı gerektirmemektedir.⁴⁷⁵

Nitekim öğretide bir görüşe göre de “genel tehlikelilik varsayımı”, muhakeme esnasında mutlak varsayımın reddedilebileceği ve karşı ispatın sunulabileceği kabul edilerek gerçekleştirilebilir. Böylece sanık tehlikenin gerçek anlamda meydana gelmediğini gösterebilecek ve hâkim de “tipik fiilin gerçekleşmediği” gerekçesine dayanarak beraat kararı verebilecektir. Her şeyden önce bu görüş savunulmasında kabul edilebilir bir gerekçe bulunmayan “tehlikenin mutlak varsayımı” teziyle teorik olarak bağlantılı ve aşılmaz eleştirilerle karşılaşmıştır. Gerçekten de mantık çerçevesinde düşünüldüğünde kanun koyucunun genel olarak tehlikeli davranışları cezalandırmaya karar vermesinden sonra hâkimin suçun objektif unsuru olan tehlikeli fiilin gerçekleştiğini varsayması gerektiğini tasavvur etmek imkânsızdır. Fiilin araştırılması, yani somut olayın soyut suç tipine dahil olup olmadığının belirlenmesi, açıkça muhakeme faaliyetine dahildir ve bu konuda hiçbir yasama karinesi belirleyici olamaz.⁴⁷⁶

Bununla birlikte göreceli varsayım tezi de kabul edilebilir görünmemektedir zira bu tez, bir yandan ne yazılı ne de sistematik olarak kabul edilebilir hiçbir kaynağı bulunmayan “muhakeme esnasında aşılabılır bir tehlike varsayımı” gibi bir kriter yaratmaya zorlanmaktadır; öte yandan söz konusu kriter, normun yorumlanmasıyla çözümlenmesi gereken zararlı fiilin tipikliğiyle bağlantılı bir problemi tamamen keyfi bir şekilde ispat düzeyine kaydırmaktadır. Dolayısıyla somut olaydaki tehlikesizliğin ispatını kabul etmek, ispat yükünün tersine çevrilmesi anlamına gelir çünkü sanığa özellikle iddia makamına karşı yürütmesi gereken bir görev yüklemektedir. Ancak liberal ceza muhakemesi sistemlerinde *in dubio pro reo* ilkesi uyarınca, sanığın suçsuzluğunu

⁴⁷⁵ Grasso, s. 708.

⁴⁷⁶ Bkz. D’Alessandro, s. 205, 206.

ispatlamak gibi bir görevi bulunmamaktır. Somut fiilin tamamen zararsız olduğunu ispatlama görevinin sanıktan değil de hâkimden istenmesi gerektiği savunularak da bu eleştirilerden kaçınılamaz zira bu argüman kabul edilirse, soyut tehlike suçlarının somut tehlike suçlarına dönüşmesi gündeme gelir ki bu da söz konusu argümanı savunanların paradoksal bir şekilde ön kabullerine karşı gelerek soyut tehlike suçlarının ihlal ilkesiyle bağdaşmadığını kabul etmeleri anlamına gelir.⁴⁷⁷

Bir diğer yaklaşıma göreysse soyut tehlike suçlarının değersizliği gerçek tehlikenin varsayılmasından değil, tipik fiile içkin genel tehlikelilikten kaynaklanır.⁴⁷⁸ Bu yaklaşım her şeyden önce, ceza hukukunun ekseninin fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna kaymasıyla bağlantılı itirazların aşılmasına izin verebilir zira “fiilin soyut tehlikeliliğinin her zaman korunan hukuki varlığa yönelik taşıdığı zarar potansiyeli temelinde ölçüleceği” düşüncesiyle fail ceza hukuku anlayışına karşı çıkmaktadır. Bu yaklaşım klasik öğretinin ulaştığı büyük bir başarı olsa da soyut tehlike suçlarının genel olarak tehlikeli davranışları cezalandırdığı düşüncesi, temel probleme ilişkin uygun bir çözüm sunmaktan ziyade doğru bir ön kabulü teşkil etmektedir.⁴⁷⁹

Esasında belirtmek gerekir ki soyut tehlike suçlarının anayasal ilkelerle ve hukuki varlıkları koruma görevini üstlenen klasik ceza hukuku öğretisiyle bağdaşmasını sağlayacak, sınırları belirgin ve net bir formülün bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, günümüz risk toplumunda geri dönüşü mümkün olmayan riskleri önlemek adına belirli alanlarda soyut tehlike suçlarına başvurulması da bir zorunluluk arz etmektedir. Bu anlamda soyut tehlike suçlarıyla anayasal ilkelere saygılı bir ceza hukuku düzeni arasındaki denge aynı anda “değişme eğilimi gösteren”, “dengesiz” ve

⁴⁷⁷ D’Alessandro, s. 206, 207.

⁴⁷⁸ Bkz. Parodi Giusino, s. 402 vd.

⁴⁷⁹ Bkz. D’Alessandro, s. 208.

“mükemmelleştirilebilir” görünmektedir; yani zaman içerisinde uygun bir koruma sistemini sağlama hedefinin peşinde olan yasa koyucunun ve uygulayıcının sürekli ve birlikte gösterecekleri bir çabayı gerektirmektedir.⁴⁸⁰

İtalyan Anayasa Mahkemesi, soyut tehlike suçlarının zarar prensibinin sınırında konumlandıklarını ve bunların “anayasal düzen karşısında meşrulukla gayri meşruluk arasında bir dengede duran sınır suçları olduklarını reddetmeye çalışan düşüncelerin” beyhudeliğini vurgulamaktadır. Anılan mahkemenin de yaklaşımı takip edilerek bu sınır pozisyonundaki hangi limitlerin tolere edilebileceğinin yani anayasayla olan bağıni koparmadan bir yasal sistemin takdir yetkisinin bir sonucu olan bu soyut tehlike suçlarının sisteme dahil olmasına ne ölçüde izin verebileceği meselesi açıklanmalıdır.⁴⁸¹

Daha önce de belirtildiği üzere, bugün soyut tehlike suçlarını tamamen reddetmeyi ve sistemin dışına çıkartmayı öneren görüşler artık kabul edilmemektedir. Zira günümüz risk toplumunda, gelişen teknolojiyle birlikte meydana gelebilecek zararlı olayların büyüklüğü, bu risklerin ortada henüz bir somut tehlike dahi yokken önlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu konu çalışmanın bir sonraki bölümünde ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken husus, soyut tehlike suçlarının doğru bir şekilde yorumlandıkları takdirde cezai koruma araçlarının içerisindeki fonksiyonlarını yerine getirecekleridir. Bu anlamda hâkimi tehlikelilik gerekliliğini araştırmaktan kurtaracak derecede katı varsayımlardan kaçınmak gerektiği vurgulanmalıdır.⁴⁸² Öte yandan soyut tehlike suçu tekniği ile müdahale edilmemesi gereken bir özgürlük alanı olduğu da unutulmamalıdır. Bununla ceza normlarının anayasal hak ve özgürlüklerle

⁴⁸⁰ D’Alessandro, s. 215.

⁴⁸¹ D’Alessandro, s. 216, 217.

⁴⁸² D’Alessandro, s. 153.

çatışmaya girdiği haller kastedilmektedir. Bu özgürlük alanının haksız bir şekilde feda edilmemesi için, bu alan sadece somut tehlike suçlarıyla sınırlandırılabilir. Örneğin Rocco Kanunu'nda "aleni bir şekilde bir veya birden fazla suçu öven kişinin" cezalandırılmasını öngören 414/3. madde ve 6459 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki TCK m. 215 hükmü⁴⁸³ bir suçun veya failinin övülmesini içeren övme fiilini cezalandıran birer soyut tehlike suçudur. İtalyan Anayasa'sının 21. maddesinde düşünciyi ifade etme hürriyetinin tanınmış olması, Anayasa Mahkemesi'ni bu suçun daraltıcı bir yorumuna yönlendirmiştir. Mahkemeye göre, cezalandırılabilir övme fiili bir düşüncenin salt ifadesi değil, meydana gelme şekli itibariyle suç işlenmesini teşvik etmeye somut olarak elverişli bir düşünce açıklamasıdır. Böylece soyut tehlike suçu, yorum yoluyla somut tehlike suçuna dönüştürülmüştür. Bu noktada düşünciyi ifade etme özgürlüğü ile kamu düzeninin korunması şeklindeki söz konusu menfaatlerin dengelenmesini göz önünde bulunduran bu daraltıcı yorum doğru bulunmakla birlikte, anayasal özgürlükleri sınırlandıran menfaatlerin ve bireysel özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını açık bir şekilde tanımlayacak belirliliği içermediği, dolayısıyla bu hallerde ceza müeyyidesine başvurma yerindeğinin yeniden düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴⁸⁴

Cezalandırıcı normların doğru bir yorumuyla mümkün olduğu ölçüde somut tehlike suçlarının alanını genişletilip soyut tehlike suçlarının ise daha dar bir alana indirgenmesi sağlanabilir. Soyut tehlike suçlarının indirgendiği bu dar alan, hukuki

⁴⁸³ **TCK m. 215 (6459 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki düzenleme):** "İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

⁴⁸⁴ **Pelissero**, "Fatto tipico e offensività", s. 310; Belirli düşüncenin açıklanmasını yasaklayan ceza normlarının soyut tehlike suçu olarak düzenlenmemesi gerektiği konusunda bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 954, 968, 969; **Öntan**, s. 331; Soyut tehlike suçlarının anayasal sınırları hakkında bkz. §2/IV.

varlığın korunmasının soyut tehlike tekniği olmaksızın mümkün olmadığı alan olacaktır. Bu da istisnai bir şekilde tek bir davranışla ihlal edilebilir boyuttaki (örn. Çernobil kazası) belirli kolektif değerler için (çevresel değerler gibi) söz konusudur. Kural olarak bu varlıkların ihlali, kümülatif bir şekilde bir araya gelmiş birden ziyade davranışın sonucudur. Bunlar tek başlarına korunan varlık bakımından bir tehlike yaratacak ağırlıkta değildir; ancak aynı türdeki diğer davranışlarla muhtemel birleşmesinden kaynaklanacak tehlike için bastırılması zorunludur.⁴⁸⁵

Bu anlayışla çok katmanlı bir koruma sistemi kurulması mümkündür. Önemli hukuki varlıkları daha katı bir şekilde koruma ihtiyacı, çok daha erken bir müdahale sistemi kurmaya yönlendirir. Bu açıdan bakıldığında soyut tehlike suçları, söz konusu aktivitelerin yürütülmesi için genel nitelikte ihtiyati standartlar belirlemeyi hedefleyen “davranış ceza hukukuyla” birlikte hizmet edebilir (ve meşruiyet bulabilir). Korumanın erkene çekildiği bu durumlar özel ceza hukukunun farklı sektörlerinde – çevre ceza hukuku gibi – ve maksimum güvenlik marjını belirlemek adına eşik değerlerin ve kabul edilebilirlik seviyelerinin tespit edildiği normlarda kendisini gösterir. Özel düzenlemeler, gerçek tehlike durumlarının ortaya çıkmasını önlemek için katı davranış kuralları (kalite standartları, gıdanın muhafazasına ilişkin kurallar gibi) öngörür ve ihlallerini kabahatlerle ya da idari yaptırımla cezalandırır. Ceza kanunu bu durumlardan sağlık veya güvenlik için somut tehlike arz eden çok dar bir alanı seçmiştir ve bu nedenle daha katı bir koruma sistemi öngörmüştür. Bu kategorinin içerisinde yangın, sel gibi felaketlere sebep olmak ve kamunun ya da çevrenin güvenliğine karşı işlenen diğer suçlar bulunmaktadır.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 285; Ayrıca bkz. **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 307, 308.

⁴⁸⁶ **Pulitano**, s. 199; Öte yandan Alman ceza hukukçusu Zieschang, çevre suçu olarak düzenlenen suçların soyut tehlike suçu olarak düzenlenmemesi gerektiğini, bunların gerekiyorsa somut

Özel düzenlemelerin içinde yer alan eşik değerler; suç ve kabahat tiplerinin bir unsuru haline gelir. Bununla birlikte uygulamada özel düzenleme tarafından belirlenen salt eşik değerin aşılmasının tehlike suçunu düzenleyen normun ihlal edilmesi bakımından tek başına yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Zira bu suç, salt eşik değerin aşılmasını cezalandıran kabahatten daha ağırdır.⁴⁸⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi’ne göre eşik değerin çok az bir oranda aşıldığı hallerde tipiklik ile ihlal arasında bir boşluk bulunmaktadır. Mahkeme’ye göre bu hallerde hâkimin ilk görevi, somut davranışın ihlal edici olmak zorunda olması gerektiği ilkesinin sunduğu genel yorum kriterlerin ışığında, eşik aşımının çok az bir oranda olup olmadığını tespit etmektir. Eğer eşik aşımı çok az bir orandaysa, failin davranışının korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olmadığının ve sonuç olarak cezaen önemli davranışlar alanının dışında konumlandığını tespit edilmiş olacaktır. Böylece örneğin toprağa tahliye edilen atık suyun tabloda belirtilen eşik değerden birkaç gram yüksek olması durumunda davranış, kamu sağlığı bakımından tehlikesiz olduğu gerekçesiyle ceza hukuku bakımından önemsiz kabul edilebilecektir.⁴⁸⁸ Bu sebeplerle TCK m. 179/3 hükmüne ilişkin uygulamada, alkol testi sonucunu 1.00 promilin üstünde olan sürücülerin “emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek” durumda olduklarının mutlak bir karine olarak kabulünün ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmadığı haklı olarak belirtilmektedir.⁴⁸⁹

Daha önce de belirttiğimiz üzere tehlike yargısı, kesin bilimsel bilgi temelinde kurulan ihtimal yargısına dayanmaktadır. Ancak bilimsel belirsizlik hallerinde tam da bu

tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 962.

⁴⁸⁷ **Pulitano**, s. 199.

⁴⁸⁸ **Marunicci – Dolcini – Gatta**, s. 287.

⁴⁸⁹ **Murat Önok**, “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)”, TBBD., S. 121, 2015, s. 175.

belirsizlik sebebiyle ihtiyati tedbirler alıp almamak gerektiği sorgulanmalıdır. Bu aşamada bir sonraki bölümde ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız ihtiyat ilkesi⁴⁹⁰ devreye girmektedir.⁴⁹¹

Bilimsel belirsizlik olgusunun çevrenin korunması çabalarını önlememesi adına getirilmiş olan⁴⁹² ihtiyat ilkesi, belirli davranış veya durumların tehlikeliliği üzerine henüz ispatlanmamış ancak mantıksız da olmayan bilimsel belirsizlik durumlarında ceza hukukunun müdahalesini meşrulaştırmak için de kullanılabilir. Elbette kanıtlarla desteklenmiş bilimsel bir bilgi olmaksızın ne nedensellik yargısını kurmak ne de somut tehlike yargısını formüle etmek mümkündür. Bu anlamda ihtiyat ilkesinin ceza hukukundaki karşılığı ancak soyut tehlike suçu modeline göre inşa edilmiş suç tipleri olabilir. Bu noktada hukuki varlıkların korunması gerekliliği ilkesinden kopmadan ceza normlarının meşruluğunun tartışılabilirliği son sınırda olduğu iddia edilmektedir. Buna göre ihtiyat ilkesinin belirlediği alanda – ciddi bilimsel belirsizlikle karakterize edilen – hukuki varlıkla kurulan tabiri caizse pamuk ipliğine bağlı bu bağ, her ne kadar belirsiz olsa da önemli menfaatlere yönelik zararın muhtemel ortaya çıkma problemini ciddi bir şekilde ortaya koyan bir bilginin mevcut olması kaydıyla, güvence altına alınmış sayılabilir. Bu tür durumlarda ihtiyat ilkesi, sorunlu da olsa risk altında olduğu düşünülen hukuki varlığın korunmasıyla bağlantılı bir perspektifle, kanun koyucunun olası bir müdahalesinin meşruiyetinin kaynağını teşkil eder. Öte yandan muhtemel yaptırımlar, söz konusu varsayımların bilimsel belirsizliğini göz önünde bulundurmalıdır. Bu durumda mantıklı olanın, söz konusu hukuki değerleri korumak için

⁴⁹⁰ İhtiyat ilkesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. **Nükhet Turgut**, “İhtiyat İlkesi”, AÜHFD., C. 45, S. 1, s. 67 vd; **Ahmet M. Güneş**, Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Bilge Yay., Ankara 2012, s. 21 vd.

⁴⁹¹ **Pulitano**, s. 200.

⁴⁹² **Turgut**, s. 76.

cezai karakteri haiz olmayan fiiller ve müeyyideler tercih etmek olduğu belirtilmektedir.⁴⁹³

Ceza hukuku yaptırımlarının *ultima ratio* (son çare) olduklarını ve ceza hukukunun sadece bastırıcı ve önleyici değil aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri garanti edici fonksiyonu haiz olduğunu unutmadan ceza normu ihdas etmek gerekmektedir. Bu nedenle ihtiyat ilkesi çerçevesinde alınacak önlemlere ilişkin düzenlemeler kural olarak ceza hukuku sahasının dışında yer almalıdır.

Kanun koyucu, kamunun güvenliği, toplumun sağlığı ve çevrenin korunması gibi son derece önemli hukuki değerlerin korunması için ceza müeyyidesinin genel önleyici etkisinden yararlanmak isteyebilir. Tehlikenin, somut tehlike seviyesine ulaşmadan önlenmesinin istendiği bu alanda da ceza hukukuna hâkim olan ilkelere vazgeçilmeden, kanunilik ve belirlilik ilkelerine riayet edilerek soyut tehlike suçu ihdas edilebilir. Ancak bu düzenlemelerdeki tehlike aksi ispat edilemez yani mutlak bir şekilde varsayılan bir tehlike olmamalı, faile normla korunan hukuki varlığı ihlal etmediğini ispat etme imkânı tanınmalıdır.

Hâkim sadece somut fiilin soyut suç tipine karşılık gelip gelmediğini araştırmakla yetinemez, aynı zamanda fiilin somut olarak ihlal edici olduğunu doğrulamakla⁴⁹⁴ ve böylece fiilin genel bir tehlike yaratmaya elverişliliğini araştırmakla mükelleftir. Fiilin, normun engellemeyi hedeflediği zararı yaratmaya mutlak elverişsiz olduğu anda somut fiilin soyut suç tipine uymadığı ve ortada bir ihlal olmadığı için, tipik olmayan bir fiille karşı karşıya olduğumuz görülecektir.⁴⁹⁵

⁴⁹³ Pulitano, s. 201, 202.

⁴⁹⁴ Pelissero, “Fatto tipico e offensività”, s. 310.

⁴⁹⁵ Ucci, s. 163; Benzer yönde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 178.

3. SOYUT-SOMUT TEHLİKE (POTANSİYEL TEHLİKE VEYA ELVERİŞLİLİK SUÇLARI)

Soyut-somut tehlike olarak adlandırılan türde, kanun koyucu değerlendirmeye esas alınması gereken tehlike kaynaklarını işaret etmek suretiyle tehlikeye ilişkin yargılamanın sınırlarını çizmektedir.⁴⁹⁶ Bu tehlike türü, bir yönüyle somuttur çünkü tehlike söz konusu suçun bir kurucu unsurudur ve hâkim tarafından araştırılması gerekir; soyuttur çünkü araştırmanın konusunu oluşturan tehlike, davranışın suç tipindeki hukuki varlıkları ihlal etmeye “genel” elverişliliği şeklinde anlaşılır.⁴⁹⁷ Bu elverişlilik, somut olayda mevcut bazı haller göz ardı edilmek suretiyle genel parametreler göz önüne alınarak belirlenir.⁴⁹⁸ Alman Ceza Kanunu’nda da somut tehlike suçuyla soyut tehlike suçu arasında kalan bir form öngörülmektedir. Buna göre bir davranışın “somut” tehlikeliliğinin araştırılması sadece özellikle belirtilmiş ve böylece diğerlerinden soyutlanmış belirli unsurlarla sınırlıdır.⁴⁹⁹ Bu türde tehlikeye örnek olarak İtalyan ceza hukuku öğretisinde İCK m. 679 hükmü verilmektedir. Bu maddeye göre, “*Her kim her türlü patlayıcı maddeyi ya da niteliği veya miktarı itibariyle tehlikeli olan yanıcı maddeyi bulundurduğunu yetkili makama (It. “Autorità”) bildirmeyi ihmal ederse ... cezalandırılır.*” Görüldüğü üzere yanıcı maddelere ilişkin tehlike araştırması, niteliği veya niceliği itibariyle tehlikeli olmalarıyla sınırlandırılmıştır.⁵⁰⁰

Soyut-somut tehlike suçları şeklinde ara bir kategori yaratılmasına iten sebep, Alman ceza hukuku öğretisinin büyük bir çoğunluğunun, davranışın ex post yöntemle

⁴⁹⁶ Azzali, s. 1340.

⁴⁹⁷ Potansiyel tehlike suçlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Aygörmez, s. 57 vd.

⁴⁹⁸ Giovanni Fiandaca, “*Note sui reati di pericolo*”, in. Il tomaso natale – Scritti in memoria di Girolamo Bellavista, Vol. I, 1977, s. 180.

⁴⁹⁹ Delitala, “*I Reati di pericolo*”, s. 424.

⁵⁰⁰ Bkz. Azzali, s. 1340; Bkz. D’Alessandro, s. 157.

araştırılması gerekliliğini dayatan “tehlike neticesi” şeklindeki objektif kavramı kabul etmeleri olmuştur. Ancak somut tehlikenin bu yöndeki kabulü, kanunun hâkimin araştırmasını gerçekleştirmekte kullanabileceği verileri belirterek araştırmanın temelini sınırladığı suçların, somut tehlike kategorisine dahil edilmesini imkânsız kılmıştır. Yorum faaliyetini gerçekleştirecek kişinin fiilin belirli durumlarından “soyutlanmaya” çalışıldığı bu ipotezlerde, klasik ikiliğin aşılp bir ara form olan soyut-somut tehlike suçlarından bahsetmek zorunlu hale gelmiştir.⁵⁰¹

Hâkimin araştırma ödevi bulunduğu için geleneksel öğreti tarafından “somut” olarak tanımlanan bu tehlike türü, hâkimin doğrulaması gereken şu iki şeye göre çok somut ve az somut olarak ikiye ayrılabilir: a) belirlenmiş bir veya daha fazla pasif süjenin gerçek bir tehlide maruz kalıp kalmadıkları, b) gerçekleştirilen davranışın, korunan hukuki varlığın hamillerinin gerçekten etkilenmiş olup olmadıklarından bağımsız bir şekilde genel olarak zarar yaratmaya elverişli olup olmadığı.⁵⁰²

Alman Ceza Hukuku öğretisinde soyut-somut tehlike kavramını ortaya ilk koyan yazar Schröder’e göre, soyut-somut tehlike suçlarının iki görünüm şekli vardır. Bunlardan bir tanesi yukarıda aktardığımız kanun koyucunun hâkimin araştırma alanını kanunda önceden belirlenmiş unsurlarla sınırladığı hallerdir. İkinci görünüm şekli ise, normatif düzenlemenin tehlike değerlendirmesi için tüm durumların göz önüne alınmamasının şart koşulduğu hallerdir, bunlar belirsiz hukuki konuların korunduğu suç tiplerinde mevcuttur. Buna örnek olarak İCK m. 440 hükmü verilebilir. Bu maddeye göre, “*Her kim, tüketime sunulmadan veya dağıtılmadan önce, içme suyu veya besin maddelerini bozar veya taşıyıcı eder ve onları kamu sağlığı için tehlikeli hale getirirse ... cezalandırılır.*”. Burada hâkimin sorması gereken tek soru bu türden davranışların zarar neticesini

⁵⁰¹ D’Alessandro, s. 156.

⁵⁰² Fiandaca – Musco, s. 219.

gerçekleştirmeye genel olarak elverişli bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Tehlike, tipik davranışın elverişliliğini belirlemek bakımından esas alınır; kanun yasakladığı tipik fiilin yöneldiği hukuki varlıkların hamillerini (mağdurları) ve ihlal edilen somut hukuki varlıkları tamamen belirsiz bırakır ve onların neler olduğunu göstermez.⁵⁰³

Soyut-somut tehlike suçları öğretide potansiyel tehlike suçu olarak da adlandırılır ve tipik düzenlemenin içerisinde “tehlikeye elverişli olma” unsurunu barındırması gerekmektedir.⁵⁰⁴ Bu anlamda “elverişlilik suçları” olarak da anılan bu suçlar, neticeyi meydana getirebilecek, elverişlilik unsuru doğrultusunda tespit edilmiş spesifik olgunun belirtildiği suçlar olarak tanımlanmaktadır. Buna göre somut tehlikenin elverişlilik unsuru çerçevesinde potansiyel olarak görüldüğü tehlike suçları, elverişlilik suçları olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰⁵

Bu suçlar bünyesinde hâkim tarafından – genel kriterlere dayalı olarak – araştırılması gereken bir tehlikeyi barındırdığı için “somut tehlike suçu” kategorisine dahil edilebileceği belirtilmiştir.⁵⁰⁶ Öte yandan bağımsız bir “soyut somut tehlike” suçu kategorisini önerenler, “saf” somut tehlike suçu kategorisinden kopmaya daha yakın olduklarını göstermişlerdir ki bu görüş öncekine nazaran daha yerindedir. Ancak bunlar

⁵⁰³ **Fiandaca**, “*Note sui reati di pericolo*”, s. 181; **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 3, 4; **Daragenli**, s. 53, 54; **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 179, 180; Benzer nitelikte bir düzenleme TCK m. 185 hükmünde bulunmaktadır. **TCK m. 185/1**: “*İçilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir.*”

⁵⁰⁴ **Doğan**, s. 184; **Aygörmez**, s. 57, 58.

⁵⁰⁵ **Ünal**, *Tehlike Suçları*, s. 312.

⁵⁰⁶ Bu suçların somut tehlike suçlarından belirgin bir sapma yaratmadığı yönünde bkz. **Zincani**, s. 205; Kanundaki ifadede “elverişlilik” kriterinin arandığı suçların somut tehlike suçu olduğu yönünde ayrıca bkz. **Gülen Soyaslan**, *Tahrik Suçları ve Açık ve Yakın Tehlike Standardı*, Yetkin Yay., Ankara 2024, s. 370.

da birbirine zıt unsurları barındıran iki temel suç tipinin yani soyut tehlike suçunun ve somut tehlike suçunun bir arada bulunulmasının düşünölemeyeceği eleştirisiyle karşılaşmıştır.⁵⁰⁷

Gerçekten de bu eleştiri karşısında soyut-somut tehlike suçları aşıl原因az bir engelle karşı karşıya kalmaktadır. Zira birbirine zıt belirleyici özellikleri olan bu iki ipotezin aynı anda bir suç tipinde bulunabileceğini iddia etmek zor görünmektedir. Öğretide soyut tehlikeyi somut tehlikeden ayırmak için kullanılan kriter göz önünde bulundurularak, soyut-somut tehlike suçlarının muğlak sınıflandırılmasında esasında sadece tehlike tahmininin formüle edilmesi üzerindeki unsurların yasayla sınırlandırıldığı, gerçek anlamda somut tehlike suçlarının saklandığı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sadece tehlike yargılamasının daha az somut olmasına dayanarak soyut tehlike suçlarıyla somut tehlike suçları arasında özerk bir kategori yaratmak gerekli görünmemektedir.⁵⁰⁸

Bir diğer görüşe göreysse, bu kategoriye dahil olan suçlarda somut tehlikenin gerçekleşmesi suç tipine dahil değildir, dolayısıyla bu suçlar soyut tehlike suçlarının bir alt formu olarak görölmektedir. Hâkimin bu suçlarda bir araştırma yapması, bu suçları somut tehlike suçlarına yaklaştırsa da somut tehlikenin gerçekleşmesine elverişli davranışın tespitinin yeterli olup somut tehlikenin aranmaması sebebiyle de bu suçlar, soyut tehlike suçları içinde görölmektedir.⁵⁰⁹ Bununla birlikte potansiyel tehlike suçlarının soyut tehlike suçlarının bir alt türü olarak görölmesine rağmen, potansiyellik olgusunun soyut tehlikeden farklı olarak tespit edilebilir bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla

⁵⁰⁷ **Fiandaca**, “*Note sui reati di pericolo*”, s. 182, 183.

⁵⁰⁸ **D’Alessandro**, s. 158, 159.

⁵⁰⁹ **Ünal**, *Tehlike Suçları*, s. 319; **Akbulut**, s. 437.

bu suçlarda nedensellik bağının araştırılması gerektiği belirtilmektedir.⁵¹⁰ Dolayısıyla bu suç kategorisine ait suçlarda hakim, somut olaydaki bütün şartlara bakmalı ve davranışın genel olarak bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığını tespit etmelidir. Bir başka deyişle somut olaydaki davranış, suç tipiyle yasaklanan ihlali gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır.⁵¹¹

Tehlikeye elverişli suçların kendi içerisinde “birinci derece tehlikeye elverişli suçlar” (“somut tehlikeye elverişli suçlar”) ve “ikinci derece tehlikeye elverişli suçlar” şeklinde ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. “İkinci derece tehlikeye elverişli suçlar”da hâkim, soyut tehlike suçlarından farklı olarak, zarar tehlikesi oluşturmaya elverişli bir durumun varlığını tespit etmelidir. Bu noktada gerçekleştirilen davranışla meydana gelen elverişli durum arasındaki nedensellik bağı araştırılır. “Birinci derece tehlikeye elverişli suçlar”da ise hâkim, davranışın tehlikeli bir durum oluşturmaya gerçekten elverişli olduğunu tespit etmenin ötesinde, bu tehlikeli durumun bir veya birden fazla kişiyle temas etme ihtimalini araştıracaktır. “Birinci derece tehlikeye elverişli suçlar”da fiilin somut bir tehlike meydana getirmesi değil, somut bir tehlike meydana getirmeye elverişliliği araştırılacaktır.⁵¹²

Bu ayrıma göre örneğin TCK m. 183 hükmünde düzenlenen gürültüye neden olma suçu, “somut tehlikeye elverişli suç” kategorisine dahildir. Zira suç tipinde, ilgili davranışları gerçekleştirerek “başka birinin sağlığı bakımından tehlikeye neden olmak” gibi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu anlamda çok şiddetli bir gürültüye neden olunması, ancak somut olarak kimsenin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi durumunda da

⁵¹⁰ Aygörmez, s. 58.

⁵¹¹ Önok, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 47.

⁵¹² Maden, s. 450 vd.

“elverişlilik” şartı gerçekleşebilir.⁵¹³ Bununla birlikte öğretide bu suç tipinin bir somut tehlike suçu olduğu belirtilmektedir.⁵¹⁴ Buna göre, gürültünün kanuni yükümlülöklere aykırı olması yeterli değildir; aynı zamanda bir başkasının sağlığının zarar görmesine elverişli de olmalıdır.⁵¹⁵ Zarara elverişliliğin somut tehlikeyi ifade ettiğini belirten bir görüşe göre de bu suç, somut tehlike suçudur.⁵¹⁶ Bununla birlikte maddenin düzenleniş biçimine bakıldığında kanunun araştırılıp ortaya çıkartılması gereken bir somut tehlikeyi aramadığı görölecektir. Kanuni düzenlemede zarara elverişliliğin aranmasının tek başına bir suç somut tehlike suçu haline getirmeyeceği kanaatindeyiz. Davranışın zarar meydana getirmeye elverişli olmasıyla, suçun tamamlanması için somut bir tehlikenin ortaya çıkmasının arandığı somut tehlike suçlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Bu nedenle gürültüye neden olma suçunun somut tehlike suçu olmadığı yönündeki görüşlere⁵¹⁷ iştirak ediyoruz.

Azzali’ye göre de potansiyel tehlike her ne kadar değerlendirilmesinin temelinde soyutlamayı barındırsa da soyut tehlike suçu değildir çünkü tehlikenin hâkim tarafından somut bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Ne var ki somut tehlike suçu da değildir zira değerlendirme kısmi bir nitelik taşır çünkü hâkim failin davranışının potansiyel olarak tehlikeli olduğuna onu belirli fiili durumlardan soyutlayarak karar vermelidir.⁵¹⁸

⁵¹³ **Maden**, s. 452; Bu suçun potansiyel tehlike suçu olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Aygörmez**, s. 61; **Akbulut**, s. 437.

⁵¹⁴ **Handan Yokuş Sevük**, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m. 183)”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 374.

⁵¹⁵ **Rahşan Bengi Gezgin Kayan**, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, CHD., C. 3, S. 7, Y. 2008, s. 116.

⁵¹⁶ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 323.

⁵¹⁷ **Mahmut Kaplan – R. Barış Atladı**, “Gürültüye Neden Olma Suçu”, DEÜHFD., Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 646.

⁵¹⁸ Bkz. **Azzali**, s. 1346.

Esasında kanun koyucu muhtemel pasif sjeler üzerinde meydana gelecek somut bir tehlikenin yerini ngrdđđ kadar tehlike, zararın meydana gelmesinin genel ve soyut bir araştırmasına dönüşmektedir.⁵¹⁹ Soyut tehlike suçlarının geleneksel tanımında yer alan tehlikenin ortaya çıkmasının cezalandırmanın nedeni olduğu şeklindeki kalıp, hâkimin fiilin tehlikeliliği üzerine araştırma yapıp görüşünü açıkladığı her hali tanımın dışında bırakmaktadır. Öte yandan mevzunun esasına bakıldığında esas alınması gerekenin fiilin tehlikeliliği değerlendirmesine hâkimin dahil olmasının olmadığı grlecektir. Eğer suç tipine ilişkin yorum, davranışın genel tehlikeli karakteri yüzünden yasaklandığını söylüyorsa, aynı açıklamayı hâkimin yapması, soyut tehlike suçunu somut tehlike suçuna dönüştürmez. Soyut tehlikenin meydana gelip gelmediğine yönelik araştırma, tipik fiil için gereken tehlike kadar genel olmalıdır.⁵²⁰

Potansiyel tehlike suçlarını, soyut somut tehlike suçlarından ayrı bir başlık altında inceleyen Azzali, Avusturya Ceza Kanunu (StGB) ve Avusturya ğretisi üzerinden konuyu açıklamaktadır. StGB ř180 hükmüne göre, “*Her kim birden ziyade insanın hayatı veya güvenliği bakımından bir tehlike doğurabilecek şekilde suyu, toprağı veya havayı kirletir veya bunlara zarar verirse ... cezalandırılır.*”. İnsan sağlığı bakımından potansiyel tehlike taşıyan bunun gibi durumlarda öğreti tehlike değerlendirmesinin temellerini belirlerken “değerşken durumlar” ve “sabit durumlar” arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre uygulayıcı tehlikenin var olduğunu veya olmadığını belirlemek bakımından sadece tesisin coğrafi durumu, emisyonun niteliği ve niceliği, baca yüksekliği gibi sabit durumları göz önüne almalıdır. Öte yandan, tamamen istisnai meteorolojik şartlar gibi değerşken durumlar göz önüne alınmamalıdır. Fakat bu tehlike değerlendirmesine “en kötü durum” da katılmalıdır. Yani sağlık bakımından en kırılgan

⁵¹⁹ **Fiandaca**, “*Note sui reati di pericolo*”, s. 181, 182.

⁵²⁰ **Fiandaca**, “*Note sui reati di pericolo*”, s. 183.

insan kategorisi (hastalar, yaşlılar, çocuklar) de değerlendirmenin içinde dikkate alınacaktır. Potansiyel tehlike için “basit imkân” yargılaması yapılacaktır ve bu yargılama “en kötü durum” parametresine göre yürütülecektir.⁵²¹ Potansiyel tehlikenin araştırılmasında kullanılan bu temel ve standartlar ile tehlike derecesinin “basit imkân” düzeyinde kalması, potansiyel tehlikeyi pek çok açıdan benzediği genel tehlikeden ayırmaktadır. Zira genel tehlike için tehlikenin “ihtimal” seviyesinde olması gerektiği belirtilmektedir.⁵²² Öte yandan potansiyel tehlikenin doğa bilimlerine dayanan bilgi ve tecrübeyle bilirkişiler tarafından tespit edilmesi gerektiği, teknik yönergelerin (hava, su, toprak emisyonuna ilişkin yönergeler veya gürültü hakkındaki yönergeler gibi) hâkim için bağlayıcı nitelikte olmayıp emare teşkil ettiği belirtilmektedir.⁵²³

Potansiyel tehlike suçlarının meydana gelmesi için tehlikenin ihtimalinin değil de imkanının aranıyor olması ve cezalandırma eşiğinin ihtimale nazaran daha ön bir aşamaya çekilmesi, bu suçların ihlal prensibiyle olan uyumlarıyla ilgili haklı şüphelerin doğmasına vesile olmuştur.⁵²⁴ Ancak bu görüşe karşılık davranışın tehlikeliliğinin araştırılmasını gerektiren soyut – somut (potansiyel) tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçlarına karşı sunulmuş bazı eleştirilerin aşılabileceği de belirtilmektedir.⁵²⁵

Bize göreyse, bir suçun işlendiğinden bahsedilebilmesi için tipik davranışın normun koruduğu hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olması gerekmektedir. Aksi halde işlenemez suçtan bahsetmemiz gerekecektir.⁵²⁶ Bu nedenle davranışın elverişliliğine yönelik araştırmanın soyut tehlike suçunu meydana getirenler dahil, bütün tipik

⁵²¹ Bkz. **Azzali**, s. 1343 – 1346.

⁵²² **Azzali**, s. 1346, 1347.

⁵²³ **Aygörmez**, s. 59.

⁵²⁴ **Azzali**, s. 1349.

⁵²⁵ **Ucci**, s. 170.

⁵²⁶ **Keyman**, “*Cürmi Fül*”, s. 133.

davranışlar üzerinde gerçekleştirilmesi zorunludur. Soyut tehlike suçunun meydana gelip gelmediğini tespit etmek için hâkimin gerçekleştirdiği elverişlilik incelemesi, bu suçları somut tehlike suçuna dönüştürmemektedir.⁵²⁷ Bu anlamda, elverişlilik incelemesinin soyut tehlike suçlarında da söz konusu olduğu ve bu nedenle elverişlilik suçları gibi ayrı bir kategori yaratılmaması gerektiği hususundaki görüşe iştirak ediyoruz.⁵²⁸

4. VARSAYILAN (ÖNGÖRÜLEN) TEHLİKE – ARAŞTIRILABİLİR TEHLİKE

Tehlikenin her zaman bir soyutlama olduğu gerekçesiyle soyut – somut tehlike ayrımını kabul etmeyen Manzini, varsayılan tehlike (*pericolo presunto*) ve araştırılabilir tehlike (*pericolo accertabile*) ayrımını yapmaktadır. Bu ayrıma göre varsayılan tehlike, kanunun korunan hukuki varlık bakımından bir zarar imkanını mutlak olarak varsaydığı, bu zarar imkanının araştırılmasının veya somut olayda bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının araştırılmasının gerekmediği suçlarda mevcuttur.⁵²⁹ Öğretide kimi yazarlar bakımından bu suçları ifade etmek için soyut tehlike suçu kavramı kullanılsa da bu kullanım yerinde değildir. Varsayılan tehlike suçlarına, İCK m. 426 ve m. 435 düzenlemeleri örnek olarak verilebilir.⁵³⁰

Öte yandan öğretide Manzini’nin “tehlikenin her zaman bir soyutlama olduğu” hipotezine karşı çıkıp aynı zamanda soyut tehlike kavramını reddedenler de bulunmaktadır. Bu yöndeki görüşe göre, eğer soyutlama somut bir forma dönüşmemiş ve bazen de dönüştürülemeyen düşüncenin bir nesnesi anlamına geliyorsa, hiçbir objektif

⁵²⁷ Krş. **Zincani**, s. 205: Yazara göre, soyut somut tehlike suçları somut tehlike suçlarından belirgin bir sapma göstermemektedir. Normda fiille ve inceleme alanıyla ilgili farklı formülasyonlar yer alsa da bu durum hâkimi somut tehlikelilik incelemesinden kurtarmaz.

⁵²⁸ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 325, 326.

⁵²⁹ **Vincenzo Patalano**, Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1975, s. 53, 54.

⁵³⁰ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 687.

temele dayanmayan soyut tehlikenin de ceza kanunu tarafından dikkate alınmayacağı ortadadır. Dolayısıyla bu görüş, ceza hukukunda hiçbir anlamı olmayan soyut tehlikeye yani bir belirsizliğe atıfta bulunmak yerine, gerçekleşmese dahi tecrübe kurallarına dayanarak öngörebildiğimiz belirli bir olgusal gerçekliğin daha önce var olan bir durumu nedensellik ilişkisi içerisinde takip edeceğine dair bir inançla hareket etmektedir. Böylece kanun koyucu yangının kişilerin güvenliği bakımından bir tehlike arz ettiği kanaatine ulaşırken, soyut, belirsiz ve içi boş bir tehlikeye değil; yangının normalde kişilerin güvenliği bakımından büyük bir tehdit yaratacağı hususundaki genel kanaati yasal düzenlemede somutlaştırır.⁵³¹

Varsayılan tehlike, tehlikeliliğin bir derecesini değil, bunun kavramsal olarak özel bir varsayımını teşkil eder.⁵³² Varsayılan tehlike suçlarında kanun koyucu suçu ihdas ederken, tipik fiilin meydana getirilmesinin kendiliğinden tehlikeli olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda fail tarafından meydana getirilen fiil tipikse, neticenin gerçek anlamda zarar doğurup doğurmayacağından bağımsız olarak suç gerçekleşmiştir. Bu hallerde tehlike varsayılmış olduğu için failde ayrı bir tehlike kastı aramaya lüzum yoktur. Dolayısıyla fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir şüphe olduğunda faili cezai sorumluluktan kurtaracak şey tehlike kastının olmaması değil, tehlikenin gerçekleşmemiş olması olacaktır.⁵³³

Varsayılan tehlike suçlarında tehlikenin etkili olmadığına yönelik bir ispat kabul edilmemektedir dolayısıyla ceza normunun ihdası amacını teşkil eden tehlike gerçekleşmemiş olsa dahi cezalandırma yoluna gidilecektir. Bunun çok ağır bir durum

⁵³¹ **Ratiglia**, s. 35, 36.

⁵³² **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 687.

⁵³³ **Penso**, s. 7; Bu kabul üzerinden tanımlanan varsayılan tehlike suçlarının ceza hukukundaki kusur prensibiyle bağdaşmayacağı yönünde bkz. **Ozansü**, s. 74.

olduğu ve varlık amacının sınırlarını aşan hallerde varsayılan tehlike suçlarının gerçek (somut) tehlike suçlarına dönüşebileceği kabul edilmektedir. Diğer yandan bu suçların, ceza politikasının belirli amaçlarına ulaşmak için gerekli olduğu, kolluk ceza hukuku ve kabahatler için uygulanma alanı bulabileceği kabul edilmektedir.⁵³⁴

Araştırılabilir tehlike ise, suçun isnat edilebilmesi için kanunun her somut olayda tehlikenin yargı organı tarafından kanıtlanması gerekliliğini aradığı hallerde mevcuttur. Bu hipotezde tehlike ancak fiili durumun ortaya çıkartılması ile zarar ihtimaline yönelik değerlendirmenin birlikte gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkartılabilir.⁵³⁵ Yargı organı tehlikenin türüne göre en uygun kriteri kullanarak fail veya suçun işlenmesinde kullanılan kişinin meydana çıkardığı durumun tehlikeli olup olmadığını değerlendirir. Böylece bu kişiye cezai sorumluluk atfedilir veya atfedilmez.⁵³⁶

Öğretide Manzini'nin aksine hem varsayılan hem de soyut tehlike kavramlarını kabul edip aralarında ayırım yapan görüşler mevcuttur. Buna göre öncelikle “soyutlama” ve “varsayma” kavramları farklı anlamlar taşımaktadır. Soyutlama ile kastedilen, bir fiilin kendine özgü spesifik özellikleri göz ardı edilerek, benzer fiillerle olan ortak özellikleri kullanılarak değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Varsaymak ile kastedilen ise gerçek varsayımların yapısını değerlendirme zorunluluğu olmaksızın belirli ilişkileri tek tip içinde düzenlemek amacıyla genel tecrübe kurallarından yararlanarak bilinen bir fiilden bilinmeyen bir fiili ortaya çıkartmaktır.⁵³⁷ Varsayılan tehlike ile soyut tehlike arasında yapılan ayırma göre de varsayılan tehlikede hâkim, tehlikenin varlığı üzerine bir araştırma yapmaktan muaf tutulmuştur; öte yandan, soyut tehlike suçlarında ise hâkim, fiilin genel

⁵³⁴ Bkz. Gallo, M., s. 6.

⁵³⁵ Manzini – Nuvolone – Pisapia, s. 687.

⁵³⁶ Penso, s. 6, 7.

⁵³⁷ Ucci, s. 171.

bir ihlal (It. “*offensività*”) edici niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu anlamda soyut tehlikenin tespitinde çeşitli genellemeler ve soyutlamalarla bazı somut koşullar hesaba katılmalıdır.⁵³⁸

Bir tehlike suçunun meydana gelip gelmediğini belirlemek için somut olguların araştırılması gerekliliği sadece somut tehlike suçlarına özgü değildir. Örneğin hakaret suçunda da hâkim, varlığı tehlikenin varlığını dışlayacak somut olguları araştırmakla mükelleftir. Bu anlamda hâkim, söylenen hakaretimiz sözlerin normu ihlal edip etmediğini tespit etmek için sözlerin şaka amacıyla mı veya oyun bağlamında mı söylenip söylenmediği yahut failin sarf ettiği sözlerin anlamını bilip bilmediği gibi *somut* olguları araştırmakla mükelleftir. Bu görüşe göre, İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan demiryolu kazasına (İCK m. 430), salgına (İCK m. 438) ve yangına (İCK m. 423) sebep olma suçları, somut tehlike suçu modeline göre yeniden düzenlenmeli ve yorumlanmalıdır. Hâkim kamu güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atan somut olguları araştırmalıdır. Diğer zamanlarda, tehlikenin somut yapısı hukuki konuyu koruma aracı olan ceza normunun doğru yorumlanmasıyla elde edilir. Bu yorumla, somut olarak ihlal edici olmayan olguların ceza normunun koruma alanından çıkartılması gerekmektedir.⁵³⁹

Öte yandan bir başka görüş, soyut tehlike suçlarıyla varsayılan tehlike suçları arasındaki ayrımın soyut tehlike suçları için davranışın genel olarak zarar vermeye elverişliliğini aramak gerekliliği tezinin ikna edici olmadığını belirtmektedir. Zira zarara elverişliliğin somut olarak araştırılması somut tehlike suçlarının araştırılmasına özgüdür. Bu görüşe göre, soyut tehlike suçlarıyla varsayılan tehlike suçları ayrımı, farklı bir temele

⁵³⁸ Bkz. **Azzali**, s. 1337; **Parodi Giusino**, s. 228 – 231: Yazara göre, soyutlama yapılırken bir fiil, somut olayın belirleyici özellikleri bir kenara bırakılarak benzer diğer fiillerle ortak olan genel özellikleri itibarıyla değerlendirilir. Ancak varsayma halinde (özellikle de varsayım mutlaksa) aynı hukuk disiplini uygulayabilmek adına birbirinden farklı olan fiiller birbirine eşitlenir.

⁵³⁹ Bkz. **Azzali**, s. 1337, 1338; Krş. **Grasso**, s. 707.

dayanır. Soyut tehlike suçlarında tehlike, suç tipine içkindir; sadece, hâkimin somut bir araştırma yapmasına gerek yoktur. Ancak bu tehlike *gerçek* bir tehlike olmalıdır, yani kanun koyucunun bir davranış veya bir neticenin normal tehlikeliliğini ortaya koyan bilimsel yasalar veya tecrübe kurallarının sonuçlarıyla oluşturduğu bir norm olmalıdır. Bu şekilde gerçek tehlike esas alınarak oluşturulmuş soyut tehlike suçları anayasal *makullük* prensibiyle ve *ihlalsiz suç olmaz* ilkesiyle de uyumlu olacaktır. Zira İtalyan Anayasa Mahkemesi, kanun koyucu tarafından yapılan tehlikelilik değerlendirmesinin “*id quod plerumque accidit*”⁵⁴⁰ ilkesiyle bağlandırılmadığı her normun anayasaya aykırı olduğunu değerlendirmiştir. Öte yandan, varsayılan tehlike suçları ise kanun koyucunun bilimsel yasalara veya tecrübe kurallarına dayanmadan sadece cezalandırma saikiyle harekete geçtiği suçlardır. Bu anlamda varsayılan tehlike suçları, anayasal ihlal prensibine aykırılık teşkil etmektedir.⁵⁴¹

Varsayılan tehlikeyle soyut tehlikenin aynı olmadığını belirten M. Gallo’ya göre de ihlal ediciliğin gerekliliği tipik fiilin tanımlandığı ceza normunda belirtilmese de hukuki sonuçlar üreten fiilin bir içerikle yüklü somut bir anlamı taşıması gerekmektedir. Böylece fiile hukuki bir nitelik atfedilmektedir. Ancak fiilin normda belirtilen modeli karşılamasına rağmen fiile bu hukuki niteliği atfetmenin normun amacıyla uyumlu olmadığı hallerde bu atfetme işleminin yapılmaması gerekmektedir.⁵⁴² Bu anlamda bir görüşe göre de kanun koyucu belirli bir davranışa tehlikelilik niteliğini atfettiğinde, norm yaratmadan önce onun tehlikeli karakterini kabul etmiş demektir. Bunu yaparken de belirli bir menfaati korumak amacıyla yapar. Kanun koyucu davranışın tipe uygun olmasına rağmen korunan varlığın tehlikeye maruz kalmadığı hallerde cezai ilişkinin

⁵⁴⁰ Bir davranış, netice, olgu veya nedenin en muhtemel çıktısı anlamında kullanılan bir terim.

⁵⁴¹ **Azzali**, s. 1339, 1340.

⁵⁴² **Gallo, M.**, s. 6, 7.

dışlanması gerektiğine karar verdiği için (İCK m. 49), tipiklikle ihlal arasındaki ilişkinin kurulamadığı hallerde (davranış unsurunun kötü bir şekilde yazıldığı tehlikeli davranış suçlarında) uygulayıcı, meydana gelen şeye kanun koyucunun amacı doğrultusunda bir anlam yüklemelidir. Dolayısıyla bu durumlarda dahi hâkim tarafından gerçek somut tehlikelilik araştırılmalıdır.⁵⁴³

Varsayılan tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçları arasında kategorik bir ayırım yapmamakla birlikte, benzer yönde bir sonuca ulaşan Mangano'ya göre de varsayılan tehlike suçları, fiilin tipe uygun olmasının yanı sıra, zarar verici de olması gerektiği kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir. Zarar vericilik şartının öngörüldüğü İCK m. 49/2⁵⁴⁴ hükmüne dayanılarak fiilin şekli olarak gerçekleşmiş olması, yani tipik fiile şekli olarak uymasının suçun meydana gelmesi için yeterli olmayacağı kabul edilmektedir. Zarar vericilik şartı geneldir ve tüm suçlar için geçerlidir ve bu gerekliliği yerine getirmeyen suçların varlığını reddetmeye yarar. Bu anlamda bu kategoriye dahil olan suçlar kabul edilebilir görünmemektedir. Davranışın sadece tipe uygun değil, aynı zamanda zarar verici olması zorunluluğu geneldir ve varsayılan tehlike suçlarına bir alan bırakmaz.⁵⁴⁵ Fiilin tipe uygun olmasına rağmen korunan varlık bakımından tamamen zararsız olma imkânı son derece marjinal bir sonuç olup yasama tekniğinin sınırlarının bir sonucudur. Dolayısıyla hukuka aykırılığın şekli yönü ile maddi yönü arasındaki ayırımın ortaya çıkartılabileceği unsurların eksik olduğu bütün hallerde, test edilmiş

⁵⁴³ Bkz. **Gallo, E.**, s. 32.

⁵⁴⁴ **İCK m. 49/2:** “*Hareketin elverişsizliği veya konusunun yokluğu sebebiyle zararlı ya da tehlikeli neticenin meydana gelmesi imkânsız olduğunda, cezalandırılabilirlik de ortadan kalkar.*”

⁵⁴⁵ **Mangano**, s. 209 – 211.

tecürbe kurallarına dayanılarak ceza normunda belirtilen modele karşılık gelen fiilin zarar vericiliği üzerinde bir karar verilmesi gerekmektedir.⁵⁴⁶

Sırf itaatsizlik suçlarında olduğu gibi, hukuka aykırılığın davranışın dış dünyada meydana gelme şekline içkin olduğu hallerde ceza normunun emredici fonksiyonu, garanti edici fonksiyonunu gölgede bırakıyor gibi görünmektedir. Ceza hukukunun diğer fonksiyonlarıyla ilişkisi çerçevesinde normun emrediciliğinin sınırları ortaya konulduğunda da bu sınırın her zaman hukuk sisteminin kendi içinde çelişme riskini taşıdığı noktada olduğu görülecektir. Bununla kastedilen de herhangi bir menfaati ihlal etmeyen davranışın yasaklanamayacağıdır.⁵⁴⁷ Gerçekten de tehlike varsayılarak suç ihdas edilemez. Zira bir davranış ihlal meydana getirmeye elverişli olmadığı sürece ceza hukukunun ilgi alanına girmez. Dolayısıyla hukuki varlığı ihlal etmeye elverişsiz bir tehlike de suç sayılamaz.⁵⁴⁸

Varsayılan tehlike suçlarını kabul edenler, sosyal anlamda zararlı görünmeyen durumları suç saymaktan kaçınmak için bir arayışa girmişlerdir. Öncelikle varsayımın nisbi olduğu tezi ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, absürt sonuçların önlenmesi adına karşı ispat imkânı kabul edilmelidir. Ancak zarar verici fiilin tespitine ilişkin meseleyi nisbi varsayım ve dolayısıyla ispat düzeyine indirmek tamamen keyfidir ve hangi olguların gerçekleşmesi halinde tehlikenin varsayılacağına ilişkin belirsizliği barındırır.⁵⁴⁹ Öte yandan varsayılan tehlike suçlarında da zaman zaman tehlikenin

⁵⁴⁶ Gallo, M., s. 7.

⁵⁴⁷ Gallo, E., s. 33.

⁵⁴⁸ Alacakaptan, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 19.

⁵⁴⁹ Ayrıca bkz. Mangano, s. 209, 213, 214.

gerçekleşmediğinin ispat edilmesi bu suçlarla somut tehlike suçları arasında yapılan ayrımı anlamsız hale getirir.⁵⁵⁰

Bununla birlikte varsayılan tehlike suçlarının var olması gerektiğini savunan görüşler şu argümanları ileri sürmüştür: 1) somut tehlike suçlarında tehlike ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisinin araştırılması gerekmektedir; ne var ki bu nedensellik ilişkisinin bir çıkmazın içinde olduğu ve artık fiilin süjeye isnat edilmesi konusunda elverişli olmadığı düşünülmelidir. 2) Somut tehlike suçları tehlike neticesine katı bir şekilde bağlıdır ve bu durum ceza hukukundaki kusur ilkesini ihlal etmektedir zira cezalandırma sadece tehlikenin kendi içinde tesadüfi bir şekilde gerçekleşmesine bağlıdır. 3) Soyut veya varsayılan tehlike suçları somut tehlike suçlarında olduğu gibi objektif değerleri koruyacaktır.⁵⁵¹

Ancak bu argümanlara karşı sırasıyla şunlar söylenebilir: Nedensellik ilişkisinin çıkmazda olduğu argümanı bir yana, davranışla zarar neticesi arasındaki ilişki bu kriterle belirlenmez. Zarar neticesi bir yargılamanın sonucunu ifade eder ve yargılama ile değerlendirmenin konusu arasındaki ilişki, somut fiilin kendi içinde soyut suç tipinin sahip olduğu hukuki varlık ve anlamı içerip içermediğinin tespit edilmesidir.⁵⁵² Somut tehlike suçlarındaki cezalandırmanın salt somut tehlikenin gerçekleşmiş olması şartına indirgenmesi ise kabul edilebilir görünmemektedir. Esasında bu görüş, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin “objektif cezalandırılma şartı” olarak kabul edilmesi

⁵⁵⁰ **Gallo, M.**, s. 7; Bu konuda bir görüşe göre, salt tehlikeli davranışın cezalandırıldığı suçlarda yasaklama davranışın kendisine ilişkin olduğu için davranışın içinde somut tehlikelilik olduğunu inkar eden kişinin bunu gösterme yükümlülüğü vardır. Ancak tehlike neticesinin (somut tehlikenin) olduğu suçlarda hakim kanun koyucu tarafından belirtilen somut neticenin meydana gelip gelmediğini re’sen araştırmadan cezai sorumluluk hakkında bir karar veremeyecektir. Bu görüş için bkz. **Gallo, E.**, s. 40.

⁵⁵¹ Görüşler için bkz. **Mangano**, s. 214, 215; Ayrıca bkz. **Daragenli**, “*Tehlike Suçları*”, s. 181.

⁵⁵² **Mangano**, s. 215.

halinde kısmen doğrudur. Zira bu durumda somut tehlike, kastın kapsamının dışına çıkartılmış olacaktır. Ancak somut tehlike, davranışın yapısına dahil edildiğinde veya netice olarak kabul edildiğinde kastın somut tehlikeyi de kapsaması gerekeceği için failin kast olmaksızın gerçekleştirdiği somut tehlikeden sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. Aksi yönde bir kabul objektif sorumluluğun⁵⁵³ kabulü anlamına gelir. Ancak objektif sorumluluk Türk ceza hukuku sisteminde kural olarak kabul edilmemektedir.⁵⁵⁴ Son olarak, varsayılan tehlike suçlarını öngören normların hukuki varlıkları somut tehlike suçlarını öngören normlar gibi koruduğu düşüncesi de tartışmalıdır. Zira bu doğru olsaydı, sadece bu sebeple somut tehlike suçları kategorisinin varlığına itiraz edilemezdi; nitekim soyut tehlike suçlarını tercih eden öğretinin bir kısmı da somut tehlike suçları kategorisine itiraz etmemektedir.⁵⁵⁵

Esasında bir hukuki varlığa zarar verildiğinin varsayıldığı suçlarda, bir başka değere zarar verildiği görülmektedir. Zarar gördüğü varsayılan hukuki varlığa atıfta bulunulduğunda kimi hallerde somut fiil neredeyse hiç tehlike barındırmıyorken, soyut suç tipinin söz konusu hukuki değeri tesadüfi, ihtimal dahilinde olmayan bir tehlikeye karşı koruduğu görülür. Sadece korunan değerlerin özel bir titizlikle korunduğunun kabul edilmesiyle zarar göreceği düşünülen bir değere atıfta bulunulduğunda da mesele menfaatlerin dengelenmesi üzerinden açıklanmalıdır. Ne var ki çok az tehlikenin bulunduğu veya hiç tehlikenin bulunmadığı hallerde ceza müeyyidesi öngörerek bireysel

⁵⁵³ Ceza hukukunda objektif sorumlulukla ilgili olarak ayrıca bkz. **Muharrem Özen**, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998, s. 1 vd.

⁵⁵⁴ Bkz. TCK m. 23 hükmünün gerekçesi; TCK m. 23 hükmüyle objektif sorumluluğun kaldırılmadığı sadece bir taksir karinesinin yaratıldığıyla ilgili olarak bkz. **Hafızoğulları – Özen**, Genel Hükümler, s. 286.

⁵⁵⁵ **Mangano**, s. 216.

özgürlükleri baskılamak yerinde değildir.⁵⁵⁶ Varsayılan tehlike suçları, cezalandırılabilirlik alanını kanun koyucunun öngördüğünün ötesine genişletmektedir bu anlamda somut tehlike suçlarının yapısının hukuki varlıklarla daha iyi bir bağ kurduğu söylenmelidir.⁵⁵⁷ Bu anlamda elastik yapıyı haiz bu düzenlemelerden cezai koruma beklemek toplumun güvenliği ve hukuki kesinlik ilkelerine zarar verebilecek niteliktedir.⁵⁵⁸

Gerçekten de korunacak hukuki varlıklarla korumanın yöntemini seçmek konusunda geniş takdir yetkisi olan kanun koyucunun bu yetkisi bir illiyet bağının varlığını önceden varsayacak kadar geniş değildir. Bir fiilin, toplumdaki bir hukuki varlığa karşı olduğunu varsaymak siyasi bir değerlendirmedir; bir fiilin zarar neticesi meydana getirebileceğine yönelik tahminde bulunmak ise sadece hâkimin gerçekleştirebileceği bir nedensellik yargısıdır. Dolayısıyla kanun koyucunun bir tehlikeyi varsaydığı, yorumcuya bir alan bırakmadığı alanlarda herhangi bir menfaati zarar veya tehlike şeklinde ihlal etmeyen fiillerin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bunun da ihlalsiz suç olmaz prensibiyle çelişeceği hususunda en ufak bir şüphe yoktur.⁵⁵⁹

5. DEĞERLENDİRME

Tehlike türleri başlığı altında gerçekleştirdiğimiz incelemenin sonunda öğretide tehlikenin pek çok ayrıma tabi tutulduğu ve sınıflandırma konusunda bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. Bireysel tehlike – genel tehlike ayrımı, ceza normuyla korunan hukuki varlığı tehlikeye atılacak mağdurun belirli/belirlenebilir sayıda birey olup

⁵⁵⁶ Nitekim 70’li yıllarda modern addedilen ceza adaleti sistemleri, bir emri sadece şekli olarak ihlal edip yasakla korunan hukuki menfaati tehlikeye atmayan fiilleri sistemden çıkartma eğilimi göstermiştir. Bkz. **Gallo, E.**, s. 33.

⁵⁵⁷ **Mangano**, s. 216, 217.

⁵⁵⁸ **Gallo, M.**, s. 9; Ayrıca bkz. **Gallo, E.**, s. 19, 20.

⁵⁵⁹ **Ucci**, s. 172.

olmamasına dayanmaktadır. Ancak diğer ayrımlar, tehlikenin suç tipinin içerisinde üstlendiği role dayanılarak yapılan ayrımlardır. Bu inceleme sonucunda, öğretide aynı suç tipinin farklı tehlike suçu ayrımlarına dahil edildiği gözlemlenmiştir. Bunun sebebi en temelde alt ayrımlara ilişkin ciddi bir kavram karmaşasının olmasıdır.

Öncelikle varsayılan tehlike ile soyut tehlike arasında yapılan ayrımın son derece yapay olduğunu belirtmemiz gerekir. Davranışın, ceza normuyla korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olup olmadığının araştırılması istisnasız bütün suçlar için geçerlidir; bu nedenle varsayılan tehlike ile soyut tehlike bize göre aynı şeyi ifade etmektedir. Ancak çalışmamızda bu iki terimden soyut tehlike terimi tercih edilecektir. Bunun sebebi, öğretide varsayılan tehlike teriminin, tehlikenin mutlak bir şekilde varsayıldığı ve hâkimin herhangi bir araştırma yapmaktan muaf tutulduğu durumu ifade etmek için kullanılmış olmasıdır. Dolayısıyla bir kavram karmaşasına neden olmamak adına daha yerine bulunan soyut tehlike kavramı kullanılacaktır.

Soyut – somut tehlike veya potansiyel tehlike suçları da bize göre soyut tehlike suçundan başka bir şey değildir. Zira tehlike bu suçların kurucu bir unsuru değildir ve suçun meydana gelmesi için ortaya somut bir tehlike çıkması aranmamaktadır. Öte yandan, soyut tehlike suçlarında da hâkimin davranışın bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığını araştırma görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunda bu elverişlilik araştırmasının ayrıca belirtilmesi, yeni bir kategori yaratmamalıdır. Bu nedenlerle bize göre kabul edilmesi gereken bir ayrım bireysel – genel tehlike ayrımı; diğeriyse somut – soyut tehlike ayrımıdır. Çalışmanın ikinci bölümü de somut ve soyut tehlike suçlarının dogmatik incelemesine ayrılacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

TEHLİKE SUÇLARININ ÖZELLİKLERİ VE SINIRLARI

I. CEZA HUKUKUNUN MÜDAHALE ALANININ TEHLİKE SUÇLARI ARACILIĞIYLA GENİŞLETİLMESİ EĞİLİMLERİ

Bir önceki bölümde tehlike kavramı incelenmiş ve tehlikenin “zarar” kavramı referans alınarak belirlendiği ortaya konulmuştur. Tehlike suçları da temelde meydana gelmeleri için ceza normuyla korunan hukuki varlığın zarar görmesinin gerekmediği, salt tehdit edilmesinin yeterli olduğu suçlardır. Bu aşamada etkili bir cezai koruma sisteminin sadece zarar suçlarıyla ve cezalandırılabilirlik alanlarını genişleten teşebbüs hükümleriyle çözülebileceği düşünülebilir.

Ancak, suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi için failin gerçekleştirdiği davranışın belirli bir suç tipinin yapısına dahil olması gerekmektedir. Ancak bu şartın her zaman gerçekleşmemesi bir yana, failin davranışıyla ortaya çıkmış tehlikeli halin ağırlığı göz önüne alındığında atıf yapılan zarar suçunun cezalandırma bakımından yetersizliği ortaya çıkmış olur. Tehlike durumu ister davranış ister davranışın etkisi tarafından yansıtılsın, kendi içinde elverişlilik değerlendirmesinin konusu haline getirilmelidir. Bu değerlendirme failin nihai hedefinden bağımsızdır. Elbette failin asıl kastının bir zarar suçu işlemek olduğunun anlaşıldığı hallerde fail, tehlike suçundan değil, zarar suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁵⁶⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki sadece kasıtlı suçlara teşebbüs mümkündür. Dolayısıyla taksirli suçlarla ilgili daha geniş bir cezai koruma alanı yaratmak için taksirli tehlike suçlarına ihtiyaç vardır. Nitekim bugün Amerikan hukukunda da tehlike suçlarının pek çoğunun taksirli suçlar olduğu belirtilmektedir. Öte

⁵⁶⁰ Gallo, E., s. 17.

yandan, tehlike suçu bağımsız bir suç olduğu için – kasıtlı bir suç olduğu takdirde – bu suça teşebbüs de mümkün olacaktır.⁵⁶¹

Ne var ki 60'lı yıllarda sayıları artmaya başladığı için dikkat çeken tehlike suçlarıyla⁵⁶² ilgili olarak o dönemde yapılan çalışmalarda bu suçların sayısının gelecekte daha da artacağından bahsedilmiştir.⁵⁶³ Bugün bu tahminin son derece isabetli olduğunu ve tehlike suçlarının farklı ülkelerin yasalarında gittikçe artmaya başladığını söyleyebiliriz.

Tehlike suçlarının gelişimi, hukuki varlıklar bakımından tehlike kaynaklarının (trafik, riskli üretim aktiviteleri) artmasının tetiklediği bir ceza politikasının doğrudan sonucudur. Zira bunlarla klasik netice suçlarıyla mücadele etmek yetersiz kalabilir. Örneğin işçilerin fiziksel güvenlikleri ve sağlıkları sadece zarar suçlarıyla (taksirle öldürme, taksirle yaralama gibi) korunmaya çalışıldığında, cezai koruma etkililiğini kaybedebilir. Tehlike suçları, cezai korumanın öne alınması tekniğidir çünkü korunan varlığın zarara uğratılması beklenmez. Cezalandırılabilirlik eşiği, zararı önlemek için varlığın değerini salt tehlikeye atılması aşamasına çekilir.⁵⁶⁴

İkinci dünya savaşından sonra, liberal devletten sosyal devlete geçişle birlikte devletin ekonomiye yönelik düzenleyici müdahalelerine ve dolayısıyla ekonomik – sosyal disipline çok daha bağlı kamu gücü kullanımına tekabül eden, düzenleme, önleme ve erken koruma amaçlarına hizmet eden, tarihsel olarak öncelikli kabul edilen medeniyet standardı ve modeli için kendi içerisinde işlevsel bir rol üstelenen ve nihayetinde sosyal

⁵⁶¹ **Binavince**, s. 685.

⁵⁶² **Emanuele Corn**, *Il principio di precauzione nel diritto penale studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, G. Giappichelli Ed., Torino 2013, s. 43 vd.

⁵⁶³ **Binavince**, s. 704.

⁵⁶⁴ **Pelissero**, *“Fatto tipico e offensività”*, s. 304, 305; Aynı yönde bkz. **Kazaker Bozkurt**, s. 273.

gelişimin kendisi olarak tanımlanan “modern” ceza hukuku modeli oluşmuştur: ceza müeyyidesi aracılığıyla sosyal gelişim hedeflenmektedir.⁵⁶⁵

Öte yandan, bir sosyal kontrol aracı olarak ceza müeyyidesinin sınırlarına aldırılmadan sosyal hayatın akla gelebilecek her alanını ceza müeyyideleriyle düzenlemek şeklinde rahatsız edici bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu aşırı sayıda davranışı suç haline getirme (Ing. “*Overcriminalization*”) krizinin ceza müeyyidesinin kullanımında yol gösterici olması gereken onun ekonomisi, etkililiği ve elverişliliğine ilişkin mülahazaların anlaşılmamış olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir.⁵⁶⁶ Esasında, 1980’li yılların başlarından itibaren Avrupa’daki ve başka ülkelerdeki suç ve ceza politikaları incelendiğinde ceza hukukuna güvenlik politikalarının bir aracı ve birincil bir araç olarak başvurulduğu görülmektedir. Amerika, İspanya, İngiltere ve diğer ülkelerdeki terör saldırıları, zaten başlamış olan bu paradigma değişimini hızlandırmıştır. Ancak ceza hukukunun önleme amaçlı kullanılması eğiliminin özellikle 11 Eylül saldırısından sonra bütün dünyaya yayıldığı ve sistemin ayrılmaz bir parçası haline geldiği inkâr edilemez.⁵⁶⁷ Bu durum da ceza hukukunun amaçları, kapsamı ve meşruiyetine ilişkin çözülmesi güç normatif sorunları gündeme getirmiştir.⁵⁶⁸

Ceza hukuku alanındaki bu genişleme, yürütülen kovuşturmalar mahkumiyetle ve cezalandırma ile sonuçlanmasa dahi endişe verici bir hale ulaşmıştır. Zira ceza kanunlarının sayısındaki ve kapsamındaki genişleme, polisin yakalama ve gözaltına

⁵⁶⁵ **Donini**, Il volto attuale, s. 103, 104.

⁵⁶⁶ **Binavince**, s. 704, 705.

⁵⁶⁷ Ayrıca bkz. **Erdi Yetkin**, “*Fraenkel’in İkili Devletinden Dubber’in İkili Ceza Devletine Ceza Hukukunun İkili Karakteri*”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s. 1025, 1026.

⁵⁶⁸ **Ali Emrah Bozbayındır**, “*The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?*”, Criminal Law Forum, Vol. 29, Y. 2018, s. 35; Ayrıca bkz. **Ozan Ercan Taşkın**, “*Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku*”, MÜHFD., 2016/1, s. 63 vd.

almaya yönelik yetkilerinin artırılmasına vesile olmuştur.⁵⁶⁹ Söz konusu gelişmeler, ceza hukukunun “doğru yolda” olup olmadığının sorgulanmasına neden olmuştur. Zira bu genişlemeyle ceza hukukunun hukuki varlıkları koruma yaklaşımından ayrıldığı bununla birlikte soyut tehlike suçlarının ceza hukuku alanında gittikçe yayıldığı ve ikincillik düşüncesinin yok sayıldığı belirtilmektedir.⁵⁷⁰

Tehlike suçlarının yakından incelenmesi, cezai aşırı korumanın (Ing. “*penal overprotection*”) kusurunu göstermektedir. Gerçekten de ceza hukukuyla korunan menfaatlere zarar veren davranışların ötesine geçen bazı davranışların belirli istisnalar dışında cezalandırılmasının gerekli olup olmadığı son derece tartışmaya açıktır. Zira pek çok menfaat, hali hazırda zarar suçlarıyla korunmaktadır. Öte yandan bu menfaatler, teşebbüs hükümleri sayesinde daha geniş bir cezai koruma alanına da dahil olmaktadır. Bağımsız tehlike suçlarının teşebbüs hükümleriyle bir araya gelmesi, aşırı cezalandırmaya sebep olmaktadır. Zira bu şekilde, tehlikenin tehlikesi cezalandırılır hale gelmektedir.⁵⁷¹

Bir görüşe göre, esasında gıda, sağlık ve güvenlik gibi hukuki varlıkların korunması için kişilerin belirli davranışlara zorlanması bakımından en etkili yol, ceza hukuku dışında kalan alanların zorlayıcı düzenlemeleridir. Örneğin iş standartları, ürün kontrol yöntemleri ve hukuk davalarıyla kişiler belirli şekilde davranmaya zorlanabilir. Bunların yetersiz kaldığı noktada ceza hukuku, zarar suçlarıyla ilave bir zorlayıcı araç

⁵⁶⁹ **Douglas Husak**, *Overcriminalization The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York 2008, s. 13.

⁵⁷⁰ **Mustafa Ruhan Erdem**, “*Ceza Hukuku Müdahalesinin Meşruluğu ve Sınırları*”, in. Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan (Ed. **Atilla Altop – Rudolf Welser – Cüneyt Bellican – Nihal Ural Çınar – Güler Gümüşsoy Karakurt**), C. III, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 250.

⁵⁷¹ **Binavince**, s. 705.

olarak kullanılabilir.⁵⁷² Ne var ki ceza hukuku koruması tehlike suçlarıyla daha da öne çekilmiş ve hatta güvenliğin farklı alanlarında (çevre, toplum sağlığı, biyoteknoloji, çalışma, zirai ürünler, genel ürünler vb.) ihtiyat ilkesi, ceza hukukunun genişlemesinde potansiyel bir faktör olarak rol oynamıştır.⁵⁷³

Öte yandan cezalandırma alanındaki genişleme ve ceza kanunlarının sayısındaki artış, hukuk devleti ilkesinin zarar görmesine ve kanunilik ilkesinin temelinin sarsılmasına sebep olabilir⁵⁷⁴ çünkü hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerinden birisi suç ve ceza yaratan normların yasama organı tarafından kanun aracılığıyla ihdas edilmesi ve yasaklanan davranışın kapsamlı bir tanımının verilmesidir. Ancak giderek artan bir şekilde, yasaklanan davranış ceza kanunun sınırlarının dışına çıkmadan veya ceza kanunu dışındaki kanunlar incelenmeden tespit edilememektedir. Bir başka deyişle ceza hukuku dış kaynakları kullanmaktadır. Böylece ceza kanunu dışında kalan kanunların etki alanlarının genişlemesi, ceza hukukunun sınırlarının da genişlemesine sebep olmaktadır. Örneğin aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğün ihlali suçu bakımından, medeni kanun yeni bakım yükümlülükleri düzenlerse, söz konusu suçun da kapsamı genişlemiş olacaktır.⁵⁷⁵ Öte yandan belirli ürünleri bulundurmaya suç haline getirmeyi yasaklayan normların kapsamı da yine ceza kanunu dışında kalan kanunlarca genişletilebilir. Örneğin

⁵⁷² **Binavince**, s. 707.

⁵⁷³ **Donato Castronuovo**, Principio di precauzione e diritto penale paradigmatico dell'incertezza nella struttura del reato, Aracne Ed., Roma 2012, s. 43, 44.

⁵⁷⁴ **Alacakaptan**, “Öteki Ceza Hukuku”, s. 365, 366; Ayrıca bkz. **Tuğrul Katoğlu**, “Son Seçenek Olması Gereken Ceza Müeyyidesi ve Ceza Hukukunun Zorlanan Sınırları”, AÜHFD., C. 72, S. 3, Y. 2023, s. 987.

⁵⁷⁵ TCK m. 233 hükmünde düzenlenen suç bakımından hangi yükümlülükleri ihlal etmenin suç oluşturacağını belli olmadığı, söz konusu yükümlülüklerin kapsamının belirsiz olduğu, bu anlamda düzenlemenin kanunun açıklığı ilkesini ihlal ettiği yönündeki bizim de katıldığımız eleştiriler için bkz. **Okuyucu Ergün**, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, s. 137 – 139.

ceza kanunu uyuşturucu madde bulundurmayı yasaklarken, hangi maddelerin uyuşturucu niteliğinde olduğunu toplum sağlığına ilişkin bir kanun belirtebilir. Kısacası ceza kanunları dışında kalan kanunlara atıf yapmak, ceza kanunun içeriğini değiştirebilmekte ve kapsamını genişletebilmektedir.⁵⁷⁶

Suç haline getirilen davranışların sayısında aşırılığa kaçıldığında, yani bir yasama enflasyonuna sebep olunduğunda, uzmanlar için dahi çözümlenmesi g ve son derece karmaşık bir hukuk sistemi ve kaotik bir şekilde işleyen yargı sistemi yaratılmaktadır. Hatta belirli tip suçlulukla mücadele adına ihlal edicilik şartını sağlamayan, sembolik ve içi boş düzenlemeler yapılmakta, bu düzenlemeler panik ortamında üzerlerine çok fazla düşünülmeden ve tartışılmadan, dolayısıyla belirlilikten uzak bir şekilde normatif sistemdeki yerlerini almaktadırlar.⁵⁷⁷ Suç teşkil eden davranışların sayısında bu şekilde bir artışa gidilmesinin, anayasada yer alan hukuk devleti ile suç ve cezada kanunilik ilkelerine aykırı olmasının yanı sıra, gerçekten cezayı hak eden bir davranışı gerçekleştiren kişilerin meydana getirdikleri ihlalin ağırlığı ile orantılı olmayan bir ceza almalarına veya benzer ihlallerde bulunmuş kişilerin farklı ağırlıklarda ceza alabilmelerine sebep olabilecektir.⁵⁷⁸ Gerçekten de suçlulukla mücadele adına belirli tip suçların soyut ceza miktarları yükseltilmekte, genel suç tiplerine nazaran özel nitelik arz eden suç tipleri yaratılmakta ve bunların ceza miktarı genel düzenlemelere nazaran daha yüksek olmaktadır. Bu da kişilerin gerçekleştirmiş oldukları ihlalle orantısız bir şekilde cezalandırılmalarına yol açmaktadır.

Ceza hukukunun çekirdek alanından uzaklaşıp da genişlemeye başladığı periferi alanında yer alan suçların üç temel kategoride toplandığı görülmektedir: bunlar, örtüşen

⁵⁷⁶ Husak, s. 13.

⁵⁷⁷ Okuyucu Ergün, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, s. 151, 152.

⁵⁷⁸ Husak, s. 14, 28.

suçlar, risk önlemeye yönelik suçlar ve fer'i suçlardır.⁵⁷⁹ Örtüşen suçlarla kastedilen, aynı davranışın tekrar tekrar suç haline getirilmesidir. Böylece tek bir davranışla aynı anda birden fazla ceza normu ihlal edilir hale gelmektedir. Nitekim genellikle medyada sansasyon yaratan bir olaydan sonra gelecek muhtemel zararların önlenmesi adına “zaten hali hazırda suç teşkil eden” bir davranış biraz daha spesifik tanımlanarak yeniden suç haline getirildiğinde durum böyledir.⁵⁸⁰

İkinci kategori suçlar, ceza hukukunun alanının genişlemesinde büyük ölçüde payı bulunan risk önlemeye yönelik suçlardır.⁵⁸¹ Nihayetinde devlet, korunan hukuki varlıklara doğrudan zarar vermenin neredeyse her olası yolunu yasaklamıştır; ancak bireyleri zarar riskinden korumak adına devletin ne kadar ileri gidebileceğinin bir sınırı yoktur. Bu suçlar sırf hareket suçlarına birer örnektir ve bu suçlarla zararın kendisi değil, gerçekleşme ihtimali (davranış meydana getirildiğinde gerçekleşmesi gerekmeyen ve genellikle de gerçekleşmeyen ihtimali) yasaklanır. Önlenmesi hedeflenen zarardan uzaklaşıldıkça yeni risk önleme suçları da yaratılabilir.⁵⁸² Risk olgusu, yeni dönem ceza hukukunu şekillendiren temel faktörlerden birisidir; hatta bu olguyla birlikte artık bir “risk ceza hukuku”nun meydana geldiği dahi belirtilmektedir. Risk toplumu ve onunla gelişen “risk ceza hukuku” bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁵⁷⁹ **Husak**, s. 36; **Erman**, s. 462.

⁵⁸⁰ **Husak**, s. 36, 37.

⁵⁸¹ Gerçekten de ceza hukukunda önleme faaliyetinin konusu “tehlike” olmaktan çıkarak “risk” olma yoluna girmiştir. Dolayısıyla ceza hukuku müdahalesinin kaynağı da zarar değil, risk kavramı olmaktadır. Bu nedenle, risk kavramı “talihsizliği” değil, ihlali içerir hale gelmiştir ve riskli davranışlar, kınama yargısının konusu haline gelerek ceza hukukunun alanına dahil olmuştur. Böylece ceza hukukunun alanı büyük ölçüde genişlemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Erdi Yetkin**, Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yay., İstanbul 2024, s. 23.

⁵⁸² **Husak**, s. 38.

Üçüncü kategoride ise, fer'i suçlar yer almaktadır. Bu suçlar, birincil suçların kovuşturulması için bir tür vekil işlevi görürler ve onlarla dolaylı bir ilişki kurarlar. Bu suçlar, failin birincil suçu işlediğine inanıldığı; ancak söz konusu suçlar sebebiyle yapılan kovuşturmalarda isnadın ispatlanamadığı; delillerin yetersiz olduğu yahut hukuka aykırı bir şekilde toplandığı durumlarda devreye girmeleri için ihdas edilmiştir. Birincil suçların etrafını saran bu fer'i suçların diğer hukuk sistemlerinde benzerleri olmadığı ve toplumda yaygın bir şekilde kabul edilen anlamları olmadığı için çok geniş tanımlanabilmektelerdir. Bu suçların pek çoğu, kusur gerekliliğini aramayarak, ispat yükünü tersine çevirerek, zararı önlemek adına savcının takdir yetkisine örtülü bir güven duyarak ceza hukuku öğretisi tarafından uzun zamandır kabul edilen çok önemli ilkeleri tehlikeye atmaktadır. Bu suçların bir örneği, birincil zarar suçunun işlendiğini veya işlenmesinin hedeflendiğine yönelik kanıtları içeren bir unsura sahip olan suçlardır. Örneğin, kara para aklama suçlarından önce fail sadece bir bankayı soymak ve kazançlarını banka hesabına aktarmaktan dolayı tek bir suçtan sorumlu tutulabilirdi ancak kara para aklanmasının önlenmesine yönelik düzenlemelerden sonra iki suçtan birden sorumlu olabilir.⁵⁸³ Dolayısıyla fer'i suçlarla ilgili dikkat çeken bir husus da bu suçların birincil suçlarla birlikte cezalandırılması eğilimi olmaktadır. Örneğin örgüt suçları hem bağımsız birer suç olarak düzenlenmekte hem de özel birtakım suç tiplerinin nitelikli hali olarak düzenlenmektedir.⁵⁸⁴ Gerçekten de TCK m. 220/4, “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*” hükmünü içermektedir. Buna göre öğretideki bir görüşe göre fail örgüt çerçevesinde bir suç işlemiş ve bu suçun nitelikli hallerinden birisi de söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesiye (örn. TCK m. 158/3, m. 188/5) fail hem TCK m. 220

⁵⁸³ Husak, s. 40, 41.

⁵⁸⁴ Erman, s. 464, 465.

hükmünden hem de nitelikli suçtan sorumlu olacak bir başka deyişle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.⁵⁸⁵ Biz burada her ne kadar bileşik suç hükümlerinin uygulaması gerektiğini, bu kabulün ve mevcut uygulamanın bir fiilden dolayı iki kere cezalandırma yasağının ihlali olduğunu düşünsek de bu örnek cezalandırma alanının ne kadar genişlediğini ve ceza hukuku ilkelerinin ne kadar zarar gördüğünü göstermek bakımından değerlidir.

Sonraki başlıklarda ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere günümüzde modernleşmeyle birlikte yeni teknolojik gerçeklik içerisinde meydana gelebilecek zararlar çok büyük boyutlardadır. Öyle ki bir nükleer santralin patlaması, sadece patlamanın meydana geldiği bölgede yaşayanları değil gezegendeki bütün canlı hayatına zarar vermekte, hatta gelecek nesillerin sağlıklı bir şekilde doğmalarına ve yaşamlarını sürdürmelerine engel olmaktadır. Benzer şekilde küresel ısınma, bir önlem alınmazsa

⁵⁸⁵ **İzzet Özgenç**, Suç Örgütleri, B. 15, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 25; Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu ile herhangi bir suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini nitelikli suç olarak cezalandıran normlar arasında tüketen – tüketilen norm ilişkisinin olmadığı, TCK m. 220/1-2 hükümlerinde cezalandırılan davranışlar “bir suç örgütünü kurmak veya yönetmek” ile “örgüte üye olmak” davranışları olduğu ve bu davranışların suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini nitelikli hal olarak düzenleyen suç tiplerine ait düzenlemelerde yer almadığı bu sebeple bileşik suç kuralının değil gerçek içtima kuralının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konuda kapsamlı değerlendirme için bkz. **Sarıtaş**, Örgütlenme Suçları, s. 640, 641; Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Yar. CGK., E. 10-577/2011, K. 1821/2012, T. 31.10.2012: “...sanık Feysel ile sanık Vahap’ın, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık Muhittin ile öldüğü için hakkında düşme kararı verilen sanık Nejdet tarafından uyuşturucu madde ticareti yapmak amacıyla kurulan ve yönetilen 5237 sayılı TCY’nin 220. maddesi kapsamında gerekli ve yeterli unsurları taşıyan suç örgütüne diğer sanıklar Fahri ve Elmi ile birlikte üye olduklarının ve adı geçen sanıklarla birlikte kendilerine örgüt tarafından verilen görevler çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti suçunu işlediklerinin kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, sanıklar Feysel Yiğit ve Vahap Ushuer hakkındaki suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma ve örgüt faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti suçlarından kurulan yerel mahkeme direnme hükmünün isabetli olduğuna karar verilmelidir.”

gezegendeki canlı yaşamına önemli ölçüde zarar verecek ve insanlığın devamını engelleyecek düzeyde bir zarara sebep olabilecektir. Bu nedenlerle ihtiyatlı olmak ve bireylerin nedensel etkiler üzerinde kontrollerinin olabilecekleri anlarda belirli şekilde davranmalarını garanti altına almak adına davranış kuralları düzenlenmekte ve bu kuralların ihlali halinde ceza müeyyidesine başvurulmaktadır. Zararın muhtemel gerçekleşme anından çok daha öncesindeki bir anda, gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi gereken davranışları düzenleyen bu kuralların ihlali halinde ortada bir zarar olmadığı için zarar ihtimali yani tehlike cezalandırılmaktadır.

Gerçekten de modern ceza hukukuna ait çağdaş suçlar, bir kısmına geçmiş dönemlerdeki yasamalarda rastlansalar dahi ceza adaleti sisteminin her dönemde bir parçası olmamışlardır. Bunlar, belirlenmiş veya ilan edilmiş bir önleme düşüncesine dayanmaktadırlar ve kendi içerisinde tolere edilemez olan davranışları değil, ex ante bir şekilde tamamen kontrol edilebilmesi imkânsız, olası risk faktörleri serilerinin bir araya gelerek meydana getirebilecekleri neticelerin tolere edilemeyeceği davranışları cezalandırmayı hedefler.⁵⁸⁶

Günümüzde tehlike suçlarıyla sağlanan bu korumaya başvurmak bütün devletler bakımından zorunlu olsa da belirttiğimiz üzere çok fazla sayıda davranışı ceza normlarıyla yasaklamak da hukuk devleti ve kanunilik ilkeleri başta olmak üzere anayasal ilkelere zarar vermekte ve ceza hukukuna ait “son çare (ultima ratio)” olma ilkesini ihlal etmektedir.⁵⁸⁷ Zira ceza hukuku, belirli hukuki varlıkların korunmasında hükümetin elindeki en etkili araç olup tam da bu nedenle son çare olmalıdır. Bu anayasal orantılılık ilkesinin doğal bir sonucudur ve bu ilke gereğince aynı amaca ulaşmak için temel haklara

⁵⁸⁶ Donini, *Il volto attuale*, s. 104.

⁵⁸⁷ Aynı yönde bkz. Alacakaptan, “Öteki Ceza Hukuku”, s. 366, 379; Ayrıca bkz. Giovanni Fiandaca, “*La tipizzazione del pericolo*”, *Dei delitti e delle pene*, 1984, s. 441, 442.

daha az müdahale eden araçlar tercih edilmelidir.⁵⁸⁸ Son çare olma ilkesinin ihlal edilmesi halinde ceza hukuku, ihlallere karşılık veren bir hukuk olmak yerine gelecekteki bir ihlali önlemek suretiyle mevcut sosyal ihtiyaçları yansıtan esnek yapıya sahip bir hukuka dönüşür.⁵⁸⁹

Son çare olma ilkesi gereği bir hukuki varlığın korunmasında diğer hukuk araçlarının yetersiz kaldığı yerlerde ceza hukukuyla sağlanan korumanın devreye girmesi gerekir.⁵⁹⁰ Bu koruma da ilk aşamada zarar suçlarıyla sağlanmalı, zarar suçuyla korumanın yetersiz kalacağının düşünüldüğü aşamada, korunan hukuki varlığın önemi de gözetilerek tehlike suçu ihdas edilmelidir. Dolayısıyla tehlike suçlarıyla koruma kuralı değil istisna olmalıdır.

Gerçekten de özgürlükçü bir demokraside ceza hukuku müdahalesi minimum seviyede tutulmalıdır. Bu gereklilik, bir hukuk devletini polis devletinden ayıran en önemli hususlardan birisidir. Ceza müeyyidesiyle sağlanan sosyal fayda, cezalandırılan birey üzerinde doğan kişisel, sosyal ve ekonomik sonuçların olumsuzluğuyla karşılaştırıldığında ağır basmalıdır. Bu fayda – zarar analizi son derece önemlidir, ceza ile sağlanan fayda zararından daha fazla olmalıdır. Ne var ki cezalandırılan davranışların sayısında aşırılığa kaçıldığında yasal olanla olmayan arasındaki ayrım belirsizleşmektedir. Öte yandan, bu aşırılığın ekonomik yükü de son derece yüksek olmaktadır.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 38.

⁵⁸⁹ **Gözde Kazaker Bozkurt**, “*Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi – Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*”, DEÜHFD., C. 24, S. 1, Y. 2022, s. 250; Ayrıca bkz. **Taşkın**, s. 63 vd.

⁵⁹⁰ Bkz. **Bozbayındır**, s. 49, 50; **Taşkın**, s. 71.

⁵⁹¹ **Taşkın**, s. 73, 74; **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 38, 39;

Tehlike suçlarıyla sağlanan korumayı hangi alanların ve hangi hukuki varlıkların hak ettiğini a priori bir şekilde belirlemek imkânsız olsa da tehlike suçlarının ortaya çıkmasına etki eden faktörler, söz konusu bu suçların işlevi ve etkililiği ile anayasal ilkeler karşısındaki konumları incelendikten sonra tehlike suçlarıyla gerçekleştirilebilecek korumanın alanına ilişkin genel bir çerçeve sunulacak ve daha sonra bu suçların dogmatik niteliklerinin incelenmesine geçilecektir.

1. RİSK TOPLUMU VE CEZA POLİTİKASI

Ulrich Beck'in kavramsal olarak ortaya koyduğu risk toplumu, temelinde modernleşme sürecinde üretim faktörlerinin artmasıyla birlikte tehlikelerin ve olası tehditlerin çok büyük bir ölçekte artmasıyla ortaya çıkan toplumu ifade eder. Ancak bu toplum, ulus-devletler gibi birbirlerinden sınırlarla ayrılabilen bir toplumu değil, tehlikenin küreselleşmesiyle birlikte ortaya çıkan bir dünya toplumunu ifade eder.⁵⁹²

Modernleşmeyle birlikte risklerin ve tehlikelerin kapsamı da değişmiştir. Geçmiş dönemlerdeki riskler bireysel risk düzeyinde kalırken modern dönemde nükleer santrallerden veya radyoaktif atıkların depolanmasından kaynaklanan riskler bütün dünyayı etkileyen küresel risk düzeyindedir. Yine geçmiş dönemdeki risklerin bir kısmı hijyen teknolojisinin yeteri kadar gelişmemesiyle açıklanabilirken bugünkü risklerin temelinde sanayideki aşırı üretim bulunmaktadır. Ancak daha sonra bu riskler, endüstriyel ilerleme mekanizmasının gelişmeye devam etmesi ve toptan ürünleriyle sistematik olarak daha endişe verici hale gelen modernleşme riskleridir. Buradan yola çıkarak, modernleşmenin sebep olduğu riskler ve emniyetsizliklerle sistemli mücadele şeklinde bir risk tanımı yapılabileceği belirtilmiştir. Böylece riskler, “*modernleşmenin tehdit edici*

⁵⁹² Ulrich Beck, Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru (Çev. Kâzım Özdoğan – Bülent Doğan), İthaki Yay., Kasım 2011, s. 20 vd.

kuvvetiyle ve şüpheyi küreselleştirmesiyle bağdaştırılabilecek sonuçlardır.”

Günümüzdeki bu ekolojik ve ileri teknoloji risklerin, doğdukları yerde yani sanayi bölgesinde kalmayan, doğadaki tüm canlı türlerini tehlikeye atan riskler olduğu söylenebilir. Öyle ki nükleer santral kazaları artık sadece birer kaza değildir. Zira bunların etkileri nesiller boyu süren ve kazanın meydana geldiği bölge ve zamanda olmayanları dahi etkileyen bir boyuta sahiptir.⁵⁹³ Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, riskin etki alanının, salt riskin gerçekleştiği yer ve zamanla sınırlı olmadığı; teknoloji temelli risklerin etkilerinin, zamansal, mekânsal ve nesiller arası bir boyuta sahip olduğu söylenebilir.⁵⁹⁴

Söz konusu bu gerçekliği göz önünde bulundurarak, hukuk ve bilim tarafından tesis edilmiş risk hesaplarının çöktüğü söylenebilir. Her ne kadar modern döneme ait bu üretici ve yıkıcı faktörlerin sebep olduğu sonuçları, normal bir risk gibi ele almak doğru olmasa da bu şekilde ele almak söz konusu sonuçları verimli bir meşrulaştırma yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁹⁵ Gerçekten de nükleer santralin patlama ihtimalinin, yolda yürüyen bir kişinin çatıdan düşen kiremit parçasının başına çarpmasıyla ölme ihtimalinden daha az olduğu belirtilerek, ihtimalin göz ardı edilmesi sağlanmaktadır.

Geç modern döneme ait bu risklerle kişilerin doğrudan algılayamadığı radyoaktivite ve hava, su ile gıdalardaki toksin maddelerle bunların doğa ile insanlar üzerindeki kısa ve uzun vadeli etkileri kastedilmektedir. Nitekim bunlar çoğu zaman geri döndürülemez ve sistematik zararlara sebep olmaktadır, mahiyetleri itibariyle gözle görünmezler ve ancak nedensel yorumlara yani onlar hakkındaki bilimsel ya da anti

⁵⁹³ Beck, s. 24 – 26.

⁵⁹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. **M. Salih Elmas**, Modern Toplumun Güvenlik Çıkmazı: Tehdit, Risk ve Risk Toplumu Perspektifinden Güvenlik, USAK Yay., Ankara 2013, s. 119.

⁵⁹⁵ Beck, s. 26.

bilimsel bilgi çerçevesinde var olurlar. Bu nedenle, olduğundan büyük veya küçük görünebilir yahut tehlikesiz gibi lanse edilebilirler. Bu yönden, sosyal tanımlama süreçlerine açık oldukları söylenebilir.⁵⁹⁶

Öte yandan zararlı maddelerin bilimsel olarak paylaşımında, insanların kültürel, toplumsal ve siyasi farklılıkları göz ardı edilerek salt “organik teçhizat” olarak öne çıkarıldıkları görülmektedir. Bunun sonucunda örneğin, “halkın kurşuna maruz kalma oranı ortalama olarak tehlike arz etmiyor” şeklinde açıklamalar yapılabilmektedir. Ancak bu açıklama toplumun bir kesiminin kurşuna ve dolayısıyla tehlikeye maruz kaldığı gerçeğinin görünürlüğüne perdeler. Bir maddenin halk üzerinde ortalama olarak tehlike arz etmediğini ifade etmek için insanların solumak yahut yemek zorunda kaldıkları diğer şeyleri de bilmek gerekir. Dolayısıyla ortalamanın bu kadar doğal bir şey gibi araştırılmasının gerçekten şaşırtıcı olduğu ifade edilmektedir. Ortalamayı araştıran kişi, sosyal olarak eşit olmayan risk konumlarının pek çoğunu bu araştırmayla dışarıda bırakır. Ancak bu araştırmayı yapan kişi bu eşit olmayan risk konumlarını da bilemez. Halbuki ortalamada tehlikesiz kurşun seviyesinin kendileri bakımından ölümcül bir tehlike arz ettiği olası gruplar ve yaşam şartları mevcut olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tek bir maddeden yola çıkılarak yapılan araştırmalar, zararlı maddelerin kişilerde bulunma yoğunluğunu asla gerçek anlamda hesaplayamaz. Nitekim tek bir ürün mevzubahis olduğunda “önemsiz” olan şey, insanların tükettiği tüm maddelerle birleştğinde önemli hale gelebilir. Bir başka deyişle tehlikesizlikler bir araya geldiğinde çok tehlikeli olabilirler.⁵⁹⁷

Böylece risk durumunun gerçek değil, algılarla ve ihtimallerle “gerçek addedilen”, yani inşa edilen bir durum olduğu söylenebilir. Zira risk durumunun ortaya

⁵⁹⁶ Beck, s. 27.

⁵⁹⁷ Beck, s. 30 – 33.

ıkmasının temelinde, bireyin geleceğini kontrol altına almak adına aktif bir tutum izlemeye başlaması, belirsiz görünen birtakım durumları belirgin hale getirmeye çalışması ve bunun için kararlar almak istemesi yatmaktadır. Bu anlamda “dışsal” nitelikli tehditlerden farklı olarak riskin ortaya çıkmasının temelinde, bireyin bizzat kendisi, kendi eylemleri, düşünceleri ve riske ilişkin olarak altı kararlar yatmaktadır. Bireyler ya da aktörler, henüz meydana gelmemiş gelecekteki olaylar bakımından, bu olaylar meydana gelmişçesine kararlar almaya başladıklarında, söz konusu bu kararların sebep olacağı neticeler üzerinden risk ve riskin varlığı tartişılabilir hale gelmektedir. Böylece günümüz şartlarının, gelecekteki muhtemel olaylar üzerinden değerlendirilmesi “risk düşüncesini” ortaya çıkarmaktadır.⁵⁹⁸

Öte yandan, risk hesaplamalarıyla ilgili eleştirilmesi gereken bir diğer mesele de örneğin nükleer santrallerin güvenliği ile ilgili çalışmaların muhtemel kazalar temelinde niceliği tespit edilebilir riskleri tahmin etmekle kısıtlı kalmalarıdır. Öyle ki kimi yerlerde teknik yönetilebilirliği bulunmayan risklerin (en azından bilimsel hesaplama yahut yargı kararları bakımından) var olmadığı dahi belirtilmektedir. Ancak bu hesaplanamaz tehditler bir noktada birikmekte ve her yerde herkese yönelik bilinmeyen bir risk tortusunu oluşturmaktadır. Bu bilinmeyen felaket potansiyeli toplumun geniş kesimi ve nükleer enerji karşıtları bakımından önem arz etmektedir. Zira tek bir kaza toplumun yok olmasına sebep verebileceği için kaza ihtimali ne kadar az olursa olsun, yaratacağı etki itibariyle çok büyük olacaktır. Ancak niceliği hesaplanabilir risk kavramları kazanın oluşma ihtimaline odaklanmakta ve daha sınırlı bir etkisi olan uçak kazası ile büyük ulusları ve hatta henüz doğmamış kuşakları etkileyebilecek olan nükleer santral patlaması arasındaki farkı reddetmektedir.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Bu konuda bkz. **Elmas**, s. 77, 78.

⁵⁹⁹ **Beck**, s. 38, 39.

Riskler, hali hazırda meydana gelmiş neticelerle ve zararlarla kendilerini tüketmezler. Nitekim risk olarak tanımlanan bir durum gerçekleşmişse, bu halde riskten değil; felaketten bahsetmek gerekecektir. Risk de yeni felaketleri öngörmek adına başka alanlara kaymıştır.⁶⁰⁰ Esasen riskler, taşıdıkları potansiyeller bakımından geleceğe dair bir bileşeni ifade ederler. Bu durum hali hazırda neticeleri bilinebilen zararların geleceğe aktarılmasına ve genel bir güven kaybına yahut riski artırabilecek olası faktörlere dayanır. Dolayısıyla riskler, yapıları gereği öngörüyle, henüz gerçekleşmemekle birlikte tehdit ediciliği bulunan yıkımlarla ilgilidir. Bir başka deyişle riskler, önlenmesi gereken bir geleceğe işaret ederler. Bu anlamda risk hipotezlerinin sosyal itici gücü, geleceğin öngörülen tehlikelerinde yer almaktadır. Söz konusu riskler meydana geldikleri yerlerde, daha sonra harekete geçmeyi imkânsız hale getirecek düzeyde bir yıkım anlamına gelirler. Böylece risk bilincinin merkezi günümüz değil, gelecektir.⁶⁰¹

Bu noktada risk ve risk faktörleri ile tehlike kavramlarının da temelinde farklı kavramlar oldukları belirtilmektedir. Buna göre tehlike her zaman zarara sebep olabilecek nedensel bir olaya dayandırılabilir. Bu olay insan doğasından kaynaklanabilir, ancak bu zorunlu bir şart değildir. Bireyler tarafından sebep olunan tehlikelerde, tehlikeye sebep olan bireyin tehlikeden başarılı bir şekilde korunma imkânı üçüncü kişiler kadar zayıftır. Bu anlamda tehlikeler her zaman öngörülemez ve kontrol edilemez olarak kalır. Riskler ise nedensel değil, olasılıksal bir isnada dayanır yani zarar aktüeryal bir yaklaşımla⁶⁰²

⁶⁰⁰ Elmas, s. 78.

⁶⁰¹ Beck, s. 44, 45.

⁶⁰² Bununla kastedilen, söz konusu yaklaşımın tehlikelilik seviyelerine göre ayrılmış grupları tanımlama, sınıflandırma ve yönetme teknikleriyle ilgilenmesidir (Maria Laura Böhm, “Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law”, in. The Law in the Information and Risk Society (Ed. Gunnar Dutge – Sang Won Lee), Universitätsverlag Göttingen 2011, s. 148, dn. 14).

isnat edilir. Böylece riskler fiziksel, nedensel bir sebebin yokluğu sebebiyle isnat edilir ve gelecek potansiyel bir zararı önleme amacı taşır. Dolayısıyla riskler hesaplanabilir ve kontrol edilebilir. ⁶⁰³ Risklerin hesaplanmasında somut tehlike kaynaklarından yola çıkılmaz, riski yaratabileceği düşünülen potansiyel faktörlerin bir araya gelmesi üzerinden bir olasılık hesabı yapılır. Ancak her bir faktörün riskin yaratılmasındaki etkisinin hesaplanmasından ziyade bu potansiyel faktörlerin somut tehlike meydana gelmeden önlenmesi amaçlanır. Zira önemli olan riskin toplumdaki algılanış biçimidir ve bu risklerin önüne geçilmesi düşüncesiyle toplumdaki risk algısı da yönetilir. ⁶⁰⁴ Bununla birlikte her yerde suç arayan devletin spot ışıklarını doğrulttuğu yerdeki davranışlar, gelecek zararların sebebi, yani riskli davranışlar haline gelir. Zarar vericilikten yoksun bu davranışların suç haline getirilmesi de ceza hukukunda isnadiyet ve korunan hukuki varlık gibi temeller bakımından bir problem ortaya çıkartır. ⁶⁰⁵

Günümüzde herhangi bir grubun risklerden kaçınma imkânı kalmamıştır. Öyle ki risk faktörleri, onu yaratan kişilere de bumerang etkisiyle geri dönmektedir. Tehlikeli sanayilerini deniz aşırı ülkelere kurup üretimi orada yapan zengin ülkeler, ucuz gıda maddeleri ithal ederken bu tehlikelerden kendileri de etkilenmektedir. Yahut milyarlarca dolar yatırım yapılan sanayi tarımı, uzak şehirlerdeki anne sütündeki ve bebeklerdeki kurşun miktarını artırdığı gibi, zirai tarımı da pek çok yönden etkilemektedir. Zira bu yöntem neticesinde toprağın verimi azalmakta, hayvan ve bitki türleri yok olmakta,

⁶⁰³ **Böhm**, 148, 149; Bir karar vermek ve onun belirsiz sonuçlarını bu karara atfetmek riski ifade eder. Öte yandan, dış dünyaya yansımış olaylardan kaynaklı olumsuz etkiler salt tehliktir. Bu anlamda risk ile tehlike arasındaki ayrım kesinlikleri arasındaki farklılıkta değil, isnat edilmeleri arasındaki farklılıkta yatmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. **Böhm**, s. 150.

⁶⁰⁴ Bkz. **Erman**, s. 458.

⁶⁰⁵ **Böhm**, s. 149.

erozyon tehlikesi artmaktadır. Nükleer saldırının, saldırıyı da yok etmesi gibi risk, onu yaratana geri döner.⁶⁰⁶

Elbette günümüzde risklerin sadece endüstriyel ilerleme mekanizmaları ve kitlesel üretimle açıklanması imkansızdır. Zira risk kavramını uluslararası terörizm, organize suçlar, ekonomik suçlar ve diğer karmaşık suç türleri, bir bütün olarak toplum üzerinde suçun yıkıcı etkisini ve suçu kontrol altına almanın önemini sergilemektedir. Bütün bunlar genel olarak ceza politikasında ve özel olarak güvenlik hukukunda bir paradigma değişimine sebep olmaktadır.⁶⁰⁷ Zira risklerle dolu bu dönemde hukukun temel işlevi yeni düzenlemeler yapmak ve bunları bir yönetim aracı olarak kullanmak şeklinde açıklanmaktadır.⁶⁰⁸

Nitekim risk toplumuyla birlikte “dünya toplumunun” ve “bilgi toplumunun” da ortaya çıktığı söylenebilir. Bu yeni dönem toplumunda suçluluğun artması ve ceza hukukundaki değişiklikleri tetiklemesi temelde iki gelişme ile açıklanmaktadır: 1) Globalleşme olgusu, sınır aşan suçların meydana gelebilmesi için yeni birtakım imkânlar sağlamakta, ceza hukukunun ülkesel sınırları zorlanmakta ve ülke sınırlarının dışında etkili olan bir ceza hukuku modelinin ortaya çıkmasına vesile olmaktadır. 2) Risk toplumunun doğurduğu yeni riskler ve karmaşık yapıdaki suçlar, dünya suç siyasetinin globalleşmesine vesile olmuş ve temel görevi toplum ile bireyin güvenliğini sağlamak

⁶⁰⁶ Beck, s. 50 – 62.

⁶⁰⁷ Ulrich Sieber, “The paradigm shift in the global risk society: from criminal law to global security law – an analysis of the changing limits of crime control”, Journal of Eastern-European Criminal Law, No. 1, Y. 2016, s. 14.

⁶⁰⁸ Keçelioğlu, “Risk Toplumunda”, s. 629.

olan ceza hukukunun yapısal sınırlarını zorlayarak yeni sorunların doğmasına sebep olmuştur.⁶⁰⁹

Güvenliği sağlama olarak adalet, modern liberal demokrasilerde yönetim için hem bir amaç hem de meşruiyet kaynağıdır ve onun negatif karşılığı olarak risk de ceza adaleti için hem hedef alınan bir olgu hem de bir meşruiyet kaynağıdır. J. S. Mill'in de ifade ettiği üzere güvenlik, iktidarın sağlamakla mükellef olduğu bir değeri ifade eder. Risk ise meydana gelme ihtimali olan ancak istenmeyen bir olaydır ve ceza adaleti suç riskini kontrol etmekle yükümlüdür.⁶¹⁰

Modernizmin ayırt edici özelliklerinden olan sosyal ve doğal çevreye hâkim olma beklentisi ("*Meliorsim*", yani kötü koşulların iyileştirilebileceğine olan inanç) risklerin tanınmasını ve bunlara karşı konulmasını gerektirir. Risk toplumu teorisi de bu beklentinin hiçbir zaman tatmin edilemeyecek olan güvenlik beklentisini nasıl tetiklediğini açıklar. Bu durum modernitenin otoriter inanç sistemlerini sorgulayan karakteristik yapısıyla birleştiğinde güvenliğe yönelik sınırsız talep, uzman bilgisine yönelik güvensizliği de tetikler hale gelmektedir. Elbette şartlı salıverilen hükümlüler yeni suçlar işledikçe, suçla etkin mücadeleye rağmen suç oranları arttıkça, ceza adaleti uzmanları ve uygulayıcıları da bu güvensizliklerden nasibini almaktadır. Genel olarak uzmanlara yönelik güvensizliğin artmasını, bireylerin diğer bireylere yönelik güvensizliklerinin artması takip etmektedir. Dayanışmanın azalması ve bireyselliğin artmasıyla günlük hayatın bir parçası haline gelen suç korkusu, hükümet destekli sosyal bilimlerin tehlikeli olarak belirlediği kişilere yönelik düşmanlığın ve genel olarak yabancı

⁶⁰⁹ **Ulrich Sieber**, "*Ceza Hukukunun Sınırları*", in. **Hans-Heinrich Jescheck – Ulrich Sieber**, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Yayına hazırlayan: **Feridun Yenisey**), B. 2, Beta Yay., İstanbul 2007, s. 175.

⁶¹⁰ **Barbara Hudson**, *Justice in the Risk Society*, SAGE Pub., Gateshead 2003, s. 43.

korkusunun bir ifadesidir. Bunun sonucunda da ceza politikalarının savunmacı ve baskılayıcı olması beklenmektedir. Böylece bireyler, kendilerine yönelik tehdit oluşturanların ve başlarına yanlışlıkla gelebilecek olayların çevrelerinden uzak tutulmasını istemektedir. Bir başka deyişle riskin konusunu teşkil eden suçtan hem önce hem de sonra bir korunma talep edilmektedir.⁶¹¹

Böylece demokratik devletlerin, toplumsal korkuya nasıl karşılık vermesi gerektiği meselesi ortaya çıkar. Sunstein'e göre bu mesele en iyi şekilde iki genel esası aklımızda tutarak çözümlenebilir. İlki, iyi işleyen yönetimlerin müzakereci demokrasiye sahip olmak istemesinde yatmaktadır. Bu yönetimler elbette topluma karşı sorumlu olan yönetimlerdir. Bu demokrasilerde düzenli seçimi ve toplumun istekleriyle yakından ilgilenen görevlileri gerektirir. Bu anlamda toplumdaki korkulara karşı cevap verebilirlik hem kaçınılmaz hem de istenen bir şeydir. Ancak bu cevap verebilirlik, derinlemesine düşünme ve gerekçe göstermek şeklinde tezahür eden müzakereye bağlılıkla tamamlanabilir. Eğer toplum incir çekirdeğini doldurmayacak şeylerden korkuyorsa, müzakereci demokrasi bu korkuya riski azaltmak şeklinde karşılık vermez; bunun yerine kaynaklarını bu temelden yoksun, hipotezden ibaret korkuyu ortadan kaldırmak için kullanır. Böylece müzakereci demokrasiler, temelsiz olan toplumsal korkulara kendisini kaptıran popülist sistemlerin sahip olduğu eğilimlerden kaçınır.⁶¹²

Müzakereci demokrasilerin toplumsal paniği kontrol etmek için kurumsal kontrol mekanizmaları bulunur. Aynı mekanizmalar, toplum gerçek anlamda riskli olan bir şeyden korkmadığı durumlarda da devreye girer. Bu durumlarda sistem, toplum istese de istemese de devreye girer. Dolayısıyla müzakereci demokrasiler, bilimin ve uzmanların

⁶¹¹ Hudson, s. 44, 45.

⁶¹² Cass R. Sunstein, *Laws of Fear Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York 2005, s. 1.

söylediklerine büyük bir öncelik tanır ve salt popülizmi reddeder. Elbette bilimin sonuçsuz kaldığı ve uzmanların yanıldığı alanlar olabilir. Elbette toplumun değerleri nihayetinde büyük bir öneme sahiptir. Belki de toplum özellikle yoksul alanlarda yoğunlaşmış risklere veya potansiyel olarak yıkıcı ve kontrol edilemez risklere karşı çıkıyor olabilir. Bir demokraside bireylerin yansıtıcı değerleri hâkim olur. Ancak olgular üzerindeki hataları değil, değerleri önemlidir.⁶¹³

Sunstein'e göre akılda tutulması gereken ikinci genel esas da iyi işleyen demokrasilerin tam olarak kuramsallaştırılmamış mutabakatlara (Eng. “*incompletely theorized agreements*”) ulaşmaya çalıştıklarıdır. Bununla kastedilen, özellikle heterojen olduklarında bu demokrasiler, sosyal sorunları neyin doğru veya neyin yanlış olduğu üzerine oluşturulmuş üst düzey teorileri arayarak değil, farklı yapıdaki insanların üzerinde uzlaşabileceği düşük seviye ilkeler ve uygulamalar arayarak çözmeye çalışır. Özgür toplumlardaki bireyler çok büyük meseleler (din, özgürlük, eşitlik vs.) konusunda ayrışabilirler. Tüm bu farklılıkların karşısında genellikle en iyi çözüm, bir ulusu son derece tartışmalı bir görüşe bağlamak yerine farklı insanların üzerinde anlaşabileceği çözümler aramaktır.⁶¹⁴

Öte yandan günümüzde toplumdaki korku yönetiminin müzakereci demokrasi modelleriyle değil, onun kaçınmaya çalıştığı popülist yönetimlerce gerçekleştirildiği söylenebilir.⁶¹⁵ Gerçekten de bir yandan terörizm, organize suçluluk ve siber suçlar gibi yeni karmaşık suç türlerinin ve tehditlerin ortaya çıkması şeklindeki objektif değişiklikler, öte yandan da bireylerin sübjektif refah seviyesindeki değişiklikler ceza politikasındaki ve özel güvenlik hukukundaki bu paradigma değişimini tetiklemektedir

⁶¹³ Sunstein, s. 2.

⁶¹⁴ Sunstein, s. 2.

⁶¹⁵ Aynı yönde bkz. Önok, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 38.

ve söz konusu bu sübjektif ve objektif değişiklikler, daha büyük suç korkusuna sebep olmaktadır. Elbette pek çok ülkede bu güvensizlik duyguları ve daha katı yasalara yönelik talepler, ilk kez veya tekrar seçilmeyi hedefleyen popülist politikacılar tarafından çokça kullanılmakta ve karşılık bulmaktadır. Politikacıların bu suç korkusu üzerinden yönetim politikaları, mültecilere ve yabancılara karşı korunma ile suça karşı güvenliğin artırılması çağrısında bulunan radikal partilerin yükselişine sebep olmaktadır. Bütün bu objektif, sübjektif ve politik etkenler son yıllarda ceza politikasını derinden etkilemektedir. Pek çok alanda suç kontrolü geleneksel kusurluluk ve cezalandırma üzerinden değil; risk ve tehlikelilik meseleleriyle ve gelecek odaklı önleme ve güvenlik meseleleriyle kontrol edilmektedir. Böylece erken önleme amacıyla güvenliği sağlama şeklinde yeni bir hedef ortaya çıkmıştır.⁶¹⁶ Bu hedefin ortaya çıkmasında bireylerden kaynaklı risklerin artmasıyla birlikte toplumdaki risk algısının değişmesi de etkili olmuştur. Nitekim modern risk toplumunun önceki toplumlardan farkı, daha tehlikeli olması değil, her türlü tehlikeyi bireylere isnat etmesinde yatmaktadır. Yani önceki toplumlardan farklı olarak modern risk toplumlarında bir doğal afetin veya pandeminin sebebi tanrı veya değiştirilemez tabiat kuralları değil, buna sebep olan ya da engellemeyen bireylerdir.⁶¹⁷ Bir başka deyişle mademki bütün tehlikelerin sebebi doğrudan veya dolaylı olarak insandır, öyleyse bireylerin özgürlük alanlarının sınırlandırılmasıyla tehlikeler de önlenabilir. Ancak hangi bireylerin hangi hakları ne kapsamda sınırlandırılacaktır?

Devletlerin güvenlik tehditlerine karşı aldığı önlemlerin kapsamı da söz konusu tedbirlerin gereklilik ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde tartışılması önünde bir engel oluşturabilmektedir. Gerçekten de devletler güvenlik tehditlerine karşılık verirken özgürlükler üzerine geniş değil seçici kısıtlamalar koyar. Bu seçicilik de büyük bir risk

⁶¹⁶ Sieber, “*The paradigm shift*”, s. 14.

⁶¹⁷ Bkz. Hudson, s. 51, 52.

yaratır zira kısıtlamalar seçiciyse toplumun büyük bir kısmı bunlarla karşı karşıya gelmez ve böylece gayrimeşru kısıtlamalar üzerindeki olağan politik kontrol mekanizmaları devreye girmemiş olur. Bu durumda da güvenlik risklerine yönelik toplumsal korku, temel haklar üzerinde orantısız kısıtlamalara sebep olan tedbirlerin alınmasına sebep olabilir.⁶¹⁸ Öte yandan popülist iktidarlar kriz anlarında güvenlik ihtiyacını gidermek ve toplumdaki risk algısını yönetebilmek adına kendi imajlarını iyi gösterebilecek fakat gerçekte önleyici hiçbir etkisi olmayan suç tiplerini düzenlemektedir. Herhangi bir hukuksal varlığı koruyamayan ancak sembolik bir karşılığı olan bu suçlarla kanun koyucunun sembolik bir ceza hukuku yarattığı belirtilmektedir.⁶¹⁹ Benzer şekilde, ceza hukukunun riskle mücadele etmek yerine doğrudan riski yaratmak için kullanıldığı, bir başka deyişle toplum tarafından uygunsuz görülen davranışları değil, uygunsuz görülmesi istenen davranışları yasaklamakta kullanıldığı da belirtilmektedir.⁶²⁰ Sonuç olarak, suçların sayısını ve cezaların ağırlığını artırmaya yönelik politikalar, karşı çıkılmadıkları için yürürlüğe konulur ve kimse devletin kriminalize etme ve cezalandırmaya başvurma isteğini protesto ederek “suç lobisine” destek veriyor gibi görünmek istememektedir.⁶²¹

Bir güvenlik tehdidine karşı alınacak tedbirler ve gerçekleştirilecek özgürlük kısıtlamaları açık olmalıdır. Bir dış tehdit söz konusu olduğunda, bireylerin gerçekleşme ihtimalinin düşüklüğünü göz önünde bulundurmaksızın en kötü senaryoya odaklanması mümkündür. Ancak eğer ilgili kısıtlamalarla belirli bir alt grup karşı karşıya geliyorsa, siyasal kontrol mekanizmalarının devreye girmeme riski daha da artar. Özgürlük kısıtlaması toplumun tamamına ya da çoğuna uygulandığında ise, siyasal kontrol

⁶¹⁸ Sunstein, s. 204, 205.

⁶¹⁹ Bkz. Erman, s. 457, 458; Erdem, s. 250, 251; Bkz. Önok, “Is the criminalization of mere danger”, s. 38, 60.

⁶²⁰ Erman, s. 458.

⁶²¹ Husak, s. 16.

mekanizmalarının etkili bir kontrol sağlaması mümkündür. Bu durumda toplum bu kısıtlama için iyi bir neden olduğuna ikna olmadığı sürece, söz konusu kısıtlama kabul edilebilir olmaktan çıkacaktır. Ancak kısıtlamalar belirli bir alt grupla sınırlı kaldıkça söz konusu siyasal kontrol mekanizmaları devreye girmeyecektir.⁶²²

Öte yandan devletin güvenliği sağlamak adına her türlü tehdidi önlemeye çalışıp çalışmadığı sorulduğunda cevap olumsuz olmaktadır. Zira güvenlik tehdidinin bizzat kendisine sağladığı menfaat sebebiyle izin veriliyor olabilir. Örneğin nükleer santraller, çevre, doğal yaşam ve insanlık için çok büyük bir riski bünyesinde barındırmasına rağmen, toplum hayatının devamı için gerekli olan enerjiyi ürettiği için de izin verilmektedir. Bu anlamda birey ve toplum açısından yararlı ve gerekli olduğu düşünülen bazı davranış modelleri, içerdikleri kaçınılmaz ve tam anlamıyla bertaraf edilemez mahiyetteki risklere rağmen yasaklanmamakta, sebep olabilecekleri zarar neticeleri istenmemekle birlikte, bir “izin verilen risk” alanı oluşturulmaktadır.⁶²³

İzin verilen riskin varlığının saptanması ve sınırlarının tespit edilmesi genellikle karşı karşıya bulunan iki menfaatin karşılaştırılması suretiyle yapılır. Bir tarafta yaşam ve sağlık hakları yer alırken diğer tarafta bireysel ve toplumsal gelişme için zorunlu olduğu düşünülen faaliyetler için tanınan bir hareket serbestisi alanı yer alır. Bugün için çok yararlı ve gerekli olduğu kabul edilen bu faaliyetler, yürütülmeleri esnasında spesifik bir özenin mutlaka aranması gereken faaliyetlerdir (trafik, enerji tesislerinin işletilmesi, inşaat vs.) ve bunlar potansiyel tehlike kaynaklarını da işaret eder. Bu tehlikelerin doğmasını engellemek üzere konulmuş özen kurallarının varlığı dahi, bu alanlardaki hukuki menfaat ihlalinin göstermektedir.⁶²⁴

⁶²² Sunstein, s. 205 – 207.

⁶²³ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 7, 8.

⁶²⁴ Ünver, İzin Verilen Risk, s. 9, 10.

Bu faaliyetler yoğun bir tehlikeyi bünyelerinde barındırmalarına rağmen sundukları fayda sebebiyle toplumun genel menfaati için izin verilen faaliyetlerdir. Bunlar bir noktada insan bilgisi ve isteğinin sonradan gelişebilecek nedensel seriler üzerindeki kontrolünün, kullanılan araçlardaki teknolojik yapı ne kadar rafine olursa o kadar problemlili olacağının varsayıldığı aktivitelerdir. Bu durumlarda kusurluluk üzerine düşünmenin zorluğu ve çoğu zaman imkansızlığı, kanun koyucuya insan davranışları ve sonuçlarının bilgi ve iradeyle kesin bir şekilde kontrol edilebilir ve ifade edilebilir olduğu anı ön tehlikeli alan olarak belirleyip önlem alma sorumluluğu yükler. İşte bu günümüz modern sanayi toplumu içerisinde üretilen ve ölümcül yapısı sebebiyle tehlikeli faaliyetler olarak adlandırılan yeni teknolojik gerçeklik alanında tehlike suçlarına ihtiyaç duyulmaktadır.⁶²⁵

Böylece kanun koyucu hem izin verilen risk alanının dışında kalan faaliyetler için hem de terör faaliyetleri, organize suçlar, ekonomik suçlar ve çevreye karşı suçlar gibi etkisi geri döndürülemez şekilde büyük olan suçların önlenmesi için ön alan faaliyetlerini cezalandırmaya yönelmiştir. Bu alanda da zarardan ve hatta çoğu zaman somut tehlikeden dahi bahsedilemeyeceği için kanun koyucular soyut tehlike suçlarını sıklıkla kullanmaya başlamıştır.

Risk ceza hukuku (Alm. “*Risikostrafrecht*”) olarak da adlandırılan bu ceza hukuku ekonomik – sosyal alanda önleyici fonksiyonda ve ceza hukuku araçlarıyla geleceğimizin garanti altına alınması ihtiyacına cevap vermek isteyen toplumsal güvenliğin korunması alanlarında çok ciddi bir genişlemeye sebep olmuştur. Böylece risk ceza hukuku, kendi kümülatif potansiyellerinin içerisinde toplumsal olarak ağır risklerin sınırlandırılması ve kontrol hedeflerine erişmek için araç olarak ceza hukukunun politik

⁶²⁵ Gallo, E., s. 18.

kullanımıyla “hedef odaklı” ceza adaleti düşüncesiyle dolu görünmektedir.⁶²⁶ Risk ceza hukuku anlayışı, riskli davranışları önleme amacını ön plana alarak kanunilik, belirlilik, şahsılık gibi güvencelerden ayrılarak şekilci niteliğini yitirmektedir. Zira bu ceza hukukunun amacı, kusurla orantılı bir ceza değil, riskin en etkili şekilde azaltılması veya ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple sırf hareket suçlarının ve soyut tehlike suçlarının sayısı gittikçe artmakta ve ceza hukuku son çare olmaktan uzaklaşmaktadır.⁶²⁷

Nihayetinde ceza hukukunun geleneksel konseptinin değiştiği, bu alanın bastırıcı, cezalandırıcı bir alan olmaktan çıkıp tehlikeleri ve riskleri minimuma indirmek için tasarlanan birincil bir önleyici araca dönüştüğü söylenebilir. Maddi ceza hukuku alanında bu yeni önleyici yaklaşım, bireysel hukuki varlıklardan ziyade sermaye piyasasının korunması gibi genele yayılan toplumsal varlıkların korunması temeline dayanır. Bu da kişilere ilişkin değil, topluma ve devlete ait hukuksal varlıkları koruyan yeni nesil soyut tehlike suçlarıyla gerçekleştirilmektedir.⁶²⁸ Ancak elbette tam olarak tanımlanamayan “evrensel hukuki konuların” düzenlenmesi konusunda kanun koyucuların daha rahat davranması ve bu konuların da soyut tehlike suçlarıyla korunması ceza hukuku güvenliğini zedelemektedir.⁶²⁹ Kanun koyucuların bu eğilimi, spesifik riskler taşıyan veya suç işleme amacıyla gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına vesile olmuştur.⁶³⁰ Örneğin Almanya’da yurt dışındaki bir terörist eğitim kampında silah eğitimi almak amacıyla ülkeyi terk etmeye teşebbüs etmenin cezalandırılması bunlara bir

⁶²⁶ **Donini**, *Il volto attuale*, s. 113, 114.

⁶²⁷ **Erman**, s. 457.

⁶²⁸ **Erman**, s. 457.

⁶²⁹ **Keçelioğlu**, *Risk Toplumunda*, s. 635.

⁶³⁰ Önleyici ceza hukukunun geleneksel ceza hukukunun alanına girmeyen hazırlık aşamasını kriminalize ettiğiyle ilgili olarak ayrıca bkz. **Bozbayındır**, s. 27.

örnektir.⁶³¹ İCK m. 270 quarter 1 hükmünde de “270 bis ve 270 quarter maddelerinde belirtilen hallerin dışında 270 sexies maddesinde belirtilen terör amaçlı davranışları gerçekleştirmek amacıyla yabancı topraklara seyahat düzenleyen, finanse eden veya propagandasını yapan herkes beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” düzenlemesi yer almaktadır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu suçlarla esasında gelecekteki potansiyel bir suçun hazırlığının hazırlığı cezalandırılmaktadır.⁶³² Öte yandan bu suçlarla yargı organlarına kişilerin bir terör örgütüne üyeliklerine dair bir herhangi bir kanıt bulunmasa dahi ceza hukuku araçlarını kullanma yetkisi verilmiştir.⁶³³

Böylece ceza hukukuna hâkim olmaya başlayan bu önleyici yaklaşım ceza muhakemesi hukukuna da yansımaktadır. Polis ve istihbarat hukukundaki gizli gözetlemeye yönelik yetkiler artık ceza muhakemesinde de kullanılmaktadır.⁶³⁴ Esasında bu, genişleyen maddi ceza hukuku alanının kaçınılmaz bir sonucudur.⁶³⁵ Bu yetkiler, maddi ceza hukukundaki hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı sırf hareket suçlarının muhakeme hukukundaki karşılıklarını teşkil eder, zira bunlar hazırlık aşamasındaki hareketlerin araştırılmasını kolaylaştırır. Bu yetkiler sadece yasalarda yer almamakta; aynı zamanda uluslararası organizasyonların ceza politikalarını da domine etmektedir. Böylece bu yetkilerin demokratik toplumlar için son derece önemli olan özgürlük – güvenlik dengesini tehdit ettiği söylenebilir.⁶³⁶ Bu nedenle önleyici ceza hukuku anlayışıyla ispata ilişkin zorluklar, cezai sorumluluğunu tespit etmeye yönelik teorik olarak sorgulanabilir bir takım kestirme yollar yaratılarak aşılmaktadır. Bu tür suçlar

⁶³¹ Sieber, “The paradigm shift”, s. 15.

⁶³² Önok, “Is the criminalization of mere danger”, s. 52.

⁶³³ Notaro, s. 34.

⁶³⁴ Erman, s. 448; Keçelioğlu, “Risk Toplumunda”, s. 637.

⁶³⁵ Bozbayındır, s. 37.

⁶³⁶ Sieber, “The paradigm shift”, s. 15; Aynı yönde bkz. Kazaker Bozkurt, s. 251, 252.

failin tehlikeliliğini ve karakterini cezalandırıyor gibi görünmekte ve böylece fail ceza hukuku anlayışının örneklerini teşkil etmektedirler.⁶³⁷

Ana hedefi risklerle ve tehlikelerle savaşmak suretiyle güvenliğini sağlamak olan ve bizzat kendisinin geliştirdiği risk modelleri temelinde hareket eden bu ceza hukuku, öğretilde “tehlikelilik ceza hukuku” olarak da adlandırılmaktadır.⁶³⁸ Bu tür ceza hukuku tarafından geliştirilen risk modellerine uyan kişilerle suçlu olarak değil, tehlike arz eden, yani yüksek riskli kişiler olarak mücadele edilmektedir. Dolayısıyla bu kişiler normal suçlu değil, *homini insecuritas* (tehlikeli insan) olarak kabul edilir.⁶³⁹

Örneğin Almanya’da politikacıların terörizmle mücadeleden bahsederken “İslamcı tehlikelilik” terimini kullandıkları görülmektedir. Bu terimle, dini veya ulusal kökenleri sebebiyle yahut terörist aktivitelerin şüphelileriyle olan ilişkileri sebebiyle ulusal güvenlik bakımından potansiyel tehlikeli görülen kişiler kastedilmektedir. Bunun üzerine her muhtemel adımı öğrenmek ve önlemek için bunlar hakkında olabildiğince çok bilgi toplamak gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece soruşturma tedbirleri daha esnek hale gelmekte (gözetleme, veri madenciliği vs.), bireye yönelik müdahale yöntemleri de (tutma, sorgu vs.) daha yoğunlaşmaktadır. Elbette tehlikelilik figürü sadece terörle mücadele kanunları tarafından belirlenmemektedir. Organize suç ve hatta cinsel ve şiddet suçluları doğrudan olmasa da dolaylı bir şekilde tehlikeli olarak tanımlanmaktadır.⁶⁴⁰

⁶³⁷ **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 49; Öte yandan soyut tehlike suçları alanında ortada bir zararın veya somut tehlikenin bulunmaması, sanığın “tehlikenin veya zararın gerçekleşmediği” veya “illiyet bağının bulunmadığı” iddialarına dayanan savunma mekanizmalarından mahrum kalmasına yol açmaktadır. Bu konuda bkz. **Keçelioğlu**, “*Risk Toplumunda*”, s. 635.

⁶³⁸ **Böhm**, s. 145; **Erman**, s. 458 vd.

⁶³⁹ **Böhm**, s. 145.

⁶⁴⁰ Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 107/2 ve m. 108 hükümlerinde organize suçlardan, cinsel suçlardan, bazı şiddet suçlarından ve sayılan diğer

Bunlar genel güvenliğı tehlikeye adan yüksek risk figürleri olarak görölmektedir.⁶⁴¹ Önleyici ceza hukukunun taraftarlarına göre de yeni risklerin sebep olduğı bu risklerle en iyi ceza hukuku aracılığıyla başa çıkılabilir. Bu görüştekilere göre, zarar risklerini kriminalize etmek onlarla polis hukukuyla başa çıkmaya nazaran daha uygundur. Ayrıca ceza muhakemesinin, alternatiflerinde var olmayan usuli garantileri olduğı için bu yeni risklerle başa çıkmak için ceza hukukunu kullanmak tercih edilmelidir. Öte yandan hazırlık hareketlerini cezalandırmak belirli şartlar altında iyi bir fikir olabilir ve bunlar vatandaşlara nasıl hukuka uygun yaşayacakları konusunda birer rehber olabilirler.⁶⁴² Ancak elbette bu avantajlar önleyici ceza hukukunun sebep olduğı problemleri aşmak için yeterli değildir.⁶⁴³

Nihayetinde neo-liberal politikalar ve risk toplumu anlayışıyla birlikte ceza hukukunun ortadan kaldırılması gereken gerçek veya algılanan risklere karşılık bir araç olarak değerlendirildiğı söylenebilir. Bu dönemde devlet, suçla yönelik eğilimleri iyileştirmek ve suçlu davranışları cezalandırmaktan ziyade suç teşkil eden fiillere zemin hazırlayan faktörlerin bir araya gelmesini önlemeye yönelmiştir. Önleyici suçlarla cezalandırmanın birincil amacı suç işlemekten caydırma olmaktadır. Bu önleyici yaklaşım bir kişiyi henüz işlemediğı bir suçtan dolayı hapsederek nihai zarar doğmadan önce zararlı fiili önlemeyi istemektedir. Dolayısıyla cezalandırma failin caydırılmasının negatif bir türünü – negatif özel önleme – teşkil eder. Böylece ceza hukukunun odağı, fiil ceza hukukunun temelini oluşturan zararlı fiilin kendisinden faile kaymaktadır.⁶⁴⁴

suçlardan hüküm giyen kişilerin koşullu salıverilme ve infaz şartlarına ilişkin daha ağır şartlar düzenlenmiştir.

⁶⁴¹ **Böhm**, s. 146, 147.

⁶⁴² Bu görüşlerle ilgili olarak bkz. **Bozbayındır**, s. 28, 29.

⁶⁴³ **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 48, 49.

⁶⁴⁴ Bkz. **Bozbayındır**, s. 36.

Ceza hukuku, sadece bastırıcı fonksiyonunu yitirip önleyici bir fonksiyonu kazanmamakta; aynı zamanda suçla mücadeledeki tekeli de kaybetmektedir. Geleneksel ceza hukukuyla birlikte önleyici ceza hukuku ve cezai olmayan hukuki rejimler (bilişim hukuku, savaş hukuku, idari yaptırımlar hukuku vs.) suçun önlenmesinde geleneksel bastırıcı ceza hukukundan daha etkili sonuçlar sunmaktadır. Öte yandan bu sistemler, güvenliğin artırılmasında bazı avantajlar sağlarken, bireylerin özgürlüklerinin korunmasında ise daha az yasal güvence sunmaktadır. Nitekim geleneksel ceza hukukunun kurallarıyla karşılaştırıldığında bu yeni sistemlerin ceza hukukunun sınırlarını zorlayabildiği görülecektir. Örneğin önleyici ceza hukukuyla kusurluluk ilkesine zarar verilmekte, savaş hukukuyla yargısal olmayan idam cezası yaratılmakta, istihbarat hukukuyla ceza soruşturmasının sınırları göz ardı edilmektedir. Tüm bu aktivitelerin geleneksel ceza hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu da yeni rejimin özgürlükler pahasına güvenliği sağladığını göstermektedir.⁶⁴⁵ Nitekim öğretide de ceza hukukundaki dönüşüm açıklanırken, ceza hukuku haksızlığına atfedilen önemin azaldığı, cezai iktidarın kimi alanlarda idarenin eline geçtiği ve cezai süreçlerin kendisinin de idarileştiği haklı olarak belirtilmektedir. Ceza hukukunun idarileşmesiyle kastedilen, bir suç isnadı olmaksızın düşman kabul edilenlerle mücadele etmek adına düşmanların hürriyetlerinin kısıtlanması; muhakeme garantilerinin zayıflatılması ve özellikle soyut tehlike suçları ile hazırlık hareketlerini cezalandıran suçlarla önleme amacının ön plana alınması, düşman ya da tehlikeli kabul edilen kişilerin ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan kanunilik ilkesinin dışına çıkartılması kastedilmektedir. Gerçekten de günümüzde tehlikeli kabul edilen kişilere karşı temelde farklı olmayan ve anayasal meşruiyetleri dahi sorgulanan suçlamalar yöneltilmekte ve bu isnatlar gerçekleştirilirken kanunilik ilkesinin sınırları zorlanmakta

⁶⁴⁵ Sieber, “*The paradigm shift*”, s. 17.

ve hatta dışına çıkılmaktadır. Bu suçlamalardan kaynaklı ihlallerin tespitine ilişkin AYM'nin ve AİHM'in ihlal kararlarının da uygulanmaması, hukukun ve özelde ceza hukukunun kesinliğinin sona erdiğinin ve ceza hukukunun idare lehine alan kaybettiğinin bir göstergesidir.⁶⁴⁶

Nitekim ğretide Böhm de risk kategorileri ve risk mantığından etkilenmiş ceza hukukunun çok geniş bir şekilde kişiliksizleştirilmiş bir ceza hukuku olduğunu ve hedefinin toplumdaki risk grupları olduğunu belirtmektedir. Bu anlayışta, bireyler sahip oldukları bazı karakter özellikleri, milliyetleri veya dinleri, arkadaşlık türleri ve hatta var oluş biçimleri sebebiyle kişiliklerinden tamamen bağımsız bir risk objesi olarak görülecek ve nihayetinde suçlu ile suç arasındaki ayırım ortadan kalkacaktır. Ayrıca, ceza hukukunun geleneksel konseptinde yer alan insan davranışı yerini kendiliğinden davranışlarla belirlenmeyen risk faktörlerine bırakacaktır. Bunun sebebi hem risk toplumunda ceza hukukunun risk faktörlerine karşı – ancak davranışlara karşı değil – mücadelesi hem de davranışlardan bağımsız risk yapılarının ceza hukuku tarafından tanımlanması ve yargılanmasıdır. Her iki durumda da risklerin yasaklanması suretiyle gelecek zararların önlenmesi aktüeryal değerlendirmeye ve politik tanımlarla belirlenmiş olmaktadır. Öte yandan, ceza hukukunun zamansal uygulanması da tersine dönecektir zira artık tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış, geçmiş fiiller üzerinden değil; gelecek odaklı bir bakış açısıyla hareket edecektir. Bu da muhtemel gelecek zararlara sebep olabilecek “görünüşte sebeplerin” cezalandırılmasıyla olacaktır. Son olarak, şahsi sorumluluğa ve nedenselliğe dayalı isnat edilebilirlik kurumu, ihtimale dayalı objektif risk mantığı ile yeniden formüle edilecektir zira ortada doğrudan isnat edilebilir bir

⁶⁴⁶ **Yetkin**, “*Ceza Hukukunun İkilili Karakteri*”, s. 1067 – 1070.

nedensellik değil, ihtimal hesaplamalarıyla bulunmuş potansiyel gelecek zarar şeklinde nitelendirilmiş objektif bir tanı olacaktır.⁶⁴⁷

Risk temelli oluşturulan ve belirli risk gruplarıyla mücadele etmeyi hedefleyen bu ceza hukuku anlayışı öğretilerde düşman ceza hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Bu terim ilk kez 1985 senesinde Günther Jakobs tarafından ortaya atılmış ve ceza hukuku literatürüne girmiştir. Jakobs, Hobbes'a atıf yaparak, öncelikle bir suçtan bahsedilebilmesi için normatif bir düzenin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Zira Hobbes'un da belirttiği üzere normatif bir düzenin bulunmadığı yerde, yani doğa halinde herkes her şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda özgürdür. Bir kavram, ancak onun olumsuz karşısında belirlenebileceği için, suç da ancak normatif bir düzene kavuşmuş toplum yaşamında bir başka deyişle devletin var olduğu bir denklemde mümkün olabilir.⁶⁴⁸

Jakobs yurttaş ceza hukuku ve düşman ceza hukuku şeklindeki iki ceza hukuku düzleminin birbirlerine karşılık gelmediklerini; aksine, bu düzenlerin dünyanın iki kutbunu ifade ettiğini; yani bir anlam dahilinde birleştiğini belirtmektedir. Akli bir kişinin iradi bir şekilde bir normun geçerliliğine yönelik bir saldırıda bulunması durumunda ceza, failin iddialarının bir anlam ifade etmediği, normun değişmez bir şekilde mevcut olduğu ve toplumun varlığını sürdürdüğü cevabını verir. Ancak cezanın sadece sembolik bir anlamı yoktur; bunun ötesinde bedensel bir tesiri de vardır. Hapis cezasının sonucunda mahkûm infaz kurumunun dışarısında suç işleyemeyecek; böylece cezanın özel önleme amacı gerçekleşmiş bulunacaktır. Cezanın bu şekilde güvenliği sağlayan bir etkisi

⁶⁴⁷ Böhm, s. 150, 151; Erman, s. 459.

⁶⁴⁸ Jakobs Günther, “Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku” (Çev. Cemil Ozansü), in. Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Ed. Yener Ünver), Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 495.

olmasaydı, söz konusu cezanın daha ağır eylemlere karşı bir tepki özelliği taşımasının inandırıcılığı olmayacaktı. Bu anlamda zor kullanma, hukukun parçası olan kişiye değil; tehlikeli kişilere karşı uygulanan bir araçtır. Bu iddia “güvenlik amaçlı müşahede altında tutma”⁶⁴⁹ gibi hapis cezasının güvenliği sağlamaya yönelik etkisinin bir güvenlik tedbiri ölçütü olarak görüldüğü kurumlarda karşılığını bulur. Zira bu kurumların uygulanmasında odak, hükmün konusunu oluşturan eylemden ziyade, geleceğe yani kanun koyucu tarafından “önemli addedilen suçların” toplum açısından yarattığı tehlikeliliği ölçü alan bir perspektife çevrilir. Böylece cezanın muhatabı artık tehlikeli bireydir. Nihayetinde failin normun geçerliliğini reddetmesine yönelik bir cevap şeklindeki iletişim yerini tehlike ile mücadeleye, yurttaş ceza hukuku da yerini düşman ceza hukukuna terk edecektir.⁶⁵⁰

Jakobs suçlular arasında bir ayrım gözeterek her suçlunun normatif düzenin temelini oluşturan sözleşmeyi ihlal edip yurttaş statüsünden vazgeçtiğini düşünmez. Ona göre, henüz bilişsel olarak normun geçerliliğini tam olarak kavrayamayıp onu ihlal eden ve geçerliliğine zarar veren yurttaş bireyler ve normu ilkesel ve bilinçli bir şekilde inkâr eden ve normatif düzen temelinde oluşan topluma karışı gelen düşman bireyler bulunmaktadır. Düşman ise, bir arada yaşama iradesini ve kararını haiz olmayan kişidir.⁶⁵¹ Jakobs, yurttaş ile düşman arasındaki ayrımı açıklamak için kendisine kalacak mirasa çabuk ulaşmak adına amcasını öldüren yeğen örneğini verir. Yazara göre, bu örnekte bir başkaldırı yoktur. Devletin mevcudiyetine ve onun kurumsal yapılarına ilkesel olarak karşı gelmeye yönelen bir eylem de mevcut değildir. Hatta kötü yeğen, devletin

⁶⁴⁹ Bu çeviri için bkz. **Ercan Yaşar**, “Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Tedbiri Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 3 – 4, Y. 2018, ss. 263 – 288.

⁶⁵⁰ **Jakobs**, “Yurttaş Ceza Hukuku...”, s. 489, 490.

⁶⁵¹ **Onur Özkan**, “Hangi Düşman Ceza Hukuku?”, CHD., S. 40, Y. 14, Ağustos 2019, s. 528.

yaşam ve mülkiyet haklarını koruması lehinde hareket etmektedir. Ancak fail, normun geçerliliğini zedeleyerek kendisinden beklenti içerisinde olanlarda bir düş kırıklığı yaratmıştır. Bu aşamada modern devlet, normal suç failinde zor yoluyla da olsa yurttaş sıfatıyla ele alınıp normun geçerliliğine verdiği zararı telafi etmeye çalışan bir yurttaş görür. Bu süreç de ceza ile gerçekleştirilir.⁶⁵²

Bu sebeplerle yurttaş ceza hukukunun uygulanmasında yurttaşın cezalandırılması, normun geçerliliğinin ihlal edilmesine ve bu geçerliliğin sorgulanmasına vesile olan davranışın gerçekleştirilmiş olması şartına bağlıdır. Failde tespit edilmesi gereken hukuka sadakat eksikliği için dışa yansıyan bir hareketinin bulunması, yani failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Öte yandan, düşman hazırlık hareketlerine başladığı anda yakalanması gereken ve tehlikeliliği ile mücadele edilen kişidir.⁶⁵³

Jakobs'a göre, bireysel davranışlarla yaratılan beklentilerin devamlı olarak hayal kırıklığı yarattığı durumlarda suçluya kişi muamelesi yapılmasına ilişkin durum da zayıflamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun yasa yapma faaliyetinin bir mücadele aracı halini aldığı gözlemlenmektedir. Örneğin, ekonomik suçluluk, terörizm, örgütlü suçluluk, cinsel suçlar ve diğer tehlikeli suç tipleri ile nihayetinde suçun kendisi ile bireyler üzerinden mücadele verilmektedir. Zira bu bireyler ya manevi dünyalarında (örneğin cinsel suçlarda) ya piyasa ilişkilerinde (ekonomik suçluluk, uyuşturucu ticareti vs.) yahut örgütle bir bağ kurdukları durumlarda (terörizm, örgütlü suçluluk vs.) sürekli ve kararlı bir şekilde mücadele edilecek bir konuma gelmektedir. Bunun sebebi, bu kişilerin kendilerinden beklenen ve kişi olarak muamele görmenin temel şartı olan hukuka sırt çevirmemiş olma kararını, yani temel bilişsel garantiyi taşımamalarıdır. Bu durumlarda öncelik, normun geçerliliğine zarar verilmesi sebebiyle onun onarılması

⁶⁵² **Jakobs**, “Yurttaş Ceza Hukuku...”, s. 495, 496; **Özkan**, s. 529.

⁶⁵³ **Jakobs**, “Yurttaş Ceza Hukuku...”, s. 499; **Özkan**, s. 531.

değildir. Asıl mesele, bir tehlikenin ortadan kaldırılmasıdır. Böylece cezalandırılabilirlik, hazırlık aşamasına kadar genişletilir ve ceza, meydana gelen neticeden dolayı failin kınanmasına değil, gelecek tehlikelerin önlenmesine yönelik bir anlam kazanmıştır.⁶⁵⁴

Düşman ceza hukuku uygulamalarının ortak bazı özellikleri olduğu belirtilmektedir. Hukuksal değerlerin etkili bir şekilde korunabilmesi adına, failin iç dünyasına ilişkin öğelerin ceza sorumluluğunun tespitinde dikkate alınması söz konusu olmaktadır. Böylece, fiil ceza hukukundan, fail ceza hukukuna bir kayma gerçekleşmektedir. Dolayısıyla salt failin tavrına bakılarak hazırlık hareketleri ve soyut tehlike suçları cezalandırılmaktadır.⁶⁵⁵ Ancak bu alandaki suçların cezası, tamamlanmış suçların cezasından ağır olabilmektedir.⁶⁵⁶ Öte yandan ceza, kusurla değil; failin tehlikeliliği esas alınarak belirlenmektedir. Suçla mücadele etmek adına kanun koyucu, tehlikeleri önleyici düzenlemeler yapmaya yönelir. Böylece yurttaşın düşman tarafından tehdit altında bulunması, söz konusu düşmanın engellenmesini ve ortadan kaldırılmasını meşru kılmaya yeterli görülmektedir. Öte yandan düşman ceza hukukunda savunma hakkı bağlamında suçsuzluk karinesi ve diğer usuli güvenceler askıya alınmaktadır.⁶⁵⁷

Bu noktada düşman ceza hukuku kavramıyla benzer ve yakın bir anlama sahip olmasına rağmen onunla aynı şeyi ifade etmeyen “mücadele ceza hukuku” kavramından da bahsetmekte yarar vardır. Mücadele ceza hukuku kavramını ortaya koyan Donini, düşman ceza hukuku kavramını hukuken gayrı meşru bir ifade olarak ele alır. Düşman ceza hukuku, şiddete, hukuk dışılığı veya gayrimeşru bir hukuka tekabül eder. Öte yandan mücadele ceza hukuku – ki bugün Avrupa Birliği’nin resmi normatif bir

⁶⁵⁴ **Jakobs**, “*Yurttaş Ceza Hukuku...*”, s. 497, 498.

⁶⁵⁵ **Kabak Yüce**, s. 158.

⁶⁵⁶ **Jakobs**, “*Yurttaş Ceza Hukuku...*”, s. 499.

⁶⁵⁷ Bkz. **Erman**, s. 451, 452; **Özkan**, s. 546.

kavramını ve bir gerçekliğini ifade eder – somut olarak kullanımı sebebiyle düşman ceza hukukuna dönüşebilme ihtimalini barındırsa da belirli şartlar altında olağan ceza hukuku gibi meşru bir alana işaret eder. Bu nedenle düşman ceza hukuku sınırları belirsiz bir kavramdır ve ceza hukuku tartışmalarında dogmatik olmayan eleştirel bir fonksiyona sahiptir.⁶⁵⁸

Suçlulukla mücadele, artık sadece sosyolojik bir olguyu veya adli kolluk faaliyetlerini veya hükümet programının sübjektif amacını, dahası, salt ceza politikasının bir karakteristiğini ifade etmez. Suçlulukla mücadele, geçici dönemlerde yürürlüğe giren bir tür olağanüstü hâl kanunları gibi istisnai bir nitelik de taşımaz. Bu daha ziyade, ceza hukukunun ve onun ceza muhakemesinin de ötesine varan olağan işleyişini bağlayan “normatif bir olgudur”.⁶⁵⁹ Örneğin “Kara Para Aklanmasıyla Ceza Hukuku Aracılığıyla Mücadeleye İlişkin 23 Ekim 2018 Tarih ve 2018/1673 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi”nin temel amacı, terörizmle ve organize suçların finansmanı ve kara para aklamayla mücadele etmek ve bu konuda bir araç olarak ceza hukukunu kullanmaktır. Türk mevzuatı incelendiğinde de suçla mücadelenin 1990’lı yıllardan itibaren mevzuat başlıklarında yer almaya başladığı görülmektedir. Örneğin 1990 yılında yürürlüğe giren “Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu”, 1991 yılında yürürlüğe giren “Terörle Mücadele Kanunu”, 2007 senesinde yürürlüğe giren “Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu” ve “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” bunlara birer örnektir.

⁶⁵⁸ **Massimo Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, in. *Contrasto al terrorismo interno e internazionale* (a cura di **Roberto E. Kostoris – Renzo Orlandi**), G. Giappichelli Ed., Torino 2006, s. 19, 20.

⁶⁵⁹ **Massimo Donini**, “*Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*”, *Studi sulla questione criminale*, Anno II, n. 2, 2007, s. 57, 58.

Bunlar 1980’li yıllardan günümüze kadar gelen “güvenlik gereksinimi ve cezalandırma arzusuyla” yönlendirilmiş suç ve ceza politikasının sonucudur. Mevzuatta gerçekleştirilen reformlar, çevre, ekonomi, bilişim alanlarında ceza müeyyidesine başvurma, sıklıkla soyut tehlike suçlarına başvurarak fiilin ispatını kolaylaştırma ve buna uygun olarak ceza muhakemesini de şekli gerekliliklerden kurtarma yönünde olmuştur. Ön alan kriminalize edildiğinde, suçun ispatı da daha kolay hale gelmekte ve soyut tehlike suçlarında salt davranışın gerçekleştiğinin tespitinin yeterli olması ve meydana gelen zarar veya tehlike ile davranış arasında herhangi bir illiyet bağı aranmaması nedeniyle, bu suçlarla ilgili soruşturma başlatmak için aranan şüphe de daha az bir yoğunlukta olmaktadır. İşte terör, yolsuzluk, kaçakçılık, bilişim alanlarında çıkartılan mevzuatın adında “mücadele” teriminin yer alması bu anlayışın bir sonucudur.⁶⁶⁰

Mücadele teriminin mevzuatın adında ve maddelerinde sıklıkla geçmesi, onu uygulayacak hâkimin maddeye yönelik yorumunu nasıl etkileyecektir? Yorum faaliyetiyle normatif düzenlemenin somutlaştırılması esnasında “mücadelenin” normatif amacı hangi rolü üstlenecektir ve ceza hukukunu başkalarına karşı kullanılacak bir silah olarak düşünenlerin ortaya çıkardığı garanti edicilik dışı (bir başka deyişle ceza hukukunun garanti edici işlevine zarar veren) alanda hangi kural devreye girecektir?⁶⁶¹

Mücadele ceza hukukunun “normal” ceza hukukundan farklı olarak hukuki varlıkları korumaktan başka bir amacı olduğu söylenebilir. Mücadele ceza hukuku, kendi fonksiyonunu, yapısına dahil olan salt bir amaçla veya normların içeriğinin gerekçelerini oluşturan sebeplere yönelik bir uygulama eğilimiyle sınırlandırmaz. Aksine, normun kendisi, kendi dışındaki amaçlar için bir araç fonksiyonu görür. Norm bir kötülüğü tehdit eder ve bu kötülük bir amaca ulaşmakta kullanılan bir silahtır. Bu amaç, tek bir

⁶⁶⁰ **Erdem**, s. 251, 252.

⁶⁶¹ **Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 20, 21.

cezalandırmanın spesifik amacının ötesinde aynı zamanda tehlikeli veya zararlı olguya karşı bir zaferdir. Mücadele hukukunun nihai muhatabı, suç fiillerinin failleri değildir fakat her şeyden önce normu uygulamakla yetkilendirilmiş polis, savcı ve hâkim gibi kamu görevlileridir. Fail, kamu görevlilerinin hukuk silahlarını kullanarak karşı durdukları olguyu ifade eden veya temsil eden bir hasım olmaktadır. Böylece hukuk, kamu görevlileri için var olurken failer karşı eylemin muhatabı olmaktadır. Amaç ise, sadece mücadele etmek değil; bir zafer kazanmaktır ve maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku bu amaca doğrudan dahildir.⁶⁶² Nitekim TMK m. 6/1 hükmünde düzenlenen “Açıklama ve yayınlama” suçunda “...terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef göster[me]...” fiili cezalandırılmaktadır. Öğretide “terörle mücadelede görev almış kamu görevlisi” ibaresinin belirlilik taşımadığı ve bu anlamda kanunilik ilkesi bakımından sorun yaratabilecek nitelikte olduğu vurgulanmaktadır.⁶⁶³ Gerçekten de görevi terörle mücadele etmek değil, tarafsız ve bağımsız yargılama faaliyeti yürütmek olan hakimlerin kimliğini açıklamak ya da onları hedef göstermek şeklindeki fiili bu suç kapsamında değerlendirmek⁶⁶⁴, mücadele hukukuna hakim olan anlayışın bir uzantısı olarak görülebilir.

⁶⁶² **Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 23.

⁶⁶³ Bkz. **Timuçin Köprülü**, “*Terörle Mücadelede Görev Almış Kamu Görevlisinin Hüviyetinin Açıklanması ve Hedef Gösterilmesi Suçu (TMK md. 6/1)*”, Suç ve Ceza, S. 3, Y. 2021, s. 501.

⁶⁶⁴ <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/son-dakika-yargitay-uyelerinden-erdoganin-eski-danismanina-suc-2146678>: “*Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri, AKP’li Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın eski danışmanı İzzet Özgenç hakkında suç duyurusunda bulundu. Özgenç, Yargıtay’ın AYM’nin Can Atalay hakkında verdiği ‘hak ihlali’ kararına uymamasını ve kararı verenler hakkında suç duyurusunda bulunmasını, Erdoğan’a yazdığı bir açık mektupla eleştirmişti.*

Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri, AKP’li Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın eski hukuk danışmanı İzzet Özgenç hakkında “terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerini hedef

Bu aşamada sorulması gereken en önemli sorulardan birisi, bu türde bir mücadele hukukunun kanunun açıklığı ve geçmişe yürümezliği kurallarına sahip bir fiil ceza hukukuyla (yani fail ceza hukukuyla değil), kamusal yetkilerin istismarlarına karşı herkes için (yani sadece yurttaşlar için değil) garanti edici bir fonksiyon sunan, adil yargılanma hakkına saygı gösteren bir muhakemeye nasıl bağdaşacağıdır.⁶⁶⁵

Terörizm, mafya, organize suçluluk ve kurumsal yozlaşma gibi olağandışı olgulara karşı mücadelenin ilk karakteristik özelliği, bu olguların yargılama anında yapısal olarak kalıcı (klasik suçlardan daha geçici olsalar dahi) olgular olmalarıdır. Örgütsel bağın değişmezliği ve sürekliliği, bununla eşit derecede kalıcı bir suç tipinin ihdas edilmesini gerektirir. Bu da suç işlemek için örgüt kurmak suçu olmaktadır.⁶⁶⁶

Suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları, genel itibariyle birden fazla kişinin bir araya gelip birden fazla soyut ve belirsiz suç işlemeyi hedeflemelerini ve bu hedefe ulaşmakta araç olarak kullanılabilecek örgütsel bir yapı geliştirmelerini; bir başka deyişle işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütlenme hallerini cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte bu hazırlık hareketleri, işlenmesi amaçlanan suç tipleri için “olağan olarak geçilmesi gereken” ve belirli suç tiplerine has bir nitelikte değildir. Dolayısıyla suç işlemek amacıyla örgütün salt kurulmuş olması, işlenmesi amaçlanan suçlarla korunan hukuki varlıklar bakımından bir zarara ya da tehlikeye sebep olmaz. Bu anlamda suç işlemek amacıyla örgütlenme suçları amaç suçlar

gösterme” suçundan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulundu.” (SGT. 29.06.2024).

⁶⁶⁵ **Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 23.

⁶⁶⁶ **Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 24.

bakımından cezalandırılabilirlik alanının öne çekildiği suçlar değil; toplumsal düzen, barış ve güvenlik haklarını koruyan bağımsız soyut suç tipleri olarak açıklanmaktadır.⁶⁶⁷

Amaç suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu suçlar için belirlenen cezalar ise, amaç suçun cezasından fazla olabilmektedir. Örneğin TCK m. 220/1 hükmünde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun cezası dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Bu örgütün basit dolandırıcılık suçunu (TCK m. 157) işlemek için bir araya gelmesi durumunda amaç suç için öngörülen ceza (bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası), TCK m. 158/3⁶⁶⁸ hükmündeki nitelikli hale rağmen, araç suçun cezasından daha az olabilmektedir. Bu anlamda kanun koyucunun asıl amacının işlenen suçların cezalandırılmasından ziyade, örgütlerin tanınması ve yakalanması olduğu belirtilmektedir. Öyle ki TCK m. 220/5 hükmünde örgüt yöneticisinin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağı yönünde cezaların şahsiliği ilkesine tamamen aykırı bir düzenleme de yer almaktadır.⁶⁶⁹ Böylece herkes için garantiler sunan kusur temelli cezalandırma öngören bir ceza hukukundan uzaklaşmakta ve tehdit ile tehlikeler

⁶⁶⁷ Sarıtaş, Örgütlenme Suçları, s. 180 – 183.

⁶⁶⁸ TCK m. 158/3: “Bu madde ile 157 nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

⁶⁶⁹ Örgüt yöneticisinin bu organizasyon altında her an bir suç işlenebileceğini öngördüğü; bu nedenle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından en azından olası kastla hareket ettiği; dolayısıyla düzenlemenin cezaların şahsiliği ilkesiyle çelişmediği yönündeki karşı görüş için bkz. Özgenç, Suç Örgütleri, s. 28, 29; Cezaların şahsiliği ve kusur ilkelerine aykırı düşmeyecek şekilde TCK m. 220/5 hükmünün “örgütsel hakimiyete dayalı dolaylı faillik modeli” çerçevesinde uygulanması gerektiği ve bu modelle ilgili kapsamlı açıklamalar için bkz. Murat Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 553 vd.

karşısında geliştirilen güvenlik tedbirleri hukukunu temel alan bir ceza hukuku anlayışına geçilmektedir.⁶⁷⁰

Sadece soruşturma ve kovuşturma esnasında değil, aynı zamanda hükümden sonra ve cezanın infazı esnasında varlığını sürdüren suç örgütüyle ilgili bir inceleme yapıyorsa, ceza hâkimi kendisini iki ateşin arasında hissedecektir. Bir yanda garanti ediciliğin uzanımları, öte yandan da polis fonksiyonunu da kendisine katmış ceza aracının bir hedefi olarak suçlulukla mücadele fikri çatışacaktır. Devamlılığı ve olağandışılığı bulunan olgulara karşı mücadele eden tipik suç tipleri örgütlenme suçları ve hazırlık hareketlerinin, kalkışmanın, belirli bir amaçla gerçekleştirilen davranışların cezalandırıldığı önalın suçları olmaktadır. Bu suç tiplerinin amacı, hukuki varlıkları korumak değil, fail tiplerini tespit etmek yahut onları suçlu etiketlerine veya durumlarına uygun belirli bir hukuki uygulamaya tabi tutmak üzere ayırtırmaktır. Failleri tespit etmek, yakalamak ve nötralize etmek, hukuki varlıkları korumak adına doğrudan faydalı veya gerekli olarak algılanır; ancak bu amaç, birincil korumanın ikinci derece bir gerekliliğini ifade eder.⁶⁷¹

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, herhangi bir amaç suçun işlendiğinin ispatının varlığından önce, mücadele aracı olarak kullanılabilir soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin müdahale araçlarının öngörülmesini sağlamaktadır. Bu suç, bilinen fail üzerinden bilinmeyen suçlara ulaşmaya yarayan, bu anlamda muhakemeye de hizmet eden bir suçtur ve her halükârda faili ceza ile kontrol altında tutmaya hizmet eder. Ceza muhakemesi, eğer gerekiyorsa, olası düşmanlara karşı mücadele için bu amaca has bir araç seçimi gerçekleştirir ve esasında bu amaç bakımından maddi ceza hukukundan daha ayrıcalıklı bir yeri temsil eder. Bu anlamda suç tipinin bizzat kendisi faili ele geçirmek

⁶⁷⁰ Özkan, s. 549, 550.

⁶⁷¹ Donini, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 25, 26.

için yapılandırıldığında, muhakemenin işlevi otomatik olarak “mücadele” dönüşmektedir.⁶⁷²

Belirtmek gerekir ki herkes için garantiler sunan hukuk kültürü, istisnalara yabancı olmamakla birlikte, hukuka aykırılığa ve dolayısıyla ilkelerin ihlaline yabancıdır. Bunların arasında anahtar işlevi gören bir ilke bulunmaktadır: hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı. Mücadele hukuku ise, özellikle normları tipikliğin dışında kalan olgularla mücadele etmek için tanımlarının ötesinde kullanmaya çalıştığında, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin altını oyar ve hukuk kültürüne zarar verir. Gerçekten de mücadele eden hâkim, iddia ile savunma diyalektiği arasındaki tarafsız pozisyonunu yitirmiştir.⁶⁷³ Bununla bağlantılı olarak hâkimin kanunda, madde kenar başlıklarında, kanunun amacını açıklayan madde ve metinlerde geçen “mücadele” terimlerinden etkilenecek, bu amaca uygun hareket etme eğiliminde olması ve suçluluk konusunda şüphesi olduğunda “mücadele” amacına hizmet etmek adına mahkûmiyet kararı vermesi, ispat için daha düşük şartlar araması muhtemeldir. Bu anlamda mücadele ceza hukukunun her an düşman ceza hukukuna dönüşebilme ihtimali vardır. Bu sınırı geçmemek, ancak adil yargılanma hakkını ve bu hakkın uzantılarını ihlal etmeyecek, hukuk devleti, suç ve cezaların kanuniliği ve şahsiliği ile kusur ve ihlal ilkelerine uygun düzenlemeler yapmakla mümkündür.

Görüldüğü üzere, önleyici ceza hukukunun meşruiyeti devletin bireyleri koruma ödevine dayandırılmak istense de bunun cezalandırmanın öngörülemez ve keyfi olduğu otoriter rejimin doğmasına vesile olması kaçınılmazdır. Ceza hukuku aracılığıyla riskleri

⁶⁷² **Donini**, “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, s. 26, 27.

⁶⁷³ **Donini**, “*Diritto penale di lotta*”, s. 78, 79.

elimine etmek suretiyle güvenli bir toplum yaratma hedefi liberal demokratik düzene ciddi bir şekilde zarar verecek niteliktedir.⁶⁷⁴

Bugün risk, önleyici, tehlikelilik, düşman gibi çeşitli sıfatları önüne alan bu yeni ceza hukukunun özgürlükleri tehlikeye atacak şekilde genişleme potansiyeli, onun sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Söz konusu ceza hukukunun birer aracı olarak ihdas edilen suçlar, salt önleyici veya tazmin edici olmadığı; aynı zamanda kınama yargısını ihtiva ettiği ve genel ile özel önleme amaçlarını barındırdığı için hiç şüphesiz ceza hukukunun bir parçasıdır. Yeni nesil ceza hukukunun bu özelliği, anayasa hukukunun veya ceza hukukunun dogmatik ilkelerinin onu etkili bir şekilde sınırlandırıp sınırlandıramayacağı sorusunu gündeme getirir. Bu mesele, özellikle kanun koyucunun salt düşüncüyü veya suç işleme amacıyla gerçekleştirilen günlük davranışları cezalandırmaya karar vermesi halinde önem kazanır.⁶⁷⁵

Güvenliği sağlamak amacıyla getirilen özgürlük kısıtlamasının meşruluğunu inceleyen mahkemelerin üç temel nokta temelinde meseleye yaklaşmaları gerektiği belirtilmiştir. Buna göre birinci ve en önemli husus, temel haklara yönelik kısıtlamalara kanunun açıkça izin vermesi gerektiğidir.⁶⁷⁶ Bir başka deyişle doğrudan yürütme organı

⁶⁷⁴ **Önok**, “*Is the criminalization of mere danger*”, s. 59.

⁶⁷⁵ **Sieber**, “*The paradigm shift*”, s. 19, 20.

⁶⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 13. maddesinde de bu husus belirtilmiştir. Anayasa’nın 13. Maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kanunla olmalı, bu maddede belirtilen sebeplerle bağlı olmalı, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olmalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalı, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamalı, laik Cumhuriyet’in gereklerine aykırı olmamalı ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Bir sınırlamanın ölçülü olabilmesi içinse, sınırlama için başvurulacak aracın (örneğin ceza) sınırlama amacını (örneğin güvenliğin sağlanması, riskin azaltılması vs.) gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir; bu aracın sınırlamanın amacı bakımından zorunlu olması gerekmektedir ve araç ile amaç arasında bir ölçüsüzlük bulunmamalıdır. Bu konuda ayrıca bkz. **Kemal Gözler**, Anayasa

tarafından getirilen kısıtlamalara izin verilmemelidir. İkinci noktada mahkemeler korkuya karşılık olarak üretilen gayrimeşru kısıtlamalardan korunmak için genele yayılmayıp belirli gruplar üzerinde bir yük yaratan kısıtlamalara karşı daha şüpheli olmalıdır. Son olarak anayasal ilkelerin ad hoc dengeleme yerine kurallar ve varsayımlar üreten ikinci derece ilkeleri yansıtmaları gerekmektedir. Bunun sebebi, mahkemelerin anın baskısıyla ad hoc dengelemenin – öyle olmasa bile – hükümetin lehine olduğunu düşünmeleridir.⁶⁷⁷

Bu aşamada unutulmaması gereken husus, ceza hukukunun sadece cezalandırıcı, bastırıcı ve önleyici fonksiyonlara değil; aynı zamanda özgürlükleri garanti edici bir fonksiyona da sahip olduğudur. Nitekim öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi ceza adaleti, risk yönetimiyle ilgilidir. Bunun anlamı, zorlayıcı risklerin tamamen ortadan kaldırılamayacağı; ancak makul seviyelerde tutulabilecekleri ve öngörülebilecekleri seviyelere düşürülebilecekleridir. Bu da risklerin dengelenmesini gerektirir; yani toplumun mağdur olma riski gerçek veya potansiyel faillerin haksız bir şekilde özgürlüklerinin kısıtlanması veya diğer haklarından mahrum bırakılması riskine karşı dengelenmelidir.⁶⁷⁸

Dengeleme faaliyeti gerçekleştirilirken, temel hak ve özgürlüklerin bir çekirdek alanı olduğu ve bunlara dokunulmaması gerektiği unutulmamalıdır. Bu anlamda örneğin hangi risk söz konusu olursa olsun, ondan korunmak veya kaçınmak adına işkence ve kötü muameleye izin verilmemelidir.⁶⁷⁹ Diğer temel haklar bakımından da benzer bir yaklaşımın olup olmadığı incelenebilir. İfade özgürlüğüyle ilgili olarak Amerika'da

Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, B. 17, Ekin Yay., Bursa 2011, s. 220 – 225.

⁶⁷⁷ Sunstein, s. 211.

⁶⁷⁸ Hudson, s. 46.

⁶⁷⁹ Bkz. Sunstein, s. 217.

verilmiş iki karar üzerinden konu incelenebilir. Soğuk Savaş döneminde Amerikan hükümeti, komünizmin etkisini artırabileceğini düşündüğü söylemleri düzenleme girişiminde bulunmuştur. 1946 yılında kabul edilen Smith Act, herhangi bir kişinin Birleşik Devletler'deki herhangi bir hükümeti güç veya şiddet kullanarak veya bu hükümetin herhangi bir memuruna suikast düzenleyerek devirmenin veya ortadan kaldırmanın görevini, gerekliliğini, arzu edilirliliğini veya uygunluğunu bilerek veya isteyerek savunmasını, övmesini, tavsiye etmesini veya öğretmesini suç haline getirmiştir. Dennis v. Birleşik Devletler davasında hükümet kendi deyimiyle Birleşik Devleti güç kullanarak ortadan kaldırmayı savunan ve öğreten bir organizasyon olan Birleşik Devletler Komünist Partisi'ni organize edenleri yargılamıştır. Mahkemeye göre Smith Act'in anayasaya uygunluğu bahse konu ifadelerin açık ve mevcut bir tehlike (Ing. *"Clear and present danger"*) yaratıp yaratmamasına bağlıdır. Mahkemeye göre, açık ve mevcut tehlike testi, tehlikenin mutlaka gerçek bir şekilde açık ve yakın olmasını gerektirmez. Mahkeme, hükümetin harekete geçmeden önce planların yapıldığı, işaretin beklendiği, darbenin yapılmak üzere olduğu ana kadar beklenmesi gerektiğini reddetmiştir. Eğer bir grup, üyelerine belirli davranışları gerçekleştirmeyi aşılama çalışıyorsa, hükümetin harekete geçmesi gerekmektedir.⁶⁸⁰

Dennis v. Birleşik Devletler davasındaki mahkemenin yaklaşımıyla ihtiyat ilkesi ve George Bush'un önleyici savaş doktrini arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bush doktrinine göre ulusal güvenliğe yönelik bir tehlike olduğunda, risk yakın olana kadar beklemek çok geç olabilir; ihtiyat ilkesine başvuranlar için de durum böyledir.⁶⁸¹

Öte yandan Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesi, açık ve mevcut tehlikenin hem ihtimal dahilinde hem de mevcut tehlikeyi gerektirdiğini belirtmektedir

⁶⁸⁰ Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951), karar için bkz. **Sunstein**, s. 218, 219.

⁶⁸¹ **Sunstein**, s. 219.

ve böylece ihtiyati düşüncüyü reddetmektedir. Buna göre, ifade özgürlüğünün yasaklanmasında korkulan riskin gerçekleşme ihtimali %70 olsa dahi risk yakın olmadığı sürece, ifade özgürlüğüne karşı bir düzenleme kabul edilemez. Dolayısıyla, hükümet zararın hem gerçekleşme ihtimalinin olduğu hem de gerçekleşmek üzere olduğu ana kadar beklemelidir. Bu düşünce, bir ulusun tehdidin yakın olduğu ana kadar savaşa girmemesi gerektiğini düşünen ve böylece ‘önleyici savaş doktrinine’ karşı çıkanlar tarafından da vurgulanmaktadır.⁶⁸²

Bu dengeleme yaklaşımları incelendiğinde Dennis v. United States davasındaki yaklaşım, sonuç odaklı temelde daha yerinde görünmektedir. Eğer bir riskin gerçekleşme ihtimali %10’sa fakat gerçekleştiğinde bundan yüzbinlerce kişi etkilenecekse, hükümet önlem almak için çok geç olana kadar beklememelidir. Çevre söz konusu olduğunda bu dengeleme yöntemi hem ihtimal hem yakınlık arayan bir kurala tercih edilir. Küresel ısınmaya karşı ya da benzer bir şekilde gerçekleştiği durumlarda çok kişinin ölümüne ya da yaralanmasına sebep olan terör eylemlerine karşı risk çok yakın olana kadar beklenilmemesi gerekir. Öte yandan Dennis yaklaşımının ifade özgürlüğüne karşı orantısız bir yaklaşımı olduğu ifade edilmelidir. Nitekim ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda birbirinden bağımsız etmenler vardır. Bir ifadenin kamuoyu tarafından onaylanmaması, onu sansürlemenin gerçek sebebi, zararlı olmasından ziyade düşüncenin altında yatan fikirlere katılmamak olsa dahi, ifadenin zararlı olduğu şeklinde bir yargıya varılmasına sebep olabilir. Bununla birlikte eğer zarar yakın değilse, sansürlemek yerine ifade üzerine tartışmak daha uygun bir çözüm olabilir. Tartışmak için zaman olduğu sürece, zarar riski yaratıyor gibi görünen ifadelere verilebilecek en iyi karşılık onun üzerine daha fazla konuşmaktır.⁶⁸³ Zira demokratik sistemlerde düşüncüyü açıklama

⁶⁸² Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969), karar için bkz. **Sunstein**, s. 219, 220.

⁶⁸³ **Sunstein**, s. 221.

özgürlüğü, sistemin özünde var olan ve bir siyasal yapının demokratik niteliğe sahip olup olmadığının ölçütünü oluşturmaktadır. Öte yandan bu özgürlük de sınırsız değildir; salt kötüleyici, aşağılayıcı, hakaretamiz sözler ile bilimsel değeri olmayan, sanatsal bir yönü bulunmayan beyan, açıklama ve ürünlerin düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶⁸⁴ Ayrıca, anayasal hukuk düzenini, hukuka aykırı yöntemlerle yıkmaya ya da değiştirmeye tahrik veya teşvik eden eylemlerle genel olarak tahrik ve teşvik eylemlerinin de bu özgürlükten yararlanamayacaklarını kabul etmek gerekir. Ancak bu eylemleri suç haline getiren düzenlemelerin somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerekir.⁶⁸⁵ Zira soyut tehlike suçlarının meydana gelmesinde uygulamada davranışın hukuki varlığı ihlal etmeye elverişliliği denetimi yapılmamaktadır. Korunan

⁶⁸⁴ Notaro'ya göre, günümüzde internet aracılığıyla gerçekleştirilen düşünce açıklamaları çok hızlı sürede pek çok kişiye ulaşmaktadır. Bir kişi, içeriği okuyan diğer insanların düşüncelerini etkileyebilecek saldırgan bir konuşmayı internette paylaştığında, bu mesajın hızlıca yayılmasına vesile olan internet araçlarının iletişimsel gücü, bu tür söylemleri yasaklayan ceza normlarının önemini ortaya koymaktadır. İnternet ortamında gerçekleştirilen düşünce açıklamalarının yargısal denetiminde ifadenin kendi bağlamıyla birlikte söz konusu açıklamanın aldığı reaksiyon da bir ispat kriteri olarak kullanılabilir. Bu ispat kriteri internet teknolojisinin kişileri birbirine bağlamaya yönelik geniş kapasitesinden kaynaklanan bir fırsattır. Ancak düşüncenin “tehlikeli” olma niteliği yine de bütün bir bağlama dayandırılmalıdır. Bunun anlamı, düşünce açıklaması internete yüklendikten sonra onu hangi sonuç takip ederse etsin, suçun meydana gelmiş olabileceğidir. Ancak tam tersine bir post veya düşünce açıklaması çok fazla etkileşim alsa dahi (beğenme, yorum yapma, paylaşma vb.) ifadenin kendine has özellikleri sebebiyle tehlikesiz olduğu söylenebilecek midir? Buna verilen cevap olumsuz olmalıdır; ancak bu soru internet teknolojisinin bu tür suçların ana hatlarını saptıracak potansiyel şartlandırma kapasitesinin altını çizmektedir; özellikle de düşünce açıklamasının diğer insanların iradesi üzerindeki etkililiği tartışmalı görüldüğü zamanlarda. Bu konuda bkz. **Notaro**, s. 32, 33.

⁶⁸⁵ Tahrik suçlarının somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiğiyle ilgili olarak ayrıca bkz. **Soyaslan, G.**, s. 369 vd.

hukuki varlığı ihlale elverişsiz bir düşünce açıklamasının cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edeceğine şüphe yoktur.⁶⁸⁶

Belirtmek gerekir ki dengeleme faaliyeti elbette suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi, suçta ve cezada orantılılık ilkesi, ihlal edicilik ilkesi gibi ceza hukukunun garanti edici fonksiyonunun da teminatı olan ilkelere saygı duyularak gerçekleştirilebilir. Nitekim kanun koyucunun ihtiyatlı olmak adına salt düşünceyi veya suç işlemek amacıyla gerçekleştirilen günlük davranışları yasaklaması halinde bunların anayasa tarafından korunan kusur ilkesine aykırılık teşkil edeceği ortadadır. Elbette kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı tarafından doğrudan korunan bir ilke değildir. Ancak öğretideki çoğunluk görüş ve içtihatlar söz konusu ilkenin varlığının Anayasa’da yer alan insan onurunun korunması, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti ilkelerinden çıkartılabileceğini belirtmektedir.⁶⁸⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre de ceza, suç davranışının ağırlığı ve failin kusurunun derecesi ile orantılı olmalıdır. Bu anlamda kusurluluk, hem hapis cezasının meşrulaştırıcı sebeplerinden birisidir hem de cezanın verilmesi ile uygulanmasının dış sınırını teşkil eder. Cezalandırmanın temeli, failin “kınanabilir haksızlık”tan⁶⁸⁸ suçlu bulunmasında yatmaktadır. Bu anlamda bir davranış için kusurluluk hem objektif haksızlığın hem de kişisel kusurun bir kombinasyonu olarak türetilmelidir. Bu sebeple hazırlık hareketlerini cezalandıran normların sadece failin sübjektif kastına dayanmadığı aynı zamanda suçun belirleyici objektif unsurlarının da var

⁶⁸⁶ Bkz. **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 16 – 22.

⁶⁸⁷ **Uğur Ersoy**, “*Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği*”, TBBĐ., S. 109, Y. 2013, s. 204, 205.

⁶⁸⁸ Bu konuda ayrıca bkz. §1/I.

olmasıyla meşrulaştırılabileceği söylenmelidir.⁶⁸⁹ Aksi takdirde, fail kusurlu ve dolayısıyla kınanabilir bir fiil gerçekleştirmeden cezalandırma yoluna gitmek, polis hukukuyla ceza hukuku arasındaki sınırı belirsizleştirecektir.⁶⁹⁰

Benzer şekilde diğer sırf hareket suçlarına, soyut tehlike suçlarına ve önleyici ceza hukukunun diğer görünümüne karşı da bir sınır geliştirmek mümkündür. Kamu barışı gibi toplumsal hukuki varlıkları korumayı hedefleyen kurallar için sınır, meşru amaç ve korumada orantılılık şeklindeki anayasal gerekliliklere yahut daha az bağlayıcı olmakla birlikte daha spesifik olan ihlal edicilik ilkesine dayandırılabilir.⁶⁹¹ Bu anlamda Husak da kanun koyucunun bir ceza normu ihdas etme yetkisini sınırlandıran dört unsurdan bahsetmektedir. Yazara göre, bu sınırlandırmalar ceza hukukuna içkindir ve kanun koyucuya önem arz eden bir zarar veya kötülüğü yasaklama ödevi yükler.⁶⁹² Bu önem arz eden bir zarar veya kötülüğün yasaklanması elbette korunan hukuki varlığın belirsiz olmamasıyla mümkündür. Bir hukuki varlığın ceza hukuku korumasından faydalanabilmesi için bu varlığın hukuka uygunluğunun somut ve açık bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Belirsiz hukuki varlıklarla ilişkilendirilmiş biçimsel kanunilik anlayışı totaliter rejimlerin doğmasına vesile olmaktadır.⁶⁹³ Öte yandan cezanın yaratmış olduğu zorluk ve damgalamaya sadece davranış haksızsa başvurulabilir. Cezanın hak edilmiş olması gerekir ve suçu ispat yükü iddia eden tarafta olmalıdır. Bu ilkelere uyularak anayasaya ve ceza hukuku ilkelerine uygun normlar ihdas edilebilir ve aşırı

⁶⁸⁹ Sieber, “*The paradigm shift*”, s. 20; Ayrıca bkz. §2/V/1.

⁶⁹⁰ Bkz. Bozbayındır, s. 48.

⁶⁹¹ Sieber, “*The paradigm shift*”, s. 20.

⁶⁹² Ayrıca bkz. Alacakaptan, “*Öteki Ceza Hukuku*”, s. 380: Yazara göre, ciddi bir şekilde kınanmaya değer görülmeyen fiiller yasaklanmamalı, cezalandırmanın faydası zararından çok olmalı ve ölçülülük, orantılılık, mağdurun zararı gibi unsurlarla desteklenebilecek insaniyet ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir.

⁶⁹³ Keçelioğlu, “*Risk Toplumunda*”, s. 632.

sayıda suç ihdası eğiliminin önüne geçilebilir.⁶⁹⁴ Ceza hukuku garanti edici fonksiyona ve insan haklarını koruma işlevine sahip olduğu için kanun koyucunun her türlü davranışı yasaklamak konusunda sınırsız bir takdir yetkisi yoktur; bu anlamda, anayasada öngörülen bir hakla karşılıklı ilişki içerisinde bulunmayan hiçbir davranışı yasaklayamaz. Bununla bağlantılı olarak, keyfiliğe yol açacak geniş suç tiplerine, korunan hukuki varlığın belirsiz olduğu tiplere, objektif sorumluluğa başvurulmaması gerekir. Kanun koyucular mümkün olduğunca zarar neticesinin aranmadığı sırf hareket suçlarından uzak durmalı, teşebbüs ve suç ortaklığı alanlarını bireysel özgürlüklerin aleyhine tipik olmayan ve belirsiz düzenlemelere tabi tutma eğiliminden vazgeçmelidir.⁶⁹⁵

2. İHTİYAT İLKESİ VE CEZA HUKUKUNDAKİ YANSIMASI

İhtiyat ilkesi, çevre hukukunun gelişim süreci içerisinde sahip olduğu ilkelerden birisidir ve bu ilke, bilimsel belirsizlik olgusunun kabul edildiği hallerde, çevrenin korunması bakımından gerekli önlemlerin alınmasının zaruri olduğunu kabul eder. Bir başka deyişle önleyici tedbirler, sadece bilimin gerekli olguları sunabildiği durumlarda değil, sunamadığı durumlarda da alınacaktır. Böylece bilimsel belirsizlik olgusu çevreyi korumak adına bir girişimde bulunulmamasının gerekçesini oluşturamayacaktır.⁶⁹⁶ Bu anlamda ihtiyat ilkesi karar mercilerinin, zarar riskine dair bilimsel bilgilerin belirlenemediği, riskin tam olarak ölçülemediği, ancak öngörüldüğü hallerde harekete geçmelerini ve olası zararları önlemeye yönelik önlemler almalarını ifade eden bir ilkedir. Bu ilkeyle bir faaliyet yahut yeni bir teknolojinin çevreye veya insan sağlığına zarar

⁶⁹⁴ **Husak**, s. 55 vd., s. 120; Önleyici ceza hukukunu sınırlandıran ilkelerle ilgili olarak ayrıca bkz. **Bozbayındır**, s. 54, 55.

⁶⁹⁵ **Alacakaptan**, “*Öteki Ceza Hukuku*”, s. 370; **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 10, 11.

⁶⁹⁶ **Turgut**, s. 69 – 76.

verme ihtimali bulunduğunda, bu olgular ile olası zarar arasında bir illiyet bağı kurulamamış olsa dahi önleyici tedbirler alınabilmektedir.⁶⁹⁷

İhtiyat ilkesi, dünya genelinde bir önem kazanmakta, çevre, sağlık ve risklerle ilgili nasıl hareket edilmesi gerektiğiyle ilgili pek çok uluslararası tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Hatta bu ilke terörle mücadele, “önleyici savaş” ve özgürlük ile güvenlik dengesiyle ilgili tartışmalara da dahil olmuştur. 2003 senesinde ABD ile Irak arasındaki savaşta dönemin ABD başkanı George W. Bush, belirsizlik karşısında harekete geçmenin meşrulaştırılabileceğini iddia ederek bir tür ihtiyat prensibine başvurmuştur. Bush’a göre bir tehdit ortaya çıktığında söz konusu tehdit yakın hale gelmeden müdahale etmek önem arz etmektedir. Zira tehdit yakın hale geldiğinde her şey için çok geç olabilir. Bu düşünce şekli, küresel ısınma, genetiği değiştirilmiş gıdalar ve tarım ilaçlarıyla ilgili endişeler taşıyan çevreci düşünce tarzıyla aynıdır. Bu problemler için, şüphe halinde hareketsiz kalmaktansa, regülasyon faaliyeti yapılmasının daha uygun bir yol olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

Gerçekten de ihtiyat ilkesinin temelini oluşturan mantık, ceza hukukunu ve daha özelinde önleyici ceza hukukunu da etkilemiştir. Nitekim, önleyici ceza hukukunun temel araçları arasında hazırlık hareketlerini cezalandıran suçlar, “masum” objelere sahip olmayı cezalandıran suçlar ve soyut tehlike suçları yer almaktadır. Bunlar aracılığıyla ceza sorumluluğu öne çekilir ve salt bir şeye sahip olmak veya belirli bir yerde bulunmak gibi günlük davranışlar cezalandırılabilir hale gelir. Böylece davranışlar, önlenmesi

⁶⁹⁷ **Abdurrahman Saygılı**, Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi, İmaj Yay., Ankara 2007, s. 228, 229.

⁶⁹⁸ **Sunstein**, s. 3, 4; İhtiyat ilkesine başvuru alanlar için ayrıca bkz. **Emanuele Corni**, Il principio di precauzione nel diritto penale studio sui limiti all’anticipazione della tutela penale, G. Giappichelli Ed., Torino 2013, s. 17 vd; Ceza hukuku boyutuyla ihtiyat ilkesinin tartışma konusu edildiği bir diğer alanın güvenlik olduğu hususunda ayrıca bkz. **Taşkın**, s. 82, 83.

hedeflenen suçun teşebbüs alanına dahi girmeden cezalandırılır. Herhangi bir gerçek tehlikenin ispatını gerektirmeyen soyut tehlike suçları da genel veya soyut tehlikelilik sebebiyle yahut kümülatif zararı önlemek için cezalandırılır.⁶⁹⁹

Her ne kadar bu tür önleyici suçlar ilk önce çevre ceza hukuku ve ekonomi ceza hukuku alanlarında kullanılsa da yakın zamanda terörizm olgusunu hedef almak üzere tasarlanmış önleyici suçların yenilikçi formlarına kanunlarda rastlanmaktadır. Yeni nesil “öncü” terör suçları, terörizme ilişkin herhangi bir davranışı çok önceden cezalandırmaktadır. Bu nedenle yeni terörle mücadele kanunları hazırlık hareketlerini ve belirli bir mala sahipliği cezalandıran pek çok suçu içermektedir.⁷⁰⁰ Bu yeni nesil suçların, anayasal ilkeler ve ceza hukuku dogmatığı karşısında meşruiyetlerinin olup olmadığı, ihtiyat ilkesinin ceza hukukunda bir alanın olup olmadığı sorusuyla bağlantılıdır.

İhtiyat ilkesinin ceza hukuku alanındaki yerine ilişkin öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş ihtiyat ilkesinin ceza hukuku alanında hiçbir yeri olmadığını savunurken, bir diğer görüş ise, en azından ilkenin ceza hukuku alanına kabulü koşullarını incelemek istemektedir. Ayrıca bu iki yaklaşımın arasında konumlanan üçüncü bir görüş de bulunmaktadır.⁷⁰¹

Bilindiği üzere tehlike suçları, zarar suçlarına nazaran; soyut tehlike suçları da somut tehlike suçlarına nazaran daha öne çekilmiş bir hukuki koruma alanı sağlar. Bu anlamda özellikle soyut tehlike suçlarına önemli hukuki varlıkların korunmasında, geniş çaplı zararların tehlikeleri söz konusu olduğunda ve bilimsel yasaların ampirik kullanımı zor olduğunda başvurulmaktadır.⁷⁰² Bu anlamda ihtiyat ilkesi gereği koruma fazlasıyla

⁶⁹⁹ Bozbayındır, s. 38.

⁷⁰⁰ Bozbayındır, s. 38.

⁷⁰¹ Corn, s. 52.

⁷⁰² Palazzo, s. 70.

öne çekilebilir. Bu ilke aracılığıyla korumanın öne çekilmesi, tehlike suçlarıyla sağlanandan farklıdır. Tehlike suçlarında yasa koyucu tehlikeli nedensel süreçlere yön veren bilimsel yasalara ilişkin bilgiyi hesaba katarak bir koruma öngörür. Dolayısıyla belirli bir fiili durumdan (kanun koyucu tarafından suç tipinde tanımlanan) hareket ederek, tehlikeliliğe ilişkin nispeten kesin bir yargıyı formüle etmek mümkündür. Öte yandan ihtiyat ilkesi iki durumda gündeme gelir: a) belirli bir aktivitenin (örneğin organizmaların genetiğini değiştirmek) veya şeyin gerçek tehlikeliliği üzerinde bilimsel belirsizlik durumu devam ediyorsa; b) geri dönüşü mümkün olmayan ve çok yıkıcı bir zarar ihtimali olduğunda (nüfusun büyük bir kısmında ne olduğu bilinmeyen bir hastalığın çıkması gibi). Dolayısıyla risk, ihtimalin yoğunluğu bakımından değil, kaygı verici neticenin ciddiyeti bakımından olağanüstü bir öneme sahiptir.⁷⁰³

İhtiyat ilkesinin ceza hukuku alanına kabul edilebileceğini belirten görüşe göre, belirsizlik olgusu sadece pozitif bilimlerin değil, aynı zamanda hukuk düzeninin de yüzleşmesi gereken bir olgudur. Buna göre, bilimsel olarak henüz kanıtlanmamış, ancak mantıksız da olmayan bilimsel belirsizlik hallerinde, belirli bir davranış veya durumun tehlikeliliği hipotezine karşı ihtiyat ilkesi gereği ceza hukuku müdahalesi meşru olabilir. Fakat ihtiyat ilkesi gereğince oluşturulan ceza normları, ancak soyut tehlike suçları olabilir. İhtiyat ilkesi, hukuki varlıkların korunması gerekliliği ilkesini ihlal etmeksizin ihdas edilebilecek ceza normlarının son sınırını oluşturur. Hukuki varlıkların korunması gerekliliği ilkesinden ayrılmamak için, her ne kadar “belirsiz” de olsa (yasaklamanın gerekçesini oluşturan) mevcut bilgi önemli menfaatler için ciddi bir tehlike ortaya çıkabileceğini ortaya koyabilecek nitelikte olmalıdır.⁷⁰⁴ Bu yöndeki bir görüşe göre, belirli bir davranışın tehlikeliliğinin tespit edilmesi aşamasında, değerlendirmenin

⁷⁰³ Palazzo, s. 70.

⁷⁰⁴ Pulitano, s. 201, 202; Corn, s. 53.

şartları, ihtimaller arası karşılaştırma ve tercihler noktasındaki bilimsel belirsizliğin varlığı durumunda son çare ilkesi uyarınca ceza hukukuna sadece çok ciddi risklere bağlı muhtemel zararlar söz konusu olduğunda başvurulmalıdır. Aksi halde idari yaptırımlar yeterli görülmelidir.⁷⁰⁵

Benzer yönde görüş bildiren Casabona da düşüncelerini günümüzdeki sıfır risk ve mutlak güvenlik ütopyasının baskınlığı üzerinden açıklamaktadır. Buna göre, bir yanda geleneksel anlamda önleyici bir ceza hukuku vardır (bununla hukuki varlıkların zarara uğramasının önlenmesi anlamındaki ceza hukukunun geleneksel işleyişi kastedilmektedir) öte yanda ise ihtiyati ceza hukuku vardır. Bunlardan birincisi öngörme – öngörülebilirlik düşüncelerine, yani genel nedensellik yasalarının sistemi olarak bilimsel kesinliğe dayanır ve temel görevi riskleri ve onların ihtimallerini azaltmaktır. İkincisiyse belirsizlik (ilk etapta bilimsel bilgilerin daha sonra risklerin belirsizliği) kavramına, gelecekteki zararların hesaplanamazlığına ve istatistiksel ve olasılıksal hesaplamalarla desteklenen bir varsayımın söz konusu olduğu muhtemel nedensellik bağlarına dayanır.⁷⁰⁶

İhtiyat ilkesinin bir gerekliliği, belirli bir durumla ilgili olarak bir aktivitenin başlatılması veya devam ettirilmesinin yasaklanması da dahil olmak üzere, maksimum düzeyde ihtiyatlılığı göstermek olabilir. Bununla birlikte, söz konusu ilkenin gereklilikleri yerine getirilmediğinde en uygun cezai veya cezai olmayan müeyyidenin ne olacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu aşamada Casabona'ya göre belirli bir neticenin isnat edilmesini gerektirmeyen soyut ve soyut–somut tehlike suçları ihdas edilebilir. Bu durumda söz konusu ilke, öngörülebilirlik kriterinin sınırında, ancak ihtiyat prensibinin kendisinin dayattığı davranış gerekliliklerine dayanan, daha üstün olmasa da

⁷⁰⁵ Taşkın, s. 82.

⁷⁰⁶ Bkz. Corn, s. 54.

vazgeçilmez nitelikte olan hukuki kesinliğin ön koşullarına sahip, tehlikeli bir davranış modelinin yaratılmasına yardımcı olabilir. Her halükârda kanunilik ilkesi, ihtiyat ilkesinin uygulanmasında bir fren görevi görecektir; ancak ihtiyat ilkesi ceza normunun, davranışın ön koşullarını belirleyen ceza kanunu dışında yer alan bir norma veya ön alandaki idari müdahaleyi yapılandıran bir norma atıf yapması sayesinde suç tipinde kendisine bir yer buluyorsa bu durumda kanunilik ilkesi fren mekanizması göremeyecektir.⁷⁰⁷

Piergallini'ye göre de belirsizlik halindeki kararların baskın olduğu bir alanda hareket edildiğinde, örneğin üreticilerden sadece ilerlemenin (ürünün sosyal faydasının bir alt türü) değil; aynı zamanda güvenliğin de garanti edilmesinin istendiği bir ceza politikasının, ceza normuyla nasıl formüle edileceği hassas bir konudur. Yazara göre bu alanda, bilimsel determinizmin içinde bulunduğu çıkmaz sebebiyle zarar suçlarına veya tehlike suçlarına başvurmak faydasızdır. Bu durumlarda, modern risk suçlarının sınırlarını çizmek gerekir. Bu risk suçları, zarar veya genel tehlike suçlarının yerini almayı değil; onlarla birlikte var olmayı hedefler ve nedensel döngünün epistemolojik olarak çözümlenemezliği kesin veya yüksek ihtimal dahilindeki bir zarar veya tehlike neticesinin faile isnat edilmesi imkanını ortadan kaldırdığı zamanlarda devreye girerler.⁷⁰⁸

Piergallini risk suçu adını verdiği bu suç tiplerine, üç hedefle belirlenen koruyucu bir işlev yüklemektedir. Birincisi, riskin zamanında farkına varılmasıdır. Bu, risk zemininin objektif bir şekilde tipikleştirilebilmesine hizmet eder. İkincisi riski kontrol etme olasılığında kendisini gösterebilir ki bu da risk dinamikleri üzerinde yeterli ve etkili

⁷⁰⁷ Bkz. **Corn**, s. 55, 56.

⁷⁰⁸ **Carlo Piergallini**, *Danno da prodotto e responsabilità penale profili dommatici e politico criminali*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2004, s. 535; Ayrıca bkz. **Corn**, s. 57.

organizasyonel kontrol mekanizmalarının kurulmasını gerektirir. Üçüncüsü ise, riskin sınırlandırılması ve kaynağının engellenmesi şeklinde kendisini gösterir. Nitekim riski önlemenin ve kökünü kurutmanın temel önlemi olarak ürünün pazardan çekilmesi yükümlülüğü, bunun bir örneğidir. İşte bu tür suç tipleri, ihtiyat ilkesi üzerine inşa edilmiştir.⁷⁰⁹

Öte yandan Donini'ye göre, ex ante düzeyde ihtiyat ilkesi, belirli bir şeyin, maddenin veya durumun gerçek anlamda tehlikeliliğine ilişkin makul bir bilimsel bilgi var olana kadar ceza hukuku dışında kalması gereken bir koruma alanını gerektirmektedir. Yazara göre, ihtiyat ilkesinin gerektirdiği koruma, soyut tehlike suçuyla sağlanandan farklıdır. Ceza hukuku bağlamında soyut tehlike suçların meşruiyetini belirli şeylerin veya durumların standart tehlikeliliklerinin (somut olmaları zorunlu olmasa dahi) ispatının makullüğü üzerinden ve kesin bilimsel bilgi temelinden alır. Bu nitelikteki bir ispatın yokluğu, kanuni varsayımın rasyonelliğinin denetiminde, soyut-varsayılan tehlike suçunun irrasyonel olduğuna ve dolayısıyla anayasaya aykırı olduğu eleştirilerine vesile olabilir.⁷¹⁰

Gerçekten de eğer ihtiyatlılık, her zaman makul bir şekilde varsayılması gereken riskin kesinliğinin yetersiz bir derecesiyle karakterize edilmişse ve yine ihtiyat tanım gereği az ya da çok bir “öngörü eksikliği” ile malulse; klasik ceza hukukuna ait somut tehlike, nedensellik ve taksir kavramlarıyla bağdaşmadığı söylenebilir. Somut tehlike kavramıyla bağdaşmaz çünkü bununla ilgili yargılama davranışa salt atfedilen veya varsayılan yahut davranışın neticesi gibi cezalandırıcı normun yapısal değişkenlerinden anlaşılan risk durumunun etkililiği bakımından bir araştırmayı gerektirir. Nedensellik ile bağdaşmamasının nedeni, nedensellik odaklı suçlarda sorumluluğun tamamen geçmişe

⁷⁰⁹ **Piergallini**, s. 604.

⁷¹⁰ **Donini**, *Il volto attuale*, s. 119, 120.

odaklı mantığının kesinlik (yasa bilimsel ex post kesinlik) sınırındaki ihtimal standartlarına göre değerlendirilmiş “zorunlu şartların” belirlenmesini gerektirmesidir. Taksir ile bağdaşmamasının sebebiyse, taksirin sübjektif isnadının her şeyin ötesinde, ex ante bir şekilde öngörülebilir (yani sadece tahmin edilebilir değil) neticelerin önlenmesi temelinde oluşturulmuş yasadan kaynaklanan özen kuralının ihlalini gerektirmesidir. Böylece değerlendirme, özene aykırılığı geçmişe dönük bir şekilde ortadan kaldırılamayacak olan davranışın gerçekleştiği anda mevcut olan bilgiye dayanır.⁷¹¹ Bu anlamda ihtiyat ilkesinin geçmişe dönük bir şekilde uygulanması, taksire ve dolayısıyla neticenin bilinebilirliği-öngörülebilirliğine dayalı sorumlulukla bağdaşmaz görünmektedir.⁷¹² Dolayısıyla ihtiyat ilkesinin ihlalin bilinebilirliği ve ondan somut bir şekilde kaçınılabilirlik temelinde oluşturulmuş ceza hukuku temelleriyle ve hepsinden önce ceza normunun temel özelliği olan belirlilik ilkesiyle çatışma riskini taşıdığı söylenmelidir.⁷¹³

İhtiyat ilkesinde epistemolojik temel tersine çevrilmiştir. Bir başka deyişle, ispat yükü tersine çevrilmiştir; bu da esasında birbirinden farklı olan iki durumu ilgilendirebilir: 1) bir madde, neredeyse her zaman tehlikeli olan (en azından belirli dozajlarda) ürünlerin belirli bir türüne ait olduğu için söz konusu maddenin a priori şekilde tehlikeli olduğu varsayılır ve gerçek tehlikelilik seviyesi gösterilene kadar da tehlikeli kabul edilir: bir kanıt her zaman ulaşılabileceği göz önüne alınarak bunların kullanımına belirli şartlar altında izin verilebilir (ilaçlar, böcek ilaçları, gıda katkı maddeleri gibi); 2) bir maddenin bilinmeyen ancak tehlikeliliğinden korkulan bir türe

⁷¹¹ **Castronuovo**, s. 46, 47.

⁷¹² **Gabrio Forti**, “*Accesso*” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, *Criminalia*, 2006, s. 182, 183.

⁷¹³ **Fausto Giunta**, “*Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*”, *Criminalia*, 2006, s. 229, 230.

(genetiği değiştirilmiş gıda gibi) ait olması sebebiyle tehlikeli olduğu varsayılır; bu nedenle aksi ispat edilene kadar yasaklanır; ancak bu ikinci ipotezde mevcut durumda herhangi birisi tarafından ne pozitif ne de negatif bir kanıt sunulabilir. Birinci ipotez soyut tehlike suçlarının kaynağını oluştururken, ikinci ipotezin kaynak teşkil etmesi mümkün değildir.⁷¹⁴

Bu anlamda ihtiyati mantıkla oluşturulmuş ceza normlarının antik dönemdeki sırf itaatsizlik suçlarına yaklaştığı söylenmelidir. Ayrıca bu suçların modern dönemdeki idari tedbir veya süreçlerin ihlali yahut kamu idaresinin fonksiyonlarının korunması paradigmalarında teorik temelleri bulunan “tolere edilebilirlik değerlerinin” ihlali modellerine de yaklaştığı belirtilmelidir. Bu sonuncu suçların referansı, örneğin iznin verilme anına, önleyici tekniklere veya eşik değerlerin belirlenmesine dayanabilir.⁷¹⁵

Donini’ye göre bir davranışın suç haline getirilmesi nedensel etkilerinin ya da tehlikeliliğinin bilinmemesi temellerine dayandırılmamalıdır. Aksi bir uygulama cadı avına dönüşebilecektir ve anayasal makullük prensibiyle çatışma halinde olacaktır. İhtiyat ilkesi, tehlikeliliği/ihlal ediciliği ispatlanmamış davranışları yasaklamaya odaklanmaktadır bu anlamda önleyici disiplini sağlamaya yönelik müeyyideler öngören idari yaptırımlar alanında dolaylı bir kabul görebilir.⁷¹⁶ Benzer yönde Manes’e göre de anayasal makullük perspektifinden bakıldığında koruyucu önlemler seçiminin kabul edilebilirliğinin ön şartları olarak davranışın ihlal içeriğinin ampirik olarak temellendirilmiş ve nomolojik (yasa bağımlı) olarak desteklenmiş bir temele dayandığı göz önüne alındığında, ihtiyat ilkesine dayalı ceza müeyyidelerine meşruiyet kazandırmanın ne kadar zor olduğu görülecektir. Bu, ceza hukuku müdahalesinin ve

⁷¹⁴ Donini, *Il volto attuale*, s. 121; Ayrıca bkz. *Castronuovo*, s. 49.

⁷¹⁵ *Castronuovo*, s. 49.

⁷¹⁶ Donini, *Il volto attuale*, s. 121.

soyut tehlike suçu modelinin meşruiyet öncüllerinin doğrulanmasında yaygın olarak izlenen sürece kıyasla gerçek bir “epistemolojik tersine dönüş” önererek, belirli davranışların veya durumların tehlikesi hususundaki bilimsel belirsizliği, söz konusu ceza hukuku müdahalesi için bir başlangıç noktası olarak kabul etmektedir. Aslında zayıf bir epistemolojik durum ile desteklenen tehlikelilik ilişkisinin, “soyut tehlike” ilişkisinde de gerçekleşmesinden korkulduğu gibi “sanık aleyhine kurgusal bir duruma” dönüşmesi korkusu burada tam anlamıyla somutlaşmaktadır ve hatta aksi ispatlanana kadar cezanın kendisini meşru kılan bir unsur olarak kabul edilmektedir. “Verilerin yetersizliği, sonuç vermeyen yapıları ya da yetersizlikleri” sebebiyle “tamamen varsayımsal” değilse, sadece “potansiyel” olarak nitelendirilebilecek olan bir “risk” karşısında, tehlikenin makullüğü veya nedensel etkinliği üzerindeki herhangi bir kontrol imkansız hale gelmektedir.⁷¹⁷

İhtiyat ilkesi adına belirli faaliyetleri ceza normuyla yasaklamak, özgürlüklerin kullanımı bakımından çok yüksek bir sosyal maliyeti içermesinin yanı sıra, bilimsel olarak kayda değer nitelikte ölçülebilir bir tehlike olmadığı için ihlal prensibiyle de çatışma halindedir. Ayrıca ihtiyat ilkesi, tedbir normlarının belirlenmesinde kusur prensibini de etkilemektedir.⁷¹⁸ Zira normdaki emrin bilinebilirliğiyle ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır.⁷¹⁹ Gerçekten de ilkesel düzeyde meseleye yaklaşıldığında birincil değerlere yönelik herhangi bir korumayı dolaylı olarak dahi sağlamayan ve bununla birlikte özgürlüklerden gerçek anlamda fedakârlık edilmesini gerektiren suçların ceza politikası aracı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Nükleer enerjinin veya tehlikeli atıkların kullanımıyla bağlantılı bir tehlike kaynağının kontrol edilmesi, tehlikeli

⁷¹⁷ **Vittorio Manes**, Il principio di offensività nel diritto penale, G. Giappichelli Ed., Torino 2005, s. 296.

⁷¹⁸ **Palazzo**, s. 70.

⁷¹⁹ **Francesca Consorte**, Tutela penale e principio di precauzione profili attuali, problematica, possibili sviluppi, G. Giappichelli Ed., Torino 2013, s. 80.

maddeler üzerinde gerçekleşen riskli davranışların ceza hukuku bakımından ilgili alanını ne kadar önceden görebileceğimize bakılmaksızın salt risk veya soyut tehlike bakımından ihlal edicilik düzeyinde cezalandırmayı meşru kılabilir çünkü somut anlamda tehlike maddenin doğasında yani düzenlenen durumda mevcuttur. Bu tür durumlarda soyut tehlike, suçu varsaydığı bir durumun veya maddenin somut tehlikeliliğine eşlik eder.⁷²⁰

Öte yandan, eğer önleyici suç tipindeki ceza hürriyete değil de malvarlığına yahut çalışma veya sosyal haklara dokunuyorsa, bu nitelikte bir ceza daha esnek olacaktır ve böylece tipik fiille korunması hedeflenen nihai hukuki varlığın ihlaline ilişkin uzak riskin diğer kutbunu teşkil eden hürriyetin ortadan kalkmasına ilişkin uzak riskle daha uyumlu olacaktır.⁷²¹

Ceza müeyyidesine başvurulurken ultima ratio (extreme ratio) ilkesine uygun hareket edilmelidir; yani ceza, gerekli ve amaca elverişli olmalıdır. Kanunun bir emrini ihlal etmeye karşı öngörülen müeyyidenin orantılı bir şekilde seçilmesi gerekir. Bu anlamda ihtiyati bir düşünceyle oluşturulmuş bir emrin ihlali karşısında ceza müeyyidesi öngörmek, ihlalin ağırlığı bağlamında objektif olarak orantısız olabilir çünkü bilimsel yasalar tarafından davranışın tehlikeli olduğu kesin bir şekilde ortaya konulmamıştır. Ayrıca bu nitelikteki bir davranış karşısında ceza müeyyidesi öngörmek, davranışın değersizliği bağlamında sübjektif açıdan da orantısız olabilir zira fail, bilimsel açıdan az inandırıcılığı olan emirlere itaatsizlik ettiği için cezalandırılmış olacaktır. Öte yandan daha genel bir açıdan bakıldığında riskin – ex ante bir şekilde objektif olarak ölçülmesine ya da doğrulanmasına izin vermeyen – kendi yapısı, ihtiyati düşünceyle oluşturulmuş suç tiplerinin ikincillik, etkililik ve orantılılık ilkeleriyle uyumluluğunu a priori bir şekilde

⁷²⁰ Donini, Il volto attuale, s. 127.

⁷²¹ Donini, Il volto attuale, s. 127.

doğrulama ihtimalini ortadan kaldırır. Nihayetinde suç ve ceza tercihinin niteliği bir kumara dönüşmektedir.⁷²²

İhtiyat ilkesi ile ceza hukuku arasında çok temel bir noktada uyumsuzluk olduğunu belirtmemiz gerekir. İhtiyat ilkesinin nihai hedefi, gelecek nesillerin korunmasıdır. Bu anlamda geçmiş ve mevcutla ilgilenen sorumluluk türlerine bir üçüncüsü eklenmektedir: yaşayanların geleceğinin korunmasıyla bağlantılı sorumluluk! Bu anlamda ihtiyati sorumluluk zaman ve mekan dışı bir karaktere sahiptir bu yönüyle ceza sorumluluğuyla bağdaşmamaktadır. Zira ceza sorumluluğu, zamansal-mekansal düzeyde tarihi bir olay olarak belirlenebilir ve belirlenmesi gereken bir olguya dayanmaktadır. Fiil ceza hukukunun son sınırı, meydana geldiği anda kendi içinde tehlikeli olmayan ancak gelecekte yığılarak bir zarar meydana getirebilecek davranışları cezalandıran suçlardır. İhtiyat prensibine dayanan ceza normları bunun ötesine geçmektedir zira bunlar “varsayımsal” gelecek nesillerin “varsayımsal” haklarıyla bağlantılı “varsayımsal” bir tehlikenin “varsayımsal” bir şüphesine dayanmaktadır.⁷²³ Bu anlamda ihtiyat ilkesiyle, ceza sorumluluğunun geçmişe yönelik olması gerekliliği arasında bir uyumsuzluk olduğu söylenmelidir. Nitekim ceza sorumluluğunun tespiti, tehlikenin yeterli bir seviyede olması gerekliliği ile desteklenmelidir. Halbuki bu gereklilik, tanımı gereği, ihtiyat ilkesinin göz önünde bulundurmadığı bir husustur.⁷²⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki önleme, ceza hukukunun temel hedefi haline geldikçe suç ve cezada orantılılık ile eşitlik ilkeleri zayıflayacaktır. Öte yandan ceza hukukunun sosyal istikrarın taşıyıcısı olarak görülmesi ve bu anlamda toplumun formasyon aracı haline

⁷²² Consorte, s. 79.

⁷²³ Consorte, s. 80, 81.

⁷²⁴ Forti, s. 192.

getirilmesi de yanlıştır. Ceza hukukunun sosyal sorunların çözümünde araç olarak görülmesi onun son çare niteliğine aykırı düşecektir.⁷²⁵

Son olarak üçüncü bir görüş ihtiyat ilkesinin ceza hukukunun geçmişe dönük yapısıyla bağdaşmayacağı, kusur ve belirlilik ilkeleriyle çatışma halinde olacağı yönündeki çekincelere katılmakla birlikte, ceza hukuku alanında var olabileceği bir alan olduğunu belirtmektedir. Buna göre, bilimsel belirsizlik halinde ana yol, ihtiyat ilkesinin hayata geçirilmesinde kullanılan soyut tehlike suçlarından geçmektedir. Bunlar çekincelerden muaf olmamakla birlikte, belirsizlik karşısında maksimum kaçınma mantığıyla oluşturulduğu için, bilimsel olarak güvenilemez eşik değerler üzerine kurulu çevresel suçların tipikleştirilmesi esnasında karşımıza çıkmaktadır. Bu önleyici model, sırf itaatsizliğin cezalandırılmasından ilham almış olsa da kanunilik-belirlilik ilkeleri bağlamında daha yüksek bir garanti standardı sunmaktadır zira yasak olanla olmayan kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmiştir. Yazara göre, bu suçlar menfaatlerin dengelenmesini hâkimin değerlendirmesinden çıkartarak tipiklik düzeyinde sağlama avantajını sunmaktadır zira aksi uygulama izin verilen risk eşiğini hâkimin belirlemesine ve geniş bir takdir yetkisine sahip olmasına vesile olur.⁷²⁶

Bununla birlikte soyut tehlike suçlarının güçlendirilmesi ihtiyat ilkesinin hayata geçirilmesinin ne yegâne ne de temel ceza politikası seçeneği olabilir. Hatta bu durum zaten sayıları fazlaca olan soyut tehlike suçlarının artmasına sebep olacaktır. İşte bu nedenle, risk değerlendirmelerine dahil olan taraflardan gelen belirtiler ışığında menfaatleri dengeleme görevinin devredildiği sorumlu idarelerin veya özel olarak oluşturulmuş kontrol mercilerinin ihtiyati değerlendirmelerini garanti altına alabilecek tedbir mahiyetindeki emredici karaktere sahip bir suç tipine başvurmak daha yerinde

⁷²⁵ Taşkın, s. 83.

⁷²⁶ Giunta, s. 246, 247.

görülmektedir. Elbette bu suç tipleri, bilimsel kanıtlar temelinde oluşturulmuş soyut tehlike suçlarıyla aynı meşruiyete sahip olamayacaktır. Bilimsel belirsizlik temelinde oluşturulan soyut tehlike suçu, risk ispatlanmadığı için “risk altındaki” hukuki varlığı koruma mantığından kopar. Yine de bu ihtiyati karaktere sahip suçlar, somut ve katılımcı risk değerlendirmelerini sağlama ihtiyacıyla meşrulaştırılabilir görünmektedir. Bu anlamda suç haline getirme, “ihtiyatlılığın” mutlak bir ilke olmadığı ancak tehlikeli aktivitenin sosyal faydasıyla bir dengelemenin dahil olduğu risk değerlendirme prosedürünün korunmasına hizmet edecektir.⁷²⁷

Nihai olarak, ihtiyat ilkesinin ceza hukukunda bir yerinin olmadığını belirten görüşler daha yerinde görünmektedir. Zira ceza hukukunun geçmişe dönük yapısı, yani geçmişte gerçekleştirilmiş bir faaliyeti değerlendirmeye alması, ihtiyat ilkesinin gelecek odaklı mantığıyla bağdaşmamaktadır. İhtiyati düşünceyle oluşturulan ceza normları, bilimsel belirsizliğe dayanmakta ve böylece bilimsel bilgi ve tecrübe kuralları temelinde oluşturulmuş soyut tehlike suçlarından ayrılmaktadır. Öte yandan soyut tehlike suçlarının dahi, anayasal zeminde meşruiyetleri sorgulanmakta ve bu suçların rasyonellikten uzak ve keyfi olmadıkları sürece anayasal makullük ve ihlal edicilik ilkeleriyle uyum halinde oldukları kabul edilmektedir. Bu durumda bilimsel belirsizlik temelinde oluşturulan ihtiyati karaktere sahip suçların rasyonel bir zemine dayanıp dayanmadıkları şüpheli kalacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, soyut tehlike suçlarının hayali/kurgusal bir tehlikeyle karıştırılmaması ve gerçek bir tehlike olarak algılanması gerekmektedir. Gerçek tehlikeye yapılan atıf, somut davranışın hukuki varlık bakımından tehlike arz eden davranışlar kategorisi altında sınıflandırılmasına ilişkin değerlendirme temelindeki

⁷²⁷ Giunta, s. 247.

objektif bir parametreye yapılan atıftan başka bir şey değildir. Bu durumda eğer belirleyici unsur kabul edilen parametrenin objektif karakterine dahilse – gerçek tehlike seviyesinin gerçekleştiği – genel olarak tehlikeli davranışlar kategorisinin belirlenmesinin en üst düzeydeki bilgiye atıfla gerçekleştirilmesi gerekmektedir ki bu da bilimsel alanda ve bilimsel metotla geliştirilmiş bilgidir.⁷²⁸

Varsayımsal bir tehlikenin varsayımsal bir şüphesine dayanan ceza normunda tanımlanan fiili gerçekleştiren failin, korunan hukuki varlığı tehlikeye atıp atmadığı araştırılmadan verilecek ceza, kusur prensibine de aykırı olacaktır zira cezai sorumluluk için failin kusurlu ve dolayısıyla kınanabilir olması gerekmektedir. Ancak failin bir hukuki varlığı ihlal edip etmediğini araştırmanın mümkün olmadığı, normun sırf itaatsizlik suçlarına yaklaştığı hallerde cezalandırmanın kusur ilkesini ihlal edeceği açıktır. Daha önce de vurgulandığı üzere ihtiyat ilkesi, ihlalin bilinebilirliği ve ondan somut bir şekilde kaçınılabilirlik temelinde oluşturulmuş ceza hukuku temelleriyle ve hepsinden önce ceza normunun temel özelliği olan belirlilik ilkesiyle çatışma riskini taşımaktadır. Hele de ihtiyati düşünceyle oluşturulmuş ceza normlarının *“risk ispatlanmadığı için “risk altındaki” hukuki varlığı koruma mantığından kendisini kurtaracağı”* yönündeki görüş kesinlikle kabul edilebilir değildir. Zira anayasada karşılığı olmayan herhangi bir hukuki varlıkla ilişki içerisinde olmayan ve bir hukuki varlığı korumayan ceza normu tasavvur edilemez. Aksi yöndeki bir kabul, demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olur ve baskıcı bir devlet modeli yaratır.

Gerçekten de ihtiyat ilkesi ceza hukuku düzenine dahil olursa bilimsel yasalara (ve maksimum tecrübeye) dayanmayan bir nedenselliği ve “işlenen fiil” olmaksızın bir kusurluluk anlayışını kabul etmek gerekir ki bu da sırf itaatsizlik fiilinin isnat edilmesi

⁷²⁸ D’Alessandro, s. 178.

anlamına gelir. İşte tam da bu noktada risk ceza hukuku projesi demokratik sistemle olan bağını kesinlikle yitirir ve bunun tek sebebi, anayasal çerçeve ile olan bağını koparması değil, aynı zamanda ampirik tutarlılıktan tamamen yoksun kategorilere dayanmasıdır.⁷²⁹

İhtiyat ilkesinin ispat yükünü tersine çeviren mantığı ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Nitekim ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü iddia makamında olup, şüpheli/sanık suçsuzluğunu ispatla mükellef değildir. Ancak ihtiyati düşünceyle oluşturulmuş ceza normunda sanığın gerçekleştirdiği davranışın tehlikesiz olduğuna dair bir kanıt sunması dahi kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla bu mantıkla bir ceza normu ihdas edilmemesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki bu anlamda, fiil ceza hukukunun son sınırı, meydana geldiği anda kendi içinde tehlikeli olmayan ancak gelecekte yığılarak bir zarar meydana getirebilecek davranışları cezalandıran suçlardır. Çünkü bu davranışların bir araya gelerek bir zarara sebep olabileceğine dair kesin bilimsel bilgiler bulunmaktadır. Ancak bu tür ceza normları oluşturulurken de elbette kanunilik, belirlilik ve kusur ilkelerine dikkat edilmeli; davranışın somut ihlal ediciliğine yönelik bir araştırma yapılmalıdır. Öte yandan hukuk devleti ilkesinin bir gerekliliği olan “orantılılık” ilkesinin bir sonucu olarak ceza normuna son çare olarak başvurulmalı ve ceza normuna başvurma kararı alınmasından sonra da öncelikle müeyyide olarak adli para cezası öngörülmelidir. Zira bu suçların ihlal edicilik düzeyi göz önüne alındığında hapis cezası, kişi hürriyetine yönelik orantısız bir müdahale teşkil edebilir.

⁷²⁹ D’Alessandro, s. 284, 285.

3. BELİRLİ HUKUKİ VARLIKLARIN ETKİLİ BİR ŞEKİLDE KORUNMASI GEREKTİĞİ DÜŞÜNCESİ

Cezalandırıcı normların doğru bir yorumuyla, somut tehlikenin mümkün olan her anda genişletilmesi; soyut tehlike suçlarının hukuki varlığa yönelik korumanın soyut tehlike tekniği olmaksızın korunmasının mümkün olmadığı dar bir alana özgülenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu da başta çevresel hukuki varlıklar olmak üzere, istisnai bir şekilde tek bir davranışla ihlal edilebilecek kapsamdaki kolektif bazı varlıkların korunmasında gündeme gelir. Kural olarak bu varlıklar birden ziyade davranışın kümülatif bir şekilde bir araya gelmesinin sonucu olarak ihlal edilebilir. Bu davranışların hiçbirisi tek başına korunan değer için somut bir tehlike yaratabilecek ağırlıkta değildir; ancak yine de aynı türdeki diğer davranışlarla birleşmesinden kaynaklanacak tehlikelilik sebebiyle bastırılır.⁷³⁰

Gerçekten de bir görüşe göre de soyut (varsayılan) tehlike suçları liberal demokratik ceza adaleti sistemlerinde bir koruma ihtiyacına karşılık gelmektedir; ancak düzenlenmelerinin üç şartı bulunmaktadır. Buna göre öncelikle bu düzenlemelerle önemli birtakım varlıkların (çevrenin korunması gibi) korunması öngörülmelidir.⁷³¹ Ayrıca ikincilik ilkesi gereğince, ancak zarar ihtimalini tespit etmenin zorluğu⁷³² sebebiyle somut tehlike suçunun düzenlenemediği hallerde soyut tehlike suçları tercih edilmelidir. Son olarak, araçta ve amaçta rasyonellik ilkeleri gereğince varsayımsal olarak tehlikeli kabul edilen davranışların tespitinde maksimum tecrübeden veya mevcut bilimsel bilgilerden faydalanılmalıdır.⁷³³

⁷³⁰ Marinucci – Dolcini – Gatta, s. 285.

⁷³¹ Bkz. Pagliaro, “*Il reato*”, s. 34.

⁷³² Ayrıca bkz. Ucci, s. 165.

⁷³³ Padovani, s. 174.

Hâkimin korunan varlığın somut bir tehlikeye maruz kalıp kalmadığını araştırmasının mümkün olmadığı soyut tehlike suçu hipotezlerinde suç tipinin ihdası somut tehlikeye karşı yapılmış bir yasama tercihinin sonucu değil; daha ziyade, hukuki varlığın korunmasından tamamen vazgeçilmediği sürece bir zorunluluğun sonucudur. Bu hipotezler üç ana başlık altında toplanabilir:⁷³⁴

İlk olarak örneğin kamu sağlığı için tehlike arz ettiğinden şüphelenilen, ancak mevcut bilimsel bilgiyle ihlal edici yapısı araştırılamamış davranışlar bu hipotez içerisinde yer alır. Yaygın görüşe göre gerçek anlamda varsayılan bu tehlike, korunan hukuki varlığın önemi göz önüne alınarak ceza müeyyidesini meşrulaştırır. Ancak bu yaklaşım ikna edici bulunmamıştır. Zira burada belirsizlik, kendi içinde bir kabul edilebilirliği olan genel bir tehlike tahmininden istisnai bir şekilde sınırlanabilecek belirli somut bir olayla ilgili değildir; ancak genel ve bilimsel tecrübe kurallarıyla yeterli bir etkileşime girmeyen ve bunun sonucunda ihlalin rolünün önemli ölçüde marjinalleşmesine sebep olan değerlendirmenin temeliyle ilgilidir.⁷³⁵ Bir önceki başlıkta da açıklandığı üzere, ihtiyat ilkesi gereğince, bilimsel belirsizlik hallerini temel alarak ceza normu ihdas edildiğinde, davranışın gerçekleştirilmesiyle bir tehlikenin ortaya çıkabileceği bilimsel olarak ispatlanamadığı için söz konusu norm, ihlal ilkesiyle çatışma halinde olacaktır. Öte yandan bu tespit, söz konusu hukuki varlıkların korunmasından vazgeçilmesi anlamına gelmez. Söz konusu hukuki varlıkların korunmasında idari yaptırımlar kullanılabilir ve bu yaptırımların da en az ceza müeyyidesi kadar genel önleyici etkiye sahip olabileceği unutulmamalıdır.⁷³⁶ Nitekim öğretideki bir görüşe göre de kanun koyucu, çok önemli bazı hukuki varlıkları korumak için, belirtilen hukuki varlıkların niteliğini de gözeterek

⁷³⁴ **De Vero**, Parte generale, s. 141.

⁷³⁵ **De Vero**, Parte generale, s. 141.

⁷³⁶ **De Vero**, Parte generale, s. 141.

öngörülen (varsayılan) tehlike suçu şeklinde bir düzenleme yapmaya yönelebilir. Bu suçlarda tehlike öngörüldüğünden, bir başka deyişle somut bir tehlikenin varlığı olmaksızın cezalandırıldığından, bu fiillerin kabahat veya idari yaptırım gerektiren fiiller olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, ceza normunun amacı, belirli hukuki varlıklara yönelik zararın gerçekleşmesini engellemekse, kanun koyucu tehlike suçlarını somut tehlike suçu olarak düzenlenmelidir.⁷³⁷

Bu düşüncüyü bir adım daha öteye taşıyan Zieschang da hukuki varlığı ihlal etmeyen davranışlara ceza müeyyidesi uygulanamayacağı düşüncesinden yola çıkarak soyut tehlike suçlarının kanuni düzenlemelerden çıkartılması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim korunan hukuki varlık bakımından bir tehlike yaratmayan, kanuni tipin şekli olarak ifade edilmesinden ibaret olan bir davranışa müeyyide uygulamak sırf itaatsizliğin cezalandırılması anlamına gelecektir. Yazara göre, bu suçların sadece bireysel olmayan hukuki varlıklar bakımından (adliye karşı suçlar gibi) düzenlenmeleri gerekliliği de tatmin edici bir gerekçe sunmamaktadır. Zira illa bir ceza normunun düzenlenmesi gerekiyorsa bu somut tehlike suçlarıyla gerçekleştirilmelidir. Bu anlamda çevreye karşı suçlar da soyut tehlike suçu olmaktan çıkartılıp somut tehlike suçu olarak düzenlenmelidir.⁷³⁸ Ne var ki çevreye zarar verme potansiyelini taşıyan davranışlar etkilerini çok uzun vadelerde gösterebilecekleri için muhakeme esnasında somut tehlikeyi araştırıp ortaya çıkartmak son derece zor olacaktır ve somut tehlike suçları çevrenin korunmasında yetersiz kalabilecektir. Bu nedenle çevrenin korunması araçlarından soyut tehlike suçlarının kategorik olarak çıkartılması yerinde değildir.

İkinci olarak, özellikli yapıları sebebiyle ancak ciddi davranışların neticesinde ihlale maruz kalabilen kolektif varlıkları koruyan suçlar yer almaktadır. Tek başlarına

⁷³⁷ Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 185.

⁷³⁸ Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 962, 963.

zarar bir yana tehlike yaratmaya dahi elverişli olmayan bu tür davranışlar ancak bir araya geldiklerinde bir zarar ya da tehlike doğurabilir hale gelir. Bu ipotezlerde soyut tehlike suçlarının kabulü meşru kabul edilir. Nitekim tek bir somut fiilin nihayetinde ihlal edici karakterini gösteren bir dizi homojen fiille birleşmesi olasılığı ortak tecrübe kuralına uygundur ve bireysel davranışı yasaklayan ceza normunu çevreleyen tehlike öngörüsünü meşrulaştırır.⁷³⁹

Çevre ya da ekonomi gibi belirli kolektif veya toplumsal hukuki varlıklar, doğaları gereği sadece zaman içerisinde tekrarlanan birden çok, yani kümülatif davranışlarla zarar görebilirler. Tek bir davranışın somut olarak elverişli olduğunu ispatlamanın imkânsız olduğu, çevreyi kasten veya taksirle kirletme suçları veya piyasa dolandırıcılığı suçları⁷⁴⁰ bunlara örnek olarak verilebilir. Bu önemdeki hukuki varlıkları ceza müeyyidesiyle koruma altına almak için soyut tehlike suçlarına başvurma bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir. Elbette bu alanlardaki soyut tehlike suçlarıyla sağlanan cezai korumanın meşruluğu, kanun koyucunun tehlikeli davranışın zarar verici kapsamını “tipik” bir şekilde karakterize eden unsurları anlamlı bir şekilde tipikleştirme becerisiyle ilgilidir.⁷⁴¹

Örneğin, deniz suyunun temizliği küçük işletmelerin araçlarından arada sırada salınan kirletici maddelerle bozulamaz; ancak buna aynı türdeki önceki, sonraki veya tekrarlayan davranışların eklenmesiyle bozulabilir. Dolayısıyla deniz suyunun temizliğinin korunması, somut tehlikenin varlığına bağlanamaz ancak soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenen normlarla korunması gerekmektedir. Bu normlarla da genel ve soyut

⁷³⁹ **De Vero**, Parte generale, s. 141, 142.

⁷⁴⁰ **Yalçın**, ss. 3483 – 3525.

⁷⁴¹ **Fiandaca – Musco**, s. 221.

değerlendirme temelinde tek başına korunan varlık bakımından bir tehlike içermeyen kirletici madde miktarının deniz suyuna bırakılması yasaklanmaktadır.⁷⁴²

Konunun daha iyi anlaşılması adına, çevreye karşı suçların yapısı incelenebilir. İtalyan öğretisindeki bir görüşe göre bu suçlar, en az üç kategori altında toplanabilir. İlk gruba çevre için risk taşıyan standardize edilmiş toplu faaliyetlerin idareye bildirilmemesi veya izinsiz yürütülmesini cezalandıran normlar dahil edilebilir (endüstriyel atıkların suya veya toprağa atılması, boşaltılması veya tasfiye edilmesi, radyoaktif maddelerin nakliyesi, atmosfere verilen gazların emisyonu gibi; örneğin 152/2006 sayılı kanunun 137/1 maddesi, izin almaksızın yerleşim yerlerinden sulara tahliye kanalı açan kişileri cezalandırmaktadır). İkinci gruba düzenleyici ve denetleyici kurumun düzenlemelerine sırf itaatsizlik cezalandırılmaktadır. Örneğin gaz emisyonu tesisi açılmasına izin veren düzenlemelere aykırılığı cezalandıran 203/2988 sayılı kanunun 25/2 maddesi bu niteliktedir. Üçüncü gruba da çevre için zararlı olan maddelerin emisyonunun ve/veya imisyonunun ceza kanunu dışındaki kanunlar tarafından – genellikle “ekler” veya “tablolarla” – belirlenen limitinin aşılmasını atıf normlarıyla cezalandıran düzenlemeler dahildir. Örneğin, “...*bu kararnamenin üçüncü bölümünün 5 numaralı ekinin 5 numaralı tablosunda belirtilen maddelerle ilgili olarak endüstriyel atık suların atılması esnasında 3 numaralı tabloda belirtilen limit değerlerin aşılması veya toprağa tahliye halinde bu kararnamenin üçüncü bölümünün 5 numaralı ekinin 4 numaralı tablosunda belirtilen değerlerin ... aşılması halinde iki yıla kadar hapis cezası ve üçbin ila otuzbin Euro arasında adli para cezası verilir.*” hükmü bu gruba bir örnektir.⁷⁴³

⁷⁴² **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 285.

⁷⁴³ **Mauro Catenacci**, “*I reati ambientali e il principio di offensività*”, Rivisto quadrimestrale di diritto dell’ambiente, S. 0, Y. 2010, s. 47, 48; **Eleonora Mondi**, Il principio di necessaria offensività e i reati ambientali, Università Degli Studi Roma Tre, Scuola Dottorale Internazionale

Görüldüğü üzere, çevreye karşı suçların neredeyse tamamı soyut (varsayılan) tehlike suçu kategorisine dahil edilebilir niteliktedir. Dolayısıyla hâkimden tipik davranışın ekolojik denge bakımından belirli bir tehlike durumuna veya bir zarara sebep olup olmadığını araştırması beklenmeyecektir. Bununla beraber, hâkim, bilim veya tecrübe kuralları tarafından tehlikeli olduğuna inanılan davranışların, uyulması halinde tehlikeyi azaltacağına ve hatta ortadan kaldıracağına inanılan güvenlik standartlarına riayet edip etmediğini denetleyecektir. Öte yandan soyut tehlike suçları, istatistik temelli genellemeler üzerine kurulduğu için, tipikliğe uygun olduğu halde kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde öngörölmüş tehlikeyi gerçekte bünyesinde barındırmayan davranışları cezalandırma riskini taşımaktadırlar. Günümüzdeki temel sorun kanun koyucunun soyut tehlike tekniğine başvurup başvuramayacağı meselesi değildir, zira bu artık aşılmıştır; ancak hâkimin tipik fiile uygun fakat gerçekte ihlalden yoksun davranışları cezalandırma riski, bu suçları tekrar anayasa uygunluk sınırının dışına itebilecek niteliktedir. Bu nedenle hâkimin tipik fakat ihlalden yoksun davranışları cezalandırmaktan imtina etmesini sağlayacak araçlara gereksinim duyulmaktadır. Bu da elbette varsayılan tehlikenin temelini oluşturan istatistiki verileri kanun koyucunun değerlendirme becerisine ve tipik fiilin ihlal edici karakterini anlamsal olarak zengin terimlerle tanımlayabilme becerisine bağlıdır.⁷⁴⁴ Bununla beraber özellikle çevrenin korunmasını sağlayan davranışların tanımlanmasında olduğu gibi tipik fiil gerçek anlamda seçici bir kapasiteden yoksun terimler kullanılarak (örneğin, izin almaksızın “salınımın”, “boşaltımın”, “imisyonun” cezalandırılması) muhakeme esnasında

“Tullio Ascarelli” Diritto – Economia – Storia, Dottorato di Ricerca in “Sistemi Punitivi e Garanzie Costituzionali” – Sezione di “Diritto Penale”, 2013, s. 128.

⁷⁴⁴ Bu konuda ayrıca bkz. **Mondi**, s. 125, 126.

başvurulabilir ve normu yorumlayacak kişiye teslim edilebilir “garanti” araçlarının varlığını gerektirir.⁷⁴⁵

Bu mesele, esasında, tipiklikle ihlal edicilik arasında bir boşluk bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Ne var ki İtalyan Anayasa Mahkemesi, bu konudaki teorik tartışmadan uzak durarak tipiklikle ihlal edicilik arasındaki temel özdeşlik tezinden yana olduğunu belirtmiştir.⁷⁴⁶ Nitekim daha önce belirtildiği üzere, tipik hareket kanunda tarif edilen modele sadece dış görünüşü bakımından değil, ihlal edici niteliği bakımından da uyan; yani kanun tarafından korunan hak veya menfaati tehlikeye atma veya bu menfaate zarar verme yeterliliğinde olan harekettir. Bir başka deyişle ancak elverişli olan hareket tipik sayılabilir.⁷⁴⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi, anayasal ihlal ilkesini bir yorum kaidesi olarak nitelendirdikten sonra, bunun hâkime cezalandırıcı normda varsayılan ihlali öncelikle açıklama ve sonra somut bir şekilde değerlendirme görevini yükleyeceğini belirtmektedir. Aynı mahkeme bir başka kararında da tipik fiilin korunan hukuki varlığı tehlikeye atmak bakımından tamamen elverişsiz olduğu durumda somut fiilin soyut suç tipinin altında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Çünkü soyut suç tipindeki genel ihlal ediciliğin çağrışımı, ihlal ediciliğin hem zorunlu hem de somut bir şekilde failin davranışında en azından minimum düzeyde gözlemlenebilmesi gerekliliğini de ima eder. Böylece fiil, işlenemez suç ipotezinden ayrılır. Bu anlamda Mahkeme, varsayılan tehlike suçlarında dahi hâkimin her zaman ve her koşulda “somut tehlikelilik” değerlendirmesini muhafaza etmesini gerektiren ilkenin ihlal ilkesi olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 49, 50.

⁷⁴⁶ Corte cost. n. 263/2000, 2069.

⁷⁴⁷ **Alacakaptan**, İşlenemez Suç, s. 18 – 21.

⁷⁴⁸ Corte cost. n. 360/1995, 2676; **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 52.

Bu nedenlerle hâkim, faaliyet izni eksikliği veya risk eşik değerlerinin aşılması üzerine kurulmuş suçlarda dahi, gerekli şartların karşılandığı hallerde, cezalandırıcı normdaki tanıma şekli olarak uymalarına rağmen su, hava veya toprağın ekolojik dengesi veya kişilerin sağlığı bakımından gerçekte bir ihlal içermeyen davranışları cezalandırmayabilecektir.⁷⁴⁹ Ancak buradaki kritik nokta, kanunun cezalandırılabilirliği öne çektiği soyut tehlike suçlarındaki tehlikenin salt varsayımsal yapısıyla, hâkime tipe şekli olarak uyan davranışın gerçek tehlikeliliğini araştırma görev-yetkisinin tevdi edilmesi arasında yaratılan zıtlıktır. Somut tehlike suçlarının yargılanması esnasında geçerli olan bu görev-yetkinin ayrıca varsayılan tehlike suçlarına doğru genişletilmesi, beraberinde iki temel çekinceyi getirecektir. Bunlardan ilki dogmatik düzeyde soyut (varsayılan) tehlike suçlarıyla somut tehlike suçları arasındaki ayrımın belirsizleşecek olması; diğeri ise, ceza politikası düzeyinde soyut tehlike suçlarının kabul edilmesini meşrulaştırmakta kullanılan, muhakemeye ilişkin sebeplerin göz ardı edilmesi riskinin bulunmasıdır. Muhakemeye ilişkin bu sebepler, tehlikeli olduğu varsayılan davranışların bastırılması ihtiyacının, bu davranışların ortaya çıkartılması zor ve hatta imkânsız somut tehlikeliliklerinin araştırılması gerekliliğini dayatarak riske atmama anlayışına dayanmaktadır.⁷⁵⁰

⁷⁴⁹ **Mondi**, s. 129: Yazara göre, kamu idaresinden ilgili iznin alınmaması veya bildirimin yapılmaması temelinde oluşturulmuş suçlar, soyut (varsayılan) tehlike suçlarından ziyade salt tehlike “şüphesini” cezalandırır görünmektedir ve bu anlamda olağan gelişimleri içerisinde çevre bakımından bir risk durumuna karşılık gelecek cezalandırılabilir davranışları öngörmeye uygun bir değerlendirme zemini bulunmamaktadır. İdari fonksiyonun ekosisteme potansiyel olarak zarar verebilecek aktiviteleri denetleyen bir filtreyi inşa etmekten uzak olduğu ve cezai korumanın doğrudan ve nihai konusunu teşkil ettiği bu hipotezlerde cezalandırılabilirlik eşiği, çevreye verilebilecek potansiyel zarara nazaran o kadar geride yer alır ki bu suçların ihlal ilkesiyle tamamen uyumsuz olduğunu düşündürür. Bu suç tipleri içerisindeki davranışlar nihai hukuki değer karşısında “nötr” nitelikte olduğu için, suç olmaktan çıkarılmalıdırlar.

⁷⁵⁰ **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 53, 54.

Çevreye karşı suçlar arasında yer alan ve bir aktivitenin yetkisiz veya şüpheli bir yetkilendirmeye yürütülmesini cezalandıran suçların da ihlal prensibiyle olan uyumları öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ilgili idareye bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayalı suç kategorisinden farklı olarak burada davranışın ceza hukuku bakımından meşru görülmesinin kamu idaresinin değerlendirmesine tabi kılınması, kamu idaresinin bunların somut tehlikeliliklerinin sınırlandırılması için zorunlu olduğunu düşündüğü davranış modellerine uymadıkları ölçüde, bu davranışların nihai hukuki varlıklar bakımından soyut olarak tehlikeli olduklarının varsayılmasına yol açar. Sonuç olarak, idari fonksiyonların korunmasının nihai çevresel varlığın korunmasındaki araçsallığı göz önüne alınarak bu suçların ihlali ilkesiyle uyumlu olduğu söylenebilir.⁷⁵¹ Bir diğer görüşe göreyse, bu suçlar ihlal ilkesiyle çatışma halindedir zira bu suçların temelini oluşturan kamu idaresinin belirli faaliyetlerin yürütülmesine izin vermemesi gerekliliği, ceza normuyla yasaklanan davranışın potansiyel zarar vericiliği hakkında hiçbir şey söylememektedir. Kamu idaresinin verdiği iznin, zarar verici niteliği ceza normu tarafından açıklanmayan bir davranışı hukuka uygun hale getirme fonksiyonu bulunmaktadır. Dolayısıyla fiilin bütün değersizliği, idari bir şartın yokluğu ile belirlenecektir. Böylece paradoksal bir şekilde çevre bakımından soyut bir tehlike taşısalar dahi izin verilmiş, boşaltım, emisyon, atık yok etme faaliyetleri, ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilecekken; tamamen zararsız olduğu halde, idare tarafından yetkilendirilmemiş faaliyetler cezalandırılabilir olacaktır.⁷⁵²

Bu iki görüşün arasında bir yerde konumlanan Catenacci'ye göre, kamu idaresinin izninin eksikliğini temel alan suç tiplerinin gerçek ihlal ediciliği, bu suçların gerçek hukuki varlıkları korumayı hedefleyen ceza hukukuyla uyumlu olup olmadığını

⁷⁵¹ Bkz. **Mondi**, s. 130.

⁷⁵² Bkz. **Mondi**, s. 130.

değerlendirmek amacıyla, her bir suç tipinin detaylı bir analizi aracılığıyla her bir somut olay bağlamında değerlendirilmelidir.⁷⁵³ Catenacci’ye göre, soyut (varsayılan) tehlike suçlarıyla amaçlanan ceza politikası hedefleriyle çelişmeden ve ihlal ilkesine de karşı gelmeden izlenebilecek yol, “göreceli varsayım” olarak adlandırılan görüşün yeniden değerlendirilmesinden geçmektedir. Buna göre, savcıya tehlikenin varlığını ispat görevi yüklenemez; ancak sanığın tehlikenin var olmadığını ispatlamasına izin verilir. Böylece soyut tehlike suçlarının cezai politik fonksiyonundan ödün verilmeksizin ihlalsiz suç olmaz (*nullum crimen sine iniuria*) ilkesiyle bağdaşır hale getirilmesi sağlanır. Mahkûmiyet kararını her türlü “makul şüpheyi” gidererek serbest değerlendirmesine göre veren hâkimin, tehlikenin var olmadığının ortaya konulmasını göz ardı etmesi imkânsız hale gelecektir. Böylece tipik ama ihlalden yoksun davranışların cezalandırılmasının önüne bir set çekilmiş olacaktır.⁷⁵⁴

Öte yandan daha önce de bahsedildiği üzere, şüpheli-sanıktan gerçekleştirdiği davranışın tehlikeli olmadığını, herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmediğini ispat etmesini beklemenin ceza muhakemesindeki ispat yükünü tersine çevirme riski vardır. Nitekim sanık suçsuzluğunu ispat etmek zorunda olmayıp, mahkeme sanığın suçu işlediğinin sabit olduğunu ispatlamak zorundadır; aksi halde şüpheden sanık yararlanacaktır. Soyut tehlike suçları sebebiyle yapılan soruşturmalarda savcıdan somut bir tehlikelilik araştırması gerçekleştirmesinin beklenemeyeceği yönündeki görüşlere katılıyoruz. Çünkü gerçekten de bu suçlarda savcı veya mahkemeden somut tehlike araştırması yapmasını beklemek, bu suçlarla somut tehlike suçları arasındaki ayrımı ortadan kaldıracaktır. Ancak savcının da iddianamesini düzenlerken failin davranışının ihlal edici niteliğine ilişkin şüphesini temellendirerek açıklaması gerekir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, sanığın savunma hakkı

⁷⁵³ Ayrıca bkz. **Mondi**, s. 131.

⁷⁵⁴ **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 55.

kapsamında sunabileceği her türlü delili mahkemenin de araştırma ve ortaya koyma görevi ve yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla ihlalin gerçekleşmediğine ilişkin ispatın sadece savunma makamı tarafından sunulması beklenmemelidir. Hem ihlal gerçekleşmediğinde tipikliğin de gerçekleşmediği doğruysa, ihlale ilişkin araştırma tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir araştırmadır ve bu nedenle iddia, savunma ve yargı makamlarının hepsinin sahip oldukları hak ve yetkiler çerçevesinde yürütülmesi gereken bir araştırma faaliyetidir.

Tipe uygun görünen davranışların aslında ihlal edici niteliğe sahip olmadıklarını ispatlamak için üç temel koşul aranmaktadır. İlk olarak, tehlikenin somut olarak yokluğu sadece soyut bir şekilde iddia edilmemeli; bir veya daha fazla olgu eklenerek ayrıca ispatlanmalıdır. İkinci olarak, somut durumda kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde formüle edilmiş tehlikelilik varsayımını sadece şüpheyi düşürmenin ötesinde onu ortadan kaldıracabilecek ağırlıkta bir durumun varlığının gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak, somut durumun tehlikeliliği değerlendirilirken, kanun koyucunun söz konusu durumu tehlikeli kabul etme kriterine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Çevre konusunda özellikle farklı suç tipleriyle hedef alınan çevresel risklerin veya tehlikelerin neler olduğunun araştırılmasıyla başlanmalıdır. Kanun koyucunun salt izinsiz tahliye gerçekleştirmeyi ya da atıkların kontrolsüz bir şekilde depolanmasını suç haline getirmesinin bir sebebi vardır. Bu sebep de söz konusu davranışların kümülatif etkisinde yatmaktadır. Tek bir tahliye veya depolama davranışı, çevreye zarar gelmesi neticesine eriştiği için değil; ancak bilimsel yasalara veya tecrübe kurallarına dayanılarak aynı tipteki önceki davranışlar ile sonra eklenebilecek davranışların ve diğer çevresel faktörlerin bir araya gelmesi ve ekolojik dengeyi değiştirme riskini artırması sebebiyle cezalandırılmaktadır.⁷⁵⁵ Dolayısıyla somut durumda bu tehlikenin gerçekleşmeyeceğinin

⁷⁵⁵ Ayrıca bkz. **Mondi**, s. 123 vd.

çok açık bir şekilde bir veya daha fazla faktör ortaya konularak gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin, tehlike varsayımının dayandığı bilimsel yasanın geçerlilik koşullarının artık bulunmaması veya istisnai de olsa bir başka bilimsel yasa temelinde söz konusu tehlike varsayımını ortadan kaldıracak düzeyde bir başka faktörün bulunduğu ortaya konulması gerekmektedir. Ancak salt “hiçbir şeyin olmadığını” gösteren fiili bir duruma atıf yapılması kabul edilmeyecektir. Zira çevreye karşı verilen zararlar neticelerini çok uzun vadelerde gösterecek olup gözle görülür bir değişikliğin meydana gelmediğini iddia ederek cezadan kaçmak, söz konusu suçların soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesine vesile olan cezai politik sebeplerle çelişecektir.⁷⁵⁶

Çevreye karşı suçların üçüncü grubunda yer alan ve eşik değerler üzerine kurulu suç tiplerinin ihlal ilkesiyle olan uyumlarına da ayrıca değinmek istiyoruz. Bu suç tiplerinin düzenlenmesinde ceza normları, teknik bir bakış açısından suç tipinin bir veya daha fazla unsurunun belirlenmesi görevini ikinci derece normatif düzenlemelere (Bakanlar Kurulu Kararı, ilgili bakanlığın çıkarttığı yönetmelik, Cumhurbaşkanı Kararnamesi gibi) bırakmakta; bu sebeple açık ceza normları kullanılmaktadır. Çevresel konuları karakterize eden sürekli gelişimin dinamizmi karşısında, bilimsel-teknik gelişmeler temelinde yürürlükteki normatif düzenlemeleri güncelleme görevini düzenleyici işlem yapmakta daha esnek yetkilerle donatılmış belirli organlara vermek kaçınılmaz olmasa da en uygun seçenek gibi görünmektedir. Ancak ceza hukukunda biçimsel kanunilik ilkesinin bir gerekliliği olarak kabul edilen “kanunun tekellciliği ilkesinin”⁷⁵⁷ ihlal edilmemesi için eşik değerlerin tespit edilmesine ilişkin temel parametrelerin kanunla belirlenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu ilkenin etrafı dolanılarak idareye “teknik değerlendirme” yetkisinin arkasında ceza normuna soyut bir

⁷⁵⁶ Catenacci, “*I reati ambientali*”, s. 56, 57.

⁷⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 49 vd.

şekilde dahil olabilecek pek çok davranış tipini belirlemek hususunda sınırsız bir yetki verilmiş olacaktır.⁷⁵⁸

Öğretideki bir görüşe göre, bu suç tiplerinde de eşik değerler aracılığıyla tehlikeli davranışlar belirlendiği için idare hukukuna salt itaatsizlik cezalandırılmaktadır. Bir başka deyişle belirli bir davranışı kendi içerisinde tehlikeli kabul etmek ve bunların izin verilen risk eşiğini aştığında daha da tehlikeli hale geleceğini düşünmek, tipiklikle ihlal edicilik arasındaki olası boşluğu ortadan kaldırmaya hizmet etmemektedir.⁷⁵⁹ Öte yandan bir diğer görüşe göre, tipe uygun olup gerçekte zararsız olan davranışları cezalandırma riski, soyut tehlike suçlarında da geçerli olup eşik değerler üzerine kurulu suç tiplerini reddetmek için yeterli bir gerekçe değildir. Bu nedenle eşik değerlerin aşılması üzerine kurulu suçların bir varlığı ihlal etmekten ziyade nötr davranışları cezalandırdığı iddiası iki sebepten kabul edilemez bulunmaktadır: ilk olarak, bu genelleme mevcut normlarla uyumlu değildir; ikinci olaraksa cezalandırma tekniğinin sadece şekli yönünü göz önünde bulundurarak, tipik ihlalin yapısının maddi yönünü göz ardı etmektedir.⁷⁶⁰

Öğretide bizim de yerinde bulduğumuz bir görüşe göre, eşik değerlerin aşılmasını cezalandıran normların yapısıyla soyut tehlike suçlarının yapısı birbirinden farklıdır. Bu ayrım (soyut dahil) tehlike ile eşik değerler sistemine dahil olan risk kavramı arasındaki ayrıma dayanmaktadır ve risk, hukuki varlık kavramına yapılan vurgudan ayrı bir hususu temsil etmektedir. Esasında soyut tehlike tipi, öne çekilmiş olsa dahi hukuken korunan menfaatleri koruma amacı taşıyan klasik ceza hukukunun bir parçası olduğunu göz ardı edemez; riski minimize etmeye odaklanmış ceza hukuku ise bu ampirik altyapıyla olan

⁷⁵⁸ **Mondi**, s. 135, 136.

⁷⁵⁹ Ayrıca bkz. **Mondi**, s. 136, 137.

⁷⁶⁰ Ayrıca bkz. **Mondi**, s. 137, 138.

bağını tamamen kaybetmiş olup hiper-ihtiyatı eşik değerler üzerine kurulu düzenlemelerle teşekkül etmektedir.⁷⁶¹

Bu anlamda eşik değerlerin, ihtiyat ilkesinin diktelerini hayata geçiren bir norm yaratma tekniği olduğu söylenebilir. Bu eşik değerler ise, suda, gıdada veya çalışma ortamında bulunduğu olumsuz bir etkiyi tetiklemeye elverişli olabileceği şüphesini barındıran bir maddenin zararlılığı üzerine yürütülmüş bütün bilimsel çalışmaları göz önüne alan kamu idareleri (genellikle bağımsız idari otoriteler) tarafından belirlenir. Hem epidemiyolojik hem de deneysel çalışmalara dayanarak ilgili otorite, “sağlık bakımından hiçbir olumsuz etkinin gözlemlenmediği” bir maruziyet seviyesi belirler. Ancak bu “güvenli seviye” henüz bir eşik değer değildir zira bu değeri belirlemek için, risk yönetimi ve değerlendirmesiyle sorumlu organlar, ileri düzeyde tedbirli olmak adına güvenlik katsayılarına (normalde 10, 100, 100 veya daha fazla katlara eşit katsayılarla) başvururlar ve bu da sağlık bakımından zararsız olduğuna inanılan seviyeden çok daha düşük bir seviyenin eşik değer olarak belirlenmesine vesile olur. Nihayetinde kanun koyucu, bu eşiğin aşılmasına karşılık, geleceğin güvence altına alınmasını amaçlayan davranış ceza hukukuna uygun bir ceza müeyyidesi öngörmektedir.⁷⁶²

Bir önceki başlıkta da açıklandığı üzere, ihtiyat ilkesinin gereklilikleriyle klasik ceza hukukunun ilkeleri birbirleriyle bağdaşmaz ve bu anlamda ihtiyat ilkesi gereğince ceza müeyyidesine başvurmak, ceza hukukuna hâkim olan kanunilik, kusur ve ihlal ilkelerine aykırılık teşkil eder. Bu sebeple ihtiyat ilkesinin gerekliliklerini karşılamak için oluşturulan davranış kurallarının ve bu anlamda eşik değerlerin aşılmamasını emreden

⁷⁶¹ D’Alessandro, s. 265, 266.

⁷⁶² Ayrıca bkz. D’Alessandro, s. 267, 268.

normların ihlal edilmesine karşılık, ceza müeyyidesi değil fakat caydırıcı idari müeyyideler öngörülmesi gerektiğine inanıyoruz.

De Vero'nun gerçekleştirdiği ayırımın üçüncü başlığında ise, korunan hukuki varlık bakımından somut bir tehlikelilik değerlendirmesi gerçekleştirmenin uygulanabilir olmadığı haller bulunmaktadır. İkinci ipotezle benzerlik arz etse de onun tam tersi bir durumu ifade eder. Zira bir önceki ipotezde tek davranışın kendi içerisinde tehlikeli olmadığı belirtilirken bu ipotezde tehlikeye maruz kaldığı söylenemeyecek bir hukuki varlık söz konusudur. Ancak yine de yasaklanan davranış söz konusu hukuki varlığın belirsiz birtakım modelleri bakımından yaygın bir tehlikeyi tetiklemeye elverişli olabilir. Tehlike durumunun bu yatay genişlemesi, doğrudan hukuki varlığa yönelik dikey bir müdahalenin eksikliğini bertaraf edebilir. Buna örnek olarak araç suç niteliğindeki suç için anlaşma, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları verilebilir.

Örneğin birden çok kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu işlemek için kurulmuş bir suç örgütünün 'soyut' tehlikeliliği, belirli bir grup insanın hareket özgürlüklerini kaybetme ihtimalinde yatmaz, bu anlamda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçuna teşebbüsten farklıdır; ancak belirsiz sayıdaki insan üzerindeki suç örgütünün varlığından kaynaklanan daha geniş fakat daha az yoğun bir tehditte yer alır. De Vero'ya göre bu soyut tehlike suçları da amaç suçlarının tehlike değil, zarar suçu olduğu denklemde ihlal prensibinin süzgecinden geçer zira aksi halde tehlikenin tehlikesi cezalandırılmış olacaktır.⁷⁶³

Amaç suçların tehlike suçu olması halinde suç işlemek amacıyla örgütlenme suçlarının ihlal ilkesine aykırı olacağı yönündeki görüş bize göre hem İCK m. 416'nın hem de TCK m. 220'nin açık lafzı ve amacı ile uyumlu değildir. Zira TCK m. 220

⁷⁶³ **De Vero**, Parte generale, s. 142.

kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmayı yasaklamış olup amaç suçlar bakımından bir belirlemeye gitmemiştir. Öte yandan, TCK m. 220 hükmüyle kanun koyucu amaç suçların hukuki varlıklarından bağımsız bir şekilde kamu düzeni, kamu barışı ve kamu güvenliğini korumaktadır (amaç suçun icra hareketlerine başlamadan dahi TCK m. 220 hükmünden cezalandırma teorik olarak mümkün olduğu için, korunan hukuki değerin amaç suç üzerinden belirlenmemesi yerindedir). Bu anlamda işlenmesi hedeflenen suçların zarar suçu olması ile tehlike suçu olması arasında bir ayrıma gidilmesi mümkün değildir; dahası, bir tehlike suçu olan uyuşturucu madde ticareti için örgüt kurulmasının kamu düzeni, barışı ve güvenliği bakımından yarattığı ağır tehlike ortadadır. Bu nedenle tehlike suçlarını işlemek amacıyla da örgüt kurmak mümkündür.⁷⁶⁴

II. TEHLİKE SUÇLARININ DOGMATİK ÖZELLİKLERİ

1. TEHLİKE SUÇLARININ TİPİKLEŞTİRİLMESİ MESELESİ

Hukuki varlığa ilişkin korumanın öne çekildiği tehlike suçlarının anayasal meşruiyeti, korumanın konusu ile koruma tekniği arasındaki sıkı bağılılık ilişkisini ihtiva eden (bir hukuki varlığın anayasal düzeyde değeri ne kadar yüksekse koruma seviyesinin öne çekilmesi de o düzeyde meşruiyet kazanır) orantılılık ilkesine ve tehlike suçlarının tipikleştirilmesi meselesini de ilgilendiren kanunun açıklığı ve belirliliği ilkelerine uygun hareket edilmesiyle sağlanabilir. Kastın araştırılması, kastın konusunun tehlikeyi karakterize eden bir ihtimal durumu olduğu durumlarda – indikatörler sistemi sayesinde imkânsız olmasa da – çok zor olan bir çıkarsama yargılamasının sonucu olduğu için, tehlike kastının araştırılmasındaki zorluk sebebiyle objektif sorumluluğa başvurularak engellenme riski bulunan kusur ilkesine dikkat edilmesi gerektiği de belirtilmelidir.⁷⁶⁵

⁷⁶⁴ Sarıtaş, Örgütlenme Suçları, s. 270, 271.

⁷⁶⁵ Demuro, s. 907.

Kanun koyucu, özel bir şekilde korunmaya değer olduğuna inanılan hukuki varlıkların koruma alanını öne çekmek adına tehlike suçları adı verilen suç tiplerini kullanmaktadır.⁷⁶⁶ Bununla birlikte zarar suçlarıyla tehlike suçlarının ayrılmasında kullanılacak kriterlerde bir belirsizlik hakimdir. Bazı suç tipleri özelinde öğreti ve uygulamanın yönelimlerini karakterize eden yanlış anlamaların ve çelişkilerin temelinde, bir davranışı suç haline getirirken kanun koyucunun korunan hukuki varlığa zarar verilmesini mi yoksa sadece tehlikeye atılmasını mı aradığının belirlenmesini sağlayan bir yorum kriterinin tespit edilmesine yönelik belirsizlik yatmaktadır. Bu konuya ilişkin son derece kapsamlı İtalyan yargı kararları incelendiğinde, kanun tarafından benimsenen normatif formülasyonlar dahilinde bir suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğunu tespit etmekte kullanılacak kesin bir kriter oluşturmanın zorluğu ortaya çıkmaktadır.⁷⁶⁷

Patalano, 1975 senesinde yayımlamış olduğu eserinde, kural olarak kanun koyucunun bir hukuki varlığın zarara uğratılmasını yasaklamadan salt tehlikeye atılmasını yasaklamayacağını belirtmektedir. Nitekim bir hukuki varlığın tehlikeye atılmasını cezalandırıp da zarara uğratılmasını cezalandırmamak tasavvur edilebilir değildir. Yazara göre, cezalandırmanın konusunu, kural olarak, zarar neticesinin oluşturduğu çünkü kanunun sadece istisnai hallerde ve açıkça öngörerek korunan hukuki varlığı tehlikeye koyan davranışları cezalandırılabilir hale getirdiği söylenebilir. Kanun koyucunun orantılılık ilkesi gereğince bir hukuki varlığın tehlikeye konulmasına karşılık öngördüğü ceza, söz konusu varlığın zarara uğratılmasına karşı öngörülen cezadan her zaman daha az olmalıdır.⁷⁶⁸

⁷⁶⁶ **Fiandaca**, “*La tipizzazione del pericolo*”, s. 441.

⁷⁶⁷ **Patalano**, s. 173, 174.

⁷⁶⁸ **Patalano**, s. 183 – 185.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, özellikle 1980’li yıllardan sonra ceza hukukunda bir paradigma değişimi yaşanmış ve önleyici ceza hukuku düşüncesiyle ceza normları ihdas edilmeye başlanmıştır. Günümüzde gelecekteki risklerin önlenmesi ve güvenliğin sağlanması gerekliliğiyle ihdas edilen bazı tehlike suçları için öngörülen cezalar, önlenmesi hedeflenen zarar suçlarının bir kısmı için öngörülen cezalardan daha ağır olabilmektedir. Bu anlamda tehlike suçları istisnai olmaktan çıkmıştır ve bu suçlar için öngörülen cezaların miktarı, ilgili düzenlemenin bir tehlike suçu mu yoksa zarar suçu mu olduğu hususunda artık bir fikir vermemektedir. Dolayısıyla tehlike suçu ihdas edilirken anayasaya ve ceza hukukuna hakim olan ilkelere aykırılığın gündeme gelmemesi için kanunilik, belirlilik, orantılılık, kusur ve ihlal ilkelerine uygun bir düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir. Ancak modern ceza hukuku düzenlerinde tehlike suçunu zarar suçundan ayırt etmek için Patalano’nun öne sürdüğü kriterlerden başka kriterlere ihtiyacımız vardır.

Öğretide zarar suçlarıyla tehlike suçları davranış üzerinden, netice üzerinden, suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekli üzerinden ve suçun maddi konusu üzerinden yapılmaktadır.

2. TEHLİKE SUÇU – ZARAR SUÇU AYRIMI

A. DAVRANIŞ ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM

Öğretide tehlikenin nedensel bir bakış açısıyla zarar neticesiyle bağlantılandırılarak ya da korunan hukuki varlık üzerinden anlaşılabileceği belirtilmektedir. Mangano’ya göre, neden ilk kriterin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin görüşün gerekçeleri incelenmelidir. Bu anlamda tehlikenin nedensel anlayışı, tehlikenin değerlendirilmesinin davranışla zarar neticesi arasında bir bağı gerektirmesi anlamında davranışın elverişliliğine ilişkin kriterin öne çıkartılmasına olanak tanır. Öte yandan eğer fiilin tehlikeliliği hukuki varlığa zarar verilmesi üzerinden tespit edilecek olursa

davranışla etki arasındaki bağ ve davranışın nedensel kapasitesine yönelik araştırma önemini yitirecektir. Esasında hukuka aykırılığın merkezi, davranışın sonucunda veya hukuki varlığın zarara uğratılmasında değildir, insani ve toplumsal önemi içinde görülen davranışın kendisindedir. Bu nedenle tehlike suçlarına ilişkin inceleme neticenin değersizliği üzerinden değil, hareketin değersizliği üzerinden gerçekleştirilmelidir. Hareket, zarar neticesini meydana getirme kapasitesinin olup olmaması bakımından tehlikeli olarak nitelendirilecektir.⁷⁶⁹

Ceza hukukunda hukuka aykırılık ve değersizlik (haksızlık) kavramlarını ayrıntılı bir şekilde açıklamayı düşünmüyoruz. Zira bu konu başlı başına bir doktora tezi olabilecek genişliktedir.⁷⁷⁰ Öte yandan Mangano'nun bahsettiği davranışın değersizliği ve neticenin değersizliği terimlerinden ne anlaşılması gerektiği kısaca açıklanmalıdır. Ceza normuyla korunması hedeflenen hukuki varlıkların ihlal edilmelerinin değersizlik içerikleri, davranışın değersizliği ve neticenin değersizliği kavramlarıyla biçimlendirilmektedir. Davranışın değersizliği, tipik fiilin icrası esnasında davranışın gerçekleştirilme şekli üzerinden belirlenmektedir. Suça teşebbüs halinde neticenin değersizliği ortaya çıkmadığı için cezalandırma, kural olarak, davranışın değersizliği esas alınarak gerçekleştirilir. Neticenin değersizliği ise, davranıştan kaynaklanan ve hukuki varlığa zarar verilmesi veya varlığın tehlikeye atılması şeklinde ortaya çıkan netice ile tanımlanmaktadır. Bu anlamda neticenin değersizliğinin neticeli suçlar bakımından önem arz ettiği belirtilmektedir.⁷⁷¹

⁷⁶⁹ Mangano, s. 207, 208.

⁷⁷⁰ Konuyla ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Ali Şahin Kılıç, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Adalet Yay., Ankara 2023, s. 56 vd.

⁷⁷¹ Uğur Ersoy, "Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme", CHD., S. 36, Nisan 2018, s. 45, 46.

Değersizlik kavramı, her zaman davranışın ve neticenin değersizliğini kapsamaktadır. Somut olaya göre davranışın değersizliği kasıtlı, taksirli yahut bunların çeşitleri şeklinde ortaya çıkabilirken; neticenin değersizliği, zarar ve tehlike şeklinde ortaya çıkan neticenin tamamlanması ve teşebbüs aşamasında kalması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Zararın gerçekleştirilmesi, tehlike suçlarında tehlikenin yaratılması ve objektif isnadiyet bakımından göz önüne alınan tüm hususlar, neticenin değersizliğinin unsuru olmaktadır. Neticenin değersizliğinin gerçekleşmesinin ön şartı ise, bir ceza normunu ihlal eden hareketin değersizliğidir.⁷⁷² Dolayısıyla ceza hukuku değersizliğinin temelini tipe uygun davranış olduğu ve davranıştan bağımsız bir netice değersizliğinden söz edilemeyeceği belirtilmektedir.⁷⁷³ Bununla birlikte neticenin değersizliğinden ayrık bir davranışın değersizliğinin de olamayacağı, değersizliğin salt norma aykırılıkla açıklanamayacağı; neticenin değersizliği olmaksızın tek başına davranışın değersizliğinin de soru işaretleri yaratacağı belirtilmiştir. Esasında değersizlik, davranışla gerçekleşen ve norm ile yasaklanan bir sosyal zararın meydana getirilmesidir. Davranışın değersizliğinin öne çıkarıldığı hallerde sosyal zarar göz ardı edilmektedir. Ayrıca davranışın değersizliği esas alınarak bir ceza hukuku teorisi benimsenecek olursa; suçun tam teşebbüs haliyle tamamlanmış hallerinin aynı şekilde cezalandırılması gerekliliği doğar.⁷⁷⁴

Hareketin ve neticenin değersizliğinin taksirli suçlardaki görünüm şekli, bu suçlar çoğunlukla netice unsuruyla ilişkili bir şekilde tipikleştirildikleri için, farklılık arz etmektedir. Taksirli suçların değersizlik niteliği bir norm ihlaline dayanır ve bu norm ihlali, objektif özen yükümlülüğünün ihlali şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁷⁷⁵ Esasında taksirli suçlarda kaçınılması gereken netice ile uyulması beklenen özen yükümlülüğünün

⁷⁷² Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık”, s. 27, 28.

⁷⁷³ Kılıç, s. 76.

⁷⁷⁴ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık”, s. 29, 30.

⁷⁷⁵ Kılıç, s. 78.

genel ölçüleri vurgulanmaktadır. Davranış normu, kaçınılması gereken neticeden kaçınmak adına kişi tarafından geliştirilmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlarda davranış normu, tam ve eksiksiz bir formülasyondan uzaktır. Taksirli suçların cezalandırılmasının esasını netice oluşturmaktadır. Bu anlamda değersizliğin esasının salt davranışta yer aldığına ilişkin yaklaşımların modern cezai sorumluluk anlayışıyla bağdaşmadığı belirtilmektedir. Bu anlamda liberal ceza hukuku, bir yükümlülüğün ihlali olarak görülen davranışın değersizliğinden ziyade, hukuki varlıkları korumayı amaçlayan neticenin değersizliğini ön plana almıştır ve kendi amacını hukuki varlıkların korunması olarak açıklamıştır.⁷⁷⁶

En önemli tartışma konularından birisiyse taksirli suçlarda neticenin suçun bir unsuru mu yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu tartışmasıdır. Öğretide bir görüşe göre, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış gerçekleştirilmekle birlikte taksirli suçun meydana geldiği kabul edildiğinde, bu davranış sonucunda ölüm ya da yaralanma gibi neticelerin meydana gelmesinin taksirli suçun niteliğinde bir değişiklik meydana getirmeyeceği ve bu sebeple neticenin, suçun bir unsuru olmadığı; ancak objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.⁷⁷⁷ Ancak hakim görüşe göre, taksirli suçlarda netice tipik fiilin bir unsuru olmaktadır. Buna göre, kasıtlı suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da aynı norm ihlal edilmekte olup taksirli suçlar bakımından geçerli bağımsız bir normun varlığı kabul edilebilir değildir. Bu anlamda netice, hukuki varlık ihlali olarak normun konusu ve böylece suçun unsuru olarak anlaşılmalıdır.⁷⁷⁸

Ersoy’a göre taksirli suçlarda meydana gelen neticenin/sonucun hukuki niteliğini bütüncül bir bakışla açıklayan görüşlerde isabet yoktur. İsabetli bir sonuca varmak için

⁷⁷⁶ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık”, s. 30.

⁷⁷⁷ Koca – Üzülmmez, s. 211.

⁷⁷⁸ Bkz. Koca – Üzülmmez, s. 211.

“taksirli zarar suçları” ile “taksirli tehlike suçları” arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Buna göre taksirli zarar suçlarında netice, ihlali kurucu nitelikte olup suçun unsuru olarak kabul edilmelidir. Taksirle işlenen tehlike suçlarında ise meydana gelen sonuç – netice değil – ise, objektif cezalandırılabilirlik şartı niteliğindedir. Bu taksirli tehlike suçlarında ihlal, normda belirtilen özen yükümlülüğüne aykırılığın gerçekleştirilmesiyle meydana gelmektedir. Buna örnek olarak TCK m. 162 hükmünde düzenlenen taksirli iflas suçu verilebilir.⁷⁷⁹

Bize göre de TCK m. 162 hükmünde iflasa karar verilmesi objektif cezalandırılabilirlik şartını ifade etse de taksirli tehlike suçlarındaki sonucun objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu kabulü yerinde değildir. Örneğin, TCK m. 171 genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulmasını cezalandırmaktadır ve bu maddede yer alan suç, bir somut tehlike suçu niteliğindedir.⁷⁸⁰ Ersoy bir başka çalışmasında somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin hukuki niteliğini netice olarak kabul etmektedir.⁷⁸¹ Somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin hukuki niteliğinin suçun kasıtlı veya taksirli olmasına göre değişmesi için bir sebep bulunmamaktadır. Bu itibarla taksirli tehlike suçlarının davranışın değersizliği, taksirli zarar suçlarının neticenin değersizliği üzerinden açıklanması gerektiğini belirten görüş isabetli sayılmaz.

Benzer yöndeki bir görüşe göre de kanun koyucunun kasten veya taksirle işlenen farklı niteliklerde soyut veya somut tehlike suçlarını düzenlemek noktasında bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak mevcut neticeli suçların dogmatik yapılarının yahut pratik sonuçlarının değiştirilmesi düşünülmemektedir. Dolayısıyla neticenin değerinin sahip olduğu fonksiyonların kabulü gerekmekte ve taksirli suçlardaki neticeyi objektif

⁷⁷⁹ Ersoy, “Hareketin ve Neticenin Haksızlığı”, s. 63.

⁷⁸⁰ Doğan, s. 183.

⁷⁸¹ Ersoy, “Tehlike Suçları”, s. 43.

cezalandırılabilirlik şartı saymayı teklif eden görüşlerin reddi gerekmektedir. Gerçekten de taksirli suçları düzenleyen normlar, kural olarak tek başına hareketi yasaklamamakta; bir unsur olarak neticenin ortaya çıkmasını aramaktadır. Normun bu yapısı, salt özen yükümlülüğünün ihlalini tek başına cezalandırmaya izin vermemektedir. Taksirli suçların cezalandırılması için tek başına nedensellik de yeterli olmayıp, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışla neticenin “öngörülebilir” olması da zorunludur. Neticenin öngörülebilir olması şartından vazgeçilmesi halinde söz konusu neticenin bir objektif cezalandırılabilirlik şartına dönüşeceği ifade edilmektedir. Ancak bu durumda objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın hangi kıstas üzerinden belirleneceği belirsiz olup bu belirsizlik ceza hukuku için çok tehlikelidir. Tesadüfe bağlı ceza sorumluluğunun doğmaması için neticenin öngörülebilirliği kriterinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle taksirli suçlarda davranışın değerinin yanı sıra mutlaka neticenin de değeri bulunmaktadır.⁷⁸²

Bu konuyla benzer bir tartışma da soyut tehlike suçlarıyla somut tehlike suçları arasındaki ayrıma ilişkin olarak yürütülmektedir. Nitekim öğretideki bir görüşe göre, soyut tehlike suçları davranışın değersizliğini; somut tehlike suçları da neticenin değersizliğini yansıtmaktadır.⁷⁸³ Esasında bu görüşler, Binding’den itibaren Alman literatürünün net bir şekilde etkilendiğini gördüğümüz katı ve indirgemeci “tehlike neticesi” kavramının etkisi altında oluşturulmuştur ve bu görüşler sadece gerçek ve uygun bir tehlikenin suçun tipik neticesini oluşturabileceğine inanmaktalardır. Bu anlamda soyut

⁷⁸² **Murat Ceyhan**, Ceza Hukukunda Netice, On İki Levha Yay., İstanbul 2022, s. 105, 106. Yazar eserinin ilerleyen kısımlarında TCK m. 171 hükmünde düzenlenen taksirli somut tehlike suçundaki somut tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesinin taksirin tanımıyla bağdaşmadığını da haklı olarak belirtmektedir. Bkz. **Ceyhan**, s. 174.

⁷⁸³ Alman öğretisinde ileri sürülen bu görüş için ayrıca bkz. **Fiandaca**, “*La tipizzazione di pericolo*”, s. 447.

tehlike suçlarının neticenin değersizliğini yansıtmadığı belirtilebilir. Dolayısıyla bu suçların hukuka aykırılığı, ancak davranışın değersizliğine dayandırılabilir. Özünde somut tehlike suçları, gerçek anlamda neticeli suçlar olurken; soyut tehlike suçları, sırf hareket suçları olacak ve neticenin değersizliğinden yoksun bulunacaklardır.⁷⁸⁴

Tiedemann’a göre, yaşam, vücut bütünlüğü gibi klasik hukuki varlıkların dışında kalan “ulusal ekonomi” gibi ara nitelikteki varlıklar, suç fiilinin ihlal edici içeriğini ifade etmek bakımından elverişli değildir ve bu varlıklar, doğalcı anlamda zarar göremezler. Aynı şekilde bu varlıklar bakımından somut tehlikenin meydana geldiğinden ya da gelmediğinden bahsetmek imkansızdır. Bu hallerde davranışlar ancak kanuni yükümlülüklerin ihlali görünümü altında yasaklanabilir ve bu yükümlülüklerle atıf yapmadan söz konusu davranışların hukuka aykırı fiiller olduğunu tespit etmek mümkün değildir. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali, büyük oranda failin iç dünyasına dayanmaktadır ve dışa yansıyan davranış failin içsel tutumunu gösterdiği ölçüde önemli ve ilgili hale gelir.⁷⁸⁵

Kavramsal ve terminolojik farklılıklar barındırmasına rağmen, aynı yönde görüş açıklayan Volz da soyut tehlike suçlarının özelliğini, bu suçların, hukuki varlık bakımından muhtemel bir zarar riski yaratılması ile şekillenen suçlar olarak belirlemektedir. Bu risk, kanunun genel olarak tehlikeli olduğu için yasakladığı bir hareket ile yaratılmaktadır. Bu hareketler zararlara sebep olma kapasiteleriyle karakterize edilmiştir ve bunlar hukuki varlığa zarar verme ihtimaliyle bağlantılıdır. Risk bir somut tehlikenin meydana gelme ihtimalini değil, zarar meydana gelme ihtimalini teşkil eder. Bu anlamda suç tipi, meydana gelebilecek riskin ilişkili olduğu hukuki varlığın açık bir şekilde anlaşılmasını sağlayacak biçimde oluşturulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında soyut

⁷⁸⁴ Bu görüşler için bkz. **Parodi Giusino**, s. 232 – 237.

⁷⁸⁵ Tiedemann’ın görüşleri için bkz. **Parodi Giusino**, s. 234, 235.

tehlike suçlarındaki değersizlik, meydana gelebilecek sonuçları nazara almaksızın bu riskin kendisinde yatmaktadır. Dolayısıyla cezalandırmanın kaynağı, riskli hareketlerin muhtemel sonuçlarıyla temsil edilen objektif değersizlik değil, sosyal düzenin korunmasını hedefleyen yükümlülüklerin ihlali olmaktadır. Öyle ki davranışın hukuki varlığa zarar vermeye genel elverişliliği dahi aranmamaktadır.⁷⁸⁶

Ancak bu görüşler tatmin edici bulunmamıştır. Zira ceza hukuku, içsel tutumları bastırmak üzere tedbir uygulayarak kendisini meşrulaştıramaz. Ceza hukuku, hukuka aykırı davranışların toplumsal olarak önem arz eden menfaatleri ihlal ettiğini göstermelidir ve bu amaç için davranışın (hatta düşüncenin) değersizliğine başvurmak yeterli bir kriter değildir. Bu aşamada suç fiillerini hukuki bir varlığın ihlali olarak inşa etmenin önemi bir kez daha kendisini göstermektedir. Öte yandan, fiilin değersizliğini ex ante tanımlanmış bir yükümlülüğün ihlaline dayandırmak (Brehm'in görüşü), etkili bir şekilde zarar verme elverişliliği bulunmayan soyut tehlikeli davranışlarla ilgili klasik problem olan bu hallerdeki cezalandırmanın sırf itaatsizliği cezalandırmak olduğu meselesini aşamamaktadır. İlgili görüş çerçevesinde daha sonra yükümlülük somut olaya atıfla somutlaştırılmaya çalışılır; ancak bu, zararın kapsamının dışında kalır ve sadece yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmeye hizmet eder. Öte yandan bu tür bir dogmatik yapı, neticenin meydana gelmesi şartı göz ardı edilerek cezalandırılan taksirli suçlara tekabül eder. Eğer neticesiz (sırf davranış) taksirli suçlar gibi soyut tehlike suçları oluşturulmak isteniyorsa, bu suç tiplerinde yapısal bir unsur olarak tehlikeye atıf yapmanın özel bir fonksiyonu olmadığını ve salt davranışın değersizliğine geri dönüldüğünü kabul etmek gerekir. Benzer eleştiriler Volz'ün görüşleri için de geçerlidir.⁷⁸⁷

⁷⁸⁶ Volz'ün görüşleri için bkz. **Parodi Giusino**, s. 236, 237.

⁷⁸⁷ **Parodi Giusino**, s. 237 – 239, dn. 142.

Esasında tüm bu teorik açıklamalardan bağımsız olarak, soyut tehlike suçlarını neticenin değersizliğinden yoksun davranış suçlarına indirgeyen tüm tezlere karşılık, teknik anlamda bir tehlike neticesi olmayan, ancak yine de fiilin değersizliğini içeren bir dış olayın gerçekleşmesiyle tartışmasız bir şekilde karakterize edilmiş pek çok soyut tehlike suçu olduğu söylenmelidir. Örneğin yangın çıkartmak suçları tam anlamda somut tehlike suçu değildir; ancak tam anlamıyla davranış suçu olarak da nitelendirilemezler. Bu nedenlerle soyut tehlike suçları ile somut tehlike suçları arasındaki ayrım sırf davranış suçlarıyla neticeli suçlar arasındaki ayrıma indirgenemez.⁷⁸⁸

Böylece Mangano'nun tehlike suçlarının hareketin değersizliği (haksızlığı) üzerinden incelenmesi gerektiği görüşünü de hareketin haksızlığı ön plana alınarak oluşturulan ceza hukuku anlayışının tehlikeleri sebebiyle yerinde olmadığını belirtiyoruz.

B. NETİCE ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM

a. Netice Kavramına İlişkin Genel Açıklamalar

Öğretide zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında yapılan ayrım, genellikle neticeye göre suçların ayrımı başlığı altında yapılmaktadır. Ancak bu görüşler incelenmeden önce, kısaca netice kavramından ve neticeyi açıklayan teorilerden bahsedilmelidir.

Netice kavramının dilde ve farklı disiplinlerde son derece geniş bir anlamı bulunmaktadır. Ancak hukuku ilgilendiren anlamda netice, nedensellik ilişkisi içinde bir durum ya da olgunun gerçekleşmesi olarak anlaşılmaktadır ve etki ile eş anlamlı olarak değerlendirilebilir. Öte yandan nedensel bir süreç içerisinde ve doğal bir olay olarak

⁷⁸⁸ Parodi Giusino, s. 239, 240.

ortaya çıkan her netice değil, insan davranışının neden olduğu etkiler, hukuku ilgilendiren netice olarak değerlendirilecektir.⁷⁸⁹

Öte yandan, insan davranışıyla meydana gelen tüm değişiklik ve etkiler hukuku ilgilendiren netice kavramına dahil değildir. Ceza hukukunu ilgilendiren netice, tipik fiili oluşturan ve meydana gelmesinin ceza müeyyidesiyle yasaklandığı etki veya etkilerdir.⁷⁹⁰ Ayrıca sadece suçu oluşturan neticeler değil, aynı zamanda cezayı artıran veya azaltan nedenleri oluşturan etkiler de netice kavramına dahil olmaktadır. Böylece suçun nitelikli hali olan neticeden, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardaki suçu ağırlaştıran neticeden ve objektif cezalandırılabilme şartı olan neticeden söz edilebilir.⁷⁹¹

Netice kavramının ceza hukuku disiplini için önemi büyüktür. Ceza hukukunun temel konularından netice kavramını gerektiren ve ona bağlı olanların sayısı hiç de az değildir. Bu özellikle kast, taksirli suç, nedensellik bağı gibi kavramlar için söylenebilir. Neticenin özellikle teşebbüs teorisinde kayda değer bir fonksiyonu bulunmaktadır ve neticeye farklı suç tipleri atıfta bulunmaktadır: kastı aşan suç, bileşik suç, geçitli suç gibi. Ayrıca suça iştirak ve suçların içtimaı açıklanırken de netice kavramına başvurulmaktadır.⁷⁹²

⁷⁸⁹ **Antolisei**, L’Azione e l’evento, s. 89, 90; **Öntan**, s. 257.

⁷⁹⁰ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 76; **İlhan Bulut**, Suçta Netice, Adalet Yay., Ankara 2022, s. 62, 63; **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 20, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 181: Ancak yazar neticesiz suç kavramını kabul etmemekte ve her suçta bir netice olduğunu belirtmektedir.

⁷⁹¹ **Öntan**, s. 258, 259.

⁷⁹² **Antolisei**, L’Azione e l’evento, s. 90.

b. Neticenin Doğalcı Anlayışı ile Hukuki Anlayışı Arasındaki Ayrım ve Neticeli – Neticesiz Suç Ayrımı

Netice kavramının anlamı ve onu meydana getiren davranış ile bağı konusunda iki teori çatışma halindedir: Doğalcı teori ve hukuki teori. Bunlardan doğalcı teoriye göre netice, insan davranışının doğal bir etkisidir. Bu teoriye göre netice, suç tipinin kurucu unsurlar olarak addettiği, nedensellik bağıyla failin davranışına bağlanabilen, dış dünyadaki suç tanımına uygun değişikliği ifade eder.⁷⁹³ Böylece, davranışın sonucu olarak davranıştan mantıken ayrılabilen fiili bir durumun kurucu unsur olduğu tüm suç tiplerinin neticeli suçlar kategorisine dahil edilebileceği söylenebilir.⁷⁹⁴

Doğalcı teoriyi savunan bir görüşe göre, davranışın sonucu olarak meydana gelen bu doğal etki, mala zarar verme suçunda bir şeyin tahribinde olduğu gibi *fiziki*, öldürme suçlarında bir kimsenin ölmesi gibi *fizyolojik* veya hakaret suçunda hakaretimiz sözün duyulmasında olduğu gibi *psikolojik* olabilir.⁷⁹⁵ Bu değişikliğin ayrıca dolandırıcılık suçundaki zarar gibi *mameleki* bir etki şeklinde meydana gelebileceği de ifade edilmektedir.⁷⁹⁶

Doğalcı teori neticenin bir dış dünya değişikliğini ifade ettiğini belirtmekle birlikte dış dünya değişikliğinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Bir görüşe göre, örneğin tehdit suçunun mağdurunun iç dünyası, fail bakımından dış dünyadır. Hatta

⁷⁹³ **Mantovani**, s. 133; **Pulitano**, s. 167; **Toroslu – Toroslu**, s. 140; Ayrıca bkz. **Antolisei**, L’Azione e l’evento, s. 92 – 95; **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 268; **Antonio Fiorella**, Il reato come fatto offensivo, dominabile e riprovevole, le strutture del diritto penale, C. II, G. Giappichelli Ed., Torino 2017, s. 19.

⁷⁹⁴ **Pulitano**, s. 167.

⁷⁹⁵ **Toroslu – Toroslu**, s. 140; Hakaret sonucunda meydana gelen üzüntü ve onur kırıklığının da netice olduğu yönünde bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 181.

⁷⁹⁶ **Mantovani**, s. 133; **Öntan**, s. 261.

siyasal veya askeri casusluk suçunda sırrın fail tarafından öğrenilmiş olması gibi failin iç dünyasındaki bir değişiklik dahi bir neticeye imkân verebilir. Bu anlayışta netice her durumda bir dış dünya değişikliğini ifade etmemektedir.⁷⁹⁷ Buna karşılık dış dünya ile kastedilenin hareketi gerçekleştirenin dışındaki dünya olduğu ve bu anlamda sadece fizik ve fizyolojik varlıkları içerisindeki kişiler ve objeler değil, failin dışındaki kişilerin psikik alanlarının da dış dünya kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir.⁷⁹⁸

Liepmann’a göre, kimi hallerde netice, bir durumun sürdürülmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Yazar, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ve özellikle de kendisini dışarıda bırakma hakkına sahip olanın yasaklamasına rağmen bir başkasının evinde kalan kişinin durumunu örnek olarak vermektedir. Bu durumda suç, failin hak sahibinin iradesiyle çatışmaya girdiği anda tamamlanır; ancak bu anda bir dış dünya değişikliği meydana gelmemiştir. Sadece daha önce var olan bir durum sürdürülmüştür.⁷⁹⁹ Bu anlayışı Türk ceza hukukuna uyarlamamız gerekirse, bir kimsenin konutuna rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak şeklindeki davranış, bir durumun sürdürülmesi olarak nitelendirilebilir. Ancak rıza ile girilen konutta, hak sahibinin rızayı geri almasından sonra, konutu terk etmesi istenilen kişinin toparlanıp çıkması için gereken süre geçtiği halde konuttan çıkmadığı anda suç tamamlanır. Dolayısıyla suçun tamamlanması için, bu durumun belirli bir süre devam etmesi zorunlu değildir⁸⁰⁰; ancak fail, çıkmamak şeklindeki fiiline devam ettiği sürece suç sona ermez. Dolayısıyla bu suçun

⁷⁹⁷ **Faruk Erem – Ahmet Danışman – Mehmet Emin Artuk**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 265.

⁷⁹⁸ **Öntan**, s. 262.

⁷⁹⁹ Alman öğretisinde Liepmann tarafından savunulan bu görüş için bkz. **Antolisei**, L’Azione e l’evento, s. 95.

⁸⁰⁰ **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, B. 10, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 101: Dolayısıyla söz konusu suç zorunlu değil; muhtemelen kesintisiz bir suçtur.

tamamlanması için, bir neticenin gerçekleşmesi gerekmemektedir. Suçun tamamlanması anı ile sona ermesi anı arasında geçen süreyi, yani bir durumun sürdürülmesini de netice saymaya imkân yoktur. Antolisei'ye göre de neticeli suçlarda, suç, meydana gelmesi için gereken diğer unsurlarla birlikte neticenin de gerçekleşmesiyle tamamlanır. Ancak bu unsurların farklı zamanlarda ortaya çıkmaya başlayabileceği kabul edilmektedir. Önemli olan belirli bir anda bu unsurların birlikte mevcut olmalarıdır. Netice, davranışın gerçekleştiği anda ortaya çıkmak zorunda değildir; suçun tamamlandığı anda var olması yeterlidir. Dolayısıyla, bir durumun sürdürülmesi, hiçbir zaman bir neticeyi teşkil edemez.⁸⁰¹ Öte yandan, neticenin bir dış dünya değişikliğinden ziyade, dış dünyada meydana gelen bir durum olarak tanımlanmasının, tehlikenin de bir netice sayılması bakımından yerinde olabileceği belirtilmiştir.⁸⁰²

Bu aşamada doğalcı teorinin genişletilmiş şekli olarak kabul edilebilecek “*tehlike kuramı*”ndan bahsedilebilir. Zarar neticesi ve tehlike neticesi olmak üzere iki netice kabul eden söz konusu kuram, doğalcı teoriyi reddetmemekte; tehlikeyi dahi dış dünyada bir değişiklik olarak değerlendirmektedir.⁸⁰³ Bu görüş incelenirken dış dünya değişikliğinin duyularla algılanmasının bir zorunluluk olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır.

Öğretideki bazı görüşler neticenin her zaman bir dış dünya değişikliği olduğunu belirtmekle yetinmemekte; bu değişikliğin ayrıca duyularla algılanabilir olması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüşe karşı çıkan Liepmann'a göre hakaret suçunun neticesi, hakaretimiz sözün duyulmasını takriben mağdurun iç dünyasında oluşan ihlal üzerinden, yani kişinin psikik kişiliğinin değerinin azalması hissi üzerinden belirlenir. Bu,

⁸⁰¹ Antolisei, L'Azione e l'evento, s. 96.

⁸⁰² Öntan, s. 262.

⁸⁰³ Erem – Danışman – Artuk, s. 268, 269.

suçun pasif süjesinin iç dünyasındaki bir değişikliktir ve duyularla algılanamaz, dolayısıyla algılanabilir değildir. Ne var ki Liepmann, hakaret suçunun neticesiyle kanun koyucunun hakareti suç haline getirmekteki motivasyonunu birbirine karıştırmış görünmektedir. Kanun koyucu şeref menfaatine zarar verdiği veya onu tehlikeye koyduğu için hakaret fiilini suç olarak kabul etmektedir. Söz konusu fiil kişinin iç dünyasında bir zarar hissine sebep olabilir; ancak bu his suçun meydana gelmesi için gerekli değildir. Bu hissin meydana gelmediği hallerde de hakaret fiili vardır ve suç tamamlanmıştır.⁸⁰⁴

Antolisei, Liepmann'ın argümanını tatmin edici bulmamakla birlikte, dış dünya değişikliği şeklindeki neticenin algılanabilir olması gerektiği görüşlerine karşı çıkmaktadır. Yazara göre, tehlike de bir neticedir. Zira tehlike, insan zihninin basit bir yansıması olarak kabul edilemez; tehlike salt bir zihin soyutlaması olmayıp somut bir niteliği haizdir çünkü zarar ihtimali tecrübeden kaynaklanmaktadır ve doğa yasaları içinde sağlam bir temele sahiptir. Ancak tehlikenin objektif anlayışını, tehlikeyi duyularla algılanabilen dışsal bir olgu olarak kabul edecek kadar ileri taşımak mümkün değildir. Dolayısıyla neticenin duyularla algılanabilir dış dünya değişikliği olduğunu belirten görüşleri reddedip salt dış dünya değişikliği olarak kabul etmek daha yerindedir.⁸⁰⁵

Netice, davranıştan açıkça ayırt edilebilmektedir ve onu meydana getiren nedenden kronolojik olarak sonra meydana gelir. Davranış ile eş zamanlı meydana gelmiş gibi görünen hallerde dahi kısa da olsa netice ile davranış arasında bir süre vardır.⁸⁰⁶ Meydana gelen dış dünya değişikliği şeklindeki neticeyle davranış arasında bir

⁸⁰⁴ Antolisei, L'azione e l'evento, s. 97, 98.

⁸⁰⁵ Antolisei, L'azione e l'evento, s. 98; Öntan, s. 263.

⁸⁰⁶ Erem – Danışman – Artuk, s. 266.

nedensellik bağı bulunmaktadır.⁸⁰⁷ Bu bağ, davranışın sebep olduğu her etki açısından değil, kanunda belirtilen tipik netice ile davranış arasında aranacaktır.⁸⁰⁸

Doğalcı anlayışta netice bir dış dünya değişikliği olarak tanımlandığı için, doğalcı anlayış esas alındığında neticenin her suçta bulunması gereken bir unsur olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Nitekim kimi suç tiplerinin meydana gelmesi için kanun koyucu salt belirli bir davranışın gerçekleştirilmesini yeterli görmekte, ayrıca bu davranışın etkisi olarak bir dış dünya değişikliğinin meydana gelmesini aramamaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunun meydana gelmesi için failin, *“zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden...”* alması yeterli olup bu davranışın etkisi olarak bir dış dünya değişikliğinin meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu durumda neticesiz suçlar da bulunmaktadır.⁸⁰⁹

Böylece öğretide neticeli suçlar ile neticesiz suçlar ayrımı yapılmaktadır. Doğalcı anlamda bir netice ile karakterize edilen suçlar maddi suçlar olarak nitelendirilirken; doğalcı anlamda neticenin eksik olduğu, maddi fiilin sadece davranıştan ibaret olduğu suçlar şekli suçlar olarak nitelendirilmektedir. Bu suçlar aynı zamanda sırf davranış suçları olarak da nitelendirilmektedir ve bunlarda netice unsuru eksik olduğu için nedensellik bağı araştırması yapılmasına gerek yoktur.⁸¹⁰ Neticesiz suçlarda salt davranışın kendisi normla korunan hukuki değere zarar verir ya da onu tehlikeye atar.⁸¹¹

⁸⁰⁷ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 90, 91; **Fiorella**, Il reato, s. 19.

⁸⁰⁸ **Öntan**, s. 264.

⁸⁰⁹ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 141; **Öntan**, s. 265.

⁸¹⁰ **Fiorella**, Il reato, s. 19; **Öntan**, s. 266.

⁸¹¹ **Öntan**, s. 266.

Bir diğ er ayırım da ihlal edici netice ve ihlal edici olmayan netice ayırımıdır. Neticenin fiilin ihlal ediciliğini ifade ettiğı ve korunan varlığın zarara uğratılması veya tehlikeye atılmasına göre zarar neticesi ya da tehlike neticesi olarak ortaya çıktığı hallerde ihlal edici netice söz konusudur. İhlal edici olmayan neticedeyse davranışın bir neticesi vardır, ancak bu ihlali ifade etmemektedir. Örneğın İCK m. 642⁸¹²'de davranışın neticesi kişinin kendi malını tahrip etmesidir; ancak bu sigortacının malvarlığıyla bağlantılı ihlali ifade etmemektedir.⁸¹³ Bir görüşe göre bu ayırım bazı soyut tehlike suçlarının yapısını açıklamak bakımından faydalıdır. Zira soyut tehlike suçlarında ya belirli bir netice yoktur ve bu anlamda ihlal davranışın değersizliğı üzerinden belirlenir ya da tipik normda yer alan netice normun ihdası amacıyla kaçınılması hedeflenen zararlar aynı değildir. İlk gruba alkollü araç kullanma suçu; ikinci grubaysa konutta yangın çıkartma suçu örnek olarak verilmektedir.⁸¹⁴ Ancak soyut tehlike suçlarının hareketin değersizliğı üzerinden belirlendiğine yönelik görüşlere katılmadığımız için⁸¹⁵, bu son ifade edilen görüşe de katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Nitekim bize göre soyut tehlike suçlarında da bir zarar ihtimali cezalandırıldığı için zayıf da olsa neticenin değersizliğı ile karakterize edildikleri söylenebilir.⁸¹⁶

⁸¹² İCK m. 642/1: “Kendisi veya başkası adına bir sigorta tazminatı almak veya sigorta sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir avantaj elde etmek amacıyla, kendi mülkiyetinde bulunan malları tahrip eden, dağıtan, bozan ya da gizleyen, bir poliçede ya da bir sigorta sözleşmesinin düzenlenmesi için gereken belgelerde sahtecilik ya da değışiklik yapan, ... cezalandırılır.”; TCK’da da dolandırıcılık suçunun sigorta bedelini almak maksadıyla işlenmesi bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (TCK m. 158/1-k).

⁸¹³ Mantovani, s. 134.

⁸¹⁴ Bulut, s. 108.

⁸¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. §2/II/2/A.

⁸¹⁶ Doğan, s. 182, 183.

Sırf davranış suçu ile neticesiz suç ayrımıyla bağlantılı olarak öne sürülen bir başka görüşe göre neticesiz suç yoktur ve netice, her suçta bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşe göre, davranış ile netice arasında illiyet bağı bulunması zorunludur ancak bu bağı varlığı davranışla neticenin ayrı olmasını gerektirmez. Yalan tanıklık etme davranışı yalan yere tanıklık edilmiş olması neticesini doğurmuştur. Burada davranış ile netice o kadar bitişiktir ki illiyet bağının varlığına ilişkin bir araştırma yapılmamaktadır. Ancak araştırma yapılmaması bu bağı olmadığını ve dolayısıyla neticenin var olmadığını göstermez. Neticenin kanuni tipte ayrıca gösterilmemiş olması neticenin var olmadığını göstermez neticenin harekete bitişik olduğu anlamına gelir. Bu hipotezlerde netice yoksa hareket de yoktur denilebilir. Bu görüş, neticeyi yine doğal alemdeki bir olay olarak değerlendirir. Neticenin harekete bitişik olmasıyla hareketten ayrı olması, her ikisine de netice denmesine engel değildir.⁸¹⁷

Benzer yöndeki bir görüşe göre de mantıksal olarak bir neticeyi, davranışın sonucu olarak tanımlamak her zaman mümkündür ve bunun isnadı, kaynağı süjenin davranışı olan bir nedensellik yargısını gerektirir. Bu görüşe göre İCK m. 385 (TCK m. 292) hükmünde düzenlenen ve tutuklu veya hükümlünün kaçmasını cezalandıran norm, İtalyan öğretisinde sırf tehlike suçlarına verilen tipik örnektir ve aslında firar etme davranışının gerçekleştirilmesiyle tamamlanır ve suçun meydana gelmesi için başkaca bir sonuca (neticeye) gerek bulunmamaktadır.⁸¹⁸ Ancak daha iyi bakıldığında bu suç hipotezinde dahi tutuklu kişinin hapislihanenin duvarlarının dışında bulunması gibi nedensel olarak failin davranışına kadar izlenmesi gereken dışsal bir oluş şeklinde bir netice bulunmaktadır. Bu görüşe göre, doğalcı anlamda netice suçun genel kurucu

⁸¹⁷ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 82 – 84; Aynı yönde bkz. **Özbek – Doğan – Meraklı – Bacaksız – Başbüyük**, s. 238; **Daragenli**, “Tehlike Suçları”, s. 170.

⁸¹⁸ Türk ceza hukuku öğretisinde de söz konusu suç, sırf davranış suçlarına verilen tipik örneklerden birisidir. Bkz. **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 143.

unsurudur. Öte yandan, suçun esaslı bir unsuru olarak neticenin ihlal ediciliğine itibar göstermek isteyenlerin, somut tehlikenin veya zararın meydana geldiği tarihsel ve mantıksal bir anda somutlaşan dışsal bir şeyin varlığını her durumda kabul etmeleri gerekmektedir. Bu tür bir mantıksal ve tarihsel an, onu tamamlayan doğal bir şeyi gerektirir. Bu da mantıken, failin davranışının sonucu olabilecek fiili bir durum ya da olgu olarak “doğalcı” anlamda bir netice olarak tanımlanmalıdır.⁸¹⁹

Bununla birlikte neticesi harekete bitişik netice kavramı, davranışla netice kavramlarının birbirinin içine geçmesine sebep olmakta ve netice kavramını “dış dünyada meydana gelen bir değişiklik” olmaktan uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla harekete bitişik netice kavramını savunanlar, doğalcı netice kavramını kabul ettiklerini belirtmekle birlikte, doğalcı teorinin alanından uzaklaşmakta ve hukuki netice teorisi kapsamında değerlendirme yapmaktadırlar. Bu bağlamda, hukuki düzenin olgusal dünyaya ait olduğu iddiası da ikna edici bulunmamaktadır.⁸²⁰

Doğalcı teori taraftarlarının ağırlıklı olarak kabul ettiği ve neticenin zarar ya da somut tehlike şeklinde ortaya çıkabildiği şeklindeki görüşlere iştirak etmekteyiz. Çünkü somut tehlike de bir dış dünya değişikliği olmasa da zamansal olarak davranıştan ayrılabilen, dış dünyada meydana gelen bir durumdur. Ancak neticenin zarar ya da somut tehlike şeklinde ortaya çıkması, korunan hukuki varlığa zarar verilmesi ya da tehlikeye atılmasıyla karıştırılmamalıdır. Netice davranışın bir etkisiyken ve her suçta olması zorunlu değilken, korunan hukuki varlığa zarar verilmesi veya tehlikeye atılması suçun bir sonucu olup zararsız ya da tehlikesiz bir suçtan bahsedilmesi mümkün değildir.⁸²¹

⁸¹⁹ Fiorella, Il reato, s. 19, 20.

⁸²⁰ Öntan, s. 269.

⁸²¹ Öntan, s. 269, 270.

Hukuki teori taraftarlarına göre netice, hukuken korunan menfaatlerin zarara ya da tehlikeye uğratılması şeklinde tezahür eden hukukun ihlalidir. Böylece netice doğal bir kavram olmaktan çıkartılıp hukuki bir kavram haline getirilebilmektedir. Bu anlamda her suçta zarar ya da tehlike neticesi şeklinde bir netice bulunmaktadır ve neticesiz suç kavramı kabul edilmeyecektir.⁸²² Özellikle ihlal ilkesi, hukuki anlamda neticeye yansır; bu, meydana gelen fiil ile normatif değerlendirme arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir kavramdır. Hukuki netice, ceza hukuku perspektifinden değerlendirilen tabii neticedir ve bu anlamda hukuki varlığa yönelik ihlali teşkil eder. Böylece ölüm neticesi, ceza hukuku perspektifiyle tespit edilir çünkü bu netice norm tarafından korunmak istenen yaşama hakkıyla çatışma halindedir. Bu anlamda tarihi olay olarak fiil, ceza hukuku tarafından gerçekleştirilen değerlendirme temelinde farklı bir anlam kazanır.⁸²³

Hukuki netice de doğalcı netice gibi suçun bir unsurudur. Özellikle hukuki netice bakımından bu değerlendirme özel bir anlam kazanır çünkü hukuki anlamda neticenin hukuki varlığa yönelik ihlale tekabül etmesi, her seferinde doğalcı anlamdaki olguların gerçekten de hukuki varlığa yönelik ihlale sebep olup olmadıklarının araştırılmasını gerektirir.⁸²⁴ Ancak elbette hukuki netice anlayışında netice, davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak değil, davranışın zarar verici etkisi, yani korunan hukuki varlığın zarar ya da tehlikeye atmak şeklinde ihlalini teşkil eder.⁸²⁵

Hukuki teori taraftarlarından Delitala'ya göre de netice normla korunan menfaatin zarar ya da tehlike şeklinde ihlali şeklinde tanımlanabilir. Yazara göre, doğalcı teori uyarınca netice kavramı, suç teşkil eden davranışın bütün sonuçları değil, hukuk

⁸²² **Mantovani**, s. 134; Bu konuda bkz. **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 108; Bkz. **Bulut**, s. 65.

⁸²³ **Fiorella**, Il reato, s. 20.

⁸²⁴ **Fiorella**, Il reato, s. 20, 21.

⁸²⁵ **Öntan**, s. 270.

tarafından ilgili addedilen sonuçları kapsamına almaktadır. Esasında davranışın doğal etkisi, kanunun kaçınmayı hedeflediği etkiyi yansıttığı ölçüde kanun bakımından bir öneme sahip olabilir. Sadece bu anlayış kapsamında doğal etki suçun unsurunun bir parçası olabilir. Dolayısıyla hukuki sonuç yerine, davranışın doğal sonucunu netice terimiyle karşılananın bir gerekçesi bulunmamaktadır. Böylece korunan varlığın sadece zarara uğratılması veya tehlikeye atılması söz konusudur ve doğal etki, söz konusu zararın bir emaresinden veya var oluş biçiminden başka bir şey değildir.⁸²⁶

Hukuki teori taraftarlarınca, sırf davranış suçlarıyla neticeli suçlar arasındaki ayırım temelden yoksun bulunmaktadır. Bu görüşe göre, ceza hukuku düzeninde sırf davranış suçları bulunmamaktadır çünkü her suç zorunlu olarak korunan menfaate zarar vermekte veya onu tehlikeye atmaktadır.⁸²⁷ Netice, davranışın ihlal edici etkisi, yani normla korunan menfaatin zarara uğratılması veya tehlikeye atılmasıdır ve mantıksal olarak davranışa bir nedensellik bağıyla bağlıdır. Burada mantıksal açıdan kurulan bir nedensellik bulunmaktadır ve bu zamansal ardıllığı gerektirmez çünkü korunan menfaatin ihlali belirli bazı suçlarda davranıştan kronolojik olarak da ayrıldığı gibi (kasten öldürme suçundaki ölüm neticesi gibi), sırf davranış suçlarında olduğu gibi davranışla aynı zamanlıdır.⁸²⁸ Doğalcı teorisinin aksine hukuki teori uyarınca, doğalcı anlamda bir neticesi olmayan suçlarda hâkimin, davranışın ihlal edici etkisini ortaya koymasına gerekmemektedir.⁸²⁹

Davranışla menfaatin ihlal edilmesi arasında kurulan mantıksal bir nedensellik bağının bulunduğu doğru olmakla birlikte doğalcı anlamda neticeli suç ile neticesiz suç

⁸²⁶ **Delitala**, Il “fatto”, s. 169, 170.

⁸²⁷ **Delitala**, Il “fatto”, s. 170, 171.

⁸²⁸ **Mantovani**, s. 134.

⁸²⁹ Bkz. **Öntan**, s. 273.

arasında bir ayırım yapılmasının gerektiği de doğrudur. Çünkü bu ayırımın ontolojik bir temeli vardır ve nedensellik, suçun işlenme zamanı, teşebbüs, suça iştirak ve suçun işlendiği yer bakımından hukuken önem arz etmektedir.⁸³⁰ Hukukun insan davranışlarının doğal sonuçlarını göz önüne almak zorunda olduğu nazara alındığında, hukuki netice anlayışının kabul edilemez olduğu belirtilmektedir.⁸³¹ Öte yandan her suç bir hukuki varlık üzerine inşa edildiği için, neticenin korunan hukuki varlığın zarara uğratılması veya tehlikeye atılması olarak tanımlanması halinde “zarar neticesinin” ihlali ve “tehlike neticesinin” ihlali şeklinde iki belirsiz kavram daha ortaya atmak gerekecektir. Neticenin korunan hukuki varlık kavramıyla özdeş bir şekilde görülmesi, neticesi harekete bitişik suç kavramının kabul edilmesini ve davranış suçlarında dahi netice değerinin tespitini zorunlu kılmaktadır.⁸³²

Ancak doğalcı anlayış kabul edildiğinde (somut) tehlikenin de bir netice olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi gündeme gelmektedir. Gerçekten de zararın bir dış dünya değişikliği olarak belirlenmesi neredeyse her durumda mümkündür; ancak tehlike bakımından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir.⁸³³ Tehlikenin de doğalcı anlamda bir netice olarak ortaya çıkabileceğini belirten Antolisei’ye göre, dış dünya değişikliği şeklindeki neticenin algılanabilir olması gerekmemektedir.⁸³⁴ Mazzacuva’ya göre de tehlike “dış dünyada meydana gelen ve henüz meydana gelmemiş bir başka durumla bağlantısı sebebiyle önem kazanan bir durum” şeklindeki neticeyi teşkil eder ve

⁸³⁰ Mantovani, s. 134, 135.

⁸³¹ Toroslu – Toroslu, s. 143.

⁸³² Ceyhan, s. 140, 141.

⁸³³ Öntan, s. 282, 283.

⁸³⁴ Antolisei, L’azione e l’evento, s. 98; Ayrıca bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 257, 258: Yazara göre de netice mutlaka maddi bir olgu değildir, bu maddi olgunun meydana gelme ihtimali bir başka deyişle tehlikesi de neticedir. Bunlar da tehlike suçlarını teşkil edecektir.

dikkat edilecek olursa, bu tanımda tehlike kavramı bağlamında neticeden bahsedilirken “dış dünya değişikliği” ifadesini kullanmadan, daha kapsayıcı olan “dış dünyada meydana gelen durum” ifadesine atıfta bulunmaktadır.⁸³⁵

Sadece bu da değil, bir “ön uyarı” üzerinden tehlike kavramını geçerli bir şekilde tanımlamaya yönelik girişimlere içkin zorluklara işaret edilse de tehlikeyi gerçekliğin bir görünüm biçimi olarak, bir “durum (It. “*situazione*”)” olarak kabul edenler bulunmaktadır. Hatta öğretideki görüşlerin büyük çoğunluğu, tehlikeyi nedensel olarak sebep olunan bir etki şeklindeki netice (It. “*evento*”) olarak ifade etmekte ve tehlikenin, aynı zararda olduğu gibi neticenin değersizliğini (haksızlığını) ifade ettiğini öne sürmektedirler.⁸³⁶

Tehlikenin bir ilişki (It. “*relazione*”) olarak anlaşılması gerektiğini belirterek “düzeltici” tanımlar yapanlar dahi, tanımlanan özelliğe ilişkin ilk belirlemenin (“fiili durum”) önemini ortadan kaldırmayı başaramamışlardır. Muhtemel zarar neticesi ile onu meydana getirmeye elverişli fiil arasındaki ilişkiyi araştırma zorunluluğu bulunduğu için, ön referans noktasını sırf davranış kategorisi içinde konumlandırmak zor olacaktır zira davranışın niteliği ile etkisi arasındaki ayrım, doğal bir varlığa sahip olmayan tehlike kavramının özgün yapısı sebebiyle, soyut düzlemdeki kadar net bir şekilde ortaya çıkan bir olgu değildir.⁸³⁷ Gerçekten de somut tehlike davranıştan zamansal olarak ayrılabilen bir anda meydana gelir ve hakim total ex ante yöntemini kullanarak bu tehlikeyi ortaya

⁸³⁵ **Nicola Mazzacuva**, “*Evento*”, in: *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. IV, UTET, Torino 1990, s. 457.

⁸³⁶ Bkz. **Angioni**, s. 15 vd.; **Mazzacuva**, s. 457.

⁸³⁷ **Mazzacuva**, s. 457.

çıkartmakla mükelleftir.⁸³⁸ Elbette bu aşamada unutulmaması gereken husus, “tehlike neticesi” kavramının salt somut tehlike ile sınırlı olduğudur.⁸³⁹

Daha önce de bahsedildiği üzere, neticenin doğalcı anlayışı kabul edildiğinde her suçta bir netice bulunmasının zorunlu olmadığı çıkarımına ulaşılmaktadır. Öğretide somut tehlike suçlarıyla soyut (varsayılan) tehlike suçları arasındaki ayrımın da sırasıyla neticeli suç – neticesiz suç ayrımına tekabül ettiği belirtilmektedir.⁸⁴⁰ Somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin “dış dünyada meydana gelen bir durum” şeklindeki neticeye tekabül ettiği doğru olmakla birlikte soyut tehlike suçlarının her zaman neticesiz suçlar olduğu söylenemeyecektir.⁸⁴¹ Doğalcı anlamda bir neticeye sahip olan ancak korunan hukuki varlığa zarar vermeyen ya da somut bir şekilde tehlikeye atmayan suçlar da mevcut olabilir. Örneğin Askeri Ceza Kanunu’nun 79. maddesinde düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçunda doğalcı anlamda bir netice öngörülmekle birlikte, bu neticenin korunan hukuki varlık olan milli güvenliğin ihlal edilmesiyle bir bağlantısı yoktur. Bir başka deyişle bu suç neticenin değersizliği (haksızlığı) üzerinden belirlenmemektedir. Zira bir kişinin kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmesiyle milli güvenlik zarar görmemektedir ve normda da bu nitelikte bir zarar aranmamaktadır. Benzer şekilde davranışın gerçekleştirilmesiyle birlikte milli güvenlik üzerinde ortaya çıkacak somut bir tehlikenin meydana gelmesi de aranmamaktadır. Bu anlamda suç, soyut tehlike suçu niteliğindedir; ancak normda doğalcı anlamda bir netice de aranmaktadır.

⁸³⁸ Bu konuda bkz. §1/IV/4.

⁸³⁹ Bkz. **Ceyhan**, s. 170.

⁸⁴⁰ **Patalano**, s. 53.

⁸⁴¹ Bu konuda ayrıca bkz. **Keçelioğlu**, “*Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?*”, s. 455; Krş. **Özen**, Genel Tehlike, s. 11: Yazara göre, somut tehlike suçları maddi suçlar kategorisine dahilken, soyut tehlike suçları şekli suç kategorisine dahildir.

Benzer bir sonuca Sermaye Piyasası Kanunu m. 107/2 hükmünde düzenlenen bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için de ulaşılabilir.⁸⁴²

Öğretide tüm sırf hareket suçlarının soyut tehlike suçu olduğu iddia edilmektedir.⁸⁴³ Ancak bu hipoteze katılmak mümkün görünmemektedir. Zira en basitinden TCK m. 141 hükmünde düzenlenen hırsızlık suçu, sırf davranış suçu olmakla birlikte kişinin zilyedi olduğu belirli bir mal üzerindeki zilyetliğinin sona ermesine sebep olduğu için zarar suçu niteliğindedir.⁸⁴⁴ Bu anlamda zarar suçlarının tamamının neticeli suç kategorisine dahil olduğu yönündeki görüşe⁸⁴⁵ de iştirak etmediğimizi belirtmemiz gerekir.

C. SUÇUN HUKUKİ KONUSUNUN İHLAL EDİLME ŞEKLİ ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM

Suçun hukuki konusu, suç yaratan ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.⁸⁴⁶ Suçun hukuki konusu, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişiye veya kişi topluluğuna, bir başka deyişle suçun mağduruna ait özel bir varlık veya menfaattir. Bu özel varlık, her suç türü için farklı olup suçun türünün değişmesiyle değişiklik gösterir. Esasında her suçun vasfı, bu suç ile doğrudan doğruya zarar verilen veya tehlikeye atılan hukuki varlık üzerinden belirlenir.⁸⁴⁷ Bir görüşe göre, her ne kadar “varlık” ve “menfaat” kavramlarından ilki, insan ihtiyaçlarını tatmine elverişli olan her şeyi; ikincisi ise, varlık ile varlığının korunmasında menfaati olan süje

⁸⁴² Yalçın, s. 3505, 3506, dn. 112.

⁸⁴³ Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, s. 461.

⁸⁴⁴ Koca – Üzülmüş, s. 132.

⁸⁴⁵ Öztürk – Erdem, s. 216; Ersoy, “Tehlike Suçları”, s. 31; Ceyhan, s. 172.

⁸⁴⁶ Toroslu – Toroslu, s. 109; Dönmezer – Erman, C. I, s. 333.

⁸⁴⁷ Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 166; Ayrıca bkz. Faruk Erem, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD., C. 25, S. 1, Y. 1968, s. 23, 24.

arasındaki ilişkiyi açıkladığı için farklı şeyleri ifade etse de, artık aynı anlamda kullanılmaktadır zira bunlar iki farklı açıdan aynı gerçekliği açıklamaktadırlar ve birisi korunmadan diğersinin korunması mümkün değildir.⁸⁴⁸ Öte yandan bir başka görüşe göre, bu ayrımın bir temeli yoktur çünkü varlığa verilen zarar söz konusu varlıkta bir menfaatin varsayıldığı ölçüde zarardır. Menfaat içermeyen bir varlığa yönelik zarar hukuki anlamda bir zarar teşkil etmeyecek ve cezai korumanın konusunu oluşturamayacaktır. Dolayısıyla bir varlığa yönelik zarar, her zaman bir menfaate yönelik zarardır; menfaate yönelik zarar da menfaatin bağlı olduğu varlığa yönelik zarardır. Ancak varlığa zarar verilmesi ifadesi daha yerindedir çünkü suç fiili, varlığın yok edildiği hallerde dahi bozulmadan kalan menfaati etkilemez.⁸⁴⁹

Daha önce de bahsedildiği üzere, hukuki varlık veya menfaatler salt cezai korumanın konusunu değil, suçun gerçek özünü de oluştururlar. Nitekim suç biçimsel anlamda bir hukuk normuna aykırılığı⁸⁵⁰; özü itibarıyla de bu normun korumak istediği varlık ya da menfaatin ihlalini ifade edecektir. İşte bu ihlal, suçun özünü oluşturan cürmi zararı teşkil eder.⁸⁵¹ Bu anlamda bütün suçlar bir ‘cürmi’ zarar meydana getirecektir zira bir ceza normunun ihlali, hukuk düzenine kaçınılmaz bir şekilde zarar verecektir.⁸⁵² Böylece ihlal ilkesinin de desteğini oluşturan, ihlal temelli ceza hukukunun üzerinde döndüğü eksen, ceza normuyla korunan bireysel veya kolektif varlık veya menfaatlerden oluşan suçun hukuki konusu olacaktır.⁸⁵³

⁸⁴⁸ **Mantovani**, s. 192; Bu konuda ayrıca bkz. **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 254.

⁸⁴⁹ **Penso**, s. 32, dn. 7; Bu konuda ayrıca bkz. ve krş. **Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi, s. 252 vd.

⁸⁵⁰ **Pulitano**, s. 103.

⁸⁵¹ **Antolisei**, Parte generale, s. 204; **Toroslu – Toroslu**, s. 109; Ayrıca bkz. **Penso**, s. 31 vd.

⁸⁵² **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 684.

⁸⁵³ **Mantovani**, s. 192.

Neticesiz suç olamayacağı görüşünü kabul eden Kunter'e göre dahi hukuki ihlal bir suç unsuru değil, neticenin yani doğal alemdeki olayın ceza normu ile korunmak istenen menfaati kısmen ya da tamamen ihlal ettiği yani zarara veya tehlikeye soktuğu hakkında verilen bir değer hükmüdür. Bu anlamda ihlal, unsur olan neticenin kendisi değil, bir niteliğidir.⁸⁵⁴

İtalyan ceza hukukunda ihlal kavramı genellikle bir hukuki varlığın zarara uğratılması veya tehlikeye atılmasıyla örtüşür. Örtüşmenin genellikle olmasının sebebi, suçun hukuki varlıkların korunmasına alternatif parametrelere göre de tasarlanabiliyor ya da uygulanabiliyor olmasıdır. Bu durumda ihlal eğer bir yükümlülüğün, ahlak kuralının ihlali gibi veya kişisel tehlikeliliğin bir belirtisi olarak ya da bir hukuk normuna uymaya yönelik beklentilere veya hukuk normunun itaat talebine riayetsizlik olarak görülürse, artık bir varlığın zarara uğratılması ya da tehlikeye atılmasını değil, başka bir şeyi teşkil edecektir. Bununla birlikte her ne kadar hukuki varlığın ya da onun rasyonel bir ceza politikası için seçici ve birleştirici kapasitesinin krize girdiği bir dönemden bahsedilse de halen onun yerini alabilecek ve pek çok önemli fonksiyonunu geliştirebilecek kapasitede, gerçek anlamda bir alternatif model bulunamamıştır.⁸⁵⁵

Hukuki varlığa yönelik ihlal, objektif olarak algılandığında, hukuka aykırı suç fiili kavramının maddi yönünü, yani suç fiilinin hukuka aykırılığının maddi anlayışını kuran cürmi zarar kavramına tekabül eder. Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiilin maddi özü, İtalyan ceza hukuku kültürünün (münhasıran) objektivist boyutuyla bir varlığın zarara uğratılması ya da objektif bir şekilde tehlikeye atılması olarak algıladığı ihlaldir.

⁸⁵⁴ **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 85, 117, 118.

⁸⁵⁵ **Massimo Donini**, “*“Danno” e “Offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“Offense” di Joel Feinberg*”, in. Laicità, valori e diritto penale The Moral Limits of the Criminal Law in ricordo di Joel Feinberg (a cura di **Alberto Cadoppi**), Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2010, s. 44, 45.

Bununla birlikte bilindiği üzere, davranışın değersizliği (haksızlığı) yoksa, davranışa eşlik eden kast veya taksir yoksa ne “cürmi zarar” ne ceza hukuku anlamında ihlal ne de hukuka aykırı suç fiili vardır. Sadece tipik davranışa bağlı, ancak ceza hukuku bakımından ilgisiz bir zararlı netice vardır. Niteleyicileri olmaksızın “zarar” mevcut bilimsel terminoloji içerisinde özel hukuk zararına, yani sözleşmeden kaynaklanan veya sözleşme dışı zarar verici haksız fiile tekabül etmektedir.⁸⁵⁶

Bugün kabul edilen ceza hukuku anlayışına göre ceza hukuku sırf itaatsizliği cezalandıramaz. İhlal ilkesi gereğince suç, bir hukuki varlığın ihlalini içermelidir; dolayısıyla, ihlalsiz bir suç düşünülemez.⁸⁵⁷ Bu itibarla, hukuki varlıkların korunması gerekliliği ilkesi (suçun ihlal edici olmasının gerektiği), ceza hukukunda kanuniliğin sınırlarını teşkil eder ve suç tiplerinin oluşturulmalarına rehberlik eder. İhlal, korunan hukuki varlığın zarara uğratılması şeklinde olabileceği gibi, tehlikeye atılması şeklinde de gerçekleşebilir. Suçun meydana gelmesi için, tipikliğin ve ihlalin birlikte gerçekleşmesi gerekir.⁸⁵⁸ Genel itibarıyla bütün hukuki varlıklar hem etkili bir şekilde hem de potansiyel olarak ihlal edilebilir niteliktedir ve bütün varlıklar suç teşkil eden davranışla etkili bir şekilde ihlal edilmeden önce potansiyel olarak ihlal edilebilir. Nitekim suç, her zaman iki aşamadan geçer. Buna göre suç, ilk olarak bir tehlike meydana getirir; ikinci aşamada ise, her zaman meydana gelme de zarar meydana getirir.⁸⁵⁹

Bununla birlikte belirli bir suç tipinde ihlal edilen tipik menfaatlerin birden ziyade olması mümkündür. Bu durumda çok ihlalli suçlar söz konusu olacaktır (It. “*reati plurioffensivi*”).⁸⁶⁰ Elbette bir suç fiiliyle birden çok varlık ya da menfaatin ihlal edilmesi

⁸⁵⁶ Donini, “*Danno*” e “*Offesa*”, s. 47, 48.

⁸⁵⁷ Mantovani, s. 181.

⁸⁵⁸ Pulitano, s. 170.

⁸⁵⁹ Bkz. Ratiglia, s. 80.

⁸⁶⁰ Mantovani, s. 208; Pulitano, s. 170; Pagliaro, “*Il Reato*”, s. 35.

ve kanunun da bu varlık ya da menfaatleri dikkate almış olması halinde dahi bunlardan sadece birisi norm ile sağlanan korumanın ve bu anlamda suçun hukuki konusunun tespiti bakımından belirleyici varlık ya da menfaati teşkil eder.⁸⁶¹

Bir suç tipinin zarar suçu ya da tehlike suçu şeklindeki nitelendirilmesi, korunan hukuki varlığın belirlenmesine ve suç tipinde belirtilen fiilin korunan hukuki varlığa yakınlık derecesine göre değişmektedir. Bu anlamda öğretide, nihai hukuki varlığa nispeten, araçsal (veya ara) nitelik taşıyan hukuki varlıkların olduğuna işaret edilmiştir. Örneğin iş yeri güvenliği, çalışanların sağlığı ve fiziki güvenlikleri şeklindeki nihai varlığa nazaran, araçsal bir hukuki varlık teşkil etmektedir. Böylece suç tipi, araçsal varlık bakımından bir zarar yaratmakla birlikte nihai hukuki varlık karşısında tehlike suçu niteliği göstermektedir.⁸⁶²

Nihai hukuki varlıkları koruyan ceza hukuku kavramının önemine ilişkin analizler geliştikçe, salt araçsal hukuki varlıklara atıf yapmanın bilinçli veya bilinçsiz olarak ceza hukukunu yolundan saptırdığı ve sırf itaatsizliğin korunmasına yönlendirdiği düşüncesi de ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle bu nitelikte bir koruma, ihlal ilkesini ya da doğal etkilerini görmezden gelen ceza hukuku anlayışlarınca desteklenmektedir ve nihai hukuki varlığın ihlalinin araştırılmasından uzaklaşmakta ya da bu ihlalin tamamen soyut ve/veya varsayımsal araştırılmasını yeterli görmektedir. Ancak altını çizmek gerekir ki ihlal ilkesi, davranışın spesifik korumanın konusunu oluşturan nihai varlığın somut ihlaline zarar

⁸⁶¹ **Nevzat Toroslu**, “İftira Cürmünün Hukuki Konusu”, AÜHFD., C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 109; Birden fazla menfaati ihlal eden suçları kanun koyucunun daha önemli gördüğü menfaate ilişkin bölüme yerleştirdiğine ilişkin bkz. **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 256.

⁸⁶² **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 304.

veya tehlike üzerinden bağlayan her unsurun dikkatli bir şekilde doğrulanması gerekliliğini işaret eder.⁸⁶³

Ceza normlarıyla hukuki varlık ya da menfaatlerin korunduğu ve suçun meydana gelmesi için tipiklikle birlikte söz konusu varlık ya da menfaatin de ihlal edilmesi gerektiği, bu ihlalin de varlığa zarar vermek ya da onu tehlikeye atmak şeklinde ortaya çıkabileceği göz önüne alındığında, zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın temelini suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekline dayandırmak gerekmektedir.

Öğretide de hukuki varlığın ihlalinin öne çekilme seviyesiyle bağlantılı olarak suçların iki kategoriye ayrılacakları belirtilmektedir. Buna göre hukuki varlığın yok edilmesi, kaybedilmesi, sınırlandırılması ya da azaltılması şeklinde etkili bir zarara uğradığı hallerde zarar suçlarından; korunan hukuki konunun tehlikeye atılmasının, yani bir zarar ihtimaline maruz bırakılmasının yeterli olduğu hallerde de tehlike suçlarından bahsedilecektir.⁸⁶⁴

Suçun meydana gelmesi için normla korunan hukuki varlığa zarar verilmesinin gerekli olduğu suçları zarar suçları; hukuki varlığın tehlikeye atılmasının yeterli olduğu suçları ise tehlike suçları olarak nitelendiren bir görüşe göre, soyut tehlike suçlarında davranışın korunan hukuki varlığa, somut tehlike suçlarında ise maddi konuya zarar verme ihtimali cezalandırılmaktadır.⁸⁶⁵ Bize göre bu görüşün zarar suçu – tehlike suçu

⁸⁶³ Fiorella, *Il Reato*, s. 43.

⁸⁶⁴ Mantovani, s. 203; Patalano, s. 21 vd.; Fiandaca, “*Note sui reati di pericolo*”, s. 176, 177; Fiandaca, “*La tipizzazione del pericolo*”, s. 441 vd.; Ratiglia, s. 82; Aleo, s. 9 vd.; Grasso, s. 690; Canestrari, “*Reato di pericolo*”, s. 1; Penso, s. 35; Pelissero, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 303, 304; Pagliaro, “*Il reato*”, s. 32; Marinucci – Dolcini – Gatta, s. 282; Zincani, s. 204; Toroslu – Toroslu, s. 143, 144; Hafizoğulları – Özen, *Genel Hükümler*, s. 204; Öntan, s. 302; Demuro, s. 906, 907; Doğan, s. 180.

⁸⁶⁵ Centel – Zafer – Çakmut, s. 270, 271.

ayrımı için kullandığı kriter kabul edilebilir olmakla birlikte, somut tehlike – soyut tehlike suçlarını ayırmak için öngördüğü kriter kabul edilebilir görünmemektedir. Bir sonraki başlıkta da açıklanacağı üzere, somut tehlike suçlarının tamamında (esasinda pek çok suçta) bir maddi konunun bulunması zorunlu değildir, dolayısıyla maddi konunun zarara uğrama ihtimalini referans alarak bir ayırım yapmak yanıltıcı sonuçlara yönlendirebilir. Öte yandan somut tehlike suçlarında da korunan hukuki varlığın zarara uğrama ihtimali cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle soyut tehlike suçlarından ayrılmamaktadır.

Elbette bu aşamada dikkat edilmesi gereken husus, bir suçun zarar ya da tehlike suçu olduğunun belirlenmesinde korunan hukuki varlığın ne olduğundan ziyade kanun koyucunun bu hukuki varlığın ihlali modellerinden hangisini kanuni tanım içinde düzenlediği önem taşır. Tartışmalı olmakla birlikte her hukuki varlığı ihlal edebilecek davranış tipi, varlığın zarara uğratılması veya tehlikeye atılması şeklindeki ihlaller tercih edilerek düzenlenebilir. Dolayısıyla bir suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğunu belirlemede kullanılan ölçüt, kanun koyucunun hukuki varlığın ihlalinin önlemek adına hangi davranış modelini tipikleştirdiğidir. Suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkelerinin önemi de bu noktada kendisini göstermektedir.⁸⁶⁶

Tehlike suçlarıyla kanun koyucu, hukuki varlıkların öne çekilmiş bir cezai korumasını gerçekleştirir; bir başka deyişle cezalandırılabilirlik eşiği hukuki varlığın efektif bir zarar gördüğü ana nazaran ön bir alana, yani tehlikeye atıldığı bir ana çekilecektir. Anayasal değerler ve ilkeler çerçevesinde korumanın hukuki varlıkların salt tehlikeye atıldığı ana çekilmesi hukuki varlıkların ihlali olarak suç modeliyle tamamen uyumludur, nitekim ihlal kavramı korunan hukuki varlığın hem zarara uğratılmasını hem de tehlikeye atılmasını kapsamına almaktadır. Korumanın bu şekilde öne çekilmesinin

⁸⁶⁶ Ünver, Hukuksal Değer, s. 948, 949.

anayasal meşruluğu, korumanın konusuyla koruma tekniği arasındaki sıkı bağlılık ilişkisini içeren orantılılık ilkesine de saygı gösterilmesi şartına bağlıdır. Nitekim anayasal değerler içerisinde bir varlığın değeri ne kadar yüksekse koruma seviyesinin öne çekilmesi de o kadar meşrulaşacaktır.⁸⁶⁷

Kanun koyucu, orantılılık ilkesini ihlal etmemek adına korunan hukuki varlığın önemini göz önünde bulundurmak ve ona göre korunma seviyesini tespit etmek zorunda olduğu için tehlike suçu zarar suçu ayrımını yaparken kullanılabilecek en elverişli ölçüt suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekli olmaktadır.

Daha önce de belirtildiği üzere, korunan hukuki varlığın zarara mı uğratıldığını yoksa tehlikeye mi atıldığını korunan varlık somut bir karaktere sahip olduğunda tespit etmek daha kolaydır. Ancak korunan hukuki varlığın şeref, onur, özel hayatın gizliliği gibi daha soyut bir nitelik taşıdığı hallerde bu varlıkların zarara mı uğratıldığını yoksa tehlikeye mi atıldığını tespit etmek daha zor hale gelmektedir. Öte yandan, korunan hukuki varlığın yoğunluğu azaldıkça suçun tehlike suçu olarak nitelendirilmesi yaygınlaşmaktadır.⁸⁶⁸

Neticenin doğalcı anlayışını daha yerinde bulduğumuzu ve bu anlamda neticeli suç – neticesiz suç ayrımını benimsediğimizi ifade etmiştik. Neticenin her suçta bulunması zorunlu bir unsur olmadığını kabul ettiğimizde, zarar suçlarıyla tehlike suçları arasındaki ayrımın netice esas alınarak yapılamayacağı sonucuna varmamız gerekir.⁸⁶⁹ Nitekim meydana gelen netice her zaman korunan hukuki varlığın ihlaliyle bağlantılı olmayabilir. Örneğin Alman Ceza Kanunu’nun 306a maddesinde düzenlenen ağır kundaklama suçunun hukuki konusu insanların yaşam hakkıdır; suçun maddi konusunu

⁸⁶⁷ Demuro, s. 907; Ayrıca bkz. Grasso, s. 705.

⁸⁶⁸ Pelissero, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 304.

⁸⁶⁹ Aynı yönde bkz. Penso, s. 34.

ise, tamamen veya kısmen yakılan binalar oluşturmaktadır. Binaların yanması tipiklikte gösterilen neticeyi teşkil eder dolayısıyla maddi konuda meydana gelen zarar esas alınacak olursa, bu suça neticeli bir zarar suçu dememiz gerekir. Halbuki meydana gelmesi için suçun hukuki konusunun, yani insanların yaşamlarının üzerinde bir zarar veya somut tehlike meydana gelmesi aranmadığı için bu suç, soyut tehlike suçu özelliği göstermektedir.⁸⁷⁰ Benzer şekilde, Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu, failin kendi bedenine zarar vererek de meydana getirebileceği bir suçtur; ancak bu suçun işlenmesiyle nihai hukuki varlık olan milli güvenlik tehlikeye atılmış olur.

Zarar suçu ile tehlike suçu ayrımını hukuki konunun ihlal edilme şekline göre yapan bir görüş, suça teşebbüsün de tipik genel tehlike suçu olduğunu belirtmektedir.⁸⁷¹ Ancak tehlike suçu sadece korunan hukuki varlığın tehlikeye atılması suretiyle işlenen suçtur. Bu anlamda zarar suçuna teşebbüs halinde, tehlikeli bir fiil meydana gelmiş olsa dahi, bu bir tehlike suçu değildir.⁸⁷² Çünkü fiil, şekli olarak zarar suçunu düzenleyen normu ihlal etmektedir. Maddi açıdan bakıldığında ise, zararın meydana gelmesi cezai olarak önemsiz bir unsur veya salt bir ağırlaştırıcı sebep değil, bizzat suçun tamamlanması anlamına gelmektedir. Öte yandan zarar meydana gelmezse, gönüllü vazgeçme halinde tehlikenin varlığına rağmen fiil cezalandırılmamaktadır.⁸⁷³ Suça teşebbüs içerisindeki tehlike, suçun *iter criminis*'i içinde yer alan bir andır ve dolayısıyla kendine özgü hukuki bir fizyonomisi yoktur. Halbuki tehlike suçu, kendi başına bir suç teşkil eden, hukuka aykırı özerk bir tipik fiili ihtiva eden tamamlanmış bir suçtur. Suça teşebbüs kural olarak

⁸⁷⁰ Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, s. 455, 456.

⁸⁷¹ Özen, Genel Tehlike, s. 5; Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, USA Yay., Ankara 2015, s. 204; Krş. Ünver, Hukuksal Değer, s. 948.

⁸⁷² Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 165.

⁸⁷³ Manzini – Nuvolone – Pisapia, s. 685.

bütün suçlar için mümkün olabilirken; tehlike suçları, suçun işlenmesinden bağımsız bir şekilde ceza kanunu tarafından açıkça öngörülmüş belirli bir fiil ya da durumu ifade eder. Suça teşebbüs hali, neticenin meydana gelmemesini gerektirir ve netice meydana gelmeyene kadar bir ceza kurumu olarak varlığını sürdürür. Tehlike suçları (somut tehlike suçları) ise, kendi içlerinde korunan varlık ya da menfaatin ihlal edici karaktere sahip dış dünya değişikliği şeklinde bir neticeyi meydana getirirler. Neticenin meydana gelmesi üzerine suça teşebbüsün kendi özgünlüğünü kaybetmesine karşın; tehlike suçları, her durumda kendi değişmez yapısını muhafaza eder ve zarar neticesinin meydana gelmesi, sadece çoktan bütün kurucu unsurlarıyla meydana gelmiş suçun nitelikli hale gelmesine veya cezasının artırılmasına vesile olur.⁸⁷⁴

D. SUÇUN (MADDİ) KONUSU ÜZERİNDEN YAPILAN AYRIM

Suçun konusu maddi ve hukuki bakımdan incelenmektedir. Suçun hukuki konusu ve ihlal edilme şekilleri bir önceki başlıkta incelenmiştir. Suçun maddi konusu ise, suçun üzerinde gerçekleştiği, insan veya şeydir.⁸⁷⁵ Elbette bu davranışın üzerinde gerçekleştiği her insan ya da şey değil, sadece tipik fiili tanımlayan normda yer alan insan veya şeydir. Bu anlamda suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olan insan ya da şey olarak tanımlanmaktadır.⁸⁷⁶

Suçun maddi konusu hem fizik hem de psişik yönü ile insan ve herhangi bir şey olabilir; ancak cismani olmayan, fiziki varlığı bulunmayan tanrı, melekler gibi şeyler

⁸⁷⁴ Ratiglia, s. 81, 82.

⁸⁷⁵ Dönmezer – Erman, C. I, s. 333; Erem, s. 14; Hafizoğulları – Özen, Genel Hükümler, s. 209; Öztürk – Erdem, s. 201; Suçun maddi konusuyla ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Uğur Orhan, Suçun Maddi Konusu, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 19 vd.

⁸⁷⁶ Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 185; Toroslu – Toroslu, s. 110; Manzini – Nuvolone – Pisapia, s. 624; Bkz. Erem – Danışman – Artuk, s. 236.

maddi konu olamaz. Bu anlamda pek çok suçun maddi konusu yoktur.⁸⁷⁷ Buna karşılık “Ümanist Doktrin”, maddi konunun “insanın idrak edebileceği her şey” olabileceğini ileri sürmekte ve suçun konusunun cismen var olma şartına bağlanamayacağını ileri sürmektedir. Ümanist doktrinin amacı, insanın kapasitesine göre ceza hukukunun alanını genişletmektir. Bu anlamda idrak edilebilen her şey suçun konusu olabilmelidir. Cismani olmayan varlıklar hakkındaki değer hükümlerinin varlığı hukuki gerçektir. Örneğin “bayrağa hakaret” suçunda suçun maddi konusu, renkli bezler olarak kabul edilemez. Fakat suçun maddi konusu, “bayrak fikri”dir. Bu anlayış, suçun konusunu hukuki konu ile karıştırmak anlamına da gelmemektedir.⁸⁷⁸

Benzer nitelikteki bir görüşe göre suçun konusu, kural olarak davranışın yönelik olduğu eşya veya kişinin fiziki varlığıdır. Ancak konu sadece maddi yapıya sahip şeyleri ifade etmemektedir. Kimi hallerde sır, şeref, veri gibi gayrimaddi yapıya sahip şeyler de konuyu oluşturabilmektedir. Bu görüşe göre de suçun konusunun davranıştan etkilenme seviyesine göre zarar suçları – tehlike suçları ayrımı yapılmaktadır.⁸⁷⁹

Öğretideki bir görüşe göre de hareketin yöneldiği konu, tipiklikte belirtilen bir unsurdur ve genellikle maddi bünyeye sahip bir şey veya insandır. Şekli suçlarda hareketin yapılmasıyla netice de meydana geldiği için hareketin konusu olmadığı düşüncesi hakimdir. Ancak bu tür suçlarda hareketin konusu bulunmamakla birlikte korunan hukuki varlık bu suçların konusunu oluşturmaktadır. Suç tipi maddi suç olarak düzenlenmişse normda her zaman hareketin yönelik olduğu konunun bulunması ve bunun ifade edilmiş olması gerekmektedir. Hareketin yönelik olduğu konunun hareketten

⁸⁷⁷ **Toroslu**, Cürümlerin Tasnifi, s. 186, 187; **Toroslu – Toroslu**, s. 111; **Erem**, s. 16; **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 624; Bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 237; **Öztürk – Erdem**, s. 201; **Orhan**, s. 110 vd., s. 142 vd.

⁸⁷⁸ **Erem**, s. 31.

⁸⁷⁹ **Akbulut**, s. 434, 435.

etkilenme şekli ve seviyesine göre de suçlar zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılırlar. Zarar suçlarında konuda bir zararın meydana gelmiş olması gerekirken; tehlike suçlarında konu üzerinde zarar tehlikesinin ortaya çıkması neticenin meydana gelmesi için yeterlidir.⁸⁸⁰

Öğretideki bir görüşe göre, maddi konunun bir şey veya bir insan olarak suç tipinde belirtildiği hallerde netice bu konunun zarara uğratılması olarak belirlenmiş olabilir, bu suçlar zarar suçlarını teşkil edecektir. Bu konunun zarara uğraması ihtimalinin, yani tehlikenin netice olarak belirtildiği haller de somut tehlike suçlarını teşkil edecektir. Soyut tehlike suçlarında tipiklikte gösterilmediği için davranışın somut olayda belirli bir kişi veya şey bakımından zarar ya da somut tehlike meydana getirip getirmediği araştırılmaz. Bu suçlarda sadece davranışın hukuki konu bakımından genel bir tehlike yaratmaya elverişliliği incelenir. Bir başka deyişle somut tehlike suçlarında maddi konuya; soyut tehlike suçlarındaysa (tipiklikte maddi konu belirtilmediği için) korunan hukuki varlık ya da menfaate zarar verebilme ihtimali cezalandırılmaktadır.⁸⁸¹

Öğretide bir başka görüşe göreyse “suçun konusu” eşya veya insanın fiziki, maddi yapısıdır. Bu anlayış, suçun konusunu, suçun maddi konusu ve hukuki konusu olmak üzere ikiye ayırmamaktadır ve konusu olmayan suç yoktur. Buna göre, suç fiili ile ihlal edilen hukuki varlık ile suçun maddi unsurlarından birini teşkil eden “suçun konusu” kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin kasten öldürme suçunun işlenmesiyle ihlal edilen hukuki varlık genel olarak kişinin yaşama hakkıdır; ancak suçun konusu belirli bir kişinin hayatıdır. Suçun işlenmesiyle korunan hukuki varlık ihlal edilirken suçun konusu zarara uğratılmakta ya da tehlikeye atılmaktadır. Böylece bu görüş zarar

⁸⁸⁰ **Önder**, C. II – III, s. 45, 46, 53.

⁸⁸¹ **Zafer**, s. 175 – 178.

suçlarıyla tehlike suçları arasındaki ayrımı suçun konusunun davranıştan etkilenme şekline göre yapmaktadır.⁸⁸²

Söz konusu görüşün taraftarlarına göre ceza normuyla koruma altına alınan hukuki varlıklar, bir kişi veya eşyayla ilişkilidir; ancak bunların nesnel bir yönü yoktur. Soyut bir nitelik teşkil eden bu varlıkların manevi bir muhtevası bulunmaktadır. Somut varlığı haiz olmayan bu varlıklar zarara yahut tehlikeye uğramazlar, ancak ihlal edilebilirler. Dolayısıyla kasten yaralama suçunda ihlal edilen hukuki varlık, vücut dokunulmazlığı iken suçun konusu belirli bir şahsın vücududur. Hukuki varlığın ihlali, suçun konusuna zarar vermek veya bunları zarar tehlikesine bırakmak suretiyle mümkün olmaktadır.⁸⁸³

Öğretide suçun konusunu davranışın nesnesini oluşturan, tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği ve maddi varlığı olan şey ya da insan olarak tanımlamayan ve her suçun bir konusu olmadığını belirten bir görüş, zarar suçu ile tehlike suçu ayrımını yine de suç fiili

⁸⁸² **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 222, 223; Aynı yönde bkz. **Koca – Üzülmüş**, s. 118 – 120; **Yılmaz**, s. 163; Bekar’a göre de hareketin suçun konusu üzerindeki etkisinin yoğunluk seviyesi bakımından suçlar zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılmaktadır (**Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 237).

⁸⁸³ **İçel vd.**, s. 95 – 97; Aynı yönde bkz. **Artuk – Gökçen – Çakır – Alşahin**, s. 388, 389; **Akbulut**, Genel Hükümler, s. 434 vd.; **Ersoy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 33; **Dülger**, Genel Hükümler, s. 351, 352, dn. 584; **Kabak Yüce**, s. 157, 158; Nitekim Ünver’ göre, “hukuksal değerler ideal genel geçerlik iddiası olan, düşünsel ve eşit olarak herkese hitap eden değerlerdir.” Yazar bunlara örnek olarak yaşam, zilyetlik ve mülkiyeti göstermektedir. Öte yandan “hareketin objesi, eylemin objesini oluşturan ve tipik hareketin üzerinde icra edildiği somut konudur. Örneğin başka bir insan ... başkasına ait taşınabilir eşya”. Yazara göre hareketin objesi ve hukuksal değer birbirinden kavramsal olarak farklı olmakla birlikte, fikir ve görünüm itibarıyla birbirleriyle ilişkilidir. Davranışın neticesinin değersizliği, hareketin objesinin gerçek ihlalinde bulunmaktadır. Öte yandan ideal bir değer olarak hukuksal değer, failin saldırısına uğramaktadır. Ancak hareketin objesinin şekli görünümü dahilinde değer kötüye kullanılabilir, saldırıya uğrayabilir fakat gerçek anlamda zarara uğratılamaz. Bu konuda bkz. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 136, 137.

ile suçun konusu üzerinde meydana getirilen etkinin zarar yahut tehlike olmasına göre yapılacağını belirtmektedir.⁸⁸⁴ Benzer yöndeki bir görüş “suçun maddi konusunu”, ceza normunda düzenlenen tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği eşya veya şey olarak tanımlamakta ve her suçun bir maddi konusu olmadığını belirtmektedir. Ancak aynı görüşe göre zarar ve tehlike kavramları suçun konusu ile davranış arasındaki ilişki üzerinden açıklanmalıdır. Buna göre, zarar davranışın yöneldiği konunun negatif yönde değiştirilmesini ifade eder. Böylece zarar korunan hukuki varlık üzerinden değil, suçun konusu üzerinden tanımlanmalıdır. Dolayısıyla tehlike de suçun konusu üzerindeki negatif değişikliklerin gerçekleşme ihtimali olarak tanımlanmaktadır.⁸⁸⁵

Suçun maddi konusuna yönelik bir başka açıklamaya göre, suçun maddi konusu kavramını esas alanlarla suçun konusu kavramını esas alanların ortak noktası, fiilen saldırı yapılan objenin (Alm. “*Tatobjekt*”) maddi yahut manevi olmasına bakmaksızın bunu esas almaları, yani fiilen hareketin yöneldiği obje üzerinden bir tanımlama yapmalarıdır. Ancak zarar suçlarıyla tehlike suçları arasındaki ayrımın hareketin doğrudan yöneldiği obje, yani şahıs veya şey üzerinden gerçekleştirilmesi kendi içerisinde tutarsızlıklara sebep olabilmektedir. Nitekim suçun konusunun maddi olması gerektiğini vurgulayanlar açısından ifade edilmelidir ki pek çok suç tipinde maddi bir konu bulunmamaktadır. Dolayısıyla konunun maddi olması gerekliliği kabul edildiğinde, maddi konusu olmayan suçlar bakımından bir açıklama yapılması zor hale gelmektedir. Belirtilmelidir ki hareketin fiilen yöneldiği kişi veya şey olarak suçun konusu veya suçun maddi konusu ile suçun hukuki konusunun fiilen koruma altına aldığı konu birbirinden farklıdır. Bu görüşe göre zarar ve tehlike suçları arasındaki ayrım, hareketin suçun konusu veya maddi konusu üzerindeki etkisine göre değil, hukuki konunun objesi üzerindeki

⁸⁸⁴ Öztürk – Erdem, s. 216.

⁸⁸⁵ Bu konuda bkz. Ceyhan, s. 169 – 173, s. 223 vd.

etkisine göre gerçekleştirilmelidir. Ne var ki bu görüşe göre suçun maddi konusu ile hukuki konunun objesi öldürme, yaralama, malvarlığı aleyhine işlenen suçlar bakımından aynı şeye işaret etmektedir. Zira suçun konusu kavramı açıklanırken hukuki değerin konusu (Alm. “*Rechtsgutsobjekt*”) kavramına verilen anlamların, suçun konusu kavramına da dahil edilmesi gerekmektedir. Suçun konusu, hukuki değerin konusunu içerecek şekilde tanımlanırsa somut bir obje haline gelir. Bu obje hukuki varlık bakımından koruma altına alınmıştır ve korunan hukuki varlığa uygun hareket edilmesine yönelik talep söz konusu objeye özen gösterilmesine bağlı kılınmıştır. Hukuksal varlığın ihlalinin üzerinde gerçekleştiği, bir kimsenin yaşamı ve bir başkasına ait olan eşya gibi münferit somut obje hukuksal varlığın objesini teşkil etmektedir.⁸⁸⁶ Bu görüş kapsamında, görev esnasında saldırıya uğrayan kamu görevlisi, suçun maddi konusunu oluştururken; bu saldırı kamu görevlisinin görevinin gereğini yerine getirmesini engellemek amacıyla yapılmışsa, söz konusu kamu görevlisi hukuki varlığın objesi haline gelmektedir. Sonuç itibarıyla hukuksal varlıkların maddi karşılığı olmadığı için, ideal-manevi kavramlar olarak bunların zarara ya da tehlikeye uğraması mümkün değildir ancak hukuksal varlığın ilişkili olduğu bireysel, fiziksel ya da toplumsal “koruma objelerinin” zarara uğraması ya da tehlikeye atılması mümkündür.⁸⁸⁷

Kişi veya eşyanın cismani yönünü ifade etmek üzere suçun konusunu ceza normunda tanımlanan hareketin üzerinde gerçekleştirildiği kişi veya şey olarak anlayan bir görüşe göre, her suçta bir konu bulunur; aksi halde suç meydana gelmez. Fiilin

⁸⁸⁶ Schmiedhaeuser’e ait bu görüşler için ayrıca bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 131.

⁸⁸⁷ Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, s. 447 – 455; Hukuksal değer ile hukuksal değerin objesini ayırmak için Schmiedhaeuser, hukuksal değerin ideal özen talebini ifade ettiğini ve ancak zarara sokulabileceğini buna karşılık hukuksal değer objesiyle fiil objesinin hem zarara sokulabileceği hem de tehlikeye atılabileceği kanaatindedir. Bu konuda bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 131.

yöneldiği şey öncelikle somut varlığı olan bir nesnedir. Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusunu taşınır mal oluşturmaktadır. Konu kavramıyla kastedilen salt fiziksel bir obje olmayıp, maddi olmamakla birlikte gerçekte var olan, nedensel olarak etkilenen konular da kastedilmektedir. Bununla açıklanmak istenen husus, bir ideal yahut manevi değer değil, insanın davranışlarıyla da değişebilen gerçek dünyanın görünümüdür. Örneğin Alman Ceza Kanunu’nun 126. maddesinde düzenlenen “suç işleme tehdidinde bulunarak kamu barışını bozma suçu”nun (benzer bir düzenleme, “Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit” başlıklı TCK m. 213 hükmünde yer almaktadır) maddi olmayan konusu, halkın korku olmadan ve huzur içinde birlikte yaşaması olarak ifade edilmektedir. Bu aktüel bir durumu ifade eder; ancak bu durum insan davranışları sebebiyle değişime uğrayabilmektedir. Kamu barışının bozulması, zarar olarak nitelendirilemese dahi, algılanabilen bir durumdur. Yine bu görüşe göre hakaret suçu ile korunan hukuki varlık kişinin şerefli ve saygın bir şekilde hayatını sürdürme hakkı iken, suçu konusu mağdurun şeref veya haysiyeti olmaktadır. Bu anlamda maddi olmayan konu üzerindeki zarar ya da tehlikeden bir durum değişiminin gerçekleştiğini ve bu değişimin algılanabilen yahut fark edilebilen bir olgu olduğunu belirtmek gerekir. Öte yandan herhangi bir durum değişimine sebep olmayan ve manevi içerik arz eden şeyler de konu kavramına dahildir. Hukuki varlıklar ise, soyut niteliktedir ve bu nedenle ne zarara uğratılabilirler ne de tehlikeye maruz bırakılabilirler. Sonuç itibarıyla zarar ve tehlike de suçun konusu üzerinde gerçekleşmektedir ve konunun fiilden etkilenme yoğunluğuna göre suçlar zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁸⁸⁸

Görüldüğü üzere özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde maddi konunun tanımı konusunda görüş birliği olmadığı gibi, tercih edilen kavram konusunda da bir farklılaşma söz konusudur. “Koruma objesi”, “maddi konu”, “fiilin konusu”, “hareketin objesi”,

⁸⁸⁸ Ünal, Tehlike Suçları, s. 150 – 170.

“saldırı objesi”, “davranışın objesi”, “fiilin objesi”, “hukuksal değerin objesi”, “etki objesi” gibi kavramlar buna örnek olarak gösterilebilir.⁸⁸⁹

Esasında bu kavram karmaşasının bir sebebi öğretide hukuksal varlığın ne olduğu ve hukuksal varlık ile hareketin objesi (maddi konu) arasındaki ayrım noktasında bir fikir birliğine varılamamış olması ve aynı kavramla kastedilen şeyin yazardan yazara değişkenlik göstermesidir. Kavram karmaşasının diğer sebepleri arasında, hareketin objesinin tanımı yapılırken, hukuksal varlığın sınırlandırılmasından tamamen farklı bir yöntemin benimsenmesi ile hareketin objesinin tehlike ve zarar suçlarının kategorileştirilmesinde kullanılması yer almaktadır.⁸⁹⁰

Biz öncelikle kavramı ifade etmek için suçun konusu ve öğretideki diğer terimlerden ziyade suçun maddi konusu terimini kullanmanın daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Hem böylece söz konusu kavram, suçun hukuki konusu kavramıyla karışmayacaktır. Öte yandan maddi konu ifadesi, söz konusu kavramın merkezini oluşturan doğacı anlamda maddilik özelliğini vurguladığı için de daha yerindedir.⁸⁹¹

Bize göre hukuki varlığın konusu (Alm. “*Rechtsgutsobjekt*”) kavramına verilen anlamların, suçun konusu kavramına da dahil edilmesiyle oluşturulan suçun konusu kavramı üzerinden zarar ve tehlike suçu kategorilerinin oluşturulması da yerinde değildir. Zira hukuki varlığın konusu kavramının açıklanmasına ilişkin de belirsizlikler mevcuttur. Örneğin Graul’a göre her suç bakımından Welzel’in ifade ettiği anlamda hukuksal varlık objesiyle hukuksal varlık örtüşür ve her zaman aynı anlama gelir.⁸⁹²

⁸⁸⁹ Ünver, Hukuksal Değer, s. 125.

⁸⁹⁰ Ünver, Hukuksal Değer, s. 125.

⁸⁹¹ Orhan, s. 33.

⁸⁹² Ünver, Hukuksal Değer, s. 138, 139.

Suçun konusunu tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey olarak açıklayan, ancak her suçta bir konu olmadığını belirtmesine rağmen, zarar ve tehlike suçlarını fiilin suçun konusu üzerindeki etkisi üzerinden açıklayan görüşler, konusu olmayan suçların zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğunu ayırt edememektedir.

Suçun maddi konusunu, suçun üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olan kişi veya şey olarak tanımladığımız ve her suçta bir maddi konu olmadığı yönündeki görüşe katıldığımız için, zarar suçu ile tehlike suçu ayrımının suçun maddi konusunun zarara uğratılması ya da konunun tehlikeye atılması üzerinden yapılmasının isabetli olmadığını düşünüyoruz.⁸⁹³

Zarar suçu ile tehlike suçu ayrımını fiilin suçun konusu üzerindeki etkisi üzerinden açıklayan ve her suçun bir konusu olduğunu belirten görüşlerin de maddi olmayan konulara verdikleri örnekler, suçun hukuki konusuyla karışmaya müsaittir. Örneğin kamu barışı, ya da mağdurun şeref ve haysiyeti kavramları suçun (maddi) konusundan ziyade suçun hukuki konusu olmaya aday kavramlardır. Yahut düşünce ile algılanabildiği için “bayrak fikri”nin maddi konu olabileceği görüşü de kabul edilebilir değildir. Çünkü bizim de katıldığımız görüşe göre cismani varlığı olmayan, sadece düşünce ile algılanabilen şeyler, suçun maddi konusunu değil ancak hukuki konusunu teşkil edebilirler.⁸⁹⁴

Davranışın suçun konusunda bir zarara sebep olduğu hallerin zarar suçu sayılması, örneğin hırsızlık suçuna ilişkin değerlendirme yapılırken bazı tereddütlere sebep olabilir. Zira hırsızlık suçunun maddi konusu başkasına ait taşınır maldır. Ancak tipik fiil ile söz konusu taşınır mal üzerinde bir zarar meydana getirilmemektedir. Fakat mağdura taşınır

⁸⁹³ Orhan, s. 114.

⁸⁹⁴ Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 188.

mal ile kurduğu zilyetlik ilişkisinin ortadan kaldırılması şeklinde bir zarar verilmektedir. Bir başka deyişle hırsızlık suçu bir zarar suçudur; ancak zarar, suçun maddi konusu üzerinde doğmamaktadır. Benzer şekilde yangın çıkartmak suretiyle genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunda (TCK m. 170/1-a) fiilin üzerinde gerçekleştiği şeyin (örneğin evin) zarar görmesine karşılık söz konusu suçun bir zarar suçu olduğu söylenemeyecektir.

Bu aşamada hukuki varlıkların soyut – ideal değerler olması ve bu anlamda somut olmamaları sebebiyle zarara ya da tehlikeye uğratılamayacakları, ancak ihlal edilebilecekleri görüşü değerlendirilmelidir. Bu görüşe göre, suçun işlenmesiyle hukuki varlık ihlal edilmekte ancak ideal bir değer olarak varlığını devam ettirmektedir. Fail, zarar ya da tehlike biçiminde suçun konusu üzerinde gerçekleştirdiği tipik neticeyle suçla korunan hukuki varlığı tanımadığını ve geçerliliğine karşı çıktığını göstermektedir.⁸⁹⁵

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre, ceza hukukunun amacı, hukuki varlıkların korunması ve buna mukabil zarar ve tehlike şeklindeki ihlallerin önlenmesidir. Bu anlamda ideal değerler olarak hukuki varlıkların zarar göremeyecekleri ya da tehlikeye atılamayacaklarından bahsetmek bir çelişki yaratmaktadır. Öte yandan ideal-soyut hukuki varlık kavramının kabulü, gerçekliği olmayan genel-soyut kavramların hukuki varlık olarak nitelendirilmeleri eğilimine sebep olmakta ve böylece hukuki varlık kavramının ceza hukukunu sınırlandırma fonksiyonu zayıflamaktadır.⁸⁹⁶ İdeal hukuksal varlık anlayışının kabulü halinde ihlalden ne anlaşılması gerektiği ve ideal olarak anlaşılan hukuksal varlık kavramının ceza hukukunu maddi açıdan meşrulaştırmaya elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim Schmidt'e göre de ceza hukukunun görevinden yola çıkılarak edinilen ideal hukuksal varlık anlayışı, hukuksal varlığın

⁸⁹⁵ Sözüer, s. 149.

⁸⁹⁶ Bkz. Soner Demirtaş, Tehlike Suçları, Adalet Yay., Ankara 2023, s. 150.

korunması bakımından kendi meşruluk ilkelerinden uzaklaşmaktadır. Bu anlayış ceza hukukunu norma itaatle sınırlandırmakta ve ceza hukukunun müdahale alanını ve imkanlarını çok genişletmektedir.⁸⁹⁷

Ceza hukukunda hukuki varlıkların, onların hamillerinden bağımsız bir şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple hukuki varlıkların bir ideal değil, ancak gerçeklik olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Kanun koyucunun amacı, ideal bir bakışla hukuki varlıkların ihlallere karşı korunması değil, hamillerinden bağımsız düşünülemeyecek hakları korumak ve bunların zarar görmesini ya da tehlikeye maruz bırakılmasını engellemektir. İdeal hukuki varlık anlayışı kabul edildiğinde, örneğin kasten öldürme suçlarında yaşam hakkı ideal varlığını sürdürürken öldürülen kişinin yaşamı şeklindeki konu ise zarar görecektir. Öte yandan, hukuki varlığın gerçeklik olduğu kabul edildiğindeyse öldürülen kişinin yaşam hakkı sona ermiş yani zarar görmüş olacaktır.⁸⁹⁸ Bize göre de bu son anlayış daha isabetlidir.

Kanun koyucunun da hukuki varlıkların zarar görebileceği veya tehlikeye atılabileceği kabulüyle suç ihdas ettiği ve bu anlamda hukuki varlıkların gerçeklik teşkil ettiği görüşünde olduğu belirtilmektedir. Nitekim TCK m. 25/1 hükmünde yer alan *“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı...”* ifadesiyle TCK m. 25/2 hükmünde yer alan *“Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiil...”* ifadelerinden

⁸⁹⁷ Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 523, 524.

⁸⁹⁸ Demirtaş, s. 162, 163.

anlaşılan odur ki kanun koyucu hukuki varlıkların doğrudan zarara uğratılabileceğini ya da tehlikeye atılabileceğini kabul etmektedir.⁸⁹⁹

E. DEĞERLENDİRME

Hem zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın hem de somut tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçları arasındaki ayrımların davranış üzerinden yapılması gerektiğini belirten görüşler tatmin edici gerekçeler sunamamıştır. Zira davranışın değersizliği esas alınarak oluşturulan cezalandırma anlayışı, failin iç dünyasını, düşüncelerini cezalandırarak bir fail ceza hukuku sisteminin ortaya çıkmasına vesile olabilecektir. Öte yandan davranışın değersizliğini bir hukuki yükümlülüğün ihlali olarak görmek ve suç tiplerini bu anlayışla oluşturmak, taksirli tehlike suçlarını bir neticenin meydana gelmesi aranmaksızın cezalandırmaya eşdeğerdir ve nihayetinde sırf itaatsizliğin cezalandırılması sonucunu doğurur. Bu nedenlerle davranışın değersizliği esas alınarak bir sınıflandırma yapmak kabul edilemez.

Neticenin doğalcı anlayışını kabul ettiğimiz ve bu sebeple her suçun bir neticesi olmadığını bir başka deyişle neticesine göre suçların sırf davranış suçları (neticesiz suçlar) ve neticeli suçlar şeklinde ayrılacaklarını kabul ettiğimiz için, zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın netice esas alınarak yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz. Zira her suçta zarar ya da tehlike şeklinde bir ihlal varken her suçta bir netice olmak zorunda değildir.

Suçun maddi konusunu suç fiilinin üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olan insan veya şey olarak tanımladığımız ve her suçta bir maddi konu olmadığını kabul ettiğimiz için, tehlike suçu ile zarar suçu arasındaki ayrımın suçun maddi konusu üzerinden yapılmaması gerektiğini düşünüyoruz.

⁸⁹⁹ Demirtaş, s. 163, 164.

Her ceza normuyla hukuki varlık ya da menfaatlerin korunduğu ve suçun meydana gelmesi için tipiklikle birlikte söz konusu varlık ya da menfaatin de ihlal edilmesi gerektiği, bu ihlalin de varlığa zarar vermek ya da onu tehlikeye atmak şeklinde ortaya çıkabileceği göz önüne alındığında, zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın temelini suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekline dayandırmak gerekmektedir.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, hukuki varlığın ihlalinin öne çekilme seviyesiyle bağlantılı olarak suçlar iki kategoriye ayrılabilir. Buna göre hukuki varlığın yok edilmesi, kaybedilmesi, sınırlandırılması ya da azaltılması şeklinde etkili bir zarara uğradığı hallerde zarar suçlarından; korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmasının yani bir zarar ihtimaline maruz bırakılmasının yeterli olduğu hallerde de tehlike suçlarından bahsedilecektir.

III. SOMUT TEHLİKE SUÇLARINDAKİ “SOMUT TEHLİKE”NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışmanın birinci bölümünde tehlike türlerine ilişkin yaptığımız açıklamalarda, somut tehlike suçu – soyut tehlike suçu şeklindeki ayrımı kabul ettiğimizi belirtmiştik. Bu başlığın altında öğretilde son derece tartışmalı bir konu olan somut tehlike suçlarındaki “somut tehlikenin” bir netice mi olduğu; yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu meselesi incelenecektir. Bu tartışma son derece önemlidir zira ilk görüşün kabul edilmesi halinde failin kastının netice olan somut tehlikeyi de kapsamaması gerekmektedir. İkinci görüşün kabul edilmesi halindeyse failin cezalandırılabilmesi için tehlikenin meydana geldiğinin belirlenmesi yeterli görülecektir.⁹⁰⁰ Dolayısıyla ilk görüşün kabul edilmesi halinde eğer failin tehlike neticesine yönelik bir kastı var, ancak tehlike meydana gelmemişse diğer şartların da varlığı halinde fail suça teşebbüsten sorumlu

⁹⁰⁰ Doğan, s. 184, 185.

tutulabilecektir. Failin neticeye yönelik kastının bulunmamasına rağmen neticenin meydana geldiği hallerdeyse ilgili suçtan cezai sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. İkinci görüş kabul edilecek olursa failin, tehlikenin ortaya çıkmasına yönelik bir kastı var ancak tehlike meydana gelmemişse cezai sorumluluğu doğmayacak; failin tehlikenin meydana gelmesine yönelik bir kastı olmamasına rağmen tipik tehlikenin meydana gelmişse ilgili suçtan cezai sorumluluk ortaya çıkacaktır.

Bu aşamada çözülmesi gereken bir ön mesele, toplumsal ya da kamu idaresi, adliye gibi kurumsal hukuki varlıkların somut tehlike suçlarıyla korunup korunamayacakları meselesidir. Nitekim bir görüşe göre, somut tehlike kavramının gerçek anlamda uygulanabilirliğinin, kişilerin veya belirli şeylerin somut bir şekilde zarara uğrama ihtimalleriyle sınırlandırılmış olması, korumanın konusu olan varlığın bazı niteliklere sahip olmasını gerektirir. Bir başka deyişle korumanın konusunun, maddi olarak zarar görebilecek ve doğalcı – fiziksel bir bakış açısıyla incelendiğinde tehlikeli bir davranışın etki alanı içine girebilecek spesifik örneklerde somutlaştırılmaya elverişli olması gerekmektedir (örneğin yaşam veya fiziksel bütünlük). Dolayısıyla tehlike neticesinin iki muhtemel fonksiyonunun, yapıları gereği tehlikeye maruziyetlerinin belirli olgusal bağıntılar temelinde araştırılmasına izin vermeye çok yatkın olmayan koruma konularının varlığı halinde yerine getirilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu hukuki varlıklarla kastedilen toplumsal ya da kurumsal hukuki varlıklardır.⁹⁰¹

Böylece somut tehlike suçlarıyla korunabilecek hukuki varlıkların toplumsal veya kamu idaresi, adliye gibi kurumsal hukuki değerler olup olamayacağı konusu tartışmalı hale gelmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere, gayri maddi karaktere sahip hukuki varlıkların zarara mı atıldığını yoksa tehlikeye mi maruz bırakıldığını tespit etmek hiç de

⁹⁰¹ **Fiandaca**, “*La tipizzazione di pericolo*”, s. 449, 450.

kolay bir iş değildir. Bununla birlikte TCK'da da toplumsal hukuki varlıkları koruyan somut tehlike suçlarına rastlanmaktadır. Örneğin TCK m. 215 hükmünde düzenlenen suçu ve suçluyu övme suçunun ve TCK m. 216/1 hükmünde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun tamamlanması için sırasıyla kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmıştır. Bu açık ve yakın tehlike de somut tehlikeyi ifade etmektedir.⁹⁰² Bireysel hukuki varlıklara ya da bireysel hukuki varlıklarla birlikte toplumsal hukuki varlıkların da korunmasına hizmet eden somut tehlike suçlarından farklı olarak bu suçlarla sadece kamu düzeni ve kamu barışı gibi toplumsal hukuki varlıklar korunmaktadır. Bu hukuki varlıklar üzerlerinde doğalcı anlamda tasavvur edilebilir bir değişikliğin gerçekleşebileceği bir hukuki konu olarak düzenlenmemektedir. Bu varlıkların korunduğu suçlarda, suçun meydana gelmesi için zararın ortaya çıkması da aranmamaktadır çünkü bu hukuki varlıkların zarar görmesinin aranması ya teorik olarak mümkün olmayacak ya da zararın meydana gelmesi aransa dahi somut olayda zararın tespiti çok zor olacaktır. Somut tehlikenin tespit edilmesinde tehlike yaratacak davranışın etki alanına fiziki bir objenin girmesi gerektiği için; sınırlandırılabilir bir hukuki varlık objesinin gerçek anlamda tehlikeye atılması gerekmektedir. Toplumsal hukuki varlıklarda bu minvalde bir objenin varlığı söz konusu olmadığı için bu varlıkların hangi andan itibaren tehlikeye atıldığının da tespiti mümkün görünmemektedir. Bu nedenle toplumsal hukuki varlıkların somut tehlike suçları aracılığıyla korunmasının uygun olmadığı belirtilmektedir.⁹⁰³

İçerikleri ve kapsamaları hususunda görüş farklılıkları olan ve bu anlamda çeşitli yorum ve değerlendirmelere açık pek çok toplumsal hukuki varlığın ne zaman zarara uğradığı ne zaman tehlikeye atıldığını tespit etmek de son derece zordur. Dolayısıyla

⁹⁰² **Türay**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik, s. 278.

⁹⁰³ Bu konuda bkz. **Demirtaş**, s. 189 – 191.

toplumsal hukuki varlıkların korunması açısından somut tehlike suçu şeklinde düzenlenen ceza normlarından kaçınılması gerektiği yönündeki tavsiyelerinin yersiz olmadığı belirtilmektedir.⁹⁰⁴

Bize göre öncelikle bireysel hukuki varlıkların kapsamının belirli olduğu; ancak toplumsal hukuki varlıkların kapsamının daha muğlak olduğu şeklindeki ön kabul yerinde değildir. Nitekim, bireysel hukuki varlık niteliği taşıyan şeref, cinsel özgürlük, insan onuru gibi varlıklar da gayri maddi nitelikte oldukları için ne zaman zarara uğradıklarını ne zaman tehlikeye atıldıklarını tespit etmek güçlük arz etmektedir. İkinci olarak, toplumsal hukuki varlıkları korumakla birlikte TCK m. 215 ve TCK m. 216/1 hükümleri sebebiyle cezalandırma ifade özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının hukuka uygun olması için müdahalenin yasal, orantılı ve demokratik toplumda gerekli olması şartları aranmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere uygulamada soyut tehlike suçlarında davranışın hukuki varlığı ihlale elverişli olduğuna yönelik bir araştırma dahi yapılmamaktadır. İfade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan bir ceza normunun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, ifade özgürlüğüne yönelik ölçsüz bir müdahale teşkil edebilir ve herhangi bir tehlike barındırmayan ifadelerin cezalandırılmasına vesile olarak demokratik toplumda gereklilik şartının sınırlarının dışına çıkabilir.⁹⁰⁵ Öte yandan ceza normunun kapsamı ve tipik davranışın neleri içermesi gerektiği hususları belirsiz hale geleceği için, kanunilik ve belirlilik ilkeleri de ihlal edilecek, böylece müdahale şeklen kanunla düzenlenmiş olsa da belirlilik ilkesinin gereklerini sağlamadığı için kanunilik ilkesini de ihlal edecektir.

Yukarıda örneğini verdiğimiz TCK m. 215 ve TCK m. 216/1 hükümlerinin de yer aldığı kamu barışına karşı suçlar başlığı altında düzenlenen suçlarla devletin, kamu

⁹⁰⁴ **Demirtaş**, s. 192, 193.

⁹⁰⁵ Aynı yönde ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 164 vd.

düzeni ya da kamu barışı şeklinde ortaya çıkan hukuki varlığının garanti altına alınmasındaki menfaatinin korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir.⁹⁰⁶ Bununla birlikte korunan hukuki varlığın kamu düzeni olması, suçun bireyin temel hak ve özgürlükleri yerine salt devleti veya devlet düzenini koruduğu anlamına gelmeyecektir. Nitekim suç öngören normla doğrudan korunan hukuki varlığın, suçun hukuki konusunun temel hak ve özgürlük olmaması, suçun bireylere ilişkin hukuki varlıkları korumadığını göstermez. Kamu düzeni, kamu barışı gibi soyut hukuki varlıkların korunmasıyla güdülen amaç, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini olması gerektiği biçimde kullanabilecekleri bir ortamın yaratılmasıdır.⁹⁰⁷ Gerçekten de kamu düzenine karşı suçların belirleyici bir özelliği, bireylerin bu suçlarla yasaklanan davranışlar sonucunda yaşadıkları üzüntü ve tedirginliğin söz konusu davranışların olağan ve sürekli bir sonucu olmasıyla ve bireylerin hissedeceği üzüntü yahut korkunun toplumun bir mensubu olmakla sahip olduğuna inandığı haklarının ihlal edildiği hissinden kaynaklanıyor olmasıdır.⁹⁰⁸ Bu anlamda hümanist bir ceza hukuku anlayışında bireye ait

⁹⁰⁶ **Haluk Toroslu**, “*Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı*”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, s. 1202.

⁹⁰⁷ **Türay**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik, s. 228; Nitekim Özek’e göre, Günümüzde devlet, kaynağını insan hak ve özgürlüklerinden alan anayasal kurallarla bağlantılı “görevleri” yerine getiren siyasal bir örgütlenmedir. Devlet, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyup güvence altına almakla, hak ihlallerini önlemekle ve değişen şartlara uygun olarak gerekli suç tiplerini ihdas etmekle mükellef siyasi bir güçtür. İnsan haklarına uygun bu çağdaş anlayışın sonucu olarak devlete karşı suçlarda dahi devlet pasif süje olsa da korunan hukuki varlıklar bireylerin haklarıdır. Örneğin siyasal iktidar aleyhine suçlar bireylerin demokratik düzende yaşama hakkını engellediği için suç sayılmaktadır. Benzer şekilde kamu idaresine karşı suçlar da bireylerin dürüst, iyi işleyen, eşit yönetim düzenlerinde yaşama hakkını ihlal ettiği için suç sayılmaktadır. Adliye karşı suçları da adil yargılamaya ilişkin düzenlemelerin ve adil yargılanma hakkının ihlalini önlemeye yönelik düzenlemeler olarak değerlendirmek gerekir. Bkz. **Özek**, “*1997 Türk Ceza Tasarısı*”, s. 43, 44; **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 13.

⁹⁰⁸ **Toroslu, H.**, “*Tahrik Kavramı*”, s. 1204.

olmayan varlıkların ceza hukuku aracılığıyla korunmasında dahi bu varlıkların bireyler için korunması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁰⁹

Bu itibarla, ceza normu ile korunan hukuki varlığın bir düşünce açıklamasıyla açık ve yakın bir tehlikeye maruz kalıp kalmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda açıklanan düşüncelerin ve düşüncenin açıklanması esnasında kullanılan kelimelerin yani düşüncenin açıklanma şeklinin, kanun koyucunun önlemeye değer bulunduğu ciddi ve mühim zararları yaratacak kadar açık ve kesin bir tehlikenin vücut bulup bulmayacağı ortaya konulmalıdır.⁹¹⁰ Dolayısıyla düşünceyi ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın ölçüsü, düşüncenin açıklanma şekli sebebiyle topluma yönelik belirli, kesin, mevcut, yani somut bir tehlikenin varlığı ve bu somut tehlikenin, düşüncenin açıklanmasının kişileri ya da toplulukları kışkırtmasından, tahrik etmesinden kaynaklanması gerekmektedir.⁹¹¹ Bu anlamda tahrik edilen eylemlerin gerçekleşme ihtimali, söz konusu eylemlerin bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde yaratabilecekleri zararın ihtimalinin yüksek olması gibi kriterler gözetilerek kamu düzeni ve kamu barışı gibi hukuki varlıkların somut tehlikeye atıldığına tespit edilebileceği kanaatindeyiz. TCK m. 216/1 bağlamında, somut tehlikeyi ifade eden açık ve yakın tehlikenin tespit edilmesi adına düşünce açıklamasıyla ortaya çıkan somut tehlikenin mevcudiyetinin saptanması ve derhal önlem alınmadığı takdirde bu tehlikenin ilişkili olduğu zararın ortaya çıkması durumunun neredeyse kesin olması şeklinde güncelliğinin de somut olgularla ortaya konulması gerekmektedir.⁹¹² Önemle belirtmemiz gerekir ki, ifadelerden sonra herhangi bir zararın meydana gelmemiş olması gerekçe gösterilerek somut

⁹⁰⁹ **Türay**, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik, s. 228

⁹¹⁰ **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 31.

⁹¹¹ **Toroslu, H.**, “*Tahrik Kavramı*”, s. 1224.

⁹¹² **Aykut Ersan**, “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama*”, TBBD., S. 111, Y. 2014, s. 83.

tehlikenin doğmadığı söylenemeyecektir zira tehlikenin, zarar neticesi gibi ex post yöntemle tespit edilmemesi gerekmektedir.⁹¹³

Sonuç itibariyle toplumsal hukuki varlıkların veya kamu idaresi, adliye gibi kurumları koruyan hukuki varlıkların yapıları sebebiyle somut tehlikeye atılmaları mümkün olmadığından bu varlıkları koruyan ceza normlarının soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenmesi gerektiğini belirten görüşlere iştirak etmemekteyiz. Bilakis kamu barışına karşı suçlar gibi suçların ihdas edilmesi bireylerin ifade özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığı için bu suçların somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

1. SOMUT TEHLİKENİN NETİCE OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞ

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, neticenin doğalcı anlayış kabul edildiğinde (somut) tehlikenin de bir netice olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi gündeme gelmektedir. Gerçekten de zararın bir dış dünya değişikliği olarak belirlenmesi neredeyse her durumda mümkündür; ancak tehlike bakımından aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir.⁹¹⁴ Tehlikenin de doğalcı anlamda bir netice olarak ortaya çıkabileceğini belirten Antolisei'ye göre, dış dünya değişikliği şeklindeki neticenin algılanabilir olması gerekmemektedir.⁹¹⁵ Mazzacuva'ya göre de tehlike “dış dünyada meydana gelen ve henüz meydana gelmemiş bir başka durumla bağlantısı sebebiyle önem kazanan bir durum” şeklindeki neticeyi teşkil eder ve dikkat edilecek olursa, bu tanımda tehlike kavramı bağlamında neticeden bahsedilirken “dış dünya değişikliği” ifadesini

⁹¹³ **Ergüne**, “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik*”, s. 1694, dn. 116; **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 31.

⁹¹⁴ **Öntan**, s. 282, 283.

⁹¹⁵ **Antolisei**, L'azione e l'evento, s. 98; Ayrıca bkz. **Soyaslan**, Genel Hükümler, s. 257, 258: Yazara göre de netice mutlaka maddi bir olgu değildir, bu maddi olgunun meydana gelme ihtimali bir başka deyişle tehlikesi de neticedir. Bunlar da tehlike suçlarını teşkil edecektir.

kullanmadan, daha kapsayıcı olan “dış dünyada meydana gelen durum” ifadesine atıfta bulunmaktadır.⁹¹⁶

Her ne kadar bir “ön uyarı” üzerinden tehlike kavramını geçerli bir şekilde tanımlamaya yönelik girişimlere içkin zorluklara işaret edilse de tehlikeyi gerçekliğin bir görünüm biçimi, bir “durum (It. “*situazione*”)” olarak kabul edenler çoğunluktadır. Hatta öğretilerdeki görüşlerin büyük çoğunluğu tehlikeyi nedensel olarak sebep olunan bir etki şeklindeki netice (It. “*evento*”) olarak ifade etmektedir ve tehlikenin aynı zararda olduğu gibi neticenin değersizliğini (haksızlığını) ifade ettiğini öne sürmektedirler.⁹¹⁷

Tehlikenin bir ilişki (It. “*relazione*”) olarak anlaşılması gerektiğini belirterek “düzeltici” tanımlar yapanlar dahi tanımlanan özelliğe ilişkin ilk belirlemenin (“fiili durum”) önemini ortadan kaldırmayı başaramamışlardır. Muhtemel zarar neticesi ile onu meydana getirmeye elverişli fiil arasındaki ilişkiyi araştırma zorunluluğu bulunduğu için ön referans noktasını sırf davranış kategorisi içinde konumlandırmak zor olacaktır zira davranışın niteliği ile etkisi arasındaki ayrım, doğal bir varlığa sahip olmayan tehlike kavramının özgün yapısı sebebiyle, soyut düzlemdeki kadar net bir şekilde ortaya çıkan bir olgu değildir.⁹¹⁸ Gerçekten de somut tehlike davranıştan zamansal olarak ayrılabilen bir anda meydana gelir ve hakim total ex ante yöntemini kullanarak bu tehlikeyi ortaya çıkartmakla mükelleftir.⁹¹⁹ Elbette bu aşamada unutulmaması gereken husus, “tehlike neticesi” kavramının salt somut tehlike ile sınırlı olduğudur.⁹²⁰

⁹¹⁶ Mazzacuva, s. 457.

⁹¹⁷ Bkz. Angioni, s. 15 vd.; Mazzacuva, s. 457.

⁹¹⁸ Mazzacuva, s. 457.

⁹¹⁹ Bu konuda bkz. §1/IV/4.

⁹²⁰ Bkz. Ceyhan, s. 170.

Ratiglia, tehlikenin dış dünya değişikliği şeklindeki bir netice olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, tehlike suçları neticesiz suçlar değildir; sadece korunan varlık ya da menfaatin zarara uğraması şeklinde bir netice yoktur. Buna göre, tehlike suçlarında da objektif olması için, hukuki varlığın bütünlüğüne ya da güvenliğine yönelik gerçek bir tehdit teşkil eden ve zarar neticesinin yani daha ağır bir tehdidin meydana gelmesine yönelik bir ihtimali barındıran (barındırması gereken) dış dünya değişikliği şeklinde bir netice mevcuttur.⁹²¹

Antolisei, tehlikenin de bir netice olduğunu zira insan davranışı tarafından sebep olunan bir dış dünya değişikliğini teşkil ettiğini belirtmektedir. Bununla birlikte diğer neticelerden ayrılır çünkü iki etki arasındaki bir ilişkiyi içerir. Bunlardan bir tanesi meydana gelmiş; diğeri ise muhtemel hale getirilmiştir. Böylece tehlike, özel nitelikler sunan *sui generis* bir neticedir.⁹²²

Daha önce de açıklandığı üzere, Alman ve İtalyan ceza hukuku öğretisinde yazarların büyük çoğunluğu tehlikenin bir netice (It. “*evento*”; Alm. “*Erfolg*”), nedensel olarak tetiklenmiş bir etki olduğunu belirtmektedir.⁹²³ Tehlikeyi objektif bir durum (Alm. “*Zustand*”) olarak nitelendiren görüşlerinse artık azınlıkta kaldığı belirtilmektedir.⁹²⁴ Öte yandan eğer tehlike her zaman sırf davranışın dışında kalan fiili bir durumla belirlenebilir görünüyorsa, – örneğin “dış dünyada meydana gelen ve henüz meydana gelmemiş bir

⁹²¹ Ratiglia, s. 89, 90.

⁹²² Antolisei, L’azione e l’evento, s. 117.

⁹²³ Ayrıca bkz. Angioni, s. 15; Palazzo, s. 69; Manna, s. 35; Corn, s. 44; D’Alessandro, s. 20, dn. 50; Krş. Grasso, s. 700: Yazara göre, somut tehlike suçlarında tehlike sanıldığı aksine bir netice değil, davranışın (ya da bir neticenin) sonucunun bir nitelendirilmesidir. Bu nitelendirme, somut olaydaki durumlardan bir zarar neticesinin meydana geleceğini öngörülebilir olarak değerlendirmeye izin veren bir yargılamaya atfedilerek yapılır. Başka bir deyişle tehlike bir yargılamanın, değerlendirmenin sonucudur.

⁹²⁴ D’Alessandro, s. 20, dn. 49.

başka durumla bağlantısı vesilesiyle önem kazanan bir durum” şeklindeki geniş anlamıyla suç tiplerinde tehlike neticesi olarak kabul edilecekse – tehlike ilişkisi, tanımı gereği kesin olgular arasındaki şarta bağlı ilişkiye dayanan nedensellik yargısından farklı olarak gelecekte nedensel bir sürecin (nedensellik) meydana gelip gelmeyeceğini tespit etmeyi hedefleyen bir araştırmayı varsayar.⁹²⁵ Nitekim tehlike korunan varlığın zarara uğraması ihtimali olduğu için yalnızca tehlikenin, araştırılması gereken tipik unsur olmanın ötesinde zarar ihtimalini de somutlaştırdığı suçlar somut tehlike suçlarıdır. Bunlar tehlike neticeli suçlar ya da tehlikeli netice suçları olarak anılmaktadır.⁹²⁶ Somut tehlike suçları, farklı formülasyonlar kullanılmasına rağmen her zaman tehlikenin meydana geldiğinin suçun gerçek neticesi olarak araştırılması gerekliliğini belirten normatif düzenlemelerin içeriğine dayanılarak tespit edilebilmektedir.⁹²⁷ Dolayısıyla bu suçlarda somut tehlike yani netice meydana gelmeden bir ihlalin meydana geldiği söylenemeyecektir.⁹²⁸ Öyleyse somut tehlike suçları, neticenin değersizliği ile karakterize edilmiş gerçek anlamda neticeli suçlar olmaktadır.⁹²⁹

Somut tehlikenin suçla korunan hukuki varlığın zarara uğraması ihtimalinin yoğunluğu üzerinden de açıklandığı görülmektedir. Buna göre, gözle görülür bir yapısı olmasa da “somut tehlike” düşünsel nitelikte davranışa nedensel olarak bağlı bir netice olarak kabul edilmektedir.⁹³⁰ Alman ceza hukuku öğretisinde de hâkim görüş, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin neticeyi ifade ettiği yönündedir.⁹³¹ Bunun nedeni

⁹²⁵ **Canestrari**, “*Reato di pericolo*”, s. 2.

⁹²⁶ **Mantovani**, s. 207, 208.

⁹²⁷ **Fiore – Fiore**, s. 199.

⁹²⁸ **Penso**, s. 29.

⁹²⁹ **Ucci**, s. 152.

⁹³⁰ **Ceyhan**, s. 173: Ancak yazar zararın ve tehlikenin suçun konusu üzerinde gerçekleştiğini belirtmektedir.

⁹³¹ Ayrıca bkz. **Ersoy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 42, dn. 70’de belirtilen yazarlar.

açıktır. Eğer somut tehlikeye bir yandan ceza muhakemesini kolaylaştırmak; diğer yandan da cezanın genel-özel önleyiciliğinin etkinliğini artırmak şeklinde ikili bir görev yüklenmek isteniyorsa, tehlikeyi yasaklanan davranışın somut bir sonucuna dönüştürmekle ve onu hem fail hem mağdur hem de tanık olacak muhtemel kişiler bakımından daha kolay algılanabilir hale getirmekle tüm bu amaçlara daha kolay ulaşılır. Bu sosyal tanınırlık ihtiyacı, tehlike neticesini görünür bir şekilde mevcut olan korumanın konusunun gerçek anlamda “sarsıntıya uğramasıyla” açıkça özdeşleştirme eğiliminde bulunanlar tarafından vurgulanmıştır.⁹³² Dolayısıyla eğer zarar neticesi gerçekleşmemişse üçüncü kişilerde bunun tamamen tesadüfi sebeplerden kaynaklandığı izlenimi oluşmaktadır.⁹³³

Esasında “netice olarak tehlike” şeklindeki tehlikenin objektif kavranışı üzerindeki tartışmalara dikkatle bakıldığında, bu anlayışın gerekçelerinin Almanca dilindeki öğretinin uzun süredir temel kaygısı olan mevcut pozitif hukukun sistematik olarak yeniden inşa edilmesi çabalarının içerisinde tehlikenin araştırılması olduğu görülecektir. Nitekim Alman kanun koyucusu, ceza politikası perspektifinden bakıldığında aşırı geniş görünen soyut tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki boşluğu azaltmak amacıyla özellikle trafik suçları alanında bir dizi tehlike suçu ihdas etmiştir. Bu amaca ulaşmak için söz konusu normlar mümkün olduğunca zarar suçlarına yakınlaştırılmıştır. Bunu yaparken de uygulayıcıyı tehlikeyi değerlendirme görevinde mümkün olduğu kadar çok unsuru göz önünde bulundurmaya zorlayacak bir yasama tekniği kullanarak gerçekleştirmiştir. Bu anlamda tehlike neticesi sadece zarardan tamamen tesadüf eseri kaçınıldığı olaylarda doğrulanabilir.⁹³⁴

⁹³² Binding’e ait bu yaklaşım için ayrıca bkz. **D’Alessandro**, s. 19 vd.

⁹³³ **Fiandaca**, “*La tipizzazione di pericolo*”, s. 449.

⁹³⁴ **D’Alessandro**, s. 23, 24.

Elbette unutulmaması gereken husus, tehlikenin hiçbir zaman *tout court* (basitçe, doğrudan, dolaysız) bir durumla özdeşleştirilemeyeceğidir. Tehlike her zaman somut olaylarda belirli durumlara yapılan ve her zaman kaçınılmaya çalışılan gelecekteki belirsiz bir referans noktasıyla ilişkili olarak verilen bir niteliği teşkil eder. Dolayısıyla gerçek hayatta tehlikeler yoktur; ancak tehlikeli şeyler vardır. Hatta tehlikeli olma özelliğini kendi içinde tüketen şeyler de yoktur ancak bir başka şeye nazaran tehlikeli olan şeyler vardır.⁹³⁵

Bu zorunlu ilişki yani tehlikenin gelecekte meydana gelip gelmeyeceği belli olmayan bir zarar neticesi referans alınarak belirlenmesinin zorunlu olması, tehlike kavramının özünü oluşturur ve onu radikal bir şekilde zarardan ayırıştırır. Nitekim zarar kendi içerisinde negatif sayılırken; tehlike ancak önlenmesi istenen sonraki zarar neticesiyle bağlantılı olarak meydana gelebilir. Objektif tehlike teorisinde gizli olan hata, giderilmesi mümkün olmayan bu içeriksel farklılığın göz ardı edilmesidir. Bu görüş taraftarları tehlikenin doğada ayırt edilebilir bir oluş olduğunu iddia ederken, tehlikenin özünün kendiliğinden değil; bir şeye bağlı olarak var olduğunu unutmaktadırlar. Tehlikenin bu yapısı sebebiyle kanun koyucu bir tehlike suçu yarattığında, uygulamacıdan bir zararın tesadüf eseri meydana gelmemiş olup olmadığını değil; davranışın hukuki varlığı zarar riskine maruz bırakıp bırakmadığını araştırmasını istemektedir.⁹³⁶ Bu anlamda Alman öğretisinde dahi, tehlikenin kendi içinde bir netice olmadığını; ancak bir neticenin özelliği olduğunu belirtenler bulunmaktadır.⁹³⁷

⁹³⁵ Angioni, s. 18, 19; D'Alessandro, s. 24.

⁹³⁶ D'Alessandro, s. 24, 25.

⁹³⁷ Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Heidelberg, 1923, p. 128'den aktaran D'Alessandro, s. 25, dn. 62.

Tehlikenin bir netice olarak kabul edilmesi, somut olayda zarar neticesinin meydana gelmesini engelleyen ve tamamen tesadüfi olarak meydana gelen unsurların tam olarak bilindiği durumlarda kabulü zor sonuçlara yol açabilir. Bu teorinin çizdiği tehlikeli netice kavramı dikkate alındığında mevcut bilimsel bilgiler ışığında “zararın meydana gelmemesinin mutlak açıklanamazlığı” üzerine kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla zararın meydana gelmesini engelleyen sebeplerin bilindiği durumlarda tehlikenin varlığının dışlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Öte yandan bu sonuç, bir tereddüde yol açabilir zira zararın neden meydana gelmediğini açıklaması mümkün olsa da ceza hukuku bakımından önem arz eden bir hukuki varlığın tehlikeye maruz kalıp kalmadığı meselesini çözmemektedir.⁹³⁸ Ancak belirtmemiz gerekir ki bizim kabul ettiğimiz tehlikenin araştırılma metoduna göre, tehlikeye ilişkin bir karar verilebilmesi için hâkim seçebileceği birden ziyade an arasından en sakıncalı ana ilişkin öngörüyü içeren anı seçmelidir. Bu kriter, tehlikenin davranışın mı yoksa neticenin mi bir özelliği olarak ortaya çıktığının tam olarak anlaşılamadığı durumlardaki şüpheleri gidermek için de kullanılacaktır.⁹³⁹

D’Alessandro’ya göre esasında tehlikeyi netice olarak açıklayan teori, tehlike suçları arasından sadece somut tehlike suçuyla uyumludur. Soyut tehlike suçlarını tehlikeli netice teorisi üzerinden açıklamak mümkün değildir. Ceza hukuku bakımından önem arz eden tehlike kavramı, tehlikenin “ilişkiye dayalı özü” üzerinden açıklanırsa hem somut hem de soyut tehlikeyi kapsayacak bir anlayış geliştirilebilir.⁹⁴⁰ Ancak görüldüğü

⁹³⁸ D’Alessandro, s. 25, 26.

⁹³⁹ Parodi Giusino, s. 345; Öğretide bu yöntem “hafifletilmiş ex post” yöntemi olarak da anılmaktadır. Buna göre failin davranışından sonraki – ancak mutlaka hâkimin kararı vermesinden önceki – bir anda korunan hukuki varlığın gerçek anlamda bir krize sokulup sokulmadığı sorgulanmalıdır. Bu konuda bkz. Grasso, s. 701

⁹⁴⁰ D’Alessandro, s. 26.

üzere bu kabul, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin bir netice olarak kabulünü engellemez.

Örneğin İCK m. 440/1 hükmünde düzenlenen suça göre *“Her kim gıda amaçlı maddeleri veya suları, onlar tüketim amaçlı dağıtılmadan veya çekilmeden önce, bozar veya tağşiş eder ve onları kamu sağlığı için tehlikeli hale getirirse ... cezalandırılır.”* Bir görüşe göre bu suç tanımında tehlike, kanun koyucu tarafından gıda maddelerinde tağşiş ve sahtecilik suçunun doğalcı anlamda neticesi olarak belirlenmiştir.⁹⁴¹

Ancak bu görüş öğretide herkes tarafından kabul edilmemektedir. Nitekim öğretide, sabit tanımının ötesine geçen herhangi bir geçerli argüman sunmaksızın bu düzenlemedeki tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtenler bulunmaktadır. Esasında tehlikenin kurucu unsur olduğunu, yani yasaklanmış davranışın doğalcı anlamda neticesi olduğunu iddia edenler de değerlendirmeye yönelik somut bir unsur önermemekte, kendilerini suçun doğalcı anlamda neticesinin bir göstergesi olarak kamu sağlığına yönelik tehlikenin, failin davranışından nedensel olarak türetilmesine atıfta bulunmakla sınırlamaktadırlar.⁹⁴²

Bir görüşe göre, unsuru ya da objektif cezalandırılabilirlik şartını belirtmek için kanun koyucu tarafından benimsenen ifadeler yol gösterici olabilmektedir. Bu anlamda “korunan menfaat bakımından bir tehlike fiilden kaynaklanıyorsa” ya da “fiil korunan menfaat bakımından bir tehlike ortaya çıkartıyorsa” gibi ifadeler kullanılıyorsa cezalandırıcı norm, davranış ile tehlike arasındaki salt türetme ilişkisini belirlerken bir objektif cezalandırılabilirlik şartı yaratmaktadır. Öte yandan, kanun suç fiilinin tamamlanmasını davranışla korunan menfaat bakımından tehlike arasındaki – basit bir

⁹⁴¹ **Daide Petrini**, Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1990, s. 48.

⁹⁴² Bkz. **Petrini**, Reati di pericolo, s. 48, dn. 25 – 27.

türeme ilişkisi olmayan – nedensellik ilişkisinin varlığına tabi kılmak istediğinde normun lafzi yapısı “sebeup olma”, “neden olma”, “üretme” gibi kalıpları içeren formüllerle karakterize edilmektedir.⁹⁴³

Öte yandan unsurlarla objektif cezalandırılabilirlik şartını ayırt etmek için salt kanunun ifadesine bakmak doğru olmayacaktır. Kanun “şayet”, “eğer”, “...dığı takdirde” ve “...halinde” gibi kalıpları bir şartı ifade etmek için kullansa da salt bunlara bakılarak bir cezalandırılabilirlik şartının varlığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Çünkü kanun pek çok halde bir unsur olan neticeyi ifade etmek için de bu ifadeleri kullanmıştır.⁹⁴⁴ Fiilin ihlal ediciliği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri ihlal edilmeden kurucu unsurlarla objektif cezalandırılabilirlik şartlarını ayırt etmek için lafzi ölçütlerin terk edilmesi ve bahsi geçen ilkelerin gerekli kıldığı ve cezanın zorunluluğu ilkeleri doğrultusunda cezalandırılabilirlik şartlarına itibar kazandıran işlevsel ve öze ilişkin bir ölçüt benimsenmelidir.⁹⁴⁵ Bir sonraki başlıkta bu ölçütün nasıl belirlenmesi gerektiği üzerinde ayrıca durulacaktır.

Sağlık kavramı, sadece bir hastalığın yokluğu ile özdeşleştirilemez; ancak bireyin tüm fonksiyonlarının uyumlu bir şekilde gelişmesine eşdeğer, gerçek anlamda psişik, fizik ve sosyal bir refah içinde bulunmak üzerinden tanımlanabilir. Bu anlamda vatandaşların sağlığı bakımından bir tehlikenin meydana gelmesi her zaman suç fiilinin beden veya akıl üzerinde bir hastalık meydana getirme ihtimalinde ortaya çıkmaz; ancak bu psişik, fizik ve sosyal refah durumunun tehlikeye atılması halinde de ortaya çıkar.⁹⁴⁶

⁹⁴³ **Petrini**, Reati di pericolo, s. 50.

⁹⁴⁴ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 318.

⁹⁴⁵ **Nevzat Toroslu**, “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, in. Uğur Alacakaptan’a Armağan (Derleyen: **Mehmet Murat İnceoğlu**), C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2008, s. 707.

⁹⁴⁶ **Petrini**, Reati di pericolo, s. 22, 23.

Gıda ve içecek özelinde “kamu sağlığı” menfaatinin spesifik içeriği ise, anormal veya istisnai durumların dışında söz konusu refah halinin bozulduğunu görme riskine daha çok maruz kalması anlamında özel bir korumayı hak eden süje kategorileri de dahil olmak üzere vatandaşların bütün psiko-fizik fonksiyonlarını dengeli bir şekilde gelişmesine izin veren gerçek anlamda fizik, psişik ve sosyal refah hali olarak nitelendirilebilir.⁹⁴⁷

İCK m. 440/1 hükmünde yer alan “kamu sağlığı bakımından tehlikeli hale getirme” ifadesinin doğalcı anlamda neticeyi ifade ettiği, bunun objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirilme imkanının dışlandığı söylenmelidir. Zira kamu sağlığına ilişkin yukarıda verilen tanım, objektif cezalandırılabilirlik şartına başvurmaya meşrulaştıran “(korunan menfaatin tehlikeye atılmasıyla bağlantılı bir şekilde) suçun manevi unsurunu ispatlamaya yönelik zorlukların” İCK m. 440/1 hükmünde yer alan düzenleme bakımından geçerli olmadığını ortaya koymaktadır.⁹⁴⁸

Tehlikeyi geniş anlamda netice içinde değerlendiren bir görüşe göre, somut tehlikeyi objektif cezalandırılabilirlik şartlarının arasına dahil etmek, onu iradenin kapsamı dışına çıkartmak anlamına gelir ve somut tehlike suçlarının “soyut tehlike suçlarına” dönüşmesine sebep olur.⁹⁴⁹

Türk ceza hukuku öğretisinde de somut tehlikenin neticenin bir türü olarak kabul edilmesi ve failin kastının somut tehlikeyi ve davranış ile tehlike arasındaki nedenselliği kapsaması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁵⁰ Bir görüşe göre, somut tehlike suçlarında zarar suçlarında olduğu gibi “klasik anlamda bir neticede” söz konusu olmasa da dış dünyada

⁹⁴⁷ **Petrini**, Reati di pericolo, s. 29.

⁹⁴⁸ **Petrini**, Reati di pericolo, s. 50 – 52.

⁹⁴⁹ **Ozansü**, s. 130, dn. 25; **Krş. Ünal**, Tehlike Suçları, s. 237.

⁹⁵⁰ **Zafer**, s. 175, 176; **Kabak Yüce**, s. 156.

bir değişiklik meydana getirilmektedir. Bu değişiklik netice olarak kabul edilmeli ve davranışla somut tehlike arasındaki nedensellik ilişkisi kurulmalıdır.⁹⁵¹ Esasında tehlike neticesi zamansal açıdan zarar neticesinin meydana gelmesinin öne çekilmiş halidir. Dolayısıyla her zararın öncesinde tehlike de mevcuttur. Bu anlamda, hukuki varlığın ihlalini gerçekleştirmeyi kapsamına alan ve kast veya taksiri de bünyesinde bulunduran tehlike ve zarar yasağı arasında içerik anlamında bir farklılık olmadığı ifade edilmektedir. Kanun koyucu kimi hallerde ihlalin gerçekleşmesi için salt davranışın yapılmasının yeterli olmadığını, bu davranışın neticesinde örneğin kişilerin hayatıyla ilgili tehlikenin meydana gelmesi gerektiğini düzenler. Eğer normda, bir somut tehlike neticesi öngörülmüşse, bu neticeli bir tehlike suçudur. Böylece somut tehlike suçun bir unsurudur.⁹⁵²

Bir görüşe göre, somut tehlike suçlarında hareketin suç konusu açısından gerçek anlamda bir zarar tehlikesi yaratmış olması gerekmektedir. Bu zarar tehlikesi ortaya çıkmamışsa somut tehlike suçu da meydana gelmemiştir. Bu nedenle somut tehlikeyi bir netice olarak kabul etmek gerekir. Konunun objektif anlamda tehlikeye atılması gerektiği için davranışla somut tehlike arasında nedensellik bağı kurulmalıdır. Bu anlamda somut tehlike suçları maddi suçlar kategorisine dahildir.⁹⁵³

Somut tehlike suçlarını, suçun konusu üzerinde gerçek bir tehlikenin yaratılması üzerinden açıklayan bir görüşe göre de bu suçlarda bir “tehlike neticesi” daha doğrusu “netice tehlikesi” yaratılmakta ve böylece bu suçlar neticeli suçlar kategorisine dahil olmaktadır.⁹⁵⁴ Benzer nitelikteki bir görüş de zarar suçu ile tehlike suçu ayrımını

⁹⁵¹ **Aygörmez**, s. 62.

⁹⁵² **Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 244 – 246.

⁹⁵³ **Önder**, C. II – III, s. 53, 54; Aynı yönde bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 18.

⁹⁵⁴ **Öztürk – Erdem**, s. 216.

davranışın suçun konusu üzerinde meydana getirdiği etkinin seviyesi üzerinden yapmaktadır ve bu görüşe göre netice hem zarar hem de somut tehlike şeklinde olabilir. Bu iddia, TCK'nın tehlikeyi netice kapsamında gördüğü 22. maddeden hareket edilerek ileri sürülebilir. Zira bu maddeye göre basit taksir halinde neticenin öngörülmemesi; bilinçli taksir halindeyse öngörülen neticenin istenmemesi söz konusudur. Böylece kanun, taksirli suçların her zaman neticeli suçlar olduğunu kabul etmiştir. Taksirli suçların bir kısmının tehlike suçu olarak düzenlendiği (TCK m. 171, 172/4, 180, 182) ve bu suçların da kanunun gerekçesinde “somut tehlike suçu” olduklarının belirtilmesi göz önüne alındığında, somut tehlikenin neticeyi ifade ettiği söylenebilir. Ancak bu görüş bizce de yerinde olarak TCK m. 172/4 ve m. 182’de yer alan düzenlemelerin somut tehlike suçu olmadığını ifade etmektedir.⁹⁵⁵ Bu görüşe göre TCK m. 182/1-2 hükümlerinde yer alan düzenlemeler soyut tehlike suçlarının alt kategorisi olan potansiyel tehlike suçlarına birer örnektir.⁹⁵⁶ Aynı yöndeki bir görüşe göre de madde metninde somut bir tehlikenin meydana getirilmesi özellikle aranmadığı için TCK m. 181/1 hükmünün birinci cümlesindeki suç bir potansiyel tehlike suçudur.⁹⁵⁷ Bize göre de kanuni düzenlemede yer alan “zarar verecek şekilde” veya “... zarar görmesine elverişli” şeklindeki ibareler ilgili suçu somut tehlike suçu haline getirmemektedir. Davranışın zarar meydana getirmeye elverişli olması ya da zarar verecek şekilde gerçekleştirilmesi, somut tehlikenin ortaya çıkmasını gerektirmez.

⁹⁵⁵ Akbulut, s. 359.

⁹⁵⁶ Akbulut, s. 437.

⁹⁵⁷ Aygörmez, s. 61; Öğretide bu düzenlemenin somut tehlike suçu olduğunu belirtenler de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Handan Yokuş Sevük**, Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 280; **Volkan Maviş**, Türk Ceza Kanunu’nda Çevreye Karşı Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2021, s. 262.

Suçla korunan hukuki varlık üzerinde meydana getirilen etki üzerinden zarar suçu – tehlike suçu ayrımı yapan bir görüş, somut tehlike suçlarındaki tehlikenin varlığının “tehlike neticesi (Alm. “*Gefahrerfolg*”)” olarak suçun bir unsuru olduğunu belirtmektedir.⁹⁵⁸

Somut tehlike suçlarında, somut tehlike gerçekleşmeksizin davranışın bir ihlal meydana getirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira kanun koyucunun somut tehlike suçlarını ihdas etme amaçlarından birisi de tipe uygun davranışı sınırlandırmak ve ancak somut tehlike gerçekleştiğinde ihlalin meydana geleceğini ifade etmektir. Hatta bu nedenle örneğin genel tehlike yaratan suçlar bölümünde düzenlenen suçlarda her türlü netice değil – genellikle – “kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı” bakımından bir tehlikeye neden olunması şeklindeki neticelerin suçun meydana gelmesine sebep olacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemelerdeki amacı, failin haksız yere aşırı cezalandırılmasının önüne geçmektir. Bununla birlikte somut tehlikenin suçun bir unsuru olarak kabul edilmesinin zorunlu sonucu, failin kastının bu tehlikeyi de kapsamına almasının zorunlu olmasıdır. Öte yandan, tehlike suçlarının amacı cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi olduğu için hem cezalandırılabilirliği öne çekip hem de somut tehlikeyi objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul ederek kastının kapsamının dışında bırakmak ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesine aykırı düşecektir.⁹⁵⁹

Bir diğer görüşe göre de somut tehlike suçlarının düzenlenme amacından ve zarar suçlarıyla olan ilişkisine dayanarak somut tehlikenin suçun unsuru olduğu söylenebilir. Somut tehlikenin bir gerçeklik ve bir durum şeklinde ortaya çıkması, zarar suçlarıyla ortak noktasını teşkil etmektedir. Buradan hareketle, zarardan bir önceki aşamanın zarar gibi cezalandırılması gereken bir ihlal olarak görülmesi, bu durumun davranışla bağlantılı

⁹⁵⁸ **Kazaker Bozkurt**, s. 273, 274.

⁹⁵⁹ **Ersoy**, “*Tehlike Suçları*”, s. 42, 43.

olarak açıkça kanun metninde vurgulanmasını gerektirir. Zarar neticeli suçlarda davranış ve netice nasıl maddi unsursa somut tehlike suçlarında da davranış ve somut tehlike (durum) suçun maddi unsurlarındandır.⁹⁶⁰

Öğretideki bir görüşe göre neticesiz suç yoktur ve suçlar neticesi harekete bitişik suçlar ve neticesi hareketten ayrılabilen suçlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir. Şekli suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardır; ancak bunların tehlike suçlarıyla özdeşleştirilme ihtimali yoktur. Zira hırsızlık gibi hem neticesi harekete bitişik olan hem de zarar suçu niteliğinde olan suçlar bulunmaktadır. Bu anlayışın bir sonucu olarak somut tehlike suçlarını neticeli suçlar; soyut tehlike suçlarını neticesiz suçlar olarak gören görüşler kabul edilemez; zira tehlike suçlarının tamamında tehlike neticedir.⁹⁶¹ Neticesiz suç olmadığını belirterek bu görüşle benzerlik arz eden bir başka görüş, somut tehlike suçlarının neticesi hareketten ayrılabilen maddi suçlar olduğunu belirtmesi yönüyle söz konusu görüşten ayrılır.⁹⁶²

Hareketin yönelik olduğu konunun hareketten etkilenme şekline göre suçlar zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde ayıran bir başka görüş, zarar suçu – tehlike suçu ayrımında hukuki konunun ihlalini esas alır. Neticesiz suç olmadığını, neticesi hareketten ayrılabilen ve neticesi harekete bitişik suçların olduğunu kabul eden bu görüşe göre netice, zarar ve zarar tehlikesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Öyle ki soyut tehlike suçu olarak kabul edilen hakaret suçunda dahi kişinin şerefının zarara uğraması tehlikesi netice olarak kabul edilmektedir. Somut tehlike suçlarında korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olan, ancak ihlalle sonuçlanmamış bir hareket cezalandırılmaktadır. Zarar

⁹⁶⁰ Demirtaş, s. 226.

⁹⁶¹ Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 170, 179.

⁹⁶² Centel – Zafer – Çakmut, s. 269 – 271; Açık olmamakla birlikte aynı yönde bkz. Hakeri, s. 183, 184.

tehlikesinin bulunmaması halinde bu suçların cezalandırılması da mümkün değildir. Dolayısıyla somut tehlike suçlarındaki netice tehlikenin meydana gelmesidir.⁹⁶³

Aktardığımız bu son görüşün kendi içinde tutarlı olmadığını belirtmemiz gerekir. Bu görüş, zarar suçu tehlike suçu ayrımını “neticeye göre suçların sınıflandırılması” başlığı altında incelemekte, hareketin konusunun hareketten etkilenme şekline göre suçların zarar suçu – tehlike suçu şeklinde ayrılacaklarını kabul etmekte ve aynı zamanda bu ayrımın hukuki konunun ihlaline göre yapılacağını belirtmektedirler. Zarar suçu ve tehlike suçu ayrımının bu üç kriterin birlikte uygulanmasıyla yapılması mümkün değildir; bir önceki ana başlığımızda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, kriterlerden birisi seçilmelidir ve bize göre en uygun kriter suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekli üzerinden yapılan ayrımdır. Yine bu görüşün iddia ettiği gibi somut tehlike suçlarında korunan hukuki varlığı ihlale elverişli ancak ihlalle sonuçlanmamış davranışların cezalandırıldığı görüşü yerinde değildir. Zira ihlalsiz bir suç düşünülemez ve tehlike suçlarının da meydana gelmesi için korunan hukuki varlığın tehlikeye atılması şeklinde ihlal edilmesi gerekmektedir.

2. SOMUT TEHLİKENİN OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI OLDUĞUNU SAVUNAN GÖRÜŞ

A. GENEL OLARAK OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTLARI

Objektif cezalandırılabilirlik şartlarının genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Cezalandırılabilirlik şartları, suçun tamamlanması aşamasından sonra ortaya çıkan ve suçu cezalandırılabilir hale getiren şartlar olarak tanımlanmaktadır. Bu şartlar, bütün unsurlarıyla tamamlanmış olan suça, tamamlanma anından sonra salt

⁹⁶³ Özbek – Doğan – Meraklı – Bacaksız – Başbüyük, s. 239 – 241.

cezalandırılabilmeyi sağlamak için müdahale eden koşul olarak ortaya çıkmaktadır.⁹⁶⁴ Bu anlamda objektif cezalandırılabilirlik şartlarının, fiille doğrudan bağlantı halinde bulunan ancak haksızlığa ve kusura dahil olmayan şartlar olarak karşımıza çıktığı belirtilmektedir.⁹⁶⁵ Daha doğrusu bu şartlar, suç fiilinin dışında kalan, fiilden sonra ya da en fazla onunla birlikte gerçekleşen, bu anlamda suçu meydana getiren davranıştan ayrı ve failin yahut üçüncü kişilerin iradi ve gayriiradi davranışlarının sebep olabileceği bir olay olarak kabul edilmelidir.⁹⁶⁶ Böylece bu şartlar, suçun unsurları dışında kalan, failin kast ve taksirinin kapsamı içinde olması gerekmeyen, cezalandırılabilme için kanun koyucunun çeşitli saiklerle meydana gelmesini aradığı maddi ceza hukukuna dahil olan şartlar olarak tanımlanabilmektedir.⁹⁶⁷

Objektif cezalandırılabilirlik şartları, kusurluluktan bağımsız bir şekilde belirlendiği için bunların kusur ilkesini esas alan ceza hukuku anlayışıyla tam olarak bağdaşmadığı ifade edilmektedir. İhlal edici fiilin sübjektif isnadiyetinin bir istisnasını teşkil eden, objektif sorumluluğun esas olduğu netice ceza hukukunun tehlikeli kalıntılarının objektif cezalandırılabilirlik şartlarını şekillendirdiği belirtilmektedir.⁹⁶⁸ Zira failin kastının ve taksirinin kapsamının dışında kalan bir şartın gerçekleşmiş olması sebebiyle failin sorumlu tutulması, bu şartlara yönelik eleştirilere haklılık payı vermektedir.⁹⁶⁹

⁹⁶⁴ **Uğur Alacakaptan**, Suçun Unsurları, B. 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 6, 7.

⁹⁶⁵ Bkz. **Kangal**, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları”, s. 151.

⁹⁶⁶ **Toroslu**, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, s. 706.

⁹⁶⁷ **Uğur Ersoy**, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 8.

⁹⁶⁸ Bkz. **Kangal**, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları”, s. 151, 152.

⁹⁶⁹ **Ersoy**, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 143.

Bu konuda bir değerlendirme yapmak için, suçun kurucu unsurlarıyla objektif cezalandırılabilirlik şartlarını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. “Fiilin ihlal ediciliği”, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ve “kusurlu sorumluluk” ilkelerinin gerekli kıldığı ve aynı zamanda cezanın zorunluluğu ilkesini de ihlal etmeyecek öze ilişkin ve işlevsel bir ölçüt benimsenmelidir. Buna göre, kurucu unsurlar, fiili ihlal edicilik seviyesine ulaştığı için cezaya layık hale getirirken, objektif cezalandırılabilirlik şartları, fiili aynı zamanda cezayı gerektirir hale getirmektedir. Bu anlamda, ceza normuyla korunan hukuki varlığın ihlalini ilgilendiren, fiilin ihlal ediciliğini içeren ve böylece fiilin suç haline getirilmesinin sebebi olan olaylar kurucu unsur olarak anlaşılmalıdır. Öyle ki bu kurucu unsurlar olmadan tipik ihlalin gerçekleştiğinden bahsedilemez. Söz konusu kurucu unsurlara failin cürmi davranışlarıyla sebep olunmalı ve bu unsurlar failin kast veya taksirinin kapsamında kalmalıdır. Aksi halde başkasının fiilinden sorumluluk ya da objektif sorumluluk halleri gündeme gelir. Öte yandan, cezalandırılabilirlik şartları sadece gelecekteki bir olay olarak değil, suç teşkil eden fiilin dışında yer alan bir olay olarak belirlenmelidir. Bu olay nedensellik yönünden fiilden tamamen bağımsız olmak zorunda değildir; ancak ceza normundaki emre yabancı olmalıdır; yani ihlal edicilik içeriği bulunmamalıdır. Anılan şartlar kural olarak, üçüncü kişilerin bilinçli ve serbestçe gerçekleştirdikleri hareketlerine yahut failin suç teşkil eden fiiliyle ilgisi olmayan yeni bir davranışına bağlı fiiller sonucunda ortaya çıkmaktadır.⁹⁷⁰

Esasında objektif cezalandırılabilirlik şartlarının ihlal bakımından önem arz eden ve önem arz etmeyen şekilde ikili bir ayrıma tabi tutulabileceği belirtilmektedir. Nitekim objektif cezalandırılabilirlik şartlarının ancak fiilin ihlal edici içeriğini önemli ölçüde etkilemediği müddetçe kusur ilkesiyle uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Bu söz konusu şartların fiilin ihlal ediciliği bakımından hiçbir önem arz etmediği hallerde

⁹⁷⁰ **Toroslu**, “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, s. 707, 708.

mümkündür. Aynı şekilde söz konusu şartların cezanın artırılması ya da azaltılması üzerinde de etkisinin olmaması gerekmektedir.⁹⁷¹ İhlal bakımından önem arz eden ve arz etmeyen şartları ayırt etmek için “indirme tezi” olarak adlandırılan bir tezden faydalanılabileceği belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu şart olmaksızın da faili ilgili ceza normunu ihlal ettiği için cezalandırmanın mümkün ve caiz olup olmadığına bakılır. Eğer söz konusu şart olmadan da cezalandırmak mümkün ve caizse ve normla korunan hukuki varlık ihlal edilmiştir denilebiliyorsa, ihlal bakımından önem arz etmeyen bir şart; aksi halde, yani söz konusu şart olmaksızın failin davranışının ihlal edici olduğu söylenemiyorsa, ihlal bakımından önem arz eden bir şart söz konusudur.⁹⁷² Bu anlamda ihlal bakımından önem arz eden şartları içeren suçları, bu şartları objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu ve failin kastının ya da taksirinin kapsamında olması gerekmediği için kusur ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü bir ihlalin kast veya taksir olmaksızın meydana getirildiğini kabul etmek, objektif sorumluluğu kabul anlamına gelir ki TCK sistem olarak kusurlu sorumluluk sistemini benimsemiş ve objektif sorumluluğu dışlamıştır. Öte yandan ihlal bakımından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilirlik şartlarını kusur ilkesiyle bağdaştırmak mümkündür. Zira bu halde tipe uygun ve kusurlu bir fiil ile meydana getirilen ihlalin cezalandırılması için ilave bir şart aranmaktadır. Bir başka deyişle suç teşkil eden fiilin sübjektif olarak isnat edilmesinden sonra, sadece cezalandırılabilirlik için şartın gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır. Çünkü cezalandırılacak fiillerin kusurlu olması zorunludur; ancak kusurlu olan her fiil cezalandırılmak zorunda değildir.⁹⁷³

⁹⁷¹ **Ersoy**, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, s. 169.

⁹⁷² Vannini’ye göre de belirli bir olay mantıken çıkartıldığında da geriye yine de bir fiil kalabiliyorsa bu olayın objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğu aksi halde unsur olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 318, dn. 43.

⁹⁷³ **Ersoy**, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, s. 175, 177.

Böylece ihlale tamamen yabancı olmakla birlikte, ihlal edici fiilin cezalandırılmasını mümkün hale getiren şartların – yani sadece ihlal bakımından önem arz etmeyen şartların – objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira bu hallerde şarta bağlanmış olsa da kusurlu bir sorumluluk hali mevcuttur. Bunlara örnek olarak TCK m. 11 ve m. 12’de belirtilen suçların failinin Türkiye’de bulunması ya da TCK m. 161 hükmünde düzenlenen fiilin işlenmesinden sonra verilen iflas kararı verilebilir.⁹⁷⁴

Objektif cezalandırılabilirlik şartlarının hangi suçlarda bulunduğunu ve unsurlardan nasıl ayrılabilceğini kesin bir şekilde tespit etme imkânı bulunmamaktadır. Bu anlamda kanun koyucu, belirli bir fiilden dolayı faile ceza verilebilmesi için failin elinde olmayan bir neticenin gerçekleşmesi lüzumu görüyorsa ya bu neticenin bir cezalandırılabilirlik şartı olduğunu belirtmeli yahut bu şartların unsurlardan ayrılmasını sağlayacak ibareyi bir yorum hükmü ile açıklamalıdır. Ancak bu nitelikte bir belirlemenin olmadığı hallerde, bir hususun netice mi yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu konusunda bir tereddüt yaşanırsa, sanığın lehine yorum yaparak söz konusu hususun unsur olduğunu kabul etmek doğru olacaktır çünkü bu husus unsur olarak kabul edilirse failin kastı veya taksiri kapsamı içerisinde kalması gerekecektir ve dolayısıyla failin lehine olan bir durum ortaya çıkacaktır.⁹⁷⁵ Bir başka deyişle kusursuz suç olmaz ilkesine en üst düzeyde işlerlik kazandırabilmek adına objektif cezalandırılabilirlik şartlarının alanını daraltıcı bir yoruma başvurmak gerekmektedir.⁹⁷⁶

⁹⁷⁴ **Toroslu**, “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, s. 708.

⁹⁷⁵ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 319, 320.

⁹⁷⁶ **Toroslu**, “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, s. 708.

B. SOMUT TEHLİKEYİ OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI

SAYAN GÖRÜŞÜN İNCELENMESİ

Öğretideki bir görüşe göre somut tehlike suçlarında, tipe uygun fiilin suçun konusu üzerinde bir somut tehlike meydana getirmesi, bu suçlar bakımından bir unsur olarak değil; ancak objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmelidir. Zira salt fiilin gerçekleştirilmesiyle bir haksızlık meydana getirilmekte, bir başka deyişle haksızlığın meydana gelmesi için somut tehlikenin ortaya çıkması gerekmemektedir. Ancak bu fiillerden dolayı cezalandırma ancak somut tehlikenin ortaya çıkması halinde mümkün olacaktır bu nedenle somut tehlikenin meydana gelmesi, objektif cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmalıdır.⁹⁷⁷

Bu görüştekilere göre kural olarak tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesiyle cezalandırılması gereken bir davranış ortaya çıkmaktadır. Ancak kanun koyucu suç ve ceza siyaseti gereğince cezalandırılabilirlik için cezaya layık olma, yani ihlal edici nitelikte fiilin ötesinde bazı şartların gerçekleşmesini arar. Fiilin yol açtığı zarar (her suçta bulunan cürmi zarar), objektif cezalandırılabilirlik şartının gerektirdiği boyuta ulaşmadığı sürece failin cezalandırılması kabul edilmemektedir. Somut tehlike suçlarında, örneğin TCK m. 170 hükmünde düzenlenen tipik fiilin gerçekleştirilmesiyle ihlal meydana gelmektedir. Ancak failin cezalandırılması için kanunda sayılan hareketlerin neticesinde kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığına ilişkim tehlike meydana gelmiş olmalı yahut

⁹⁷⁷ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 225; Aynı yönde bkz. **Koca – Üzülmaz**, s. 121, 122; **Demirbaş**, s. 228; **Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır**, s. 391; **Artuk – Üzülmaz**, s. 214; **Dülger**, Genel Hükümler, s. 354; Krş. **Demirtaş**, s. 228: Yazar, somut tehlikeyi objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak gören görüşlerin temelinde neticenin tipik haksızlıktan çıkartılarak haksızlığın sadece hareketin haksızlığıyla gerekçelendirilmesi düşüncesinin yattığını belirtmektedir.

kişilerde korku, kaygı ya da panik ortaya çıkmalıdır. Bu anlamda somut tehlike, objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirilmelidir.⁹⁷⁸

Bir görüş, bahsi geçen bu görüşlere ek olarak, tehlike suçlarının alanının aşırı genişlediğini göz önünde bulundurarak cezalandırılabilirlik alanını dar tutmanın önemli olduğunu, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının bu konuda işlevsel olabileceğini belirtmektedir. Ayrıca somut tehlikenin netice olarak kabul edilmesi halinde, neticenin gerçekleşmediği hallerde failin suça teşebbüsten dolayı sorumluluğu olabilir. Bu da tehlikenin tehlikesinin cezalandırılmasına sebep olur ki bu mantıken hatalıdır ve cezalandırılabilirliğin öngörülemeyen bir şekilde genişlemesine vesile olur. Öte yandan zarar suçlarına teşebbüs halinde ortaya çıkan somut tehlike ile somut tehlike suçlarındaki tehlikenin netice olması, aynı tehlikenin iki farklı görünümünü ifade etmektedir ve bu da çelişkili bir durumdur. Esasında somut tehlikenin ortaya çıkmasının bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi, tehlikeyi bir ön netice yahut öne alınmış bir netice gibi değerlendirenlerin yarattığı çelişkili durumları da bertaraf edecektir.⁹⁷⁹

Belirtmemiz gerekir ki zarar suçuna teşebbüs edilmesiyle ortaya çıkan somut tehlike ile somut tehlike suçlarındaki somut tehlike dışarıdan bakıldığında aynı görünmekle birlikte bunları birbirinden ayırt eden unsur, manevi unsurdur. Zira birisinde zarar kastıyla gerçekleştirilen bir suça teşebbüs söz konusuysa, diğerinde tehlike kastıyla işlenen bir suç vardır. Öte yandan ceza hukukunda pek çok halde dış görünümü itibarıyla aynı olan neticelere farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Örneğin tamamlanmış kasten yaralama ile kasten öldürmeye tam teşebbüs hallerinin her ikisinde de mağdur yaralanmıştır; ancak failin cezai sorumluluğu farklı hükümlere göre belirlenmektedir. Bu

⁹⁷⁸ **Üzülmez – Akkaş**, s. 72, 73; Aynı yönde bkz. **Kangal**, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Şartları”, s. 152, 162.

⁹⁷⁹ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 234, 235.

nedenle somut tehlikenin netice olarak kabul edilmesi halinde, zarar suçuna teşebbüste meydana gelen somut tehlike ile tamamlanmış somut tehlike suçundaki somut tehlikenin aynı tehlikenin iki farklı yönümü olduğu yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz.

Ünal’a göre, somut tehlike suçlarında tehlikenin bir netice olarak kabul edilmesi, ihmal suretiyle icra suçları yönünden de bir problem meydana getirmektedir. Somut tehlike suçlarında gerçekleşen tehlike neticesinden sorumluluk için ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması şartı aranabilir. Bu durumda ihmali davranışla işlenen tüm somut tehlike suçları, ihmal suretiyle icra suçu gibi algılanabilecektir. Örneğin TCK m. 175 hükmünde düzenlenen “akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali”⁹⁸⁰ ve TCK m. 177 hükmünde düzenlenen “hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması”⁹⁸¹ suçlarında failin somut tehlikeyi önlemek noktasında bir yükümlülük altına girmesi, yani garantör olması gündeme gelebilecektir. Ancak kanun koyucu sadece belirli suçların (TCK m. 83, m. 88, m. 94/5) ihmal suretiyle icra hareketiyle işlenebileceğini düzenlediği için, kanunda açık bir ifade olmaksızın ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olduğunu belirtmek kanunilik ilkesine aykırı düşecektir. Dolayısıyla somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi, ihmali hareketle işlenen somut tehlike suçlarında eşdeğerlik şartının aranarak kanunilik ilkesine aykırı bir yorum yapılmasına

⁹⁸⁰ **TCK m. 175/1:** “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁹⁸¹ **TCK m. 177/1:** “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

engel olur. Nihayetinde somut tehlike suçları, sadece sırf ihmal suçu olarak düzenlenebilir.⁹⁸²

Bu görüşe iki sebepten dolayı iştirak etmiyoruz. İlk olarak kabul ettiğimiz suç teorisi uyarınca fiil üç alt unsurdan meydana gelmektedir. Davranış, yani icrai veya ihmali hareket, netice ve davranışla neticeyi birbirine bağlayan illiyet bağı.⁹⁸³ İhmal suretiyle icra, davranışın görünüm şekillerinden birisidir; dolayısıyla kural olarak bir fiil icrai davranışla gerçekleştirilebiliyorsa, ihmal suretiyle icrai davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu anlamda ihmal suretiyle icrai suçlar sınırlı sayıda değildir.⁹⁸⁴ Her ne kadar TCK ihmal suretiyle icrai suçları kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları için düzenlemişse de aynı koşulların aranması kaydıyla diğer suçlar bakımından da ihmal suretiyle icradan söz edilebileceği belirtilmektedir.⁹⁸⁵ Buna göre, eşdeğerlik değerlendirmesine ilişkin kanunun genel hükümlerinde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, ihmali davranışla işlenebileceği açıkça belirtilmemiş suçların ihmal suretiyle icrai davranışla işlenmesine engel değildir.⁹⁸⁶ Zira bu yönde bir düzenlemenin yer almadığı 765 sayılı TCK döneminde icra ile işlenebilen fiillerin ihmalle de işlenebileceği kabul ediliyordu; dolayısıyla yürürlükte olan TCK döneminde de aynı şekilde düşünmek mümkündür. Aksi yönde bir kabul, kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları dışındaki suçların, hatta sayılan öldürme ve yaralamanın taksirli hallerinin dahi ihmalle işlenememesini ve icrai suçlara ihmalle iştirak edilememesi sonucunu doğuracaktır. Bu

⁹⁸² Ünal, Tehlike Suçları, s. 235.

⁹⁸³ Keyman, “Cürmi Fiil”, s. 122.

⁹⁸⁴ Aras Türay, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, YÜHFD., C. XVII, 2020/Özel Sayı, ss. 115 – 154; Bu konuda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yay., İstanbul 2019, s. 146 vd.

⁹⁸⁵ Kayhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 3, Beta Yay., İstanbul 2016, s. 270, 271.

⁹⁸⁶ Öntan, s. 165; Aynı yönde bkz. Demirtaş, s. 231.

da cezalandırmanın kapsamını ceza hukukunun gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde daraltacaktır. Ayrıca davranışın icra ve ihmali şeklinde iki görünümü olduğunu göz önünde bulundurarak hangi suçların ihmali hareketle işlenebileceğini göstermenin imkânsız olduğunu belirtmek gerekir.⁹⁸⁷

İkinci olarak Ünal'ın ihmali hareketle işlenen somut tehlike suçlarına örnek olarak gösterdiği TCK m. 175 ve m. 177'nin soyut tehlike suçu olduğunu çünkü davranışın tipe uygun olması için somut olarak başkasının hayatı veya sağlığı bakımından bir tehlikenin meydana gelmesi gerekmediğini, davranışın bu tehlikeyi yaratmaya elverişli olmasının yeterli olduğunu⁹⁸⁸ ve bu suçların zaten sırf ihmali davranışla işlenebileceğini düşünüyoruz.

Ünal'a göre, somut tehlike suçlarındaki tehlikenin netice olarak kabul edilmesi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220, m. 314) suçlarını teorik olarak açıklamada problemlere neden olmaktadır. Örgüt tabiatı gereği bir devamlılığı içermektedir. Dolayısıyla bu suçlar birer mütemadi suçtur ve bu suçlarda devam eden şey netice değil, icra hareketleridir. İcra hareketlerinin temadi etmesiyle meydana getirilen tehlike de süreklilik kazanır. Ancak eğer somut tehlikeden netice anlaşılırsa, neticenin devam ettiği şeklinde yanlış bir algı oluşur. Halbuki devam eden, icra hareketleridir. Somut tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi, icra hareketleri sebebiyle tehlikenin sürekli olmasını engellememektedir. Somut tehlike süreklilik arz etse dahi, bu suçun unsurlarının dışında yer aldığı için mütemadi suçun özellikleriyle çelişmemektedir.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ **Güneş Okuyucu Ergün**, “Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı”, İnÜHFD., C. 12, S. 1, Y. 2021, s. 308.

⁹⁸⁸ **Doğan**, s. 183.

⁹⁸⁹ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 237.

Mütemadi suçlarda devam edenin davranış mı, netice mi yoksa her ikisi de mi olduğu hususunda farklı tespitler bulunmaktadır.⁹⁹⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre, ani suç – mütemadi suç ayrımı, korunan varlığın ihlal edilme süresi üzerinden yapılmalıdır. Kasten öldürme suçlarında olduğu gibi, aynı anda var olduğu ve son bulduğu için korunan hukuki varlığın ihlalinin anlık olduğu suçlar ani suçlar olacaktır. Ancak meydana gelmeleri için hukuki varlığın ihlalinin failin devam eden davranışının sonucu olarak, süreç içerisinde devam etmesi zorunluluk arz eden suçlar mütemadi (kesintisiz) suçlar olacaktır.⁹⁹¹ Bu anlamda kesintisiz suçlar, devamlı bir ihlal veya devamlı bir zarar yahut hukuki konunun etkisinde kaldığı devamlı bir tehlike durumu olarak nitelendirilmektedir. Böylece kesintisiz suçun tamamlanması ani değildir ve zaman içerisinde devam etmektedir.⁹⁹²

Neticenin doğalcı anlayışı bağlamında neticesiz suçların da olabileceği kabul edildiği için, mütemadi suçların yapısı devam eden netice üzerinden değil⁹⁹³, failin davranışından kaynaklı ihlalin devam etmesi üzerinden açıklanmalıdır. Bu suçlarda davranış da netice de süreklilik arz etmemektedir; ancak süreklilik arz eden, korunan varlık ya da menfaatin zarara uğratılması ya da tehlikeye atılması şeklinde beliren ihlalin sürekliliğidir.⁹⁹⁴

Somut tehlike suçlarındaki tehlike, fiilin ihlal edici niteliğinin bir göstergesidir ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarında netice olarak tehlikenin devam etmesi, ihlalin devam ettiğinin bir göstergesidir. Ayrıca neticeli suçların da kesintisiz olarak

⁹⁹⁰ Öğretideki farklı görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. **Akbulut**, s. 309.

⁹⁹¹ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 291, 292.

⁹⁹² Bu konuda ayrıca bkz. **Tuğrul Katoğlu**, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Seçkin Yay., Ankara 2022, s. 81.

⁹⁹³ Ayrıca bkz. **Katoğlu**, Kesintisiz Suç, s. 74 vd.

⁹⁹⁴ **Öntan**, s. 289, 290.

işlenmesi mümkündür zira önemli olan husus, netice de dahil olmak üzere, suçun kanuni tanımındaki unsurların kesintisiz bir şekilde icra edilmeye elverişli olmasıdır. Bu anlamda suçla korunan hukuki varlığın ihlalinin kesintisiz ihlale ve davranış ile neticenin kesintisiz bir şekilde gerçekleştirilmeye elverişli olmaları gerekmektedir. Nitekim çevrenin kirletilmesi suçlarında çevrenin kirlenmesi şeklindeki neticenin devam etmesi mümkündür.⁹⁹⁵ Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları bakımından da farklı düşünmemek gerekir. Zira örgüt devam ettiği sürece kamu düzeni ve güvenliği üzerinde ortaya çıkardığı somut tehlike⁹⁹⁶ de devam edecektir.

Ünal’a göre, somut tehlike suçlarındaki tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi TCK m. 216/1 ve m. 216/3 hükümlerinde düzenlenen suçlar bakımından ifade özgürlüğünün daha etkili korunmasına hizmet etmektedir. Zira somut tehlikeyi ortaya çıkartmayan ifadeler ifade özgürlüğü içerisinde kalacaktır. Öte yandan “kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike” netice olarak kabul edilirse neticenin gerçekleşmediği hallerde her türlü tahrik hareketi teşebbüs olarak anlaşılabılır. Bu da somut tehlike suçlarını soyut tehlike suçlarına yaklaştıracaktır.⁹⁹⁷

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki TCK m. 216/3 hükmünde düzenlenen suç bir soyut tehlike suçudur. Zira fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması şartı aranmıştır; ancak kamu barışının somut bir tehlikeye atılması şartı aranmamıştır. TCK m. 216/1 hükmünde düzenlenen suç bakımındansa “kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike”nin netice olarak kabul edildiği hallerde de failin kastı bu somut tehlikeyi kapsamına almıyorsa, tehlike gerçekleşse dahi, failin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu tehlikeyi kastın kapsamı içinde kabul etmek ve kastın kapsamı dışında

⁹⁹⁵ Katoğlu, Kesintisiz Suç, s. 77.

⁹⁹⁶ Tezcan – Erdem – Önok, s. 986 – 988.

⁹⁹⁷ Ünal, Tehlike Suçları, s. 238, 239.

kalan “somut tehlikeler” sebebiyle failin cezalandırılmasını engellemeye yönelik bir yorum ifade özgürlüğünü korumaya daha çok hizmet edecektir. Hem kusurlu sorumluluğun esas olduğu ceza hukuku sisteminde, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının alanını mümkün olduğu kadar dar tutmak gerekmektedir.

3. DEĞERLENDİRME

Somut tehlike suçlarında yer alan tehlike, normla korunan hukuki varlık ya da menfaatin ihlaliyle doğrudan ilgilidir. Öyle ki bu somut tehlike gerçekleşmeden norm da ihlal edilmiş sayılmayacaktır.⁹⁹⁸ Ceza normunda belirtilen davranışın gerçekleştirilmesi neticesinde somut tehlikenin meydana gelmesinin aranması, objektif cezalandırılabilirlik şartları açısından aranan soyut nedenselliğin ötesinde bir bağlantıyı gerektirmektedir. Bu anlamda somut tehlike bu davranışın sonucunda meydana gelmelidir. Böylece somut tehlikenin meydana gelmesi suçun bir unsuru olup failin kastı kapsamındadır.⁹⁹⁹

Objektif cezalandırılabilirlik şartlarının, fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kast veya taksirinin kapsamında olmaması gerekmektedir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, ihlal bakımından önem arz eden objektif cezalandırılabilirlik şartları kusur ilkesini ihlal eder niteliktedir. Tehlike suçlarının düzenlenmesinin temelinde hukuki varlıkların zarar görmesinin engellenmesi olduğu göz önüne alındığında¹⁰⁰⁰, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin korunan hukuki varlığın ihlaliyle bağlantılı olduğuna hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim somut tehlike, bu fiillerin suç haline getirilmesinin de sebebini teşkil etmektedir. Somut tehlike suçlarından somut tehlike çıkartıldığında cezalandırmaya layık bir fiilden bahsetmek imkânsız hale gelecektir. Örneğin TCK m.

⁹⁹⁸ İhlalin meydana gelmesi için somut tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. Bkz. **Demirtaş**, s. 222.

⁹⁹⁹ **Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 246.

¹⁰⁰⁰ **Demirtaş**, s. 221.

170, m. 171, m. 179/1, m. 180'de yer alan fiillerin suç olarak düzenlenme sebeplerinden birisi, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından meydana gelebilecek tehlikelerin önlenmesidir. Madde metinlerinde sayılan davranışların somut tehlike olmaksızın bir hukuki varlığı ihlal ettiği söylenemeyecektir. Zira somut tehlike olmaksızın bu davranışların cezalandırılması, cezalandırmanın sınırlarını ölçsüz bir şekilde genişletecektir.

Gerçekten de kanun koyucunun somut tehlike suçlarını ihdas ederken güttüğü amaç, belirsiz olan tipe uygun davranışların nasıl sınırlandırılacağını göstermek, dolayısıyla ihlalin ancak somut tehlikenin meydana gelmesiyle ortaya çıkacağını ifade etmektir. Bu nedenle her türlü neticenin değil, ancak belirli neticelerin meydana gelmesiyle suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Böylece failin haksız yere ve aşırı cezalandırılmasının önüne geçilmiştir.¹⁰⁰¹ Öte yandan, kanun koyucunun taksirli suçları neticeli suçlar olarak düzenlemesi ve taksirli somut tehlike suçlarını ihdas etmesi, somut tehlikeyi de netice olarak kabul ettiğinin bir göstergesidir.¹⁰⁰² Somut tehlikenin netice olduğunu kabul ettiğimiz için, davranışla somut tehlike arasında illiyet bağı bulunması gerektiğini ifade etmemiz gerekir.¹⁰⁰³

Daha önce de belirtildiği üzere kusursuz suç olmaz ilkesine en üst düzeyde işlerlik kazandırabilmek adına objektif cezalandırılabilirlik şartlarının alanını daraltıcı bir yoruma başvurmak gerekmektedir.¹⁰⁰⁴ Dolayısıyla bir hususun netice mi yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu konusunda bir tereddüt yaşanırsa, sanığın lehine yorum yapmak söz konusu hususun unsur olduğunu kabul etmek doğru olacaktır çünkü

¹⁰⁰¹ Ersoy, “Tehlike Suçları”, s. 42, 43.

¹⁰⁰² Akbulut, s. 359.

¹⁰⁰³ Önder, C. II – III, s. 54.

¹⁰⁰⁴ Toroslu, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, s. 708.

bu husus unsur olarak kabul edilirse failin kastı veya taksiri kapsamı içerisinde kalması gerekecektir ve dolayısıyla failin lehine olan bir durum ortaya çıkacaktır.¹⁰⁰⁵

Somut tehlikeyi suçun kurucu unsurları arasında değerlendirmenin zorunlu sonucu, bu unsurun da failin kastı ya da taksirinin kapsamının içinde kaldığının kabul edilmesidir. Dolayısıyla somut tehlike gerçekleşmiş olmasına karşılık faile isnat edilemiyorsa, failin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Halbuki somut tehlike objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilirse fail, kastının veya taksirinin kapsamında olmayan bir somut tehlike sebebiyle cezalandırılabilir. Böylece örneğin TCK m. 216/1 hükmünde düzenlenen suç bakımından failin “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması” şeklindeki neticeye ilişkin doğrudan veya olası kastının olmadığı, ancak neticenin gerçekleştiği hallerde cezai sorumluluğu olabilecektir. Bu da ifade özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Somut tehlikenin gerçekleşmediği her hal de iddia edildiğinin aksine teşebbüs kapsamında değerlendirilmeyecektir. Suça teşebbüs için failin suçun doğrudan doğruya icrasına elverişli hareketlerle başlaması gerekmektedir (TCK m. 35). Eğer failin davranışları bu neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse, suça teşebbüs kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Somut tehlikenin suçun kurucu unsurlarından olan neticeye tekabül ettiğini düşündüğümüz için somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira aksi kabul edilirse, yani somut tehlike objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilirse, somut tehlike suçlarına teşebbüs mümkün olmayacaktır. Bu durumda somut tehlike meydana gelmişse, tamamlanmış suç cezalandırılabilir hale gelmiştir; fakat somut tehlike meydana gelmemişse, failin suça teşebbüsten dahi cezai sorumluluğu yoktur.

¹⁰⁰⁵ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 319, 320.

Ancak bu durumda soyut tehlike suçlarına teşebbüs mümkünken (örneğin hakaret içeren mektuba postada el konulması halinde) somut tehlike suçlarına teşebbüs mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki somut tehlike suçlarına nazaran cezalandırılabilirliğin daha da öne çekildiği soyut tehlike suçlarına teşebbüsü kabul edip somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmek, ceza hukuku mantığı ve tekniği açısından uygun görünmemektedir.¹⁰⁰⁶

IV. SOYUT TEHLİKE SUÇLARININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

1. KANUNİLİK, KUSUR VE İHLAL İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE BİR İNCELEME

Soyut tehlike suçlarını ihdas etmenin sebepleri farklı olabilir. Bunun bir sebebi somut tehlikenin ispatına ilişkin zorluklar ve belirsizliklerdir. Ancak her şeyin ötesinde tipik olarak riskli olan ya da her halükârda özel düzenlemeye ihtiyaç duyduğu düşünülen aktivitelere dahil olabilecek menfaatleri korumak amacı, kanun koyucuyu soyut tehlike suçlarını düzenlemeye yönlendirmektedir. Birincil hukuki varlıkları korumak için (sağlık, fiziksel bütünlük, insanların yaşamları ve sağlıkları için önem arz eden çevresel koşullar) bilimsel ve teknik tecrübe kurallarıyla belirlenmiş standart tedbirleri kabul ederek tipik risklerden kaçınmak mantıklı görünmektedir. Bu güvenlik düzenlemelerinin işlevidir.¹⁰⁰⁷

Soyut tehlike suçlarının anayasaya uygunluğu meselesini ele alırken, bir yandan ihlal ilkesi tarafından karşılanan güvence işlevini küçümsememek öte yandan bazı alanlarda soyut tehlike suçu modeline başvurma ve ceza politikası ve yasama tekniği

¹⁰⁰⁶ Ancak öğretide bir somut tehlike suçu olan TCK m. 181/1 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsün mümkün olmadığını zira somut tehlikenin objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu; ancak bir soyut tehlike suçu olan TCK m. 181/2 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsün mümkün olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Mehmet Emin Artuk**, “Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181)”, İMÜHFD., C. 1, S. 1, Y. 2014, s. 42 – 45.

¹⁰⁰⁷ **Pulitano**, s. 197.

açısından vazgeçilemez olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Konunun pek çok yönü olduğu nazara alındığında, soyut ve somut tehlike arasındaki seçim ideolojik ön yargılardan bağımsız olarak, anayasal odaklı ve kriminolojik olarak temellendirilmiş hukuki koruma perspektifleri doğrultusunda özenle değerlendirilmelidir.¹⁰⁰⁸

Burada mesele, soyut tehlike eşiğinde bir korumanın tavsiye edilebilir olduğu ve hatta gerektiği sektörleri doğru belirlemektir. Bu açıdan bakıldığında, sağlık gibi birincil varlıkları sıklıkla tehdit eden ve seri üretimle bağlantılı karmaşık teknolojik gelişmelerden kaynaklanan “standardize” edilmiş tehlike durumlarına referans verilmesi olağan hale gelmiştir. Bu alanda kendi içinde tehlikeli davranışın cezalandırılması iki önemli avantaj sunmaktadır: bir yandan davranışa içkin tehlikenin yayılmasının önüne bir engel konulmaktadır; öte yandan zarar neticesine yol açan spesifik işleyiş çoğunlukla bilimsel olarak bilinmediği için, somut olayda zarara yol açmış fiilin elverişliliğine ilişkin neredeyse imkânsız olan ispattan (*probatio diabolica*) da kaçınılmış olur.¹⁰⁰⁹

Soyut (varsayılan) tehlike suçlarıyla ilgili en temel tartışma bu suçların anayasal ilkelerle uyumlu olup olmadığı meselesidir. Zira öğretide de belirtildiği üzere, bu yasama tekniğine başvurma hem anayasal ihlal ilkesiyle olan uyumluluğu hem de ceza politikasına ilişkin fırsatlar perspektiflerinden meşruluğu karşılaşılan ilk problem olmaktadır. Bu suçların ortaya koyduğu en mühim mesele “hukuka aykırı davranışın muhtemel zararsızlığı (tehlikeden yoksunluğu)” olmaktadır. Genel tehlikeli davranışlar için yaptırım öngörmek, soyut tehlike suçlarının somut olayın özelliklerini göz ardı etmesiyle sonuçlanır ve bu da failin davranışı gerçekte her türlü tehlikeden yoksunken yine de soyut tehlikenin varlığının onaylanmasıyla sonuçlanabilir.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁸ **Fiandaca – Musco**, s. 220.

¹⁰⁰⁹ **Fiandaca – Musco**, s. 220, 221.

¹⁰¹⁰ **D’Alessandro**, s. 193, 194.

Soyut tehlike suçlarının asıl sorunlu noktası, failin hukuki varlığa zarar verebilecek davranışı sebebiyle değil, ancak salt bu fiil “normalde tehlikeli” olarak ortaya çıkan bir davranış grubuna dahil olduğu için cezalandırmaya izin vermesinde yatmaktadır. Ancak böyle bir sonucun özgürlükçü bir havayı sürdürmek ve hukuki varlıkların korunmasında kanun koyucu ve uygulayıcı için aşılamaz bir sınır oluşturmak isteyen bir ceza hukukunun alanında sürdürülmesinin ne kadar zor olduğu açıktır. Somut davranışın gerçek tehlikeliliğini tamamen göz ardı edebilen bir suç tipinin kabul edilmesi en hafif tabirle absürt olur. Zira bu ceza müeyyidesinin uygulanması için salt tipik davranışın meydana getirilmesinin yeterli olması anlamında normatif emre “sırf itaatsizliği” cezalandırma riskini barındırmaktadır.¹⁰¹¹ Nitekim soyut (varsayılan) tehlike suçlarına yönelik en radikal eleştiriye göre de bu suçlar gerçekte sırf itaatsizlik suçlarıdır. Davranışın somut tehlikeliliğinin araştırılmaması karşısında cezanın üçüncü kişilere ve faile yönelen sırf önleyici bir fonksiyonu bulunmaktadır. Fail bakımından cezalandırmanın gerekçesi meydana getirilmiş davranış değil, itaat kuralını ihlal ederek belirli bir sosyal tehlikelilik seviyesinin varsayılmasını sağlayan kişisel bir tutum olmaktadır. Bir başka deyişle fiil değil, fail cezalandırılmaktadır.¹⁰¹² Bu durumda eğer ortada bir tehlike yoksa, fail tipik değersizliği (haksızlığı) yansıtan bir fiili gerçekleştirmemiş demektir çünkü henüz bir hukuki varlığa yönelik ihlalde bulunmamıştır. Sırf itaatsizlik teşkil eden bir davranışa yönelik araştırma failin tehlikeliliğine yönelik bir değerlendirmenin temelini oluşturabilir. Ancak bu halde somut bir tehlike meydana getirmemiş olan davranış normuna aykırılık için uygulanacak müeyyide ceza değil, ancak güvenlik tedbiri olabilir.¹⁰¹³

¹⁰¹¹ **D’Alessandro**, s. 194, 195.

¹⁰¹² **Gallo, M.**, s. 8; Ayrıca bkz. **Pulitano**, s. 197.

¹⁰¹³ **Patalano**, s. 73.

Öğretide Vassali'ye göre “salt varsayılan bir ihlalin cezalandırılmasının failin sosyal tehlikeliliği dikkate alınarak yapılması gerektiğine” ilişkin görüşlere katılmak mümkün değildir. Yazara göre, varsayılan tehlike suçlarıyla kanun, belirli ihlallerin önlenmesinin onların gerçek tehlikeliliklerinin ötesinde bir eşiğe taşmaktadır ve nihayetinde muhataplarına hukuki varlık bakımından varsayımsal veya dolaylı bir şekilde tehlikeli olduğu kabul edilen davranışlardan kaçınmayı dayatmaktadır. Her kim somut olayda hukuki varlık bakımından gerçek bir tehlike yaratmadan dahi bu yasakları ihlal ederse, aynı hukuki varlığı etkili bir şekilde tehlikeye koyanla aynı şekilde söz konusu hukuki varlığı korumaya yönelik (doğrudan ya da dolaylı) ceza normunu ihlal bakımından kusurlu (ve dolayısıyla cezaya layık) sayılacaktır. Bu anlamda failin kişiliği değil, fiili cezalandırılmaktadır. Failin işlediği suç, semptomatik bir kişisel değeri olarak değil, yalnızca objektif olarak ortaya konulan ve herkesin davranışlarını uydurmakla mükellef olduğu bir yasağın ihlali olarak kabul edilir.¹⁰¹⁴

Vassali'nin bu yaklaşımı soyut tehlike suçlarının hukuki varlıkların korunması hedefiyle uyumlu ceza hukuku modeliyle ilgisini kurması bakımından değerlidir. Bununla birlikte bu yaklaşım anayasal sistem içinde hukuki varlık tarafından yürütülen daha öte bir işlevi yani kanun koyucuyu gerçek anlamda ihlal edici olan davranışları cezalandıran normları yaratmaya iten işlevini göz önüne almıyor gibi görünmektedir. Ceza müeyyidesi nihayetinde kendi meşruiyetini ancak hukuki varlıkları koruduğunda bulabilir ve gerçek anlamda ihlal içermeyen davranışlara, yani salt itaat yükümlülüğünün ihlaline karşı bir cevap olarak kullanılamaz.¹⁰¹⁵

¹⁰¹⁴ **Giuliano Vassali**, “*Considerazioni sul principio di offensività*” in. Scritti in memoria di Ugo Pioletti, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1982, s. 660, 661.

¹⁰¹⁵ **D'Alessandro**, s. 199, 200.

Nitekim öğretinin geri kalanı soyut tehlike suçlarına ilişkin değerlendirmede bulunurken bu suçlarda yasama soyutlamasının herhangi bir tehlike durumunu belirtmeyecek, tehlikenin fiili özünü vurgulamaya elverişli olmayan nötr bir davranışa odaklanacak kadar ileri gittiğini belirtmektelerdir. Bu durumda çözüm, normatif lafzı zorlayarak suç tipini yorum aracılığıyla dönüştürmek ve suç tipine (dışsal) bir somut tehlike notası ekleyerek ihlal ilkesini korumak olabilir. Yahut soyut tehlike suçlarının tamamının anayasaya aykırılığını ilan etmek gerekecektir.¹⁰¹⁶

Soyut tehlike suçlarının gerektirdiği genel tehlikelilikle bir hukuki varlığın gerçek anlamda tehdit edilmesi arasındaki “boşluk” ile bağlantılı eleştiriler öğretinin bir kısmının bu suçlara olan saygısını yitirmesine sebep olmuştur. Bu görüştekilere göre hâkim, davranışın somut tehlikeliliğinin hariç tutulabilirliğine rağmen, suç tipinin salt lafzına dayanarak soyut tehlike suçunu düzenleyen normda öngörülen davranışı gerçekleştirdiği için faili mahkum ettiğinde, bu davranışın değersizliği bulunmadığından cezalandırma, kusur ilkesine de aykırı olacaktır.¹⁰¹⁷ Öğretideki bir görüşe göre de soyut tehlike suçları ya cezalandırmanın kapsamı dışına çıkartılmalı ya da bu suçların bir özgürlüğü ihlale somut olarak imkan sunacak bir seviyede tehlike yaratması durumlarıyla sınırlandırılarak uygulanmalıdır. Bu görüş, soyut tehlike suçları sebebiyle cezalandırmayı kusur prensibine aykırı görmektedir çünkü bu suçlarda kabahat düzeyindeki sorumluluk kalıbı ceza normu derecesine yükseltilmektedir ve bu suçlardan dolayı cezalandırma kabul edildiğinde davranışın faile sübjektif isnadiyedinden vazgeçilmiş olacaktır. Bu durumda Anayasa’ya ve TCK’nın kusura dayalı sorumluluk anlayışına aykırı düşecektir. Bu nedenle soyut tehlike suçlarında davranışın netice bakımından elverişliliği kriteri

¹⁰¹⁶ D’Alessandro, s. 200.

¹⁰¹⁷ Bu konuda bkz. D’Alessandro, s. 195.

kullanılmalı bir başka deyişle soyut tehlike suçları somutlaştırılarak, somut tehlike suçlarına dönüştürülerek yorumlanmalıdır.¹⁰¹⁸

Öğretide soyut tehlike suçlarının kusur ilkesiyle bağını kurmak için çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Tehlikenin *iuris et de iure* varsayımının kusur ilkesine aykırı bulunma sebebi, failin söz konusu tehlikeyi bilmeden ve istemeden gerçekleştirmesi halinde dahi cezalandırılacak olmasıdır. Bu suçları kusur ilkesiyle bağdaşır hale getirmek için bulunan çarelerden ilki, somut olayda tehlikenin yokluğuna ilişkin aksi kanıt sunma imkanının kabul edilmesini ya da soyut tehlike suçlarını somut tehlike ihtimali olarak yorumlamaktır. Bu girişimlerin her ikisine de bunların soyut tehlike suçlarını somut tehlike suçlarına dönüştüreceği cevabı verilmiştir. Bu uyumsuzlukları aşmak adına öğretilerdeki görüşlerin bir kısmı da söz konusu suçları özünde özen yükümlülüğünün ihlaline indirgeyerek bu suçları taksirli suçlarla eş tutmuşlardır. Ayrıca cezai korumanın öne çekilmesi göz önünde bulundurularak bu tür eylemler bir tür taksirli teşebbüs gibi değerlendirilmektedir.¹⁰¹⁹

Bu tür yorumların amacı elbette kastın isnadiyetinden kaynaklı engelleri aşmaktır. Bunun için yasal düzenlemelere ya da idari otoritelerin düzenlemelerine uyumsuzlukla belirlenen ve davranışın değersizliği üzerine kurulu ve böylece daha ziyade bir özen yükümlülüğüne aykırılık olarak beliren taksirli suçların yapısına odaklanılır. Bu yaklaşıma soyut tehlike suçlarında (ihlalin kapsamının cezalandırıcı normdan açıkça çıkartıldığı normlarda olduğu gibi) somut hukuki varlığı tespit etmenin kolay olmadığını fark edenler de katılmaktadır. Böylece bu suçların esasında vatandaşların güvenliğini koruduğunu belirtmektelerdir. Bu geniş hukuki varlıklara yapılan referans sadece önceki

¹⁰¹⁸ Ozansü, s. 74.

¹⁰¹⁹ Bu görüşler için bkz. Manna, s. 40, 41.

geleneksel suç yapılarına nazaran niteliksel bir sıçrayışı ifade ettiği için değil, aynı zamanda daha sonra geliştirilecek ileri yaklaşımları teşvik ettiği için de önemlidir.¹⁰²⁰

Soyut tehlike suçlarını objektif özen yükümlülüğüne aykırılık bağlamında taksirli suçlarla ilişkilendiren görüşlerin yerinde olmadığını belirtmemiz gerekir. Bir kusurluluk türü olarak taksirin özünü oluşturan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile davranış normlarının emirleri bağlamında ortaya çıkan yükümlülükler birbirine karıştırılmamalıdır. Zira davranış normlarındaki emirlere uygun hareket etmek şeklindeki yükümlülük, tüm suç tipleri bakımından geçerlidir. Örneğin TCK m. 81'in emri uyarınca kişiler bir başkasını öldürmemekle yükümlüdür. Kasten işlenen soyut tehlike suçlarının varlığı göz önüne alındığında soyut tehlike suçlarını dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkla açıklamak yerinde değildir. Nitekim yalan tanıklık suçunda dikkat ve özen yükümlülüğü söz konusu değildir. Kasten işlenen suçlarda dahi hâkimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp davranılmadığını tespit etmesini beklemek doğru değildir.¹⁰²¹

Soyut tehlike suçlarında korunan somut hukuki varlığı tespit etmenin zor olduğu ve bu suçların güvenliği koruduğu yaklaşımları da yerinde değildir. Zira belirli bir hukuki varlığı korumayan bir suç düşünülemez. Öte yandan suçun meydana gelmesi için korunan hukuki varlığın ihlali gerekmektedir (nullum crimen sine iniura). Dolayısıyla soyut tehlike suçu işlendiğinde bir hukuki varlığın değil, genel olarak güvenliğin ihlal edildiğini belirtmek doğru sayılmaz. Öte yandan “güvenlik” kavramı ceza hukuku için büyük önem arz eden “belirlilikten” yoksundur. Dolayısıyla soyut tehlike suçlarının kusur ilkesiyle

¹⁰²⁰ Manna, s. 41.

¹⁰²¹ Ünal, Tehlike Suçları, s. 281.

uyumluluğu problemine bir katkı sunmadan “güvenlik” kavramı ile mesele daha da belirsizleştirilmiştir.¹⁰²²

İtalyan Anayasa’sının ceza sorumluluğunun şahsiliğini düzenleyen 27/1 maddesi de (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/7) tıpkı soyut tehlike suçlarında olduğu gibi, bireylerin ceza politikası amaçları için istismar edilmesi riskinin alınmasıyla sonuçlanan normların anayasaya aykırılığına ilişkin şüpheleri güçlendirmektedir. Eğer belirli bir davranış korunan hukuki varlığı somut bir şekilde tehlikeye atmıyorsa, sırf failin gerçekleştirmiş olduğu davranışın başka olaylarda zararlı neticelerle sonuçlanmış olması gerekçelerine dayanılarak faile kınama yargısını yöneltmek, temel adalet anlayışına aykırı düşecektir. Bu şekilde, kişilerin sadece kendi kusurlu eylemleri sebebiyle cezalandırılacaklarını düzenleyen anayasal ilke ihlal edilerek bir başkasının davranışı sebebiyle cezalandırmaya başvurulmuş olunacaktır.¹⁰²³

Genel itibariyle soyut tehlike suçları her zaman modern bir demokratik devletin ceza hukukunun temel yapısını oluşturan anayasal ilkelerle potansiyel bir uyumsuzluk halindedir. Somut ihlal ilkesinden uzaklaşmak *kimse düşünceleri sebebiyle cezalandırılmaz (cogitationis poenam nemo patitur)* ilkesinin dayandığı inanç özgürlüğüyle (It. “*diritto alla libertà morale*”) ve özellikle sistemin merkezine insanı koyan ilkeyle çatışma halindedir çünkü soyut tehlike suçlarının düzenlenmesiyle birlikte bireysel özgürlük aşırı bir şekilde sınırlandırılır.¹⁰²⁴

Nitekim öğretilde Wolter da tehlike suçlarının kusur ilkesiyle uyumluluğunu sağlamaya yönelik çalışmalarda bulunmuş; ancak yeni ceza hukuku anlayışı ile geleneksel bireysel isnadiyet arasındaki farklılığa ilişkin problemle yüzleşerek soyut

¹⁰²² Ünal, Tehlike Suçları, s. 282.

¹⁰²³ D’Alessandro, s. 202, 203.

¹⁰²⁴ D’Alessandro, s. 203, 204.

tehlike suçlarının yeni ceza hukuku anlayışından dışlanması gerektiğini çünkü bunların hukuki varlıklar bakımından yakın zarar ve tehlikelere karşı korumaya hizmet etmediklerini ve dahası ceza hukuku bakımından önem arz eden davranışın kesin bir şekilde sınırlarının çizilmesinden kaynaklı zorluk sebebiyle belirlilik ilkesiyle de uyumsuz olduklarını belirtmiştir.¹⁰²⁵

Soyut tehlike suçlarının anayasal düzenle uyumunu sağlamaya yönelik çalışmalar bu aktarılanlarla sınırlı değildir. Nitekim bir görüşe göre, bu suçlarla ilgili temel mesele norma dahil edilen itaat talebinin meşruiyetine ilişkindir. Bir güvenlik kuralına itaatsizlik kendi değersizliğini, belirli türdeki zararlı neticelerin önlenmesi bakımından işlevsel olan objektif içeriği sebebiyle “güvenlikle ilgili” olan kurala karşı gelmekten alır. Soyut tehlike suçlarının anayasal meşruiyetlerini doğrulamanın yolu, bu meşruiyetin şartlarını ve sınırlarını göstermekten geçer. Korumanın öne çekilmesi özellikle (ama sadece bu sebeple değil) yaşam ve fiziksel bütünlük gibi temel hukuki varlıkların korunması söz konusu olduğunda meşrudur; bu her somut olayda doğrulanması gereken koşullara bağlıdır ve genel özgürlük alanları ve herhangi bir karşı menfaatler üzerindeki etkisi temelinde bir dengeleme ve sınırlandırma yapılmalıdır.¹⁰²⁶

İtalya Anayasa Mahkemesi soyut tehlike suçlarıyla ilgili anayasaya aykırılık itirazlarının büyük çoğunluğunu reddetmektedir. Bir suç tipinin yaratılmasında kanun koyucuya tanınan takdir yetkisi, tehlikenin varsayılmasıyla ilgili şartlar ve tehlike eşiğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Bu, açıkça makul olmama sınırıyla ölçülür. Keyfi “tehlike varsayımını” geçersiz olmaya itebilecek anayasal parametreler, eşitlik – makullük ilkeleri olmaktadır. Mahkemenin yorumlu ret kararları soyut tehlike

¹⁰²⁵ Bu konuda bkz. **Federico Stella**, *Giustizia e modernità la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, B. 3, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2003, s. 520.

¹⁰²⁶ **Pulitano**, s. 198.

suçlarının da ihlal ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Mahkemeye göre, “somut olaydaki zarar vericiliği ihtiyatlı bir şekilde takdir ederek yasal model kapsamında değerlendirilecek fiillerin alanının hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde genişlemesini engellemek”¹⁰²⁷ yargı makamının görevidir.¹⁰²⁸

İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin bu yöndeki kararlarıyla her şeyin ötesinde ihlal ilkesinin karmaşık yapısı ortaya konulmuş olmaktadır. Bu kararlar dikkatlice okunduğunda Mahkeme’nin nasıl varsayılan tehlike suçlarına da atıf yaparak bu ilkenin iki yönlü işleyişini kabul ettiğini anlamak kolaydır, bunlar şu kabullerle özetlenebilir: 1) bir hukuki varlık bakımından objektif olarak tehlikeli neticeler olmalıdır (temelde kanun koyucuya yönelen öneri), 2) ceza normunda belirtilen tipik fiille bütünleşmiş ve kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde varsayılan tehlike somut olayda gerçekleşmişse (temelde hakime yönelen öneri) bir davranış cezalandırılmaya değerdir.¹⁰²⁹

Varsayılan tehlike suçları bakımından anayasal ihlal ilkesinin gerektirdiği asgari kabul edilebilirlik kriterleri, tehlike varsayımının “açıkça mantıksız ve keyfi” olmamasıdır. İtalyan Anayasa Mahkemesi’ne göre, bir suçun ihlal ilkesiyle uyumlu olması için, korunan hukuki varlığın somut bir şekilde tehlikeye uğratıldığının suçun kurucu unsurları arasında açıkça belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak tanımlanan davranışın tehlikeliliğinin, belirli hukuki varlıklar bakımından (bilimsel yasalara veya tecrübe kurallarına dayanarak) tehlikeli olduğu düşünülen bir davranış grubuna (türüne) ait olmasından çıkartılabilmesi yeterlidir. Mahkemeye göre bu

¹⁰²⁷ Corte cost. n. 263 del 2000.

¹⁰²⁸ Pulitano, s. 198.

¹⁰²⁹ Mauro Catenacci, “*I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*”, in. Studi in onore di Giorgio Marinucci, Tomo II: Teoria della pena, teoria della reato, Milano 2006, s. 1426, 1427.

değerlendirme münhasıran kanun koyucuya aittir ve ancak “açıkça mantıksızlık ve keyfiyet” sebebiyle bozulduğu görüldüğünde gözden geçirilebilir.¹⁰³⁰

Esasında Mahkeme öğretide de çoğunlukla savunulan görüşleri tekrarlamaktan başka bir şey yapmamaktadır ve geriye hangi hallerde varsayılan tehlikenin “açıkça mantıksız ve keyfi” olduğunu tanımlamak kalmaktadır. Bu noktada işin aslı Mahkeme hiçbir şey söylememektedir. Ancak şu iki halde “açıkça mantıksızlık ve keyfiyet” halinin olduğunu belirtmek hatalı olmayacaktır. Bunlardan ilki, kanun koyucu tarafından yürütülen tehlikelilik değerlendirmesinin daha yakından incelendiğinde ihtimale dayalı bir temeli olsa dahi ne bilimsel araştırma ya da yasalar tarafından ne de yerleşik tecrübe kurallarına dayanan ampirik-kriminolojik paradigmalar tarafından desteklendiğinin anlaşılmasıdır. İkincisiyse, söz konusu davranışın belirli bir hukuki varlık bakımından tehlike meydana getirme ihtimali vardır; ancak bu ihtimal uzaktır ve tehlikelilik katsayısı, dahil olduğu bütün davranış grubunun suç sayılmasının kişisel özgürlüğün üstün yararı bakımından orantısız ve hatta keyfi olduğuna inandıracak kadar soyut ve düşük düzeydedir.¹⁰³¹ Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından yola çıkarak bir temel hakkı sınırlandıran soyut tehlike suçunun amaç bakımından bir katkı sunmadığı sürece, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden elverişlilik kriterine de aykırı düşeceğini söyleyebiliriz. Kanun koyucu soyut tehlike suçunu ihdas ederken mevcut ortam içerisinde yaptığı değerlendirmede bu suçun, sınırlandırmanın amacına ulaşmaya elverişli görünmesi de yeterli sayılabilir. Ancak kanun koyucuya tanınan değerlendirme alanı

¹⁰³⁰ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1427, 1428.

¹⁰³¹ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1429.

içerisinde daha başlangıç aşamasında amacı gerçekleştirmeye uygun görünmeyen soyut tehlike suçu gibi yasal önlemler Anayasa'ya aykırı olmaktadır.¹⁰³²

Daha önce de bahsettiğimiz üzere İtalyan Anayasa Mahkemesi anayasal ihlal ilkesini bir yorum kaidesi olarak nitelendirdikten sonra, bunun hâkime cezalandırıcı normda varsayılan ihlali öncelikle açıklama ve sonra somut bir şekilde değerlendirme görevini yükleyeceğini belirtmektedir. Aynı mahkeme bir başka kararında da tipik fiilin korunan hukuki varlığı tehlikeye atmak bakımından tamamen elverişsiz olduğu durumda somut fiilin soyut suç tipinin altında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Çünkü soyut suç tipindeki genel ihlal ediciliğin çağrışımı, ihlal ediciliğin hem zorunlu hem de somut bir şekilde failin davranışında en azından minimum düzeyde gözlemlenebilmesi gerekliliğini de ima eder. Böylece fiil, işlenemez suç ipotezinden ayrılır. Bu anlamda Mahkeme, varsayılan tehlike suçlarında dahi hâkimin her zaman ve her koşulda “somut tehlikelilik” değerlendirmesini muhafaza etmesini gerektiren ilkenin, ihlal ilkesi olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰³³ Mahkeme bununla birlikte aynı zamanda, soyut suç tipine dahil olabilecek fiillerin keyfi bir genişlemeden kaçınmak adına kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin her şeyden önce bir yorum aracı olduğunu vurgulayarak “somut tehlikelilik” değerlendirmesinin tarihi olayın tipikliğine ilişkin daha genel değerlendirmeye dahil edilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır.¹⁰³⁴

İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, fiilin tehlikeliliğinin yasal olarak varsayılması, “rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar veren değil, ancak *id quod plerumeque accidit*¹⁰³⁵ gerekliliğini karşıladığı rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar

¹⁰³² Bu konuda bkz. **Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, 114.

¹⁰³³ Corte cost. n. 360/1995, 2676; **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 52.

¹⁰³⁴ **Catenacci**, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1431.

¹⁰³⁵ Bir davranış, netice, olgu veya nedenin en muhtemel çıktısı anlamında kullanılan bir terim.

vermediği müddetçe” anayasal makullük ve ihlal ilkeleriyle uyum içindedir.¹⁰³⁶ Dolayısıyla soyut tehlike suçları anayasal makullük ilkesine aykırı bir şekilde düzenlendiğinde, yani kanun koyucu tehlikenin önleme amacından tamamen kopmuş keyfi düzenlemeler yapmaya yöneldiğinde anayasaya aykırı olacaktır.¹⁰³⁷

Bununla birlikte İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin dikkatli incelemesi ne kadar derin olursa olsun, kanun koyucunun soyut tehlikeliliğe ilişkin varsayımlarının genel bir kural olan *id quod plerumeque accidit* ile uyumluluğunu değerlendirirken, özellikle geleceğin risklerine yönelik korkunun hakim olduğu kriz dönemlerinde ve zor ekonomik-politik koşullarda toplum tarafından gelen cezalandırma taleplerinin bir bütün olmaktan çıkıp parçalara bölündüğü hallerde Mahkeme’nin incelemesi, parçalar arasındaki bu boşlukları dolduramayacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun koruma tercihlerinin altında yatan değerlendirmelerin ağırlıktan ve ampirik değerlendirmeden yoksun olmasının Anayasa Mahkemesi’nin soyut ihlal ediciliğe ilişkin değerlendirmesinin olumsuz sonuçlanmasını sağlayacak düzeyde bir tutarlılığa büründüğü birkaç istisnai ve bariz haller dışında, ‘hic et nunc’¹⁰³⁸ davranışın korunan varlık bakımından bir tehlike meydana getirip getirmediğinden ziyade bu davranışın cezalandırıcı norm tarafından (soyut) tehlikeli olarak belirlenenler arasında yer alıp alamayacağını değerlendirmek gibi zorlu bir görev büyük ölçüde yargılamayı yapan hakime bırakılmıştır.¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ **Marinucci – Dolcini – Gatta**, s. 283: “*Corte Cost. 20 dicembre 2019, n. 278; Corte Cost. 7 giugno 2019, n. 141; Corte cost. 20 maggio 2016, n. 109.*”

¹⁰³⁷ **Pelissero**, “*Fatto tipico e offensività*”, s. 309, 310.

¹⁰³⁸ “Şimdi ve burada” anlamında kullanılan Latince bir deyiş. İlgili cümlede yargılamaya konu mevcut davranışı vurgulamak için kullanılmıştır.

¹⁰³⁹ **D’Alessandro**, s. 219, 220; Ayrıca bkz. **Catenacci**, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1433, 1434.

Yargılamanın konusunu oluşturan davranışın gerçek anlamda tehlikeli olduğuna ilişkin bir şüphe doğduğunda, hâkim bunun gerçek tehlikeliliğini araştırabilir; ancak bunu hükmün gerekçesinde de belirteceği iki aşamalı bir yolu izleyerek yapacaktır. Hâkim öncelikle soyut suç tipinden korunan hukuki varlığı ve kanun koyucu tarafından varsayılan tehlikenin kurucu özelliklerini çıkartmalıdır. Böylece yasal ihlal modeli tanımlanacaktır ve ancak daha sonra bu şekilde elde edilen “tipi” tarihi olayın özellikleriyle karşılaştırabilir ve bu modelin, bu ihlal tipolojisinin tarihi olay kesiti içerisinde tarihi olayda her türlü makul şüphenin ötesinde gerçek anlamda meydana gelip gelmediğini doğrular. Böylece lafzi yorumun ve tarihi fiilin soyut suç tipine “dahil edilmesine” ilişkin prosedürün katı kuralları arasında “sıkışan” tarihi fiilin somut ihlal ediciliğinin belirlenmesi, hiçbir zaman hukuka aykırı fiilin tanımlanması için kullanılan kelimelerin olası gerçek anlamlarının ötesine geçemeyecektir ve suçun zorunlu zarar vericiliği (ihlal) ilkesinin, hakimin kanunun dışında kalan unsurları değerlendirmesine dayandığı kontrolsüz bir yetkiye dönüşebileceği yönünde öğretide sıkça vurgulanan riskler büyük ölçüde azalacaktır.¹⁰⁴⁰

Suç tipinin lafzi yorumu aracılığıyla ihlalin yasal modeline bir kez ulaşıldığında yargılamanın konusunu oluşturan fiilin ilişkilendirileceği paradigmayı ihlalin bu yasal modeli temsil edecektir. Muhakemenin sonuçlarından, fiilin kanunun lafzına görünüşte uygunluğuna rağmen, dahil olduğu bütün bir davranışlar “sınıfının” suç sayılmasına sebep olan zarar verici tutumun somut olayda meydana gelmediğinin tespiti üzerine işlenemez suç gündeme gelecektir ve hâkim fiilin cezalandırılmayacağına hükmedecektir. Catenacci, bu görüşün doğru olduğunu ve prensipte katılmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Yazara göre elbette bu görüş de risklerden tamamen arınmış olmadığı gibi, ceza öğretisinin bir kısmının derin ve titiz çalışmasını gerektirecek

¹⁰⁴⁰ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1431 – 1433.

dogmatik yapının “yaklaşımlarından” da arınmış değildir. Ancak ele alınan bu son derece zor meselede Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımından farklı bir çözümü düşünmek zor görünmektedir. Bu çözüm, anayasal meşruiyetine ilişkin köklerini inkâr etmeden soyut tehlike suçları üzerindeki eleştirel bir bakış açısını korumaktadır. Böylece bu konuyu karakterize eden garanti gerekliliği ile koruma ihtiyacı arasındaki söz konusu çatışmada kabul edilebilir bir arabuluculuk sağlamaktadır. Kanun koyucunun hukuki varlıkları özellikle tabiri caizse pusuda bekleyen saldırılarda karşı etkili bir koruma gerekliliğinin olduğu yerde cezalandırılabilirlik eşiğini geri çekme yetkisine karşılık ideal bir denge unsuru olarak hâkime bu geri çekmeyi gerekli kılan sebeplerin somut olayda ortaya çıkıp çıkmadığını doğrulama ve böylece kanun “lafzına uygun” ancak “amacına aykırı” cezalandırmaları önleme yetkisi verilir.¹⁰⁴¹

Bununla birlikte hâkime tehlikeliliğin varsayıldığı hallerde dahi davranışın tehlikeliliğini araştırma yetkisinin-zorunluluğunun verilmesinin, dogmatik düzeyde somut tehlike suçlarıyla soyut tehlike suçları arasındaki farkın belirsizleşmesine sebep olma riski bulunmaktadır. Ceza politikası düzeyindeyse, bu risk, genellikle soyut tehlike suçlarının meşrulaştırılması için kullanılan sırf usuli bir düzene ilişkin gerekçelerin göz ardı edilmesidir. Bu gerekçeler daha önce de belirtildiği üzere, “kötü şöhretli” tehlikeli davranışların bastırılmasını, meydana gelmesi çok zor ve neredeyse imkânsız somut ve mevcut tehlikeliliklerine ilişkin ispat zorunluluğu dayatarak tehlikeye atmama ihtiyacından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁴²

Catenacci’ye göre, soyut (varsayılan) tehlike suçlarıyla amaçlanan ceza politikası hedefleriyle çelişmeden ve ihlal ilkesine de karşı gelmeden izlenebilecek yol, “göreceli varsayım” olarak adlandırılan görüşün yeniden değerlendirilmesinden geçmektedir. Buna

¹⁰⁴¹ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1434, 1435.

¹⁰⁴² Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1436; Catenacci, “*I reati ambientali*”, s. 53.

göre, savcıya tehlikenin varlığını ispat görevi yüklenemez; ancak sanığın tehlikenin var olmadığını ispatlamasına izin verilir. Böylece soyut tehlike suçlarının cezai politik fonksiyonundan ödün verilmeksizin ihlalsiz suç olmaz (nullum crimen sine iniuria) ilkesiyle bağdaşır hale getirilmesi sağlanır. Mahkûmiyet kararını her türlü “makul şüpheyi” gidererek serbest değerlendirmesine göre veren hâkimin, tehlikenin var olmadığını ortaya konulmasını göz ardı etmesi imkânsız hale gelecektir. Böylece tipik ama ihlalden yoksun davranışların cezalandırılmasının önüne bir set çekilmiş olacaktır.¹⁰⁴³

Öte yandan daha önce de bahsedildiği üzere, şüpheli-sanıktan gerçekleştirdiği davranışın tehlikeli olmadığını, herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmediğini ispat etmesini beklemenin ceza muhakemesindeki ispat yükünü tersine çevirme riski vardır. Nitekim sanık suçsuzluğunu ispat etmek zorunda olmayıp, mahkeme sanığın suçu işlediğinin sabit olduğunu ispatlamak zorundadır; aksi halde şüpheden sanık yararlanacaktır. Soyut tehlike suçları sebebiyle yapılan soruşturmalarda savcıdan somut bir tehlikelilik araştırması gerçekleştirmesinin beklenemeyeceği yönündeki görüşlere katılıyoruz. Çünkü gerçekten de bu suçlarda savcı veya mahkemeden somut tehlike araştırması yapmasını beklemek bu suçlarla somut tehlike suçları arasındaki ayrımı ortadan kaldıracaktır. Ancak savcının da iddianamesini düzenlerken failin davranışının ihlal edici niteliğine ilişkin şüphesini temellendirerek açıklaması gerekir. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, sanığın savunma hakkı kapsamında sunabileceği her türlü delili mahkemenin de araştırma ve ortaya koyma görevi ve yetkisi bulunmaktadır; dolayısıyla ihlalin gerçekleşmediğine ilişkin ispatın sadece savunma makamı tarafından sunulması beklenmemelidir. Hem ihlal gerçekleşmediğinde tipikliğin de gerçekleşmediği doğruysa, ihlale ilişkin araştırma

¹⁰⁴³ **Catenacci**, “*I reati ambientali*”, s. 55; **Catenacci**, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1438, 1439.

tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir araştırmadır, dolayısıyla sanığın tehlikenin meydana gelmediğine yönelik deliller öne sürmesinin suçsuzluk karinesiyle çelişen bir yanı yoktur ve savunma ile ispat hakkı kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰⁴⁴ ve bu nedenle tehlikenin meydana gelip gelmediğine ilişkin inceleme iddia, savunma ve yargı makamlarının hepsinin sahip oldukları hak ve yetkiler çerçevesinde gerçekleştirmesi gereken bir araştırma faaliyetidir.

Catenacci'ye göre, tipe uygun görünen davranışların aslında ihlal edici niteliğe sahip olmadıklarını ispatlatmak için üç temel koşul aranmaktadır. İlk olarak, tehlikenin somut olarak yokluğu, sadece soyut bir şekilde iddia edilmemeli, bir veya daha fazla olgu eklenerek ayrıca ispatlanmalıdır. İkinci olarak, somut durumda kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde formüle edilmiş tehlikelilik varsayımını sadece şüpheyi düşürmenin ötesinde onu ortadan kaldırabilecek ağırlıkta bir durumun varlığının gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak, somut durumun tehlikeliliği değerlendirilirken, kanun koyucunun söz konusu durumu tehlikeli kabul etme kriterine saygı gösterilmesi gerekmektedir.¹⁰⁴⁵ Bunlar son derece katı, ancak uyulması zorunlu şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ancak bunlara özen gösterilerek tehlikeyi mutlak bir şekilde varsayan ve bu nedenle ihlal ilkesiyle (ve başka anayasal ilkelerle) uyum içerisinde olmayan varsayımları sistemden çıkartma gerekliliği, büyük önemdeki hukuki varlıkları, çağımızı karakterize eden standardize edilmiş ve “pusuda bekleyen” saldırılardan koruma gerekliliği karşısında, mantık dışı ve bahaneye dayalı bir engele dönüşmeden Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği yol izlenebilir.¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴⁴ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1439, 1440.

¹⁰⁴⁵ Catenacci, “*I reati ambientali*”, s. 56, 57.

¹⁰⁴⁶ Catenacci, “*I reati di pericolo presunto*”, s. 1441, 1442.

Soyut tehlike suçlarıyla korunan hukuki varlıklarla ilgili olarak, fonksiyonel varlıklardan bahsetmek gerekir. Ceza normlarının idari norm veya düzenlemelerine ya da pek çok ekonomik suçta olduğu gibi, özel hukuk normlarına açık bağımlılığı, geleneksel hukuki varlıklardan farklı bir koruma anlayışının belirmesine vesile olmuştur. Kent suçlarında olduğu üzere “bölge yönetimi” gibi fonksiyonlar buna örnektir. Bu anlayış kent suçlarıyla sınırlı değildir; ancak soyut tehlike suçlarının yapısıyla ilgilidir. Kişinin yaşamı veya fiziksel bütünlüğü gibi geleneksel hukuki varlıklardan uzaklaşmak istenmeyen bazı sonuçlara sebep olabilir ve böylece, özellikle de hukuki varlıkların ihlali ilkesine bağlı kalınmak isteniyorsa ceza hukukunun müdahalesi kendi içinde meşrulaştırılamaz. Bu aşamada yaşam, malvarlığı gibi klasik hukuki varlıklarla “ulusal ekonomi” gibi fazlasıyla soyut ve bu anlamda suçun ihlal edici içeriğini ifade etmeye mutlak anlamda elverişsiz hukuki varlıklar arasında “bilanço şeffaflığı” ya da “devletin ekonomik manevralarında kullanılan kamu sübvansiyonları” gibi “ara” hukuki varlıklar belirlenir. Bu ara hukuki varlıklar doğalcı anlamda zarara uğratılamadıkları gibi, somut bir şekilde tehlikeye atılmaları ya da üzerlerinde somut tehlikenin gerçekleşmediğinin tespiti de mümkün değildir; ancak bunlar soyut tehlike modeline başvurmayı meşru hale getirirler.¹⁰⁴⁷

Bu yaklaşım, sosyal zararlılık ve dolayısıyla ihlal ilkesi etrafında şekillenen ceza hukuku anlayışının savunucuları tarafından ciddi bir şekilde eleştirilmiştir. Zira bu görüştekilere göre fonksiyonlar ancak, korumanın gerekçesini teşkil edebilirler. Bu anlamda davranış ceza hukuku ve soyut tehlike ceza hukuku modellerinin meşruiyeti bulunmamakta olup ancak zarar ve somut tehlike suçları meşru kabul edilebilir. Bu eleştiri, iyi bir şekilde savunulmuş olsa da ikna edici değildir. Zira devletin geleneksel fonksiyonlarına dahil olanlardan az olmayan ekonomi yönetimine ilişkin yeni organlara

¹⁰⁴⁷ **Manna**, s. 43.

özgü fonksiyonlara dahil olan aktiviteler, doğalcı bir perspektiften değil ama insan davranışlarıyla engellenerek, aksatılarak ya da bozularak ihlal edilebilir olan varlıklardır. Öte yandan bu fonksiyonlar anayasa ile de korunmaktadır.¹⁰⁴⁸

Soyut tehlike suçlarının anayasal ilkelerle uyumunu sağlamaya yönelik öğretinin ve uygulamanın tüm çabalarına rağmen ikna edici bir çözüm bulunduğunu söylemek zordur. Lackner'in de belirttiği gibi “soyut tehlike suçları ceza hukuku sahasında çok büyük bir hızla genişlemektedir” ve “kanun koyucunun neredeyse en sevdiği çocuğuna¹⁰⁴⁹” dönüşmüşlerdir. Söz konusu eğilime bir gerekçe aranacak olursa, bu yasama tercihinin tek ve gerçek sebebinin anılan cezalandırma modelinin sunduğu ispat kolaylığı olduğunu belirtmek gerekir. Soyut tehlike suçları esasında ceza hukukunun tatbikini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır ve zarar suçları ile somut tehlike suçları gibi diğer modellerin izin vermediği hallerde cezalandırmayı mümkün kılmaktadır.¹⁰⁵⁰ Esasında soyut tehlike suçlarıyla hukuk devletinin temel ilkelerini uyumlu hale getirmeye yönelik çabaların sonucu baştan bellidir: hakim, hukuki varlıkların korunmasından çok uzak bir yaklaşımla kanun koyucunun geniş değerlendirmesiyle “güvenliğin genel koşullarını tehlikeye atmayı” ve “normun varlığının kesinliğini bozmayı” yasaklayan normlar kapsamında bir “uygulama robotu”na dönüşmek zorunda kalacaktır.¹⁰⁵¹

Bu durumda şu soruları sormak gerekir: hukuki varlık teorisinin başlangıçtaki sınırlayıcı fonksiyonuna ne oldu? Soyut tehlike suçlarının kanun koyucunun “en sevdiği

¹⁰⁴⁸ **Manna**, s. 44.

¹⁰⁴⁹ Ancak Schünemann bu ifadeden sonraki tarihli bir çalışmasında soyut tehlike suçlarını “ceza hukuku dogmatığının üvey evladı” olarak tanımlanmıştır. Bu konuda bkz. **B. Schünemann**, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, 795’den aktaran **Corn**, s. 85, dn. 165.

¹⁰⁵⁰ **D’Alessandro**, s. 244, 245.

¹⁰⁵¹ **Stella**, s. 535.

çocuğu” olarak görüldüğü bir ceza hukukunda nereye varılabilir? Bu ceza hukukunun, soyut olarak ex ante tehlikeli ya da ex ante zarar yaratmaya elverişli tüm davranışları hapisle cezalandırmak suretiyle kitlesel kontrol görevini üstlendiği bir topluma varabilir. Tehlikeli şeyleri satın alma ya da bulundurma durumu ile kendine ait malları tehlikeli olabilecek şekilde kullanan kişilerin durumları buna teorik birer örnektir. Bu anlamda Avrupa’da ve Anglo Sakson ülkelerinde davranış ceza hukukuna ve soyut tehlike ceza hukukuna karşı çıkıldığı görülmektedir. Bunlara göre modern ceza hukuku bu durumda zarardan ya da somut ve esaslı bir zarar tehlikesinden yoksun olması nedeniyle cezai bir özden yoksun davranışların cezalandırılmasına bir alan bırakmamalıdır ve bırakamaz.¹⁰⁵²

Bu çalışmanın ikinci bölümünün ilk başlığında ayrıntılarıyla açıklandığı üzere modern çağın getirdiği büyük riskleri ceza hukukunun görmezden gelemeyeceği ve bu risklerin önlenmesi adına soyut tehlike suçlarının yaratılabileceği söylenebilir. Öte yandan, hepimizin bir ölçüde katkıda bulunduğu artan risklerin karşısında, her kim “mevcut ve gelecek kuşakların büyük tehlikelerin meydana gelmesinden korunması adına” ceza müeyyidesiyle karşı karşıya gelirse, bu kişinin “neden özellikle ben?” diye sorma hakkı olduğuna şüphe yoktur.¹⁰⁵³ Ne var ki bu soru tehlike suçlarının genişlemesini savunan hiç kimse tarafından tatmin edici bir şekilde cevaplanamamıştır.¹⁰⁵⁴

Elbette Roxin gibi günümüz çağında “teknik bir hatanın büyük bir felaketi tetikleyebileceğini ve sadece tek bir arızalı ürünün milyonlarca insanın sağlığı üzerinde zararlar doğurabileceğini ve ceza hukuku biliminin de bu değişen durumu göz önüne alarak kendisine yön vermesi gerekeceğini”¹⁰⁵⁵ öngören görüşlerin çağrılarını hafife

¹⁰⁵² **Stella**, s. 535.

¹⁰⁵³ Bu konuda bkz. **Stella**, s. 533, 534.

¹⁰⁵⁴ **D’Alessandro**, s. 250.

¹⁰⁵⁵ **Claus Roxin**, “*I compiti futuri della scienza penalistica*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Fasc. 1, gennaio-marzo 2000, s. 7.

almamak gerekir. Ancak bu ihtimal karşısında dahi “kanun koyucunun defalarca sergilediği ceza müeyyidesini son değil, ilk ya da tek çare olarak görme ve siyasi bir menfaatin olduğu her halde ikincilik ilkesini hiçe sayarak ceza müeyyidesini hemen yürürlüğe sokma eğilimine” ilişkin olumsuz yargı, hiçbir şekilde zayıflamaz. Bu anlamda hem akademik çalışmaların hem de kanun koyucunun ceza hukukunun aşamalı bir şekilde geriye çekildiğine ilişkin hipotezleri doğrulamaya başlamaları, risk yönetimini günümüz toplumlarındaki büyük tehlikelere karşı dahi özgürlük ve güvenlik arasındaki doğru dengeyi sağlamak adına elinde daha çok yönlü ve doğrudan araçlar bulunan idare hukuku ve medeni hukuk gibi hukuk disiplinlerine geri vermeleri zorunlu görünmektedir.¹⁰⁵⁶

Bu aşamada unutulmaması gereken husus, ceza hukuku öğretisi gelecekte de modern ceza hukukunun üzerinde yükseldiği manevi temelleri korumakla mükellef olacaktır. Ceza hukuku öğretisinin koruması gereken, Aydınlanmacı hukuk düşüncesinin bugün dahi değişmez bir öneme sahip yapıtaşlarından üç tanesini ifade etmek gerekir. Bunlardan ilki, “sosyal zarar kriteri üzerine kurulmuş ceza hukuku anlayışıdır”. Buna göre, ceza hukukunun ödevi ahlakı, dini, belirli bir ideolojiyi veya dünya görüşünü korumak değil, sadece bireyin güvenliğini ve – yeterli ölçüde sosyal adaleti öngören bir – toplumsal barışı korumaktır. İkinci olarak ceza hukukunun toplum üzerinde istikrar kazandırıcı şekilde işleyebilen, ancak aynı zamanda failin ve ailesinin hayatına ağır zararlar verebilecek iki ucu keskin bir kılıç olduğunu belirten ilkeye bağlılık sürdürülmelidir. Bu itibarla ceza her zaman devletin cevabının ekstrem bir formunu, sosyal politikanın son çaresini (ultima ratio) ifade etmelidir. Bu, kanun koyucunun günümüzde dahi sıklıkla unuttuğu, antik dönemlerden gelen bir doğrudur. Bu anlamda örneğin çevresel zararlar ya da bozuk ürünlerin sebep olduğu zararlar, ex post müeyyidelerin tehditlerini içermeyen önleyici idari kontrol araçlarıyla daha iyi

¹⁰⁵⁶ D’Alessandro, s. 250, 251.

önlenebilirler. Dolayısıyla gelecekte ceza hukuku öğretisinin görevi, ceza hukuku müdahalesini toplumsal politikaların daha iyi çözümleri lehine olacak şekilde değiştirmek ya da en azından alanını sınırlandırmak üzerine çalışmak olmalıdır. Üçüncü olarak bireysel özgürlüklerin korunması sağlanmalıdır. Aydınlanmacı hukuk düşüncesinin bir sonucu olarak da ifade edebileceğimiz üzere, mümkün olan en iyi ceza hukuku en iyi bastırıcı sisteme sahip olan değildir ancak normlarla birlikte etkili bir toplumsal kontrol ile vatandaşların bireysel özgürlüklerinin en üst seviyesini bir araya getirendir.¹⁰⁵⁷

Bu açıklamalar ışığında soyut tehlike suçlarını, somut tehlike ve zarar suçlarını aşarak ceza hukukunun temeline yerleştiren düşünce ve tasarımlara yöneltilecek olumsuz eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Dolayısıyla geleceği tehdit eden riskleri mümkün olduğunca etkili bir şekilde önleme hedefi etrafında şekillenen açıkça işlevselci bir yeni ceza hukukunun inşa edilmesini destekleyen düşünceleri desteklememek gerekir.¹⁰⁵⁸

Bu aşamada öncelikle davranış ceza hukukundan yani “geleceği referans alan davranışsal normlardan oluşan” yeni ceza hukukunun zarardan ve hatta zarar tehlikesinden tamamen kopuk olduğunu belirtmek gerekir. Zira bu ceza hukuku, bir netice ceza hukuku olmadığı gibi; bir soyut tehlikeyi esas alan ceza hukuku anlayışından da uzaktır çünkü soyut tehlike suçları, somut hukuki varlıklara referansla oluşturulabilirken; geleceği referans alan suçları hukuki varlıklarla ilişkilendirmek zor görünmektedir. Davranış ceza hukuku, belirli eşik değerlerin aşılmasını yasaklayarak geleceği referans alan normlara sırf aykırılık üzerine kurulmuştur.¹⁰⁵⁹ Bu anlamda davranış ceza hukukunun caydırıcı etkiden yoksun olduğunu ifade etmek gerekir. Bu

¹⁰⁵⁷ **Roxin**, s. 7 – 9.

¹⁰⁵⁸ **D’Alessandro**, s. 252.

¹⁰⁵⁹ Bkz. **Stella**, s. 516.

düzenlemelerin amaca uygun oldukları söylenemez zira gelecek nesillerin korunması fikrine de hizmet etmemektedir. Kontrol altına alınan davranışlar hem objektif bakımdan hem de kusurluluk bakımından cürmi bir içerikten yoksun olduğu için eşitlik ilkesine de zarar vermektedir. Öte yandan bu anlayış cezaya liyakat ekseninden kaymaya sebep olur, gereksiz bir damgalama ile risk toplumları için dahi üst bir varlık olan insan onurunu ihlal eder, geleneksel cezalandırma formlarından bir sapmaya sebep olur: suçlara en üst düzeyde uygulanabilirlik sağlamak için suçsuzluk karinesinin somut esası olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi ortadan kaldırılır ve sonuç olarak hiç kimse cezadan kaçamaz.¹⁰⁶⁰

Stella'ya göre davranış ceza hukukundan vazgeçildikten sonra, soyut tehlike suçlarının, yani ceza hukukunun üvey evladının da genişlemesine izin vermemek gerekir. Bunu sadece bilimin genel hata yapabilirliği değil ama her risk ölçümüne ilişkin bilimsel değerlendirmeye özgü olağanüstü belirsizlik, farklı bilim insanları tarafından gerçekleştirilen ölçümler arasında ciddi farklılıklar bulunması, bilimin “değerler” karşısında açıkça tarafsız olmaması, bilimsel pratiğin hata yapma eğilimi ve üzerindeki sosyal risk algısının etkisi de göstermektedir. Ayrıca bunu her şeyden öte düzenleyici kurumların uygulama ve metodolojileri göstermektedir ki tam da bu kurumların kararlarının soyut tehlike suçlarının taşıyıcı sütunlarını oluşturması gerekmektedir. Tüm bunları yok sayıp her şeyi kanun koyucunun ellerine teslim etmeye de imkân yoktur. Kanun koyucu riski nasıl değerlendirebilir? Güvenliği nasıl da tam anlamıyla sağlayabilir? Esasında buldukları her fırsatta soyut tehlike suçlarına başvurmamayı tavsiye eden görüşlere katılmak gerekir. Risk toplumundan kaynaklanan “varoluşun kesinliğine ilişkin büyük bozulmalara” soyut tehlike suçlarının yüzüne kazınmış büyük karmaşıklıkları eklemeye gerek yoktur.¹⁰⁶¹

¹⁰⁶⁰ Stella, s. 577, 578.

¹⁰⁶¹ Stella, s. 590.

Klasik ceza hukukunun esnemesinin imkansızlığının yanı sıra yeni “tehlike ceza hukuku” fikrinin yetersizliğini, meşru temelden uzak oluşunu ve irrasyonelliğini vurgulamak gerekir. Global risk toplumundaki büyük ve küçük risklerle ceza hukukunun “koltuk değneği” ile mücadele edilemez. Bu risklerle mücadele için atılacak adımlar başka yönlemlere kanallize edilmelidir.¹⁰⁶²

Soyut tehlike suçlarına yönelik eleştirileri sunarak bu suçların nasıl da meşrulukla gayrimeşruluk arasındaki bir sınırdaki bir sınırda yer aldıklarını göstermiş bulunuyoruz. Daha önce ihtiyat ilkesinin cezalandırıcı normların gerekçesini oluşturup oluşturamayacağı meselesinde de değindiğimiz üzere, ceza hukuku bilimsel belirsizlikler üzerine kurulamaz. Ceza hukukunun önleyici etkisinden faydalanılmak isteniyorsa dahi, yasaklanan davranışın korunan hukuki varlığı tehlikeye atmaya elverişli olduğunun kesin bilimsel ölçümler ve tecrübe kurallarıyla ispatlanmış olması gerekmektedir. Elbette hangi davranışların tehlikeli olduğuna ilişkin bilimsel araştırmaların kendi içlerinde ve idari otoritelerin açıklamaları, raporları arasında farklılıklar bulunabilir. Bu aşamada kanun koyucu mevcut bulguları değerlendirerek tehlike ile yüklü olduğu hususunda şüphe bulunmayan davranış modelini tespit ederek yasaklamakla mükelleftir. Bize göre bu hem ihlal ilkesinin kanun koyucuya yüklediği bir ödevdir hem de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gerekliliğidir. Zira hangi davranışların tipik fiil altında değerlendirileceğinin belirli olması gerekmektedir. Bütün ceza normlarının kanunilik ve belirlilik ilkelerine uygun olması gerekir (Ay. m. 38) ancak özellikle soyut tehlike suçlarının kaleme alınışında muğlak ifadelerin kullanılması bu suçların meydana gelmesi için somut tehlike şeklinde bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden için her türlü davranışın cezalandırılmasına vesile olmakta ve hukuki öngörülebilirliğe zarar vermektedir.

¹⁰⁶² **Stella**, s. 590, 591.

Dolayısıyla kanunun kaliteli olmasına özen gösterilmeli ve soyut tehlike suçları kaleme alınırken anlamsal olarak zengin terimler tercih edilmelidir.

Günümüz modern toplumunun karmaşık yapısı içerisinde soyut tehlike suçlarına gerek vardır. Ancak bu hükümlerin uygulanma alanlarının isabetli bir şekilde saptanması ve doğru uygulanmaları gerekmektedir.¹⁰⁶³ Bu alanları tek tek saymak mümkün değildir, ancak örneğin çevrenin korunmasında, şimdiye kadar belirtilen ilkeleri göz önüne almak kaydıyla soyut tehlike suçlarının ihdas edilebileceğini belirtebiliriz. Nitekim çevrenin korunması konusunda genel eğilim salt çevrenin uğradığı zararlara değil, bu zararın sebeplerini ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik çalışmalar yapılmasıdır. Bu anlamda çevrenin kirletilmesinin engellenmesi hususunda temel ceza hukuku korumasının tehlike düzeyine çekilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylece zarar neticesi şeklindeki suçların uygulanmalarına ilişkin zorluklar bertaraf edilecektir. Ancak elbette bu düzenleme kanunilik ilkesini ihlal etmemelidir. Doğal çevrenin kirletilmesine ilişkin somut tehlike suçları yaratmak, soyut tehlike suçlarına duyulan ihtiyacı azaltmaz. Özellikle kirletme tehlikesi fazla olan maddelerin salt bulundurulmasını yasaklayan suçların yani engel suçların belirli şartlarla örneğin bulundurulduğu yerin mahiyeti itibariyle kullanmak yahut atmak maksadıyla bulundurulduğunun anlaşılması gibi hallerin soyut tehlike modeli altında düzenlenmesi önerilebilir.¹⁰⁶⁴

Öte yandan ekonomik suçların cezalandırılma gerekçelerini de dolaylı etkileri sebebiyle bu suçlardan kaynaklanan kazancın kolay tespit edilememesi ve bu kazancın çok yüksek olması sebebiyle özel hukuk müeyyidelerinin yetersiz kalması, araştırılıp ortaya çıkartılmaları benzer sebeplerle zor olduğu için potansiyel faillerin önceden

¹⁰⁶³ Ünver, Hukuksal Değer, s. 969.

¹⁰⁶⁴ Nevzat Toroslu, “Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku”, in. Prof. Dr. Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, AÜHF Yay No. 460, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 182 – 184.

caydırılmak istenmesi ve bu suçların belirsiz sayıda kişinin menfaatine zarar vermesi olarak açıklanmaktadır.¹⁰⁶⁵ Bu anlamda örneğin SPK m. 107 hükmünde düzenlenen davranışların yasaklanmasıyla piyasadaki güven ortamını korumak ve piyasanın etkili bir şekilde çalışması sağlanmaktadır. Zira manipülatif faaliyetler sonucu ortaya çıkan zarar, sadece piyasada işlem yapanları değil, bütün toplumu etkileyebilmektedir. Nitekim sermaye piyasalarının işlerliği ve etkinliği ekonomik kalkınma için gereklidir. Bu anlamda SPK m. 107 hükmünde düzenlenen suçlar da öne çekilmiş bir korumayı sağlamak adına soyut tehlike suçu olarak düzenlenmişlerdir.¹⁰⁶⁶

Soyut tehlike suçları da hukuki varlıkları doğrudan korumaktadır ve bu anlamda davranışın kanuni tipe şeklen uygun olmasının ötesinde korunan hukuki varlığı ihlal edici karakterinin de somut olayda ortaya konulması zorunludur.¹⁰⁶⁷ Catenacci'nin, tipe uygun

¹⁰⁶⁵ **Özgür Küçüktaşdemir**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 152.

¹⁰⁶⁶ Ayrıca bkz. **Yalçın**, s. 3495, 3496, 3502, 3506; Ayrıca bkz. AYM, E.2010/116, K.2011/118, T. 07/07/2011: “*Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenек yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, yasakoyucunun, bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işlenme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*”.

¹⁰⁶⁷ Aynı yönde bkz. **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 285.

görünen davranışların aslında ihlal edici niteliğe sahip olmadıklarını ispatlamak için aradığı üç temel koşul kapsamında bir değerlendirme yapılarak davranışın somut ihlal ediciliğinin ortaya konulması gerektiğine inanıyoruz.

Soyut tehlike suçlarının varlığına karşı çıkanların sunduğu göz ardı edilemeyecek eleştiriler bağlamında bu cezalandırıcı modele son derece istisnai hallerde başvurulması gerektiğini söylemeliyiz. Daha önce de bahsettiğimiz üzere belirli hukuki varlıkların ceza normlarıyla korunması bakımından soyut tehlike suçlarına başvurmak zorunlu olabilir. Hangi hukuki varlıkların ceza normlarıyla koruma altına alınacağı kural olarak kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti kapsamında takdir yetkisi çerçevesinde belirlenmektedir. Ancak öğretide ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran ceza normlarının soyut tehlike suçu olarak düzenlenmemesi gerektiği zira bunun hakka yönelik ölçsüz bir müdahale teşkil edeceği belirtilmektedir.¹⁰⁶⁸ Bu konuya bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı değineceğiz.

2. KANUN KOYUCUNUN SUÇ VE CEZA SİYASETİ BAĞLAMINDA SOYUT TEHLİKE SUÇU İHDAS ETMESİNİN ANAYASAL SINIRLARI

Kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti bağlamında birtakım hukuki varlıkları daha etkili bir şekilde korumak için soyut tehlike suçu ihdas etmesi söz konusu olabilir. Kanun koyucunun suç ve ceza tercihleri kamuoyunda her zaman aynı ölçüde kabul görmemekte ve bu anlamda anayasa mahkemeleri ciddi beklentilerin muhatabı haline gelmektedir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanı anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu için mahkeme anayasa uygun olan suç ve ceza siyasetine müdahale edememektedir. Öte

¹⁰⁶⁸ Bkz. **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 16 – 22; **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 954, 968, 969; **Yılmaz**, s. 164; **Öntan**, s. 331.

yandan, hukuk alanının dışında kalan suç ve ceza siyasetinin hukuki denetimi son derece karmaşık bir meseledir.¹⁰⁶⁹

Devlet, cezalandırma hak ve yetkisiyle hukuk normlarına riayet edilmesini sağlama, hukuki barışı kurma, bireyleri ve toplumu hukuki ihlallere karşı koruma görevini ifa eder. Suç ve suçlulukla mücadele ederek iç güvenliğin sağlanması, hukuki varlık ve menfaatlerin etkili bir şekilde korunması, meşru şiddet tekeli çerçevesinde devlet dışı kişi ve kurumların şiddet kullanmasının önüne geçilmesi devletin meşruiyet temelini ve devletin temel amaçlarından birisini teşkil eder.¹⁰⁷⁰

Anayasa Mahkemesi'ne göre kanun koyucunun suç ve ceza siyasetini belirlemek konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁷¹ Mahkemeye göre, *“Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.”*¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ **Hilal Düzenli**, “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, ÇÜHFD., C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 1193.

¹⁰⁷⁰ **Yüksel Metin – Veysel Dinler**, “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları”, in. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2012, s. 3, 4.

¹⁰⁷¹ Bu konuda ayrıca bkz. **Düzenli**, “Suç ve Ceza Siyaseti”, s. 1197, dn. 32.

¹⁰⁷² AYM, E.2015/47, K.2016/11, 10/02/2016, §6.

Suç ve cezaların seçimi ile cezaların miktarı hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetki anayasaya uygun olarak kullanılmalıdır. Kanun koyucu kamu yararı ile bireysel yararlar arasında bir denge gözetmelidir. Bu anlamda kamu yararı düşüncesiyle bireysel özgürlükler demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir şekilde sınırlandırılmaz. Kanun koyucunun cezaları tespit yetkisinin sınırını “hukuk devleti ilkesi” oluşturacaktır.¹⁰⁷³

Hukuk devleti ilkesinin sağlanmasının gerekliliklerinden birisi de şüphesiz ki hukuki güvenlik ilkesini sağlamaktır. Hukuk normlarının muhatapları bakımından açık ve belirli olması, hukuki güvenlik ilkesinin gereklerine uygun olması ve muhatapların kendilerini hukuken güvende hissetmesinin sağlanmasının hukuk devletinin bir gerekliliği olduğuna şüphe yoktur.¹⁰⁷⁴

Demokratik anayasal devlette devlet iktidarı, anayasada yer alan pek çok hükümle sınırlandırılmıştır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı gereği devlet her türlü eylem ve işleminde anayasaya uymak ve bağlı olmak zorundadır. Anayasaya bağlılık cezalandırma yetkisinin kullanımı bakımından iki zorunluluk öngörmektedir. İlk olarak kanun koyucu suç ve cezalarla ilgili anayasal düzenlemelere uymakla mükelleftir. İkinci olarak, anayasa koyucunun üstün norm aracılığıyla koruma altına aldığı hukuki varlıkların, ceza normlarıyla ihlali mümkün değildir. Bu anlamda kanun koyucu anayasal güvencelerle bağlıdır ve bu güvencelerin ceza normlarıyla ortadan kaldırılması söz konusu değildir.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ **Metin – Dinler**, s. 4.

¹⁰⁷⁴ **Tuğrul Katoğlu**, “*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*”, in. Kamu Hukukçuları Platformu Hukuk Güvenliği 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2015, s. 143.

¹⁰⁷⁵ **Metin – Dinler**, s. 6.

Kanun koyucunun sahip olduğu cezalandırma yetkisinin anayasal sınırlarından ilki maddi ceza hukukuna ilişkin anayasal güvencelerdir. Ay. m. 38 hükmünde suç ve cezaların kanuniliği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkeleri düzenlenmiştir ve belirli türdeki cezaların verilmesi yasaklanmıştır.¹⁰⁷⁶ Ay. m. 38 suç ve ceza siyaseti konusundaki takdir yetkisinin normatif sınırını teşkil etmektedir. Bu anlamda kanun koyucuya verilen suç ve ceza normu ihdas etme yetkisinin, Anayasa’ya ve ceza hukukuna hâkim olan ilkelere uygun bir şekilde bu siyaseti belirleme yetkisini verdiğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla suç ve cezalara ilişkin bu ilkeler gereğince ceza normları hem biçimsel hem de içeriksel bakımdan belirli özellikleri taşımalıdır böylece kişiler kanun koyucunun keyfiliğine karşı korunacaktır.¹⁰⁷⁷ Bu anlamda suç ve cezalarla ilgili anayasal düzenlemelerin başında hiç şüphesiz ki kanunilik ilkesi (Ay. m. 38) gelmektedir. Zira kanunun tekelciliği tartışmasız bir güvence sunmaktadır. Elbette ceza hukukuna aykırılık otoriter rejimlerde olduğu gibi salt biçimsel norma itaatsizlik olarak algılanmamalıdır. Korunan hukuki varlığın ihlali olarak suç bakımından biçim ile içerik bir bütün teşkil edecektir. Dolayısıyla normun içeriği ile davranışın ihlal ediciliğini nazara almak gerekir.¹⁰⁷⁸

Ceza hukukunda kanunilik ilkesi açısından bir suçun kanunla düzenlenmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda belirlilik ilkesine de uygun olması gerekmektedir.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁶ **Metin – Dinler**, s. 7 vd.

¹⁰⁷⁷ **Düzenli**, “Suç ve Ceza Siyaseti”, s. 1196.

¹⁰⁷⁸ **Katoğlu**, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, s. 151.

¹⁰⁷⁹ AYM, E.2010/116, K.2011/118, 07/07/2011: “Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, ‘Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz’ denilerek ‘suçun yasallığı’, üçüncü fıkrasında da ‘ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur’ denilerek, ‘cezanın yasallığı’ ilkesi getirilmiştir. Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa’nın 38. maddesine paralel olarak Türk

Nitekim kanunilik ilkesi, modern hukuk sistemlerinde üstlendiği garanti edici işlev sebebiyle hukuk devletinin temelini teşkil etmektedir. Bu anlamda ceza normları belirsiz ve esnek bir şekilde oluşturulduğunda, kanunilik ilkesine şeklen uyulmuş gibi görünse de temelinde kanunilik ve eşitlik ilkeleri yatan hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ne var ki genel ilkeler ve soyut ifadeler kullanılarak kanun yapma eğilimi ceza kanunlarının açıklığı ilkesinin tam olarak kavranamadığını göstermektedir. Ayrıca zaman zaman kanun koyucuların bilerek muğlak ve karmaşık düzenlemelere başvurarak belirsiz bir cezalandırma alanı yaratmak istediği de bir gerçektir. Böylece bu belirsizlikten yararlanılarak normun kapsamında olmayan fiiller de cezalandırılmak istenmektedir. “Suç işlemek için örgüt kurma” ve “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçları bunlara birer örnektir.¹⁰⁸⁰

Bütün ceza normlarının belirlilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmeleri gerektiğine şüphe yoktur ancak bu ilkeye aykırı bir şekilde düzenlenmiş soyut tehlike suçları uygulamada daha ciddi sorunların doğmasına vesile olabilir. Zira soyut tehlike suçları her zaman olmasa da genellikle sırf hareket suçu olarak düzenlenmektedirler. Bu anlamda meydana geldiklerinin tespiti için hakimlerin somut tehlike ya da zarar şeklinde bir neticenin meydana geldiğini tespit etmeleri gerekmemektedir. Tespit edilmesi gereken tek unsurun tipe uygun davranış olması ancak hangi davranışların tipe uygun olduğunun belirlenmesinde güçlükler yaşanması halinde yargı mercileri keyfi yorumlar yaparak normun uygulamasını genişletebilirler. İşte bu nedenle ceza kanunlarının açıklığı

Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.”

¹⁰⁸⁰ **Okuyucu Ergün**, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, s. 75 – 77.

ilkesinin bir gerekliliği olarak, tipik fiilin meşru olan davranışla meşru olmayan davranışın ayrılmasına imkân verecek şekilde açık ve kesin bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu gereklilik, hakimlerin normun amacına aykırı şekilde genişletici yorum yapmalarını ve kıyasa başvurmalarını da engelleyecektir.¹⁰⁸¹

Kanun koyucunun suç ve ceza koymadaki takdir yetkisinin bir diğer sınırı “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkeleri olmaktadır. Hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri de en az kanunilik ilkesi kadar Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında tartışılmakta ve vurgulanmaktadır. Zira ilgili düzenlemeler somut norm veya soyut norm denetimine söz konusu düzenlemelerin hukuk devleti ve/veya eşitlik ilkesine¹⁰⁸² aykırı olduğu gerekçesiyle taşınmaktadır.¹⁰⁸³ Anayasa’nın bütünlüğü içerisinde temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını yakından ilgilendiren ilke şüphesiz hukuk devleti ilkesidir.

¹⁰⁸¹ **Okuyucu Ergün**, Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, s. 78.

¹⁰⁸² AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/07/2001: “*Türk Ceza Yasası’nın 240. maddesi "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı 3. babın, "Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suiistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar" başlıklı 4. faslında yer almaktadır. Bu fasıldaki unsurları ve cezaları değişik suçlardan yalnız görevin genel nitelikte kötüye kullanılması suçuna ilişkin 240. madde istisnalar arasında sayılmıştır. Aynı fasılda yer alan ve görevin kişilere karşı kötüye kullanılması olarak adlandırılan, cezasının üst haddi de daha fazla olan (muamelede hususi maksat veya siyasi saik veya sebep mevcut ise) 228. madde ve hâkimlerin nüfuz, emir ve iltimasa müsteniden tesir altında karar vermeleri suçu olarak adlandırılan ve cezası "iki seneden beş seneye kadar hapis ve hâkimlik hizmetinden müebbet mahrumiyet" olan 233. madde ile aynı nitelikte olup Türk Ceza Kanunu’nun 240. maddesindeki cezanın artırılarak verilmesini öngören 1918 sayılı Yasa’nın 38. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun 4616 sayılı Yasa kapsamına alınmasına karşın, itiraz konusu 240. maddenin alınmamasına ilişkin düzenlemenin adil olduğu söylenemez. Öte yandan 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası’nın 144. maddesinde düzenlenen askerlerin görevi kötüye kullanmalarına ilişkin suçun 4616 sayılı Yasa kapsamına alınmasına karşın Türk Ceza Yasası’nın genel nitelikteki 240. maddesinin kapsam dışında tutulmasının Anayasa’nın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.*

Açıklanan nedenlerle, (a) alt bendi Türk Ceza Kanunu’nun 240. maddesi yönünden Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ve 2. maddesindeki hukuk devleti ilkelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

¹⁰⁸³ **Metin – Dinler**, s. 23.

Ölçülülük ilkesi de hukuk devleti ilkesinin somutlaşmış bir ifadesidir ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında göz önüne alınan ilkelerin başında yer almaktadır.¹⁰⁸⁴

Anayasa'nın 13. maddesine göre de *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*.

Ceza normları, nitelikleri gereği bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucunu doğurdukları için, Anayasa'nın 13. maddesine uygun ve bu anlamda ölçülü olmalıdır. Ceza normlarının denetimi bakımından en büyük önem arz eden ölçüt, sınırlamanın ölçülü olmasıdır. Zira ölçülülük, ceza hukukunun çekirdek alanı ve anayasa karşısındaki meşruiyetiyle bağlantılıdır.¹⁰⁸⁵

Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“Kanun koyucu, takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”*¹⁰⁸⁶ Bu amaç öncelikle sınırlandırılacak temel hakkın öngörüldüğü kanun kayıtlarında yer alan sınırlama sebepleridir. Kanun koyucu bu sebepleri aşacak bir

¹⁰⁸⁴ Sağlam, s. 112.

¹⁰⁸⁵ Düzenli, “Suç ve Ceza Siyaseti”, s. 1211.

¹⁰⁸⁶ AYM, E.2023/106, K.2023/205, 30/11/2023, §29.

sınırlandırma amacı güdemez. Kanunda bir sınırlama sebebi belirtilmediyse de sınırlama her halükârda Ay. m. 13'teki genel sınırlama sebeplerine uygun olmalıdır. Anayasa'da kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak gibi geniş kapsamlı sınırlama sebepleri öngörülmüştür ancak kanun koyucu bu “belirsiz” kavramları düzenlediği konuya göre somutlaştırmakla mükelleftir. Böylece araç – amaç ilişkisi kanunda somutlaşan amaca göre belirlenecek ve hukuk devletinin gereği olan “belirginlik” sağlanmış olacaktır.¹⁰⁸⁷

Sınırlamayı oluşturan yasanın, sınırlamanın amacı bakımından elverişli kabul edilmesi için sınırlamanın istenilen sonuca katkı sağlaması gerekmektedir. Kanun koyucuya tanınan değerlendirme alanı nazara alınmak kaydıyla daha en başından amacı gerçekleştirmeye uygun görünmeyen yasal önlemler anayasaya aykırı olmaktadır.¹⁰⁸⁸

Gereklilik ilkesiyse sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek adına sınırlandırılacak temel hak bakımından en yumuşak, hakka en az müdahale edecek aracın seçilmesi gerektiğini ifade eder.¹⁰⁸⁹ Bu ilke ceza hukukunun son çare olması gerekliliğiyle yakından ilgilidir. Ceza hukuku, hukuk düzenindeki en ağır müeyyideleri düzenlediği için sınırlamanın amacına ulaşmak adına ceza müeyyidesine başvurmak zorunlu olmalıdır. Bir başka deyişle aynı amaca idari yaptırımlarla veya özel hukuk yaptırımlarıyla ulaşılabilecekken araç olarak ceza müeyyidesinin seçilmesi ölçüsüz olacaktır.¹⁰⁹⁰

Ceza hukukunun son çare olması gerekliliği, hakkın sınırlandırılmasının orantılı olması gerekliliğiyle de ilgilidir. Buna göre hukuki reaksiyon olarak cezanın, hukuk dışı

¹⁰⁸⁷ Sağlam, s. 113, 114.

¹⁰⁸⁸ Sağlam, s. 114.

¹⁰⁸⁹ Sağlam, s. 114.

¹⁰⁹⁰ Taşkın, s. 64, 71.

aksiyon olarak suçla orantılı olması gerekmektedir.¹⁰⁹¹ Gereklilik ilkesi, sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki ilişkiyle ilgiliyken, orantılılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusu olmaktadır. Orantılılık incelemesinde çatışan iki hukuki menfaatin her ikisine de ideal bir etki sağlayacak çözümün bulunması hedeflenmektedir.¹⁰⁹² Araç ile amacın karşılaştırılması neticesinde araca başvurulmasının ağır olumsuz sonuçlara sebep olması halinde orantısızlığın ortaya çıktığı kabul edilmektedir.¹⁰⁹³

Orantılılık ilkesi bağlamında ele alınması gereken bir husus da aynı hukuki varlıkları koruyan tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında ihlalin ağırlığı sebebiyle öngörülecek cezalar arasında bir farklılığın olmasının gerekip gerekmediğidir. Somutlaştırmak gerekirse cevabını aradığımız soru, bir hukuki varlık olarak vücut bütünlüğünü koruyan bir zarar suçunun (örneğin kasten yaralamanın) cezasının, aynı hukuki varlığı koruyan tehlike suçunun cezasından (örneğin radyasyon yayma) suçundan daha ağır olmasının gerekip gerekmediğidir.

Anayasa Mahkemesine göre, *“Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa’ya bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da*

¹⁰⁹¹ Taşkın, s. 73.

¹⁰⁹² Sağlam, s. 116.

¹⁰⁹³ Düzenli, “Suç ve Ceza Siyaseti”, s. 1214.

*hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek, sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle **suç ve ceza arasında adaletle uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.**"¹⁰⁹⁴*

Kanunda yer alan suçların sistematik tutarlılığına ve dolayısıyla dışsal bir izlenime odaklanan bir değerlendirme yapılabilir. Cezanın orantılılığına ilişkin bu değerlendirme tehlike suçunun ilişkili olduğu zarar suçuyla olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır ve doğrudan zararın meydana gelme olasılığın nazara alınacak seviyesi üzerinde etkili olur. Mantıki ön kabul, zararın tehlikeye nazaran daha ağır bir ihlal olduğudur ve bu ayrım müeyyideler arasındaki esaslı bir farklılığa tekabül etmelidir. Ancak kanun koyucunun tutarsızlığı sebebiyle bu böyle belirlenmezse, hâkimin ilgili olasılık seviyesini ölçerek adaleti yeniden tesis etmesi gerekir. Tehlike ile zarar arasındaki nitelik farkı, müeyyideler arasındaki anlamlı bir farklılık aracılığıyla tanınıyorsa ve bu anlamda zarar karşısında esaslı bir orantılılık muhafaza ediliyorsa, görece daha düşük bir olasılık seviyesinde dahi tipik tehlikeyi temellendirmek ve cezaya layık hale getirmek bakımından ölçülü görünür. Ancak tehlike ile zarar arasındaki ihlalin ağırlığı üzerinde bir nitelik farkının müeyyideler aracılığıyla ortaya konmadığı hallerde hâkim ölçülülük ilkesini muhafaza etmek adına

¹⁰⁹⁴ AYM, E.2016/25, K.2016/186, 14/12/2016, §9.

daha yüksek bir olasılık seviyesini tercih ederek sisteme gerekli aksiyolojik tutarlılığı kazandırır.¹⁰⁹⁵

Bize göre de ceza hukuku sisteminin dışsal tutarlılığı bakımından aynı hukuki varlıkları koruyan zarar suçları ile tehlike suçlarını için öngörülen müeyyideler bu suçların yasakladığı davranışların ortaya çıkardığı ihlalin boyutlarıyla orantılı olmalıdır. Bu anlamda yukarıda verdiğimiz örneğe geri dönerek TCK m. 172 ile TCK m. 86 hükümlerini karşılaştırmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. TCK m. 172/1 hükmüne göre, “*Bir başkasını, sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutan kişi, üç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Bu düzenleme kanunun gerekçesine göre bir somut tehlike suçudur. Ancak öğretide potansiyel tehlike suçu olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır.¹⁰⁹⁶ Bize göreyse davranışın yapılması sonucunda mağdurun sağlığı üzerinde somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmadığı için, bu suç bir soyut tehlike suçudur. Bu suçun ilişkili olduğu zarar suçu, TCK m. 86 hükmünde düzenlenen kasten yaralama suçudur. İlgili düzenlemeye göre, “*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”. Bu suçun örneğin silahla işlenmesi halinde dahi verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK m. 86/3-e). Bir kişinin sağlığına zarar gelmesi halinin zarar tehlikesinden (hem de soyut tehlikesinden) daha ağır bir ihlal teşkil ettiğine hiç şüphe yoktur. Bu anlamda kanun koyucunun bu iki suç arasında dışsal bir tutarlılığı sağlayamadığı ifade edilmelidir. Cezalar arasındaki orantısızlık o kadar yüksek bir

¹⁰⁹⁵ Demuro, s. 923, 924.

¹⁰⁹⁶ Bkz. Ersoy, “Tehlike Suçları”, s. 56.

seviyededir ki hâkim TCK m. 172 hükmünden ceza vermek istediğinde verebileceği en düşük ceza, TCK m. 86/1 hükmü uyarınca verebileceği en fazla cezaya denktir.¹⁰⁹⁷

Anayasa Mahkemesi bir suçun cezasını bir başka suçla kıyaslayarak iptal etmeye yanaşmamaktadır. Ancak özellikle aynı hukuki varlığı koruyan zarar suçlarıyla tehlike suçlarına ilişkin gerçekleştireceği değerlendirmede zararın tehlikeden daha büyük bir ihlal yarattığı ön kabulünü bir kenara bırakmadan cezaların miktarı üzerinden ölçülülük denetimi yapması gerektiğine inanıyoruz.

Öğretide ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların soyut tehlike suçlarıyla yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁹⁸ Nitekim İtalya uygulamasında da anayasal hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu hallerde daha seçici kriterler uygulanmaktadır. Yorumlu ret kararlarıyla bazı düşünce suçları somut tehlike suçu olarak yeniden yorumlanmıştır. Bu kararlardan ortaya çıkan sonuç, anayasal karşılığı olan diğer varlıkları korumak adına olsa bile, soyut (varsayılan) tehlike suçlarıyla temel özgürlüklerin sınırlandırılmayacağıdır.¹⁰⁹⁹

Anayasa'nın 26. maddesinde “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” düzenlenmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca, “*Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü*

¹⁰⁹⁷ Bir zarar suçu olan kasten yaralama suçunun cezasının bir tehlike suçu olan TCK m. 172 hükmünde düzenlenen suçtan daha az belirlenmiş olmasının açık bir çelişki olduğuna dair bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 53, 54.

¹⁰⁹⁸ Bkz. **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 16 – 22; **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 954, 968, 969; **Yılmaz**, s. 164; **Öntan**, s. 331.

¹⁰⁹⁹ **Pulitano**, s. 199.

meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”.

Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “ifade özgürlüğü” başlıklı 10. maddesi uyarınca *“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç islenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

AİHM benimsemiş olduğu inceleme usulü kapsamında ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale tespit ederse, başvuruyu “üç aşamalı test” olarak isimlendirilen bir teste tabi tutmaktadır. Mahkemenin geliştirdiği bu testin aşamaları 1) kanunilik, 2) meşru amaç ve 3) demokratik toplumda gereklilik kısımlarından oluşmaktadır. İlk aşamada müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı, meşru amaç aşamasında müdahalenin ikinci fıkrada sayılan amaçlardan birini içerip içermediği ve son aşamada müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı denetlenmektedir.¹¹⁰⁰

¹¹⁰⁰ **Mehmet Alp Didinmez**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, KHM., C. 1, S. 1, 2021, s. 150, 151.

AIHM'in üç aşamalı testinin ilk iki aşamasını geçen başvurulara, testin son aşaması olan "demokratik toplumda gereklilik" testi uygulanmaktadır. Mahkemenin içtihatlarına göre bu testte Mahkeme, başvurunun konusunu oluşturan müdahalenin "zorlayıcı/acil bir ihtiyaca karşılık" gelip gelmediğini, meşru amaçla "orantılı" olup olmadığını ve ulusal makamların müdahaleyi haklı kılmak için sunduğu gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir.¹¹⁰¹ Zorlayıcı bir ihtiyacın varlığına karar verilirken ifade sebebiyle korunan hukuki varlığın ihlal edilmesini sağlayacak toplumsal bir hareketlenmenin varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit gerçekleştirilirken ifade sahibinin sahip olduğu sıfat, ifadenin türü ve içeriği, ifadenin söylendiği yer ve zaman gibi hususlar nazara alınır.¹¹⁰² Düşünceyi ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın ölçüsü, düşüncenin açıklanma şekli sebebiyle topluma yönelik belirli, kesin, mevcut, yani somut bir tehlikenin varlığı ve bu somut tehlikenin düşüncenin açıklanmasının kişileri ya da toplulukları kışkırtmasından, tahrik etmesinden kaynaklanması gerekmektedir.¹¹⁰³ Bu anlamda kışkırtılan eylemlerin gerçekleşme ihtimali, söz konusu eylemlerin bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde yaratabilecekleri zararın ihtimalinin yüksek olması gibi kriterler gözetilerek kamu düzeni ve kamu barışı gibi değerlerin somut tehlikeye atıldığına tespit edilebileceği kanaatindeyiz.

Cezalandırma alanının somut tehlike suçlarına nazaran daha da öne çekildiği soyut tehlike suçlarıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran düzenlemeler

¹¹⁰¹ **Didinmez**, s. 158, 159.

¹¹⁰² **Aras Türey – Aslı Ekin Yılmaz –Eşref Barış Börekçi –Yalım Yarkın Özbacı**: "*Halka Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler*", İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Aralık 2022, s. 9.

¹¹⁰³ **Toroslu, H.**, "*Tahrik Kavramı*", s. 1224.

yapılması, ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Çünkü uygulamada soyut tehlike suçlarının meydana gelmesinde davranışın hukuki varlığı ihlal etmeye elverişliliği denetimi yapılmamaktadır. Korunan hukuki varlığı ihlale elverişsiz bir düşünce açıklamasının cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edeceğine şüphe yoktur.¹¹⁰⁴ Zira herhangi bir tehlike barındırmayan ifadelerin cezalandırılması, müdahaleyi demokratik toplumda gereklilik şartının sınırlarının dışına çıkabilir.¹¹⁰⁵

Buna örnek olarak TCK m. 214 hükmünde düzenlenen suç işlemeye tahrik suçunu gösterebiliriz. İlgili düzenlemeye göre, “*Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”. Bu suç bir soyut tehlike suçudur zira düzenlendiği bölümdeki suçların bir kısmından farklı olarak meydana gelmesi için açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Bu düzenleme ifade hürriyetinin gerçek bir tehlike olmaksızın sınırlandırılmasına imkân tanımaktadır. Dolayısıyla “açık ve yakın tehlike” kriterinin suç işlemeye tahrik suçuna da eklenerek suçun somut tehlike suçuna dönüştürülmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir.¹¹⁰⁶ Zira tahrik olup suç işleme neticesi pek çok değişkene bağlı olarak ortaya çıkar. Bu anlamda bir kimse kalabalık bir grubu suç işlemeye tahrik ettiğinde, toplulukta yer alanların suç işleyip işlemeyecekleri, tahrik fiilini gerçekleştirenin kim olduğuna, dinleyici ya da okuyucu üzerindeki etkisine, icra ettiği mesleğine, hitabet biçimine, sözlerinin etki gücüne, kişisel etkisine, tahrik için kullandığı araca (basın yayın aracı, sosyal medya, söz vb.), bölgesel yahut toplumsal havanın gerginlik düzeyine,

¹¹⁰⁴ Bkz. **Alacakaptan**, “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü*”, s. 16 – 22.

¹¹⁰⁵ Aynı yönde ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 164 vd.

¹¹⁰⁶ **Soyaslan, G.**, s. 112.

dinleyicilerin niteliklerine, eğitim ve kültür düzeylerine, tahrik fiilinin konusuna ve yapıldığı yere, dinleyicilerin tahrik fiilini anlama kapasitelerine bağlıdır.¹¹⁰⁷

Açıklanan bu nedenlerle ifade özgürlüğüne, basın özgürlüğüne ve toplanma ile gösteri yürüyüşü özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan ceza normlarının soyut tehlike suçu biçiminde düzenlenmesinin bu haklara ölçüsüz müdahale niteliğinde olacağını ifade etmemiz gerekir. Zira söz konusu müdahaleler ölçülülük ilkesinin, gereklilik ve orantılılık şeklindeki alt ilkelerini ihlal edecektir. Öte yandan, ilgili düzenleme, kanunilik ve meşru amaç testlerinden geçse dahi, ifade sebebiyle somut tehlike ortaya çıkmaksızın cezalandırma yoluna gidildiğinde demokratik toplumda gereklilik testinden geçemeyecektir.

V. TEHLİKE SUÇLARIYLA BAĞLANTILI SUÇLAR

1. KALKIŞMA SUÇLARI

Tehlike suçlarıyla bağlantılı olarak incelenebilecek suç kategorilerinden birisi kalkışma suçlarıdır (It. “*reati/delitti di attentato*”). Kalkışma suçları, suça teşebbüsle ve “dar anlamda” tehlike suçlarıyla benzerlikler gösterir. Ancak kalkışma suçlarını bağlantılı olduğu bu türlerden ayıran husus, kanun koyucunun bu suçları özellikle devlet aygıtlarını ve egemenlik yetkisini temsil eden kurumlara ve kişilere yönelik etkili önleyici koruma araçları sağlamak için kullanması olarak belirtilmektedir.¹¹⁰⁸

Kalkışma suçları, pek çok açıdan teşebbüse yaklaşan bir yapıyla karakterize edilmiş tehlike suçlarının özel bir görünümünü ifade eder. Kalkışma suçlarında da suçun meydana gelebilmesi için, failin zarar kastına sahip olması gerekmektedir. Bu anlamda

¹¹⁰⁷ Soyaslan, G., s. 372; Bu konuda ayrıca bkz. Çetin Özek, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 172, 173.

¹¹⁰⁸ Patalano, s. 26; Ayrıca bkz. Daragenli, Tehlike Suçları, s. 36; Ezgi Aygün Eşitli, Kalkışma Suçları, Yetkin Yay., Ankara 2016, s. 23.

İCK m. 276 hükmünde düzenlenen “*Her kim Cumhurbaşkanı’nın hayatına, vücut bütünlüğüne ya da kişisel özgürlüğüne yönelik bir saldırıya kalkıştırsa müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır*” hükmünden sorumluluk için failin Cumhurbaşkanı’nın hayatına, güvenliğine ya da kişisel özgürlüğüne zarar verme kastının olması gerekmektedir. Bu normatif düzenlemede suçun sona ermesi için teşebbüs aşamasında kalmış davranışa özel bir önem verilmektedir¹¹⁰⁹ (İCK m. 276 hükmünden farklı olarak TCK m. 310 hükmünde düzenlenen Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu bir kalkışma suçu olarak düzenlenmemiştir). Böylece kalkışma suçlarını, ceza normu tarafından korunan hukuki varlığa zarar vermeye yönelen, ancak sadece bir tehlike durumunu ortaya çıkartabilen bu haliyle özel bir suç olarak düzenlenen davranışla meydana getirilen suçlar olarak tanımlayabiliriz.¹¹¹⁰ Objektif olarak düzenlenişleri temelinde tehlike suçları ile teşebbüs ve kalkışma suçları arasında bir fark yoktur. Bu nedenle kalkışma suçları zarar kastıyla işlenen tehlike suçları olarak da tanımlanır.¹¹¹¹ Bir başka deyişle bu suçlar geniş anlamda tehlike suçlarının içindedir zira suç tipinin objektif olarak bu şekilde düzenlendiğine şüphe yoktur; ancak bu suçlarda kast normun ötesine geçer. Kalkışma suçlarının belirleyici unsuru, fiilin ortaya çıkış şekli ile kast arasındaki farkta yer almaktadır. Dolayısıyla kastın normda tanımlanan maddi fiilin ötesine geçemediği veya bunun ispatının çok zor olduğu hallerde, bu suçlar uygulanma alanı bulamamaktadır.¹¹¹²

Bu anlamda kalkışma suçlarında fiilin cezalandırmayla korunan nihai menfaati ihlal etmeye elverişliliği araştırılmalıdır. Ancak kanun tarafından öngörülen tehlikenin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu dar anlamda tehlike suçlarında bu minvalde bir

¹¹⁰⁹ Patalano, s. 27.

¹¹¹⁰ Penso, s. 78.

¹¹¹¹ Delitala, Il “fatto”, s. 178; Gallo, E., s. 17, 18; Daragenli, Tehlike Suçları, s. 37.

¹¹¹² Gallo, E., s. 16, 17.

araştırma yapmaya gerek bulunmamaktadır. Öte yandan kalkışma suçlarıyla dar anlamda tehlike suçları ya da en azından bu suçların bazı görünüm biçimleri arasında pek çok ortak yön bulunmaktadır zira her iki suç türünde de tehlike, nihai neticeyi teşkil etmektedir ve her iki suç türünde de davranışla meydana gelen araştırılabilir (somut) tehlike modeli bulunabilir.¹¹¹³

Kalkışma suçları, suça teşebbüsle benzerlik gösterse de kalkışma suçlarında cezalandırma özel hükümlerdeki bir normla kurulan ilişki üzerinden belirlenmez. Kalkışma suçlarının özelliklerinden birisi, tipik fiilin belirlenmesi amaçlarıyla atıfta bulunulan bağlantılı bir zarar ipotezinin eksik olması anlamında özerk bir cezalandırıcı normu ifade etmesidir.¹¹¹⁴ Böylece devletin bütünlüğüne ve bağımsızlığına ya da birliğine yönelik kalkışma (İCK m. 241 – TCK m. 302) ya da Anayasa’ya karşı kalkışma (İCK m. 283 – TCK m. 309) halleri cezalandırılır; ancak bu hukuki varlıklara verilebilecek muhtemel zararları ayrıca cezalandıran bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.¹¹¹⁵

Öğretide bir görüşe göre, kalkışma suçlarının neticelenmesi fiili ve hukuki imkânsızlıklar sebebiyle hiçbir zaman mümkün değildir. Bu görüş, kalkışma suçlarını “tamamlanması öne alınmış suçlardan” ve “teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandıran suçlardan” ayırmaktadır. “Tamamlanması öne alınmış suçlarda” kalkışma suçlarında olduğu gibi belirli bir neticeye yönelik davranış söz konusu olmakla birlikte, davranışın yöneldiği neticenin gerçekleştirilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir (örn. TCK m. 304). Ancak bu suçlarda “kalkışma suçlarından” farklı olarak davranışın yöneldiği neticenin gerçekleşmesi halinde mevcut olan hukuk düzeni ortadan kalkmamaktadır. “Teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandıran” suçlarda ise, davranış, belirli bir

¹¹¹³ **Penso**, s. 80.

¹¹¹⁴ Aynı yönde bkz. **Penso**, s. 80; **Daragenli**, Tehlike Suçları, s. 36.

¹¹¹⁵ **Patalano**, s. 28.

neticenin gerçekleştirilmesine yöneliktir ama neticenin gerçekleşmiş olması hali de ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 310 hükmünde “*Cumhurbaşkanına suikastte bulunan kişi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiile teşebbüs edilmesi halinde de suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*” denilerek suikastin neticelenmiş halinin suç olduğu, ancak bu fiile teşebbüs edilmesi halinin de tamamlanmış fiille aynı cezayla karşılanacağı düzenlenmiştir. Kalkışma suçlarında neticenin gerçekleşmesi ayrıca cezalandırılmadığı gibi, neticenin gerçekleşmesi halinde mevcut hukuk düzeni ortadan kalkacağı için cezalandırmak mümkün olmayacaktır.¹¹¹⁶

Ancak kalkışma suçlarına örnek olarak gösterilen anayasayı ihlal (TCK m. 309)¹¹¹⁷ suçu incelendiğinde hükümde yer alan “teşebbüs etmek” ifadesini, bu suçun teşebbüs halinde kalmış şeklinin de tamamlanmış hali için öngörülen ceza ile cezalandırmak şeklinde anlamlandırmak gerekmektedir. Zira teşebbüs, icra hareketlerine başlanan suç fiilinin tamamlanamamış olmasını ifade eder. Dolayısıyla suça teşebbüsün söz konusu olması için, ilgili suçun maddi unsurunun teşebbüsü oluşturan davranışların ötesinde bazı davranışları veya neticeyi içermesi gerekmektedir. Salt teşebbüs halinde kalan davranışın cezalandırılmasının sebebi onun kanunun yasakladığı belirli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu anlamına gelir. Bir başka deyişle neticenin meydana

¹¹¹⁶ **Aygün Eşitli**, s. 21, 22; 765 sayılı TCK m. 125, m. 146 ve m. 156 bakımından da benzer değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin failin 765 sayılı TCK m. 146 hükmünde düzenlenen suç işlemesi ve failin hedefi olan anayasayı cebren ihlal gerçekleştiği zaman yeni bir hukuk düzeni kurulacaktır. Bu nedenle failin zorla anayasa ihlali artık suç teşkil etmeyecektir. Bu nedenle 146. madde hükmünde tamamlanmış olan teşebbüs suçudur. Bu konuda bkz. **Doğan Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yay., Ankara 1994, s. 196, 197.

¹¹¹⁷ **TCK m. 309/1**: “*Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.*”

gelme tehlikesi cezalandırılmaktadır. TCK m. 309 hükmünde düzenlenen fiilin meydana gelmesi için de failin davranışlarının kanunda sayılan neticeleri (“...*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye...*”) gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir.¹¹¹⁸

Kanun TCK m. 309 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsü dahi tam ceza ile cezalandırırken teşebbüsü nihai netice olarak görmemektedir. Esasında kanun teşebbüsten söz ederken suçun tamamlanmış halinin de olabileceğini ve elbette tamamlanmış hali için teşebbüsten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu suça teşebbüsün meydana getirdiği tehlikeyi nazara alarak sadece ceza müeyyidesinin uygulanması bakımından suça teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında bir paralellik kurmuştur. Ancak teşebbüsü fiilin kendisi olarak kabul etmek imkânı bulunmamaktadır. Zira salt teşebbüsü hukuki netice olarak nitelendirmek askıda bir kavram kabul etmek anlamına gelir.¹¹¹⁹ Fiilin tamamlanması ve suç tipinde belirtilen neticelerin gerçekleşmesi halinde artık fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığı ve bu sebeple suçtan ve suçun neticesinden bahsedilemeyeceği zira mevcut hukuk düzeninin ortadan kalktığı şeklindeki görüşlere de katılmak mümkün görünmemektedir. Zira suçun tamamlanması ile takip edilemezliği ve cezalandırılmazlığı farklı kurumlardır. Anayasal düzeni ortadan kaldıran bir kuvveti başka bir kuvvet ortadan kaldıracak olursa, ilk kuvvetin tamamlanmış anayasal düzeni ortadan kaldırma fiilinin takip edilebilir nitelikte

¹¹¹⁸ **Toroslu**, s. 341, 342.

¹¹¹⁹ Bkz. **Çetin Özek**, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 120, 121.

olacağına şüphe yoktur. Anayasal düzenin eski hale getirilmesi halinde önceki “ortadan kaldırma” fiilinin tamamlanmış olduğu söylenebilir.¹¹²⁰

Bu nedenlerle kalkışma suçlarının ayırt edici özelliğinin davranışın yöneldiği netice meydana geldiğinde cezalandırmanın “fiilen” ve “hukuken” imkânsız olması olduğunu belirten görüşe iştirak etmiyoruz. Dolayısıyla tamamlanması öne alınan suçla kalkışma suçları arasında bir fark olduğunu düşünmüyoruz. “Teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandıran” norm kavramına da dikkatle yaklaşmak gerekir. Örneğin TCK m. 310/1 hükmünde düzenlenen cumhurbaşkanına suikast suçu aslında bir zarar suçudur.¹¹²¹ Maddenin teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağını belirten ikinci cümlesi ayrı ve bağımsız bir suç olarak düşünülmemelidir. Kanun koyucu sadece teşebbüsün dahi meydana getireceği tehlikenin ağırlığı sebebiyle teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı uygun görmüştür.

Kalkışma suçlarını, dar anlamda tehlike suçlarından ayıran hususun failin davranışını zarar kastıyla gerçekleştirmesi olduğunu belirttik. Öğretideki bir görüşe göre, kalkışma suçlarının tamamı tehlike suçu olduğu gibi, aynı zamanda hepsi soyut tehlike suçudur zira bu suçlar her zaman örtülü bir tehlikeyi bünyelerinde barındırırlar.¹¹²² Buna karşılık bir başka görüş TCK m. 309 hükmünde düzenlenen suçun bir somut tehlike suçu olduğunu belirtmektedir. Teşebbüs edilen fiillerin kanunda belirtilen neticelerin gerçekleştirilmesini mümkün kılabilecek yoğunlukta olması gerekmektedir.¹¹²³ Bir başka

¹¹²⁰ **Özek**, Siyasi İktidar Aleyhine, s. 126; **Toroslu**, Özel Kısım, s. 343, 344.

¹¹²¹ Bu konuda bkz. **Zeki Hafizoğulları – Özgür Küçüktaşdemir**, “Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu”, in. s. 571.

¹¹²² **Aygün Eşitli**, s. 92, 93.

¹¹²³ **Özgenç**, Suç Örgütleri, s. 282; Suçun somut tehlike suçu olduğu hususunda ayrıca bkz. **Kenan Evren Yaşar**, “Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu”, CHKD., C. 2, S. 1-2, Y. 2014, s. 214 – 218.

deyişle, suçun işlenmiş sayılabilmesi için davranışın, meydana gelmesinden korkulan ve dolayısıyla cezalandırmak için gerçekleşmesi beklenmeyen neticeleri ortaya çıkartmaya elverişli olması zorunludur.¹¹²⁴ Öte yandan öğretide kalkışma suçlarının zarar suçu şeklinde düzenlenebileceği gibi tehlike suçu şeklinde de düzenlenebileceğini belirten görüşler bulunmaktadır.¹¹²⁵

Bize göre öncelikle kalkışma suçlarında kanunda gösterilen neticelere yönelik elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasıyla birlikte suçun tamamlandığını söylemek hatalı olacaktır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, söz konusu neticelerin gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim kanunilik ilkesi gereği neticenin meydana gelmesi yasaklanmamışsa o neticeye teşebbüs edilmesinin yasaklanması da düşünülemez. Kanun koyucu, bu suçlarla korunan hukuki varlıkları daha etkili bir şekilde korumak, ceza normunun genel önleyici etkisini artırmak için suça teşebbüs halinde cezadan indirim yapılacağına ilişkin genel kuraldan (TCK m. 35, İCK m. 56) ayrılmış ve suça teşebbüsün cezasını tamamlanmış suçla eş tutmuştur.

Böylece kalkışma suçlarında failin sorumluluğunun maddi anlamda öne alınmadığı sadece hareketlerin teşebbüs evresine ulaşmasıyla birlikte ortaya çıkan cezai sorumluluğun bir sonraki aşama olan tamamlanma ile eşitlendiği söylenebilir. Bu anlamda kalkışma suçlarının geniş anlamda teşebbüsün cezalandırılabilirliği bağlamında ele alınabileceği görüşü yerindedir.¹¹²⁶

TCK m. 309 özelinde incelediğimizde, kalkışılan neticelerin suçla korunan hukuki varlığa zarar veren neticeler olduğunu görebiliriz. Suça teşebbüs hali kendiliğinden bir tehlike suçu olarak nitelendirilemeyeceği için, bir zarar suçuna teşebbüs edilmesi halinin

¹¹²⁴ **Katoğlu**, “*Biçim ve İçerik*”, s. 143, 144.

¹¹²⁵ **Daragenli**, *Tehlike Suçları*, s. 37.

¹¹²⁶ **Yetkin**, *Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, s. 122.

tehlike suçunu teşkil ettiği söylenemez. Anayasayı ihlal suçu, neticelere yönelik elverişli hareketlerin tamamlanmasıyla oluşur; ancak bu aşamada tamamlanmaz. Zira tamamlanma anı neticenin gerçekleştiği andır. Bu suç tipi bakımından zararın ortaya çıkması mümkün olduğundan ve aslında failin kastı da bu zarar neticelerine yönelik olduğundan bu suçu, tamamlanması için korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmasının yeterli olduğu tehlike suçları arasında değerlendirmek doğru değildir. Suçun kalkışma suçu niteliğinde olması, zarar suçu olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.¹¹²⁷ Aynı sonuca TCK m. 312 hükmünde düzenlenen hükümete karşı suç bakımından da ulaşılabilir.¹¹²⁸

Kalkışma suçu olarak değerlendirilebilecek bir diğer düzenleme de TCK m. 277 hükmünde düzenlenen “yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” suçudur. İlgili düzenlemeye göre, “*Görülmekte olan bir davada (...) gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, (...) sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.*”. Ne bu düzenlemede ne de başka bir düzenlemede yargı görevi yapanın, bilirkişi veya tanığın hukuka aykırı bir şekilde etkilenmiş olması haline ilişkin münhasır bir düzenleme öngörülmemiştir. Öyleyse sayılan bu kişilerin tipik fiil neticesinde etkilenmeleri halinde yine TCK m. 277/1

¹¹²⁷ Nevzat Kaan Karcıhoğlu, Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 146, 147.

¹¹²⁸ Erdi Yetkin, Türk Ceza Kanunu’nda Hükümete Karşı Suç, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 120.

hükümünün uygulanacağı söylenebilir. Bu anlamda kalkışma suçu ile önlemeye çalıştığı neticeler aynı ceza yaptırımını ile karşılanmaktadır.¹¹²⁹

Madde hükmünde sayılan kişilerin hukuka aykırı bir şekilde etkilenmesinin, suçla korunan hukuki varlığa etkisi üzerinden bu suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu belirlenmelidir. Zira salt suça teşebbüsün meydana gelmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir. TCK m. 277 hükmüyle de kanun koyucu suçun tamamlanmasını öne almamış sadece suça teşebbüsün tamamlanmış haliyle aynı şekilde cezalandırılacağını düzenlemiştir. Bu suçla korunan hukuki varlığın ne olduğu konusunda bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre bu suçla korunan hukuki varlık, “mahkemelerin tarafsızlığı, görev yaparken etki altında bırakılmaması, dolayısıyla yargılamaların adil olmasıdır”¹¹³⁰. Bir diğer görüşe göre, hukuk ve ceza yargılamalarının adil bir biçimde yapılması suretiyle adalete olan güvenin devamını sağlamaktır. Bu anlamda adliyenin saygınlığı ve güvenilirliği korunmaktadır.¹¹³¹ Bir başka görüşe göreyse bu suçla bireyin adil yargılanma hakkı korunmaktadır.¹¹³² Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin kanunda sayılan kişilerin hukuka aykırı bir şekilde etkilenmesinin suçla korunan hukuki varlığa zarar verdiği söylenemeyecektir. Örneğin tanığın etkilenmesi ve gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması halinde, mahkemenin bu tanığın beyanlarına değil başka delillere

¹¹²⁹ **Yener Ünver**, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), B. 7, Seçkin Yay., Ankara 2023, s. 355.

¹¹³⁰ **Nur Centel**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu”, in. Uğur Alacakaptan’a Armağan (Derleyen: **Mehmet Murat İnceoğlu**), C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2008, s. 143.

¹¹³¹ **Necati Meran**, AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 347.

¹¹³² **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 343.

dayanarak maddi gerçeğe ulaşma ve hükmünü verme ihtimali bulunmaktadır. Kanun, maddede sayılan kişilerin etkilenmesi sonucunda mahkemenin kararlarının etkilenmesi gibi bir sonuç aramamıştır. Ancak, gerçeğe aykırı tanıklık sebebiyle mahkemenin kararının etkilenme ihtimali ortaya çıkmaktadır. İşte bu ihtimal bize göre somut tehlikeyi ifade etmektedir.¹¹³³ Bu anlamda TCK m. 277 hükmünde düzenlenen suçun tamamlanması bir somut tehlike suçunu ifade etmektedir; maddede sayılan kişileri hukuka aykırı bir şekilde etkilemeye teşebbüs hali de somut tehlike suçuna teşebbüsü ifade etmektedir. Teşebbüsle birlikte suç tamamlanmadığı için suça teşebbüs hali soyut tehlike suçu olarak nitelendirilemeyecektir.¹¹³⁴ Failin bu suçun meydana gelmesi için “yargıyı etkilemek amacıyla” hareket etmesi gerektiği¹¹³⁵ göz önüne alındığında bu suçun zarar kastıyla işlenen bir tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.

Öğretide çok istisnai de olsa kalkışma suçlarına teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmektedir.¹¹³⁶ Bunun sebebi kalkışmada tehlike durumu, hukuk bakımından *tüketilen netice* olarak yapılandırılmış sabit bir noktayı teşkil eder. Böylece hareketin elverişliliği ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde neticeye yönelik olmasıyla (It.

¹¹³³ Farklı gerekçelerle suçun somut tehlike suçu olduğu hakkında ayrıca bkz. **Dilek Ekmekçi**, Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 199 vd.

¹¹³⁴ Krş. **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 355: Yazara göre bu suçta bir zarar ya da tehlike neticesinden ziyade bir somut zarar tehlikesine kalkışma cezalandırılmaktadır. Madde metninde örnek olarak belirtilen davranışların ya da buna benzer davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle yargı görevinin yapılmasının etkilenmesine yönelik girişim tipik fiilin varlığını kabul için yeterlidir. Bu anlamda suç bir soyut tehlike suçudur.; Suçun soyut tehlike suçu olduğu hakkında ayrıca krş. **Burak Melemez**, Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2020, s. 211.

¹¹³⁵ **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 351.

¹¹³⁶ Örneğin Ünver TCK m. 277 hükmünde düzenlenen suçun bir kalkışma suçu olduğunu ve teşebbüsün de mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Ünver**, Adliye Karşı Suçlar, s. 355.

“*attraverso l'idoneità e l'univocità dell'azione*”) tanımlanan neticenin meydana gelme olasılığı tespit edilebilir. İşte bu da kalkışmaya teşebbüsü oluşturur. Teşebbüs suçun meydana gelme olasılığı olduğu için suçun bir tehlikeden meydana geldiği ve suça sebep olan fiilin yapısının neticenin meydana gelme olasılığının açık bir şekilde yapılandırılmasına izin verdiği hallerde kalkışma suçlarında da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğine şüphe yoktur.¹¹³⁷

Bu görüşün yerinde olmadığını ifade etmemiz gerekir. Öncelikle suça teşebbüs sonucu ortaya çıkan durumun *tüketilen netice*; kanunda belirtilen neticelerinse, *tanımlanan netice* olarak isimlendirilmesi, suça teşebbüs halini askıda bir ara netice olarak görmek anlamına gelir ki bu kabul edilemez. Zira teşebbüsün cezalandırılma sebebi, ceza normunda belirtilen neticenin meydana gelme ihtimalinden kaynaklı tehlikedir. Bu tehlike sebebiyle tamamlanmamış fiil cezalandırılır; ancak bu teşebbüs halindeki bir durumun netice olduğu anlamına gelmez.¹¹³⁸ Kalkışma suçları, elverişli hareketlerle icrasına başlanmasıyla birlikte tamamlanmış gibi cezalandırılan suçlardır. Bu anlamda teşebbüse hâkim olan ilkeler (TCK m. 35, İCK m. 56) bu suçlar bakımından da uygulanacak ve hangi davranışların icra hareketi olduğu ve hangi davranışların elverişli olduğuna ilişkin değerlendirmeler bu temel ilkeler kapsamında yapılacaktır. Dolayısıyla teşebbüse hâkim olan ilkeler çerçevesinde icra başlangıcı tespit edildikten sonra tekrar teşebbüs hükümlerinin uygulanma imkânı yoktur. Aksi halde teşebbüse teşebbüs cezalandırılmış olur¹¹³⁹ ve ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı bir şekilde hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yoluna gidilir ki böylece cezalandırılabilirlik alanı da

¹¹³⁷ **Penso**, s. 82.

¹¹³⁸ **Özek**, Siyasi İktidar Aleyhine, s. 121.

¹¹³⁹ **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, s. 195.

ölçüsüzce genişler. Bu sebeplerle kalkışma suçlarına, suça teşebbüse teşebbüsün kabul edilebilir olmadığını düşünüyoruz.¹¹⁴⁰

2. CEZALANDIRILAN HAZIRLIK HAREKETLERİ (HAZIRLIK SUÇLARI)

Cezalandırılabilirliği ön alana taşımayı sağlayan araçlardan birisi de suça teşebbüs hükümleridir.¹¹⁴¹ Zira teşebbüse ilişkin hükümler cezai sorumluluğu genişletici etkiye sahiplerdir. TCK m. 35/1 hükmüne göre *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*. Tipik fiilin tamamlanamaması iki şekilde kendisini gösterebilir. Fail ya suçu işlemeye yönelik faaliyetleri sonuna kadar götürmemiştir ya da bu faaliyetleri sonuna kadar götürmüş olmasına karşılık, suçun meydana gelmesi için gerekli olan netice gerçekleşmemiştir.¹¹⁴²

Tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suçun sınırını ayırmak kolaydır, nitekim suç tamamlanmadığı sürece teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ancak cezalandırılabilir teşebbüsün ne zaman ortaya çıktığını belirlemek, bir başka deyişle, teşebbüsü ceza hukukunu ilgilendirmeyen davranışlardan ayırmak epey güç bir meseledir. Ceza kanunlarının büyük çoğunluğunun cezalandırılabilirliğin başlangıcı olarak belirlediği “icra başlangıcı”ndan önceki davranışlar, hazırlık hareketleri olarak adlandırılmaktadır. Bu hareketler son derece belirsizdir ve suç işleme kararını net bir şekilde ortaya koyamazlar. Öte yandan bu aşamada failin suç işleme kararından dönme ihtimali son derece yüksektir; dolayısıyla bu aşamada basit şüphelere dayanılarak

¹¹⁴⁰ **Karcıhoğlu**, s. 280 – 282; **Katoğlu**, “*Biçim ve İçerik*”, s. 143.

¹¹⁴¹ **Kazaker Bozkurt**, s 257 vd.

¹¹⁴² **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 295 – 299.

cezalandırma yoluna gidilmesi, kişi hak ve özgürlüklerinin ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır; bu itibarla hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz.¹¹⁴³

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasının temel sebebi, bu davranışların korunan hukuki varlık bakımından bir tehlike içermemesi yahut meydana gelen tehlikenin cezaya layık görülmemesidir. Bir başka deyişle icra hareketleri başlayıp da suç teşebbüs aşamasına geçmediği sürece korunan hukuki varlığın ihlalinden söz edilemeyecektir. Ayrıca failin hazırlık hareketlerini gerçekleştirirken suç işleme iradesine sahip olup olmadığının tespiti çok zor olduğu ve bu davranışların suç kastı içerip içermedikleri belirsiz olduğu için hazırlık hareketlerinin cezalandırılmadığı belirtilmektedir. Esasında bu hareketleri cezalandırmaması hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Bireyin temel hak ve özgürlükleri ile hukuki güvenliğini korumak ve ceza hukukuna hakim olan ultima ratio ilkesine işlerlik kazandırmak adına hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması gerekmektedir.¹¹⁴⁴

Ancak suç ve ceza siyaseti gereği hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı kimi hallere rastlanmaktadır. Özellikle bazı hukuki varlıkları daha etkili korumak adına kanun koyucu tehlikeli olarak nitelendirdiği hazırlık hareketlerini özel bir suç tipi şeklinde düzenleyerek cezalandırılabilirlik sahasına dahil etmekte yahut belirli bir suç tipine dair hazırlık hareketlerinin de cezalandırılacağını ayrıca belirterek hazırlık hareketlerini tipik fiil kapsamına almaktadır.¹¹⁴⁵ Her ne kadar hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması

¹¹⁴³ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 300, 301; Ayrıca bkz. **Derya Tekin**, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, THD., C. 13, S. 146, Kasım 2018, s. 49; **Zafer İçer**, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yay., İstanbul 2021, s. 37; **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 213.

¹¹⁴⁴ **İçer**, s. 47 – 49.

¹¹⁴⁵ **İçer**, s. 38.

kural olsa da bu kuralın istisnalarının hızla arttığı gözlemlenmektedir. Dolayısıyla hazırlık hareketlerine önem atfeden kanuni düzenlemeler bir bütün olarak nazara alındığında, hazırlık hareketlerinin cezasızlığı ilkesinden sapıldığı anlaşılmaktadır.¹¹⁴⁶

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılma sebeplerini, bu çalışmanın ikinci bölümünün başında da açıklanan “ceza hukukunun müdahale alanının tehlike suçları aracılığıyla genişletilmesi eğilimleri” içerisinde bulmak mümkündür. Gerçekten de teknolojinin gelişmesi, riskli faaliyetlerin artması, terör faaliyetlerinin dünya çapında yaygınlaşması, bilişim alanındaki gelişmelerle birlikte son derece zararlı sonuçlar ortaya çıkaran ve takibi de bir o kadar zor olan davranışların siber alemde yaygınlaşması gibi etkenler devletleri ön alanı kriminalize etmeye yönlendirmiştir. Bu anlamda bazı hukuki varlıkların taşıdığı önem sebebiyle daha etkili bir korunmaya layık görülen hukuki varlıklara yönelik ihlallerin cezalandırılabilirliği öne alınabilmektedir. Öte yandan, failin icra hareketlerine başlamasıyla dahi ortaya çıkartacağı tehlikeliliğin istenmediği hallerde harekete mümkün olduğunca erken müdahale edilmesi, hukuki varlığın korunması bakımından zorunluluk arz etmektedir. Nitekim terör saldırısına hazırlanmanın başlı başına cezalandırıldığı haller buna örnektir. Ayrıca kimi hazırlık hareketlerinin mahiyeti itibarıyla tehlikelilik arz ettiği için cezalandırılabileceğinden bahsedilmiştir. Bunlar bazı suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliğinde ya da amaç suçlar bakımından araç suç niteliğinde olmakla birlikte icraları kamu düzeni bakımından bir tehlikelilik arz etmektedir. TCK m. 220 hükmünde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu buna örnek olarak verilebilir.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁶ Yetkin, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 214.

¹¹⁴⁷ Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının sebepleri üzerine sunulmuş bu görüşlerle ilgili ayrıca bkz. İçer, s. 51 – 54.

Günümüzde hakim olan önleyici ceza hukuku yaklaşımı, gelecekteki muhtemel ağır bir suçun ön alanında yer alan davranışları, asıl suça engel olmak amacıyla kriminalize etmektedir. Bu anlamda önleyici ceza hukukunun yaklaşımı, klasik ceza hukukundaki “cezanın önleyiciliği”nden farklı bir şeyi ifade etmektedir. Zira ceza salt korkutucu etki sağlamak veya normun geçerliliğini sağlamak adına değil, potansiyel failin gelecekte meydana getireceği suç planını ön alanda engelleme amacını yerine getirmek için vardır ve önleyici ceza hukuku, cezanın klasik amaçlarının yanı sıra, gelecekteki bir fiili engellemeye yönelik bir amaca da sahiptir. Bu anlamda hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıyla gelecekteki asıl suç, mümkün olan en erken aşamada ceza hukuku aracılığıyla önlenmeye çalışılmaktadır.¹¹⁴⁸

Bu yaklaşımda cezalandırılan davranışın değersizliğine ilişkin değerlendirme yerine, etkililik değerlendirmesi gerçekleştirilir. Dolayısıyla davranışın sosyal zararlılığına ilişkin değerlendirme yapılmaz. Bu sebeple de davranışın korunan hukuki varlığı ihlal ediciliği de bir gereklilik olmaktan çıkmaktadır. Buna göre davranış, asıl suçun önlemede etkiliyse cezalandırma için yeterlidir. Bu anlamda hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında davranışın yapısı değil, cezalandırılmasının ağır suçları önlemek hususundaki etkililiği belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla meydana gelen suçu sonradan cezalandırma anlayışı, yerini suçları önlemek amacıyla ceza normu yaratmaya terk etmiştir.¹¹⁴⁹ Bunun en açık örneklerinden birisini Alman Ceza Kanunu m. 89a hükmünde yer alan “devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçuna hazırlık yapma” ile m. 89b hükmünde yer alan “devlet güvenliğini ağır bir tehlikeye düşürecek cebir ve şiddet suçunu işlemek için bağlantı/ilişki kurma” suçları teşkil etmektedir. Alman

¹¹⁴⁸ **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 366, 367; Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında amacın fiilin tehlikeliliği olduğu ve fiil neticeye ulaşmadan neticenin engellenmesinin hedeflendiği hakkında ayrıca bkz. **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, s. 175.

¹¹⁴⁹ **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 368.

Ceza Kanunu m. 89a kapsamında “*patlayıcı madde yapımı konusunda eğitim vermek, eğitim almak, bunların üretimini sağlamak, depolamak veya bu kapsamda eğitim almak için yurt dışına gitmeye teşebbüs etmek*” gibi fiillerin cezalandırılabilceği belirtilmektedir. Ancak bu suçlarla ilgili asıl tartışma, zaten bir hazırlık suçu olan örgüt suçlarındaki ceza sorumluluğunun daha da erkene çekilip çekilemeyeceğidir. Zira hazırlık hareketlerine hazırlığı cezalandıran bu normların ceza hukukunun temel ilkeleri ile hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkeleriyle uyumlu olduğu konusunda haklı şüpheler bulunmaktadır. “Yurt dışına çıkmaya teşebbüs etmek” gibi cezalandırılabilirlik alanının üç derece geriye çekildiği bir fiilin korunan hukuki varlık bakımından bir zarar ya da tehlike yarattığını söylemek mümkün değildir. Bu anlamda, bu fiilden dolayı cezalandırma, fiil ceza hukuku ve kusur ilkesini kabul eden hukuk devletiyle uyum içerisinde değildir. Zira burada salt “suç işleme düşüncesi” cezalandırılmaktadır.¹¹⁵⁰

18. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin I. bölümünün Hazırlık Kolokyumunda da vurgulandığı üzere, terörizm ile örgütlü suç ve bunların sınır ötesi versiyonlarıyla, zararlı etkileri olan sanal suçlar ile kadın, çocuk, göçmen, organ, silah, uyuşturucu gibi ağır suçlarla mücadele hususundan doğan meşru durum, istisnai hükümlerin kapsamlı bir uygulaması için mazeret olarak kullanılmamalıdır. Bu nedenle, ceza hukukunun temel ilkeleri olan kanunilik, bireysel ceza sorumluluğu, cezanın orantılılığı ve ultima ratio ilkesi ile insan hakları ve temel hürriyetlerin nazara alınması

¹¹⁵⁰ **Fatih Yurtlu**, “*Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Öncelikli Suçları-BGH Kararları Işığında Almanya Örneği*”, SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s. 2185 – 2188; **Stefanie Bock – Findlay Stark**, “*Preparatory Offences*”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 64/2018, (October 1, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3276568>, s. 26.

suretiyle ceza hukukunun evriminde her türlü otoriter eğilimden kaçınmak gerekmektedir.¹¹⁵¹

Bu Kongre’de hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına özellikle çok ağır suçlarda ve sadece açık ve yakın tehlike halinde başvurmak gerekliliğinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla belirli şartlar mevcut değilse, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması meşru görülemeyecektir. Buna göre, diğer bireylerin hayatına, vücut bütünlüğüne ya da hürriyetine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi, kanunun hangi hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağına ilişkin çok genel ifadelere başvurmaktan ve salt suç işleme kastının cezalandırılmasından imtina ederek, açık bir şekilde objektif ve somut davranışları tanımlamış olması, suç haline getirilen hazırlık hareketlerinin asıl suçla sıkı bir bağlantı içerisinde olması ve korunan hukuki varlıklar bakımından somut ve yakın bir tehlike arz eden bu bağlantının objektif olarak belirlenmesi, failin somut ve belirli bir suçu işlemek üzere doğrudan kast ile hareket etmesi aranmalıdır. Ceza ise orantılılık ilkesi gereği asıl suç için öngörülenden daha hafif ve teşebbüs ile orantılı olarak belirlenmelidir. Hazırlık hareketleri sonucunda işlenmesi hedeflenen suçun meydana gelmesi halinde asıl suç için öngörülen cezanın hazırlık hareketleri için öngörülen cezayı içermesi gerekmektedir.¹¹⁵²

Cezalandırılabilirliğin hazırlık hareketleri aşamasına kadar geri çekilmesi, çok istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntemdir ve bu aşamada ceza hukuku ile kolluk

¹¹⁵¹ XVIII. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (20 – 27 Eylül 2009, İstanbul), “*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler*” (Çev. **Elif Yarsuvat**), Suç ve Ceza, S. 1, Y. 2010, s. 15, 16.

¹¹⁵² **Yarsuvat**, “*Hazırlık Hareketleri*”, s. 16, 17; Özek de hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının çok istisnai bir cezalandırma yöntemi olduğunu belirttikten sonra, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının meşru kabul edilebilmesi için burada sayılanlarla benzer kriterler aramaktadır. Bkz. **Özek**, Devlete Karşı Suçlar, s. 176, 177; Ayrıca bkz. **Bock – Stark**, s. 32, 33.

hukuku (tehlikeleri önleme hukuku) arasındaki ayrım belirsizleşmeye başlar. Ceza hukukunun kurucu niteliklerinin ve temel güvencelerinin her türlü ceza hukuku müdahalesinde güvence altına alınması suretiyle hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliği meşruiyet temellerini bulabilir. Bu anlamda gelecekte işlenecek suçların önlenmesi, ancak geçmişte gerçekleşen ve kusur ilkesine uygun bir şekilde faile isnat edilebilen bir haksızlığa yönelik uygun bir müdahaledir. Genele yönelik güvenlik tehditlerinin önlenmesi hedefi, önleyici ceza hukukunun uygulamasında “sınırların aşılması tehlikesini” barındırmaktadır. “Düşünce aşamasında kalan suçlara” müdahale edilmemesine yönelik gereklilik, ceza hukukunun kategorik bir sınırını şart koşar. Bu kategorik sınır da ceza hukuku müdahalesinin kusurlu işlenen hukuka aykırı fiille sınırlı olmasıdır.¹¹⁵³ Bu anlamda hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için, hareketin bizzat kendisinin cezaya layık bir şekilde tasvir edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle hareketin bizzat kendisi, ceza hukuku bakımından bir değersizlik meydana getirdiği sürece, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasına ilişkin kuralın dışına çıkılması meşru görülebilir.¹¹⁵⁴ Ceza hukuku değersizliğinden anlaşılması gerekense, korunan hukuki varlığın zarara uğratılması ya da tehlikeye atılmasıdır.¹¹⁵⁵ Bir başka deyişle davranış korunan hukuki varlığı zarara uğratmak ya da tehlikeye atmak şeklinde ihlal etmelidir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının anayasal ilkelerle uyumlu ve bu anlamda orantılı kabul edilebilmesi için davranışın korunan hukuki varlığa zarar verme

¹¹⁵³ **Ulrich Sieber**, “*Terör Şiddetinin Ön Alanında Tehlike Suçlarının Meşruiyeti ve Sınırları*” (Çev. **Erdem İzzet Külçür**), in. Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku (Yazarın Seçilmiş Makaleleri) (Ed. **Feridun Yenisey – Salih Oktar – Zehra Başer Doğan**), Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 434, 435.

¹¹⁵⁴ **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 391.

¹¹⁵⁵ **Sieber**, “*Tehlike Suçlarının Meşruiyeti ve Sınırları*”, s. 437.

potansiyelini barındırması gerekmektedir. Dolayısıyla zararlı neticelerin önlenmesi bakımından bir zorunluluğun bulunduğu hallerde hazırlık davranışıyla meydana getirilen tehlikenin suç kapsamına alınması meşru görülmektedir.¹¹⁵⁶ Aşırı sayıda davranışı suç haline getirme (overcriminalization) riskini minimuma indirmek adına, ceza sorumluluğunun ön alana taşınması ancak tamamlanmış suçun meydana gelme riskine ilişkin kabul edilemez bir risk yaratması halinde meşru görülebilir. Bu sadece tehdit edilen menfaatin değeriyle ilgili değildir; aynı zamanda suç haline getirmenin gerekli olması için, menfaatin tehlikeye girme riskinin ne kadar önemli olması gerektiğiyle de ilgili bir meseledir.¹¹⁵⁷ Failin başladığı prosedürün tamamlanması çok büyük bir stratejik öneme sahip olabilir ve böylece fail henüz suçu işleme aşamasına ulaşmasa da failin neticeye ulaşma ihtimalini önemli ölçüde yükseltebilir. Bu durum da suç haline getirmenin meşruiyet temelini oluşturur. Dahası, cüretkâr bazı taktikler kullanarak fail, ileride hukuka aykırı hedefine ulaşmaktan vazgeçeceğine ilişkin uzak ihtimali ortaya çıkartan psikolojik bir bariyeri aşar.¹¹⁵⁸

Elbette bir suçun anayasaya uygunluğunu belirlemede ihlal ilkesi tek başına yeterli değildir. Zira ceza hukuku müdahalesinin korunan hukuki menfaatin hemen zarar görme ihtimaline mi yoksa zararın zaman içerisinde daha uzak bir tarihte gerçekleşmesi olasılığına mı dayanması gerektiği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle cezalandırılabilirlik alanının cezalandırılabilir teşebbüsten daha ön bir alana alınmasını sağlayan suç tiplerinin anayasal parametreler temelinde (örn. orantılılık, kanunilik, gereklilik, elverişlilik vb.) tek tek analiz edilmesi yöntemi tercih edilmektedir.

¹¹⁵⁶ **Osman Gazi Ünal**, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, AHBVÜ-HFD., C. XXVI, S. 2, Y. 2022, s. 595.

¹¹⁵⁷ **Bock – Stark**, s. 14

¹¹⁵⁸ **Daniel Ohana**, “Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission of a Crime”, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, vol. 20, no. 1, Y. 2007, s. 134.

Dolayısıyla hazırlık suçlarının tamamının anayasaya aykırı olduğunu önceden söylememek gerekir. Ne var ki bu suçlar, korunan hukuki varlıktan uzaklıkları sebebiyle zarara sebep olma ihtimalleri çok düşük olan ve bu nedenle cezaya başvurma kuralı olarak orantısız olduğu davranışları suç saydıkları için, anayasaya aykırılık şüphesi altındalardır. Belirli bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasının anayasaya aykırılığına ilişkin emareler, orantılılık parametresinin ölçeğinde meşruiyeti ve hukuki varlığın korunma sebeplerinin cezalandırmayla sınırlandırılan özgürlüğün korunmasından üstün olduğu gösterilebildiğinde aşılabılır.¹¹⁵⁹

Cezalandırılan hazırlık hareketlerinde, korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmasının kaynağı, fail tarafından meydana getirilen dış dünyadaki objektif tehlikeden ziyade failin sübjektif niyeti, planı veya diğer düşünceleri olmaktadır. Ancak failin özel alanında kalan salt “kötü düşüncelerin” cezalandırılmaması bakımından planlarının objektif bir davranışla dış dünyaya yansması zorunlu olmaktadır. Bu anlamda cezalandırılan hazırlık hareketlerinde failin kastı, dar anlamda tehlike suçlarından farklı olarak gerçekleştirilen davranışın ötesine geçmektedir.¹¹⁶⁰

Cezalandırılan hazırlık hareketleri, tehlike suçlarında olduğu gibi, hukuki varlığa ilişkin korumanın ön alana alındığı hallerden birisini teşkil eder. Ancak hazırlık suçlarının, tehlike suçlarından farklılık arz eden kendine özgü özellikleri barındıran bir suç kategorisi olduğu; hazırlık suçlarının bir kısmı için somut tehlike suçu nitelendirilmesi yapıldığı; ancak öğretide ağırlıklı görüşün bu suçları soyut tehlike suçu olarak gördüğü belirtilmektedir.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁹ **Viganò**, s. 180, 181.

¹¹⁶⁰ **Sieber**, “*Tehlike Suçlarının Meşruiyeti ve Sınırları*”, s. 442.

¹¹⁶¹ Bkz. **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 237 dn. 136, 137.

Hazırlık suçlarını soyut tehlike suçları arasında değerlendiren görüş, sanıyoruz ki cezalandırılan hareketin korunan hukuki varlığa verebileceği zarardan uzaklığını göz önüne alarak bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Ancak hazırlık suçlarını, soyut tehlike suçlarının koruduğu alandan daha ön bir alanı koruyan, dolayısıyla evleviyetle soyut tehlike suçu görünümünde olan suçlar olarak tasavvur etmek hatalıdır.

Soyut tehlike suçları, tipik davranışın korunan hukuki varlığı ihlale elverişli bir şekilde gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanan suçlardır. Somut tehlike suçlarından farklı olarak, soyut tehlike suçlarında hâkim tarafından araştırılması gereken bir somut tehlike bulunmamaktadır. Tehlike suçlarında failin kastının, tehlikenin bir sonraki aşaması olan zararın meydana gelmesini kapsamına almasına gerek yoktur. Bu anlamda failin kastının, davranışın ötesine geçmesine gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan hazırlık suçlarında gelecekteki bir hukuki varlık zararı hedeflenmelidir. Hazırlık suçu tehlikelilik özelliğini, hukuki varlığın ihlaline yönelen zararlı davranışın gerekli bir adımı olmasından almaktadır. Bu anlamda hazırlık, hazırladığı suçun meydana gelmesi yakın olmadığı sürece bir tehlike arz etmemektedir. Hazırlık suçları, salt cezalandırmanın konusunu oluşturan davranışı değil, ayrıca gelecekteki olası bir tehlikenin meydana getirilmesini de ifade ederler.¹¹⁶² Bu anlamda hazırlık suçlarındaki tipik davranışlar yahut bunların yargı kararlarıyla ortaya konulan ayrıntıları, yüksek önemli hukuki varlıklar üstünde kısmen de olsa ciddi bir tehlike içeriğini bünyelerinde taşırlar. Esasında hazırlık suçlarında da tıpkı suça teşebbüste olduğu gibi, objektif olarak eylem planı kapsamında değerlendirilebilecek önemli ölçüde bir tehlikenin meydana getirilmesi aranmalıdır. Böylece korumanın öne alınmasından

¹¹⁶² **Yetkin**, Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, s. 242.

kaynaklı özgürlüğün kısıtlanması ancak söz konusu tehlikenin tecrübelerle göre daha sonraki bir zamanda önlenemeyeceği durumlarda meşruiyet kazanacaktır.¹¹⁶³

Bu anlamda tehlike suçlarıyla hazırlık suçları arasındaki ilişki genelden özele geçiş ilişkisi (genus ad speciem) üzerinden tanımlanmalıdır. Buna göre hazırlık suçlarını nitelendiren özel unsur – somutlaştırılmış bir ya da daha fazla hukuki varlığa zarar verilmesi için – aynı failin veya üçüncü bir kişinin sonraki davranışlarının gerekliliğidir. Bu anlamda dolaylı tehlike suçları ya da engel suçları olarak nitelemeye bir engel bulunmamaktadır; ancak bu aşamadaki davranışlar bir ya da daha fazla hukuki varlığa kendi başlarına zarar vermeye yeterli değildir; ancak sadece bir sonraki aşamasında aynı failin veya üçüncü bir kişinin hukuki varlığa doğrudan zarar vereceği davranışın koşullarını yaratırlar. Bu anlamda örneğin, yangın çıkartan kişi daha sonraki davranışların katılımı gerekmeksizin, birden fazla kişinin ölümüne sebep olabilecek tehlikeli bir durumu yaratabilir; ancak ruhsatsız silah taşımak failin gelecekte onu başkalarının hayatına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir suç işlemekte kullanması ya da onu aynı amaçlara kullanabilecek üçüncü kişilere devretme riskinden kaçınmak için yasaklanmaktadır.¹¹⁶⁴

Hazırlık suçları çoğunlukla soyut tehlike suçu şeklinde oluşturulmakla birlikte, hazırlık suçlarının failinde gelecekteki bir hukuki varlığa zarar vermeye yönelik irade tespit edilemediği sürece bu suçlar cezasız kalmaktadır halbuki diğer soyut tehlike suçlarının failinde bu şekilde bir kast aranmamaktadır. Dolayısıyla soyut tehlike suçları kümesi, hazırlık suçları kümesini kapsamamaktadır. Hazırlık suçları, somut tehlike ve soyut tehlike suçu şeklinde formüle edilebilmektedir.¹¹⁶⁵ Örneğin pek çok suç

¹¹⁶³ **Sieber**, “*Tehlike Suçlarının Meşruiyeti ve Sınırları*”, s. 446, 448.

¹¹⁶⁴ **Viganò**, s. 174.

¹¹⁶⁵ **Yetkin**, *Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, s. 243.

bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu (TCK m. 220) bir somut tehlike suçudur. Öte yandan TCK m. 245/A hükmünde düzenlenen yasak cihaz veya programlar suçu da hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir soyut tehlike suçuna örnektir.¹¹⁶⁶

VI. TEHLİKE SUÇLARINDA MANEVİ UNSUR

Ceza hukukuna hakim olan “fiilin sübjektifliği ilkesi” bir suçun meydana gelmesi için failin tipe uygun ve zararlı fiili gerçekleştirmesinin ötesinde, bu fiilin psikolojik açıdan da faile bağlanabilmesi gerekliliğini ifade eder. Bir başka deyişle, suç teşkil eden fiil ile fail arasında salt nedensel bir bağ değil, ayrıca psişik bir bağ da aranmalıdır. Bu da kusurlu sorumluluk ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Kusurlu sorumluluk anlayışında kişi, sadece kasten ya da taksirle sebep olması nedeniyle psişik açıdan da kendisine ait olan fiilinden sorumlu tutulmaktadır. Böylece cezai sorumluluk için fiilin maddi olarak meydana getirilmesi yetmez; aynı zamanda kusurlu olarak da meydana getirilmiş olması aranır. Kusurluluk her zaman meydana getirilen bir fiil yönünden anlaşılmıştır ve bu anlamda konusu failin kişiliği değildir. Bu anlayış, fiil ile fail arasında net bir ayrım yapıp kınama yargısının konusunun sadece fiil olacağını belirtmektedir.¹¹⁶⁷

Kusurluluğa ilişkin inceleme kast, taksir ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardaki manevi unsurun incelenmesini gerektirir. Kast, kusurlu iradenin tipik biçimidir ve varlığı için suç teşkil eden fiilin kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve istenmesi

¹¹⁶⁶ Bu konuda bkz. Ünal, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, s. 610.

¹¹⁶⁷ Toroslu – Toroslu, Genel Kısım, s. 197 – 200.

gerekmektedir. Kast davranışın istenmiş olmasını gerektirdiği gibi neticeli suçlarda ayrıca neticenin de istenmesini gerektirir.¹¹⁶⁸

1. ZARAR KASTI VE TEHLİKE KASTI KAVRAMLARI

Tehlike suçlarında bulunan kast ile zarar suçlarında bulunan kast arasında bir ayrım olup olmadığı hususu tartışmalıdır.¹¹⁶⁹ Rocco'ya göre, tehlike suçları kasıtlı suçlardır. Tehlike suçlarında sahip olunan bu kasta da tehlike kastı adı verilir. Tehlike kastı, hukuki varlık ya da menfaatin tehlikeye konulmasına ilişkin bilinçli bir istemeyi içerir. Zarar suçlarında bulunan zarar kastında istenen şeyin bir zarar olması, ancak tehlike kastında istenen şeyin bir tehlike olması sebebiyle, tehlike kastı zarar kastından ayrılmaktadır. Bununla beraber tehlikeyi istemek, bir zarar ihtimalini de istemek olduğu için tehlike kastında meydana gelmeyen ve istenmeyen zararın öngörülmesi gerekmektedir.¹¹⁷⁰

Antolisei de zarar suçlarına zarar kastının, tehlike suçlarına tehlike kastının eşlik ettiğini kabul etmektedir. Ancak sadece ve basitçe tehlike suçlarında tehlike kastının, zarar suçlarında zarar kastının olduğunu söylemek doğru değildir; en azından her zaman doğru değildir. Devletin birliğine ve bağımsızlığına yönelik bir kalkışmanın bu varlıkları tehlikeye atmaya yönelik bir istekle değil de onlara zarar verme isteğiyle işlendiğini düşünmek zor olabilir mi? Öte yandan zarar suçlarında her zaman zarar kastı bulunmaz. Tehlike kastı kavramıysa bu suçlarda dahi, failin zarar verme isteğiyle değil korunan varlığı sadece tehlikeye atma isteğiyle hareket etme ihtimaline ilişkin gözlemden

¹¹⁶⁸ **Mantovani**, s. 304, 305; **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 214, 215; Kast kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Hakan Karakehya**, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Savaş Yay., Ankara 2010, s. 27 vd.

¹¹⁶⁹ **Daragenli**, s. Tehlike Suçları, s. 77.

¹¹⁷⁰ **Arturo Rocco**, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Fratelli Bocca Ed., 1913, s. 333.

doğmuştur. Bu ilişkiyi belirlemek bakımından ceza kanunu tarafından yasaklanan fiilin cezalandırılması için genellikle gerekli olan kastın yani genel kast kavramının “suç teşkil eden fiilin istenmesi” olduğundan yola çıkılmalıdır. Tehlike suçlarında suç teşkil eden fiil, korunan menfaat bakımından bir zarar değil, ancak sadece bir tehlikeyi ifade eden bir davranış veya davranışın sebep olduğu bir neticedir. Suç teşkil eden fiile yönelik istek, varlığın tehlikeye atılması isteğidir; dolayısıyla genel kast, tehlike kastıdır. Tehlike suçlarında failin isteğinin tehlikenin ötesine geçmesi ve korunan menfaate gerçek bir zarar vermeyi hedeflemesi elbette mümkündür. Ancak zararı istediğinde fail tehlikeyi de istemiş olmaktadır. Buradan da söz konusu suç bakımından tehlike kastının, suç teşkil eden fiilin isteme unsurunu temsil etmesi nedeniyle, fiilin cezalandırılması için yeterli olduğu sonucuna ulaşılabilir.¹¹⁷¹ Zarar suçlarındaysa suç teşkil eden fiil, korunan menfaat bakımından bir zararı ifade eden bir davranış ya da davranışın sebep olduğu bir neticedir. Dolayısıyla fiile yönelik istek ile zarara yönelik istek aynıdır. Eğer bu suçlarda fail sadece korunan menfaati tehlikeye atmak istiyorsa, suç teşkil eden fiile yönelik bir isteği olduğundan söz edilemez. Sonuç olarak zarar suçlarında tehlike kastı genel kasttan daha az bir şeydir ve bu anlamda suçu meydana getirmeye yetmez.¹¹⁷²

Öğretide zarar kastı – tehlike kastı ayrımı yapan diğer görüşlere göre göre fail korunan hukuki varlığa zarar vermek istediğinde zarar kastı; onu tehlikeye atmak istediği zaman ise tehlike kastı söz konusu olmaktadır. Ancak esasında bu ayrım kural olarak kastın görünüm biçimlerini ifade etmez; suç tipinin ihlal içeriğini yani zarar suçu ile

¹¹⁷¹ Bu aşamada belirtmemiz gerekir ki failin tehlikenin ötesine geçen zarar kastı sebebiyle gerçekleştirmeyi istediği suç tipi farklılaşabilir ve zararın meydana gelmemesi halinde fail tamamlanmış tehlike suçundan değil, meydana getirmeyi istediği zarar suçuna teşebbüsten sorumlu olabilir.

¹¹⁷² **Francesco Antolisei**, L'Offesa e il danno nel reato, Istituto italiano d'arti grafiche, Bergamo 1930, s. 88, 89.

tehlike suçu arasındaki ayrımı ifade eder. Nitekim zarar kastıyla işlenen tehlike suçlarını (bazı hazırlık suçlarının zarar kastıyla işlenen tehlike suçu olduğu söylenebilir ancak kalkışma suçlarının tamamı için bu önerme doğru değildir) veya tehlike kastıyla işlenen zarar suçlarının (neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar) varlığını unutmamak gerekir.¹¹⁷³

Mevcut İtalyan Ceza Kanunu, tehlike kastı ile zarar kastı ayrımını kabul etmiş ve onu uygulamıştır. Tehlike kastı, başkasının hukuki varlık ya da menfaatini bilinçli bir şekilde tehlikeye atmayı istemeyi ifade eder; ancak failin tehlikenin bağlantılı olduğu zararın meydana gelmesini istememesi gerekmektedir. Eğer fail, zararın da meydana gelmesini istiyorsa, zarar kastı söz konusu olacaktır. Tehlike kastı kapsamında fail, tehlike neticesini sadece öngörmez (zira bu kast için yeterli değildir, bilinçli taksirle sorumluluk halinde de fail neticeyi öngörmektedir); ancak bu neticeyi en azından alternatif olarak (bu şekilde taksirden ayrılır) meydana getirme isteğini içeren bir davranış gerçekleştirir.¹¹⁷⁴

Manzini'ye göre, kastın kanun tarafından tehlikeli ya da zararlı olarak öngördüğü *fille* ilgili olduğu ve tehlike ya da zarar ile ilgili olmadığı gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Eğer bir suç tehlike suçuysa hareket ya da ihmalinin amacı ne olursa olsun fail tehlike suçuyla cezalandırılır ve aynı durum zarar suçu için de geçerlidir. Eğer bir tehlike suçunda zarar meydana gelirse, bu, hukuken önemsiz olabilir; nitelikli hal teşkil edebilir ya da suçun adının değişmesine sebep olabilir. Eğer bir zarar suçunda zarar meydana gelmezse, suça teşebbüs gündeme gelebilir. Ancak tüm bunlar zarar kastı ile tehlike kastı

¹¹⁷³ **Mantovani**, s. 322, 323; **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 223: Yazarlar zarar kastıyla işlenen tehlike suçlarına örnek olarak teşebbüs halinde kalmış suçlarla hakaret suçlarını vermektedir. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış suçlar, bağımsız birer suç olmadığından ve hakaret suçuyla korunan hukuki varlığa (şerefe) yapısı itibarıyla zarar vermek mümkün olmayacağı için bu örneklere katılmıyoruz; Ayrıca bkz. **Daragenli**, s. 79, 80.

¹¹⁷⁴ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 777.

arasındaki ayrımı meşru kılmazlar.¹¹⁷⁵ Öte yandan bir görüşe göre, bu yaklaşıma katılmaya imkân yoktur. Zira kastın zararlı ya da tehlikeli fiille ilgili olduğunu, ancak zarar ya da tehlike ile ilgili olmadığını söylemek, aslında bir kelime oyunudur. Eğer kast fiille ilgiliyse, nihayetinde fiil kavramının kapsadığı neticeyle de ilgili olacaktır ve böylece her somut olayda ceza hukukunu ilgilendiren neticenin yapısına göre ortaya çıkan tehlike ve zararlar da ilgili olacaktır. Böylece eğer fail, bir tehlike neticesini istiyor ve zarar neticesini istemiyorsa, bu anlamda isteme unsuru tehlikeli fiille sınırlıysa, bu yöndeki bir isteğe hasredilmiş bir kast anlayışı (tehlike kastı) reddedilemez. Bu aşamada failin kastındaki isteme unsurunun tehlike neticesine yönelmesine rağmen zarar neticesinin az ya da çok meydana gelme ihtimaline ilişkin farkındalığın failde eksik olmadığı ya da olamayacağı ve tehlike neticesi istenmişse zarar neticesinin öngörölmüş olduğuna yönelik itiraz da karşılık bulmayacaktır. Zira öngörme, istemenin ön şartıdır ve failin bilgisi, tasavvuru yoksa isteme unsuru da gerçekleşmez. Ancak öngörülen her şey istenmek zorunda değildir.¹¹⁷⁶

Bize göre de failin işlemeyi kastettiği fiilin tamamlanması sonunda suçla korunan hukuki varlığa zarar gelecekse, failin zarar kastıyla; ancak fiilin tamamlanmasıyla hukuki varlık tehlikeye atılmış olacaksa, failin tehlike kastıyla hareket ettiğini söylemek mümkündür. Fail bir zarar suçunu işlemek üzere icra hareketlerine başlamış, ancak zarar neticesi meydana gelmemişse, tamamlanmış tehlike suçundan değil; zarar suçuna teşebbüsten sorumluluk gündeme gelecektir. Zarar suçlarıyla tehlike suçlarında kastın kapsamı bakımından – ancak özü bakımından değil – ortaya çıkan bu farklılığı

¹¹⁷⁵ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 778.

¹¹⁷⁶ **Ratiglia**, s. 150; Krş. **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 334, 335: Yazara göre, işlenen fiilin zorunlu neticesi olarak somut tehlikenin varlığını bilenler ve bunu kabul edenlerin mutlaka bir zararın gerçekleşmesini istemelerine gerek yoktur. Bu görüşe göre, suçun maddi unsurlarının salt bilinmesi kastın oluşumu bakımından yeterli olup ayrıca istenmesine gerek yoktur.

vurgulamak açısından zarar kastı ve tehlike kastı kavramlarının kullanılabileceğini düşünüyoruz.

Öğretideki bir görüşe göre, suç ile kabahat arasındaki teorik ayrım; suçun bir normun genel geçerliğinin yanı sıra, bir hukuki varlık ihlalini de içermesi gerekmesine rağmen kabahatlerin bir hukuki varlık ihlalini konu edinmemesine dayanmaktadır. Bu anlamda kabahat ile suç arasındaki kast da birbirinden ayrılmaktadır. Zira kabahat fiillerinde kastın bir hukuki varlığa müdahalede bulunduğu dair bir içerikle dolu olma imkânı bulunmamaktadır. Bu imkânsızlık soyut tehlike suçları bakımından da geçerlidir. Zira bu fiillerde de failin gerçekleştirdiği davranışın herhangi bir hukuki varlığı “somut” olarak tehlikeye attığının bilincinde olması gerekmediğinden, fiil cezalandırmaya layık değildir.¹¹⁷⁷ Bize göre, soyut tehlike suçları hukuki varlık ihlalden yoksun suçlar değildir; bu nedenle bu fiillerin cezalandırmaya layık olmadığı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz. Öte yandan İtalyan öğretisinde de soyut tehlike suçlarıyla somut tehlike suçları arasındaki kastın farklılık arz ettiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Buna göre soyut tehlike suçlarında kastın varlığını doğrulamak için failin tehlikeli bir durumu meydana getirmeyi istemesine gerek olmadığı gibi, riskin farkında olmasına da gerek yoktur; kanun koyucunun tanımladığı tipik unsurlara ilişkin bilgisinin olması yeterli görülmektedir. Dolayısıyla soyut tehlike suçlarında manevi unsura ilişkin araştırma somut tehlike suçlarında olduğu gibi yürütülmemektedir. Soyut tehlike suçu kapsamında düşünülebilecek suçlar nihayetinde bir kusurluluk karinesi getirmektedir.¹¹⁷⁸

Benzer yöndeki bir görüşe göre de somut tehlike suçlarında suç tipinin kurucu unsurlarının failin kastıyla ya da en azından – taksirli suçlarda – taksiriyle kapsanması

¹¹⁷⁷ **Ozansü**, s. 130.

¹¹⁷⁸ **Stefano Canestrari**, “*L’elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*”, Studium Iuris, Cedam, Milano 2001, s. 534.

gerekmektedir. Kastın özerk bir görünüm biçimini oluşturmaksızın, zarar neticesinin meydana gelmesiyle hukuki varlık üzerinde risk meydana getirilmesinin eş tutulamayacağından yola çıkılarak tehlike kastının bazı özellikleri ortaya konulabilir. Örneğin somut tehlikenin yaratılmasının tehlikeli davranışın gerçekleştirilmesiyle eş zamanlı olarak ortaya çıktığı hallerde olası kastın dışlanması gerekmektedir. Zira bu halde fail davranışının zorunlu sonucu olan tehlikeye bağlı tüm belirleyici faktörlere ilişkin bilgisinin olması gerekmektedir. Öte yandan tehlikenin gelecekteki unsurlara ya da davranış anında mevcut olup da failin bilincinde olmadığı unsurlara bağlı olduğu hallerde olası kast da gündeme gelebilir. Bir başka deyişle fail, somut tehlike neticesini öngörüyor, ancak yine de davranışını sürdürüyor ve neticeyi istememekle birlikte göze alıyorsa olası kasıtlı somut tehlike suçundan sorumluluğu gündeme gelebilir.¹¹⁷⁹

Soyut tehlike suçlarında ise hâkimin normda belirtilen unsurların varlığını göstermesi gerekirken ortaya çıkacak tehlike ilişkisini göstermesi gerekmez. Fiilin kurucu unsurlarının dışındaki bir unsur olarak tehlikenin araştırılması gerekmediği gibi, failin kastının ya da taksirinin kapsamının içinde de değildir.¹¹⁸⁰

Bir görüşe göre soyut tehlike suçlarının olası kastla işlenmesi mümkündür.¹¹⁸¹ Bir başka görüşe göreyse soyut tehlike suçları kural olarak olası kastla da işlenebilir olmakla birlikte, kanunda “bilme” unsuruna açıkça yer verildiğinde bu suç sadece doğrudan kastla işlenebilecektir.¹¹⁸² Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere soyut tehlike suçlarının büyük

¹¹⁷⁹ **Canestrari**, “*L’elemento soggettivo*”, s. 536, 537; **Zincani**, s. 204; Somut tehlikenin ortaya çıktığı zamanla ilgili herhangi bir ayırım yapmadan bu suçlarda failin somut tehlikeye yönelik en azından olası kastı olması gerektiği hakkında bkz. **Zafer**, s. 176.

¹¹⁸⁰ **Zincani**, s. 204.

¹¹⁸¹ **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 337; **Aynural**, s. 89; **Önok**, “*Trafik Güvenliğini*”, s. 181.

¹¹⁸² **Demirtaş**, s. 341; Suç tipinde “bilerek” terimine yer verilmiş suçların, örneğin iftira suçunun sadece doğrudan kastla işlenebileceği yönünde bkz. **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 376.

bir çoğunluğu neticesiz suçlar kategorisine dahildir. Neticenin bulunmadığı suçlarda da olası kasttan söz edilemez.¹¹⁸³

Geçmiş dönemlerde tehlike kastını kusurluluğun – zarar kastıyla taksir arasında – özerk bir görünüm biçimi olarak yapılandırmaya yönelik girişimler var olmuşsa da¹¹⁸⁴ güncel ve yakın dönemde hakim olan öğretide tek bir kast kavramının varlığı savunulmuştur. Yerinde bir şekilde tehlike kastının, kastın özel bir görünüm şekli olmadığı, bu isimlendirmenin sadece korunan hukuki varlık üzerinde sadece objektif olarak bir risk meydana getiren suç ipotezlerinin sübjektif yönünü belirlemek için kullanıldığı belirtilmektedir. Esasında bu sav, zarar kastı ile tehlike kastı arasında öz – ya da yapı – bakımından bir farklılık bulunmadığını vurguluyorsa kabul edilebilir görünmektedir. Zira tehlike kastının sübjektif yapısı, bilme ve isteme unsurlarını içermektedir; dolayısıyla bu kastın oluşabilmesi için, failin somut tehlikeyi öngörmesi ve bu zihinsel bileşene dayanarak hareket etmeye karar vermesi gerekmektedir. Ancak bu yaklaşım, tehlike kastının içeriği ile ‘olası’ zarar kastının içeriği arasında bir özdeşlik kurmaya imkân vermemektedir.¹¹⁸⁵ Zira tehlike ile zarar arasında objektif olarak bir farklılık olduğu gibi, sübjektif olarak da bir farklılık vardır; dolayısıyla tehlikeye yönelik kastla hareket eden kişide zarara ilişkin bir kastın bulunması zorunlu değildir. Somut tehlike suçlarında da doğrudan yahut olası kasıtlı davranışın somut tehlike neticesine yönelik olması gerekmektedir. Tehlikeli durumun bilinip göze alındığı her durum, zararın da göze alındığı anlamına gelmemektedir, hatta fail zararın ortaya çıkmayabileceğine güvenebilecektir.¹¹⁸⁶

¹¹⁸³ **Haluk Toroslu**, “Suç Uydurma Suçu”, AnBD., S. 1, Ocak 2013, s. 333.

¹¹⁸⁴ Bu görüşlerle ilgili olarak bkz. **Ratiglia**, s. 141 – 143.

¹¹⁸⁵ **Canestrari**, “*L’elemento soggettivo*”, s. 534.

¹¹⁸⁶ **Demirtaş**, s. 251.

Tehlike kastı kavramıyla, somut risk temsiline zararlı neticenin gerçekleşmeyeceğine yönelik güvenin (basit bir umut etmenin değil) eşlik ettiği (zarar) öngörülü taksirin (bilinçli taksir) psikolojik bileşenleri arasında bir benzerlik göze çarpmaktadır.¹¹⁸⁷ Bu benzerliğe rağmen bu iki olgunun eşitlenmesi mümkün değildir.¹¹⁸⁸ Her şeyden önce objektif unsur olan tehlike ile taksire dahil olan “risk” arasındaki temel ayrım, taksirli somut tehlike suçları tarafından dayatılmaktadır (İCK m. 450, m. 452/2). Eğer tehlike taksirin değerlendirilmesinden farklı bir şekilde tespit edilmezse, iki unsurdan birisi gereksiz hale gelecektir. Gerçekten de tehlike kastı ile öngörüye dayalı taksir arasındaki farklılıkları tam olarak anlamak için bu taksirli kusurluluk türünün belirleyici özelliğini belirtmek yeterlidir. Objektif düzeyde neticenin temsili, belirli bir dikkat kuralının ihlaliyle bağlantılı özel koşullar yelpazesi içerisinde somutlaşmalıdır; sübjektif düzeydeyse özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklı mevcut kusurluluğun başkalarının hukuki varlıkları bakımından bir tehlike yaratma kararını kapsamaması gerekmektedir. Nihayetinde tehlike kastına bağlı özerk bir uygulama alanı bulunmaktadır ve bu hem zarara yönelik olası kast ile hem de zararlı sonuca yönelik öngörüye dayalı taksirle birlikte var olabilir.¹¹⁸⁹

2. TAKSİRLİ TEHLİKE SUÇLARI

Kusurluluğun bir diğer görünüm şekli olan taksir, istisnai bir niteliğe sahiptir. Bunun anlamı, bir fiilin taksirli halinin cezalandırılabilmesi için bunun kanunda açıkça

¹¹⁸⁷ Tehlikeye ilişkin kastın sübjektif anlamda bilinçli taksirle aynı içeriğe sahip olduğunu belirten görüş için bkz. **Ozansü**, s. 189.

¹¹⁸⁸ Rocco’ya göre de taksirli suçlarda zararlı neticenin gerçekleşmesi zorunludur ancak tehlike kastında (tehlike suçlarında) zarar neticesinin gerçekleşmesi zorunlu değildir. Taksirde zarar neticesinin ne öngörülmesi ne de istenmesi gerekmektedir, tehlike kastında ise istenmese de zarar neticesinin öngörülmesi gerekmektedir. Bkz. **Rocco**, L’oggetto, s. 332.

¹¹⁸⁹ **Canestrari**, “L’elemento soggettivo”, s. 535.

öngörülmesi gerekliliğidir.¹¹⁹⁰ TCK m. 22/2 uyarınca “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*”

Öğretideki bir görüşe göre, taksirli sorumluluğun esasını, uyulması zorunlu davranış kurallarına uyarak önlenebilecek bir fiilin, bu kurallara uymayarak istenmeden gerçekleştirilmiş olması sebebiyle failin kınanmasında aramak gerekmektedir. Zira taksirin esasında her zaman istenmeyen zararlı neticeleri (ya da tehlike neticelerini) önlemeye yönelmiş uyulması zorunlu davranış kuralını ihlal etme ve kişiden bu kurala uymasının istenebilirliği yer almaktadır. TCK da m. 22/2 hükmü de taksirin esasını, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa dayandırmaktadır.¹¹⁹¹

Taksirin unsurları, iradi davranış, iradi olmayan yani istenmeyen bir netice, davranışla netice arasındaki nedensellik bağının varlığı ve suçun taksirli şeklinin cezalandırılacağını belirten açık bir hükmün kanunda yer almasıdır. Gerçekten de failin davranışı iradi değilse, taksir söz konusu olmayacaktır. İradi davranış hareket ya da ihmal şeklinde olabilir. Öte yandan meydana gelen neticenin istenmemiş olması gerekmektedir ve bir netice meydana gelmemişse, kural olarak sorumluluk da ortaya çıkmaz. Bu netice zarar neticesi olabileceği gibi, tehlike neticesi de olabilir.¹¹⁹²

¹¹⁹⁰ **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, s. 158; **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 228.

¹¹⁹¹ **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 232.

¹¹⁹² **Alacakaptan**, Suçun Unsurları, s. 159, 160; Öğretideki bir görüşe göre taksirli suçlar için söz konusu olan netice ceza hukukunda klasik anlamda kullanılan neticedir yani hukuki konunun objesinin zarara uğratılması ya da tehlikeye atılması olarak tanımlanmaktadır ve bu netice bir zarar yahut tehlike olarak ortaya çıkabilir. Bu görüş için bkz. **Elvan Keçelioğlu**, Taksirli Suçun Dogmatığı, Turhan Yay., Ankara 2015, s. 113; Taksirli suçlar için söz konusu olan neticenin bir özellik arz etmediği görüşüne katılmakla birlikte biz neticeden dış dünyada meydana gelen değişiklik ya da durumu anladığımız için Keçelioğlu’nun görüşünün gerekçesine katılmıyoruz; ancak somut tehlikenin de bir netice olduğunu kabul ettiğimiz için taksirli davranış neticesinde

TCK'nın basit taksirin tanımını yapan 22/2 maddesinde kanuni tanımda belirtilen neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesinden; bilinçli taksirin tanımını yapan 22/3 maddesindeyse öngörülen neticenin istenmemesinden bahsedilmektedir. Buradan yola çıkarak kanun koyucunun taksirli suçları neticeli suçlar olarak tasarladığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte kanundaki tanım yapılırken davranış dikkate alınmaksızın netice üzerinden bir tanım yapılmış olması da eleştirilmektedir.¹¹⁹³ Nitekim öğretilde taksirli suçların sırf davranış suçu şeklinde ortaya çıkabileceği de belirtilmektedir.¹¹⁹⁴ Bu anlamda taksirli suçların ayırt edici özelliğinin, iradi bir davranışın varlığı ve kanundaki tanımda yer alan unsurlardan birinin “öngörülmemiş olması” olarak tespit edilebileceği belirtilmektedir.¹¹⁹⁵ Bir başka deyişle taksirli suçlarda ihlalin kural olarak özene aykırı davranışla birlikte meydana gelen neticeden oluştuğu söylenebilir. Bu suçlarda hem davranışın hem de neticenin bir değersizlik içeriği bulunmaktadır ve kimi hallerde bu özene aykırı davranışın değersizliği tek başına önem arz edebilir. Gerek TCK'da gerek Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen taksirli suçların büyük çoğunluğu neticelidir ve bu suçlarda taksirli davranışın tipik neticeye sebep olması halinde fail cezalandırılabilir. Taksirli suç tipi kapsamında salt davranış öngörülmüşse, bu özensiz davranışın gerçekleştirilmesi; ayrıca netice de öngörülmüşse, neticenin de gerçekleştirilmesi

tehlike neticesinin ya da zarar neticesinin ortaya çıkabileceği yönündeki görüşüne iştirak ediyoruz.

¹¹⁹³ **Akbulut**, s. 486; **Koca – Üzülmmez**, s. 190; Bu konuda bkz. **Nil Melek Gültekin Diken**, Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018, s. 22 vd.

¹¹⁹⁴ **Akbulut**, s. 486; **Keçelioğlu**, Taksirli Suçun Dogmatığı, s. 113; **Demirtaş**, s. 257.

¹¹⁹⁵ **Adem Sözüer**, “*Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015 (<http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, SGT. 07.06.2024), s. 23; **Koca – Üzülmmez**, s. 190.

gerekir.¹¹⁹⁶ Taksirli suçların sırf davranış suçu olarak düzenlenebilecekleri kabulü, taksirli soyut tehlike suçlarını açıklamak bakımından önem arz etmektedir. Zira soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenen suçlarda genellikle bir netice bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Rocco'ya göre, tehlike suçları asla taksirli suç olarak düzenlenemezler. Bir davranış kendi içinde gerçek bir tehlikeyi değil ama bir tehlike ihtimalini içeriyorsa, gerçek bir tehlikeye sebep olabilir; ancak gerçek bir zarara sebep olamaz; dolayısıyla taksirli suç gündeme gelemez.¹¹⁹⁷ Bununla beraber, dikkatsizce, özensizce ve dolayısıyla taksirle bir menfaati tehlikeye atan kişinin fiilini suç saymanın ve cezalandırmanın, sosyal hayatın pratik gereklilikleriyle ve herhangi bir ilkeyle çatışma halinde olmadığını düşünenler için Rocco'nun iddiası kabul edilebilir görünmemektedir. Öte yandan pozitif hukukta bir zarar neticesini tespit etmenin imkânsız olduğu taksirli suçlar bulunmaktadır.¹¹⁹⁸

Bize göre de tehlike suçlarının taksirli bir şekilde işlenmesinin önünde bir engel yoktur ya da bu durum bir çelişkiyi ifade etmez.¹¹⁹⁹ Fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda korunan hukuki varlık bakımından bir tehlike meydana getirmiş olabilir. Örneğin TCK m. 180 hükmünde düzenlenen suç uyarınca “*Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimse...*” cezalandırılmaktadır. Somut tehlikenin hukuki niteliğinin netice olduğunu düşündüğümüz için taksirli somut tehlike suçları TCK m. 22/2-3 düzenlemeleriyle de uyum içerisindedir.

¹¹⁹⁶ **Muhammed Demirel**, Taksirli Suç, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2024, s. 355 – 358.

¹¹⁹⁷ **Rocco**, L’oggetto, s. 333.

¹¹⁹⁸ **Antolisei**, L’offesa, s. 88.

¹¹⁹⁹ Suçun bir zarar ya da somut tehlike suçu şeklinde ortaya çıkması durumunun taksirli suç kurumunun yapısında herhangi bir dogmatik değişikliğe sebep olmadığı hakkında bkz. **Keçelioğlu**, Taksirli Suçun Dogmatığı, s. 114.

Ancak taksirle düzenlenen soyut tehlike suçlarının TCK m. 22/2-3 hükümlerindeki taksirin tanımıyla bir uyum içerisinde oldukları söylenemez. Taksirli soyut tehlike suçlarına örnek olarak TCK m. 172/4 ve m. 182/1 hükümleri gösterilebilir. TCK m. 172/4 hükmünde “...fiilin bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olması halinde...” cezalandırılacağı; TCK m. 182/1 hükmündeysse “Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi[nin]...” cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Dikkat edilecek olursa kanun fiilin zarar meydana getirmeye elverişliliğini aramış ancak ortaya somut bir tehlike çıkmasını aramamıştır. Bu nedenle ilgili düzenlemeler taksirle işlenen soyut tehlike suçu niteliğindedir. Bu durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde kanundaki unsurlardan birisi öngörülmeden davranışın gerçekleştirilmesi halinde suçun meydana geldiğini kabul etmek gerekecektir.¹²⁰⁰

VII. TEHLİKE SUÇLARINA TEŞEBBÜS

Suçta teşebbüs başlıklı TCK m. 35 hükmü uyarınca “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

Teşebbüs ile tamamlanmış suçu irade alanında ayırmak mümkün değildir, zira failin kastı suçu tamamlamaya yöneliktir. Failin kastının suçun teşebbüs aşamasında kalmasına yönelik olması imkânı bulunmamaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan suç, sadece objektif bakımdan tamamlanmamıştır zira tipik fiil ancak kısmen meydana gelmiştir. Tipik fiilin tamamlanmaması iki şekilde kendisini gösterebilir. Fail ya suçu işlemeye yönelik faaliyetlerini sonuna kadar götürememiştir (eve camdan girmeye

¹²⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Demirtaş**, s. 342, 343.

çalışırken fark edilip kaçan hırsız örneğinde olduğu gibi) ya da suçu işlemeye yönelik faaliyetlerini sonuna kadar götürmüş; ancak suçun meydana gelmesi için gerekli olan netice ortaya çıkmamıştır (kasten öldürmek için atılan merminin ölüm neticesini meydana getirmemesi örneğinde olduğu gibi). Bu durumlardan ilki eksik teşebbüsü ikincisi ise tam teşebbüsü ifade eder.¹²⁰¹ Öte yandan, 5237 sayılı TCK ile birlikte ceza hukuku düzenimizde eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımı terk edilmiştir.

Bir görüş, suça teşebbüsün de tipik genel tehlike suçu olduğunu belirtmektedir.¹²⁰² Ancak tehlike suçu sadece korunan hukuki varlığın tehlikeye atılması suretiyle işlenen suçtur. Bu anlamda zarar suçuna teşebbüs halinde, tehlikeli bir fiil meydana gelmiş olsa dahi, bu bir tehlike suçu değildir.¹²⁰³ Çünkü fiil şekli olarak zarar suçunu düzenleyen normu ihlal etmektedir. Maddi açıdan bakıldığında ise, zararın meydana gelmesi cezai olarak önemsiz bir unsur veya salt bir ağırlaştırıcı sebep değil, bizzat suçun tamamlanması anlamına gelmektedir. Öte yandan zarar meydana gelmezse, gönüllü vazgeçme halinde tehlikenin varlığına rağmen fiil cezalandırılmamaktadır.¹²⁰⁴ Bu anlamda suça teşebbüs bağımsız bir ceza normu olmayıp teşebbüse ilişkin hükümler, ancak tamamlanmış suçu düzenleyen normla bağlantılı bir şekilde uygulanabilir niteliktedir.¹²⁰⁵ Suça teşebbüs içerisindeki tehlike, suçun *iter criminis*'i içinde yer alan bir andır ve dolayısıyla kendine özgü hukuki bir fizyonomisi yoktur; ancak tehlike suçu kendi başına bir suç teşkil eder, hukuka aykırı özerk bir tipik fiili içerir ve dolayısıyla tamamlanmış bir suçtur. Suça teşebbüs, kural olarak bütün suçlar için mümkün olabilir. Öte yandan tehlike suçları,

¹²⁰¹ **Toroslu – Toroslu**, s. 295, 296.

¹²⁰² **Özen**, Genel Tehlike, s. 5; **Hafizoğulları – Özen**, Genel Hükümler, s. 204; Krş. **Ünver**, Hukuksal Değer, s. 948.

¹²⁰³ **Daragenli**, “Tehlike Suçları”, s. 165.

¹²⁰⁴ **Manzini – Nuvolone – Pisapia**, s. 685.

¹²⁰⁵ **Sözüer**, Suça Teşebbüs, s. 46.

suçun işlenmesinden bağımsız bir şekilde ceza kanunu tarafından açıkça ifade edilmiş, belirli bir fiil ya da durumu ifade eder. Suça teşebbüs hali neticenin meydana gelmemesini gerektirir ve netice meydana gelmeyene kadar bir ceza kurumu olarak varlığını sürdürür. Tehlike suçları (somut tehlike suçları) ise, kendi içlerinde korunan varlık ya da menfaatin ihlal edici karakterine sahip, dış dünya değişikliği şeklinde bir neticeyi meydana getirirler. Neticenin meydana gelmesi üzerine, suça teşebbüs kendi özgünlüğünü kaybeder; tehlike suçları ise, her durumda kendi değişmez yapısını muhafaza eder ve zarar neticesinin meydana gelmesi, sadece çoktan bütün kurucu unsurlarıyla meydana gelmiş suçun nitelikli hale gelmesine veya cezasının artırılmasına vesile olur.¹²⁰⁶ Elbette zararın meydana gelmesi halinde failin bir zarar suçundan sorumluluğu da gündeme gelebilir. Örneğin trafikte tehlikeli bir şekilde araç kullanan fail, karşıdan karşıya geçmekte olan bir yayaya çarpar ve ölümüne sebep olursa cezai sorumluluğu TCK m. 179 üzerinden değil, TCK m. 85 üzerinden belirlenecektir.

Öğretide Rocco'ya göre, tehlike suçları bir tehlike meydana getirdikleri ve bir zarar meydana getirmedikleri için bu suçlara teşebbüs mümkün değildir zira bir tehlikenin ihtimali suça teşebbüsü cezalandırmak için yeterli değildir.¹²⁰⁷ Mantovani'ye göre de tehlike suçlarına teşebbüs kabul edilebilir değildir çünkü “tehlikenin tehlikesi” bir tehlikesizlik halidir ve bu nedenle ihlal ilkesiyle uyum içerisinde değildir. Öte yandan teşebbüsü cezalandırmanın amacı, korunan hukuki varlığa yönelik tehlikeyi engellemektir; bu amaç, tehlike suçlarıyla hali hazırda gerçekleştirilmiştir ve korumanın daha fazla öne çekilmesine karşı çıkmak gerekir.¹²⁰⁸ İtalyan Yüksek Mahkemesi de yakın

¹²⁰⁶ **Ratiglia**, s. 81, 82.

¹²⁰⁷ **Rocco**, L'oggetto, s. 332; Öğretide herhangi bir gerekçe sunmadan tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığını belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 312.

¹²⁰⁸ **Mantovani**, s. 447, 448.

dönemde verdiği bir kararında tehlike suçlarının teşebbüsle bağdaşmadığını belirtmiştir.¹²⁰⁹

Ozansü'ye göre de hukuki varlık ihlali neticenin değersizliği üzerinden anlaşılmalıdır; bir başka deyişle, ceza hukuku anlamında ihlalin olduğu her durumda geniş anlamda bir neticenin varlığından söz edilmelidir. Yazara göre dar anlamda netice, korunan hukuki varlığın yok edilmesi yahut doğrudan ihlal edilmesini ifade etmektedir. Kasten öldürme suçunda bir başkasının yaşam hakkını yok eden fail, dar anlamda neticeyi meydana getirmektedir. Bu davranışın elverişli teşebbüs aşamasında kalması durumunda hukuki varlığın ihlalinden, yani dar anlamda bir neticeden değil; söz konusu özgürlüğe yönelik bir müdahaleden, ona bir şekilde etki etmekten, onu ihlale imkân tanıyacak düzeyde (somut) tehlikeye atmaktan bahsedilecektir. Bu durum da geniş anlamda neticeyi ifade eder. Bu anlamda somut tehlike suçlarında yahut teşebbüs aşamasında kalan tipik netice suçlarında ancak tehlike neticesinden bahsedilebilir. Failin iradesinin objektifleştirilmesi kriteri olarak hukuki varlığın en azından somut bir şekilde tehlikeye atılması gerektiği için salt hareketin değersizliği ceza hukuku anlamında bir ihlale vücut vermez. Aksi halde elverişsiz teşebbüs hallerinde de faile ceza verilmesi gerekir. Yazara göre, teşebbüse ilişkin düzenleme de kanundaki zarar suçlarının neticelerinin meydana gelmesini somut olarak ihtimal dahiline sokan tehlikeli davranışları cezalandırmaya yöneliktir.¹²¹⁰

¹²⁰⁹ Cass. pen. Sez. III, n. 27989 del 20 luglio 2021 (karar için bkz. <https://www.diritto.it/tentativo-delitto-e-dolo-eventuale-incompatibilita/#:~:text=Infine%2C%20il%20tentativo%20di%20delitto,natura%20del%20bene%20giuridico%20tutelato.>).

¹²¹⁰ **Ozansü**, s. 72, 73, dn. 59; Suça teşebbüs hükümlerinin sadece zarar suçlarında uygulanabileceği yönünde ayrıca bkz. **Ünal**, Tehlike Suçları, s. 350.

Ünal'a göre de teknik bakımdan somut tehlike suçlarına teşebbüs mümkün görünmekle birlikte cezalandırılabilirlik alanının çok genişlemesi ve cezanın tespitindeki (TCK m. 35/2) sorunlar sebebiyle teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Örneğin genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu (TCK m. 170/1)¹²¹¹ teşebbüse elverişli görünmesine karşın, bu suça teşebbüsün kabul edilmesi halinde TCK m. 170/2¹²¹² hükmünde aynı konuyu düzenleyen soyut tehlike suçunun meşruiyeti sorgulanacaktır. Zira TCK m. 170/1 hükmüne teşebbüsle tamamlanmış TCK m. 170/2 arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu anlamda teşebbüs aşamasında kalan davranışın cezalandırılması öngörülüyorsa, bunun somut tehlike suçuna teşebbüs üzerinden değil, doğrudan soyut tehlike suçu ihdas edilerek yapılması gerekmektedir. Zira teşebbüs aşamasında kalan bir davranış, tehlike ihtimalini içermektedir. Dolayısıyla zarar ya da tehlike ihtimalini öngören soyut tehlike suçuna gereklilik bulunmaktadır. Soyut tehlike suçlarında ise, her ne kadar teşebbüsün icra hareketlerinin bölünebildiği suçlarda mümkün olduğu söylenebilirse de cezanın indirilmesi bakımından bir sorun ortaya çıkmaktadır. Nitekim teşebbüste “...meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre...” cezada indirim yapılması öngörülmektedir; ancak soyut tehlike suçlarında var olmayan bir tehlike sebebiyle ceza indiriminin nasıl yapılacağı hususu belirsiz kalmaktadır. Soyut tehlike suçlarının yapısından kaynaklı problemler ve bizzat bu suçların cezai sorumluluğu genişleten hükümler içermeleri sebebiyle teşebbüs

¹²¹¹ **TCK m. 170/1:** “1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;

a) Yangın çıkaran,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,

c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan,

kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

¹²¹² **TCK m. 170/2:** “Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

aşamasında kalmış hallerinin cezalandırılmaması gerekmektedir. Soyut tehlike suçlarına teşebbüsü cezalandırmak, zaten genişlemiş olan cezalandırılabilirlik alanını daha da genişletmek anlamına gelecektir.¹²¹³

Marinucci, Dolcini ve Gatta'ya göreyse, kategorik bakıldığında teşebbüs ile tehlike suçları arasında herhangi bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Bu hem somut tehlike suçları hem de soyut tehlike suçları için geçerlidir. Örneğin İtalyan ceza hukukuna ilişkin olmak üzere, şüpheye yer bırakmayacak şekilde yangına (İCK m. 423) sebep olmaya yönelik elverişli davranışları gerçekleştirmek kapsamında, yakılan ateş failden bağımsız sebeplerle genişlik, şiddet ve yayılma özelliklerini kazanamamışsa bu davranış İCK m. 56¹²¹⁴ (TCK m. 35) uyarınca suça teşebbüs olarak nitelendirilebilir. Yetki belgesi olmaksızın endüstriyel atıkları bir nehre dökmeye yönelik elverişli ve şüpheye yer bırakmayacak açıklıktaki davranışları gerçekleştirmek halinde de dökme eylemi gerçekleşmediğinde dahi teşebbüs hükümlerini uygulamaya normatif bir engel bulunmamaktadır. Ancak ihlal ilkesiyle bağlantılı bir yaklaşım, kesin sonuca götürmeye daha elverişli görünmektedir. Teşebbüsü düzenleyen İCK m. 56 hükmü ile herhangi bir suçu düzenleyen normun bir araya gelmesi sonucu oluşan suç, tartışmasız şekilde bir tehlike suçudur. Burada ilgili suçun işlenmesine yönelik tehlikenin yaratılması cezalandırılmaktadır. Eğer söz konusu suç bir tehlike suçuysa bu suça teşebbüs dolaylı

¹²¹³ Ünal, Tehlike Suçları, s. 345, 348 – 350; TCK m. 170/1-a,b bentlerinde belirtilen haller bakımından somut tehlikenin ortaya çıkmaması halinde TCK m. 170/1 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsün değil TCK m. 170/2 hükmünde düzenlenen soyut tehlike suçunun meydana geleceği yönünde ayrıca bkz. Pınar Memiş, “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, in. Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III: Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan (Ed. Eric Hilgendorf – Yener Ünver), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2010, s. 802.

¹²¹⁴ İCK m. 56/1: “Bir suçu işlemeye yönelik şüpheye yer bırakmayacak şekilde elverişli hareketler gerçekleştiren kişi, hareketin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsten sorumlu olur.”

tehlike suçu ya da tehlikenin tehlikesi suçu niteliğine bürünecektir. Ancak tehlikenin tehlikesinin, ceza hukukunu ilgilendirebilecek bir ihlali içermeye yeterli olduğu hususunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. Fiil odaklı bir suç modelinde İCK m. 56 hükmü cezalandırıcı normun bir tehlike suçu öngördüğü hallerde uygulanmayacaktır. Aksi takdirde İCK m. 56 ile ilgili cezalandırıcı normun bir araya gelmesi, korunan hukuki varlığı ihlal etmeyen bir suça dönüşecektir.¹²¹⁵ De Vero'ya göre de ihlal ilkesine olan sıkı bağlılık tehlike suçlarının teşebbüsle uyumluluğunu en baştan dışlamalıdır çünkü tehlike suçlarına teşebbüs kabul edilirse tehlikenin tehlikesi cezalandırılmış olur. Ancak bunun yerine somut olayın özelliklerini göz önüne alan bir müdahale marjının bırakılması isteniyorsa, “elverişlilik” kavramının anlamının sınırları zorlanarak yorumlanmasıyla tehlike suçuna teşebbüsün ancak ex ante bir değerlendirme sonucunda basit bir imkân halinde değil, tamamlanmasının neredeyse kesin olduğu hallerde tespit edilmesi gerektiği savunulmalıdır.¹²¹⁶

Sarıtaş'a göreyse somut tehlike suçlarında suçun meydana gelebilmesi için gerçekleşmesi gereken somut tehlike, davranıştan bağımsız bir niteliğe sahip değildir. Suç tipinde aranan bu tehlike davranışın belirli bir biçimde icrasıyla meydana gelebilecek bir niteliğe sahiptir ve ancak davranış bu niteliği sağlarsa suçun icrasına başlandığından bahsedilebilir. Bir başka deyişle somut tehlikelilik niteliğini taşıyan davranışla bu niteliği taşımayan davranış birbirinden niteliksel olarak ayrılmaktadır. Böylece somut tehlike

¹²¹⁵ **Giorgio Marinucci – Emilio Dolcini – Gian Luigi Gatta:** Manuale di diritto penale parte generale, B. 12, Giuffrè Ed., Milano 2023, 576, 577.

¹²¹⁶ **Giancarlo De Vero,** Corso di diritto penale II, G. Giappichelli Ed., Torino 2017, s. 22; Bekar da somut tehlike suçlarına teşebbüs halinin tartışmalı olduğunu, somut tehlike suçuna teşebbüs sebebiyle cezai sorumluluğun tespitinde elverişlilik değerlendirmesi gerçekleştirilerek somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bekar,** Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 247, 260.

suçlarının teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Zira ya davranış somut tehlikelilik niteliğine sahiptir ve somut tehlike meydana gelmiştir; ya da bu niteliğe sahip değildir ve davranışla herhangi bir hukuki varlık ihlal edilmemiştir. Dolayısıyla ortada cezalandırılabilir bir davranış yoktur. Öte yandan soyut tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür. Bu gruba dahil olan suçların bir kısmı, davranışın tipe uygun şekilde icrasının mutlaka tehlike meydana getireceği ve kanun koyucunun bu sebeple cezalandırmak için ayrıca somut tehlikenin meydana gelmesini aramadığı suçlardır. Örneğin bir davranış tehdit olarak nitelendirilebiliyorsa bu davranışın kişi hürriyeti bakımından tehlike doğurmadığından söz edilemez; davranış bu niteliği taşımıyorsa zaten tehdit değildir. Gerçek soyut tehlike suçlarında davranışın icrasıyla birlikte hukuki varlık bakımından tehlike doğmaktadır ve bu tehlike ile davranışın tamamlanmasıyla ortaya çıkan tehlike arasında niceliksel bir fark vardır ve elbette davranışın tamamlanmasıyla ortaya çıkan tehlike daha yoğundur. Bu anlamda bu tür suçların suça teşebbüs bakımından davranışın tamamlanamaması sebebiyle teşebbüs aşamasında kalan zarar suçlarından bir farkı yoktur. Görünüşte soyut tehlike suçları ise, bir somut tehlike suçunun karşılığında daha az cezayı gerektiren bir versiyonu olarak inşa edilirler. Davranışın somut tehlikelilik niteliği taşıması durumunda somut tehlike suçu meydana gelirken; davranışın bu niteliği taşınamaması hali de bağımsız bir soyut tehlike suçu olarak cezalandırılmaktadır. TCK m. 170/1 (somut tehlike suçu) ile TCK m. 170/2 (soyut tehlike suçu) arasındaki ilişki bu şekildedir.¹²¹⁷

Ancak Antolisei'ye göre, zarar suçlarında, tehlike ihtimalinin yani tehlikenin tehlikesinin fiilin cezalandırılabilirliği için yeterli olmadığı doğrudur. Çünkü bu ihtimal, suçun tamamlanması için gereken netice karşısında, uzak bir ihtimali ifade eder ve dolayısıyla gerçek bir tehlike değildir. Her ne kadar tehlike suçlarında teşebbüs, hukuki

¹²¹⁷ Sarıtaş, Örgütlenme Suçları, s. 408 – 410, dn. 785.

varlığın zarara uğraması bağlamında bir tehlikenin tehlikesini ifade etse de suçun neticesi karşısında gerçek bir tehlikeyi ifade etmektedir. Bu halde davranış kanunun suçun neticesi olarak saydığı bir oluşun ihtimalini meydana getirmektedir. Böylece suça teşebbüsün varlığı için gereken koşul gerçekleşmiş olur ve bu türden bir fiilin cezasız kalması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla tehlike suçlarına da teşebbüs mümkündür.¹²¹⁸ Elbette hazırlık suçlarına ve teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı suçlara teşebbüs mümkün değildir.¹²¹⁹

Soyaslan'a göre de kanunun tamamlanmış suç olarak cezalandırdığı tehlikeye kademeli bir şekilde ulaşılabilir. Öyleyse tehlike suçuna yönelik davranışta suça teşebbüsün şartlarının bulunması mümkündür. Eğer elverişli araçlarla icra edilen ve bölünebilen bir davranış söz konusuysa bu davranışı teşebbüsten dolayı cezalandırmamak için bir sebep yoktur. Örneğin bir tehlike suçu olan tehdit bakımından tehdit içeren mektubun gönderilene ulaşmaması halinde tehdit suçuna teşebbüs söz konusudur.¹²²⁰

Demirtaş'a göre de somut tehlike suçları neticeli suçlar kategorisine dahildir ve bu anlamda zarar suçları bakımından yapılan değerlendirmeler bu suçlar için de yapılabilir. Failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması ancak elinde olmayan sebeplerle somut tehlike suçunu tamamlayamamış olması gerekmektedir. Her ne kadar somut tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırılması durumunda salt davranışın değersizliğinin cezalandırılacağı eleştirisi haklılık taşısa da neticeli suç olan somut tehlike suçunun tüm unsurlarıyla gerçekleşebileceği fakat failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanamaması durumunda, gerçekleşme raddesine gelmiş bir somut tehlikenin elde olmayan sebeplerden dolayı meydana gelmemesi teşebbüs sebebiyle cezalandırmayı

¹²¹⁸ Antolisei, L'offesa, s. 87.

¹²¹⁹ Daragenli, Tehlike Suçları, s. 73.

¹²²⁰ Soyaslan, Teşebbüs Suçu, s. 205.

haklı kılacaktır. Elbette salt icra hareketlerine başlanmış olması yeterli görülmeyecek failin kastının somut tehlikeyi de kapsıyor olması gerekecektir. Örneğin, somut tehlike suçu olan TCK m. 179/1¹²²¹ bağlamında düşünüldüğünde failin diğer araç sürücülerini paniğe sevk etmek amacıyla kara ulaşım araçlarıyla güvenli bir şekilde seyahate hizmet eden işaretleri değiştirerek meydana getirmek istediği somut tehlike henüz meydana gelmeden bu yola girmekten kaçınılması veya işaretlerdeki değişikliklerin hemen fark edilerek kurala uygun bir şekilde araç sevk edilmesi halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Trafik işaretlerinin değiştirilmeye başlanmasıyla birlikte salt bunun varlığı teşebbüs için yeterli görülmeyecek, hayatı, sağlığı ya da malvarlığı tehlikeye düşecek kişinin failin icra hareketleriyle yakın ilişki içerisine girmesi ve tehlike alanına yaklaşmış olması aranmalıdır. Soyut tehlike suçlarından farklı olarak somut tehlike suçlarında davranışın yapılması yeterli olmayıp zarar suçlarında olduğu gibi somut tehlikeye yakın davranışlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Soyut tehlike suçlarında ise genel olarak teşebbüse elverişli olmayıp davranışın parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüs gündeme gelebilir.¹²²²

Somit tehlike suçları neticeli suçlardan olduğu için teşebbüsün mümkün olduğu, soyut tehlike suçlarına da davranış parçalara bölünebildiği ölçüde teşebbüsün mümkün olduğu, ancak TCK m. 35 uyarınca bu tür suçlarda zarar yahut tehlike şeklinde bir netice öngörülmediği için cezayı belirlemenin mümkün olmadığı da belirtilmektedir.¹²²³

¹²²¹ **TCK m. 179/1:** “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hale getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.”

¹²²² **Demirtaş**, s. 348 – 350, 354, 355.

¹²²³ Bu yönde bkz. **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 472, dn. 76; Hem soyut hem somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olduğu yönünde bkz. **Hakeri**, Genel Hükümler, s. 514.

Petrini'ye göre de tatmin edici bir çözüme ulaşmak için farklı durumları birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Buna göre, soyut tehlike suçları söz konusu olduğunda (özellikle sırf tehlike suçu olarak yapılandırılmışsa), ihlal ilkesi ışığında cezalandırma eşiğini bu kadar çok öne çekmek meşru görünmemektedir. Tehlikenin suçun neticesini teşkil ettiği somut tehlike suçlarındaysa (kişinin kendi eşyasını yakması hipotezini düzenleyen İCK m. 423/2 hükmünde olduğu gibi) ateş yakan kişinin davranışının kamu güvenliğini tehlikeye atmaya elverişli olduğu ancak itfaiyecilerin zamanında müdahalesiyle yangının hemen söndürüldüğü hallerde kişiyi cezalandırmanın önünde bir engel yok gibi görünmektedir. Öte yandan aynı sonuca suçun anlamsal olarak zengin unsurlarından birisinin, hâkime korunan menfaatin gerçek anlamda bir tehlikeye atıldığını doğrulama görevi yükleyen sadece görünüşte soyut tehlike suçları bakımından da ulaşılabilmektedir (örneğin başkasının malını yakmayı düzenleyen İCK m. 423/1).¹²²⁴

Öğretide tehlike suçlarına teşebbüsü mümkün görmekle birlikte tam teşebbüsün mümkün olmadığını belirten görüşler bulunmaktadır. Örneğin 765 sayılı TCK m. 394 hükmünde “*Halkın içeceği sulara ve yiyeceği veya içeceği her çeşit şeylere zehir katarak ve sair suretle bozarak umumun sıhhatini tehlikeye düşüren kimse...*” cezalandırılmaktaydı. Erman ve Özek'e göre bu suç bir tehlike suçu olduğundan tam teşebbüs durumu düşünülemez; ancak davranış parçalara bölünebildiği için eksik teşebbüs mümkündür; nitekim bir içme suyu deposuna zehir yahut sağlığa zararlı maddeleri katarken yakalanan kişinin durumu buna örnektir.¹²²⁵ Yazarlar 765 sayılı TCK

¹²²⁴ **Daide Petrini**, “*Delitto tentato*”, in. **Carlo Federico Grosso – Marco Pelissero – Daide Petrini – Paolo Pisa**, Manuale di diritto penale parte generale, B. 3, Giuffrè Francis Lefebvre ed., Milano 2020, s. 538.

¹²²⁵ **Sahir Erman – Çetin Özek**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selâmetine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369 – 413), “Globus” Dünya Basınevi, İstanbul 1995, s. 182.

m. 395¹²²⁶ hükmüne ilişkin yaptıkları açıklamalarda da tehlike suçu olan fiilin tam teşebbüse elverişli olmadığını belirtmişlerdir zira ya tehlike gerçekleşmiştir ve suç tamamlanmıştır yahut tehlike yoktur ve fail cezalandırılmaz.¹²²⁷

Öğretide tehlike suçlarının tamamının şekli suçlar kategorisine dahil olduğunu belirterek bu suçlara ancak eksik teşebbüsün mümkün olabileceğini zira davranışın gerçekleştirilmesiyle suç tamamlandığı için tam teşebbüsün mümkün olamayacağını belirten görüşler de bulunmaktadır.¹²²⁸

Fiorella'ya göre tehlike neticesine teşebbüs, tartışmalı bir tehlikenin tehlikesini teşkil edebilir. Gerçekten de burada bir tehlike meydana getirmeye yönelik elverişlilik (yani tehlike yaratma tehlikesi) cezalandırılmaktadır. Aynı problem tamamlanması öne çekilmiş suçlarda da mevcuttur. Şunu belirtmek gerekir ki farklı suç tiplerine yönelik her çözümün belirli bir tartışılabilirlik payı vardır. Problemin daha doğru analizi teşebbüsün mümkün olup olmadığını belirlemek için her bir suç tipini kendi özel yapısı içinde ele alarak ve bunların İCK m. 56 (TCK m. 35) hükmünde tanımlandığı şekliyle teşebbüsün yapısıyla uyumluluğunu dikkatlice değerlendirerek mümkün olabilir. Bu analiz yapılırken unutulmamalıdır ki ihlal ilkesi İCK m. 56 hükmünün, en nitelikli içeriklerini

¹²²⁶ **Eski TCK m. 395:** “Halka dağıtmaya veya parasız verilmeye mahsus her nevi yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları- bunları yiyen veya içenin sıhhatini hafif veya ağır surette bozmaya sebep olacak şekilde tağşiş veya taklit veya tağyir eden veya bu gibi şeyleri bilerek satan ve veren veya mağşuş ve sıhhate zararlı olduğunu bildiği halde satılmak üzere mağaza veya dükkanında bulunduran ve gıdaları ve ilaçları bu suretle tağşişe, taklit veya tağyire yarayan maddeleri bu hususlarda kullanılacağını bilerek satan veya tedarikine yol gösteren veya yardım eden kimseler bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmibin liradan yüzbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur ve bu gibi maddelerin tamamı müsadere ve imha olunur.”

¹²²⁷ **Erman – Özek**, s. 193; Aynı yönde bkz. **Daragenli**, Tehlike Suçları, s. 74.

¹²²⁸ **Pervin Aksoy İpekçioğlu**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 185; Aynı yönde bkz. **Gürkan Özocak**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 213, 214.

ortadan kaldıracak şekilde ihlalin öne çekilmesi sonucunu doğuracak her türlü yorumu dışlamaktadır.¹²²⁹ Benzer yöndeki bir görüşe göreyse tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin problem genellemelerle çözümlenebilir değildir. Çünkü tehlikenin özellikle yoğun ve zarar verici unsurlarla ortaya çıktığı suçlar bulunmaktadır. Örneğin kamu güvenliği hukuki varlığına yönelik bir tehlike suçu olan İCK m. 428 hükmünde düzenlenen gemi kazası, batma ya da havacılık felaketi suçu buna örnektir. Mevcut hukuk açısından derinlemesine teorik analizlerin eksikliği göz önüne alındığında, Alman Ceza Kanunu’nun her bir suçla ilgili olarak teşebbüsün kabul edilebilirliğini¹²³⁰ belirleme yaklaşımı benimsenebilir görünmektedir.¹²³¹

Bize göre de tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin problem genellemelerle ve önceden belirlenmiş kurallarla çözümlenebilir nitelikte değildir. Tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırılması halinde tehlikenin tehlikesinin cezalandırılacağı ve bunun da ihlal ilkesine aykırı düşeceği yönündeki eleştirilerin haklılık payı bulunmaktadır. Ancak tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırıldığı her halin ihlal ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenemeyecektir. Zira belirli koşulları sağlıyor olmaları ve ihlal edicilik içeriğine sahip bulunmaları halinde hazırlık hareketlerinin dahi cezalandırılması meşru görülmektedir. Cezalandırılabilirlik alanının hazırlık hareketlerine kadar çekilebildiği bir sistemde tehlike suçlarına teşebbüsün her halükârda ihlal edici içerikten yoksun olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. De Vero’nun

¹²²⁹ **Antonio Fiorella**, *Le strutture del diritto penale questioni fondamentali di parte generale*, G. Giappichelli Ed. Torino 2018, s. 517.

¹²³⁰ Alman Ceza Kanunu m. 311/2, m. 312/2 ve 315/2 buna örnektir. Bu konuda bkz. **Ünal**, *Tehlike Suçları*, s. 343; Bkz. **Bekar**, *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları*, s. 247, 248.

¹²³¹ **Ignazio Giacona**, “*Sezione IX: Il tentativo*”, in. *Diritto penale (diretto da Alberto Cadoppi – Stefano Canestrari – Adelmo Manna – Michele Papa)*, Tomo primo, Utet Giuridica, Milano 2022 (versione eBook).

da isabetle belirttiği üzere, somut olayın özelliklerini göz önüne alan bir müdahale marjının bırakılması isteniyorsa, “elverişlilik” kavramının anlamının sınırları zorlanarak yorumlanmasıyla tehlike suçuna teşebbüsün ancak ex ante bir değerlendirme sonucunda basit bir imkân halinde değil tamamlanmasının neredeyse kesin olduğu hallerde tespit edilmesi gerektiği savunulmalıdır.¹²³² Demirtaş da somut tehlikeye yakın davranışların somut tehlike suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir.¹²³³

Suçun objektif gerekliliklerinden yola çıkılarak, suça teşebbüsü tespit bakımından “ihtimal” kriterine yapılan atfın, tehlike suçlarına ilişkin olarak öğretideki bazı çalışmaların ortaya çıkardığı temel bir ayrımın uyum içerisinde olduğunu görmek zor değildir. Gerçekten de ex ante değerlendirmeden kaynaklanan objektif olarak tespit edilebilir fiili durumlarla bu değerlendirmeden yola çıkarak ihlalin ihtimalini belirleyen fiili durumlar birbirine karıştırılmamalıdır. Yakın zamanda önerilen bir terminolojiye göre, tehlike yargısına içkin ex ante yargı yöntemi, belirli bir olay ya da durumun nihai ihlal neticesine işaret etmesi gereken ‘ara netice’ olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar nihai ihlal neticesi bakımından teşebbüse ilişkin bir değerlendirme yapmak zor görünse de ‘ara netice’ bakımından bir değerlendirme yapmanın önünde kural olarak bir engel yoktur.¹²³⁴

¹²³² **De Vero**, Diritto penale II, s. 22; Bekar da somut tehlike suçlarına teşebbüs halinin tartışmalı olduğunu, somut tehlike suçuna teşebbüs sebebiyle cezai sorumluluğun tespitinde elverişlilik değerlendirmesi gerçekleştirilerek somut olaya göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 247, 260.

¹²³³ **Demirtaş**, s. 350.

¹²³⁴ **Giovannangelo De Francesco**, “*Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*”, Cass. Pen., No. 5, Y. 2013, s. 1734, 1735.

Örneğin İCK m. 432¹²³⁵ ve TCK m. 179/1 hükümleri bağlamında kamuya açık bir karayoluna bir kaya yerleştirmeye çalışan kişinin durumunu ele alalım; kaya bir kez yolun ortasına yerleştirildiğinde, bu durum, ilgili suç tipinde öngörülen tehlikeye ilişkin yargılamayı meşrulaştıracak nitelikte olacaktır. Böyle bir durumda, “tehlike tehlikesinin” kabul edilemezliği önermesine dayanarak teşebbüsün yekten dışlanması bir perspektif hatasından kaynaklandığı açıktır. Söz konusu engelin varlığıyla bağlantılı ex ante değerlendirmenin sonucu olarak kamu güvenliği bakımından bir tehlikenin varlığına bakmakla, referans noktası olarak, kara yolunun tıkanmasıyla meydana gelen fiili durumu almak, bambaşka iki şeydir. Aslında ilk bakışta, teşebbüsü ve tehlikeyi aynı ihtimal düzleminde değerlendirip yan yana koyarak tabiri caizse ‘tehlike ile tehlikeyi’ birleştirmeye çalışmak uygun olmayacaktır. Ancak, m. 56 hükmünün sınırlarını, bu engelin yerleştirilmesi gibi tehlike yargısının temelini oluşturacak fiili bir durumun gelişimini ‘muhtemelen’ kapsayacak şekilde genişletmek kabul edilebilir görünmektedir. Bu anlamda failin ilgili suçla korunan hukuki varlığı tehlikeye atmak kastıyla kayayı yola doğru yuvarlarken yakalanması halinde suça teşebbüsten bahsedilebilecektir.¹²³⁶

Bize göre de objektif olarak tespit edilebilir fiili durumlar nazara alınarak failin bir suçu işlemeye yönelik icra hareketlerine başladığına yönelik değerlendirmeye somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin tespitine yönelik ex ante değerlendirme birbirlerine karıştırılmamalıdır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi fail, karayoluna bir kaya yerleştirmek üzere kayayı sürüklerken yakalandığında TCK m. 179/1 hükmüne teşebbüsten cezalandırılabilir. Burada referans noktası kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin ortaya çıkması değil, kayanın yerleştirilmesi şeklindeki tehlike

¹²³⁵ **İCK m. 432/1:** “Önceki maddelerde öngörülen durumlar dışında, kara, su veya hava yoluyla yapılan toplu taşıma güvenliğini tehlikeye atan, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

¹²³⁶ **De Francesco**, s. 1735 vd.

yargısının temelini oluşturacak fiili durumdur. İşte bu fiili durumun gelişme sürecini kapsayacak şekilde TCK m. 35 hükmünde düzenlenen teşebbüs hükümleri de uygulanabilirlik kazanacaktır. Kanun koyucu bazı hukuki varlıkları daha etkili korumak istediği kimi hallerde sanıyoruz ki suça teşebbüsü ispatlamanın zorluğunu da göz önünde bulundurarak aynı nitelikteki davranışın hem soyut tehlikesini hem de somut tehlikesini cezalandırmıştır. Örneğin kanun “*Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindeki hükmüyle (TCK m. 170/2) bir soyut tehlike suçu düzenlemiştir. Bu davranışların “*Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde...*” gerçekleştirilmesi halinde yani bir somut tehlikenin ortaya çıkması halindeyse TCK m. 170/1 hükmü uygulanacaktır.¹²³⁷ Bu anlamda TCK m. 170/1 hükmüne teşebbüsle TCK m. 170/2 hükmünde düzenlenen suçun tamamlanmış hali arasında bir fark bulunmadığı doğrudur¹²³⁸; ancak kanun koyucunun bu tür davranışların cezasız kalmasını önlemek adına yapmış olduğu bu müstesna tercihler somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşmaya elverişli değildir.

Sonuç itibarıyla yapıları izin verdiği müddetçe somut tehlike suçlarına da soyut tehlike suçlarına da teşebbüsün mümkün olduğunu, bu konuda genel geçer bir kural konulamayacağını, her bir suç tipi için ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Elbette teşebbüse ilişkin hükümler ihlal ilkesine aykırı bir cezalandırmaya kesinlikle izin vermemektedir; bu anlamda teşebbüs aşamasında kalmış davranışın

¹²³⁷ TCK m. 170/1 ve m. 170/2 hükümlerinde yer alan hipotezlerin her ikisinin de “zarar tehlikesi suçu” olduğu hakkında karşı görüş için bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 20 (Ancak yazar, aynı eserin 25. sayfasında TCK m. 170/2 hükmünde düzenlenen suçun “salt tehlike suçu” olduğunu belirtmektedir).

¹²³⁸ TCK m. 170/1 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin ayrıca bkz. **Özen**, Genel Tehlike, s. 31.

korunan hukuki varlıkla ilişkisinin kurulamadığı anlarda cezalandırma yoluna gidilmemelidir.

VIII. TEHLİKE SUÇLARI İLE ZARAR SUÇLARI ARASINDAKİ İÇTİMA İLİŞKİSİ

1. GENEL OLARAK SUÇLARIN İÇTİMAI

Bir kişinin birden fazla suç tipine ilişkin hükmü ihlal etmesi halinde cezanın nasıl belirleneceği problemi ortaya çıkmaktadır.¹²³⁹ Bir kişinin ceza kanununu birden çok kez ihlal etmesi ve bu nedenle de birden çok suçtan sorumlu olması durumunda suçların içtimaı söz konusu olmaktadır.¹²⁴⁰ Suçların içtimaı birden çok fiille kanunun aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesi ya da birden çok hükmünün ihlal edilmesi halinde söz konusu olabileceği gibi, tek bir fiille kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle de ortaya çıkabilir.¹²⁴¹ Bu anlamda suçların içtimaı, birden fazla suçun tek bir failde toplanmasını ifade eder. Esasında ceza hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza ilkesidir. Dolayısıyla kural olarak ceza hukukunda gerçek içtima (cezaların içtimaı) geçerlidir ve işlenen her bir suç sebebiyle ayrı bir cezaya hükmolunur.¹²⁴² Birden çok ihlalin tek suç sayılmasını ve faile tek ceza verilmesini öngören suçların içtimaı hükümleriyse¹²⁴³ cezaların içtimasının bir istisnasını

¹²³⁹ **Türkan Yalçın Sancar**, Müteselsil Suç, Seçkin Yay., Ankara 1995, s. 15 vd.; **Göktürk**, s. 5.

¹²⁴⁰ **Hafizoğulları – Özen**, Genel Hükümler, s. 354; Ayrıca bkz. **Kayıhan İçel**, Suçların İçtimaı (Genel Bilgiler – Fikrî İçtima – Müteselsil Suçlar – Görünüşte İçtima), Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s. 9 vd.

¹²⁴¹ **Toroslu – Toroslu**, s. 358.

¹²⁴² **Göktürk**, s. 6.

¹²⁴³ **Toroslu – Toroslu**, s. 358; **Türkan Yalçın Sancar**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, TBBD., S. 70, Y. 2007, s. 246.

oluşturmaktadır.¹²⁴⁴ Bu anlamda suçların içtimainı düzenleyen normlar ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltan tamamlayıcı nitelikteki ceza normlarıdır.¹²⁴⁵

Suçların içtimainın gündeme gelebilmesi için bir fail tarafından gerçekleştirilen birden çok suçun bulunması gerekir. Bu anlamda suçların içtimaina ilişkin temel mesele suç tekliği – suç çokluğu ayrımı ile fiil tekliği – fiil çokluğu ayrımları olmaktadır.¹²⁴⁶ Fiil, neticeli suçlarda davranış (hareket veya ihmal), netice ve illiyet bağından; neticesiz suçlarda ise salt hareket veya ihmalden ibarettir.¹²⁴⁷ Bu anlamda fiil tekliğinden bahsedilebilmesi için sırf davranış suçlarındaki hareket yahut ihmal şeklindeki davranışın; neticeli suçlarda ise neticenin tek olması gerekir. Neticenin tek olması için de failin davranışı sonucunda dış dünyada meydana gelen ve hukuken önem arz eden değişiklik tek olmalıdır. Dolayısıyla ateşli silahtan atılan bir mermi ile bir kişinin öldürülmesi diğerinin de yaralanması halinde iki netice ve bu nedenle iki fiil meydana getirilmiştir.¹²⁴⁸

Bu konuda belirtmemiz gerekir ki hareket tekliği ile fiil tekliği ve suçun tekliği aynı şeyi ifade etmemektedir. Zira tek bir hareketle birden fazla suç meydana getirilebilir. Örneğin tek bir sözle birden fazla kişiyi tehdit etmek mümkündür. Bu durumda mağdur sayısı kadar suç meydana gelmektedir. Öte yandan hareketi oluşturan ve aynı hedefe

¹²⁴⁴ Bkz. **Yalçın Sancar**, Mütessesil Suç, s. 15; **Koca**, s. 197.

¹²⁴⁵ **Hafizoğulları – Özen**, Genel Hükümler, s. 354.

¹²⁴⁶ **Göktürk**, s. 7, 8.

¹²⁴⁷ **Katoğlu**, “*Biçim ve İçerik*”, s. 142; Tercih ettiğimiz terminolojinin gerekçeleri için bkz. **Öntan**, s. 25 – 30; Fiil teriminin kanunda kullanıldığı yere göre farklı anlamlar taşıyabildiği belirtilmektedir. Bu terim pek çok yerde suçla eş anlamlı ya da suçun esasını veya önemli bir kısmını yansıtan bir içerikte yahut daha dar bir şekilde “hareket” terimi yerine kullanılabilir. Bu konuda bkz. **Selman Dursun**, Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 160 vd.

¹²⁴⁸ **Toroslul – Toroslul**, s. 368.

yönelen faaliyetlerin çokluğu da birden çok suça vücut vermeyecektir. Aynı amaca yönelik faaliyetler arasında kayda değer bir zaman aralığı bulunmuyorsa hareket tektir.¹²⁴⁹

Suç sayısının belirlenmesinde hareketin ya da fiilin tekliği kriterleri esas alınamaz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi tek bir hareketle birden fazla suçun işlenmesi mümkündür. Öte yandan fiil sayısının da suç sayısını belirlediği iddia edilemez aksi halde tek bir fiille kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmesini düzenleyen fikri içtima düzenlemesinin bir anlamı kalmaz. Bu nedenle suç sayısının belirlenmesinde “normun ihlali” kriteri esas alınarak suçun bütün unsurlarının gerçekleşmesini arayan görüşlere katılmak gerekmektedir.¹²⁵⁰

TCK’nın kabul ettiği sistemde de suçların içtimasına ilişkin düzenlemeler kanunun 42 ila 44. maddeleri arasında yer almaktadır. Bunlar sırasıyla bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimadır. Çalışmamızın kapsamı gereği bunlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmayacak, sadece tehlike suçu ile birlikte zarar suçunun meydana geldiği hallerde fikri içtima hükümlerinin uygulanabilirliği incelenecektir.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki fiil ile ceza normları arasındaki ilişki bakımından meydana gelmesi mümkün olan bir durum da çeşitli ceza normlarının aynı fiille ilgili görünmesine karşılık esasında bunlardan sadece bir tanesinin uygulanabilir olmasıdır. Fikri içtima halinde de fiille ilgili birden çok ceza normu bulunmakla birlikte, fiil çeşitli yönleri itibariyle normlar tarafından değerlendirilmekte, farklı suçları meydana getirmekte ve kanun koyucu suç çokluğunu bir kenara bırakıp failin en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını öngörmektedir. Görünüşte içtima

¹²⁴⁹ **Yalçın Sancar**, Müteselsil Suç, s. 28; **Yalçın Sancar**, “Zincirleme Suç”, s. 249.

¹²⁵⁰ **İçel**, Suçların İçtiması, s. 40; **Yalçın Sancar**, Müteselsil Suç, s. 27; **Yalçın Sancar**, “Zincirleme Suç”, s. 247.

hallerindeyse, fiille ilgili birden fazla ceza normu bulunmakla birlikte bunlardan sadece bir tanesinin fiilin hukuka aykırılığını kapsama bakımından yeterli olması halini ifade eder. Bu durumda artık suçların ve normların çokluğu söz konusu olmayacak, gerçek anlamda bir içtima halinin bulunduğu söylenemeyecektir.¹²⁵¹

Tehlike suçuyla zarar suçunun birlikte gerçekleştiği durumlarda içtima ilişkisinin hangi kurallar çerçevesinde belirleneceği öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır. Meselenin fikri içtima kuralları üzerinden çözülmesi gerektiğini belirten görüşler olduğu gibi, bu hallerde içtimanın görünüşte olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında görünüşte içtima ilişkisi kurulabileceğini kabul edenler de meseleyi genel norm – özel norm, asli norm – tali norm ya da geçitli suç üzerinden açıklayanlar olarak üçe ayrılmaktadır. Bir sonraki başlıkta bu görüşler incelenecektir.

2. TEHLİKE SUÇU İLE BİRLİKTE ZARAR SUÇUNUN MEYDANA GELDİĞİ HALLERDE İÇTİMA SORUNU

TCK m. 44 hükmüne göre, *“İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”*. Bu maddeden yola çıkılarak fikri içtima bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmesi olarak tanımlanabilmektedir.¹²⁵² Fikri içtima halinde fail tarafından gerçekleştirilen fiilin ihlal ettiği hukuki varlıkların çokluğu o fiilin farklı suç tipleriyle ilişkisini sonuçlar. Bu durumda fiilin tek bir açıdan değerlendirilmesi, söz konusu fiilin tüm hukuka aykırılık niteliğinin karşılanması bakımından yeterli olmaz ve bu sebeple kanunun farklı hükümlerinin aynı fiille ilgisi meydana çıkar ve böylece fikri içtima gündeme gelir.¹²⁵³

¹²⁵¹ İçel, Suçların İçtiması, s. 167, 168.

¹²⁵² Toroslu – Toroslu, Genel Kısım, s. 367.

¹²⁵³ İçel, Suçların İçtiması, s. 57.

Hem gerçek içtima halinde hem de fikri içtima halinde birden çok suç bulunmaktadır; ancak gerçek içtima halinde fiil sayısı birden fazla olmasına karşılık fikri içtimada sadece tek bir fiil bulunmaktadır. Birden çok suç tipinin tek bir fiille ihlali sebebiyle suç çokluğunun fikri (düşünsel) olduğu belirtilmektedir. Bir başka deyişle fikri içtima halinde birden fazla suç tek bir fiil içerisinde düşünsel anlamda erimektedir.¹²⁵⁴

Fikri içtima hali bir suç çokluğu hali olmasına rağmen faile suç sayısınınca değil, sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir. Suç çokluğu haline rağmen faile tek ceza verilmesinin sebebi failin hukuk düzenini ihlal etme iradesinin tek olmasıyla,¹²⁵⁵ fiilin tek olmasıyla¹²⁵⁶, çifte ya da mükerrer değerlendirme yasağıyla ve haksızlık içeriğinin tüketilmesiyle açıklanmaktadır.¹²⁵⁷ Biz çalışmanın sınırlarını aşmamak adına bu sebepler üzerinde durmayacağız. Ancak belirtmemiz gerekir ki fikri içtima halinde meydana gelen suçlar birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla en ağır cezayı gerektiren suç herhangi bir nedenle cezalandırılmadığında diğer suçtan kaynaklı sorumluluk devam eder.¹²⁵⁸

¹²⁵⁴ **Göktürk**, s. 59, 60.

¹²⁵⁵ **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 382, §1128; **Toroslu – Toroslu**, Genel Kısım, s. 367.

¹²⁵⁶ **Koca**, s. 201: Yazara göre fikri içtima bir fiilin haksızlık içeriğinin çeşitli hukuki bakış açılarından anlaşılmasını mümkün hale getiren bir kurum olarak anlaşılmalıdır. Fikri içtima, fiilin farklı yönlerden değerlendirilmesidir ve özünü fiil tekliği üzerine gerçekleştirilen değerlendirme çokluğundan almaktadır.

¹²⁵⁷ Bkz. **Göktürk**, s. 64 vd; Öte yandan bir görüşe göre fikri içtima halinde faile tek ceza verilmesini haklı gösterebilecek bir durum bulunmamaktadır. Fiilin tekliği de diğer suç çokluğu hallerinden ayrı bir işlem için yeterli değildir. Meydana getirmek istediği iki suçu zamandan tasarruf ederek iki kere çaba göstermeksizin tek fiille gerçekleştirme yetisini gösteren failin ödüllendirilmesi düşünülemez. Bu konuda bkz. **İçel**, Suçların İctimai, s. 59, 60.

¹²⁵⁸ **Hafizoğulları – Özen**, Genel Hükümler, s. 359.

Öğretideki bir görüşe göre, failin fiili aracılığıyla aynı anda farklı bir suç tipi içerisinde bulunan bir neticeye sebep olması durumunda da fikri içtima gündeme gelir. Nitekim genel tehlike yaratan suçların bir zarara yol açması durumunda bu ihtimal gerçekleşmiş olur. Örneğin “*Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda; a) Yangın çıkaran, b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan, c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan, kişi...*” bu fiiliyle bir ya da birkaç kişinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olmuşsa fikri içtima hali gerçekleşmiş olur. Benzer şekilde alkol veya uyuşturucu etkisi altında emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek olmasına karşılık araç kullanmak suretiyle bir kimsenin ölümüne sebep olan kişi de fikri içtima kuralları gereğince sadece kasten öldürme suçunun cezasıyla cezalandırılacaktır.¹²⁵⁹

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak belirli tehlikelere sebep olunmasından sonra zararın meydana gelmesi hallerine özel hükümlerde ayrıca yer vermemiştir (TCK m. 97/2 ve m. 98/2 istisna olarak gösterilebilir¹²⁶⁰). Bu sebeple meydana gelen zarar neticesi bakımından kusura dayalı sorumluluk sistemi gereğince neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler kapsamında sorumluluk yoluna gidilmelidir.¹²⁶¹ Bununla birlikte bu gibi hallerde fikri içtima (TCK m. 44) hükümlerinin

¹²⁵⁹ Bu konuda bkz. **Koca**, s. 209, 213.

¹²⁶⁰ **Hakeri**, s. 651.

¹²⁶¹ Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarla ilgili olarak ayrıca bkz. **Koray Doğan**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 1 vd.; **Atacan Köksal**, Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 84 vd.

uygulanması gerektiği ve fail hakkında tek bir suçtan dolayı cezaya hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹²⁶²

Nitekim TCK m. 170 hükmünün gerekçesine göre de *“Bu fiillerin işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi hâlinde, meydana gelen zarara ve bu zararın meydana gelmesi açısından failin kast veya taksirine göre başka suçlar oluşacaktır. Örneğin, toplumda genel güvenliği tehlikeye sokan bir etki meydana getiren fiiller sonucunda bir veya birkaç kişi ölmüş veya yaralanmış ya da kişiler malvarlığı itibarıyla zarar görmüş olabilir. Bu gibi durumlarda, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.”*¹²⁶³ Yargıtay’ın bazı kararlarında da genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak ve kasten yaralama suçlarının birlikte gerçekleştiği hallerde TCK m. 44 hükmünde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı hüküm kurulması gerektiği belirtilmektedir.¹²⁶⁴ Yargıtay’ın bu kararlarına göre,

¹²⁶² **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 101; **Demirbaş**, s. 602: Yazara göre, trafik kazası sonucu taksirle öldürme fiili gerçekleşirse TCK m. 85 ve m. 180 hükümleri ihlal edilmiş olur ve fikri içtima kuralları gereğince cezası daha ağır olan suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilir.

¹²⁶³ Madde gerekçesinin “farklı neviden fikri içtima” terimiyle kastettiği TCK m. 44 hükmünde düzenlenen fikri içtima halidir. Öğreti ve uygulamada TCK m. 43/2 hükmünde düzenlenen zincirleme suç hali “aynı neviden fikri içtima” olarak nitelendirilmektedir. Ancak kanun “Fikri içtima” başlığı altında tek bir düzenleme gerçekleştirmiştir bu nedenle “Zincirleme suç” başlığı altında düzenlenen TCK m. 43/2 hükmünü bir tür fikri içtima hali olarak nitelendirmeyi yerinde bulmuyoruz.

¹²⁶⁴ **Yar. 3. CD., E. 2017/10805, K. 2018/6142, T. 04.04.2018**: “Suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde aracına ateş ederek mağduru vücudunda kemik kırığı meydana gelecek şekilde yaralaması şeklinde gerçekleştirdiği eylemlerin genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak ve kasten yaralama suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK’nin 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması, buna göre de suça sürüklenen çocuk hakkında sadece TCK’nin 86/1, 86/3-e ve 87/3. maddeleri uyarınca hüküm kurulması gerekirken ayrıca genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçundan da hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş...” (www.lexpera.com, SGT. 22.06.2024); **Yar. CGK., E. 2013/319, K. 2015/24, T. 03.03.2015**: “TCK’nun 170/1. maddesinde düzenlenen genel güvenliğin kasten tehlikeye

genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak suçuyla taksirle yaralama suçlarının birlikte gerçekleştiği hallerde de TCK m. 44 hükmü uygulanarak en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır.¹²⁶⁵

sokulması suçu, belli bir kişiye yönelik olmayıp belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya mal varlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda işlenen kasıtlı bir suçtur. Buna göre, belli bir amaç ve hedef gözetildiği takdirde bu maddede düzenlenen suç oluşmayacaktır.

Benzer suç tipinin düzenlendiği 765 sayılı TCK'nun 264/7. maddesinde; "...eylem başka bir suçu oluştursa bile..." ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle, aynı eylemle başka bir suçun oluşması halinde, her suçtan ayrı ayrı cezalandırma sistemi getirilerek, bu suç bağlamında "fikri içtima" kurallarının uygulanması engellenmiş ise de, 5237 sayılı TCK'nun aynı suçu düzenleyen 170. maddesinde böyle bir ifadeye yer verilmemiş, dolayısıyla da, fikri içtima uygulaması açısından herhangi bir istisna getirilmemiştir.

Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.12.2006 gün ve 317-319 sayılı kararında da; "...5237 sayılı TCK'nun 170. maddesinde, 765 sayılı TCK'nun 264/7. maddesindeki düzenlemeden farklı biçimde eylemin bir başka suçu oluşturması halinde ayrıca cezalandırılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde, eylemin aynı zamanda bir başka suçu da oluşturması halinde 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılması söz konusu olur" denilmek suretiyle, 5237 sayılı TCK'nun 170. maddesi bağlamında aynı kanunun 44. maddesinde düzenlenen farklı nevi'den fikri içtima kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu, tereddüte meydan verilmeyecek bir biçimde ortaya konulmuştur." (www.lexpera.com, SGT. 22.06.2024).

¹²⁶⁵ **Yar. 8. CD., E. 2007/8611, K. 2007/9047, T. 17.12.2007:** *"Bilinçli taksirle yaralama ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından açılan davalarda, 765 sayılı TCK'nun 264/7. madde ve fıkrasındaki " ... eylem başka bir suçu oluştursa bile ... " şeklindeki düzenlemenin 5237 sayılı TCK'nun 170/I-c madde ve fıkrasında yer almadığı gözönüne alındığında, bir bütün halinde "sanığın işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi" nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı gereğince en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, bilinçli taksirle yaralama ve korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etme suçlarından ayrı ayrı mahkûmiyet hükmü kurulması;... Bozmayı gerektirmiş..." (www.lexpera.com, SGT. 22.06.2024).*

Karşı yöndeki görüşlere ve Yargıtay'ın bazı kararlarına göreyse, zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında görünüşte içtima hallerinden asli norm – tali norm ilişkisi mevcuttur. Bu konuda açıklamalara geçmeden önce, asli norm – tali norm ilişkisinden kısaca bahsetmek gerekir. Kimi zaman davranış bir normla birlikte bir başka normu da zorunlu olarak ihlal etmiş olabilir. Fakat ihlal edilen diğer norm, suç tipinde ne bir unsurdur ne bir ağırlaştırıcı sebeptir ne de suç tipinde yer almıştır. Failin gerçekleştirmek istediği suçu düzenleyen norm ihlal edildiği durumda, bu ihlalle birlikte zorunlu olarak ihlal edilmesi gereken norm, uygulanabilme imkanını yitirir. Asli normun uygulanabilme imkanının kalmadığı hallerdeyse tali norm uygulanabilir hale gelir. Asli norm – tali norm ilişkisinde fail bir normu ihlal etmek ve suçu gerçekleştirmek için diğer normların üstüne çıkmaktadır. Asli norm – tali norm ilişkisi açık veya zımni şekillerde mevcut olabilir. Kimi hallerde norm açıkça kendisinin tali norm olduğunu belirterek asli normun ortaya çıkmadığı hallerde uygulanabilme imkânı olduğunu gösterebilir (örn. TCK m. 244/4¹²⁶⁶). Kimi hallerdeyse zımni bir asli norm – tali norm ilişkisi mevcuttur. Bu hallerde kanunun esas fikri (ratio legis), normlar arasındaki ilişkiler ve normun içerdiği suçun özellikleri aracılığıyla ilgili normun tali bir norm olduğu ve asıl normun uygulanma alanı bulmadığı hallerde uygulanabileceği ortaya çıkar¹²⁶⁷. Örneğin, suç tipinin tamamlandığı durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Öyleyse tamamlanan suçlarda teşebbüs hükümleri tali nitelik arz ederler. Feri faillik (örn. yardım etme) asli faillik (örn. birlikte faillik) karşısında tali niteliktedir. Zarar suçlarına da tehlike suçları karşısında asli norm niteliğine sahiptir. Hatta zarar suçunun somut tehlike suçuna göre, somut tehlike suçunsa soyut tehlike suçuna göre asli norm niteliğinde olduğu

¹²⁶⁶ **TCK m. 244/4:** “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının **başka bir suç oluşturmaması halinde**, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

¹²⁶⁷ **İçel**, Suçların İçtimalı, s. 209.

belirlenmektedir¹²⁶⁸. Bir normun ihlal edilmesiyle birlikte korunan hukuki varlık zarar gördüğünde artık bunun tehlikeye uğramış olduğu söylenemez. Fakat zararın meydana gelmediği hallerde dahi tehlike cezalandırılıyorsa, bu durumda tehlikeyi cezalandıran norm ortaya çıkar.¹²⁶⁹

Zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında asli norm – tali norm ilişkisi bulunduğunu belirten görüşlere göre zararın meydana gelmesi halinde hem zarar hem de tehlike suçundan cezalandırmaya gidilmeyecek, meydana gelen zarar esas alınarak cezalandırma yoluna gidilecektir. Bu anlamda tehlike suçunun işlenmesiyle bir zarar neticesinin meydana gelmesi halinde failin bu zararından sorumluluğu kastına ya da taksirine göre belirlenecektir.¹²⁷⁰

Asli norm – tali norm ilişkisinde dikkat edilmesi gereken bir husus da çeşitli ceza normlarının içerdiği suçlar arasında bir zorunluluk ilişkisinin bulunması gerekliliğidir. Bu görünüşte içtima halinde tali normun içerdiği suçun işlenmesi asli normun içerdiği suçun meydana gelmesi bakımından zorunludur. Nitekim bu zorunluluk ilişkisi üzerinden zımni nitelikteki tali norm açığa çıkartılabilir.¹²⁷¹ Bir görüşe göre, zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında bu zorunluluk ilişkisi bulunmaktadır.¹²⁷² Ancak bir başka görüşe göreyse, zarar tehlikenin ardılı olsa da tehlike suçu zarar suçu karşısında müstakil olmaya devam etmektedir. Tehlike ile zarar suçları arasında böyle bir zorunluluk ilişkisi aramanın mantığı da bulunmamaktadır. Aksi yorum, tehlike suçlarının müstakil olduğu gerçeğiyle bağdaşmamaktadır.¹²⁷³

¹²⁶⁸ Koca – Üzülmüş, s. 568.

¹²⁶⁹ Önder, C. II – III, s. 484, 485.

¹²⁷⁰ Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları, s. 238.

¹²⁷¹ İçel, Suçların İçtiması, s. 209.

¹²⁷² Demirtaş, s. 360.

¹²⁷³ Ünal, Tehlike Suçları, s. 367, 368.

Zımnî nitelikteki asli norm – tali norm ilişkileri içerisinde cezalandırılmayan önceki fiiller¹²⁷⁴ de yer almaktadır. Cezalandırılmayan önceki fiillerde de yardımcı normun sonralığı ilkesi geçerlidir. Bu durumda tali nitelikteki önceki fiil ondan sonra gerçekleşen fiiller için genellikle bir araç ya da geçit durumundadır. Nitekim sonraki fiilin cezalandırılmasıyla birlikte önceki fiil de cezalandırılmış sayılacağı için önceki fiil sebebiyle ayrıca ceza verilmemektedir. Alman öğretisinde cezalandırılmayan önceki fiiller içerisinde bağımsız olarak cezalandırılan hazırlık hareketleri, teşebbüsle tamamlanmış suç ve tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki ilişki sayılmaktadır.¹²⁷⁵ Cezalandırılmayan önceki fiil ipotezi, tehlike suçları şeklinde özerk olarak yapılandırılan ancak suç teşkil eden davranış daha ileri bir aşamaya ulaştığında özerkliğini yitiren araçsal fiillerle ilişkilidir.¹²⁷⁶ Bununla birlikte cezalandırılmayan önceki fiiller ipotezinin koşullarından birisinin önceki ve sonraki fiillerin “aynı konu üzerinde, aynı mağdura ait, aynı hukuksal değeri yahut yakın nitelikteki hukuksal değerleri ihlal etmeleri” olduğu belirtilmektedir.¹²⁷⁷ Bu anlamda önceki fiilin teşkil ettiği suç tipinin genel tehlike yaratan bir suç olması ve sonraki fiilin bununla bağlantılı olarak taksirli bir zarara sebep olması halinde farklı hukuki varlıklar korunduğu için cezalandırılmayan önceki fiiller kapsamında değerlendirilme imkânı bulunmamaktadır.¹²⁷⁸

¹²⁷⁴ Cezalandırılmayan önceki fiil kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Erkan Sarıtaş**, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, İHM., C. 80, S. 2, Y. 2022, s. 618 vd: Yazar cezalandırılmayan önceki hareketler açısından tüketen norm – tüketilen norm ilişkisi olduğunu belirtmektedir (bkz. s. 628).

¹²⁷⁵ **İçel**, Suçların İçtiması, s. 218, 219: Yazarın da haklı bir şekilde belirttiği üzere tamamlanmış suçtan bağımsız bir kimliğe sahip olmayan teşebbüsü cezalandırılmayan önceki fiil olarak kabul etmek yerinde değildir. Cezalandırılmayan önceki fiiller bağımsız şekilde cezalandırılabilen fiiller olmalıdır.

¹²⁷⁶ **Pulitano**, s. 428.

¹²⁷⁷ **Sarıtaş**, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, s. 631.

¹²⁷⁸ **Sarıtaş**, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, s. 642, dn. 133.

Cezalandırılmayan önceki fiillerin görünüm biçimlerinden birisi de geçitli suçlardır. Bu şekildeki görünüşteki içtima halinde bir suçun işlenmesi için daha hafif nitelikteki bir suçun basamak haline getirilmesi söz konusudur. Basamak durumunda bulunan suç düzenleyen normun tali norm olması sebebiyle sadece ağır suç düzenleyen norm uygulanma alanı bulur.¹²⁷⁹ Öğretideki bir görüşe göre tehlike suçundan sonra zararın meydana gelmesi halinde geçitli suç kuralları geçerli olacak ve failin kusuru üzerinden suç tespit edilecektir. Nitekim bu görüşe göre, neticeli suçlarda netice sayısı fiil sayısını belirlediği için zarar tehlikesinin yanı sıra ayrıca bir ya da daha fazla zarar meydana geldiğinde tek fiil değil, birden çok fiil söz konusu olacaktır; dolayısıyla fikri içtima hükümleri uygulanma alanı bulamayacaktır. Bu durumda fail kasten yangın çıkarmış ve bunun sonucunda bir ya da daha fazla kimse ölmüş ya da yaralanmış yahut malvarlığı bakımından bir zarara uğramışsa geçitli suç kuralına uygun olarak sadece meydana gelen neticeden sorumlu olacaktır.¹²⁸⁰ Ancak ne var ki geçitli suçlarda geçerli olan zorunluluk ilişkisi dar anlamda bir zorunluluktur. Bir başka deyişle suçun işlenmesi için mutlaka daha hafif suçtan geçilmesi gerekliliği geçitli suçların belirleyici özelliğidir.¹²⁸¹ Bir başkasının hayatına, sağlığına ya da malvarlığına zarar vermek için TCK m. 170 hükmünde düzenlenen suçtan geçilmesi zorunlu değildir; bu nedenle TCK m. 170 ile zarar suçları (örn. TCK m. 81, 85, 86, 89, 151) arasında geçitli suç ilişkisi olduğu söylenemez.¹²⁸²

Öğretideki bir görüşe göre de tek bir fiille hem tehlike suçunu düzenleyen normun (örn. TCK m. 170) hem de zarar suçunu düzenleyen normun (örn. TCK m. 86) ihlal edilmesi halinde değerlendirme yapılırken öncelikle görünüşte içtima kuralları nazara

¹²⁷⁹ **İçel**, Suçların İçtimaı, s. 226, 227.

¹²⁸⁰ **Özen**, Genel Tehlike, s. 21, 22.

¹²⁸¹ **İçel**, Suçların İçtimaı, s. 234, 235.

¹²⁸² **Göktürk**, s. 237, dn. 746.

alınmalıdır. Yargıtay'ın bizim de yukarıda aktardığımız gibi kararlarına konu olan olaylarda asli norm – tali norm ilişkisinin varlığı gündeme gelebilir. Nitekim tehlike suçu neticesinde aynı zamanda zarar suçunun meydana gelmesi durumunda “zımni nitelikte asli norm – tali norm ilişkisinin bulunduğu ve zarar suçunun tehlike suçuna göre asli norm olduğu belirtilmektedir.” Ancak asli norm – tali norm ilişkisinin mevcut olması için ve cezalandırılmayan hareketlerden sonra işlenen fiil sebebiyle sorumluluğa gidilebilmesi için ikinci suçun mutlaka kasıtlı olması gerekmektedir. Dolayısıyla trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması fiili gerçekleştirilirken taksirle yaralama suçu gerçekleşirse bu iki suç arasında asli norm – tali norm ilişkisi bulunmayacaktır. Bu iki suç bakımından fikri içtima (TCK m. 44) kurallarının uygulanması halinde de trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işleyen failin, taksirle yaralama suçunu da işlemesi durumunda taksirle yaralamadan değil genel güvenliğin tehlikeye sokulmasından cezalandırılması gündeme gelecektir. Elbette TCK m. 179/2 ile taksirle yaralama (TCK m. 89) suçları bakımından tek bir fiilin mevcut olup olmadığı hususu tartışmalı olup suçların içtimainı gerektiren bir durumun bulunup bulunmadığı her somut olayda incelenmelidir. Kısacası bu görüş, tehlike suçuyla birlikte gerçekleştirilen zarar suçunun kasıtlı veya taksirli olmasına göre bir ayrıma gitmektedir.¹²⁸³ Nitekim benzer yöndeki bir görüşe göre de taksirle işlenen bir suçun değersizliğinin, kasten işlenen bir tehlike suçunun değersizliğini kapsamına alması mümkün değildir. Bu nedenle TCK m. 179/2-3 hükümleriyle birlikte taksirle yaralama fiili gerçekleşirse fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.¹²⁸⁴ Ancak Yargıtay'ın farklı

¹²⁸³ Bkz. **Demirel**, “*Karar Analizi*”, s. 1483 – 1488.

¹²⁸⁴ **Aynural**, s. 118; TCK m. 179 hükmünde düzenlenen suçun işlenmesi sonucunda ölüm ya da yaralanma gibi neticelerin de meydana gelmesi halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Yenerer Çakmut**, s. 789.

yöndeki bazı kararlarına göreyse taksirle yaralama suçu (TCK m. 89) trafik güvenliğini tehlikeye sokmak suçu (TCK m. 179/2) karşısında asli norm niteliğindedir.¹²⁸⁵

Bir görüşe göreyse, içtima ilişkisinin söz konusu olduğu suçların koruduğu hukuki varlıklardan yola çıkılarak bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, korunan hukuki varlık aynıysa görünüşte içtima kuralları; farklıysa fikri içtima kuralları uygulanmalıdır. Zarar ve tehlike suçlarının korudukları hukuki varlıklar farklıysa fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.¹²⁸⁶ Buna göre hukuki varlığa yönelik tehlikeyi cezalandıran norm, aynı hukuki varlığa yönelik zararı cezalandıran norm karşısında tali norm niteliğindedir. Bu anlamda trafik güvenliğini tehlike sokmayı düzenleyen TCK m. 179, kasten ya da taksirle öldürme ve yaralama suçlarını düzenleyen normlar karşısında tali norm niteliğindedir.¹²⁸⁷ Bununla birlikte TCK m. 151 ile korunan hukuki varlık (mülkiyet hakkı), TCK m. 179 hükmüyle korunan hukuki varlığı kısmen karşıladığı için asli norm – tali norm ilişkisi gündeme gelmeyecek ve koşulları varsa fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.¹²⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında bu yönde görüş bildirmiştir.¹²⁸⁹

¹²⁸⁵ **Yar. 16. CD., E. 2016/1216, K. 2016/6585, T. 10.11.2016:** “Sanığın sevk ve idaresindeki araçla katılanı yaralaması nedeniyle eylemine uyan ve asli norm olan TCK’nın 89/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verildiğinin anlaşılmasına göre; iddianamede aynı eylem için uygulanması talep edilen ve fakat uygulanan asli norm nedeniyle tatbik kabiliyeti bulunmayan tali norm mahiyetindeki TCK’nın 179/2 maddesinde düzenlenen tehlike suçu ile ilgili zamanaşımı süresi içerisinde ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi mümkün görülmüştür.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, SGT. 22.06.2024).

¹²⁸⁶ Bu görüşler için bkz. **Göktürk**, s. 239.

¹²⁸⁷ **Öztürk – Erdem**, s. 406; **Hakeri**, s. 651.

¹²⁸⁸ **Önok**, “Trafik Güvenliğini”, s. 186.

¹²⁸⁹ **Yar. CGK., E. 2018/384, K. 2022/567, T. 20.09.2022:** “Sanığın, sevk ve idaresindeki otomobille gündüz vakti yerleşim yeri dışındaki, iki şeritli ve iki yönlü, asfalt kaplama, kuru ve eğimsiz olan düz yolda 250 promil alkollü olarak seyir hâlindeyken, aynı yönde ve şeritte, önünde seyreden başka bir araca çarpması neticesinde tanık ...’in basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek, mağdur ... ile katılan ...’ün ise kemik kırığı oluşacak şekilde yaralanmasına

sebebiyet verdiği, mağdur ...'nın sanıktan şikâyetçi olmadığı ancak katılan ...'in sanıktan şikâyetçi olduğu olayda;

Görünüşte içtima hâllerinden biri olan asli norm-tali norm ilişkisinin bir boyutunu da tehlike ve zarar suçlarının oluşturması, ancak böyle bir ilişkiden söz edilebilmesi için tehlike ve zarar suçlarında korunan hukuki yararın yönünün aynı olmasının gerekmesi, bu suçlarda kronolojik açıdan daha önce ortaya çıkan tehlikenin bu sebeple tali norm olduğunda kuşku bulunmaması, uyuşmazlığa konu taksirle yaralama ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarında kişilerin vücut bütünlüklerinin ortak korunan hukukî yarar olarak karşımıza çıkması hususları birlikte değerlendirildiğinde; kişinin tehlikeli olarak ... kullandığı sırada kaza yaparak bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi durumunda yalnızca asli norm niteliğindeki taksirle yaralama suçundan cezalandırılacağı, dolayısıyla sanığın eyleminin yalnızca bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturacağı kabulünde zorunluluk bulunmakta olup, Özel Dairenin yerleşik içtihatları da bu yöndedir.”

Aktarılan bu karardaki karşı oylardan birisi ilgi çekicidir. Bu karşı oya göre, “Trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunun kesintisiz suçlardan olmasına karşın, taksirle yaralamaya sebebiyet vermek suçunun ani suçlardan olması ve kesintisiz suçlar ile ani suçlar arasında eylemin ayniyeti söz konusu olamayacağından fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı hususunda öğretide kısmen farklı görüşler ileri sürülmüş, ancak uygulamada bu hususta herhangi bir duraksama yaşanmamıştır. Esasında somut olayımızda TCK'nın 44. maddesinin koşullarının gerçekleşmeyeceği hususunda sayın çoğunluk ile aramızda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamasına karşın (...) Yukarıda açıklandığı üzere trafik güvenliğini tehlikeye düşürmek ve taksirle yaralamaya sebebiyet vermek suçlarında TCK'nın 244 maddesinin 4. fıkrasında olduğu gibi 'başka bir suç oluşturmaması halinde', TCK'nın 245.maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi 'fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde' şeklindeki koşullara yer verilmediği gibi ayrıca, incelemeye konu suçlar arasında asli norm-tali norm ilişkisinin bir başka görünümü olan geçit suç ve karma suç ilişkisinin mevcut olmadığı tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Zira geçit suç ilişkisinde; korunan hukuki yarar ile mağdurlarının aynı olmasının gerektiği gibi suçlardan birisini işlemek için diğerinin işlenmesinin zorunlu olmasına karşın, somut olayımızda her iki suçta korunan hukuki yarar ile mağdurların farklı oldukları gibi her iki suç arasında zorunluluk ilişkisinin de bulunmadığı da açıktır. (Örneğin cinsel saldırı (TCK m.102/2), ırza tasaddi (TCK m.102/1) ve kasten öldürme (TCK m.81) suçları açısından kasten yaralama suçu (TCK m.87) geçit suçudur). Ayrıca asli norm-tali norm ilişkisinin bir başka türü olan karma suçlarda korunan hukuki yararların farklı olması özelliğinin somut olayımızdaki suçlara uygun düşmesine rağmen, karma suçlarda da her iki suçun mağdurunun aynı olması koşulunun, somut olayımızda ki suçlar arasında gerçekleşmediği açıktır. Zira, trafik güvenliğini tehlikeye düşürmek ve taksirle yaralamaya sebebiyet vermek suçlarının mağdurlarının farklı

Bir görüşe göre bu aşamada TCK m. 179/2 hükmüyle TCK m. 89 hükmü arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokan kişi bir kimsenin taksirle yaralanmasına sebep verirse somut olayda hem TCK m. 179/2 hem de TCK m. 89 uygulanabilir olacaktır. Eğer burada fikri içtima hükümleri uygulanacak olursa cezası daha ağır olan TCK m. 179/2 hükmünden ceza verilmesi gerekir, fakat bu uygulama bizi yanlış sevk eder. Uygulanması gereken içtima kuralı asli norm – tali norm kuralıdır. Zira TCK m. 179/2 bir tehlike suçu olduğu için zarar meydana geldikten sonra zarar suçu olan TCK m. 89'un karşısında geri çekilmek zorundadır. Bu durumda fail mağduru taksirle yaralamayıp kasten trafik güvenliğini tehlikeye soktuğunda 2 yıla kadar hapis cezası alacakken, yaraladığında 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası alacaktır. Bu durum kanunun tehlike suçuna zarar suçundan fazla ceza öngörmüş olmasından

olduğu yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır. Bu durumda, trafik güvenliğini tehlikeye düşürmek suçu ile taksirle yaralamaya sebebiyet vermek suçu arasında asli norm-tali norm ilişkisinin bulunmadığı, asli norm-tali norm ilişkisi bulunan bütün suç türleri tek tek irdelenerek açıkça ortaya konulmuştur. (...) Yargıtay Yüksek 12. Ceza Dairesi ile Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun sayın çoğunluğu tarafından, bir taraftan kesintili suçlar ile ani suçlar arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağına dair öğretilde en azından tartışmalı olan bir husus tereddütsüz kabul edilirken, diğer taraftan öğretilde hiçbir tartışmanın yaşanmadığı mağdurları farklı olan suçlar arasında asli norm-tali norm ilişkisinin bulunmadığı yönündeki görüşlerin dikkate alınmama nedeni kanaatimizce yeterince açıklığa kavuşturulmamıştır. (...) Somut olayımızda, özellikle eylemler de tam ayniyetin söz konusu olmaması ve her iki suçun mağduru farklı olması nedeniyle istisnai düzenlemeler olan görünüşte içtima ve fikri içtima koşullarının gerçekleşmediği, dikkate alınarak ceza hukukunun ilkeleri arasında 'kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır' ilkesinden hareketle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekirken, kanaatimizce içtihat yoluyla kanan koyucu tarafından öngörülmeyen yeni bir istisnai hükmün doğmasına sebebiyet verilerek, kanunilik ilkesine aykırı davranılmıştır.” (https://karararama.yargitay.gov.tr, SGT. 22.06.2024); Benzer şekilde öğretilde de failin yangın çıkartıp bir kişinin ölümüne sebep olması halinde TCK m. 170/1 hükmüyle kasten öldürme suçu arasında gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. Memiş, “Genel Tehlike Yaratan Suçlar”, s. 799, 800.

kaynaklanmıştır. Halbuki tehlike suçuna verilecek olan ceza, zarar suçuna verilecek olan cezadan az olmalıdır.¹²⁹⁰

Hukuki varlıkların aynı olması halinde zarar suçunun asli norm, tehlike suçunsa tali norm mahiyetinde olması sebebiyle asli normdan kaynaklı cezalandırma durumunda fiilin değersizlik ve kusur içeriklerinin zarar suçundan kaynaklı cezalandırmakla tüketileceği fakat hukuki varlıkların farklı olması halinde fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği Alman öğretisinde de savunulmaktadır.¹²⁹¹ Alman öğretisinde Jakobs'a göre de somut ve soyut tehlike suçları bakımından bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Somut tehlike, kronolojik olarak zararın bir ön aşamasını teşkil eder; bu anlamda nihai aşama olan zarar suçu meydana geldiğinde tehlike suçu geri çekilir. Buna örnek olarak kasten öldürme suçunun karşısında terk suçunun geri çekilmesi verilebilir. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için suçlarla korunan hukuki varlıkların aynılığı aranmaktadır. Soyut tehlike suçlarında ise bu kuralın geçerli olduğu söylenemez, bu halde tehlike suçu zarar suçu karşısında geri çekilmez. Kasten trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuyla taksirle öldürme suçu arasında fikri içtima ilişkisi bulunur. Jakobs'a göre bunun sebebi tehlike, zarar neticesine ve taksirli suç da kasıtlı tehlikeye sebep olma durumuna göre özel norm durumunda değildir. Bu anlamda yazara göre somut tehlike ile zarar suçları arasında özel norm – genel norm ilişkisi; soyut tehlike ile zarar suçları arasındaysa fikri içtima ilişkisi bulunmaktadır.¹²⁹² Puppe'ye göre de tehlike, kronolojik olarak zararın ön aşamasını teşkil eder. Tehlike suçlarında korunmak istenen hukuki varlık bulunmaktadır; ancak suçun meydana gelmesi için tehlikenin varlığı dışında bir şart aranmaz. Dolayısıyla tehlike suçu zarar suçuna göre genel norm niteliğindedir ve aynı

¹²⁹⁰ **Hakeri**, s. 652.

¹²⁹¹ Bu konuda bkz. **Demirtaş**, s. 359; Ayrıca bkz. **Doğan**, s. 192, dn. 82.

¹²⁹² Jakobs'un görüşleri için bkz. **Doğan**, s. 190, 191.

hareketle her iki suçun gerçekleştirilmesi halinde tehlike suçu zarar suçunun gerisine çekilir. Ancak bu kural her somut olay için geçerli değildir zira tehlike suçunun meydana gelmesi için gerekli olan tüm unsurları zarar suçu içermeyebilir. Bu durumda fikri içtima hükümlerini uygulamak gerekir.¹²⁹³

Tehlike suçuyla zarar suçunun aynı hukuki varlığı korumadığı haller arasında soyut tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki ilişkiye dikkat çekilmektedir. Buna göre, soyut tehlike suçları genel güvenliği koruduğu için zarar suçlarıyla aynı hukuki varlığı korumamaktadır. Buna yangın çıkarma ve alkollü araç kullanma halleri örnek olarak verilebilir. Ancak bazı somut tehlike suçları da bireysel hukuki varlıkların ötesinde geneli ilgilendiren hukuki varlıkları da muhafaza altına almaktadır. Nitekim trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması suçunda bireysel hukuki varlıkların yanı sıra trafik güvenliği de korunmaktadır. Bu durumda yaralama gibi bir zarar suçunun gerçekleşmesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca somut tehlike suçunun meydana gelen zarar neticesinin ötesinde değersizlik içeriğine sahip olduğu haller bulunabilir. Nitekim taksirle öldürme suçunun trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu karşısında bir önceliği bulunmamaktadır. Bu anlamda kasten işlenen soyut ya da somut tehlike suçu taksirle işlenen zarar suçu karşısında tali norm niteliğinde değildir ve bu nedenle geri çekilmez ve cezasız bırakılmaz.¹²⁹⁴

Bir görüşe göre, hareketin tekliği halinde tehlike suçu zarar suçunun ön aşamasını teşkil ettiği için ikisi aynı olayda gerçekleşirse, zarar suçu tehlike suçunun değersizlik içeriğini kapsadığı için tehlike suçu zarar suçunun gerisine çekilir. Böylece zarar neticesine ilişkin norm uygulanamazsa tehlike suçuna ilişkin norm uygulanabilir. Böylece tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında kural olarak asli norm – tali norm ilişkisi olduğu

¹²⁹³ Puppe'nin görüşleri için bkz. **Doğan**, s. 192.

¹²⁹⁴ Bu konuda bkz. **Doğan**, s. 193.

söylenabilir. Ancak bu ilişkinin kurulabilmesi için her ikisinin de aynı hukuki varlığı koruması gerekmektedir. Bununla birlikte kasıtlı somut ya da soyut tehlike suçu ile taksirli zarar suçları arasında tali norm – asli norm ilişkisi kurulamaz. Bunun sebebi tali norm – asli norm ilişkisinde bulunan iki norm arasında öncelik – sonralık ilişkisi çerçevesinde birinin uygulanmasının diğerinin uygulanmamasına bağlı olması biçiminde sıkı bir bağ aranmasıdır. Fail gerçekleştirdiği hareketle her iki normu da ihlal etmiş olmasına karşılık birinin uygulanması diğerinin uygulanmasını gereksiz ve imkânsız hale getirmelidir. Örneğin tamamlanmış suçu gerçekleştiren kişi aslında teşebbüs aşamasından da geçmiştir fakat suç tamamlandığı için teşebbüs hükümleri uygulanma alanı bulmaz. Fakat kasten bir kişiyi öldüren kimsenin aynı zamanda taksirli öldürme suçunu da işlediğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla bu normlar arasında asli norm – tali norm ilişkisi bulunmaz. Kasten hareket eden failin aynı zamanda taksirden dolayı cezalandırılmama sebebi asli norm – tali norm ilişkisinde olduğu gibi objektif yahut varsayımsal değil failin sübjektif olarak taksirli bir şekilde hareket etmemiş olmasındandır.¹²⁹⁵

Bu görüşe göre, farklı hukuki varlıklar söz konusu olduğunda fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Ancak belirlenmesi gereken asıl mesele, asli norm – tali norm ilişkisinde korunan hukuki varlıkların kısmi aynılığının yeterli olup olmadığıdır. Esasında korunan hukuki varlıkların kısmi aynılığı yeterlidir¹²⁹⁶; ancak söz konusu suçların mağdurları farklıysa, sistematik asli norm – tali norm ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Bu anlamda topluma karşı işlenen soyut tehlike suçlarıyla aynı fiile bağlı olarak gerçekleştirilen zarar suçlarının mağdurları aynı değildir. Somut tehlike suçlarıyla zarar suçlarındaysa belirli bir kişiye ait hukuki varlık önem arz etmektedir. Topluma karşı

¹²⁹⁵ **Doğan**, s. 198.

¹²⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Aynural**, s. 112.

işlenen somut tehlike suçlarıyla zarar suçlarında korunan hukuki varlık kısmen aynı olsa da mağdur bakımından farklılık söz konusudur. Nihayetinde aynı hukuki varlıkları koruyan somut tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında tali norm – asli norm ilişkisinin kurulabileceği; aynı hukuki varlığı korumayan soyut tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaysa fikri içtimanın şartları değerlendirilmelidir.¹²⁹⁷ Ancak bu görüşe göre, somut tehlike suçunun (örn. TCK m. 170/1) devamında gerçekleşen zarar suçunun taksirli olması halinde (örn. TCK m. 85, m. 89) asli norm – tali norm ilişkisi kurulamaz. Korunan hukuki varlıkların aynı olması da fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eder. Bu nedenle örneğin havaya ateş ederken birinin yaralanması şeklindeki olayda gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve hem kasıtlı tehlike suçundan (TCK m. 170) hem de taksirli zarar suçundan (TCK m. 89) ayrı ayrı ceza verilmelidir. Ancak zarar suçunun olası kastla işlendiği ihtimallerde, örneğin düğün gibi kalabalık ortamlarda yere yatay şekilde ateş edildiğinde, asli norm – tali norm ilişkisi gündeme gelebilir.¹²⁹⁸

Karşı yöndeki bir görüşe göre, dikkat edilmesi gereken asıl mesele mağdurun aynılığı değil, asli normla korunan hukuki varlığın tali normla korunan hukuki varlığı kapsayıp kapsamadığıdır. Bu açıdan bakıldığında asli norm olarak görülen ve zarar suçu teşkil eden kasten öldürme suçunun koruduğu hukuki varlığın (kişinin yaşam hakkı), tali norm niteliğindeki TCK m. 179/3 hükmüyle korunan hukuki varlığı (trafiğin ve kamunun güvenliğini) kapsamadığı görülmektedir. Hatta trafiğin ve kamunun güvenliği, kişilerin yaşam hakkını kapsamaktadır. Bu nedenle zarar suçu olan kasten öldürme suçunun TCK m. 179/3 karşısında asli norm niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Mütemadi bir suç niteliğinde olan TCK m. 179/3 hükmünde düzenlenen suçun sona ermesine kadar tek bir fiil olduğu nazara alındığında bu fiil sona ermeden öldürme ya da yaralama gibi zarar

¹²⁹⁷ Doğan, s. 199.

¹²⁹⁸ Doğan, s. 204.

neticelerine sebep olunması halinde tek fiille birden fazla suçun (TCK m. 179/2, m. 179/3 ve kasıtlı ya da taksirli öldürme ya da yaralama) meydana gelmesine sebep olunduğu söylenebilir. Bu durumda fikri içtima (TCK m. 44) hükümleri uygulanma alanı bulacak ve faile en ağır cezayı gerektiren suç sebebiyle ceza verilecektir.¹²⁹⁹

Bir diğer görüşe göreyse korunan hukuki varlıklardan tamamen bağımsız olarak zarar suçlarıyla tehlike suçları arasındaki içtima ilişkisinin fikri içtima üzerinden belirleneceği kabul edilmelidir. Her ne kadar tehlike suçlarının ihdas edilmesindeki temel amacın zarar neticesinin önlenmesi olduğu ve zarar neticesinin meydana gelmesi halinde tehlike suçuna ilişkin normun yardımcı norm olarak zarar suçunun karşısında geri çekilmesi gerektiği söylenebilirse de kimi hallerde tehlikenin büyüklüğü ile zararın içeriği karşılaştırıldığında teorik olarak erişilen bu sonucun cezanın tespiti bakımından adil olduğu söylenemez, zira kimi hallerde tehlike suçu karşılığında öngörülen ceza zarar suçunun karşısında öngörülenden yüksek olabilir (Örn. TCK m. 181/4 hükmünde öngörülen suçun cezası TCK m. 87/2-a hükmündeki neticesi sebebiyle ağırlaşan suç için öngörülen cezadan fazladır). Tehlike suçu olmasına karşılık daha ağır ceza öngören bir normun ihlal edilmesi halinde, failin daha az cezayı gerektiren zarar suçundan sorumlu tutulması haksızlık içeriğinin tüketilmesi ilkesine de aykırı düşecektir. Bu nedenle tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında fikri içtima ilişkisi kabul edilmeli ve hangisi daha ağır bir ceza öngörüorsa cezalandırma onun üzerinden yapılmalıdır.¹³⁰⁰

Benzer yöndeki bir görüşe göre fikri içtima kuralını düzenleyen TCK m. 44 hükmünde yer alan “*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına...*” ibaresi nazara alındığında kanun koyucunun korunan hukuki varlıklara göre yahut gerçekleşen suçların kasten ya da taksirle işlenmesine göre bir ayrıma gitmediği görülmektedir. Tek

¹²⁹⁹ Aynural, s. 112 – 115.

¹³⁰⁰ Göktürk, s. 239, 240; Aynı yönde bkz. Ünal, Tehlike Suçları, s. 366, 367.

fiille birden fazla farklı suçun oluşması yeterli görülmektedir. Bu nedenle tehlike suçları ve zarar suçları bakımından fikri içtima (TCK m. 44) kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Esasında asli norm – tali norm ilişkisinin gündeme gelebilmesi için bir zorunluluk ilişkisi aranmalıdır ancak tehlike ile zarar kavramları arasında ardışıklık bulunsa da tehlike suçu zarar suçu karşısında müstakil yapısını korumaya devam eder. Dolayısıyla tehlike suçu ile zarar suçu arasında bir zorunluluk ilişkisi aramaya gerek bulunmamaktadır. Bu nedenlerle tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında fikri içtima hükmü uygulanmalıdır.¹³⁰¹

Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre de tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında asli norm – tali norm ilişkisinin gündeme gelebilmesi için her iki düzenlemeyle korunan hukuki varlıkların tam olarak örtüşmesi gerekmektedir. Bu örtüşmenin gerçekleşmediği hallerde normların düzenlenme amaçları kısmen örtüşse de farklı hukuki varlıkların korunmasını hedefleyen suç tipleri arasında korunan hukuki varlıklar tam olarak örtüşmediği için aynı fiille birden çok suç işlendiğinde fikri içtima kuralları uygulanma alanı bulmalıdır. Bu açıdan bakıldığında trafik güvenliğini tehlike sokma suçunu düzenleyen TCK m. 179 hükmüyle korunan hukuki varlıkla kasten ya da taksirle öldürme ve yaralama suçlarını düzenleyen hükümlerle korunan hukuki varlıkların örtüşmediği görülmektedir. TCK m. 179 hükmünün amacı her ne kadar kişilerin hayatını, sağlığını yahut malvarlığını korumak olsa da aynı zamanda trafiğin güvenli bir şekilde akışı, düzeninin sağlanması da hedeflenmektedir. Dolayısıyla trafik güvenliği ile kamu düzeni ve kamu güvenliği korunan hukuki varlıklar arasında sayılmaktadır. Korunan hukuki varlıkların farklılaşmasıyla zarar suçlarıyla tehlike suçlarının mağdurları da farklı hale gelmektedir. Zira kasten ya da taksirle öldürme ve yaralama suçlarının mağduru belirli bir kişiyken; trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun mağduru bütün toplumdur.

¹³⁰¹ Ünal, Tehlike Suçları, s. 367, 368.

Hukuki varlıkların tam olarak örtüşmediği hallerde bu normların değersizlik içerikleri de tam olarak örtüşmeyecektir bu anlamda asli norm, tali normun değersizlik içeriğini tam olarak karşılayamayacaktır. Zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında korunan hukuki varlığın ve suçun mağdurunun (kısmen de olsa) farklı olduğu hallerde fikri içtima kurallarının uygulanması kabul edilecek olursa ceza miktarları arasındaki farklılığın izahı da daha doğru bir şekilde anlaşılabilecektir.¹³⁰²

Bize göre tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi, normlarla korunması amaçlanan hukuki varlıklar değerlendirilerek kurulmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken tehlike suçlarının ihdası amacı da göz önüne alınmalıdır. Bir hukuki varlığa zarar verilmesi, söz konusu varlığın tehlikeye atılmasından daha yoğun bir ihlali teşkil eder, bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Tehlike suçları da hukuki varlıkları, zarar meydana gelmeden daha ön bir aşamada korumayı hedefleyen suçlardır. Tehlike suçuna ilişkin norm incelenerek söz konusu normla hangi zararların önlenmesinin hedeflendiği ortaya çıkartılabilir. İlgili suçla korunan hukuki konu, zarara uğramasından korkulan hukuki varlıklardan daha geniş olabilir. Örneğin, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu düzenleyen TCK m. 179 hükmüyle trafik güvenliğinin ve kamu güvenliğinin korunduğu; her üç fıkra ile de kişilerin yaşam hakkının, vücut bütünlüğünün ve malvarlığının korunduğu belirtilmektedir.¹³⁰³ TCK m. 179/1 hükmünde yer alan “...başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan...” ibaresinden yola çıkılarak hayat, sağlık ve malvarlığı şeklindeki hukuki varlıkların zarar

¹³⁰² Demirtaş, s. 361, 362.

¹³⁰³ Önok, “Trafik Güvenliğini”, s. 161; Öğretide trafik güvenliğini kasten veya taksirle tehlikeye sokma suçlarıyla korunan hukuki varlığın öncelikle bireylerin yaşamı, sağlığı ya da malvarlığı üzerindeki hakları olduğu, bu hukuki varlıklar bakımından tehlike arz eden fiillerin gerçekleştirilmesi önlenerek kamu güvenliğinin sağlandığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Yenerer Çakmut, s. 778.

görmemesi için sayılan bu varlıklara ilişkin hukuki koruma öne çekilmiştir. Hukuki varlık daha yoğun bir şekilde ihlal edildiğinde, yani zarara uğratıldığında, bir aşamada zorunlu olarak tehlikeye de uğratılmış olduğu doğrudur. Tehlike suçunu düzenleyen suçun diğer unsurları da somut olayda gerçekleşmişse, zararın meydana gelmesiyle hem zarar suçuna ilişkin normun hem de tehlike suçuna ilişkin normun ihlal edildiği düşünülebilir. Ancak zarar şeklindeki ihlal, tehlike şeklindeki ihlali kapsamına aldığı için bir bütün olarak sadece zarar suçunu düzenleyen norm ihlal edilmiştir. Bu anlamda tehlike suçunun ihlali sadece görünüştedir. Dolayısıyla tehlike suçuyla birlikte zarar neticesinin meydana geldiği hallerde birden çok normun ihlal edildiğini ve bu sebeple gerçek içtima ya da fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemek doğru olmayacaktır.

Nitekim tehlike suçlarıyla amaçlanan zararın erken bir aşamada önlenmesiye, failin cezalandırılma sebebi zararın meydana gelme ihtimaliyse, zarar meydana geldikten sonra ayrıca zararın meydana gelme ihtimali sebebiyle cezalandırmak ya da bu normun da müstakil bir şekilde ihlal edildiğini söylemek çelişkili olacaktır. Dolayısıyla zarar suçlarıyla tehlike suçları arasında asli norm – tali norm ilişkisi olduğunu düşünüyoruz. Ancak, bu ilişki içerisindeki normların kısmen ya da tamamen aynı hukuki varlıkları koruması gerektiği ve mağdurlarının aynı olması gerektiği belirtilmektedir. Bir önceki paragrafta da vurguladığımız üzere tehlike suçlarının düzenlenme amacı nazara alınarak, o normla zarara uğraması engellenmek istenen yani zarara uğramasından korkulan hukuki varlıklarla somut olayda zarar gören hukuki varlık karşılaştırılmalıdır. Benzer şekilde tehlike suçuyla bir bütün olarak korunan hukuki konunun hamili olarak mağdurun ötesinde, zarara uğraması engellenmek istenen hukuki varlıkların hamili ile zarar suçunun mağduru karşılaştırılmalıdır. TCK m. 179 hükmü özelinde “...başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından...” bir zararın ortaya çıkma ihtimali engellenmek istenmektedir. Davranış tehlikenin ötesine geçerek meydana gelmesinden korkulan zararı meydana getirdiğinde, örneğin başkasının hayatına zarar verdiğinde, TCK m. 179

hükmünde düzenlenen suçun mağdurunun toplum olduğu ancak meydana gelen zarar suçunun mağdurunun birey olduğu iddia edilerek asli norm – tali norm ilişkisi reddedilemeyecektir. Meydana gelmesi engellenmek istenen zarar meydana gelmişse ve bu zararı cezalandıran ayrı bir norm varsa (zarar suçu), tehlike suçu tali norm olarak geri çekilir.

Öte yandan tehlike suçuyla korunan nihai hukuki varlıklar arasında yer almayan bir hukuki varlık zarar görürse o zaman asli norm – tali norm ilişkisinden bahsedilemez. Örneğin hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunda (TCK m. 177) *“Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi”* cezalandırılmaktadır. Öyleyse bu suçla başkalarının hayatı veya sağlığı üzerinde meydana gelebilecek zararların önlenmesi hedeflenmektedir. Bu anlamda hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması üzerine başkalarının malına zarar vermesi halinde failin bu ikinci suça ilişkin en azından olası kastı bulunuyorsa suçların çokluğu gündeme gelebilir ve koşulları oluşursa fikri içtima hükümleri uygulanma alanı bulabilir.¹³⁰⁴

Son olarak, asli norm – tali norm kurallarını uygulamanın, tehlike suçunun cezasının zarar suçunun cezasından daha fazla olduğu hallerde (örn. TCK m. 179/2 ve TCK m. 89) adil sonuçlar vermeyeceği ve bu nedenle de fikri içtima kurallarının

¹³⁰⁴ **Yar. 2. CD., E. 2021/15479, K. 2021/19049, T. 10.11.2021:** *“Şüphelinin kangal cinsi tehlike arz eden köpeklerinin tasmaını çıkartmak suretiyle başı boş bırakması neticesinde müştekinin köpeğinin öldürölmesi ile sonuçlanan eylemin, hayvanı tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakma ve mala zarar verme suçlarını oluşturacağı, ancak 5237 sayılı Kanun’un fikri içtima hükümlerini düzenleyen 44. maddesi uyarınca şüphelinin eyleminin mala zarar verme suçu kapsamında değeriendirilebileceği cihetle, mevcut delillerin mala zarar verme suçundan kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu...”* (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, SGT. 22.06.2024).

uygulanması gerektiği düşünçesine katılmamaktayız. Zira ölçülölük ilkesi gereğince ceza kanununda yer alan suçlar ve cezalar arasında dışsal bir tutarlılık bulunmalıdır. Bu anlamda bir hukuki varlığın zarara uğratılması, tehlikeye atılmasından daha ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır. Kanun koyucunun bu tutarlılık gerekliliğini gözetmeksizin yaptığı düzenlemeleri meşrulaştırmamak adına, cezası daha ağır olan tehlike suçundan dolayı cezalandırma sonucunu doğuracak şekilde – bize göre koşulları da oluşmayan – fıkri içtima hükümleri uygulanmamalıdır.



SONUÇ

Bu çalışma, normatif düzenlemelerinin sayısının artma eğilimi gösterdiği tehlike suçlarını suç genel teorisi içerisinde incelemiştir. Tehlike suçları, ceza hukukuyla sağlanan korumanın öne çekilmesini sağlayan araçlardan birisidir. Bu öne çekme ihtiyacı, yani koruma alanını genişletme ihtiyacı, çevrenin ve iklimin korunmasındaki gereklilikten ve teknolojik gelişmeler ile riskli faaliyetlerdeki artışların toplum üzerinde artırdığı riskin önlenmesi isteğinden doğmaktadır. Temelinde modernleşme sürecinde üretim faktörlerinin artmasıyla birlikte tehlikelerin ve olası tehditlerin çok büyük bir ölçekte artmasıyla ortaya çıkan risk toplumundaki tehlikelerle mücadele etmek adına tehlike suçlarına başvurulduğu görülmektedir. Nitekim bu toplumda meydana gelebilecek zararların büyüklüğü ve etkisi (örn. nükleer patlama) bu zararın meydana gelmesini önlemek için ihtimalini cezalandırmayı gerektirmektedir.

Öte yandan, 1970’li yıllardan bu yana suç politikası “güvenlik gereksinimi ve cezalandırma arzusu” etrafında toplanmış, çevrenin yanı sıra ekonomi ve bilişim alanlarında da soyut tehlike suçlarında yer vermek suretiyle fiilin ispatını kolaylaştırmak hedeflenmiştir. Bu “ön alanı kriminalize etme” çabasının altında ispat zorluklarını aşmanın yer aldığı ve dolayısıyla bu suçlarla bağlantılı soruşturma açmak için gereken şüphenin de daha az yoğun olduğu belirtilmektedir. Terör, yolsuzluk, kaçakçılık gibi alanlarda çıkartılan kanunların adında “mücadele” teriminin geçmesinin de bu anlayışın ürünü olduğu vurgulanmaktadır. Modern ceza hukuku “tehlikeyi önleme hukukuna” dönüşmüş olup güvenliğin sağlanmasına yönelik araçların ikna gücünün yüksek olduğu belirtilmektedir. Nitekim terörizmin yarattığı paranoyanın da bireylerin hak ve özgürlüklerinden daha kolay vazgeçmesini sağladığı da vurgulanmaktadır.

Modern toplumlarda tehlike suçlarına başvurarak bireylerin özgürlük alanlarının sınırlandırılması kaçınılmaz olarak görülse de bu eğilimin çok fazla sayıda davranış suç haline getirme ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ölçsüzce sınırlandırma tehlikesi

bulunmaktadır. Gerçekten de geçtiğimiz yıllar ceza hukukunun son çare olmaktan ilk çare olmaya nasıl da evrildiğini bizlere göstermiştir. Bireyleri ve toplumu koruma aracı olmaktan çıkıp otoriter rejimlerin baskı aracına dönme tehlikesi bulunan tehlike suçlarını ayrıntılı bir şekilde inceleme ihtiyacımız da bu suçların bir baskı aracına dönmeden kanunlarda nasıl yer alabileceğini göstermek isteğinden ortaya çıkmıştır. Böylece çalışmamızda öncelikle tehlike kavramı, tehlikenin yapısı, araştırılma yöntemi, mevcudiyet dereceleri ve türleri açıklanmıştır.

Tehlike kavramı, zarar kavramı esas alınarak açıklanmaktadır. Ancak ceza hukuku anlamında zararın diğer alanlardaki zarar kavramından farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir. Ceza hukuku anlamında zarar, normatif bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu kavram, herhangi bir süjeye isnat edilebilen bir neticenin, herhangi bir normun gerekleriyle ilgili olarak değerlendirilmesinin sonucudur. Bir zararın hukuken önem ifade etmesi, insan davranışının azalttığı, başkalaştırdığı ya da bozduğu varlığın bir hukuk normu tarafından korunmuş olmasını gerektirir. Böylece, her suç bir hukuki varlığa zarar verir. Bir başka deyişle her suç bir hukuki zarardır. Esasında bu zarar, fiili suç haline getirmenin sebebini teşkil eder. Devlet, bazı fiilleri toplumun korunmasına veya gelişmesine engel olarak nitelendirerek ceza normuyla yasaklama yoluna gitmektedir. Bu anlamda suçta her zaman sosyal bir zarar bulunmaktadır. Bu sosyal zarar devletin menfaatlerinin karşılığında ya da başka bir ifadeyle devletin gözettiği menfaatler ile gerçekleştirilen fiil arasındaki karşılıklıta bulunabilir. Ceza hukuku anlamında ihlalin söz konusu olması için, failin gerçekleştirdiği davranışın şekli bakımından tipe uygun görünmesi yeterli değildir, aynı zamanda ceza normu tarafından korunan hukuki varlığa zarar vermeli ya da onu tehlikeye atmalıdır. Bu anlamda her ne kadar hukuka aykırılığın biçimsel anlayışının yerine getirdiği güvence işlevi vazgeçilmez nitelikte de olsa biçimsel hukuka aykırılık, ceza normuyla korunması amaçlanan hukuki varlık ya da menfaatin ihlaline denk düşen bir içerik ile tamamlanmalıdır. Dolayısıyla suç, biçimsel olarak bir

hukuk normuna aykırılıktan, özü itibariyle de aynı normun korumayı hedeflediği varlık ya da menfaatin ihlalden ibarettir. Bu ihlal, suçun özünü teşkil eden zarara yani sosyal/cürmi zarara tekabül eder. Böylece ihlal yoksa suç da yoktur. Bu ilke ceza hukukunda ihlal ya da zarar prensibi (*nullum crimen sine iniuria*) olarak adlandırılır. İtalyan ceza hukuku öğretisinde sıklıkla vurgulanan ihlal ilkesi (It. “*principio di offensività*”) uyarınca bir suç devlet otoritesine sadakatsizlik teşkil eden bir fiil veya failin subjektif tehlikeliliği üzerine kurulamaz; suç her şeyden önce sosyal anlamda zararlı bir fiilden yani korunmaya layık ve korunması gerekli ilgili varlıklar ya da menfaatler bakımından objektif olarak zarar teşkil eden (zarar vermek ya da tehlikeye atmak şeklinde) bir fiilden meydana gelmelidir.

Korunan menfaat ya da menfaatlerin ihlali iki şekilde meydana gelebilir, korunan varlık kısmen ya da tamamen zarar görebilir ya da sadece tehdit edilebilir, başka bir deyişle gerçek bir zararın veya potansiyel bir zararın (zarar ihtimalinin) meydana gelmesine bağlıdır. Buradan zarar verme ile tehlikeye koyma arasındaki ayrım ortaya çıkar. Örneğin kasten öldürme suçunda korunan yaşam hakkının ortadan kaldırılmasıyla bir zarar meydana gelir. Öte yandan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması halinde sadece bir tehlikeye koyma vardır çünkü bu suçun meydana gelmesi için korunan varlığın tehdit edilmiş olması yeterlidir.

Ceza hukuku anlamındaki zararın bir başka deyişle cürmi zararın, ceza normuyla korunması amaçlanan hukuki menfaat üzerinde gerçekleştiği kabul edilerek, meydana gelmesi için dış dünyada bir neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı sırf hareket suçlarına, bir maddi konunun bulunmadığı suçlara veya suçun maddi konusu ile mağdurunun ayrıştığı suçlara içkin zarar daha iyi anlaşılabilir. Bu anlamda örneğin hırsızlık suçunda korunan hukuki varlık zilyetlik olmakla birlikte suç taşınır mal üzerinde gerçekleşmektedir. Bu suç, suçun maddi konusu olan taşınır mala herhangi bir zarar

verilmeksizin işlenebilir. Ortada gözlemlenebilir bir zarar bulunmamakla birlikte, mağdurun zilyetliğinin ortadan kaldırılması bakımından hırsızlık suçu bir zarar suçudur.

Kişilerin ihtiyaçlarını tatmine yarayan araçlar varlık olarak; bir şeyin bir ihtiyacı karşılamaya elverişliliği de fayda (*It. “utilita”*) olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla zarar, bir faydanın ortadan kaldırılması veya azaltılmasıdır. İnsan menfaatinin konusu ise fayda ve değerdir. Bu anlamda zarar, insan menfaatin tamamen veya kısmen yerine getirilememesini sonuçlar. Dolayısıyla zarar, bir varlığın ortadan kaldırılması veya azaltılması, bir insan menfaatinin sınırlandırılmasına sebep olan her şeydir. Hukuki anlamda zarar ise, bir varlığın ortadan kaldırılması veya azaltılması, başkalarının hukuk normlarıyla koruma altına alınmış menfaatlerinin yok edilmesi veya kısıtlanması olarak açıklanabilir. Sonuç olarak, ceza hukukuna ait zarar ceza normuyla korunan menfaatin gerçek bir zarara uğratılması şeklinde somutlaşır ve menfaatin yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması yahut sınırlandırılması şeklinde meydana gelir.

Ceza normuyla korunan menfaatin yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması ya da sınırlandırılması zararı teşkil ederken; bu menfaatlerin tehlikeye atılması tehlike şeklindeki ihlali teşkil edecektir. Bir başka deyişle tehlike, bir veya birden fazla olgunun zarar meydana getirmeye elverişliliğidir. Böylece ihlal, ceza normuyla korunan hukuki varlığın zarara uğratılması ya da tehlikeye atılması şeklinde ortaya çıkabilecektir. Tehlike, zararın henüz gerçekleşmeye başlamamış olmasını ya da en azından tipik neticenin gerçekleşmemiş olmasını gerektirir. Zira aksi halde tehlike değil zarar söz konusu olacaktır.

Tehlike kavramının dogmatik önemi tartışılmaz bir gerçekliktir zira bu kavram, zarar kavramı gibi bütün suç genel teorisinin içinde kendine bir yer bulmaktadır. Ancak tehlike kavramını tartışmak zor olduğu kadar tartışması da göz korkutucu olabilmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi’nin ünlü kararında da belirtildiği gibi, tehlike

kavramı “...belirli bilimsel bir tanımdan kaçınmaktadır. Bu kavram evrensel olarak geçerli bir şekilde belirlenemez.”¹³⁰⁵

Çalışmamızda tehlikenin zarardan önce geldiğini, zararın tehlikenin ardılı olduğunu belirten görüşlerin yerinde olduğu sonucuna ulaştık. Buna göre, neticenin doğal gelişim sürecinde her zaman meydana gelen durumun zararsız olduğu bir an vardır; devam eden süreçte durumun tehlikeli bir hal almaya başladığı bir an meydana gelir ve bu sürecin sonunda nihayetinde zararlı netice meydana gelir. Dolayısıyla da zarar tehlikenin karşısında değildir ancak onun bir artışı, sonraki aşamasıdır. Bu sonuca, tehlikenin sonraki istenmeyen zarar ile bağlantılı bir şekilde ortaya çıktığı gerçeği üzerinden de ulaşılabilir.

Tehlike, belirli bir durum ile gelecekteki belirsiz ve her halükârda istenmeyen bir netice arasındaki ihtimal ilişkisini ifade eder. Suçun ihlal edici içeriğiyle ilgili olarak tehlikeden bahsedildiğinde istenmeyen netice ile kastedilenin, korunan hukuki varlığın zarara uğraması olduğu açıktır. Tehlikenin özünün doğal bir gerçeklik mi olduğu yoksa epistemolojik bir kategoriye mi ait olduğu konusundaki tartışmalar bir kenara bırakıldığında, bir durumun “tehlikeliliğinin”, bir tahmin yargısının sonucunda bu duruma yapılan bir nitelendirme olduğu açıktır. Bu yargı, mevcut durum ile gelecekteki netice arasında olasılıksal bir bağ kurar. Tehlikenin nitelik olarak eklendiği bu durum teknik anlamda bir davranış veya netice olabilir. Bu nitelendirmeyle tehlike, sosyal olarak değer atfedilen varlıklar üzerinde zarar meydana gelme ihtimalini öngörmeyi sağlayan ilişki olarak da tanımlanabilir.

¹³⁰⁵ Bundesgerichtshof, 4. Strafsenat, 15. febr. 1963, (in Entscheidungen des BGH in Strafsachen, 1963, p. 272)’den aktaran **Angioni**, s. 2, 3, dn. 11.

Öğretide tehlikeyi zararın imkânı olarak açıklayanlar olduğu gibi, zararın ihtimali olarak açıklayan görüşler de bulunmaktadır. Değerlendirmemize göre, tehlikenin varlığı için basit bir imkân yerine kayda değer imkân ya da ihtimal arayan görüşler daha yerindedir. Bunun temel sebebi en ufak bir tehlike imkanında ceza normunu ihlale elverişli davranışın ortaya çıktığını kabul etmek, toplumsal hayatı yaşanamaz hale getirecek ve toplumun gelişimi ve devamı için önem arz eden birtakım faaliyetlerin icrasını imkânsızlaştıracaktır. Bununla birlikte hukukun ve onun özelinde ceza hukukunun temel fonksiyonu yasaklar koymak değil, özgürlükleri güvence altına almaktır. Bu nedenle cezalandırıcı normların amaca uygun ve dar yorumlanması ve en ufak bir zarar imkanında ihlal edilmeyeceklerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira ceza hukukunda kanunilik ilkesine dayanan “dar yorum” doktrininin amacı kişi özgürlüklerini korumaktır.

Zarar ihtimalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken, Mantovani’nin de belirttiği gibi, o dönemin en ileri bilim ve tecrübe kuralları esas alınmalıdır. Tehlikenin varlığının hiçbir makul şüpheyi yer bırakmayacak şekilde tespiti gerekmektedir. Hem bu ceza muhakemesinde hüküm devresinde geçerli olan şüpheden sanık yararlanır kuralının da bir gereğidir. Bu anlamda ceza hukuku bakımından önem arz eden tehlike, yani kronolojik olarak önceden gelen bir olayla (kimi zaman davranış, kimi zaman netice) sonraki zarar arasında ceza normu tarafından korunan hukuki varlığın zarar görmesi tahminini rasyonel olarak mümkün kılan bir ilişki olarak açıklanabilir. Bu anlamda gerekli ihtimal seviyesi bakımından tehlikenin normda düzenlenme şekli tek başına olmasa da bir belirleyicidir. Hâkim somut olayın tehlikeli olduğunu ortaya koyarken geçmişte benzer olaylarda zararın ne sıklıkla gerçekleşmiş olduğunu göstermek suretiyle geçmiş tecrübelerden faydalanmalıdır. Öte yandan en ileri bilim kurallarıyla da söz konusu davranışın bir zarar meydana getirme ihtimali şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmalıdır. Farklı disiplinlerdeki tehlike tanımlarıyla ceza hukuku alanındaki

tehlike farklı olabileceği için hâkimin odaklanması gereken konu kronolojik olarak önce olan olayın herhangi bir zarar yaratma ihtimali değil, ceza normu tarafından korunan hukuki varlık bakımından bir zarar yaratma ihtimali olmalıdır.

Ceza hukuku anlamında “tehlike”nin ne olduğu geçmişten günümüze öğretide çok tartışılmış bir sorundur. Gerçekten de tehlike, dışa yansıyan bir durumun ceza hukuku tarafından korunan varlıklar ve menfaatler üzerinde zarar yaratmaya elverişliliği üzerinde bir kişinin yaptığı değerlendirme mi; mağdur ya da suçtan zarar görenin hissettikleri ve beyan ettikleri midir? Yani tehlike, değerlendiren kişinin algılamasına göre değişkenlik gösteren ve özünde zihnin dışı vurumu olan bir fikir midir? Yoksa hem onu değerlendirecek olan toplum hem de onu üzerinde hissetmiş olanlar bakımından dışsal varlığı, gerçek yapısı olan bir olgu mudur? Bir başka deyişle tehlike, değerlendirene göre değişkenlik gösteren unsurlarla değil; nedensellik yargısına ilişkin yasalarla gerçekliğinin ve yoğunluğunun seviyesinin belirlendiği fiili bir durum mudur? Aktarılan bu iki teoriden birincisi sübjektif, ikincisi ise objektif teori olarak adlandırılmaktadır.

Tehlikenin bir yargıdan ibaret olduğu tezini reddetmeyi, bilgi bilimsel ve ideolojik sonuçların yanı sıra, her şeyden önce hukuki sonuçlar zorlayacaktır. Nitekim tehlikenin sübjektif anlayışının kabul edilmesi halinde tehlike, değerlendirmeyi yapan süjenin keyfine göre değişecek ve bu da tehlikeye tanınan meşru hukuki önemin kaybedilmesine sebep olacaktır çünkü böylece tehlike kavramı hukuki kesinlik ilkesine aykırı düşecektir. Elbette bu çekincelere karşı yargılamayı gerçekleştiren kişinin bilişsel ve yargısal faaliyetini ihtiyatlı insan modelini esas alan objektif kriterlere dayandırarak gerçekleştirmesine karşı çıkılabilir. Bununla birlikte suç tipinin bir unsuru olan tehlikenin, kendi anlamı ile kendi var oluş sebebinin olması gerektiği ve suç tiplerine özgü bir unsur olarak özerk veya karşılaştırmayla bulunmuş bazı değersizlikleri (haksızlıkları) ihtiva etmesi gerektiği, nihayetinde yargısal faaliyetten önce var olduğu

gözlemi daha güçlüdür. Aksi takdirde tehlikeye şekil veren ve değersizliğe (haksızlığa) sebep olanın fail değil de yargıç olduğu gibi anlamsız bir sonuca ulaşılacaktır.

Öğretideki bir görüşe göre de tehlike kavramı kişiye göre değişen sübjektif bir yargıya indirgenemez. Çünkü yasal hükümler yapıları gereği genel ve soyut olup tam da bu nedenle objektiftir. Bu nedenle tehlike üzerine yürütülen yargılama da sübjektif bir kanıya değil; nihayetinde bütün yasal hükümlerin kaynağını teşkil eden tecrübeyle elde edilen bir objektifliğe dayanmalıdır. Esasında zarar, maddi özü üzerinde gerçekleştirilen natüralistlik bir araştırmayla ortaya çıkartılabilirken tehlike objektif olarak araştırılabilir olgulara atıf yapan psişik kökeni olan bir his ve duygu olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu kişisel bir his değil; objektif olarak tespit edilen bir durumun akla uygun psişik bir yansımasıdır. Dolayısıyla tehlike durumunun değerlendirmesiyle kastedilen bireysel bir değerlendirme olmayıp içinde yaşanılan toplumun tecrübelerine dayanılarak gerçekleştirilen bir değerlendirmedir.

Ancak D'Alessandro'nun da haklı olarak vurguladığı üzere zarar kendi içerisinde negatif olarak değerlendirilirken, tehlike sadece kaçınılmak istenen sonraki zarar neticesine bağlı olarak doğabilir. Objektif tehlike teorisinin içinde bulunduğu hata, bu giderilemez farklılığı görmezden gelmesidir. Zira bu görüş taraftarları tehlikenin ayrılabilir bir mevcudiyeti olduğunu kabul ederek, tehlikenin özünün kendi başına değil ancak bir şeyle bağlantılı olduğunu unutmaktalardır. Bu anlamda kanun koyucu tehlike suçu düzenlediğinde, uygulayıcıyı zararın neden tesadüf eseri meydana gelmediğini değil, davranışın korunan hukuki varlık bakımından bir zarar riski ortaya çıkarıp çıkartmadığını araştırmaya yönlendirmektedir. D'Alessandro'ya göre netice olarak tehlike ya da objektif tehlike anlayışı sadece somut tehlike modeline uymaktadır, soyut tehlike suçlarını da kapsamına alacak tehlike kavramı, tehlikenin ilişkisel özü üzerinden açıklanmalıdır. Biz de bu görüşe katılıyoruz ve tehlike suçlarının esasının, sonraki zarar neticesinin meydana gelme ihtimali üzerinden belirlendiğini düşünüyoruz. Gerçekten de

somut tehlike suçlarında da soyut tehlike suçlarında da ortak olan husus, fiilin korunan hukuki varlığı tehlikeye atmasıdır, bir başka deyişle bu suçlarda korunan hukuki varlığın zarar görme ihtimali cezalandırılmaktadır. Somut tehlike suçlarındaki somut tehlike de tehlikenin objektif anlayışını savunanların vurguladığı üzere en ileri bilim ve tecrübe kuralları çerçevesinde araştırılmalıdır.

Somut tehlike suçlarında tehlike, suçun objektif bir unsuru olup her olayda araştırılması gerekmektedir. Bu araştırmayı sağlayan tehlike yargısı (It. “*giudizio di pericolo*”) ise son derece karmaşık bir aktivitedir. Bu aktivitenin genel olarak tecrübeye dayalı bir araştırma gerektirdiği söylenmelidir. Bu araştırma, başka olgulardan belirli olguların nedensel olarak meydana gelme sıklığına dayalı deneysel ve istatistik yasalarını içeren tecrübe temelli bir araştırma olmalıdır. Bu yasaların sonuçları yargılamanın konusu somut olayda bir şekilde karşılanabiliyorsa, yani bu yasalar somut olay için de geçerliyse tehlike doğrulanmış olur, aksi takdirde ise doğrulanamamış olacaktır. Bu anlamda tehlike, önceden meydana gelen natüralist bir olguyla hukuki varlık bakımından sonradan meydana gelen (ve hipotetik) bir zararın arasında kurulan varsayımsal bir ilişki yargılaması olarak ortaya çıkacaktır.

Ex ante değerlendirmede tehlikenin kaynağı olarak ele alınan davranış anına gidilir ve davranış anından sonra meydana gelmiş bütün durumlar davranış gerçekleştiği anda mevcut olan suç fiilinin unsurlarına atıfta bulunsa bile – davranış anından sonra öğrenilmiş yeni bilgi gibi – bir kenara bırakılır. Bu perspektifte somut tehlike suçlarındaki cezalandırmanın kaynağı sadece korunan hukuki varlığın bir zarar imkânına maruz kalması değil; aynı zamanda failin sübjektif tehlikeliliği ve niyetidir. Bu itibarla cezalandırmanın kaynağı, ceza normunun yapılmamasını emrettiği davranışın değersizliğinde yer almaktadır. Esasında, söz konusu davranışın gerçekleştiği andan sonra ortaya çıkan koşullar ve bilgiler bir hukuki varlığın zarar görme imkânının objektif olarak bulunmadığını ispatlıyorsa, failin tehlikeliliği veya davranışın değersizliğinden

başka bir cezalandırma temeli kalmamaktadır. Bu şekilde ceza normunun emredicilik fonksiyonuna yani hukuki varlıklara zarar vermekten veya tehlikeye atmaktan kaçınacak şekilde insan davranışlarını yönlendirme kapasitesine üst düzey bir önem atfedilmiştir. Fakat bu yapılırken davranış kuralına itaatsizlik üzerine ortaya çıkan değersizlikle hukuki varlığın objektif olarak tehlikeye atılmamış olması hali arasında ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlık göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla bu yöntem ihlal içermeyen davranışları cezalandırma riskini barındırmakta ve müeyyidenin suç fiili ile orantılı olması gerektiği ilkesini ihlal etmektedir.

Ex post yönteminde ise araştırma tehlikenin ilişkili olduğu zarar neticesinin gerçekleşmiş olup olmadığına indirgenmektedir. Böylece zarar gerçekleşmişse evleviyetle tehlikenin de gerçekleşmiş olduğu; zarar gerçekleşmemişse tehlikenin de zaten hiç var olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Böylece ex post inceleme yöntemi gerçekten de tehlikenin varlığını değil, zararın varlığını araştırmaktadır. Her ne kadar öğretideki birtakım görüşler, davranıştan sonra ortaya çıkıp da zararın meydana gelmesini veya gelmemesini sağlayan tesadüfi koşulların dışlanmasını önererek teoriyi yumuşatmaya çalışsa da neyin tesadüfi koşul sayılıp sayılmayacağı, teorinin uygulanmasını belirsiz hale getirmektedir.

Değerlendirmenin total ex ante kriterine göre yapılmasını savunanların isabetle belirttiği üzere, tehlike yargısını belirlemek için seçilecek an (davranış, neticenin meydana gelmeyeceğinin anlaşıldığı an ya da bu ikisi arasındaki bir an) zararın meydana gelme ihtimalinin en yüksek olduğu andır. Bu hallerde davranış anıyla sonlanması anı arasında zarar neticesinin ortaya çıkmasını engelleyen bir durum girmişse (örneğin saatli bombanın patlamadan önce bulunup etkisiz hale getirilmesi) değerlendirme anı olarak davranış anıyla zarar neticesini engelleyen bu an arasındaki bir an seçilebilir ve böylece davranışın tehlikeli olduğu sonucuna varılır. Eğer bu engel anından sonraki bir an seçilseydi, bu engelleme ontolojik bir veri olarak dikkate alınacak ve tehlikenin

reddedilmesi gerekecekti. Ancak tehlikeye ilişkin bir karar verilebilmesi için hâkim seçebileceği birden ziyade an arasından en sakıncalı ana ilişkin öngörüyü içeren anı seçmelidir. Bu kriter, tehlikenin davranışın mı yoksa neticenin mi bir özelliği olarak ortaya çıktığının tam olarak anlaşılamadığı durumlardaki şüpheleri gidermek için de kullanılacaktır. Total ex ante yöntemi gereğince zarar neticesi gerçekleşmişse somut tehlikenin varlığını doğrulamak gerekir çünkü bu zararın ilk basamağını (Alm. “Vorstufe”) teşkil eder ve zarara içkindir. Bununla birlikte zarar neticesi meydana gelmemişse, neticenin meydana gelmesini engelleyen sonraki faktörler hukuki varlığın “krize” girmiş olma durumunu dışlamazlar. Bu faktörler somut tehlikeyi ancak müdahalelerinin (tehlike yargısının gerçekleştirilmesi için seçilmiş anda) muhtemel olduğu durumlarda dışlarlar. Buna göre bir valize gizlenip de trene yerleştirilmiş saatli bombanın bulunmuş olması, mevcut kontroller onun bulunmasını muhtemel kılmadığı sürece, somut tehlikenin varlığını dışlamaz.

Sonuç olarak hâkimin göz önünde bulundurması gereken yargılamanın temelinde, yargılama anında mevcut olan tüm koşulların dikkate alınması gerekir. Tehlikenin araştırılmasında ise illiyet bağının araştırılmasında da kullanılan bilimsel yasalar ve tecrübe kuralları kullanılacaktır. Tehlike, suçun objektif bir unsurunu teşkil ettiği için yargılama anında mevcut olan bilimsel yasalar kullanılabilir. Elbette tehlike araştırmasında, illiyet bağı araştırmasından farklı olarak netice bulunmadığı için bu bilimsel yasaların ve tecrübe kurallarının uygulanması daha zor hale gelmektedir. Tehlikenin tespitinden sonra manevi unsur araştırılacaktır, bu anlamda tehlikenin var olduğunu tespit etmek faile isnat edilmesi için yeterli olmayacak, failin kast veya taksirinin bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılması gerekecektir.

Tehlike kavramının genel tanımında tehlikenin bir ihtimal ilişkisi olmasının yanı sıra, aynı zamanda normatif bir kavram olduğu da belirtilmektedir. Burada normatif olmayla kastedilen, suçun kurucu unsurlarıyla hukuk normu arasındaki gibi bir ilişki

değil; daha ziyade, tehlike kavramının ceza kanunu tarafından farklı anlamlarda kullanılması, değişmez bir tanımının verilememesidir. Kavramın normatif karakteri, tehlikeye suçun yapısı içerisinde zaman zaman farklı fonksiyonları karşılama görevi yükleyen ceza normlarına atıfta bulunularak bu farklı anlamlara ulaşılabilmesini ifade eder. Öğretide de çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, ceza hukukunda tek bir tehlike kavramının bulunmadığı ve örneğin zorunluluk hali düzenlemesindeki tehlike ile somut tehlike suçlarındaki tehlikenin aynı olmadığı ifade edilmektedir. Cezalandırma ya da hukuka uygunluk sebebinin uygulanma alanı bulması için gereken tehlikenin mevcudiyet derecesi de tehlikenin normdaki düzenleniş biçiminden yola çıkılarak belirlenmektedir.

Çalışmamızda tehlikenin farklı mevcudiyet derecelerine sahip olabileceği ve bu derecelerin farklı ceza hukuku kurumlarının uygulanmasındaki önemi ele alınmıştır. Geçmiş tehlike söz konusu olduğunda tehlike, hukuken korunan belirli bir varlık veya menfaat üzerinde geçmişte gerçekleşmiş; ancak onun incelendiği anda mevcut değildir. Mevcut tehlike ise, onunla ilgilenildiği anda mevcut olan tehliktir. Geçmiş ve mevcut tehlike arasındaki ayrım özellikle meşru savunma ve zorunluluk hali kurumlarının uygulanmasında önem arz eder. Zira bunların uygulanması için mevcut veya yakın bir tehlike gerekmektedir. Elbette mevcut tehlike ile yakın tehlikenin aynı kavramlar olmadığını belirtmek gerekir. Zira mevcut olma tehlikeye ilgiliyken, yakın olma zararla ilgilidir. Tehlikenin mevcut olması için zararın derhal meydana gelmesi gerekmemektedir. Yakın tehlikeden anlaşılması gereken, mevcut tehlike ile zararın veya zararın önüne geçilmesi mümkün olmayan sebebinin meydana gelmesi arasında uzun bir zaman olmamasıdır. Bu kavram zorunluluk halinin uygulanmasında önem arz eder zira mevcut tehlike ile zarar arasında uzun bir süre varsa, zorunluluk halinde işlenen fiilin kaçınılmazlık niteliği ortadan kalkabilir. Uzak tehlike ise, mevcut tehlike ile zararın veya zararın önüne geçilmesi mümkün olmayan sebebinin meydana gelmesi arasında uzun bir zaman olmasıdır.

Öğretideki bir diğer ayrım da gerçek – muhtemel (doğrudan – dolaylı) tehlike ayrımıdır. Buna göre, gerçek tehlike zarar neticesinin ihtimalini teşkil ederken; muhtemel tehlike ise, tehlikeli bir durumun tehlikesinden ibarettir. Gerçek tehlikeden bahsedilebilmesi için bir hak ya da menfaati zarara uğratabilecek olay ya da olayların meydana gelmiş olması gerekmektedir. Gerçek tehlikenin tespiti, örneğin zorunluluk halinin uygulanmasında önem arz eder. Zira bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için, tehlikenin gerçek olması gerekmektedir. Böylece meydana gelmesi için korunan hukuki varlığın doğrudan tehdit edilmesinin gerektiği suçlar, doğrudan tehlike suçlarını; korunan hukuki varlığın doğrudan tehlikeye atılması tehlikesine sebep olan dolaylı tehditlerin yeterli olduğu suçlar ise, dolaylı tehlike suçlarını oluşturacaktır. İşte bu ikinci hallerde, sadece bir tehlikenin tehlikesi mevcuttur. Tehlike tehlikesinin kural olarak bir suç gibi cezalandırılabilir olmadığını belirtmek gerekir. Çünkü ortaya çıkan netice hafifçe hissedilebilirdir ve düzende yarattığı bozulma da bir müdahaleyi gerektirmez. Öte yandan istisnai olarak hukuken korunan varlık göz önüne alınarak tehlike tehlikesi de cezalandırılabilir. Örneğin devlet kendisine karşı işlenen tehlike suçlarının hazırlık hareketlerini cezalandırabilir. Hazırlık hareketlerini cezalandıran suçlarda olduğu gibi dolaylı tehlikeyi düzenleyen ceza normlarının belirli şartlarda bir istisna olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bu şartlar da toplumun devamlılığı için zorunlu olan hukuki varlıkların (toplumun sağlığı ve güvenliği gibi) korunması ve genel olarak tehlikeli kabul edilen (zarar neticesinden o kadar da uzak olmayan) davranışların tipikleştirilmesidir. Böylece dolaylı tehlike suçlarına yapısal olarak zarar veren “orantılılık ve ihlal ilkelerine aykırılığın” tam olarak ortadan kaldırılması mümkün olmasa bile azaltılmasını hedefleyen düzeltici yorum yöntemlerinin uygulanabilirliği doğrulanmaktadır. Bununla birlikte ceza hukukunun son çare olma niteliğine saygı gösterilmeli ve zorunlu, orantılı ve amaca uygun olmadığı sürece dolaylı tehlikeyi cezalandıran normlar ihdas edilmemelidir.

Tehlike türlerine ilişkin ilk ayırım, genel tehlike – özel tehlike ayırımıdır. Buna göre, tehlikenin gerçek veya tüzel bir kişinin ceza hukuku tarafından korunan bir varlığına veya menfaatine yönelmiş olması halinde bireysel tehlike söz konusudur. Meşru savunma, zorunluluk hali gibi kurumların uygulanmasında veya terk suçunda (TCK m. 97) söz konusu olan tehlike, bireysel tehlikedir. Öte yandan birden çok gerçek veya tüzel kişiye karşı yükselen bir tehlike varsa, bir başka deyişle toplum veya topluluğun ceza hukuku tarafından korunan menfaat veya değerlerine yönelik bir tehdit varsa, kolektif tehlike söz konusudur. TCK'daki genel tehlike yaratan suçlar, kamu sağlığına karşı suçlar bu tehlike türüne örnektir.

Öğretideki en yaygın ayırım tehlikenin somut tehlike ve soyut tehlike şeklindeki ayırımıdır. Bu ayrıma göre de soyut veya varsayılan tehlike cezalandırmanın kaynağına ilişkin; somut tehlike suç tipinin kurucu unsurunu teşkil eder. Esasında bunun bir sonucu olarak somut tehlike – soyut tehlike ayırımı, hukuki varlık bakımından bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının tespitinin kanun koyucu tarafından hâkime devredildiği ya da kanun koyucu tarafından tehlikenin ceza normuna içkin hale getirildiği düzenlemeler üzerinden yapılan bir ayrıma dayanır. Somut tehlike aynı zamanda gerçek tehlikedir ve ceza hukukuyla korunan değer veya menfaatin bütünlüğüne veya güvenliğine yönelik muhtemel veya mümkün gerçek bir tehdidi içerir. Öyle ki bu suçlarda tehlikenin somutluğu, zararın meydana gelmemesinin tesadüfe bağlı olması kriteriyle ölçülmektedir. Somut tehlike suçlarında ispata ilişkin genel ilkeler gereğince, iddia makamının somut olayda tehlikenin gerçek anlamda meydana geldiğine ilişkin her türlü makul şüpheden uzak delil sunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu tehlike hiçbir zaman mutlak bir şekilde varsayılmaz ve hâkim elindeki tüm araçlarla bu tehlikeyi her somut olayda araştırmalıdır. Somut tehlike suçlarının meydana gelmesi; tehlikenin doğrulanmasına bağlıdır. Bu suçlarda tehlike, suç tipinin bir unsuru olup somut bir şekilde araştırılması gerekmektedir. Bu anlamda hâkim her olayda hukuki varlığın gerçekten

tehdit edilmiş olup olmadığını, yani zarar tehlikesine maruz kalıp kalmadığını araştıracaktır. Somut tehlike suçlarında hâkimin korunan hukuki varlığın gerçek anlamda bir tehlikeye atılıp atılmadığına yönelik gerçekleştireceği araştırma hem tehlikenin suç tipinin bir unsuru olarak belirtildiği hem de yorum yoluyla suç tipine dahil edildiği haller için zorunludur. Zira somut tehlike suçu ile soyut tehlike suçunu ayıran tek kriter, tehlikenin normda suçun unsuru olarak belirtilmiş olup olmaması değildir. En açık normun bile yorumlanmaya ihtiyacı vardır ve normun lafzı tam bir bağlayıcılık olmaksızın bir ipucu sunuyor olabilir. Bu nedenle normun lafzına her zaman normun amacı ve yasama tekniği üzerine gerçekleştirilen fonksiyonel bir yorum eşlik etmelidir. Bu anlamda eğer suç tipinin, zararı önleyen sonraki olayların ilgisini reddederek cezalandırılabilir fiillerin sayısını genişletme fonksiyonu varsa soyut tehlike suçu olduğu; eğer tüm tehlikeli fiiller arasından bir sonraki aşaması hukuki varlığa zarar olan fiillerle sınırlandırmak istiyorsa da somut tehlike suçu olduğu sonucuna varılacaktır.

Tipik fiile ilişkin tanımlamada tehlike kavramının normun içerisinde yer alması, tek başına söz konusu suçu somut tehlike suçu haline getirmeye yetmez. Örneğin, TCK m. 179/2 hükmünde “*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare...*” etme fiili cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemenin içinde tehlike kavramı yer alsa dahi; düzenleme soyut tehlike suçu niteliğindedir. Zira burada fiilin gerçekleştirilmesi sonucunda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamakta; davranışın bu tehlikeyi ortaya çıkartabilecek elverişlilikte olması yeterli görülmektedir. Ancak kanun metninde açıkça “tehlikeli olacak biçimde” ifadesinin kullanıldığı düzenlemeler somut tehlike suçu niteliğindedir.

Soyut tehlike suçlarında tehlike bir kurucu unsur değildir ve kanun koyucu sadece gerçekleştirilmesiyle korunan varlığı tehlikeye atacak bir davranışı tipik fiil haline getirir. Bu suçlarda somut tehlike suçlarından farklı olarak kanun koyucu her türlü

değerlendirmeyi ve tehlike derecesine ilişkin saptamayı kendinde saklı tutar. Ancak kanun koyucunun bu değerlendirmeyi maksimum tecrübe temelinde gerçekleştirdiği söylenmelidir. Tehlike bu suçların arka planında yer alır ve cezalandırmanın gerekçesini oluşturur. Bu anlamda hâkim sadece kanun koyucunun tehlikeli olarak varsaydığı davranışın gerçekleştiğini tespitle mükelleftir. Bununla birlikte soyut tehlike suçlarında tehlikenin suçun kurucu unsuru olmaması ve hâkim tarafından araştırılmasının gerekmemesi şeklindeki hipotez ancak korunan varlığa zarar verilmesi veya değerlin tehlikeye atılması şeklindeki ihlal kavramının, davranışı takip eden ve ondan ayrılabilen dış dünya değişikliği anlamındaki neticeden ayrılabilmesiyle kabul edilebilir hale gelir. Soyut tehlike suçlarında bir neticenin aranmaması, salt tehlikeye maruz bırakmak şeklinde ortaya çıkanlar da dahil bütün suç tipleri için gerçekleşmesi zorunlu olan ihlalin gerçekleşmesinin aranmayacağı anlamına gelmez. Varsayılan (soyut) tehlike suçlarının oluşturulmasının temelinde tipik davranışın soyut tehlikeliliği vardır (ve olmalıdır). Suç teşkil eden davranış, korumanın konusu olan varlığa zarar vermeye elverişlilikle karakterize edilmelidir. Bu anlamda varsayılan (soyut) tehlike suçları serbest bir yorum alanı sunar. Bu yorum, tipe uygun davranışa tipik tehlikeliliğin eşlik edip etmediğini ortaya koymak için yapılır. Hukuki varlık göz önüne alınarak gerçekleştirilen metodolojik bir yorumda somut fiilin soyut suç tipine uygun olup olmadığını değerlendirirken normun amacını göz önünde bulundurmak zorunludur. Eğer belirli bir normun amacı bir tehlikenin gerçekleşmesinden kaçınmaksa, hâkimin meydana gelmiş bir tehlikeyi olmasa da en azından davranışın tehlike yaratmaya elverişliliğini araştırmaması düşünülemez. Bu anlamda fiilin hukuki varlığı ihlal etmesi gerektiği ilkesi, normun şekli bir yorumundan kaçınıp hukuki varlığın gerçekten ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasını gerektirir. Esasında bu soyut tehlike suçunun doğru bir şekilde tipikleştirilmesiyle mümkündür. Bunu sağlamak için de korunan varlık için somut tehlike yaratan durumları açıklamaya elverişli olan, anlamsal olarak zengin terimlere başvurmak faydalı olabilir. Buna örnek

olarak bir soyut tehlike suçu olan yangın suçu (İCK m. 423/1 – TCK m. 170/2) verilebilir. Nitekim İtalyan uygulamasına göre, İCK m. 423/1 hükmünde düzenlenen yangın suçunun meydana gelmesi için “büyüklüğü, yayılma gücü ve söndürülmesindeki zorluk” ile karakterize edilen bir yangının varlığı gerekir. Bu unsurlarla karakterize edilmiş bir durum, somut olaydaki şartlar böyle bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasını engellese dahi kural olarak belirsiz sayıda insanın bulunduğu bir alanda tehlikenin yayılma kapasitesini sağlamaktadır ve bu da kamu güvenliği bakımından bir tehlike yaratır. TCK uygulamasına göreyse, *“Yangın çıkarmaktan söz edilebilmesi için ateşe vermenin ya da yakmanın belirli bir ağırlığa erişmesi, ateşe verilen cismin, kişiler ve mallar üzerinde genel bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde yanmaya başlaması, yaygınlaşma eğilimi göstermesi gerektiği, yakma henüz yangın halini almadan söndürülmüş veya sönmüşse yangından değil 170. maddenin 2. fıkrasında yaptırıma bağlanan yangın tehlikesinden söz edilebil[ir]”*. Bu anlamda İtalyan uygulamasında, soyut tehlike suçu olarak düzenlenen yangın çıkarma suçunun meydana gelmesi için aranan şartlar ile, bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş TCK m. 170/1-a hükmünde yer alan suçun meydana gelen şartlar arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, soyut tehlike suçu olarak düzenlenen TCK m. 170/2 hükmünde yer alan suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir elverişlilik araştırması yapılmadığı görülmektedir. Örneğin sönmüş ya da söndürülmüş yangının, eğer sönmeseydi, belirli bir ağırlığa ulaşabileceği; ateşe verilen cismin, kişiler ve mallar üzerinde bir tehlike doğurabileceği ya da yaygınlaşma eğilimi gösterebileceği şeklinde bir inceleme yapılmadığı görülmektedir. Yargıtay’ın bu uygulaması, hukuki varlığı ihlale elverişsiz davranışları cezalandırma riskini taşımaktadır. Bu nedenle İtalyan uygulaması örnek alınarak, soyut tehlike suçları bakımından da davranışın ceza normuyla korunan hukuki varlığın ihlaline elverişli bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığının araştırılması gerekir.

Bu elverişlilik araştırmasının her zaman yapılması zorunludur. Eğer bu yapılmazsa hukuki varlığın herhangi bir şekilde zarara uğratılmasını veya tehlikeye atılmasını gerektirmeyen, salt kanunun emrine aykırılık teşkil eden sırf itaatsizlik suçlarının varlığını kabul eden Binding’e hak vermek gerekir. Ancak ihlâlsiz suç olmaz ilkesi gereği, sırf itaatsizlik suçlarını kabul etmek imkânsızdır. Dolayısıyla soyut tehlike suçlarında davranışın tehlike yaratmaya elverişliliğine ilişkin bir araştırma yapılmazsa bunların sırf itaatsizlik suçuna dönüşme riski taşıdıkları söylenebilecek veya cezanın salt failin tehlikeliliğini gösteren bir fiile karşılık geldiği ve ihlal ilkesiyle olan uyumuyla anayasal meşruiyeti sorgulanabilir hale gelecektir. Öte yandan davranışın ihlal ediciliğinin araştırılmaması halinde, soyut tehlike suçlarının kusur ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler de haklılık kazanacaktır. Bu nedenlerle soyut tehlike suçlarının dar yorumlanması gerektiği, bir taraftan bu suçları somut tehlike suçu gibi algılayıp uygulamaktan kaçınılması öbür taraftan da korunan hukuki varlığı ihlal etmeyen davranışları cezalandırmaktan kaçınılacak bir uygulama geliştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Böylece basit bir “genel elverişlilik” kriteriyle yetinerek cezai koruma eşliğini öne çeken soyut tehlikelilik kriterinin korunan hukuki varlık için her zaman gerçek bir tehlikenin meydana gelmesini gerektirdiği söylenebilir. Zira normalde tehlikeli bulunan ancak somut olayda zararsız olan davranışın cezalandırılması, aydınlanmayla oluşan klasik ceza hukukunun hukuki varlıkları koruma fonksiyonuyla çelişeceği açıktır. Bu nedenle soyut tehlikenin hayali/kurgusal bir tehlikeyle karıştırılmaması gerekir.

Soyut tehlike suçlarında kanun koyucu, tecrübe kuralları temelinde birtakım davranışların, olayların genelinde, bir ya da birden ziyade hukuki varlık için tehlike kaynağı teşkil ettiğini varsaymıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, fiilin tehlikeliliğinin yasal olarak varsayılması, “rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar ortaya

çıkardığında değil; ancak *id quod plerumeque accidit*¹³⁰⁶ gerekliliğini karşılayıp rasyonellikten uzak ve keyfi sonuçlar doğurmadığı müddetçe” anayasal makullük ve ihlal ilkeleriyle uyum içindedir. Dolayısıyla soyut tehlike suçları anayasal makullük ilkesine aykırı bir şekilde düzenlendiğinde, yani kanun koyucu tehlikenin önleme amacından tamamen kopmuş keyfi düzenlemeler yapmaya yöneldiğinde anayasaya aykırı olacaktır. Ayrıca zarar prensibi gereği, kanun koyucu tehlikeli olarak nitelendirilmeyi gerçekten hak eden durumları ayırtırken ve seçerken çok dikkatli olmalı ve ceza müeyyidesinin uygulanacağı suç tipini yeterli bir şekilde tanımlamalıdır.

Bu anlamda soyut tehlike suçlarını kategorik olarak reddetmek doğru olmayacaktır. Bu konuda yeni eğilimin, soyut tehlike suçları kategorisine önyargılı bir şekilde karşı çıkmamak ve onun içinde çeşitli eleştirel ve cezai – politik değerlendirmelerden yana olmak olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla failin aksi kanıt sunmasının kabul edildiği ve soyut da olsa tehlikenin varlığına ilişkin hâkime bir takdir marjının tanındığı durumda söz konusu kategorinin faydalı ve sistemle uyum içinde olduğu söylenebilir. Somut tehlikenin ortaya çıkmamış olmasının, soyut tehlike suçlarının meydana gelmesi bakımından bir önemi yoktur. Bununla birlikte tehlikenin yokluğunun fail tarafından alınmış “mutlak güvenli ve eksiksiz önlemler” ile sağlandığı durumlar için bir istisna tanımak gerekir. Bununla, varsayılan (soyut) tehlike suçlarının dar yorumlanması kastedilmektedir ve bu “kusur prensibi” ile meşrulaştırılmakta ve korunan hukuki varlığın korunma seviyesinde herhangi bir azalmayı gerektirmemektedir. Esasında belirtmek gerekir ki soyut tehlike suçlarının anayasal ilkelerle ve hukuki varlıkları koruma görevini üstlenen klasik ceza hukuku öğretisiyle bağdaşmasını sağlayacak sınırları belirgin ve net bir formülün bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, günümüz risk toplumunda geri dönüşü mümkün olmayan riskleri

¹³⁰⁶ Bir davranış, netice, olgu veya nedenin en muhtemel çıktısı anlamında kullanılan bir terim.

önlemek adına belirli alanlarda soyut tehlike suçlarına başvurulması da bir zorunluluk arz etmektedir. Bu anlamda soyut tehlike suçlarıyla anayasal ilkelere saygılı bir ceza hukuku düzeni arasındaki denge aynı anda “değişme eğilimi gösteren”, “dengesiz” ve “mükemmelleştirilebilir” görünmektedir. Başka bir deyişle zaman içerisinde uygun bir koruma sistemini sağlama hedefinin peşinde olan yasa koyucunun ve uygulayıcının sürekli ve birlikte gösterecekleri bir çabayı gerektirmektedir.

Öğretide varsayılan tehlike ile soyut tehlike arasında da ayrım yapan görüşler bulunmaktadır. Ancak bu ayrımın son derece yapay olduğunu belirtmemiz gerekir. Davranışın, ceza normuyla korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olup olmadığının araştırılması, istisnasız bütün suçlar için geçerli olduğundan varsayılan tehlike ile soyut tehlike, bize göre, aynı şeyi ifade etmektedir. Ancak çalışmamızda bu iki terimden soyut tehlike terimi tercih edilmiştir. Bunun sebebi, öğretide varsayılan tehlike teriminin, tehlikenin mutlak bir şekilde varsayıldığı ve hâkimin herhangi bir araştırma yapmaktan muaf tutulduğu durumu ifade etmek üzere kullanılmış olmasıdır. Bir kavram karmaşasına neden olmamak adına, soyut tehlike kavramının kullanılması daha uygun görülmüştür.

Öğretide soyut tehlike ile somut tehlike arasında yer alan bir kategori olarak “soyut – somut tehlike suçları” veya “potansiyel tehlike suçları” kategorisine yer verilmişse de bize göre bu, soyut tehlike suçundan başka bir şey değildir. Zira tehlike, söz konusu suçların kurucu bir unsuru değildir ve suçun meydana gelmesi için ortaya somut bir tehlike çıkması aranmamaktadır. Öte yandan, soyut tehlike suçlarında da hâkimin davranışın bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığını araştırma görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla kanunda bu elverişlilik araştırmasının ayrıca belirtilmesi, yeni bir kategori yaratmamalıdır.

Tehlike kavramı bu şekilde açıklandıktan sonra, çalışmamızın ikinci bölümünde tehlike suçları aracılığıyla ceza hukuku müdahalesinin genişletilmesi eğilimleri

aktarılmıştır. Böylece tehlike suçlarıyla ceza adaleti sisteminde nelerin hedeflendiği gösterilmiş ve bu hedeflerin demokratik bir hukuk devletindeki sınırları açıklanmıştır.

Tehlike suçları, hukuki varlıkların zarar görmesini beklemeden, sadece tehdidin varlığıyla cezalandırılabilirliği öngören suçlardır. Bu suçların ortaya çıkışı, etkili bir cezai koruma sistemi oluşturmak amacıyla gerçekleşmiştir. Tehlike suçlarının sayısı, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren artmaya başlamış ve günümüzde birçok ülkenin yasalarında önemli bir yer edinmiştir. Modern ceza hukuku, sosyal devletin gerekliliklerine uyum sağlamak adına tehlike suçlarına yönelmiştir. Ancak, bu eğilim aynı zamanda “aşırı suç haline getirme” (overcriminalization) krizini de beraberinde getirmiştir. Ceza hukukunun genişleyen kapsamı, hukuki varlıkları koruma amacının ötesine geçerek, sosyal hayatın birçok alanını düzenlemeye başlamıştır. Bu durum, ceza hukukunun meşruiyetini ve etkinliğini sorgulatan normatif sorunları gündeme getirmiştir. Tehlike suçlarının gelişimi, özellikle riskli üretim aktiviteleri ve trafik gibi tehlike kaynaklarının artmasıyla tetiklenmiştir. Bu suçlar, hukuki varlıkları korumak için zararın meydana gelmesini beklemeden, tehdidin varlığıyla cezalandırma yoluna gitmektedir. Ancak, ceza hukukunun kapsamının genişlemesi, polisin yakalama ve gözaltına alma yetkilerinin artmasına ve ceza hukukunun temel ilkelerinin zedelenmesine sebep olmuştur. Ceza hukuku, toplumun sosyal ihtiyaçlarını yansıtan esnek bir yapıya dönüşmemeli, aksine belirli hukuki varlıkların korunmasında “son çare” (ultima ratio) olmalı; tehlike suçlarıyla sağlanan koruma, diğer hukuk araçlarının yetersiz kaldığı durumlarda devreye girmelidir. Bu nedenle, tehlike suçlarıyla koruma kural değil, istisna olmalıdır. Özgürlükçü ve demokratik bir hukuk devletinde ceza hukuku müdahalesi minimum seviyede tutulmalıdır. Ceza müeyyidesiyle sağlanan sosyal fayda, cezalandırılan birey üzerinde doğan olumsuz sonuçlarla karşılaştırıldığında ağır basmalıdır. Bu fayda-zarar analizi, ceza hukuku uygulamalarında son derece önemlidir. Tehlike suçlarının hangi alanlarda

ve hangi hukuki varlıklar için uygulanacağını belirlemek zor olsa da anayasal ilkeler üzerinden bir sınır çekmek önem arz etmektedir.

Tehlike suçlarına sıklıkla başvurulana günümüz modern ceza hukuku açıklanırken Ulrich Beck'in risk toplumu kavramına başvurulmaktadır. Ulrich Beck'in "risk toplumu" kavramı, modernleşme süreciyle birlikte üretim faktörlerinin artması sonucu ortaya çıkan tehlike ve tehditlerin büyük ölçekte artmasıyla şekillenen toplumu ifade etmektedir. Bu toplum, ulus-devlet sınırlarını aşarak küresel risklerle karşı karşıya olan bir dünya toplumunu tanımlamaktadır. Modern riskler, bireysel düzeyde kalmayıp, nükleer santraller gibi küresel boyutta tehditler içermektedir.

Günümüzde riskler, nedensel değil olasılıksal bir yaklaşım ile ele alınmaktadır. Tehlikeler öngörülemezken, riskler hesaplanabilir ve kontrol edilebilir olarak değerlendirilir. Bu, risk faktörlerinin bir araya gelmesiyle olasılık hesaplamaları yapılarak önlem alınmasını sağlar. Modern ceza politikaları, riskleri önleme ve yönetme odaklıdır. Tehlike suçları, gelecekteki potansiyel zararları önlemek amacıyla ortaya çıkarılmıştır. Bu suçlar, korunan hukuki varlıkların zarar görmesini beklemeden, tehdit oluşturan davranışları cezalandırmayı amaçlar. Bu yaklaşım, ceza hukukunun genişlemesi ve güvenlik tedbirlerinin artması sonucunu doğurur. Ceza hukukunun bu genişlemesi, bireylerin özgürlüklerine yönelik potansiyel tehditler içermektedir. Modern ceza hukuku, sadece bastırıcı ve cezalandırıcı bir fonksiyon değil, aynı zamanda önleyici ve risk yönetimi fonksiyonlarını da içermektedir. Bu durum, ceza hukukunun geleneksel konseptlerinden uzaklaşarak, bireylerin haklarını ve özgürlüklerini koruma sorumluluğunu zedeleyebilir. Risk toplumunda ceza hukuku, toplumun güvenliğini sağlamak için önemli bir araç olarak kullanılır. Ancak bu kullanım, demokratik değerlerle uyumlu olmalı ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik anayasal ilkelere uygun şekilde sınırlandırılmalıdır. Ceza hukukunun güvenliği sağlama işlevi, bireylerin haklarının korunmasıyla dengelenmelidir. Sonuç olarak, risk temelli ceza hukuku,

toplumun güvenliğini sağlama amacını taşısa da özgürlüklerin korunması ve demokratik değerlerin sürdürülmesi açısından dikkatli bir şekilde yönetilmelidir. Ceza hukuku, sadece cezalandırıcı değil, aynı zamanda garanti edici bir fonksiyona sahip olmalı ve bu işlevlerini adil bir şekilde yerine getirmelidir.

Riskleri önlemeye yönelik ceza hukukunda ihtiyat ilkesinin yön gösterici olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Çalışmamız ihtiyat ilkesinin ceza hukukuna olan etkisini geniş kapsamlı olarak inceleyen Türk literatüründeki ilk çalışma olmuştur. İhtiyat ilkesi, çevre hukukunda önemli bir yer tutar ve bilimsel belirsizlik hallerinde çevrenin korunması için gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılar. Bu ilke, risklerin tam olarak ölçülemediği durumlarda dahi önleyici tedbirlerin alınmasını gerektirir. Ceza hukukunda da ihtiyat ilkesinin etkileri görülmektedir, özellikle hazırlık hareketlerini cezalandıran suçlar, masum objelere sahip olmayı cezalandıran suçlar ve soyut tehlike suçları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Önleyici ceza hukuku, çevre ve ekonomi ceza hukukunda başlamış ve zamanla terörle mücadelede de kullanılmaya başlanmıştır. Yeni nesil terörle mücadele kanunları, hazırlık hareketlerini ve belirli mala sahipliği cezalandıran pek çok suçu içermektedir. Bu suçlar, anayasal ilkeler ve ceza hukuku dogmatik karşılarında meşruiyet sorunları yaratmaktadır. Donini ve Manes gibi yazarlar isabetli olarak, ihtiyat ilkesinin ceza hukukuna dahil edilmesinin anayasaya ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olacağını savunmaktadır. Bu görüşler, belirsizlik temelinde oluşturulan suç tiplerinin makul bir zemine dayanmadığını ve varsayımsal tehlikelerin cezalandırılmasının kusur ilkesine aykırı olduğunu belirtirler. İhtiyat ilkesi, ceza sorumluluğunun geçmişe yönelik olma gerekliliği ile uyumsuzdur ve bu durum, ceza hukukunun temel ilkeleriyle çatışır. Sonuç olarak, ihtiyat ilkesinin ceza hukukunda yerinin olmadığı görüşü daha yerinde görünmektedir. Ceza hukukunun geçmişe dönük yapısı, ihtiyat ilkesinin gelecek odaklı mantığı ile bağdaşmaz. İhtiyat ilkesiyle oluşturulan suç tipleri, bilimsel belirsizliklere

dayandığından, ceza hukukunun kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle çatışır. Ayrıca, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle de uyumsuzdur. Bu nedenle, ihtiyat ilkesinin ceza hukukunda uygulanması, demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırı olur ve baskıcı bir devlet modeline yol açar.

Cezalandırıcı normların doğru bir yorumuyla, somut tehlikenin mümkün olan her anda genişletilmesi, soyut tehlike suçlarının, hukuki varlığa yönelik korumanın soyut tehlike tekniği olmaksızın korunmasının mümkün olmadığı dar bir alana özgülenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu da başta çevresel hukuki varlıklar olmak üzere, istisnai bir şekilde tek bir davranışla ihlal edilebilecek kapsamdaki kolektif bazı varlıkların korunmasında gündeme gelir. Kural olarak bu varlıklar birden çok davranışın kümülatif bir şekilde bir araya gelmesinin sonucu olarak ihlal edilebilir. Bu davranışların hiçbirisi tek başına korunan değer için somut bir tehlike yaratabilecek ağırlıkta değildir; ancak yine de aynı türdeki diğer davranışlarla birleşmesinden kaynaklanacak tehlikelilik sebebiyle bastırılır. Soyut tehlike suçlarına başvurma zorunlu olduğu bazı haller söz konusu olabilir. Ancak bu suçların düzenlenmesi için önemli hukuki varlıkların korunması, zarar ihtimalini tespit etmenin zorluğu gerekmektedir. Öte yandan tehlikeli olduğu varsayılan davranışların belirlenmesinde en ileri düzey bilimsel bilgiden yararlanılmalıdır. Somut tehlike suçlarının düzenlenemediği hallerde soyut tehlike suçlarına başvurulabilir. Ancak ihtiyat ilkesi gereğince bilimsel belirsizlik hallerinde ceza normu ihdas etmek, daha önce de açıklandığı üzere, ceza hukukuna hakim olan kanunilik ve belirlilik ilkeleriyle çatışma halinde olabilir. Herhangi bir zarar ya da tehlike meydana gelmeden cezalandırma yoluna başvurmak hem ihlal ilkesine hem de kusur ilkesine aykırı olacaktır. Bu anlamda örneğin, kamu sağlığı için tehlike arz ettiğinden şüphelenilen, ancak mevcut bilimsel bilgiyle ihlal edici yapısı araştırılamayan davranışlar için ceza müeyyidesi yerine idari yaptırımlara başvurulmalı ve bu yaptırımların da ceza müeyyidesi kadar etkili olabileceği unutulmamalıdır. Çevreye zarar verme potansiyeli taşıyan

davranışlar uzun vadede etkilerini gösterdiği için somut tehlikeyi araştırmak zor olabilir. Bu nedenle çevrenin korunması araçlarından soyut tehlike suçlarının kategorik olarak çıkartılması uygun değildir. Çevre ya da ekonomi gibi kolektif hukuki varlıklar, sadece zaman içerisinde tekrarlanan birden fazla davranışla zarar görebilir. Bu tür varlıkları ceza müeyyidesiyle koruma altına almak için soyut tehlike suçlarına başvurmak zorunludur. Ancak bu suçların meşruluğu, kanun koyucunun tehlikeli davranışları doğru bir şekilde tanımlama becerisine bağlıdır. Soyut tehlike suçlarının düzenlenmesi gerektiği durumlarda, ceza normlarının tehlike yaratmayan davranışları cezalandırma riski taşıdığı unutulmamalıdır. Bu nedenle, somut tehlike değerlendirmesi yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda bile, hâkimin tipik fakat ihlalden yoksun davranışları cezalandırmaktan kaçınmasını sağlayacak araçlara gereksinim vardır. Tıpe uygun görünen davranışların aslında ihlal edici niteliğe sahip olmadıklarını ispatlatmak için üç temel koşul aranmaktadır. İlk olarak, tehlikenin somut olarak yokluğu, sadece soyut bir şekilde iddia edilmemeli bir veya daha fazla olgu eklenerek ayrıca ispatlanmalıdır. İkinci olarak, somut durumda kanun koyucu tarafından soyut bir şekilde formüle edilmiş tehlikelilik varsayımını sadece şüpheye düşürmenin ötesinde onu ortadan kaldıracabilecek ağırlıkta bir durumun varlığının gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak, somut durumun tehlikeliliği değerlendirilirken, kanun koyucunun söz konusu durumu tehlikeli kabul etme kriterine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Çevre konusunda özellikle farklı suç tipleriyle hedef alınan çevresel risklerin veya tehlikelerin neler olduğunun araştırılmasıyla başlanmalıdır. Kanun koyucunun salt izinsiz tahliye gerçekleştirmeyi ya da atıkların kontrolsüz bir şekilde depolanmasını suç haline getirmesinin bir sebebi vardır. Bu sebep de söz konusu davranışların kümülatif etkisinde yatmaktadır. Tek bir tahliye veya depolama davranışı, çevreye zarar gelmesi neticesine eriştiği için değil, ancak bilimsel yasalara veya tecrübe kurallarına dayanılarak aynı tipteki önceki davranışlarla sonra eklenebilecek davranışların ve diğer çevresel faktörlerin bir araya gelmesi ve ekolojik

dengeyi değiştirme riskini artırması sebebiyle söz konusu davranışlar cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla somut durumda bu tehlikenin gerçekleşmeyeceğinin çok açık bir şekilde bir veya daha fazla faktör ortaya konularak gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin, tehlike varsayımının dayandığı bilimsel yasanın geçerlilik koşullarının artık bulunmaması veya istisnai de olsa bir başka bilimsel yasa temelinde söz konusu tehlike varsayımını ortadan kaldıracak düzeyde bir başka faktörün bulunduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Ancak salt “hiçbir şeyin olmadığını” gösteren fiili bir duruma atıf yapılması kabul edilmeyecektir. Zira evreye karşı verilen zararlar neticelerini çok uzun vadelerde gösterecek olup gözle görölür bir değişikliğin meydana gelmediğini iddia ederek cezadan kaçmak, söz konusu bu suçların soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesine vesile olan cezai politik sebeplerle çelişecektir.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki eşik değerlerin, ihtiyat ilkesinin diktelerini hayata geçiren bir norm yaratma tekniği olduğu söylenebilir. Bu eşik değerler ise, suda, gıdada veya çalışma ortamında bulunduğunda olumsuz bir etkiyi tetiklemeye elverişli olabileceği şüphesini barındıran bir maddenin zararlılığı üzerine yürütölmiş bütün bilimsel çalışmaları göz önüne alan kamu idareleri (genellikle bağımsız idari otoriteler) tarafından belirlenir. Hem epidemiyolojik hem de deneysel çalışmalara dayanarak ilgili otorite, “sağlık bakımından hiçbir olumsuz etkinin gözlemlenmediği” bir maruziyet seviyesi belirler. Ancak bu “güvenli seviye” henüz bir eşik değer değildir zira bu değeri belirlemek için risk yönetimi ve değerlendirmesiyle sorumlu organlar ileri düzeyde tedbirli olmak adına güvenlik katsayılarına (normalde 10, 100, 100 veya daha fazla katlara eşit katsayılara) başvururlar. Bu da sağlık bakımından zararsız olduğuna inanılan seviyeden çok daha düşük bir seviyenin eşik değer olarak belirlenmesine vesile olur. Nihayetinde kanun koyucu bu eşiğin aşılmasına karşılık, geleceğin güvence altına alınmasını amaçlayan davranış ceza hukukuna uygun bir ceza müeyyidesi öngörmektedir.

Çalışmamızın sonucunda ihtiyat ilkesinin gereklilikleriyle klasik ceza hukukunun ilkelerinin birbirleriyle bağdaşmadıklarını ve bu anlamda ihtiyat ilkesi gereğince ceza müeyyidesine başvurmanın ceza hukukuna hâkim olan kanunilik, kusur ve ihlal ilkelerine aykırılık teşkil edeceğini düşünüyoruz. Bu sebeple ihtiyat ilkesinin gerekliliklerini karşılamak için oluşturulan davranış kurallarının ve bu anlamda eşik değerlerin aşılmamasını emreden normların ihlal edilmesine karşılık ceza müeyyidesi değil fakat caydırıcı idari müeyyideler öngörülmesi gerektiğine inanıyoruz.

Hukuki varlığa ilişkin korumanın öne çekildiği tehlike suçlarının anayasal meşruiyeti, korumanın konusu ile koruma tekniği arasındaki sıkı bağılılık ilişkisini ihtiva eden (bir hukuki varlığın anayasal düzeyde değeri ne kadar yüksekse koruma seviyesinin öne çekilmesi de o düzeyde meşruiyet kazanır) orantılılık ilkesine ve tehlike suçlarının tipikleştirilmesi meselesini de ilgilendiren kanunun açıklığı ve belirliliği ilkelerine uygun hareket edilmesiyle sağlanabilir. Kastın araştırılması, kastın konusunun tehlikeyi karakterize eden bir ihtimal durumu olduğu durumlarda – indikatörler sistemi sayesinde imkânsız olmasa da – çok zor olan bir çıkarsama yargılamasının sonucu olduğu için, tehlike kastının araştırılmasındaki zorluk sebebiyle objektif sorumluluğa başvurularak engellenme riski bulunan kusur ilkesine dikkat edilmesi gerektiği de belirtilmelidir.

Kanun koyucu, özel bir şekilde korunmaya değer olduğuna inanılan hukuki varlıkların koruma alanını öne çekmek adına tehlike suçları adı verilen suç tiplerini kullanmaktadır. Bununla birlikte zarar suçlarıyla tehlike suçlarının ayrılmasında kullanılacak kriterlerde bir belirsizlik hakimdir. Çalışmamızda tehlike suçu ile zarar suçu ayrımını davranış üzerinden, netice üzerinden, suçun hukuki konusu üzerinden ve suçun maddi konusu üzerinden yapan görüşler incelenmiştir. Nihayetinde her ceza normuyla hukuki varlık ya da menfaatlerin korunduğu ve suçun meydana gelmesi için tipiklikle birlikte söz konusu varlık ya da menfaatin de ihlal edilmesi gerektiği, bu ihlalin de varlığa zarar vermek ya da onu tehlikeye atmak şeklinde ortaya çıkabileceği göz önüne

alındığında, zarar suçları ile tehlike suçları arasındaki ayrımın temelini suçun hukuki konusunun ihlal edilme şekline dayandırmak gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşlere göre hukuki varlığın ihlalinin öne çekilme seviyesiyle bağlantılı olarak suçlar iki kategoriye ayrılabilir. Buna göre hukuki varlığın yok edilmesi, kaybedilmesi, sınırlandırılması ya da azaltılması şeklinde etkili bir zarara uğradığı hallerde zarar suçlarından; korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmasının yani bir zarar ihtimaline maruz bırakılmasının yeterli olduğu hallerde de tehlike suçlarından bahsedilecektir.

Somut tehlike suçlarındaki “somut tehlike”nin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Somut tehlikenin netice olduğunu belirtenler olduğu gibi objektif cezalandırılabilirlik şartı olduğunu belirtenler de bulunmaktadır. Somut tehlike suçlarında yer alan tehlike, normla korunan hukuki varlık ya da menfaatin ihlaliyle doğrudan ilgilidir. Öyle ki bu somut tehlike gerçekleşmeden norm da ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Ceza normunda belirtilen davranışın gerçekleştirilmesi neticesinde somut tehlikenin meydana gelmesinin aranması, objektif cezalandırılabilirlik şartları açısından aranan soyut nedenselliğin ötesinde bir bağlantıyı gerektirmektedir. Bu anlamda somut tehlike bu davranışın sonucunda meydana gelmelidir. Böylece somut tehlikenin meydana gelmesi suçun bir unsuru olup failin kastı kapsamındadır.

Objektif cezalandırılabilirlik şartlarının, fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kast veya taksirinin kapsamında olmaması gerekmektedir. Zira ihlal bakımından önem arz eden objektif cezalandırılabilirlik şartları kusur ilkesini ihlal eder niteliktedir. Tehlike suçlarının düzenlenmesinin temelinde hukuki varlıkların zarar görmesinin engellenmesi olduğu göz önüne alındığında, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin korunan hukuki varlığın ihlaliyle bağlantılı olduğuna hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim somut tehlike bu fiillerin suç haline getirilmesinin de sebebini teşkil etmektedir. Somut tehlike suçlarından somut tehlike çıkartıldığında cezalandırmaya layık bir fiilden

bahsetmek imkânsız hale gelecektir. Örneğin TCK m. 170, m. 171, m. 179/1, m. 180'de yer alan fiillerin suç olarak düzenlenme sebeplerinden birisi, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından meydana gelebilecek tehlikelerin önlenmesidir. Madde metinlerinde sayılan davranışların somut tehlike olmaksızın bir hukuki varlığı ihlal ettiği söylenemeyecektir. Zira somut tehlike olmaksızın bu davranışların cezalandırılması, cezalandırmanın sınırlarını ölçüsüz bir şekilde genişletecektir. Öte yandan, kanun koyucunun taksirli suçları neticeli suçlar olarak düzenlemesi ve taksirli somut tehlike suçlarını ihdas etmesi, somut tehlikeyi de netice olarak kabul ettiğinin bir göstergesidir. Somut tehlikenin netice olduğunu kabul ettiğimiz için, davranışla somut tehlike arasında illiyet bağı bulunması gerektiğini ifade etmemiz gerekir.

Çalışmamızda soyut tehlike suçlarının anayasaya uygunluğu sorunu ayrıca incelenmeye değer bulunmuştur. Soyut tehlike suçlarının varlığı, modern demokratik devletin ceza hukukunun temel yapısını oluşturan anayasal ilkelerle potansiyel bir uyumsuzluk halindedir. Bu suçlar, bireysel özgürlükleri aşırı şekilde sınırlandırabilir. Soyut tehlike suçunu düzenleyen normdaki davranışın gerçekleştirilmesiyle hukuki varlığın gerçek anlamda ihlal edilmesi arasındaki boşluk, bu suçların anayasal meşruiyetini sorgulatmaktadır. Nitekim herhangi bir hukuki varlığı ihlal etmeyen bir davranışın cezalandırılması, sırf itaatsizliğin cezalandırılması anlamına gelecektir ki bu modern demokratik bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir sonuç değildir. Soyut tehlike suçlarının anayasaya uygunluğu meselesini ele alırken, bir yandan ihlal ilkesi tarafından karşılanan güvence işlevini küçümsememek, öte yandan bazı alanlarda soyut tehlike suç modeline başvurmanın ceza politikası ve yasama tekniği açısından vazgeçilemez olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Konunun pek çok yönü olduğu nazara alındığında, soyut ve somut tehlike arasındaki seçim ideolojik ön yargılardan bağımsız olarak, anayasal odaklı ve kriminolojik olarak temellendirilmiş hukuki koruma perspektifleri doğrultusunda özenle değerlendirilmelidir. Soyut tehlike suçlarının gerektirdiği genel

tehlikelilikle bir hukuki varlığın gerçek anlamda tehdit edilmesi arasındaki “boşluk” ile bağlantılı eleştiriler öğretinin bir kısmının bu suçlara olan saygısını yitirmesine sebep olmuştur. Bu görüştekilere göre hâkim, davranışın somut tehlikeliliğinin hariç tutulabilirliğine rağmen, suç tipinin salt lafzına dayanarak soyut tehlike suçunu düzenleyen normda öngörülen davranışı gerçekleştirdiği için faili mahkûm ettiğinde, bu davranışın değersizliği bulunmadığından cezalandırma, kusur ilkesine de aykırı olacaktır. Hatta öğretideki bir görüşe göre, eğer belirli bir davranış korunan hukuki varlığı somut bir şekilde tehlikeye atmıyorsa, sırf failin gerçekleştirmiş olduğu davranışın başka olaylarda zararlı neticelerle sonuçlanmış olması gerekçelerine dayanılarak faile kınama yargısını yöneltmek, temel adalet anlayışına aykırı düşecektir. Bu şekilde, kişilerin sadece kendi kusurlu eylemleri sebebiyle cezalandırılacaklarını düzenleyen anayasal ilke ihlal edilerek bir başkasının davranışı sebebiyle cezalandırmaya başvurulmuş olunacaktır. İtalyan Anayasa Mahkemesi soyut tehlike suçlarıyla ilgili anayasaya aykırılık itirazlarının büyük çoğunluğunu reddetmektedir. Bir suç tipinin yaratılmasında kanun koyucuya tanınan takdir yetkisi, tehlikenin varsayılmasıyla ilgili şartlar ve tehlike eşiğinin belirlenmesi bakımından da vakidir. Bu açıkça makul olmama sınırıyla ölçülür, keyfi “tehlike varsayımını” hukuka aykırı olmaya itebilecek anayasal parametreler eşitlik – makullük ilkeleri olmaktadır. Mahkemenin yorumlu ret kararları soyut tehlike suçlarının da ihlal ilkesi ışığında yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Mahkemeye göre “somut olaydaki zarar vericiliği ihtiyatlı bir şekilde takdir ederek yasal model kapsamında değerlendirilecek fiillerin alanının hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde genişlemesini engellemek” yargı makamının görevidir. Yargılamanın konusunu oluşturan davranışın gerçek anlamda tehlikeli olduğuna ilişkin bir şüphe doğduğunda, hâkim bunun gerçek tehlikeliliğini araştırabilir ancak bunu hükmün gerekçesinde de belirteceği iki aşamalı bir yolu izleyerek yapacaktır; hâkim öncelikle soyut suç tipinden korunan hukuki varlığı ve kanun koyucu tarafından varsayılan tehlikenin kurucu özelliklerini çıkartmalıdır. Böylece

yasal ihlal modeli tanımlanacaktır ve ancak daha sonra bu şekilde elde edilen “tipi” tarihi olayın özellikleriyle karşılaştırabilir. Dolayısıyla söz konusu modelin, bu ihlal tipolojisinin tarihi olay kesiti içerisinde tarihi olayda her türlü makul şüphenin ötesinde gerçek anlamda meydana gelip gelmediğini doğrulayacaktır. Böylece lafzi yorumun ve tarihi fiilin soyut suç tipine “dahil edilmesine” ilişkin prosedürün katı kuralları arasında “sıkışan” tarihi fiilin somut ihlal ediciliğinin belirlenmesi, hiçbir zaman hukuka aykırı fiilin tanımlanması için kullanılan kelimelerin olası gerçek anlamlarının ötesine geçemeyecektir ve suçun zorunlu zarar vericiliği (ihlal) ilkesinin, hakim kanunun dışında kalan unsurları değerlendirmesine dayandığı kontrolsüz bir yetkiye dönüşebileceği yönünde öğretilerde sıkça vurgulanan riskler büyük ölçüde azalacaktır. Ne var ki soyut tehlike suçlarının anayasal ilkelerle uyumunu sağlamaya yönelik öğretinin ve uygulamanın tüm çabalarına rağmen ikna edici bir çözüm bulunduğunu söylemek zordur. Lackner’in de belirttiği gibi “soyut tehlike suçları ceza hukuku sahasında çok büyük bir hızla genişlemektedir” ve “kanun koyucunun neredeyse en sevdiği çocuğuna” dönüşmüşlerdir. Bu eğilime bir gerekçe aranacak olursa, söz konusu yasama tercihinin tek ve gerçek sebebinin bu cezalandırma modelinin sunduğu ispat kolaylığı olduğunu belirtmek gerekir. Soyut tehlike suçları esasında ceza hukukunun tatbikini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır ve zarar suçları ile somut tehlike suçları gibi diğer modellerin izin vermediği hallerde cezalandırmaya izin vermektedir. Elbette Roxin gibi günümüz çağında “teknik bir hatanın büyük bir felaketi tetikleyebileceğini ve sadece tek bir arızalı ürünün milyonlarca insanın sağlığı üzerinde zararlar doğurabileceğini ve ceza hukuku biliminin de bu değişen durumu göz önüne alarak kendisine yön vermesi gerekeceğini” öngören görüşlerin çağrılarını hafife almamak gerekir. Ancak bu ihtimal karşısında dahi “kanun koyucunun defalarca sergilediği ceza müeyyidesini son değil, ilk ya da tek çare olarak görme ve siyasi bir menfaatin olduğu her halde ikincillik ilkesini hiçe sayarak ceza müeyyidesini hemen yürürlüğe sokma eğilimine” ilişkin olumsuz yargı hiçbir şekilde

zayıflamaz. Bu anlamda hem akademik çalışmaların hem de kanun koyucunun ceza hukukunun aşamalı bir şekilde geriye çekildiğine ilişkin hipotezleri doğrulamaya başlamaları, risk yönetimini günümüz toplumlarındaki büyük tehlikelere karşı dahi özgürlük ve güvenlik arasındaki doğru dengeyi sağlamak adına elinde daha çok yönlü ve doğrudan araçlar bulunan idare hukuku ve medeni hukuk gibi hukuk disiplinlerine geri vermeleri zorunlu görünmektedir.

Bu aşamada unutulmaması gereken husus, ceza hukuku öğretisi gelecekte de modern ceza hukukunun üzerinde yükseldiği manevi temelleri korumakla mükellef olacaktır. Ceza hukuku öğretisinin koruması gereken, Aydınlanmacı hukuk düşüncesinin bugün dahi değişmez bir öneme sahip yapıtaşlarından üçünü ifade etmek gerekir. Bunlardan ilki, “sosyal zarar kriteri üzerine kurulmuş ceza hukuku anlayışıdır”. Buna göre, ceza hukukunun ödevi ahlakı, dini, belirli bir ideolojiyi veya dünya görüşünü korumak değil, sadece bireyin güvenliğini ve – yeterli ölçüde sosyal adaleti öngören bir – toplumsal barışı korumaktır. İkinci olarak ceza hukukunun toplum üzerinde istikrar kazandırıcı şekilde işleyebilen ancak aynı zamanda failin ve ailesinin hayatına ağır zararlar verebilecek iki ucu keskin bir kılıç olduğunu belirten ilkeye bağlılık sürdürülmelidir. Bu anlamda ceza, her zaman devletin cevabının ekstrem bir formunu, sosyal politikanın son çaresini (ultima ratio) ifade etmelidir. Bu, kanun koyucunun günümüzde dahi sıklıkla unuttuğu antik dönemlerden gelen bir doğrudur. Bu anlamda örneğin çevresel zararlar ya da bozuk ürünlerin sebep olduğu zararlar, ex post müeyyidelerin tehditlerini içermeyen önleyici idari kontrol araçlarıyla daha iyi önlenebilirler. Dolayısıyla gelecekte ceza hukuku öğretisinin görevi, ceza hukuku müdahalesini toplumsal politikaların daha iyi çözümleri lehine olacak şekilde değiştirmek ya da en azından alanını sınırlandırmak üzerine çalışmak olmalıdır. Üçüncü olaraksa bireysel özgürlüklerin korunması sağlanmalıdır. Aydınlanmacı hukuk düşüncesinin bir sonucu olarak da ifade edebileceğimiz üzere, mümkün olan en iyi ceza hukuku en iyi

bastırıcı sisteme sahip olan değildir; ancak normlarla birlikte etkili bir toplumsal kontrol ile vatandaşların bireysel özgürlüklerinin en üst seviyesini bir araya getirendir. Bu açıklamalar ışığında soyut tehlike suçlarını, somut tehlike ve zarar suçlarını aşarak ceza hukukunun temeline yerleştiren düşünce ve tasarımlara yöneltilen olumsuz eleştirilere katılmak mümkün görünmektedir. Dolayısıyla geleceği tehdit eden riskleri mümkün olduğunca etkili bir şekilde önleme hedefi etrafında şekillenen açıkça işlevselci bir yeni ceza hukukunun inşa edilmesini destekleyen düşünceleri desteklememek gerekir. Bu aşamada öncelikle davranış ceza hukukundan yani “geleceği referans alan davranışsal normlardan oluşan” yeni ceza hukukunun zarardan ve hatta zarar tehlikesinden tamamen kopuk olduğunu belirtmek gerekir. Zira bu ceza hukuku bir netice ceza hukuku olmadığı gibi, soyut tehlikeyi esas alan bir ceza hukuku anlayışından da uzaktır çünkü soyut tehlike suçları somut hukuki varlıklara referansla oluşturulabilirken geleceği referans alan suçları hukuki varlıklarla ilişkilendirmek zor görünmektedir. Davranış ceza hukuku, belirli eşik değerlerin aşılmasını yasaklayarak geleceği referans alan normlara sırf aykırılık üzerine kurulmuştur. Bu anlamda davranış ceza hukukunun caydırıcı etkiden yoksun olduğunu ifade etmek gerekir. Bu düzenlemelerin amaca uygun oldukları söylenemez zira gelecek nesillerin korunması fikrine de hizmet etmemektedir. Kontrol altına alınan davranışlar hem objektif bakımdan hem de kusurluluk bakımından cürmi bir içerikten yoksun olduğu için eşitlik ilkesine de zarar vermektedir. Öte yandan bu anlayış cezaya liyakat ekseninden kaymaya sebep olur, gereksiz bir damgalama ile risk toplumları için dahi üst bir varlık olan insan onurunu ihlal eder, geleneksel cezalandırma formlarından bir sapmaya sebep olur: suçlara en üst düzeyde uygulanabilirlik sağlamak için suçsuzluk karinesinin somut esası olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi ortadan kaldırılır ve sonuç olarak hiç kimse cezadan kaçamaz. Soyut tehlike suçlarının anayasal uygunluğunu sağlamak için üç temel koşul aranmalıdır: tehlikenin somut olarak yokluğunun ispatı, tehlikelilik varsayımını ortadan kaldırabilecek ağırlıkta bir durumun gösterilmesi ve kanun koyucunun tehlikeli

kabul etme kriterine saygı gösterilmesi. Sonuç olarak, soyut tehlike suçları anayasal ilkelerle uyumlu hale getirilmelidir. Bu suçların düzenlenmesinde kanunilik, belirlilik, orantılılık, kusur ve ihlal ilkelerine uygun hareket edilmelidir. Ancak, belirli alanlarda, örneğin çevre ve ekonomi gibi, soyut tehlike suçlarına başvurmak zorunlu olabilir. Bu suçlar, özellikle büyük riskleri önlemeye yönelik olarak kullanıldığında meşru kabul edilebilir. Ancak, bu durumlarda bile, cezalandırılabilirlik eşiğinin geri çekilmesi yetkisi dikkatle kullanılmalıdır ve ceza hukukunun son çare olması gerekliliği ilkesinden sapılmamalıdır.

Çalışmamızda kanun koyucunun suç ve ceza siyasetini belirleme ve bu anlamda soyut tehlike suçu ihdas etmesinin anayasal sınırları üzerinde de durulmuştur. Bir önceki başlıktan farklı olarak bu başlıkta temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya yaklaşımı incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti belirleme yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre, kanun koyucu toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, hangi tür ve ölçüde ceza yaptırımları ile karşılanacağı, ağırlaştırıcı veya hafifletici sebeplerin neler olacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, bu yetkinin kullanımında kamu yararı ile bireysel özgürlükler arasında denge gözetilmelidir. Hukuk devleti ilkesi, kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti belirlerken hukuki güvenlik ilkesine uygun hareket etmesini gerektirir. Hukuki normların açık ve belirli olması, hukuki güvenlik ilkesinin temel gerekliliklerindendir. Anayasa, devlet iktidarının sınırlarını belirler ve devlet her türlü eylem ve işleminde anayasaya uymak zorundadır. Anayasa'nın 38. maddesi, suç ve cezaların kanuniliği ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerini düzenler. Bu madde, kanun koyucunun suç ve ceza normları ihdas etme yetkisini sınırlandırır. Kanun koyucu, ceza normlarını belirlerken hem biçimsel hem de içeriksel bakımdan belirli özellikleri taşıyan düzenlemeler yapmalıdır. Suç ve cezaların belirli ve açık olması, kanunilik ilkesinin gereğidir. Ceza normlarının belirlilik ilkesine uygun olması, modern hukuk

sistemlerinde kanunilik ilkesinin temel bir gereğidir. Ceza normları belirsiz ve esnek bir şekilde oluşturulduğunda, hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmiş olur. Bu durum, kanun koyucunun keyfi yorumlar yaparak normun kapsamını genişletmesine yol açabilir. Bu nedenle, tipik fiilin açık ve kesin bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti belirleme yetkisinin sınırlarından bir diğeri “hukuk devleti” ve “eşitlik” ilkeleridir. Hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri, ceza normlarının anayasal denetiminde önemli bir rol oynar. Anayasa’nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili kuralları belirler ve bu sınırlandırmaların ölçülülük ilkesine uygun olmasını gerektirir. Ceza normları, nitelikleri gereği bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucunu doğurdıkları için ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğunu belirtmiştir. Ölçülülük ilkesi, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaçla elverişli, gerekli ve orantılı olmasını gerektirir.

Gereklilik ilkesi, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek adına sınırlandırılacak temel hak bakımından en yumuşak, hakka en az müdahale edecek aracın seçilmesi gerektiğini ifade eder. Bu ilke ceza hukukunun son çare olması gerekliliğiyle yakından ilgilidir. Ceza hukuku, hukuk düzenindeki en ağır müeyyideleri düzenlediği için sınırlamanın amacına ulaşmak adına ceza müeyyidesine başvurmak zorunlu olmalıdır. Bir başka deyişle aynı amaca idari yaptırımlarla veya özel hukuk yaptırımlarıyla ulaşılabilecekken araç olarak ceza müeyyidesinin seçilmesi ölçüsüz olacaktır. Ceza hukukunun son çare olması gerekliliği, hakkın sınırlandırılmasının orantılı olması gerekliliğiyle de ilgilidir. Buna göre hukuki reaksiyon olarak cezanın, hukuk dışı aksiyon olan suçla orantılı bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Gereklilik ilkesi, sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki ilişkiyle ilgiliyken, orantılılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusu olmaktadır. Orantılılık incelemesinde çatışan iki hukuki menfaatin her ikisine de ideal bir etki sağlayacak çözümün bulunması

hedeflenmektedir. Araç ile amacın karşılaştırılması neticesinde araca başvurulmasının ağır olumsuz sonuçlara sebep olması halinde orantısızlığın ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesi bağlamında, tehlike suçları ile zarar suçları arasında ihlalin ağırlığı sebebiyle öngörülecek cezalar arasında bir farklılık olmalıdır. Tehlike suçları, zarar suçlarına nazaran daha düşük bir ihlal seviyesi içerdiği için daha hafif cezalar öngörülmelidir. Gerçekten de kanunda yer alan suçların sistematik tutarlılığına ve dolayısıyla dışsal bir izlenime odaklanan bir değerlendirme yapılabilir. Cezanın orantılılığına ilişkin bu değerlendirme, tehlike suçunun ilişkili olduğu zarar suçuyla olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır ve doğrudan zararın meydana gelme olasılığın nazara alınacak seviyesi üzerinde etkili olur. Mantıki ön kabul, zararın tehlikeye nazaran daha ağır bir ihlal olduğudur ve bu ayrım müeyyideler arasındaki esaslı bir farklılığa tekabül etmelidir. Ancak kanun koyucunun tutarsızlığı sebebiyle bu böyle belirlenmezse hâkimin ilgili olasılık seviyesini ölçerek adaleti yeniden tesis etmesi gerekir. Tehlike ile zarar arasındaki nitelik farkı müeyyideler arasındaki anlamlı bir farklılık aracılığıyla tanınıyorsa ve bu anlamda zarar karşısında esaslı bir orantılılık muhafaza ediliyorsa, görece daha düşük bir olasılık seviyesinde dahi tipik tehlikeyi temellendirmek ve cezaya layık hale getirmek bakımından ölçülü görünür. Ancak tehlike ile zarar arasındaki ihlalin ağırlığı üzerinde bir nitelik farkının müeyyideler aracılığıyla ortaya konamadığı hallerde hâkim ölçülülük ilkesini muhafaza etmek adına daha yüksek bir olasılık seviyesini tercih ederek sisteme gerekli aksiyolojik tutarlılığı kazandırır.

Bu anlamda aynı hukuki varlığı koruyan ve bir tehlike suçu olan radyasyon yayma suçu (TCK m. 172) ile bir zarar suçu olan kasten yaralama suçu (TCK m. 86) karşılaştırıldığında kanun koyucunun bu iki suç arasında dışsal bir tutarlılığı sağlayamadığı ifade edilmelidir. Cezalar arasındaki orantısızlık o kadar yüksek bir seviyededir ki hâkim TCK m. 172 hükmünden ceza vermek istediğinde verebileceği en düşük ceza, TCK m. 86/1 hükmü uyarınca verebileceği en fazla cezaya denktir.

Özellikle ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların soyut tehlike suçları ile yapılmaması gerektiği öğretilerinde vurgulanmaktadır. İfade özgürlüğüne yönelik müdahaleler, somut tehlikenin meydana gelmediği hallerde AİHM'in uyguladığı üç aşamalı testin demokratik toplumda gereklilik testi aşamasından geçemeyecektir. Bu nedenle, ifade özgürlüğüne yönelik ceza normları somut tehlike suçları olarak düzenlenmelidir. Sonuç olarak, kanun koyucunun soyut tehlike suçu ihdas etme yetkisi anayasal sınırlar içinde kullanılmalıdır. Bu yetkinin kullanımı, hukuki güvenlik, ölçülülük, kanunilik ve eşitlik ilkelerine uygun olmalıdır. Özellikle ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, somut tehlike suçları ile yapılmalıdır.

Çalışmamızda tehlike suçlarıyla bağlantılı suçlar arasında öncelikle kalkışma suçları incelenmiştir. Kalkışma suçları, pek çok açıdan teşebbüse yaklaşan bir yapıyla karakterize edilmiş tehlike suçlarının özel bir görünümünü ifade eder. Kalkışma suçlarında da suçun meydana gelebilmesi için, failin zarar kastına sahip olması gerekmektedir. Bu anlamda İCK m. 276 hükmünde düzenlenen “*Her kim Cumhurbaşkanı'nın hayatına, vücut bütünlüğüne ya da kişisel özgürlüğüne yönelik bir saldırıya kalkışırsa müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır*” hükmünden sorumluluk için failin Cumhurbaşkanı'nın hayatına, güvenliğine ya da kişisel özgürlüğüne zarar verme kastının olması gerekmektedir (İCK m. 276 hükmünden farklı olarak TCK m. 310 hükmünde düzenlenen Cumhurbaşkanı'na suikast ve fiili saldırı suçu bir kalkışma suçu olarak düzenlenmemiştir). Bu normatif düzenlemede suçun sona ermesi için teşebbüs aşamasında kalmış davranışa özel bir önem verilmektedir. Böylece kalkışma suçlarını, ceza normu tarafından korunan hukuki varlığa zarar vermeye yönelen, ancak sadece bir tehlike durumunu ortaya çıkartabilen bu haliyle özel bir suç olarak düzenlenen davranışla meydana getirilen suçlar olarak tanımlayabiliriz. Öğretilerdeki bir görüşe göre kalkışma suçlarında neticenin gerçekleşmesi ayrıca cezalandırılmadığı gibi neticenin

gerçekleşmesi halinde mevcut hukuk düzeni ortadan kalkacağı için cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Ancak çalışmamızda ulaştığımız sonuca göre, kalkışma suçlarına örnek olarak gösterilen anayasayı ihlal (TCK m. 309) suçu incelendiğinde hükümde yer alan “teşebbüs etmek” ifadesinin bu suçun teşebbüs halinde kalmış şeklinin de tamamlanmış hali için öngörülen ceza ile cezalandırmak şeklinde anlamlandırmak gerekmektedir. Zira teşebbüs, icra hareketlerine başlanan suç fiilinin tamamlanamamış olmasını ifade eder. Dolayısıyla suça teşebbüsün söz konusu olması için ilgili suçun maddi unsurunun teşebbüsü oluşturan davranışların ötesinde bazı davranışları veya neticeyi içermesi gerekmektedir. Salt teşebbüs halinde kalan davranışın cezalandırılmasının sebebi onun kanunun yasakladığı belirli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu anlamına gelir. Bir başka deyişle neticenin meydana gelme tehlikesi cezalandırılmaktadır. TCK m. 309 hükmünde düzenlenen fiilin meydana gelmesi için de failin davranışlarının kanunda sayılan neticeleri (“...*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye...*”) gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir.

Kanun TCK m. 309 hükmünde düzenlenen suça teşebbüsü dahi tam ceza ile cezalandırırken teşebbüsü nihai netice olarak görmemektedir. Esasında kanun teşebbüsten söz ederken suçun tamamlanmış halinin de olabileceğini ve elbette tamamlanmış hali için teşebbüsten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu suça teşebbüsün meydana getirdiği tehlikeyi nazara alarak sadece ceza müeyyidesinin uygulanması bakımından suça teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında bir paralellik kurmuştur. Ancak teşebbüsü fiilin kendisi olarak kabul etmek imkânı bulunmamaktadır. Zira salt teşebbüsü hukuki netice olarak nitelendirmek askıda bir kavram kabul etmek anlamına gelir. Fiilin tamamlanması ve suç tipinde belirtilen neticelerin gerçekleşmesi halinde artık fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığı ve bu

sebeple suçtan ve suçun neticesinden bahsedilemeyeceği zira mevcut hukuk düzeninin ortadan kalktığı şeklindeki görüşlere de katılmak mümkün görünmemektedir. Zira suçun tamamlanması ile takip edilemezliği ve cezalandırılmazlığı farklı kurumlardır. Anayasal düzeni ortadan kaldıran bir kuvveti başka bir kuvvet ortadan kaldıracak olursa, ilk kuvvetin tamamlanmış anayasal düzeni ortadan kaldırma fiilinin takip edilebilir nitelikte olacağına şüphe yoktur. Anayasal düzenin eski hale getirilmesi halinde önceki “ortadan kaldırma” fiilinin tamamlanmış olduğu söylenebilir. Kalkışma suçlarını, dar anlamda tehlike suçlarından ayıran hususun failin davranışını zarar kastıyla gerçekleştirmesi olduğunu belirttik. Öğretide, kalkışma suçlarının tamamının tehlike suçu olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Ancak bize göre öncelikle kalkışma suçlarında kanunda gösterilen neticelere yönelik elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasıyla birlikte suçun tamamlandığını söylemek hatalı olacaktır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere söz konusu neticelerin gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim kanunilik ilkesi gereği neticenin meydana gelmesi yasaklanmamışsa o neticeye teşebbüs edilmesinin yasaklanması da düşünülemez. Kanun koyucu, bu suçlarla korunan hukuki varlıkları daha etkili bir şekilde korumak ve ceza normunun genel önleyici etkisini artırmak için suça teşebbüs halinde cezadan indirim yapılacağına ilişkin genel kuraldan (TCK m. 35, İCK m. 56) ayrılmış ve suça teşebbüsün cezasını tamamlanmış suçla eş tutmuştur. TCK m. 309 özelinde incelediğimizde, kalkışılan neticelerin suçla korunan hukuki varlığa zarar veren neticeler olduğunu görebiliriz. Suça teşebbüs hali kendiliğinden bir tehlike suçu olarak nitelendirilemeyeceği için bir zarar suçuna teşebbüs edilmesi halinin tehlike suçunu teşkil ettiği söylenemez. Anayasayı ihlal suçu, neticelere yönelik elverişli hareketlerin tamamlanmasıyla oluşur; ancak bu aşamada tamamlanmaz. Zira tamamlanma anı neticenin gerçekleştiği andır. Bu suç tipi bakımından zararın ortaya çıkması mümkün olduğundan ve aslında failin kastı da bu zarar neticelerine yönelik olduğundan bu suçun tamamlanması için korunan hukuki varlığın tehlikeye atılmasının yeterli olduğu tehlike

suçları arasında değerlendirmek doğru değildir. Suçun kalkışma suçu niteliğinde olması, zarar suçu olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Aynı sonuca TCK m. 312 hükmünde düzenlenen hükümete karşı suç bakımından da ulaşılabilir. Kalkışma suçu olarak nitelendirilebilecek TCK m. 277 hükmü bakımındansa kanun, maddede sayılan kişilerin etkilenmesi sonucunda mahkemenin kararlarının etkilenmesi gibi bir sonuç aramamıştır. Ancak, gerçeğe aykırı tanıklık sebebiyle mahkemenin kararının etkilenme ihtimali ortaya çıkmaktadır. İşte bu ihtimal bize göre somut tehlikeyi ifade etmektedir. Bu anlamda TCK m. 277 hükmünde düzenlenen suçun tamamlanması bir somut tehlike suçunu ifade etmekteyken; maddede sayılan kişileri hukuka aykırı bir şekilde etkilemeye teşebbüs hali de somut tehlike suçuna teşebbüsü ifade etmektedir. Teşebbüsle birlikte suç tamamlanmadığı için suça teşebbüs hali soyut tehlike suçu olarak nitelendirilemeyecektir. Söz konusu suçun meydana gelmesi bakımından failin “yargıyı etkilemek amacıyla” hareket etmesi gerektiği göz önüne alındığında bu suçun zarar kastıyla işlenen bir tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.

Kalkışma suçları, elverişli hareketlerle icrasına başlanmasıyla birlikte tamamlanmış gibi cezalandırılan suçlardır. Bu anlamda teşebbüse hâkim olan ilkeler (TCK m. 35, İCK m. 56) anılan suçlar bakımından da uygulanacak ve hangi davranışların icra hareketi olduğuna ve hangi davranışların elverişli olduğuna ilişkin değerlendirmeler, bu temel ilkeler kapsamında yapılacaktır. Dolayısıyla teşebbüse hâkim olan ilkeler çerçevesinde icra başlangıcı tespit edildikten sonra tekrar teşebbüs hükümlerinin uygulanma imkânı yoktur. Aksi halde teşebbüse teşebbüs cezalandırılmış olur ve ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı bir şekilde hazırlık hareketlerinin cezalandırılması yoluna gidilir ve böylece cezalandırılabilirlik alanı da ölçüsüzce genişler. Bu sebeplerle kalkışma suçlarına, suça teşebbüse teşebbüsün kabul edilebilir olmadığını düşünüyoruz.

Tehlike suçlarıyla bağlantılı suç kategorilerinden bir diğeri de cezalandırılan hazırlık hareketleri (hazırlık suçları) kategorisidir. Cezalandırılan hazırlık hareketleri,

tehlike suçlarında olduğu gibi hukuki varlığa ilişkin korumanın ön plana alındığı hallerden birisini teşkil eder. Ancak hazırlık suçlarının, tehlike suçlarından farklılık arz eden kendine özgü özellikleri barındıran bir suç kategorisi olduğu; hazırlık suçlarının bir kısmı için somut tehlike suçu nitelendirilmesi yapıldığı ancak öğretide ağırlıklı görüşün bu suçları soyut tehlike suçu olarak gördüğü belirtilmektedir. Hazırlık suçlarını soyut tehlike suçları arasında değerlendiren görüş, sanıyoruz ki cezalandırılan hareketin korunan hukuki varlığa verebileceği zarardan uzaklığını göz önüne alarak bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Ancak hazırlık suçlarını, soyut tehlike suçlarının koruduğu alandan daha ön bir alanı koruyan, dolayısıyla evleviyetle soyut tehlike suçu görünümünde olan suçlar olarak tasavvur etmek hatalıdır. Soyut tehlike suçları, tipik davranışın korunan hukuki varlığı ihlale elverişli bir şekilde gerçekleştirilmesiyle birlikte tamamlanan suçlardır. Somut tehlike suçlarından farklı olarak soyut tehlike suçlarında, hâkim tarafından araştırılması gereken bir somut tehlike bulunmamaktadır. Tehlike suçlarında failin kastının, tehlikenin bir sonraki aşaması olan zararın meydana gelmesini kapsamına almasına gerek yoktur. Bu anlamda failin kastının, davranışın ötesine geçmesine gerek bulunmamaktadır. Öte yandan hazırlık suçlarında gelecekteki bir hukuki varlık zararı hedeflenmelidir. Hazırlık suçu tehlikelilik özelliğini, hukuki varlığın ihlaline yönelik zararlı davranışın gerekli bir adımı olmasından almaktadır. Bu anlamda hazırlık, hazırladığı suçun meydana gelmesi yakın olmadığı sürece bir tehlike arz etmemektedir. Hazırlık suçları, salt cezalandırmanın konusunu oluşturan davranışı değil ayrıca gelecekteki olası bir tehlikenin meydana getirilmesini de ifade ederler. Bu anlamda hazırlık suçlarındaki tipik davranışlar yahut bunların yargı kararlarıyla ortaya konulan ayrıntıları, yüksek önemli hukuki varlıklar üstünde kısmen de olsa önemli bir tehlike içeriğini bünyelerinde taşırlar. Esasında hazırlık suçlarında da tıpkı suça teşebbüste olduğu gibi, objektif olarak eylem planı kapsamında değerlendirilebilecek önemli ölçüde bir tehlikenin meydana getirilmesi aranmalıdır. Böylece korumanın öne alınmasından

kaynaklı özgürlüğün kısıtlanması, ancak bu tehlikenin tecrübelerle göre daha sonraki bir zamanda önlenemeyeceği durumlarda meşruiyet kazanacaktır. Bu anlamda tehlike suçlarıyla hazırlık suçları arasındaki ilişki genelden özele geçiş ilişkisi (genus ad speciem) üzerinden tanımlanmalıdır. Buna göre hazırlık suçlarını nitelendiren özel unsur – somutlaştırılmış bir ya da daha fazla hukuki varlığa zarar verilmesi için – aynı failin veya üçüncü bir kişinin sonraki davranışlarının gerekliliğidir. Bu anlamda, dolaylı tehlike suçları ya da engel suçları olarak nitelemeye bir engel bulunmamaktadır; ancak bu aşamadaki davranışlar bir ya da daha fazla hukuki varlığa kendi başlarına zarar vermeye yeterli değildir; ancak sadece bir sonraki aşamasında, aynı failin veya üçüncü bir kişinin hukuki varlığa doğrudan zarar vereceği davranışın koşullarını yaratırlar. Bu anlamda örneğin, yangın çıkartan kişi daha sonraki davranışların dahili gerekmeksizin birden fazla kişinin ölümüne sebep olabilecek tehlikeli bir durumu yaratabilir; ancak ruhsatsız silah taşımak failin gelecekte onu başkalarının hayatına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir suç işlemekte kullanması ya da onu aynı amaçlara kullanabilecek üçüncü kişilere devretme riskinden kaçınmak için yasaklanmaktadır. Hazırlık suçları, çoğunlukla soyut tehlike suçu şeklinde oluşturulmakla birlikte, hazırlık suçlarının failinde gelecekteki bir hukuki varlığa zarar vermeye yönelik irade tespit edilemediği sürece, bu suçlar cezasız kalmaktadır; halbuki diğer soyut tehlike suçlarının failinde bu şekilde bir kast aranmamaktadır. Dolayısıyla soyut tehlike suçları kümesi, hazırlık suçları kümesini kapsamamaktadır. Hazırlık suçları, somut tehlike ve soyut tehlike suçu şeklinde formüle edilebilmektedir. Örneğin, pek çok suç bakımından hazırlık hareketi niteliğinde olan suç işlemek amacıyla örgütlenme suçu (TCK m. 220), bir somut tehlike suçudur. Öte yandan TCK m. 245/A hükmünde düzenlenen yasak cihaz veya programlar suçu da hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı bir soyut tehlike suçuna örnektir.

Öğretide kastın, zarar kastı ve tehlike kastı şeklinde ikiye ayrılabilceği belirtilmektedir. Bize göre, failin işlemeyi kastettiği fiilin tamamlanması sonunda suçla

korunan hukuki varlığa zarar gelecekse failin zarar kastıyla; ancak fiilin tamamlanmasıyla hukuki varlık tehlikeye atılmış olaksa failin tehlike kastıyla hareket ettiğini söylemek mümkündür. Fail bir zarar suçunu işlemek üzere icra hareketlerine başlamış ancak zarar neticesi meydana gelmemişse tamamlanmış tehlike suçundan değil; zarar suçuna teşebbüsten sorumluluk gündeme gelecektir. Zarar suçlarıyla tehlike suçlarında kastın kapsamı bakımından – ancak özü bakımından değil – ortaya çıkan bu farklılığı vurgulamak açısından zarar kastı ve tehlike kastı kavramlarının kullanılabileceğini düşünüyoruz. Öğretideki bir görüşe göre, suç ile kabahat arasındaki teorik ayrım; suçun bir normun genel geçerliğinin yanı sıra, bir hukuki varlık ihlalini de içermesi gerekmesine rağmen, kabahatlerin bir hukuki varlık ihlalini konu edinmemesine dayanmaktadır. Bu anlamda, kabahat ile suç arasındaki kast da birbirinden ayrılmaktadır. Zira kabahat fiillerinde kastın bir hukuki varlığa müdahalede bulunduğu dair bir içerikle dolu olma imkânı bulunmamaktadır. Bu imkânsızlık, soyut tehlike suçları bakımından da geçerlidir. Zira bu fiillerde de failin gerçekleştirdiği davranışın herhangi bir hukuki varlığı “somut” olarak tehlikeye attığının bilincinde olması gerekmediğinden, fiil cezalandırmaya layık değildir. Bize göre, soyut tehlike suçları, hukuki varlık ihlalinden yoksun suçlar değildir; bu nedenle, bu fiillerin cezalandırmaya layık olmadığı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz.

Soyut tehlike suçlarında ise, hâkimin normda belirtilen unsurların varlığını göstermesi gerekirken ortaya çıkacak tehlike ilişkisini göstermesi gerekmez. Fiilin kurucu unsurlarının dışındaki bir unsur olarak tehlikenin araştırılması gerekmediği gibi, failin kastının ya da taksirinin kapsamının içinde de değildir. Bir görüşe göre, soyut tehlike suçlarının olası kastla işlenmesi mümkündür. Bir başka görüşe göreyse, soyut tehlike suçları kural olarak olası kastla da işlenebilir olmakla birlikte, kanunda “bilme” unsuruna açıkça yer verildiğinde, bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilecektir. Ancak daha önce

de belirtildiği üzere, soyut tehlike suçlarının büyük bir çoğunluğu neticesiz suçlar kategorisine dahildir. Neticenin bulunmadığı suçlarda da olası kasttan söz edilemez.

Geçmiş dönemlerde tehlike kastını kusurluluğun – zarar kastıyla taksir arasında – özerk bir görünüm biçimi olarak yapılandırmaya yönelik girişimler var olmuşsa da güncel ve yakın dönemde hakim olan öğretilerde tek bir kast kavramının varlığı savunulmuştur. Yerinde bir şekilde tehlike kastının, kastın özel bir görünüm şekli olmadığı bu isimlendirmenin sadece korunan hukuki varlık üzerinde sadece objektif olarak bir risk meydana getiren suç ipotezlerinin sübjektif yönünü belirlemek için kullanıldığı belirtilmektedir. Esasında bu sav, zarar kastı ile tehlike kastı arasında öz – ya da yapı – bakımından bir farklılık bulunmadığını vurguluyorsa kabul edilebilir görünmektedir. Zira tehlike kastının sübjektif yapısı, bilme ve isteme unsurlarını içermektedir dolayısıyla bu kastın oluşabilmesi için failin somut tehlikeyi öngörmesi ve bu zihinsel bileşene dayanarak hareket etmeye karar vermesi gerekmektedir. Ancak bu yaklaşım, tehlike kastının içeriği ile (olası) zarar kastının içeriği arasında bir özdeşlik kurmaya imkân vermemektedir. Zira tehlike ile zarar arasında objektif olarak bir farklılık olduğu gibi, sübjektif olarak da bir farklılık vardır; dolayısıyla tehlikeye yönelik kastla hareket eden kişide, zarara ilişkin bir kastın bulunması zorunlu değildir. Somut tehlike suçlarında da doğrudan yahut olası kasıtlı davranışın somut tehlike neticesine yönelik olması gerekmektedir. Tehlikeli durumun bilinip göze alındığı her durum, zararın da göze alındığı anlamına gelmemektedir hatta fail, zararın ortaya çıkmayabileceğine güvenebilecektir. Tehlike kastı kavramıyla, somut risk temsiline zararlı neticenin gerçekleşmeyeceğine yönelik güvenin (basit bir umut etmenin değil) eşlik ettiği (zarar) öngörülü taksirin (bilinçli taksir) psikolojik bileşenleri arasında bir benzerlik göze çarpmaktadır. Bu benzerliğe rağmen bu iki olgunun eşitlenmesi mümkün değildir. Her şeyden önce objektif unsur olan tehlike ile taksire dahil olan “risk” arasındaki temel ayrım, taksirli somut tehlike suçları tarafından dayatılmaktadır (İCK m. 450, m. 452/2),

eğer tehlike taksirin değerlendirilmesinden farklı bir şekilde tespit edilmezse iki unsurdan birisi gereksiz hale gelecektir.

Tehlike suçları kastla gerçekleştirilebilecekleri gibi, kanunda ayrıca düzenlendiği hallerde taksirle de gerçekleştirilebilir. TCK'nın basit taksirin tanımını yapan 22/2 maddesinde, kanuni tanımda belirtilen neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesinden; bilinçli taksirin tanımını yapan 22/3 maddesindeyse, öngörülen neticenin istenmemesinden bahsedilmektedir. Buradan yola çıkarak, kanun koyucunun taksirli suçları, neticeli suçlar olarak tasarladığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte, kanundaki tanım yapılırken davranış dikkate alınmaksızın netice üzerinden bir tanım yapılmış olması da eleştirilmektedir. Nitekim öğretide taksirli suçların sırf davranış suçu şeklinde ortaya çıkabileceği de belirtilmektedir. Bu anlamda taksirli suçların ayırt edici özelliğinin, iradi bir davranışın varlığı ve kanundaki tanımda yer alan unsurlardan birinin “öngörülmemiş olması” olarak tespit edilebileceği belirtilmektedir. Bir başka deyişle taksirli suçlarda ihlalin kural olarak özene aykırı davranışla birlikte meydana gelen neticeden oluştuğu söylenebilir. Bu suçlarda hem davranışın hem de neticenin bir değersizlik içeriği bulunmaktadır ve kimi hallerde bu özene aykırı davranışın değersizliği tek başına önem arz edebilir. Gerek TCK'da gerek Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen taksirli suçların büyük çoğunluğu neticelidir ve bu suçlarda taksirli davranışın tipik neticeye sebep olması halinde fail cezalandırılabilir. Taksirli suç tipi kapsamında salt davranış öngörülmüşse, bu özensiz davranışın gerçekleştirilmesi; ayrıca netice de öngörülmüşse neticenin de gerçekleştirilmesi gerekir. Taksirli suçların sırf davranış suçu olarak düzenlenebilecekleri kabulü, taksirli soyut tehlike suçlarını açıklamak bakımından önem arz etmektedir. Zira soyut tehlike suçu şeklinde düzenlenen suçlarda genellikle bir netice bulunmamaktadır.

Tehlike suçlarının taksirli bir şekilde işlenmesinin önünde bir engel yoktur ya da bu durum bir çelişkiyi ifade etmez. Fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı

sonucunda korunan hukuki varlık bakımından bir tehlike meydana getirmiş olabilir. Örneğin TCK m. 180 hükmünde düzenlenen suç uyarınca “*Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimse...*” cezalandırılmaktadır. Somut tehlikenin hukuki niteliğinin netice olduğunu düşündüğümüz için taksirli somut tehlike suçları TCK m. 22/2-3 düzenlemeleriyle de uyum içerisindedir. Ancak taksirle düzenlenen soyut tehlike suçlarının TCK m. 22/2-3 hükümlerindeki taksirin tanımıyla bir uyum içerisinde oldukları söylenemez. Taksirli soyut tehlike suçlarına örnek olarak TCK m. 172/4 ve m. 182/1 hükümleri gösterilebilir. TCK m. 172/4 hükmünde “*...filin bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına önemli ölçüde zarar vermeye elverişli olması halinde...*” cezalandırılacağı; TCK m. 182/1 hükmündeysse “*Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi[nin]...*” cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Dikkat edilecek olursa kanun fiilin zarar meydana getirmeye elverişliliğini aramış ancak ortaya somut bir tehlike çıkmasını aramamıştır. Bu nedenle ilgili düzenlemeler taksirle işlenen soyut tehlike suçu niteliğindedir. Bu durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde kanundaki unsurlardan birisi öngörülmeden davranışın gerçekleştirilmesi halinde suçun meydana geldiğini kabul etmek gerekecektir.

Tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu da öğretilerde tartışılmıştır. Bize göre tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığına ilişkin problem genellemelerle ve önceden belirlenmiş kurallarla çözümlenebilir nitelikte değildir. Tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırılması halinde tehlikenin tehlikesinin cezalandırılacağı ve bunun da ihlal ilkesine aykırı düşeceği yönündeki eleştirilerin haklılık payı bulunmaktadır. Ancak tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırıldığı her halin ihlal ilkesine aykırılık teşkil ettiği söylenemeyecektir. Zira belirli koşulları sağlıyor olmaları ve ihlal edicilik içeriğine sahip olmaları halinde hazırlık hareketlerinin dahi

cezalandırılması meşru görülmektedir. Cezalandırılabilirlik alanının hazırlık hareketlerine kadar çekilebildiği bir sistemde, tehlike suçlarına teşebbüsün her halükârda ihlal edici içerikten yoksun olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. De Vero'nun da isabetle belirttiği üzere somut olayın özelliklerini göz önüne alan bir müdahale marjının bırakılması isteniyorsa, “elverişlilik” kavramının anlamının sınırlarının zorlanarak yorumlanmasıyla tehlike suçuna teşebbüsün ancak ex ante bir değerlendirme sonucunda basit bir imkân halinde değil tamamlanmasının neredeyse kesin olduğu hallerde tespit edilmesi gerektiği savunulmalıdır. Demirtaş da somut tehlikeye yakın davranışların somut tehlike suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

Ex ante değerlendirmeden kaynaklanan objektif olarak tespit edilebilir fiili durumlarla bu değerlendirmeden yola çıkarak ihlalin ihtimalini belirleyen fiili durumlar birbirine karıştırılmamalıdır. Yakın zamanda önerilen bir terminolojiye göre, tehlike yargısına içkin ex ante yargı yöntemi, belirli bir olay ya da durumun nihai ihlal neticesine işaret etmesi gereken ‘ara netice’ olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar nihai ihlal neticesi bakımından teşebbüse ilişkin bir değerlendirme yapmak zor görünse de ‘ara netice’ bakımından bir değerlendirme yapmanın önünde kural olarak bir engel yoktur. Örneğin fail, karayoluna bir kaya yerleştirmek üzere kayayı sürüklerken yakalandığında TCK m. 179/1 hükmüne teşebbüsten cezalandırılabilir. Burada referans noktası kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin ortaya çıkması değil, kayanın yerleştirilmesi şeklindeki tehlike yargısının temelini oluşturacak fiili durumdur. İşte bu fiili durumun gelişme sürecini kapsayacak şekilde TCK m. 35 hükmünde düzenlenen teşebbüs hükümleri de uygulanabilirlik kazanacaktır. Kanun koyucu bazı hukuki varlıkları daha etkili korumak istediği kimi hallerde sanıyoruz ki suçta teşebbüsü ispatlamanın zorluğunu da göz önünde bulundurarak aynı nitelikteki davranışın hem soyut tehlikesini hem de somut tehlikesini cezalandırmıştır. Örneğin kanun “Yangın,

bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki hükmüyle (TCK m. 170/2) bir soyut tehlike suçu düzenlemiştir. Bu davranışların “*Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde...*” gerçekleştirilmesi halinde yani bir somut tehlikenin ortaya çıkması halindeyse TCK m. 170/1 hükmü uygulanacaktır. Bu anlamda TCK m. 170/1 hükmüne teşebbüsle TCK m. 170/2 hükmünde düzenlenen suçun tamamlanmış hali arasında bir fark bulunmadığı doğrudur; ancak kanun koyucunun bu tür davranışların cezasız kalmasını önlemek adına yapmış olduğu bu müstesna tercihler, somut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşmaya elverişli değildir. Sonuç itibarıyla yapıları izin verdiği müddetçe somut tehlike suçlarına da soyut tehlike suçlarına da teşebbüsün mümkün olduğunu, bu konuda genel geçer bir kural konulamayacağını, her bir suç tipi için ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Elbette, teşebbüse ilişkin hükümler ihlal ilkesine aykırı bir cezalandırmaya kesinlikle izin vermemektedir. Bu anlamda teşebbüs aşamasında kalmış davranışın, korunan hukuki varlıkla ilişkisinin kurulamadığı anlarda cezalandırma yoluna gidilmemelidir.

Tehlike suçuyla zarar suçunun birlikte gerçekleştiği durumlarda içtima ilişkisinin hangi kurallar çerçevesinde belirleneceği öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır. Meselenin fikri içtima kuralları üzerinden çözülmesi gerektiğini belirten görüşler olduğu gibi, bu hallerde içtimanın görünüşte olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Tehlike suçlarıyla zarar suçları arasında görünüşte içtima ilişkisi kurulabileceğini belirten görüşler de meseleyi genel norm – özel norm, asli norm – tali norm ya da geçitli suç üzerinden açıklayanlar olarak üçe ayrılmaktadır. Bize göre tehlike suçlarıyla zarar suçları arasındaki içtima ilişkisi, normlarla korunması amaçlanan hukuki varlıklar değerlendirilerek kurulmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken tehlike suçlarının ihdası amacı da göz önüne alınmalıdır. Bir hukuki varlığa zarar verilmesi, söz konusu varlığın

tehlikeye atılmasından daha yoğun bir ihlali teşkil eder, bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Tehlike suçları da hukuki varlıkları, zarar meydana gelmeden daha ön bir aşamada korumayı hedefleyen suçlardır. Tehlike suçuna ilişkin norm incelenerek söz konusu normla hangi zararların önlenmesinin hedeflendiği ortaya çıkartılabilir. İlgili suç düzenleyen normla korunan hukuki konu, zarara uğramasından korkulan hukuki varlıklardan daha geniş olabilir. Örneğin, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu düzenleyen TCK m. 179 hükmüyle trafik güvenliğinin ve kamu güvenliğinin korunduğu; her üç fıkra ile de kişilerin yaşam hakkının, vücut bütünlüğünün ve malvarlığının korunduğu belirtilmektedir. TCK m. 179/1 hükmünde yer alan “...başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan...” ibaresinden yola çıkılarak hayat, sağlık ve malvarlığı şeklindeki hukuki varlıkların zarar görmemesi için sayılan bu varlıklara ilişkin hukuki koruma öne çekilmiştir. Hukuki varlık daha yoğun bir şekilde ihlal edildiğinde, yani zarara uğratıldığında, bir aşamada zorunlu olarak tehlikeye de uğratılmış olduğu doğrudur. Tehlike suçunu düzenleyen suç tipinin diğer unsurları da somut olayda gerçekleşmişse, zararın meydana gelmesiyle hem zarar suçuna ilişkin normun hem de tehlike suçuna ilişkin normun ihlal edildiği düşünülebilir. Ancak zarar şeklindeki ihlal, tehlike şeklindeki ihlali kapsamına aldığı için bir bütün olarak sadece zarar suçunu düzenleyen norm ihlal edilmiştir. Bu anlamda tehlike suçunun ihlali, sadece görünüştedir. Dolayısıyla tehlike suçuyla birlikte zarar neticesinin meydana geldiği hallerde birden çok normun ihlal edildiğini ve bu sebeple gerçek içtima ya da fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemek doğru olmayacaktır.

Nitekim tehlike suçlarıyla amaçlanan zararın erken bir aşamada önlenmesiye ve failin cezalandırılma sebebi, zararın meydana gelme ihtimaliyse; zarar meydana geldikten sonra, ayrıca zararın meydana gelme ihtimali sebebiyle cezalandırmak ya da bu ihtimali yasaklayan normun (tehlike suçunu düzenleyen normun) da müstakil bir şekilde ihlal edildiğini söylemek çelişkili olacaktır. Dolayısıyla zarar suçlarıyla tehlike suçları

arasında asli norm – tali norm ilişkisi olduğunu düşünüyoruz. Ancak, bu ilişki içerisindeki normların kısmen ya da tamamen aynı hukuki varlıkları koruması gerektiği ve mağdurlarının aynı olması gerektiği belirtilmektedir. Bir önceki paragrafta da vurguladığımız üzere, tehlike suçlarının düzenlenme amacı nazara alınarak, o normla zarara uğraması engellenmek istenen yani zarara uğramasından korkulan hukuki varlıklarla somut olayda zarar gören hukuki varlık karşılaştırılmalıdır. Benzer şekilde, tehlike suçuyla bir bütün olarak korunan hukuki konunun hamili olarak mağdurun ötesinde, zarara uğraması engellenmek istenen hukuki varlıkların hamili ile zarar suçunun mağduru karşılaştırılmalıdır. TCK m. 179 hükmü özelinde “...başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından...” bir zararın ortaya çıkma ihtimali engellenmek istenmektedir. Davranış tehlikenin ötesine geçerek meydana gelmesinden korkulan zararı meydana getirdiğinde, örneğin başkasının hayatına zarar verdiğinde, TCK m. 179 hükmünde düzenlenen suçun mağdurunun toplum olduğu; ancak meydana gelen zarar suçunun mağdurunun birey olduğu iddia edilerek, asli norm – tali norm ilişkisi reddedilemeyecektir. Meydana gelmesi engellenmek istenen zarar, meydana gelmişse ve bu zararı cezalandıran ayrı bir norm varsa (zarar suçu), tehlike suçu tali norm olarak geri çekilir.

Öte yandan tehlike suçuyla korunan nihai hukuki varlıklar arasında yer almayan bir hukuki varlık zarar görürse o zaman asli norm – tali norm ilişkisinden bahsedilemez. Örneğin hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunda (TCK m. 177) “Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmâl gösteren kişi” cezalandırılmaktadır. Öyleyse bu suçla başkalarının hayatı veya sağlığı üzerinde meydana gelebilecek zararların önlenmesi hedeflenmektedir. Bu anlamda hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması üzerine, başkalarının malına zarar vermesi halinde failin bu ikinci suça ilişkin en azından olası kastı

bulunuyorsa suçların çokluğu gündeme gelebilir ve koşulları oluşursa fikri içtima hükümleri uygulanma alanı bulabilir.

Son olarak, asli norm – tali norm kurallarını uygulamanın, tehlike suçunun cezasının zarar suçunun cezasından daha fazla olduğu hallerde (örn. TCK m. 179/2 ve TCK m. 89) adil sonuçlar vermeyeceği ve bu nedenle de fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği düşüncesine katılmamaktayız. Zira ölçülülük ilkesi gereğince, ceza kanununda yer alan suçlar ve cezalar arasında dışsal bir tutarlılık bulunmalıdır. Bu anlamda bir hukuki varlığın zarara uğratılması, tehlikeye atılmasından daha ağır bir şekilde cezalandırılmalıdır. Kanun koyucunun bu tutarlılık gerekliliğini gözetmeksizin yaptığı düzenlemeleri meşrulaştırmamak adına, cezası daha ağır olan tehlike suçundan dolayı cezalandırma sonucunu doğuracak şekilde – bize göre koşulları da oluşmayan – fikri içtima hükümleri uygulanmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Adalet Yay., Ankara 2022.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin:** Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- Alacakaptan, Uğur:** “*Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 – C. II, Ankara 2000, ss. 6 – 43.
- Alacakaptan, Uğur:** İşlenemez Suç, AÜHF Yay., Ankara 1968.
- Alacakaptan, Uğur:** Suçun Unsurları, B. 2, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Alacakaptan, Uğur:** “*Öteki Ceza Hukuku*”, in. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı C. I, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi ve TCHD Yay., Ankara 2008, ss. 365 – 405.
- Aleo, Salvatore:** Il danno e il pericolo nel reato l’aspetto oggettivo del reato secondo la considerazione funzionale, Catania 1983.
- Angioni, Francesco:** Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale la struttura oggettiva, B. 2, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1994.
- Antolisei, Francesco:** “*Sul concetto del pericolo*”, La scuola positiva, Anno XXIV, Serie III – Vol. V, 1914, ss. 22 – 46.
- Antolisei, Francesco:** L’azione e l’evento nel reato, S.A. Istituto Editoriale Scientifico, Milano 1928 (**L’azione e l’evento**).
- Antolisei, Francesco:** L’offesa e il danno nel reato, Istituto Italiano D’Arti Grafiche, Bergamo 1930 (**L’offesa e il danno**).

Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale parte generale, B. 14, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1997 (**Parte generale**).

Artuk, Mehmet Emin: “Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181)”, İMÜHFD., C. 1, S. 1, Y. 2014, ss. 37 – 48.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Çakır, Kerim – Alşahin, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 16, Adalet Yay., Ankara 2022.

Artuk, Mehmet Emin – Üzülmez, İlhan: “Taksirle Tehlikeye Sebebiyet Verme Suçu (765 S. TCK M. 383) Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (5237 S. TCK M. 171)”, TBBD., S. 57, Y. 2005, ss. 181 – 217.

Aygörmez, Gülsün Ayhan: Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler, C. I, On İki Levha Yay., İstanbul 2021.

Aygün Eşitli, Ezgi: Kalkışma Suçları, Yetkin Yay., Ankara 2016.

Aynural, Ömer Metehan: Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179/3), On İki Levha Yay., İstanbul 2018.

Azzali, Giammarco: “Osservazioni sui reati di pericolo”, in. Studi in onore di Giorgio Marunicci (a cura di **Emilio Dolcini – Carlo Enrico Paliero**), II, Teoria della pena teoria del reato, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2006, ss. 1335 – 1350.

Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.

Beck, Ulrich: Risk Toplumu Başka Bir Modernliğe Doğru (Çev. **Kâzım Özdoğan – Bülent Doğan**), İthaki Yay., Kasım 2011.

Bekar, Elif: Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, On İki Levha Yay., İstanbul 2017 (**Objektif Cezalandırılabilme Koşulları**).

Bekar, Elif: Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali, Seçkin Yay., Ankara 2013.

Bettiol, Giuseppe – Mantovani, Luciano Pettoello: Diritto penale parte generale, B. 12, CEDAM, Padova 1986.

Binavince, Emilio S: “*Crimes of Danger*”, Wayne Law Review, Vol. 15, No. 2, Spring 1969, ss. 683 – 708.

Bock, Stefanie – Stark, Findlay: “*Preparatory Offences*”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 64/2018, (October 1, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3276568>, ss. 1 – 39.

Bozbayındır, Ali Emrah: “*The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of the Traditional Criminal Law?*”, Criminal Law Forum, Vol. 29, Y. 2018, ss. 25 – 62.

Böhm, Maria Laura: “*Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law*”, in. The Law in the Information and Risk Society (Ed. **Gunnar Dutge – Sang Won Lee**), Universitätsverlag Göttingen 2011, ss. 145 – 163.

Bulut, İlhan: Suçta Netice, Adalet Yay., Ankara 2022.

Burgh, Richard: “*Guilt, punishment, and desert*”, in. Responsibility, Character, and the Emotions, New Essays in Moral Psychology (ed. **Ferdinand Schoeman**), Cambridge University Press, New York 1987, ss. 316 – 337.

Canestrari, Stefano: “*L’elemento soggettivo nei reati di pericolo concreto*”, Studium Iuris, Cedam, Milano 2001, ss. 533 – 537.

Canestrari, Stefano: “*Reato di pericolo*”, in. Enc. Giur. Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma 1991, ss. 1 – 10.

Carnelutti, Francesco: Il danno e il reato, CEDAM, Padova 1930.

Carrara, Francesco: Programma del corso di diritto criminale, parte generale Vol. I, B. 5, Lucca 1877.

Castronuovo, Donato: Principio di precauzione e diritto penale paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato, Aracne Ed., Roma 2012.

Catenacci, Mauro: *"I reati ambientali e il principio di offensività"*, Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, S. 0, Y. 2010, ss. 43 – 60 (**"I reati ambientali"**).

Catenacci, Mauro: *"I Reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale"*, in. Studi in onore di Giorgio Marinucci, Tomo II: Teoria della pena, teoria della reato, Milano 2006, ss. 1415 – 1442 (**"I reati di pericolo presunto"**).

Centel, Nur: *"5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu"*, in. Uğur Alacakaptan'a Armağan (Derleyen: **Mehmet Murat İnceoğlu**), C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2008, s. 135 – 154.

Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 11, Beta Yay., İstanbul 2020.

Ceyhan, Murat: Ceza Hukukunda Netice, On İki Levha Yay., İstanbul 2022.

Consorte, Francesca: Tutela penale e principio di precauzione profili attuali, problematica, possibili sviluppi, G. Giappichelli Ed., Torino 2013.

Corn, Emanuele: Il principio di precauzione nel diritto penale studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale, G. Giappichelli Ed., Torino 2013.

D'Alessandro, Francesco: Pericolo astratto e limiti-soglia le promesse non mantenute del diritto penale, Giuffrè Ed., Milano 2012.

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

Daragenli, Vesile Sonay: *"Tehlike Suçları"*, in. Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, Alfa Yay., İstanbul 1999, ss. 163 – 188.

Davis, Julia: The Problem of Harm, Its Significance in Criminal Law, and Its Role in Sentencing Law, University of Tasmania Faculty of Law (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2004.

De Francesco, Giovannangelo: *“Il tentativo nei reati di pericolo. prospettive di un dialogo ermeneutico”*, Cass. Pen., No. 5, Y. 2013, ss. 1731 – 1742.

De Vero, Giancarlo: Corso di diritto penale parte generale, G. Giappichelli Ed., Torino 2020 (**Parte generale**).

De Vero, Giancarlo: Corso di diritto penale II, G. Giappichelli Ed., Torino 2017 (**Diritto penale II**).

Delitala, Giacomo: Il “fatto” nella teoria generale del reato, CEDAM, Padova 1930 (**II “fatto”**).

Delitala, Giacomo: *“I reati di pericolo”* in. Diritto penale raccolta degli scritti Vol. I, Giuffrè Ed., Milano 1976, ss. 421 – 430.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 18, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Demirtaş, Soner: Tehlike Suçları, Adalet Yay., Ankara 2023.

Demirel, Muhammed: *“Karar Analizi Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”*, İÜHFM., C. LXXI, S. 1, Y. 2013, ss. 1479 – 1488 (**“Karar Analizi”**).

Demirel, Muhammed: Taksirli Suç, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2024.

Demuro, Gian Paolo: *“Il pericolo e la sua pena: Tra proporzionalità e ne bis in idem”*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 3, 2023, ss. 901 – 939.

Didinmez, Mehmet Alp: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, KHM., C. 1, S. 1, 2021, ss. 149 – 174.

Doğan, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2015.

Doğan, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD., C. 5, S. 16, Y. Ocak 2014, ss. 179 – 208.

Doğan, Koray – Meraklı, Serkan: Trafik Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2020.

Donini, Massimo: “*“Danno” e “Offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“Offense” di Joel Feinberg*”, in. Laicità, valori e diritto penale The Moral Limits of the Criminal Law in ricordo di Joel Feinberg (a cura di **Alberto Cadoppi**), Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2010, ss. 41 – 99.

Donini, Massimo: “*Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*”, in. Contrasto al terrorismo interno e internazionale (a cura di **Roberto E. Kostoris – Renzo Orlandi**), G. Giappichelli Ed., Torino 2006, ss. 19 – 73.

Donini, Massimo: “*Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*”, Studi sulla questione criminale, Anno II, n. 2, 2007, ss. 55 – 88.

Donini, Massimo: Il volto attuale dell’illecito penale la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, Giuffrè Ed., Milano 2004.

Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C. I, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997 (**C. I**).

Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir: Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997 (**C. II**).

Dursun, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yay., Ankara 2021.

Dölger, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Düzenli, Hilal: Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma, Turhan Yay., Ankara 2020 (Meşru Savunma).

Düzenli, Hilal: “Yasa Koyucunun Suç ve Ceza Siyasetini Belirleme Yetkisinin Anayasal Denetimi”, ÇÜHFD., C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 1191 – 1229 (“**Suç ve Ceza Siyaseti**”).

Ekmekçi, Dilek: Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013.

Elmas, M. Salih: Modern Toplumun Güvenlik Çıkmazı: Tehdit, Risk ve Risk Toplumu Perspektifinden Güvenlik, USAK Yay., Ankara 2013.

Erdem, Mustafa Ruhan: “Ceza Hukuku Müdahalesinin Meşruluğu ve Sınırları”, in. Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan (Ed. **Atilla Altop – Rudolf Welser – Cüneyt Bellican – Nihal Ural Çınar – Güler Gümüşsoy Karakurt**), C. III, Seçkin Yay., Ankara 2016, ss. 247 – 261.

Erbaş, Rahime: Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yay., İstanbul 2019.

Erdem, Büşra: İşlenemez Suç, On İki Levha Yay., İstanbul 2022.

Erem, Faruk: “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD., C. 25, S. 1, Y. 1968, ss. 11 – 33.

Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 1997.

Ergüne, Elif: “Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m. 216)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, Y. 2020, ss. 1675 – 1721.

Erman, R. Barış: “*Ceza Hukukunun Dönüşümü*”, YÜHFD. Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, C. 9, S. 2, Y. 2012, ss. 447 – 480.

Ersan, Aykut: Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, On İki Levha Yay., İstanbul 2013.

Ersan, Aykut: “*Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama*”, TBBD., S. 111, Y. 2014, ss. 77 – 106.

Ersoy, Uğur: Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Adalet Yay., Ankara 2015 (**Objektif Cezalandırılabilme Şartları**).

Ersoy, Uğur: “*Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları*”, TAAD. Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit’e Armağan, Y. 11, S. 41, Ocak 2020, ss. 27 – 64 (**“Tehlike Suçları”**).

Ersoy, Uğur: “*Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği*”, TBBD., S. 109, Y. 2013, ss. 203 – 250.

Ersoy, Uğur: “*Hareketin ve Neticenin Haksızlığı Kavramları Işığında Taksirli Suçlarda Meydana Gelen Sonucun/Neticenin Hukuki Niteliği Üzerine Bir İnceleme*”, CHD., S. 36, Nisan 2018, ss. 39 – 67.

Eser, Albin: “*The Principle of “Harm” in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*”, Duquesne University Law Review, Vol. 4, Y. 1966, ss. 345 – 417.

Feinberg, Joel: Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, 1984.

Feinberg, Joel: Offense to Others – The Moral Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, 1985.

Fiandaca, Giovanni: *“Note sui reati di pericolo”*, in. Il tomasso natale – Scritti in memoria di Girolamo Bellavista, Vol. I, 1977, ss. 175 – 205.

Fiandaca, Giovanni: *“La tipizzazione del pericolo”*, Dei delitti e delle pene, 1984, ss. 441 – 472.

Fiandaca, Giovanni – Musco, Enzo: Diritto penale parte generale, B. 8, Zanichelli Ed., Bologna 2019.

Fiore, Carlo – Fiore, Stefano: Diritto penale parte generale, B. 6, Utet Giuridica, Vicenza 2020.

Fiorella, Antonio: Il reato come fatto offensivo, dominabile e riprovevole, le strutture del diritto penale, C. II, G. Giappichelli Ed., Torino 2017 (**Il reato**).

Fiorella, Antonio: Le strutture del diritto penale questioni fondamentali di parte generale, G. Giappichelli Ed. Torino 2018 (**Le strutture**).

Forti, Gabrio: *““Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: Una lettura del principio di precauzione”*, Criminalia, 2006, ss. 155 – 225.

Gallo, Ettore: Riflessioni sui reati di pericolo, CEDAM., Padova 1970.

Gallo, Marcello: *“I reati di pericolo”*, Il foro penale, Anno. XXIV – N. 1-2, gennaio giugno 1969, ss. 1 – 10.

Gargani, Alberto: Il danno qualificato dal pericolo – profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica, G. Giappichelli Ed., Torino 2005.

Garner, Bryan A.: Black’s Law Dictionary, B. 9, West Pub., 2009.

Gezgin Kayan, Rahşan Bengi: *“Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”*, CHD., C. 3, S. 7, Y. 2008, ss. 111 – 120.

Giacona, Ignazio: “*Sezione IX: Il tentativo*”, in. Diritto penale (diretto da **Alberto Cadoppi – Stefano Canestrari – Adelmo Manna – Michele Papa**), Tomo primo, Utet Giuridica, Milano 2022 (versione eBook).

Giunta, Fausto: “*Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*”, Criminalia, 2006, ss. 227 – 247.

Göktürk, Neslihan: Fikri İctima (Suçların İctimai), Adalet Yay., Ankara 2013.

Gönül Koşar, Günhan: “*Haksız Fiil Hukukunun Amacı*”, AÜHFD., C. 69, S. 3, Y. 2020, ss. 1437 – 1473.

Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, B. 17, Ekin Yay., Bursa 2011.

Grasso, Giovanni: “*L’anticipazione della tutela penale: I reati di pericolo e i reati di attentato*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Fasc. 3, luglio – settembre 1986, ss. 689 – 728.

Gültekin Diken, Nil Melek: Ceza Hukukunda Taksire Dayalı Sorumluluk, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018.

Güneş, Ahmet M.: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Bilge Yay., Ankara 2012.

Güngör, Devrim: Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yay., Ankara 2010.

Günther, Jakobs: “*Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku*” (Çev. **Cemil Ozansü**), in. Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: **Kayhan İçel**, Ed. **Yener Ünver**), Seçkin Yay., Ankara 2008, ss. 489 – 505.

Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, USA Yay., Ankara 2015 (**Genel Hükümler**).

Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem: Ceza Hukuku Özel Hükümler – Topluma Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2016 (**Topluma Karşı Suçlar**).

Hafizoğulları, Zeki – Küçüktaşdemir, Özgür: “*Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu*”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. I, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara 2015, ss. 569 – 574.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 20, Adalet Yay., Ankara 2017.

Hakeri, Hakan: “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, TBBD., S. 69, Y. 2007, ss. 55 - 96

Hall, Jerome: General Principles of Criminal Law, B. 2, New York 1960.

Hörnle, Tatjana: “*Offensive Behavior and German Penal Law*”, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5, No. 1, April 2001, ss. 255 – 278.

Hudson, Barbara: Justice in the Risk Society, SAGE Pub., Gateshead 2003.

Husak, Douglas: Overcriminalization The Limits of the Criminal Law, Oxford University Press, New York 2008.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 3, Beta Yay., İstanbul 2016 (**Genel Hükümler**).

İçel, Kayıhan: Suçların İçtiması (Genel Bilgiler – Fikrî İçtima – Müteselsil Suçlar – Görünüşte İçtima), Sermet Matbaası, İstanbul 1972 (**Suçların İçtiması**).

İçel, Kayıhan – Özgenç, İzzet – Sözüer, Adem – Mahmutoglu, Fatih Selami – Ünver, Yener: Suç Teorisi, İstanbul 1999.

İçer, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yay., İstanbul 2021.

Kabak Yüce, Emine: “*Danger in Substantial Criminal Law: Turkish Perspective*”, in. Dangerousness and Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, ss. 151 – 164.

Kangal, Zeynel: Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yay., Ankara 2010.

Kangal, Zeynel “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFM., C. LXVIII, S. 1 – 2, Y. 2010, ss. 151 – 168.

Kantarıcı, Nurullah: İşlenemez Suç, Seçkin Yay., Ankara 2022.

Kaplan, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, B.6, Ekin Yay., Bursa 2020.

Kaplan, Mahmut – Atladı, R. Barış: “Gürültüye Neden Olma Suçu”, DEÜHFD., Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, ss. 627 – 654.

Karakehya, Hakan: İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Savaş Yay., Ankara 2010.

Karcıoğlu, Nevzat Kaan: Anayasayı İhlâl Suçu (TCK m. 309), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016.

Katoğlu, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, KHASHFD., C. 10, S. 1, Haziran 2022, ss. 135 – 145 (“*Biçim ve İçerik*”).

Katoğlu, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yay., Ankara 2003 (Hukuka Aykırılık).

Katoğlu, Tuğrul: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi”, in. Kamu Hukukçuları Platformu Hukuk Güvenliği 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 2015, ss. 141 – 183 (“*Hukuki Güvenlik İlkesi*”).

Katoğlu, Tuğrul: Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Seçkin Yay., Ankara 2022 (Kesintisiz Suç).

Katoğlu, Tuğrul: “Son Seçenek Olması Gereken Ceza Müeyyidesi ve Ceza Hukukunun Zorlanan Sınırları”, AÜHFD., C. 72, S. 3, Y. 2023, ss. 973 – 1005 (“*Son Seçenek*”).

Kazaker Bozkurt, Gözde: “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi – Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme), DEÜHFD., C. 24, S. 1, Y. 2022, ss. 241 – 288.

Keçelioğlu, Elvan: “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, CHD., S. 21, Nisan 2013, ss. 21 – 32 (“*Ceza Hukukunda Haksızlık*”).

Keçelioğlu, Elvan: “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. I, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara 2015, ss. 627 – 638 (“*Risk Toplumunda*”).

Keçelioğlu, Elvan: “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, AHBVÜ-HFD, C. XXV, S. 2, Y. 2021, ss. 433 – 464.

Keçelioğlu, Elvan: Taksirli Suçun Dogmatığı, Turhan Yay., Ankara 2015.

Keyman, Selâhattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD., C. 40, S. 1, Y. 1988, ss. 121 – 171 (“*Cürmi Fiil*”).

Selahattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD., C. 37, S. 1, Y. 1980, ss. 59 – 105 (“*Tipiklik*”).

Kılıç, Ali Şahin: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Adalet Yay., Ankara 2023.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Ankara 2020.

Koca, Mahmut: “Fikri İctima”, CHD., C. 2, S. 4, Y. 2007, ss. 197 – 221.

Koca, Mahmut – Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 16, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Köksal, Atacan: Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler, Seçkin Yay., Ankara 2013.

Köprülü, Timuçin: *“Terörle Mücadelede Görev Almış Kamu Görevlisinin Hüviyetinin Açıklanması ve Hedef Gösterilmesi Suçu (TMK md. 6/1), Suç ve Ceza, S. 3, Y. 2021, ss. 483 – 527.*

Kunter, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

Küçüktaşdemir, Özgür: Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yay., Ankara 2018.

Maden, Mehmet: *““Bir Tehlike Suçu Olarak “Gürültüye Neden Olma” (TCK, m. 183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, AHBVÜ – HFD., C. XXV, S. 1, Y. 2021, ss. 431 – 469.*

Manes, Vittorio: Il principio di offensività nel diritto penale, G. Giappichelli Ed., Torino 2005.

Mangano, Pompeo: *“Sui reati di “pericolo presunto””, Il Circolo Giuridico “L. Sampolo” - Studi in onore di Giovanni Musotto, Vol. III, 1981, ss. 203 – 217.*

Manna, Adelmo: *“I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale”, in. Diritto penale minimo (a cura di Umberto Curi – Giovanni Palombarini), Donzelli Ed., Roma 2002, ss. 35 – 52.*

Mantovani, Ferrando: Diritto penale parte generale, B. 9, CEDAM Pub., 2015.

Manzini, Vincenzo – Nuvolone, Pietro – Pisapia, Gian Domenico: Trattato di diritto penale italiano, B. 5, Vol. I, Utet, 1985.

Marinucci, Giorgio – Dolcini, Emilio – Gatta, Gian Luigi: Manuale di diritto penale parte generale, B. 11, Giuffrè Ed., Milano 2022.

Marinucci, Giorgio – Dolcini, Emilio – Gatta, Gian Luigi: Manuale di diritto penale parte generale, b. 12, Giuffrè Ed., Milano 2023.

Maviş, Volkan: Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2021.

Mazzacuvva, Nicola: “*Evento*”, in: Digesto delle discipline penali, Vol. IV, UTET, Torino 1990, ss. 445 – 464.

Melemez, Burak: Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2020.

Memiş, Pınar: “*Genel Tehlike Yaratan Suçlar*”, in: Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III: Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan (Ed. **Eric Hilgendorf – Yener Ünver**), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2010, ss. 795 – 804.

Memiş Kartal, Pınar: “*Türk Ceza Hukukunda Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması veya Kontrol Altına Alınmasında İhmal Suçu (TCK m. 177)*”, DEÜHFD. Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, S. Özel Sayı, Y. 2019, ss. 327 – 348.

Meran, Necati: AİHM Kararları ile İçtihatlı – Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret – İftira Suçtan Kaynaklanan Malvarlığını Aklama ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2013.

Metin, Yüksel – Dinler, Veysel: “*Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları*”, in: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2012, ss. 1 – 54.

Mondi, Eleonora: Il principio di necessaria offensività e i reati ambientali, Università Degli Studi Roma Tre, Scuola Dottorale Internazionale “Tullio Ascarelli” Diritto – Economia – Storia, Dottorato di Ricerca in “Sistemi Punitivi e Garanzie Costituzionali” – Sezione di “Diritto Penale”, 2013.

Notaro, Domenico: “*Objective Dangerousness and criminal policies in the current Italian penal system. The danger crimes in the era of Internet*”, in: Dangerousness and

Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, ss. 21 – 36.

Ohana, Daniel: “*Desert and Punishment for Acts Preparatory to the Commission of a Crime*”, Canadian Journal of Law & Jurisprudence, vol. 20, no. 1, Y. 2007, ss. 113 – 142.

Okuyucu Ergün, Güneş: Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, Yetkin Yay., Ankara 2023.

Okuyucu Ergün, Güneş: “*Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı*”, İnÜHFD., C. 12, S. 1, Y. 2021, ss. 304 – 312.

Okuyucu Ergün, Güneş: “*Görevi Kötüye Kullanma Suçu*”, TBBD., S. 82, Y. 2009, ss. 1 – 31.

Orhan, Uğur: Suçun Maddi Konusu, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Ozansü, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Seçkin Yay., Ankara 2007.

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II – III, B. 2, Beta Yay., İstanbul 1992.

Önok, Murat: “*Is the criminalization of mere danger compatible with the understanding of criminal law as ultima ratio?*”, in. Dangerousness and Criminal Justice A Dialogue Between Italy and Türkiye (Ed. **Valentina Bonini – Rahime Erbaş – Selin Türkoğlu**), Pisa University Press, Pisa 2023, ss. 37 – 61 (“*Is the criminalization of mere danger*”).

Önok, Murat: “*Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu (TCK m. 179)*”, TBBD., S. 121, 2015, ss. 157 – 202 (“*Trafik Güvenliğini*”).

Önok, Murat: Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, Seçkin Yay., Ankara 2019.

Öntan, Yaprak: Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, Seçkin Yay., Ankara 2021.

Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray: “*Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği*”, DEÜHFD., C. 9, S. 2, Y. 2007, ss. 195 – 222.

Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray – Meraklı, Serkan – Bacaksız, Pınar – Başbüyük, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Özek, Çetin: ““1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”na İlişkin Düşünceler”, İÜHFM., C. 56, S. 1 – 4, Y. 1998, ss. 21 – 68 (“**1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı**”).

Özek, Çetin: ““Silahlı Çete – Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları”, AÜSBFD., C. 49, S. 3, Y. 1994, ss. 357 – 378.

Özek, Çetin: Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967 (**Siyasi İktidar Düzeni**).

Özek, Çetin: Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976 (**Devlete Karşı Suçlar**).

Özen, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yay., Ankara 1998.

Özen, Muharrem: Genel Tehlike Yaratan Suçlar, US-A Yay., Ankara 2010 (**Genel Tehlike**).

Özgenç, İzzet: Suç Örgütleri, B. 15, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Seçkin Yay., Ankara 2023 (**Genel Hükümler**).

Özkan, Onur: “*Hangi Düşman Ceza Hukuku?*”, CHD., S. 40, Y. 14, Ağustos 2019, ss. 515 – 564.

Özocak, Gürkan: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara 2018.

Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 23, Seçkin Yay., Ankara 2023.

Padovani, Tullio: Diritto penale, B. 12, Giuffrè Francis Lefebvre Ed., Milano 2019.

Pagliaro, Antonio: *“Il reato”*, in. **Carlo Federico Grosso – Tullio Padovani – Antonio**

Pagliaro, Antonio: Trattato di diritto penale parte generale, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2007.

Paoli, Giulio: Il reato, il risarcimento, la riparazione, Nicola Zanichelli Ed., Bologna 1925.

Palazzo, Francesco: Corso di diritto penale parte generale, B. 8, Giappichelli Ed., Torino 2021.

Parodi Giusino, Manfredi: I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1990.

Patalano, Vincenzo: Significato e limiti della dogmatica del reato di pericolo, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1975.

Pelissero, Marco: *“Fatto tipico e offensività”*, in. **Carlo Federico Grosso – Marco Pelissero – Davide Petrini – Paolo Pisa**, Manuale di diritto penale parte generale, B. 4, Giuffrè Ed., Milano 2023, ss. 285 – 312.

Penso, Girolamo: Il pericolo nella teoria generale del reato, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1976.

Petrini, Davide: *“Delitto tentato”*, in. **Carlo Federico Grosso – Marco Pelissero – Davide Petrini – Paolo Pisa**, Manuale di diritto penale parte generale, B. 3, Giuffrè Francis Lefebvre ed., Milano 2020, ss. 517 – 544.

Petrini, Davide: Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1990 (**Reati di pericolo**).

Piergallini, Carlo: Danno da prodotto e responsabilità penale profili dogmatici e politico criminali, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2004.

Ratiglia, Giuseppe: Il reato di pericolo nella dottrina e nella legislazione, Libreria Scientifica Giappichelli, Torino 1932.

Riz, Roland: *“Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa”*, in. Studi in memoria di Giacomo Delitala II. Università Degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni Dell’istituto di Diritto Penale e Processuale Penale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1984, ss. 1357 – 1382.

Rocco, Arturo: L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Fratelli Bocca Ed., 1913 (**L’oggetto**).

Rocco, Arturo: Opere giuridiche, Volume primo: L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma 1932 (**Opere**).

Romano, Bartolomeo: Diritto penale parte generale, B.4, Giuffrè Francis Lefebvre Ed., Milano 2020.

Roxin, Claus: *“I compiti futuri della scienza penalistica”*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Fasc. 1, gennaio-marzo 2000, ss. 3 – 16.

Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.

Sarıtaş, Erkan: *“Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”*, İHM., C. 80, S. 2, Y. 2022, ss. 615 – 654.

Sarıtaş, Erkan: Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 – 221), On İki Levha Yay., İstanbul 2018 (**Örgütlenme Suçları**).

Saygılı, Abdurrahman: Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi, İmaj Yay., Ankara 2007.

Sieber, Ulrich: “*Ceza Hukukunun Sınırları*”, in. **Hans-Heinrich Jescheck – Ulrich Sieber**, Alman Ceza Hukukuna Giriş (Yayına hazırlayan: **Feridun Yenisey**), B. 2, Beta Yay., İstanbul 2007, ss. 173 – 228.

Sieber, Ulrich: “*Terör Şiddetinin Ön Alanında Tehlike Suçlarının Meşruiyeti ve Sınırları*” (Çev. **Erdem İzzet Külçür**), in. Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku (Yazarın Seçilmiş Makaleleri) (Ed. **Feridun Yenisey – Salih Oktar – Zehra Başer Doğan**), Seçkin Yay., Ankara 2021, ss. 425 – 456 (“*Tehlike Suçlarının Meşruiyeti*”).

Sieber, Ulrich: “*The paradigm shift in the global risk society: from criminal law to global security law – an analysis of the changing limits of crime control*”, Journal of Eastern-European Criminal Law, No. 1, Y. 2016, ss. 14 – 27 (“*The paradigm shift*”).

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Yetkin Yay., Ankara 2018 (Genel Hükümler).

Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Yay., Ankara 1994.

Soyaslan, Gülen: Tahrik Suçları ve Açık ve Yakın Tehlike Standardı, Yetkin Yay., Ankara 2024.

Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Yay., İstanbul 1994.

Sözüer, Adem: “*Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015 (<http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, SGT. 07.06.2024), ss. 1 – 194.

Stella, Federico: Giustizia e modernità la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime, B. 3, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 2003.

Sunstein, Cass R.: *Laws of Fear Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, New York 2005.

Taşkın, Ozan Ercan: “*Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku*”, MÜHFD., 2016/1, ss. 59 – 91.

Tekin, Derya: “*Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi*”, THD., C. 13, S. 146, Kasım 2018, ss. 48 – 60.

Toroslu, Haluk: “*Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı*”, in. Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2015, ss. 1201 – 1231 (“*Tahrik Kavramı*”).

Toroslu, Haluk: “*Suç Uydurma Suçu*”, AnBD., S. 1, Ocak 2013, ss. 319 – 337.

Toroslu, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, B. 10, Savaş Yay., Ankara 2019 (**Özel Kısım**).

Toroslu, Nevzat: *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Sevinç Matbaası, Ankara 1968 (**Zaruret Hali**).

Toroslu, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970 (**Cürümlerin Tasnifi**).

Toroslu, Nevzat: “*Doğal Çevrenin Kirletilmesi ve Ceza Hukuku*”, in. Prof. Dr. Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, AÜHF Yay No. 460, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, ss. 149 – 190 (“*Doğal Çevrenin Kirletilmesi*”).

Toroslu, Nevzat: “*İftira Cürmünün Hukuki Konusu*”, AÜHFD., C. 37, S. 1, Y. 1980, ss. 107 – 128.

Toroslu, Nevzat: “*Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”, in. Uğur Alacakaptan’a Armağan (Derleyen: **Mehmet Murat İnceoğlu**), C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2008, ss. 705 – 709.

Toroslu, Nevzat – Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 24, Ankara 2018 (Genel Kısım).

Turgut, Nükhet: “*İhtiyat İlkesi*”, AÜHFD., C. 45, S. 1, ss. 67 – 102.

Türay, Aras: Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Seçkin Yay., Ankara 2016 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik).

Türay, Aras: “*İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı*”, YÜHFD., C. XVII, 2020/Özel Sayı, ss. 115 – 154.

Türay, Aras – Yılmaz, Aşlı Ekin – Börekçi, Eşref Barış – Özbalcı, Yalım Yarkın: “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A): Ceza Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Aralık 2022, ss. 1 – 23.

Ucci, Serena: L’anticipazione della tutela penale tra opzioni di politica criminale e ratio di tutela. Limiti ad un uso simbolico del diritto penale, Il principio di sussidiarietà come canone ermeneutico di controllo delle opzioni legislative. Tesi di Dottorato, Università Degli Studi di Napoli Federico II – Dipartimento di Giurisprudenza, Anno Academico 2016/2017.

Ünal, Osman Gazi: “*Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu*”, AHBVÜ-HFD., C. XXVI, S. 2, Y. 2022, ss. 591 – 648 (“*Yasak Cihaz veya Programlar Suçu*”).

Ünal, Osman Gazi: Türk Ceza Hukuku’nda Tehlike Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2023 (Tehlike Suçları).

Ünver, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta Yay., İstanbul 1998 (**İzin Verilen Risk**).

Ünver, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yay., Ankara 2003 (**Hukuksal Değer**).

Ünver, Yener: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar), B. 7, Seçkin Yay., Ankara 2023 (**Adliyeye Karşı Suçlar**).

Vassali, Giuliano: “*Considerazioni sul principio di offensività*” in. Scritti in Memoria di Ugo Pioletti, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1982, ss. 617 – 680.

Viganò, Francesco: “*Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*”, ius17@unibo.it studi e materiali di diritto penale, Anno II, n. 1, gennaio-giugno 2009, ss. 171 – 190.

Yalçın, Can: “*Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*”, ÇÜHFD. Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. 5 – 3, S. 1, Nisan 2020, ss. 3483 – 3525.

Yalçın Sancar, Türkan: Müteselsil Suç, Seçkin Yay., Ankara 1995.

Yalçın Sancar, Türkan: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç*”, TBBD., S. 70, Y. 2007, ss. 244 – 259 (**“Zincirleme Suç”**).

Yaşar, Ercan: “*Alman Ceza Hukukunda Bir Emniyet Tedbiri Türü Olarak Güvenlik Amaçlı Müşahede Altında Tutma*”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 3 – 4, Y. 2018, ss. 263 – 288.

Yaşar, Kenan Evren: “*Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu*”, CHKD., C. 2, S. 1-2, Y. 2014, ss. 189 – 234.

Yenerer Çakmut, Özlem: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)*”, in. Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza

Hukuku, C. III: Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan (Ed. **Eric Hilgendorf – Yener Ünver**), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2010, ss. 771 – 794.

Yetkin, Erdi: Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu, On İki Levha Yay., İstanbul 2024.

Yetkin, Erdi: “*Fraenkel’in İkili Devletinden Dubber’in İkili Ceza Devletine Ceza Hukukunun İkili Karakteri*”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, ss. 1023 – 1075 (“**Ceza Hukukunun İkili Karakteri**”).

Yetkin, Erdi: Türk Ceza Kanunu’nda Hükümete Karşı Suç, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

Yılmaz, Aslı Ekin: “*İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme*”, YÜHFD., C. XVII, S. Özel Sayı, Y. 2020, ss. 155 – 176.

Yokuş Sevük, Handan: Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2017.

Yokuş Sevük, Handan: “*Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m. 183)*”, MÜHF-HAD, C. 19, S. 2, Y. 2013, ss. 363 – 380.

Yurtlu, Fatih: “*Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları-BGH Kararları Işığında Almanya Örneği*”, SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, ss. 2169 – 2208.

Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75, B. 2, Beta Yay., İstanbul 2011.

Zincani, Marco: “*Reati di pericolo*”, in. Dizionario sistematico diritto penale (a cura di **Fausto Giunta**), Il Sole 24 Ore Ed., Milano 2008, ss. 202 – 213.

XVIII. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (20 – 27 Eylül 2009, İstanbul),
“*Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler*” (Çev. **Elif Yarsuvat**), Suç ve Ceza, S. 1, Y. 2010, ss. 13 – 44 (**Yarsuvat**, “*Hazırlık Hareketleri*”).



ÖZET

Bu çalışma, normatif düzenlemelerinin sayısının artma eğilimi gösterdiği tehlike suçlarını suç genel teorisi içerisinde incelemiştir. Çalışma ilk bölümde belirsiz bir kavram olan tehlikenin zararlar ile ilişkisini, yapısını, araştırılma yöntemlerini, mevcudiyet derecelerini ve türlerini incelemiştir; böylece ikinci bölümde incelenecek olan tehlike suçu kavramının altyapısı oluşturulmuştur. İkinci bölümde ceza hukukuyla sağlanan koruma alanının tehlike suçları aracılığıyla öne çekilmesi eğilimleri incelenmiştir. Bu eğilimler, çevre ve iklimin korunması ile teknolojik gelişmelerin ve riskli faaliyetlerin toplum üzerindeki riskini azaltma arzusunun kaynaklanmaktadır. Modernleşme sürecinde üretim faktörlerinin artmasıyla risk toplumunda tehlikelerin arttığı ve bu tehlikelerle mücadele etmek için tehlike suçlarına başvurulduğu belirtilmektedir. Ancak çok sayıda davranış suçu haline getirmeye yönelik bu eğilimin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğurmaması adına tehlike suçları ihdas edilirken ve uygulanırken göz önüne alınması gereken anayasal ilkeler incelenmiştir. Ayrıca korunan hukuki varlığın önemi de göz önüne alınarak ceza hukukunun son çare olma niteliğine uygun bir şekilde tehlike suçlarının ihdas edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Çalışma tehlike suçlarının dogmatik özelliklerini de ayrıca incelemiş, tehlike suçlarıyla zarar suçlarının hangi kriter esas alınarak ayrılması gerektiği, somut tehlike suçlarındaki somut tehlikenin hukuki niteliği, kalkışma suçlarının ve hazırlık suçlarının tehlike suçlarıyla olan ilişkisi, tehlike suçlarında manevi unsur, tehlike suçlarına teşebbüs ve tehlike suçu ile birlikte zarar suçunun meydana geldiği hallerde içtima sorunları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tehlike Suçları, Zarar Suçları, Korunan Hukuki Varlık, Risk Toplumu, Ceza Hukuku Korumasının Öne Çekilmesi

ABSTRACT

This study examines crimes of danger, which show a tendency to increase in number, within the general theory of crime. In the first section, the study explores the ambiguous concept of danger, its relationship with harm, its nature, ascertainment methods, degrees of existence, and types. This forms the foundation for the second section, which delves into the concept of crimes of danger. The second section examines the trends of advancing the protection provided by criminal law through crimes of danger. These trends stem from the desire to protect the environment and climate, as well as to reduce the societal risks posed by technological advancements and risky activities. It is noted that in the risk society, with the increase in production factors during the modernization process, dangers have also increased, leading to the reliance on crimes of danger to combat these threats. However, the constitutional principles that should be considered when enacting and applying crimes of danger to prevent the excessive restriction of individuals' fundamental rights and freedoms are examined. It is also emphasized that crimes of danger should be enacted in accordance with the principle of criminal law being the last resort, considering the importance of the protected legal interest.

The study also examines the dogmatic characteristics of crimes of danger, the criteria for distinguishing between crimes of danger and crimes of harm, the legal nature of concrete danger in crimes of concrete danger, the relationship of crimes of attempt and preparation offenses with crimes of danger, the moral element in crimes of danger, attempts to commit crimes of danger, and the issue of joinder of crimes when a crime of harm occurs alongside a crime of danger, in detail.

Keywords: Crimes of Danger, Crimes of Harm, Legally Protected Asset, Risk Society, Advancement of Criminal Law Protection