

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ
VE MUHAKEME USULÜ**

Doktora Tezi

Mehmet GÖDEKLİ

Ankara-2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ
VE MUHAKEME USULÜ**

Doktora Tezi

Mehmet GÖDEKLİ

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Mehmet GÖDEKLİ

CEZA HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ
VE MUHAKEME USULÜ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2020)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Mehmet GÖDEKLİ

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI TEORİSİ

1.1. İHLAL VE SUÇ	4
1.2. İHLALİN VE SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI.....	10
1.2.1. İhlale Tepki	18
1.2.1.1. Geniş Anlamda Tepki (Müeyyide)	19
1.2.1.1.1. Genel Olarak	19
1.2.1.1.2. Müeyyide Türleri	26
1.2.1.1.2.1. Özel Hukuk Müeyyideleri.....	26
1.2.1.1.2.2. Kamu Hukuku Müeyyideleri.....	29
1.2.1.1.2.2.1. İdari Müeyyide	29
1.2.1.1.2.2.2. Cezai Müeyyide.....	32
1.2.1.1.2.2.2.1. Genel Olarak	32
1.2.1.1.2.2.2.2. Cezai Müeyyidenin Türleri.....	36
1.2.1.1.2.2.2.2.1. Materyal (Maddi) Açından Cezai Müeyyide	36
1.2.1.1.2.2.2.2.2. Formel (Şekli) Açından Cezai Müeyyide	39
1.2.1.2. Dar Anlamda Tepki (Yaptırım)	40
1.2.2. İhlale Önlem.....	43
1.2.2.1. Tedbir	43
1.2.2.2. Tedbir Türleri	43
1.2.2.2.1. Özel Hukuk Tedbirleri	44
1.2.2.2.2. Kamu Hukuku Tedbirleri.....	47
1.2.2.2.2.1. Önleme Tedbiri	47
1.2.2.2.2.2. İdari Tedbir.....	49
1.2.2.2.2.3. Polis Tedbiri	52
1.2.2.2.2.4. Cezai Tedbir	55
1.3. HUKUKİ SONUÇLAR SİSTEMLERİ	59
1.3.1. Tek İzlilik Sistemi	59
1.3.1.1. Genel Özellikler.....	59

1.3.1.2. Tek İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri	60
1.3.1.2.1. Sosyal Savunma Doktrini	60
1.3.1.2.1.1. Genel Olarak	60
1.3.1.2.1.2. Yeni Sosyal Savunma Doktrini	64
1.3.1.2.1.3. Katı Sosyal Savunma Doktrini	67
1.3.1.2.1.4. Sosyal Savunma Doktrininin Eleştirisi	68
1.3.1.2.2. Birleştirme Sistemi	71
1.3.1.2.2.1. Genel Olarak	71
1.3.1.2.2.2. Birleştirme Sisteminin Uygulanma Usulü	72
1.3.1.2.2.3. Birleştirme Sisteminin Muhatabı	73
1.3.1.2.2.4. Birleştirme Sisteminin Avantajları	73
1.3.1.2.2.5. Birleştirme Sisteminin Dezavantajları	74
1.3.1.3. Tek İzlilik Sisteminin Türleri	74
1.3.1.4. Tek İzlilik Sistemini Uygulayan Ülkeler	76
1.3.1.5. Tek İzlilik Sisteminin Eleştirisi	77
1.3.2. İki İzlilik Sistemi	79
1.3.2.1. Genel Özellikler	79
1.3.2.2. İki İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri	81
1.3.2.2.1. Temsil Sistemi (Vekâlet Sistemi)	83
1.3.2.2.1.1. Genel Özellikler	83
1.3.2.2.1.2. Temsil Sisteminin Avantajları	86
1.3.2.2.1.3. Temsil Sisteminin Dezavantajları	87
1.3.2.2.2. Toplanma Sistemi (Kümülatif Sistem)	88
1.3.2.2.2.1. Genel Özellikler	88
1.3.2.2.2.2. Toplanma Sisteminin Eleştirisi	89
1.3.2.3. İki İzlilik Sistemini Uygulayan Ülkeler	90
1.3.2.4. İki İzlilik Sisteminin Olumlu Yanları	94
1.3.2.5. İki İzlilik Sisteminin Olumsuz Yanları	94
1.3.2.6. İki İzliliğin Krizi	95
1.3.3. Üç İzlilik Sistemi	97
1.3.3.1. Genel Özellikler	97
1.3.3.2. Üç İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri	98
1.3.3.3. Üç İzlilik Sisteminin Olumlu Yanları	104
1.3.3.4. Üç İzlilik Sisteminin Olumsuz Yanları	105
1.3.3.5. Üçüncü İz ve Güvenlik Tedbirleri İlişkisi	106

1.3.4. Çoklu Sonuçlar Sistemi.....	107
1.3.4.1. Dört İzlilik Sistemi	107
1.3.4.2. Çok İzlilik Sistemi	108

İKİNCİ BÖLÜM

GÜVENLİK TEDBİRLERİ TEORİSİ

2.1. GÜVENLİK TEDBİRLERİ KAVRAMI	110
2.1.1. Güvenlik Tedbirlerinin Anlamı	110
2.1.2. Güvenlik Tedbirlerinin Kökeni	115
2.1.2.1. Klasik Hukuk Okulu	117
2.1.2.2. İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu	122
2.1.2.2.1. Genel Özellikler	122
2.1.2.2.2. Suç Antropolojisi Okulu	127
2.1.2.2.3. Suç Sosyolojisi Okulu	129
2.1.2.2.4. Terza Scuola (Üçüncü Okul) (Eklektik Hukuk Okulu)	130
2.1.2.3. Alman Sosyolojik (Modern) Hukuk Okulu	131
2.1.3. Güvenlik Tedbirlerinin Meşruiyet Temeli	134
2.1.3.1. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçesi.....	134
2.1.3.1.1. Sosyo-Etik Gerekçe	135
2.1.3.1.2. Hak Kaybı Gerekçesi	135
2.1.3.1.3. Meşru Müdafaa Gerekçesi	136
2.1.3.1.4. Genel Önleme Gerekçesi	137
2.1.3.1.5. Üstün Kamusal Yarar Gerekçesi.....	138
2.1.3.2. Güvenlik Tedbirleri Hukukunun Krizi	139
2.1.3.3. Güvenlik Tedbirlerinin Gerekliliği.....	141
2.1.3.4. Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Hedefi.....	142
2.1.4. Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği.....	145
2.1.4.1. Güvenlik Tedbirlerini Yaptırım Sayan Görüşler	145
2.1.4.2. Güvenlik Tedbirlerini Yaptırım Saymayan Görüşler	148
2.1.4.2.1. Önleme Tedbiri Görüşü	149
2.1.4.2.2. İdari Tedbir Görüşü.....	150
2.1.4.2.3. Polis Tedbiri Görüşü	151
2.1.4.2.4. Cebri Tedbir Görüşü	154
2.1.4.2.5. Yargısal Tedbir Görüşü.....	155
2.1.4.2.6. Kefaret Esaslı Olmayan Ceza Hukuku Tedbiri Görüşü	156

2.1.5. Güvenlik Tedbirlerinin Muhatabı	157
2.1.5.1. Tedbirin Sujesi.....	157
2.1.5.2. Tedbir Sorumluluğu.....	159
2.1.6. Güvenlik Tedbirlerinin Prensipleri.....	164
2.1.6.1. Orantılılık İlkesi.....	164
2.1.6.1.1. Genel Olarak	164
2.1.6.1.2. Orantılılık İncelemesi.....	169
2.1.6.1.3. Orantılılık İlkesinin Alt İlkeleri (Orantılılık İlkesinin Unsurları).....	170
2.1.6.1.3.1. Ölçülülük (Yeterlilik/Dar Anlamda Orantılılık/Akla Yatkinlik) İlkesi	170
2.1.6.1.3.2. Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi	172
2.1.6.1.3.3. Gereklilik İlkesi.....	172
2.1.6.2. İkindillik İlkesi.....	174
2.1.6.2.1. Genel Olarak	174
2.1.6.2.2. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirlerde İkindillik İlkesi ..	176
2.1.6.2.3. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirlerde İkindillik İlkesi.....	176
2.1.6.3. Hukuk Devleti İlkesi.....	177
2.1.6.3.1. Genel Olarak	177
2.1.6.3.2. Güvenlik Tedbirlerinde Hukuk Devleti Güvenceleri.....	178
2.2. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANMA KOŞULLARI.....	180
2.2.1. Failin Tehlikeli Olması	180
2.2.1.1. Tehlikelilik ve Tehlikeli Hal Kavramları	180
2.2.1.2. Tehlikelilik Türleri	182
2.2.1.2.1. Fiil Tehlikeliliği ve Fail Tehlikeliliği	182
2.2.1.2.2. Sosyal Tehlikelilik ve Kriminal Tehlikelilik	183
2.2.1.2.3. Geçmiş Tehlike, Mevcut Tehlike ve Muhtemel Tehlike	185
2.2.1.2.4. Soyut Tehlike ve Somut Tehlike.....	186
2.2.1.2.5. Objektif Tehlike ve Subjektif Tehlike	186
2.2.1.2.6. Genel Tehlike ve Özel Tehlike	186
2.2.1.3. Tehlikeliliğin Ön Koşulları.....	187
2.2.1.4. Tehlikeliliğin Eleştirisi	188
2.2.2. Fiilin Suç Vasfı Taşınması	188
2.2.3. Tedbirin Kanunla Düzenlenmesi.....	194
2.2.4. Tedbire Muhakeme Sonucu Hükmedilmesi	198

2.3. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ.....	200
2.3.1. İhlale Tepki Niteliği Taşımama	200
2.3.2. Failin Kusurlu İradesine Bağlı Olmama	204
2.3.3. Suç Vesilesiyle Uygulanma	209
2.3.4. Geleceğe Yönelik Uygulanma	212
2.3.5. Kefaret ve Adalet Özlü Olmama.....	214
2.4. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ.....	216
2.4.1. Yöneldiği Hukuki Değere Göre Güvenlik Tedbirleri	218
2.4.1.1. Şahsi Güvenlik Tedbirleri.....	218
2.4.1.1.1. Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirler.....	219
2.4.1.1.1.1. Alman Ceza Kanunu'nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı	
Güvenlik Tedbirleri.....	220
2.4.1.1.1.1.1. Psikiyatri Kliniğine Yerleştirme.....	220
2.4.1.1.1.1.2. Bağımlılık Tedavi Kurumuna Yerleştirme	222
2.4.1.1.1.1.3. Muhafaza Altına Alma	223
2.4.1.1.1.2. İtalyan Ceza Kanunu'nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı	
Güvenlik Tedbirleri.....	227
2.4.1.1.1.2.1. Çalışma Evine veya Zirai Koloniye Gönderme.....	227
2.4.1.1.1.2.2. Tedavi (Bakım) ve Muhafaza Evine Gönderme.....	228
2.4.1.1.1.2.3. Adli Psikiyatri Hastanesine Yerleştirme	229
2.4.1.1.1.2.4. Adli İslah Evine Yerleştirme	230
2.4.1.1.1.3. Türk Ceza Kanunu'nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı	
Güvenlik Tedbirleri.....	231
2.4.1.1.1.3.1. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri	231
2.4.1.1.1.3.1.1. Genel Olarak	231
2.4.1.1.1.3.1.2. Türleri	233
2.4.1.1.1.3.1.3. Koşulları.....	235
2.4.1.1.1.3.1.4. Hukuki Niteliği	240
2.4.1.1.1.3.2. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri	242
2.4.1.1.1.3.2.1. Genel Olarak	242
2.4.1.1.1.3.2.2. Koşulları.....	245
2.4.1.1.1.3.2.2.1. Failin Akıl Hastası Olması	245
2.4.1.1.1.3.2.2.2. Akıl Hastasının İşlediği Fiilin Suç Olması.....	247
2.4.1.1.1.3.2.2.3. Akıl Hastalığının Suçun İşlendiği Sırada	
Bulunması.....	247

2.4.1.1.1.3.2.2.4. Akıl Hastalığı ile İşlenen Suç Arasında Nedensel Bir Bağlantının Bulunması	248
2.4.1.1.1.3.2.3. Hukuki Niteliği	249
2.4.1.1.1.3.3. Alkol veya Uyuşturucu Madde Bağımlılarına Özgü Güvenlik Tedbirleri	250
2.4.1.1.1.3.3.1. Genel Olarak	250
2.4.1.1.1.3.3.2. Hukuki Niteliği	251
2.4.1.1.2. Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirler	252
2.4.1.1.2.1. Alman Ceza Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri	252
2.4.1.1.2.1.1. Denetimli Serbestlik	253
2.4.1.1.2.1.2. Sürücü Belgesinin İptali	255
2.4.1.1.2.1.3. Mesleki Faaliyetin Yasaklanması	256
2.4.1.1.2.2. İtalyan Ceza Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri	257
2.4.1.1.2.2.1. Denetimli Serbestlik	257
2.4.1.1.2.2.2. Belirli Bir Yerde Kalmaktan Yasaklanma	258
2.4.1.1.2.2.3. Alkollü İçki Satan Yerlere Girmekten Alıkonulma	259
2.4.1.1.2.2.4. Ülke Dışına Çıkarılma	259
2.4.1.1.2.3. Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri	260
2.4.1.1.2.3.1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma	260
2.4.1.1.2.3.1.1. Genel Olarak	260
2.4.1.1.2.3.1.2. Türleri	261
2.4.1.1.2.3.1.2.1. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak İnfaz Sırasında Hak Yoksunluğu	261
2.4.1.1.2.3.1.2.2. Hak ve Yetkilerin Kötüye Kullanılması Nedeniyle İnfaz Sonrasında Hak Yoksunluğu	264
2.4.1.1.2.3.1.2.3. Taksirli Suçlardan Dolayı İnfaz Sonrasında Hak Yoksunluğu	265
2.4.1.1.2.3.1.3. Hukuki Niteliği	266
2.4.1.1.2.3.2. Denetimli Serbestlik	270
2.4.1.1.2.3.2.1. Genel Olarak	270
2.4.1.1.2.3.2.2. Koşulları (Uygulanma gerekçeleri) (Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçluluk)	271

2.4.1.1.2.3.2.2.1. Tekerrür	271
2.4.1.1.2.3.2.2.2. Özel Tehlikeli Suçluluk.....	273
2.4.1.1.2.3.2.2.3. Tekerrür ve Özel Tehlikeliliğe Dayanan Denetim Tedbiri	275
2.4.1.1.2.3.2.3. Hukuki Niteliği	278
2.4.1.1.2.3.3. Sınır Dışı Edilme	280
2.4.1.1.2.3.3.1. Genel Olarak	280
2.4.1.1.2.3.3.2. Hukuki Niteliği	282
2.4.1.1.2.3.4. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri.....	285
2.4.1.1.2.3.4.1. Tüzel Kişilerin Suç Faili Olup Olamayacakları Sorunu	285
2.4.1.1.2.3.4.2. Türleri	292
2.4.1.1.2.3.4.2.1. Faaliyet İzninin İptali	292
2.4.1.1.2.3.4.2.2. Müsadere	293
2.4.1.1.2.3.4.3. Orantılılık İlkesi	294
2.4.1.1.2.3.4.4. Hukuki Niteliği	295
2.4.1.2. Mali Güvenlik Tedbirleri.....	296
2.4.1.2.1. Alman Ceza Kanunu'nda Mali Güvenlik Tedbirleri	297
2.4.1.2.1.1. Genel Olarak	297
2.4.1.2.1.2. Türleri.....	299
2.4.1.2.1.2.1. Kazanç Müsaderesi.....	299
2.4.1.2.1.2.1.1. Genel Olarak	299
2.4.1.2.1.2.1.2. Hukuki Niteliği	300
2.4.1.2.1.2.2. Eşya Müsaderesi	301
2.4.1.2.1.2.2.1. Genel Olarak	301
2.4.1.2.1.2.2.2. Hukuki Niteliği	303
2.4.1.2.1.2.3. Güvenlik Müsaderesi.....	304
2.4.1.2.1.2.3.1. Genel Olarak	304
2.4.1.2.1.2.3.2. Hukuki Niteliği	305
2.4.1.2.2. İtalyan Ceza Kanunu'nda Mali Güvenlik Tedbirleri	305
2.4.1.2.2.1. Müsadere	306
2.4.1.2.2.2. İyi Hareket Teminatı	307
2.4.1.2.3. Türk Ceza Kanunu'nda Mali Güvenlik Tedbirleri.....	307
2.4.1.2.3.1. Genel Olarak	307
2.4.1.2.3.2. Türleri.....	309

2.4.1.2.3.2.1. Eşya Müsaderesi.....	309
2.4.1.2.3.2.2. Kazanç Müsaderesi.....	311
2.4.1.2.3.2.3. Eşdeğer Müsadere ve Kaim Değer Müsaderesi.....	312
2.4.1.2.3.3. Şartları	313
2.4.1.2.3.4. Hukuki Niteliği.....	315
2.4.1.2.3.4.1. Müeyyide ve Tedbir Ayırımı Açısından.....	315
2.4.1.2.3.4.1.1. Müeyyide Görüşü	315
2.4.1.2.3.4.1.2. Tedbir Görüşü	316
2.4.1.2.3.4.2. Ceza ve Güvenlik Tedbiri Ayırımı Açısından	316
2.4.1.2.3.4.2.1. Ceza Görüşü.....	317
2.4.1.2.3.4.2.2. Fer'i Ceza Görüşü	318
2.4.1.2.3.4.2.3. Güvenlik Tedbiri Görüşü	318
2.4.1.2.3.4.2.4. Fer'i veya Tamamlayıcı Tedbir Görüşü.....	319
2.4.1.2.3.4.2.5. Kendine Özgü Bir Ceza Hukuku Aracı Olduğu Görüşü	319
2.4.2. Uygulandığı Zaman Dilimine Göre Güvenlik Tedbirleri.....	323
2.4.2.1. Süresiz Güvenlik Tedbirleri	324
2.4.2.2. Geçici Güvenlik Tedbirleri.....	328
2.4.2.3. Süreli Güvenlik Tedbirleri.....	333

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİ

3.1. GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ ..	337
3.1.1. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi Kavramı	337
3.1.1.1. Tedbir Muhakemesi.....	337
3.1.1.2. Tedbir Muhakemesinin Uygulama Alanı	340
3.1.1.3. AİHS Bağlamında Tedbir Muhakemesi	340
3.1.2. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Amacı.....	341
3.1.3. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Özellikleri	342
3.1.4. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinde Usul	343
3.1.5. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Hukuki Niteliği	344
3.1.6. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Konusu.....	345
3.1.7. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Türleri	346
3.1.7.1. Bağımsız Tedbir Muhakemesi.....	346
3.1.7.2. Bağımlı Tedbir Muhakemesi	348

3.1.8. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Genel Şartları.....	350
3.1.8.1. Bağımlı Tedbir Muhakemesinin Şartları	350
3.1.8.2. Bağımsız Tedbir Muhakemesinin Şartları.....	351
3.1.8.2.1. Hukuka Aykırı Fiilin İşlenmiş Olması.....	351
3.1.8.2.2. Failin Kusur Yeteneğinden veya Duruşma Ehliyetinden Yoksun Olması (Ceza Muhakemesinin Yürütülememesi)	352
3.1.8.2.3. Tedbirin Kanunda Açıkça Yazılı Olması.....	355
3.1.8.2.4. Muhakeme İçin Engel Bulunmaması.....	355
3.1.8.2.5. Tedbir Kararının Muhtemel Olması.....	356
3.1.8.2.6. Güvenlik Tedbiri Talepnamesinin Hazırlanması	356
3.1.9. Güvenlik Tedbiri Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki İlişki	357
3.1.9.1. Tedbir Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki Farklılıklar.....	357
3.1.9.1.1. Bağımlı ve Bağımsız Tedbir Muhakemesi Açısından Ortak Farklar.....	357
3.1.9.1.1.1. Usul Kuralları Açısından.....	357
3.1.9.1.1.2. Dayanak Açısından	358
3.1.9.1.1.3. Aleniyet Açısından.....	358
3.1.9.1.1.4. Hukuki Sonucun Değişebilirliği Açısından	358
3.1.9.1.1.5. İsnat Edilebilirlik Açısından	359
3.1.9.1.2. Bağımsız Tedbir Muhakemesine Özgü Farklar	360
3.1.9.1.2.1. Mecburilik Açısından.....	360
3.1.9.1.2.2. Yüz Yüzelik Açısından	360
3.1.9.1.2.3. Muhakeme Engeli Açısından	361
3.1.9.2. Tedbir Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki Benzerlikler...	361
3.1.9.2.1. Fiil Açısından.....	361
3.1.9.2.2. Fiil İsnadı Açısından.....	361
3.1.9.3. Ceza Muhakemesinin Tedbir Muhakemesine Etkisi	362
3.2. BAĞIMSIZ GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİNDE EVRELER VE GENEL İŞLEYİŞ.....	362
3.2.1. Soruşturma Evresi	363
3.2.1.1. Tedbir Talepnamesi ve Savcının Takdir Yetkisi	363
3.2.1.2. Müdafî Atanması	366
3.2.1.3. Bilirkişi Görevlendirilmesi	366
3.2.1.4. Tutuklamanın Kuruma Yerleştirmeye Çevrilmesi	367
3.2.1.5. Uzlaştırma Yasağı	367

3.2.2. Kovuşturma Evresi.....	367
3.2.2.1. Genel Olarak.....	367
3.2.2.2. Yetki ve Görev	369
3.2.2.3. Muhakemenin Başlangıcında Yapılacak İşlemler (Ara Muhakeme Evresi)	370
3.2.2.4. Duruşmanın Genel İşleyişi	371
3.2.2.4.1. Duruşma Açma Zorunluluğu	371
3.2.2.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğü	372
3.2.2.4.3. Derdestlik Denetimi	373
3.2.2.4.4. Muhakemeler Arasında Bağlantı ve Davaların Birleştirilmesi	373
3.2.2.4.5. Delillerin Değerlendirilmesi	374
3.2.2.4.5.1. Hâkimin Mevcut Davadaki Delillerle Sınırlı Olması.....	374
3.2.2.4.5.2. İfade ve Sorgu Beyanlarının Delil Niteliği	374
3.2.2.4.5.3. In Dubio Pro Libertate / In Dubio Pro Reo İlkesi	375
3.2.2.4.5.4. Masumiyet Karinesi	377
3.2.2.4.6. Aleniyet.....	377
3.2.2.4.7. Zorunlu Müdafilik.....	378
3.2.2.4.8. Davaya Katılma	379
3.2.2.4.9. Şahsi Dava	380
3.2.2.4.10. Kişisel Hak Davası (Bitişik/Ek Dava)	381
3.2.2.5. Bilirkişi İncelemesi.....	381
3.2.2.5.1. Genel Olarak	381
3.2.2.5.2. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirlerde İnceleme.....	382
3.2.2.5.3. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirlerde İnceleme	383
3.2.2.6. Hüküm	384
3.2.2.6.1. Genel Olarak	384
3.2.2.6.2. Güvenlik Tedbirinin Ertelenmesi.....	388
3.2.2.6.3. Hükümün Konusu	388
3.2.2.6.4. Hukuki Nitelemeye Değişiklik	389
3.2.2.6.5. Kesin Hüküm Etkisi.....	389
3.2.2.7. Kanun Yolu İncelemesi (Denetim Muhakemesi)	391
3.2.2.7.1. Genel Olarak	391
3.2.2.7.2. Kanun Yolundan Vazgeçme	393
3.2.2.7.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı	393
3.2.2.7.4. Yargılamanın Yenilenmesi	394

3.2.2.8. Yargılama Giderleri (Muhakeme Masrafları).....	395
3.2.2.9. Tedbir Muhakemesinden Ceza Muhakemesine Geçiş (Muhakemelerin Değişimi)	396
3.3. TÜRK HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİNE GÖRE MUHAKEME USULÜ	397
3.3.1. Şahsi Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi.....	398
3.3.1.1. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi	398
3.3.1.1.1. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi.....	398
3.3.1.1.1.1. Genel Olarak	398
3.3.1.1.1.2. Soruşturma Evresi	403
3.3.1.1.1.2.1. Genel Özellikler.....	403
3.3.1.1.1.2.2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi.....	407
3.3.1.1.1.3. Kovuşturma Evresi.....	408
3.3.1.1.1.3.1. Genel Özellikler.....	408
3.3.1.1.1.3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	412
3.3.1.1.1.3.3. Duruşma ve Genel İşleyiş.....	413
3.3.1.1.1.3.4. Hüküm	415
3.3.1.1.1.3.5. Tedbirde Değişiklik Usulü	419
3.3.1.1.1.3.6. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması	419
3.3.1.1.1.3.7. Kanun Yolu	420
3.3.1.1.1.4. Koruma Tedbirleri.....	420
3.3.1.1.1.4.1. Yakalama	420
3.3.1.1.1.4.2. Gözaltı	421
3.3.1.1.1.4.3. Tutuklama.....	422
3.3.1.1.1.4.4. Adli Kontrol.....	423
3.3.1.1.1.5. Uzlaştırma	424
3.3.1.1.2. Akıl Hastaları ve Uyuşturucu veya Alkol Bağımlısı Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi	425
3.3.1.1.2.1. Genel Olarak	425
3.3.1.1.2.2. Soruşturma Evresi	427
3.3.1.1.2.3. Kovuşturma Evresi.....	429
3.3.1.1.2.3.1. Genel Özellikler.....	429
3.3.1.1.2.3.2. Duruşma ve Hüküm.....	434
3.3.1.1.2.3.3. Tedbirde Değişiklik Usulü	440
3.3.1.1.2.3.4. Kanun Yolu İncelemesi	442

3.3.1.1.2.3.5. Aleyhe Değiştirme Yasağı.....	443
3.3.1.2. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Güvenlik Tedbirleri	
Muhakemesi.....	444
3.3.1.2.1. Hak Yoksunluğu Muhakemesi.....	444
3.3.1.2.1.1. Yasaklama Muhakemesi	444
3.3.1.2.1.2. Yasak Hakların İadesi Muhakemesi.....	448
3.3.1.2.2. Tekerrür ve Denetimli Serbestlik Muhakemesi	452
3.3.1.2.3. Sınır Dışı Edilme Muhakemesi	460
3.3.1.2.4. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi.....	462
3.3.1.2.4.1. Genel Olarak	462
3.3.1.2.4.2. Tüzel Kişinin Şüpheli veya Sanık Sıfatı Taşıyıp Taşıyamayağı Sorunu	463
3.3.1.2.4.3. Muhakemenin Özellikleri.....	466
3.3.1.2.4.4. Tüzel Kişinin Muhakemede Temsili Usulü	467
3.3.1.2.4.5. Tüzel Kişinin Organ veya Temsilcisinin Hakları.....	469
3.3.1.2.4.6. Hüküm.....	473
3.3.1.2.4.7. Orantılılık İlkesi	476
3.3.2. Mali Güvenlik Tedbirleri (Müsadere) Muhakemesi	477
3.3.2.1. Genel Olarak.....	477
3.3.2.2. Bağımlı Müsadere Muhakemesi.....	477
3.3.2.2.1. Genel Özellikler	477
3.3.2.2.2. Hüküm Türleri	479
3.3.2.2.3. Uzlaştırma, Ön Ödeme ve Erteleme	483
3.3.2.3. Bağımsız Müsadere Muhakemesi.....	485
3.3.2.3.1. Genel Özellikler	485
3.3.2.3.2. Davanın Açılması.....	487
3.3.2.3.3. Yetkili Mahkeme	488
3.3.2.3.4. Duruşma Açma Zorunluluğu	489
3.3.2.3.5. Elkonulan Eşya veya Kazancın İadesi	491
3.3.2.3.6. Kanun Yolu.....	492
3.3.2.3.6.1. Genel Özellikler	492
3.3.2.3.6.2. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Kanun Yolu İlişkisi	493
3.3.2.3.6.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı	495

3.4. KORUMA TEDBİRLERİ VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ İLİŞKİSİ.....	497
3.4.1. Koruma Tedbirleri ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Benzerlikler.....	498
3.4.1.1. Kanunilik Açısından.....	498
3.4.1.2. Orantılılık Açısından	499
3.4.1.3. Dayanak Açısından.....	500
3.4.1.4. Cebrilik Açısından.....	501
3.4.2. Koruma Tedbirleri ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklılıklar	501
3.4.2.1. Hukuki Nitelik Açısından.....	501
3.4.2.2. Yetkili Mercî Açısından	503
3.4.2.3. Zaman Dilimi Açısından	504
3.4.2.4. Araç ve Amaç İlişkisi Açısından	505
3.4.2.5. Haklılık/Hukuka Uyarlık Açısından.....	505
3.4.2.6. Değerlendirme Ölçüsü Açısından.....	506
SONUÇ	507
KAYNAKÇA.....	515
ÖZET	551
ABSTRACT	553

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	: Artikel/Articolo/Article (Madde)
ASK	: Adli Sicil Kanunu
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BeckRS	: Beck-Rechtsprechung
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BverfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	: cümle
C.	: Cilt
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CK	: Ceza Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
ÇKY	: Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
ÇMK	: Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: dipnot
DSHY	: Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights
Ed.	: Editör
ESJ	: European Scientific Journal
FLJ	: Free Law Journal
Fn.	: Fußnote (dipnot)
FSR	: Federal Sentencing Reporter
GG	: Grundgesetz
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBE	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz

HAGB	: Hükümün açıklanmasının geri bırakılması
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Hrsg.	: Herausgeber (Editör)
Ibid.	: Aynı yerde
IRCP	: International Review of Criminal Policy
IZPB	: Informationen zur politischen Bildung
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İMÜHFD	: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JCLC	: Journal of Criminal Law and Criminology
JGG	: Jugendgerichtsgesetz
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
KDTY	: Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik
kn.	: Kenar numarası
KritV	: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
krşl.	: Karşılaştırınız
KTK	: Karayolları Trafik Kanunu
LG	: Landgericht
MK	: Medeni Kanun

MLR	: Michigan Law Review
M.Ö.	: Milattan önce
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NK	: Neue Kriminalpolitik
No.	: Numara/Number
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	: NStZ Rechtsprechungsreport Strafrecht
öStGB	: österreichisches Strafgesetzbuch
öStPO	: österreichische Strafprozeßordnung
par.	: Paragraf
Rn.	: Randnummer (Kenar numarası)
s.	: sayfa (Seite)
ss.	: sıralı sayfa (sayfa aralıkları)
S.	: Sayı
SACJ	: South African Journal of Criminal Justice
SMF	: Swiss Medical Forum
StGB	: (deutsches) Strafgesetzbuch
sStGB	: schweizerisches Strafgesetzbuch
StPO	: (deutsche) Strafprozeßordnung
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCHD	: Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu

TFK	: Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
UCHB	: Uluslararası Ceza Hukuku Birliği
vd.	: ve devamı
VGH	: Verwaltungsgerichtshof
Vol.	: Volume
YD	: Yargıtay Dergisi
YGİY	: Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Ceza hukukunda ihlal “suç” olarak belirir. Hayatın her alanında olduğu gibi ceza hukukunda da ihlalin birtakım sonuçlarının ortaya çıkması ise kaçınılmazdır. Bu sonuçlar, ya geçmişte suç işlendiği için ya da gelecekte suç işlenmemesi için uygulanır. Suç işlendiği için uygulanan ve kusur esaslı olan hukuki sonuçlara “ceza”; buna karşılık suç işlenmemesi için uygulanan ve tehlike esaslı olan hukuki sonuçlara ise “güvenlik tedbiri” adı verilir. Cezanın uygulanması, failin isnat (kusur) yeteneğine sahip olmasına bağlıdır. Ceza müeyyidesi, hemen hemen insanlık tarihi ile yaşıttır. Güvenlik tedbiri ise failin kusur yeteneğinin varlığını aramaz. Öyle ki bu tedbirlerin ortaya çıkışı, kusur yeteneğinden yoksun olan kişilerin cezalandırılmasının anlamsızlığıdır. Gerçekten ceza hukukunun tarihi, insanlığa, işlediği fiilin hukuki anlamını bilebilecek durumdan yoksun olanlara verilen cezaların hiçbir pratik fayda sağlamadığını ortaya koymuştur. Böylece suç işledi diye insanlara mahkemeler tarafından uygulanan cezaların yanı sıra, örneğin akıl hastası olan veya küçük yaşta olan ve bu nedenle işlediği fiilin niteliğini algılayamayan veya bu nitelikte bir fiil işlemekten kendini alıkoyamayan kişilere, gelecekte suç işlemesinler diye uygulanacak birtakım önleyici ve iyileştirici tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlardan ilkinin uygulayarak toplumu suç işlemekten caydırmak, ikincisini uygulayarak özetle toplumu suçtan korumak amaçlanır. İşte cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden oluşan ve gerek karşılaştırmalı hukukta gerek Türk hukukunda uygulama alanı bulan sisteme “iki izli hukuki sonuçlar sistemi” adı verilmektedir. Bu çalışmanın konusunu, tarihsel açıdan cezalardan çok sonra ortaya çıkan, mevzuattaki ilk örneklerine ancak on dokuzuncu yüzyıldan itibaren rastlanmaya başlanan, cezaya kıyasla hâlâ gelişmekte olan ve ceza hukukunun ikinci izi”ni teşkil eden güvenlik tedbirleri oluşturmaktadır.

Güvenlik tedbirleri, maddi ceza hukukunun en önemli ve ayrıntılı konularından biridir. Bu nedenle gerek güvenlik tedbirleri hukukunun genel teorisine gerekse tedbir türlerine ilişkin birçok inceleme yapılmıştır. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK döneminde güvenlik tedbirlerinin genel teorisi ile türlerini birlikte ihtiva eden bir çalışmanın bulunmadığı görülmektedir. Maddi güvenlik tedbirleri hukuku yönüyle bu çalışmanın amacı, önce suçun hukuki sonuçları teorisinin ve bu kapsamda güvenlik tedbirleri genel teorisinin kendine özgü niteliklerine yer vermek; daha sonra bu niteliklere uyup uymadığını değerlendirmek babında tedbirlerin türlerine değinmektir. Fakat güvenlik tedbirlerinin maddi hukuk boyutuna ilişkin olarak ifade edilen genişlik ve çeşitliliğin, şekli ceza hukuku açısından geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Hâlihazırda karşılaştırmalı hukukta birçok ülkede ve bu arada ülkemizde şekli hukuk boyutuyla ayrı bir güvenlik tedbiri usulü

yerleşmiş değildir. Tedbir muhakemesi açısından ülkemizdeki çalışmalar niceliksel açıdan oldukça yetersizdir. Bu nedenle çalışmanın bir diğer amacı, güvenlik tedbirlerinin yalnızca maddi hukuk boyutu değil, olabildiği ölçüde –karşılaştırmalı hukuka ayrıca yer vererek- muhakeme hukuku boyutuyla da irdelemektir. Bu amaçlardan hareketle çalışma üç bölüme ayrılmıştır. İlk bölüm hukuki sonuçlarına, ikinci bölüm maddi güvenlik tedbirleri hukukuna ve son bölüm ise şekli güvenlik tedbirleri hukukuna özgülenmiştir.

Çalışmanın “Suçun Hukuki Sonuçları” başlığını taşıyan birinci bölümünde, bahsi edilen sonuçların ortaya çıkmasının nedensel gerekçesini oluşturan “ihlal” kavramı hem genel biçimde hem de ceza hukuku yönüyle açıklanacak ve bu ihlal üzerinden biri ihlale tepki olarak “müeyyide” ve “yaptırım”, diğeri ihlalin tekerrürüne önlem olarak “tedbir” olmak üzere alt kavramlara değinilecektir. Bu kavramlar içerisinde ceza hukukuna özgü müeyyidelerin ve tedbirlerin hukukun diğer alanlarına özgü müeyyidelerden ve tedbirlerden farkını ortaya koymak açısından müeyyide türlerine ve tedbir türlerine yer verilecektir. Bu bağlamda bir yandan genellikle iç içe kullanılan müeyyide ve tedbir arasındaki ayrım, diğer yandan ceza hukuku vasıtalarının kendine özgü yapısı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Çalışma, özünde, güvenlik tedbirlerinin birer ceza hukuku müeyyidesi değil, “ceza hukuku tedbiri olarak” nitelendirilmesi gerektiği görüşü üzerine bina edilecektir.

Çalışmanın “Güvenlik Tedbirleri Teorisi” başlığını taşıyan ikinci bölümünde, güvenlik tedbirleri kavramının ne anlama geldiği, bu tedbirlerin meşru sayılmasını gerektiren gerekçeler, suç politikası açısından güvenlik tedbirlerinin gerçekten gerekli olup olmadığı, tedbirlerin amacı, muhatabı, müeyyide ve tedbir ayrımı açısından bunların hukuki niteliği ile ilgili fikirler ile tedbirlerin gerek kanunun ihdasında gerek karar anında taşınması gereken ilkeler incelenecektir. Bu bölümde güvenlik tedbirlerinin tarihsel arka planını irdelemek açısından kusur ve manevi sorumluluğu esas alan Klasik Hukuk Okulu’na ve bunun karşısında tehlikeliliği esas alan ve güvenlik tedbirlerinin doğuşuna neden olan İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu ile özel önleme teorisinin ortaya çıkmasını sağlayan Alman Sosyolojik Hukuk Okulu’na yer verilecektir. İkinci bölümde güvenlik tedbirlerinin koşulları olarak, tehlikelilik, vesile suç, kanuni düzenleme ve yargı kararı şartları ile tedbirlerin taşınması gereken özellikler incelenecektir. Bilindiği üzere TCK’da güvenlik tedbirleri sayma yoluyla belirlenmiş, kanunda bir sınıflandırmaya gidilmemiştir. İkinci bölümde karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerin (örneğin İtalyan hukuku) mevzuatında dikkate alınan ve öğretilde bazı yazarlarca da kısmen değinilen bir tedbirler kategorisine yer verilecek; bu tedbir sınıflandırması içinde tedbirler, yöneldiği hukuki değere ve geçerli olduğu zaman dilimine göre tasnif edilecektir. Belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta ve ülkemizde müsadere gibi malvarlığına yönelen ceza hukuku vasıtalarının hukuki niteliği tartışmalı

olmakla birlikte, bu tartışmaya ve görüşlerimize Türk hukukunda meri olan güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği içerisinde değinilecek, kanuni düzenlemelerden hareketle konulan şahsi ve mali tedbirler ayrımı yalnızca tedbir kategorizasyonu açısından korunacaktır. Bu bölümde son olarak cezalar ve tedbirlerin birbiriyle etkileşimine ilişkin olan veya bu ikisinin yanı sıra uygulanacak diğer vasıtalardan müteşekkil bulunan çeşitli sistemlerden bahsedilecektir. Bu kapsamda özellikle tarihsel açıdan cezalar özelinde ilk uygulama örneği olan ve tedbir özelinde uygulanmasına rast gelinmeyen “tek izlilik sistemi” ile günümüzde modern ceza hukukunu kabul eden hemen her ülkede kabul edilen “iki izlilik sistemi” incelenecek; bu sistemlerin özelliklerine, uygulama alanlarına, türlerine, olumlu ve olumsuz yönlerine değinilecektir. Son zamanlarda ileri sürülen çok izli hukuki sonuçlar teorisine ilişkin görüşlere de bu bölümde yer ayrılacaktır.

Çalışmanın “Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi” başlığını taşıyan üçüncü ve son bölümünde ise tedbir muhakemesi kavramının anlamına, amacına, niteliklerine ve konusuna değinmek suretiyle tedbir muhakemesinin temel özellikleri açıklanmaya çalışılacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, güvenlik tedbirlerini bilhassa ulusal hukukta şekli hukuk boyutuyla ele alan çalışmaların sayısı son derece azdır. Türk hukukunda ceza hukukundan bağımsız bir tedbir muhakemesi usulüne de kanunda yer verilmiş değildir. Bu nedenle üçüncü bölümde –her ne kadar ceza muhakemesine kıyasla kısır bir usul hukuku niteliği taşısa da- karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalara değinme zorunluluğu bulunmaktadır. Gelecekte ülkemiz mevzuatına, teorisine ve pratiğine yansımaları gerektiği düşüncesinden hareketle bu bölümde, Alman hukuku özelinde bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinin genel işleyişine, aşamalarına ve muhakeme evrelerindeki kendine özgü bazı kurallara yer verilecektir. Bu bölümde Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinin ikinci bölümde öngörülen türleri dikkate alınarak muhakeme usulüne ayrı bir başlık açılacak; Türk güvenlik tedbirleri muhakemesi hukuku, bir bağımlı tedbir muhakemesi türü olarak ele alınmak suretiyle, bu sistem içerisinde bağımsızlık özelliği gösteren usuller ve diğer güvenlik tedbiri türlerine ilişkin genel nitelikteki birtakım şekli kurallar incelenmeye çalışılacaktır. Nihayet ceza ve tedbir muhakemesinde uygulanması olanaklı olan koruma tedbirleri ile birer ceza hukuku tedbiri olan güvenlik tedbirleri arasındaki benzer ve farklı noktalara temas edilerek çalışma sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI TEORİSİ

1.1. İHLAL VE SUÇ

İhlal kavramı, günlük hayatta, olması gerekene uymama, belirli davranış kalıplarının aksine hareket etme, mutad olanı bozma anlamında kullanılmaktadır. Hukukta ihlal ise hukuk kurallarının yapılmasını emrettiği davranışları yapmamak veya yapılmamasını emrettiği davranışları yapmak anlamına gelir. Gerçekten bir yasa veya yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bu kapsamda bir görevin veya hakkın ya da sözleşmenin gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde ihlalden söz edilir¹. Dolayısıyla ihlalden söz edilebilmesi için şu veya bu şekilde kurallarla beliren bir “düzen”in, kamusal yaşamdan söz edilecekse bir sosyal düzenin varlığı şarttır². Düzen, uyum sağlamayı, belirli bir sistem içinde idare edilmeyi gerektirir. İnsanların bir araya gelerek teşkil ettikleri ve etkileşim halinde hareket etmek zorunda oldukları toplum nezdinde varlığı geçerli olan ilk ve en önemli şart sosyal düzenin tesisidir. “Kamu düzeni” olarak da adlandırılan sosyal düzen, kanunların ve özelde ceza kanunlarının atıf yaptığı temel kavramlardan biridir³. Sosyal düzenin geçici olarak tesisinde araç önemli olmayabilir; ancak kalıcı bir toplumsal düzen ancak birtakım bağlayıcı kurallar vasıta kılınmak suretiyle sağlanabilir.

Toplumsal düzlemde ve ölçekte düzen, bireylere bazen ödevler ve bazen yetkiler getiren sosyal düzen kurallarıyla sağlanır. Sosyal düzen kuralları ise sosyal kontrolün (toplumsal denetimin) mecburi bir neticesidir. Yani “sosyal kontrol”, toplumsal yaşamın

¹ GARNER, Bryan A. (Ed.), Black’s Law Dictionary, West Group, 9. Edition, 2010, s. 171-172. İhlal edilebilme bütün normların ortak özelliğidir. Çünkü norm bir ideali, hedefi, olması gerekeni belirtir. Bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996, s. 142-143.

² Bu manada biz, “hukukun müessese teorisi”ni kabul etmekteyiz. Gerçekten hukuk, düzenlediği saha ne olursa olsun, son aşamada toplum içindir. “Nerede toplum varsa, orada hukuk vardır (*Ubi societas, ibi jus*)” ve “Nerede hukuk varsa, orada toplum vardır (*Ubi jus, ibi societas*)”. Bu nedenle hukuk kavramının kapsamına giren unsurlardan biri toplumsal düzendir. Toplumsal (sosyal) düzen anlayışı, toplumda sadece keyfiliğe ve dolayısıyla düzenlenmemiş kuvvete dayanan her unsurun giderilmesine hizmet etmektedir. Bkz. HAFİZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 20-21; HAFİZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Baskı, Ankara, 2016, s. 11, dn. 23.

³ 5237 sayılı TCK’nın birinci maddesinde, diğer amaçların yanında “kamu düzeni” açıkça sayılmış, ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, cezalar ve güvenlik tedbirlerinin türlerine kanunda yer verilmesinin nedeni olarak ceza kanunun sıralanan amaçları gerekçe gösterilmiştir.

tesisi için bir zorunluluktur⁴. Sosyal kontrol, her toplumun istikrar arayışı içinde belirli bir düzen sağlamak amacıyla güç odaklı vasıtalar geliştirmesini sonuçlar. Bu vasıtalar içerisinde hukukun kontrolü, *ultima ratio* (son çare) olarak ceza hukuku kurallarıyla sağlanır⁵. Güvenlik tedbirlerinin de içerisinde değerlendirildiği ceza hukuku, insanların bir arada düzen içinde yaşaması için vardır. Bu bakımdan ceza hukukunun rolü, güvenlik tesisi yönüyle polis hukukuna benzemektedir. Düzen içinde yaşamanın temini ise devletin varlık sebebinin ve bunu kayıtlamak üzere oluşturulmuş anayasal hükümlerin bir gereğidir. Bunun bir sonucu olarak, sosyal düzeni ihlal edici davranışlara müdahalede bulunmak devlete yüklenen bir görev niteliğindedir⁶.

Sosyal düzenin tesisinde en önemli vasıta ceza hukuku olmakla birlikte, bu alanda sadece ceza hukuku egemen değildir. Nitekim bir toplumda sosyal düzen oluşturma sorunu yalnızca hukuk veya cezaya bağlı olmaktan daha geniş biçimde sosyal kontrol ile çözülmeye çalışılır⁷. İctimai nizam kaideleri (ictimai kaideler) adı da verilen sosyal düzen kuralları veya yalnızca sosyal kurallar, yalnız başına olmayan kimselerin yani zorunlu olarak toplumla birlikte yaşamak durumunda olan herkesin, topluma uymak açısından yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler ile kullanacakları yetkileri belirten normlardan oluşur⁸. Toplumsal düzen ve uyumu sağlamaya yönelik ilke ve kurallar ise ya Tanrısal esin ve buyruktan ya doğadan ya da sözleşmeden doğmaktadır⁹. Dolayısıyla bu kurallar ya din veya ahlâk kuralları yahut saygı veya örf-adet kuralları ya da nihayet hukuk kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰. Bununla birlikte hukuk kuralları, zorlayıcılık niteliği içerme, maddi yaptırıma sahip olma, caydırıcı etki taşıma ve devlet eliyle uygulanma bakımından diğer toplumsal uyum kurallarından

⁴ KAISER, Günther/SCHÖCH, Heinz, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München, 1994, s. 65, § 6, Rn. 45.

⁵ Bkz. POLLÄHNE, Helmut, "StGB § 61 Übersicht", Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 1.

⁶ RUDOLPHI, Hans Joachim/JÄGER, Christian, "Vorbemerkungen vor § 1 StGB", Systematischer Kommentar zum Strafrecht, Band I: §§ 1-37 StGB, Hrsg. WOLTER, Jürgen, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2017, Rn. 1.

⁷ MEIER, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, Springer Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2015, s. 1. Sosyal kontrol mekanizmaları, sosyal düzeni ve bundan kaynaklanan disiplini sağlamak üzere, her sosyal sistemin kendisini korumak ve toplumu oluşturan bireyleri sosyal normlara uygun hareket etmeye yöneltmek için geliştirdiği vasıtalar. Bu vasıtalar, kendiliğinden meydana gelmediği takdirde bir kamu hizmeti biçiminde örgütlenmesine ve müeyyideler sistemine dönüşmesine ihtiyaç vardır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 1997, s. 1, kn. 1.

⁸ BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 1987, s. 13. Bu sosyal kurallar bütünü (a.g.e., s. 23), kişilerin birbirleriyle ve toplumla ilişkilerini düzenlerken uyulması zorunlu ve kamu gücü ile desteklenmiş kurallar getirmekte ise formel açıdan "hukuk" adını almaktadır.

⁹ BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 17.

¹⁰ ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları (II. Sınıf Programı), 72 Tekstir-Daktilo Fotokopi, Ankara, 1977, s. 15. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 2, kn. 4.

ayrılmaktadır. Özellikle müeyyidenin niteliği konusunda, hukuk kurallarının ihlaline bağlanan sonuçların din kurallarından “maddi”, ahlâk kurallarından ise “cebri” nitelik taşıma yönüyle ayrıldığı söylenebilir¹¹.

Din kurallarının ihlali, Tanrısal buyruklara göre günah olan; örf ve adet kurallarının ihlali, ortalama halk yaşayışına göre ayıp olan; hukuk kurallarının ihlali ise, devletin mevzuatına göre yasak olan birtakım davranışların yapılması veya yapılmamasıdır. Din, ahlâk veya örf-âdet dışında kalan ve çoğu kez yazıya geçirilen kurallarla belirlenen davranışların birer hukuk kuralı ihlali olduğunda şüphe yoktur. Öğretide ihlal edilmesi müeyyideyle karşılanan hukuk normlarının, diğer içtimai davranış kurallarına nazaran sosyal düzeni ve toplumsal ilişkileri korumaya yönelik en mühim ve en mükemmel kurallar olduğu kabul edilmektedir¹². Hukuk kurallarının önemi, onu ortaya koyan ve ona uyulmasını buyuran süjeden kaynaklanmaktadır. Nitekim hukuk kuralı, çok basit bir tanımla, kendisine uyulması kamu gücü tarafından sağlanmış olan kuralı ifade etmektedir¹³. Kamu gücü, yargılama, cezalandırma ve daha geniş manada ihlale sonuç bağlama yetkisi söz konusu olduğunda devlet eliyle, onun anayasal ve yasal organları tarafından kullanılır.

Hukuk kurallarının sosyal düzeni gerçekleştirme hedefinin başarılı olması, toplumsal hayata yön veren kurallarının yani hukuki buyruklarının diğer adıyla hukuk normlarının uygulanması ile mümkündür. Normlar, hangi (hukuka uygun) davranışlara izin verildiğini yahut hangi (hukuka aykırı) davranışların yasaklandığını gösteren yasal kurallardır¹⁴.

¹¹ Benzer yönde bkz. AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 6-7. Sosyal kontrol, normu ve kontrol tedbirlerinin varlığını gerektirir. Hukuk ise ister özel ister kamu hukuku ve bu arada ceza hukuku formunda olsun, sosyal kontrolün diğer mekanizmalarından birçok yönüyle farklıdır. Hukukun geçerlilik iddiası genel ve kesin olmakla, onu en formel ve rasyonel sosyal kontrol alt sistemi haline getirir. Hukuk, devletin şiddet vasıtalarına başvurmasına izin veren hukuk kurallarının ihlali halinde bağımsız, uzman ve profesyonel yargı sistemi vasıtasıyla yaptırım uygulanmasına olanak tanır. Bu durum öncelikle ve özellikle ceza hukuku için geçerlidir (MEIER, s. 3).

¹² ÖZYÖRÜK, Mukbil, Hukuka Giriş, Ege Matbaası, Ankara, 1959, s. 30. Yazar (İdare Hukuku, s. 15) bu gerçekliği “*Kişi vardır, din kurallarına önem vermez. Kişi vardır, ahlâk kurallarına kulak asmaz. Kişi vardır, saygı bilmez. Ama toplum hayatında ‘Hukuk dinlemez kişi’ düşünülemez*” cümleleriyle desteklemektedir.

¹³ ÖNEN, Mesut, Hukukun Temel Kavramları, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 1991, s. 15.

¹⁴ Ceza normları, “davranış normları” ve “müeyyide normları” olmak üzere ikili bir ayrımla incelenmektedir. Davranış normları, insanlara atf yapan kurallar olarak “izin normları” ve “yasak normları”ndan oluşur. Örneğin kanunen bir kimsenin hürriyetini kısıtlamak yasaklanmakta, buna karşılık normalde suç olan bir fiili meşru savunma altında işlemeye müsaade edilmektedir. Davranış normları da kendi içinde genel ve özel ayrımıyla incelenmektedir. Herkes için geçerli olan davranış normları, “genel norm”; buna karşılık söz gelimi kamu görevlilerinin görev başında sahte belge düzenlemesi suçunda olduğu üzere münhasıran belli kişi gruplarını muhatap alan davranış normları ise “özel norm” niteliği taşır. Müeyyide normları ise suç işleyen kimsenin belirli koşullar altında muhakeme edilerek cezalandırılmasını öngören ve savcılıklarla mahkemeleri muhatap alan ceza normlarıdır. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılan yani TCK m. 109’daki davranış normunu

Ancak hukuki buyruklara uyması gereken herkesin ve her zaman hukuka uygun hareket ettiği ideal devlete ulaşılabilmiş değildir. Böyle bir düzenin tesisi de mümkün gözükmemektedir. Zaten kural ile kuralın bir kısım muhatapları arasında çatışmanın meydana gelmesi ihtimali üzerine yasalar bina edilmektedir. Mesela *Rehbinder*, sosyal hayatta hukukun kendisinden beklenen fonksiyonu gereğince yerine getirmesinin ancak hukuk kurallarıyla gerçekleşmesi beklenen davranışlara yükümlüler tarafından riayet edilmesiyle mümkün olduğunu söylemektedir¹⁵. İşte hukuki buyruğun ideal olduğunu öngördüğü davranışlara riayetsizlik “ihlal” olarak belirmektedir. *Binding*, normdan önce izin verilmiş olan hareketin normla birlikte hukuka aykırılığının kabul edilmesini pozitif hukukunun bir ölçüsü olarak görmektedir. Hukuka aykırılığı ve dolayısıyla ihlal oluşturan hareketi normun varlığı ortaya çıkarmaktadır¹⁶. Diğer bir deyişle toplumsal düzenin muhtemel tesisi, hukuk normuna ve özelde ceza normuna, ihlal ise norma aykırılığa bağlıdır. Denilebilir ki, normlar teorisinin mecburi neticesi olarak, “yasaklar yasalardan doğmaktadır”. Örneğin Alman hukukunda yer verilen “*Bir insanı öldüren kişi ... beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır*” (StGB § 212) ve Türk hukukunda ifadesini bulan “*Bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*” (TCK m. 81) normları, potansiyel faile yönelik bir yasak içermektedir: “Öldürmemelisin!”¹⁷. İşte bu yasak, ceza hukukuna uygunluğu, yasağa aykırılık ceza hukukuna aykırılığı; ceza hukukuna aykırılık ise mahkemeler eliyle uygulanacak ceza hukukuna özgü hukuki sonuçları ortaya çıkarır.

Hukuk kurallarının ihlali özel hukukta örneğin haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık; kamu hukukunda söz gelimi görevde disiplinsizlik yahut emre itaatsizlik gibi değişik biçimlerde kendisini gösterir. Ceza hukukuna aykırılık ise suç olarak karşımıza çıkan ve ceza yaptırımını yahut güvenlik tedbiriyle karşılanan hukuka aykırı fiildir¹⁸. Zira ceza hukukunun amacı tek tek suç mağduru bireylere yardım etmekten öte toplumsal

ihlal eden failin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin düzenleme aynı zamanda bir müeyyide normudur. Bkz. KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Nomos Verlag, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015, § 2, s. 36-37, Rn. 1-4.

¹⁵ REHBINDER, Manfred, *Hukuk Sosyolojisi*, Çev. DOĞAN, İlyas/KAFKAS, Hilal, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 4.

¹⁶ BINDING, Karl, *Die Normen und Ihre Übertretung*, Band I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, s. 54, 56.

¹⁷ Bkz. PHILIPPS, Lothar, “Normentheorie”, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Hrsg. KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid, C. F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2004, s. 320.

¹⁸ Öğretide ceza kuralının ihlali ile diğer kuralların ihlali arasında öze ilişkin bazı ayrımlar yapılmakla birlikte, bunlar arasındaki geçişkenlik ve nispi nitelik yani zaman, yer ve gereksinimler karşısında birbirinin yerine ikame edilebilme özellikleri dikkate alındığında, ceza ihlali ile diğer tür ihlalleri ayırmaya yarayan en güvenilir ölçüt şekle ilişkin şartla sınırlı kalmaktadır. Böylece ceza ihlalinin ayırıcı kıstasının ceza yaptırımını olduğu, bu yaptırımla savunulan hukuki emir veya yasağın ise ceza kuralı olarak tanımlandığı görülmektedir. Bkz. ERSOY, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınları, Ankara, 2002, s. 17-18.

barışı davranış/ceza normlarıyla tesis etmek ve ilgili normların ihlali halinde adaleti sağlayıcı yaptırımlara hükmetmektir¹⁹.

Ceza hukukunda ihlalin özel adı olan ve üç unsurdan oluşan suç (*Straftat*), ceza kanununda özellikleri belirlenmiş olan, ceza müeyyidesiyle tehdit edilen kusurlu ve hukuka aykırı bir davranıştır²⁰. Suç bir hukuka aykırılıktır, öyleyse hukuka aykırı olmasının doğal sonucu olarak “ihlal” niteliğindedir. İşte bu nedenle ceza hukukunda ihlalin özel adı “hukuka aykırılık” olmaktadır²¹. Bir suç unsuru ve cezalandırılabilirlik koşulu olarak hukuka aykırılık, öncesinde tipik bir davranışı gerektirir. Nitekim ceza hukuku, insan eylemleri ve ihmalleri üzerine etkiye bulunmak suretiyle hukuki değer veya menfaatleri korumayı amaçlamaktadır. Ceza normlarının emredici niteliği de kendisine yönelen ihlallerin işlenen fiili hukuka aykırı hale getirmesinden kaynaklanmaktadır²².

Ceza hukuku açısından hukuka uygun olmayan veya gayri meşru olan davranışlar ihlal niteliğindedir ve ihlal yani hukuka aykırılık, suçun kurucu unsuru olarak belirlemektedir²³. Böylece ihlal, şayet ceza normu yapmamak yani pasif kalmak emri taşıdığına aktif veya icrai; yapmak yani aktif olmak emri taşıdığına ise pasif

¹⁹ Ceza hukuku, ihlale karşı birtakım hukuki sonuçları bulunan, tabiatıyla (“Öldürme!”, “Hırsızlık yapma!”, “Yalan yere yemin etme!” gibi) bazı emir ve yasaklar içeren davranış normları oluşturmakla potansiyel mağdurların tamamını dolaylı yoldan korumaktadır. Bkz. GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2015, s. 35-36, Rn. 143.

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 13, Rn. 1. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 167 vd.

²¹ Müeyyide, ihlale gösterilen bir tepki ve cevaptır. İhlalin diğer adı ise “hukuka aykırılık” veya “gayrimeşruluk”tur. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 406; AYDIN, Nurullah, *Türk Suç ve Ceza Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, s. 103. Ceza hukukunda suçun özünü oluşturan hukuka aykırılık, salt biçimsel anlamıyla davranışın normla çatışması anlamındaki bir ihlalden ibaret değildir. Böyle olsaydı, fiilin tipik olması, kendiliğinden hukuka aykırılığın kesin karinesini oluştururdu. Hâlbuki ceza hukukunda hukuka aykırılığın yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğuyla sınırlı kalmadan ve aynı zamanda haksızlığın bir türü olarak ele alınması manasında öze ilişkin hukuka aykırılıktan söz edilmektedir. Maddi hukuka aykırılığın, şekli hukuka aykırılık kavramından ayrılmaya başlaması, Alman doktrininde *Franz v. Liszt*, İtalyan doktrininde onu takiben *Rocco* ile ortaya atılmış ve savunulmuştur. Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 21.

²² BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, § 16, s. 304, Rn. 11; JESCHECK/WEIGEND, § 24, s. 236-237, Rn. 1-2.

²³ Suçun geleneksel tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk ayrımında hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*), bir yandan fiilin objektif haksızlığına (*objektives Unrecht*) diğer yandan hukuka karşı çıkmaya işaret etmekte; kanuni tipi ihlal eden fiilin zorunlu olarak haksızlığı oluşturmaya engel, hareketin hukuk düzeniyle çatışma içinde olmasının aranmasına da gerekçe olmaktadır (HEINRICH, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 4. Auflage, Stuttgart, 2014, s. 120, Rn. 305). Gerçekten ceza hukukunda “fiilsiz suç olmaz”, “ihlalsiz suç olmaz” ve “kusursuz suç olmaz” ilkeleri doğrultusunda analiz edilen suçun, hukuk düzeninde geçerli toplumsal davranış kuralına aykırılık yani “ceza kanunun ihlali” olduğu açıktır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. xxvii-xxix, 193.

veya ihmali bir davranışın sergilenmesinden ibaret olmaktadır²⁴. O halde ceza normunun ihlali normdaki kurala ilişkin aktif bir uygunsuzluk veya pasif bir ifasızlık anlamına gelmektedir. Merhamet ve dürüstlük ilkelerinin ihlali olarak tanımlanan doğal (tabii) suç veya toplumsal (içtimai) suç²⁵ değil, bizatihi kanuna karşı yapılan muhalefet, suçun neticelerinin nedenini teşkil etmelidir. İnsanlığın temel ahlaki duygularını ne ölçüde zedelerse zedelesin, ceza hukukuna özgü sonuçları doğuracak ihlal, yalnız kanuna yansıdığı ölçüde ihlal olarak değerlendirilebilir. Bu durum, ceza hukukunun, normun ihlalinin dış dünyada meydana getirdiği değişiklikten öte normun kendisiyle ilgili olması sonucunu doğurur. Çünkü ihlal, sosyal çatışmaya etki edecek şekilde norma muhalefettir yani normun fail tarafından uygulanmamak suretiyle reddedilmesidir²⁶.

Bununla birlikte günümüz sistemlerinde ceza hukukunun sadece veya en azından ilk etapta hukuki değerlerin korunmasını sağlamak hedefinde olduğu da yadsınamaz. Normu ve dolayısıyla normun koruduğu hukuki değerleri ihlal eden fiillere karşı veya bu fiilleri vesile kılarak, ceza hukukuna özgü hukuki sonuçlar sistemi, en uygun ve elverişli müeyyide ve tedbirleri sağlamak durumundadır. Bu ayrıntılı müeyyide ve tedbirlerin devamlılığı her şeyden önce ilki hukuk devleti, ikincisi sosyal devlet olmak üzere iki temel anayasal ilkeye bağlıdır²⁷.

Hukuk düzeninde ihlal olarak algılanan davranışlar veya eylemsizlikler arasında değer veya menfaatin nitelik ve kapsamı düşünüldüğünde hiç kuşkusuz en ağırını “suç” adı verilen hukuka aykırılıkların oluşturduğu söylenebilir²⁸. Bir hareket veya ihmalin suç olarak adlandırılması için karşılığında yasal bir tepki olan ceza müeyyidesinin infaz edilmesi veya kendisi dolayısıyla/vesilesiyle yasal bir önlem olan güvenlik tedbirinin uygulanması gerekir. O halde ceza hukukuna aykırılık olarak “suç”; doğadaki düalizmin bir neticesi olarak “suçun hukuki sonuçları”nı ortaya çıkarmakta ve bu aykırılık devlet

²⁴ İhlal, iki farklı biçimde ortaya çıkmaktadır: Emir yapmamak olduğunda yapmak, aksine yapmak emri olduğunda yapmamaktır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 406. Burada Latince bir başka halin veya üçüncü bir durumun imkansızlığını ifade eden “*tertium non datur*” ilkesinin bir yansıması görülmektedir. Çünkü bir hareket veya ihmal dışında ceza hukukunda ihlale yol açacak bir olasılık yoktur. Örneğin bir kimsenin içinde bulunduğu “durum”, aktif ya da pasif bir eyleme dönüşmediği takdirde ihlal sayılmaz. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 16, s. 304, Rn. 11.

²⁵ Bkz. GAROFALO, Raffaele, Criminologia, Çev. KÖKLÜ, Muhittin, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1957, s. 31, 39 vd.

²⁶ JAKOBS, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Part 1, Walter de Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin, 1991, s. 9, Rn. 9.

²⁷ HEINZ, Wolfgang, Das Strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012, Berichtsjahr 2012; Version: 1/2014, <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2012.pdf>.

²⁸ En ağır ihlal olan “kriminal suç”a mukabil, vatandaşların özgürlük haklarına en yoğun biçimde müdahalede bulunduğu için devlet eliyle uygulanan en sert tepki aracı ise “kriminal ceza”dır (KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 2, s. 37, Rn. 5).

tarafından koşulları değerlendirilmek suretiyle ya –suç sonrası- “ihlale tepki göstermek” ya da –tekerrür öncesi- “ihlale önlem almak” biçiminde giderilmeye çalışılmaktadır.

1.2. İHLALİN VE SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI

Ceza hukuku bir normlar sistemi olarak normun hukuki koşullarını ve ihlali halinde hukuki sonuçlarını hüküm altına almak zorundadır. Eğer ihlal, suç şeklinde ortaya çıkmışsa, bu suçun ceza hukuku düzenine özgü hukuki neticelerinin olması gerekir. Suçun hukuki sonuçları, iki izli bir sistemde cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden ibarettir²⁹. Bir kural eğer karşılığında ceza veya vesilesiyle güvenlik tedbiri öngörülmüşse ceza hukukuna aittir; öyleyse bir kuralın yasak içermesi veya hukuki değer veya menfaati zedelemesi, o kuralın kendiliğinden suç içerdiği ve ceza hukuku kurumu olduğu anlamına gelmez. Çünkü bu nitelikteki hükümleri özel hukuk veya idare hukukunda da sıkça görmek mümkündür³⁰. Bu nedenle suç sebebiyle hukuki sonuç olarak ceza hukukuna özgü tepki ve önlemlerden yani cezalar ve güvenlik tedbirlerinden bahsetmek gerekir. Bu hukuki neticelerden ilki olan ceza, kusura ve ihlale tepki olarak; buna karşılık güvenlik tedbiri tehlikeliliğe ve ihlale/tekerrüre önlem olarak uygulanmaktadır.

Bununla birlikte öğretide “cezai müeyyide” veya “ceza yaptırımı” denildiğinde, çoğu yazar, bir bütün olarak cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden oluşan bir “müeyyidelendirme sistemi”ni anlamaktadır. Öğretide baskın görüş, ceza hukukunda suç teşkil eden fiillere kanunun bağladığı hukuksal neticelerin tamamını “yaptırım” olarak adlandırmaktadır³¹. Bu nedenle çoğu kez öğretide “ceza hukuku dalı için suç teşkil eden bir fiile bağlanan ceza hukukuna ilişkin sonuçlara” yaptırım adı verilmekte ve bu doğrultuda “suçun yaptırımları” ile “suçun hukuki neticeleri” aynı anlamda

²⁹ HÄGER, Joachim, “Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2007, Rn. 2. Bunların “yaptırımsal hukuki sonuçlar” oldukları görüşü için bkz. WEIGEND, Thomas, “Einleitung”, Leipziger Kommentar StGB, Band 1, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2007, Rn. 57.

³⁰ ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München, 2006, § 1, s. 1, Rn. 2.

³¹ Aslında “*Sanktion*” kavramı dilbilimsel açıdan Almanca kökenli olmasa da Alman ceza hukuku öğretisinde de genel itibarıyla suçun hukuki sonuçları kısaca İngilizce’deki “*sanction* (yaptırım)” kavramıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 1. Türk hukukunda da örneğin *Özgenç*’e göre, haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçların doğması gerekir. Bu amaca ve haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini gidermeye hizmet eden yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleridir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2017, s. 685.

kullanılmaktadır³². Buna göre ceza hukuku, belirli bir fiile karşılık belirli ceza veya güvenlik tedbirleri öngören hukuk normlarının bütünüdür. Bu, her bir ceza normu için suçun hukuki sonuçlarının ön koşulu olarak ihlali kaleme alırken yaptırımın göz önünde bulundurulması ve diğer yandan bu ihlal edici fiile yönelen yaptırımların muhataba yönelik bir tehdit içermesi anlamına gelir³³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza müeyyideleri ve güvenlik tedbirleri, hukuki değerleri korumaya yönelik “ceza hukuku vasıtaları”³⁴ olma ortak paydasında birleşir. Bununla birlikte yaptırımlar veya müeyyideler üst başlığının suçtan kaynaklanan ceza ve tedbirler için öğretide daima ortak bir hukuki nitelik veya özellik olarak dikkate alındığını söylemek mümkün değildir. Nitekim doktrinde bir kısım hukukçular, müeyyide veya yaptırım üst başlığını kullanmaksızın her iki kavramı inceleyebilmek adına “ceza ve emniyet tedbiri”³⁵ veya “cezalar ve güvenlik tedbirleri”³⁶ yahut “cezalar, cezalandırılabilirlik ve güvenlik tedbirleri (*pene, punibilità e misure di sicurezza*)”³⁷ ana başlığını kullanmayı tercih etmektedir. Türk öğretisinde *Hafizoğulları/Özen* ise ceza müeyyidesi ile güvenlik tedbirlerini “ceza normuna uymayı sağlayan tedbirler” başlığı altında incelemektedir³⁸.

Güvenlik tedbirlerinin birer müeyyide olmadığını kabul eden ve bunları yaptırımlar sistemi başlığı altında inceleme yoluna gitmeyen diğer bazı yazarlar ise suçtan kaynaklanan fakat hukuki nitelik farkı taşıyan her iki kavramı aynı başlık altında toplamak adına “suça bağlı hukuki sonuçlar”dan veya “suçun hukuksal neticeleri”³⁹nden bahsetmektedir. Öyle ki, *Toroslu*, artık öğretide “cezai müeyyideler” kavramı yerine giderek daha fazla önem kazanan “cezai sonuçlar” kavramının

³² BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 33, s. 779, Rn. 1. Örneğin güvenlik tedbirlerinin kişiye “yaptırım olarak uygulanan önlem” olduğu konusunda bkz. İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Yaptırım Teorisi, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 115. DÖNMEZER/ERMAN’a göre (II, s. 541, kn. 1307), yaptırım (müeyyide), tamir edici nitelikte bile olsa geniş anlamda bir borcun yerine getirilmemesinin haklı kıldığı, bütün tedbirleri kapsayan bir hukuki terimdir.

³³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 8, s. 109, Rn. 1.

³⁴ “Ceza Hukuku Araçları: Cezalar ve Tedbirler (*Die Mittel des Strafrechts: Strafen und Maßregeln*)” kullanımı için bkz. WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 57 vd.

³⁵ TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İÜHF Yayınları No. 117, İstanbul, 1953, s. 565; TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Üçüncü Basıma İkinci Ek, İÜHF Yayınları No. 122, İstanbul, 1953, s. 26.

³⁶ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 575 vd.

³⁷ CADOPPI, Alberto/VENEZIANI, Paolo, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale e Parte Speciale, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 3. Edizione, Padova, 2007, s. 473 vd.

³⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 403 vd.

³⁹ Türk hukukunda *Toroslu*, kavramın içeriğini açıklamamakla birlikte, ceza hukuku kitabının dördüncü bölümünün başlığını yaptırımlar yerine “suçun hukukî sonuçları” olarak saptamayı tercih etmiştir. Bkz. TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2005, s. 357 vd. Buna karşılık *Zafer*, “suçun hukuki sonucu olarak yaptırım” başlığını tercih etmekle her iki kavramı eş anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bkz. ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 495.

kullanılması önerisinin dile getirildiğinden bahsetmektedir⁴⁰. Gerçekten İtalyan ceza hukuku öğretisinde örneğin *Alpa/Garofoli*, “cezalar (*le pene*)” ve “güvenlik tedbirleri (*misure di sicurezza*)”nden oluşan sistemi, üst başlık olarak “suçun sonuçları (*le conseguenze del reato*)” kavramı altında birleştirmiştir⁴¹. *Mantovani* ise yine “suçun sonuçları” üst başlığını attıktan sonra, bu başlık altında hem cezaları hem güvenlik tedbirlerini incelemekte, ayrıca “suça karşı savunma sorunu (*il problema della difesa contro il delitto*), cezalandırılabilirlik ve cezayı kaldıran nedenler (*la punibilità e le cause di esclusione di estinzione*), önleyici tedbirler (*le misure di prevenzione*) ile medeni/hukuki sonuçlar (*le conseguenze civili*) başlıklarına da suçun sonuçları içerisinde yer vermektedir⁴². Suçun sonuçları üst başlığını kullanmayı uygun gören bir diğer görüş ise, bu sonuçları üçe ayırarak, ilk kısımda münhasıran ceza müeyyidesini içeren yaptırımları (*sanzioni*), ikinci kısımda suçu ve cezayı ortadan kaldıran nedenleri (*cause di estinzione del reato e della pena*) içeren yokluk nedenlerini (*cause estintive*), üçüncü kısımda ise güvenlik tedbirlerini ele almaktadır. Buna karşılık söz konusu sınıflandırmayı yapan yazarlar, önleyici tedbirleri ise suçun sonuçları içinde incelememektedir⁴³.

Öğretide bir görüş, suçun hukuki sonuçları kavramı yerine “ceza hukukunun hukuksal sonuçları (*Rechtsfolgen des Strafrechts*)” kavramını kullanmaktadır. Buna göre ceza hukuku sahasına ait olan ve suçun işlenmesini takip eden hukuki sonuçlar, ilki kefaret esaslı ceza hukuku neticeleri (*vergeltende Strafrechtsfolgen*), ikincisi ise kefaret esaslı olmayan ceza hukuku neticeleri (*nicht-vergeltende Strafrechtsfolgen*) biçiminde ikiye ayrılır. Kefaret esaslı ceza hukuku neticeleri geçmişe dönük misillemeye dayanan cezalar, kefaret esaslı olmayan ceza hukuku neticeleri ise bireysel önlemeye ve geleceğe etkili olan güvenlik tedbirleridir⁴⁴.

Ünlü İtalyan ceza hukukçusu *Antolisei*, ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra suçtan kaynaklanan hukuki yükümlülükleri (*le obbligazioni civili nascenti da reato*),

⁴⁰ Bkz. TOROSLU, Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1987, s. 103. *Katoğlu* da benzer şekilde güvenlik tedbirlerinin suçtan kaynaklanan ve suç dolayısıyla uygulanan birer “cezaî sonuç” niteliğinde olduğu görüşündedir. Bkz. KATOĞLU, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, 61 (2), Ankara, 2012, s. 667. Türk hukukunda bir görüş ise “ceza ve hukuki sonuçlar” ana başlığını kullanmakla birlikte, cezalar ve güvenlik tedbirlerinden her ikisini bu üst başlık altında yer verdiği müeyyide (yaptırım) alt başlığı içerisinde incelemektedir. Bkz. AYDIN, Türk Suç ve Ceza Hukuku, s. 103.

⁴¹ ALPA, Guido/GAROFOLI, Roberto, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale, Nel Diritto Editore, Roma, 2011, s. 1347 vd.

⁴² MANTOVANI, Ferrando, Diritto Penale: Parte Generale, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 7. Edizione, Padova, 2011, s. 703 vd.

⁴³ CANESTRARI, Stefano/CORNACCHIA, Luigi/De SIMONE, Giulio, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale, Edizioni Il Mulino, Bologna, 2007, s. 795 vd.

⁴⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Einführung in das Strafrecht, Westdeutscher Verlag, 2. Auflage, Opladen, 1984, s. 11-12.

suçun sonuçları olarak değil, fakat bizim de çalışmada kullanmayı isabetli bulduğumuz şekilde, doğrudan doğruya “suçun hukuki sonuçları (*le conseguenze giuridiche del reato*)” biçiminde işlemektedir⁴⁵. Ayrıca Pisapia tarafından da ceza ve güvenlik tedbirlerinin bütünü simgelemek üzere “suçun hukuki neticeleri” kavramı kullanılmaktadır. Bu hukuki neticeler, cezai gayrimeşru fiilden doğan muhtelif türden sonuçlardır. Medeni hukuk müeyyideleri bir yana bırakılacak olursa, suçun ceza hukuku sahasını ilgilendiren hukuki sonuçları, failin kusuruna dayanan suça mahsus neticeler olarak cezalar ve failin tehlikeli oluşuna dayanan neticeler olarak güvenlik tedbirleridir⁴⁶. O halde güvenlik tedbirleri birer sebep değil sebebe yani suça bağlı birer neticedir. Bununla birlikte suçun tüm neticeleri birer cezai müeyyide olmak zorunda değildir. Keza Alman CK’nın genel hükümlerinde cezalar ile iyileştirme ve güvenlik tedbirlerini düzenleyen üçüncü bölümün başlığında da “Yaptırımlar (*Sanktionen*)” kavramı yerine “Suçun hukuki sonuçları (*Rechtsfolgen der Tat*)”⁴⁷ kavramının tercih edildiği görülmektedir. Böylece Alman kanun koyucusu tarafından genel bir çerçeve çizilerek cezaların ve güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğinin saptanmasının doktrine ve yargıya bırakıldığı ifade edilebilir⁴⁸. Bir yandan kusurluluk esasına dayalı cezayı, diğer yandan tehlikelilik esasına dayalı tedbiri içeren “iki izlilik sistemi [*zweispuriges (dualistisches) System*]”, Alman CK’nın dikkate aldığı “hukuki sonuçlar sistemi (*Rechtsfolgensystem*)”nin bizatihi kendisidir⁴⁹.

⁴⁵ ANTOLISEI, Francesco/CONTI, Luigi, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale, Dott. A. Giuffrè Editore, 10. Edizione, Milano, 1997, s. 669 vd.; ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale, Dott. A. Giuffrè Editore, 2. Edizione, Milano, 1949, s. 365 [DEZZA, Ettore/SEMINARA, Sergio/VORMBAUM, Thomas (Hrsg.), Moderne italienische Strafrechtsdenker, Springer-Verlag, Berlin, 2012, s. 269].

⁴⁶ PISAPIA, Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Çev. AKGÜÇ, Atif, Adalet Bakanlığı Yayınları No. 10, Ankara, 1971, s. 169. İtalyan ceza hukukunda suçun hukuki sonuçları arasında medeni hukuka ait neticelerden (*delle sanzioni civili*) bahsedilmektedir. Bunun gerekçesi, suçun her zaman medeni hukuk alanında da hukuka aykırı bir fiil teşkil etmesidir. Nitekim İtalyan CK’da bu durum, her suçun medeni hukuka göre iadeyi (*restituzioni*) zorunlu kılacağı ve maddi veya manevi bir zarara sebep olan her suçun suçlu için tazminat (*risarcimento del danno*) sorumluluğu doğuracağı ifade edilerek (Art. 185) benimsenmiştir. Bkz. PISAPIA, s. 179-180.

⁴⁷ Fornasari, bu kavramı İtalyanca’ya “fiilin hukuki sonuçları (*conseguenze giuridiche del fatto*)” şeklinde çevirmiştir. Bkz. FORNASARI, Gabriele, “§§ 1-79b”, Il Codice Penale Tedesco, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, s. 69. Aynı kavramı Yenisey/Plagemann (s. xxi, 28) Türkçe’ye “suçun hukuki sonuçları” şeklinde çevirmektedir. Biz, çalışmamızda ikinci tercümeyi esas almaktayız.

⁴⁸ 5237 sayılı TCK’nın genel hükümler başlığını taşıyan birinci kitabının cezalar ve güvenlik tedbirlerini düzenleyen üçüncü kısmının başlığında ise mehz kanundan farklı olarak “Yaptırımlar” deyiimi tercih edilmek suretiyle cezalar yanında güvenlik tedbirlerinin de hukuki vasıflandırma itibarıyla birer cezai müeyyide niteliğinde oldukları kabul edilmiştir.

⁴⁹ LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 23. Auflage, München, 1999, s. 270-271, § 38, Rn. 1; TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C. H. Beck, 52. Auflage, München, 2004, § 38, s. 296, Rn. 4; GROPP, Strafrecht AT, s. 638, Rn. 6. “Suçun sonuçları hukuku (*Recht der Straftatfolgen*)” ile “yaptırımlar hukuku (*Sanktionenrecht*)” kavramlarını aynı anlamda kullanan bir görüş için bkz. FREUND, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre,

Böylece “suçun hukuki sonuçları” kavramının hukuki niteleme bakımından hem cezaları hem de güvenlik tedbirlerini aynı ortak paydada birleştirmeye müsait olduğu söylenebilir. Prensip olarak cezalar suçun kusurlu (*Schuldhaft*) işlenmesi koşuluna yani kusurluluk (*Schuldhaftigkeit*) esasına bağlanmaktadır. Suçlunun gerçekten kusur yeteneğinden bağışık olduğu durumlarda, onun ceza hukukunun öngördüğü sonuçlara tabi olması için geriye yalnızca tehlikeli (*Gefährlich*) olması ve sorumluluğun tehlikelilik (*Gefährlichkeit*) esasına dayanması ihtimali kalmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla ceza kanununun öngördüğü hukuki sonuçlar sisteminin iki şeritli (*zweispurig*) yapıya sahip olduğu; bu şeritlerden ilkinin kusurluluk temelli ceza, ikincisinin ise tehlikelilik temelli güvenlik tedbirleri olarak saptandığı görülmektedir.

Yukarıdaki düşüncelerden hareketle, bize göre ceza ve güvenlik tedbirleri birçok ortak paydada birleşmesine rağmen, örneğin TCK sistematğinde ele alındığı şekliyle hukuki vasıflandırma sahasında yani “yaptırımlar” paydasında tam anlamıyla birleşmemektedir. Zira yaptırım her şeyden önce bir tepkidir, öyleyse bir karşılıktır ve cezada da caydırıcı bir karşılık aranır; oysa tedbir önlemekten ibarettir ve güvenlik tedbirinde, niteliği, özü veya infazı acı verici olsun veya olmasın gai açıdan önleyicilik esastır. Güvenlik tedbirlerinde bir fiilin işlenmesi karşılığında uygulanan müeyyideden farklı olarak, fiilin işlenmesi dolayısıyla alınan tedbirden ve yeniden işlenmesini engellemek üzere uygulanan önlemden söz edilir. Yine müeyyide özellikle hürriyeti bağlayıcı olduğunda dolaylı bir tedbir anlamına gelmekle birlikte doğrudan doğruya uygulanan bir tedbir olmayıp, yan neticesi tedbir sonucunu ortaya çıkaran bir karşılıktır. Bu nedenle ceza ve güvenlik tedbirlerinin her birini “yaptırımlar sistemi (*Sanktionensystem*)” içinde ele almaktansa, bunlara “suça bağlı hukuki sonuçlar sistemi”⁵¹ veya “hukuki sonuçlar sistemi (*Rechtsfolgensystem*)”⁵² üst başlığının atılması ve bu sonuçların ayrı ayrı ele alınması, hukuki nitelik farklılığı göz önünde bulundurulacak olduğunda kanımızca daha isabetlidir. Buradan hareketle, suçun hukuki sonuçları, mevcut ihlale yönelik tepki olarak ortaya çıkan cezalar ile muhtemel ihlale yönelen önlem olarak beliren güvenlik tedbirlerinin tümünü kapsamaktadır. Böyle olunca, suçun hukuksal sonuçları, müeyyideyi ve tedbiri de kapsayan bir üst kavram

Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2009, s. 25, Rn. 53. Ceza hukukunun karakteristik özelliğinin “yaptırımsal hukuki sonuçlar (*sanktionierende Rechtsfolgen*)” olduğu görüşü için bkz. WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 57.

⁵⁰ GROPP, Strafrecht AT, s. 638, § 15, Rn. 6.

⁵¹ Bu kavramın yer aldığı bir başlık için bkz. FRISCH, Wolfgang, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, ZStW, (102), 1990, s. 343.

⁵² Kavramın kullanıldığı birkaç örnek için bkz. HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 2, 68; KÜHL, Kristian, “Vorbemerkung”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014, Rn. 1.

olmaktadır. Cezaların yanında güvenlik tedbirlerinden oluşan sistem, “hukuki sonuçlar sisteminin iki izliliği”ni oluşturmaktadır⁵³. O halde ceza yasalarında cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden müteşekkil sisteme yani iki izlilik sistemine de “iki kademeli yaptırımlar sistemi” yerine “iki kademeli hukuki sonuçlar sistemi”⁵⁴ adı verilebilir. Suça bağlı hukuki neticeler, “iki izlilik prensibi” doğrultusunda bir yandan müeyyideyi diğer yandan tedbiri içermektedir. Modern ceza hukukunun anlaşılmasında suçun bu iki hukuksal neticesi arasındaki ayrımın bilinmesi büyük önem taşır⁵⁵. Bununla birlikte gerek müeyyide gerek tedbir niteliğinde olsun, suçun koruduğu hukuksal değerler ceza hukukunun garantörlüğü altında olduğundan, suça bağlı olan tüm hukuksal sonuçların “hukuk devleti ilkesi” ile “orantılılık prensibi” doğrultusunda şekillenmesi ve “insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi”ni zedelememesi gerekir⁵⁶.

Görüldüğü üzere, suçun hukuki sonuçları failin kusuruna özgülenip özgülenmediği dikkate alınarak bir taraftan cezalar, diğer taraftan güvenlik tedbirlerinden oluşan bir bütünü ifade etmektedir⁵⁷. Bununla birlikte suçun maddi kurucu unsurunu teşkil eden dar ve teknik manada “netice” ile suç bütünüyle tamamlandıktan sonra ortaya çıkan “suçun hukuki neticeleri” birbirinden farklıdır⁵⁸. İlk olarak, suçun maddi unsuru içinde mütalaa edilen ve fiilin oluşması için aranan netice, tipikliğin objektif unsuru olarak neticeli suçlarda suçun oluşması safhasında zorunlu olarak ortaya çıkan ve dış dünyaya yansıyan iradi davranışın yani hareketin meydana getirdiği değişikliktir. Suçun hukuki sonuçları ise suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan veya teşebbüste olduğu gibi en azından icra hareketleri kasten gerçekleştirildikten sonra fail üzerinde suç karşılığı olarak yahut suç dolayısıyla beliren

⁵³ ZIEGLER, Theo, “StGB § 61 Übersicht”, Beck’scher Online-Kommentar StGB, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 1. Aksi yönde, ceza kanununda suç sayılan eylemlere bağlanan hukuksal sonuçların üst başlığının “yaptırım” olarak düzenlenmesinin gerekli ve anlamlı olduğu görüşü için bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2017, s. 548.

⁵⁴ Bu yönde bir kullanım (*zweistufige strafrechtliche Rechtsfolgensystem*) için bkz. POLLÄHNE, Helmut, “Verfassungsrechtliche Grundlagen und Menschenrechte”, Maßregelvollzugsrecht, Hrsg. KAMMEIER, Heinz, de Gruyter, 3. Auflage, Berlin, 2010, s. 34, Rn. B 38.

⁵⁵ Her ceza geçmişte işlenen bir suç için failin kusuruna dayanırken, her tedbir gelecekte işlenmesi olasılık dâhilinde olan bir suç için failin tehlikeliliğini dikkate alır. Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3.

⁵⁶ WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller Verlag, 44. Auflage, Heidelberg, 2014, § 1, s. 5, Rn. 11.

⁵⁷ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 2.

⁵⁸ Maddi unsur olan netice, bir bütün olarak fiilin her neticesini değil, hareketin nedensellik bağıyla bağlı olduğu neticeyi ifade eder. Suç tamamlandıktan sonra maddi unsur olan neticeden söz etmek mümkün değildir. Bkz. KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 609, İstanbul, 1954, s. 76, 140.

neticelerdir⁵⁹. İkinci olarak, salt hareket suçlarında görüldüğü üzere, netice unsuru olmadan suçun ortaya çıkmasının mümkün olduğu doktrinde çoğunluk görüşü tarafından kabul edilirken⁶⁰, suç oluşmadan suça bağlı hukuki sonuçların ortaya çıkması ya da hukuksal sonuçların uygulanmamasının suçun varlığına etki etmesi gibi ihtimaller Türk ceza hukuku sistemi açısından olanaklı değildir.

Failin isnat (kusur) yeteneğinin bulunup bulunmadığını tespit ederken, davranışlarını yönlendirme kabiliyeti dışında, onun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme (anlama) yeteneğine (*Einsichtsfähigkeit*)⁶¹ sahip olup olmadığı araştırılmaktadır. İşte isnat yeteneği ölçütü olarak anlama kabiliyetine etki etmesi beklenen “fiilin hukuki sonuçları” ile fiilden, kusurdan ve dolayısıyla suçtan sonra gelen “suçun hukuki sonuçları” kavramları teknik anlamda birbirinden farklıdır⁶². Nitekim her şeyden önce ceza hukukunda fiil ile suç birbirinden farklı mefhumlardır⁶³.

⁵⁹ Örneğin öldürme suçunda maddi unsura dâhil olan sonuç, önceden hayatta olan bir insanın ölümüdür (HEINRICH, Strafrecht AT, s. 58, Rn. 158; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 211, kn. 345); fakat aynı örnekte suçun hukuksal sonuçları, söz gelimi kusur yeteneği tam olan sanığa uygulanacak müebbet hapis cezası gibi bir tepki veya kusur yeteneği bulunmayan akıl hastası sanığın tam teşekküllü hastanede tedavi altına alınması gibi bir önlem olmalıdır.

⁶⁰ HEINRICH, Strafrecht AT, s. 58-59, Rn. 159; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 175; ÖZGENÇ, s. 177; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 123; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 275; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 128; AKBULUT, Ceza Hukuku, s. 243. Aksine her suçta bir neticenin bulunduğu, neticesiz suçun söz konusu olamayacağı görüşü için bkz. KUNTER, Maddi Unsurlar, s. 81 vd.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2016, s. 259; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2016, s. 176. Şekli suçlarda neticenin bir tehlike olarak belirlediği ve harekete bitişik olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, “Maddi Sebebiyet Alâkası”, İÜHFM, 9 (1-2), İstanbul, 1943, s. 92-93; DÖNMEZER/ERMAN, s. 384, kn. 518.

⁶¹ Öğretide algılama yeteneği, insanın kendi varlığının bilincinde olarak çevresindeki olguları gözlemleyebilme yeteneği olarak tarif edilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 387; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 309. Buradan hareketle, algılama kabiliyetini tespit için dış dünyadaki “olguların/vakıaların” failin bilinciyle dikkate alınmasının yeterli olduğu; suçun sonuçladığı ceza ve tedbirlerin anlama yeteneğine herhangi bir etkisi olmadığı kanaatindeyiz.

⁶² Yargıtay, istikrar kazanan içtihatlarında, niteliği birbirinden tamamen farklı olan söz konusu iki kavramı karıştırmakta; hemen aynı ifadelerle, fiilin hukuki sonuçları yerine isabetsiz biçimde suçun hukuki sonuçları kavramını kullanmaktadır: “...işlediği suçun hukuksal sonuçlarını algılayamama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı araştırılarak, sonucuna göre hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden...” (Y.6.CD, E. 2005/6025, K. 2005/7003, 23.6.2005; Y.6.CD, E. 2011/8292, K. 2011/45269, 15.11.2011; Y.6.CD, E. 2011/8294, K. 2011/45270, 15.11.2011; Y.6.CD, E. 2014/12510, K. 2014/19111, 10.11.2014); “Ceza sorumluluğunu tamamen ya da kısmen kaldıracak biçimde, işlediği suçun hukuki sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olup olmadığı konusunda rapor alınarak sonucuna göre, hukuki durumun belirlenmesi gerektiği düşünülmeden, eksik araştırmayla yetinilerek yazılı biçimde hüküm kurulması...” (Y.6.CD, E. 2009/5499, K. 2010/3920, 8.4.2010; Y.6.CD, E. 2009/498, K. 2009/11042, 2.7.2009).

⁶³ Ceza hukukunda fiil, suçun veya bazı yazarlarca benimsendiği şekliyle tipikliğin maddi (objektif) unsurunu ifade etmektedir. Maddi unsuru açıklamak üzere neticeli suçlarda hareketle netice ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağıını birlikte ifade etmek üzere “fiil (eylem)” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. KUNTER, Maddi Unsurlar, s. 8-10 EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi: Genel Hükümler, C. 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 259; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 1997, s. 253; DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 368-369, kn. 502; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN,

İsnat kabiliyetini tespitte algılama (anlama) yeteneğini ortaya koyan fiilin hukuki sonuçları, fiilin hukuken tasvip edilmezliğini, onanmazlığını, sosyal hayatın gerekleriyle çatıştığını açıklama işlevi görür. Bununla birlikte fiilin hukuki sonuçlarını algılama yeteneği açısından failden işlediği fiilin hukuken müeyyidelendirilen bir fiil olduğunun bilincinde olması veya hareketinin pozitif hukuka aykırı olduğunun yahut suç teşkil ettiğinin kanaatine varması beklenmez⁶⁴. Suçun hukuksal sonuçları ise kasten veya kanunda açıkça yazılı hallerde taksirle işlenen hukuka aykırı fiil karşılığında cezaya veya böyle bir fiil vesilesiyle güvenlik tedbirlerine hükmolunmasından ibaret olup anlama (algılayabilme) alt unsurunun kapsamına girmez. Failin isnat yeteneğine sahip olup olmadığını tespit ederken işlediği fiilin toplumsal düzeni korumaya yönelik davranış kalıplarını ihlal ettiğinin bilincinde olması yani fiilinin hukuki neticelerini bilmesi gerekli ve yeterlidir⁶⁵; maddi ve manevi unsurlarıyla bir bütün olarak hukuka aykırı şekilde ortaya çıkan suçun ceza yahut tedbir formunda beliren hukuksal neticelerini bilmesi veya haberdar olması aranmaz.

İhlal bulunmadan suç ortaya çıkmayacağına ve her suçun en az bir sonucu olacağına göre, hukuki sonuçlar teorisinin titizlikle incelenmesi önem arz eder. Suç ve bunun hukuki sonuçları olarak ceza ve güvenlik tedbirleri, modern ceza hukukunun

Türk Ceza Hukuku, s. 168; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 188; İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2014, s. 238; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2017, s. 222; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 111 (Fiil yerine hareket kavramının kullanılabilmesi yönündeki görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 236, dn. 29; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 231, dn. 48). Dolayısıyla fiil, henüz sübjektif unsuru taşımadığı ve ceza hukukuyla çatışmadığı müddetçe suçun bizatihi kendisi olmayıp, kanuni tanımda yer alan ve suçu maddi alemde ortaya koyan bir suç unsurundan ibarettir. O halde suç, fiilden daha geniş bir kavramdır. Her suç bir fiildir; fakat her fiil suç değildir. Bununla birlikte ceza hukukunun bir faaliyet alanında failin kasten veya taksirle işlediği fiilden bahsedildiğinde, manevi unsur da bu kapsama dahil edildiğine göre, haliyle bir suçtan bahsedilmiş olur. Burada fiil, suç yerine kullanılmaktadır. Bu anlamda bir kısaltma, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde kullanılacaktır.

⁶⁴ ÖZGENÇ, s. 387-388; AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 414; TOROSLU, Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 19.

⁶⁵ Öğretide bir görüş, isnat kabiliyetini failin kusurlu hareket edebilmesinin ön şartı, kusurluluğu ise suçun bir unsuru olarak ele almakta; bu kabulün bir neticesi olarak isnat yeteneği olmayan kimselerin işlediği fiillerin kusurluluk koşulunun yerine gelmemesi nedeniyle suç oluşturmayacağını, suçtan bahsedilemeyeceğine göre de söz konusu “hareketlerin” ceza hukukunun değil emniyet tedbirleri hukukunun alanına dâhil olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2001, s. 196; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 30. Belirtelim ki biz güvenlik tedbirlerini suçun hukuksal sonucu olarak incelemekle, kriminal/teknik anlamda suç olmadan güvenlik tedbiri uygulanamayacağı kanısındayız. Bu konudaki görüşlerimiz güvenlik tedbirlerinin koşullarını sıraladığımız başlık altında yer almaktadır.

temel kavramlarıdır⁶⁶. Ceza hukuku doktrinde her ne kadar suç teorisi daha yoğun bir bilimsel ilgiye mazhar olmakta ve lisans eğitiminde daha fazla soru bu konudan sorulmakta ise de “ihlale tepki ve ihlale önlem”⁶⁷ şeklinde ikiye ayrılan hukuki sonuçlar teorisinin de en az suç teorisi kadar önem taşıdığını kabul etmek gerekir. Çünkü suçun hukuki sonuçları, ceza hukuku ile ceza politikası ve kriminoloji arasında bir kesişim alanı teşkil eder⁶⁸.

1.2.1. İhlale Tepki

Normlar sisteminde hukuk düzeni bir değerler sistemi üzerine kuruludur. Bu nedenle bazı hukuki değerlerin korunması ve geliştirilmesi, dolayısıyla bu değerleri konu edinen normların ihlali halinde ihlale tepki olarak devletin zorlayıcı-düzenleyici gücünün devreye girmesi gerekir⁶⁹. İhlal edilen hukuk kuralı karşısında kanunların ve itibarıyla devletin göstereceği refleks iki biçimde karşımıza çıkabilir. İhlale karşı başvurulacak tutum hem aktif hem pasif nitelikte olabileceği gibi yalnızca aktif bir karşılığı da örnekseyebilir. Buradan hareketle ihlale verilen tepkinin hem etimolojik açıdan hem de tüm hukuk düzeni bakımından geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılabilir. Geniş anlamda tepki için müeyyide, dar anlamda tepki için ise yaptırım kavramını kullanmayı uygun görmekteyiz. Müeyyide kurala göre aktif veya pasif bir tepkiyi ifade ederken, yaptırımın pasif bir tepkiyi ifade etmekten uzak olduğu söylenebilir.

⁶⁶ JESCHECK/WEIGEND, § 2, s. 13, Rn. 1-2.

⁶⁷ Bu ayrımın, Türk hukukunda, ceza müeyyidesini “ihlale tepki”, güvenlik tedbirlerini ise “ihlal vesilesiyle ortaya çıkan tehlikeliliği giderme çaresi” biçiminde ele alan düşünceyle (Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 475; HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Emniyet Tedbirleri”, AÜSBFD, 46 (3-4), Ankara, Haziran-Aralık 1991, s. 54) zımnen kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

⁶⁸ Benzer yönde bkz. HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 1.

⁶⁹ FUCHS, Helmut, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Springer Verlag, 7. Auflage, Wien, 2008, s. 1, Rn. 1-2. Müeyyide için “ihlale tepki” kavramını kullanmamızın modern ceza hukukunda cezaya biçilen rolle ilintili olduğunu söylemeliyiz. Nitekim ceza hukukunun en temel kavramı olan ceza, çağdaş teoride duygulara dayanan bir ölçme aracı olmaktan öte, akla dayanan bir “sosyal tepki” vasıtası olarak ele alınmaktadır (Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 6, kn. 10).

1.2.1.1. Geniş Anlamda Tepki (Müeyyide)

1.2.1.1.1. Genel Olarak

Müeyyide köken itibarıyla te'yt etmek, desteklemek, kuvvetlendirmek anlamına gelmektedir. Günlük yaşamda ise genellikle olumsuz bir anlam çağrıştırmakta ve dilbilimsel karşılığı olarak yaptırım sözcüğü kullanılmaktadır. Bununla birlikte müeyyide, dilbilimsel açıdan yaptırımı da içeren geniş bir kavramdır. İhlal karşısında “geniş anlamda tepki” olarak adlandırdığımız müeyyideden anlaşılması gereken, ihlal edene karşı uygulanacak bir yaptırım olabileceği gibi, ihlale yol açan davranışın etki ve neticelerinin giderilmesi veya işlemin geçersizliğinin var sayılması ya da geçersizliğinin iddia edilebilmesi şeklinde bir telafi de olabilir. Yani müeyyidede ihlale karşılık gösterilen tepki icrai veya ihmali bir davranışla, o halde aktif veya pasif bir karşılıkla ortaya çıkabilmektedir.

Müeyyidenin karşılığı olarak, günümüz Avrupa dillerinde de hemen hemen aynı sözcükle ifade edilen Latince “*sanctio*” kelimesinin, ceza anlamına gelecek şekilde ilk olarak Roma hukukunda kullanıldığı görülmektedir. Eski Roma’da bu kelime, bir kanunun/kuralın (*lex*) bağlayıcılığının teyt edilmesi ve en belirgin haliyle de kuralın ihlalini karşılayacak ceza (*poena*) anlamında kullanılmıştır^{70, 71}. Belirtelim ki, her

⁷⁰ NONET, Phillippe, “Sanction”, Cumberland Law Review, 25 (3), 1995, s. 489. Kavram, İngiliz ve Fransız hukukunda “sanction”, Alman hukukunda “Sanktion”, İtalyan hukukunda ise “sanzione” sözcükleriyle karşılanmaktadır. “*Sanction*” sözcüğünün Latince kökeni olan “*sancire*”, bu dilde kutsamak, takdis etmek, onaylamak anlamına gelmektedir. *Nonet*’in, yaptırım kelimesini tercih etmemesine rağmen, modern zamanların büyük düşünürleri arasında yaptırım üzerine akla gelen tek filozof olduğunu iddia ettiği *Hegel*, müeyyideyi açıklarken Almanca “*Sanktion*” kelimesini kullanmamış, kavramı belirtmek üzere İngilizcesi “*the offering*” olan “*die Aufopferung*” yani “feda (kurban, adak, sunu)”/“kendini feda etme” kelimesini tercih etmiştir. “*Offering*”, kurban/feda etmek, adamak anlamına gelen “*sacrifice*” kelimesiyle açıklanmaktadır. [*Sacrifice*, geleneksel anlamıyla, bir hayvanın veya bir insanın tanrıya sunu olarak kurban edilmesi yahut bir mülkiyetin tanrıya bağışlanması anlamına gelmektedir. Bkz. SELIGMAN, Edwin R. A./JOHNSON, Alvin (Ed.), Encyclopaedia of the Social Sciences, (13), The Macmillan Company, 11. Printing, New York, 1954, s. 501]. Bunun Latince kökeni olan “*sacrificare*” sözcüğü ise yukarıda belirtilen “*sancire*”yi ifade etmektedir. Özünde ise sunmak, daima bir feragatten veya vazgeçmeden ötürü acı çekmeyi gerektirir. Bununla birlikte, ilk kez Roma’da kural ihlali karşısında uygulanan “*poena* (ceza)” anlamında kullanılan ve antik çağrışımından bu güne yaklaştıkça evrilen “*sanctio* (yaptırım)”, çağdaş anlamıyla kutsaldan veya kutsamaktan çok uzaktır. Yaptırım, bir buyrukla uygulanan acı (ceza) tehdidi; ceza ise kendinden menkul, hoşnut olunmayan, kaçınılan bir kötülük olarak algılanmaktadır. O halde yaptırım, uygulanması kaçınılmaz olmakla birlikte, her halde bir kötülük içermek zorundadır. Yaptırımın tarihçesi ve Hegelci yaklaşım üzerine detaylı bilgi için bkz. NONET, s. 490 vd.

⁷¹ Buna karşılık ifade etmek gerekir ki, doğrudan güvenlik tedbirlerine referansta bulunmamakla birlikte *nullum crimen sine lege* ve *nulla poena sine lege* ilkeleri, Latince olması dolayısıyla Roma hukukunda kaleme alınan ilkeler izlenimi uyandırır da söz konusu ilkelerin bu şekilde adlandırılması, güvenlik tedbirlerinin yasalarda yer almaya başlamasıyla aynı döneme rastlamaktadır. İlkeler, ilk olarak 19’uncu yüzyılda ünlü Alman ceza hukukçusu *Johann Paul*

toplumun her döneminde ihlaller öncelikle tepkiyle karşılanmıştır⁷². Öğretide nitelik yönünden en eski hukuk dalı olan ceza hukukunun, insanlık tarihi ile eşzamanlı ilerlediği savunulagelmıştır. Buna gerekçe olarak tarihte ilk yazılı kanunların ceza içeren metinler olması gösterilebilir⁷³. Kanımızca müeyyide denildiği zaman çoğu insanın aklına diğer hukuksal araçlardan evvel cezai müeyyidenin gelmesi, gerçekten kavramın ilk olarak “ceza” şeklinde beliren tarihsel altyapısıyla açıklanabilir. Nitekim müeyyidenin tarihsel gelişimde⁷⁴ ilkel toplumların hukuk sağlama aracı olarak öç alma, kısas ve uzlaşma şeklinde giderek genişleyen yapısı göstermektedir ki, insanlık müeyyideyi ilk olarak ya beden ya eşya üzerinde uygulanan bir ceza formunda algılamıştır⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, ister dar anlamıyla ister geniş anlamıyla ele alınsın, müeyyide, ihlalden kaynaklanır ve onunla bağlantılıdır. Aslında hukuk normu, ihlali önlemek için ihdas edilmekle birlikte, dolaylı olarak ihlal edilebilirliğini de kabul etmiş olmaktadır. Nasıl kuralın olduğu yerde ihlalden söz ediliyorsa, ihlalin olduğu yerde ona gösterilen bir tepkiden, yanıtın ve karşılıktan bahsetmek gerekir. Bu nedenle müeyyideye “ihlale gösterilen tepki”, “ihlal karşılığında verilen cevap” olarak bakılmaktadır⁷⁶. Öyleyse ihlali niteleyen ve bir hukuki ödevin yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıklarda, formel bakımdan bizzat bu hukuka aykırı davranışa karşı gösterilen zorlama araçlarına müeyyide denilebilir⁷⁷.

Öğretide bir görüş, müeyyideyi, daha çok normu ihlal eden kişiye psikolojik ve maddi cebir olarak dışarıdan uygulanan ve acı içeren tepki olarak düşünmektedir. Bağlayıcılık ve zorlayıcılık unsurlarını içeren söz konusu tepki, normun kuralsallığına

Anselm von Feuerbach tarafından bu şekilde formüle edilmiştir. Bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 9, s. 136, Rn. 5; DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 17, dn. 29.

⁷² Bu nedenle müeyyideler düzeni, maddi bakımdan sosyal düzeni bozan eylemlerin tespit edilmesini ve bu eylemlerinin karşılığının gösterilmesini gerektirir (DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 1-2, kn. 3).

⁷³ GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi*, 11. Baskı, Ankara, 2006, s. 225.

⁷⁴ Antik çağlarda, milattan önce dördüncü bin yılın ortalarından başlayarak milattan sonra yaklaşık altı yüzlü yıllara gelinceye kadar, “kötülüğe benzer bir kötülükle karşılık verilmesi” düşüncesi egemen olmuştur. Bu dönemde özellikle öldürme fiillerine karşı kan gütme (öç alma) bir cezalandırma yöntemi olarak görülmüştür. İntikam ilkesi (*Vergeltungsprinzip*) veya eşit ceza ilkesi [*Talionsprinzip* (Latince “*talio*” kelimesi misilleme, Yunanca “*talios*” kelimesi ise denk anlamına gelmektedir)], “göze göz, dişe diş” ilkesi gereğince “verilen zarara eşit bir zararla mukabele edilmesi” esasına dayanmaktadır. Bkz. OSTENDORF, Heribert, “Sanktionensystem”, IZPB, (306), 2010, s. 44.

⁷⁵ Bkz. GÜRİZ, s. 46, 225-226; ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul, 1985, s. 68-69.

⁷⁶ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 406-407.

⁷⁷ ARAL, s. 67. Aslında yazar (a.g.e., s. 66-67), bir hukuk düzeninin sürekli ve sağlam temellere kurulmasının göstergesi olarak onun zorlayıcılığının değil, insanların kendiliğinden, içinden gelerek ve onaylayarak uymalarının gösterilebileceğini düşünmektedir. Ne var ki, insanların çoğu adaleti gerçekleştirmek veya hukuki yararı sağlamak yolunda sarsılmaz bir iradeye sahip olmadığı gibi; hukukun zorlayıcılık karakteri ile hukuk normlarına aykırı davranmak olasılığının varlığından söz edildiğini kabul etmektedir.

tabi olmasının ve bütün davranış kurallarının ortak noktası olmasının yanı sıra, aynı zamanda oluşturulması, nitelik ve nicelikçe belirlenmesi, sınırları ve uygulayıcısı bakımından normda gösterilen dört unsurdan oluşmaktadır⁷⁸.

Müeyyide, hukuk sahasında zorlayıcılık prensibi doğrultusunda şekillenmektedir⁷⁹. Yani emredici olmayan, yasak içermeyen, ihtiyarılık ilkesine tabi olan ve muhatabının hareket alanını sınırlandırmayan bir düzenleme karşısında müeyyide adı verilen bağlayıcı tepkinin varlığından söz edilemez. Bu anlamda hukuk kuralı, ihlali; ihlal ise öncelikle müeyyideyi zorunlu kılmaktadır. O halde müeyyide için doktrinde kabul edilen “bir hukuk kuralının ihlal edilmesine tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından açıkça öngörülmüş olan cebir”⁸⁰ tanımı örnek gösterilebilir.

Hukuk normlarının veya hukuk dışında kalan toplumsal davranış kurallarının amacı, toplumsal düzeni sağlamaksa, norma uymak kendiliğinden düzene uymanın kaçınılmaz sebebi olmaktadır. Müeyyide, uyulması gereken normun bağlayıcılığından ve zorlayıcılığından kaynaklanmakta, kural koyucunun iradesine uygunluğu tesis etmeye çalışmaktadır. İradeye ve dolayısıyla norma uygunluğu zorlaştıran vasıtalarla ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. İşte daha çok normu ihlal eden kimseye karşı dışarıdan yönelen, psikolojik ve fiziksel baskılar biçiminde görülen, muhatabına acı veren tepkiye müeyyide adı verilmektedir⁸¹. Görüldüğü üzere müeyyide, ihlal karşısında gösterilen herhangi bir tutumu değil, özünde “kötülüğe karşı kötülük” içeren tepkisel bir yasa refleksini ortaya koymaktadır.

Müeyyide, özelde hukuk normunun ve genelde hukuk düzeninin zorlayıcı gücüdür. Bu zorlayıcılık, emredici ve yasaklayıcı normlarda çoğu kez doğrudan doğruya muhatabını esas alan bir karşılığı içerir. O halde denilebilir ki, müeyyide, hukukun dışa dönük yüzünü, örf ve adet, din, gelenek ve görenek gibi davranış kurallarının içe dönük yüzünden ayırma aracıdır. Gerçekten bir toplumsal davranış kuralı olarak “Öldürmemelisin!” ile söz gelimi TCK m. 81’de ifadesini bulan “Bir insanı kasten

⁷⁸ KEYMAN, Selahattin/TOROSLU, Haluk, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 36-37.

⁷⁹ Müeyyide, hukuk kural ve esaslarının kabul edilmesini ve uygulanmasını sağlamak üzere kanunlara konulan ve zarar veya ceza görüleceği tehdidini içeren hükümlerdir. Bkz. Türk Hukuk Lûgatı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1956, s. 253.

⁸⁰ GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa, 2010, s. 251. Mükâfatın (ödülün) hukuk kuralının müeyyidesi olup olamayacağı tartışılmıştır. Örneğin ANTOLISEI (“Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, s. 724), milli hedeflere yardım edenler için “mükafatlandırıcı müeyyideler”den; aksine genel iradeye karşı koyanlar için “cezalandırıcı müeyyideler”den söz etmektedir. Ancak ödülün müeyyide olabileceğine dair görüşün azınlıkta kaldığı söylenebilir. Baskın görüş, bir kurala riayetin ödül ile sağlanamayacağı; çünkü müeyyideye sahip hukuk kuralının daima bir emir içerdiği; öte yandan toplumsal düzenin ödül ile temin edilmesine devletlerin mali kaynaklarının yetişmesinin olanaklı olmadığı düşüncesindedir. Bkz. GÜRİZ, s. 47; GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 257.

⁸¹ KEYMAN/TOROSLU, s. 36.

öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır” önermeleri arasındaki fark, ilk önermenin iç âleme ve zihniyete, ikinci önermenin ise dış âleme ve fiile yönelmesinden kaynaklanır⁸². Dış âleme ve fiile yönelen bir kural ise bu örnek özelinde ömür boyu hapis cezasını, o halde genel hukuk düzeninde yine dış âleme ve fiile yansıyan zorlayıcı bir müeyyideyi gerekli kılar.

Bir hukuk kuralından müeyyidenin çıkarılması, hukukun buyurucu niteliğinin ihmal edilmesi, hükmün salt kuralsallığı simgelemesi ve hukuk normu vasfını kaybetmesi anlamına gelecektir. Bir kuralın hukukiliği ancak müeyyidenin kurumsallaşması ile mümkün olabilir⁸³. Bu nedenle kural koyan fakat müeyyidesini barındırmayan veya müeyyidesi kurumsallaşmamış olan bir hukuk disiplinine rastlamak olanaklı gözükmemektedir. Hukuk sistemi tarafından dikkate alınan ve özünde buyruk, emir, yükümlülük ve zorunluluk ihtiva eden tüm kurallar müeyyide ile desteklenmiştir. Şayet hukuk normuna riayet etme zorunluluğundan veya emrinden bahsediliyorsa, müeyyidenin yegâne uygulayıcısı da devlet olmaktadır. Devlet, müeyyideyi öncelikle ihkak-ı hakka müsaade etmemek gayesiyle bizzat uygulamakta ve bu uygulamayı yargısal veya yönetsel vasıtalarla yerine getirmektedir⁸⁴.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hareketle kanımızca “*Müeyyide, ihlale bağlı olan, ihlalden sonra gelen ve ihlalin doğrudan veya dolaylı yahut aktif veya pasif karşılığını oluşturan, doğal ve norma yansıdığı sürece hukuksal anlamı bulunan tepki hareketidir*”. İhlal bir hukuk kuralından kaynaklanmadığında tepkisel davranışın süjesi ya bireyin kendisi veya çoğunlukla toplumun davranışın yerine getirilmesinden menfaat sağlayan öğeleridir. İhlal bir hukuk kuralından kaynaklanmışsa tepki hareketinin süjesi ve uygulayıcısı bizzat devlet olmaktadır⁸⁵.

Her şeyden evvel hukukun müeyyideyle yaşayabileceği açıktır. Hukuk sisteminin bir yandan sosyal düzen için uyulması gerekli kurallardan müteşekkil olup, diğer yandan sistemin muhataplarına bu kuralları bütünüyle kendi talepleri veya takdirleri doğrultusunda uygulama yetkisini tanıması düşünülemez. Öyle ki, bir topluluk ne kadar uygarlaşmış olursa olsun, kurallara ihtiyariyle riayet etmeyecek kişilerin çıkması olasılığı karşısında, toplumsal barış, güven ve istikrarın temini yalnız hukuka

⁸² ÇAĞIL, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İÜHF Yayınları No. 1037, 2. Baskı, İstanbul, 1963, s. 58.

⁸³ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 171.

⁸⁴ KEYMAN/TOROSLU, s. 38. Benzer yönde bkz. BİLGE, s. 25.

⁸⁵ Bobbio, her normatif sistemin ihlale karşı bir tepki ortaya koyduğunu açıklarken, kurumsallaşma düzeyini dikkate almak suretiyle üç tür müeyyidenin varlığından söz etmektedir. Bunlardan ilki ahlâki, ikincisi içtimai ve sonuncusu hukuki müeyyide olarak anılmaktadır. Bu görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 145-147.

özgü müeyyidelerle mümkün olabilecektir⁸⁶. Kaldı ki hukuk normlarını hukuk harici davranış kurallarından ayıran en önemli özelliklerden biri, müeyyidelerinin niteliği, yani onların gerçek, somut, caydırıcı ve maddi nitelikte olmasıdır⁸⁷. Kurala riayet ancak bu vasıfları taşıyan müeyyideler sisteminin ihdasıyla mümkündür. Bu nedenle tarih boyunca müeyyidesiz bir hukuk sistemi oluşturulabileceğini savunan bir düşünür rastlamak mümkün değildir⁸⁸.

Hukuk sisteminin bütününe müeyyidesiz olabileceği iddiasının yanı sıra bazı hukuk disiplinlerinin müeyyideden zaten yoksun olduğu iddiasının da doğruyu yansıtmadığı ifade edilmektedir. Bunun en bariz örneği anayasa hukukudur. Örneğin 1982 Anayasası'nın 11/2'nci maddesi, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını söylerken, aykırılığın karşılığını açıkça belirtmemiştir. Fakat Anayasa'nın 150'nci ve devam eden maddeleri Anayasa Mahkemesi'nde açılacak iptal davalarını düzenlerken Anayasa'ya aykırı kanunları da saymıştır. O halde Anayasa'ya aykırı olarak kanun çıkarmanın müeyyidesi, ilgili kanunun iptal edilmesidir⁸⁹.

Ne var ki bir bütün olarak hukuk sisteminin değil, fakat onun parçası olan hukuk kurallarının müeyyide içermemesinin olanaklı olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre hukuk düzeni herkesçe kabul edilen cebri niteliğini normlarının müeyyidelendirilmiş olmasından değil, bundan öte ve doğrudan doğruya hukuk düzeninin kendisinden almaktadır. Açıkçası bir norm, zorlayıcılık unsuru taşıması sebebiyle değil, hukuk sistemi içinde geçerlilik taşıdığı için ve sisteme ait olduğu sürece hukuk normu olarak anılabilir. Dolayısıyla hukuk düzeninin kurucu unsuru olan müeyyide, münhasıran bütün normların ayrılmaz unsuru olmak zorunda değildir. O

⁸⁶ DİNÇKOL, Abdullah, Hukuka Giriş, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s. 178.

⁸⁷ Nitekim “*Moda, ahlak, adet gibi kaidelerin maddi müeyyideleri yoktur. Bunlar haricinde hareket edilirse karşımıza çıkacak müeyyide nihayet efkârı ammenin takbihi ve çirkin görüşü olacaktır. Fakat içtimâî ahengi ve tesanüdü temin için bazı içtimâî münasebetlerin idaresini vazı kanun âdete, modaya ve ahlâka bırakmamış ve onları içtimâî tesanüdün muhafazası mülâhazasıle maddi müeyyideleri altına almıştır*” (ÖZKAN, Mustafa Şeref, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No. 5, Ankara, 1935, s. 18-19).

⁸⁸ Öğretilerde bazı yazarlarca yer verilen ve müeyyide olmadığı halde uygun hareket edilen düzenin bir hukuk düzeni olamayacağını savunan Kelsen'in şu sözleri, müeyyidenin geçmişte ve gelecekte var olacak hukuk sistemlerini karşılaştırmak açısından oynayacağı rolü örneklemektedir: “*Eğer gelecekte sosyal düzen, cebri düzen olma özelliğini kaybedecek olursa ve eğer toplum hukuksuz da olabilirse, bu, gelecekteki toplum ile bugünkü toplum arasındaki farkın Amerika Birleşik Devletleri ile Eski Babil arasındaki veya İsviçre ile Ashanti kabilesi arasındaki farktan ölçülemeyecek kadar büyük olması demektir*” (HAFİZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 160; GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 253)

⁸⁹ KEYMAN/TOROSLU (s. 37), Anayasa m. 96'da öngörülenden az milletvekilinin oyuyla kabul edilen kanunun yok hükmünde olmasını ve güvenoyu alamayan bakanlar kurulunun görevden çekilmesini de isabetli olarak birer anayasa hukuku müeyyidesi saymaktadır. Belirtelim ki, müeyyide ile yaptırım arasında kabul ettiğimiz ayrım gereği, anayasa hukuku müeyyidesi olduğu açık olan tüm bu örneklerin iptalle ve yoklukla sonuçlanmasından yola çıkarak, bunların birer anayasa hukuku yaptırımını olmadığını düşünmekteyiz.

halde hukuk düzeni müeyyideye dayandığı takdirde, münferit birtakım normların müeyyideden bağımsız olması mümkündür. Yani müeyyidenin müesseseleştirilmiş olmasını hukukun zorunlu unsuru kabul etmemek için hukukta müeyyidesiz bazı normların bulunması yeterli değildir. Özetle müeyyidesiz normun, salt bu özelliği nedeniyle hukuk normu niteliğini kaybettiği söylenemez⁹⁰. İşte bu tür müeyyidesi olmayan hukuk kurallarına “*lex imperfecta*” adı verilmektedir⁹¹.

Bir diğer görüş, müeyyidesiz hukuk normlarının bulunabileceği düşüncesini kabul etmemektedir. Buna göre hukuksal normun temel dayanağı ve tatbik edilmesinin garantisi cebir unsurudur. Cebir ögesinden arındırılmış bir hukuk düzeni mümkün değildir⁹². Ancak bazen yasa koyucunun bir yandan belli bir davranışın yapılmasını veya yapılmamasını emrederken diğer yandan bu yasak davranışın icrası veya ihmalî durumunda hangi somut karşılığın verileceğini belirtmemesi mümkün olabilir. Bazen de bir norma kendi başına cebir unsuru içermemekle birlikte cebri içermesini istediği diğer bir norma yetki verebilir. İşte *Kelsen*’e göre müeyyidesiz olduğu kabul edilen normlar, ya “hukuken anlamsız normlar” olarak adlandırılan ve ihlale tepki içermeyen ya da “bağımlı normlar” olarak ifade edilen ve cebir içeren diğer normlara bağımlı bulunan normlardır⁹³.

Kanımızca bir norma hukuk normu denilebilmesi için mutlaka müeyyidesinin bulunması gerekmemekle birlikte, bir düzene “hukuk düzeni” denilebilmesi için, eğer bir ütopyadan bahsedilmeyecekse⁹⁴, müeyyidenin kurumsallaşması şarttır. Aynı kabul, ceza hukuku ve özelde ceza yasalarının genel hükümleri için de geçerli olmakla

⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 155-156; GÜRİZ, s. 48. Bu konuda ayrıca bkz. GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 253-254.

⁹¹ Öğretide 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 132/1’inci maddesi, müeyyidesiz hukuk normlarına örnek verilmektedir. Buna göre maddede “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez*” hükmü getirilmiş, ancak kadının bu kurala uymayarak evlenmesi durumunda evliliğinin geçersiz sayılması gerekirken bu tür bir müeyyide kanunda öngörülmemiştir. Bkz. DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2006, s. 7.

⁹² *Ansay*’a göre, cebir hukukun mahiyetine dâhil olmasaydı, cebirden bağımsız bir hukuki düzen kurulabilirse de böyle bir düzen ahlaki bir kınamadan veya temenniden öteye gidemezdi. Ancak hukukun ihtiyaç duyduğu cebrin de muhakkak maddi kuvvet şeklinde tezahür etmesi gerekmemektedir. Söz gelimi mahkeme kararının gazete ile ilan edilmesi veya failin belli kamu hukuku haklarından yararlanmasının engellenmesi gibi ruhsal zorlamalar da cebir unsuruna dâhildir. Bkz. ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Bilimine Başlangıç, Güzel İstanbul Matbaası, 7. Baskı, Ankara, 1958, s. 63-64.

⁹³ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 255-257. *Aral*’a göre , fer’i yani bağımlı normların anlamları, ancak belli bir davranışın yapılmasını emreden buyurucu normlara kıyasla ve bunlarla birlikte ele alındığında tamamlanmaktadır. Bkz. ARAL, s. 59. Devletin müeyyideye bağlamadığı kuralların hukuk kuralı olarak kabul edilemeyeceği görüşü için bkz. AYAN, Mehmet/ARSLAN, İbrahim (Ed.), Temel Hukuk Bilgisi, Mimoza Yayınları, 5. Baskı, Konya, 2009, s. 20.

⁹⁴ “*Bir ilde yüz yıl boyunca mükemmel insanlar hükümdar olursa, artık zalimlik tümünden son bulur ve cezaî müeyyidelerin hiç lüzumu kalmaz. Ne de doğru sözdür bu!*” (KONFUÇYUS, Sözler, Çev. AKAR, Birdal, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2017, s. 102, kn. 13/11). Buna karşılık “*...Cezai müeyyideler hedefi tutturamazsa halk ne yapacağını bilemez hâle gelir*” (a.g.e., s. 99-100, kn. 13/3).

birlikte⁹⁵, bir fiilin suç olduğunu belirten, cezalandırıcı vasıf taşıyan normlarda, yani ceza yasalarının özel hükümlerinde müeyyidenin açıkça gösterilmesi zorunludur⁹⁶. Fakat bu kabul esasen “ihlalin hukuka özgü neticelerinin” açıkça gösterilmesi manasında geniş algılanmalıdır. *Roxin*’e göre tüm ceza hukuku kurallarının ortak referans noktası, ceza ve güvenlik tedbirleridir⁹⁷. Bunun doğruluğu kadar, tersinin de geçerliliği yani müeyyidenin ve genelde hukuki sonuçlar sisteminin kökeni ve varlık sebebinin normun kendisi olduğu söylenebilir.

Güvenlik tedbirleri bakımından hukuk normlarının nitelemesini, bizatihi bu tedbirlerin niteliğini saptamak suretiyle kararlaştırmak gerekir. Genelde kanunlar kusur yeteneği bulunmayan kimselerin suç işlemesi halinde nasıl bir prosedür uygulanacağını genel hükümler kısmında belirtmektedir. Ancak örneğin bir akıl hastasına veya küçüğe uygulanacak tedbire özel kısımda açıkça yer veren bir ceza kanunu bakımından ilgili normun müeyyideli olup olmadığı, normun düzenlediği güvenlik tedbirinin ceza müeyyidesi kapsamına alınıp alınmayacağıyla bağlantılıdır. Eğer tedbire müeyyide denilirse, güvenlik tedbirleri hukuku bakımından da müeyyidesiz hukuk normu olmayacağını söylemek, buna karşılık tedbir müeyyide sayılmazsa bu kez -cezanın aksine- müeyyidesiz hukuk normundan söz etmek gerekecektir. Kanaatimizce bu ikinci durumda ihlalin müeyyidesinden değil ceza hukuku sahasına özgü sonucundan söz edilmesinin pratik anlamı, müeyyidesiz normun olanaklılığı karşısında hukuki neticeye bağlanmamış normun olanaksızlığıdır. Öyleyse bir müeyyideyi barındırmayan ceza hukuku normunun bulunabileceğinden, aksine bir hukuki değeri korumayan, vesilesiyle bir hukuki sonuca ulaşmayan ceza hukuku normlarının ise bulunamayacağından söz edilebilir. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi, günümüz ceza kanunlarının özel hükümlerinde yalnızca tedbire yer verilmemekte ve ceza müeyyidesi bir zorunluluk olarak görülmekte olduğundan, diğer deyişle örneğin Ferri Tasarısı’nda veya sosyal

⁹⁵ Bu normlar bir emir içermekle birlikte emrin muhatabı özel olarak belirtilmediğinden müeyyidesiz normlar kategorisinde ele alınabilir. HAFIZOĞULLARI (Ceza Normu, s. 153), 765 sayılı TCK’nın esaslarını içeren birinci kitabından kimi maddeleri örnek göstererek, bunların ancak hâkime hitap ettiğini fakat onun tarafından bu kurallardan birine aykırı olarak verilecek hatalı hükmün bozma dışında bir karşılığının olmadığını, bozmanın ise bir müeyyide sayılamayacağını ifade etmektedir. Gerçekten örneğin 5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesinde kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma aykırı olarak bir kovuşturmada özel bir faaliyeti yerine getiren kimseyi hatalı biçimde kamu görevlisi olarak kabul eden bir hâkimin ceza hukukuna aykırılık anlamında bir ihlali olmayacağından kendisine cezai müeyyidenin uygulanması olanağı da bulunmamaktadır.

⁹⁶ Örneğin 765 sayılı mülga TCK’nın yetkili mercilerin emirlerine itaatsizliği düzenleyen 526’ncı maddesi, müeyyidesi gösterilmeyen emirlere uyulması amacıyla konulmuş genel bir düzenlemedir. Bu dönemde öğretilde ilgili suçun konusunu oluşturan ancak kamu düzenini ilgilendirmeyen bir hukuk kuralı da olsa müeyyidesinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. SOYASLAN, Doğan, Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara, 1990, s. 24.

⁹⁷ ROXIN, Band I, § 1, s. 1, Rn. 2.

savunma doktrininin katı teorilerinde olduğu gibi sadece “tedbir” neticesini düzenleyen bir normatif düzenleme mevcut ceza hukuku sistemlerine yabancı olduğundan, ileri sürülen bu fikir, olan hukukta teoriden ibaret kalmaktadır.

1.2.1.1.2. Müeyyide Türleri

Toplumsal düzeni bozduğu kabul edilen her davranış veya ihmal hakkında devlet doğrudan doğruya ceza yaptırımını uygulama yoluna gitmez. Ceza yaptırımını “ultima ratio” niteliğinden dolayı ancak diğer yaptırımlarla toplumsal karşıtlığın giderilemediği durumlarda uygulama alanı bulur⁹⁸. Sosyal düzenden sapma niteliği taşıyan davranışların toplumsal himayeye yönelik olarak ortaya çıkardığı zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin ahlaki kötülüğü, fiilin işleniş biçimi gibi özellikler dikkate alınarak sapmanın suç ve yaptırımının ceza olması gerektiği belirlenir⁹⁹. Dolayısıyla bireyin bireyle ve devletin bireyle olan ilişkilerinde bu nitelikleri taşımayan ihlaller suç olmayacak, ceza dışında kalan normatif tepkilerle karşılanacak, ihlale karşı uygulanan müeyyidenin tür ve nitelikleri de değişkenlik gösterecektir. Örneğin ihlali idari ve medeni hukuk karakterli bir norma taşıyan düzenleme, ceza hukuku sahasında incelenmeyecektir¹⁰⁰. Biz bu başlık altında cezai müeyyide ve onunla karşılaştırılması açısından hukuki ve idari müeyyide kavramlarına yer vereceğiz.

1.2.1.1.2.1. Özel Hukuk Müeyyideleri

Özel hukuk müeyyideleri, bir özel hukuk kuralının ihlaline karşılık uygulanan ve geniş anlamda yasada karşılığını bulan meşru tepkidir. Özel hukuk müeyyidelerini (*private law sanctions; privatrechtliche Sanktionen*) kısaca “hukuki müeyyide” olarak da adlandırmak mümkündür. Öğretide özel hukuk müeyyideleri başlığı altında cebri icra (zorla yaptırma), tazminat (ödetme), geçersizlik (mutlak butlan, geçerli sayılmama) ve

⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, “Beklenenler Bakımından Yeni Alman Ceza Hukuku”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İÜHFM, Çev. ÖNDER, Ayhan, 45 (1-4), İstanbul, 1979-1981, s. 156.

⁹⁹ Bkz. WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 1; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1992, s. 7. Toplumsal himaye (sosyal savunma) modern hukuk sistemlerinde müeyyidenin ve özelde ceza müeyyidesinin temelindeki kavramdır. Fransız ve İtalyan ceza hukukunun günümüzde sıkça sosyal savunma olarak yorumlanması buna örnektir (MONTENBRUCK, Axel, Strafrechtsphilosophie (1995-2010), Verlegt im Open Access der Freien Universität, 2. Auflage, Berlin, 2010, s. 162, Rn. 545).

¹⁰⁰ ROXIN, Band I, § 1, s. 1, Rn. 2. Bu kabulün temelinde, kamu hukukunun bir parçası olan ceza hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, bireyler arası eşit statü esasının değil, ceza normu yoluyla bireyin devlet otoritesinin hiyerarşisi altında bulunmasının yer aldığı söylenebilir (Bkz. a.g.e., § 1, s. 3, Rn. 5).

iptal edilebilirlik (nispi butlan, geçersizliğini isteme) müeyyidelerinden söz edilmektedir¹⁰¹.

İcra-ıflas hukukuna adını veren “cebri icra”, borçlunun ihtiyari olarak borcun gereğini yerine getirmemesi durumunda, devlet kuvvetinin yardımıyla edimin zorla ifa edilmesinin sağlanmasına denir¹⁰².

“Tazminat”, genel olarak hukuk kurallarının ihlali sonucu başkasına verilen zararın, zarar veren tarafından karşılanmasıdır¹⁰³. Tazminatın maddi ve manevi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. “Maddi tazminat”, ister malvarlığına ister şahıs varlığına yönelmiş olsun haksız bir eylem sonucunda kişinin malvarlığında meydana gelen kaybın telafi edilmesidir¹⁰⁴. “Manevi tazminat” ise kişinin uğradığı manevi zararın yani onun kişilik hakkına yönelen hukuka aykırı tecavüz dolayısıyla duyduğu acı, elem ve ızdırabın karşılığının ödettirilmesidir¹⁰⁵.

“Kesin hükümsüzlük” adı da verilen “mutlak butlan”, resmi şekilde yapılması gereken taşınmaz satımının adi yazılı şekilde yapılması örneğinde olduğu gibi, hukuki işlemin belli bir sakatlık sebebiyle başlangıçtan itibaren ölü doğması, kendisine bağlanan hukuki sonuçları meydana getirmemesi ve bu nedenle geçerli kılınamaması anlamına gelir¹⁰⁶. “İptal kabiliyeti” olarak da anılan “nispi butlan” ise başlangıçta geçerli olarak kurulan ve hüküm ve sonuçlarını doğuran bir hukuki işlemin örneğin askıda geçerlilik halindeki bir sözleşmenin iptal hakkı sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını ifade eder¹⁰⁷. Kesin hükümsüzlük, menfaati bulunan herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilirken; iptal edilebilirlik, ancak zarar gören tarafından ve belli süreler içinde ileri sürülebilir¹⁰⁸.

Ayrıca hukuki işlemlerin geçersizliği konusunda yukarıdakilerin yanı sıra çoğunlukla tek taraflı bağlamazlıktan ve nispi (göreceli) etkisizlikten söz edilmektedir. Küçük veya kısıtlının tam ehliyetli ile nişanlanması örneğinde olduğu gibi iki taraflı bir

¹⁰¹ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 264 vd.; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2001, s. 9. Fesih hakkını hükümsüzlükten bağımsız bir müeyyide olarak ele alan görüş için bkz. DİNÇKOL, s. 183 vd.

¹⁰² KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, 27. Baskı, Ankara, 2013, s. 29.

¹⁰³ DURAL/SARI, s. 7; GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 266; AYAN/ARSLAN, s. 22.

¹⁰⁴ Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 294-295.

¹⁰⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul, 2014, s. 253.

¹⁰⁶ REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 23. Baskı, İstanbul, 2012, 145.

¹⁰⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2008, s. 309. İptale tabi olan hukuki işlemlere feshedilebilen hukuki işlemler de denilmektedir (REİSOĞLU, s. 147).

¹⁰⁸ NOMER, Hâluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2012, s. 46, 51, kn. 39, 44.

hukuksal ilişkide taraflardan yalnız birinin bağlı sayılması, diğer tarafın bağıllığı ve sorumluluğunun bulunmamasına “tek yanlı bağlamazlık” adı verilir¹⁰⁹. Keza alacaklının borçludan olan alacağını bir üçüncü kişiye devretmesi durumunda devir (temlik) işleminin borçluya karşı geçerli olması için ona haber verilmesi örneğindeki gibi iki taraf arasında geçerli olan bir hukuki işlemin onlar dışında yer alan bazı kimseler açısından ileri sürülememesine “nispi etkisizlik” denilmektedir¹¹⁰.

Bir hukuki işlemin hiç yapılmamış gibi yok (keenlemyekün) sayılması anlamına gelen yokluk neticesinin özel hukuk müeyyidesi olup olmadığı ise öğretide tartışmalıdır. “Yokluk”, yetkili evlendirme memuru bulunmaksızın yetkisiz kimsenin huzurunda yapılan evliliklerdeki gibi bir hukuki muamelenin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde, yapılmak istenen hukuki muamelenin varlık kazanamaması nedeniyle ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir biçimde yok sayılmasını ifade etmektedir¹¹¹. Yokluk ve hükümsüzlük birbirinden farklıdır. Bir hukuki işlem zaten yok hükmündeysen hükümsüzlük kavramına başvurulmaz. Nitekim kurucu unsurlardan birinin eksik olması halinde yapılan hukuki işlemin hukuki sonuç doğurmaması, onun teknik anlamıyla batıl olmasından değil, hiç olmamasından kaynaklanır¹¹². Bir görüş, yokluğun, hukuki nitelik bakımından bir müeyyide olmadığını, aksine emredici kurala aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan bir sonuç olduğunu düşünmektedir¹¹³. Fakat baskın görüş, yokluk kavramını da hükümsüzlük veya geçersizlikle birlikte özel hukuk müeyyideleri içerisinde değerlendirme ve inceleme yoluna gitmektedir¹¹⁴.

İş hukuku alanında da devletin işçi ve işveren haklarını korumak, çalışma düzen ve disiplinini sağlamak ve iş hayatında adaleti tesis etmek amacıyla koyduğu emredici hükümlere aykırılığın bağlandığı hukuki müeyyidelerden söz edilebilir. Bunlardan bir kısmı işveren, bir kısmı işçi üzerinde etkilidir. İşverenlere uygulanan hukuki müeyyideler çoğu kez hukuka aykırı işlemin geçersizliği, tazminat ve eski halin iadesi; işçilere uygulanan hukuki müeyyideler ise genellikle iş sözleşmesinin feshi, tazminat ve işten çıkarma olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁵.

¹⁰⁹ SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2013, s. 388.

¹¹⁰ AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015, s. 110.

¹¹¹ OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2005, s. 157.

¹¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku: Genel Bölüm, C. 1, Filiz Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2008, § 43, s. 578, kn. 1.

¹¹³ EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHF Yayınları No. 445, Ankara, 1979, s. 147.

¹¹⁴ EREN, s. 298; AYAN, s. 105; DİNÇKOL, s. 182-183; GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 266.

¹¹⁵ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2013, s. 107-111.

Önemle ifade etmek gerekir ki, özel hukuk müeyyideleri kimi zaman “ceza hukukunun cezalar ve güvenlik tedbirleri dışında kalan izleri” olarak ceza kanunlarında da kendisine yer bulabilir. Örneğin İtalyan CK’nın birinci kitabının yedinci başlığı altında (m. 185-198) özel hukuk müeyyideleri düzenlenmiştir. İtalyan CMK ile birlikte ele alınması gereken söz konusu müeyyideler, bir suçun özel hukuk boyutuna ilişkin olan ve Alman ceza hukukuna yabancı olan bir müeyyideler düzenini içermektedir¹¹⁶. İtalyan CK’nın 185’inci maddesine göre, her suç özel hukuk hükümlerine göre tazminat gerektirir. Maddenin ikinci fıkrasında tazminat hukukuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre maddi veya manevi açıdan zarara neden olan cezalandırılabilir her fiil, aynı zamanda özel hukuk hükümleri uyarınca eylemlerinden sorumlu olan faillerin tazminat ödemekle yükümlü olması sonucunu ortaya çıkarır.

1.2.1.1.2.2. Kamu Hukuku Müeyyideleri

Kamu hukuku müeyyideleri, bir kamu hukuku kuralının ihlaline karşılık uygulanan ve geniş anlamda yasada karşılığını bulan meşru tepkidir. Bunları idari müeyyide ve cezai müeyyide olarak ikiye ayırmak mümkündür.

1.2.1.1.2.2.1. İdari Müeyyide

Normun ihlalini dar anlamda cezayla karşılayan ceza hukukunun yanı sıra (teknik anlamı dışında) geniş anlamda cezayla karşılayan kamu hukuku hükümleri de vardır. Örneğin farklı uzmanlık alanlarını ilgilendiren disiplin hukuku, ceza hukuku olmadığı için, bu hukuk dalına ait kuralların ihlaline kriminal anlamda ceza ile tepki gösterilmez. Aynı şekilde ceza hukuku normlarına benzer hükümler içermekle birlikte kendine özgü kuralları bulunan düzene aykırılıklar (kabahatler) hukukunda ihlal teşkil eden fiiller karşısında ceza değil, idari para cezası uygulanır¹¹⁷.

İdare hukukunda, yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden idarenin doğrudan doğruya bir işlemiyle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalara “idari müeyyide” adı verilmektedir¹¹⁸.

¹¹⁶ MAIWALD, Manfred, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009, s. 35-36. İtalyan CK’nın bu düzenlemesine TCK sistematğinde de yer verilmemiştir. İtalyan CK’nın kabul ettiği bu sistem, hukuki sonuçlar sisteminin mağdurun zararının giderilmesine yönelik “üçüncü iz”ine örnek verilebilir.

¹¹⁷ ROXIN, Band I, § 1, s. 3, Rn. 6.

¹¹⁸ ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, İÜHF Yayınları No. 691, İstanbul, 1985, s. 35. İdari yaptırımın olduğu yerde idari ihlalden bahsedilir. Nitekim bir başka tanıma (SOYASLAN, Yürütme, s. 107)

Öğretide “idari yaptırım”, “idari müeyyide” ve “idari ceza” kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı görülmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, idari müeyyideyi “*idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar ile verdiği cezalar*”¹¹⁹ biçiminde tanımlamaktadır. Dolayısıyla öğretilde ve yargı kararlarında yapılan tanımlardan hareketle idari müeyyidelerin ilki “idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek taraflı bir idari işlem olma”; ikincisi ise “kanuni veya idari düzenlemelere uyulmamasının yaptırımını teşkil eden bir ceza içerme” şeklindeki iki temel özelliğe sahip olduğu vurgulanmaktadır¹²⁰.

İdari müeyyideler (*Verwaltungssanktionen*), ceza benzeri söz konusu tepki niteliği içerdiği için bu tür müeyyidelerin geçerli olduğu sistem, İsviçre literatüründe “yarı ceza hukuku/ceza hukuku benzeri (*Quasi-Strafrecht*)” olarak anılmaktadır. Bu nitelemenin Alman hukukunda işlevsel olarak eşdeğer nitelikteki “düzene aykırılıklar hukuku (kabahatler hukuku; *Ordnungswidrigkeitsrecht*)” ile karşılandığı ifade edilmektedir¹²¹. Türk hukukunda ise kavramı açıklamak üzere genel olarak “idari ceza hukuku” ve konu edindiği fiilleri belirtmek üzere de “idari suç” kalıbı kullanılmaktadır¹²².

İdare edilenleri idari kararlara uygun davranmaya zorlamak amacıyla oluşturulan idari müeyyidelerin (*sanctions administratives*), farklı kanunlarda ve çok çeşitli türlerde düzenlenmesi nedeniyle tek tek saptanması zor olmasına rağmen, bunların hürriyetten yoksun kılıcılık özelliğine sahip olmasının asla mümkün olmadığını belirtmek gerekir¹²³.

İdari müeyyidenin kendine özgü birkaç özelliği bulunmaktadır. Bu özelliklerin belirli bir kişi üzerinde uygulanmak, cezalandırıcı bir karaktere sahip olmak ve en

göre, idari ihlallere karşı idare makamının tek taraflı iradesiyle takdir olunan, kazaî tasarruflardan farklı olarak çekişmesizlik özelliği taşıyan yaptırımlara “idari yaptırım” denir. Alman hukukunda idari ihlal niteliği taşıması nedeniyle hukuksal sonuç olarak idari para cezasıyla karşılanan hukuka aykırılıklar “idari haksızlık (*Verwaltungsunrecht*)” olarak görülmektedir. Bkz. HEINRICH, Strafrecht AT, s. 21, Rn. 52.

¹¹⁹ AYM, E. 1996/48, K. 1996/41, 23.10.1996, RG No: 23114, RG Tarihi: 18.9.1997.

¹²⁰ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku C. I: Genel Esaslar, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 784.

¹²¹ NIGGLI, Marcel Alexander/RIEDO, Christof, “Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und ‘Sozialethisches Unwerturteil’”, Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, Hrsg. AMSTUTZ, Marc/HOCHREUTENER, Inge/STOFFEL, Walter, Schultless Verlag, Zurich, 2011, s. 92.

¹²² Bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 208; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 45; HAKERİ, s. 62.

¹²³ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, 7. Baskı, Bursa, 2008, s. 591; HEINRICH, Strafrecht AT, s. 21, Rn. 52.

önemli niteliğini örneklemek üzere hâkim müdahalesine gerek duyulmaksızın idarece kendiliğinden uygulanmak şeklinde sıralanması mümkündür¹²⁴.

İdari müeyyidenin ceza müeyyidesinden farkını ortaya koymak açısından maddi ve şekli kıstaslar oluşturulmuştur. Şekli kriterlerin başında idari müeyyideye karar veren organ bulunmaktadır. Kural olarak yargı merci tarafından verilen kararın yargısal, idari merci tarafından verilen kararın ise yönetsel olduğu karinesi varsayılır. Bununla birlikte bir yargı mercinin verdiği ve uyuşmazlığı çözmeye yönelmeyen bazı kararların idari karar ve içeriğinin idari müeyyide niteliğinde olması da mümkündür.

İdari ve cezai müeyyideler arasındaki öze ilişkin ayırım, ihlalin niteliğinde ve niceliğinde aranmalıdır. Öğretide niteliksel olarak ceza hukuku ihlali olan suçun, hukuki değer veya menfaatleri zedelediği; buna karşılık düzene aykırılığın, idari ihlal veya itaatsizlikten ibaret olduğu savunulmuştur¹²⁵. Niceliksel ölçüt olarak ihlal teşkil eden fiilin niteliği göz önüne alındığında ise kriminal haksızlık olarak da ifade edilen ceza hukuku ihlallerinin, teknik anlamda ceza sahası dışında kalan düzene aykırılıklardan, idari ihlallerden ve polis hukukuna aykırılıklardan farkını fiilin büyüklüğünde/öneminde aramak gerekir¹²⁶. Kriminal ceza hukuku küçük/önemsiz fiillerle genellikle ilgilenmez; bunları idari yaptırıma bırakır. Hangi tür fiillerin bu nitelikte olduğunu saptamak ise yasa koyucunun yetkisindedir. Öğretide henüz başlangıçta kriminal suç ve idari suç ayırımı yapmanın kolay olmadığı vurgulanmaktadır. Bu konudaki maddi ölçüt, işlenen fiilin ağırlığının/öneminin dikkate alınmasıdır. Bu ölçütün esası, toplumsal düzene yönelen hafif fiillerin kabahat, buna karşılık ağır fiillerin ise suç teşkil ettiği yönündedir. Kabahat karşılığında idari yaptırım, suç karşılığında ise ceza (ve/veya suç vesilesiyle güvenlik tedbiri) uygulanır. Bununla birlikte özellikle para cezası dikkate alındığında bazı kabahatlerin suçlara kıyasen daha ağır fiiller oluşturduğundan bahisle öğretide söz konusu maddi ölçütün suç ve kabahat ayırımını ortaya koymasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle işlenen fiilin ağır olması nedeniyle suç olarak mı yahut hafif olması dolayısıyla kabahat olarak mı değerlendirileceği konusundaki takdir yetkisi

¹²⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “‘İdarî Ceza Hukuku’ ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, 18 (2), Ankara, 1963, s. 136.

¹²⁵ Ayrıca itaatsizlik veya saygısızlık olarak nitelenen bir fiilin ceza yargılamasına tabi tutulması ve ceza hukuku anlamında (teknik) ceza ile cezalandırılması mümkün değildir. Bu farklılığı belirlemek açısından Alman yasa koyucusunun, yanlış anlaşımaların önüne geçmek amacıyla idari para cezası ve idari gözaltı gibi önceleri “idari ceza (*Ordnungsstrafe*)” olarak adlandırılan ve ne ceza ne de disiplin hukuku alanına dahil olan yaptırımları, Yargı Teşkilatı Kanunu’nun (*Gerichtsverfassungsgesetz, GvG*) 177 ve 178’inci maddelerinde örneği görüleceği üzere “idari araçlar (*Ordnungsmittel*)” olarak adlandırdığından bahsedilmektedir. Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 4, Rn. 6.

¹²⁶ MITSCH, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2005, s. 16-17, Rn. 8-10; SCHMIDHÄUSER, s. 340; Örneğin Almanya’da bu amaçla özel idari ceza hukukuna dâhil olduğu ifade edilen “Düzene Aykırılıklar Kanunu (Kabahatler Kanunu) (*Ordnungswidrigkeitengesetz*)” çıkarılmıştır.

nihayetinde yasa koyucuya aittir¹²⁷. Bununla birlikte yasa koyucunun bir fiili suç veya kabahat olarak tespit edebilmek konusundaki takdir yetkisinin, ceza hukukunun çekirdek alanıyla sınırlı olduğu kabul edilmektedir¹²⁸.

Aynı nedenle bir müeyyideye ceza adı verilmesi onu kendiliğinden cezai müeyyide haline getirmez. Kriminal ceza ile idari ceza hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır. Zira kuvvetler ayrılığı kuramından esinlenilerek denilebilir ki, idari bir kanunun öngördüğü yaptırım, idari organlar tarafından verilmekte ve kendi olanaklarıyla tatbik edilmekte ise, kanunlarda adı ceza olarak geçse bile teknik anlamda ceza olmayıp idare hukukuna özgü bir müeyyide olduğu kabul edilmelidir¹²⁹.

İdari müeyyideyle cezai müeyyide arasındaki en önemli farklardan birini, muhatap üzerinde müeyyidenin ortaya çıkış biçimi açıklamaktadır. Anayasa'nın 38'inci maddesinin 10'uncu fıkrasında Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından kanunla getirilecek düzenlemeler hariç olmak üzere, idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak bir müeyyideyi uygulayamayacağından söz edilmektedir. Böylece Anayasa, idari müeyyidenin aynı zamanda teknik bir ceza da olan para cezası şeklinde uygulanabileceğini, fakat onun idari ihlal karşısında uygulanma sınırını teknik cezanın asli uygulanma biçimi olan hapis cezasının oluşturduğunu kabul etmiş olmaktadır¹³⁰.

1.2.1.1.2.2.2. Cezai Müeyyide

1.2.1.1.2.2.2.1. Genel Olarak

Müeyyide ihlalin karşılığıdır. İhlal ise kuralın yani belli bir davranışta bulunma veya bulunmama emrinin yerine getirilmemesidir. Öyleyse her şeyden önce müeyyide, kuralın ihlalini izlemesi gereken bir hukuksal sonuçtur¹³¹. Ceza hukuku bakımından

¹²⁷ WEIGEND, LK-StGB, "Einleitung", Rn. 19; HEINRICH, Strafrecht AT, s. 21, Rn. 52.

¹²⁸ WEIGEND, LK-StGB, "Einleitung", Rn. 20.

¹²⁹ ZANOBINI, Guido, İdari Müeyyideler, Çev. GÜNAL, H. Yılmaz AÜSBF Yayınları No. 175, Ankara, 1964, s. 33. Buradaki "idari kanun" ifadesini bir yasama faaliyetinin sonucu olan kanundan farklı düşünmek gerekir. Gerçekten idari kolluk ve suç kolluğu arasındaki ayrımda olduğu gibi, idarenin kolluk faaliyetlerini ifa ettiği sırada uygulamak durumunda kaldığı idari yaptırımlar ile ceza yasasının ihlalinin karşılığı olarak suçluya mahkemece uygulanan cezai yaptırımı ayırt eden unsurların başında fonksiyonel bir paylaşımın yer aldığı izahtan uzaktır. Bu konuda bkz. ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s. 493.

¹³⁰ Anayasa m. 38'in gerekçesinde "...kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarına yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir 'idari müeyyide' olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı..." ifade edilmektedir. Gerekçe için bkz. ERTEM, Halil, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Millet Meclisi Vakfı Ofset Tesisi, Ankara, 1983, s. 68.

¹³¹ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 32.

kuralın ihlali suç olduğuna göre, suçun hukuki sonuçlarından ilki ve aynı zamanda “ceza hukukunun ilk izi”, ceza müeyyidesi olmaktadır.

Klasik anlamıyla suç, fail tarafından işlenen bir kötülük; ceza ise işlediği suç nedeniyle suçluya karşı ceza mahkemesi tarafından uygulanan bir karşı kötülüktür¹³². Görüldüğü üzere ceza hukukunun müeyyidesi hukuk disiplinine adını vermiş olan cezadır¹³³. Ceza, topluma karşı işlenen zararlı bir fiil dolayısıyla, toplum adına, suç işleyen kişiye çeşitli yapıcı amaçları gerçekleştirmesi için uygulanan ve esasında kişiyi birtakım yoksunluklara tabi kılan ve meşakkat çektirici nitelikteki bir müeyyidedir¹³⁴,
135.

Toplumsal barışı tehdit eden eylemlere karşı devlet tarafından gösterilen bir tepki olarak cezanın ilk olarak ne zaman ortaya çıktığının kesin bilgisine sahip olunamamakla birlikte, bu müeyyidenin insan topluluklarının ortaya çıkışına kadar geri götürülmesi mümkündür. Başlangıçta yalnızca toplumsal açıdan zararlı bir neticenin ortaya çıkması, bu neticeyi ortaya çıkaran kişiye ceza uygulanması için yeterli görül müştür. Buna “kusursuz sorumluluk”, “objektif sorumluluk”¹³⁶ veya “netice sorumluluğu (*Erfolgshaftung*)” adı verilmektedir¹³⁷. Orta Çağ’ın sonlarından başlayarak Modern Çağ’da artık cezanın “suç işleme iradesi” olarak değerlendirilebilecek subjektif bir unsura sahip olması gerektiği düşüncesi yerleşmiştir. Bu düşünce sonuçta “Kusursuz ceza olmaz (*Nulla poena sine culpa*)” şeklinde ifade edilen, evrensel olarak kabul görmüş bir anlayışa evrilmiştir. Buna göre cezanın uygulanması ancak failin kusurlu hareket etmesine bağlıdır¹³⁸.

¹³² LISZT, Franz von, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, J. Guttentag Verlag, Berlin, 1900, s. 229-230. Ceza, mahkeme tarafından uygulanıyorsa, devlet eliyle verilen bir zarar niteliği taşımaktadır. Öyleyse hangi türden olduğu önem taşımaksızın devletten kaynaklanmayan bir zarar veya kötülük ceza değildir (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 427-428).

¹³³ GÖZLER, Hukuka Giriş, s. 269. Krşl. MEIER, s. 8. Cezai müeyyide, suç, pozitif hukuk normuyla tespit edilme dışında, müeyyidesi kınama olan ahlak kurallarından ve müeyyidesi günah olan din kurallarından ayırmaktadır. Bkz. SOYASLAN, Yürütme, s. 22.

¹³⁴ DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 5, kn. 8. Dolayısıyla ceza yaptırımı, failin toplumla çatışmaya girmek suretiyle ceza normunu ihlal etmesi nedeniyle kendisine uygulanan bir reaksiyon olarak tasarlanmıştır (JAKOBS, s. 9, Rn. 10). Ceza, para cezası veya cehennem azabı gibi anlamlara gelen Latince “*poena*” sözcüğünün günümüzdeki karşılığı ceza (*Strafe*) kavramıyla ifade edilmektedir (FRICKE, Diana, “Buße und Strafe in den Städten”, Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte, Hrsg. MEZEY, Barna, 2002, s. 7).

¹³⁵ Genel olarak para cezası veya zararın giderilmesi örneklerinde olduğu gibi uygulanması bir ceza mahkûmiyetine bağlı olan yaptırımlara cezai müeyyide denildiği yönünde bir görüş için bkz. GARNER, Bryan A. (Ed.), A Handbook of Criminal Law Terms, West Group, St. Paul Minnesota, 2000, s. 600; GARNER, Black’s Law Dictionary, s. 1145.

¹³⁶ Bkz. ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayınları, Ankara, 1998, s. 18-19.

¹³⁷ ESER, Albin, “Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht”, Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, Hrsg. BRITZ, Guido/JUNG, Heike/KORIATH, Heinz/MÜLLER, Egon, C. H. Beck, München, 2001, s. 215.

¹³⁸ ESER, “Zur Entwicklung”, s. 215.

Ceza hukuku dışındaki hukuk dalları genelde isimlerini kurallarının ihlalden hareketle almaktadır. Oysa gerek mukayeseli hukukta gerekse iç hukukta kurala değil müeyyidesine bakılarak isimlendirilen yegâne hukuk dalının “ceza hukuku”¹³⁹ olduğu görülmektedir. Bu durum ceza hukuku bilimi açısından müeyyidenin ne ölçüde önemli olduğunu ortaya koymaktadır¹⁴⁰.

Bununla birlikte, devlet, cezayı, ceza hukuku dışında kalan alanlarda da kullanmaktadır. Özellikle disiplin cezaları, vergi cezaları, polis cezaları gibi idari cezalar bu açıdan özel bir yer teşkil etmektedir. Bu nedenle kamu hukuku müeyyidelerinden yani devlet eliyle uygulanan cezalardan söz edildiğinde, bunları suçun kendine özgü hukuki sonucu olan cezalardan ayırmak amacıyla cezai müeyyideye “kriminal ceza” adı verilmektedir¹⁴¹. Ceza hukuku, hukuki değerleri koruma altına alma fonksiyonunu, diğer hukuk dallarında bulunmayan, kendisine özgü hukuki vasıtalarla korumaktadır. Suçun söz konusu hukuki neticeleri, failin hürriyetinin veya mülkiyetinin kaybına ilave olarak, gerçekleştirilen fiilin sosyo-etik açıdan toplum tarafından önemli ölçüde onaylanmaması bakımından diğer müeyyidelerden ayrılmaktadır. Nitekim kriminal ceza hukuku, toplum içinde onaylanmayan davranışlara karşı gösterilen tepkinin en keskin formunu teşkil etmektedir¹⁴².

Gerçekten cezai müeyyide, koşulları ile hüküm ve sonuçları bakımından hem idari müeyyideden hem de hukuki müeyyideden daha farklı ve daha ağırdır. Bu nedenle ceza, ceza hukuku sahasına dâhil olan bir hukuki netice olarak yalnız kriminal anlamda suç karşılığında uygulanmalıdır. Hukuki müeyyide ile çoğu kez aynı paydada buluşmamakla birlikte¹⁴³, cezanın idari müeyyide alanına da kaymaması, kamu hukukunun bu iki dalının kendine özgü müeyyidelerinin bulunması gerekir¹⁴⁴.

¹³⁹ Kavram Alman hukukunda “*Strafrecht*”, Anglo-Amerikan hukukunda “*penal law*”, İtalyan hukukunda “*diritto penale*”, Fransız hukukunda “*droit pénal*”, İspanyol hukukunda “*derecho penal*” olarak adlandırılmaktadır. Görüldüğü üzere “suç hukuku” yerine “ceza hukuku” isimlendirmesi neredeyse tüm hukuk sistemlerinde kalıplaşmıştır.

¹⁴⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 407. Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 1, Rn. 2. Ceza hukukunun vazgeçilmez özelliği ceza ile var olmasıdır. Cezanın özü, kendisi acı ve kefareti olduğuna göre “Ceza hukuku (*penal law*) ‘acı veren hukuk (*das peinliche Recht*)’, doğrusunu söylemek gerekirse, ‘acının hukuku (*das Recht des Schmerzens*)’ olmaktadır” (NONET, s. 516).

¹⁴¹ Bkz. ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 365.

¹⁴² WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 1. Gerçekten ceza hukuku alanında sosyal düzeni bozucu davranışlar veya ihmaller, diğer hukuk dallarına göre daha ağır ve vahim eylemlerdir ve buna mukabil söz konusu eylemlere verilen tepki de daha serttir (DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 4, kn. 7).

¹⁴³ Cezai müeyyide “*ultima ratio*” ilkesine tabidir. Bu nedenle bazen diğer hukuk dallarına ilişkin normların ihlalinin bastırılması görevi, bilhassa ilgili hukuk dalına ilişkin hükümler yetersiz kalacağında cezai müeyyide sahasına terk edilmiş olabilir. Borçlar hukukundaki sözleşmelere ilişkin normların ihlali halinde ceza hukuku özel hükümlerdeki dolandırıcılık ve güveni kötüye kullanma suçlarının oluşması buna örnek verilmektedir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 8-9, kn. 15.

¹⁴⁴ ZANOBINI (İdari Müeyyideler, s. 138-139), borçlarını ödememek suretiyle veya başkaca herhangi bir fiille diğer şahısların zarara uğramasına neden olacak biçimde özel hukuk kurallarına aykırılık taşıyan bir fiili gerçekleştiren kimsenin cezai müeyyideye tabi tutulmadığını, özel hukukun kendine

Antolisei, cezai müeyyideyi idari müeyyideden ayıran iki özellik bulunduğunu vurgulamaktadır. Bunlardan ilki, müeyyideyi empoze eden organ, ikincisi ise müeyyidenin empoze edilme biçimine ilişkindir. İlk olarak, idari müeyyidenin aksine cezai müeyyidenin yargı organı tarafından uygulanması gerekir. Ancak merciye ilişkin bu fark, tek başına yeterli değildir. Çünkü örneğin medeni yargı tarafından özel hukuk hükümlerinin ihlali karşılığında uygulanacak müeyyideler birer “ceza dışı müeyyide” vasfı taşımaktadır. O halde ceza müeyyidesinin, aynı zamanda, uygulanması ceza muhakemesine özgü usul ve güvenceler altında gerçekleşen müeyyideler olması da gerekir¹⁴⁵. Bu iki şarta ilave olarak, cezanın teknik anlamda bir suçu yani ceza kanunu veya ceza içeren diğer kanunlarla yasaklanan bir hukuka aykırı fiili içermesi de şarttır. Dolayısıyla buradan hareketle, kriminal anlamda ceza müeyyidesinin, kriminal anlamda suç karşılığında ceza mahkemesi tarafından ceza muhakemesi hukuku kurallarına uygun biçimde dayatılan kamu hukuku müeyyideleri olduğu söylenebilir.

Cezai müeyyideler hukuk dışında ekonomik ve felsefi literatür tarafından da açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda ortaya atılan teoriler arasında hâkim paradigma, suç faillerine odaklanmış, özellikle iki yaklaşım ön plana çıkmıştır. İlk ödev bilimciler (deontolojistler), cezanın intikama dayalı olmasını ve hak eden faile uygulanmasını savunmuşlardır. Bu yaklaşımın savunucularına göre cezanın miktarı, failin fiilinin ciddiyetine göre belirlenmeli; suçun ciddiliği ise temelde fiilin haksızlığı ile failin kusuru ve manevi sorumluluğu olmak üzere iki temel faktöre bağlanmalıdır. İlk faktör, fiilin ahlaki açıdan taşıdığı özellik, ikincisi ise failin ahlaki sorumluluk derecesi üzerinde durmaktadır¹⁴⁶. Buna karşılık sonuçsalcılar (konsekuantialistler) ise ceza müeyyidesinin, suçun toplumsal maliyetini yani sosyal sonuçlarını minimize etme hedefine yönelmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu hedefe ulaşmak için genel önleme/caydırıcılık mekanizması ortaya atılmıştır. Bu teoriye göre uygun ceza miktarını belirleyebilmek açısından esas alınması gereken faktörlerden ilki, suçla ortaya çıkan sosyal zarar; ikincisi ise failin cezalandırılabilme potansiyelidir¹⁴⁷.

Öğretide bir görüş uzun süredir cezai müeyyidelerin üretim biçimlerinin kendine özgü hukuki ilişkiler ortaya koyan ekonomik/mali güçler ile bağlantılı olduğunu kabul

has müeyyidelerine tabi tutulduğunu örnek göstererek, bir idari kurala aykırılık dolayısıyla da idare hukukunun kendine özgü idari müeyyidelerinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir. *Meier*’in ifadeleriyle, cezanın diğer müeyyidelerden ağır niteliği, onun, toplumsal düzenin sağlanması görevini üstlenen sosyal düzen kurallarının başında yer alması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle kamusal düzenin oluşturulmasında ceza hukukunun kullanımından vazgeçebilecek modern bir toplum düşünülemez. Bkz. MEIER, s. 1.

¹⁴⁵ ANTOLISEI, *Diritto Penale*, s. 365.

¹⁴⁶ GUTTEL, Ehud/TEICHMAN, Doron, “Criminal Sanctions in the Defence of the Innocent”, *MLR*, 110 (4), February 2012, s. 607-608.

¹⁴⁷ GUTTEL/TEICHMAN, s. 608.

etmektedir. Marks'ın, geçen yüzyılda kapitalist üretim tarzıyla ilişkilendirmek suretiyle, özetle, yoksulların disipline edilmesi vasıtası olarak gördüğü ceza müeyyidesine dair tavrı, Rutsche ve Kirchheimer'in "her sistemin kendi üretim ilişkilerine tekabül eden cezalar keşfetme eğiliminde olduğu" ve Sumner'in "cezanın tarihsel açıdan yeni ekonomik düzenlerin ortaya çıkışından ayrı düşünülemeyeceği" görüşleriyle desteklenmiştir¹⁴⁸.

Öğretide bir diğer görüş ise hukuki açıdan cezai müeyyideleri formel ve informel olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buna göre formel cezai müeyyideler yalnızca hapis ve adli para cezasından ibarettir. Aynı zamanda fer'i cezalar ve fer'i sonuçlar da cezai karakter taşımaktadır. Buna karşılık informel cezai müeyyideler ise kovuşturmanın sonlandırılmasının bazı kanuni yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlandığı düzenlemelerdir¹⁴⁹.

1.2.1.1.2.2.2.2. Cezai Müeyyidenin Türleri

Ceza müeyyidesi, bir yandan maddi diğer yandan şekli ölçütlerle değerlendirilebilir. Öğretide, ceza, bunların ikisini kapsayıcı şekilde ele alınmakta ve "Kanun tarafından tehdit edilen ve yargı tarafından kanun hükmünü ihlal eden kişi üzerinde bir usul çerçevesinde uygulanan kötülük"¹⁵⁰ olarak tarif edilmektedir. Biz, suçun maddi ve şekli tanımından hareketle cezanın da maddi ve şekli olarak incelenebileceği kanısındayız. Bu ayrımada maddi boyutuyla ceza, cezanın kendine özgü niteliklerini ve ayırıcı özelliklerini, şekli boyutuyla ceza ise onun ceza hukukunun diğer hukuki sonucu olan güvenlik tedbirlerinden ve diğer yaptırımlar karşısında merci ve usul bakımından farklarını ortaya koyar.

1.2.1.1.2.2.2.2.1. Materyal (Maddi) Açıdan Cezai Müeyyide

"Ceza" ile "cezalandırma" eş anlamlıdır ve her ikisi de genel anlamıyla bir kuralı ihlal eden kişiye uygulanan ağrıyı, acıyı ifade etmekte kullanılır¹⁵¹. Buradan hareketle ceza müeyyidesi, öğretide, kınanabilir nitelikte önemli bir ihlalin, işlenen

¹⁴⁸ RYCROFT, Alan, "Criminal Sanctions and Labour Relations", SACJ, (2), 1989, s. 271.

¹⁴⁹ LÖFFELMANN, Markus, "Anwendungsbereich", Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, Hrsg. JAHN, Matthias/KREHL, Christoph, C. F. Müller Verlag, 1. Auflage, Heidelberg, 2011, Rn. 559.

¹⁵⁰ ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 365.

¹⁵¹ ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 365.

hukuka aykırılık ve mevcut olan kusurluluğun ağırlığıyla orantılı bir kötülüğün dayatılması suretiyle telafi edilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁵². Dolayısıyla cezanın özü, bunun amaçlanmasından ayırık olarak¹⁵³ mecburi bir kötülük içermektedir¹⁵⁴.

Ceza, kusur esasına dayanan ve ceza hukuku kurallarının ihlali karşılığında uygulanan bir müeyyidedir. Bir müeyyide olarak cezalandırma eyleminin henüz başlangıçta kendi meşruiyetini içerdiği kabul edilmektedir. Failin cezalandırılmasının gerekçesi, onun suçlandırılmasını haklı kılan bir fiil işlemesi nedeniyle cezaya layık olduğu düşüncesidir. Bu nedenle ceza iddiası veya isnadı yalnızca istenmeyen hukuka aykırı davranışından dolayı kınanabilir olan yani kendisine kusur izafe edilebilen bir kimseye yöneltilebilir. İşte ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki en önemli ve belirgin farklılığı suç isnadı ile karşı karşıya kalan kişinin “kınanabilirliği” yani “kusur isnat edilebilirliği” ortaya koymaktadır¹⁵⁵. İçerik yönüyle cezanın özünü failin kınanabilirliği ve dolayısıyla kusuru teşkil etmektedir. Cezalandırmanın özü ve temel dayanağı kusur prensibidir^{156, 157}. Kusur ilkesi, faile kusuru ile orantılı cezaya hükmedilmesini öğretir; böylelikle onun kusurundan fazlasıyla cezalandırılmasını engellemeyi amaçlar.

Materyal bakış açısıyla cezanın, özünde madem kötülük içerdiği söylenmektedir, o halde onun bu kötülüğü kişiye ait olan belli menfaatler üzerinde açığa çıkarması gerekir. Öyleyse sözü edilen anlamıyla ceza, bireysel hukuki değerlerin azaltılmasında veya failin bunlardan mahrum bırakılmasında anlamını bulur. Modern sistemlerde ceza materyal anlamda yalnızca üç tür hukuki değere yönelik olabilir. Bu değerler; ölüm

¹⁵² Bkz. LISZT, Franz v./SCHMIDT, Eberhard, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Walter de Gruyter, 25. Auflage, Berlin, 1927, s. 236; JESCHECK/WEIGEND, § 2, s. 13, Rn. 1; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 8.

¹⁵³ Nitekim cezanın özünden farklı olarak, cezanın amacı, bir yandan failin yeniden sosyalleşmesini teşvik ederek ya da hiç olmazsa buna engel olmayarak onun üzerinde olumlu bir etkiye bulunmaktır (JESCHECK/WEIGEND, § 2, s. 13, Rn. 1).

¹⁵⁴ Belirtelim ki, ceza, kim tarafından uygulanırsa uygulansın yani ister kamusal ister özel alana ilişkin olsun, zorunlu olarak acı ve kötülük içerir. Söz gelimi aile içinde, okulda veya bir kurumda başvuru ceza bile her zaman kasıtlı olarak buna eklenen bir acıyı ihtiva eder. Bununla birlikte ceza hukukunun konusunu oluşturan cezayı özel alanlardakinden ayıran temel ölçüt, bunların devlet eliyle uygulanmasıdır. Ceza müeyyidesi bir “kamusal yaptırım” niteliği taşımaktadır (ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 365). Bu nedenle cezanın yadsınamaz esaslı niteliği, daima bir eza, cefa ve öyleyse bir fenalık içermesidir. Bir eza ve cefa içermeyen ceza, kavramın kendi içinde çelişmesi (*contradictio in adjecto*) anlamına gelecektir. Nasıl “karanlık ışık” veya “soğuk ateş” mümkün değilse, “ezasız ceza” da mümkün değildir. Bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 725.

¹⁵⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 34, s. 785-786, Rn. 2.

¹⁵⁶ Kahl ve von Liszt’in işbirliğiyle büyük ceza reformunun gerçekleştirilmesi sonrası ceza sisteminin özel önleme anlayışında farklılıklar ortaya çıkmakla birlikte kusur prensibi cezanın esası olarak kalmaya devam etmiştir. Bkz. KAISER/SCHÖCH, § 3, s. 34, Rn. 7.

¹⁵⁷ Kusur ilkesi, bir norm olarak ilk kez 1813 yılında Feuerbach tarafından redakte edilen Bavyera Krallığı Ceza Kanunu’nun 119’uncu maddesinde kayıt altına alınmıştır. Bkz. ESER, “Zur Entwicklung”, s. 235.

cezasının yöneldiği yaşam hakkı, hürriyeti bağlayıcı cezanın yöneldiği kişi özgürlüğü ve para cezasının yöneldiği malvarlığı hakkıdır¹⁵⁸.

Hukuksal bir sarmal olarak sosyal yaşamın menfaatlerini temin etmek ancak yine hukukla, hukuku korumak ise toplumsal hayatın menfaatlerini temin etmekle mümkün olacaktır. Bu anlayış, nerede toplum varsa orada hukukun ve nerede hukuk varsa orada toplumun bulunmasının mutlak olduğu gerçekliğinden hareket etmektedir¹⁵⁹. Aynı doğrultuda denilebilir ki, nerede toplum varsa orada “ceza” ve nerede ceza varsa orada “toplum” vardır. Ceza kısmen toplumdan kaynağını alır ama bütünüyle toplumla uygulanabilir olur. Toplum, suçun maddi anlamda içeriğini belirleyen çıkış noktasını; maddi anlamda suç ise maddi anlamda cezanın ortaya çıkışına zemin hazırlayan dayanak noktasını oluşturur. Maddi yönüyle ele alındığında denilebilir ki, toplumun varlığı suç, suçun varlığı ise cezayı sonuçlar.

Müeyyideler sistemi, öğretide geniş ölçüde desteklendiği biçimiyle, ceza ve güvenlik tedbirlerini içerecek ölçüde geniş algılandığında cezanın, adını verdiği hukuk sistemi içinde yer alan en önemli müeyyide türü olduğu neticesine ulaşılmaktadır. Hatta cezanın bu hukuk dalı dışında kalan müeyyidelerle birlikte değerlendirildiğinde de sonuçları ve uygulamaları açısından bütün bir hukuk sisteminin en ciddi müeyyide türü olduğu söylenebilir. Bu caydırıcı müeyyidenin öğretide muhteva itibarıyla dikkate alındığında kronolojik ve mantıki biçimde birbirini takip eden iki aşamadan meydana geldiği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki uyulması için korku vasıta kılınan ceza normlarını ihlale yönelen kimselere hukuk aracılığıyla getirilen beşeri yoksunluk yani ceza tehdidini ifade eden önleme niteliğidir¹⁶⁰. Bastırma olarak adlandırılan ikinci aşama ise Devlete ait bir tepki olarak Devlet organları eliyle bizzat uygulanan adil, meşru, zorunlu ve zarar verici karaktere sahip bulunan, içgüdüsellliği aşarak¹⁶¹ iradi nitelikte bir uygulama özelliği gösteren ceza tehdidinin fiilen gerçekleştirilmesinde somutlaşmaktadır¹⁶².

¹⁵⁸ ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 366.

¹⁵⁹ Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 173; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 409.

¹⁶⁰ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 174; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 410.

¹⁶¹ İnsanlığın tarihi ve kaynağını net bir bilimsel kesinlikle saptamaktan uzak bulunduğu cezanın, oldukça uzun tarihsel gelişim süreci içinde, ilkel insan topluluklarında doğal bir davranış olarak başlangıçtaki zarar verici ihlaller karşısında gösterilen içgüdüsel tepkiden evrilerek zamanla kamu hizmetinin sistematik bir aracı haline dönüştüğü hususunda bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1999, s. 542, kn. 1307.

¹⁶² HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 175; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 410-411.

1.2.1.1.2.2.2.2.2. Formel (Şekli) Açından Cezai Müeyyide

Suç, şekli anlamda, ceza kanunu tarafından öngörülen emir veya yasağın ihlalini, o halde hukuk düzeni tarafından ceza adı verilen müeyyide türüyle yasaklanan fiilleri ifade eder¹⁶³. Bu tanımda yer alan müeyyide olarak şekli anlamda ceza, hem fiili bastırmak hem de failini ıslah etmek amacıyla ceza kanunlarında öngörülen ve ancak mahkeme tarafından hükmedilen yaptırıma verilen addır¹⁶⁴. Buradan suçun “ceza kanunlarında açıkça öngörülme” ve “yaptırımına mahkeme tarafından karar verilme” olmak üzere ilki yasama erkini, ikincisi yargı erkini doğrudan muhatap kabul eden “çifte bir fonksiyonu” bulunduğu görülmektedir.

Suçun biçimsel tanımının ortaya koyduğu iki gücün görev paylaşımı dikkate alınarak, formel bakımdan ceza, öğretide materyal anlamda cezadakine benzer şekilde iki kronolojik ve mantıki aşamada incelenmektedir. Bu aşamalardan ilki yasama organı tarafından cezanın genel, soyut ve kişilik-dışı biçimde ceza kanunu ile ortaya konulduğu yasama safhası veya müeyyide safhası; ikincisi ise yargı mercileri tarafından ceza muhakemesinde mahkûmiyet hükmünün verildiği ve hükmün infaz mercilerince infaz edildiği yargısal ve idari safha veya ceza müeyyidesinin uygulanması safhasıdır¹⁶⁵. Ceza müeyyidesi bir taraftan hükmü, diğer taraftan hükmün ihlalini gerektiren ikincil dereceli ceza hukuku normu olarak, devletin yetkili mercilerine ceza uygulama, suçluya ise uygulanan cezaya katlanma yükümlülüğü getiren çifte bir emir; öte yandan suçluya ceza verme hakkını devlete tanıyan bir müsaade niteliğindedir¹⁶⁶. Müeyyidenin bilfiil uygulanması evresi ise suçlunun şahsının ceza müeyyidesinde ifadesini bulan zarar tehdidi ile yüzleşmesini, suçlunun kanunda yazılı cezaya maruz bırakılmasını gerektirir¹⁶⁷.

Şekli bakımdan ceza özünde şekli açıdan suça verilen yargısal reaksiyonu ve suçun hukuki sonucunun doğrudan doğruya icraya konulmasını ifade etmektedir. Kanunla yasaklanan ihlale yine kanunla öngörülen cezanın verilmesi ve yerine getirilmesi, cezanın formel yönünü ortaya koyar. “*Ceza yasası üzerinde suçun hukuksal karşılığı nedir?*” ve “*Suçun yasal karşılığına mahkeme tarafından nasıl hükmedilecek; mahkûmiyet hangi kurallara göre uygulanacaktır?*” sorularına sırasıyla verilecek yanıtlar şekli anlamda cezayı açıklamaktadır.

¹⁶³ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 87.

¹⁶⁴ ZAFER, Ceza Hukuku, s. 133.

¹⁶⁵ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 176; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 410.

¹⁶⁶ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 177; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 412.

¹⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 178; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 415.

1.2.1.2. Dar Anlamda Tepki (Yaptırım)

Günlük hayatta müeyyide ve yaptırım kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu kullanım hukuk öğretisine de yansımıştır. Bu doğrultuda yaptırım, hukukun emir ve yasaklarına aykırı davranılması halinde karşılaşılabilecek olan tepki şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶⁸. Bununla birlikte dilbilimsel açıdan yaptırım kelimesi “yap-” kökünden gelen yaptırmak fiilinden türetilmekle ve temelinde birine bir şeyi yaptırmak anlamını taşımakla, neticesinde ihlal edeni bir davranışla zorlamak, icbar etmek, onu belli bir biçimde hareket etmeye yahut etmemeye mecbur bırakmak anlamı barındırır. Bu nedendir ki zorlayıcılık (*coercion*) ile genellikle hukuk kurallarına uyulmamasının sonucu olarak ele alınan ve cebri özelliğe göre bir üst kavram olarak ifade edilmesi gereken yaptırım (*sanction*) eş anlamlı olarak kullanılmaktadır¹⁶⁹. Zorlayıcılık yaptırımın kendisi değil, onun aktif niteliği ve sonucudur. Bu yönüyle yaptırım bir yandan faili zorlamaya diğer yandan hukuka aykırı işlem veya faaliyeti geçersiz kılmaya yönelik neticeleri barındıran müeyyideden ayrılmaktadır. Kanımızca yaptırım ihmalî bir hareketle veya pasif bir tepki ile gerçekleştirilemez. Yaptırımın icrai ve aktif bir tepki biçiminde ortaya konması gerekir. Müeyyide icrai ve ihmalî olmakla hem işlem hem şahıs üzerinde uygulanabilirken, yaptırım aktif niteliği gereği yalnızca şahıs üzerinde etki gösterir. Yaptırımın aktifliği karşısında müeyyidenin aktif ve pasif tepkisi, müeyyide ile yaptırımı ayırt eden ilk özelliktir.

Öğretide de bazı yazarlarca kabul gören ve müeyyideyi yaptırımdan ayıran ikinci özellik ise, onun hem hukuka uygun fiiller karşısında sıkıntı verici hem de hukuka aykırı fiiller karşısında ödüllendirici olabileceği düşüncesidir. Gerçekten yaptırım kavramının karşılığı olarak müeyyideyi kullanmayan kimi yazarlara bakılacak olursa, müeyyidenin hem olumlu hem olumsuz bir karşılık içerdiğinin kabul edildiği, salt hukuka aykırı fiiller karşısında uygulanan yaptırımın ise yalnızca olumsuz bir karşılık içerecek biçimde ele alındığı görülür. Buna göre ödüllendirici müeyyideden bahsetmek mümkün olmasına rağmen, ödüllendirici yaptırımdan bahsetme olanağı yoktur¹⁷⁰. Bu nedenle her yaptırım bir müeyyidedir; ancak her müeyyide, yaptırım özelliği taşımak zorunda değildir¹⁷¹.

¹⁶⁸ DURAL/SARI, s. 7.

¹⁶⁹ AKILLIOĞLU, Tekin, *Hangi Hukuka Giriş?*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s. 133.

¹⁷⁰ MADEN, Mehmet, *Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 80.

¹⁷¹ MADEN, s. 80. Yazar (a.g.e., s. 80), nitelik bakımından, müeyyideyi “*Hukuk kurallarına uygun veya aykırı hareket için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddî tepki*”, yaptırımı ise “*hukuka aykırı davranışlar için hukuk tarafından öngörülen zorlayıcı maddî tepki*” şeklinde

Toplumsal yaşamın en ince ayrıntısına kadar düzenlenmesi gayretinde olan hukuk kurallarının hukuk düzeni içerisinde iki ayrı görünümünden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki ve önce geleni, ihlal edilmesi yasak olan bir hakkın kuralla belirlenmesi, ikincisi ve takip edeni ise hakkın ihlaline karşı yaptırım öngörülmesidir. Buradan hareketle yaptırım, hukuk kurallarının verdiği emirlere karşı gelinmesi halinde bu emirlerin yerine getirilmesi için kullanılan devlet gücü olarak tanımlanmaktadır¹⁷².

Öğretide müeyyidelerin caydırıcı (bastırıcı, cezalandırıcı) ve telafi edici (onarıcı, engelleyici) olmak üzere ikili bir ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre cezalandırma amacının ağır bastığı müeyyideler caydırıcı, hak kaybının giderilmesi ya da olumsuz neticelerin engellenmesi amacı ağır basan müeyyideler ise telafi edici müeyyidelerdir. Tazminat, telafi edici müeyyidelere; hapis ve adli para cezası ise caydırıcı müeyyidelere örnek gösterilmektedir¹⁷³. Kanımızca açıkça değinilmemekle birlikte bu ayrımda bahsi geçen caydırıcı müeyyidelerden yaptırımları anlamak gerekir.

Bir görüş ise yaptırım kavramının müeyyideden daha dar olduğunu, müeyyidenin üst bir kavram olmasından yola çıkarak savunmaktadır. Öteden beri ceza hukukunda kullanılagelen müeyyidenin öztürkçeleştirilmiş karşılığını oluşturmeyen yaptırım kavramının idare hukukuna özgülünmesinin isabetli olacağını ifade eden bu görüşe göre, yaptırımın içerik, anlam ve nitelik bakımından müeyyideden farklı olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷⁴. Bu düşünceye göre, müeyyide kelimesinin sözlük anlamıyla tam karşılığından öte bu kavramı anlatan teknik ve özgül bir terim olarak yaptırım, İtalyanca ifadesiyle “*sanzione riparatoria* (onarıcı yaptırım)” kavramının, idare hukuku sahasında cezalandırmaktan daha çok kamu yararında ortaya çıkan bir eksikliğin giderilmesine yöneldiği açıktır¹⁷⁵.

Hukuk kurallarının karşılığı anlamında yaptırımın, hukuka aykırı davranıştan sonra cebir olarak ortaya çıkan bir maddi boyutu ve hukuka aykırı davranıştan önce tehdit biçiminde ortaya çıkan bir manevi boyutu bulunmaktadır¹⁷⁶. Yaptırımın maddi yönü ihlalin doğrudan karşılığını, manevi yönü ise ihlalin dolaylı karşılığını teşkil eder.

tanımlamaktadır. Bu tanımlardan hareketle, müeyyide ve yaptırım arasında, ilki hukuka uygunluk-hukuka aykırılık ve ikincisi zorlayıcılık-ihtiyarılık olmak üzere iki ana ayrım yapılabilir.

¹⁷² ESENER, Turhan, Hukuk Başlangıcı, Alkım Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul, 2004, s. 215.

¹⁷³ ULUSOY, Ali D., İdari Yaptırımlar, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 8. Görüşlerini yaptırım başlığı altında ele almakla birlikte, yazarın yaptırım ile müeyyide arasında bir ayrım gözetmediğini belirtmek gerekir. Yazara göre (a.g.e., s. 5), “*Yaptırım ile müeyyide aynı anlamdadır. Ama ‘ceza’ terimi müeyyide veya yaptırım teriminin içeriğinin tamamını karşılamaz. Sadece belli bir kısmını ifade eder. Yani her ‘ceza’ aynı zamanda ‘yaptırım’dır; ama her ‘yaptırım’ aynı zamanda ‘ceza’ niteliği taşımaz*”.

¹⁷⁴ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 15. Bu görüş uyarınca yaptırımla müeyyideyi ayıran temel kıstas, özgülendikleri hukuk dalı olmaktadır.

¹⁷⁵ ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 493, dn. 753.

¹⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş, s. 8.

Bu nedenle kanımızca yaptırımı, “İhlalden sonra ortaya çıkan ve doğrudan veya dolaylı olarak ihlale karşı gösterilen aktif tepki hareketi” olarak tanımlamak mümkündür.

Öğretide müeyyide karşılığı olarak dile sonradan giren yaptırım kavramının aynı anlamı vermediğini savunan bir görüşe göre, bu kullanım kökten yanlış bir karşılıktır. Nitekim “yaptırmak” bir başkasını belli bir fiile, bir harekete, bir işe zorlamak ve o fiilde, harekette, işte bulundurmak demektir; yani sonuçta bir eylem ifade etmektedir. Hâlbuki söz gelimi bir müeyyide olan butlanda kimse kimseyi bir davranışa zorlamamakta, yalnız hukuka aykırı durum hükümsüz sayılmaktadır¹⁷⁷. Gerçekten yaptırımdan söz edildiğinde, hukuki, cezai veya idari bir emrin yerine getirilmemesinin sonucundan öte, icrai sonucundan bahsetmek gerekir. Bu nedenle örneğin failin hapis cezasına mahkûm edilmesi bir cezai müeyyide ve aynı zamanda bir cezai yaptırımdır; fakat söz gelimi aralarında evlilik yasağı bulunan iki kimsenin evlilik akdinin mutlak butlana tabi olması bir hukuki müeyyide olmasına rağmen bir hukuki yaptırım değildir. Keza bir hukuksal işlemin iptali müeyyide olmakla birlikte yaptırım değildir; buna karşılık haksız fiil failine tazminat ödettilmesi yaptırım olması münasebetiyle aynı zamanda bir müeyyidedir. Bu gerekçelerden hareketle, hukuk sahasında müeyyidenin nüanslarla da olsa yaptırımı tam manasıyla karşılamadığını düşünmekteyiz. Buna karşılık hukuk düzeninin bütünü için geçerli olan bu çıkarımın, ceza hukuku özelinde çoğunlukla geçerlilik taşımadığı ifade edilebilir. Birincisi, ceza hukukunda failin hukuka aykırı fiil veya işleminin yani işlediği suçun “geçersizliği” veya “butlanı” sonucunu doğuracak pasif karşılıklar konu edilmediği için müeyyide ile yaptırım, suça bağlanan aynı hukuksal neticeyi (cezayı) ifade etmektedir. Esasen ceza hukukunda ister hapis ister adli para cezası olsun, adına ceza denen ve suç karşılığında uygulanan tüm tepkiler “aktif” birer tepki olarak “yaptırım” niteliğindedir ve yaptırım olması nedeniyle geniş anlamda birer “müeyyide” özelliğine sahiptir. İkincisi, ceza hukukunda emredici normun muhatabı olan faile verilecek karşılık, “ceza” olmasının sonucu olarak daima olumsuzdur. Bu yönleriyle, hukuki müeyyide ve hukuki yaptırım ayrımından farklı olarak, ceza müeyyidesi ve ceza yaptırımı arasında bir fark bulunmamakta, her iki kavram eş anlama gelmektedir. O halde “cezai müeyyide” veya “cezai yaptırım” kavramlarının her ikisi de sonuçta suça bağlanan hukuki netice olarak “ceza”yı ifade etmektedir. Fakat yine aynı nedenle bu kavramlardan her ikisinin de ihlale önlem başlığı altında incelenecek olan önleyici tedbirleri ihtiva etmediği söylenebilir.

¹⁷⁷ ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku, s. 18. Bununla birlikte öğretide genel olarak müeyyide ve yaptırım arasında ayrım yapılmadığı için butlan da bir yaptırım türü olarak ele alınmaktadır. Bkz. GÜRİZ, s. 46.

1.2.2. İhlale Önlem

1.2.2.1. Tedbir

Tedbirin günlük kullanımıyla önlem alma, bir durum veya davranış henüz gerçekleşmeden önce hazırlığını yapma, gerçekleşmesi muhtemel veya potansiyel olaylara hazırlıklı olma biçiminde algılandığı bilinmektedir. Tedbir diğer bir anlamda belirli bir amaca ulaşmak için gerçekleştirilen eylem yahut böyle bir eylemin kontrol altına alınması olarak da tanımlanmaktadır¹⁷⁸. Yine tedbir denildiğinde kötü bir durum oluşmadan evvel meydana gelmesi muhtemel olumsuzluğu öngörme ve koşullarını ortadan kaldırma durumu akla gelmektedir¹⁷⁹. Dolayısıyla tedbir, tehlikeli, nahoş veya gerçekleşmesi uygun bulunmayan herhangi bir şeyi engellemek için alınan önlemdir¹⁸⁰.

Hukuk bilimi açısından genel anlamıyla tedbir, kanımızca “önlenmesi düşünülen durum veya olayın yahut bir eylemin henüz ortaya çıkmadığı veya hâlihazırda gerçekleşmekle birlikte en azından bir kez daha ortaya çıkmasının olanaklı/muhtemel olduğu bir dönemde uygulanan koruyucu/muhafaza edici vasıtalar”dır. Hukuk alanında tedbirden anlaşılması gereken, pozitif hukuk bakımından, hukuk kurallarına aykırı davranış veya ihmallerin yahut bunların yol açacağı zararların henüz meydana gelmeden önlenmesini amaçlayan ve kanunla düzenlenen koruyucu önlemlerdir.

1.2.2.2. Tedbir Türleri

Hukuk sahasında kanunla düzenlenen tedbirleri de müeyyideye ilişkin ayrımı göz önünde bulundurmak suretiyle özel hukuk ve kamu hukukunu dikkate alarak ikiye ayırmak mümkündür.

¹⁷⁸ Bkz. Langenscheidts Großwörterbuch, Deutsch als Fremdsprache, 5. Auflage, Berlin, 2002, s. 651.

¹⁷⁹ Bkz. TDK, Okul Sözlüğü, s. 736, 949.

¹⁸⁰ Bkz. English Oxford Living Dictionaries, Precaution, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/precaution>. Tedbir kavramı İngilizce’de bilhassa “*measure*” veya “*precaution*” sözcükleriyle ifade edilmektedir. Bu dilde güvenlik tedbirlerini belirtmek üzere *measure* sözcüğünün diğerine nazaran daha sıklıkla kullanıldığını söylemek mümkündür. Almanca’da ise tedbir kavramı, özellikle güvenlik tedbirleri kalıbıyla kullanılacağı zaman “*Maßnahme*” veya “*Maßregel*” sözcüğü ile karşılanmaktadır. Burada İngilizce’deki *measure* ifadesinin “ölçmek” veya “ölçü” anlamlarının bulunması, buna mukabil Almanca’daki *Maßnahme* sözcüğüne benzeyen “*Maßnehmen*” sözcüğünün yine “ölçme/ölçü alma” anlamlarına gelmesi dikkat çekicidir.

1.2.2.2.1. Özel Hukuk Tedbirleri

Özel hukuk tedbirleri, kanunla belirlenen ve taraflar arasında eşitlik ilkesinin geçerli olduğu kuralların ihlal edilmesine engel olmak üzere veya bir özel hukuk kuralının yeniden ihlalini önlemek amacıyla uygulanan önlemlerdir. Özel hukuka ait bu önlemlere, kamu hukuku tedbirleri olan idari ve cezai tedbirlerden ayrı olarak “hukuki tedbir” adı da verilebilir. Özel hukuk tedbirlerinin en temel özelliği, teknik veya idari anlamda suç teşkil eden bir hukuka aykırılığa ihtiyaç duymamasıdır. Bu tedbirlerde asıl amaç, kişilerin hayatını, sağlığını ve vücut bütünlüğünü muhafaza etmek ve güvenlik altına almaktır.

Özel hukukun birçok alanında tedbirlerden söz etmek mümkündür. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun küçüğün evlat edinilmesinde rızanın aranıp aranmaması kararını düzenleyen 312’nci, bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikede bulunan çocuğun ailesinin yanından alınıp başka bir aile veya kuruma verilmesine ilişkin 347’nci, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını düzenleyen 432’nci¹⁸¹ ve vasiinin kısıtlıyı koruma görevini düzenleyen 447’nci maddeleri, medeni hukuk tedbirlerinin birer görünüm şeklini oluşturmaktadır.

Özel hukuk alanında hâkime kanunla gereken önlemleri almak veya lüzum görülen tedbirleri uygulamak yetkisinin ayrıca verildiği hallerde de hukuki tedbirlerden söz edilmesi mümkündür. Örneğin MK m. 197/1 gereğince eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşme ihtimali üzerine ayrı yaşama hakkına sahip olmaktadır. İşte eşler arasındaki birlikte yaşamamanın fiilen sona erdirilmesi durumunda, MK m. 197/2-4 bu durumun hukuksal sonuçlarına ve alınacak hukuki tedbirlere değinmektedir¹⁸². Aynı

¹⁸¹ Türk MK m. 432’de yer verilen tedbir, güvenlik tedbirlerine benzerliğiyle dikkat çekmektedir. Zira maddenin birinci fıkrası “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar” biçiminde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte adı geçen madde, bir suçu işleyen kişinin sosyal tehlikeliliğinden değil, henüz suç işlemeyen hasta veya bağımlı kişinin toplumsal tehlikeliliğinden söz ettiği için, buradaki ıslah, eğitim ve tedavi şeklinde beliren özel hukuk tedbirini güvenlik tedbiriyle, keza tehlikelilik halini de güvenlik tedbirinin esasını oluşturan tehlikelilik haliyle karıştırmamak gerekir.

¹⁸² DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 261. MK m. 197/2’ye göre, “Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır”. Keza 4’üncü fıkrada eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkimin, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alacağından söz edilmektedir.

minvalde medeni hukuk sahasında eşlerden birinin zor durumda kalmasını engellemek amacıyla ve bir nevi tedbir/geçici önlem olarak nafaka ödenmesine karar verilmesi de mümkündür¹⁸³.

Hukuki tedbirlerin özel olarak gündeme geldiği hukuk dalları içerisinde en önemli yerlerden birini kuşkusuz iş hukuku almaktadır. Türk hukukunda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin zedelenmesi tehlikesine karşı alınacak tedbirleri düzenlemektedir¹⁸⁴. Tedbirlerle korunan hukuksal değerler olarak işçinin hayatı, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile malvarlığının göz önüne alındığı düşünüldüğünde, bu tedbirlerin tamamını “iş güvenliği tedbirleri” olarak adlandırmak mümkündür¹⁸⁵. İşveren sadece işçilerin değil tüm çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamak açısından İSGK’nın 4’üncü maddesinde düzenlenen tedbirleri usulünce almak ve çalışanlar da bu tedbirlere 19’uncu madde gereğince uygun davranmak yükümlülüğü altındadır¹⁸⁶. İşverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen hükümler, emredici hukuk kuralı niteliği taşır. Bu nedenle tedbirlere aykırı hareket edilmesi durumunda bu kez hukuki, cezai veya idari yaptırımlar gündeme gelir¹⁸⁷. Yaptırımla tedbir ayrımını somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Örneğin işyerinde faaliyetin durdurulması ve işyerinin kapatılması sebeplerinden birisi olan¹⁸⁸, çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir hususun tespit edilmesi halinde tehlikenin giderilmesine kadar doğabilecek riskin niteliği dikkate alınarak işin durdurulması, kanımızca bir müeyyide değil tedbir niteliği göstermektedir.

Yukarıda örnek olarak değinilen özel hukuk tedbirlerinin tercih edilebildiği hallerde, bu tercihin ceza muhakemesine yansımaları olarak soruşturma makamının *opportunitate* (yerindelik) denetimi yapması ihtimalinin kuvvetlenmesi de olasıdır.

Görüldüğü üzere, buradaki özel hukuk tedbiri, hem maddi hem manevi nitelikte olmasına ve bir tehlike halinin önlenmesi esasına dayanmasına rağmen, suçla bağlantılı bir güvenlik tedbiri değildir.

¹⁸³ Boşanma veya ayrılık davası açıldığı zaman, ayrı yaşayan eşlerden birinin kendi maddi olanaklarıyla bakımını ve geçimini sağlamanın zor olduğu hallerde, ekonomik imkânı elverişli olan diğer eşin hâkimin takdiriyle ödeyeceği nafakaya uygulamada “tedbir nafakası” adı verilmektedir. Bkz. AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2006, s. 294-295.

¹⁸⁴ İSGK, iş güvenliği ve işçi sağlığı açısından alınacak hukuki tedbirleri “önleme” olarak adlandırmaktadır. Kanun’un tanımlar başlıklı 3’üncü maddesinin 1-n bendine göre, işyerinde yürütülen işlerin bütün safhalarında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili riskleri ortadan kaldırmak veya azaltmak için planlanan ve alınan tedbirlerin tümüne önleme adı verilmektedir.

¹⁸⁵ AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 122. İş güvenliği tedbirleri, geniş anlamda işverenin işçiyi koruma borcunun fiili dünyaya yansımalarıdır. Bu konuda ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun mülga 77’nci maddesiyle kıyaslama açısından bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 321 vd.

¹⁸⁶ Gerekli her türlü önlemi almak yani iş güvenliğine ilişkin tedbirlere uymak yükümlülüğünün gerisinde iş akdinden doğan gözetme borcu bulunmaktadır. Bkz. SÜZEK, s. 867, 906.

¹⁸⁷ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul, 2013, s. 175, ayrıca bkz. s. 185 vd.

¹⁸⁸ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 255-256.

Karşılaştırmalı hukukta kimi ülkelerde savcının takipsizlik kararı olarak da anılan kamu davasının açılmasına yer olmadığı kararı verebilmesinin dayanağını oluşturan yerindelik prensibinin uygulanma nedenleri arasında ceza ve güvenlik tedbirleri dışında kalan idari tedbirlere veya “özel hukuk tedbirlerine” başvuru imkânının bulunması sayılmaktadır¹⁸⁹.

Belirtelim ki, ceza hukukunun bir parçası olarak kabul edilmiş olan güvenlik tedbirleri ile idari tedbirler ve hatta özel hukukun parçası olan hukuki tedbirler arasında net bir sınır çizmek kimi zaman güç olabilmektedir. Örneğin uzun vadede zihinsel bozukluğu olan kimselerin akıl sağlığı kurumlarına yerleştirilmesinin öneminden bahsedilmektedir. Nitekim Almanya’da hem Medeni Kanun’da (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) hem de federal eyaletlerin idare hukuku kurallarında bu tür bir bağlılığı düzenleyen bir dizi yasal norm bulunmaktadır¹⁹⁰. Ayrıca bu düzenlemelerden öte, normalde hastanede tedavinin ancak hastanın izniyle yani bir özel hukuk işlemiyle yasaya uygun hale geldiği de bilinmektedir¹⁹¹. Benzer şekilde Türk hukukunda da şiddete uğrayan ve uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması amacıyla aile mahkemesi kararıyla uygulanan önleyici tedbirleri (6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 5), birer özel hukuk tedbiri olarak nitelendirmek mümkün olmakla birlikte, uygulanacak tedbirleri talep etme yetkisine sahip olanlar arasında ceza hukukuna özgü tedbirleri andırır şekilde Cumhuriyet savcısının ve kolluk birimlerinin sayılması dikkat çekmektedir.

Bunların dışında hukuki tedbirlerle güvenlik tedbirleri, “tedbir” olmaları, açıkçası bir zararın veya hukuka aykırılığın meydana gelmesini önceden engellemeye yönelik olmaları açısından ortak özellik taşımaktadır. Ayrıca kural olarak hukuki tedbirlerin de karar verici makamın tespiti bakımından güvenlik tedbirleri gibi mevzuatla düzenlendiği ifade edilebilir¹⁹². Bununla birlikte birçok yönden özel hukuk

¹⁸⁹ Hollanda örneği için bkz. TAK, Peter J. P., “Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli”, Çev. ERDEMLİ, Mahmut, Küresel Bakış, 4 (12), Ankara, 2014, s. 58.

¹⁹⁰ DESSECKER, Axel, “Dangerousness, Long Prison Terms and Preventive Measures in Germany”, Séminaire GERN: Prison, Pénalité, Modernité Neuchâtel, 3 September 2008, <https://champpenal.revues.org/7508#ftn12>, Rn. 9.

¹⁹¹ Bir akıl hastasının tedaviye rıza göstermediği ve mahkeme kararıyla açıkça yetkilendirilmediği halde bir tedavi kurumuna yerleştirilmesi, insan hakları açısından sorunlu bulunmaktadır. AİHM, bu konuda kendisine yapılan bir başvuruda davalı devlet tarafından AİHS’nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5’inci maddesinin 1’inci fıkrası ile özel hayata saygıyı düzenleyen 8’inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. European Court of Human Rights, *Case of Storck v. Germany*, App. No. 61603/00, Strasbourg, Final, 16.9.2005, s. 18 vd., 42-43.

¹⁹² Örneğin bir yargı kararına dayanmasının zorunlu olduğu durumlarda, akıl hastalığı bulunan kişilere karşı uygulanacak tedbirler, bir güvenlik tedbiri olarak ceza muhakemesi vasıtasıyla alınabileceği gibi bir hukuki tedbir olarak medeni muhakeme vasıtasıyla da alınabilir. Benzer yönde bkz. DESSECKER, “Dangerousness”, Rn. 40.

tedbirleri ile güvenlik tedbirlerinin farklılık sergilediği de görülmektedir. İlk, hukuki tedbirlerin uygulanması için kural olarak bir suçun hatta hukuka aykırı bir eylemin işlenmesine gerek yoktur. Oysa güvenlik tedbirleri bir hukuka aykırılığın, bundan öte bir suçun varlığını gerektirir. İkincisi, hukuki tedbirlerin amacı, münhasıran belirli ya da belirlenebilir kişi ya da kişi gruplarının birtakım hukuki değerlerini koruma altına almaktır. Hâlbuki güvenlik tedbirleri potansiyel mağdurların yani kamunun tamamına ait olan hukuki değerleri muhafaza altına alarak sosyal savunmayı gerçekleştirmeyi amaçlar. Üçüncüsü, hukuki tedbirlerin uygulanması için failin şahsına özgü belli bir niteliğinin bulunması kural olarak aranmaz. Buna karşılık suje üzerinde uygulanan yani şahsa yönelik olan güvenlik tedbirlerinin uygulanma koşulu failin sosyal düzen bakımından tehlikeli olduğuna karar verilmesidir. Dördüncüsü, hukuki tedbirlerin uygulanması, tedbirin niteliğine göre mahkeme kararı üzerine mümkün olabileceği gibi mevzuat gereği bir özel veya kamusal makamın uygun görmesiyle de mümkün olabilir. Güvenlik tedbirlerinin infaz edilebilmesi için ise mutlaka bağımsız ceza mahkemesinin failin suçu işlediğini sabit görerek güvenlik tedbiri kararına hükmetmesi gerekir. Beşincisi, hukuki tedbirler karar verici makamı sınırlandıracak biçimde açıkça gösterilmiş olabileceği gibi bu konuda gerekli tedbirlerin alınması yetkili makama bırakılarak belirli ölçüde takdir yetkisinin tanınması da mümkündür. Oysa güvenlik tedbirleri *numerus clausus* ilkesine bağlı olduğu için mahkemenin ceza kanununda veya tedbir içeren diğer kanunlarda yazılı olandan başka bir güvenlik tedbirine hükmetme olanağı yoktur.

1.2.2.2.2. Kamu Hukuku Tedbirleri

Kamu hukuku tedbirleri, ilişkili olduğu hukuk dalı dikkate alınmak suretiyle kendi içinde önleme tedbiri, idari tedbir, polis tedbiri, cezai tedbir ve güvenlik tedbiri ayrımıyla incelenebilir. Güvenlik tedbirleri bir sonraki bölümde detaylıca ele alınacağı için bu başlıkta ilk dört tedbire yer verilmektedir.

1.2.2.2.2.1. Önleme Tedbiri

Suçluluk (*Kriminalität*), bireylerin, grupların ve toplumun genelinin yaşam kalitesini ve güvenliğini birçok yönden tehdit etmektedir. Her ne kadar sosyal koşullara ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak bireylerin algısında bazı dalgalanmalardan söz

edilebilirse de temel fenomen olarak suçluluğun bir toplumsal sabit/değişmez olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle önleyici tedbirler yoluyla suçlulukla mücadele toplumsal bir görev haline gelmektedir¹⁹³. İşte öğretilde ceza hukuku vasıtasıyla tehlikenin önlenmesi ile suçluluğun önlenmesinin farklı olduğu ifade edilmektedir. Suçluluğun önlenmesi (*Kriminalprävention*) ağırlıklı olarak yaşam koşullarıyla ve onu etkileyen nedenlerle ilgilenmektedir¹⁹⁴. Bu manada suçun önlenmesi, henüz başlangıçta yani fiilin işlenmesinden önce potansiyel suçun ve suçluluğun sebeplerini ortadan kaldırmayı ifade etmektedir. Bu kapsamda suçluluğun risk odaklı, aile odaklı ve okul odaklı önlenmesinden söz edilmektedir¹⁹⁵. Son yıllarda suçluluğun önlenmesi kavramına verilen önemin arttığı gözlemlenmektedir. Bunun alt yapısı olarak suça ceza yoluyla tepki gösterilmesinin asıl olduğu, ancak bunun etkilerinin sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle henüz cezalandırılabilir tipik hareket işlenmeden önce, kişileri bu harekete yönelten sebeplerin ortadan kaldırılması konusunda çabalar ortaya çıkmıştır. Suçluluğun önlenmesinde devletin temel aktör sıfatına sahip olduğu bir vakıa ise de vatandaşların ve sosyal grupların da suçluluk zemininin önlenmesi bakımından taşıdığı öneme dikkat çekilmektedir¹⁹⁶. Bu anlamıyla suçluluğun “sebeplerini ortadan kaldırmak” suretiyle önlenmesine ilişkin düzenlemeler, kriminoloji biliminin ilgi alanına dahildir. Görüldüğü üzere suçluluğun ceza hukuku kural ve yöntemleri dışında önlenmesi, henüz yalnızca tipik fiilin ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasına dayanan sosyo-psikolojik değerlendirmeleri zorunlu kılar.

Oysa önleme tedbiri (önleyici tedbir) (*vorbeugende/präventive Maßnahme*) kavramının kullanıldığı hallerde vurgulanan, ilk fiilin ortaya çıkmamasını sonuçlayacak bireysel ve toplumsal önlemler olmayıp, ihlal tehlikesini bertaraf ederek muhtemel ihlalin önünü almaya yönelen tedbirlerdir. Dolayısıyla önleyici tedbir kavramı, genel ve kapsayıcı bir kavramdır. Bilimin birçok alanında önleyici tedbir kavramına başvurulmaktadır. Hukuki açıdan ise bu kavram ceza hukuku ve idare hukuku boyutuyla hem kamu hukukunu hem de medeni hukuktan sağlık hukukuna ve iş hukukuna kadar geniş bir perspektifte özel hukuku ilgilendirmekle birlikte; kamu

¹⁹³ BILSKY, Wolfgang/DÖRING, Anna K./JANIK, Michael/WEBEL-THERHORN, Denise/DAHLE, Klaus-Peter, “Kriminalprävention”, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologies*, 2012 (6), s. 69.

¹⁹⁴ GROPP, *Strafrecht AT*, s. 37, Rn. 148.

¹⁹⁵ Gelişimsel ya da risk odaklı önleme, suçluluğun önlenmesi için kilit risk faktörlerinin belirlenmesi ve karşı konulması esasına dayanır. Aile odaklı önleme, ebeveyn-çocuk ilişkileri üzerinde durarak anti-sosyal çocukların ailelerinin çocuk yetiştirme konusunda eksikliğine ve bunun giderilmesi gerekliliğine vurgu yapar. Okul odaklı önleme ise eğitim programlarıyla suçluluğun önlenmesine uğraşır. Bkz. FARRINGTON, David P., “Crime Prevention”, *21st Century Criminology*, Ed. MILLER, J. Mitchell, SAGE Publications, California, 2009, s. 628 vd.

¹⁹⁶ BRUNNER, Rudolf/DÖLLING, Dieter, “Kriminalprävention”, *Jugendgerichtsgesetz*, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Heidelberg, 2011, Rn. 55.

hukuku özelinde idari tedbirleri, polis tedbirlerini ve güvenlik tedbirlerini bir bütün olarak ihtiva eder¹⁹⁷. Ceza hukuku açısından bir önleyici tedbirden söz edilecekse bunun herhalde “suç önleme” vasfını taşıması gerekir. Suç önleme tedbirinin fonksiyonu, suç henüz hiç ortaya çıkmadan veya yeniden ortaya çıkmadan engelleme şeklinde belirir. Nitekim yerine göre bu amaca hizmet eden idari tedbirler ile polis tedbirlerinde yakın bir ilk ihlal tehlikesini; tekrarrü önleme amacına yönelen güvenlik tedbirlerinde ise yeniden ihlal tehlikesini temel alarak gerçekleştirilen bir “önleme” faaliyeti söz konusudur. Bu açıdan ceza hukukuna özgü güvenlik tedbirleri dar anlamda birer önleme tedbiri niteliğindedir¹⁹⁸. O halde denilebilir ki, her güvenlik tedbiri bir önleme tedbiridir; oysa her önleme tedbiri bir güvenlik tedbiri değildir. Örneğin karaparanın aklanmasının önlenmesi amacıyla kötüye kullanılabilecek organlar için bilgi ve belge paylaşımı zorunluluğuna ilişkin bir tedbir, suç işlenmeden önce uygulanan idari tedbir; karapara aklama suçunu işleyen kişinin infazdan sonra denetimli serbestliğe tabi tutulması ise bir güvenlik tedbiridir. Bunların ilki suçun ilk kez işlenmesini, ikincisi ise tekrarını engelleme amacı taşıyan önleme tedbirleri olma paydasında birleşmektedir.

1.2.2.2.2. İdari Tedbir

İdari hukuka aykırılık karşısında uygulanan idari müeyyidelerden başka, idare hukuku açısından tehlike arz eden fiillerin önlenmesi amacıyla uygulanan tedbirlerden de bahsedilmektedir. Kanun koyucu aksini düzenlemiş olmakla birlikte¹⁹⁹ kanımızca idari müeyyideler ile idari tedbirler nitelikleri yönünden birbirinden farklıdır.

İdari tedbir, idari ihlalin idare hukuku kurallarıyla saptanan ve idari müeyyide dışında kalan hukuksal sonucuna verilen addır. Örneğin idare hukuku normlarına aykırı fiilin engellenmesi amacıyla uygulanan ve aşağıda ayrı bir başlık altında incelenen

¹⁹⁷ Ancak bu genellemenin karşılaştırmalı hukukta bazı istisnaları vardır. Örneğin Avusturya mevzuatında önleyici tedbirler kavramı, ceza hukukuna özgü güvenlik tedbirleri ile eş anlamlı kullanılmıştır. Avusturya CK’nın temelini oluşturan bölümler (1-16 ncı maddeler arasında kalan hükümler) kanunun ilk halinden bu yana değişmemiştir. Bunlar arasında güvenlik tedbirleri bakımından en fazla dikkat çeken hükümlerden biri ilk maddedir. “Kanunsuz ceza olmaz (*Keine Strafe ohne Gesetz*)” başlıklı bu maddede ilk göze çarpan husus, “güvenlik tedbiri (*Sicherungsmaßnahme*)” yerine aynı kurumu ifade etmek üzere “önleyici tedbir (*vorbeugende Maßnahme*)” kavramının kullanılmasıdır (ÖStGB § 1). Buradan hareketle Avusturya kanun koyucusunun güvenlik tedbirlerini, hukuki nitelik itibarıyla, birer önleyici tedbir olarak gördüğü çıkarılabilir.

¹⁹⁸ Krşl. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 731; HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 45.

¹⁹⁹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, idari tedbirleri de idari cezalar gibi birer idari yaptırım türü olarak kabul etmektedir. Kanun’un 16’ncı maddesine göre “(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. (2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir”. İdari tedbirlerin toplumsal düzene aykırı fakat suç teşkil etmeyen davranışlara karşı uygulanan tedbirler olduğu konusunda bkz. NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 23-24.

önleyici kolluk tedbirleri, idari tedbirlerin bir türünü oluşturmaktadır. Bu nedenle öğretide idarenin re'sen icra yetkisi kapsamında uyguladığı önleyici tedbirler alma yetkisini müeyyide kavramı dışında kabul eden görüşün isabetli olduğu kanısındayız. Gerçekten bu düşünceye göre, idari tedbir, sırf önleyici mahiyetinin gereği olarak müeyyide sayılamaz. Bu tedbirlerin yahut zor kullanma yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda müeyyide, ancak alınan tedbirlere veya zor kullanmaya riayetsizlik varsa uygulanabilir²⁰⁰.

İdari tedbirler, idari cezalar olarak da anılan idari müeyyidelerden birkaç yönüyle farklılık göstermektedir. Bunlardan ilki, idari tedbirlere, idare hukukunun idari işlemler için öngördüğü hukuksal rejimin uygulanmasıdır. İkincisi, idari tedbirlerin hukuka uygunluk/aykırılık değerlendirmesinde yalnızca idare hukuku ölçütlerinin dikkate alınmasıdır. Üçüncüsü, idari tedbirler için ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanmasına kural olarak gerek bulunmamasıdır²⁰¹. İdari müeyyide, geçmişteki idari ihlal karşılığında uygulanan cezalandırmaya yönelik bir tepki iken; idari tedbir, gelecekteki muhtemel idari ihlali engellemeye yönelik uygulanan bir önlemdir.

İdari tedbirler, müeyyidelerin aksine cezalandırma amacı gütmeyizler²⁰². Bu nedenle idari müeyyide ile idari tedbiri ayırt etmek için uygulanan hukuksal sonucun objektif anlamda cezalandırıcı nitelikte olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Diğer deyişle söz gelimi izne tabi olarak yürütülen bir faaliyete ilişkin iznin idare tarafından güvenlik kaygısıyla geri alınması örneğinde olduğu gibi, işlem muhatabı tarafından sübjektif olarak cezalandırma olarak algılansa bile geriye etkili olmadığından objektif olarak bir idari ceza değil tedbirdir²⁰³.

Kabahat dolayısıyla uygulanacak idari tedbirlerin türleri 5326 sayılı Kanun'da tek tek sayılmamış, mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri açıkça belirtilerek “diğer idari tedbirler”den bahsedilmekle yetinilmiştir. Bunun gerekçesi idari tedbirlerin

²⁰⁰ GÖLCÜKLÜ, s. 128-129. Nitekim yazarın katıldığımız düşüncesine göre (s. 129), müeyyidede esas olarak salt bir davranışa karşı önlem alma veya bir davranışın zorla yaptırılması için maddi kuvvet uygulama değil, zaten gerçekleşen bir riayetsizliği cezalandırma amacı, tehdidi ve tenkilinden söz edilmek gerekir.

²⁰¹ ULUSOY, s. 175. Yazar (Ibid.), idari tedbirleri birer idari yaptırım türü olarak kabul etmektedir.

²⁰² Cezalandırma amacı gütmemesi ortak bir nitelik olmakla birlikte modern hukuk sistemlerinde suçun işlenmesini henüz fiilin gerçekleşmediği dönemde engellemeye yönelik koruyucu tedbirler, ceza hukuku kurumu olan güvenlik tedbirleri değil, idare hukuku kurumu olan idari tedbirlerdir denilebilir. Bunlar yalnız idari ihlalin tekerrürünü önleme değil aynı zamanda henüz suçun işlenmediği ancak işlenmesinin muhtemel olduğu dönemlerde, suçun ilk kez işlenmesini önleme fonksiyonu da ifa edebilir. “Ceza arttıkça suç da artar” diyen *Ferri*'ye katılmamakla birlikte, Pozitivist Okul'un kurucusu *Lombroso*, ıslahî cezalardansa koruyucu önlemleri yeğlemektedir. Örneğin yetişkin olmayanların bir arada bulunduğu kurumları kontrol altına almak ve bu yerlerde pederastiyi önlemek için kadın yönetici tayin etmek önerisi, ceza veya güvenlik tedbiri değil, idari tedbir vasfındadır. Bkz. LOMBROSO, Cesare, Suç İşlemenin Biyolojik ve Sosyal Sebepleri, Çev. IRMAK, Sadi, Aydın Güler Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1963, s. 62.

²⁰³ TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 409, kn. 701.

çeşitliliği karşısında sınırlı sayım ilkesinin yetersiz kalacağı endişesidir. İdari müeyyidelerin türlerini oluşturan disiplin cezaları ve idari para cezalarının yeknesaklığı karşısında öğretide “öteki idari cezalar” başlığı altında incelenen²⁰⁴ ve duruma göre idari tedbir niteliği taşıması olası olan hukuksal sonuçların dağınıklığı, idari müeyyide ve tedbirleri ayıran bir diğer özelliktir.

İdari müeyyidenin amacı, idari ihlale yol açan kişiyi yaptırıma maruz bırakmak ve/veya idari ihlal sonucu tesis edilen işlemin geçersizliğini ortaya çıkarmaktır. Oysa idari tedbirin amacı, idari ihlalin gerçekleşmesini veya yinelenmesini engellemektir. Yani idari müeyyide bir idari ceza iken, idari tedbir bir idari önlemden ibarettir. Öyleyse idari müeyyidelerin bastırıcı, buna karşılık idari tedbirlerin önleyici karakteri ağır basmaktadır²⁰⁵. İdari tedbirlerin türleri arasında geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici elkoyma ve atipik idari tedbirler gibi bazı türler sayılmaktadır²⁰⁶.

İdari müeyyideler ile idari tedbirler farklı hukuki rejime tabidir. Ancak bazen iznin geri alınması, kamuya açık tesisin kapatılması, işyerinin mühürlenmesi veya sürücü belgesine elkonulması gibi örneklerde olduğu üzere, bir düzenleme veya uygulamanın idari müeyyide mi yoksa idari tedbir mi olduğu hususunda ikilem ortaya çıkabilir. Bu durumda hukuki rejimin belirlenmesi açısından idari yargı mercinin, söz konusu düzenleme veya uygulamanın amacına bakarak karar vermesinin isabetli olacağı kabul edilmektedir²⁰⁷.

İdari tedbirler ile güvenlik tedbirleri, gelecekteki ihlalleri önleyici karaktere sahip olmak bakımından ortak özellik gösterir. Bununla birlikte her iki tedbir, bazı açılardan farklılıklar arz eder²⁰⁸. İdari tedbirlerin dayandığı hukuki rejim idare hukuku kuralları olmasına karşın; güvenlik tedbirleri, ceza hukuku müessesesi olarak kabul edilmektedir. İdari tedbir uygulanmasına karar verme yetkisi idari bir makama ait iken, güvenlik tedbirlerine yargı makamı tarafından karar verilir. İdari tedbirin uygulanması için geleceğe yönelik bir idari ihlal tehlikesinin değerlendirilmesi gerekli olduğu halde, güvenlik tedbirinin uygulanması açısından değerlendirilmesi gereken husus, failde yeniden suç işleme tehlikesinin olup olmadığıdır. Dolayısıyla idari tedbirin uygulanması

²⁰⁴ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 239.

²⁰⁵ YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, XII Levha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 715.

²⁰⁶ Bkz. ULUSOY, s. 175.

²⁰⁷ TAN, İdare Hukuku, s. 409, kn. 701; KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 31.

²⁰⁸ İtalyan ceza hukuku öğretisinde “güvenlik tedbirleri (*misure di sicurezza*)” ile “önleyici tedbirler (*misure di prevenzione*)” birbirinden ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Bkz. ALPA/GAROFOLI, s. 1417 vd., 1457 vd.

için ihtimal değerlendirmesine konu olan fiilin/durumun tehlikeli olmasından bahsedilebilirse de failin tehlikeli olması gerekmez. İdari tedbir, idari ihlal vesilesiyle veya böyle bir ihlalin ortaya çıkma olasılığı üzerine uygulanabilir; oysa güvenlik tedbiri için kriminal anlamda bir (sebep) suçun işlenmesi gerekir.

1.2.2.2.3. Polis Tedbiri

Polis tedbirleri, kamu düzenini bozucu faaliyetleri veya bir suçun işlenmesini engellemeye yahut suç işlendikten sonra bunu soruşturmaya yönelik eylem ve işlemleri ihtiva eden tedbirlerdir. Türk hukukunda bu tür tedbirlere “kolluk tedbirleri”, bu tedbirleri fiilen yerine getiren kişilere “kolluk” adı da verilmektedir²⁰⁹. Polis tedbirleri, kendi içerisinde birincisi ihlalden önce ve sonra oluşu yani uygulanma zamanı, ikincisi bağlı bulunduğu mevzuat dikkate alınmak suretiyle ikili bir ayrımla incelenmektedir. Bunlardan ilki “önleyici polis tedbiri (*präventive Polizeimaßnahme*)”; ikincisi ise “bastırıcı polis tedbiri (*repressive Polizeimaßnahme*)” olarak anılmaktadır. Önleyici ve bastırıcı polis tedbirleri, hukukumuzda sırasıyla idari ve adli kolluk tedbirleri olarak incelenmektedir.

Önleyici polis tedbirleri, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku tedbirleri dışında kalan, kendine özgü yasal hükümlerle düzenlenen ve kolluğu muhatap alan tedbirlerdir. Bu tedbirler, idare hukuku sahasına dahil olan birer idari eylem niteliğindedir²¹⁰. Buradan hareketle, kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak ve toplumsal düzeni tehdit eden tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla kolluğun kendi iç işleyişine ve bağlı bulunduğu mevzuata uygun şekilde yerine getirdiği tedbirlere önleyici polis tedbirleri adı verilmektedir. Örneğin tehlikeli eşyaya el konulması veya trafiği engelleyici motorlu taşıtların çektilmesi ve emanete alınması birer önleyici polis tedbiridir. Bu tedbirlerin önleyiciliği, hukuki değerler üzerinde henüz gerçekleşmemiş tehlikelerin önlenmesini amaçlamasından ve tipik olarak henüz hukuk ihlali ortaya

²⁰⁹ Bkz. GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 558, 577 vd. Kolluk ve polisin birbiri yerine kullanılabilmesi hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 752, kn. 789. Polis kavramı işlev, faaliyet, örgüt ve personeli bir bütün olarak içermektedir (ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 564). Bu nedenle polis tedbirleri denildiğinde, yalnızca polislik mesleği mesuplarınca uygulanan tedbirleri anlamamak gerekir.

²¹⁰ Bkz. KUNZ, Karl-Heinz, “Einleitung”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2, Hrsg. KNAUER, Christoph, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2018, Rn. 60-61. Önleyici polis tedbirlerinin ceza hukuku kurallarına tabi olmaması, bunların cezalar gibi şahsileştirilmesi gereken ve ceza hukukunun teminatından yararlanan güvenlik tedbirlerinden farkını ortaya koyar. Bkz. RENDE, Domenico, “Yeni İtalyan Ceza Kanunu’nda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, Çev. KÖNİ, Burhanettin, İÜHF, 2, İstanbul, 1936, s. 88-89; HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 56.

çıkmadan önce uygulanmasından kaynaklanır²¹¹. Dolayısıyla bu tür tedbirler açısından temel amaç, tehlikenin önlenmesidir. Polis, bu tehlikeyi önlemek amacıyla kendi yetki kanununda yazılı faaliyetleri icra etmek ve gerekli önlemleri (*notwendige Maßnahmen*) (PVSK m. 2, 5, 9 vs.) almak durumundadır.

Bastırıcı polis tedbirleri ise polisin ceza muhakemesine hizmet eden tedbirlerini ifade eder. Bu özelliğinden dolayı bastırıcı tedbirler, zaten işlenmiş olan bir suçun varlığını gerektirir²¹². Dolayısıyla bu tedbirlerin baskıcılığı/bastırıcılığı, işlenen bir suçun araştırmaya ve soruşturmaya yönelmesinden kaynaklanır (StPO § 163/1; CMK m. 163/2). Bu tedbirler idare hukuku sahasına ait olmayıp, doğrudan ceza muhakemesi hukuku kuralları içerisinde değerlendirilir.

İlave etmek gerekir ki, bir polis tedbiri bazı hallerde hem önleyici hem bastırıcı bir etkiye sahip olabilir. İşte aynı anda hem tehlikenin önlenmesine hem de ceza soruşturmasına/adli takibata hizmet eden polis tedbirlerine öğretilen “çifte işlevli polis tedbiri (*doppelfunktionale/doppelfunktionelle polizeiliche Maßnahme*)” adı verilmektedir²¹³.

Tehlikenin önlenmesi aşamasında yani önleyici polis tedbirleri alanında savcının kolluğa talimat verme yetkisi yoktur²¹⁴. Dolayısıyla bu alanda kolluk, iddia makamı olarak savcılığın değil, kendi sorumluluğu altında hareket eder. Bu aşamada hâkimin veya mahkemenin bir faaliyetinden söz edilemeyeceğine göre bu organların da polis tedbirlerinin yetki sahası dışında kaldığı açıktır. Oysa bastırıcı polis tedbirleri savcının denetimi altında alınan önlemler olduğuna göre, bu alanda kolluğa talimat verme yetkisi adli otoritelere yani soruşturmada görevli savcıya aittir.

Polis tedbirleri ile güvenlik tedbirleri bazı açılardan ortak özellikler taşır. Bu ortak yönlerden ilki ve en önemlisi, her iki kurumun da “tedbir” niteliği taşımasıdır²¹⁵. O halde bunların ikisi de “müeyyide niteliği taşımama” paydasında birleşir. İkincisi, bu tedbirlerin düşünce aşamasını aşan fiilleri veya durumları konu edinmeleridir. Her iki

²¹¹ Bkz. KUGELMANN, Dieter, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2012, s. 11, Rn. 41. Örnekler için bkz. <http://www.rechtslexikon.net/d/polizeiliche-massnahmen/polizeiliche-massnahmen.htm>.

²¹² Bkz. KUGELMANN, s. 11, Rn. 40.

²¹³ SCHENKE, Wolf Rüdiger, “Rechtsschutz gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei”, NJW, (39), 2011, s. 2838 (ss. 2833-2844). Mütemadi suçlarda örneğin konut dokunulmazlığının ihlali suçunda (StGB § 123; TCK m. 116) soruşturma esnasında alınan polis tedbirleri bir yandan ceza soruşturmasına hizmet ettiği için bastırıcı tedbir; diğer yandan suçun gelecekteki temadisinin önlenmesine hizmet ettiği için önleyici tedbir niteliği taşır (KUGELMANN, s. 14, Rn. 55).

²¹⁴ GRIESBAUM, Rainer, “StPO § 161 [Ermittlungen; Verwendung von Daten aus verdeckten Ermittlungen]”, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 32.

²¹⁵ Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 56.

tedbir de kişilerin yalnızca düşündükleriyle yahut inandıklarıyla ilgilenmez²¹⁶. Aynı nedenle kişinin salt var oluş haline ilişkin özellikler de bu tedbirlerin uygulanma dayanağı olamaz. Bununla bağlantılı üçüncü bir ortak nokta, her ikisinin de geleceğe ilişkin bir tehlike halinin ortaya çıkmasını aramasıdır. Gerek polis tedbirleri gerekse güvenlik tedbirleri “tehlike” kıstasını temel alır. Polis tedbirlerinde dikkate alınan husus, kamu düzeninin bozulmasına dair yakın bir ihtimalin vuku bulmasıdır. Güvenlik tedbirlerinde ise prognostik bir faaliyette bulunmak suretiyle suçun tekrerrür etme tehlikesi değerlendirilir²¹⁷. Nihayet güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi polis tedbirlerinde de orantılılık ilkesine uygun hareket edilmelidir.

Polis tedbirleri ile güvenlik tedbirleri bazı açılardan ise birbirinden ayrılmaktadır²¹⁸. Birincisi, polis tedbirleri kanunla sınırlanmış değildir. Nitekim hangi durumda tehlikenin hangi tedbirle bertaraf edileceğini önceden belirleme olanağı yoktur. Bu nedenle mevzuatta kolluğun önleme faaliyetleri sayıldıktan sonra “gerekli tedbirler” gibi genel bir ifadeyle kolluğa belli bir hareket alanı bırakılmaktadır. Oysa güvenlik tedbirleri *numerus clausus* ilkesine tabidir. Kanunda öngörülmemiş bir tedbirin, mahkeme tarafından hal ve koşullar gerekçe gösterilerek uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla polis tedbirlerinde kanunilik ilkesinin alt prensibi olan belirlilik ilkesi güvenlik tedbirlerine kıyasla daha esnek uygulanır. İkincisi, polis tedbirlerine karar verme yetkisi, önleyici tedbirler açısından yetkili amire, bastırıcı tedbirler açısından savcıya özgülenmiş iken; güvenlik tedbirlerine karar verme yetkisi münhasıran mahkemeye (tedbir mahkemeleri mevcut olmadığı için ceza mahkemesine) aittir. Üçüncüsü, polis tedbirlerinde tehlikeyi yaratan veya hukuku ihlal eden kişinin gerçekten suçlu olup olmadığı kesin değildir. Oysa hakkında güvenlik tedbirine hükmolunan kimsenin suçu işlediği yönünde mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir. Dördüncüsü, polis tedbirlerine ilişkin karara karşı başvuru, kural olarak idari makama veya adli makama itiraz şeklinde yerine getirilirken; güvenlik tedbirlerine yönelik karara karşı denetim muhakemesine gidilir. Beşincisi, polis tedbirlerinin amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır. Oysa güvenlik tedbirlerinin amacı, failin iyileştirilmesi yoluyla toplumun güvenliğini temin etmektir.

²¹⁶ Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 484.

²¹⁷ Krşl. KUNTER, Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, İÜHFİM, 13 (4), İstanbul, 1947, s. 1344.

²¹⁸ Öğretide bir görüş, polis tedbirlerinin hiçbir suç işlenmeksizin bir suçun işlenmesinden önceki, güvenlik tedbirlerinin ise suçun işlenmesinden sonraki önleme tedbirleri olduğu düşüncesindedir. Bkz. KUNTER, “Emniyet Tedbirleri”, s. 1344; HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 56. Bu görüş, önleyici polis (idari kolluk) tedbirlerinin güvenlik tedbirleri karşısındaki konumunu açıklasa da bastırıcı polis (adli kolluk) tedbirleri ile güvenlik tedbirleri suçun işlenmesinden sonra uygulanma bakımından ortak bir yön taşımaktadır.

1.2.2.2.2.4. Cezai Tedbir

Ceza hukuku açısından cezalar ve güvenlik tedbirleri arasında kalan ve her ikisinden de bazı özellikler taşıyan tedbirlere “cezai tedbir (kriminal tedbir)” veya “ceza benzeri tedbir” yahut “ceza tedbiri” adı verilmektedir. Belirtelim ki, ceza benzeri tedbir kavramı, salt ceza hukukuna özgü bir kavram olmayıp özel hukuk ve kamu hukukunun çeşitli dallarında öngörülen hukuki sonuçlar için kullanılabilir²¹⁹. Karşılaştırmalı hukukta ceza hukukunun yanı sıra özellikle Avrupa Birliği hukukunda ve ticaret, vergi, idare hukuku gibi kriminal olmayan ceza içeren diğer bazı hukuk dallarında bu kavrama yer verildiği görülmektedir.

Cezai tedbirler, özünde cezanın karakteristiklerini taşıyan ve genel önleme/caydırma etkisine sahip olan hukuki sonuçlardır²²⁰. Cezai tedbirlerin suç vesilesiyle uygulanan ve geleceğe etki eden hukuki vasıtalar olmasının sonucu olarak, güvenlik tedbirlerinin de -biri cezai müeyyide olmamakla birlikte- suç dolayısıyla uygulanan ve yeniden işlenmesi muhtemel olan suçu önleme amacı güden bir hukuksal sonuç olduğu göz önünde bulundurulmak suretiyle “cezai tedbir” niteliği taşıdığı düşünülmesi muhtemeldir. Gerçekten öğretide ceza kanununda suç olarak öngörülen fiil nedeniyle uygulanan tedbirlerin hem biri cezai tedbir olduğu hem de yaptırım niteliği taşıdığı düşüncesi ileri sürülmektedir²²¹. Aynı zamanda bu olasılık bazen mevzuatta cezai tedbirler ile güvenlik tedbirlerinin eş anlamlı olarak düzenlenmesine yol açabilmektedir. Nitekim bu yönde bir düzenlemeye yer veren Türk hukukunda “ceza tedbirleri” ifadesi, mülga 1961 Anayasası’nın 33/2’nci maddesinde açıkça yer almıştır²²². 1982 Anayasası’nda cezai tedbir kavramı açıkça kullanılmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında ve bunlara ilişkin karşıoy gerekçelerinde, kanımızca isabetsiz olarak, bu kavram, ceza müeyyidesinin ertelenmesi veya paraya çevrilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve ön ödeme kavramlarıyla eş anlama gelecek şekilde kullanılmaya devam etmektedir^{223, 224}.

²¹⁹ Bkz. KÜHL, Lackner/Kühl-StGB, “Vorbemerkung”, Rn. 15b.

²²⁰ Müsaderenin ceza benzeri tedbir niteliğini ele alırken bu özelliklere vurgu yapan bir karar için bkz. VGH Mannheim (11. Senat), Urteil vom 19.04.2017 - 11 S 1967/16, BeckRS, 2017, 109939, Rn. 45 vd.

²²¹ Bkz. NUHOĞLU, Emniyet Tedbirleri, s. 23.

²²² Bu kavram öğretide örneğin tedavi veya ehliyetin iptali ya da çocukevine teslim gibi birtakım tedbirler için de kullanılmaktadır. Bkz. SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2003, s. 208.

²²³ Bazı karşıoy gerekçelerinde yer verilen görüşler şu yöndedir: “Ceza yaptırımlarının amacı toplumsal barışı sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için, suçun niteliği, işleniş biçimi ve kamu düzeninde yarattığı tehlike gözetilerek ne miktar ceza verileceğini ve tecil, paraya çevirme, ön ödeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza tedbirlerinin hangi tür suç ve cezalar için uygulanacağını, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde yasa koyucu takdir edecektir” (AYM, E.

Bununla birlikte güvenlik tedbirlerini örneklemek babında kullanılması halinde ifade edilmelidir ki, cezai tedbir kavramı kanaatimizce başlı başına çelişkilidir; çünkü mantıken bir tepki eğer cezai ise tedbir olmaması, buna karşın eğer tedbir ise cezai nitelik taşıması gerekir. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri yerine kimi zaman kullanılması tercih edilen cezai tedbir kavramının, kurumun niteliğini tam anlamıyla karşılamadığı görüşünderiz²²⁵. Fakat bazen kanunlar hem cezanın hem de güvenlik tedbirinin özelliklerini taşıyan bazı önlemler sevk etmiş olabilir. İşte bu hallerde “ceza tedbir” veya “ceza benzeri tedbir” kavramlarının kullanılması hukuki niteleme açısından olanaklı gözükmemektedir.

Bu doğrultuda karşılaştırmalı doktrinde cezadan sonra uygulanan bir tedbir olan önleyici güvenlik hapsinin bir cezai tedbir olarak ele alındığı görülmektedir. Örneğin Fransa’da hükümlünün cezanın infazı devam ederken işlediği birtakım suçlar dolayısıyla suçta tekrüre düşme ihtimalinin fazla olduğunun saptanması yani toplum bakımından tehlikeli olduğunun kabul edilmesi halinde uygulanan güvenlik hapsinin bir ceza olmadığı, ancak cezai tedbir niteliği taşıdığı kabul edilmektedir²²⁶.

Dolayısıyla her ne kadar cezai tedbir denildiğinde bazı hukuk uygulamalarında doğrudan güvenlik tedbirleri çağrışsa da karşılaştırmalı hukukta kimi ülkelerin ceza mevzuatında cezai tedbir ile güvenlik tedbirlerinin birebir aynı anlama gelecek şekilde kullanılmadığı fark edilmektedir. Bu ülkelerde ceza hukuku tedbirlerinin güvenlik tedbirlerini de kapsayan bir tedbirler bütünü olduğu söylenebilir. Örneğin Alman

2012/9, K. 2012/103, 5.7.2012). “Anayasa’da başlıca ceza ilkeleri belirtilmekte, bunların dışında kalan ceza konuları ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılıp o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini ve hangi ceza tedbirlerinin ve güvenlik tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptama yetkisi yasakoyucuya bırakılmaktadır” (AYM, E. 2010/69, K. 2011/116, 7.7.2011).

²²⁴ BM tarafından hapis cezasına seçenек düzenlemelerin ceza adaleti sistemi kapsamında incelendiği el kitabının Türkçe tercümesinde cezai tedbir ile ceza kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı algısına yol açabilecek bir çeviri yapılmakla birlikte (Bkz. Birleşmiş Milletler Uyşturucu Maddeler ve Suç Ofisi, Temel İlkeler ve Umut Veren Uygulamalar El Kitabı Hapsetmenin Alternatifleri, New York, 2007, s. 16), burada geçen “*criminal provision*” ibaresinin “ceza tedbir” olarak değil “ceza içeren veya cezai nitelik taşıyan hüküm” olarak anlaşılması gerektiği söylenmelidir. Metnin orijinali için bkz. United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook of Basic Principles and Promising Practices on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, United Nations, New York, 2007, s. 16. Dolayısıyla suçlulukla mücadelede ceza yasalarına gerekli olanın ötesinde ceza normları konulmasından vazgeçmek gerekli ise de önleyici amaçlı cezai tedbirlerin uygulanmasının öngörülmesi kabul edilebilir.

²²⁵ Aksi yönde bkz. CHANKSELIANI, Maizer, “Punishment and other Penal Measures”, ESJ, February Special Edition, 8 (2), 2012, s. 103 (ss. 98-108). Ülkemizde 1961 Anayasası’nca esas alınan kavramın, Fransızca aslı olan “*mesures de sureté*” deyiminin aynen Türkçe’ye çevrilmesinden kaynaklanan isabetsiz bir kullanım olduğu görüşü için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 567, dn. 1.

²²⁶ TAK, Peter J. P., “Yeniden Suç İşleme Riskinin Cezaların Türü ve Miktarını Belirlemede Rolü”, Çev. ERDEMLİ, Mahmut, Küresel Bakış, 4 (13), Nisan 2014, s. 16.

CK'nın 11'inci maddesinin 1/8'inci bendinde “tedbir (*Maßnahme*)” kavramının²²⁷, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerini²²⁸, suçtan meydana gelen malvarlığı değerlerinin mülkiyetinin devlete geçirilmesini, kazanç ve eşya müsadereğini ve kullanılamaz hale getirmeyi kapsadığının ifade edilmesi buna örnek gösterilebilir. Bu örnek özelinde ceza hukuku düzeninin esas aldığı tedbirin, bir hukuki sonuç olarak güvenlik tedbirini de kapsamına aldığı görülmektedir. Alman öğretisinde örneğin kazanç müsadereğinin hukuki niteliği tartışılırken, onun bir cezai tedbir veya bir diğer ifadesiyle cezaya benzeyen bir tedbir (*strafähnliche Maßnahme*) niteliğinde olduğu da kabul edilmektedir²²⁹. Buna karşılık tehlikeli eşya hakkında uygulanan müsadere, cezadan çok güvenlik tedbirine benzediği için güvenlik (tedbir) müsadereği (*Sicherungseinziehung*) olarak adlandırılmaktadır²³⁰. Dolayısıyla müsadereğin hem cezadan ve hem de güvenlik tedbirinden birtakım unsurlar taşıdığı; bununla birlikte cezaların ve güvenlik tedbirlerinin dışında kalan fakat ceza hukukuna özgü olan bir tedbir (*Maßnahme*) özelliği gösterdiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde Alman öğretisinde, hapis cezasının ertelenmesi üzerine belirlenen denetim süresi içinde mahkeme tarafından öngörülen yükümlülüklerin (StGB § 56b), failin işlediği hukuka aykırılığın tazminine hizmet ettiği gerekçesiyle bir ceza benzeri tedbir niteliğinde olduğu da ileri sürülmektedir²³¹.

Diğer bazı ülkelerde ise cezai tedbirler, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin dışında, kendine özgü bir tedbirler bütününe ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Örneğin Polonya CK'da asli ve fer'i ceza ayrımının kaldırılmasından sonra güvenlik tedbirlerinden de tamamen farklı olarak ceza tedbirleri adı altında bazı hukuki sonuçlara yer verilmiştir²³². Polonya ceza hukukunda “ceza tedbirleri (*penal measures*)”, kusur gerektiren yaptırımlar (*sanctions requiring fault*) olarak cezalar (*penalties*) içerisinde değerlendirilmektedir. Bu tedbirler, klasik cezalardan ayrı biçimde asıl cezaya

²²⁷ JESCHECK, Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev. YENİSEY, Feridun, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 62; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 6.

²²⁸ Bir görüşe göre, Alman CK'da güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen ve cezanın infazından sonra uygulanan muhafaza altına alma tedbiri (*Sicherungsverwahrung*), kamunun korunması ve tehlikeli suçluların yönetimi aracı olarak görülebilecek bir cezai tedbir niteliğindedir. Bkz. TAK, “Yeniden”, s. 17.

²²⁹ Bkz. JOECKS, Wolfgang, “Vorbemerkung zu § 73”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 11.

²³⁰ Bkz. HEGER, Martin, “StGB § 74b Sicherungseinziehung”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 29. Auflage, München, 2018, Rn. 2.

²³¹ Bkz. HEGER, Martin, “StGB § 56b Auflagen”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 29. Auflage, München, 2018, Rn. 1; HASSEMER, Winfried/KARGL, Walter, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 1.

²³² CENTEL, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, YÜHFD, 2 (2), 2005, s. 360.

eklenmektedir. Ancak aksi kanunda belirtilmediği müddetçe kural olarak ceza tedbirlerinin tümünün uygulanması gerekmez²³³. Birçok alt türden oluşan ceza tedbirleri, kusur gerektirmeyen yaptırımlardan ayrılmakta ve böylece güvenlik tedbirleri (*protective measures*) içerisinde yer almamaktadır²³⁴. Dolayısıyla ceza tedbirleri hukuki nitelik olarak, cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden farklı ancak cezalar içerisinde değerlendirilen tedbir türleridir.

Kanaatimizce güvenlik tedbiri ile cezai tedbir kavramları farklı anlamlara gelmektedir. Bu farklılık ilk olarak güvenlik tedbirinin iyileştirme yoluyla özel önlemeyi ve kamusal güvenliği ön plana çıkaran yapısından farklı şekilde cezai tedbirin kimi zaman ödetici karakterinin baskın olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin Türk hukukunda güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen hak yoksunluklarından bir kısmının veya kazanç müsaderesinin, güvenlik tedbirinden öte ceza niteliği ağır basan birer cezai tedbir olduğu söylenebilir. Nitekim her iki hukuki sonucun da güvenlik tedbirlerinin hukuki esasını teşkil eden “failin sosyal açıdan tehlikeliliği” kıstasına dayandığını ifade etmek mümkün değildir²³⁵. İkinci olarak cezai tedbir kavramının güvenlik tedbirinden daha geniş bir anlam ifade ettiği söylenebilir. Yine müsadere ve hak mahrumiyeti tedbirlerinde örneksendiği üzere, ceza hukuku sahasına dâhil olan ve kimi zaman önleyici kimi zaman caydırıcı nitelik taşıyan tedbirlerin “cezai tedbir” olarak nitelenmesi mümkün olduğu halde, bu nitelikteki her tedbirin güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmesi olanağı yoktur. Buradan hareketle cezai tedbir/ceza tedbiri kavramının kullanılmasının, bu tür tedbirlerin bir kısmının esasen fer’i cezaların özelliklerini taşımasından hareketle “fer’i ceza” kullanımı ile birlikte veya onun yerine karşılaştırmalı hukukta örneklerine rastlanıldığı üzere “ceza benzeri karakterini vurgulamak üzere” tercih edildiğini; buna karşılık aynı kavramın, söz gelimi eşya müsaderesinde olduğu üzere, bu tür tedbirlerin diğer bir kısmında ise tehlikenin önlenmesine yönelerek “güvenlik tedbiri benzeri karakterini vurgulamak üzere” kullanıldığı söylenebilir.

²³³ WRÓBEL, Włodzimierz/WOJTASZYK, Adam/ZONTEK, Witold, “Poland Country Report”, 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, s. 346.

²³⁴ Ceza tedbirleri, başlıklar halinde, kamu hizmetlerinden yoksunluk; belirli bir görevde bulunmaktan ya da mesleği icra etmekten yasaklanma; belirli bir ticari faaliyette bulunma yasağı; çocukların bakımı, gözetimi, yetiştirilmesi ve eğitilmesi ile ilgili faaliyetlerde bulunma yasağı; belirli sosyal gruplarla ilişki kurma veya belirli yerlerde bulunma veya belirli kişilerle görüşme ya da belirli kişilere yaklaşma yahut mahkemenin izni olmaksızın belirli bir yeri terk etmekten yasaklanma; kitlesel bir etkinliğe katılmaktan yasaklanma; kumar oynatılan tesislere girmekten veya kumar oyunlarıyla iştigal etmekten yasaklanma; meskun binayı düzenli aralıklarla terk etme emri; motorlu taşıt kullanma yasağı; maddi ödemede bulunma ve kararın yayınlanması gibi alt türlerden oluşmaktadır. Bkz. WRÓBEL/WOJTASZYK/ZONTEK, s. 346-349.

²³⁵ Öğretide bir görüş, bunlara eşya müsaderesini de dahil ederek, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak “ceza tedbirleri” biçiminde nitelendirilebilmesi olanaklı olsa da bu kurumların güvenlik tedbiri sınıfına sokulamayacağı düşüncesindedir. Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 700.

1.3. HUKUKİ SONUÇLAR SİSTEMLERİ

Güvenlik tedbirleri ile cezalar arasındaki sistematik ilişki konusu öğretilerde tartışılmış ve temelde iki alternatif üzerinden yürütülen önerilere son dönemde bu hukuki sonuçlar dışında kalan ve diğer alanlardan ceza hukukuna adapte edilen bazı kurumların varlığı da dikkate alınmak suretiyle iki yeni alternatif daha eklenmiştir. Böylece ceza hukukunun hukuki sonuçlar sisteminde kaç “iz”in bulunduğu sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Bunları tek, iki, üç ve çok izlilik başlıkları altında irdelemek mümkündür.

1.3.1. Tek İzlilik Sistemi

1.3.1.1. Genel Özellikler

Bir ceza hukuku düzeninde suçun hukuki sonucu olarak ya cezaların ya da güvenlik tedbirlerinin uygulanması öğretide “tek izlilik (*Einspurigkeit*) sistemi”²³⁶ veya “teklik sistemi (*monistisches System*)”²³⁷ olarak tanımlanmaktadır. Güvenlik tedbirleri sistemi ceza kanunlarında yer almadan önce, hukuki sonuçlar sistemi tek bir izden meydana gelmekteydi. Bu iz, failin kusurlu olduğunu peşinen kabul eden ceza yaptırımıdır. Bu durum akıl hastaları veya kusur yeteneğinden bağışık faillerin diğerlerinden ayrı bir yargılamaya tabi tutulmasına müsaade etmemiştir. Dolayısıyla 19’uncu asrın sonlarında çağdaş reform hareketleri ortaya çıkmadan önce tek izlilik sistemi, hukuki sonuçlar sisteminin yalnızca cezalardan oluşan bir sistem üzerine kurulması sonucunu ortaya çıkarmıştır²³⁸. Diğer bir deyişle, güvenlik tedbirleri sisteminden haberdar olunmayan bu zamana kadar bütün çağcıl ceza kanunlarında tek sistem “ceza sistemi” olarak kabul edilmiştir²³⁹. Tek izli sistemin ilk olarak misilleme odaklı cezayla belirmesi, bu hukuk dalının adının da tarihsel olarak neden “ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku” değil de “ceza hukuku” olarak kullanılageldiğini açıklamaktadır²⁴⁰.

²³⁶ Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 2-3, Rn. 4.

²³⁷ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 1. Ayrıca bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 11.

²³⁸ Bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 258.

²³⁹ Bkz. HENTIG, Hans von, Die Strafe II: Die modernen Erscheinungsformen, Springer Verlag, Berlin, 1955, “Vorwort”.

²⁴⁰ Benzer yönde bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 12.

Tek izlilik sistemi (monist sistem), cezaların ve tedbirlerin görevlerini suçun yegâne hukuki sonucu olarak kombine eden bir sistemdir²⁴¹. Denilebilir ki, aşağıda yer verilecek olan iki izlilik sisteminin aksine, tek izlilik sisteminin ve buna yönelen kural ve düzenlemelerin iki şekilde ortaya çıkması mümkündür²⁴²: Bunlardan ilki, tedbirler kabul edilmeyerek ilerideki hukuk ihlallerine karşı, cezaya, ilave bir önleme görevi yüklenmesi şeklinde olabilir. Bir diğeri ise tam tersine, cezanın, tümüyle ve temelinden, failin kusurundan ziyade tehlikeliliğini esas alan güvenlik tedbirleri ile yer değiştirmesi biçiminde gerçekleşebilir.

Tek izlilik sisteminde cezalar ve tedbirler birbiriyle karıştırılarak ya anlamı belirsiz bir “güvenlik cezası” olarak düzenlenebilir ya da cezadan tamamen feragat edilerek bir muhafaza altına alınma tedbiri olarak kabul edilebilir²⁴³. Öğretide güvenlik tedbirlerinin birer sosyal savunma vasıtası olarak değerlendirildiği, ilgililerin temel haklarına müdahale niteliği taşıyan bu tedbirlerin yalnızca halkı daha önemli hukuka aykırı eylemlere karşı korumak amacıyla uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁴⁴. Bu kabul, güvenlik tedbirleri konusunda sürekli atıf yapılan sosyal savunma anlayışının irdelenmesini gerektirmektedir.

Nitekim 19’uncu yüzyılın sonlarında İtalyan pozitivist *Enrico Ferri* ceza hukuku ve yargılama usulünde yeni bir anlayışı savunduğu ve suçu toplumsal bir olgu olarak incelediği eserlerinde, mevcut ceza hukukunu spesifik bir önleme hukuku ile mübadele etmeyi önermiştir. Bu talep daha sonra sosyal savunma teorisyenleri tarafından dikkate alınmıştır²⁴⁵.

1.3.1.2. Tek İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri

1.3.1.2.1. Sosyal Savunma Doktrini

1.3.1.2.1.1. Genel Olarak

Sosyal savunma doktrini, *Florian*’ın ifadeleriyle, toplumu, kelimenin abartılı veya suni anlamıyla değil bilimsel anlamıyla bir “organizma” olarak kabul eder.

²⁴¹ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 11.

²⁴² Benzer yönde bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3.

²⁴³ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 11.

²⁴⁴ Bkz. GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1.

²⁴⁵ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3.

Öyleyse bu organizmanın yaşaması, devamlılığını sürdürmesi ve geliştirilmesi için ona yönelen herhangi bir ihlal reddedilmeli, bundan daha iyisi, böyle bir ihlal mümkün olduğunca önlenmelidir. İşte ceza hukuku, meşru toplumsal çıkarları korumanın ve savunmanın bir aracı olarak doğal bir zorunluluktur ve toplumun vazgeçilmez bir parçasıdır²⁴⁶.

Ceza hukukunun sosyal savunma tedbirleri, gelecekte suç işlenmesini önlemeyi amaçlayan tedbirlerdir. Toplumun, belirli suçlulara karşı, bunları yeniden keşfetmek suretiyle en iyi biçimde korunabileceği düşünülmektedir²⁴⁷. Bu nedenle sosyal savunma doktrini, güvenlik tedbirleri hukuku bakımından özellikle incelenmesi gereken bir fikirler sistemidir. Nitekim önleyici düzenlemelerin modern öncülerinin yirminci yüzyılın başlarında ve ortasında birkaç Avrupa ülkesinde ortaya çıkan suç öncesi (*ante delictum*) güvenlik tedbirlerine kadar geri götürülebileceği düşüncesinden bahsedilebilmektedir. Bu düşünce üzerinde yoğunlaşanlar ise sosyal savunma teorisyenleridir. Sosyal savunma doktrinin esas aldığı bu düşünce, suçu her şeyden önce bir “*e’tat dangereux* (tehlikeli durum)” semptomu olarak görmektedir. Bu doktrin, özünde, ceza adaleti sistemi içerisinde önleyici ve rehabilite edici tedbirlerin uygulanması için kriminal anlamda bir suçtan dolayı karar verilmesine gerek olmadığını, failin durumundaki kötüleşmeyi önlemek için de tedbir uygulanabileceğini düşünmektedir²⁴⁸.

Sosyal savunma veya toplumsal savunma (toplumsal himaye) kavramı, hemen her ceza hukuku doktrininde atıf yapılan bir kavramdır. Belirtelim ki öğretilerde sosyal savunma kavramı, semantik metamorfozun (anlambilimsel başkalaşımın) en iyi örneklerinden biri olarak gösterilir. Diğer bir deyişle, bu kavram muğlaktır ve yorumcunun esas aldığı teoriye göre desteklenmesi olasıdır. Nitekim *Beccaria*’nın yazılarında yer verdiği bu kavram, söz gelimi *Romagnosi* tarafından “kriminal eylemlere karşı bireylerin savunma hakkı”nı anlamlandırmak için yani suçluluk tehlikesine karşı genel bir toplumsal fenomen olarak kullanılmıştır. *Ferri* ve *Carnevale* ise sosyal savunmaya “cezanın bir fonksiyonu” olarak referansta bulunmuşlardır²⁴⁹.

Sosyal savunma kavramı, genel ve klasik anlamıyla ise kurumsallaşmış ve bazen de katılaştırılmış ceza müeyyideleriyle suça ve suçluluğa karşı toplumun korunması anlamında ele alınmaktadır. Örneğin *Vidal* ve *Magnol*’e göre ıslah edici veya korkutucu

²⁴⁶ FLORIAN, Eugenio, Trattato di Diritto Penale, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 2. Edizione, Milano, 1910, § 8, s. 63 (DEZZA/SEMINARA/VORMBAUM, s. 162).

²⁴⁷ CANTOR, “Italy”, s. 221.

²⁴⁸ BRUINSMA, Gerben/WEISBURD, David (Eds.), Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice, Springer Verlag, New York, 2014, s. 3911-3912.

²⁴⁹ CANALS, s. 547.

olsun, toplumun korunması vasıtası cezadır²⁵⁰. Dolayısıyla sosyal savunmayı temin etme fonksiyonu da cezaya aittir. Bu düşüncenin en baskın formu olan geleneksel toplumsal savunma anlayışında toplumun korunmasının cezalandırmada sertliğin artmasıyla doğru orantılı olduğu düşünülmüştür²⁵¹. Baskıcı ceza hukukunun ürünü olan, bu anlamda mutlak ve kesin bir toplumsal korunmanın ise bireyin haklarını görmezden gelme ihtimali yüksektir²⁵². Geleneksel sosyal savunma doktrinin ne pahasına olursa olsun toplumun korunması fikrini temel alması, öğretide bazı görüşlerce Alman nasyonal sosyalist rejiminin böylesi bir korunmayı tesis etmek için insanların yaşamına son vermeyi göze alacak bir sistem oluşturmalarıyla dahi ilintilendirilmektedir²⁵³.

Zamanla sosyal savunma fikri, daha geniş bir anlam kazanarak, cezanın müesseseleştirilmesi ve toplumun her hâl ve yöntemle savunulması dışında da algılanmaya ve yorumlanmaya başlanmıştır. Bu algı ve yorum özellikle okullar çatışmasıyla hemen aynı döneme rast gelmektedir. On dokuzuncu yüzyılın sonlarında ve yirminci yüzyılın başlarında, suçlunun yaptığı için karşılığını ödemesi anlayışı yerine, giderek, onun etkisizleştirilmesi ve ıslah edilmesi yoluyla toplumun korunmasına bağlı bir ceza felsefesi ortaya çıkmıştır. Böylece önceden tespit edilmiş ve sabit/durağan cezalar yerine, münferit olarak tespit edilen bireyselleştirilmiş cezalara yahut önlemlere yer verilmesi gerektiği savunulmuştur²⁵⁴. Bunun neticesinde tek katmanlı hukuki sonuçlar sisteminin bir parçası olarak “sosyal savunma (*défense sociale*) (*Sozialverteidigung*) doktrini” ortaya çıkmıştır. Felsefi kökenleri *Platon*’a, *Aristoteles*’e, *Augustinus*’a, *Hobbes*’a ve *Romagnosi*’ye kadar ulaşan²⁵⁵ sosyal savunma doktrininin, hukuki temelleri ise İtalyan Pozitivist düşünürler *Ferri* (1921 Tasarısı) ve *Garofalo*’ya kadar dayandırılmaktadır²⁵⁶.

²⁵⁰ VIDAL, Georges/MAGNOL, Josephe, Ceza Hukuku, Çev. DEVRİN, Şinasi Z., Ankara Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1949, s. 8.

²⁵¹ Bu tür bir toplumsal korunma anlayışının geri planında, toplumun, suçlunun cezalandırılmasına ve böylece suçun önlenmesine yönelik talebinin hümanist duygulara baskın gelmesi, dolayısıyla “intikam çağrısının her zaman merhamet itirazını bastırması” gösterilmektedir. Buna göre gerek bireysel gerek ırksal olarak kendini koruma dürtüsü, kaçınılmaz olarak insancılığı geçersiz kılar. Bkz. SCOTT, s. 308.

²⁵² ANCEL, Social Defence, s. 9-12.

²⁵³ Bkz. ANCEL, Social Defence, s. 12.

²⁵⁴ Bkz. McLAUGHLIN, Eugene/MUNCIE, John, The Sage Dictionary of Criminology, SAGE Publications, 2. Edition, London, 2006, s. 397.

²⁵⁵ GRAMATICA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, Çev. SELÇUK, Sami, İmge Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 39-40; ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 73.

²⁵⁶ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12. Sosyal savunma teorisyenleri savundukları öğretiyi *Lombroso*’nun “Suçlu İnsan” eserine kadar geri götürmektedir. Böylece çağdaş toplumsal savunma düşüncesinin kökeni İtalyan Pozitivist Okul temsilcilerine dayandırılmaktadır. Örneğin *Ancel*, sosyal savunma kavramının biri hekim, biri hukukçu ve diğeri yargıç olan üç ayrı bilim insanının ortak hareketinden doğduğunu ifade etmektedir. Buna göre *Lombroso*’nun yarattığı “suç antropolojisi”yle *Ferri*’nin ortaya koyduğu “suç sosyolojisi”nin *Garofalo* tarafından “kriminoloji” adıyla sentezlenmesi sonucunda sosyal savunma anlayışı türemiştir (ANCEL, “Toplumsal

Gerçekten Klasiklerden farklı olarak^{257, 258} Pozitivistler, sosyal savunma doktrinini toplumun suçluluktan korunması olarak ele almışlardır. Onlara göre sosyal savunma, toplumun tehlikeli ve itiyadi suçlulara karşı himaye edilmesi anlamına gelmektedir. Söz gelimi *Enrico Ferri* sosyal savunma terimini, manevi sorumluluk (kusur) ve kefaret anlayışı yerine bireyin kişisel ihtiyaçlarını yansıtan indetermine bir tretman vasıtası olarak cezanın amacını ve gerekçesini açıklamak üzere kullanmıştır. İtalyan Pozitivist Okulu, on dokuzuncu yüzyılın sonlarında, bu yüzyılda bastırıcı ceza hukuku anlayışının caydırıcılık esasına dayanan sosyal savunma argümanlarının başarısız olduğunu ve ceza adaletinin doğrudan ve baskın öncelikli amacı olan toplumsal savunmayı gerçekleştiremediğini ileri sürmüştür. Bunun yerine sosyal savunmanın artık kusura dayanan bireysel sorumluluk yerine suçlunun “tehlikeli durumu”na odaklanan önleyici tedbirlere odaklanmasını savunmuştur²⁵⁹.

Fakat ceza hukukunun temeli olarak sosyal savunma akımının ilk büyük temsilcisinin 1910 yılında kaleme aldığı “Toplumsal Savunma ve Ceza Hukukundaki Değişimler” isimli eseriyle Uluslararası Ceza Hukuku Birliği’nin de kurucularından olan Belçikalı hukukçu *Adolphe Prins* olduğu söylenebilir²⁶⁰. *Prins*’in görüşleri UCHB’nin görüşlerinin sistematikleştirilmesi bağlamında önemli yer tutmaktadır.

Savunma”, s. 74). Aynı kabul için bkz. MAGGIORE, Guiseppe, *Principi di Diritto Penale*, Vol. I: Parte Generale, Nicola Zanichelli, Bologna, 1932, s. 359. Buna karşılık *Florian*’a göre, sosyal savunma doktrini, manevi sorumluluk prensibini reddeden hemen tüm teorilerin temeline yerleştirilebilir, dolayısıyla Pozitivistlerin bu konuda kendi özgün katkılarını yaptığından söz edilemez. Bununla birlikte Pozitivist Okul’un sosyal savunma teorisini daha organik bir temel üzerine yerleştirdiğinden ve tüm mantıksal çıkarımlarını bu teori üzerine kurguladığından bahsedilebilir (FLORIAN, § 8, s. 63).

²⁵⁷ Bu vesileyle öğretilde sosyal savunma doktrinin tarihsel açıdan yeknesak bir kullanıma sahip olmadığını vurgulandığını da belirtmemiz gerekir. Gerçekten on dokuzuncu yüzyılın sonları ile yirminci yüzyılın başlarında Avrupa’da örneğin *Tarde* ve *Signorel* gibi bazı sosyal kuramcılar ile ceza felsefecilerinin, sosyal savunmanın suçun ceza hukuku tarafından bastırılması ve katı/müşahhasız cezaların uygulanması yoluyla sağlanacağını düşünmesi, Klasik Hukuk Okulu’nun doktrinini veya eski sistemin (*ancien régime*) ilkelerini yansıtmak bakımından önemlidir (McLAUGHLIN/MUNCIE, s. 397). Görüldüğü üzere sosyal savunma kavramı, birbirinden temelde farklı olan iki anlayışla açıklanmaya çalışılmıştır. Bunlardan ilki, suçlunun cezalandırılmasıyla toplumun savunulacağını kabul eden “eski (gelenekçi) anlayış”, ikincisi ise Birleşmiş Milletler’in 1948’de kurulan Toplumsal Savunma Kurulu’na kabul edilen ve suçun önlenmesi ile suçlunun tedavi edilmesi şeklinde formüle edilen “yeni (modern) anlayış” olarak karşımıza çıkmaktadır. Eski anlayışla yeni anlayış arasındaki fark, modern anlayışın önleme ve tedavi unsurlarının gelenekçi anlayışta yer almamasıdır (ANCEL, *Social Defence*, s. 17-18). Bu fark aynı zamanda Klasiklerle Pozitivistlerin bakış açısındaki farklılığı da ortaya koymaktadır. Klasikler sosyal savunmanın bastırma ve kefaret ile sağlanacağını düşünürken, Pozitivistler aynı hedefin önleme ve ıslahla sağlanacağı kanısındadır.

²⁵⁸ Klasiklerde sosyal savunma anlayışının teorik temeli *Beccaria*’ya kadar geri götürülebilir. Klasik teoride sosyal savunmanın ilk anlamı ise toplum sözleşmesi kuramlarıyla açıklanmaktadır. Bireyler, toplum sözleşmesi ile topluma dâhil olarak devleti meydana getirirken cezalandırma hakkından toplum lehine feragat etmişlerdir. Toplumun cezalandırma hakkı, herkes adına ve toplumun savunulması gerekçesiyle uygulanacaktır. Bu anlayış *Bentham*’ın faydacı anlayışıyla sınırlanmıştır. Bkz. ANCEL, *Social Defence*, s. 13.

²⁵⁹ McLAUGHLIN/MUNCIE, s. 397; ANCEL, *Social Defence*, s. 14; ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 74.

²⁶⁰ GRAMATICA, s. 40; McLAUGHLIN/MUNCIE, s. 397; ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 79.

Prins, toplumsal savunma tedbirlerini anormal ve itiyadi suçlular bakımından ikiye ayırmış, onun bu ayrımı 9 Nisan 1930 tarihli Toplumsal Savunma Kanunu'nda da yer almıştır. 1930'lu yıllarda Birleşik Devletler ve Latin Amerika'da olduğu üzere toplumsal savunma kanunlarına, bu veya başka bir ad altında yer veren kimi ülkelere rastlanmaktadır²⁶¹.

Belirtelim ki bir penolojik kavram olarak ele alındığında ise sosyal savunma kavramının kökeninin on dokuzuncu yüzyılın başlarına kadar geri götürülmesi mümkündür. 1831 yılında İtalyan hukukçu *Carmignani* tarafından, suç ve cezaların katı bir biçimde uygulanması yönteminin “sosyal suç” ve “sosyal savunma” kavramlarına dayanan yeni bir ceza teorisi ile değiştirilmesi gerektiği savı ortaya atılmıştır. *Carmignani*'nin sosyal savunma doktrinine ilişkin vizyonunun on dokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru Pozitivist Okul'un devrimci fikirleri açısından da belli bir ivme sağladığı ve bunlar tarafından kabul gördüğü ifade edilmektedir²⁶². Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sosyal savunma (*défense sociale*) terimini, kusurun dengelenmesi ve kefaret anlayışına karşı bir nevi antitez olarak ele almaktadır²⁶³.

Sosyal savunma doktrini, geniş çaplı olarak ilk kez 1947'de San Remo'daki uluslararası bir kongrede ele alınmıştır. Bu kongrede sosyal savunma akımının temsilcileri, ceza hukukunda bir reform üzerinde durmuşlar ve yaptırım hukukunun ilk etapta suçlunun sosyal tehlikeliğine göre ayarlanmasını talep etmişlerdir. Burada fiil kusuru (*Tatschuld*) ilkesinin aşağı yukarı tümüyle değiştirilmesi ve kategorize edilmiş suçlu gruplarına uygun bir güvenlik tedbirleri hukukunun ikame edilmesi konusunda istemde bulunulmuştur. Bu tutum, kusur ceza hukukundan yani bireysel ceza sorumluluğundan radikal bir kopuş anlamına gelmektedir. Öyle ki failin insancıl ve doğal kişiliğinin sosyal açıdan değeri ceza sorumluluğunun yerine geçmelidir²⁶⁴.

1.3.1.2.1.2. Yeni Sosyal Savunma Doktrini

Sosyal savunma doktrininin görüşlerinin daha ılımlı şekilde “yeni sosyal savunma (*défense sociale nouvelle*) (*die neue Sozialverteidigung*) doktrini” tarafından temsil edildiği görülmektedir. Yeni sosyal savunma akımı Fransa'da ortaya çıkarak zamanla genişleyen bir düşünce sistemidir ve bu akımın en önemli savunucusu ve

²⁶¹ Bkz. ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 80 vd.

²⁶² McLAUGHLIN/MUNCIE, s. 397.

²⁶³ BverfG, “Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord”, NJW, 1977, s. 1532 (ss. 1525-1534).

²⁶⁴ MÖLLERS, Martin H. W., “Sozialverteidigung”, Wörterbuch zur Inneren Sicherheit, Hrsg. LANGE, Hans-Jürgen, Wiesbaden, 2006, s. 304; GRAMATICA, s. 37-41.

temsilcisi olarak Uluslararası Sosyal Savunma Derneği'nin (*Société Internationale de Défense Sociale*) de uzun süre başkanlığını yapmış olan Marc Ancel (1902-1990) gösterilmektedir²⁶⁵. Ancel, insanların sorumluluğunu kabul etmekle birlikte, bedel ödetmekten ziyade mahkûmu toplumsal yaşam için geri kazanmanın ana hedef olduğu yeni bir ceza adaleti sistemi önermiştir²⁶⁶.

Yeni sosyal savunma doktrini, klasik sosyal savunmanın suça karşı toplumun korunmasının sert cezalarla ve suçluya yaptığını ödetmeyle mümkün olabileceğine ilişkin geleneksel görüşlerine karşı olumsuz bir tavır almaktadır. Toplumsal savunmanın intikam ve bedele dayanan anlayışını, suçun ve suçlulara yönelik tekdüze uygulamanın önceden belirlenmesine yönelik politikayı inkâr etmekte, ceza hukukunun sürekli²⁶⁷ bir biçimde insancılaştırılmasını, bunun yanında modern bilimlerle işbirliği içerisinde suçlunun daimi olarak resosyalize edilmesini savunmaktadır²⁶⁸. Buna karşılık yeni sosyal savunma akımı, ceza sorumluluğunu ve cezalandırmayı tümüyle kaldırmayı öngören sosyal savunmanın modern anlayışının katı formundan yani aşırı anlayışından ise uzaklaşmaktadır²⁶⁹.

Yeni sosyal savunma öğretisi, temelde kusurluluk ve sorumluluk prensiplerini kabul etmekle birlikte, geleneksel/klasik sosyal savunmanın aksine, insancıl mülahazalarla suçluların yeniden sosyalleştirilmeleri olanağı bulunduğu anda öncelikle bu yardımın yapılması gerektiğini ve bu aşamada kusurluluğun dengelenmesi fikrinin ihmal edilebileceğini kabul eder. Bu doktrinin birçok fikri, kusur sorumluluğu ilkesine bağlılığı zedelemeksizin, Alman ceza hukuku reformunda da yer almıştır²⁷⁰.

²⁶⁵ Bkz. ANCEL, Marc, *Social Defence*, Çev. WILSON, J., Taylor & Francis, London, 1965, s. 124 vd.; ANCEL, "Toplumsal Savunma", s. 82; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3; JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4; CANALS, s. 549. Ancel'in modern sosyal savunmayı tanımladığı kitabının "What is Social Defence" başlıklı bölümünün Türkçe bir çevirisi için bkz. ANCEL, Marc, "Toplumsal Savunma Nedir?", Çev. BAYRAKTAR, Köksal, İÜHFM, , 37 (1-4), İstanbul, 1971, ss. 325-345.

²⁶⁶ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3.

²⁶⁷ Buradaki "süreklilik" suç ve ceza politikası tercihlerinin zamana ve yere göre değişkenlik gösteren yapısından kaynaklanmaktadır. Örneğin Fransa'da devrim öncesi hukukta hırsızlığın cezası idam iken, 1810 tarihli Ceza Kanunu'nda ilgili fiilin müeyyidesi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına indirilmiştir. Günümüzde ise ilk kez basit hırsızlık yapan kimsenin cezası çoğu kez ertelenmektedir. Görüldüğü üzere, toplumsal yaşamdaki evrim, suç politikasının ve hukuki sonuçlar sistemine ait vasıtaların da evrilmesine yol açmaktadır. Ancel, suça karşı toplumsal savunmanın da durağan olmayacak biçimde toplumsal ve insancıl değerlere saygı felsefesiyle ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Bunu sergileyecek düşünce modeli ise toplumsal savunma akımı ile ortaya konulmaktadır. Bkz. ANCEL, "Toplumsal Savunma", s. 72-73.

²⁶⁸ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74-75, Rn. 4. Bu özellikleri nedeniyle HAFIZOĞULLARI/ÖZEN (Türk Ceza Hukuku, s. 114), yeni sosyal savunma akımını, "kökünde Pozitivist okulun etkileri olan ve hukuktan çok kriminolojik yönleri ağır basan bir düşünce tarzı" olarak nitelemektedir.

²⁶⁹ Bkz. ANCEL, "Toplumsal Savunma Nedir?", s. 337, 340, 342-343.

²⁷⁰ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 24.

Pozitif ceza hukukunun etkisiyle birçok cezacı için sosyal savunma kavramının esas anlamı, tehlikeliliğin kabul edilmesi, suçun önlenmesi ve bu amaçla geleneksel ceza hukukunun öngördüğü cezaların yanı sıra güvenlik tedbirlerine yer verilmesidir. Örneğin Roux, toplumsal savunmayı güvenlik tedbirlerinin sistematize edilmesi olarak görürken, *Grispigni*'ye göre kusur yeteneği olmayan failin tehlikeliliğine karşı uygulanan araçlar toplumsal savunma tedbirleridir²⁷¹. Esasen yeni sosyal savunma doktrininin özünde cezanın yalnızca suçun karşılığı olmasını öngören bir toplumsal himaye düşüncesine karşıtlık yer almaktadır. Sosyal savunmaya dayalı çağdaş ceza hukuku siyaseti, birey ve toplum arasında bir karşılaştırma yapmalıdır. Buna göre suçun yalnızca kanuni tipte yer alması ve bunu işleyen faile ceza verilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda suçun toplumsal ve tabii şekilde insana bağlı bir fenomen olarak dikkate alınması, yani hem sosyal hem bireysel bir olgu olarak görülmesi, fail karşısında ceza haricinde gözetilmesi gereken önlemlerin araştırılması ve suçun tekrarının önlenmesi gerekmektedir²⁷².

Yeni sosyal savunma hareketinin üç temel faktör üzerine olumlu katkı sağladığı söylenmektedir. Evvela, yeni sosyal savunmanın kanunilik ilkesine yönelik belli bir mücadeleyi, hukuk düzenini bozmadan gerçekleştirmeye çalıştığı ifade edilebilir. İkincisi, yeni sosyal savunma, suçluya yönelik yeni bir tutum içinde suç olgusuna karşı gerçekçi sosyal eylemin temelini oluşturan faal ifadeler arayışındadır. Son olarak, yeni sosyal savunma, ideolojik ilhamını belirli bir moral düşünceden almakta ve nihai olarak hümanist bir ceza politikası anlayışını hedeflemektedir²⁷³.

Uluslararası Ceza ve Cezaevi Komisyonu'nun son oturumunda alınan kararlar, özellikle sonuç kısmında yer verilen bir, iki ve beş numaralı kararlar, yeni sosyal savunma eğilimin göstergesi olarak kabul edilmektedir²⁷⁴. Komisyon, her ülkede benimsenen sosyal savunma tedbirlerinin sistematik olarak organize edilmesini arzu ettiğini belirttikten sonra, benzer tedbirlerin özellikle anormaller, itiyadi suçlular ve suçlu küçükler gibi çeşitli suçlu kategorileri için kullanılması gerektiğini salık vermiştir²⁷⁵. Yine komisyona göre, tedbirlerin seçimini yapma görevinin münhasıran uzmanlaşmış bir organa verildiği durumlarda bile bu tedbirlerin, bireysel özgürlüğün tüm hukuki güvencelerini temel alarak hükmolunan yargısal bir kararın ardından ve

²⁷¹ Bkz. ANCEL, Social Defence, s. 14-15.

²⁷² ANCEL, Social Defence, s. 17.

²⁷³ ANCEL, Social Defence, s. 125 vd.

²⁷⁴ CANALS, s. 549.

²⁷⁵ Bkz. Oeuvre des Nations Unies dans le Domaine de la Prevention du Crime et du Traitement des Delinquants, IRCP, (2), 1952, s. 105 (ss. 85-140), Nr. 1.

sadece mevcut yasalara dayanılarak infaz edilmesi gerekir²⁷⁶. Komisyon, ayrıca, modern hukuk sistemlerinin uygulanmasında gitgide zayıflatıldığı kanaatini taşıdığı ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki katı veya mutlak iki izlilik prensibinden mümkün mertebe kaçınılması gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, aynı suçlu için ceza ve güvenlik tedbirlerinin kümülatif olarak uygulanmasının engellenmesi, uygun görülecek müeyyidenin veya tedbirin seçilmesinde en geniş takdir yetkisinin hâkime veya tretmanı tespit etmekle görevlendirilen organa bırakılması uygun olacaktır²⁷⁷.

1.3.1.2.1.3. Katı Sosyal Savunma Doktrini

Sosyal savunma teorisyenleri, kusur ve cezaya dayalı olan ve failin objektif antisosyalliğini esas alan klasik ceza adaleti sisteminin temellerini reddederler. Buna karşılık faille uyandırılmış olan ve onların subjektif antisosyallığı ile bağlantılı olan koruyucu, iyileştirici ve eğitimsel tedbirlerin dikkate alınması gerektiğini savunurlar. Bu nedenle güvenlik tedbirinin süresinin, hukuki değerlerin ihlalinin şiddetine değil, aksine sadece failin rehabilitasyon ihtiyaçlarına bağlı olması gerektiğini ileri sürerler²⁷⁸. Ünlü İtalyan hukukçu *Filippo Gramatica (1901-1979)*'nın ön ayak olduğu sosyal savunma doktrinin bu en katı formunda, geleneksel ceza müeyyidesinin ve cezai sorumluluk anlayışının tümüyle bir yana bırakılması, suç failinin iyileştirilmesi, onun yeniden topluma kazandırılması ve suçluyu antisosyal olmaya yönelten sebeplerin ortadan kaldırılması esas alınır. Diğer bir deyişle katı sosyal savunma öğretisi, cezanın her şekliyle ortadan kalkmasını, onun yerini önleme, tedavi etme ve eğitmeye dayalı toplumsal savunma tedbirlerinin almasını öngörür. Bu anlayışta “ceza”nın yerini “sosyal savunma tedbirleri”, “ceza sorumluluğu”nun yerini ise “toplum yaşamına karşıtlık” almaktadır²⁷⁹.

²⁷⁶ Bkz. Oeuvre des Nations Unies dans le Domaine de la Prevention du Crime et du Traitement des Delinquants, s. 105, Nr. 2.

²⁷⁷ Bkz. Oeuvre des Nations Unies dans le Domaine de la Prevention du Crime et du Traitement des Delinquants, s. 105, Nr. 5.

²⁷⁸ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁷⁹ “Cezai sorumluluk kaldırılınca ve onun yerine ‘toplum yaşamına öznel karşıtlık’ geçince, salt korkutucu ve üzücü araç olarak cezanın ve onun uygulamadaki ‘kitabî’ ölçütlerinin kaldırılması ve önleyici, iyileştirici ve eğitici nitelikte yeni ‘toplumsal savunma önlemlerinin’ konulması sonucuna ulaşılabilecektir. Toplumsal savunma belki de her şeyden önce, ‘cezanın kaldırılması anlayışında’ en çarpıcı ve karakteristik simgesini bulacaktır. Böylece onun en önemli savına (iddiasına) ve ilkesine gelmiş bulunuyoruz. O da şudur: Her suça bir ceza değil, her bireye uygun bir önlem” (GRAMATICA, s. 38). Çağdaş sosyal savunma öğretisinin katı yorumunda ceza hukuku yerine “toplumsal savunma hukuku” geçirildiği gibi, ceza yargıcı yerine de bazı yazarlarca uzmanlar dâhil edilmektedir. Bkz. ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 82; MÖLLERS, s. 304. Örneğin öğretilde “Cezaevlerini boşaltın” sözüne atıf yapılan İsveçli hukukçu *Karl Schlyter*, “ceza kanunu” olarak

Günümüzde sosyal savunma düşüncesinin aşırı biçimini, öğretide Cenova Okulu (*Genueser Schule*) olarak adlandırılan ekolün temsilcileri *Gramatica* ve *de Vincentiis* müdafaa etmektedir²⁸⁰. Bu ekolün benimsediği anlamda sosyal savunma (*Sozialverteidigung*), II. Dünya Savaşı sonrası İtalya’da ortaya çıkan ve “ceza hukuku” yerine “toplumsal korunma hukuku” ikame etmek suretiyle ceza teorilerine alternatif yaklaşım öngören bir suç politikası teorisi olarak tanımlanmaktadır²⁸¹. Kusur ve cezaya dayanan klasik ceza adaleti anlayışının temelinden reddine dayanan aşırı sosyal savunma anlayışı, suçlunun subjektif antisosyallığı üzerine inşa edilen ve bütünüyle onun şahsına uyarlanan koruyucu, iyileştirici ve eğitici tedbirlerden müteşekkil bulunan bir toplumsal savunma hukuku oluşturmaya çabalamaktadır²⁸². Görüldüğü üzere sosyal savunma doktrininin radikal kanadı, bazı kavram ve kurumları kendi savunularıyla tutarlı biçimde yenileriyle değiştirmeyi hedeflemiştir. Bu anlayışa göre, “suç” yerine “antisosyallık”, “kusur” yerine “tehlikelilik” ve “ceza” yerine de “güvenlik tedbirleri” ikame edilmelidir²⁸³. Bu uç anlayış, kanunilik ilkesine sıkı sıkıya bağlı bir ceza hukukunu dışlayarak, toplumun suçluluğa karşı tüm savunmasını sosyologlar, psikologlar, doktorlar, psikoanalistler ve benzerleri tarafından idare edilen kurumlara emanet etmektedir²⁸⁴. Öğretide kusuru tamamen dışlayan ve yalnızca failin sosyal tehlikeliliğini temel alan sosyal savunmanın bu keskin anlayışının “gerçekleştirilme veya uygulanma şansı bulunmayan” radikal bir fikir olduğu ileri sürülmektedir²⁸⁵.

1.3.1.2.1.4. Sosyal Savunma Doktrininin Eleştirisi

Belirtelim ki tek izliliği ve münhasıran özel önlemeyi esas alan sosyal savunma doktrini, öğretide anayasal normlara ve hukuk devleti prensibine aykırılık taşıdığı

anılan kanunların “sosyal savunma kanunu” veya “korunma kanunu” olarak değiştirilmesini önermiştir. Bkz. ANCEL, *Social Defence*, s. 19.

²⁸⁰ Öğretide sosyal savunma anlayışının muhtemelen en aşırı temsilcisinin, suç kavramını antisosyallık ile değiştirmek ve kusur kavramı yerine tehlikelilik kavramını adapte etmek isteyen *Filippo Gramatica* olduğu genel olarak kabul görmektedir. Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 23; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin, 1982, s. 36.

²⁸¹ MÖLLERS, s. 304.

²⁸² HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁸³ JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4. Toplumsal savunma hukukunun gelişimi, suç, suçlu ve ceza sorumluluğu kavramlarının eleştirisi ve ceza yerine geçen sosyal savunma tedbirleri için bkz. GRAMATICA, s. 63 vd.

²⁸⁴ CANALS, s. 548.

²⁸⁵ ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 692, Rn. 14. Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 24.

gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁸⁶. Temel hakların ve hukuk devleti ilkesinin özgürlükleri güvence altına alan yapısının bu tür bir “tehlike ceza hukuku sistemi” ile uyumlu olmayacağı ifade edilmektedir²⁸⁷. Kusurun tümüyle göz ardı edilmesine dayanan saf bir güvenlik tedbirleri hukukunun, güvenilirlikten uzak nörolojik araştırmalardan hareket eden tüm kavramlarda olduğu gibi, kusur ceza hukukundan ayrılmayı ve ceza hukukundan saf güvenlik tedbirleri hukukuna geçmeyi salık veren tüm düşünceler bakımından –ve dolayısıyla tek izliliği öneren tüm görüşler açısından- anayasaya uygunluğunun bulunmadığı savunulmaktadır²⁸⁸.

Sosyal savunma teorisi, işlenen suç karşılığında ceza hukukundan tamamen bağımsız bir hukuki sonuçlar konsepti önermektedir. Devletin suç teşkil eden fiile karşı hareket noktasını ve gerekçesini, toplumsal savunma hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak, failin bireysel fiil kusuru yerine “sosyal tehlikelilik” oluşturur. Bu doktrin, kusur ceza hukukundan ayrılmanın bir sonucu olarak, ceza yargısından ve sosyo-etik kınamadan da kaçınılması gerektiğini kabul eder²⁸⁹. Sosyal savunma hukukunda, suçluya uygulanacak hukuki sonucun yani sosyal savunma tedbirinin derecelendirilmesinde, üçüncü kişilerin hukuki değerleri üzerinde suçlunun gelecekteki beklenen tehlikesi göz önünde bulundurulur. Bu noktada devletin müdahalesinin prognostik tehlike ölçüsüne dayandırılması, sosyal savunma teorisine yönelik başlıca itiraz noktasını oluşturmaktadır. Devlet müdahalesinin niteliği ve boyutunu yalnızca suçlunun geleceğe ilişkin prognostik tehlikesine yönlendirmek suretiyle suç ve tedbir arasındaki bağlantı seyreltilmektedir. Bu durum, kusur ceza hukukunda kusurun derecesine bağlanarak suçun niteliği ve kapsamını karşılayan müdahaleyi sınırlandırıcı işlevi büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır²⁹⁰.

Özellikle sosyal savunma öğretisinin uç anlayışı açısından bir defa, böylesi katı bir tek izlilik sisteminde insanın yalnızca resosyalizasyon tedbirinin bir aracı/nesnesi haline geldiği söylenmektedir. Örneğin basit bir suçlunun yani önemsiz görülen suçları işleyen bir kimsenin bile, şayet bu tür adi suçlara eğiliminin ıslah edilemez olduğu

²⁸⁶ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 24; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12; LENCKNER, Theodor, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, Handbuch der forensischen Psychiatrie: Band I, Hrsg. GÖPPINGER, Hans/WITTER, Hermann, Springer Verlag, Heidelberg, 1972, s. 16.

²⁸⁷ RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 26.

²⁸⁸ Bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 26.

²⁸⁹ RADTKE, Henning, “Vorbemerkungen zu § 38”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 26.

²⁹⁰ RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 26.

kabul edilecek olursa, sosyal savunma hukukuna göre ömür boyu muhafaza altında tutulması gibi adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir²⁹¹.

Ceza hukuku yerine bütünüyle toplumsal savunma hukukunu ikame eden böyle radikal bir sistemin, ceza hukukunun üzerine düşen “hukuk düzenini koruma” görevini yeterince karşılayamayacağı eleştirisi yapılmaktadır. Çünkü bu sistem kabul edildiğinde, suçlu, ciddi bir suç işlemiş olsa bile, sosyal açıdan tehlikeli denilebilecek bir kimse olmadığı takdirde, ceza müeyyidesi tamamen devre dışı kalacaktır. Her ne kadar failin ıslahını sağlamak bakımından ceza yerine toplumsal savunma tedbirleri konularak onun rehabilite edilmesi düşüncesi, tek amaç pozitif özel önleme olduğu takdirde isabetli gözükse de, bu sistemin genel halkın bazı gereksinimlerini göz ardı ettiği söylenebilir²⁹². Nitekim cezanın olmadığı bir sistemde yasaların dokunulmazlığını kanıtlama ve kamunun adalet duygusunu tatmin etme ihtiyaçlarının tam anlamıyla karşılanması olanaklı gözükmemektedir²⁹³.

Öte yandan, bu sistem, örneğin ciddi suçlar işlemesine rağmen sosyal açıdan bütünleşik olan yani toplumla uyumlu olduğu söylenebilen ve yeniden suç işleme tehlikesi bulunmadığı açık olan faille karşı da başarısız olarak telakki edilmektedir. Böylesi bir hukuki sonuçlar sisteminin adaletin temel ilkelerine aykırı ve ceza politikası bakımından mantık dışı olduğu savunulmaktadır²⁹⁴. Kuşkusuz bu doktrinin savunucuları sosyal savunma tedbirlerinin son tahlilde her zaman failin kişisel menfaatlerine hizmet ettiğini ve bu nedenle haksızlık olarak düşünölemeyeceğini ileri sürse de doktrinde bazı yazarlar bu iddiayı bir nevi “örtölü güzelleme (*Euphemismus*)” olarak değerlendirmektedir²⁹⁵.

Üstelik bu tür bir sistemin otoriter siyasal sistemler tarafından rejim karşıtlarıyla mücadelede kullanılması da olanak dâhilindedir. Gerçekten fiiliyatta da sosyal savunma doktrinin önerdiği *ante delictum* güvenlik tedbirleri düşüncesinin, otoriter rejimler tarafından toplumsal sapmaları dışlamak ve siyasi muhalifleri bastırmak amacıyla istismar edildiğinden söz edilmektedir²⁹⁶. Sosyal savunma, ahlak ve adalet ilkelerine dayanan bir reaksiyon sisteminden tümöyle vazgeçerek yalnızca fiilin antisosyal

²⁹¹ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 24.

²⁹² Bu noktada *Sarstedt*’ten aktarılan biraz da alaycı bir düşünce, sosyal savunma doktrinin hayata geçirilmesi durumunda halk tarafından yalnızca bu doktrinin öngördüğü “tedavilerin” genellikle hoş karşılanmayan ve cezaya oldukça benzer olan niteliği sayesinde tolere edilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁹³ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 24.

²⁹⁴ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁹⁵ LENCKNER, s. 17, HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁹⁶ BRUINSMA/WEISBURD, s. 3912.

yapısına dikkat çektiği için sözü edilen olumsuz etkilere açık hale gelmektedir²⁹⁷. Tüm bu nedenlerle sosyal savunma öğretisinin son yıllarda bazı başarılarına rağmen giderek önemini kaybettiği görülmektedir²⁹⁸.

1.3.1.2.2. Birleştirme Sistemi

1.3.1.2.2.1. Genel Olarak

İtalyan öğretilinde ünlü ceza hukukçusu *Francesco Antolisei (1882-1967)*, tek başına cezalardan veya güvenlik tedbirlerinden müteşekkil bir sistem yerine ceza ve tedbirin iç içe geçtiği bir sistem önermiştir. Ancak yazar, bu önerisini iki izli sistemin değil, tek izli sistemin bir örneği olarak sunmaktadır. Bu nedenle çalışmada sözü edilen sistemin tek izli sistemler içerisinde incelenmesi yoluna gitmekteyiz. Bu sistemin “birleştirme sistemi/birleştirme teorisi” veya “asgari haddi sınırlı, azami haddi sınırsız tek izli hukuki sonuçlar sistemi” olarak adlandırılması mümkündür. Bu sistemde ceza ve tedbirin karakteristik özelliklerine birlikte rastlanmaktadır.

Antolisei’ye göre, cezalar ve güvenlik tedbirleri birleştirilmeli ve tek izli bir hukuki sonuçlar sistemi oluşturulmalıdır. Bunun temelde üç gerekçesi vardır ve bu gerekçeler ceza ve tedbirin ortak nitelikleri üzerine yoğunlaşmıştır. Birincisi, ceza özünde bir eza, cefa, faile uygulanan bir kötülük içermekte ise bunları güvenlik tedbiri de içerir. İkincisi, güvenlik tedbiri suçluyu topluma yeniden kazandırmayı hedefliyorsa, bunu ceza da hedefler. O halde bu iki açıdan her iki hukuki sonucun birleştirilmesinde hiçbir engel yoktur. Engel gibi görünen tek husus, hürriyeti bağlayıcı cezaların niteliği gereği süreli, hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin ise süresiz olmasıdır. Ancak süre şartı da bir engel olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim ceza ve tedbir, suçun ağırlığını gidermek için bir asgari sürenin belirlenmesi, buna karşılık “tehlikeliliğin ne zaman giderileceği belli olmadığına göre” bir azami sürenin ise belirlenmemesi şeklinde peş peşe uygulanarak süre engeli de ortadan kaldırılabilir. Öyleyse süre bakımından “asgari haddi sınırlı” (suçun ağırlığı kıstasına bağlı cezada olduğu gibi) fakat “azami haddi sınırsız” (failin tehlikeliliği kıstasına bağlı güvenlik tedbirinde olduğu gibi) bir tek izli hukuki sonuçlar sistemi oluşturulmalıdır²⁹⁹. Fakat bunun bir tek izli güvenlik tedbiri

²⁹⁷ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 12.

²⁹⁸ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 24.

²⁹⁹ Bu öneri ve ayrıntıları için bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 725-733. İki izlilik sistemini eleştiren “ilga (güvenlik tedbirlerinin kanundan tamamen çıkarılması)” ve “birleştirme (cezanın

sistemi olmadığı açıktır. Cezaların günden güne yumuşadığını, insanileştirildiğini ve faili ıslah etmeye evrildiğini varsayan bu teoride, infaz bakımından bir aynılık söz konusu olduğuna ve asgari sınırlı cezadan başlandığına göre, uygulanan tek izin, “tedbir”den öte “tedbirin amaçlarını da içeren ceza müeyyidesi” olduğu söylenebilir. O halde birleştirme sistemi, bir tek izli ceza sistemi olarak kabul edilebilir.

Antolisei’nin önerisinden anlaşılan şudur: Kanuni tip söz gelimi “*X failini işleyen kimseye en az beş yıl (beş yıldan az olmamak üzere) hapis cezası verilir*” şeklinde düzenlenecek, azami süre belirlenmeyecek; bu üst sınırı, mahkeme, failin tehlikeliliğini dikkate alarak, cezanın infazından sonra tespit edecektir. Böylece fail, yalnızca kusurunun karşılığını oluşturan cezayı çekmekle infaz kurumundan ayrılamayacak, toplumsal tehlikeliliği giderilinceye kadar orada tutulmaya devam edilecektir. Bu birleşik hukuki sonucun uygulanmasıyla hem genel hem de özel önleme amaçları karşılanmış olacaktır. Bu sistemin en çarpıcı sonucu, denetimli serbestlikten farklı olarak, hapis cezası tümüyle infaz edilen kişinin eğer tehlikeli ise mahkemece tespit edilecek bir süre için hürriyetinden yoksunluğunun sürdürülmesidir. Yani cezanın alt sınırı sabit fakat üst sınırı değişkendir³⁰⁰.

1.3.1.2.2.2. Birleştirme Sisteminin Uygulanma Usulü

Birleştirme sistemi, tehlikeliliğe ilişkin prognostik bir faaliyette bulunulmasını gerektirir. Bu faaliyetin özelliklerinden ilki, somut cezanın infaz süresi dolduktan sonra faile “tehlikelilik muayenesi” yapılmasıdır. Failin sosyal tehlikeliliği sona ermişse, serbest bırakılması; bu tehlike devam ediyorsa, her defasında belirlenecek kısa sürelerle kurumda kalması söz konusudur. Tehlikeli halin sürüp sürmediğine hâkim tek başına değil, hapishane müdürü ve doktorlardan müteşekkil bir heyetle birlikte karar verecektir³⁰¹.

ödeticisi ve tedbirin önleyici niteliğini biraraya getirme) teorileri hakkında ve birleştirme teorisine ilişkin fikirler için bkz. VASSALLI, s. 511-512, 522 vd.

³⁰⁰ Belirtelim ki, ceza mahkûmiyetinde sürenin net olarak tespit edilmemesi ve mahkemece sonradan değiştirilmesi, kesin hüküm ilkesi karşısında kuşku uyandırmaktadır. ANTOLISEI (“Emniyet Tedbirleri”, 730) ise kesin hüküm ilkesinin putlaştırılmaması gerektiğini, bu ilkenin daha önce koşullu salıverilme kurumunun kabul edilmesi ile zedelendiğini, önerdiği sistemde müeyyidenin uzamasına karar veren yargısal heyetin gerçekleştirdiği işlemin de bu minvalde değerlendirilmesinin uygun olacağını düşünmektedir.

³⁰¹ ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 729.

1.3.1.2.2.3. Birleştirme Sisteminin Muhatabı

Bu sistemin tüm suçlulara uygulanıp uygulanmayacağı sorusu sorulabilir. Bu açıdan *Antolisei*'nin esas aldığı tehlikelilik kavramı önem taşımaktadır. Nitekim daha önce değinildiği gibi, yazar, suç işleyen herkesin tehlikeli olduğunu kabul etmemekte; ancak kamusal açıdan ileride suç işleme ihtimali olduğu değerlendirilen kimselerin tehlikeli olarak addedilebileceklerini düşünmektedir. Böyle olunca, birleştirme sisteminin tüm suçlulara uygulanma ihtimali ortadan kalkmakta; yalnızca tehlikeli suçlulara uygulanması mümkün olmaktadır. Yazar, önerdiği sistemde, tehlikeli suçlular içerisinde iki grubu muhatap kabul etmektedir. Bunlardan ilki, temayüli (suç işlemeye eğilimli), itiyadi (alışkın) ve mesleki (profesyonel) suçlular gibi özel tehlikeli suçlular; ikincisi ise kısmi akıl hastaları, itiyadi sarhoşlar ve isnat yeteneğine sahip olan çocuklar gibi eğitim ve tedavi gerektiren suçlulardır. Bunların dışında kalan ve isnat yeteneğine sahip olan kişiler hakkında alt ve üst sınırları belli olan klasik ceza yaptırımını uygulanmaya devam edilecektir³⁰².

1.3.1.2.2.4. Birleştirme Sisteminin Avantajları

Antolisei'ye göre, önerdiği sistemin pratik açıdan olumlu yanları üç başlık altında toplanabilir. Birincisi, bu tür bir tedbir içeren tek ceza müeyyidesi sisteminde ceza ve güvenlik tedbirinin iki izli sistemde ayrı ayrı infaz edilmesinden kaynaklanan sakıncalar giderilecek, infaz açısından daha az iş yükü ve maddi kayıp söz konusu olacaktır. İkincisi, eğitim ve tedaviye tabi olanlar bakımından kendi içinde farklılıklar öngören uygulamalara son verilecektir. Üçüncüsü ise suçlunun sosyal hayata adapte edilmesi, cezadan sonra tedbir ile değil, henüz ceza devam ederken sağlanacaktır³⁰³.

³⁰² ANTOLISEI, "Emniyet Tedbirleri", s. 729. Bu kategoriler dışında kalan ve isnat yeteneğine sahip olmayan kişiler için salt önleme tedbiri niteliğindeki güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Esasen yazara göre, ceza sorumluluğu bulunan ve bulunmayan ayrımı yapılmamalıdır; çünkü kişisel sorumluluk ilkesi, yüksek bir insani ve sosyal değere sahiptir. Bununla birlikte toplum vicdanı bu ikisini aynı yoruma tabi tutmaya elverişli değildir. O nedenle kefarete esaslı bir ceza, mevcut durumda, isnat yeteneği olmayanlara uygulanamaz (Bkz. a.g.e., s. 731).

³⁰³ ANTOLISEI, "Emniyet Tedbirleri", s. 729-730. Eğitim ve tedaviye tabi olanların özel kurumlarda cezasını çekebilmesi gerektiği hakkında bkz. a.g.e., s. 729, 732.

1.3.1.2.2.5. Birleştirme Sisteminin Dezavantajları

Kanaatimizce *Antolisei*'nin önerdiği sistemin birkaç açıdan eleştirilmesi mümkündür. Birincisi, ceza müeyyidesinin, adı ceza olarak kaldıkça, fail tarafından böyle algılanmasından bağımsız olarak, bilhassa özel tehlikeli suçlular ile kusur yeteneği bulunan çocuklar için yeniden sosyalleşmeyi ve suçlunun toplum hayatına uyum sağlamasını gerçekleştirmek açısından tedbire kıyasla daha uygun bir hukuki sonuç olduğu kuşkuludur. Aksine, birçok infaz sisteminde cezanın bu kategoride yer alan kişiler için tekerrüre kısmen olanak tanıdığı söylenebilir. Oysa cezadan sonra tamamen farklı kurumlarda ve farklı yöntemlerle uygulanacak güvenlik tedbirlerine ihtiyaç vardır. İkincisi, ceza ile tedbirin birbirine yaklaştığı noktalar; bunların ayrıldığı noktalardan daha azdır. Tedbir vasıtaları ve türleri günden güne gelişmeye müsaittir. Hâlbuki ceza türleri –kendi içinde infazın insancillaştırılması bir yana- gelişmeye aynı ölçüde açık değildir. Modern ülkelerin birçoğunda hapis ve para cezası dışında bir cezadan bahsetmek mümkün değil iken; söz gelimi İtalyan hukukundaki iş yerinde çalıştırma, Alman hukukundaki muhafaza altına alma yahut Avusturya hukukundaki diversiyon tedbirleri kendine özgüdür. Yalnız tedbir içeren ceza müeyyidesi, yere ve zamana bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel tedbirleri yok saymaktadır. Üçüncüsü, cezanın üst sınırının kanunda gösterilmemesi, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bir kimsenin -özel tehlikeli veya eğitime gereksinim duyan suçlu da olsa- işlediği suç “karşılığında” uygulanacak ceza müeyyidesi kapsamında ne kadar süre ile hürriyetinin kısıtlanacağını öngörebilmesi temel bir haktır.

1.3.1.3. Tek İzlilik Sisteminin Türleri

Teklik sistemi, öğretilde açıkça ifade edilmemekle birlikte, kanaatimizce mutlak (tam) ve nispi (kısmi) olarak adlandırdığımız ikili bir ayrım ile incelenebilir. Öğretilde tek izlilik sistemi denildiğinde kimi yazarlar, tam tek izlilik sistemini anlamaktadır³⁰⁴. Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise bu sistemi kısmi tek izliliğe atıfla inceleme yoluna

³⁰⁴ Bkz. STEFANOPOULOU, s. 352 vd.; ARTUK, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 219; ARTUK, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 489; ARTUK, “Genel Esaslar”, s. 302-303; ARTUK/ALAN AKCAN, “Mukayeseli Hukuk”, s. 32.

gitmektedir³⁰⁵. Bir diğer görüş ise tek izliliğin her iki biçimde de ortaya çıkabileceği kanısındadır³⁰⁶.

Tam tek izlilik sistemi, kanunda yalnızca cezalara veya yalnızca güvenlik tedbirlerine yer verilen sistemdir. Bu sistemde cezalar ve tedbirler kanunda birlikte yer almamakta; suçun tek hukuki sonucu olarak ya tek başına cezalara (ceza kanunu) veya tek başına güvenlik tedbirlerine (-ki bu halde ceza kanunu olarak adlandırılmayacağından- güvenlik tedbirleri kanunu) yer verilmektedir. Kısmi tek izlilik sisteminde ise kanun, ceza ve güvenlik tedbiri olarak suçun hukuki sonuçlarından her ikisine de açıkça yer vermekle birlikte (ki bu halde kanun yine ceza kanunu olarak adlandırılır), bunların birbirine eklenerek (kümülatif) veya birbiri yerine (alternatif) uygulanmasını yasaklamıştır. Yani mutlak tek izlilik sisteminde ceza veya tedbirden biri hukuk sisteminde yer almadığı için uygulanamazken, nispi tek izlilik sisteminde sözü edilenlerden biri hukuk sisteminde yer almasına rağmen yasaklandığı için somut durumda uygulanamamaktadır.

On dokuzuncu yüzyıla gelinceye kadar güvenlik tedbirleri ve tehlike esasına dayalı, geleceğe endeksli önleme anlayışı henüz bilinmediğinden, saf ceza hukuku sisteminin uygulandığını söylemek yanlış olmaz. Günümüzde bir teori, ceza hukukunun bütünüyle kaldırılmasını ve onun yerine saf güvenlik tedbirlerinden oluşan bir hukuki sonuçlar sistemine geçilmesini ideal görmektedir. Diğer bir teori ise sosyal-psikolojik meşruluğu genel önleyicilik esasına dayanan ceza hukuku sisteminde aramaktadır³⁰⁷. Bu teorilerden her ikisi de mutlak tekçi (monist) sistemin örnekleridir.

Tam tek izlilik sisteminde, eğer hukuki sonuçlar sisteminin tek izi cezalar ise, örneğin süresi uzatılmış veya belirsiz süreli hapis cezası aracılığıyla gözetim altında bulundurma örneğinde olduğu üzere, ceza müeyyidesi, güvenlik tedbirlerinin ıslah edici işlevine uygun olan araçların en azından bir kısmını bünyesinde taşımak durumundadır³⁰⁸. Buna karşılık tam tek izlilik sisteminde hukuki sonuçlar sisteminin tek izi güvenlik tedbirleri ise bu tedbirlere, ilkinin aksine, aynı zamanda kefaref fonksiyonu yüklemek isabetli olmaz. Zira cezanın iyileştirici ve özel önleyici fonksiyonu kabul

³⁰⁵ Bkz. ZIPF/LAUE, § 67, s. 896, Rn. 7.

³⁰⁶ Bu görüş, esas aldığımız ayrıma uygun şekilde, tamamen veya kısmen tek izli müeyyidelendirmeden (*ganz oder teilweise einspurige Sanktion*) söz etmektedir. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 88, Rn. 3.

³⁰⁷ WITTIG, Petra, “Die rationale Bewältigung des Irrationalen: Von der tiefenpsychologischen Legitimation der Generalprävention zur Freiheitsverbürgung durch das Strafrecht”, Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, Hrsg. BEULKE, Werner/LÜDERSEN, Klaus/POPP, Andreas/WITTIG, Petra, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2009, s. 18.

³⁰⁸ Krşl. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 23.

edilmesine rağmen güvenlik tedbirinin ödetici ve genel önleyici fonksiyonunun bulunduğu kabul edilmemektedir.

Kısmi tek izlilik sistemi, aşağıda yer verilen iki izlilik sisteminin görünüş biçimleri olan temsil sisteminden ve kümülatif sistemden farklıdır. Temsil sisteminde ceza ve güvenlik tedbiri somut olayda birbirinin yerine ikame edilebilmektedir. Oysa kısmi tek izlilik sisteminde, mahkeme, somut olaya kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirinden yalnız birini uygulamak durumundadır. Keza kümülatif sistemde ceza ve tedbir birbirine eklenerek uygulanırken, kısmi tek izlilik sisteminde hukuki sonuçların birbirine eklenmesi söz konusu değildir. Öğretide bu ayrımın tedbir türleri özelinde ortaya konulduğu görülmektedir³⁰⁹.

1.3.1.4. Tek İzlilik Sistemini Uygulayan Ülkeler

Alman ceza hukuku doktrininde de savunucuları olan tek izlilik sistemi, gençlik ceza hukuku (*Jugendstrafrecht*) hariç³¹⁰, yasal olarak uygulanmamıştır. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar³¹¹, özgürlüğün kısıtlanması alanında neredeyse tek izli bir sistem uygulandığı halde, kişisel hürriyeti bağlayıcı muhafaza altına alma tedbirinin, cezanın uygulandığı bir sistemde temsil prensibinin örneğini oluşturmayacağı, aksine bu tedbirin cezayla birlikte bir nevi “çifte cezalandırma (*Doppelbestrafung*)” teşkil ettiği ve dolayısıyla hürriyeti tahdit alanında pratik olarak tek izli sistemin bir örneğini oluşturduğu kanısındadır.

Karşılaştırmalı hukukta ise tam veya kısmi tek izlilik sisteminin örneklerini görmek mümkündür. Bu bağlamda birbirinden oldukça farklı politik, kriminal-politik

³⁰⁹ Örneğin Zipf/Laue’ye göre, psikiyatri hastanesine yerleştirme, bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme, meslek icrası yasağı ve sürücü belgesinin iptali tedbirleri ile diğer güvenlik tedbirleri (muhafaza altına alma ve denetimli serbestlik), koşulları bakımından açıkça bir tezat içindedir. Nitekim muhafaza altına alma ve denetimli serbestlik tedbirleri, iki izlilik sistemine uymaktadır. Çünkü bu iki tedbir, her zaman cezanın yanında yer almakta ve failin kusur yeteneğini şart koşturmakta, dolayısıyla bunların dayatılmalarına tümüyle kusurlu bir davranış vesile olmaktadır. Oysa adı geçen ilk dört tedbir, kusur yeteneğinden yoksun failin hukuka aykırı vesile eylemi dolayısıyla uygulandığı için cezayla birleşmez ve (kısmi) tek izliliğin örneğini oluşturur. Bkz. ZIPF/LAUE, § 67, s. 896, Rn. 7.

³¹⁰ Alman hukukunda yetişkin ceza hukukunun temel yaptırımları (hapis ve adli para cezası) yerine spesifik olarak gençlik ceza hukukuna ait olan birtakım hukuki sonuçlara yer verilmiştir. Bunlar eğitici tedbirler (*Erziehungsmaßregeln*), disiplin önlemleri (*Zuchtmittel*) ve gençlere özgü ceza (*Jugendstrafe*) olmak üzere üç başlıkta değerlendirilmektedir. Buna ilaveten, JGG § 5’te, eğitim anlayışı, gereklilik ilkesi ve özgürlüğü kısıtlayıcı hukuki sonuçların tek izliliği olmak üzere gençlik ceza hukukunun üç prensibi formüle edilmiştir (LAUE, Christian, “JGG § 5 Die Folgen der Jugendstrafat”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6, Nebenstrafrecht I, Hrsg. MANSDÖRFER, Marco/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017, Rn. 1).

³¹¹ Bkz. VILLMOW, Bernhard, “Vorbemerkungen zu §§ 38ff”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 15, Fn. 31.

veya ideolojik motivasyonlar söz sahibi olsa da değişik ülkelerin ceza mevzuatında tam veya kısmi tek izlilik sistemine ilişkin düzenlemeler dikkati çekmektedir. İngiltere, İsveç, Belçika, Amerika Birleşik Devletleri ve eski Sovyet ülkelerinde bu sistemin izlerine rastlamak mümkündür. Keza Fransa’da da iki izlilik sistemi kaldırılmış ve 1994 tarihli Ceza Kanunu (*Code pénal*) ile birlikte cezalardan oluşan tek izlilik sistemine geçilmiştir³¹².

Günümüz İsveç Ceza Kanunu ile 1958 tarihli Rus Ceza Kanunu bu sisteme örnek gösterilmektedir³¹³. Ayrıca Belçika ceza hukuku ile -yukarıda değinildiği üzere- İngiliz ceza hukukunun salt ceza müeyyidesine dayanan hukuki sonuçlar sistemi de tek izlilik içerisinde ele alınmaktadır³¹⁴.

Bununla birlikte öğretide İsveç uygulamasının cezayı esas alan İngiliz tek izlilik sisteminden farklı gerekçelere dayandığı ifade edilmektedir. Gerçekten İngiltere’de *Einspurigkeit* sistemi suçu bastırma amacına yönelmesine karşın; İsveç, aynı sistemi, suçluları insancıl biçimde ele alma vasıtası olarak görmekte, iki izlilik sisteminin hümanizm prensibini ihlal ettiğini kabul etmektedir. Hukuki sonuçlar sistemi bakımından oldukça keskin dönüşler görülen İsveç ceza hukuku sisteminde on dokuzuncu yüzyılda ceza politikası genel önleme esasına dayanan klasik ceza hukuku öğretisini temel almış, yirminci yüzyılın başlarında ise özel önleme orijinli tek izli bir güvenlik tedbirleri sistemine evrilmiştir. Bu sistem ise daha sonra yeniden değiştirilmiş, yalnız cezaları tanıyan ve belirsiz süreli önleyici güvenlik tedbirlerinden kaçınan bir tek izlilik sistemine terk edilmiştir³¹⁵.

1.3.1.5. Tek İzlilik Sisteminin Eleştirisi

Birkmeyer’in savunduğu gibi ceza ve tedbir arasında keskin bir ayrımın aranmasına yönelik düşünceler, *von Liszt* tarafından eleştirilmekte ve bu şekilde mutlak bir ayrım yapılmasının gerçek koşullara aykırı olduğu vurgulanmaktadır. Yazara göre, güvenlik tedbirlerinin, henüz suç işlemelikleri halde, aileleri tarafından ihmal edilen çocukların ve gençlerin iyileştirilmesi veya toplum açısından tehlikeli olan akıl hastalarının gözetim altında tutulması gibi hallerde, ceza hukukunu ihlal eden fiille

³¹² JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 88, Rn. 3; § 9, s. 84, Rn. 1, Fn. 4. Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 100, Rn. 71.

³¹³ NUHOĞLU, Emniyet Tedbirleri, s. 160-161; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 495; SOYASLAN, Kriminoloji, s. 205.

³¹⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 88, Rn. 3; ROXIN, Band I, § 3, s. 100, Rn. 71; STEFANOPOULOU, Georgia, “Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern in Europa”, ZIS, (7-8), 2013, s. 351.

³¹⁵ Detaylı inceleme için bkz. STEFANOPOULOU, s. 352 vd.

bağlantılı olmadığı ve dolayısıyla cezanın ötesine geçtiği kesinlikle doğrudur³¹⁶. Buna karşın, şayet güvenlik tedbirleri bir suçun işlenmesiyle bağlantılıysa, bu halde uygulanan tedbir, cezanın özünde yer alan kötülüğü içereceğinden, cezanın doğasını kendi içinde absorbe edebilir. Keza aynı durum, iyileştirme ve güvenlik amacıyla hareket ettiği durumlarda güvenlik tedbirlerinin alanına girmesi bakımından ceza için de geçerlidir. Dolayısıyla suçun bu iki hukuki sonucu, gerçekte birbiriyle kesişen daireler gibi hareket eder³¹⁷. Bu nedenle failin yalnızca kusuruna veya yalnızca tehlikeliliğine dayanan ceza hukuku modellerinin, hem hukuk devleti prensibinin hayata geçirilmesi hem de suçların önlenmesi açısından çağımızda etkili bir alternatif oluşturmadığı kabul edilmektedir. Bu noktadan hareket edilecek olursa, ceza ve tedbirin kombinasyonu bir anlamda zorunlu olmaktadır³¹⁸. Ayrıca saf güvenlik tedbirleri hukukuna yer veren düşüncelerin, ceza hukukunun belli kavramlarını değiştirmeyi, özellikle sosyal tehlikeliliği yerleştirmeyi amaçlayan ve böylece ceza hukukundan duyulan endişeyi dile getiren daha ılımlı görüşler bir yana bırakılacak olursa, gerçeklikten ayrıldığı söylenebilir. Bu bağlamda ceza hukukunu tümüyle güvenlik tedbirleri hukukuyla değiştirmeyi salık veren ve derinlik psikolojisinin veya nörobiyolojik ya da kriminal-sosyolojik düşünce süreçlerinin etkisiyle sosyo-ütopik biçimde ceza hukukunu tamamen ötelemeyi amaçlayan görüşlerin, radikal birer talep olarak değerlendirildiği görülmektedir³¹⁹.

Günümüzde iki izlilik sisteminin muhafaza edilmesinin arka planında, tek şeritli ve tamamen önleyici tedbirlerden oluşan bir sistemin varsayılan risklerinden endişe edilmesi yer almaktadır. Keza önleyici ihtiyaçlara çok fazla odaklanan bir ceza sistemine sadık kalınması yani ceza hukukunun tek izi olarak cezaların (saf ceza hukuku) kabul edilmesi halinde, kusur ceza hukukunun sınırlayıcı işlevinin vatandaşların zararına olacak şekilde ortadan kaldırılması, dolayısıyla kusur yeteneği olmayan kimselerin cezalandırılması ihtimali ortaya çıkabilir. Buna karşılık ceza hukukunun tek izi olarak failin tehlikeliliğine bağlanmış bulunan güvenlik tedbirlerinin (saf güvenlik tedbirleri hukuku) kabul edilmesi halinde ise, bu kez vatandaşın kendi

³¹⁶ LISZT/SCHMIDT, s. 235-236. Belirtelim ki, v. *Liszt*'in burada atıfta bulunduğu tedbirler, toplum açısından güvenliği sağlamak üzere getirilen birtakım önlemler olmakla birlikte, modern ceza hukukunun güvenlik tedbirleri teorisinde baskın olarak aranan “suçun işlenmiş olması” şartını sağlamadığı için, maddi hukuk açısından birer “önleyici polis tedbiri” niteliği taşımaktadır.

³¹⁷ LISZT/SCHMIDT, s. 236. Burada atıfta bulunulan tedbirler ise modern ceza hukukunun suça bağlı kıldığı, yani suçun hukuki sonucu olarak beliren güvenlik tedbirleridir. Bu düşüncelerinden hareketle, v. *Liszt*'in, iki izlilik sistemini, ceza hukuku açısından kaçınılmaz bir zorunluluk olarak gördüğü söylenebilir.

³¹⁸ ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 692, Rn. 14. Cezanın her zaman var olmak zorunda olduğu hususunda bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 725.

³¹⁹ Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 3.

kusurundan bağımsız olarak devlet eylemlerinin nesnesi haline gelebilme riskinden söz edilebilir³²⁰. Bir başka açıdan, son yıllardaki metodolojik gelişmelere rağmen suç prognostikleri, suçlunun gelişimi hakkında tamamen güvenilir tahminler sunmaktan uzaktır³²¹. Dahası, salt güvenlik tedbirleri hukukundan bahsedilecek olursa, kusur sorumluluğunu esas alan bir sistemde suçu işledikten on yıllar sonra bile soruşturulması mümkün olan örneğin bir Nazi suçlusu veya bir başka totaliter rejim işbirlikçisi hakkında, günümüzde artık sosyal tehlikeliliği kalmadığı gerekçesiyle güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır³²².

Buna karşılık öğretide *Kaspar*, gerek saf ceza hukuku gerekse saf güvenlik tedbirleri hukukuna ilişkin endişeleri belirten senaryoların gerçekçi olmadığını, zira mer'î anayasa hukuku kurallarının, özellikle insan onuru ve orantılılık ilkesiyle bağlantılı temel özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerin, yukarıda sayılan risklerin gerçekleşmesinin önünde engel teşkil ettiğini düşünmektedir³²³.

1.3.2. İki İzlilik Sistemi

1.3.2.1. Genel Özellikler

Ceza hukukunun koruma fonksiyonu, özünde ödetici nitelik taşıyan ceza müeyyidesiyle her zaman karşılanamamaktadır. Temelde cezanın sosyal düzeni sağlamada yetersiz kaldığı düşüncesi, güvenlik tedbirlerinin hukuki sonuçlara eklenmesine neden olmuştur³²⁴. Bunun bir sebebi, cezanın müddetinin –müeyyidenin bir süreye bağlı olarak uygulanması nedeniyle- çoğu kez önleme amacını gerçekleştirmek için yetersiz kalmasıdır. Aynı şekilde kusur yeteneğinden yoksun kimselere ceza uygulanmasının mümkün olmaması, cezaya dayalı tek izli bir sistemde bunların toplum açısından tehlike oluşturmalarına kayıtsız kalınması veya tam tersine bu tür kişilere de kurumun karakterine uygun düşmediği halde ceza uygulanması sonucunu ortaya çıkarabilir. Öte yandan sosyal savunmanın gerçekleştirilebilmesi için çoğu kez hukuk kuralını ihlal eden failin tıbbi, pedagojik veya toplumsal bir eğitime tabi

³²⁰ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 3; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 7; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 10.

³²¹ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 10.

³²² MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd, “Die Massregeln der Sicherung und Besserung”, JuS (10), 1990, s. 803.

³²³ Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 3.

³²⁴ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 22; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 8.

tutulması gerekir ki, bu muamele, olağan ceza infaz sisteminin doğası gereği pek mümkün değildir. Bu nedenle kusur yeteneğine sahip olan failin işlediği fiil karşılığında uygulanan ceza müeyyidesinin, failin iyileştirilmesi, bakılması, korunması veya uzaklaştırılması yoluyla, münhasıran onun fiil anında mevcut olan tehlikeli haline geleceğe dönük olarak karşı koymak üzere hareket eden güvenlik tedbirleriyle tamamlanması gerekir³²⁵. Ayrıca ne olursa olsun, ceza, son tahlilde hukuka aykırı, kusurlu ve beşeri insan fiiline yani suça karşı verilen bir cevap olarak değerlendirilmektedir ve bu nedenle ceza müeyyidesi gerçek anlamda bir tepki aracıdır. Yalnızca bu araçla, bir yandan suçlunun iyileştirilmesi diğer yandan toplumun gelecekteki suçlara karşı korunması olanaklı değildir³²⁶.

Ceza hukukunda ihlale tepki olarak uygulanan ceza müeyyidesinin yanı sıra ihlalin yeniden gerçekleşmesini önleme vasıtası olarak tedbirden oluşan sisteme geleneksel olarak “iki izlilik veya ikili hat (*Zweispurigkeit, doppio binario*) sistemi”³²⁷, “ikilik sistemi (*dualistisches System*)”³²⁸, “iki şeritli hukuki sonuçlar sistemi (*zweispuriges System der Rechtsfolgen*)”³²⁹ veya “hukuki sonuçların iki izliliği (*Zweispurigkeit der Rechtsfolgen*)”³³⁰ adı verilmektedir. Ceza hukukunun hukuki değer veya menfaatleri koruma görevi incelendiğinde, onun önleyici fonksiyonunun sadece ceza enstrümanıya karşılanamayacağı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Özgürlüğü bağlayıcı ceza ve güvenlik tedbirlerinin ayrımını ifade eden iki izlilik/iki yönlülük sistemi, kusur ilkesinin zorunlu bir neticesi olarak telakki edilmektedir. Gerçekten tehlikeli faile karşı toplumun güvenliğini sağlama görevi, failin kusuruna göre saptanan ceza ile tam manasıyla karşılanamaz³³¹. Bu nedenle modern ceza hukukunda güvenlik tedbirleri geleneksel cezalara ek olarak ceza kanunlarında hukuki sonuçlar sisteminin temel yapı taşlarından biri haline gelmiştir³³². İki izlilik sisteminde, sadece ceza veya sadece tedbiri tanıyan tek izlilik sisteminden farklı olarak, ceza kanununda hem ceza hem tedbir

³²⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 83, Rn. 1; ESER, “Zur Entwicklung”, s. 215; HEGER, Lackner/Kühl-StGB, § 61, Rn. 2; RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 68; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 8; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 16.

³²⁶ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 22; ESER, “Zur Entwicklung”, s. 215.

³²⁷ Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 2-3, Rn. 4; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 1; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 433.

³²⁸ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 1; KÜHL, Lackner/Kühl-StGB, “Vorbemerkung”, Rn. 1.

³²⁹ Bkz. HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1.

³³⁰ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 22.

³³¹ JESCHECK, “Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza”, s. 239; WALTER, s. 87. Krşl. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 433.

³³² ROXIN, Band I, § 3, s. 96, Rn. 63; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 8; VILLMOW, NK-StGB, Vor §§ 38ff, Rn. 14. Benzer yönde bkz. CHANKSELIANI, s. 104. SCHMIDHÄUSER (s. 258) iki izlilik ilkesini, ceza hukuku ihlallerine iki hat halinde tepki gösterilmesi biçiminde tanımlamaktadır.

tanınmaktadır³³³. Dolayısıyla suç politikasının bir getirisi olarak, ceza hukuku alanına dâhil hukuki sonuçlar sisteminde bir yandan kusur odaklı ve ihlale tepki özlü cezanın, diğer yandan tehlikelilik odaklı ve ihlale önlem özlü güvenlik tedbirinin kabul edildiği sisteme “iki izlilik sistemi” adı verilmektedir. Alman hukukunda ana hatlarıyla 1933 İtiyadi Suçlular Kanunu’na dayanan bu sistem günümüzde birkaç istisna dışında ceza politikasının temel yapıtaşlarından biri haline gelmiştir.

İki izlilik ilkesi, failin kusuruna göre takdir edilen cezanın her zaman ceza hukukunun üzerine düşen görevleri tam manasıyla karşılayamadığını, özellikle hukuki değer veya menfaatlara yönelik koruma görevini yeterli ölçüde ifa edemediğini kabul eder. Bu nedenle hukuki sonuçlar sisteminde cezalar, pedagojik hareket etmek suretiyle tehlikeli suçlunun terapötik tedavi altına alınması veya toplumun böyle bir kişiye karşı güvende olmasının sağlanması vesilesiyle münhasıran suçlunun tehlikeli haline karşı koymaya hizmet eden güvenlik tedbirleri ile takviye edilmelidir.

1.3.2.2. İki İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri

Öğretide iki izlilik sisteminin görünüş biçimleri konusunda değişik düşünceler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bir bütün olarak ceza hukuku sisteminde hukuka aykırı fiilin hukuki neticesi olarak ceza ve güvenlik tedbirlerine yer verilmesi, ceza hukukunun iki izliliği olarak adlandırılır³³⁴.

Cezalar ve güvenlik tedbirleri mutlaka birbirinin alternatifi olmak zorunda değildir. Aksine suçun bu iki hukuki neticesinin yan yana uygulanması da mümkündür. Örneğin motorlu taşıtı yasal yükümlülüklerine aykırı olarak kullanmak suretiyle suç işleyen bir sürücüye, isnat yeteneğinin bulunması kaydıyla, hem ceza verilmekte hem de bir güvenlik tedbiri olarak bu kişinin sürücü belgesi iptal edilmektedir (StGB 69/1³³⁵; TCK m. 53/6). Dolayısıyla failin yalnızca tehlikeli olduğu hallerde tedbir uygulanabileceği gibi failin aynı zamanda kusurlu hareket etmesi tedbirin uygulanmasına engel değildir. Buradan çıkan sonuç şudur: Cezanın ön koşulu kusur ve tedbirin ön koşulu tehlike, suçun hukuki sonucu olarak ceza ve tedbirin tek başına uygulanmasını gerektirebileceği gibi bazı hallerde de bu sonuçların birlikte

³³³ ROXIN, Band I, § 1, s. 3, Rn. 4.

³³⁴ GROPP, Strafrecht AT, s. 119, Rn. 101. Bu sistem, uygulanacak hukuki sonucun koşullarına ve içeriğine bakılarak ceza ve güvenlik tedbirlerinden birinin seçilmesi veya cezadan sonra güvenlik tedbirine başvurulmasında olduğu gibi her ikisinin birlikte uygulanması esasına dayanır (SCHMIDHÄUSER, s. 258).

³³⁵ Bu maddede yer alan ve StGB § 61/1-b.5 gereğince bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenerek § 69’da ayrıntılı olarak yer verilmiş olan sürücü belgesinin iptali ile § 44’te düzenlenen ve fer’i ceza özelliği taşıyan araç sürme yasağı birbirinden farklıdır (ROXIN, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3).

uygulanmasına yol açacak şekilde örtüşebilir³³⁶. Öğretide *Roxin*, bu sayılanlardan hareketle olağanlaşmış adıyla “ceza hukuku” deyiminin hatalı olduğuna yönelik görüşlerde haklılık payı bulunduğunu, bu hukuk dalının daha doğru biçimde “ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku” olarak adlandırılması gerektiği kanısındadır³³⁷.

Ceza politikası olarak güvenlik tedbirlerinin dayanağı, cezanın suçun varlığını kusura bağlaması keyfiyeti nedeniyle toplumun korunması ödevinin ifasının yetersiz kalacağı endişesidir. Kusursuz olması nedeniyle cezalandırılmayan failin bu kez başka suçların önüne geçebilmek maksadıyla tedbirlere maruz bırakılması kamunun yararınadır. Her ne kadar kusuru azalmış olan faile ceza uygulanabilmesi mümkün ise de³³⁸ bu ceza genellikle failden kaynaklanan tehlikeleri savuşturmak için yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle günümüzün en çağdaş ceza hukuku yasalarının hukuki sonuçlar sisteminde dayandığı prensip iki izlilik sistemidir³³⁹.

Schmidhäuser, iki izlilik sistemini temel alan mevcut ceza kanunu düzenlemelerini değerlendirirken, somut olayda hukuki sonuçların içeriğine ve koşullarına bağlı olarak ceza hukukunun izlerinden birinde veya diğerinde yahut her iki

³³⁶ Benzer yönde bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 33, s. 784, Rn. 12. Mesela failin kusurlu olduğu bir trafik suçunun koşulları oluştuğunda onun hakkında hapis veya adli para cezasına ek olarak fer’i ceza vasfı taşıyan cezai tedbirden farklı biçimde sürücü belgesinin iptali tedbirinin uygulanması böyledir (*Roxin*, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3).

³³⁷ *Roxin*, Band I, § 1, s. 2, Rn. 4. Bu anlamda savunmasa da “ceza hukuku” ifadesinin kusur ceza hukukunu ifade ettiği, ceza kanununun suçla ve suçun hukuki sonuçlarıyla ilgilenen bir kanun olarak yalnızca cezaları içermediği hakkında bkz. ESER, “Zur Entwicklung”, s. 235. *Roxin*’in düşüncesine benzer bir görüş Türk öğretisinde *Öztürk* tarafından benimsenmekte ve müellif eserinde de bu adlandırmayı kullanma yoluna gitmektedir. Yazara göre, hukuk düzeni, her hukuka aykırı fiille ilgilendiğine göre, güvenlik tedbirleriyle de ilgilenmeli; fakat bu ilgisini gerek ceza hukukundan gerek diğer hukuk dallarından bağımsız “güvenlik tedbirleri hukuku” ile göstermelidir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 162, kn. 233. Bu düşünce uyarınca, bir suç işlendiğinde uygulanacak müeyyide cezadan ibaret olmadığına göre, eğer ceza ve güvenlik tedbirleri (muhakemesi) hukuku kavramı kullanılmıyorsa, fiilin hukuki niteliğini esas almak suretiyle “suç muhakemesi hukuku” kavramının kullanılması da mümkündür. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku, C. 1, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No. 941, Ankara, 1987, s. 2. Aynı adlandırma için bkz. TOSUN, Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku El Kitabı, AR Yayınları, İstanbul, 1983; BIÇAK, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010. *Freund*, güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği itibarıyla bir ceza olmadığı kabul edildiğine göre, “ceza hukuku” terminolojisinin bu bakımdan yanıltıcı olduğunu düşünmektedir. Bkz. FREUND, Strafrecht AT, s. 13, Rn. 24; benzer yönde bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 12. Tarihsel gelişimi incelendiğinde yerleşmiş “ceza hukuku” kalıbı, gerek ceza yasalarında gerekse uluslararası ve yerel hukukta önceleri suçun müeyyidesi ve vesilesiyle tek hukuksal neticesi olması nedeniyle kullanılagelmıştır. Dolayısıyla “ceza hukuku” kavramının kullanılmasının, esasen bilimsel bir geleneğin veya teorik bir alışkanlığın ürünü olduğu ifade edilebilir. Nispeten çok daha yeni bir kavram olarak güvenlik tedbirleri kavramının bu hukuk dalının adlandırılmasında cezayla birlikte kullanılması kanaatimizce de hukuken ve mantiken isabetli olacaktır. Bu minvalde hukuk fakültelerinin ceza hukuku kürsüleri gelecekte “ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku kürsüsü” veya “suç hukuku kürsüsü”, dersin adı “ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku” veya “suç hukuku” olarak değiştirilebilir. Fakat isimden daha önemli olanın, ceza ve güvenlik tedbiri arasındaki ayrımın pratikte dikkate alınması ve tedbir hukukunun suçla mücadele politikası açısından taşıdığı önemin anlaşılması olduğu kanısındayız.

³³⁸ Örneğin TCK’nın yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik nedeniyle kusur yeteneği bütünüyle ortadan kalkmamış olan failer için cezanın azaltılmasını öngördüğü 31/2-3, 32/2 ve 33’üncü maddeleri böyledir.

³³⁹ ROXIN, Band I, § 1, s. 3, Rn. 4.

izde birlikte ilerlenebileceğini ifade etmektedir³⁴⁰. Hukuki sonuçlar sisteminin (tek başına) ceza izinde ilerlemesine örnek olarak, kusur yeteneği bulunan bir kimsenin kasten öldürme fiilini işlemesi ve bu nedenle cezaevine gönderilmesi gösterilebilir. Hukuki sonuçlar sisteminin (tek başına) güvenlik tedbiri izinde ilerlemesine örnek olarak, aynı fiilin zihinsel anormalliği nedeniyle kusur yeteneğinden yoksun bir kimse tarafından işlenmesi ve onun psikiyatri hastanesine gönderilmesi gösterilebilir. Hukuki sonuçlar sisteminin (yan yana) hem ceza hem de güvenlik tedbiri izlerinde ilerlemesine örnek olarak ise yasa dışı biçimde uyuşturucu satan bir eczacının hem hapis cezasıyla cezalandırılması hem de bu kişi hakkında hapis cezasının infazından sonra geçici meslek icrası yasağının uygulanması gösterilebilir³⁴¹. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, iki izlilik sistemi değişik görünüş biçimleri sergileyebilir. Bu ortaya çıkış türlerini, alternatiflik veya kümülatiflik kistasıyla, “temsil” ve “toplanma” sistemleri altında incelemek mümkündür.

1.3.2.2.1. Temsil Sistemi (Vekâlet Sistemi)

1.3.2.2.1.1. Genel Özellikler

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde iki izlilik sisteminin bazı değişikliklere ve sınırlamalara maruz kaldığı belirtilmektedir. Öncelikle cezalar, daha etkin biçimde önleyici amaçlara ve yeniden sosyalleştirmeye yönlendirilmiştir. Öte yandan cezalarla hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri arasındaki sert birliktelik, yeniden sosyalleştirme esasını temel alan güvenlik tedbirleri lehine “temsil/vekâlet ilkesi (*Vikariierensprinzip*)” (StGB § 67) vasıtasıyla yumuşatılmıştır³⁴².

Temsil sisteminin kabul edilmesinin nedeni, ceza ve tedbir arasındaki keskin ayrımın zamanla cezanın önleyici fonksiyona yönelmesiyle birlikte giderek törpülenmesidir. Münhasıran misilleme odaklı bir ceza adaleti anlayışının sosyal hukuk devleti prensibiyle bağdaşmadığının kabul edilmesinden bu yana, bilhassa infaz aşamasında cezalarla tedbirlerin birbirine yaklaştığı fark edilmektedir³⁴³. İşte ceza ve güvenlik tedbirlerinin, sınırları bakımından olmasa bile, amaçları bakımından tek izde buluşturulmasına yönelik çalışmalar “temsil sistemi (vekâlet sistemi) (*vikariierendes*

³⁴⁰ SCHMIDHÄUSER, s. 258.

³⁴¹ SCHMIDHÄUSER, s. 258.

³⁴² KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 4, 30; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 10; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14.

³⁴³ PARK, s. 39-40.

System)'' olarak adlandırılan sistemin kurulmasına ön ayak olmuştur³⁴⁴. Gerçekten Alman Ceza İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) infazın görevlerine ilişkin 2'nci maddesinde, hapis cezasının infazında hükümlülerin gelecekte suçsuz bir yaşam sürmesinin sağlanmasının amaçlandığından söz edilmekte ve bu infazın aynı zamanda halkı ileride işlenebilecek suçlardan korumaya hizmet ettiği vurgulanmaktadır. Aynı şekilde Türk hukukunda da CGTİHK m. 3'te, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında ortak amacın *“öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak”* şeklinde tespit edildiği görülmektedir. Cezalar ve tedbirler arasındaki bu yakınlaşmanın hukuki altyapısı temsil sistemiyle oluşturulmaktadır.

İki izlilik sisteminin kabul edilmesinin getirisi olarak, bir yanda cezalar ve diğer yanda tedbirlerden oluşan bir hukuki sonuçlar sistemi içerisinde, her ikisinin anlam ve amaç bakımından keskin ayrımları bulunsa da birbirlerine etkileri bakımından bir ortaklıktan söz etmek mümkündür. Bunlardan biri “temsil sistemi” ile sağlanmaktadır³⁴⁵. Saf caydırıcı ceza (misilleme esaslı ceza) ile saf güvenlik tedbiri birbirinin tümüyle zıttı gibi dursa da, ortak uygulama alanları söz konusu olduğunda cezanın tedbir yerini alarak onu temsil etmesi veya bunun tam tersinin olması, yani bunların fonksiyonel olarak birbirini temsil etmesi mümkündür³⁴⁶.

Temsil sistemini vurgulamak için öğretide “ceza ve tedbir arasında kırılmaz/yıkılmaz bir köprünün bulunmadığı” benzetmesi yapılmaktadır³⁴⁷. Diğer

³⁴⁴ Almanca'daki “vikariieren” sözcüğünün kökeni, temsil eden (vekâlet eden) anlamındaki Latince “vicarius” (Almanca karşılığı yine temsil eden, vekâlet eden anlamında “stellvertretend”) sözcüğüne dayanmaktadır. Keza Almanca'da “Vikar” sözcüğü, temsilci (Stellvertreter) anlamında da kullanılmaktadır. “Vikariieren” fiili ise, birbirini temsil etmek (karşılıklı vekâlet etmek) anlamına gelmektedir. Ceza hukuku alanında bu kavram, birden fazla hukuki sonucun birbirini temsil edebilmesini ifade etmektedir (ROXIN, Band I, § 3, s. 99, Rn. 70, Fn. 109; ayrıca bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 258; SCHÖCH, LK-StGB, § 67, Rn. 1).

³⁴⁵ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 10.

³⁴⁶ LISTZ/SCHMIDT, 1927, s. 236; KÖHLER, s. 56.

³⁴⁷ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 84, Rn. 1. Türk hukukunda da aynı şekilde her iki hukuki sonuç arasında “kalın ve aşılmaz duvarların mevcut olmadığı” benzetmesi yapılmaktadır. Bkz. EREM, “Emniyet Tedbirleri”, s. 355; ALACAKAPTAN, “Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, s. 28. Bir görüşe göre, ceza ile tedbir arasında net bir sınırın bulunmamasına örnek olarak müsadere, yabancıların sınır dışı edilmesi ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma kurumları gösterilmektedir. Bu kurumların hukuki niteliği konusu tartışmalı olsa da bunların hangi kategoride düzenleneceğini belirlemenin yasa koyucunun takdirinde olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. CHANKSELIANI, s. 104. İfade edelim ki, aynı kullanımlı bir benzetme, aksi yönde düşünceler olmakla birlikte, Klasik Okul ile Pozitivist Okul arasındaki geçişken ilişki için de dikkate alınmaktadır. Bu yumuşak ilişkiye, Klasiklerin önde gelen temsilcilerinden bir olarak kabul edilse bile, Bentham'ın çalışmalarının örnek olabileceği söylenmektedir. Gerçekten Bentham, bir yandan irade özgürlüğünü savunmayı sürekli devam ettirmiş, ancak diğer yandan bunun bazı iç ve dış faktörlere göre insanlar tarafından farklı açılardan hissedilen bedensel duyulardan kaynaklanan

deyişle ceza ve tedbir birbirinden keskin sınırlarla ayrılmış değildir. Ceza müeyyidesi, güvenlik tedbirine benzer şekilde, suç teşkil eden eylemlerin geleceğe dönük olarak önlenmesine hizmet eder. Buna mukabil güvenlik tedbiri, ceza müeyyidesine benzer şekilde, uygulanan kişi için bir kötülük olarak algılanır ve son tahlilde normun geçerliliğinin pekiştirilmesine hizmet eder. Bu gerekçelerle ceza ve tedbirin infaz aşamasında birbirinin yerine geçmesi mümkündür. İşte sözü edilen yapı, temsil sistemi vasıtasıyla oluşturulmaktadır³⁴⁸.

Cezalar ve hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin yan yana uygulanmasını temel alan iki izlilik sisteminin sorunlu neticelerinin yumuşatılması temsil sistemi ile mümkün olmaktadır³⁴⁹. Aynı zamanda temsil sisteminin cezalarla hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri arasında bir “değiştirilebilirlik” veya “işlevsel eşdeğerlik” olduğu gerçeğini ortaya çıkardığından söz edilmektedir. Güvenlik tedbiri olarak kurumda geçirilen sürenin cezadan indirilmesine yol açan “mahsup ilkesi (*Prinzip der Anrechnung*)” buna örnek gösterilmektedir³⁵⁰.

Aynı biçimde, failin kişiliği, sadece güvenlik tedbirlerinde bir rol oynamakla sınırlı kalmamakta, ayrıca yasalarda cezanın bireysel önleyicilik unsuruna dâhil edilmektedir (StGB § 46/1-c.2). Bu yüzden öğretilde haklı olarak, ceza ve tedbir arasında bir karşılıklı yaklaşma sürecinden yani içerik örtüşmesinden söz edilmektedir. Uygulamada bu yaklaşmanın en bariz şekilde ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Örneğin bahsi geçen mahsup ilkesi uyarınca, Alman hukukunda hapis cezasına ek olarak hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerine (bir psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme) hükmolunmuş ve tedbir cezadan önce infaz edilmişse tedbirin infazında geçen süre cezadan mahsup edilmektedir (StGB § 67/4)³⁵¹.

motiflerle hareket ettirildiğini de kabul etmiştir. Hükümet Üzerine Bir Parça adlı eserinin bir bölümünün tamamını biyolojik, psikolojik ve sosyal etmenlere ayıran filozof, zekâ, mizaç, kişilik, cinsiyet, yaş, eğitim, meslek gibi birtakım etmenleri, duyarlılığı etkileyen koşullar içinde zikretmiştir. Bu koşulların her birine tek bir paragraf ayırmasına karşın, *Bentham*, iç ve dış etkilenimleri özgür irade ve rasyonalite ile birlikte tanınması nedeniyle, öğretilde bazı yazarlarca, “klasik kriminologların sonuncusu ve pozitivist kriminologların ilki” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. WALSH/ELLIS, s. 58.

³⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 84, Rn. 1; WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 77; HEGER, Lackner/Kühl-StGB, § 61, Rn. 2. Temsil ilkesinin geçerli olmadığı hallerde veya yargı kararıyla uygulanmadığı hallerde, cezanın infaz edilmesinden sonra tedbirin amacının hürriyetten mahrum bırakmayı gerektirip gerektirmediği karara bağlanmalıdır. Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 30.

³⁴⁹ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 66; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 84.

³⁵⁰ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 4, 30.

³⁵¹ VILLMOW, NK-StGB, Vor §§ 38ff, Rn. 15.

Temsil sistemi, cezalar ve tedbirlerin infaz aşamasında yekdiğeriyle değiştirilebilmesine olanak sağlayan bir iki izlilik sistemidir³⁵². Böylece ceza ve tedbirden yalnız birini seçmeye ve infaz etmeye dayalı sistem yerine esnek bir sistemin infazı sağlanmış olur³⁵³. Bu sistemi benimseyen ülkelere örnek olarak Almanya, İtalya, Fransa, Belçika, İsviçre ve Türkiye gibi ülkeler gösterilmektedir. Bu ülkelerde koşulları gerçekleştiğinde ceza ve tedbir bir arada uygulanabileceği gibi ceza yerine tedbir de uygulanabilir³⁵⁴.

1.3.2.2.1.2. Temsil Sisteminin Avantajları

Temsil sisteminin olumlu yanlarından biri olarak, infazda ceza süresinin üzerine güvenlik tedbiri süresinin hesaplanmasıyla iki izlilik sisteminin krizlerine karşı önemli ölçüde yardımcı olması gösterilmektedir³⁵⁵. Yine ceza ve tedbir olarak her iki hukuki sonuç arasında ortaya konulan keskin kuramsal farklılıkların bu sistemle yumuşatıldığı söylenebilir³⁵⁶. Ayrıca temsil sisteminin, orantılılık ilkesine uygun biçimde cezaya kıyasla tedbiri öncelediği ve hükümlülerin iyileştirilmesi amacıyla en etkili terapötik yöntemin seçilmesi konusunda yardımcı olduğu düşünülmektedir³⁵⁷. Keza ceza yerine tedbir uygulanmasının, kümülatif sistemde hapis cezasının infazından sonra tedbir uygulanması nedeniyle hükümlü bakımından “çifte kötülük” olarak telakki edilen durumu önlediği, tedbirin koruyucu ve iyileştirici fonksiyonun ön plana çıkarıldığı söylenmektedir³⁵⁸.

³⁵² STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 1; POLLÄHNE, Helmut, “Vorbemerkungen zu § 67: Maßregel-Vollstreckungsrecht”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 34; SCHÖCH, Heinz, “§ 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 1; MEIER, s. 374.

³⁵³ Bkz. JESCHECK, “Beklenenler”, s. 170.

³⁵⁴ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 205. İsnat yeteneği azalmış olan akıl hastaları hakkında güvenlik tedbirleri veya cezadan birini seçme imkânı tanınmasına yönelik “ikame sistemi”ni iki izlilik sistemiyle eş anlamlı kullanan bir görüş için bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 963.

³⁵⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 87, Rn. 2; SCHMIDHÄUSER, s. 259.

³⁵⁶ VILLMOW, NK-StGB, Vor §§ 38ff, Rn. 15.

³⁵⁷ MAIER, Stefan, “StGB § 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 7; SCHÖCH, LK-StGB, § 67, Rn. 7; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 30.

³⁵⁸ JEHLE, Jörg-Martin, “§ 67 StGB – Reihenfolge der Vollstreckung”, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLÜCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014, Rn. 2; MAIER, MüKo-StGB, § 67, Rn. 7; SCHÖCH, LK-StGB, § 67, Rn. 7; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 67, Rn. 4.

Öğretide ceza ve tedbir arasında kuramsal açıdan net bir ayrımın olduğunu yani basitçe cezanın ödetme, tedbirin ise önleme amacına sahip olduğunu düşünen yazarlar da orantılılık ilkesi aracılığıyla temsil sisteminin bu farkı yumuşattığı kanısındadır. Bu görüşe göre, söz konusu kuramsal ayrılığa rağmen, tedbirin de sanık açısından tıpkı ceza gibi bir yük teşkil ettiği yadsınamaz. Bu nedenle orantılılık ilkesi, kümülasyonun aşırı uygulanmasına müsaade etmemekte, kişinin özgürlük hakkına çok fazla müdahale etmeden her iki amacın da uygulanabilmesi açısından, ceza ve hürriyeti kısıtlayıcı tedbirin birbiriyle yer değiştirmesini mümkün kılmaktadır. İşte kanunda bu kural temsil sistemi aracılığıyla hayata geçirilmektedir³⁵⁹. O halde temsil sisteminin avantajlarından birinin kümülatif sistemin sakıncalarını ortadan kaldırmak olduğu söylenebilir.

1.3.2.2.1.3. Temsil Sisteminin Dezavantajları

Temsil sistemi, öğretide, olumlu yanlarının yanısıra özellikle ceza ve tedbir arasındaki amaçsal farkın günden güne kaybolmasının doğurabileceği sakıncalar yönünden tartışılmaktadır. Denilmektedir ki, yasa koyucular ve yargı makamları günümüzde güvenlik tedbirlerini bir “genel önleyici amaç” ve “cezalandırıcı etki” bakımından ele almak yoluna gidebilmektedir. Ne var ki güvenlik tedbirleri, ceza müeyyidesinin taşıması gereken bu karakterlere yaklaşırsa, bunların bir anlamda “cezayı takviye edici müeyyide” olarak algılanması mümkün hale gelir. Oysa böyle bir yaklaşım anayasal açıdan ve hukuki sonuçlar teorisi bakımından güvenlik tedbirlerinin cezadan bağımsız karakterinin sorgulanmasına neden olacaktır³⁶⁰.

Öğretide bir görüş, ceza hukukuna ait hukuki sonuçların, amaçları bakımından tek izli olduğu halde, hukuk sisteminde kendi sınırları dâhilinde iki farklı iz olarak görev ifa ettiğini belirtmektedir. Ancak kefarete teorisi esas alındığında bunların hem amaç hem de sınırları keskin biçimde ayrılmaktadır. Çünkü bu anlayış cezayı geçmişe ve kusura, güvenlik tedbirini ise geleceğe ve tehlikeye odaklamaktadır. Oysa bu tür bir ceza anlayışı, cezanın özel önleyici amaçlarla hareket etmesinin bir sonucu olarak artık geçerli olmadığından, değişen bu ceza anlayışında, cezanın, tek ve iki izli sistemin arasında bulunduğu söylenebilir³⁶¹.

³⁵⁹ SCHÄFER, Gerhard/SANDER, Günther M./GEMMEREN, Gerhard van, Praxis der Strafzumessung, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München, 2017, Rn. 1324b.

³⁶⁰ Bkz. PARK, s. 41-42.

³⁶¹ ROXIN, Band I, § 3, s. 98-99, Rn. 68.

1.3.2.2.2. Toplanma Sistemi (Kümülatif Sistem)

1.3.2.2.2.1. Genel Özellikler

Cezalar ve güvenlik tedbirleri birbirinden ayrı uygulanabileceği gibi kümülatif olarak yani birbirine eklenerek de uygulanabilir³⁶². Her iki hukuki sonucun kümülatif olarak uygulandığı hallerde toplanma sisteminden söz edilir. Toplanma ilkesi (birleşme/kümülayon ilkesi) (*Kumulationsprinzip*), cezalar ile güvenlik tedbirlerinin farklı karakterlerine uygun olarak dikkate alınan bir prensiptir. Bu ilke, güvenlik tedbirinin, işlenen vesile suç dolayısıyla cezanın yanında uygulanmasını öngörür. Dolayısıyla bu nitelikte bir iki izlilik sistemi, suçun her iki hukuki sonucunun da somut davada yan yana uygulanabilmesini ifade eder³⁶³. Birleşme ilkesinin uygulanabilmesi için sadece tedbirin değil, işlenen suçla birlikte aynı zamanda cezalandırılabilirliğin koşullarının da karşılanmış olması gerekir³⁶⁴.

Kümülatif sistemin önemli istisnaları vardır. Örneğin Alman hukukunda psikiyatri hastanesine yerleştirme, bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme, sürücü belgesinin iptali ve meslek icrası yasağında yani tüm tedbirlerin yarısından fazlasında bu sistem uygulanmamaktadır. Adı geçen tüm tedbirlerde mahkeme, failin kusur yeteneğinin veya duruşmada bulunma ehliyetinin olmaması nedeniyle ona ceza veremiyorsa, geriye uygulanacak tek hukuki sonuç olarak güvenlik tedbiri kalmaktadır. Bu hallerde ilgili tedbire müstakil olarak başvurulur (StGB § 71). Aynı sonuç, hakkında tedbir uygulanan failin azalmış kusur yeteneğine rağmen ceza muhakemesinde geçerli olan “*reformatio in peius* (aleyhe değiştirme)” yasağı dolayısıyla artık cezaya hükmolunamaması hali için de geçerlidir³⁶⁵. Türk hukukunda da kusur yeteneğinden tamamen yoksun olanlar hakkında, şahsi hürriyeti bağlayıcı tedbirler açısından kümülatif sistemin geçerli olmadığı açıktır (TCK m. 31-32). Bununla birlikte Almanya’da hapis cezasından sonra infaz edilen hürriyeti bağlayıcı muhafaza altına alma tedbiri, toplanma sisteminin tipik bir örneğini oluşturur. Muhafaza altına alma tedbiri söz konusu olduğunda temsil prensibi değil birleşme prensibi uygulanır³⁶⁶.

³⁶² ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 24.

³⁶³ KUNZ, Karl-Ludwig, “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung”, *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, s. 1375; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 65; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 83; KASPAR, SSW, “Vorbemerkungen zu §§ 61 ff. StGB”, Rn. 29.

³⁶⁴ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 29.

³⁶⁵ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 65; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 83.

³⁶⁶ PARK, s. 74.

1.3.2.2.2. Toplanma Sisteminin Eleştirisi

Toplanma sisteminde tedbirin infazının cezanın infazından usul ve yöntem bakımından farklı olup olmadığına dikkat etmek gerekir. Eğer güvenlik tedbirinin uygulanmasının hapis cezasından infaz bakımından herhangi bir farkı yoksa, toplanma sisteminin “çifte cezalandırma yasağını (*Verbot der Doppelbestrafung*)” ihlal etmesi söz konusudur^{367, 368}. Söz konusu çifte kötülük şayet toplumun faile olan tepkisini karşılayacak boyuta ulaşmışsa, tedbir gerçekte cezanın işlevini ele alacağı için, artık onun güvenlik tedbiri sıfatıyla gereksiz olacağı kadar haksız olacağı da söylenebilir³⁶⁹.

Aynı şekilde hürriyeti bağlayıcı ceza ve tedbirin peş peşe uygulanmasıyla birlikte ortaya çıkan, hürriyetten uzun süreli yoksunluk durumunun, muhataplar bakımından önemli bir psikolojik yük oluşturduğu ve tedavi başarısını tehlikeye düşürdüğü ifade edilmektedir³⁷⁰. Bu nedenle cezadan sonra hürriyeti bağlayıcı tedbir uygulanmasının, bir yandan fail tarafından çifte kötülük olarak algılanabileceğini hesaba katmak; diğer yandan cezanın infaz süresini, terapötik tedbirlerin geçersiz kılınmasına yol açacak şekilde uzun tutmamak gerekir³⁷¹.

Belirtelim ki, kümülasyon sisteminin olumsuz yanları yalnızca hürriyeti bağlayıcı tedbir ve cezanın birleştirilmesinde kendini göstermek zorunda değildir. Öğretide her ne kadar muhafaza altına alma tedbiri eleştirilse bile, bu tedbir yerine uygulanması önerilen ve faili hürriyetten yoksun kılmayan diğer bazı tedbirlerin de fiilen çifte cezalandırmaya evrilmesi olasıdır. Bu nedenle cezadan sonra failin iyileştirme amacıyla kapalı bir alanda tutulması yerine onun birtakım denetimli serbestlik tedbirleriyle özgürlüğüne kavuşturulması bile, örneğin elektronik kelepçe gibi tedbirlerin haddinden fazla uygulanması durumunda olduğu üzere, kusur ilkesini zayıflatarak tedbir adı altında ceza uygulamasına dönüşebilir. Uygulamada bu tür bir “etiket sahteciliği”ne yönelinmesinin, ceza hukuku doktrinde kümülatif sisteme

³⁶⁷ Alman hukukunda hapis cezasından sonra muhafaza altına alma tedbirinin infaz edilmesi şeklindeki kümülatif sistemin, birçok durumda uzun süreli hapis haline yol açtığı ve hükümlüler (hatta devlet organları) tarafından “çifte kötülüğün dayatılması (*doppelte Übelzufügung*)” olarak algılandığı yönünde bir değerlendirme için bkz. SCHÖCH, LK-StGB, § 67, Rn. 6; POLLÄHNE, NK-StGB, Vor § 67, Rn. 37; PARK, s. 74, 103. Bu düşünce doğrultusunda, ceza ve özgürlükten yoksun kılıcı güvenlik tedbirinin birleştirilmesinin cezanın uzatılması anlamına geldiği savunulmaktadır. Bkz. PARK, s. 139.

³⁶⁸ Bu nedenle öğretide toplanma sisteminde cezanın ardından uygulanan hürriyeti bağlayıcı tedbire “refakatçi hapis cezası (*Begleitfreiheitsstrafe*)” adı da verilmektedir. Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, Vor § 67, Rn. 37.

³⁶⁹ SCHÖCH, LK-StGB, § 67, Rn. 6; MAIER, MüKo-StGB, § 67, Rn. 7.

³⁷⁰ Bkz. JEHLE, SSW-StGB, § 67, Rn. 26.

³⁷¹ BverfGE 109 178 (STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 67, Rn. 4; POLLÄHNE, NK-StGB, Vor § 67, Rn. 37).

yöneltilen mevcut endişelerin ortadan kalkması için yeterli olmayacağı düşünülmektedir³⁷².

1.3.2.3. İki İzlilik Sistemini Uygulayan Ülkeler

İki izlilik sisteminin temelleri İsviçreli ceza hukukçusu *Carl Stooss* (1849-1934)'un 1893 İsviçre CK Öntasarısı'na kadar dayanmaktadır³⁷³. Alman Hukukunda ise ünlü ceza siyaseti kuramcısı *Franz v. Liszt* bu sistemin öncüsü olmuştur³⁷⁴. Zira bu ülkenin ceza hukuku düzeni *Franz v. Liszt*'in modern ceza politikasının etkisiyle 20'nci yüzyılın başlarından itibaren bir yandan kusur ilkesi (*Schuldprinzip*) temelli cezanın, diğer yandan iyileştirme ilkesi (*Resozialisierungsprinzip*) temelli güvenlik tedbirlerinin kabulü nedeniyle “çift katmanlı (*zweispurig*)” bir reaksiyon sistemini esas almaktadır³⁷⁵. Alman CK'da iki izlilik “suçun hukuki sonuçları” başlığı altında cezalar ile “iyileştirme ve güvenlik tedbirleri”³⁷⁶ne yer verilerek somutlaştırılmıştır. Bir yanda faile karşı hukuk düzeni tarafından açıkça reddedilen fiilin kusurlu haksızlığı dolayısıyla uygulanan cezalar (§§ 38-60), diğer yanda ceza kanununun ikinci izi olarak fail tarafından ileride tekerrüren işlenmesinden çekinilen suçlara ilişkin tehlikeyi önleme görevi yüklenen

³⁷² Bkz. PARK, s. 159.

³⁷³ Stooss'un 1893 Öntasarısı ile birlikte kefaref ve önleme arasındaki çatışma, ceza ve tedbirlerin birlikte uygulanmasına fırsat verilmek suretiyle çözülmüş ve bu çözüm Avrupa ve Güney Amerika kanun koyucuları tarafından büyük ölçüde model alınmıştır (JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 84, Rn. 1, Fn. 4).

³⁷⁴ ROXIN, Band I, § 1, s. 3, Fn. 1; WALTER, s. 87; TAK, “Yeniden”, s. 18.

³⁷⁵ KÖHLER, s. 55; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 1, s. 5, Rn. 11; LACKNER/KÜHL, § 61, s. 463, Rn. 2; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 61, s. 513, Rn. 1; ROXIN, Band I, § 3, s. 96, Rn. 63; HEINRICH, Strafrecht AT, s. 37, Rn. 83.

³⁷⁶ Almancası “*Maßregeln der Besserung und Sicherung*” olarak ifade edilen kavram, eski Alman CK'nın İngilizce tercümesinde “ıslah ve önleme tedbirleri (*measures of reform and prevention*)” şeklinde yer alırken, örneğin *Bohländer* bunu “iyileştirme ve güvenlik tedbirleri (*measures of rehabilitation and incapacitation*)” biçiminde kullanmıştır. Bkz. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Law*, s. 25; DESSECKER, “Dangeorusness”, kn. 7. Esasen İngilizce'de yer alan “*incapacitation*” sözcüğü, Türkçe'de “ehliyetsizleştirme, etkisizleştirme, ehliyetten yoksun bırakma” gibi anlamlar taşımaktadır. Ehliyetsizleştirme, bir suçlunun gelecekteki suçları işleyebilme olasılığını azaltmak için kullanılacak her türlü yöntemdir. Dolayısıyla bu sözcük, ceza hukukunda, bir kimsenin suç işleyemez durumda bulundurulması anlamında kullanılmıştır. Gerçekten birinin özgürlüğünden alıkonulduğu esnada doğrudan kontrol altında bulundurulması, onun toplumda suç işlemesini kelimenin tam anlamıyla önlemektedir. Her ne kadar cezaevinde suç işlemek imkânsız olmasa da, bu ihtimal, ıslah sistemi tarafından uygulanan doğrudan kontrol ile sınırlandırılmaktadır. Kavramın incelemesi için bkz. BUSHWAY, Shawn D., “Incapacitation”, *Reforming Criminal Justice*, (4), 2017, s. 37 vd. Bununla birlikte 1933 tarihli Alman İtiyadi Suçlular Kanunu'ndan bahsederken Anglo-Amerikan ceza hukuku doktrinini temsil eden hukukçuların, sözü edilen Kanun'un resmi adında yer alan “*Sicherung und Besserung* (güvenlik ve iyileştirme)” kalıbını, kendi dillerinde sırasıyla “*incapacitation and rehabilitation*” sözcükleriyle karşıladıkları fark edilmektedir. Bu kullanıma bir örnek için bkz. DUBBER, Markus D./HÖRNLE, Tatjana, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, 1. Edition, Oxford, 2014, s. 286. Bu nedenle çalışmada “*incapacitation measures*” kavramını “*güvenlik tedbirleri*” anlamına gelecek şekilde kullanmaktayız.

iyileştirme ve güvenlik tedbirleri bulunmaktadır³⁷⁷. 1871 tarihli Ceza Kanunu’nun kabul ettiği polis gözetimi (*Polizeiaufsicht*) kurumunun bir “gizli” iki izlilik içerdiği kabul edilmekle birlikte, mer’i hukukta iki izliliğin tanınması yasal olarak 1933 tarihli İtiyadi Suçlular Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte olmuştur³⁷⁸. Bu ülkede hukuk uygulamasında iki izlilik kabul edilmekte ve hâlihazırda özellikle Federal Anayasa Mahkemesi’nin güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlarında da bu sisteme kuşkuyla yaklaşmadığı görülmektedir³⁷⁹.

Aynı şekilde üç güney Avrupa ülkesinde, İtalya, İspanya ve Yunanistan’da da iki izlilik sisteminin geçerli olduğu görülmektedir. Bu ülkelerde ceza ve güvenlik tedbiri arasında açık bir ayrıma yer verilmiştir (İt. “*pena - misura di sicurezza*”; İsp. “*pena - medidas de seguridad*”; Yun. *ποινή - μέτρα ασφαλείας*). Muhafaza altına alma tedbiri ise diğer ikisinden farklı olarak yalnızca İtalyan hukukunda somut olarak uygulanan bir tedbirdir³⁸⁰. Yine İtalyan hukukundan farklı olarak, İspanyol ve Yunan güvenlik tedbirleri hukukunda kusurlu ve isnat yeteneği tam olan suçlular için süresi belli olmayan hüküm usulü uygulanmamaktadır. İtalya’da kusur yeteneğinin varlığı güvenlik tedbirine engel olmazken, İspanya (m. 20/1-3) ve Yunanistan’da (m. 69-71) güvenlik tedbirleri yalnızca zihinsel anormallikleri veya bozuklukları olan ya da bağımlılıkları dolayısıyla kusur yeteneği bulunmayan kişiler hakkında uygulanmaktadır³⁸¹.

İtalyan ceza hukukunun benimsediği hukuki sonuçlar sistemi, Rocco Kanunu’nun bir yandan birinci kitap ikinci başlık altında (m. 17 vd.) cezalara (*delle pene*), diğer yandan birinci kitap sekizinci başlık altında (m. 199 vd.) önleyici güvenlik tedbirlerine (*delle misure amministrative di sicurezza*) yer vermesinin bir sonucudur. Ceza politikası açısından İtalyan güvenlik tedbirleri hukukunda geçerli olan iki izlilik sisteminin (*sistema di doppio binario*) temelini “sosyal tehlikelilik (*pericolosità*)

³⁷⁷ WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 57.

³⁷⁸ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 9.

³⁷⁹ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 20. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, iki izli yaptırımlar sisteminden söz etmek suretiyle güvenlik tedbirlerini birer yaptırım (*Sanktion*) olarak gördüğünü ortaya koymuştur. Yüksek Mahkeme’ye göre, bu iki izli yaptırımlar sisteminin karakteristik özelliği, cezalar ile hukuka aykırı fiile bağlanan ve ceza amacı taşımayan hukuki sonuçları bir araya getirmesidir. Cezalandırma amacı gütmeyen hukuki sonuçlar ise iyileştirme ve güvenlik tedbirleridir. Bkz. BVerfGE 91, 1 – Entziehungsanstalt, 16.4.1994 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091001.html>). Modern Ceza Hukuku Okulu tarafından on dokuzuncu yüzyılın sonlarında caydırmanın yanı sıra iyileştirme ve güvenlik amaçlarıyla oluşturulan iki izli sisteme yirminci yüzyılın başlarından itibaren tüm ceza kanunu tasarılarında ve Weimar Cumhuriyeti döneminde yer verildiği konusunda bkz. BVerfGE 109, 133 – Langfristige Sicherheitsverwahrung, 5.2.2004 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv109133.html>).

³⁸⁰ STEFANOPOULOU, s. 355. Yunanistan ceza hukuku sisteminin tek izli olduğu görüşü için bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 88, Rn. 3; ROXIN, Band I, § 3, s. 100, Rn. 71.

³⁸¹ STEFANOPOULOU, s. 355.

sociale)” kavramı oluşturur³⁸². Dikkat edilecek olursa, Alman CK’daki “iyileştirme tedbirleri” kavramının İtalyan CK’da düzenlenmediği görülecektir. Yine bir diğer fark olarak, Alman CK’da iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinden bahsedilmesine karşın, İtalyan CK’da önleyici (idari) güvenlik tedbirlerinden bahsedilerek maddi bakımdan hukuki nitelik konusunda açık bir kabule yer verilmiştir.

Kendisine örneğin psişik bir rahatsızlığı nedeniyle kusur isnat edilemeyen fakat gelecekte hukuka aykırı fiilleri yeniden işleyebileceği varsayılan veya müteakip eylemlerin işlenme tehlikesini etkin bir şekilde kovmak için kusur ölçekli cezanın yeterli olamayacağı kabul edilen bazı failer vardır. Bu gibi hallerde ceza hukukunun, rolünü etkin bir biçimde gerçekleştirmesi için cezadan bağımsız ve müstakil bir yaptırım sistemine yani iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine yer vermesi gerekir. Ceza yaptırım sisteminin bu “ikinci iz”inde sosyoetik açıdan kayıtsız kalan yani fiil ve fail hakkında kınama yargısı içermeyen ve bu nedenle kusurluluktan ve kusurun miktarından ayrılabilen saf önleyici tedbirler söz konusudur³⁸³.

Bununla birlikte saf önleyici güvenlik tedbirlerinden oluşan bir sistemin kabul edilmesi yerine iki izlilik sisteminin muhafaza edilmesinin arkasında, tamamen tedbirlere dayalı bir hukuki sonuçlar sisteminin muhtemel risklerinin bulunduğu söylenebilir. Gerçekten sadece failin tehlikeliliğini esas alan bir salt güvenlik tedbirleri hukukunun kabul edilmesi, işlenen fiillerde kusur olmaksızın failin şahsına bağlı nesnel değerlendirmelerle yetinilmesi sonucuna yol açar³⁸⁴. Aynı durum salt cezalara dayanan bir tek izlilik sisteminin suçla mücadelede güven telkin eden sonuçlara ulaşamamasından da çıkarılabilir. Gerçekten yalnızca cezaların kabul edildiği bir sistemde örneğin akıl hastası bir failin adam öldürmesi halinde isnat kabiliyeti olmadığı için serbest bırakılması veya kefareti anlayacak durumda bulunmamasına rağmen kendisine ceza uygulanması gerekecektir. Oysa iki izlilik ilkesini temel alan bir sistemde sosyal savunmayı gerçekleştirmek için bu kimsenin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine maruz bırakılması gerekir³⁸⁵.

Bugün Alman ceza hukukuna dâhil olan hukuki sonuçlar sisteminin yerleşik temel unsuru olarak kabul edilen güvenlik tedbirlerinin, uluslararası alanda cezanın yanı sıra cezayla birlikte uygulanan, kusur temeline dayanmayan bir yaptırım türü olarak

³⁸² MAIWALD, s. 33. İki izlilik sistemine “çift hat sistemi” (bkz. PISAPIA, s. 213) veya “iki şeritli yaptırım sistemi” (bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 352, kn. 676; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 495) adı da verilmektedir.

³⁸³ MEIER, s. 269.

³⁸⁴ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 3. Ayrıca tarihsel açıdan ceza müeyyidesinin zorunlu ve gerekli olduğu, ceza müeyyidesine başvurmada sosyal düzeni sağlamanın olanaklı olmadığı hususunda doktrinin büyük kısmı hemfikirdir (DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 542, kn. 1307).

³⁸⁵ Benzer yönde bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3.

genel geçer biçimde kabul edildiği söylenemez³⁸⁶. Avrupa’da iki izlilik sistemine Almanya’nın yanı sıra hâlen İsviçre, Avusturya, İtalya, Belçika, Hollanda, Norveç, İspanya, Polonya ve Macaristan’da rastlanmaktadır³⁸⁷. Diğer birçok ülkede ise *Zweispurigkeit* sisteminden ya haberdar olunmamış ya da bir deneme süresinden sonra sistemin uygulanmasından vazgeçilmiştir. Bir defa bugün sadece Fransa, İngiltere, Galler, İsveç ve ABD gibi ülkelerde uygulanan tek izlilik sisteminde (*Einspurigkeit*), isnat yeteneği bulunmayan suçluların özgürlüğünün kısıtlanmasında onların özel durumu dikkate alınmamaktadır³⁸⁸.

³⁸⁶ Alman hukukunda yeni sosyal savunma doktrininin etkisiyle, tek izlilik sistemi, *Melzer, Ellscheid/Hassemer* ve çok temel olarak *Baurmann* gibi bazı yazarlar tarafından savunulmuştur (Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4, 20). Bu görüşlerden biri, “kınamadan yoksun ceza (*Strafe ohne Vorwurf*)” sisteminin ortaya atmıştır. Bu görüş, suçlulara karşı sosyo-etik açıdan getirilecek bir suçlamanın dogmatik bir ideolojinin takibi olduğunu düşünmektedir. Görüşün taraftarları, bir yandan kusuru elimine etmek fakat öte yandan sosyal savunmanın güvenlik tedbirlerinde birleşen sistemine yenik düşmemek adına, kusur prensibinin yerine orantılılık ilkesini ikame etmeyi önermekte, böylece cezanın kınayıcı karakterini kaybedeceğini ileri sürmektedir. Öte yandan, fiilinden dolayı kusur izafe edilmeyeceği ve kınanmayacağı kabul edilen failin, hem ceza hukuku müeyyidelerini haksız bulması hem de rehabilite olmayı kabul etmemesi muhtemeldir. Bunun için yazarlar, bazı mahkûmların, mağdura ve topluma karşı sorumluluklarını hatırlatmak ve bunları hayata geçirmek için terapötik araçlar vasıtasıyla kınandığını da kabul etmektedir (Bkz. ELLScheid, Winfried/HASSEMER, Günter, ”Strafe ohne Vorwurf”, Civitas, 1970, s. 27 vd., 33). Buna karşılık *Mayer*, ceza kullanılarak kişisel hakların dikkate alınması koşuluyla özel tek şeritli bir yaptırım sistemi kurulmasında ısrarcı olmuştur (Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 5, HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 4) *Ellscheid/Hassemer*’in düşüncesine karşı, kriminal anlamıyla cezanın nedeni ve sınırı olan kusurdan kaçınmanın ve hukuki sonuçlar sisteminin değerlendirilmesinde orantılılık ilkesini esas almanın, sonuç olarak kusura dayanan ceza ve kusurdan bağışık tedbir arasındaki ayrımı ortadan kaldıran bir tek izlilik sistemine yol açacağı ifade edilmektedir. Böyle bir tek izlilik modelinin kriminal-politik açıdan tartışılabilir olsa da önemli bir hata ihtiva ettiği düşünülmektedir. Nitekim orantılılık ilkesi, suçlunun geçmişte işlediği suça devletin tepkisinin ölçüsü olmak bakımından kusur ilkesine nazaran daha az elverişlidir. Çünkü orantılılık ilkesi, gelecek eksenli durumların biçimlendirilmesiyle bağlantılı olarak, vatandaşların özgürlük alanlarına devlet tarafından yapılması muhtemel müdahaleleri sınırlandırma işlevi görür. Bu ilke mevcut hukuka aykırılıkların müeyyidesini, her şeyden evvel hukuki değerlerin ihlalindeki ciddiyeti ve gerçekleşen haksızlığın miktarını dikkate almadan rasyonel biçimde sınırlayamaz. Öyleyse orantılılık ilkesi, somut suçlunun normatif tepkisi veya onun fiil esnasındaki düşüncesi gibi unsurları göz önünde bulundurmaktan vazgeçemez. Öte yandan sözü edilen geçmişe ait faktörlerden hareketle fakat yalnızca suçlunun gelecekte beklenen tehlikesine göre belirlenirse, orantılılık ilkesinin müdahaleyi sınırlayıcı işlevinin kaybolması tehlikesi ortaya çıkar. Özellikle kusurun cezayı sınırlandırıcı işlevinin Almanya’da görece düşük ceza seviyelerinin varlığının temel nedenini oluşturduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla kusurun cezayı sınırlandırma işlevi, suçlunun özgürlüklerinin yüksek düzeyde korunması için garanti fonksiyonu görmektedir. Orantılılık ilkesinin anayasal açıdan gerek davranış normlarını gerekse bunlara ilişkin hukuki sonuçları tespit etmek bakımından yasama organını sınırlandırıcı bir işleve sahip olduğu açıktır. Dikkat edilecek olursa, burada söz konusu olan, soyut bir sınırlamadır. Ancak soyut kanunla tespit edilen cezanın somut miktarını tespit etmek için orantılılıktan ziyade kusur ilkesinin daha büyük bir potansiyele sahip olduğu söylenebilir. Tüm bu anayasal ve kriminal-politik gerekçelerle *Radtko*, saf güvenlik tedbirlerine dayanan bir tek izlilik sistemine karşı çıkmakta ve kusur ceza hukukunun mutlaka geleneksel anlayışı içerisinde tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 27.

³⁸⁷ Fakat bunun yanında iki izlilik sistemi, söz konusu ülkelerde tedbirlerin yapılandırılmasının Alman güvenlik tedbirleri hukukuyla doğrudan karşılaştırılabilir olduğu anlamına gelmez; özellikle de Almanya’daki temsil sistemine (*Vikariierenssystem*) tanınan imkânla bu ülkelerdeki düzenlemeler arasında önemli ölçüde farklılıklar vardır. Yine de bu ülkelerde hukuki sonuçlar sisteminin temel yapısının Alman hukukuyla benzeştiği ifade edilmektedir (MEIER, s. 271).

³⁸⁸ MEIER, s. 271.

1.3.2.4. İki İzlilik Sisteminin Olumlu Yanları

İki izlilik sistemine taraftar olanlar, bu sistemin fiil kusuru düşüncesinin egemen olduğu bir ceza hukuku düzeni için en mantıklı sistem olduğu kanaatindedir. Ayrıca tarihsel açıdan da kusur odaklı cezanın korunmasının ve sürdürülmesinin yolu, iki izli bir hukuki sonuçlar sisteminin kabul edilmesinden geçmektedir³⁸⁹.

İki izlilik sistemi sayesinde, sadece kusur prensibi doğrultusunda uygulanabilen cezaya aynı zamanda önleyici görevler yüklenmesinden kaçınılmış olunmaktadır. Bu sistem, tehlikeli suçluların, önemli ölçüde ortalama vakaya göre uyarlanması nedeniyle normal ceza infazıyla karşılanması mümkün olmayan, tıbbi ve sosyo-pedagojik vasıtalarla önleyici tedaviye tabi tutulmasını mümkün kılmaktadır³⁹⁰.

Kanaatimizce ceza hukukunda iki izliliğin uygulanmadığı ve sistemin yalnız cezaya dayandığı hallerde kusur yeteneği bulunmadığı için cezalandırılmayan tehlikeli suçlular hakkında idari tedbirler dışında uygulanacak bir seçenek kalmamaktadır. Bu durum, idari tedbir uygulanan kişilerin ceza hukukunun koruyucu fonksiyonundan yararlanmasını engelleyebilir. Tam tersine, sistemin yalnız güvenlik tedbirlerinden oluşması halinde ise bu kez kusur yeteneğine sahip olduğu halde suç işlemekten çekinmeyen kimseler için halkın adalet duygusunun ötelenmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle öğretide de her ne kadar iki izliliğe yönelik tartışmaların devam ettiği görülse de bu sistemin artık oturmuş biçimde pratikte egemen olduğu ve kolaylıkla değiştirilemeyeceği yönündeki düşünceye iştirak etmekteyiz³⁹¹.

1.3.2.5. İki İzlilik Sisteminin Olumsuz Yanları

İki izlilik sistemi bazı açılardan eleştirilmektedir. Bir görüş³⁹², bu sistemin yetişkin suçlular açısından güncelliğini yitirmiş ve umut vermeyen bir sistem olduğu kanısındadır. Özellikle hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler ve hapis cezası arasındaki benzerlik nedeniyle iki izlilik ilkesinin hâlâ anlamlı olup olmadığı tartışılmaktadır. Bunların infazının aynı kurumda gerçekleştiği durumlarda söz konusu benzerlik daha yoğun biçimde gözlenmektedir.

³⁸⁹ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 10. Benzer yönde bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 69.

³⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 83-84, Rn. 1.

³⁹¹ Bkz. ESER, “Zur Entwicklung”, s. 215.

³⁹² DUTTGE, Gunnar, “Einsatz von Neurotechnologie: Zukunftsperspektiven eines modernen Sanktionensystems?”, Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?, Hrsg. HÖFFLER, Katrin, Universitätsverlag Göttingen, 2015, s. 111.

İki izlilik sisteminin bir diğer eleştiri noktası, kümülatif usulün yani toplanma sisteminin uygulandığı örnekler üzerinde yoğunlaşmaktadır. İtalyan öğretisindeki bu görüşe göre, ceza ve güvenlik tedbirinin birleştirilmemesi, tersine birbirinin yerine uygulanması gerekirken cezaya ek güvenlik tedbiri veya güvenlik tedbirine ek ceza şeklinde infaz edilmesi, aynı şahsa ayrı amaçları ve esasları olan iki tedbirin uygulanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle öğretide ıslah, eğitim ve tedavi özelliği olan tek bir tedbirin uygulanması gerektiği önerilmiştir³⁹³.

1.3.2.6. İki İzliliğin Krizi

Güvenlik tedbirlerinin karakteristik nitelikleri ve cezalarla tedbirlerin yan yana uygulanması, öğretide uzun süredir çeşitli bağlamlarda tartışılan birtakım sorunlar ortaya çıkarmıştır. Öğretide bu sorunları ifade etmek üzere “iki izliliğin krizi (*Krise/Krisis der Zweispurigkeit*)” kavramı kullanılmaktadır. Bu kriz, özellikle kusur ilkesinin tehlikeye düşürülmesi, cezaların ve önlemlerin karıştırılması ve birleştirilmesi, etiket sahteciliği ve failin kişilik araştırması olarak dört başlıkta toplanmaktadır³⁹⁴.

Birincisi, tedbirlerin kusur ceza hukukunun belli sınırlarıyla bağlı olmamasının bir sonucu olarak, ceza hukuku sisteminde kusur ilkesinin olumlu yönlerinin zayıflaması ihtimali vardır. Bu sistemde krize yol açan esas sorun, bir psikiyatri kliniğine yerleştirme (StGB § 63), bağımlılık tedavi kliniğine yerleştirme (StGB § 64) ve özellikle muhafaza altına alma (StGB § 66) gibi hürriyeti tahdit eden tedbirlerin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bir defa, özgürlükten yoksun kılan güvenlik tedbirlerinin, kusur prensibinin cezanın üst sınırını belirlemek suretiyle faile sağlamış olduğu korumayı, kusurluluğu değil tehlikeliliği esas alarak ve bu sayede özgürlüğe ağır ve uzun süreli cezalardan bile daha korkutucu bir müdahaleyi mümkün kılarak kısmen

³⁹³ Bkz. PISAPIA, s. 7-8. İtalyan hukukunda Bettiol ise, iki izlilik sisteminin güvenlik tedbirleri yönünden katı eleştiricileri arasında yer almaktadır. Yazar, “hukuk devleti”, “kanunilik”, “kesinlik” ve “özgürlük” ilkelerinden hareketle, güvenlik tedbirlerinin tamamen terk edilmesini ve yalnızca cezalardan oluşan bir tek izli sisteme dönülmesini tavsiye etmiştir. Bkz. VASSALLI, s. 511.

³⁹⁴ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 13-17; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 21-27. İtalyan öğretisinde Antolisei, bu başlığı kullanmamakla birlikte, iki izlilik sisteminin geçici bir sistem olduğu ve bazı olumsuz özelliklerinden dolayı gelecekte yerini teklik sistemine bırakacağını öngörmektedir. Yazarın düşüncesinin dayandığı nedenleri şu başlıklar altında özetlemek mümkündür: İlkin, birçok suçlu için ceza ve güvenlik tedbirinin ve birden fazla tedbirin bir arada uygulanması zorunluluğu, mahkemelerin ve infaz mercilerinin görevini zorlaştıracak niteliktedir. İkincisi, her ne kadar güvenlik tedbirlerinin infazında iki izli sistemin öngördüğü farklı rejimi uygulama gayreti olsa da, uygulamada cezaların ve tedbirlerin infazının birbirine yaklaşması, bunlar arasındaki farkı şüpheye düşürmektedir. Bu yaklaşımın sebeplerinden biri, iyi hal uygulamasıyla cezalar için öngörülen hapis süresinin kısalması, bir diğeri ise tehlikeli suçlulardan bir kısmının örneğin bir tarım kolonisinde ve iş evinde çalıştırılanların daha sert muameleyle karşılaşmasının kaçınılmaz olmasıdır. Yazara göre, tüm bu nedenler, pratik açıdan düalist sistemi haklı göstermenin zorluğuna işaretir. Bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 718-719.

geçersiz hale getirdiği ifade edilmektedir. Orantılılık ilkesinin bunu dengelemekte tek başına yetersiz kaldığı söylenmektedir³⁹⁵.

İkincisi, ceza politikası bakımından cezalar ve güvenlik tedbirlerinin birbirine karışması ve bunların yakınlaşması, her iki hukuki sonucun da aynı amaca ulaşmak için başvurulmuş farklı araçlar olduğu düşüncesini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim bugün cezalar, sıklıkla, örneğin -bir güvenlik tedbiri olan- denetimli serbestliğin işlevini devralan koşullu salıverilmede olduğu üzere geleneksel bir ceza niteliğinde olmayan tedbir benzeri özellikler barındırmaktadır³⁹⁶. Yine cezanın ve güvenlik tedbirlerinin amaçları bakımından bir değerlendirme yapıldığında, günümüzde kanun koyucuların genellikle kabul ettiği karma teori (birleştirici teori) gereğince cezalar, yalnızca kusurun dengelenmesini değil aynı zamanda hem negatif hem de pozitif genel ve özel önleme amaçlarına da hizmet etmektedir. Bu durum, cezanın tedbire yaklaşmasına örnektir. Buna karşılık söz gelimi sürücü belgesinin iptali gibi kısmen cezai nitelik taşıyan bazı tedbirlerde ödetme ve genel önleme yönleri de bulunmakta ve bu gibi tedbirlerde özel önleme amacı bireysel caydırıcılık lehine seyreltilmektedir³⁹⁷.

Üçüncüsü, hastanede değil ceza infaz kurumunda infaz edilen özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirleri söz konusu olduğunda (örneğin Alman Ceza İnfaz Kanunu'nun 129 vd. maddelerinde düzenlenen muhafaza altına alma tedbirinde), özgürlüğünden yoksun olan kişilerin eşit koşullar altında bir arada bulunmalarından dolayı hapis cezasıyla güvenlik tedbiri arasındaki fark açıkça ayırt edilememektedir. Öğretide hürriyeti bağlayıcı tedbir adı altında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanması durumu için “etiket sahteciliği (*Etikettenschwindel*)” nitelemesi kullanılmaktadır³⁹⁸. Etiket sahteciliğinin ise fail hakkında ikiye katlanan bir kötülük anlamına geldiği ve bu nedenle bazı güvenlik tedbirlerinin uygulanması bakımından cezalar ve tedbirleri, iki izlilik sisteminden ziyade, tabiri caizse bir “iki katlı sistem (*Doppelspurigkeit*)” haline dönüştürdüğü benzetmesi yapılmaktadır³⁹⁹.

Dördüncüsü, gelecekteki tehlikelilik başta olmak üzere, failin kişilik özelliklerinin incelenmesi, güvenlik tedbirleri hukukunun merkezi problemi olarak ele alınmaktadır⁴⁰⁰. Aynı konuda farklı gerekçeden hareket eden bir görüşün eleştiri noktası

³⁹⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 87, Rn. 2; ayrıca bkz. a.g.e., § 2, s. 13, Rn. 1; § 9, s. 87, Rn. 2.

³⁹⁶ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 15; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 23.

³⁹⁷ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 15; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 23.

³⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 87, Rn. 2; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 17; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 26; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 17; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 13; KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 61, s. 2200, Rn. 17.

³⁹⁹ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 17; KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 61, s. 2200, Rn. 17.

⁴⁰⁰ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 18; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 28.

ise mevcut ceza muhakemesinin salt bir suç takibatı niteliğinde olması ve dolayısıyla kişilik araştırması görevini yerine getirmekten uzak olmasıdır⁴⁰¹.

1.3.3. Üç İzlilik Sistemi

1.3.3.1. Genel Özellikler

Son yıllarda ceza hukuku öğretisinde ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra hukuki sonuçlar sisteminde bir “üçüncü iz (*dritte Spur*)” olarak suç mağdurunun haklarının korunmasına yönelik hükümlerin dikkate alınıp alınamayacağı tartışılmaktadır. Henüz ceza ve güvenlik tedbirlerinden müteşekkil iki izli bir sistemle kıyaslamaya elverişli olan yerleşik bir üç izlilik sisteminin varlığından söz etmek mümkün olmasa bile, ceza hukukunun ilgi alanına giren kanunlarda suçun hukuki sonucu olarak bir “üçüncü iz” oluşturan ve ne ceza ne de tedbir olarak tanımlanabilen bazı hukuki sonuçlara yer verildiği görülmektedir.

Öğretide *Meier*, üç izlilik sisteminin temelinde ceza ve güvenlik tedbiriyle karşılanamayan ihtiyaçların yer aldığı kanısındadır. Yazara göre, ceza hukukuna ait ilk iki izin yani cezalar ve güvenlik tedbirlerinin “bireyi aşan/toplumsal (*überindividuell/gesellschaftlich*)” bir fonksiyonu icra ettiği kabul edilmektedir. Bunların suç teşkil eden hukuka aykırı fiil nedeniyle bozulan toplumsal düzeni yeniden tesis etmeleri ve bu düzeni kalıcı hale getirmeleri beklenir. Bahsi edilen düzeni oluşturmada ve sürekli kılmada cezanın genel önleyici, güvenlik tedbirinin ise özel önleyici işlevi açıktır. Bununla birlikte suç teşkil eden hukuka aykırı fiil nedeniyle zarar görmüş ve hukuki değerleri ihlale uğramış olan kimselerin özel gereksinimlerinin karşılanması ne cezanın ne de güvenlik tedbirinin öncelikli görevi olarak değerlendirilir⁴⁰². Öte yandan bir bütün olarak ceza hukuku düzeninin zarar gören kimsenin çıkarlarını, ihtiyaçlarını ve beklentilerini göz ardı etmesi de beklenemez. Diğer deyişle ceza hukuku normlarının, ceza hukukunun iki iziyle sınırlı normlardan farklı olarak, yalnızca toplumsal çıkarları değil, suçtan etkilenenlerin kişisel çıkarlarını

⁴⁰¹ Bu eleştiriyi yöneltten yazarlar, söz konusu sakıncaya bir formül olarak birtakım önerilerde de bulunmaktadır: İlk olarak, özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin uygulanması için uzmanların kapsamlı istişarelerine ihtiyaç duyulmaktadır. İkincisi, tekerrür ihtimali bulunan tehlikeli faile eşlik eden ve onun zihinsel ve kişisel yetenekleri ile ilgisi bulunan sosyal, psikolojik, tıbbi ve infaza ilişkin tüm bilgilerinin “kişilik dosyası (*dossier de personnalité*)” oluşturularak kaydedilmesi gerekir. Son olarak, ceza muhakemesinin “karar muhakemesi (*conviction*)” ve “yaptırım muhakemesi (*sentence*)” olarak ikiye ayrılması da düşünülebilir. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 87, Rn. 2.

⁴⁰² MEIER, s. 401.

da koruyucu işleve sahip olduğundan bahsedilebilir. O halde, şayet ortada bir suç varsa, bu suçun mağduruna fiilin zararlı etkilerini telafi etmek ve onun sonuçlarıyla başa çıkmak konusunda destek olmak, sadece özel hukukun değil, aynı zamanda ve bundan önce ceza hukukunun görevidir⁴⁰³.

Sosyal savunma anlayışının aşırı biçimiyle 1970’lerde gündeme gelen “ceza hukukunun ortadan kaldırılması ve yerini tümüyle güvenlik tedbirleri hukukuna bırakması” yönündeki anlayışın ütopyik olduğu genel kabul görmekle birlikte, kriminal cezaların yerine “alternatif olarak” nelerin düşünülebileceği hususu, hâlen oldukça güncel bir tartışma olarak süregelmektedir. Bu doğrultuda ceza hukukunun güncel bakış açısıyla, yaptırımlar, bir kötülüğe (suça) diğer bir bir kötülüğün (cezanın) zorla dayatılması olarak değil, aksine özellikle mağdurla işbirliği yapmak suretiyle fail tarafından gönüllü bir uzlaşma içerisine girilmesini gerektiren hukuki sonuçlar olarak ele alınmaktadır⁴⁰⁴.

Alman ceza hukukunda suçun hukuki sonuçları teorisine ilişkin bir reform önerisi olarak, ceza hukukunun üçüncü izi düşüncesi ortaya atılmıştır. 1960’lı yılların sonunda ve 1970’lerin başında hükümlünün, ceza hukukunun özel önleyici etkisine vurgu yapılarak ele alınmasını takip eden süreçte, fail yanında “mağdur” da bir muhatap olarak hukuki sonuçlar sistemini etkilemeye başlamıştır. O zamana kadar kriminolojinin bir parçası olarak değerlendirilen viktimojinin (mağdur bilimi) ilgi alanına terk edilmiş olan “mağduriyet”, daha çok etiyolojik (nedensel) bir sorun olarak ele alınmaktayken, sonraları mağdurun ceza muhakemesindeki rolü giderek ön plana çıkmaya başlamıştır⁴⁰⁵. Özel hukuka başvurmak zorunda kalınsızın mağdur tarafın zararının ceza muhakemesi çerçevesinde giderilmesi, onun kamu davasına katılması nedeniyle usul hukukundaki durumunun güçlendirilmesiyle sonuçlanmıştır⁴⁰⁶.

1.3.3.2. Üç İzlilik Sisteminin Görünüş Biçimleri

Yukarıda ifade edilen gelişmelerin bir sonucu olarak, günümüz ceza hukuku doktrini hâlihazırda bir yeni alternatif olmak üzere “eski halin iadesi/zararın giderilmesi (yeniden iyileştirme) (*Wiedergutmachung*)” anlayışına yoğunlaşmış gözükmektedir⁴⁰⁷. Gerçekten doktrinde bir kısım yazar, pratik ihtiyaçların ve tarihsel ihtimallerin ötesinde,

⁴⁰³ MEIER, s. 401.

⁴⁰⁴ GROPP, Strafrecht AT, s. 644, Rn. 37.

⁴⁰⁵ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 17.

⁴⁰⁶ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 17.

⁴⁰⁷ WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 83; ROXIN, Band I, § 3, s. 102, Rn. 72; KÖHLER, s. 669.

hukuki sonuçlar sisteminin devam eden bir izi olarak ne cezanın ne de tedbirin bir türü olan “yeniden iyileştirme” müessesesinden bahsedilebileceği görüşündedir⁴⁰⁸. Aynı şekilde mağdurun içinde bulunduğu olumsuz durumu dengelemek adına faile yüklenecek ödevleri ifade etmek üzere ayrıca “fail-mağdur uzlaşması (*Täter-Opfer-Ausgleich*)” kavramından söz edilmektedir⁴⁰⁹. İşte çağcıl ceza hukukunda ceza ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra suçun işlenmesini dayanak alarak uygulanan ve mağdurun korunması esasına dayanan, yeniden iyi hale getirmeye ilişkin hükümlerin birer “üçüncü iz (*dritte Spur*)” olarak değerlendirildiği söylenebilir⁴¹⁰.

Fail-mağdur uzlaşması, suçun işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan çatışmanın, suçun sonuçlarının nasıl giderileceği hususunda fail ve mağdur bakımından kabul edilebilir bir düzenlemeye ulaşılabilmesi amacıyla ele alındığı mahkeme dışı bir muhakeme işlemi olarak tanımlanmaktadır⁴¹¹. Fail-mağdur uzlaşmasının, amacına ulaşabilmesi için, mağdurun suçla ortaya çıkan gerek psişik gerekse maddi sıkıntılarını azaltma olanağı tanınması ve böylece onun hukuk düzenine olan güvenini yeniden tesis etmesi gerekir⁴¹². Bu kurum, öğretide “arabuluculuk müessesesinin ceza hukukundaki varyantı” veya “ceza hukukundaki arabuluculuk” olarak nitelenmektedir⁴¹³. Bir nevi arabulucuğun temel ilkelerini içeren üçüncü izin bu alt türünde, muhakemenin esnekliğine müsaade edilen bir alanda hem failin hem de mağdurun kazandığı (*win-win*) bir olasılıktan bahsedilmektedir⁴¹⁴. Bundan dolayı fail ve mağdurun denkleştirilmesi, ceza hukukunun iki izli sistemine ve bilhassa ceza müeyyidesine seçenek arayan bir kısım yazarlarca, “ceza hukukunun kötülük odaklı tepki kataloğunun muhtemelen en umut veren alternatifi”⁴¹⁵ olarak değerlendirilmektedir.

Eski halin iadesi⁴¹⁶ ise failin fiilinin zararlı sonuçlarını gidermesini, mağdurun suçla içine düştüğü olumsuz durumu gidermeye yönelik faaliyetlerde bulunmasını ifade

⁴⁰⁸ ESER, “Zur Entwicklung”, s. 236.

⁴⁰⁹ Bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88.

⁴¹⁰ Bkz. KINDHÄUSER, LPK-StGB, “Vor §§ 38-45b”, s. 325, Rn. 1; HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1; FUCHS, s. 7, Rn. 26; STRENG, Franz, “Entwicklung neuer Sanktionsformen”, Täterbehandlung und neue Sanktionsformen: Kriminalpolitische Konzepte in Europa, Hrsg. JEHLE, Jörg-Martin, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2000, s. 222-225.

⁴¹¹ MEIER, s. 403. Mağdurun tüzel kişi olması, fail-mağdur uzlaşması hükümlerinin uygulanmasına engel değildir (GROPP, Strafrecht AT, s. 645, Rn. 38).

⁴¹² MEIER, s. 403.

⁴¹³ KASPAR, Johannes, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, LIT Verlag, Münster, 2004, s. 148; MEIER, s. 403.

⁴¹⁴ Bkz. KASPAR, Wiedergutmachung, s. 148.

⁴¹⁵ SCHRECKLING, Jürgen/PIEPLOW, Lukas, “Täter-Opfer-Ausgleich: Eine Zwischenbilanz nach zwei Jahren Fallpraxis beim Modellprojekt ‘Die Waage’”, ZRP, 22 (1), München, 1989, s. 10.

⁴¹⁶ Suç nedeniyle mağdurun zararının giderilmesini esas alan bu kurum, her ne kadar onarıcı adalet olarak adlandırılrsa da burada kast edilen, fiilin tamamıyla işlenmemiş gibi değerlendirilmesini sonuçlamak değildir. Nitekim işlenmiş olan fiilin geri alınmasından söz edilemez. Eski halin iadesine hükmolunduğu hallerde bile işlenen fiil, gerek kolektif hafızada -özellikle de ceza

etmektedir. Geçmişte söz konusu giderim yalnızca özel hukuk sahasına bırakılmışken ve ceza hukuku ile özel hukuka ait hukuki sonuçlar birbirinden keskin biçimde ayrılmışken, bu katı ayrımın isabetli olmadığı zamanla kabul görmeye başlamıştır⁴¹⁷. Çünkü bir yandan failin verdiği zararı düzeltme yükümlülüğü, müeyyidelendirici özellik arz ederken; diğer yandan bu zarar giderimi, bir yükümlülük olarak görülmediği diğer deyişle baskı altında kendisine başvurulmadığı takdirde, cezanın hem genel hem de özel önleyici amaçlarına hizmet edebilir⁴¹⁸.

Ceza hukukunun zararın giderimini kabul ettiği ülkelerde, mevcut veriler, ceza davalarının tümüne oranla çok düşük bir miktarında, failerin mağdurun zararını karşılamasına karar verildiğini göstermektedir⁴¹⁹. Böyle bir durumda, istisnai haller bir yana bırakılacak olursa, geriye mağdurun yalnızca şahsen yürütmek zorunda olacağı hukuk davası seçeneği kalmaktadır. Bu seçenek ise mağdurun bir başka davanın yükünü ve gerginliğini üstlenmesine ve böylece “ikinci bir mağduriyet (*zweite Viktimisierung*)” ile karşı karşıya kalmasına yol açabilir⁴²⁰. Oysa mağdurun temel sorunları ve çıkarları yani onun uğradığı hasar ve zararlar ile bunların telafisi, ceza muhakemesinin önemli bir parçasını teşkil etmelidir. Şayet ceza muhakemesinde mağdurun uğradığı zarar telafi edilmezse, uygulanacak ceza müeyyidesinin (hapis veya adli para cezası) somut suçun tanınmasıyla bağlantılı olmayacağı düşünülmektedir. Hâlbuki failin ceza muhakemesinde eski hale getirmeye tanınması, bir yandan suçun aktif süjesinin eyleminin sonuçlarıyla yüzleşmesine diğer yandan suçun pasif süjesine fayda sağlanmasına hizmet edecektir⁴²¹.

Ceza hukuku sistemi, mağdurun çıkarlarını değişik biçimlerde ve birbirinden ayrı normlar nezdinde dikkate alabilmektedir. Öyle ki bu normların yalnızca maddi ceza hukukuna ilişkin olan yani kural olarak ceza kanununda düzenlenen bir norm olması gerekmez. Şekli ceza hukukuna ilişkin olan ve kural olarak ceza muhakemesi kanununda düzenlenen bir norm da suçun hukuki sonucu olarak yeniden iyileştirmeyi esas alıyorsa ceza hukukunun üçüncü izi olarak değerlendirilebilir.

muhakemesi mercilerinin dosyalarında ve medyanın arşivlerinde- gerekse de mağdurun anılarında gerçek bir olay ve bir norm ihlali olarak kalmaya devam edecektir. Bununla birlikte fiilin olumsuz sonuçlarını fiziksel, zihinsel ve maddi hasarı karşılayarak nispeten gidermeye yönelik bu kurumların hem toplum hem mağdur nazarında bir denkleştirme vasıtası olarak algılanması mümkündür. Bkz. MEIER, s. 402-403.

⁴¹⁷ “Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki açık kavramsal ayrım, 19’uncu yüzyılın en büyük hukuki başarılarından biri olarak düşünülmektedir... Bugün, bu katı ayrımın yanlış bir yoldan yapıldığını ve ... ceza hukuku ile medeni hukukun yeniden yakınlaşmasının gerekli olacağını kabul etmek zorundayız” (Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 104, Rn. 74).

⁴¹⁸ JESCHECK/WEIGEND, § 81, s. 865, Rn. 2. Ayrıca bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 103, Rn. 73.

⁴¹⁹ Örneğin Alman ceza muhakemesinde zararın giderilmesi yoluna gidilen davaların mevcut davalara göre % 2’den az olduğu bilinmektedir. Bkz. SCHRECKLING/PIEPLOW, s. 11.

⁴²⁰ SCHRECKLING/PIEPLOW, s. 11.

⁴²¹ SCHRECKLING/PIEPLOW, s. 11.

Öğretide cezaya ilişkin özel düzenlemelerden bir kısmının, örneğin Alman CK'nın 56 vd. maddelerinde yer alan cezanın ertelenmesine ilişkin hükümlerin, yalnızca cezaya ayrılmaz biçimde bağlı olduğu durumlarda birer ceza değil, tedbir niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁴²². Nitekim örneğin fail - mağdur uzlaşması ve zararın giderilmesi (StGB § 46a) ile bilgi ve önleme yardımı olarak adlandırılan ağır suçların ortaya çıkarılmasına ve önlenmesine yönelik yardım (StGB § 46b) hükümlerinin, bundan da önce ceza hukukunun üçüncü izinin örnekleri olarak değerlendirildiği görülmektedir⁴²³. Fark edileceği üzere ceza hukukunun üçüncü izi olarak değerlendirilen kurumlar, genel itibarıyla mağdur haklarına yönelen ceza hukuku vasıtalarıdır⁴²⁴. *Jescheck/Weigend*'e göre, bu türden şarta bağlı hükümler, güvenlik tedbirleri ve cezaların bir kombinasyonu niteliğinde değildir. Söz konusu hükümlerin tek izlilik ve iki izlilik sistemlerinden ayrı şekilde “ceza politikasının üçüncü ayağı” olarak dikkate alınması uygun olur⁴²⁵. Bu nedenle ceza kanunlarında veya ceza muhakemesi kanunlarında öngörülen, mağdurun haklarını muhafaza etmeye yönelen, suç karşılığında uygulanan fakat klasik ayrımıyla bir hukuki sonuç (genel kabul gören kullanımıyla yaptırım) niteliği taşımayan bu kurumun “üçüncü iz” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Henüz geçen asrın sonlarına doğru öğretilde ifade edilmeye başlanan bu niteleme, insanlık tarihi kadar eski olan ceza ve yaklaşık iki asır öncesine dayanan güvenlik tedbiri ile kıyaslandığında oldukça yenidir.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen ve koşulları olduğu takdirde kısa süreli hapis cezasının mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine çevrilebilmesi (m. 50/1-b), hapis cezasının ertelenebilmesi (m. 51), kanunun özel kısmında açıkça belirtilen birtakım suç tipleri için etkin pişmanlık hükümlerinin mağdurun zararının tazmini kaydıyla

⁴²² JAKOBS, s. 30, Rn. 53; SCHMIDHÄUSER, s. 12. HEINTSCHEL-HEINEGG'e göre (BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1; aynı yönde bkz. WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 83), sözü edilen maddelerle birlikte örneğin Alman CK'nın 59 ve devamı maddeleri, ayrıca Alman CMK'nın 153a, 459d ve 459f maddeleri, iki izlilik sisteminin cezanın amaçlarına daha iyi ulaşmak amacıyla değiştirilen hükümlerine örnek verilebilir.

⁴²³ HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1; HEINZ, Sanktionensystem, s. 25.

⁴²⁴ Alman ceza hukukunda mağdur haklarını güçlendirmek, onun zararını gidermek ve mağduriyetini dengelemek adına yapılan çalışmalar, ilk kez 1980'li yılların ortalarında başlamış, 1986 yılında Mağdur Koruma Kanunu (*OpferschutzG*) ile Ceza Kanunu'na aktarılmıştır. Daha sonra 1994 yılında Suçla Mücadele Kanunu'yla birlikte Ceza Kanunu'nun 46a maddesine zararın tazmini veya eski halin iadesi durumunda cezanın azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına izin verilmiştir. Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 25; WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 83; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 17; HEINZ, Sanktionensystem, s. 13; JESCHECK/WEIGEND, § 81, s. 864, Rn. 1.

⁴²⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 79-80. Alman hukukunda üçüncü iz sistemine ceza kanunu özelinde örnek gösterilen hükümler şunlardır: StGB §§ 56-56g, 59 vd. (gençlik ceza hukuku özelinde Gençlik Mahkemeleri Kanunu m. 27 vd.), 67b, 67c/2-4, 67d/2, 67g (JAKOBS, s. 30, Fn. 78). Ayrıca ceza muhakemesi kanunu için StPO §§ 153a/1-c.2, 153b, 155a ve 155b hükümlerinin de üçüncü izi örnek gösterilebileceği konusunda bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88.

uygulanabilmesi; keza 5271 sayılı CMK'da düzenlenen ve mağdurun zararının giderilmesini şartı gerçekleşmeden uygulanamayan kamu davasının açılmasının ertelenmesi (m. 171/3-d), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (m. 231/6-c) veya uzlaştırma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına ya da davanın düşmesine karar verilmesi (m. 253/19, m. 254/2), öğretide üçüncü izin ortaya çıkış biçimlerine örnek verilmektedir⁴²⁶.

Dolayısıyla üçüncü iz, eski halin iadesi veya fail-mağdur uzlaşması bağlamında, ceza ve tedbirden ayrı olarak, fail tarafından karşılanması gereken kısmı veya onun tarafından ortaya konulması gereken hukuki sonuçları ifade etmektedir. Nitekim örneğin failin kendisine yüklenecek yükümlülüklerle uygun hareket etmesi durumunda kamu davasının açılmasının erteleneceği⁴²⁷ veya davanın düşmesine⁴²⁸ karar verileceği öngörülmüşse, failin yükümlülüklerle uygun hareket edip etmemesi onun tercihinine (gönüllülük esasına) bırakılmış olmaktadır. Aynı gönüllülük ölçütü, söz gelimi failin mağdurla uzlaşıp uzlaşmayacağını kendisinin tayin ettiği hallerde de geçerlidir. O halde üçüncü ize ilişkin uzlaştırma/denkleştirme muhakemesi (*Ausgleichsverfahren*), en az bir kazandırmanın yapılması veya bir yararın sağlanması hususunda muhtemel suçlunun gönüllü olarak bir karar vermesini gerektirir⁴²⁹. Oysa ceza ve güvenlik tedbirinde böyle bir gönüllülük kriterinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, ceza muhakemesi ile güvenlik tedbirleri muhakemesinde de failin iradesi önem taşımaz. Bilindiği üzere ceza ve tedbirin ortak yanlarından biri muhatabın iradesi dışında zorla uygulanan yani cebri nitelik taşıyan hukuki sonuçlar olmalarıdır. Bu bakımdan uzlaştırmaya veya eski hali iadeye yönelik hükümler ceza hukukunun ilk iki izinden farklıdır.

Üçüncü iz olarak fail-mağdur uzlaştırması ve zararın giderilmesine ilişkin hükümlerin, ceza ve güvenlik tedbirine ilişkin hükümlerden bir diğer farkı, bizzat zarar gideriminin kendisinden ve ulaştığı muhataptan kaynaklanmaktadır. Gerçekten öğretide

⁴²⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 547; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 496.

⁴²⁷ Türk hukukunda, uzlaşmaya ilişkin hükümler dışında, suç işleyen kişi hakkında ceza kovuşturmasının önüne geçilmesine olanak tanıyan CMK m. 171/3'üncü maddenin (d) bendinde, diğer koşullar yanında "suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" şartının arandığı görülmektedir. Kamu davasının açılmasını engelleyebilmek adına mağdurun durumunu yeniden iyileştirmek, ceza muhakemesinin yetkili organlarının değil, bizzat failin sorumluluğundadır. Hukukumuzda, açıkça ifade edilmemekle birlikte, failin CMK m. 171/3'ten yararlanması için savcının rızası ["Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi (CMK m. 171/3-b)" ifadesinden anlaşılmaktadır] dışında, yükümlülükleri yerine getirecek kişi olarak haliyle (bu yükümlülüklerle riayete zorlanamayacağı için) şüphelinin de rızasının gerektiği söylenebilir.

⁴²⁸ Alman hukukunda failin birtakım yükümlülükleri ifa ederek kamu davasından kurtulması için hem mahkemenin hem de suç şüphesi altında bulunan kişinin bunları birlikte kabul etmeleri gerektiği kanunda açıkça ifade edilmiştir. Yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde düşme kararı verileceğine ilişkin StGB § 153a hükmü için bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88.

⁴²⁹ RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88. Ayrıca bkz. HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 18.

–Alman ceza hukukundan bahsedilirken⁴³⁰- ceza kanununun, failin ceza mahkûmiyeti nedeniyle doğrudan mağdura belli miktarda para ödemesini gerektirecek herhangi bir “tazminat cezası (*Wiedergutmachungsstrafe*)” öngörmediği, suçun ilk hukuki sonucu olan cezanın bir türü niteliğindeki para cezasının ise yararlanıcısının sadece devlet olduğu ifade edilmektedir⁴³¹. Aynı şekilde tazminat tedbiri şeklinde bir güvenlik tedbiri de yasalarda yer almamaktadır. Bunun gerekçesi, kusur yeteneğinden yoksun olsun veya olmasın, güvenlik tedbirlerinin failin tehlikeli halinin giderilmesi ve pozitif özel önlemenin sağlanması amaçlarıyla zararın tazmini arasında nedensel ve mantıki bir ilişkinin bulunmamasıdır.

Ceza kanunlarında “tazminat cezası” veya “tazminat tedbiri” gibi hukuki sonuçlara yer verilmemesinin temel nedeni, tazminatın evvela bireysel amaçlara, oysa ceza ve güvenlik tedbirinin münhasıran kamusal amaçlara hizmet etmesinden kaynaklanmaktadır⁴³². Ayrıca örneğin özel hukukta, hukuka aykırı fiil başta olmak üzere, koşulları oluştuğunda tazminata hükmedilmesi ve kusurlu davalının tazminat ödemesi mecburi iken, ceza kanunlarında düzenlenen ve mağdurun zararını tazmin etmeyi cezadan indirim sebebi sayan eski hale iade kurumundan faydalanılması ihtiyaridir. Tüm bu farklılıklar nedeniyle ceza hukukunda mağdurun korunmasına ilişkin düzenlemelerin birer “üçüncü iz” olarak adlandırılmayı tam olarak hak edecek şekilde sistematik biçimde formüle edilmediği düşünülse de, bunların ceza hukuku çatısı altında mağdurun ihlal edilen hukuki değerlerini karşılamak ve zararını gidermek bakımından bir başlangıç noktası olarak dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁴³³.

Belirtelim ki öğretide bir görüş, ceza hukukunun üçüncü izini yukarıda yer verilen genel kabulden daha geniş biçimde yorumlamakta ve mağdur haklarıyla ilişkilendirilemeyecek bazı kurumların da bu iz içinde değerlendirilebileceğini düşünmektedir. Bu düşünce, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından, cezalar ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra hem hareket hem de kusur yeteneğinden yoksun olan tüzel kişilere uygulanacak hukuki sonuçların, ceza hukukunun üçüncü izi olarak “kurumsal ceza (*Unternehmensstrafe*)” formunda dikkate alınabileceği düşüncesindedir⁴³⁴.

Anglo-Amerikan hukukunda da üçüncü iz tartışması kapsamında “telafi edici/onarıcı adalet (*restorative justice*)” olarak anılan “yeniden iyi hale getirme” fikrinin ve “fail-mağdur uzlaşması” anlayışının, dolayısıyla zararın telafi edilmesi gibi

⁴³⁰ Belirtelim ki, aynı yönde bir kabul Türk ceza hukuku için de geçerlidir.

⁴³¹ MEIER, s. 401.

⁴³² MEIER, s. 401-402.

⁴³³ Bkz. MEIER, s. 402. Krşl. JESCHECK/WEIGEND, § 1, s. 7, Rn. 4.

⁴³⁴ RUDOLPHI/JÄGER, SK-StGB, Vor § 1, Rn. 52.

özel hukuk müeyyidelerinin cezanın yerini tamamen veya kısmen alıp alamayacağı sorusu hâlihazırda tartışılmaktadır⁴³⁵. Öğretide bir görüş bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Nitekim bu düşünceye göre, modern kanunlarda cezalandırma yerine aslında özel hukuka ait olan telafiye ilişkin hükümlerin günden güne yerini sağlamlaştırdığı görülmektedir. Gerçekten kanun koyucuların “yıkıcı (*destruktiv*) kriminal ceza” anlayışı yerine giderek “yapıcı (*konstruktiv*) zarar telafisi” düşüncesini güçlendirme eğiliminde oldukları ifade edilmektedir⁴³⁶. Buna karşılık diğer bir görüş, uygulamada tereddütsüz kabul edilmesine rağmen sınırlı kapsamı ve geleneksel tedavi biçimlerini gerekçe göstererek bunların henüz mevcut hukuki sonuçlar sisteminin bağımsız-tamamlayıcı bir unsuru haline gelmediğini düşünmektedir⁴³⁷. Aynı görüşte olan Heger’e göre ise fail-mağdur uzlaşması ve zararın giderilmesi bir ceza niteliği taşımasa ve bunlar hukuki sonuçlar sisteminde bir “bağımsız üçüncü iz” olarak değerlendirilemese bile, bunların yine de cezayı bütünüyle kaldıran veya onu hafifleten bir “bağımsız tepki aracı” olarak nitelendirilmesi mümkündür⁴³⁸.

1.3.3.3. Üç İzlilik Sisteminin Olumlu Yanları

Bu sistemin fail ve ona uygulanacak kurallar hakkında düşünmenin yanı sıra mağdura da yönelmesi, suç mağdurunun dikkate alınması ve onun hukuki menfaatlerine odaklanılması sonucunu doğurmuştur. Nitekim mağdurun bu üçüncü iz sayesinde zararının tazmin edilmesi gibi maddi nitelikte olan veya endişelerinin azalması gibi maddi nitelikte olmayan birtakım tepki olanakları elde ettiği söylenebilir⁴³⁹. Öte yandan bu sistemde öngörülen üçüncü iz olarak yeniden iyileştirme araçlarının kullanılmasının yalnızca mağdur yönünden değil, aynı zamanda fail açısından da olumlu olacağı söylenmektedir. Gerçekten üçüncü izin, failin somut olayda sırf cezalandırılmaktansa

⁴³⁵ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 25; WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 83; RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88; MEIER, s. 402.

⁴³⁶ WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 83.

⁴³⁷ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 25; RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 16. Belirtelim ki, esas aldığımız hukuki sonuçlar teorisi uyarınca, eski halin iadesinin ve zararın gideriminin bir üçüncü iz olarak değerlendirilemeyeceği eleştirisini gündeme getiren bazı yazarlarca kullanılan “yaptırım izi (*Sanktionsspur*)” (Bkz. RADTKE, MüKo-StGB, Vor § 38, Rn. 88) kavramını isabetli bulmamaktayız. Zira örneğin tazminata yönelik bir düzenleme yaptırım olarak ele alınabilirse de uzlaştırmaya yönelik bir düzenleme her halde bir yaptırım içermek zorunda olmayabilir. Dolayısıyla eğer kullanılacaksa –ceza ve tedbirlerle birlikte- tümünü kapsayacak şekilde ceza hukukuna ait üçüncü bir “hukuki sonuçlar izi (*Rechtsfolgen Spur*)”nden bahsedilebilir.

⁴³⁸ HEGER, Martin, “StGB § 46a Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014, Rn. 1a.

⁴³⁹ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 21.

kendi eylemlerinin kınanabilirliğini anlaması ve işlediği suçun sonuçlarına ilişkin sorumluluğu kabul etmesi açısından daha isabetli olduğu düşünülmektedir⁴⁴⁰. Ayrıca kanun gerekçelerinde faili de çoğu kez teknik anlamda ceza müeyyidesinden korumaya elverişli olan ve yeniden iyi hale getirmeye yönelik bu tür “telafi edici/dengeleyici tedbirlerin (*Ausgleichsmaßnahmen*)”, geleneksel ceza muhakemesinin barışçıl etkisini takviye etmeyi amaçladığı ifade edilmektedir⁴⁴¹. Öte yandan fail, dengeleyici edimlerini yerine getirerek, bozduğu hukuk düzeninin öngörüldüğü alana geri döndüğünü belgelemiş olmaktadır. Ayrıca ceza ve tazminatın böylesi bir kombinasyonu, mağdurun külfetli bir hukuk muhakemesi sürecine girişmeksizin zararının karşılığını oluşturan yeterli bedeli alabilmesine olanak sağlamaktadır⁴⁴². Esasen bu bedelin alınması veya uğranılan zararın karşılığının tazmin edilmesi, faile hapis veya adli para cezası verilmesine kıyasla mağdurun çıkarlarına daha fazla hizmet etmektedir⁴⁴³.

1.3.3.4. Üç İzlilik Sisteminin Olumsuz Yanları

Günümüzde failin fiilinin zararlı neticelerini gönüllü olarak tazmin etmesinin, cezanın amaçlarını kısmen yerine getirdiği ve aynı zamanda mağdura ayrı bir prosedüre başvurmadan maddi menfaat sağlamayı kolaylaştırdığı, yaygın kanaattir. Bununla birlikte ceza hukukuna eski halin gideriminin eklenmesinin birtakım sakıncaları da olabilir. Ceza müeyyidesinin bazı hallerde tazminatla değiştirilmesi bakımından en önemli eleştiri noktası, cezanın kusurun dengelenmesi ve caydırıcılık amaçları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle öğretilerde tazminat talebi üzerine devlet tepkisinin sınırlandırılmasının halk üzerindeki etkisi bakımından bir endişe dile getirilmektedir. Gerçekten eğer eski halin iadesi bazı hallerde tümüyle cezanın yerini alırsa ve mağdurun zararını telafi eden fail ceza müeyyidesinden tamamen kurtulursa, insanların suç işlemek konusunda cesaretlenmesi riski ortaya çıkabilir. Nitekim burada cezadan farklı olarak failin göze alacağı tek risk, yasa dışı olarak bozduğu düzeni yani verdiği maddi zararı ekonomik olarak gidermekten ibarettir⁴⁴⁴. Burada sözü edilen eleştirinin karşılanması, yalnızca maddi zararların giderilmesi ile değil aynı zamanda zorunlu olarak suçun düşünsel zararlarının (*ideelle Verbrechensschaden*) da giderilmesinin talep edilmesi sayesinde eski hale getirme kavramının içinde cezai unsurlarla doldurulması ile

⁴⁴⁰ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 21.

⁴⁴¹ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff., Rn. 25; HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 21. Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 103, Rn. 73.

⁴⁴² JESCHECK/WEIGEND, § 81, s. 865, Rn. 2.

⁴⁴³ ROXIN, Band I, § 3, s. 102, Rn. 72.

⁴⁴⁴ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 81, s. 865, Rn. 2.

mümkün olabilir. Bu halde fail maddi hasarın yerini tamamlamaktan daha fazlasını yapmak zorunda kalacağı için cezaya benzer bir caydırma etkisinden söz edilebilir. Fakat bununla birlikte sözü edilen anlayışın kabulü halinde de ceza ile eski hale getirmenin unsurlarının birbirine karıştırılmış olacağı yadsınamaz⁴⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, StGB § 46a veya CMK m. 253'te düzenlenen uzlaştırma hükümlerinden yani hukuki sonuçlar sisteminin zararın giderilmesine yönelik üçüncü izinin örneğinden söz edilebilmesi için suç nedeniyle mağdurun geniş manada zararının giderilmesi amacıyla fail ve mağdur arasında iletişimsel bir sürecin işletilmesi gerekir. Diğer bir deyişle failin iradesi ile mağdurun iradesi uyumlu hale getirilmelidir. Mağdurun katılımı olmaksızın ceza muhakemesi makamları eliyle tek taraflı bir uzlaştırma girişiminde bulunulması mümkün değildir⁴⁴⁶. Eski halin iadesi ile fail-mağdur uzlaşması kurumlarının, ceza hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda belirdikleri tüm biçimler dikkate alındığında hem biçimsel hem öze ilişkin olarak oldukça az bir alan kapladığı da ifade edilmelidir⁴⁴⁷.

1.3.3.5. Üçüncü İz ve Güvenlik Tedbirleri İlişkisi

Yukarıda ele alındığı üzere öğretide bir kısım yazar tarafından suçun hukuki sonuçlarından üçüncüsü olarak tanımlanan denkleştirme veya eski hale getirme kurumları, hukuki nitelik itibarıyla birer ceza olmadığı gibi güvenlik tedbiri özelliği de göstermez. Zararın gideriminin fail, mağdur ve yargı merciinin ihtiyarına bırakıldığı hallerde, bunlar, borçlar hukukundaki tazminata yaklaşmakta, aksine zararın gideriminin kanunen mecburi tutulduğu hallerde ise tıpkı bir “telafi cezası” veya “giderim cezası” niteliğine bürünerek ceza müeyyidesine yaklaşmaktadır. Oysa her halde mağdurun maddi ve manevi zararını onarmaya yönelik ceza hukuku normlarının güvenlik tedbiri olarak ele alınması mümkün değildir⁴⁴⁸. Birincisi, mağdurun zararının

⁴⁴⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 81, s. 865, Rn. 2.

⁴⁴⁶ Alman hukukunda fail ile mağdurun uzlaşmasını ve zararın giderilmesini düzenleyen StPO § 46a maddesinin ilk paragrafında, “eski hale getirmenin başarıyla sonuçlanması”ndan söz edilmemiştir. Burada önemli olan, failin, suçun neticelerini her halde tümüyle ortadan kaldırması değil, mağdur ile uzlaşmak ön koşuluyla, bu neticeleri tamamen veya büyük ölçüde gidermesidir. Bununla birlikte suçun zararlı neticelerini eski hale getiremediği hallerde de eğer bunları gidermek için gerçekten ciddi bir gayret göstermişse, failin uzlaşmaya riayet ettiği kabul edilmektedir (HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 22). Sözü edilen madde gereğince, eğer uzlaşma olumlu neticelenmiş ve fail edimlerini yerine getirmişse, StGB § 49/1 maddesi doğrultusunda mahkeme faile verilecek cezayı indirebilir veya failin bir yılı geçmeyen hapis veya üç yüz altmış günü geçmeyen adli para cezası alması durumunda cezaya hükmetmeyebilir (HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 23).

⁴⁴⁷ HÄGER, LK-StGB, Vor §§ 38 ff, Rn. 24.

⁴⁴⁸ Bunların birer “tedbir (*Maßnahme*)” niteliği taşıdığı konusunda bkz. SCHRECKLING/PIEPLOW, s. 11.

giderilmesi noktasında failden aktif bir çaba göstermesi beklenen bu tür hallerde, gösterilmesi gereken çabanın gerekçesi, failin tehlikeli hali değil, onun kusuruyla sebep olduğu fiildir. Diğer bir deyişle fail kusur yeteneğinden tümüyle yoksun ise kendisinden tazminat ödemesi veya hukuki anlam ve neticelerini algılayamadığı bir fiilin olumsuz sonuçlarını telafi etmesi de beklenmemelidir. İkincisi, eski halin iadesi, fail bakımından yinelenecek bir hukuka aykırı fiil bakımından ancak negatif özel önleyici bir etkiye sahip olabilir. Oysa güvenlik tedbirlerinde pozitif özel önleme amacı doğrultusunda toplum açısından tehlikeli failin rehabilitasyonu yoluyla sosyal savunmaya yönelinmektedir.

Roxin'e göre, ceza hukuku sisteminin üçüncü izi olarak eski hale getirme kurumunun kabul edilebilmesinin meşruiyeti, "ikincilik ilkesi (*Subsidiaritätsprinzip*)" ile ortaya konulabilir. Yazar, burada eski hale getirmeyi ceza hukukunun ilk izi olan ceza ve ikinci izi olan güvenlik tedbiri arasındaki ilişkiye kıyasla ele almaktadır. Nasıl ki cezada kusur prensibinin esas alınması nedeniyle özel önleyici amaçlar hiç veya büyük ölçüde karşılanamadığı için bir ikinci iz olarak güvenlik tedbirinin cezanın yerini alması veya onu tamamlamasından söz ediliyorsa, üçüncü bir iz olarak eski hale getirmenin cezayı kaldırması veya hafifletmesi için de evvela cezaya bakılarak yorum yapılmalıdır. Eğer üçüncü iz olarak eski hale getirme, cezanın amaçlarını ortaya koymak veya mağdurun ihtiyaçlarını karşılamak bakımından, azaltılmamış cezaya kıyaslandığında, onun kadar iyi veya ondan daha iyi denilebiliyorsa, uygulanabilir⁴⁴⁹.

1.3.4. Çoklu Sonuçlar Sistemi

1.3.4.1. Dört İzlilik Sistemi

Öğretide son yıllarda yaptırımlar hukukundaki değişikliklerden ve gelişmelerden hareket eden bazı yazarlar, geleceğe ilişkin tasvirlerinde ceza hukukunun "dört izliliği (*Vierspurigkeit*)"nden, diğer deyişle dört izli bir hukuki sonuçlar sisteminden söz etmektedir⁴⁵⁰. Sözü edilen dört izli sistemde yer alan hukuki sonuçlar ise a) Kusur ve ihtarın belirlenmesi (*Feststellung der Schuld und Verwarnung*), b) Eski halin iadesi (*Wiedergutmachung*), c) Ceza yoluyla kötülüğün dayatılması (*Übelzufügung durch Strafe*), d) Tedbirler ile güvenliğin sağlanması (*Sicherung mit Maßregeln*) biçiminde

⁴⁴⁹ Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 104, Rn. 74.

⁴⁵⁰ Bkz. WALTHER, Susanne, "Was soll 'Strafe'? - Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems", ZStW, 111 (1), 1999, s. 140 vd.

tasnif edilmektedir⁴⁵¹. Dört izlilik sisteminde, hürriyeti bağlayıcı olmayan güvenlik tedbirleri ve ceza hukuku harici alternatiflerle karşılaştırıldığında, hürriyetten yoksun kılan güvenlik tedbirlerinin ikincilliği ilkesinin hukuken tanınması söz konusudur⁴⁵². Yani bu sistemde ceza hukukunun klasik iki izine alternatif olarak kabul edilen seçenekler varsa, özgürlüğe müdahale gerektiren güvenlik tedbirleri uygulanamayacak, önce bu seçeneklere başvurulacaktır. Ancak bu geçiş, ceza hukuku dışında daha fazla müdahale olanağı öngören bütüncül müdahale hakkı bağlamında, izler arasında geçirgenliğin artması ve gençlik ceza hukukuna benzer şekilde izlerin önemli ölçüde bulanıklaşması nedeniyle şüpheli görülmektedir⁴⁵³.

Öğretide bazen dört izlilik sisteminin esasen iki izlilik sistemine yakın bir kullanımla ele alındığı da göze çarpmaktadır. Örneğin bir görüş, 1932 Polonya CK'dan bahsederken, gençler için cezalar ve güvenlik tedbirlerinin yanı sıra idraki ile hareket edebilen kişilerin ıslahevine gönderilmesini ve diğerleri için eğitim önlemlerinin alınmasını, dört izlilik sisteminin suça karşı tepkisi olarak nitelemektedir⁴⁵⁴.

1.3.4.2. Çok İzlilik Sistemi

Dört izlilik kavramından başka yine mukayeseli ceza hukuku öğretisinde bir “çok izlilik (*Mehrspurigkeit*)” sisteminden söz edilmektedir. *Schmoller*, bireyin özgürlüğüne odaklanmış seküler bir hukuk sisteminde, ceza hukukunun metafizik anlam taşıyan “adalet”e veya “intikam”a yönelik olamayacağını, kaldı ki -birçok adaletsizlik doğa tarafından belirlendiği ve hukuk düzeni tarafından değiştirilemeyeceği için- “kapsamlı bir adalet yaratmanın” tüm hukuk sistemlerinin olanaklarını aşacağını düşünmektedir⁴⁵⁵. Bunun yerine ceza hukukunun mütevazı görevi, yalnızca hukuk düzenine yönelen ciddi ihlalleri ve böylece ciddi toplumsal rahatsızlıkları kabul edilebilir bir düzeye indirme, diğer deyişle “önleme (*Prävention*)” olarak ele alınmalıdır. Yazar, söz konusu önleme etkisini içeren ceza ve tedbirlerin tümünü “ceza hukuku yaptırımları” olarak adlandırmakta ve yaptırım sistemi bakımından Avusturya ceza hukukunun çok izli bir yapıya sahip olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, ceza hukuku, içerisinde yalnızca cezaları değil, aynı zamanda cezaya ek veya cezadan

⁴⁵¹ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 5; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 20, Fn. 21. Krşl. WALTHER, s. 143.

⁴⁵² Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 43.

⁴⁵³ POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 5.

⁴⁵⁴ Bkz. CZUPRYNIAK, Radoslaw, Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen, Disserta Verlag, Hamburg, 2011, s. 306.

⁴⁵⁵ SCHMOLLER, Kurt, “Strafrechtliche Sanktionen in Österreich”, 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, s. 366.

bağımsız olarak dayatılan farklı türde yaptırımları da içermektedir. Her ne kadar tüm ceza hukuku yaptırımları son tahlilde ceza hukukunun önleyici etkisine hizmet ediyor olsa bile, bu çok izlilik sisteminde farklı şekillerde beliren bireysel yaptırımlar farklı amaçlara yönelmiştir⁴⁵⁶. Yazarın çok izlilik olarak adlandırmayı uygun bulduğu bu sistemde, suçun hukuki sonuçları olarak “ceza (*Strafe*)”, “önleyici tedbir (*vorbeugende Maßnahme*)” ve “ceza hukukuna özgü kazanç haczi (*strafrechtliche Gewinnabschöpfung*)” incelenmektedir. Bu sistemde ceza, yaptırım uygulanan davranışın kötülüğünü hem faile hem halka göstermek üzere uygulanan bir karşı kötülük olarak algılanmaktadır. Önleyici tedbir, davranışın değerinden bağımsız olarak, bu davranışın suç teşkil etmesi durumunda bu suçta yer alan tehlikeli kişilerin veya nesnelerin derhal muhafaza altına alınmasını sağlamaktadır. Avusturya hukukunda genel olarak “kazanç müsadere (*Verfall*)” başlığı altında incelenen kazanç haczi ise ne önceki davranışın değerine atıfta bulunmakta ne de kişi veya nesnenin tehlikesini önlemektedir. Cezanın yanında uygulanan kazanç haczi ile failin işlediği suçtan herhangi bir finansal fayda sağlamaması hedeflenmektedir⁴⁵⁷. Görüldüğü üzere kazanç müsadere, örneğin Türk hukukundan farklı olarak Avusturya hukukunda bir “önleyici tedbir” olarak kabul edilmemekte, ceza ve tedbirden ayrı bir “iz” olarak dikkate alınmaktadır.

Alman ceza hukuku öğretisinde de bazı yazarlar, çok izlilik kavramından müsadereye (*Einziehung*) dair düzenlemeleri incelerken söz etmektedir. Bu yazarlardan bir kısmı, burada hukuki sonuçlar sisteminin çok izliliğinden değil, doğrudan doğruya müsadereye çok izliliğinden bahsetmektedir. Bu minvalde adı geçen ülkede eşya müsadereye genel koşullarını düzenleyen StGB § 74 hükmünde yer alan bu kurumun bizatihi kendisinin çok izli bir yapı sergilediği ifade edilmektedir. Denilmektedir ki, genel olarak kasıtlı işlenmiş bir suçun araçları ve ürünleri ile ilgilenen müsadere, kimi zaman cezalandırıcı, kimi zaman ceza benzeri, kimi zaman da önleyici bir karakter ortaya koymaktadır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ SCHMOLLER, s. 366, 367.

⁴⁵⁷ SCHMOLLER, s. 367.

⁴⁵⁸ Bkz. SALIGER, Frank, “StGB § 74 Voraussetzungen der Einziehung”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 1.

İKİNCİ BÖLÜM

GÜVENLİK TEDBİRLERİ TEORİSİ

2.1. GÜVENLİK TEDBİRLERİ KAVRAMI

2.1.1. Güvenlik Tedbirlerinin Anlamı

Güvenlik, günlük kullanımda güvence, korunma, emin olma anlamları taşır⁴⁵⁹. Bu emin olma hali ise herhangi bir kimse hakkında tehlike ihtiva etmeyen durumu yani tehlike veya tehditten arınmış olmayı ifade eder⁴⁶⁰. Dolayısıyla güvenlik kavramı, toplum yaşamında hukuki düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi yani özetle “emniyet” anlamına gelmektedir⁴⁶¹. Aslında en kısa tanımıyla güven içerisinde bulunma durumuna “güvenlik” denir. Diğer deyişle güvenlik, birini veya bir şeyi güven içinde tutmaktır. Ceza hukukunu ilgilendiren yönüyle güvenlik (“*Sicherheit, Sicherstellung*”) ise devlet olarak örgütlenen bir toplumun düzen ve güvenirlilik içinde bulunması anlamına gelir⁴⁶².

Tedbir kavramı ise daha evvel belirtildiği üzere muhtemel olumsuzluğun veya tekrarının önlenmesi adına yapılan hazırlıkları ve alınan önlemleri ifade eder. Dolayısıyla kavramsal boyutuyla güvenlik tedbiri, toplumun düzen ve esen içinde kalmasını temin etmek amacıyla alınan ceza hukukuna özgü önlemleri açıklamaktadır. Bu tedbirlerin teknik anlamda yani ceza hukuku boyutuyla güvenlik tedbiri olabilmesi için bir suçla irtibatlandırılması gerekir⁴⁶³.

⁴⁵⁹ Bkz. DUDEN, Sicherung, Die, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Sicherung>.

⁴⁶⁰ Bkz. Langenscheidts Großwörterbuch, s. 896-897. Bu anlamda güvenlik, üç farklı alt kullanıma sahiptir. Bunlardan ilki, bir devletin veya kuruluşun örneğin terörizm, hırsızlık veya casusluk gibi kriminal faaliyetlere karşı korunması; ikincisi, bir devletin veya kuruluşun emniyetini sağlamak üzere izlenen prosedürler veya alınan önlemler; üçüncüsü ise kendini tehlikeden uzak, stabil, korku ve endişeden bağışık hissetme durumudur. Bkz. English Oxford Living Dictionaries, Security, <https://en.oxforddictionaries.com/definition/security>.

⁴⁶¹ Türk Dil Kurumu, Okul Sözlüğü, TDK Yayınları No. 603, 2. Baskı, Ankara, 2000, s. 419.

⁴⁶² ERDOĞDU, Ahmet, Ceza Yargılama Yöntemi Yasası Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları No. 367, Ankara, 1972, s. 35.

⁴⁶³ Buradan hareketle, öğretide güvenlik tedbirleri (“*Sicherungsmaßnahmen, Massregeln der Sicherung*”), toplumu suçlulara karşı korumak için alınan bütün engelleme işlemleri biçiminde tarif edilmektedir (ERDOĞDU, s. 35). Fakat bu tarif bir yönüyle eksiktir. Zira toplumu suçlulara karşı korumak amacıyla alınan tedbirler yalnızca güvenlik tedbirleri değildir. Bu anlayış, cezanın sadece kefaretilerle uygulanabildiğini kabul eden görüşlere örnek olabilir. Oysa cezaların bir amacı da toplumu suçlulara karşı korumak ve böylece genel önlemeyi hayata geçirmektir. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri suçlulara karşı korunmayı sağlayan bütün engelleme yöntemleri olmayıp, bu yöntemlerden biridir. Aynı gerekçe, güvenlik tedbirleri ile kamu hukukunun diğer tedbirleri arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir. Buna karşılık koruma tedbirlerinden bazılarıyla örneğin

Güvenlikten ve tedbirden müteşekkil güvenlik tedbirleri, halkın tamamını ve bu arada hukuka aykırı fiili bizzat gerçekleştiren faili, söz konusu eylem vesilesiyle suçun tekrarlanması tehlikesine karşı korumaya hizmet eden tedbirlerdir. Bu tedbirlerin koruması, kimi zaman hürriyetten yoksun kılma şeklinde kimi zaman hürriyeti kısıtlamayan terapötik önlemler şeklinde ortaya çıkabilir⁴⁶⁴. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin temelinde yer alan fikir oldukça basittir. Bu tedbirler, cezanın, tek başına uygulandığı durumlarda toplumu suça karşı himaye etmekte yetersiz kalması nedeniyle uygulanır⁴⁶⁵.

Güvenlik tedbirleri kavramı, hukuki nitelik tartışması bir yana bırakılacak olursa, idare hukukuna veya özel hukuka değil, doğrudan ceza hukuku sahasına ait olan ve ceza hukukuyla özdeşleşen bir kavramdır. Nitekim ceza hukuku, suç teşkil eden eylemlerle ve bunların koşulları ve sonuçlarıyla ilgilenmektedir. Bu eylemlerin hukuki sonuçları cezalar ve tedbirlerdir. Bu nedenle cezalar ve güvenlik tedbirleri, tüm ceza hukuku hükümlerinin ortak referans noktası olarak değerlendirilmektedir.

Battaglini'ye göre kelimenin tam manasıyla güvenlik tedbiri (*measure of security, sichernde Massnahme, Sicherungsmittel*), özünde konvansiyonel bir terimdir. Öyle ki, nihai olarak ceza da toplumsal güvenliği sağlamak amacıyla belirlendiği ve uygulamaya konulduğu ölçüde bir bakıma güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır. Fakat özünde cezanın bu niteliğe sahip olduğu söylenebilse bile teknik anlamda ceza ile güvenlik tedbiri, ceza hukuku literatüründe birbirinden ayrılmakta ve güvenlik tedbiri, cezadan farklı bir ceza hukuku kurumu olarak, sosyal savunmanın suça karşı ilave önleyici (*extraprimitive*) vasıtası sıfatıyla ele alınmaktadır⁴⁶⁶.

Kusura ölçülen ve suçlunun (*Täter*) kusurlu hareket etmesini gerektiren ceza, adını verdiği hukuk sisteminin amaçlarından birisi olan önleme görevini kimi zaman yerine getirmekte yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle adı ceza hukuku olan hukuk dalı, hukuki sonuçlar sistemi bakımından cezalara ve tedbirlere ayrılmaktadır. Anayasal sebeplerden dolayı kusur ilkesini bir temel prensip olarak kabul etmek zorunda olan

tutuklama veya ev hapsi gibi uygulamalarla toplum dolaylı olarak suçludan korunsu dahi koruma tedbirlerinin öncelikli amacının toplumu korumak olduğu söylenemez. Çünkü bu tedbirler, öncelikle delil elde etmek veya faili yargı mercinin gözetiminde bulundurmak amacıyla uygulanır.

⁴⁶⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 2, s. 13, Rn. 1. Güvenlik tedbirleri, normlar düzeninden (yeniden) sapıcı davranışları önlemeye yönelik birer sosyal kontrol vasıtasıdır. Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 1.

⁴⁶⁵ CANTOR, Nathaniel, "The New Prison Program of Italy", JCLC, 26 (2), 1935, s. 220

⁴⁶⁶ BATTAGLINI, Giulio Q., "Some Fundamental Problems of Criminal Politics", JCLC, 3 (3), September 1912, s. 351-352.

cezalarla, kusur yeteneği olmayan kimselerin müeyyidelendirilmesi olanaklı değildir⁴⁶⁷. Diğer bir deyişle, isnat yeteneği olmayan kimselerce işlenen fiillerin suç teşkil etmesi halinde, sözü edilen yeteneğin yokluğu, ceza verilmesinin önünde engel teşkil eder. Bu durum “*Kusursuz ceza olmaz*” biçiminde tercüme edilen oldukça önemli bir ilkeden kaynaklanır: “*Nulla poena sine culpa*”.

Ceza hukuku, kusur ceza hukuku (*Schuldstrafrecht*) niteliği taşımaktadır. Bundan dolayı cezalar, tek başına toplumun tehlikeli faillere karşı güvenliğinin tesis edilmesi ve hasta faillerin iyileştirilmesi gereksinimini tam olarak karşılayamamaktadır. Bu gereksinimi karşılamak üzere cezaların yanında bir ceza hukuku kurumu olarak güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir⁴⁶⁸.

Madem kusur olmadan ceza verilememektedir; o halde cezasız kalan kimselerin ileride kendileri veya toplum açısından gerçekleştirmeleri muhtemel zarar tehlikelerini bertaraf etmek için cezanın yanında yer alan, cezayı tamamlayan, onun alternatifini oluşturan veya kimi zaman onunla beraber uygulanan bazı girişimlere ihtiyaç duyulması elzemdir. Bu girişimler, birtakım hukuksal tedbirlerle somutlaşmaktadır. Cezanın yanında veya ceza uygulanmadığı hallerde ceza yerine tehlikeli fail veya mer’i ceza kanunlarında karşılaşıldığı üzere tehlikeli suç konusu üzerinde, mükerrer ihlale önlem için uygulanan bu tedbirler günümüzde hem yasalarda hem doktrinde çoğunlukla “güvenlik tedbirleri” olarak adlandırılmaktadır⁴⁶⁹.

Güvenlik tedbirleri, bir kavram olarak, ceza hukukuna ilk kez Pozitivistler ile birlikte girmiş ve ceza aleyhine uygulama alanı giderek genişlemiştir⁴⁷⁰. Bu genişlemenin nedeni, henüz tedbirlerin yasalarda öngörülmediği dönemlerde klasik ceza kanunlarının suçların işlenmesine ve suçluluk oranına etki edememesi; toplumu koruma amacının kusur yeteneğine sahip olmayanlar bakımından yalnız cezalarla tesisinin olanaklı olmadığını, bu kimseler için bazı tedbirlerin zorunlu olduğunun fark

⁴⁶⁷ GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 61 Übersicht”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 1.

⁴⁶⁸ Bkz. STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff.”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 1; KÜHL, Lackner/Kühl-StGB, “Vorbemerkung”, Rn. 1; KASPAR, Johannes, “Vorbemerkungen zu §§ 61 ff. StGB”, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLÜCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014, Rn. 1.

⁴⁶⁹ KILIAN, Ines, “§ 61 Übersicht”, AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 1. JAKOBS (s. 30, Rn. 53), StGB § 61’de ceza yerine veya ceza yanında uygulanacağı kabul edilen güvenlik tedbirlerinin suça karşı bir reaksiyon (tepki) niteliğinde olduğu görüşündedir.

⁴⁷⁰ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 1998, s. 634; SOYASLAN, Kriminoloji, s. 247; CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 366. Günümüz ceza hukukunda güvenlik tedbirlerine yer vermeyen doktrin görüşü ve ceza kanunu olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 567, kn. 1343.

edilmesidir⁴⁷¹. Dolayısıyla kişilerin özgür iradesiyle hareket etmediğini, koşulların kaçınılmaz sonucu olarak suç işlediklerini veya bir nevi işlemek zorunda olduklarını, fakat diğer yandan toplumun da suçluya karşı himaye edilmesi gerektiğini kabul eden Pozitivist düşünce, 19'uncu yüzyılın sonlarına doğru kanunlarda da yer almaya başlayacak olan güvenlik tedbirleri kavramının doğuşuna zemin hazırlamıştır⁴⁷². Güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku sahasına dâhil olmasıyla birlikte ki, pozitif hukukta kusur yeteneğinden yoksun olan failin cezasız kalması sebebiyle, onun yeniden suç işlemesinin önünde engel oluşturmaya yönelik önlemler benimsenmiştir.

Güvenlik tedbirleri kavramının hukuk sistemlerinde yerini bulması ise ilk kez İsviçreli ünlü ceza hukukçusu *Carl Stooss* tarafından ileri sürülen, suçlunun tehlikeliliğinden kaynaklanan ve kusurdan bağımsız bulunan suçla mücadelenin suçun hukuki sonuçları sisteminde yer alması gerektiği konusundaki düşüncelere dayanmaktadır. Bu düşünceler ilk olarak 1893 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı'nda ileri sürülmüş, daha sonra Weimar dönemi Alman ceza kanunu reform tasarılarında da yer bulmuştur. Ayrıca bu düzenlemelerde yer verilen tedbirlere Avusturya CK Tasarısı ile Danimarka ve İsveç Öntasarıları'nda da rastlanmaktadır⁴⁷³.

Ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin ilk kez, bu isimle kullanılmamakla birlikte, suç işleyen akıl hastalarına, alkolik suçlulara ve çocuk suçlulara uygulandığı, zamanla bu tedbirlerin örneğin eğitim kurumuna gönderme, mesleğin icrasının men'i veya ehliyetin/ruhsatın iptali gibi tedbirlerle genişlediği görülmektedir⁴⁷⁴.

Hukuki sonuçlar sistemi içinde cezalarla tedbirler arasında ayırım yapan “iki izlilik (*Zweispurigkeit*)” ilkesi veya “ikili hat (*doppio binario*)” prensibi, güvenlik tedbirleri ile cezaları amaçları bakımından birbirinden ayırmaktadır. Böylelikle örneğin 1969 Alman ceza hukuku reformu sonrasında hem failin hem de failin niteliği gereği tehlikeli halini gidermeyi, faili korumayı, eğitmeyi, tedavi etmeyi ve onu ıslah etmeyi amaç edinen güvenlik tedbirlerinin iki izlilik sistemi içinde giderek artan önemini vurgulamak amacıyla “*Zorunlu olan kadar az ceza, mümkün olduğu kadar fazla sosyal yardım*” sloganı kullanılmaktadır⁴⁷⁵.

Dolayısıyla güvenlik tedbirleri kavramı, ceza müeyyidesi kavramından farklı olarak, özü ve içkin niteliği itibarıyla suçun bastırılmasını değil suçun önlenmesini, öte yandan kusurn dengelenmesini değil tehlikeliliğin giderilmesini esas alır. Bu tür bir

⁴⁷¹ ROXIN, Band I, § 1, s. 3, Rn. 4; KANTAR, Baha, Ceza Hukukunda Yeni Temayüller, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi No. 35, Adliye Vekâleti Yayınları, Ankara, 1938, s. 4.

⁴⁷² SOYASLAN, Kriminoloji, s. 203.

⁴⁷³ LISZT/SCHMIDT, s. 235; WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 74.

⁴⁷⁴ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 247; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 1998, s. 634.

⁴⁷⁵ JESCHECK, Giriş, s. 62.

önleme ve giderme, henüz suçun işlenmediği dönemde önlenmesi manasında bir idari önleme ve giderme değil, zaten işlenen suç vesilesiyle gelecekteki suçun önlenmesi manasında bir hukuki önleme ve gidermedir. Güvenlik tedbirlerinin fail ve toplum nezdinde bir “çifte fonksiyon” taşıdığı söylenebilir. Bir yandan tedbir uygulanan failin suçta tekerrürü engellenerek toplum korunmakta, öte yandan faile birtakım tedavi veya rehabilite edici metodlar uygulanarak bizzat failin kendisi suçtan korunmaktadır.

Alman CK’da bu tedbirlerin “*Maßregeln der Besserung und Sicherung* (iyileştirme ve güvenlik tedbirleri)” kavramı ile karşılandığı fark edilmektedir. Görüldüğü üzere bu sistemde güvenlik tedbirlerinin iyileştirme fonksiyonu kanuni tanıma açıkça dahil edilmiştir. İtalyan CK’da ise kanun koyucu bu tür bir iyileştirme vurgusunu kanunda açıkça belirlemiş değildir. Nitekim bu ülkede suçun cezalar dışında kalan önleme esaslı hukuki sonuçları kanunda “*misure di sicurezza* (güvenlik tedbirleri)” olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK da birinci kitap altında yaptırımları düzenleyen üçüncü kısmının ikinci bölümünde “Güvenlik Tedbirleri” başlığını kullanmayı uygun bulmuştur. “İyileştirme tedbirleri” şeklinde bir kullanım, hukukumuzda da yabancıdır. Güvenlik tedbirleri kavramını belirtmek üzere 5237 sayılı TCK öncesi dönemde ise “emniyet tedbirleri” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir⁴⁷⁶. Emniyet tedbirinin birebir Türkçeleştirilmiş karşılığı “güvenlik önlemi” olmakla birlikte kanun koyucu tedbir ifadesini değiştirmemeyi tercih etmiştir⁴⁷⁷. Esasen aralarında lafzî bakımdan fark bulunmayan “güvenlik tedbirleri” ve “emniyet tedbirleri” kavramları arasında bir tercih yapmak hususunda kanun koyucunun takdir yetkisini kullandığını ifade etmek mümkündür⁴⁷⁸. Kanımızca bu kavramın seçilmesi bir yönüyle isabetli de olmuştur. Çünkü kavram Anayasa m. 38/3’te “güvenlik tedbirleri” olarak ifade edilmişken, kanunda “emniyet tedbirleri” veya “güvenlik

⁴⁷⁶ Öğretide Önder, tedbirlerin amacının ya kişinin ıslahını dikkate almak (*reine Besserungsmaßregeln*) ya kişiyi zararsız hale getirerek toplumu korumak (*reine Sicherungsmaßregeln*) ya da hem ıslahı hem de korumayı gerçekleştirmek (*gemischte Maßregeln*) olduğunu ifade etmekte, bu amaçların tümüne birlikte hizmet ettiği gerekçesiyle “güvenlik önlemleri” kavramını kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. III, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1989, s. 100; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 543-544.

⁴⁷⁷ DEMİRBAŞ, s. 634.

⁴⁷⁸ Hukuki sonuçlar sisteminin bu ikinci izine hangi ismin verileceği hususunda karşılaştırmalı hukukta da mevzuat ve doktrin bazında bir mutabakatın bulunduğu söylenemez. Bu tedbirleri Türk hukukunda olduğu gibi “güvenlik tedbirleri (*security measures*)” olarak adlandıranlar (Almanya, İtalya, İspanya, Yunanistan, Kolombiya, Meksika vs.) olduğu gibi, sadece “tedbirler (*measures*)” (Macaristan); “iyileştirme ve güvenlik tedbirleri (*measures of rehabilitation and incapacitation*)” (Almanya, Yunanistan); “cezaî yaptırımlar (*criminal sanctions*)” (Polonya); “diğer yaptırımlar (*other sanctions*)” (Norveç, Estonya) veya “diğer cezaî tedbirler (*other penal measures*)” (Rusya, Tacikistan, Ermenistan) olarak isimlendiren hukuk sistemleri de mevcuttur. Bkz. CHANKSELIANI, s. 104.

önlemleri” olarak geçmesi anayasa koyucunun iradesiyle ve hukuki bütünlük ilkesiyle örtüşmez.

2.1.2. Güvenlik Tedbirlerinin Kökeni

Güvenlik tedbirlerinin tarihsel gelişimi hakkında yapılan açıklamaların sağlam bir zemine oturtulmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Bunun gerekçesi olarak, okullar mücadelesinden önce de uygulandığı tahmin edilen toplumsal savunma fikrinin bu dönemde sistematik hale gelmemiş olması gösterilmektedir⁴⁷⁹. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin tarihsel kaynağı bazı yazarlarca *Platon*’a, *Seneca*’ya ve *Protagoras*’a kadar geri götürülmektedir⁴⁸⁰. Aslında o dönemlerde güvenlik tedbirleri kavramından söz etmek haliyle mümkün değildir. Bununla birlikte gerçekten kefareten önlemeye geçişin ilk adımını, “hukuki değerlerin –ceza hukuku vasıtasıyla- korunması” kavramının ortaya çıkışıyla başlatmanın ve bu kavramın doğuşunu *Platon* (M.Ö. 428-348)’a hatta ondan önce *Protagoras* (M.Ö. 487-412)’a kadar geri götürmenin mümkün olduğu söylenmektedir⁴⁸¹. Nitekim “hukuki değer (*Rechtsgut*)” mefhumundan çok daha eski olan “hukuki değerlerin korunması (*Rechtsgüterschutz*)” anlayışı, mademki insanlar olanı olmamış duruma getirme imkânından yoksundur, o halde failin veya diğer insanların gelecekteki eylemleriyle ilgilenir. Bu anlayış *Protagoras*’a ait olmakla birlikte, *Platon* tarafından yeniden gündeme getirilmiş, *Seneca* (M.Ö 4-M.S. 65) tarafından ise *Platon*’a atıfla özetlenmiştir⁴⁸². *Platon*’u kaynak gösteren bu yanlış dayanak daha sonraları *Grotius* (1583-1645) tarafından da benimsenmek suretiyle şu

⁴⁷⁹ ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 544. Yazara göre, bu nedenle güvenlik tedbirlerinin tarihsel kökenini ceza kanunlarına yansıdığı andan itibaren bilimsel olarak dikkate almak gerekir. Bu ise *Carl Stooss* tarafından tedbirlerin İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı’na eklendiği ana tekabül etmektedir.

⁴⁸⁰ Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12; DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 568, kn. 1344 ve dn. 2; YÜCE, Turhan Tufan, “Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi”, *Adliye Dergisi*, (9-10), Ankara, 1961, s. 929. Bu düşünürlerin, failin hem korkutulması hem ıslahı hem de zararsız hale getirilmesi (gerektiğinde ortadan kaldırılması) ve böylece onun ve toplumun yeni haksızlıklarının menı anlamında ceza teorilerinin kaynağı olduğu görüşü için bkz. HONIG, Richard, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, *İÜHFİM*, 2, Çev. ABADAN, Yavuz, İstanbul, 1936, s. 416-417.

⁴⁸¹ KAUFMANN, Armin, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983, s. 6; HONIG, s. 416.

⁴⁸² KAUFMANN, s. 6; ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 11. Belirtelim ki, sosyal savunma teorisyenleri tarafından toplumsal himaye (sosyal savunma) fikrinin ve kavramının tarihsel kökenleri de *Platon*’la birlikte ele alınmaktadır. Buna göre, o, önleme kavramını ilk olarak ortaya atan düşünürlerden biridir. *Platon*, cezanın geçmişin intikamı değil geleceğin onarılması vasıtası olduğunu düşünmektedir. Öyle ki, cezanın bir “pişmanlık evinde (*Sophronisterion*)” infaz edilmesi fikrini de o ileri sürmüştür. Bkz. ANCEL, Marc, “Toplumsal Savunma”, Çev. SELÇUK, Sami, YD, 19 (1-2), Ocak-Nisan 1993, s. 73, dn. 1 (ss. 71-85).

cümle ile meşhur olmuştur: “*Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*”⁴⁸³.

Bununla birlikte oldukça yakın bir döneme, 19’uncu yüzyıla gelinceye dek kurumsallaşmış bir güvenlik tedbirleri teorisine rastlamanın elbette mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Öyle ki bu dönemde özünde önleyici veya bastırıcı amaç taşısın, kurumsal tepkinin her zaman “suçun karşılığı” olarak görüldüğü söylenebilir⁴⁸⁴. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin bilimsel kökenini ceza teorilerinin de ortaya çıkmasına vesile olan “okullar çatışması (*Schulenstreit*)”⁴⁸⁵ temel alınmak suretiyle başlatmak en uygun çözümdür. Bunun için Klasik, Pozitivist ve Sosyolojik okulları incelemek gerekir.

⁴⁸³ “Hiçbir akıllı günah (suç) işlediği için cezalandırılmaz, aksine gelecekte böyle bir günah (suç) işleyebileceği için cezalandırılır” anlamına gelmektedir. Söz konusu kabul, cezanın amacının geçmişteki suçun misillemesi değil, gelecekteki suçun savunulması olduğu anlayışının temelidir. Öğretide bu Latince formülden hareketle ve ilkeyi kendi içinde ikiye bölmek suretiyle kefare, özel önleme ve genel önleme teorilerinin iki ana gruba ayrılabilceğinden söz edilmektedir. Bunlardan ilki, sadece zarar veya kriminal fiili dikkate alarak “*quia peccatum est*” prensibi doğrultusunda cezanın uygulanma nedenini suçun işlenmesinde arayan teorilerdir. İkincisi ise faili dikkate alarak “*ne peccetur*” prensibi doğrultusunda cezanın iyi yönlerini, amacını ve nesnel sonuçlarını dikkate alan ve böylece geleceğe odaklanan teorilerdir. Bkz. ESPOSITO, Maurizio, “The Rehabilitation Role of Punishment in Italy: Theoretical Development and Sociological Considerations”, *Sociology Mind*, (4), 2014, s. 183-184; ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 11; ANTOLISEI, *Diritto Penale*, s. 368. Bunlardan ilki, adalet esasına dayalı metafizik anlayış; ikincisi, fayda esasına dayalı seküler anlayıştır. Adalet esası, cezanın amacına kefare ve intikamla; fayda esası, cezanın amacına genel caydırıcılık ve ihlalcinin rehabilitasyonu ile ulaşılacağını kabul eder (SCHAEFER, Udo, “Crime and Punishment”, Çev. SCHUCKELT, Geraldine, *Law and International Order*, Bahá’í Publishing Trust, London, 1996, s. 42-43).

⁴⁸⁴ Örneğin günümüzde güvenlik tedbiri olarak kanunlarda yer bulan müsadere, Roma hukukunda bir ceza olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde suç işleyen kişinin mallarının satılarak kişisel mülkiyet dışına çıkarılması ve kamusal mal haline getirilmesi olarak tanımlanan müsadere suç karşılığında uygulanması esas olmakla birlikte, zamanla farklı inançlara baskı amacıyla veya siyasi istikbal kaygısıyla, dolayısıyla en azından maddi anlamda suça gereksinim duyulmaksızın uygulandığına da rastlanmıştır. Bkz. TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 92-94.

⁴⁸⁵ Söylendiğine göre, *Franz v. Liszt* ve vesilesiyle Sosyolojik Hukuk Okulu doktrini ortaya koyduğunda, bir yandan heyecanlı bir onaylamayla diğer yandan sert bir muhalefetle karşılaşmıştır. Liszt’in ceza kavramı, suçlu ile olan ilişkisi bakımından yeni bir devlet anlayışına dayanmıştır. Bu durum 19’uncu yüzyılın liberal hukuk devleti maksimine ve ceza anlayışına uyan kimselerle sosyal hukuk devletini ve ceza anlayışını benimseyen yeni düşünce arasında bir çatışmaya sebep olmuştur. Bu çatışma bilimsel anlamda ödetici ceza ve cezanın amaçları kavramları alanında bir anlaşmazlığın ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Alman öğretisinde söz konusu çekişmeye “okullar çatışması (*Schulenstreit*)” adı verilmektedir (SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Vandenhoeck & Ruprecht, 3. Auflage, Göttingen, 1995, s. 386-387). Okullar çatışması kavramı, Klasikler ve Pozitivistler arasındaki rekabeti ortaya koymak için de kullanılmaktadır. Kavram için ayrıca bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 5; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 7; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 2; ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 717.

2.1.2.1. Klasik Hukuk Okulu

Klasik⁴⁸⁶ Hukuk Okulu'nun (*Scuola Classica*) ve klasik kriminolojinin kurucusu olarak genellikle İtalyan profesör *Cesare Beccaria* (1738-1794) kabul edilmektedir. Bu okulun önde gelen bir diğer temsilcisi ise İngiliz hukukçu ve filozof *Jeremy Bentham* (1748-1832)'dir⁴⁸⁷. Cezanın gerekliliğini savunmakla birlikte, cezanın insancıllaştırılması konusundaki fikirleri nedeniyle kurucu *Beccaria*, aynı zamanda hümanist hukukun savunucuları arasında gösterilmektedir. Çünkü hümanizm, insan onuruna aykırı eski cezaların sertliğini azaltmak için önemli bir hukuk vasıtası olarak kullanılmaktadır. Nitekim Klasik Okul'un ortaya çıkış sebebi de Ortaçağ Avrupası'nın on sekizinci yüzyıla kadar devam eden keyfi yargılama sistemi ve acımasız cezalandırma anlayışıdır⁴⁸⁸. Klasisizmin hümanist ceza anlayışı, yalnızca insan onuruna aykırı cezaların değil, aynı zamanda örneğin genel müsadere gibi ailenin prestijine ve mali durumuna tamir edilemez biçimde zarar verme eğilimi bulunan diğer cezaların da kaldırılması için çaba sarf etmiştir⁴⁸⁹.

Klasik Okul'un reform hareketlerinin temelinde Aydınlanma felsefesi yer almaktadır⁴⁹⁰. Özellikle *Charles Montesquieu* (1689-1755)'nin, 1748'de yayımladığı ve ceza hukukunu inceleyerek işkence ve diğer kötü muameleleri reddettiği “Kanunların Ruhı (*Esprit des lois*)” adlı eseri, Klasikler için önemli yapıtaşlarından biri olarak kabul edilmektedir. Yine *Voltaire* (1694-1778)'in bu dönemde, özellikle 1762 yılında isabetsiz şekilde verilen idam cezasının infazıyla somutlaşan, yanlış karar ve infazlara karşı tepkisini ortaya koyması ve aynı yıl *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778)'nin “Toplum Sözleşmesi (*Du Contrat Social*)” eserinin yayımlanması, Klasikler için gerekli entelektüel altyapının oluşmasına zemin hazırlamıştır⁴⁹¹.

⁴⁸⁶ Her şeyden önce, önemle belirtmek gerekir ki, Klasik Hukuk Okulu'na adını veren “klasik” kavramı, bizzat Klasisizm'in savunucuları tarafından değil, Pozitivist ekolün kurucularından *Enrico Ferri* tarafından kullanılmıştır. *Ferri*, bir ceza hukuku hareketi olarak “klasik” kavramını ilk kez 1880'de Bologna Üniversitesi'nde “Ceza Hukukunda Yeni Ufuklar” üzerine yaptığı konuşmasında telaffuz etmiştir. Bkz. CANALS, J. M., “Classicism, Positivism and Social Defence”, JCLC, 50 (6), Spring 1960, s. 545, dn. 24.

⁴⁸⁷ WALSH, Anthony/ELLIS, Lee, *Criminology: An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2007, s. 54, 55; STOHR, Mary K./WALSH, Anthony, *Corrections: From Research, to Policy, to Practice*, SAGE Publications, Los Angeles, 2017, s. 6-7. Modern ceza hukukunun kurucusunun *Beccaria*, buna karşılık Klasik Ceza Hukuku Okulu'nun kurucusunun *Carrara* olduğu yönünde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 111-112.

⁴⁸⁸ BROWN, Stephen E./ESBENSEN, Finn-Aage/GEIS, Gilbert, *Criminology: Explaining Crime and Its Context*, Anderson Publishing, 8. Edition, New York, 2013, s. 158; WELLFORD, Charles F., “History and Evolution of Criminology”, 21st Century Criminology: A Reference Handbook, Ed. MILLER, Mitchell, SAGE Publications, Los Angeles, 2009, s. 10 (ss. 10-17).

⁴⁸⁹ CANALS, s. 544.

⁴⁹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 111-112; BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 158.

⁴⁹¹ Bkz. BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 158-159.

Klasikler, hukuk sisteminin temelini din olduğu ve suçun sebebinin şeytan olduğu yönündeki geleneksel anlayışa karşı çıkmıştır. Bunun yerine, suçun bir seçimin/tercihin (özgür irade) sonucu olduğunu ve suçun işlenmesiyle elde edilecek ödül acıyı aştığında bu yola başvurulduğunu düşünmüşlerdir⁴⁹². Dolayısıyla Klasiklere göre, suç, koşulları gerçekleştiğinde ortaya çıkan bir zorunluluk değil, özgür irade sahibi kişinin hesabına/değerlendirmesine dayanan bir serbestidir.

Klasik Okul'un ana ilkeleri, *Beccaria*'nın ünlü "Suçlar ve Cezalar Hakkında (*Dei delitti e delle pene*)" isimli eserinde ortaya konulmuştur. *Beccaria*, bir yandan yasama ve yargı fonksiyonları arasındaki erkler ayrımını, diğer yandan ceza kanunlarının yürürlüğe girmesi ve uygulanması kriterlerinin belirliliğine dayanan "kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*)" ilkesini katı bir biçimde savunmuştur. Bunun uzantısı olarak, düşünür, ceza yargıcının, milletvekili sıfatı taşımadığına göre, ceza yasalarını yorumlama yetkisine sahip olmadığını ileri sürerek, döneminin keyfi ve tutarsız işlem ve davalarına tepki göstermiştir⁴⁹³. Bu katı kanunilik ilkesi ile birlikte manevi sorumluluğa yani suçlunun kusurluluğunu esas alan anlayışa ve dolayısıyla suçun hukuki sonucu olarak cezaya yani kusurun karşılığı olan müeyyideye yer veren klasik düşünce, 1791 Fransız Ceza Kanunu'ndan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'na (Zanardelli Kanunu) kadar çağın ceza kanunlarına etki etmiştir⁴⁹⁴.

Güvenlik tedbirleri ve haliyle tehlikelilik kurumlarını kabul etmemekle birlikte, Klasik Okul'un en önemli argümanlarından biri, "kriminal zarar" kavramını ceza hukukunun ayrılmaz parçası olarak kabul etmesidir. Zira *Beccaria* suçun özünün, ileride Pozitivistlerce kullanılacak "sosyal tehlike" kavramından farklı olarak, "toplumsal zarar" olduğunu düşünmektedir. O, hukuku insanlığın tüm fenalığını önleme aracı olarak görmemiş, bunun yerine ceza hukukunun failin/faillerin topluma zararlı davranışlarını denetlemek için kullanılması ve uygulanacak cezanın toplumsal zararlar orantılı olduğu ölçüde haklı görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁹⁵.

Klasikler, "suçları önlemenin onları cezalandırmaktan daha iyi olduğu" düşüncesini esas almaktadır⁴⁹⁶. Ne var ki, Klasiklerin savunduğu anlamda "önleme",

⁴⁹² Bu dönemde "hukukun temelinde Tanrı'nın bulunduğu ve hâkimlerin Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcileri olduğu" yönündeki geleneksel anlayışla çelişen bir tez ortaya koymanın tehlikesine karşı *Beccaria*, kiliseye ya da kilise kanunlarına karşı meydan okumadığını, devletin çıkarları ve kilisenin öğretileriyle uyumlu bir ceza hukuku ve adalet reformu modeli oluşturduğunu belirtmek zorunda kalmıştır (WELLFORD, s. 11).

⁴⁹³ BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 159-160. Ayrıca bkz. CANALS, s. 542.

⁴⁹⁴ ANCEL, "Toplumsal Savunma", s. 77.

⁴⁹⁵ BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 161.

⁴⁹⁶ Ancak suçlar o şekilde tespit edilmelidir ki, önemsiz ve zararsız fiiller onun bünyesinde yer almamalıdır. Çünkü bu tür fiilleri suç olarak saptamak, suçların işlenmesini engellemeye değil, aksine yeni suçları doğurmaya hizmet eder (BECCARIA, s. 202).

Pozitivistlerin önleme anlayışından farklıdır. Klasiklerde önleme, insan doğasına ilişkin bazı varsayımlar üzerine kurulu olan bir “caydırıcılık mekanizması” ile gerçekleştirilmelidir. Caydırıcılık ise insan davranışlarını etkilemek için ceza tehdidinin uygulanmasını gerektirir. Bunun gerekçesi ise, Klasiklere göre, insanların rasyonel varlıklar olmaları, bu nedenle davranışlarını özgür iradenin ürünü olarak ortaya koymaları; öte yandan yine onların hedonistik varlıklar olmaları ve bu nedenle acıdan kaçarak hazza varmaya çalışmalarıdır⁴⁹⁷. *Beccaria*’ya göre, klasik caydırıcılık doktrinine damga vuran cezalandırma ilkeleri üçe ayrılmaktadır. Suç kontrolü için geçerli olan bu ilkeler, cezanın “kesin”, “ciddi” ve “hızlı” olmasından ibarettir⁴⁹⁸.

Klasiklerin bir diğer büyük ismi *Bentham* da *Beccaria* gibi döneminin adaletsiz, keyfi ve zalimane uygulamalarına tepki göstermiştir. Cezanın intikam eksenli olmamasını, bundan ziyade önleme amacı gütmesini savunmuştur. *Bentham*’ın en önemli eseri olarak kabul edilen “Hükümet Üzerine Bir Kısım ve Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş (*A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*)”, en çok sayıda insan için en üst yüksek mutluluk düşüncesi üzerine kurulu fayda ilkesini temel alan bir sosyal kontrol felsefesi içermektedir. Dolayısıyla *Bentham*’ın ceza felsefesinin özünde “faydacılık ilkesi”nin yer aldığı görülmektedir. Bu felsefeye göre, eylemler, insanların mutluluğuna katkıda bulunup bulunmadığına göre değerlendirilir. Filozofa göre, doğa, insanı iki egemen ustanın idaresi altına sokmuştur: Acı ve haz. Bu ikisi, insanları her yaptığı, söylediği hatta düşündüğü şeyde yönetirler. Hedonist olan insanda ise amaç, acıdan kaçınmak ve hazza ulaşmaktır⁴⁹⁹. Suç da kolektif mutluluğa olumsuz etkide bulunduğuna göre, toplumsal bakımdan acıdan kaçınmak ve hazza erişmek amacıyla suçun işlenmesinin engellenmesi gerekir⁵⁰⁰. *Bentham*, insan davranışlarının rasyonel olduğunu kabul etmektedir. Rasyonel davranış ise mantıken kendi içinde tutarlı olan davranıştır. İnsanların gayret

⁴⁹⁷ BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 161. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, öğretilerde son dönemlerde genellikle güvenlik tedbirleriyle ilişkilendirilen “toplumsal düzen” kavramının Klasikler tarafından adeta cezalara verilen bir misyon olarak kabul edildiği söylenebilir. Dolayısıyla işkence ve insanlık dışı yöntemleri dışlamakla birlikte Klasik Hukuk Okulu’nun temel anlayışının da ödetmek üzerine kurulu olduğu ifade edilmektedir. Cezanın önleme fonksiyonu ödetme görevinden sonra gelmektedir. Klasiklere göre toplumsal savunmayı sağlama görevini üstlenen hukuk düzeni cezaları vasıta kılarak bu amaca ulaşmalıdır. Bkz. ANCEL, *Social Defence*, s. 16-17.

⁴⁹⁸ BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 163; WALSH/ELLIS, s. 55; STOHR/WALSH, s. 7.

⁴⁹⁹ “Hedonizm” veya diğer adıyla “hazcılık”, zevk veya mutluluğa ulaşmayı yaşamın temel hedefi olarak kabul eden öğretilerdir. Bu öğretilere göre hedonist olmak öğrenmeye dayalı bir süreç değildir; nitekim canlıların doğası gereği içsel olarak zevk, arzu edilen; acı ise özünde istenmeyen şeylerdir. Böylece bu doktrin, insan eylemlerinin tek motivasyon kaynağının hedonizm olduğunu ileri sürülmektedir (Bkz. WALSH/ELLIS, s. 56). Dolayısıyla Klasiklerin faydacı anlayışında suç, kimilerini zevke ulaştırırsa da; ceza, acı verici niteliği sayesinde caydırıcı ve önleyici olmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla Klasik ekol açısından suç ve ceza arasındaki ilişki, bir nevi zehir ve panzehir arasındaki ilişki gibidir.

⁵⁰⁰ BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 163; WALSH/ELLIS, s. 56; STOHR/WALSH, s. 7.

gösterdikleri amaçlar ve bunlara ulaşmak için kullandıkları araçlar arasında mantıklı bir uygunluk varsa, onların rasyonel hareket ettiklerinden söz edilir. Eğer suçlu, arzu ettiği amaca yani suça ulaşmak için mantık yürütmekte ve bilerek hareket etmekte ise işlediği suçun hiç olmazsa kısa vadede rasyonel olduğunu söylemek mümkündür. Bu manada “akılcılık” ile “ahlaklılık” birbirinden farklıdır. İşte insanın rasyonalitesinin amacı sadece kendi menfaatleridir ve bu çıkarlar insanları bazen uygun bazen de sapkın davranışlara sevk eder⁵⁰¹.

Hedonizm ve rasyonellik kavramlarından hareketle *Bentham* ve Klasikler, bir “hedonistik hesap” yöntemine başvurmaktadır. Bu yöntem, bireylerin, belirli bir eylemin beklenen faydaları ile olası zararlarını mantıksal olarak tarttığı varsayımına dayanmaktadır. Bir eylem, nihayetinde, zevki artırmak veya acıyı azaltmak için yapıldığına göre, bu mantıksal hesap yapıldıktan sonra, eylemin bir irade ile ortaya konulduğu söylenebilir. İşte insanların bilerek ve hesaplı bir eylem dizisini izlemeyi seçmelerini sağlayan bu iradeye “özgür irade” veya “irade serbestisi” adı verilmektedir⁵⁰². İnsanlar, zevklerini yasa dışı olarak artırmaya çalışırsa, eylemlerinin yanlışlığının bilincinde olarak ve dolayısıyla özgür iradeleriyle hareket ederler. Toplumun kendisine zarar veren kişilere uygulayacağı müeyyidenin meşruluğu, bu özgür iradede kaynaklanır⁵⁰³.

Neredeyse 19’uncu yüzyılın tamamı boyunca egemen olan Klasisist dönemin kanunlarının çoğunlukla üç kısma ayrıldığı fark edilmektedir. Bunlardan ilki, ilkeler ve doktrinler; ikincisi, suçların belirlenmesi ve cezalandırılması; üçüncüsü ise kabahatlerin belirlenmesi ve cezalandırılmasıdır. Muhtemelen bu kanunlar arasında söz konusu üçlü şematik incelemeye 489 maddeden oluşan 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu’nu en tipik örnek olarak göstermek mümkündür⁵⁰⁴. Dolayısıyla 765 sayılı mülga TCK’nın da mehzaz kanunu niteliğini taşıyan Zanardelli Kanunu, Klasik Hukuk Okulu’nun eseridir⁵⁰⁵. Ayrıca Klasiklerin, Amerikan Anayasası ve 1789 Fransız İnsan Hakları Bildirgesi de dâhil olmak üzere, Avrupa ve Kuzey Amerika’nın hukuk ve ceza sistemlerini önemli ölçüde etkilediği söylenmektedir. Dahası, dünyadaki tüm modern

⁵⁰¹ WALSH/ELLIS, s. 56.

⁵⁰² WALSH/ELLIS, s. 57; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 112.

⁵⁰³ WALSH/ELLIS, s. 57.

⁵⁰⁴ CANALS, s. 544. Belirtelim ki, yine Klasisizm’e örnek verilen 1810 Fransız Ceza Kanunu ile 1889 İtalyan Ceza Kanunu arasındaki dönemde Klasik Okul, sözü edilen ikinci kanunda açıkça somutlaşmış olan ve bireysel suçlular hakkında yaptırım uygularken ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler başta olmak üzere koşullu salıvermeyi de kapsayıcı şekilde ceza yargıcının takdir yetkisini genişleten bir dizi yasal düzenleme de gerçekleştirmiştir. Bunları 1810 Fransız Ceza Kanunu’nun (13 Mayıs 1863) 463’üncü maddesinde ve İtalyan Zanardelli Kanunu’nun orijinal metninde (16’ncı ve 59’uncu maddeler) görmek mümkündür (CANALS, s. 547, dn. 35).

⁵⁰⁵ İtalyan Zanardelli Kanunu, Klasik Okul’un başyapıtıdır (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 113).

ceza adaleti sistemlerinin, hukukun dışına çıktıklarında cezalandırılmayı hak eden kimselerin özgür irade sahibi olduklarını kabul etmek babında Klasik Okul'un öğretisine yaklaştığı ifade edilmektedir⁵⁰⁶.

Klasikler, günümüzde de fiilen uygulanan ve yasalarda yer alan pek çok ceza hukuku kurumuna öncülük etmişlerdir. Özellikle bedensel cezalarla aşağılayıcı veya yüz kızartıcı cezaların olumsuzlanması, sürgün ve genel müsaderehin yasalardan çıkarılması, olağan dışı ve acımasız bir ceza olarak yüzyıllarca uygulanan işkencenin yasaklanması ve idam cezasının azaltılması, Klasik düşüncenin etkilediği reformlardır⁵⁰⁷. Bununla birlikte Klasik Okul'un 19'uncu yüzyılın sonlarına kadar suçlulukla ilgili geçerli olan düşüncesi, suçun hukuk kurallarını ihlal eden fiil, suçlunun ise bu kuralları isteyerek ihlal eden kişi olduğu⁵⁰⁸, bu nedenle failin kötülüğüne karşı bilhassa hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmasıyla toplum tarafından "karşı kötülük"le mukabele edilmesi anlayışından kaynaklanmıştır. Ancak 19'uncu yüzyılda suçluluğun artması ve özellikle cezasını çeken suçluların yeniden suç işleme oranının oldukça yüksek olması, dolayısıyla suçun önlenmesinde yetersiz kalınması, Klasiklerin suçu özgür iradenin hedonistik istismarı olarak algılaması, davranışların arkasındaki nedenler konusunda bundan öte bir endişe taşımaması gibi nedenler, Klasik varsayımlardan ve bilhassa özgür irade yaklaşımından uzaklaşılmasına, bunun sonucunda ise Klasik Okul'a karşı Pozitivist Okul'un doğmasına neden olmuştur⁵⁰⁹. Diğer bir deyişle, Klasiklerin salt ceza hukuku odaklı bakış açısıyla suçlunun bizatihi kendisini ihmal etmeleri, suçlunun kişiliğiyle ve çevresiyle ilgilenen yaklaşımların, bu yaklaşımların geliştirilmesi de Pozitivist düşüncenin oluşmasına zemin hazırlamıştır.

⁵⁰⁶ Bkz. WALSH/ELLIS, s. 57; WELLFORD, s. 11.

⁵⁰⁷ Bkz. BECCARIA, s. 85-87, 113-115, 121-122, 135-147.

⁵⁰⁸ ESER, "Zur Entwicklung", s. 223; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 112. Klasisizm'in cezai sorumluluk gündeme gelmeden önce bir derece ahlaki suçluluğa vurgu yaparken, insan ruhunun işleyişini derinlemesine kavramak için suçun manevi unsurunu yeterince incelemeyi; haliyle suçluları "doğal bir denkleme özdeş tamsayılar" olarak gördüğü; fakat bunun yanında suçun maddi unsurunu ise detaylı olarak incelediği ve bu alanda hukuk bilimine katkısının büyük olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. CANALS, s. 543.

⁵⁰⁹ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 36; WALSH/ELLIS, s. 57; CREWS, Angela D., "Biological Theory", 21st Century Criminology, Ed. MILLER, J. Mitchell, SAGE Publications, California, 2009, s. 185.

2.1.2.2. İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu

2.1.2.2.1. Genel Özellikler

İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu'nun temelleri, psikiyatrist ve antropolog *Cesare Lombroso (1835-1909)*'nin suçun nedenlerinin insanın doğuştan gelen (*delinquente nato*) bazı fiziksel niteliklerinde bulunması gerektiğini iddia eden devrimci tezine dayanmaktadır⁵¹⁰. Pozitivist Okul'un ortak payda olarak “doğal suç” kavramını kullanan üç önemli temsilcisinden söz edilmektedir. Kriminal antropoloji üzerine çalışan ve Pozitivist Okul'un kurucusu olarak kabul edilen *Lombroso*, aynı zamanda modern kriminolojinin de kurucusu sıfatını taşımaktadır⁵¹¹. *Lombroso*'nun yanı sıra, onun çağcılları ve dönemin ünlü hukukçuları olarak; bazı fiziksel özelliklerin suçlu bir doğaya işaret ettiği yönündeki görüşleriyle tanınan ünlü ceza yargıç ve kriminolog *Raffaello Garofalo (1852-1934)* ve kontrollerinin dışındaki etkenlerin suça neden olduğu gerekçesiyle ve dolayısıyla toplumsal bir bakış açısıyla, suçluların kişisel veya ahlaki olarak sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri süren ve kendi adıyla bir ceza kanunu tasarısı bulunan ünlü ceza hukukçusu ve politikacı *Enrico Ferri (1856-1929)*, Pozitivist Okul'un diğer önemli teorisyenleridir⁵¹². Görüldüğü üzere Pozitivist Hukuk Okulu, biri tıp diğer ikisi hukuk alanında uzman olan üç önemli çağcıl ismin çalışmaları sonucu ortaya çıkmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, modern ceza hukukuna kazandırdığı birçok öğretinin yanında “tehlikelilik” ve “güvenlik tedbirleri” kavramlarının ceza hukukunda yer edinmesi ve kurumsallaşması Pozitivist Hukuk Okulu'nun eseridir⁵¹³. Bu nedenle Pozitivistlere değinmeyen bir güvenlik tedbirleri incelemesi kanaatimizce eksik kalacaktır. Güvenlik tedbirleri açısından bu ekolün taşıdığı önemin büyüklüğü, onun

⁵¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4.

⁵¹¹ CARRABINE, Eamonn/COX, Pam/LEE, Maggy/PLUMMER, Ken/SOUTH, Nigel, *Criminology: A Sociological Introduction*, Routledge Publishing, 2. Edition, New York, 2009, s. 61. Pozitivist Okul'un (*Scuola Positiva*) kurucusunun İtalyan toplumsal reformunun da öncülerinden olan ve suçun toplumsal faktörlerine vurgu yapan düşüncelerin sahibi olan hukukçu *Enrico Ferri* olduğunu kabul eden bir görüş için bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4; JÄGER, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009, § 1 B III, s. 5. İtalyan Okulu'nun “babasının” *Lombroso* olduğu yönünde bkz. WOLFGANG, Marvin E., “Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1825-1909)”, *JCLC*, 52 (4), Winter 1961, s. 366 (ss. 361-391); BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 217-218; CREWS, s. 189. Doğuştan suçluluk teorisinin kurucusunun *Lombroso* olduğu; ancak *Ferri* ve *Garofalo*'nun antropolojik suçluluk anlayışını hukuki temele yerleştirdiği hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 113.

⁵¹² Bkz. SIEGEL, Larry J., *Criminology*, Wadsworth Cengage Learning, 11. Edition, California, 2012, s. 142; MAIWALD, s. 28; VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer Verlag, 3. Auflage, Heidelberg, 2016, s. 119-120.

⁵¹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku*, s. 114.

ceza hukukunu “bilimsel” bir bakış açısıyla irdelemesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Pozitivist Okul’un tüm teorilerinin ortak özelliği, “ampirizm” ve “determinizm” üzerine kurulu olmalarıdır. İlkın, Pozitivist teoriler ampiriktir; çünkü bilginin yalnızca “deney ve gözlem” metoduyla elde edilebileceğini varsaymaktadır. Deneysel olmayan bilgi, ceza hukukunun ve suç biliminin konusu olamaz. İkincisi, Pozitivist teoriler determiniktir; çünkü suçluyla suçlu olmayan arasında birçok farklılık bulunduğuna inanmaktadır. Bireysel farklılıklar, bireyin kontrolünün dışında ortaya çıkmakta ve böylece suçlu davranışı özgür irade dışındaki etmenler tarafından “belirlenmektedir”⁵¹⁴.

Klasik Okul’un (*Scuola Classica*) kusura, manevi sorumluluğa ve tabiatıyla cezaya dayalı olan “belirlenmezci (indeterminist)” suçluluk anlayışına karşın, Pozitivist Okul (*Scuola Positiva*) “belirlenimci (determinist)” ve önleyici bir bakış açısına sahiptir⁵¹⁵. Gerçekten ister *Lombroso*’nun Suçlu İnsan’ında saptandığı üzere iç etkenlere bağlı isterse *Ferri*’nin ele aldığı üzere dış etkenlere bağlı bulunsun, Pozitivist görüşte suçlu, öyle veya böyle suça itilmektedir. Bu nedenle Pozitivistlere göre, biyolojik ve sosyolojik gerçekleri bir kenara koyarak, bazı kimselerde bulunmayan ve başlangıçta varsayımsal olarak bulunduğu kabul edilen kusurun karşılığında ceza vermek yerine, suçun şartlarına ve suçlunun şahsına özgülünen, tehlikeliliği ve bireyselleştirmeyi esas alan birtakım toplumsal tedbirlere yer vermek daha adildir. Söz konusu sosyal tedbirler ise güvenlik tedbirleridir⁵¹⁶. O halde denilebilir ki, güvenlik tedbirleri, suçlunun sosyal yaşama yeniden uyum sağlaması amacıyla uygulanan eğitim ve tedavi programları olarak kısaca tanımlanan, Pozitivistlerin suçlunun kişiliğinin ön plana alınması yönündeki görüşlerinden hareketle, 19’uncu asırdan itibaren ceza yasalarına yansıyan ve uygulanagelen tedbirlerdir⁵¹⁷.

Pozitivist Okul, suçun ve suçluluğun, bu arada tehlike halinin öncelikle biyolojik teorilerle açıklanmasına öncü olmuştur. Bu biyolojik kuramların kendisiyle sınıflandırıldığı bir paradigma olarak “pozitivizm” veya diğer adıyla “determinizm”,

⁵¹⁴ Bkz. BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 218.

⁵¹⁵ Bu durum öğretide “akılcılık” akımının karşıtının “felsefi pozitivizm” akımı olmasıyla da açıklanmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 113. “Manevi sorumluluk” ve dolayısıyla “hukuki kefare” kavramlarını reddetmenin, Pozitivist Okul’un hatası olduğu yönünde bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 724.

⁵¹⁶ ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 77. Pozitivistler için, özellikle *Ferri*, *Terza Scuola* (Klasikler ve Pozitivistleri uzlaştırmak ve her ikisinden birer parça bulundurma iddiasında olan üçüncü okul) ve *Carnevale*’nin kavrama verdiği anlamdan da anlaşıldığı üzere, gerçekte sosyal savunma, kabul edilmiş bir belirlenimciliği içine alan ve cezanın amacını oluşturan bir olgudan ibarettir. Bkz. ANCEL, “Toplumsal Savunma Nedir?”, s. 331; ANCEL, “Toplumsal Savunma”, s. 80.

⁵¹⁷ CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 366. Esasen bu tedbirlerin ortaya çıkışı, irade serbestisini kabul eden Klasik ceza kanunlarının suçluluğu önlemede yetersiz kalması ve toplumu tehlikeli suçlulara karşı savunma zorunluluğunun ortaya çıkmasından kaynaklanmıştır. Bkz. KANTAR, s. 4.

davranışların ve elbette kanunları ihlal eden davranışların büyük ölçüde bireysel kontrolün ötesine geçen faktörler tarafından belirlendiğini iddia eder. Dolayısıyla Pozitivistler, insanların davranışlarını mantıksal karar verme sürecinde rasyonaliteye ve hedonizme dayalı olarak seçme özgürlüğü bulunduğunu savunan Klasiklerden ayrılmaktadır. İşte suçun bireylere etki eden iç ve/veya dış faktörlerin davranışlara yansımalarıyla hatta tamamen bu davranışları belirlemesiyle ortaya çıktığına ilişkin yaklaşıma determinizm (belirlenimcilik), deneye dayalı bu yaklaşımın taraftarlarına ise “Pozitivist” denmiştir⁵¹⁸. Pozitivist Okul’un temsilcileri suçu doğal bir fenomen olarak görmektedir. Onlara göre, suç, somut bir kişinin fiziksel, antropolojik ve sosyal faktörlerin etkisi altında işlediği ve bu etkilere göre determine edilen (belirlenen) önemli bir fiildir⁵¹⁹.

Pozitivist Okul, Klasik Okul’un suçluluk anlayışının iflas ettiğine dair iddiasını kayıtlı suçluluk oranlarındaki artışla izah etmeye çalışmıştır. Klasik Okul’un on sekizinci yüzyıldaki rasyonalist temellerinin yerini ise Pozitivizm’in on dokuzuncu yüzyılda ortaya koyduğu bilimsel bakış açısı almıştır. Bu bilimsel bakış açısının kökeninin *Charles Darwin (1809-1882)*’e kadar uzandığı görülmektedir. Doğa bilimcilerin çalışmaları ve özelde *Darwin*’in evrim hakkındaki yazıları, aydınlar arasında, insanın doğası hakkında yeni bir düşünce sisteminin üretilmesine vesile olmuştur⁵²⁰. *Darwin*, 1859’da yayımladığı “Türlerin Kökeni (*The Origin of the Species*)” ile “doğal seçim” ve “evrim teorisi”ni ortaya koymuştur⁵²¹.

Ferri’ye göre, Klasikler ve Pozitivistler arasındaki fark, Klasikler için gerçeklerin tümdengelimli mantık yürütmeye dayanması yani Klasik Okul’un, verilen bir öncülden hareketle mantıksal bir sonuca yönelen muhakeme faaliyetine yer

⁵¹⁸ CREWS, s. 184; WALSH/ELLIS, s. 57-58; STOHR/WALSH, s. 8.

⁵¹⁹ MAIWALD, s. 28. Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 113-114. Modern hapisane uygulamasının eleştirisi yapılırken ilk kez suç işleyen kişilerin çevresel faktörlerin etkisiyle yahut kötü şans, kaza gibi dışsal etmenlerin itmesiyle suç işlediği göz ardı edilerek sabıkalı kişiler ürettiği eleştirisi için bkz. SCOTT, Georg Ryley, *The History of Torture Throughout the Ages*, Luxor Press, London, 1959, s. 313.

⁵²⁰ WALSH/ELLIS, s. 57; BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 217; DAVIE, Neil, “Born for Evil?: Biological Theories of Crime in Historical Perspective”, *International Handbook of Criminology*, Ed. SHOHAM, Shlomo Giora/KNEPPER, Paul/KETT, Martin, Taylor & Francis, New York, 2010, s. 24.

⁵²¹ Darwinizm’in organizmalara olduğu kadar toplumsal kurumlara da uygulanabileceğini iddia eden teorilere “Sosyal Darwinizm” adı verilmektedir. Sosyal Darwinizm teorileri içinde en iyi örneğin *Herbert Spencer (1820-1903)* tarafından oluşturulduğu kabul edilmektedir. Hem *Darwin*’in hem de *Spencer*’in etkilendiği ismin ise *Thomas Malthus (1766-1834)* olduğu söylenmektedir. *Malthus*’un 1798 yılında yayımladığı “Demografik Teori”, açlık ve çatışmanın kaçınılmaz olduğu iddiasına dayandırılmıştır. Teorinin gerekçesi, insan nüfusu geometrik olarak yani katlanarak artarken kaynakların yalnızca aritmetik bir artış göstermesine dayandırılmıştır. *Malthus*, toplumun fakir mensuplarının –nispeten zenginlerin değil- daha az çocuğa sahip olmak suretiyle ahlaki sınırlamaya tabi tutulması gerektiğini savunmuştur. Böylece onun, argümanlarını, en savunmasız kişiler için yaşamı zorlaştıran yasaları haklı çıkarmak için kullandığı düşünülmektedir. Bkz. MARSH, Ian, *Theories of Crime*, Routledge Press, 1. Edition, New York, 2006, s. 16.

vermesidir. Oysa kendisinin de mensubu olduğu Pozitivistler için yönetici ve yönlendirici olan, olgusal gerçeklerdir ve olgulardan hareket etmeyen bir muhakeme faaliyeti yürütülemez⁵²². Gerçekten bilimsel faaliyet, mitlerden uzaklaşmayı, deneye ve gözleme dayalı verilerle hareket etmeyi gerektirir. Pozitivist teori ve onun çığır açtığı güvenlik tedbirleri tartışmasının özünde, soyut adalet anlayışından ve çağın gerisinde kalmış ceza düşüncesinden bir ölçüde koparak mevcut olaylar bütününden hareket etme fikri yer almaktadır.

Pozitivist Okul, aleni antisosyal davranışın bir tezahürü olup olmadığına bağlı olarak suçlulukla mücadeleyi, biri baskıcı (*repressive*) ve diğeri önleyici (*preventive*) olmak üzere iki durum açısından özetlemektedir. İlk durumda, toplumun maruz kaldığı zararın büyüklüğü -cezanın belirlenmesinde Klasikler bakımından büyük rol oynamakla birlikte- sanıkların antisosyal potansiyeliyle karşılaştırıldığında daha az bir öneme sahiptir. İkinci durumda, aleni antisosyal davranış gerekliliğinden feragat edilmektedir. Buna göre, belirli bir kimsenin kişiliğinin yüksek bir antisosyal potansiyele sahip olduğu tespit edildiğinde, bu kimse yeniden eğitime veya hatta tecrit yoluyla toplum bakımından nötralize edilebilir. Her iki durumda da suça yönelik nihai eğilimin belirlenmesi ölçütü “tehlikelilik (*dangerousness*, *pericolosità*)” olmaktadır⁵²³. Görüldüğü üzere bu baskıcı-önleyici sistemin tüm idaresi, bireysel tespit ve tretman etrafında dönmektedir. Bu açıdan Pozitivist Okul’un pozisyonunu belirtmek için “bireyin yargısal trajedide önemli rol oynadığı, bu nedenle ceza biliminin başlıca kaygısının bireyin kişiliği olması gerektiği” argümanı kullanılmıştır. Bu nedenle Pozitivistlere göre özel hukukta soyut olarak düşünülen “makul” veya “ortalama” insan kavramının ceza hukukunda geçerli olması mümkün değildir. Çünkü özel hukuk normal insanların faaliyetleri ile ilgilenirken, ceza hukuku anormal insanların eylemleriyle ilgilenir⁵²⁴.

Pozitivist Okul’un kabul ettiği bireyselleştirme üç sacayağından oluşmaktadır. Bunlar, yasama, yargı ve infaz alanlarındaki bireyselleştirmedir. Yasama alanındaki

⁵²² Ferri, şöyle devam etmektedir: “Onlar (Klasikler) için bilim sadece kâğıt, kalem ve mürekkep gerektirir ve gerisi bol miktarda kitap okumayla doldurulmuş bir beyinden ileri gelir. Bizim (Pozitivistler) içinse bilim, olguları tek tek incelemek, onları değerlendirmek, onları ortak bir paydaya indirgemek ve onlardan ana fikir çıkarmak için uzun zaman harcamayı gerektirir. Onlara göre yıllarca gözlem ve analizle elde edilen sayısız olguyu ortadan kaldırmak için kıyas veya anekdot yeterli iken, bizim için bunun tam tersi geçerlidir”. Aktarım için bkz. CURRAN, Daniel J./RENZETTI, Claire M., *Theories of Crime*, Allyn & Bacon, 2. Edition, Boston, 2001, s. 16.

⁵²³ CANALS, s. 545. Ferri, tehlikelilik kavramını sosyal sorumluluk teorisine dâhil etmeye çalışmıştır. Bu çaba, tehlikeliliğin “kriminal tehlikelilik” ve “sosyal tehlikelilik” olarak ikiye ayrılması sonucunu doğurmuştur. Kriminal tehlikeliliğin kabulü için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç varken, sosyal tehlikeliliğin kabulü için yasaya ihtiyaç yoktur. Ayrıca kriminal tehlikelilik dolayısıyla güvenlik tedbirlerine karar verme yetkisi yargıca ait iken, sosyal tehlikelilik dolayısıyla güvenlik tedbirlerine karar verme yetkisi polis idaresine aittir (CANALS, s. 546).

⁵²⁴ CANALS, s. 545.

bireyselleştirme, ceza yasaları oluşturulurken suç kategorizasyonunun işlenen cezai eylemlere (örneğin öldürme, yaralama, yağma, ırza geçme vs.) göre değil, aktüel veya potansiyel suçlulara göre düzenlenmesini ifade eder. Yargı alanındaki bireyselleştirme, adli araştırmanın/inceleminin öncelikli olarak suçlunun tehlikeli olup olmadığını ortaya koymak için yapılması anlamına gelir. İnfaz aşamasındaki bireyselleştirme ise, hüküm verilirken ve verilen hüküm uygulanırken öznelleştirilmiş tretman tedbirlerinin seçilmesidir⁵²⁵.

Pozitivist bireyselleştirmenin bir sonucu olarak cezai müeyyideler, suça değil suçluya uyacak şekilde oluşturulmuştur. Pozitivist etkiyle kabul edilen örneğin cezanın ertelenmesi veya indetermine cezalar, koşullu salıverilme, kimi mahkûm kategorilerinin ayrılması, çocuk mahkemelerinin kurulması gibi bazı müessese ve uygulamalar, Klasik dönemin sabit hapisane ve infaz düşüncesinin yerini almıştır. Yargıya ve bazı durumlarda mahkûmiyet sonrasına münhasır olarak idari makamlara geniş takdir yetkisi tanınmıştır⁵²⁶. Bu düşünce, ceza hukukuna suç yanında suçluyu da incelenmesi gereken bir unsur olarak eklemiş, suçlu için gerekli olması halinde güvenlik tedbiri uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür⁵²⁷.

Pozitivist Okul, yirminci yüzyılın ilk çeyreğini kapsayacak şekilde önemli bir yasama başarısına kavuşmuştur. Sözü edilen düzenlemeler arasında iki önemli ceza hukuku hareketinden bilhassa bahsetmek gerekir. Bunlardan ilki, Stooss'un 1893 tarihli İsviçre CK Öntasarısı, ikincisi ise bazı yazarlarca çağdaş ceza kanunlarının ilk örneği olarak gösterilen ve Getz'in olgucu okulun bir kısım talebini aktarma başarısı sergilediği 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu'dur⁵²⁸. Ayrıca 1921 tarihli Ferri Tasarısı'nın, dört

⁵²⁵ CANALS, s. 546.

⁵²⁶ CANALS, s. 546. İtalyan Pozitivist Okul'un argümanlarının gelişmesinde ve yayılmasında başka akımların dahlinin bulunduğu veya yenilikçilerin en azından bu akımlarla etkileşim içerisinde oldukları bilinmektedir. İlk özgürlükçü ceza hukukuyla cezanın bireyselleştirilmesi bakımından Pozitivist fikir akımı örtüşmektedir. Yine kriminoloji ile infaz biliminin doğuşunda ve çağdaş cezaevlerinin ortaya çıkışında klasik hapis cezasının sorunlarına, özellikle hükümlü salıverildikten sonra toplum hayatına dönüşüne yönelik yanıt arayışları etkili olmuştur. Keza bilimsel gelişmeler ve insan bilimlerinin ortaya çıkışı da suçun nedenleri ve önlemleri konusuna odaklanmıştır. Bkz. ANCEL, "Toplumsal Savunma", s. 75-76. Esasen Klasik ceza hukukunun bireysel ve toplumsal bakımdan yetersiz kalması, önce "suç sosyolojisi" daha sonra "kriminoloji" olarak adlandırılan ve sosyal bilimlerle tıp, psikoloji ve psikiyatri bilimlerinden de faydalanan yeni bir bilim dalının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu durum öğretide "Pozitivizm'in ceza hukukuna belki de en önemli katkısı" olarak değerlendirilmektedir. Bkz. CANALS, s. 546.

⁵²⁷ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 37. Pozitivist Okul'un anlayışında göre, "... ne suçun iradiliğinden, ne suçlunun kusurluluğundan, ne de isnat yeteneğinden söz etmek mümkündür... Ceza gereksizdir; suçlunun cezalandırılmaya değil, düzeltilmeye gereksinimi vardır. Kendiliğinden ortaya çıkan kişiliğinden ötürü suçlu kişiyi düzeltme aracı, ceza değildir, güvenlik tedbiridir" (HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 114)

⁵²⁸ ANCEL, "Toplumsal Savunma", s. 79.

yıllık kısa bir süreliğine yürürlükte kalan 1922 tarihli Sovyet Ceza Kanunu'na esin kaynağı olduğu söylenmektedir⁵²⁹.

On dokuzuncu yüzyılın sonlarında İtalya'da kurulan ve yalnızca ceza hukuku öğretisine değil modern kriminolojinin kurulmasına da önemli katkı sağlayan Pozitivist Hukuk Okulu, genel felsefi pozitivizm akımının Avrupa'da yayılmasına öncü olmuştur. Örneğin Almanya'da *Franz v. Liszt*'in yenilikçi düşünceleri ve bu düşüncelerin etkisiyle ortaya çıkan “Sosyolojik Hukuk Okulu” buna örnektir.

Buna karşılık, belirtelim ki “Pozitivizm’in aşırı solu”, ceza hukukunun herhangi bir yasal prensipten ve düzenli yargısal sistemden nihai olarak ayrılması gerektiğini ileri sürmüştür. *Jimenez de Asua*'ya göre bu durum, kriminolojinin ceza hukukunu “yutması” ve suçluluğa karşı toplumsal mücadelenin yalnızca sosyologlar ve psikologlar tarafından yürütülmesi anlamına gelmektedir⁵³⁰. Ayrıca Pozitivizm’in esas aldığı “kaçınılmazlık teorisi”nin ve toplumsal savunma tedbirlerinin otoriter yönetimler tarafından kullanılması ve istismar edilmesi, Pozitivist hareketin saygınlığına zarar vermiştir. Bu nedenle gerçek Pozitivizm’in modern ceza hukuku sistemlerindeki rolü sona ererken, onun yerini “sosyal savunma” hareketi almıştır⁵³¹.

Pozitivizmin, “suçta şartların esiri olma” ortak noktasında birleşen teorilere sahip olmakla birlikte, başlangıçta biyolojik değişkenleri esas edinen bir suçluluk anlayışını kabul ederken, zamanla yine biyolojik teorilerin kabul ettiği gibi ortak bir nitelik olan “özgür iradenin reddi”ne dayanan ancak bu kez biçim değiştirerek sosyal çevreyi de dikkate alan teorilere yöneldiği görülmektedir. Bu nedenle İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu, *Lombroso*'nun incelemelerine dayanan “Suç Antropolojisi Okulu” ile *Ferri* ve *Garofalo*'nun çalışmalarından ortaya çıkan “Suç Sosyolojisi Okulu” olmak üzere ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Ancak her iki alt düşüncenin ortak paydası, suç işleyen kimsede özgür iradenin yokluğunu, dolayısıyla kişinin şartların esiri olarak suç işlediğini kabul etmesidir.

2.1.2.2.2. Suç Antropolojisi Okulu

Darwin'in evrim teorisini yayımlamasından kısa süre sonra, İtalyan ordu psikiyatru *Lombroso*'nun “Suçlu İnsan (*L'uomo Delinquente*)” eseri yayımlanmıştır. Suçlu İnsan, münhasıran suçluluğun sebeplerini incelemeye yönelik olarak yazılmış ilk

⁵²⁹ CANALS, s. 547.

⁵³⁰ Bkz. CANALS, s. 546.

⁵³¹ CANALS, s. 547. Sosyal savunma doktrini, çalışmamızda, hukuki sonuçlar sistemleri başlığı altında ve tek izlilik sistemi içinde işlenmektedir.

kitap olarak değerlendirilmektedir. Kitabın yazarı *Lombroso* ise modern kriminolojinin kurucusu olarak kabul edilen isimdir⁵³².

Lombroso'nun temel fikri, suçluların, -yaygın olarak zannedilenin aksine- hepsinin değil, fakat çoğunun “suçlu olarak doğduğu” ve bunların evrimsel olarak daha önceki bir yaşam formuna “çektikleri (*throwback*)” görüşüne dayanmaktadır. Biyolojide insan öncesi formlara, diğer deyişle daha önceki veya daha ilkel evrim aşamalarına yani evrimsel atalara benzeyen organizmaların görünümelerini tanımlamak üzere “atavizm” terimi kullanılmaktadır⁵³³. Öğretide *Lombroso*'nun *Ernst Haeckel (1834-1919)*'in ontogeninin (bireyin embriyolojik gelişimi) filogeniyi (türlerin evrimsel gelişimini) tekrarladığını vurgulayan ünlü biyogenetik yasasından etkilendiği söylenmektedir. Buradan hareketle suçluların daha ilkel bir evrimsel aşamada bulunduklarını düşünen *Lombroso*, bu durumun bir dizi ölçülebilir fiziksel stigma (iz, damga, özellik) tarafından ortaya konulabileceğini ileri sürmüştür⁵³⁴. Atavizm kavramının Klasikler ve biyolojik Pozitivistler arasındaki en önemli ayrımı oluşturduğu ifade edilebilir. Gerçekten Klasisistler suçluları ve suçlu olmayanları sadece farklı yolları seçen özünde benzer canlılar olarak görürken, Pozitivistler suçluların suçlu olmayanlardan oldukça farklı canlılar olduğu kanaatindeydi⁵³⁵.

Lombroso, ilk çalışmalarında tüm suçluların doğuştan suçlu olduğu fikrini savunmuş olsa da daha sonra atavistik doğuştan suçlu kategorisinin yanı sıra iki farklı suçlu türü daha tespit etmiştir. Bunlar deli suçlular ve kriminaloidlerdir⁵³⁶. Deli suçlular, bazı stigmalara maruz kalmış olsalar da *Lombroso*, bunların doğuştan suçlu olmadıklarını, ahlaki doğalarını tamamen bozan beyindeki bir değişikliğin sonucu olarak sonradan suçlu olduklarını kabul etmektedir. Deli suçlular sınıflandırması içinde, alkolikler, kleptomanlar, nemfomanlar ve çocuk tacizcileri yer almaktadır. Kriminaloidler ise doğuştan suçlular ile deli suçluların hiçbir fiziksel özelliğini

⁵³² Bkz. WALSH/ELLIS, s. 59-60; BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 217; CREWS, s. 190. Aynı zamanda *Lombroso*'nun bu eseri, “biyolojik suç” tartışmalarının da başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bkz. DAVIE, s. 23.

⁵³³ Bir tür soyaçekim olarak da değerlendirilmesi mümkün olan “atavizm”, bir insanın en ilkel ataları gibi görünmesine ve davranmasına yol açan psiko-fiziksel gerilik durumu olarak tanımlanmaktadır. Bu kavram hakkında bkz. BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 218; WALSH/ELLIS, s. 60; CANALS, s. 545; WELLFORD, s. 11; CREWS, s. 190.

⁵³⁴ Bu atavistik stigmalara örnek olarak *Lombroso*, ülke veya bölge ortalamasına göre daha büyük veya küçük kafatası, çıkıntılı çeneler, sarkık gözler, olağan dışı büyük ya da küçük kulaklar, eğri büğrü, yassı veya gagaya benzeyen burunlar, etli veya şişkin dudaklar, sinsî veya sert bakışlı gözler, alt uzuvlara kıyasla uzun kollar, eğik omuzlar ve kuyruk kalıntısına benzeyen kuyruk sokumu gibi bazı izleri göstermektedir. Bkz. BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 221, 222; WALSH/ELLIS, s. 60.

⁵³⁵ WALSH/ELLIS, s. 60. Söz konusu anlayış, suçluluk çalışmalarına yeni bir anlayış getiren “kriminal antropoloji” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. DAVIE, s. 24

⁵³⁶ Antropolojik Okul'un kurucusu, ölmeden önce ise tüm suçlular arasında doğuştan suçluların oranının üçte bir olduğunu, geri kalan üçte ikilik kısmının ise küçük suçlular ve kriminaloidlerden oluştuğunu savunmuştur (BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 221; CREWS, s. 190).

taşımayan, bunlara kıyasla daha az tehlikeli bir suçlu sınıfı olarak ortaya konulmuştur. Alışkın suçlular; kazara hukuka aykırı hareket eden yasal suçlular ile ihtiras suçluları, öfkeli suçlular ve fevri suçlular ise kriminaloidler sınıfı içerisinde ele alınmıştır⁵³⁷.

2.1.2.2.3. Suç Sosyolojisi Okulu

Suç Sosyolojisi Okulu'nun kurucusu *Enrico Ferri*'dir. *Ferri* de *Lombroso* ve *Garofalo* gibi, suçlularda özgür iradenin bulunmadığını düşünmektedir⁵³⁸. Ayrıca *Ferri*'nin asıl kaygısının, suçlu davranışının hukuki niteliğinden ziyade sosyal savunma olduğu ifade edilmektedir. Sosyal savunma kavramını cezanın gerekçesi yapmak konusundaki uğraşta *Lombroso* ve *Garofalo* ile birlikte *Ferri*'nin önemli çabaları olmuştur. Bu teori, özünde, cezanın amacının caydırıcılık ya da rehabilitasyon değil, fakat toplumun bütün olarak suçun acımasızlığına karşı himaye edilmesi olduğu fikrini ileri sürmüştür. Buna göre biyolojik Pozitivizm'in argümanları şayet doğruysa, suçlulara karşı yaptırım uygulamanın tek akılcı çözümü, toplumun barış ve güvenliğine karşı tehdit oluşturmamalarını temin edecek biçimde mümkün olduğunca uzun süre etkisiz hale getirmekten ibarettir.

Ferri'nin Suç Sosyolojisi Okulu'nu, *Lombroso*'nun Suç Antropolojisi Okulu'ndan ayıran nokta ise, ikincisinin fizyolojik etmenlere odaklanmasına ve bu temelden ayrılmamasına karşın; ilkinin fiziksel, bireysel, sosyal etmenlerin karşılıklı etkileşiminin suça etkilerini araştırmaya girişmesi ve suçluluğu ahlaki duyarlılık eksikliği ile açıklamaya çalışmasıdır⁵³⁹. Gerçekten yabancı literatürde bir kısım yazar tarafından bu yeni yaklaşımın şahsında pekiştirildiği kişi ve yaklaşımın en açık sözlü savunucusu olarak *Enrico Ferri* gösterilmektedir. *Ferri*, genç yaşında Klasiklerin yerleşmiş geleneklerine hukuk bilimi bakımından ilk darbeyi vuran doktora tezinin başlığını “İsnat edilebilirlik ve Hür İradenin Reddi” olarak saptamıştır. 1878 yılında Floransa'da yayımlanan bu dikkate değer çalışma, suçun incelenmesinde ve önlenmesinde pozitivist yöntemin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Pozitivist yöntem, antisosyal yönelim veya davranışların nedenlerine ilişkin birtakım çıkarımlara varmak amacıyla suçluların karakteristiğinin dikkatli bir biçimde gözlemlenmesi anlamına gelmektedir. Bu yeni tümevarımsal yöntem, *Lombroso*'yu, bazı insanlarda, özellikle doğumdan dolayı epileptik koşullar nedeniyle ahlaki delilik dediği şeye maruz

⁵³⁷ WALSH/ELLIS, s. 60.

⁵³⁸ WALSH/ELLIS, s. 63; BROWN/ESBENSEN/GEIS, s. 224.

⁵³⁹ CREWS, s. 190.

kalanlarla, belirli psikosomatik semptomlarla algılanabilen hastalığı bulunanlarla ve atavizmle açıkladığı bazı kişilerde “doğuştan suçlu” özelliklerinin bulunduğu sonucuna götürmüştür. *Ferri, Lombroso*’nun günümüzde tamamen göz ardı edilen antropolojik bakış açısını bütünüyle onaylamamakla birlikte, suçun nedenlerini toplumda ve failde arayan tümevarımsal bakış açısını sürdürmüştür. Pozitivist Okul’a göre suç kalıtsal ve çevresel faktörlerin bir ürünüdür ve kriminal hareketten ziyade kriminal yönelim suça sebep olur. Pozitivizm, irade hürriyetini reddettiği için deterministiktir (belirlenimcidir); nitekim o, suç teşkil eden hareket ve bunun sonuçları yerine fiilî ya da muhtemel suçluluyla ilgilenir. Buna “sübjektivizm (öznellik)” denmektedir⁵⁴⁰.

Ferri, Ortaçağ ceza sistemine başkaldıran Klasik Okul’un, özellikle Almanya’da ve İspanya’da ve bunlara kıyasla daha az oranda Fransa ve İtalya’da önemli savunuculara sahip olmuşsa da özerk bir okul olarak varlığının kısa sürdüğünü belirtmektedir. İtalyan Sosyolojik Okul’un kurucusuna göre bunun ilk gerekçesi, ister sert ister hafif olsun her hapisane sisteminde, anormal bir organik veya psikolojik bünyeye sahip olması nedeniyle düzeltilmesi son derece zor veya imkânsız olan çok sayıda suçlunun bulunmasıdır. İkincisi ise suçun kendine özgü sebeplerinin yalnızca suçluda değil, aynı zamanda ve bundan büyük ölçüde onu çevreleyen fiziksel ve sosyal ortamda bulunmasıdır⁵⁴¹.

2.1.2.2.4. Terza Scuola (Üçüncü Okul) (Eklektik Hukuk Okulu)

Klasik ve Pozitivist ekoller arasındaki çatışma, yeni yüzyılın başlangıcında İtalyan Eklektik Hukuk Okulu’nun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Kriminolojik akımlar arasında incelenen ve *Carnevale*’nin düşüncelerinden türeyen bu okula “Üçüncü Okul (*Terza Scuola*)” adı verilmektedir⁵⁴². Üçüncü Okul, Klasikler ve Pozitivistler arasındaki çatışmayı uzlaştırma çabasına girişmiş ve bunların her ikisinden müesseselerin birlikte uygulanabileceğini kabul etmiştir. Cezanın manevi sorumluluğa ve kefarete dayanan anlayışını reddetmeyen üçüncü okul, tehlikelilik halinin değerlendirilmesine ve güvenlik tedbirlerine de yer vermiştir⁵⁴³.

⁵⁴⁰ CANALS, s. 544-545. Haliyle Pozitivizm’in suçla mücadele vasıtası olan güvenlik tedbirleri de suçla ilgilenen birer ceza olmayıp, suçluluyla ilgilenen birer tedbir niteliğindedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 114.

⁵⁴¹ FERRI, Enrico, *Criminal Sociologie*, Çev. KELLY, Joseph I./LISLE, John, Little Brown And Company, Boston, 1917, s. 3.

⁵⁴² Bu okulun öncüleri arasında *Manzini* ve *Alimena* da sayılmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 114.

⁵⁴³ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 114.

Üçüncü Okul, Klasiklerin ceza sorumluluğunu dayandırdığı manevi sorumluluk prensibini korumakla birlikte, yine Klasik Okul tarafından kullanılan “özgür irade” kavramının yerine “gönüllülük (*voluntariness, volontarietà*)” kavramını ikame etmiştir. Ancak öğretide sözlü bir aldatmaca olarak değerlendirilen bu teşebbüsün doğal olarak pek isabetli bulunmadığı ifade edilmektedir⁵⁴⁴.

2.1.2.3. Alman Sosyolojik (Modern) Hukuk Okulu

Sosyolojik Hukuk Okulu, öğretide en önemli Alman ceza siyasetçisi olarak kabul edilen *Franz von Liszt (1851-1919)* tarafından toplumsal korunma (sosyal savunma) (*Sozialverteidigung*) düşüncesi temel alınarak kurulmuştur⁵⁴⁵. Bilhassa 1882 yılında ceza hukukunun amacını yeniden ele almak üzere oluşturulan “Marburg Programı” ile o zamana kadar cezanın geçmişe yönelik (*vergangenheitsbezogen*) ve kefarete hizmet eden yapısına muhalefet edilmiş, ceza, toplumun hukuki değerlerini korumak amacıyla geleceğe yönelik (*zukunftsbezogen*) bir müeyyide olarak görülmüştür⁵⁴⁶.

Bu okula “sosyolojik” denilmesinin nedeni, suç sosyolojisinin teorik temellerini atmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin v. *Liszt*’in ünlü “Bir Sosyo-Patolojik Olgu Olarak Suç” isimli makalesinde, suç sosyolojisinin kapsamının ilk kez belirlendiği görülmektedir⁵⁴⁷. Ayrıca *Liszt*, iki önemli ceza hukukçusu, Hollandalı *Gérard van Hamel* ve Belçikalı *Adolphe Prins* ile birlikte, giderek bastırıcı yönde evrilen Avrupa ceza hukuku anlayışından duyulan endişe üzerine kurulan, suçun toplumsal bir olgu olarak incelenmesini sağlamak ve cezanın suç önleme aracı olarak benimsendiği bir ceza teorisini ortaya koymak üzere ünlü cezacılar ve kriminologlardan teşekkül eden “Uluslararası Ceza Hukuku Birliği”nin kurucularındandır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Bkz. CANALS, s. 547.

⁵⁴⁵ KAUFMANN, s. 12; ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12; ESER, “Zur Entwicklung”, s. 220. Bu okul, Pozitivistlerin aksine, failin antropolojik bakımdan değil, fakat sosyal açıdan kurtarılması esasına dayanır. Öte yandan bu okul, Klasiklerle de ortak nokta olarak, sosyal çevrenin davranışına atfettiği değerden failin sorumlu olduğu anlayışını kabul eder (HONIG, s. 415).

⁵⁴⁶ ESER, “Zur Entwicklung”, s. 220-221.

⁵⁴⁷ LANDECKER, Werner S., “Criminology in Germany”, JCLC, 31 (5), January 1941, s. 569.

⁵⁴⁸ Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12; JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4; BASSIOUNI, Cherif M., “A Century of Dedication to Criminal Justice and Human Rights: The International Association of Penal Law and The Institute of Higher Studies in Criminal Sciences”, DePaul Law Review, 38 (4), Summer 1989: AIDP Symposium, s. 899-900; LANDECKER, s. 556. Uluslararası Ceza Hukuku Birliği (*Union Internationale de Droit Pénal, UIDP*), 14 Mart 1924’te Paris’te kurulan ve günümüzde de faaliyet gösteren Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin (*Association Internationale de Droit Pénal, AIDP*) tarihsel temelini oluşturan bir kuruluştur. Birlik, 1889’da Viyana’da kurulmuş ve I. Dünya Savaşı sonrasında feshedilmiştir. Bkz. Association Internationale de Droit Pénal, History of the International Association of Penal Law,

Suçu özel bakışla biyolojik ve psikolojik perspektiften hareket ederek bireyin özellikleri ile açıklayan fikirler yanında onu genel bakışla toplumsal perspektiften hareket ederek kamunun özellikleri ile açıklayan fikirler de vardır. *Liszt* ise bu ikisinin birbirini dışlamadığını, aksine desteklediğini düşünmektedir. Modern Okul'un kurucusu, her suçun, bir yandan suçlunun bireysel niteliklerinin bir ürünü, diğer yandan suçluyu çevreleyen sosyal koşulların bir sonucu olduğu kanaatindedir⁵⁴⁹. Sosyolojik Okul, ceza hukukunun sosyal politika açısından bir düzene oturtulması gayesiyle modern ceza hukukunda hâlâ güncelliğini yitirmemiş olan “sosyal politikanın aynı zamanda en iyi ve en etkili ceza politikası” olduğu düşüncesini kabul etmiştir⁵⁵⁰.

Sosyolojik Hukuk Okulu, her şeyden önce “önleme prensibi”ne dayanmaktadır. Her ne kadar ceza hukukunda önleme anlayışı ceza hukuku düşüncesinin gelişmeye başlaması kadar eski ise de, özellikle *Platon*, *Seneca*, *Protogoras* gibi İlkçağ filozoflarında da rastlanan bu düşünceye, Aydınlanma döneminde bağımsız bir “özel önleme teorisi” olarak yer verildiği ve on dokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru söz konusu düşüncenin Sosyolojik Hukuk Okulu ile yeniden canlandırıldığı görülmektedir⁵⁵¹. Ancak burada bahsi geçen önleme, *Beccaria* veya *Feuerbach* gibi teorisyenlerin temel aldığı caydırıcılık vasıtasıyla önleme değil, aksine doğrudan doğruya bireysel suçlunun davranışlarını değiştirerek veya denetleyerek onu daha fazla suç işlemekten alıkoyma suretiyle önlemedir. Bu anlayışa göre, cezalar artık ne yasal karşılık anlayışına (caydırıcılık ilkesine) ne de suçlunun bireysel suçluluk derecesine (misilleme ilkesine) dayanmalı; bunun yerine bireysel suçlunun davranışlarıyla ortaya çıkardığı gelecekteki tehlike üzerine yoğunlaşmalıdır⁵⁵².

Modern Okul öğretilerine göre, suçun hukuki sonuçları, her şeyden önce özel önleme amacına hizmet etmelidir. *Franz v. Liszt*'e göre özel önleme üç şekilde gerçekleştirilebilir: Bunlardan ilki, faili hapsedmek suretiyle toplumun faile karşı emniyette olmasını sağlamak; ikincisi, faili ceza yoluyla başka suçlar işlemekten alıkoymak; üçüncüsü ise suç yinelenmeden önce faili iyileştirme yoluyla yeniden suça yönelmekten muhafaza etmektir. *Liszt*'in görüşlerinin temeli olan 1882 Marburg

<http://www.penal.org/en/node/168>, 4.8.2017. Bu birlik, yeni ceza politikası fikirlerinin yayılmasında önemli katkılarda bulunmuştur (ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12).

⁵⁴⁹ Bu nedenle *Liszt*'e göre, suçun nedenleri yalnızca suçun toplumsal ve bireysel yönlerinin incelenmesi suretiyle bulunabilir; ancak ilki, ikincisine nazaran daha önemlidir (LANDECKER, s. 569).

⁵⁵⁰ Bkz. BLAU, Günter, “Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze”, ZStW, 89 (2), 1977, s. 516.

⁵⁵¹ ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12.

⁵⁵² WETZELL, Richard F., “The Medicalization of Criminal Law Reform in Imperial Germany”, *Institutions of Confinement: Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1950*, Ed. FINSCH, Norbert/JÜTTE, Robert, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 275-276.

Programı'nda ise farklı suçlu türleri için birbirinden farklı muameleler öngörülmüştür. Bu muamelelerden ilki, caydırılabilir veya iyileştirilebilir olmayan itiyadi suçluların (*Gewohnheitsverbrecher*) zararsız hale getirilmesi; ikincisi, sadece arada sırada suç işleyen sırf fırsat suçlularının (*Gelegenheitsverbrecher*) caydırılması; üçüncüsü ise ıslah edilebilir suçluların iyileştirilmesidir⁵⁵³.

Sosyolojik Okul'un çalışmalarında kriminal etkenler ile tehlikeli hal önemli bir rol oynamaktadır. Buna göre tehlikeli hal, bazı kriminal faktörlerin etkisi altında ortaya çıkmakta ve toplum açısından bir riziko sergilemektedir. Bu sebeple, tehlikeli kişiler, suç tekrarlanmadan ortaya çıkarılmalı ve zararsız hale getirilmelidir. Sosyolojik Okul mensupları bu amaçların cezayla yerine getirilemeyeceği ve güvenlik tedbirlerinin ceza sisteminin bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir⁵⁵⁴. Diğer bir deyişle, Modern Okul'un cezanın kusurlu fiile bağlı olduğunu kabul etmesi ve ceza müeyyidesinin her durumda özel önleme amacını gerçekleştirmesinin mümkün olmaması nedeniyle, onun başka hukuki sonuçlarla takviye edilmesi gerekmektedir. Bu düşünce "iki izlilik sistemi"nin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁵⁵. Bu nedenle öğretide güvenlik tedbirlerinin, Klasik Okul'un (*Binding, Birkmeyer*) aksine, sosyal bilimlerin bulgu ve sonuçlarını ceza hukukuna uygulama gayretinde olan Modern Okul'un bir sonucu olduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁶.

Dolayısıyla Modern Okul'un amacı, ceza hukukunun ihlali yani suç üzerine çalışmak değil, fail yani suçlu üzerine odaklanmaktır. Suçun hukuki neticeleri, fiilin niteliğine göre değil, failin kişiliğine göre tespit edilmelidir. Failin kişiliğine göre değerlendirme yapılırken, toplumsal düzenin korunması için onun sosyal açıdan ne kadar fazla veya az tehlike oluşturduğunun ortaya konulması gerekir. *Liszt* bu değerlendirmeyi, üç katmanlı bir sınıflandırma dâhilinde yapmayı tercih etmiştir. Bu sınıflandırmada suçlu tipleri, "akut suçlular", "başlangıç aşamasındaki kronik suçlular" ve "kronik suçlular" olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁵⁵⁷.

Dikkat edilecek olursa, İtalyan Pozitivist Hukuk Okulu'nun kusur yeteneğinin yokluğunu esas alan ve önleyicilik prensibine dayanan ayrımı ile Alman Sosyolojik Hukuk Okulu'nun özel önleme düşüncesinin gelişimi hemen aynı döneme

⁵⁵³ ROXIN, Band I, § 3, s. 74, Rn. 12; ESER, "Zur Entwicklung", s. 221.

⁵⁵⁴ Bkz. CHANKSELIANI, s. 104.

⁵⁵⁵ Bkz. WEIGEND, LK-StGB, "Einleitung", Rn. 74. Yazar (Ibid.), burada bahsettiğimiz hukuki sonuçları "yaptırım" olarak dikkate almaktadır.

⁵⁵⁶ GROPP, Strafrecht AT, s. 646, Rn. 42. Örneğin *Binding*, cezanın en önemli sonucunun, hukuk normlarının ihlal edilmezliği prensibini teyit eder biçimde hukukun muzaffer gücü altında suçluya zorla boyun eğdirilmesi olduğunu vurgulamıştır (ANTOLISEI, Diritto Penale, s. 369-370).

⁵⁵⁷ LANDECKER, s. 556.

rastlamaktadır. Bu nedenle öğretide *Liszt*'in Pozitivistlerin düşüncelerinden bilinçli veya bilinçsiz olarak etkilenmiş olabileceği ifade edilmektedir⁵⁵⁸.

Alman ceza hukukunda halen yürürlükte olan ve doktrinde ezici çoğunlukla savunulan iki izlilik sistemi, yirminci yüzyılın başında Weimar Cumhuriyeti döneminde Modern Okul'un etkisi altındaki mevzuat düzenlemelerine, özellikle, aşağıda görüleceği üzere, 24 Kasım 1933 tarihli İtiyadi Suçlular Kanunu'na dayanmaktadır⁵⁵⁹. Belirtelim ki, günümüzde Modern Okul'un ceza politikası programı, büyük ölçüde, 1947 yılında İtalyan *Filippo Gramatica* tarafından kurulan “Uluslararası Sosyal Savunma Derneği (*Société Internationale de Défense Sociale*)” tarafından devam ettirilmektedir⁵⁶⁰.

2.1.3. Güvenlik Tedbirlerinin Meşruiyet Temeli

2.1.3.1. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçesi

Cezalar gibi güvenlik tedbirleri de hakkında uygulandığı kimsenin hukuki değer ve menfaatlerini zedeleyen ceza hukuku vasıtalarıdır. Toplumda yaşayan özellikle tehlikeli bireylerin temel haklarına müdahale niteliği taşımasından dolayı, bilhassa fail tarafından kötülük olarak algılanan güvenlik tedbirlerinin hukuk devleti prensibi temelinde gerekçelendirilmesi şarttır. Her şeyden önce önemle belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirlerinin gerekçesi, failin kusuru ve cezalandırılabilirliği değildir. Bu tedbirlerin tehlikenin derecesiyle ve kural olarak failin kişisel tedavi ihtiyacıyla ölçülmesi gerekir. Kusurun ödetilmesi ve tehlikenin önlenmesi birbirinden farklı durumlardır; ancak her ikisi de ceza hukukunun meşru görevleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle iki izlilik sistemi prensip olarak sakıncalı bir sistem değildir. Bununla birlikte cezada olduğu gibi güvenlik tedbirinin de hukuki gerekçesinin ve meşruiyet kaynağının ortaya konulması gerekir.

Güvenlik tedbirlerinin gerekçesi konusunda öğretide birkaç görüş ileri sürülmüştür. Üstün kamusal yarar dışında, güvenlik tedbirlerinin hukuki gerekçesi olarak, öğretide, meşru savunma ve zorunluluk haline ilişkin görüşlerin yanı sıra

⁵⁵⁸ VORMBAUM, s. 119. Bu düşüncenin doğruluğu kuvvetle muhtemeldir. Çünkü on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında yaşanan entelektüel, ekonomik ve sosyal karışıklıklardan ceza hukuku için sonuçlar çıkarmaya çalışan kriminal-politik hareketlerin ortaya çıkması, diğer Avrupa ülkelerinde de hemen aynı döneme rastlamaktadır. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4, Fn. 7. Hatta *Liszt*'in ismi, *Grispigni* ile birlikte, Pozitivist Okul'a büyük katkılar sağlayan hukukçular arasında anılmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 113.

⁵⁵⁹ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 2.

⁵⁶⁰ ROXIN, Band I, § 3, s. 75, Rn. 14; JESCHECK/WEIGEND, § 8, s. 74, Rn. 4.

dayanışma, hak kaybı, tıbbi tedavi ve bakım fikirlerinin de ileri sürüldüğü görülmektedir⁵⁶¹. Aşağıda daha fazla taraftar bulan sosyo-etik, hak kaybı, meşru müdafaa, genel önleme ve üstün yarar gerekçelerine değinilmektedir.

2.1.3.1.1. Sosyo-Etik Gerekçe

Denilmektedir ki, sadece tedbirlerin amacından hareket edilmesi tek başına kişilik haklarına bu denli ağır müdahaleleri haklı çıkarmak için yeterli değildir. Bunun için toplumsal-etik bir gerekçeden hareket etmek gerekir. Alman hukukçu *Welzel*'e dayandırılan bu görüş, tedbirlerin amacından yola çıkan bir gerekçenin inandırıcılığının bulunmadığı varsayımından hareket etmektedir. Yazar, güvenlik tedbirlerinin gerekçelendirilmesi için ahlaki-hukuki bir temel oluşturmaya çalışmakta ve bunların yalnız toplumsal yaşamın kuralları tarafından yönlendirilebilen bir kimsenin toplum yaşamına tam olarak katılabileceği düşüncesinde bulunacağına inanmaktadır. Bu nedenle örneğin zihinsel olarak hasta olan bir kimsenin durumunda olduğu gibi ahlaki bir öz kararlılık gerektiren bu içsel özgürlüğe yetemeyen her kim varsa, tam manasıyla bir sosyal özgürlük iddiasında bulunamamalıdır⁵⁶². Ancak sadece kişilikleri nedeniyle dış özgürlük iddiasında bulunamayan insanların var olması gerektiği yönündeki bu gerekçe, modern insan haklarıyla çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁶³. İlkın, herkesin, içsel durumundan bağışık olarak, haysiyetine ve kişiliğine bağılı temel haklarına saygı gösterilmesi gerekir. İkincisi, bu gerekçe kabul edilecek olursa, her türlü müdahalenin süre sınırına tabi olmaksızın meşrulaştırılması tehlikesi söz konusudur⁵⁶⁴.

2.1.3.1.2. Hak Kaybı Gerekçesi

Bu yaklaşıma göre, anayasalar ve yasalar, bireylere kendi başına yani toplumdan tamamen bağımsız olarak hareket etme özgürlüğü tanımaz. Bireye tanınan özgürlük,

⁵⁶¹ Bkz. GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 2; JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 86, Rn. 1.

⁵⁶² WELZEL, Hans, Das Deutsche Strafrecht, De Gruyter Verlag, 11. Auflage, Berlin, 1989, s. 245. Bkz. KÖHLER, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 1997, s. 56; JAKOBS, s. 31, Rn. 54; HANACK, Ernst-Walter, "Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff", Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: Band 3 (§§ 61-79b), Hrsg. JÄHNKE Burkhard/LAUFHÜTTE, Heinrich William/ODERSKY, Walter, Walter de Gruyter Verlag, 11. Auflage, Berlin, 2006, Rn. 30; SCHÖCH, Heinz, "Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff", Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 40.

⁵⁶³ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 12.

⁵⁶⁴ Bkz. PARK, Sang-Min, Die strafrechtliche Behandlung Gefährlicher Straftäter: Ein deutsch-koreanischer Vergleich, Universitätsverlag Göttingen, 2015, s. 13-14.

yalnızca toplum temelli olan, toplumdan kaynaklanan yani “topluma bağlı bir özgürlük (*gemeinschaftsgebundene Freiheit*)” niteliğindedir. Bu nedenle özgürlüğünü topluma aykırı olarak kullanan her kimse, bu kişi toplum tarafından korunmaz ve onun toplum içindeki özgürlüğünü kaybetmesi meşru hale gelir. O halde toplum içinde başkaları açısından ciddi bir tehlike teşkil etmeden hareket etme yeteneğinden yoksun olan kişinin, herkesin güvenliği adına kendi özgürlüğüne ilişkin zorunlu kısıtlamaları kabul etmesi gerekir. Diğer bir deyişle toplum açısından oluşturulan tehlike, bunu oluşturan bireylerin hukuki durumlarına kaçınılmaz bir müdahaleyi gerektirir⁵⁶⁵. Ayrıca bu yaklaşım uyarınca, böylesi bir hareket yeteneğine sahip olan kimse açısından bakıldığında, onun kendisine tanınan hakları önemli ölçüde istismar etmesi halinde bu haklardan yoksun bırakılması da gayet doğaldır. Örneğin işlenen suç dolayısıyla failde gerekli entelektüel, teknik veya kişiliksel ön koşulların bulunmadığının ispatlanması halinde, ilgili olması kaydıyla, failin, bazı kanunlarda güvenlik tedbiri olarak öngörülen belirli bir mesleği icra etme ya da motorlu taşıt kullanma hakkının sınırlandırılması mümkündür⁵⁶⁶.

Alman öğretisinde bu düşüncenin eleştirildiği nokta, bireyin topluma bağlı veya toplumla ilişkili olmasının, onun hakkında kamunun hukuki değerlerini korumak düşüncesiyle herhangi bir önlem alınmasını haklı kılmamasıdır. Çünkü bireyin temel haklarından hangi durumlarda yoksun bırakılacağı da anayasalarda düzenlenmesine rağmen, örneğin Alman AY m. 18’de sınırlı olarak sıralanan hak kaybı durumları arasında doğrudan hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerine odaklanan ve hareket özgürlüğünden mahrumiyete ilişkin olan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle hak kaybının güvenlik tedbirlerine gerekçe olamayacağı savunulmaktadır. Ayrıca kötüye kullanma argümanı, kişinin hakkının neden bireysel sorumluluğunun ötesinde kaybedildiğini açıklamadığı gibi, iyileştirici tedavi düşüncesi de bu türden bir zorlamayı haklı çıkarmamaktadır⁵⁶⁷.

2.1.3.1.3. Meşru Müdafaa Gerekçesi

Bu anlayış, sosyal düzeni bozucu hukuka aykırı eylemler dolayısıyla uygulanan tedbirleri, toplumsal savunmayı gerçekleştirmenin bir aracı olarak görmektedir. Cezalandırma, özerk hareket etme yeteneği olmayan ve bu nedenle motive edilemeyen,

⁵⁶⁵ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 86, Rn. 1; MEIER, s. 273.

⁵⁶⁶ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 86, Rn. 1.

⁵⁶⁷ Bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 97-98, Rn. 66; FRISCH, ZStW (102), s. 366.

suça eğilimli kimselere karşı başarı gösteremez. Ayrıca bu vasıftaki kimseler, sosyal düzene karşı hukuka aykırı saldırıların sürekli bir kaynağı olduğu için toplum bunlara karşı kendisini önleyici olarak savunmalıdır⁵⁶⁸. Meşru savunma gerekçesi, tedbirlerin meşruiyetini anlamak üzere ortaya konulan somut bir öneri olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁹. Öte yandan meşru savunma gerekçesine karşı da haklı eleştiriler yöneltilmektedir. Gerçekten, bir defa tekerrür tehlikesi ile meşru savunmanın zorunlu şartı olan haksız saldırı birbirini karşılamamaktadır. Meşru savunmanın saldırıya ilişkin şartının sağlanması için, bu saldırının mevcut, gerçekleşmesi muhakkak ya da tekrarı muhakkak olması aranır. O halde gelecekteki saldırı muhakkak değil de yalnızca muhtemel ise böyle bir tahmin üzerine meşru müdafaadan yararlanmak da mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir gerekçenin, tedbirlerin yoğun şekilde uygulanması ve bireylerin temel haklarının zedelenmesi riskini barındırdığı ifade edilmektedir⁵⁷⁰. Ayrıca meşru müdafa, hukuka aykırı saldırılara karşı bireylere tanınan bir hukuka uygunluk nedenidir. Oysa güvenlik tedbirleri, bir savunma olarak görülse bile, bireyler tarafından değil devlet tarafından uygulanmaktadır⁵⁷¹. Bu nedenlerle meşru müdafa gerekçesinin güvenlik tedbirlerini açıklamakta yetersiz kaldığı söylenebilir.

2.1.3.1.4. Genel Önleme Gerekçesi

Genel önleme teorisi ve özelde de pozitif genel önleme teorisi, tıpkı cezalarda olduğu gibi tedbirlerde de bir meşrulaştırma gerekçesi olarak ileri sürülmektedir. *Jakobs*'a göre, güvenlik tedbirlerinin özel önlemenin yanı sıra genel önleyici (normu tasdik edici) etkisi bulunmaktadır⁵⁷². Bununla birlikte, karşıt görüş olarak, genel önleme teorilerinin güvenlik tedbirlerinin amaçları ile bağdaşmadığı savunulmaktadır⁵⁷³. Belirtelim ki, pozitif genel önleme, suçlunun cezalandırılması suretiyle, onun tarafından ihlal edilen normun insanların gözündeki geçerliliğinin ve etkinliğinin yeniden tesis edilmesini esas alır. Oysa güvenlik tedbirlerinin çoğunlukla muhatabını oluşturan kişiler kusur yeteneğinden yoksun olan kişilerdir. Bu kişilerin ise bir başkasına güvenlik

⁵⁶⁸ SAX, Walter, "Grundsätze der Strafrechtspflege", Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 3, Hrsg. BETTERMANN, Karl August/NIPPERDEY, Hans Carl/SCHEUNER, Ulrich, 1959, s. 964, PARK, s. 15.

⁵⁶⁹ Bkz. SAX, s. 960 vd.; JAKOBS, s. 31, Rn. 54.

⁵⁷⁰ NOWAKOWSKI, Friedrich, "Zur Rechtsstaatlichkeit vorbeugender Maßnahmen", Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, Hrsg. WELZEL, Hans, Röhrscheid Verlag, 1963, s. 108; PARK, s. 15.

⁵⁷¹ Benzer yönde bkz. JAKOBS, s. 31, Rn. 54; FRISCH, ZStW (102), s. 367; NOWAKOWSKI, s. 108; PARK, s. 15.

⁵⁷² JAKOBS, 31-32, Rn. 55.

⁵⁷³ Bkz. PARK, s. 16.

tedbiri uygulandığını görerek norma olan saygı ve bağlılığının artacağından söz edilemez. Örneğin on üç yaşındaki bir çocuk hakkında güvenlik tedbiri uygulanması, bir şizofrenin ceza hukukuna olan güvenini sağlayamaz. Bu güven, bir hukuki değerlendirmeyi gerektirir ve çoğu tehlikeli fail bu değerlendirmeyi yerine getirme yeteneğinden yoksundur. Dolayısıyla genel önleme gerekçesi, güvenlik tedbirlerinin meşruiyetini açıklamakta etkisiz kalmaktadır.

2.1.3.1.5. Üstün Kamusal Yarar Gerekçesi

Güvenlik tedbirlerinin gerekçesini açıklama gayretinde olan son yaklaşımın esas aldığı ilke, üstün yarar prensibidir. Üstün kamu yararı düşüncesi, tedbirleri meşrulaştırma çabası bakımından doktrinde büyük ölçüde egemen olan ve benimsenen görüştür. Bu yaklaşım uyarınca, şüphelinin temel hakları ile halkın güvenlik ihtiyacı arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Eğer toplumun faile karşı korunma ihtiyacı, failin özgürlüğüne yönelik menfaatleri karşısında ağır basmakta ise güvenlik tedbirinin uygulanmasının meşruluğundan söz edilir⁵⁷⁴. Failin sergilediği tehlike dikkate alındığında, toplumun gelecek suçları önlemeye ilişkin menfaatinin, failin bireysel özgürlüğünü korumaya ilişkin menfaatinden daha önemli olduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁵. Bu gerekçe, meşru savunma görüşü ile birleştirilebilir. Buna göre toplumun üçüncü kişilere karşı kendini savunma hakkı, tek tek saldırıya maruz kalan şahıslar tarafından değil, devlet eliyle gerçekleştirilir. Bu koruma görevi (*Schutzverpflichtung*), örneğin yaşam hakkı gibi temel değerleri muhafaza altına alan hükümlerin bir sonucu olarak, kamu yararının baskın çıkması halinde devlete düşen anayasal bir zorunluluktur⁵⁷⁶.

Belirtelim ki, güvenlik tedbirlerinin meşruiyetinin aynı zamanda bu tedbirlerin hukuki gerekçesi ve anayasaya uygunluk nedeni olduğu ifade edilebilir. Bu nedenle örneğin uygulanan bir güvenlik tedbirinin, bu tedbir ister kurumda gözetim altında bulundurularak isterse kuruma yerleştirilmeksizin uygulanıyor olsun, suçlu bakımından pozitif bir işlem olarak algılandığı hallerde bile, meşruiyetini, özünde, prognostik tehlikeli suçlulara karşı kamunun baskın çıkarlarının (üstün kamu yararının)

⁵⁷⁴ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 4; KÖHLER, s. 57; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 28; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 38.

⁵⁷⁵ LAUBENTHAL, Klaus, “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, ZStW, 116 (3), 2004, s. 707.

⁵⁷⁶ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 39; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 2

korunmasından aldığı söylenebilir⁵⁷⁷. Diğer deyişle güvenlik tedbirlerinin en temel meşruiyet gerekçesi “üstün kamu yararı prensibi”dir⁵⁷⁸. Nitekim devletin temel görevi olan güvenlik görevi veya koruma yükümlülüğü, her yurttaşının ve doğal olarak ülkede yaşayan toplumun tamamının sahip olduğu hukuki değer ve menfaatleri, bilhassa önemli olanları, üçüncü şahısların gelecekteki saldırılarına/ihlallerine karşı muhafaza etmeyi içerir. İşte söz konusu koruma yükümlülüğü, kamunun çıkarı açıkça baskın geldiği müddetçe, failin temel haklarına karşı devlet eliyle –ve elbette ceza hukuku araçlarıyla- yapılan müdahaleleri gerektirir ve vesilesiyle gerekçelendirir⁵⁷⁹. Burada, müdahaleden etkilenen kişinin temel hakları ile devletin koruma yükümlülüğü tartılmalıdır. Güvenlik tedbirlerinin meşruluğu, bu tartım sonucunda, devletin koruma ödevinin bireyin temel haklarına galip gelmesine bağlıdır. Dolayısıyla herhangi bir ceza politikası amacına ulaşmak için güvenlik tedbirleri hukukuna başvurma konusunda devlet makamlarına ruhsat verilemeyeceği isabetli olarak savunulmaktadır⁵⁸⁰.

Bununla birlikte öğretide büyük ölçüde taraftarı bulunan toplumun üstün yararı gerekçesi bile tehlike prognozunun güvenilmezliği ve her zaman doğru sonucu kesin biçimde verememesi nedeniyle eleştiri konusu olmuştur⁵⁸¹. Nitekim tedbirlerin yanlış pozitif gruplarla yani objektif olarak zararsız olmasına rağmen haksız tanı sonucunda tehlikeli olduğu kabul edilen kişilerle meşrulaştırılması riski bulunmaktadır⁵⁸². Ayrıca genel hukuki menfaatlerin tartılmasına yönelik bir ilkenin bulunmadığı da dile getirilmektedir. Bu görüşün, hukuku, menfaatlerin doğrudan bir düzenlemesi olarak gördüğü, ancak bunu yaparken hukukun kategorik şart karakterini gözden kaçırdığı ifade edilmektedir. Bu nedenle bazı yazarlar, adından da anlaşılacağı üzere, üstün yarar ilkesinin faydacı bir ilke olduğu, bu gerekçenin faydacı bakış açısının dışında tedbirleri haklılaştırıcı bir temel oluşturmadığı görüşündedir⁵⁸³.

2.1.3.2. Güvenlik Tedbirleri Hukukunun Krizi

Üstün kamusal yarar ilkesinin önerdiği karşılaştırmının belirginlik açısından eleştirilmesinden de anlaşıldığı üzere, güvenlik tedbirlerinin meşruiyetini açıklamaya

⁵⁷⁷ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 2; RADTKE, Henning, “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? - Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17. 12. 2009”, NSTZ, (10), 2010, s. 543.

⁵⁷⁸ MEIER, s. 272-273.

⁵⁷⁹ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 2; MEIER, s. 273.

⁵⁸⁰ Bkz. MEIER, s. 273.

⁵⁸¹ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 4. Bu gerekçenin örneğin meşru savunma gerekçesine nazaran soyut olduğu konusunda bkz. JAKOBS, s. 30-31, Rn. 54.

⁵⁸² PARK, s. 16.

⁵⁸³ KÖHLER, s. 57; FRISCH, ZStW (102), s. 370; PARK, s. 17.

çalışan her bir gerekçenin tek başına ikna edicilikten uzak olduğu söylenebilir. Öğretide bu durum “tedbir hukukunun krizi (*Krise des Maßregelrechts*)” olarak adlandırılmaktadır⁵⁸⁴.

Bu krizi aşmak için üstün yarar ilkesinin başka temel normatif değerlendirmelerle desteklenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu konuda bir ölçüt olarak “dayanışma (*Solidarität*)” kriterinin kullanılabileceği ileri sürülmektedir. Böylece, cebren, hakkında tedbir uygulanacak tehlikeli suçluya kamu çıkarına bir “özel fedakârlık/özgü mağdurluk (*Sonderopfer*)” dayatılmış olmaktadır⁵⁸⁵. Bireyin burada temel haklarını kamu yararına bir dereceye kadar ertelemesi, bu haklarını bir ölçüde kamunun refahı uğruna feda etmesi gerektiği düşüncesi temel alınmaktadır. Bu şekilde beliren bir fedakârlık (kurban etme) düşüncesinin, adil bir denkleştirme için elverişli bir gerekçe oluşturabileceği ileri sürülmektedir⁵⁸⁶. Bununla birlikte özel fedakârlığın mümkün olduğunca dar kapsamlı tutulması gerektiğinden de söz edilmektedir. Burada sınırı güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesinin çizdiği söylenebilir⁵⁸⁷.

Bununla birlikte ilgilinin özgürlük bakımından yetersiz olduğu gerekçesiyle sosyo-etik açıdan tedbirleri haklı çıkarmaya yönelik düşüncelerin⁵⁸⁸ geçerliliğini kaybettiği savunulmaktadır. Nitekim özgürlüğe ehliyetsizlikle hukuka aykırılığı tanıma ve buna göre hareket etme ehliyeti yani kusur yeteneği birbirinden farklıdır. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin hukuki gerekçesini meşru savunma fikriyle açıklayan görüşler⁵⁸⁹ de günümüzde savunulurluğunu yitirmiştir. Denilmektedir ki, tedbirlerin uygulandığı durumda, failden beklenen eylemler meşru savunmanın “mevcudiyet” koşulunu ortadan kaldırmakla adı geçen kurumu karşılaşılabılır olmaktan çıkarmaktadır. Keza güvenlik tedbirleri hukukunu biçimlendiren orantılılık ilkesi, bu anlamıyla meşru savunma hukuku bakımından kural olarak bir rol oynamaz⁵⁹⁰.

Öte yandan cezaya ek olarak sonradan uygulanan hürriyeti bağlayıcı bazı tedbirlerin, söz gelimi Alman hukukunda uygulanan muhafaza altına alma tedbirinin, hukuken gerekçelendirilmesinin diğer güvenlik tedbirlerine nazaran daha sorunlu olduğu kabul edilmektedir. Çünkü bu tedbirler, (yalnızca tehlikeli değil) kusur yeteneğine tamamen sahip olan faillere karşı, bunların gelecekteki muhtemel ciddi

⁵⁸⁴ POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 16; FRISCH, ZStW (102), s. 345.

⁵⁸⁵ POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 11; ESCHELBACH, Ralf, “§ 61 Maßregeln der Besserung und Sicherung”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. MATT, Holger/RENNIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, Rn. 11; LAUBENTHAL, s. 709; PARK, s. 18.

⁵⁸⁶ PARK, s. 18.

⁵⁸⁷ Bkz. PARK, s. 18; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 11.

⁵⁸⁸ Bkz. WELZEL, s. 245-246.

⁵⁸⁹ Bkz. SAX, s. 960 vd.

⁵⁹⁰ MEIER, 272.

suçlarının önlenmesi amacıyla toplumdan soyutlanmasını gerektiren bir tedbirdir. Ancak son aşamada muhafaza altına alma tedbirinin başlıca nedeni olarak, suçu meslek edinmesi veya alışkanlığı nedeniyle tehlikeli olan suçlulara karşı gereken korumanın daha insancıl bir yöntemle sağlanamayacağı inancının bulunduğu söylenmektedir⁵⁹¹.

Son aşamada güvenlik tedbirleri, hukuki gerekçesini, ıslah edilebilir nitelikteki failleri mümkün mertebe topluma yeniden kazandırarak vatandaşların güvenliğini tesis etme görevini yerine getirmesinde bulunmaktadır. Her iki görev, yani devlete ait güvenlik ve iyileştirme ödevleri, hukuk devleti prensibiyle uyumludur. Kendisini bünyesinde yaşayan tehlikeli üyelerden bir ölçüde uzak tutmak ve bu sayede en temel ihtiyaçlardan olan güvenlik ihtiyacını karşılamak, devleti meydana getiren insan topluluğunun hem zorunluluğu hem de yetkisidir⁵⁹².

Güvenlik tedbirlerinin hukuki gerekçesini ele alırken, tedbirlerin olmadığı bir ceza hukuku sisteminde, önleyici karakterine daha fazla eğilim gösterilmesi gerekliliği karşısında, cezaların, muhtemelen daha uzun süreli özgürlük kaybına yol açacağını da hatırdan çıkarmamak gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹³. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin kefarete veya caydırıcılık amacı taşıyacak biçimde ihdas veya infaz edilmesi durumunda, bunların hukuki niteliği değişeceği gibi, ilgili tedbirin aynı zamanda hukuki meşruiyetini de kaybedeceği söylenebilir.

2.1.3.3. Güvenlik Tedbirlerinin Gerekliliği

Güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku ve sosyal savunma bakımından gerekli olduğu açıktır. Çünkü bireysel kusurluluk durumuna göre kusur yeteneği doğrultusunda tespit edilecek cezanın her durumda toplumun güvenlik ihtiyacını karşılamadığı tarihsel bir gerçektir. Nitekim modern ceza hukuku sistemlerinde kusur yeteneği olmayan failin cezalandırılması mümkün değildir. Oysa bu vasıftaki bir kişinin işlediği suç nedeniyle bir yandan da toplumun korunması ihtiyacı hâsıl olmaktadır. O halde devletin, ceza uygulamadan, bu korunma ihtiyacını tatmin etmesi gerekir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin uygulanmadığı ve yalnız cezalara dayanan bir tek izli sistem, kusur yeteneği olmayan kişiler açısından faydasız; toplumun muhafazası açısından eksiktir.

⁵⁹¹ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 86, Rn. 1.

⁵⁹² STREE, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 2.

⁵⁹³ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 2.

2.1.3.4. Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Hedefi

Şahsi güvenlik tedbirlerinin genel amacı, suç işleyen kişinin rehabiliteye ve tedaviye tabi tutulması yoluyla iyileştirilmesi (ıslahı) ve bu sayede toplumun genel güvenliğinin sağlanmasıdır. Fakat bu genel amaçlardan ayrı olarak, kanun koyucular, suçlunun devam eden tehlikeliliğine karşı koymaya çalışan yöntem ve araçları düzenleme yoluna gitmiştir. Böylece öğretisi ve uygulamada yeterince açık biçimde tanınmayan bir ayrımın varlığından söz edilmektedir. Her bir güvenlik tedbirinin gelecekteki suçların önlenmesi şeklinde beliren genel amacı (*allgemeiner Zweck*) ile bunlardan her birinin iyileştirme ve güvenlik arasındaki ayrımla ilgili olan somut hedefi (*konkretes Ziel*) arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği söylenmektedir. Buna göre, prensip olarak, güvenlik tedbirlerinin, hem suçlu üzerindeki iyileştirme etkisi hem de onun güvenliği sayesinde genel amaçlarına ulaşması mümkündür. Buna karşılık hukuk devletine bağlı insancıl ceza hukukunun özünde somut bir hedef olarak iyileştirme fikrinin öncelik taşıdığı, oysa güvenlik fikrinin, yalnızca iyileştirmenin mümkün olmaması halinde ön plana çıkacağı hatta bu durumda tedbirin tek amacı haline geleceği kabul edilmektedir. Sözü edilen ayrımın her şeyden evvel gerekli olduğu, zira tedbirin çoğu kez kusur yeteneğinden tümüyle yoksun olan failin tehlikeli haline dayandığı ve özel fedakârlık düşüncesiyle uygulandığı ifade edilmektedir. Örneğin Alman CK'da ilk olarak kullanılan “güvenlik ve iyileştirme tedbirleri” kavramı yerine sonradan yapılan değişiklikle “iyileştirme ve güvenlik tedbirleri” kavramının getirilmiş olmasının, bu ülkede kanun koyucunun da bahsi edilen düşünciyi kabul ettiğine dayanak olarak gösterilebileceği savunulmaktadır⁵⁹⁴. Dolayısıyla benzer bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinde öncelikli olarak iyileştirme yoluyla daha fazla sayıda insanın rehabilite edilerek yeniden sosyalleşmesi, sonra toplumun güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Güvenlik tedbirlerinin suçluyu rehabilite etmeye yönelik ilk amacı olan iyileştirme, pozitif özel önleme teorisine; buna karşılık güvenlik amacı ise negatif özel önleme teorisine dayanmaktadır⁵⁹⁵.

Bununla birlikte iyileştirme fikrinin önceliğini yani güvenlik tedbirlerinin iyileştirme hedefinin aslı olduğunu, güvenlik hedefinin ise bunu takip eden talî bir hedef

⁵⁹⁴ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 21-22; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 30-31; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 8-9. Güvenlik fikrinin yalnız cezaya ait olmadığı, özellikle muhafaza altına alma tedbiri bakımından iyileştirme düşüncesinin güvenlik anlayışına dönüştüğü yönünde bkz. MEIER, s. 226.

⁵⁹⁵ ZIPF, Heinz/LAUE, Christian, “§ 67 Allgemeine Grundsätze”, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENNIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014, s. 896, Rn. 10.

olduğunu ileri süren görüşler de bu ikisi arasında keskin bir biçimde ayırım yapılmasının her zaman mümkün olmadığı gerçeğini kabul etmektedir. Zira denilmektedir ki, kuruma yerleştirme şeklinde uygulanan hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri vasıtasıyla amaçlanan her bir iyileştirme veya iyileştirme çabası, failin kurumda gözetim altında bulundurulduğu süre için aynı zamanda mecburi olarak güvenlik anlamına da gelmektedir⁵⁹⁶. Ayrıca tedbirlerle ilgili olarak iyileştirme ve güvenlik arasındaki ilişki bakımından kanun koyucunun yaptığı sınıflandırmaya dikkat etmek gerekir. Nitekim bunlardan hangisine vurgu yapıldığı ilgili tedbiri düzenleyen normdan hareketle yorumlanabilmektedir. Örneğin bir alkol veya uyuşturucu madde bağımlısının tedavi merkezine yerleştirilmesi tedbirinde iyileştirme hedefinin ön planda olduğu söylenmektedir. Buna karşılık örneğin hukukumuzun yabancı olduğu ancak Alman hukukunda uygulanan muhafaza altına alma tedbirinde esas olarak güvenlik hedefinin dikkate alındığı; denetimli serbestlik tedbirinde ise hem iyileştirme hem de güvenliğin birbirinden ayrılmaz biçimde iç içe geçtiği kabul edilmektedir⁵⁹⁷.

Önemle vurgulamak gerekir ki, güvenlik tedbirlerinde ister “güvenlik” ister “önce iyileştirme sonra güvenlik” vurgusu yapılsın, bu tedbirlerde güvenlik hedefinin tek başına tedbiri haklı kılacağına düşünülebileceği, ancak aksinin mümkün olmadığı, yani tek başına iyileştirme amacının tedbiri hukuken gerekçelendirmeye yetmeyeceği söylenebilir. Gerçekten iyileştirme, daima ileride işlenecek suçlara ilişkin tehlikenin önlenmesi amacıyla doğrudan ilişkili ve bu amaca bağlı olmalıdır. Çünkü bir suçlunun “iyileştirilmesi” ile ilgilenmek tıp biliminin ilgi alanı olsa da ceza hukuku biliminin ödevi değildir. Ceza hukuku açısından suçlunun iyileştirilmesi, onun tehlikeli halinin yok edilmesine; suçlunun tehlikeliliğinin giderilmesi, gelecekteki suçların engellenmesine; muhtemel suçların önlenmesi ise toplumun korunmasına hizmet etmektedir⁵⁹⁸. Ayrıca örneğin kuruma yerleştirme tedbirlerinin destekleyici etkisinin varlığı, bu tedbirlerin temel haklara müdahale niteliğinde hürriyeti tahdit ettiği gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle kurumda gözetim altında tutulmayı gerektiren tedbirleri ve genel olarak güvenlik tedbirlerini, muhatabına devlet tarafından tek taraflı olarak bahşedilmiş bir iyilik/ihsan/nimet (*Wohltat*) olarak değerlendirmemek gerekir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 23; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 32; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 10; ZIPF/LAUE, § 67, s. 896-897, Rn. 10.

⁵⁹⁷ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 24; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 33. Bkz. ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 12.

⁵⁹⁸ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 25; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 34; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1.

⁵⁹⁹ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 11.

O halde “iyileştirme” neden güvenlik tedbirlerinin bir amacı olarak ele alınmaktadır? Bu soruyu yanıtlayan yazarlar, münhasıran ve istisnasız biçimde güvenlik amacının vurgulanmasının sakıncalarına değinmektedir. Burada temel gerekçenin, güvenlik tedbirlerinin salt bir gözetim/güvenlik aracı olarak suistimal edilmemesi düşüncesi olduğu görülmektedir. Zira yalnız güvenlikten söz edilirse, toplum açısından tehlikeli olduğundan bahisle, esasen “hasta” olmayan fail hakkında hürriyeti bağlayıcı tedbir uygulanmasında keyfiliğe yönelinmesi mümkün olabilir. O halde denilebilir ki, iyileştirme, güvenlik tedbirinin nihai amacı değildir; aksine tedbirlerin amacı önleme/koruma yani güvenlidir. Ancak güvenlik tedbirlerinin önleme amacına erişilebilmesi için yegâne meşru yol/vasıta ise iyileştirme değildir. Bu nedenle öğretilerde “güvenlik amacının aracı olarak iyileştirme” kalıbı kullanılmaktadır⁶⁰⁰. Dolayısıyla bir kimsenin yalnız iyileştirme amacıyla hürriyetinin kısıtlanması, tedbirlerin tarihsel gelişimine, meşruiyet gerekçesine, genel mantığına ve bunların nihai amacına uymadığı gibi hukuk devleti ve kişi hürriyeti açısından da sorunlu bir uygulamadır.

Kanaatimizce de güvenlik tedbirlerinin asli amacının iyileştirme/rehabilitasyon (pozitif özel önleme) ikincil amacının güvenlik (negatif özel önleme) olduğuna dair düşüncenin Türk hukukunda tümüyle karşılığını bulduğu söylenemez⁶⁰¹. Bir defa TCK’da “yaptırımlar” üst başlığı altında “güvenlik tedbirleri” başlığı ve madde içeriklerinde de aynı kavram kullanılmış, Alman CK’nın aksine “iyileştirme” kavramına başlıkta ve muhtevada yer verilmemiştir. Ayrıca örneğin “ıslah tedbirleri” nevinden bir kullanımdan da söz edilmemektedir. İkincisi, her ne kadar toplumsal-ahlâki gayelerle uygulanmasa (uygulanmaması zorunlu olsa) ve adalet mülâhazasından ayrı yorumlanması gerekse de bu tedbirlerin ortaya çıkış amacı, toplumun korunması yani “sosyal savunma” bakımından cezaların bazı suçlular özelinde yetersiz kalmasıdır. İki yüzyıl önce kanun koyucuları etkilemek üzere ortaya atılan “Tehlikeli fakat kusur

⁶⁰⁰ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 49; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 5.

⁶⁰¹ Belirtelim ki, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin alkol veya uyuşturucu madde kullananlara uygulanacak güvenlik tedbiriyle ilgili bir kararında, bu ülkenin hukuk sistemi açısından da güvenlik tedbirlerinin öncelikli amacının toplumun güvenliğinin sağlanması olduğuna vurgu yapılmaktadır. Buna göre, cezalarda geçerli olan anayasal kusur prensibi güvenlik tedbirleri bakımından geçerli olmamakla birlikte, eğer bir hürriyetten yoksunluğu gerektirmekte ise güvenlik tedbirlerinin, yalnızca toplumun geleceğe yönelik önemli hukuka aykırı eylemlere karşı korunmasını temin etmek amacıyla uygulanması mümkündür. Genel halkın bu şekilde korunması, örneğin alkol veya uyuşturucu bağımlısı olan kimselerin tedavi kurumuna yerleştirilmesi tedbiri de dâhil olmak üzere, tüm iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin ortak amacıdır. Kararda yer verilen düşünceye göre, tehlikeli faili rehabilitasyon merkezine yerleştirmekle kanun koyucunun amaçladığı, kuruma yerleştirilen kişinin eğiliminin iyileştirilmesi veya temelde yatan anormalliğinin giderilmesi için tedavi edilmesi vasıtasıyla halkın güvenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla örneğin bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme tedbiri uygulanıyorsa, madde bağımlılığının tedavisi yoluyla halkın güvenliği amaçlanır. Bkz. BVerfG, “Beschluss vom 16. März 1994 – 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92”, BeckRS, 1994, 120195, Rn. 76 vd.

yeteneğinden yoksun suçlulara karşı halk nasıl muhafaza edilebilir?” sorusunun yanıtı, bizzat güvenlik tedbirlerinin kendisini ortaya koymaktadır. O halde güvenlik tedbirlerinin amacının münhasıran özel önleme olduğu (kefarete ve genel önleme amaçlarının bulunmadığı); fakat özel önleme içerisinde de negatif özel önleme (güvenlik) amacının öncelikli olarak esas alındığı, güvenliğin tesisi için pozitif özel önleme (failin ıslahı, iyileştirilmesi, tedavisi ve rehabilite edilmesi) yöntemlerinin bir vasıta olarak görüldüğü yahut daha doğru bir ifadeyle “güvenlik tedbirinin özünü oluşturduğu” söylenebilir. Öyleyse güvenlik tedbirleri, iyileştirme yöntemini kullanarak toplumun korunmasını amaç edinen tedbirler olmaktadır.

2.1.4. Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunduğu söylenemez. Aynı fikir ayrılığı mukayeseli hukuk bakımından ceza kanunlarına da yansımıştır. Bir kısım görüşler, güvenlik tedbirlerini birer müeyyide sayarken; diğer bir kısım görüşler ise bunların müeyyide niteliğinde olmadığını savunmaktadır. Keza aralarında 5237 sayılı TCK’nın da bulunduğu bazı kanunlarda güvenlik tedbirleri “yaptırımlar” başlığı altında düzenlenmişken, diğer bazı kanunlarda böylesi bir tespiti sınırlayıcı biçimde yer verilmediği gözlenmektedir.

2.1.4.1. Güvenlik Tedbirlerini Yaptırım Sayan Görüşler

Öğretide ceza hukuku yaptırımlarının, genel olarak, her ne kadar bu hukuk dalına adını veren “ceza” olsa da, cezalarla sınırlı olmadığı kabul edilmektedir⁶⁰². Bir kısım yazar da bu anlayışla, güvenlik tedbirlerini ceza müeyyidelerinden ayrı ele almakla birlikte, ceza ve diğer yaptırımlar (*le pene e le altre sanzioni*) içerisinde tedbirlere yer ayırmamaktadır⁶⁰³. Keza Bettiol, cezalar ve hukuki yaptırımlar (*la pena e le sanzioni civili*) ile güvenlik tedbirlerini ayrı başlıklar altında inceleme yoluna gitmektedir⁶⁰⁴. Jakobs’a göre, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri, suçun karşılığında, ceza yerine veya cezayla birlikte uygulanan bir reaksiyondur. Bu düşünceye göre, nasıl ki

⁶⁰² MEIER, s. 8. Bkz. ROXIN, Band I, § 1, s. 1, Rn. 1; DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 7. Öğretide güvenlik tedbirleri, “diğer yaptırımlar (*sonstige Sanktionen*)” içinde de değerlendirilmektedir (BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 35, s. 793, Rn. 1).

⁶⁰³ Bkz. COCCO, Giovanni, Manuale di Diritto Parte Generale – II: Punibilità e Pene, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2009, s. 173 vd., 397 vd.

⁶⁰⁴ BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 9. Edizione, Padova, 1976, s. 673 vd., 817 vd.

ceza, normun uygulamadaki geçerliliğinin zedelenmesine bir tepki ise, güvenlik tedbirleri de fiilin objektif olarak tekrarlanması tehlikesine önceden gösterilen bir tepkiden ibarettir⁶⁰⁵. *Jescheck/Weigend*, güvenlik tedbirlerinin kusur prensibine dayanmayan “ceza dışı yaptırım” niteliğinde olduğu düşüncesindedir. Buna göre ceza hukuku sistematik olarak tutarlı olan iki izli bir yaptırım sistemine sahiptir⁶⁰⁶. *Kaspar*, bunların birer cezai yaptırım olarak karakterize edilmesinin örneğin zaman bakımından uygulama gibi belirli pratik durumlarda önem taşıdığını söylemektedir⁶⁰⁷.

İtalyan ceza hukuku öğretisinde de örneğin *Nappi*, yaptırımları (*sanzioni*) ikili bir ayrımla ele almaktadır. Yazar, bu ayrımlardan ilkinin ceza müeyyidesinin (*la sanzione penale*), diğerini ise ceza dışında kalan müeyyidelerin (*la sanzioni diverse della pena*) oluşturduğunu düşünmekte; ceza dışı müeyyideleri ise medeni müeyyideler (*sanzioni civili*) ve güvenlik tedbirleri (*misure di sicurezza*) olarak ikili alt ayrımla incelemektedir. Görüldüğü üzere bu ayrımda güvenlik tedbirleri bir ceza olarak kabul edilmese bile, bir yaptırım türü olarak kabul edilmektedir⁶⁰⁸.

Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinin yaptırım niteliğinde olduğu genel kabul gören yaklaşımdır⁶⁰⁹. *Nuhoğlu*, güvenlik tedbirlerinin ihlale bir tepki niteliğinde olduğu ve kişinin tehlikeliliğinin göstergesi olan ihlal nedeniyle uygulandığı, bu nedenle müeyyide sayılması gerektiğini düşünmektedir⁶¹⁰. Buna göre, güvenlik tedbirlerinin amacı failin kendisini ve toplumu zarar tehlikesinden korumak olsa da bunlar birer yaptırımdır⁶¹¹. Bu kabulün temel gerekçesi olarak, güvenlik tedbirlerinin bir suç işlenmesinden sonra yargısal usullerle tespit edildikten sonra uygulanması gösterilmektedir⁶¹². Aynı şekilde *Yurtcan*, güvenlik tedbirlerini, dar anlamda cezalar dışında kalan birer ceza yaptırımı olarak tanımlamakta ve tedbir muhakemesi sonucunda

⁶⁰⁵ JAKOBS, s. 30, Rn. 53.

⁶⁰⁶ JESCHECK/WEIGEND, § 70, s. 750, Rn. 9.

⁶⁰⁷ KASPAR, Johannes, “§ 61 StGB - Übersicht”, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014, Rn. 1.

⁶⁰⁸ Bkz. NAPPI, Aniello, Manuale di Diritto Penale: Parte Generale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2010, s. 107 vd., 137 vd.

⁶⁰⁹ Türk hukukunda 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde güvenlik tedbirlerini ileri ceza hukuku açısından “cezaların bir türü” olarak değerlendiren bir görüş, tecziyeye dayalı klasik ceza anlayışının yerini tedavi ve ıslahı amaçlayan tedbirlere bırakmak suretiyle kötülüğe karşı kötülük anlamına gelen ceza mefhumunun değişeceğini belirtmektedir. Bkz. AĞACIKOĞLU, A. Nejat, “Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri”, ABD, (2), Ankara, Mart-Nisan 1975, s. 143.

⁶¹⁰ NUHOĞLU, Emniyet Tedbirleri, s. 20, dn. 58.

⁶¹¹ Bkz. ÖZGENÇ, s. 824-825. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin hukuka aykırı davranışın gerçekleştirilmesi “dolayısıyla” uygulanan bir yaptırım olduğu hakkında bkz. a.g.e., s. 824.

⁶¹² MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 1212. Bkz. HEINRICH, Bernd, “Rechtsfolgen einer Straftat”, Stand: 1 October 2011, <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strat2011/41-rechtsfolgen-straftat.pdf>.

uygulanacak hukuki sonuçları da güvenlik tedbiri yaptırımını olarak nitelemektedir⁶¹³. Türk Anayasa Mahkemesi de güvenlik tedbirlerini birer yaptırım türü olarak kabul etmektedir⁶¹⁴. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu* ise daha aşırı bir görüşle, güvenlik tedbirlerinin bir tür ceza olduğunu ileri sürmektedir⁶¹⁵.

Soyaslan, bu tedbirlerin birer ceza hukuku yaptırımını olduğunu düşünmekte ancak diğer yandan bunların tedbir karakterine de vurgu yapmaktadır. Müellife göre, güvenlik tedbirleri, suçun işlenmesini önlemeye yönelik yaptırımlardır. Bu nedenle söz konusu yaptırımların uygulanabilmesi için suçun işlenmesi mutlak bir koşul değildir. Bunlar, suç işlenmeden önce ilk kez işlenmesini önlemek amacıyla uygulanabileceği gibi suç işlendikten sonra bunun tekrarrünü önlemek amacıyla da uygulanabilir⁶¹⁶.

Güvenlik tedbirlerini yaptırım sayan görüşler, bunların toplumu suçluya karşı korumak, daha yerinde bir ifadeyle suçlunun rehabilitasyonuna katkıda bulunmak üzere oluşturulan yaptırımlardan müteşekkil olduğunu kabul etmektedir⁶¹⁷. Güvenlik tedbirlerini, devletin kusur yeteneğine sahip olanların yanı sıra, bu yetenekten mahrum olduğu için cezalandırılmayan faille ilgili uyguladığı bir “tepki vasıtası (*Reaktionsmittel*)” olarak ele alan yazarların⁶¹⁸ da tedbirleri dolaylı şekilde birer yaptırım türü olarak varsaydığı düşünülebilir.

1937 tarihli İsviçre CK’nın birinci maddesi “Kanunsuz yaptırım olmaz (*Keine Sanktion ohne Gesetz*)” başlığını taşımaktadır. Madde içeriğinde de bir ceza veya güvenlik tedbirinin, yalnızca cezalandırılabilir olduğu kanunda açıkça tespit edilen bir

⁶¹³ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2007, s. 631.

⁶¹⁴ “Ceza hukuku alanında bir çeşit yaptırım olarak nitelendirilen emniyet tedbirleri, gerek Anayasamızda ve gerek Ceza Kanunumuzda tanımlanmamıştır. Her ne kadar, Anayasa’nın Ceza Hukuku alanı ile ilgili bazı temel ilkeleri kapsayan 33. maddesinin (Cezaların kanuniliği ve dolayısıyla şahsiliği ve eşitliği) ilkelerine ilişkin bulunan ikinci fıkrasında (Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur) demek yönüyle, ceza yaptırımlarından başka (Ceza tedbirleri) diye bir çeşit tedbirlerden dahi söz edilmiş ise de, ne Ceza Kanunumuzda ve ne de ceza hukukunda emniyet tedbirleri dışında diğer bir tedbir çeşidine yer verilmemiş bulunduğundan, bu terimle emniyet tedbirlerinin kastedildiği anlaşılmakta ve öğretide de böyle kabul edilmektedir. Emniyet tedbirlerinin Ceza Kanununda da bir tanımı yoktur. O halde, Ceza Hukuku alanındaki genel tanım göz önünde tutulmalıdır. Aslında emniyet tedbirleri, çağdaş ceza hukukunda bir çeşit yaptırım olmak üzere, bağımsız bir müessese halini kazanmıştır denilebilir” (AYM, E. 1970/42, K. 1971/30, 9.3.1971).

⁶¹⁵ “...Koruma ve tedavi tedbiri, o kimsenin suç işlemesinin bir sonucu olduğundan, suç işleyen kimseye uygulanan müeyyidedir. Bu tedbir de bizce bir cezadır ve bu tedbirin uygulanması için açılan dava da ceza davasıdır... Çünkü güvenlik tedbiri de bir cezadır” (KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 18. Baskı, İstanbul, 2010, No. 99.4, s. 1594-1595).

⁶¹⁶ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 1998, s. 634. Aksi yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 434; Hafizoğulları, Ceza Normu, s. 235-236.

⁶¹⁷ Bkz. HEINRICH, Bernd, “Sicherungsmaßnahmen im deutschen Strafrecht”, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Band IV, Hrsg. HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011, s. 134 vd.

⁶¹⁸ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 1; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 1.

suç dolayısıyla uygulanabileceği kabul edilmiştir. Böylece hem cezalar hem de güvenlik tedbirleri, İsviçre hukukunda birer yaptırım türü olarak açıkça kayıt altına alınmış olmaktadır. İsviçre ceza hukuku doktrinde yaptırımın, ceza hukukuna aykırı hareketlerin yasal sonuçlarına bütün olarak verilen bir isim olduğu görülmektedir. Bu anlamıyla ceza hukuku yaptırımları, *Zweispurigkeit* sisteminin iki izini birden karşılamaktadır. “Ceza hukuku” teriminin, bu nedenle, suçun yalnız bir yaptırımını esas aldığı için dar kapsamlı olduğu düşünülmekte ve hukuki sonuçlara ilişkin normların tamamını karşılamak adına kriminal hukuk/suç hukuku (*Kriminalrecht*) teriminin kullanılması önerilmektedir⁶¹⁹.

Türk mevzuatında da gerek Anayasa m. 38’in gerekçesinde gerekse TCK’nın birinci kitap üçüncü kısmında, güvenlik tedbirlerinin yaptırım niteliğinde olduğu açıkça kabul edilmiştir⁶²⁰. Kanımızca güvenlik tedbirleri geçmişteki ihlale tepki değil, gelecekteki ihlale önlemdir; ihlal nedeniyle geçmişe yönelik değil, ihlal vesilesiyle geleceğe yönelik uygulanır. Bu nedenle güvenlik tedbiri, tipik bir müeyyide niteliği taşımamaktadır.

2.1.4.2. Güvenlik Tedbirlerini Yaptırım Saymayan Görüşler

Güvenlik tedbirleri, daha önce de ifade edildiği üzere, bir ceza hukuku konusu olarak bu hukuk dalı içerisinde mütalaa edilmektedir. Bununla birlikte güvenlik tedbiri ile ceza hukuku ilişkisinin, biri olumlu diğeri olumsuz olmak üzere iki temel üzerine bina edilmesi mümkündür. Güvenlik tedbirlerinin düzenlenme biçimleri ve kriminal anlamda suç teşkil eden fiile bağlı kılınarak uygulanması, onun ceza hukukuyla olumlu ilişkisidir. Buna karşılık onun ceza ile ilgili olmaması, bu ilişkinin olumsuz yanını oluşturur. Bu nedenle güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun cezalandırıcı karakter taşımayan hukuksal sonuçlarıdır⁶²¹. Güvenlik tedbirinin söz konusu karakteri, onun, ceza ve cezalandırılabilirlik dışında kendine özgü düzenlemelere tabi tutulmasını gerektirir.

⁶¹⁹ Öneri için bkz. RIKLIN, Franz/NIGGLI, Marcel Alexander, Kurzeinführung ins Strafrecht (AT): Für Studierende des 1. Semesters, Universität Freiburg, 2007/2008, s. 15.

⁶²⁰ Aynı kabul, 2003 TCK Tasarısı’nda da göze çarpmaktadır. Sözü edilen Tasarı’nın “Yaptırım” başlıklı dördüncü kısmının yedinci bölümünde “Güvenlik tedbirleri” düzenlenmiştir. Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, Ankara, 12.5.2003, s. 27.

⁶²¹ SCHMIDHÄUSER, s. 257. Güvenlik tedbirlerinin kefaretniteliğini haiz birer müeyyide olmamaları, bu tedbirlerin –maddi hukuk yönüyle- zaman bakımından doğal ve zorunlu olarak derhal uygulanma ilkesine tabi olmalarını gerektirir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 217, kn. 344.

Henüz 19'uncu yüzyılda, özel önleme anlayışının ortaya çıkışıyla birlikte, güvenlik tedbirleri aracılığıyla suçların önlenmesinin hukuki niteliği tartışılmaya başlanmıştır. Bir düşünce güvenlik tedbirlerinin yargısal (*judikativ*), diğer bir düşünce ise, -tehlike önlemi (*Gefahrenabwehr*) kavramı altında sınıflandırılması nedeniyle-yönetimsel (*exekutiv*) niteliğinin ağır bastığını ileri sürmüştür⁶²². Dolayısıyla öğretilerde güvenlik tedbirlerini yaptırım olarak kabul etmeyen görüşlerin, bu tedbirleri esas itibarıyla yargısal veya idari tedbirler yahut bunların türleri/türevleri içerisinde değerlendirildiği söylenebilir.

2.1.4.2.1. Önleme Tedbiri Görüşü

Bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri, yaptırımlar alanında ortaya konulmakla beraber, esasen toplum için yeniden tehlike teşkil etmemesi ve ileride tekrar suç işlememesi temin edilmek istenen kişiye toplum tarafından uygulanan önlemlerdir⁶²³. Bir başka görüşe göre, ceza hukukunda müeyyideler denildiğinde hapis cezası ile adli para cezasından ibaret bir yaptırımlar sisteminden söz etmek gerekir. Güvenlik tedbirleri ise cezaların ve cezai karakter taşıyan fer'i cezalarla fer'i sonuçların aksine müeyyide karakterine sahip değildir. Güvenlik tedbirleri, faillerden sâdır olacak ilerideki suçların engellenmesine yani özel önleme amacına hizmet eder. Bununla birlikte modern hukuk sistemlerinde güvenlik tedbirleri, genel olarak kendine özgü bir önlemler hukuku içerisinde değil geniş anlamda ceza hukuku sahasında değerlendirilir. Fakat bu ortak nokta, güvenlik tedbirlerinin müeyyide karakteri taşıdığının söylenebilmesi için yeterli değildir⁶²⁴.

Önleme tedbiri düşüncesine göre, güvenlik tedbirleri, suçluyu zararsızlaştırma, onu eğiterek tehlikeliliğini en aza indirme ve böylece toplumsal yaşama uydurma amacı güden önleyici savunma araçlarıdır⁶²⁵.

İtalyan hukukunda Zanardelli Kanunu'nun değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıktığında, güvenlik tedbirlerinin ceza kanununda yer alıp almayacağı tartışması sürerken, bir görüş, cezalandırma ve önlemenin birbirinden farklılığına vurgu yaparak, ceza kanununda müeyyide olarak yalnızca cezalara, buna karşılık kendi özel kanununda

⁶²² TRUPP, s. 460.

⁶²³ ERSOY, s. 20.

⁶²⁴ LÖFFELMANN, Rn. 559-560.

⁶²⁵ ANTOLISEI, "Emniyet Tedbirleri", s. 715.

tedbir vasıtası olarak yalnızca güvenlik tedbirlerine yer verilmesi gerektiğini savunmuştur⁶²⁶.

Avusturya hukukunda 1975 Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde ve suçun hukuki sonuçlarının düzenlendiği üçüncü bölümünde (§§ 18-31a) güvenlik tedbirlerinden bahsederken kanun koyucunun “önleyici tedbir (*vorbeugende Maßnahme*)” terimini kullandığı görülmektedir.

Önleyici tedbir görüşü, esasen aşağıda yer verilen idari tedbir görüşünde olduğu üzere, güvenlik tedbirlerinin kural olarak cezai değil fakat idari karaktere sahip olduğunu kabul etmektedir. Güvenlik tedbirlerinin salt ceza kanunları içerisinde düzenlenmesi, bunların hukuki niteliğini değiştirmez⁶²⁷. Bununla birlikte idare hukukundaki güvenlik tedbirleriyle ceza hukukunun bir vasıtası olan güvenlik tedbirlerini birbirinden ayrı değerlendiren düşünceler de vardır. Buna göre her ikisi de birer önlem olmakla birlikte, bunlardan ilki, suç işlemeyen ancak durum ya da davranışlarıyla tehlikeli halini ortaya koyanlara uygulanırken; ikincisi, iyileştirme ve failin topluma yeniden suç işleme ihtimali olmadan karışmasını amaçlayan ve bir suç işleyen kişilere uygulanan önlemlerdir⁶²⁸.

2.1.4.2.2. İdari Tedbir Görüşü

Bu görüşe göre, güvenlik tedbirleri, özünde idari nitelik taşımaktadır⁶²⁹. İtalyan ceza hukukunda tedbirlerin kanuna girdiği dönemlerde sosyal tehlikelilik fonksiyonuna dayandırılmış olması, onların birer “idari” güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Gerçekten *Antolisei*, İtalyan CK sistemini değerlendirirken, güvenlik tedbirlerinin kişisel teminat düşüncesi ve idari gerekçelerle uygulanması ceza hâkimine bırakılmakla birlikte, hukuki nitelik itibarıyla kanunda idari nitelikte birer tedbir olarak öngörüldüğünü dile getirmektedir⁶³⁰. Sırf bu nedenle, Rocco Kanunu hazırlanırken örneğin *Lucchini* gibi bazı Klasik Okul savunucuları, siyasi ve idari sahaya ait olduğu kanaatinde oldukları bu tedbirlerin –kabulü gerekli olsa bile- hiçbir surette ceza hukuku mevzuatında yer almaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁶³¹.

⁶²⁶ Bkz. RENDE, s. 73.

⁶²⁷ ÖNDER, III, s. 103; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1212.

⁶²⁸ Bkz. ERSOY, s. 157.

⁶²⁹ *Antolisei*'ye göre, güvenlik tedbirleri idari nitelik taşıyan tedbirlerdir. Bununla birlikte tedbirin uygulanması, kişisel teminat ve idari düşüncelerle ceza yargıcına tevdi edilmiştir. Bkz. ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 716. Türk hukukunda güvenlik tedbirlerini “salt idari tedbirler” olarak niteleyen bir görüş için bkz. AYDIN, Türk Suç ve Ceza Hukuku, s. 104.

⁶³⁰ ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 716. Ayrıca bkz. MAIWALD, s. 33.

⁶³¹ RENDE, s. 73.

Türk hukukunda bir görüş, güvenlik tedbirlerinin maddi ve manevi ya da sadece manevi açıdan suç teşkil eden bir fiilin işlenmesini gerektirmekle ve fiilden sonra uygulanmakla birlikte idari tedbir niteliğini haiz olduğunu düşünmektedir⁶³².

Ancak bugün güvenlik tedbirlerinin idare hukukunun değil ceza hukukunun konusunu oluşturduğunda şüphe yoktur. Bunun ilk nedeni güvenlik tedbirlerinin hâlihazırda “işlenmiş olan” bir fiili gerektirmesi; ikinci nedeni ise biçimsel açıdan “ceza muhakemesi”nin usullerine bağlı olmasıdır⁶³³.

2.1.4.2.3. Polis Tedbiri Görüşü

Bu düşünce uyarınca, güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun korumasına emanet edilen “önleyici polislik” görevlerini yerini getirmektedir⁶³⁴. Alman hukukunda bir görüş, ceza hukukunun ikinci izi olan güvenlik tedbirlerinin, özellikle muhafaza altına alma tedbiri açısından, polis hukukunun kusurdan bağışık olan temel yaklaşımını esas aldığını ileri sürmektedir⁶³⁵. Bu özelliğin aynı zamanda güvenlik tedbirlerinin tarihsel özünü oluşturduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla buradan hareketle bir görüş, güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği itibarıyla birer ceza müeyyidesi olmadığını ileri sürmüştür. Bu doğrultuda “ceza hukuku” kavramının bu hukuk dalını temsil etmekte yanıltıcı olduğu savunulmuştur. Bu görüşü savunan *Freund*’a göre, ceza hukukunun hukuki sonuçları içinde incelenen güvenlik tedbirleri, geleceğe yönelik olarak sağlık, yaşam veya malvarlığı gibi hukuksal değerler bakımından tehlike oluşturan fiillere ilişkin olarak alınan birer “tehlike tedbiri”, vesilesiyle gerçek anlamda “polis hukuku tedbiri” niteliği göstermektedir⁶³⁶. Bu bağlamda örneğin muhafaza altına alma tedbirinin iki izlilik sistemi içerisinde ve hukuk devleti prensibi doğrultusunda ceza mahkemesi tarafından uygulanmakla birlikte bir “önleyici polis tedbiri” niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁶³⁷. Aynı görüşte olan bazı yazarlar da salt tehlikeliliğe karşı muhafaza

⁶³² AYDIN, Türk Suç ve Ceza Hukuku, s. 104. Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için suçun maddi ve manevi tüm unsurlarıyla ortaya çıkmasını arayan modern ceza hukuku sistemlerinde, maddi bakımdan suç teşkil etmeyen bir fiile güvenlik tedbiri uygulanabileceği yönündeki görüşü isabetli bulmadığımızı belirtmek isteriz.

⁶³³ MAIWALD, s. 33. Gerçekten, güvenlik tedbirleri birer *ante delictum* görev ifa etmemekte, aksine *post delictum* fonksiyon icra etmekte; dolayısıyla bunlar suç işlenmeden önceki eğitici veya önleyici tedbirlerden ayrılmaktadır.

⁶³⁴ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 37; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, s. 233, Rn. 49.

⁶³⁵ MONTENBRUCK, s. 165, Rn. 545.

⁶³⁶ FREUND, Strafrecht AT, s.13, Rn. 24; FREUND, Georg, “Vorbemerkung zu § 13”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1-37, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, München, 2017, Rn. 99.

⁶³⁷ FROMMEL, Monika, “Ende der Zweispurigkeit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung?”, NK, (1), 2003, s. 7.

amacıyla uygulanmasından hareketle, güvenlik tedbirlerinin, niteliği itibarıyla “önleyici polisi hukuku karakteri” sergilediğini düşünmektedir^{638, 639}.

Köhler’e göre, kusur yeteneği olmayan failer için ve onlar aleyhine uygulanan güvenlik tedbirleri, gerçek anlamda polis tedbirlerinin hukuki esasına dayanmaktadır⁶⁴⁰. Nitekim suçun işlenmesinin önlenmesi de dâhil olmak üzere kamusal güvenliğin sağlanması, polisin ve geniş anlamda kolluğun başlıca görevidir. Güvenliğin daha fazla karşılaşılan bu anlamının yanında, ceza muhakemesi aracılığıyla güvenliğin hayata geçirilmesi daha az uygulanır. Suçu önleme görevi, yalnız polis tedbirlerinin değil, aynı zamanda asli ve fer’i ceza aracılığıyla genel ve özel önleme amacına odaklanan ceza müeyyidesininindir. Fakat daha önemlisi, özel önleme amacına yönelen güvenlik tedbirleri ile polis tedbirleri arasındaki ilişkidir. Çünkü cezadan farklı olarak her iki tedbir de geleceğe yönelmiştir⁶⁴¹.

Gropp’a göre güvenlik tedbirleri ile polis tedbirleri arasındaki fark, ikincisi salt önleme amaçlı iken ilkinin tipe uygun ve hukuka aykırı bir eylemin icrasını şart koşmasıdır⁶⁴². Aslında polis tedbirleri öğretisinin tarihsel arka planında suçun önlenmesinden ziyade sivil özgürlüklere karşı mesafeli bir duruşun ve suç tehlikesine kıyasla bireysel hürriyetlere ilişkin tehdit algısının yer aldığı söylenebilir⁶⁴³.

Bir diğer görüş ise güvenlik tedbirlerinin birbirinden önemli ölçüde farklı olan polis hukuku ve ceza hukuku arasında bir kesişim noktası olduğundan hareket etmektedir⁶⁴⁴. Buna karşılık güvenlik tedbirleri ile polis tedbirlerinin özünde aynı olmadığını kabul eden bir başka görüş ise bu iki tedbirin orantılılık ilkesi bakımından cezalardan ayrıldığını ve birbiriyle yalnız bu nokta özelinde benzerlik gösterdiğini düşünmektedir⁶⁴⁵.

⁶³⁸ Bkz. MITSCH, Wolfgang, “Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?”, JuS, (9), 2011, s. 786; MEIER, s. 301.

⁶³⁹ MEIER (s. 8), güvenlik tedbirlerinin uygulanma ön koşulunun işlenmiş bir suçun varlığı olmasından hareketle, bu tedbirlerin yaptırımlar sistemine dâhil olduğunu kabul etmekle birlikte, yine bu tedbirlerle ulaşılmak istenen hedefin toplumun suçtan korunması olmasından hareketle de tedbirlerin polis hukukuna açık bir benzerlik taşıdığını ifade etmektedir.

⁶⁴⁰ KÖHLER, s. 55.

⁶⁴¹ TRUPP, s. 460.

⁶⁴² GROPP, Strafrecht AT s. 119, Rn. 99.

⁶⁴³ Krşl. HENKEL, Heinrich, “Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche”, ZStW, (57), 1938, s. 733.

⁶⁴⁴ Bkz. GÄRDITZ, Klaus, Strafprozeß und Prävention, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2003, s. 127.

⁶⁴⁵ Bkz. FRISCH, Wolfgang, “Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, NStZ, (5), 2013, s. 251. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN (Türk Ceza Hukuku, s. 484), “...değil güvenlik tedbirleri, ‘polis tedbirleri’ bile, ne kadar tehlikeli olurlarsa olsunlar kişilerin salt tasavvurları ile ilgili değildirler” diyerek, kural olarak kolluk hukukuna özgü polis tedbirlerini ceza hukukuna özgü güvenlik tedbirlerinden zimnen ayırmaktadır. Gerçekten bunların her ikisinin ortak yanı, *iter criminis*’te düşünce aşamasına müdahil olmamalarından ibarettir.

On dokuzuncu yüzyıla gelinceye kadar genel olarak toplumun korunması ve failin iyileştirilmesinin gerekli olduğu yönündeki düşüncenin geliştiği söylenemez. 1890'lı yıllara gelinceye kadar çoğu polis hukuku yasalarında yer alan güvenlikle ilgili az sayıda düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak yüzyılın sonuna gelindiğinde örneğin Almanya'da güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin ceza hukuku reformuna yansıdığı görülmektedir⁶⁴⁶. Bu nedenle denilmektedir ki, yasa koyucu, güvenlik tedbirlerini ceza kanunu bünyesine dâhil etmekle, polis hukukuna özgü amaçları takip eden yasal kurumları normlaştırmış olmaktadır. Nitekim güvenlik tedbirlerinin amacı, kamu güvenliğinin özel çıkarlarını muhafaza etmektir⁶⁴⁷. Bununla birlikte polis hukukunda yalnızca suçun önlenmesi ve haliyle ilk defa işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Oysa güvenlik tedbirleri hukukunda, bundan farklı olarak, ilk kez suç işlemenin önlenmesi değil, ceza kanunlarını hukuka aykırı biçimde ihlal eden kişilerin yeniden suç işleme riski yani tekerrür tehlikesi dikkate alınmaktadır⁶⁴⁸.

Güvenlik tedbirlerinin ceza hukuku kuralları açısından hukuka uygunluk nedeninden yararlanmayan en az bir hukuka aykırı fiili gerektirmesi, bu tedbirlerin polis tedbirlerinden farkının ortaya konulmasını lüzumlu kılar.

Her şeyden önce ceza hukukuna özgü güvenlik tedbirlerinin polis hukukuna özgü önleyici tedbirlere nazaran daha dar kapsamlı bir koruma sağladığı söylenebilir. Çünkü modern ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin herhangi bir normun gereklerine uymayan sapıcı davranışlar karşısında değil münhasıran tipe uygun ve hukuka aykırı olan yani suç oluşturan eylemler dolayısıyla uygulanması gerektiği konusunda hemen hemen mutabakat bulunduğu ifade edilebilir⁶⁴⁹. Oysa idari tedbirlerin veya polis tedbirlerinin uygulanması için –hukuk normunun zedelenmesinin arandığı hallerde de– bir ceza hukuku normunun ihlal edilmesi şartı aranmaz. Diğer bir deyişle suç teşkil etmeyen davranışlar ve objektif anlamda tehlikeli durumlar da polis tedbirlerinin uygulanmasını gerektirir⁶⁵⁰. Yine bir diğer fark olarak, güvenlik tedbirlerinin uygulanması, bir ceza muhakemesi usulü doğrultusunda ceza mahkemesince alınmış bir karara bağlıdır⁶⁵¹. Oysa mahkemelerin bazı kararları da idari nitelikte olabilmesine

⁶⁴⁶ ESER, “Zur Entwicklung”, s. 216.

⁶⁴⁷ Bkz. PARK, s. 12.

⁶⁴⁸ PARK, s. 12.

⁶⁴⁹ DESSECKER, Axel, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit: eine Untersuchung zum Massregelrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, s. 160; GROPP, *Strafrecht AT*, s. 119, Rn. 99; PARK, s. 19.

⁶⁵⁰ Suç teşkil etmeyen davranışlara örnek olarak serserilik; objektif tehlikeli durumlara örnek olarak kalabalık yerleşim yerlerinde dolu ateşli silah bulundurmak gösterilebilir.

⁶⁵¹ DESSECKER, *Gefährlichkeit*, s. 109; PARK, s. 19.

karşın idari tedbirlerin veya polis tedbirlerinin uygulanması için ceza mahkemesi kararı gerekmemekte, ilgili idari makamın kararıyla tedbir uygulanmaktadır.

Tehlikelere karşı kamu düzeninin korunması bir idari görev olarak polis hukukuna ilişkin yasalarda yer almaktadır. Dolayısıyla polis tedbirleri, topluma karşı suç işlenmesini veya topluma zarar verilmesini önleme vazifesi görmektedir. Bununla birlikte söz konusu görev, sosyal düzene yönelik tehlikenin etkin bir şekilde giderilmesine odaklanmakla yetinmektedir⁶⁵²; polis tedbirleri, bunun ötesine geçerek failin işlemiş olduğu bireysel suçla bağlantılı bir görev ifa etmez. O halde önleyici polis tedbirleri, idare hukuku sahasına dâhil olan tedbirler olmasına rağmen; güvenlik tedbirleri, ceza hukuku sahasına ait tedbirlerdir⁶⁵³.

Polis tedbirlerine izin verilmesi, kamuya yönelik tehdidin yakın ve neredeyse muhakkak olmasını gerektirir. Dolayısıyla tehlike acil değilse polis tedbirleri de kural olarak uygulanmaz⁶⁵⁴. Oysa güvenlik tedbirlerinde tehlikenin, failin şahsından kaynaklanması gerekmekle birlikte, kesin ve acil bir tehlike olması şart değildir. Ayrıca polis tedbirlerinin uygulanma gerekçesi olan tehlikeliliğin değerlendirilmesinde, güvenlik tedbirlerinde geçerli olan prognostik yöntemler ve özellikle klinik ve istatistik yöntemlerinin kullanılmasından da söz edilemez. Tehlike değerlendirmesini polis tedbirlerinde idari makam, güvenlik tedbirlerinde ceza mahkemesi yapar. Ancak kolluk makam ve görevlilerinin tehlike değerlendirmesi yaparken failin geçmişini dikkate alması gerekmemesine karşın, güvenlik tedbirlerinde mahkemenin tehlike prognozunu değerlendirmede kullanacağı kıstaslardan biri de failin geçmişi⁶⁵⁵.

2.1.4.2.4. Cebri Tedbir Görüşü

Öğretide bir görüş, güvenlik tedbirlerinin cebri tedbirler olduğunu, fakat buradaki cebrin, cezanın aksine, psikolojik ve toplumsal değil fiziksel ve bireysel olduğunu kabul etmektedir. Buna göre güvenlik tedbirleri kişi veya şeyin zorlanması suretiyle uygulandıkları için cebri tedbirlerdir⁶⁵⁶. Esasen *Liszt/Schmidt*'in güvenlik tedbirlerini bir tür “devlet tedbiri (*staatliche Maßregeln*)” olarak görmesi⁶⁵⁷, güvenlik

⁶⁵² PARK, s. 19; RENDE, s. 88.

⁶⁵³ RENDE, s. 88.

⁶⁵⁴ Bkz. PARK, s. 19.

⁶⁵⁵ MUSHOFF, Tobias, Strafe – Maßregel - Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, Band 2, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2008, s. 207; PARK, s. 19.

⁶⁵⁶ Aynı zamanda bastırıcı değil önleyici tedbirlerdir (HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 45).

⁶⁵⁷ Bkz. LISZT/SCHMIDT, s. 235.

tedbirinin ilk ortaya çıkışında cebri tedbirler olarak belirlediği düşüncesini uyandırmaktadır.

Bu cebri tedbirler içerisinde güvenlik tedbirlerini bir tür “ceza benzeri tedbir” olarak kabul edenler de vardır. Nitekim günümüzde bir görüş, “cezai tedbirler (*penal measures*)” olarak kabul ettiği güvenlik tedbirlerini, bir mahkeme tarafından suç işleyen şahıs üzerinde isteğe bağlı olmaksızın uygulanma kıstası açısından cezalara benzeyen birer zorlayıcı tedbir olarak ele almaktadır. Buna göre, güvenlik tedbirleri, anayasal güvenceleri takiben ceza muhakemesi kurallarına göre uygulanabilen cebri tedbirlerdir⁶⁵⁸.

2.1.4.2.5. Yargısal Tedbir Görüşü

Bu görüş, her ne kadar önleyici amaçla düzenlenmiş olsalar dahi güvenlik tedbirlerinin idari (yönetmel) değil kazai (yargısal) nitelikte olduğunu savunmaktadır. Yargısal tedbir görüşü, failin tehlikelilik göstergesi olarak işlenmiş bir suçun varlığını şart koşmaktadır. Muhakeme açısından ceza mahkemeleri de bir suçu yargıladığı için, güvenlik tedbirleri yargılamasının ceza yargılamasıyla birleştirilmesinin temelini yargısal tedbir görüşünün oluşturduğu söylenebilir⁶⁵⁹.

Türk hukukunda bir görüş, manevi sorumluluk şartlarını taşıyıp taşımadığından bağışık olarak, tehlikeli suçlu hakkında tedavi ve tretman uygulanması gerektiği felsefesine dayanan güvenlik tedbirlerinin sosyal tepkinin iki şekinden biri olarak “önleyici yargısal bir tedbir” niteliği taşıdığını ifade etmektedir⁶⁶⁰. Buna göre, güvenlik tedbirlerinin yargısal mahiyette oluşunun iki gerekçesi vardır: Failin suç işlemiş olması ve suçun yargı usulleriyle tespit edilmesi⁶⁶¹.

Öğretide güvenlik tedbirlerinin bir yönüyle idari diğer bir yönüyle yargısal tedbirler olduğunu düşünen yazarlar da vardır. Örneğin *Hafizoğulları/Özen*’e göre, güvenlik tedbirleri birer yaptırım değildir; ihlale tepki olarak uygulanmamakta, ihlal nedeniyle uygulanmaktadır. Bu nedenle söz konusu tedbirler, maddi bakımdan idari tedbir özelliği gösterir. Bununla birlikte -ve müeyyide olmadıkları halde- tedbire idari

⁶⁵⁸ CHANKSELIANI, s. 103.

⁶⁵⁹ Aynı yönde bkz. TRUPP, Andreas, “Das polizeiliche Aufenthaltsverbot als Legislativskandal -Zum Ursprung und Charakter des Aufenthaltsverbotes als »neuer« Standardmaßnahme in deutschen Landespolizeigesetzen-”, KritV, 85 (4), 2002, s. 460.

⁶⁶⁰ DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 567, kn. 1343. Bu görüşe göre, örneğin 1930 İtalyan CK, “idari güvenlik tedbirleri” başlığını kullanmakla tedbirlerin yargısal nitelik taşımadığını kabul etmiştir (a.g.e., s. 571, kn. 1345). Bununla birlikte yazarlar, müeyyideyi, tedbiri de kapsayan bir üst kavram olarak ele almak suretiyle güvenlik tedbirlerini suçlunun tehlike haline dayanan bir müeyyide türü olarak değerlendirmektedir (Bkz. a.g.e., s. 568, kn. 1345).

⁶⁶¹ DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 571, kn. 1345.

makam değil, mahkeme tarafından hükmolunduğu için bu tedbirler şekli bakımından yargısal tedbirlerdir. Bir suç nedeniyle uygulandıkları için söz konusu tedbirler idare hukukunun değil ceza hukukunun sahasına girmektedir. Ancak nasıl düzenlenirse düzenlensinler, bunlar nitelikleri gereği birer müeyyide değil salt önleyici ve tedavi edici tedbirlerdir⁶⁶².

2.1.4.2.6. Kefaret Esaslı Olmayan Ceza Hukuku Tedbiri Görüşü

Alman CK'da güvenlik tedbirleri, yaptırım başlığı altında değil, suçun hukuki sonuçları başlığı altında düzenlenmiştir. Buradan Alman kanun koyucusunun güvenlik tedbirlerini yaptırım olarak kabul etmediği sonucu çıkarılamasa bile, bunların birer yaptırım niteliğinde olduğunu kabul ettiği sonucuna da ulaşamamaktadır. Ancak sistematik yorum yapılarak, kanunda ceza ve tedbirlerin hukuki sonuçlar altında ancak farklı hüküm ve sonuçlara ulaştıracak şekilde düzenlenmiş olmasından, bu ülkede teori veya uygulama değil fakat en azından mevzuat bazında, cezaların “yaptırım hukuki sonucu”, buna karşılık güvenlik tedbirlerinin “tedbir hukuki sonucu” olduğu kanısına ulaşılabilir. Gerçekten öğretide *Schimdhäuser*, “ceza” hukukunun, cezalar yanında “kefare/misilleme esaslı olmayan”, dolayısıyla cezalandırıcı olmayan hukuki sonuçlara sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bu “misilleme ve cezalandırma içermeyen ceza hukuku sonuçlarının (*nichtvergeltende/nicht-strafende Strafrechtsfolgen*)” kanunlarda ortak bir ad altında biraraya getirilmediği ifade edilmektedir. Bunlar arasında her şeyden önce iyileştirme ve güvenlik tedbirleri yer almakla birlikte, koşullu salıverilmeden sonra uygulanan yükümlülüklerin ve tedbirlerin neticelerinin yer aldığı da görülmektedir. Bu hukuki sonuçları cezalardan ayıran kıstas, ceza tehdidi ile ortaya konulan genel önleyici etkinin değil, aksine, ceza hukuku normunun ihlalini yalnızca özel önleyici etkinin bir vesile ve başlangıç noktası olarak kabul etmesidir⁶⁶³.

Müeyyide, normun ihlali karşısında uygulanan bir baskı ve karşılık vasıtasıdır. İhlale cevap niteliğinde olan bu karşılık, biri fiziksel diğeri ruhsal olmak üzere iki tür yardımcı araçtan faydalanır. Bu araçlardan fiziksel olanı, müeyyidenin cebri gücüdür. Araçların ruhsal olanı ise müeyyidenin korkutucu gücüdür. Müeyyide içeren norm, bir yandan bunu anlama yetisine sahip olan muhatabın davranışlarının sınırını çizirken,

⁶⁶² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 441, 445; HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 246, 273. Aynı yönde bkz. ARTUK, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 200-201; ARTUK, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 473-474; ARTUK, “Genel Esaslar”, s. 286-287; ARTUK/ALAN AKCAN, “Mukayeseli Hukuk”, s. 16-17; KURŞUN, Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 159-160.

⁶⁶³ Bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 257.

diğer yandan bu sınırın aşılması halinde “cebren” uygulanacak bir karşılıktan bahsederek, muhatabı, yerine göre yaşamıyla, hürriyetiyle, vücuduyla veya malvarlığıyla “tehdit” etmektedir. İşte müeyyidenin ihtiva ettiği bu tehdit ve korkutuculuk, güvenlik tedbirlerinin içkin doğasında yer almaz.

Kanaatimizce güvenlik tedbirleri, özünde birer tedbirden başkası değildir. Bunlara yaptırım denilebilmesi için “aynı zamanda” değil, aksine “sadece” kusur yeteneğine sahip olan bir kimse üzerinde ve kusur esaslı olarak uygulanmasından söz etmek gerekir. Oysa “kusur yeteneği bulunmayan kimseye” veya (kanunlarda bu başlık altında düzenlendiği hallerde) “insan dışında kalan nesneye” herhangi bir şeyi “yaptırmak” veya bunlara yaptığını “ödetmek” mümkün olamayacağına göre, bunlar üzerinde uygulanan vasıtalar olarak güvenlik tedbirleri yalnız sosyal savunmaya ve bireysel rehabilitasyona hizmet edebilecektir. Yine bu tedbirler, müeyyidenin aksine “ilaveten” genel önlemeye ve iyileştirmeye değil, “yalnızca” özel önlemeye ve iyileştirmeye münhasır tedbirlerdir. Bunların cezayla ortak yönü, ceza normuna uymayı sağlamaya yönelmelerinden ibarettir. Bu gerekçelerle güvenlik tedbirlerinin, suçun iki hukuki sonucundan biri olduğu, müeyyide olmadığına göre bunların birer tedbir vasfı taşıdığı, dolayısıyla kefarete esaslı ve caydırma amaçlı olmayan, aksine sadece özel önleme ve ıslah amaçlı olan ceza hukuku sonuçları olduğunu düşünmekteyiz.

2.1.5. Güvenlik Tedbirlerinin Muhatabı

2.1.5.1. Tedbirin Sujesi

Suçlu ancak yaşayan bir kimsedir; ölümler ve hayvanlar suç işleyemez⁶⁶⁴. Aynı biçimde tehlikelilik, konuya değil fakat insana ilişkin olduğunda yaşamsal bir nitelik taşıdığına göre, güvenlik tedbirlerinin muhatabı kural olarak yalnızca hayatta olan insanlar olabilir. Ölmüş kişiler ve cansız varlıklar tedbirin muhatabı olamazlar. Ancak kanun yapıcılarının bu tarihsel kurala yasalarla birtakım istisnalar tespit ettiği görülmektedir. Güvenlik tedbirleri, bazı hallerde ve bazı suç tipleri bakımından, örneğin TCK’da kabul edildiği üzere, insanlar dışında kalan kişiler (tüzel kişiler) hakkında da uygulanmaktadır. Tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde veya tüzel kişi menfaatine bir suç işlendiğinde aslında tüzel kişi bir aracı olmakta, suçu işleyen yine bir gerçek kişi olduğu görülmektedir. Fakat tehlikelilik vasfı, bu kez gerçek kişiden tüzel kişiye

⁶⁶⁴ TOSUN, Öztekın, Suç Hukuku El Kitabı, Üniversiteler Yayınları, İstanbul, 1979, s. 271.

aktarılmakta ve tedbirin muhatabı doğrudan tüzel kişinin kendisi olmaktadır. Tedbirlerin yalnızca kişi (gerçek veya tüzel kişi) üzerinde uygulanmadığı, örneğin İtalyan ve Türk CK’larda olduğu gibi, bir eşya veya kazancın müsaderesinde olduğu üzere şeylerin (nesnelerin) de güvenlik tedbirlerine tabi tutulabildiği görülmektedir. Ancak bu durum nesnelerin güvenlik tedbirlerinin muhatabı değil, onun konusu olmasıyla açıklanabilir⁶⁶⁵. Görüldüğü üzere, güvenlik tedbirlerinin muhatabı daima bir “kişi” olmak zorundadır; ancak bunların konusu, kanunda açık hüküm sevk edilmişse, şeyler de olabilir.

İlkel cezalandırma anlayışının uygulandığı, tarihin ilk dönemlerinde ölümlerin, hayvanların ve hatta cansız varlıkların (eşyaların), gerçekleşen olaylardan sorumlu tutulduğu, yargılandığı ve cezalandırıldığı bilinmektedir. Eski Mısır’da suçlu bulunan ölünün mezarsız bırakılması veya M.Ö. dördüncü yüzyılda, babasının üzerine devrilerek ölümüne neden olan heykeli dava eden bir kişinin haklı bulunarak heykelin denize atılmasına mahkemece karar verilmesi⁶⁶⁶ gibi modern hukuka yabancı uygulamalar, bazı dönemlerde ceza sorumluluğunun yaşayan insanlarla sınırlı olmadığına tarihsel örnekleridir.

Güvenlik tedbirlerinin muhatabının gerçek kişi olduğu hallerde, bu muhatabın “insan” olması yeterli olup, “hangi insan” olduğu önemli değildir. Bu bağlamda, öğretide belirtildiği gibi, her şeyden önce güvenlik tedbirleri vatandaşlara uygulanacağı gibi yabancılara da uygulanabilir⁶⁶⁷. Yine tedbirlerin uygulanmasında, cezadan farklı olarak, yetişkinler ve çocuklar arasında da kural olarak bir ayrım yapılamaz. Fakat her iki durumda vatandaşlarla yabancılara veya yetişkinlerle çocuklara uygulanacak tedbirler, tür ve uygulama koşulları bakımından birbirinden farklı olabilir⁶⁶⁸.

Güvenlik tedbirlerinin muhatabı yani suçun tedbir olarak adlandırılan hukuki neticelerinin pasif süjesi olabilecek kimseler, kanunda suç olarak öngörülen tipik fiili bizihi gerçekleştiren kişilerdir. Dolayısıyla kendisine karşı güvenlik tedbirlerinin

⁶⁶⁵ Müsaderede eşya ve kazancın, tedbirin konusu olduğu; eşya veya kazancın sahibinin ise güvenlik tedbirinin muhatabı olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 474. Müsaderenin konusu şeydir (AYDIN, “Müsadere”, s. 145).

⁶⁶⁶ ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 268-269.

⁶⁶⁷ TRÖNDLE/FISCHER, StGB, Vor § 61, s. 515, Rn. 6; STREE, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 7.

⁶⁶⁸ Örneğin Alman hukukunda çocuk suçlulara karşı yalnızca bir psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme tedbirleri ile denetimli serbestlik ve sürücü belgesinin iptali tedbirlerinin uygulanması mümkündür (STREE, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 7. Bkz. JGG § 7; StGB § 61/1-2, 4-5). Türk hukukunda ise yabancılara özgü sınır dışı edilme tedbirinin Türk vatandaşları hakkında uygulanma olanağı yoktur (TCK m. 59). Hukukumuzda ayrıca çocuklar tarafından işlenen suçlar dolayısıyla bunlar hakkında tekerrür hükümlerinin, dolayısıyla mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması söz konusu değildir (TCK m. 58/5-6).

uygulandığı kimsenin “suçlu” olması ön koşuldur. Buradan hareketle denilebilir ki, yasada suç olarak tanımlanmayan bir fiili, bu fiil ister hukuka uygun veya isterse aykırı olsun, işleyen kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunması olanaklı değildir. Aynı doğrultuda suç işleme potansiyelinin bulunduğu bahisle de güvenlik tedbiri kararına hükmolunamaz. Güvenlik tedbirlerinin amacı hiç suç işlemeyen potansiyel suçluların suç işlemesini engellemek değil, zaten suçu işlemiş (tamamlamış veya teşebbüs aşamasında kalmış) olanların yeniden suç işlemesini yahut suça kalkışmasını engellemektir.

Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin muhatabının yalnızca suç işlemesi yeterli değildir. Aynı zamanda bu kişinin kendisine ceza verilemeyecek veya ceza verilse bile yeterli olamayacak ölçüde “tehlikeli” olması gerekir⁶⁶⁹. TCK’da güvenlik tedbirlerinin muhatabı olacak kimseler, bu tedbirlere ilişkin maddelerde belirtilmiştir⁶⁷⁰. Buna göre çocuklar (m. 31, 56), akıl hastaları (m. 32, 57), sağır ve dilsizler (m. 33, 56), mükerrirler ve özel tehlikeli suçlular (m. 58), yabancılar (m. 59), tüzel kişiler (m. 60) ve kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına hüküm giymiş olan isnat yeteneğine sahip kişiler (m. 53) Türk hukukunda, hukuki nitelik tartışması bir yana bırakılacak olursa, güvenlik tedbirlerinin muhatabı olarak kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, nasıl kusur yeteneğine ve dolayısıyla ceza sorumluluğuna sahip olmak ceza müeyyidesinin esası ise “tehlikeli suçluluk” ve dolayısıyla tehlike sorumluluğuna sahip olmak da güvenlik tedbirleri uygulamasının ön şartıdır. Gerçek kişilerin güvenlik tedbirlerinin muhatabı olabilmesi için kusur yeteneğinden tümüyle veya kısmen yoksun olması gerekmez. Kusur yeteneği kısmen veya tamamen bulunan kimseler de cezayla tehlikeli halleri giderilemediği ölçüde güvenlik tedbirlerinin muhatabıdır.

2.1.5.2. Tedbir Sorumluluğu

Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin muhatabını tespit etmek bakımından kusur (isnat) yeteneği özel önem arz etmektedir⁶⁷¹. Nitekim yalnızca isnat yeteneğine sahip

⁶⁶⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, ABD, 65 (1), Ankara, 2007, s. 92.

⁶⁷⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 474.

⁶⁷¹ Belirtmek gerekir ki, özel hukukta yer edinen “temyiz kudreti (ayırt etme gücü) (*Urteilsfähigkeit*)” kavramı, ceza hukukunda kullanılmamaktadır. Ayırt etme gücü, kimi kanunlarda yaş küçüklüğü, zihinsel hastalık, psikolojik rahatsızlık, akıl zayıflığı, sarhoşluk, sersemlik ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle rasyonel biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmama biçiminde tanımlanmaktadır (Schweizerisches Zivilgesetzbuch Art. 16; Türk MK m. 13). Ceza hukukunda bunun yerine isnat yeteneğinden veya kusur yeteneğinden söz edilmektedir.

olan kişiler cezanın muhatabı olmasına karşın, bu yetenekten yoksun olan kişiler koşulları varsa ancak güvenlik tedbirinin muhatabı olabilmektedir. Öyle ki güvenlik tedbirlerinin tarihsel gerekçesi, isnat yeteneği olmayan kişilerin cezalandırılmaması veya cezanın bu kişilerde amaca uygun etki etmemesi nedeniyle bunlara özgü hukuki çarelerin bulunması ihtiyacıdır. Dolayısıyla kusur yeteneği, tedbirin değil cezanın bir gereksinimidir. Bu yeteneğe sahip olanlar tespit edildiğinde, davranışlarını yönlendiremeyen kimseler için öngörülen tedbirlerin uygulanmayacağı kişiler ortaya çıkarılmış olur.

Türk hukukunda ceza sorumluluğu için gerekli olan yeteneğin farklı isimlerle anıldığı görülmektedir. Öğretide bir görüşün “isnat yeteneği”⁶⁷² olarak adlandırdığı bu ehliyet, “kusur”⁶⁷³, “kusur yeteneği”⁶⁷⁴, “kusur yeterliği”⁶⁷⁵, “ceza yeteneği”⁶⁷⁶, “ceza ehliyeti”⁶⁷⁷, gibi değişik kavramlar altında açıklanmaya çalışılmıştır. Kusur yeteneği ile isnat yeteneğini eş anlamlı olarak birbirinin yerine kullanan yazarlar da vardır⁶⁷⁸. Türk ceza kanunu koyucusu ise ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler içerisinde değinmemekle birlikte, dolaylı failliği düzenlerken “kusur yeteneği” kavramını kullanmayı tercih etmiştir (TCK m. 37/2-c.2).

⁶⁷² DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 145, kn. 845 vd.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 383; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 92; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, Isnat Yeteneği, Isnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler”, Polis Dergisi, (45), 2005, s. 6 vd.; TOROSLU, Isnat Yeteneği, s. 5 vd. Türk öğretisinde isnat yeteneğini belirtmek için “isnat edilebilirlik” (TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 330) ve “isnat kabiliyeti” (TANER, Ceza Hukuku, s. 315; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 389; ŞEN, Ersan, Türk Ceza Hukuku: Suçun Genel Esasları ve Unsurları, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s. 252) kavramları da kullanılmaktadır.

⁶⁷³ ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2001, s. 230; ÖZGENÇ, s. 386; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 309.

⁶⁷⁴ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1989, s. 257; İÇEL, Kayıhan/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, TÜRDAV Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1999, s. 210; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 375; İÇEL/EVİK, II, s. 173; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 393; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 494; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi I, s. 349; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 477; AKBULUT, s. 484; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 727. Türk öğretisinde kusur yeteneğini belirtmek için “kusur ehliyeti” (ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 220; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 343) kavramı da kullanılmaktadır.

⁶⁷⁵ ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 271.

⁶⁷⁶ ERSOY, s. 139.

⁶⁷⁷ EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, AÜHF Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 1968, s. 515; TOSUN, Suç Hukuku, s. 273.

⁶⁷⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 281; DEMİRBAŞ, s. 345; HAKERİ, s. 379; ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 390; HAKERİ, Hakan/ÖZKAN, Halid, Sorularla Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 77; ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan “Güvenlik Tedbirleri ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri”, AD, 22, Ankara, Mayıs 2005, s. 1. “Kusur yeteneği” kavramını tercih eden ve kusurlu neticeden dolayı faili sorumlu tutmanın ön şartı olarak isnat yeteneğinin kusur yeteneği ile aynı anlama gelmediğini savunan bir görüş için bkz. ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. 1, Genel Hükümler (Madde 1-75), Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2006, s. 403; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 339.

Alman öğretisinde ve yargı kararlarında da önceleri isnat yeteneği kavramı kullanılırken⁶⁷⁹, daha sonra bu kavramdan vazgeçilmiş ve kusur yeteneğine atıf yapılmıştır. Nitekim 1969 yılında köklü değişiklikler getiren 2. Ceza Hukuku Reformu ile birlikte Kanun'un yeniden tanzim edilen hükümleri 1975 yılında yürürlüğe girmiştir. İşte bu zamana kadar kanunda yerleşik olan “isnat yeteneği (*Zurechnungsfähigkeit*)” kavramı söz konusu reformla birlikte “kusur yeteneği (*Schuldfähigkeit*)” lehine terk edilmiştir^{680, 681}. Alman CK'da kusur yeteneği kavramı, olumsuz anlamıyla “kusur ehliyetsizliği/kusur yeteneğinin yokluğu (*Schuldunfähigkeit*)” ve “azalmış kusur yeteneği (*verminderte Schuldfähigkeit*)” kavramları içerisinde kabul edilmiştir (StGB 19-21, 63, 69 vs.). Dolayısıyla günümüz Alman hukukunda genellikle “kusur yeteneği” kavramı tercih edilmektedir. Fakat bu iki kavramı eş anlamlı kabul eden yazarlar da vardır⁶⁸².

İtalyan CK'da “isnat yeteneği (*imputabilità*)” kavramının tercih edildiği görülmektedir (Art. 85 vd.). İtalyan kanun koyucusu, bu kavramın ne anlama geldiğini açıklama yoluna gitmiştir. Buna göre, fiilin işlendiği anda isnat yeteneğine sahip olmayan hiç kimse, kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Anlama ve isteme yeteneğine (*capacità d'intendere e di volere*) sahip olan kişi, isnat yeteneğine sahiptir (Art. 85)⁶⁸³. İtalyan öğretisinde örneğin *Alimena*, isnat yeteneğinin kusurun ne bir ön şartı ne de bir unsuru olduğunu kabul etmektedir⁶⁸⁴. Buna göre, isnat yeteneği yalnızca faile ilişkin vasıflardan, onun ayırıcı özelliklerinden birini teşkil eder. Bu açıdan isnat yeteneği ve kusur birbirinden keskin biçimde ayrılır. Buna karşılık *Ranieri*, fiil ehliyeti ve kusur yeteneği ile isnat yeteneğini aynı anlamda kullanmıştır. *Antolisei* ve *Grispigni* ise isnat yeteneğinin nihayetinde “ceza ehliyeti”

⁶⁷⁹ Örnek bir karar için bkz. BGH, 17.5.1951 - 3 StR 181/51, Rn. 8. Görebildiğimiz kadarıyla tıbbi literatürde algılama ve irade yeteneği olarak unsurlara ayrılan isnat yeteneği kavramı kullanılmaya devam etmektedir.

⁶⁸⁰ Bkz. STRENG, Franz, “StGB § 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-37 StGB, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017, Rn. 7.

⁶⁸¹ *Jescheck/Weigend* (§ 40, s. 433, Rn. 1, Fn. 1), bunun tarihsel gerekçesini, isnat yeteneğinin subjektif isnadiyet ile ilişkilendirilmesi olarak belirtmektedir. On dokuzuncu yüzyılın ceza hukuku öğretisinde yaygın olarak kullanılan isnat yeteneği kavramı, fiilin faile öznel olarak yüklenebilirliğinin önünde engel bulunmaması anlamında kullanılmıştır. Bu terim aynı zamanda davranışın hata ve zorlama sonucu gerçekleştirilmemiş olmasını da kapsamaktadır. Günümüzde egemen olan normatif kusur anlayışının sonucu olarak “kusur yeteneği” kavramı tercih edilmektedir. JESCHECK/WEIGEND, § 40, s. 430; JAKOBS, s. 521, Rn. 1 vd.; KÖHLER, s. 374.

⁶⁸³ Bkz. MAIWALD, s. 120; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 383.

⁶⁸⁴ Isnat yeteneğinin kusurun bir ön şartı olmamakla birlikte, yokluğunda kusur isnadının devre dışı kalacağı gerekçesiyle, kusurun ilk temel unsuru olduğu görüşü için bkz. HIPPEL, Robert von, Lehrbuch des Strafrechts, Springer Verlag, Heidelberg, 1932, s. 126, dn. 6.

olduğu fikrini savunmuştur⁶⁸⁵. Avusturya CK'da da “isnat yeteneği (*Zurechnungsfähigkeit*)” kavramı tercih edilmekle birlikte, bu yetenek, İtalyan hukukunun aksine, açıkça anlama ve isteme ehliyetlerine sahiplikle açıklanmamıştır. Buna göre, fiil anında akıl hastalığı veya zihinsel bir engel yahut esaslı bir şuur bozukluğu ya da sözü edilen durumlardan birine eşdeğer olan başka bir ruhsal bozukluktan ötürü fiilinin haksızlığını algılayamayan (kavrayamayan) veya bu algılayış doğrultusunda hareket edemeyen kimse kusurlu değildir (öStGB § 11). Dolayısıyla Avusturya CK'da isnat yeteneği, kusurlu hareket etmenin bir ön şartı olarak düzenlenmiş olmaktadır.

İsviçre CK'da ise Alman hukukundan ve İtalyan hukukundan farklı olarak, hem kusur yeteneği hem de isnat yeteneği kavramlarına birlikte yer verilmiştir. Kusur yeteneği ve bu yeteneğin yokluğu, genel kabul edilen kavramlar olmakla birlikte (sStGB Art. 19-20), kanunda kendi kusuruyla isnat yeteneğini ortadan kaldıran kişinin cezalandırılmasına yönelik bir hüküm (sStGB Art. 263) sevk edilmek suretiyle ceza sorumluluğunun bulunmayacağı duruma istisna tanınırken, aynı zamanda ilginç şekilde isnat yeteneğinin yokluğundan söz edilmektedir⁶⁸⁶.

Kusur yeteneği (*Schuldfähigkeit*) kavramını kullanan yazarlar, bu yeteneğin her insanda tümüyle bulunduğu varsayılan bir ehliyet olduğunu ifade etmektedir. Diğer deyişle bu yetenek sonradan iktisap edilen değil, olağan olarak zaten bulunan bir yetenektir. Bunun anlamı, istisnai halleri taşımayan herkesin kusur yeteneğinin bulunduğu ve işlediği suçlardan dolayı ceza sorumluluğuna sahip olduğunun kabul edilmesidir⁶⁸⁷. Bu ilkenin sınırları, diğer adıyla “yeteneksizlik halleri”nin nelerden ibaret olduğu ise ceza sorumluluğunun sınırını belirlemek açısından kanunlarda gösterilmiştir (StGB §§ 19-21; TCK m. 31-34).

⁶⁸⁵ Bkz. GRISPIGNI, Filippo, Diritto Penale Italiano, Vol. 1, Dott. A. Giuffrè, 2. Edizione, Milano, 1947, s. 9 (DEZZA/SEMINARA/VORMBAUM, s. 217). İsnat yeteneğinin ceza ehliyetine indirgenemeyeceği görüşü için bkz. MEZGER, Edmund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1952, s. 127.

⁶⁸⁶ Nitekim İsviçre'de 2007 yılında ceza kanununda düzenlemeye gidilmeden önce kanunda kusur yeteneği kavramına yer verilmeyip “isnat yeteneği” kavramı sistematik biçimde kullanılırken (sStGB Art. 10, 11, 13, 263, 345), adı geçen tarihte yapılan değişikliklerle İsviçre kanun koyucusu da “kusur yeteneği” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Mevcut CK'da isnat yeteneğine ilişkin 263'üncü maddedeki tek kullanım ise bu revizyon sırasında gözden kaçırıldığı ve bu kullanımın da kusur yeteneği olarak dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. HÜRLIMANN, Daniel/TRACHSEL, Manuel, “Urteilsfähigkeit, Zurechnungsfähigkeit und Schuldfähigkeit”, SMF, 15 (25), 2015, s. 604-605. İsviçre öğretisinde “isnat yeteneği” kavramını kullanan bazı yazarlar, bunu “kusurlu hareket edebilme” olarak ele almıştır. Bkz. HAFTER, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht: Allgemeiner Teil, Verlag von Lulius Springer, Berlin, 1926, s. 102.

⁶⁸⁷ Bkz. HEINRICH, Strafrecht AT, 2014, s. 227, Rn. 533.

Öğretide kusur yeteneğinin iki unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki “algılama/idrak (anlama) kabiliyeti (*Einsichtsfähigkeit*)”⁶⁸⁸; ikincisi ise “davranışlarını yönlendirme/kontrol kabiliyeti (*Steuerungsfähigkeit*)”⁶⁸⁹ olarak adlandırılmaktadır. Bunlardan ilkinin yokluğunda failin davranışının hukuka aykırılığının bilincinde olmadığından söz edilir. İkincisinde ise fail haksızlık bilincine sahip olmakla birlikte, bu bilinç doğrultusunda hukuka aykırı eylemden kaçınmaya muktedir değildir⁶⁹⁰. Fail, fiilin işlendiği sırada fiilin haksızlığını algılama veya bu algılayış doğrultusunda hareket etme yeteneğine sahip değilse cezalandırılmaz (StGB § 20; sStGB Art. 19; TCK m. 31/2, 32/1). Bu kimseler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Dolayısıyla kusur yeteneğinin tam olduğundan söz edilebilmesi için kişide algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin bir arada bulunması gerekir. Bunlar alternatif değil, kümülatif unsurlardır.

İsnat yeteneği kavramını kullanan yazarlar ise, işlenen fiilin faile yüklenebilir olup olmamasından hareket etmektedir. Nitekim genel anlamda isnat edilebilirlik, işlediği fiillerden dolayı kişinin özel, ahlaki veya hukuki sorumluluk yeteneğinin bulunması, dolayısıyla fiillerinden sorumlu tutulabilme ehliyetinin varlığı anlamına gelmektedir⁶⁹¹. Ceza hukukunda isnat yeteneği ise failin birtakım yoksunluklardan dolayı fiilin haksızlığını kavrayabilmesi ve bu kavrayış doğrultusunda irade oluşturabilmesi ehliyeti olarak tanımlanabilir. Nitekim ceza sorumluluğunu tespit ederken isnat yeteneği (*Zurechnungsfähigkeit*) kavramını kullanan yazarlar, genel olarak, bu yeteneğin “anlama/algılama yeteneği (*Einsichtsfähigkeit*)” ve “isteme/irade yeteneği (*Willensfähigkeit*)” olmak üzere iki alt unsurdan oluştuğu fikrini benimsemektedir⁶⁹².

Hem mevzuatta hem de öğretide kusur (isnat) yeteneğinin bulunması gereken an, “fiilin işlendiği an (*Begehung der Tat*)” olarak benimsenmektedir. Dolayısıyla eğer fiilin işlendiği anda kusur yeteneğine tüm unsurlarıyla sahip değilse, faile ceza verilmesi

⁶⁸⁸ “*Unrechtsbewusstsein* (haksızlık bilinci)” kullanımı için bkz. SAFFERLING, Christoph J. M., *Vorsatz und Schuld*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008, s. 213 vd.

⁶⁸⁹ Bu kavramı ifade etmek üzere “*Hemmungsfähigkeit* (kontrol edebilme/önleyebilme yeteneği)” kullanımı için bkz. ROXIN, Band I, § 20, s. 899, Rn. 28 vd. “*Befolgungsfähigkeit* (uygun davranma yeteneği)” kullanımı için bkz. JAKOBS, s. 534, Rn. 24 vd.

⁶⁹⁰ Bkz. KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, 6. Auflage, München, 2008, s. 326, Rn. 1; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 10, s. 168, Rn. 410; JESCHECK/WEIGEND, § 40, s. 435, Rn. 2; GROPP, *Strafrecht AT*, s. 279, Rn. 60; BOCK, *Strafrecht AT*, s. 378.

⁶⁹¹ Bkz. REITER, B. (Hrsg.), *Lexikon des philosophischen Alltags: Zustände*, J. B. Metzler Verlag, Stuttgart, 2017, s. 160.

⁶⁹² HIPPEL, s. 128. İrade ve irade hâkimiyeti kavramlarının hatalı olduğu hususunda bkz. FREUND, *Strafrecht AT*, s. 394, § 10, Rn. 75.

mümkün değildir⁶⁹³. Fiil anındaki bu yokluk, failin kural olarak tedbir sorumluluğunun doğmasına neden olur. Fakat fiili işlediği anda kusur yeteneğine sahip olan fail, daha sonra bu yeteneği yitirmişse artık onun –bu haldeyken yeni bir suç işlememişse- geçmişe dönük olarak güvenlik tedbiri sorumluluğundan söz etmek de mümkün değildir.

Özetle, failin ceza müeyyidesine tabi tutulması, adından da anlaşılacağı üzere onun “cezalandırılabilir” olmasına bağlıdır⁶⁹⁴. Bu bağlılık, failin davranışlarının genel bir uygunluk taşıyıp taşımadığı konusundaki algısını ve bu algıyı iradi olarak kontrol edebilmesini/yönlendirebilmesini yani kendi istenci doğrultusunda davranabilmesini gerektirir. Eğer bu şartlar (birlikte) bulunmakta ise, failin ceza sorumluluğundan (ve aynı zamanda tehlikeli ise duruma göre tedbir sorumluluğundan); aksine bu şartlardan en az biri eksikse bu kez onun ceza sorumluluğunun yokluğundan ve (tek başına) tedbir sorumluluğundan söz edilir.

2.1.6. Güvenlik Tedbirlerinin Prensipleri

Karşılaştırmalı hukukta güvenlik tedbirlerinin üç ilke üzerine kurulu olduğu kabul edilmektedir. Bunlar “orantılılık”, “ikincillik” ve “hukuk devleti” ilkeleridir. İkincillik ilkesi, orantılılığı takip etmekte ve kimi zaman bu ilke içerisinde incelenmekle birlikte, çalışmada her ikisi arasındaki ayrıma vurgu yapmak adına ikincillik ilkesine farklı bir başlık açılmıştır.

2.1.6.1. Orantılılık İlkesi

2.1.6.1.1. Genel Olarak

Orantılılık ilkesi, bir hukuk devletinde birey ve devlet arasındaki ilişkiyi temelden belirleyen anayasal unsurlardan biridir⁶⁹⁵. Orantılılık ilkesi, devlete ait bütün işlem ve eylemlerin, haliyle hukukun ve bu kapsamda genel olarak ceza hukukunun ve

⁶⁹³ TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 20, s. 138-139, Rn. 2, 4; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 384.

⁶⁹⁴ Dolayısıyla kusur veya isnat yeteneği kavramlarını kullanan her iki düşüncenin de temelini teşkil ettiği bir kavram olarak “cezalandırılabilirlik ehliyeti” kavramı kullanılabilir. Ancak çalışmanın konusunun münhasıran güvenlik tedbirleri olması nedeniyle ve öğretide genel olarak kullanılan kavramlardan ayrılmamak adına, bu konudaki teorik tartışmaların esasına girmeksizin kusur yeteneği ve isnat yeteneği kavramlarını bu çalışma kapsamında “ceza ehliyeti”ne vurgu yapacak şekilde aynı anlamda kullanmaktayız.

⁶⁹⁵ ZIPF/LAUE, § 67, s. 898, Rn. 13.

özel olarak güvenlik tedbirleri hukukunun referans noktasıdır⁶⁹⁶. Bu ilke, hürriyeti kısıtlayıcı nitelikteki bir güvenlik tedbirinin haklılığının, sadece suçlunun ortaya koyduğu tehlikenin, bu suçlu kusur yeteneğine sahip olmadan hareket etmiş olsa bile, böyle bir müdahalenin üstün kamu yararı ilkesi karşısında beklenebilir olması halinde mümkün olabileceği fikrine dayanmaktadır⁶⁹⁷.

Güvenlik tedbirleri, uygulanma gerekçesini, halkın güvenlik ihtiyacının karşılanmasında olduğu kadar tehlikeli faille karşı pedagojik veya terapötik ödevlerinin ifasında bulduğu için “orantılılık (ölçülülük) ilkesi (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*)” kanunda düzenlenen tedbir türleri bakımından özel bir öneme sahiptir⁶⁹⁸. Öyle ki, örneğin mukayeseli ceza hukukunda ve hukuki sonuçlar sisteminde orantılılık ilkesi, güvenlik tedbirlerinin anayasal değerlendirmesinin belkemiğini oluşturmaktadır⁶⁹⁹. Öyleyse orantılılık ilkesinin güvenlik tedbirlerinin meşruiyet sebebini teşkil ettiği söylenebilir⁷⁰⁰. Diğer bir deyişle cezanın tespit ve tayininde sınırlandırıcı bir işleve sahip olan kusur ilkesinin sergilediği önemli fonksiyonu, kusur yeteneği olmayanlara da uygulanan güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesi karşılamaktadır⁷⁰¹.

Güvenlik tedbirleri, ceza hukuku sahasına dâhil olan ve ihlal vesilesiyle uygulanan hukuki sonuçlardır. Buradan hareketle her iki hukuki sonucun ölçülülük için aynı kaynaktan beslendiği yanılığı ortaya çıkabilir. Hâlbuki orantılılık ilkesi bakımından cezayla tedbir arasında bir fark vardır. Cezanın orantılılığında odak noktası

⁶⁹⁶ KASPAR, Johannes, “§ 62 StGB”, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLÜCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014, Rn. 1; SCHÖCH, Heinz, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 1; SCHMIDHÄUSER, s. 40, 260.

⁶⁹⁷ SCHÖCH, LK-StGB, § 62, Rn. 1. Bu anayasal ilke, uzun zamandır hukuk düzeninin temel bir prensibi olarak kabul edilmektedir (KASPAR, SSW-StGB, § 62, Rn. 1).

⁶⁹⁸ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 13. Bu ilke aynı zamanda hürriyeti kısıtlayıcı olsun veya olmasın tüm güvenlik tedbirleri için ortak özelliştir (GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 4).

⁶⁹⁹ FRISCH, NSTZ (5), s. 40; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 64; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 82; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 6; ZIEGLER, Theo, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Beck’scher Online-Kommentar StGB, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 1. Bu ilke, tarihsel olarak güvenlik tedbirlerinden önce cezalar için uygulanmaya başlanmıştır. Orantılılık ilkesi üzerine birçok düşünür fikir ileri sürmüştür. Örneğin *Beccaria*, insanları suç işlemekten alıkoyan ceza müeyyidesi ile suçun ortaya çıkardığı kamusal zarar ve faili suça iten neden arasında bir ölçü bulunması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. BECCARIA, s. 45 (Ayrıca bu konuda fikir yürüten yazarlardan bazı örnekler için bkz. a.g.e., s. 48-49, dn. 3).

⁷⁰⁰ JAKOBS, s. 12, Rn. 13b.

⁷⁰¹ GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 1; KINDHÄUSER, Urs, Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, Nomos Verlag, 6. Auflage, Baden-Baden, 2015, § 62, s. 2215, Rn. 2.

ihlalin yani suçun kendisidir; oysa güvenlik tedbirinin orantılılığında odak noktası failin tehlikelilik halidir⁷⁰². Yine bu ikisi arasında bir başka fark olarak, kusur ilkesi gösterilmektedir. Gerçekten ceza müeyyidesi, kusur prensibi ve kusurun derecesiyle yeterince sınırlanmıştır. Bununla birlikte ödetici olmayan hukuki sonuçlarda ve elbette güvenlik tedbirlerinde aşırılık yasağının özellikle vurgulanması gerekir. Aksi halde, özel önlemeyi amaçlayan bu tedbirlerin amaca uygun olmayan şekilde kullanılması neticesi ortaya çıkabilir⁷⁰³.

Hukuki sonuçlar sisteminde cezaların ve güvenlik tedbirlerinin sosyal düzeni temin etmek ve özelde suçları önlemek için yeterli olması gerekir. Amacın haklılığı, aracın da doğruluğunu ve akla uygunluğunu gerektirir. Dolayısıyla aracın amacı sağlamaya elverişli olduğundan söz edilebilmesi için hem davranış normlarının hem de bunlara uymama halinde doğacak sonuçlara ilişkin –muhatapı tarafından algılanabildiği ölçüde- hukuksal tehdidin orantılılık ilkesinin koşullarını sağlaması elzemdir⁷⁰⁴. Üstün kamu yararı gerekçesine dayanan güvenlik tedbirleri hukuku, kamusal ve bireysel menfaatler arasında denge gözeten orantılılık (ölçülülük, *Verhältnismäßigkeit*)⁷⁰⁵ ilkesine bağlıdır⁷⁰⁶. Bu durum orantılılık ilkesinin evrensel kabul gören, kapsayıcı bir hukuk prensibi olmasından kaynaklanır. Gerçekten orantılılık ilkesi, genelde ceza hukukunu ve özelde güvenlik tedbirleri hukukunu kapsamına alacak şekilde hukukun tüm alanları için geçerlidir⁷⁰⁷. Bu nedenle güvenlik tedbirleri hukukuna dâhil düzenlemelerin bütününde ceza yargıcının tedbir uygulayıp uygulamayacağını saptarken bunları bir ölçülülük incelemesine tabi tutması gerekmektedir⁷⁰⁸. Orantılılık ilkesi, güvenlik tedbirlerinin gerekli olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken genel bir sınır ve bağlayıcı bir yorum kuralı görevi ifa eder⁷⁰⁹.

Orantılılık ilkesi, temel haklara ciddi/ağır bir müdahale niteliği taşıyan güvenlik tedbirine ilişkin verilecek hükmün failin tehlikesinden kaynaklanması, buna mukabil

⁷⁰² Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46; TAN, Mehmet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler: 1. Cilt (1-34. Maddeler), Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 91.

⁷⁰³ SCHMIDHÄUSER, s. 260.

⁷⁰⁴ RUDOLPHI/JÄGER, SK-StGB, Vor § 1, Rn. 22.

⁷⁰⁵ Normun amacı ve bu amaca ulaşmaya çalışılırken kullanılan araç arasında ölçülülük olması gerektiğine dair bir karar için bkz. BverfGE 16, 194 – Liquorentnahme, 10.6.1963 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html>).

⁷⁰⁶ MEIER, s. 273; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 28.

⁷⁰⁷ SCHÖCH, LK-StGB, § 62, Rn. 1.

⁷⁰⁸ Tüm tedbirler kural olarak orantılılık ilkesine tabidir. Bkz. ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1. Alman hukukunda bu ölçülülük testinin istisnasını sürücü belgesinin iptali tedbirinin oluşturduğu söylenmektedir. Nitekim hâkimin tehlikeli araç kullanan failin sürücü belgesini iptal etmesi için orantılılık bakımından ek bir inceleme yapmasına gerek yoktur. Bkz. KILIAN, Ines, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 2; ZIPF/LAUE, § 67, s. 899, Rn. 17.

⁷⁰⁹ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 11.

failin kusur yeteneği olmamasına rağmen, bireysel menfaate göre ağır basan kamu yararı nazara alındığında, onun hukuki değerlerine müdahaleyi gerektirecek kadar önemli bir tehlikenin beklenebilir olması gerektiğini varsaymaktadır⁷¹⁰.

Cezanın tespitinin failin kusuru derecesinde olmasına yani kusura ölçülenmesine mukabil, uygulanacak güvenlik tedbirlerinin tür, kapsam ve süresinin ise tehlikeliliğin derecesine göre saptanması gerekir⁷¹¹. Bu genel kural bazı ceza yasalarında açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Alman CK, failin işlediği ve ileride işlemesi olası suçlarla onun tehlikeliliğin derecesinin uyumlu olmadığı takdirde bir iyileştirme ve güvenlik tedbirine hükümlenemeyeceği kuralını içermektedir (StGB § 62)⁷¹². Türk hukukunda da ceza ve

⁷¹⁰ TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 62, s. 517, Rn. 2. Kişinin özgürlüğünün yalnızca önemli gerekçelerle ve katı biçimsel garantiler altında kısıtlanabileceği, bu özel kısıtlama nedenlerinin başında ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun yer aldığı, kişisel özgürlüğe müdahalenin her şeyden önce toplumun korunmasına hizmet ettiği, bu müdahaleye başvururken hakkında hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbiri uygulanan muhatabın bireysel özgürlük talebi ile halkın önemli hukuki değer ihlallerine karşı korunma ihtiyacı arasında ortaya çıkan gerilimin adil ve haklı bir denkleştirmeyi gerektirdiği konusunda bkz. BVerfGE 70, 297 - Fortdauer der Unterbringung, 8.10.1985 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv070297.html>).

⁷¹¹ Alman Yargıtayı'nın yerleşik içtihatları gereğince bu saptamanın, güvenlik tedbirlerinin maddi ceza hukukuna ilişkin ölçütleri dikkate alınmak suretiyle her somut olay için ayrıca yapılması gerekir. Mahkeme bu ölçütün öncelikle gereklilik kistası doğrultusunda incelenmesi gerektiği düşüncesindedir. Buna göre, tedbirin gerekli olup olmadığı her bir hüküm özelinde ele alınmalı ve bu yapılırken uygun tedbirin aslında hükümlenacak tedbir olup olmadığı ve kanunda daha etkili ve temel hakları daha az kısıtlayıcı alternatiflere yer verilip verilmediği dikkate alınmalıdır (Bkz. BGH, NSTZ, 2002, 331). Buradan hareketle, güvenlik tedbirlerinin özellikle ölçülülük kriteri açısından "bireyselleştirilmiş tedbirler" olduğu ifade edilebilir.

⁷¹² Alman hukukunda orantılılık ilkesi aynı zamanda anayasal statüye sahiptir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, ölçülülük ilkesi hukuk devleti prensibinin bir uzantısıdır ve kamu otoritesinin bireysel haklara müdahalesinin ölçüsünü oluşturur. Alman Anayasası'nda (GG § 2/2) yer alan, herkesin yaşam hakkına ve fiziksel bütünlüğe sahip olduğu, kişi hürriyetinin dokunulmaz olduğu, bu haklara ancak kanunla müdahale edilebileceği yönündeki anayasal zorunluluğun, ölçülülük ilkesi çerçevesinde yorumlanması gerekir. Karar için bkz. BverfGE, Band 19, s. 348f (SCMIDHÄUSER, Einführung, s. 40, 260). Türk Anayasası'nın 12'nci maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ifade edildikten sonra, olağan dönemlerde temel hakların sınırlanma usulünü düzenleyen 13'üncü maddede "*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*" ifadeleriyle "sınırlamanın sınırı"na yer verilmiştir. Kanaatimizce, Alman Anayasası'ndan farklı olarak, AY m. 13'te ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmesi, hukuk devleti prensibine referans yapılmasına gerek olmaksızın, ceza ve güvenlik tedbirleri de dâhil olmak üzere her türlü müdahalenin orantılılık ilkesine uygun biçimde yerine getirilmesini doğrudan doğruya zorunlu kılmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi ise orantılılık ilkesini, cezalar ve kabahatler hakkındaki yerleşmiş içtihatlarında ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olarak ele almakta ve hukuk devleti ilkesine atıf yaparak tanımlamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına 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 edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan*

güvenlik tedbirlerinin suçlu tarafından işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacağı kabul edilmiştir (TCK m. 3/1)⁷¹³. Bununla birlikte ceza kanunlarındaki bu düzenlemeler, güvenlik tedbirlerinin uygulanma sahasını hukuk devleti ölçüsüyle sınırlamaktadır. Dolayısıyla öğretide ve yargı kararlarında, orantılılık ilkesinin yukarıda belirtilen şekilde pozitif hukuk metinlerinde ayrıca yer almasa bile hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak yine uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁴.

Suçun hukuki sonucu olarak güvenlik tedbirlerinin bazı hallerde kişileri hürriyetinden alıkoyması, bu nitelikte olanların henüz başlangıçta hukuka aykırı olduğunu söylemek için yeterli değildir. Şayet tedbirler, halkı gelecekteki önemli hukuka aykırı eylemlere karşı savunmak amacıyla özgürlüğü tahdit eder şekilde uygulanıyorsa, orantılı sayılmalıdır. Böyle bir tedbir, özgürlük hakkının hukuka aykırı biçimde ihlali olarak değerlendirilemez⁷¹⁵.

Belirtelim ki, orantılılık ilkesinin terminolojik bakımdan tekdüze bir kullanıma sahip olduğu söylenemez. Bu konuda yargı ve doktrin birbirinden farklı kavramlar kullandığı gibi, kavramın mevzuatlarda da aynı adla yer almadığı görülmektedir. Örneğin Alman CK § 62'nin başlığında “orantılılık ilkesi” kavramı kullanılmasına karşın, TCK m. 3'ün başlığı “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” olarak belirlenmiştir⁷¹⁶. Bununla birlikte TCK m. 3 metninde, birinci fıkrada, “*Suç işleyen kişi*

ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık’ ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur” (AYM, E. 2015/108, K. 2016/46, 26.5.2016).

⁷¹³ Dikkat edilecek olursa, TCK'nın esas aldığı ölçülülük ilkesi, “işlenen” fiille sınırlıdır. Bu ise geçmişe dönük bir değerlendirmeyi mümkün kılar. Oysa güvenlik tedbirleri açısından önemli olan “muhtemel”, yani “beklenen”, diğer deyişle “işlenebilecek” fiiller açısından bir sosyal tehlikeliliktir. Kanaatimizce karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinden hareketle tedbirin orantılılığını tayin ederken, mahkemenin, işlenmesini muhtemel gördüğü fiillerle birlikte failin mevcut ve olası tehlikeli halini göz önünde bulundurması gerektiğine ilişkin bir düzenlemenin TCK'ya eklenmesi isabetli olacaktır.

⁷¹⁴ BVerfGE 70, 297 (312); MUSHOFF, s. 68, MEIER, s. 273.

⁷¹⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, toplum açısından tehlike arz eden kimselerin tedbir yoluyla özgürlüğünden mahrum edilmesi suretiyle kamunun korunmasını, toplum açısından hukuken yasaklanmamış bir davranış olarak görmektedir. Bu bağlamda kişinin özgürlüğünden alıkonulmasının ceza yoluyla mı yoksa güvenlik tedbiri vasıtasıyla mı dayatılacağı yahut infaz edileceği problemi, anayasa hukukuyla ilgili değildir [BVerfGE, 91, 1 (26)].

⁷¹⁶ TCK m. 3'ün birinci fıkrasında yalnızca orantılılıktan bahsedilmesinin ve maddenin ikinci fıkrasında ayrımcılık yasağına yer verilmesinin bir sonucu olarak, Türk kanun koyucusunun, madde başlığında kullandığı adalet ve ilk fıkrada kullandığı orantılılık ilkelerini aynı anlamda kabul ettiği çıkarımına ulaşılmaktadır. Kanaatimizce kanunun bu düzenlemesi eleştiriye açıktır. Nitekim adalet ilkesi, hukuk kurallarının uygulanmasında her bakımdan hak ve nesafet ilkelerinin gözetilmesini gerektirmekte; bu nedenle söz konusu prensibin, tüm hukuk sisteminin en önemli amacı olan adalete ulaşmak için kullanılan bir vasıttan ibaret olan orantılılık ilkesi ile sınırlanması mümkün gözükmemektedir.

hakkında işlediği fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur”⁷¹⁷ cümlesiyle orantılılık ilkesine vurgu yapılmıştır.

2.1.6.1.2. Orantılılık İncelemesi

Ceza yargıcının, güvenlik tedbirleri ile ilgili karar verirken, yasada öngörülen istisnalar hariç olmak üzere tüm tedbirler için özel bir orantılılık incelemesine (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*) başvurması gerekmektedir⁷¹⁸. Orantılılık koşulunun sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmesi yapılırken, “orantılılık testi parametreleri” olarak, hâlihazırda işlenen eylemlerin önemi, failden gelecekte beklenen eylemlerin önemi ve failin yarattığı tehlikenin derecesi olmak üzere üç tür kıstasın göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁹. Tehlike değerlendirmesi yapılırken ağır eylemlere ağır, daha hafif eylemlere hafif güvenlik tedbirleri uygulanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu doğrultuda söz gelimi bir kuruma yerleştirme tedbiri uygulanmadan önce, kanunda olanak tanınmışsa bu tedbirin ertelenmesine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı da ayrıca ele alınmalıdır⁷²⁰.

Tehlikeli faile uygulanacak tedbirin ölçülü olup olmadığını tespit ederken bir yandan doğrudan doğruya işlenen fiilin özelliklerinin diğer yandan mağdurun uğradığı hasarın derecesinin gözlemlenmesi gerekir. Öncelikle işlenen suçun türü, sıklığı, yoğunluğu ve ciddiyeti dikkate alınmalıdır. Ayrıca beklenen yani muhtemel tehlikeli eylemler ile mağdura yönelik zarar tehdidi de göz önünde bulundurulmalıdır. Buna mukabil önemsiz/hafif suçların (*Bagatelldelikte*) ise kural olarak değerlendirme dışı tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁷²¹.

Güvenlik tedbirleri, cezadan farklı olarak, geleceğe dönük hukuki sonuçlardır. Bu nedenle güvenlik tedbirleri açısından orantılılık değerlendirmesinin en önemli basamağı ve ana odak noktası, işlenen eylemlere dayanan gelecekteki tehlikeye ilişkin

⁷¹⁷ Bu düzenlemenin tedbiri ceza gibi algıladığı için hatalı olduğu hakkında bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 700. Sözü edilen fıkranın “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı cezaya hükmolunur. Keza işlenen suçun ortaya çıkardığı tehlikelilik durumuna göre güvenlik tedbiri uygulanır*” biçiminde formüle edilmesi (ÖZGENÇ, s. 75, dn. 203) önerilmişse de tasarının yasalaşması sürecinde bu öneri kabul görmemiştir.

⁷¹⁸ KILIAN, AnwK-StGB, § 62, Rn. 2; TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 62, s. 517, Rn. 3.

⁷¹⁹ POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 62; KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 62, s. 2217, Rn. 9-12; ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1. Benzer yönde bkz. ZIPF/LAUE, § 67, s. 899, Rn. 16; MEIER, s. 274; ESCHELBACH, Ralf, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. MATT, Holger/RENNIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, Rn. 6-9.

⁷²⁰ BGH, 1 StR 423/70, LMRR 1970, 8; BGH, NStZ, 2010, 692 (693); ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1.

⁷²¹ KILIAN, AnwK-StGB, § 62, Rn. 4; ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1.

prognostik faaliyetidir⁷²². Diğer bir deyişle, mahkeme tarafından failin gelecekte hangi fiilleri işleyeceğinin beklendiği ve onun toplumun hukuki değerleri için ne ölçüde tehlikeli olduğu ortaya konulmalıdır. Her ne kadar basit suçlar kural olarak değerlendirme dışı tutuluyor olsa bile, burada failin mutlaka ciddi suçlar işlemesi şartı da aranmamalıdır. İşlenen suç nispeten hafif olarak değerlendiriliyor olsa dahi, eğer tehlike prognozunda failden ileride ciddi suçlar işleyebileceği bekleniyorsa, tedbirin uygulanması orantısız sayılmamalıdır⁷²³. Bu orantı değerlendirmesinde tek tek tehlike tahmin kıstaslarına değil, bunların bütün olarak dikkate alındığı genel bir değerlendirmeye dayanılarak sonuca ulaşılmalıdır⁷²⁴.

2.1.6.1.3. Orantılılık İlkesinin Alt İlkeleri (Orantılılık İlkesinin Unsurları)

Anayasa hukukunda hâkim öğreti, geniş anlamda orantılılık ilkesinin “ölçülülük (yeterlilik) (akla uygunluk) (dar anlamda orantılılık) (*Angemessenheit*)”, “elverişlilik (uygunluk) (*Geeignetheit*)”⁷²⁵ ve “gereklilik (*Erforderlichkeit/Notwendigkeit*)” olmak üzere üç koşulunun veya unsurunun bulunduğunu kabul etmektedir^{726, 727}. Bu unsurların tamamı bilhassa güvenlik tedbirlerinin özel önleme amacı ile ilgili olarak ele alınmaktadır.

2.1.6.1.3.1. Ölçülülük (Yeterlilik/Dar Anlamda Orantılılık/Akla Yatkınlık) İlkesi

Güvenlik tedbiri, aşağıda inceleneceği üzere elverişli ve gerekli olmasının yanında aynı zamanda dar anlamda orantılı olmalıdır. Bu orantı, tedbirin ilgili temel

⁷²² ZIPF/LAUE, § 67, s. 899, Rn. 16; ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1.

⁷²³ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1.

⁷²⁴ BGH, “Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung”, NStZ, (12), 2010, s. 693 (ss. 692-693); BGH, “Unterbringung bei Straftat von geringer Bedeutung”, NJW, (41), 1971, s. 1849 (ss. 1849-1850); ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 62, Rn. 1; MEIER, s. 274.

⁷²⁵ Bu koşula “işlevsellik (*Funktionalität*)” adı da verilmektedir. Bkz. POLLÄHNE, Helmut, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 7.

⁷²⁶ Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, § 62, Rn. 6; KASPAR, SSW-StGB, § 62, Rn. 3.

⁷²⁷ Frisch, elverişlilik ve gereklilik kriterlerinin, cezanın belirlenmesinde başarısız olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, suçlunun kusurunu telafi etmek için hangi cezanın uygun ve gerekli olduğu, polis tedbirleri ile güvenlik tedbirlerinin aksine, ampirik kanıtlara bakılarak yanıtlanamaz. Kusurun belli bir cezayla dengelenmesi bir fikir yahut ideal bir sonuçtur ve dayatılması (infazı) bu sonuca atfedilen ceza, kusurun eşdeğeri, öyleyse onun karşılığıdır. Elverişlilik ve gereklilik değerlendirmesi, bu cezanın tespitinde hiçbir katkıda bulunamaz. Geniş anlamda orantılılık ilkesi, esasen iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin belkemiğini oluşturmaktadır. Bkz. FRISCH, NStZ (5), s. 251.

hakların önemi ve ağırlığı ile makul bir ilişki içerisinde bulunmasını ifade eder. Müdahalenin şiddeti ile müdahaleyi gerekçelendiren sebeplerin ağırlığı ve aciliyeti arasındaki dengede beklenebilirlik sınırı dikkate alınmalıdır. Tedbir, ilgili kişi üzerinde aşırı bir yük yüklememeli, aranan amaç için kullanılan amaç, makul oranın dışına çıkmamalıdır⁷²⁸. Dolayısıyla bu ilkeyi esasen “yeterlilik” ve bu minvalde “akla uygunluk” olarak da nitelemek mümkündür.

Ölçülülük ilkesi, fayda ve zararların birbirlerine karşı tartılmasını gerektirir. Burada, devletin temel haklara müdahalesi ile özel önleyici amaca ulaşmanın önemi arasında makul bir oranın bulunup bulunmadığı göz önünde tutulur⁷²⁹. Yeterlilik ilkesinde, aynı zamanda, gereklilik ilkesinin aksine, alternatif araçların dikkate alınmasından söz edilmez. Gereklilikten farklı olarak, burada birden fazla tedbir arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmamaktadır⁷³⁰.

Pozitif hukuk metinlerinin ele aldığı dar anlamıyla orantılılık, bir nevi olumsuzuyla tanımlanmakta, infaz edilecek tedbirde orantısızlığın bulunmaması, tedbirde aşırıya kaçılmaması manasında kullanılmaktadır. Dar anlamda orantılılık ilkesi, uygulanacak tedbirle, yani üçüncü şahısların özgürlüklerine ve mülkiyetlerine yönelik ihlal tehdidinin önlenmesi ile failin hürriyetine verilecek zararın ölçüsü karşılaştırılmak (tartılmak) suretiyle bir tespit yapmaya olanak sağlar. Ölçülülük (dar anlamda orantılılık) ilkesi, aynı zamanda orantılılık ilkesinin gereklerini müdahalenin devamlılığı ile bağlantılı olarak ele almak suretiyle güvenlik tedbirlerinin süresini belirlemede dikkate alınabilir⁷³¹.

Karşılaştırmalı hukukta orantılılığa ilişkin bazı yasal normların (örneğin StGB § 62), orantılılığın tüm alt ilkelerini değil yalnızca ölçülülük ilkesini normlaştırdığı fark edilmektedir. Ancak karşılaştırmalı hukuktaki buna benzer yasal düzenlemelerin adı geçen alt ilkeye vurgu yapmasının, elverişlilik ve gereklilik ilkelerini askıya almadığı ve dolayısıyla sözü edilen ilkelerin de orantılılık değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiği söylenebilir⁷³².

⁷²⁸ BverfG, NJW, 1985, s. 122; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 62, Rn. 8.

⁷²⁹ ZIPF/LAUE, § 67, s. 898, Rn. 13; MICHAEL, Lotar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, JuS, (7), 2001, s. 657.

⁷³⁰ MICHAEL, s. 657.

⁷³¹ Bkz. FRISCH, NStZ (5), s. 250-251.

⁷³² Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, § 62, Rn. 9.

2.1.6.1.3.2. Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi

Güvenlik tedbirleri bakımından “kötüye kullanma yasağı (*Missbrauchsverbot*)”, tedbirin öngörülen amaç için “işe yarar” olup olmadığı sorusunun sorulmasını gerektirir. Bu soruya verilecek olumlu yanıt, “elverişlilik” yani “uygunluk” ilkesini ortaya koyar⁷³³. O halde istenilen neticeye yardımı ile ulaşılabilecek olan aracın elverişliliğinden, bu nitelikte olmayan aracın ise elverişsizliğinden söz edilir. Aracın elverişli olduğundan söz edilebilmesi için arzulanan neticenin hemen mi yoksa daha sonra mı gerçekleştiği belirleyici değildir⁷³⁴. Tedbirin amacı daha sonra gerçekleşse bile mevcut aracın uygunluğundan söz edilebilir.

Orantılılık ilkesinin sözü edilen alt ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilebilmesi için tedbirin “kısmen elverişsiz” olması tek başına yeterli değildir. Diğer bir deyişle “kısmî uygunluk (*Teileignung*)”, elverişlilik kıstasının karşılanması için gerekli ve yeterlidir. Elverişlilik ilkesi, ancak tedbirin “mutlak olarak elverişsiz (*schlechthin ungeeignet*)” olduğu söylenebiliyorsa, ihlal edilmiş sayılır⁷³⁵.

Bu ilkeye öğretilde “işlevsellik (*Funktionalität*)” adı da verilmektedir. Güvenlik tedbirinin uygulanmasında yanlış etmenlerin kullanılıp kullanılmadığını tespit etmekte elverişlilik kıstası kullanılır. Örneğin tedbirin uygulanması için uygun donanım ve tasarımların bulunup bulunmadığı ve somut olarak hakkında tedbir uygulanacak kişiye yarar sağlayıp sağlamayacağı gibi etmenler bu ilkeye göre gözden geçirilir⁷³⁶. Güvenlik tedbirlerinin elverişliliği ilkesinin en azından koruma (güvenlik) amacını yerine getirmesi nedeniyle anayasal açıdan asgari standartları karşıladığı ifade edilebilir⁷³⁷.

2.1.6.1.3.3. Gereklilik İlkesi

Gereklilik ilkesi, zaten elverişli olan güvenlik tedbirine somut olayda gerçekten ihtiyaç olup olmadığını, bu tedbire göre daha etkili ve/veya daha az müdahaleci

⁷³³ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 61.

⁷³⁴ BverfG, “Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs von und nach Ländern des Warschauer Paktes”, NJW, (3), 1985, s. 122 (ss. 121-125); BverfG, “Wirksamkeit von Honorarverteilungsmaßstäben für Kassenärzte”, NJW, (34), 1972, s. 1511 (ss. 1509-1512); GEMMEREN, MüKo-StGB, § 62, Rn. 5.

⁷³⁵ MICHAEL, s. 656; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 62, Rn. 5. “Tamamen elverişsizlik” görüşü için bkz. BverfG, “Verfassungsmäßigkeit des Kuponsteuergesetzes”, NJW, (48), 1965, s. 2248 (ss. 2247-2248).

⁷³⁶ POLLÄHNE, NK-StGB, § 62, Rn. 7; KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 62, s. 2217, Rn. 8.

⁷³⁷ Bkz. KASPAR, SSW-StGB, § 62, Rn. 3.

alternatiflerin bulunup bulunmadığını değerlendirmeye yarayan ilkedir⁷³⁸. Bu ilke, somut davada uygulanması düşünülen güvenlik tedbirinin, tehlikeye karşı koymak için somut olayda başvurulabilecek cezalar, tedbirler ve ceza hukuku dışı diğer vasıtalarla rekabeti ile ilgilidir⁷³⁹. Gereklilik ilkesi, hukuki konuya müdahalenin ancak amaca ulaşmak için zorunlu olduğu takdirde yani “asgari ölçüyü aşmayacak şekilde” gerçekleştirilebileceğini varsayar. Bununla birlikte gereklik ilkesi, izin verilen asgari müdahalenin maddi sınırını içermez. Dolayısıyla bu ilke en başta muhtelif hukuki değer veya menfaatlere müdahalenin “aşırılık yasağı (*Übermaßverbot*)” çerçevesinde içerik bakımından sınırlandırılmasını ve aşırılık yasağı çerçevesinde hukuki değerlerin birbiriyle tartılmasını, ayrıca “menfaatlerin dengelenmesi ilkesi (*Güterabwägunsprinzip*)”nin somutlaştırılmasını gerektirir⁷⁴⁰. Aşırılık yasağı, uygulanması öngörülen güvenlik tedbiriyle gerçekleştirilecek müdahalenin yoğunluğunun, davanın önemi ve vatandaşların zararı karşısında ölçüsüz olmamasını ifade eder⁷⁴¹. Anayasal aşırılık yasağına tabi olmak bakımından güvenlik tedbirleri arasında bir fark yoktur. Bu nedenle mahkeme, önüne gelen somut davada, izin verilen tedbirin aynı zamanda aşırılık yasağını zedeleyip zedelediğini ölçmek durumundadır⁷⁴².

Orantılılık ilkesi öncelikle müdahalenin mutlaka yasaya dayanması zorunluluğunu içermektedir. Örneğin herkes yaşam hakkına, beden bütünlüğüne ve kişi özgürlüğüne sahip olmakla birlikte bu haklara müdahale ancak bir kanun hükmüyle mümkün olabilir (GG § 2/2; AY m. 13). Dolayısıyla söz konusu haklara müdahalenin öncelikle kanunsuz biçimde gerçekleştirilmesi orantılılık ilkesine aykırılık oluşturur⁷⁴³. Gerekliklik değerlendirmesi yapılırken, gerektiğinde somut fail-mağdur ilişkisi ile fiili durumun benzersizliği ve tekrar edilmezliği göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁴⁴. Aynı şekilde kuruma yerleştirme gerektiren ve gerektirmeyen tedbirler aynı sonuca ulaştıracaksa, hürriyeti kısıtlamayan tedbirin tercih edilmesi daha uygundur.

⁷³⁸ POLLÄHNE, NK-StGB, § 62, Rn. 8; KILIAN, AnwK-StGB, § 62, Rn. 3. *Michael*’e göre, bir yasa, yalnızca aynı amaçları (en azından) eşit derecede iyi bir şekilde yerine getirmek için daha az kısıtlayıcı (daha hafif) bir araç yoksa gereklidir. Bu bakımdan her alternatif iki aşamalı bir testten geçmelidir. Birincisi, alternatif aracın daha hafif olup olmadığına ilişkindir. Temel bir hakka daha az yoğun bir müdahale veya daha az yahut daha zayıf koruma alanları açtığına alternatifin daha hafif olduğundan söz edilir. İkincisi, daha hafif olan bu alternatifin, tüm amaçları (en azından) eşit derecede iyi bir şekilde yerine getirip getirmediği ile ilgilidir. Daha az etkili olsa bile ulaşılmak istenen amaçları sağlıyorsa, en azından eşit derecede ifadan söz edilir (MICHAEL, s. 656-657).

⁷³⁹ ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 62, Rn. 11.

⁷⁴⁰ ROXIN, Band I, § 3, s. 98, Rn. 67; SCHÖCH, LK-StGB, § 62, Rn. 7-8.

⁷⁴¹ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 62, Rn. 4. Ayrıca bkz. ROXIN, Band I, § 3, s. 98, Rn. 67.

⁷⁴² BVerfG, “Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriff nach § 81 a StPO und Schwere der Tat”, NJW, (35/36), 1963, s. 1598 (ss. 1597-1598).

⁷⁴³ BVerfGE 70 297, 311.

⁷⁴⁴ POLLÄHNE, NK-StGB, § 62, Rn. 8; KILIAN, AnwK-StGB, § 62, Rn. 3.

Gereklilik ilkesi, bir bakıma elverişlilik ilkesini tamamlayıcı bir görev ifa eder. Nitekim bu ilkeye göre, tümü sonuca ulaşmaya elverişli olan birkaç güvenlik tedbiri arasında her zaman en hafifinin seçilmesi şarttır⁷⁴⁵. Özellikle hürriyeti kısıtlayan güvenlik tedbirlerinin son çare (*ultima ratio*) karakteri ve “mümkün olan en az müdahale ilkesi (*Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs*)” ile aşağıda yer verilen ikincillik prensibi, özel önleme amacına ulaşmak bakımından vazgeçilmez olan tedbirin seçilmesini gerektirir⁷⁴⁶.

2.1.6.2. İkincillik İlkesi

2.1.6.2.1. Genel Olarak

Güvenlik tedbirleri hukukunda “ikincillik prensibi (*Subsidiaritätsprinzip*)” geçerlidir⁷⁴⁷. Kanaatimizce Türkçe kullanımında ikincillik ilkesine aynı anlamı ifade etmek üzere “yedeklik ilkesi” veya “destekleme ilkesi” de denilebilir. Bu ilke aslında ceza hukuku reformlarının bir sonucu olmakla birlikte, aslında bundan da önce zımnen kullanılmıştır. Zira yukarıda da kısmen değinildiği üzere, ikincillik ilkesi, esasen orantılılık ilkesinin alt dalı olan gereklik prensibinin bir uzantısı niteliğindedir. Ayrıca anayasal açıdan geniş anlamda orantılılık ilkesinin ve aşırılık yasağının da tedbirin sınırlandırılmasında ve daha az külfetli araçların öncelenmesinde rol oynadığı belirtilmektedir⁷⁴⁸.

Her şeyden önce ikincillik ilkesinin iki ayrı anlama gelecek şekilde kullanıldığını ifade etmek gerekir. Bunlardan ilki, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin birlikte ele alınmasından hareket etmekte ve güvenlik tedbirlerinin düzenlenme aşaması ile ilgilenmektedir. Buna göre kusura odaklı cezanın yeterli olmayacağı tahmin ediliyorsa, ancak bu takdirde güvenlik tedbirlerinin müdahalesi söz konusu olmalıdır⁷⁴⁹,

⁷⁴⁵ KASPAR, SSW-StGB, § 62, Rn. 4. Ayrıca bkz. BverfGE, “Verfassungsmäßigkeit des Kontaktsperregesetzes”, NJW, (44), 1978, ss. 2235-2239.

⁷⁴⁶ HEGER, Martin, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014, Rn. 2; KASPAR, SSW-StGB, § 62, Rn. 4.

⁷⁴⁷ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 58; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 74; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 24.

⁷⁴⁸ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 58; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 74; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 62, Rn. 7; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 24; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 60.

⁷⁴⁹ Bkz. HEGER, Martin, “StGB § 61 Übersicht”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014, Rn. 2; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 27.

⁷⁵⁰. Aksi halde cezalarla yetinilmelidir. Bu anlam esas alınacak olursa, güvenlik tedbirlerinin kendisinin, cezalar karşısında ikincil nitelik taşıdığı söylenecektir.

İkincillik ilkesinin bir diğer anlamı ise cezaları dışlamakta ve münhasıran güvenlik tedbirlerinin birbirleriyle olan ilişkisine yoğunlaşmaktadır. Öğretide baskın görüş tarafından yoğunlukla kullanılan bu anlama göre ise, şayet daha az sertlik içeren tedbirler, suçlunun tehlikeli haline karşı toplum bakımından yeterli güvenceyi sağlıyorsa, artık daha sert tedbirlerin uygulanmaması gerekir⁷⁵¹. Orantılılığın koşulu olan gereklilik ilkesi ve bu kapsamda ikincillik ilkesi, herhangi bir (uygun) önlemin (aynı zamanda) gerekli olup olmadığı, öyleyse daha az etkili ve/veya daha az müdahale edici alternatifler bulunup bulunmadığı değerlendirmesinin yapılmasını gerektirir⁷⁵². Alman Yargıtayı'na göre de, örneğin bir psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri, yalnızca daha az sert tedbirler kullanılarak suçlunun tehlikesinden güvenilir bir koruma sağlanamadığı takdirde dikkate alınır. Bu durum, tüm güvenlik tedbirleri hukuku için geçerli olan ve aşırılık yasağının anayasal bakış açısından türetilen ikincillik ilkesinden kaynaklanmaktadır⁷⁵³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, güvenlik tedbirleri, orantılılık ilkesinin bir getirisi olarak, mümkün olan en az müdahale ilkesi çerçevesinde ihdas edilmektedir. Yine bilindiği üzere, güvenlik tedbirinin uygulanma gerekçesi failin kusuru değil, onun halk açısından sergilediği tehlikedir. Öyleyse tedbirin de toplumun korunmasını sağlamak için gerekli olanla sınırlandırılması gerekir. Eğer (ceza hukuku dışında kalan vasıtalar dâhil olmak üzere) daha hafif yöntemle bu koruma sağlanabiliyorsa, mahkemenin güvenlik tedbirine hükmetmekten feragat etmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁵⁴.

⁷⁵⁰ Benzer ikincillik ilişkisi, öncelikle ceza hukuku ile hukukun diğer alanları (bilhassa özel hukuk) arasında da geçerlidir. Yine anayasal orantılılık ilkesine dayandırılan bu yedeklik durumu, hukuki değerlerin korunmasında devletin daha az külfetli araçlara başvurma imkânının bulunması halinde, ceza hukukunun kullanımına gerek duyulmamasını ifade eder. Söz gelimi sıradan bir sözleşme ihlali, özel hukuk davalarıyla veya cebri icra tedbirleri vasıtasıyla gayet kolay telafi edilebilecekken ceza hukukunun müdahalesini aramak orantılı olmayacaktır. Bkz. ROXIN, Band I, § 2, s. 45, Rn. 98; JAKOBS, s. 48-49, Rn. 26-27. Bu nedenle ikincillik ilkesinin güvenlik tedbirleri için özel bir öneme sahip olduğu düşünülmektedir. Bkz. ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 23.

⁷⁵¹ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 58; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 74; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 24; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 23.

⁷⁵² POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 59; POLLÄHNE, NK-StGB, § 62, Rn. 8; KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 61, s. 2212, Rn. 59; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 62, Rn. 3.

⁷⁵³ BGH, "Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus – Subsidiaritätsprinzip (Urteil vom 4.8.1998 - 5 StR 223/98)", NStZ-RR, (12), 1998, s. 360 (ss. 359-360); BGH, "Unterbringung nach § 63 StGB – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität (26. 6. 2007 - 5 StR 215/07)", NStZ-RR, (10), 2007, s. 301 (ss. 300-301).

⁷⁵⁴ Bkz. PARK, s. 35.

İkincillik ilkesinin öğretide güvenlik tedbirlerinin türlerine göre ikili bir ayrım ile ele alındığı görülmektedir. Buna göre hürriyeti bağlayıcı olmayan tedbirler ile hürriyeti bağlayıcı tedbirler bakımından ilkenin yansıması birbirinden farklıdır.

2.1.6.2.2. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirlerde İkincillik İlkesi

Hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte olmayan şahsi güvenlik tedbirleri bakımından ikincillik ilkesinin neredeyse hiç uygulama alanı bulamadığından, bunun öğretide ve yargı kararlarında yeteri kadar tartışılmadığından söz edilmektedir. Bu durumun muhtemelen (örneğin Alman hukukundaki sürücü belgesinin iptali veya meslek icrası yasağı gibi) geleneksel hürriyeti kısıtlayıcı şahsi güvenlik tedbiri niteliğinde olmayan tedbirlerin, failin en başından itibaren yalnız kısmî bir tehlike arz etmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁵⁵. Ancak ikincillik ilkesinin anayasal kökeni esas alındığında bu tür bir çözümün yerindeliği de tartışılmaktadır. Bununla birlikte, öğretide, hürriyeti kısıtlayıcı olmamakla birlikte mahkemenin takdirine bağlı olarak uygulanan tedbirlerde yargıcın ikincillik ilkesini dikkate almasının mümkün olduğu da ifade edilmektedir⁷⁵⁶.

2.1.6.2.3. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirlerde İkincillik İlkesi

Hürriyeti kısıtlayıcı nitelikteki şahsi güvenlik tedbirleri bakımından ise bu ilkenin yalnızca tedbirin infazı için mi uygulama alanı bulacağı yoksa aynı zamanda tedbire hükmedilmesi aşamasında da mı geçerli olacağı konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, ikincillik ilkesinin tedbirin düzenlenmesi aşamasında geçerli olmadığını, bunun bir infaz sorunu olduğunu kabul etmektedir. İkinci bir görüş ise bu ilkenin her iki aşamaya münhasır olduğunu ileri sürmektedir. Denilmektedir ki, ikincillik ilkesi madem anayasal orantılılık ilkesinden türetilen bir parçadır, o halde güvenlik tedbirleri ceza kanununda düzenlenirken bu ilkenin dışlanması kanun koyucunun yetkisine girmemektedir⁷⁵⁷.

Bu nedenle ceza hâkiminin güvenlik tedbirleri bakımından bir “çifte ikincillik denetimi (*doppelte Subsidiaritätsprüfung*)” yapması gerektiği söylenebilir. Bu denetimin ilk ayağı, daha hafif tedbirlerin failin tehlikeliliğini önemli ölçüde azaltma

⁷⁵⁵ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 59; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 75.

⁷⁵⁶ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 59; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 75.

⁷⁵⁷ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 25. Krşl. KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 10. Cezalar bakımından bu orantılılığın gözetilmesinin bir zorunluluk olduğu hususunda bkz. BGH, “Schwere räuberische Erpressung mit Waffe”, NSTZ-RR, (12), 1998, s. 359 (ss. 358-359).

ihtimalini dikkate alarak, daha ağır tedbire ilişkin düzenlemenin ihmal edilebilir olup olmadığının incelenmesidir. Denetimin ikinci ayağı ise hâkimin ilk incelemeye olumsuz yanıt vermesi halinde, tedbirin ertelenmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesidir⁷⁵⁸. Görüldüğü üzere tedbirin askıya alınması ihtimali de ikincilik ilkesinin bir tezahürüdür⁷⁵⁹.

Belirtelim ki, ikincilik ilkesi, birden fazla güvenlik tedbirinin hukuki değerler üzerindeki etkisine göre değerlendirilmektedir. Bu nedenle söz konusu ilke, cezaların orantılılığı açısından geçerli olmamakta, münhasıran güvenlik tedbirlerini ilgilendirmektedir. Böyle olunca, ceza ile tedbirin birlikte uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, cezalar bakımından ikincilik ilkesinin geçerli olmadığı, böyle bir durumda güvenlik tedbirinin uygulanmasından feragat edilemeyeceği görülmektedir⁷⁶⁰. Diğer deyişle örneğin para cezası ve müsaderede olduğu gibi ceza ve tedbirin her ikisinin de uygulanma koşulları gerçekleşmişse, bunlardan birini göz ardı etme olanağı yoktur.

2.1.6.3. Hukuk Devleti İlkesi

2.1.6.3.1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesi, Alman Anayasası'nda, yasama organının anayasal düzene, yürütme ve yargı erklerinin ise kanuna ve hukuka bağlı kalarak faaliyet göstereceği vurgulanmak suretiyle düzenlenmiştir (GG § 20/3). Anayasamızda ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bir hukuk devleti olduğu açıkça vurgulanarak bu prensip Cumhuriyet'in temel ve değiştirilemez niteliklerinden biri olarak kabul edilmiştir (AY m. 2). Devletin temel amaç ve görevlerinden biri, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaktır (AY m. 5).

⁷⁵⁸ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 26; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 62; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 79. Güvenlik tedbiri kararı ile tedbirin ertelenmesi kararının aynı anda verilebileceğine ilişkin bir düzenleme, örneğin Alman hukukunda yer almaktadır. Mahkemenin bu iki hükme aynı kararda yer verebilmesi için tedbirin amacına erteleme yoluyla da ulaşılabilmesine dair haklı bir beklentinin varlığı aranmaktadır (Bkz. StGB § 67b).

⁷⁵⁹ ZIPF, Heinz/LAUE, Christian, "§ 68 Freiheitsentziehende Maßregeln", Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014, s. 930, Rn. 67; VEH, Herbert, "StGB § 67b Aussetzung zugleich mit der Anordnung", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b StGB, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München, 2012, Rn. 1.

⁷⁶⁰ Krşl. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 27.

Hukuk devleti ilkesi, bir yandan hukuki güvenlik ilkesine diğer yandan adalet ilkesine gereksinim duyar. Ceza hukuku, vatandaşların özgürlüğüne en derin müdahaleye izin verdiği için onun istismarına karşı özel önlemler alınmalıdır. Bu nedenle ceza hukukunda kanunların hem önceliği hem de kayıtlanması, hukukun diğer alanlarına kıyasla daha belirgindir. Adalet düşüncesi ise suçun ve hukuki sonuçlarının birbiriyle uyumlu bir ilişki içerisinde olmasını ifade eder⁷⁶¹. Öğretide bir görüş, hukuki sonuçlar sisteminin, anayasal açıdan hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesi arasındaki karmaşık bir uzlaşma olarak anlaşılabileceği kanısındadır. Bu görüşe göre, kullanılan yaptırım araçlarının amacı ve amacın yerine getirilmesi açısından sosyal devlet düşüncesi önemli ölçüde gerekli iken, cezalandırılabilirlik koşullarının kesin biçimde tespit edilmesi yani ceza hukukunun güvence fonksiyonu ise hukuk devleti ilkesine hizmet etmektedir⁷⁶².

Cezaların toplumsal düzeni sağlamaya yeterli olmadığı durumlarda, tehlikeli failin mümkün olduğu ölçüde toplumsal yaşama yeniden kazandırılması ve toplumun fail tarafından tehdit edilen gelecekteki hukuk ihlallerinden korunması için ceza hukukunun müdahalesi şarttır. Ceza hukuku bu müdahaleyi, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde izin verilen güvenlik tedbirleri ile gerçekleştirmektedir⁷⁶³.

2.1.6.3.2. Güvenlik Tedbirlerinde Hukuk Devleti Güvenceleri

Güvenlik tedbirleri, hukuki nitelik tartışmasında da değinildiği üzere, bir yönüyle, ceza adaletine tevdi edilen önleyici polis tedbiri fonksiyonu icra etmektedir. Bu hukuki nitelik, tedbirlerin tarihsel geçmişinden hareket edilerek ortaya konulmaktadır. Ancak bu tedbirler, tehlikenin önlenmesinden başka bir amaç gütmeyen tedbirler değildir. Nitekim salt önleyici amaçlara bir polis hukuku düzenlemesi ile de ulaşılması pekâlâ mümkündür. O halde bu tedbirler, toplumun korunmasının yanı sıra hukuk devleti ve güvenlik ilkeleri doğrultusunda ilgili kişinin korunmasına da hizmet

⁷⁶¹ JESCHECK/WEIGEND, § 4, s. 26-27, Rn. 1-2; SCHMIDHÄUSER, s. 40. Bu anlamda hatıra gelen orantılılık ilkesinin temelini de hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Açık bir yasal dayanak olmasa bile hukuk devleti ilkesine dayandırılan ilkelerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. MEIER, s. 273.

⁷⁶² ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter, “§ 57 Die Sanktionsmittel des allgemeinen Strafrechts”, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENNIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014, s. 694, Rn. 20.

⁷⁶³ SINN, Arndt, “§ 61 – Übersicht”, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg. RUDOLPHI, Hans-Joachim/WOLTER, Jürgen, Wolters Kluwer Verlag, München, 2013, Rn. 2.

etmektedir⁷⁶⁴. Bu doğrultuda güvenlik tedbirleri hukuku açısından hukuk devleti prensibinden kaynaklanan birtakım özel güvencelerden bahsedilmektedir. Öğretide Hanack bu güvenceleri, aşağıdaki dört ana ayrım altında biraraya getirmektedir⁷⁶⁵:

a) Tedbirler, istisnasız biçimde, en azından ceza muhakemesinin kanunda belirlenen katı usullerine (sıkı/katı ispat, “*Strengbeweis*”) uygun biçimde hükmedilmesi gereken hukuka aykırı bir vesile eylemin (sebeup suçun) (*Anlasstat*) işlenmesini öngörür.

b) Tedbirlere sadece ceza muhakemesi sonucunda veya kanunda öngörülmesi halinde güvenlik tedbirleri muhakemesi neticesinde hükmolunabilir⁷⁶⁶. Bunun anlamı, güvenlik tedbirleri muhakemesinde hem soruşturma evresinin hem de kovuşturma evresinin adli makamlar tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olmasıdır. Diğer bir deyişle, soruşturma evresinde takibatı Cumhuriyet savcılığı yapmalı, kovuşturma evresinde kararı ise bağımsız mahkeme vermelidir.

c) Güvenlik tedbirleri hukukunda kanunilik ilkesi ve özellikle kıyas yasağı geçerlidir. Bu durum, tedbirlerin ancak kanunda yazılı şartlar yerine getirildiği takdirde uygulanmasının olanaklılığını ortaya koyar. Tedbir öngörülme durumu tedbir öngörülen duruma benzetilerek uygulanması kabul edilemez⁷⁶⁷.

d) Güvenlik tedbirleri hukukunda *in dubio pro reo* (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi geçerlidir⁷⁶⁸. Tedbirin uygulanması için başta hukuka aykırı fiil olmak üzere şekli şartların gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte adı geçen prensip, tedbirin maddi şartları, diğer deyişle failin gelecekteki tehlikeliliği yani tekerrür tehlikesi

⁷⁶⁴ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 37; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 49. Suç politikası bakımından toplumsal savunmanın yalnızca cezalarla gerçekleştirilmeyeceği, ceza uygulanamayan veya cezanın yetersiz kaldığı bazı failer için hukuk devleti ekseninde güvenlik tedbiri niteliğinde ek vasıtalarla ihtiyaç bulunduğu açıktır. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 446, kn. 801. Hukuk devleti ilkesi ayrıca ihlal ettiği hukuk kuralının anlamını bilmekten ve buna uygun hareket etmekten aciz olan bir kimseye ceza verilmesini yasaklar (a.g.e., s. 404, kn. 761).

⁷⁶⁵ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 38; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 50.

⁷⁶⁶ Güvenlik tedbirleri, en azından suç teşkil eden hukuka aykırı bir eylemin işlenmesi gerektiğini öngörmekte, dolayısıyla bunlara da cezalar gibi hukuk devleti prensibi esasına dayanan bir ceza muhakemesine veya kanunda ayrıca öngörülmüşse güvenlik tedbirleri yargılaması kurallarına bağlı olarak hükmolunmaktadır. Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 13. Alman hukukunda bu kuralın istisnasını denetimli serbestlik tedbirinin ceza kanunu gereği kendiliğinden uygulandığı durumlar oluşturmaktadır. Türk hukukunda ise çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin soruşturma evresinde de uygulanabilmesi olanaklı kılınmıştır. Aynı şekilde esasen bir güvenlik tedbiri niteliğinde olmayan sınır dışı edilme için de hukukumuzda muhakeme şartı aranmamıştır.

⁷⁶⁷ “Kıyas yasağı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, (cezalar dışında) ayrıca güvenlik tedbirleri ile cezai karakter taşımayan fer’i neticeler için de geçerlidir” [BGH, “Grenzen der Einziehung und der Verhängung von Nebenstrafen bzw. Nebenfolgen”, NJW, (11), 1963, s. 500 (ss. 499-500)].

⁷⁶⁸ Hukuk devleti prensibinin bir sonucu olarak, kıyas yasağı ve *in dubio pro reo* (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi sadece cezalar değil, aynı zamanda ceza hukukunun ikinci izi olan güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 13. Türk hukukunda da aynı düşünce doğrultusunda güvenlik tedbiriyle bağlantılı hususlarda ispat olanağı yoksa bunun sanık lehine yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Bkz. YAYLA, Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 232.

açısından da aynen geçerlidir. Gerek formel gerek materyal koşulların tam olarak sağlanıp sağlanmadığı konusunda tereddüt varsa, tedbir uygulanmamalıdır.

2.2. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

Bir tedbirin güvenlik tedbiri sayılabilmesi için, onun, failin tehlikeliliğine dayanma, kriminal anlamda bir suçun işlenmesini gerektirme, kanuni düzenlemeyle ihdas edilme ve mahkeme tarafından yapılacak bir yargılama sonucu hükmedilme koşullarını sağlaması gerekir⁷⁶⁹. Bu şartlar kümülatif niteliktedir. Bu koşullardan birinin eksikliği, uygulanacak hukuki sonucun teknik anlamda güvenlik tedbiri vasfının ortadan kalkmasına neden olur.

2.2.1. Failin Tehlikeli Olması

Güvenlik tedbirlerinin temel koşulu, failin tehlikeli olmasıdır⁷⁷⁰. Bu anlamda tehlike, ceza hukukunda ceza dışında kalan hukuki sonuçlarının ortaya çıkış sebebidir. Güvenlik tedbirlerinin kaynağı olan tehlike, ileride fail tarafından özellikle bir suçun işlenmesiyle somutlaştırılma ihtimali bulunan beşeri davranışın gerçekleştirilme riskidir. Güvenlik tedbirinin kararı ve infazı için tehlike sorununun çözülmesi gerekir. Bunun çözülmesi içinse ceza hukukunda tehlike kavramının incelenmesi şarttır.

2.2.1.1. Tehlikelilik ve Tehlikeli Hal Kavramları

Güvenlik tedbirlerinin uygulanma koşullarından ilki, klasik cezaların suçluluğu engellemeye yetmemesi anlayışını sergileyen ve kavramın ortaya çıkışının da gerekçesini teşkil eden “tehlikeli hal”dir. Tehlikeli hal, güvenlik tedbirlerinin temelidir ya da başka bir deyişle özellikle ilerleyen suçların işlenmesi ile ilgili olarak güvenlik tedbirlerinin odağında tehlikelilik yer almaktadır⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Bu şartlar ve ayrıntıları hakkında ayrıca bkz. ARTUK, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 191 vd.; ARTUK, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 466 vd.; ARTUK, “Genel Esaslar”, s. 279 vd.; ARTUK/ALAN AKCAN, “Mukayeseli Hukuk”, s. 10 vd.

⁷⁷⁰ ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Klaus, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, C. F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2003, s. 10, 48; HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46; ZAFER, Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, İÜHFM, 62 (1-2), İstanbul, 2004, s. 271.

⁷⁷¹ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14. Bu nedenledir ki, güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için failin toplum açısından tehlikeli olup olmadığının hâkim tarafından araştırılması ve tespit edilmesi gerekir. Bkz. PISAPIA, s. 174.

Güvenlik tedbirlerinde geçmişe yönelik kınanabilirlik değerlendirmesi yapılmamaktadır. Aksine ileriye yönelik olarak failin yeni suçlar işlemesinin önüne geçilerek aktüel tehlikelilik hali giderilmeye çalışılmakta, muhtemel/potansiyel mağdur, geniş anlamda toplum ve dolaylı olarak da fail korunmaktadır.

Ceza hukukunda Klasik Okul failin geçmişi ve kusurluluğuyla ilgilenirken, Pozitivist Okul failin geleceği ve tehlikeliliğiyle ilgilenmiştir. Klasikler, hukuk devleti bağlamında adalet ve kefarete eksensel; Pozitivistler ise koruma ve iyileştirme eksensel hareket etmişlerdir⁷⁷². Pozitivist Okul temsilcilerinden *Garofalo*'nun 1878 yılında yayımladığı bir makaleyle ilk kez cezanın tespitinde suçlunun fiilinin değil, onun tehlikeliliğinin dikkate alınması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁷⁷³.

Türk hukukunda bir görüş, genel anlamda tehlikeliliği, “gelecekte zararlı bir olayın gerçekleşeceğine dair bir ihtimal ve tahmin”; ceza hukuku sahasında tehlikeliliği ise “ceza hukuku normlarının tekrar ihlal edileceğine ilişkin bir ihtimal” olarak tanımlamakta; yine bu anlamda tehlikeliliği, “önceden suç işlemiş ve tekerrür ihtimali olan sosyal tehlikeli insanın durumu” olarak ele almaktadır⁷⁷⁴.

Ceza adaleti bağlamında tehlikelilik kavramını tanımlayan *Petrunik*'e göre, tehlikelilik, zararlı eylemlere girişmeye yatkın olan bireylerin potansiyel durumunu ifade etmektedir⁷⁷⁵. Bu tanımdan çıkan birkaç sonuç bulunmaktadır. İlk, tehlikelilik, zararlı davranışları veya ihmalleri değil, bunların faillerini ifade eder. İkincisi, tehlikelilik hali madem bireylere ilişkindir, o halde kamu kurumlarının ve özel hukuk tüzel kişilerinin tehlikeliliğinden bahsedilemez. Üçüncüsü, tehlikelilik failden kaynaklanan öznel bir durumdur. Nihayet, tehlike hali muhtemel zarar olarak kavramsallaştırılmak suretiyle yalnız geleceğe etki eder ve zarar ihtimali yoksa tehlikelilik de yoktur.

Schöch'e göre, güvenlik tedbirleri hukuku açısından tehlikelilik, ihtimal derecesinin fazlalığı anlamında fiilin tekrarlanma (nüks etme) olasılığı biçiminde anlaşılmalıdır⁷⁷⁶. Bu olasılık düzenli olarak birçok bireysel olgunun

⁷⁷² SCHNEIDER, Hans Joachim, Einführung in die Kriminologie, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1993, s. 9-10.

⁷⁷³ DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 1994, s. 368. *Garofalo*, suç teşkil eden fiili, münferit bir olaydan ziyade suçlu insanın ruhi gayritabiiliğinin alamet ve delili olarak değerlendirmiştir. Bkz. GAROFALO, s. 83.

⁷⁷⁴ PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt (Madde 1-71), Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 963.

⁷⁷⁵ PETRUNIK, Michael, Models of Dangerousness: A Cross Jurisdictional Review of Dangerousness Legislation and Practice, University of Ottawa Criminology Department, Ottawa, 1994, s. 4. *Artuk*'a göre tehlikeli hal, geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli kusurları nedeniyle yeni suçlar işleme olasılığı bulunan kişinin durumunu ifade eder (ARTUK, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 467).

⁷⁷⁶ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 57; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14.

değerlendirilmesinden oluşur. Böyle bir olasılığın fiilen tespit edilmesi gerekir. Bu olasılığın ne ölçüde gerekli ve yeterli olacağı değerlendirmesi, her defasında bireysel tedbirin koşulları gözetilerek yapılmalıdır. Bununla birlikte basit bir tekrarlanma ihtimali, tehlikeliliğin mevcudiyetini teyit etmek için genellikle yeterli değildir⁷⁷⁷.

Önemle belirtmek gerekir ki, suç işleyen herkes tehlikeli fail olarak kabul edilemez. Öğretide bunu anlatmak üzere “Bir aziz (*Santo*) tarafından da suç işlenebilir” örneği verilmektedir. Yani tüm suçlarda tehlike, tüm suçlularda tehlikeli hal bulunmak zorunda değildir. O halde “tehlike” kavramı, nihayetinde “ihtimal” kavramına bağlanmalıdır. Gerçekten güvenlik tedbirleri hukuku açısından “tehlikelilik (*pericolosità*)” bir kimsenin suç işlemiş olmasını değil, gelecekte muhtemelen suç işleyecek olmasını ifade eder⁷⁷⁸.

Kanun koyucular, fail hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren “tehlike”liliğe kimi zaman açıkça yer vermekte; kimi zaman da tehlikeliliği belirtmeden, failin tehlikeli olduğu varsayımına ulaştıracak bazı emarelerden söz etmektedir. Bunlardan ilkinde söz gelimi “toplum için tehlike arz etme (StGB § 63)”, “önemli hukuka aykırı fiiller işleme tehlikesi bulunma (StGB § 64)”, “kamu güvenliği açısından tehlikeli olma (TCK m. 54/1)”, “toplum açısından tehlikeliliğinin artması (TCK m. 57/5)” veya “özel tehlikeli suçlular (TCK m. 58)” gibi birtakım kalıpların normda yer alması örnek gösterilebilir. İkincisine ise “fiili işlediği sırada çocuk olma (TCK m. 31/1)”, akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama ve davranışlarını yönlendirememesi (TCK m. 31/2, 32/1, 34/1)” gibi farazi tehlikelilik normları örnek verilebilir.

2.2.1.2. Tehlikelilik Türleri

2.2.1.2.1. Fiil Tehlikeliliği ve Fail Tehlikeliliği

Gündelik kullanımda zarara yol açmaya elverişli olan duruma “tehlike”, bu durumda bulunan kişiye, nesneye veya davranışa ise “tehlikeli” denilmektedir. O halde tehlikelilik, zarara yol açıp açmadığından bağımsız olarak bir kimsenin, nesnenin veya hareketin potansiyel halini ifade etmektedir. Dolayısıyla tehlikelilik, aitlik

⁷⁷⁷ SCHÖCH, Heinz, “§ 63 Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 59; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14.

⁷⁷⁸ GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano, s. XIV; ANTOLISEI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 722.

değerlendirmesi yapılmak suretiyle ikiye ayrılabilir. İlkin tehlikelilik, fiilin kendisini ifade etmek üzere kullanılabilir. Fiilin tehlikeli olması, hareketin zarar meydana getirme imkân veya ihtimalini ifade eder⁷⁷⁹. İkinci olarak tehlikelilik, failin sıfatını belirtmek üzere kullanılabilir. Failin tehlikeli olması ise failin suç teşkil eden antisosyal hareketi gerçekleştirme ihtimalini ortaya koyar. Güvenlik tedbirleri açısından önemli olan, fiilin değil failin tehlikeliliğidir. Bu nedenle örneğin kusur yeteneğinden mahrum olduğu için kendisine ceza verilemeyen fail hakkında tedbir uygulanıp uygulanmayacağına karar verirken, onun işlemiş olduğu suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu değerlendirilmesi yapılmaz.

Failin tehlikeliliği genelde birden fazla suç işlemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte tehlikeliliğin tekerrüre bağlanması elbette söz konusu değildir. Failin ilk kez suç işlemesi halinde de onun tehlikeliliğinden bahsedilebilir. Ancak sebep suçun ilk kez işlenen bir suç olması halinde, tehlikenin hükümde ayrıntılı olarak incelenmesi ve gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸⁰.

2.2.1.2.2. Sosyal Tehlikelilik ve Kriminal Tehlikelilik

İtalyan Pozitivist *Ferri*, tehlikeliliği “sosyal (içtimaî) tehlikelilik” ve “kriminal (cürmî) tehlikelilik” olarak ikiye ayırmıştır. Yazara göre, failin suç işleme ihtimalinin bulunmasından ibaret olan tehlikelilik durumu, sosyal tehlikeliliktir. Hâlbuki kriminal tehlikelilik, failin tekerrüre düşme ihtimalinin bulunması halidir. Bu nedenle sosyal tehlikelilik önleyici boyutuyla polis tedbirleri hukuku sahasında incelenirken, cürmi tehlikelilik hali ceza hukuku sahasında ceza adaletinin tesisine hizmet eder⁷⁸¹. Gerçekten kriminolojik açıdan biyolojik veya sosyolojik belirtilerin hukuksal belirtilere kıyasla daha fazla önem taşıdığı söylenebilirse de modern ceza hukukunda hukuki belirtiler alanına dâhil olan, bir kimsenin sosyal açıdan tehlikeliliği değil, hukuki açıdan tehlikeliliğidir. Nitekim tehlikeli halin hukuki belirtisi, failin suç işleyerek veya suça teşebbüs ederek cezalandırılabilir alana girmiş olmasıdır. *Grispigni* de bir kimsenin suç işleme kabiliyetinde olup olmadığını gösteren en kuvvetli emarenin, diğer deyişle tehlikeliliğin hukuki belirtisinin önceden bir suçun işlenmesi olduğunu

⁷⁷⁹ Bu konudaki görüşler için bkz. Kunter, Maddi Unsurlar, s. 124-125.

⁷⁸⁰ ZIEGLER, Theo, “StGB § 63 Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, Beck’scher Online-Kommentar StGB, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 11.

⁷⁸¹ DÖNMEZER, Sulhi, “Tehlikeli Hal Meselesi”, İÜHFM, 10 (1-2), İstanbul, 1944, s. 181.

düşünmektedir⁷⁸². Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin karar ve uygulama koşulu olan tehlike halinin “*post delictum* (suç sonrası) tehlikelilik” olduğu söylenebilir. Suç sonrası tehlikelilik ise bir kimsenin tehlikelilik halinin, onun en azından bir suçun icra hareketlerine başlamış olması dolayısıyla ceza hukuku vasıtasıyla müdahale edilebilir alana girmesini ifade eder. Bununla birlikte ceza kanunlarında tehlike halinden bahsedildiğinde, kriminal tehlikenin esasında yer alan tehlike halinin de “bireysel” değil “toplumsal” tehlike olduğu açıktır. Bu anlamdaki tehlike, hem genel halkı tehdit eden hem de kriminal anlamda bir suçun işlenmesi ihtimalini içeren bir tehlikedir.

Sosyal tehlikelilik için önemli olan, failin genel halk bakımından tehlikeli halde bulunmasıdır⁷⁸³. Diğer bir deyişle failin belli kişi veya kişiler açısından tehlikeli görülmesi veya böyle telakki edilmesi ona tedbir uygulanması için yeterli değildir. Ancak öğretide ciddi zarar görme tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda tek tek bireylerin de genel halkın bir üyesi olarak göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Ne ki fail ile mağdur arasındaki ilişkiyi değiştirmek suretiyle bu durumun önlenmesi olasılığı varsa, kamusal bakımdan tehlikeli halin bulunmadığı varsayılmaktadır⁷⁸⁴.

Failin kusur yeteneğinin bulunmamasına rağmen ona misilleme olarak ceza uygulanması yoluyla toplumun ve failin caydırılmasını amaçlamak gereksiz ve mantık dışı olacağı gibi ceza politikası bakımından da cezayla ulaşılabilir nitelikte değildir⁷⁸⁵. Sosyal tehlikelilik, sadece güvenlik tedbirlerinde değil, cezanın belirlenmesinde de failin yeniden suç işleyip işlemeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. Ancak özellikle suç işlemeye yatkınlığı (eğilimi) bilinen suçlularda toplumun korunması, klasik cezalar yanında güvenlik tedbirleri sistemi ile sağlanır.

İtalyan ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin maddi bakımdan uygulanma koşulu, failin toplumsal açıdan tehlikeli olmasıdır⁷⁸⁶. İtalyan CK m. 203'te sosyal tehlikeliliğin ne anlama geldiği açıklanmaktadır. Buna göre, “*Ceza Kanununun anlamı çerçevesinde önceki maddede belirtilen fiillerden herhangi birini işleyen veya kanun tarafından cezalandırılan başka suçları işlemesi muhtemel olan bir kimse, isnat yeteneği bulunmasa veya cezalandırılabilir olmasa bile, toplum açısından tehlikelidir*”.

⁷⁸² Bkz. TOSUN, Öztekin, Suçluların Gözlemi, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1966, s. 188-189.

⁷⁸³ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 63, Rn. 10.

⁷⁸⁴ KILIAN, Ines, “§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung”, AnwaltKommentar Strafrechtsgesetzbuch, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 61.

⁷⁸⁵ ROXIN, Claus, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1973, s. 33.

⁷⁸⁶ Türk ceza hukukunda akıl hastasının toplum açısından tehlikeli olması, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma koşulları içinde değerlendirilmektedir. Bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 963.

Bu tehlikeliliğin saptanmasında geçen “muhtemel” ibaresi açısından tahmin olasılığı, tedbirin uygulanması bakımından ileride başka suçların işlenebileceği yönünde belirleyici kriterdir; dolayısıyla sadece bir suçun işlenmesi imkânının bulunmasıyla sınırlı değildir⁷⁸⁷. Kanunun lafzından hareket edildiğinde, maddede “isnat edilebilirlik olmasa bile” tehlikeli halden bahsedildiğine göre, isnat yeteneği bulunan kimselere de tedbir uygulanması mümkündür. Kusur yeteneği bulunanlar hakkında güvenlik tedbirlerine mahkeme tarafından cezanın yanında (cezayla aynı usul doğrultusunda) hükmedilecektir⁷⁸⁸.

2.2.1.2.3. Geçmiş Tehlike, Mevcut Tehlike ve Muhtemel Tehlike

Öğretide *Rocco*’nun zaman bakımından yaptığı ayrıma göre, tehlike “geçmiş”, “mevcut” veya “geleceğe ilişkin” olabilir⁷⁸⁹. Bu ayrım dikkate alındığında failin cezalandırılmasına yol açan ve fiile ilişkin olan tehlikenin geçmiş tehlike, buna karşılık faile ilişkin olan ve ona güvenlik tedbiri uygulanmasına yol açan tehlikenin ise mevcut ve gelecekteki muhtemel tehlike olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin uygulanması için failin geçmişteki tehlikeli hali önem taşımadığı gibi, failin yargılama anında mevcut olan tehlikeli halinin geçmişte ne zaman başladığı da önemli değildir.

Suçlunun mevcut “bozukluğuna” rağmen uzun müddet boyunca herhangi bir suç işlememiş olması halinde, onun gelecekte suç işleme ihtimali bulunmadığına yönelik aksi yönde çürütülebilir bir karine oluşacağı söylenebilir. Gerçekten örneğin failin otuz yaşında bir akıl hastası olması ve en son yirmi yıl önce bir suç işlemiş olması, onun sosyal savunmayı gerektirecek bir tehlike halinden hâlihazırda yoksun olduğu varsayımını oluşturmaya yeterlidir. Bu karinenin aksinin ispatı, failin uzun müddet sonra da olsa yinelenen bir suç işlemiş olmasıdır.

⁷⁸⁷ Rocco Kanunu’nun orijinalinde yer alan tehlikeliliğe ilişkin bazı varsayımlar, İtalyan Anayasa Mahkemesi (*Corte Costituzionale*) tarafından Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. *Gozzini Kanunu* olarak da adlandırılan 663/86 sayılı Kanunla birlikte 1986 yılında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler önemli ölçüde yeniden uyarlanmıştır. Bu nedenle günümüzde failin tehlikeliliği her durumda mutlak biçimde tespit edilmiş olmalıdır (MAIWALD, s. 34).

⁷⁸⁸ MAIWALD, s. 34.

⁷⁸⁹ Fiile yönelik tehlikeyle sınırlı olan bu görüş uyarınca, zararın meydana gelmesi halinde geçmiş tehlikeden, zararın meydana gelmemesi halinde mevcut tehlikeden, tehlikeyi meydana getirecek objektif şartların bulunmaması halinde ise gelecek tehlikeden söz edilir. Bkz. Kunter, Maddi Unsurlar, s. 131.

2.2.1.2.4. Soyut Tehlike ve Somut Tehlike

Tehlike, bir diğ er açıdan, soyut ve somut tehlike olarak ayrılabilir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için soyut bir tehlikenin veya bir tehlike ihtimalinin ortaya çıkması yeterli değildir. Bu tedbirler için aranan, somut ve bilfiil dış dünyaya yansıyan bir tehlikedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için “somut tehlike” unsurunu, daima aranması gereken bir  n koşul olarak değ lendirmektedir. Tehlikenin somut olması, bunun ispatına yönelen kanıtın da somut olmasını gerektirir. Öğretide de yalnızca yenilenmiş bir dürtüsel davranışa dair ipucunun veya sadece gizli bir tehlikenin yahut saf bir suç işleme ihtimalinin soyut bir değ lendirme olarak kalacağı d   n lmektedir⁷⁹⁰. Buna göre, failin hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek suretiyle tehlikeli halini somut biçimde sergilemesi gerekir. Yüksek Mahkeme’ye göre somut tehlikenin bulunduğunu söyleyebilmek için iki kümülatif şartın sağlanması elzemdir: Birincisi, failin gelecekte büyük olasılıkla benzer hukuka aykırılıkları işleme olasılığı bulunduğu s ylenebilmeli; ikincisi, failin bu durumda olması kamu güvenliği açısından tehdit olu turmalıdır⁷⁹¹.

2.2.1.2.5. Objektif Tehlike ve Subjektif Tehlike

Tehlike, güvenlik tedbirinin konusu dikkate alınarak yapılan bir ayrımla ele alındığında, onun “objektif (nesnel)” veya “sübjektif ( znel)” nitelikte olması olanağından bahsedilmektedir. Öğretide eşya ve kazanç üzerinde uygulanan müsadere tedbirinde, “tehlikelilik” kavramından anlaşılması gerekenin, kendiliğinden bu malvarlığı değerinin sergilediği tehlikelilik olmadığı; objektif bir tehlikelilik olarak değ lendirilen “ eyin tehlikeliliği”nin, bu şeyin failin elinde bulunmasının onda yaratabileceği subjektif tehlikelilik olarak ortaya çıkması gerektiği d   n lmektedir⁷⁹².

2.2.1.2.6. Genel Tehlike ve  zel Tehlike

Tehlike, yöneldiği kişilerin niceliğine göre “genel (kamusal) tehlike” ve “ zel (bireysel) tehlike” olarak da incelenebilir. Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için failin

⁷⁹⁰ Bkz. ZIEGLER, BeckOK-StGB,   63, Rn. 11.

⁷⁹¹ BverfGE, 91, 1 (27).

⁷⁹² Bkz. AYDIN, “Müsadere”, s. 146.

özel bireyler açısından taşıdığı tehlike durumu dikkate alınmaz. Diğer deyişle failin toplum açısından yani kamusal ölçekte bir tehlike hali sergilemesi gerekir⁷⁹³.

Bu ayrım öğretide eşya müsadereisinin koşulları incelenirken de başvurulacak bir tehlike ayrımıdır. Fakat bu açıdan genellik ve özellik, tehlikenin yöneldiği kişilerin niceliğini değil, doğrudan doğruya eşyanın tabiatını esas alır. Genel tehlikelilik, müsadere konusu eşyanın tek tek belirli kişilerin hukuki değerleri üzerinde değil fakat tabiatı ve koşulları gereği genel halk açısından oluşturduğu tehlikeyi ifade eder. Burada söz gelimi patlayıcı madde veya zehir gibi soyut olarak tehlikeli niteliği bulunan nesnelerden bahsedilir⁷⁹⁴. Özel tehlikelilik ise genel tehlikeli nesneden farklı olarak, nesnenin sadece içinde bulunduğu durumdan dolayı tehlikeli olması değil, onun, hukuka aykırı fiillerin işlenmesine hizmet etme ihtimalinden dolayı tehlikeli olması anlamına gelir. Bu tür bir tehlike, örneğin sahte para veya özel olarak hazırlanmış diğer bazı kriminal araçlarda olduğu üzere, suç işlemek haricinde kullanılması pratik olarak pek mümkün olmayan nesnelerin sergilediği bir tehlikeli haldir⁷⁹⁵.

2.2.1.3. Tehlikeliliğin Ön Koşulları

Muhafaza altına alma tedbiri bakımından tehlikeliliği değerlendiren *Tröndle/Fischer*'e göre, bir suçlunun tehlikeli olduğundan söz edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; suçun nüksetme hızının yüksek olması, elverişli bir çalışma fırsatı tanındığı halde suçun tekrarlanması, işlenen suçların yoğunluğunun ve tehlikesinin sürekli biçimde artması, kriminojen ortama defaatle geri dönülmesi, suç örgütlerine katılım, hapis cezasının etkisiz kalması, failin anlayış eksikliği ile söz gelimi dissosyal kişilik bozukluğunda olduğu gibi ağır bir zihinsel anormalliğin gereksinimlerini karşılayan veya früstrasyona dayanma gücünün düşüklüğü, ihtiyaç tatminini ertelemek veya hatalarının sorumluluğunu yüklenmek gibi toplumsal normların içselleştirilememesi, empati yeteneğinden yoksunluk gibi unsurları içeren kişilik özellikleri olarak sıralanmaktadır⁷⁹⁶.

⁷⁹³ Bkz. TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 66, s. 544, Rn. 24 (b).

⁷⁹⁴ ADICK, Markus, “§ 74 Voraussetzungen der Einziehung”, *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 13.

⁷⁹⁵ ADICK, AnwK-StGB, § 74, Rn. 14.

⁷⁹⁶ Bkz. TRÖNDLE/FISCHER, StGB, § 66, s. 545-546, Rn. 27; KILIAN, AnwK-StGB, § 66, Rn. 69.

2.2.1.4. Tehlikeliliğin Eleştirisi

Tehlikelilik kavramının bazı açılardan eleştirildiği görülmektedir. Özellikle ceza hukukunu da etkileyen kriminolojik açıdan tehlike tanımı, failin ileride işleyebileceği potansiyel suçlardan hareket etmektedir. Bunun zorunlu sonucu olarak, fail hakkında geleceğe yönelik suç işleme kuşkusundan kaynaklanan bir “tehlike olasılığı” değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu olasılık tahmini, suç işleme konusunda yüksek bir ihtimale, yani toplumun himaye edilmesi gerektiği düşünülen bir fiilin işlenmesinin kuvvetle muhtemel olmasına bağlanmaktadır. Bununla birlikte suç işlemeye dair “yüksek ihtimal”ın ne anlama geldiği belirgin değildir. Çoğu kez yüzde doksan olasılıkla suç işleyebileceği düşünülen kişinin tehlikeli olduğu söylenebilecek ise de örneğin yüzde elli ihtimal varsa aynı netlikte bir belirleme yapılamayacaktır. Hatta yüzde on suç işleme eğiliminin bulunduğu hallerde dahi failin tehlikeli olduğunun kabul edilip edilmeyeceği yahut ihtimal değerlendirmesine dayanak olan ciddi suçların neler olduğu bir sorun teşkil etmektedir^{797, 798}.

2.2.2. Fiilin Suç Vasfı Taşınması

Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için failin dış dünyaya yansıyan bir davranışının bulunmasının veya işlenen fiilin suç vasfına sahip olmasının gerekip gerekmediği konusu öğretilerde uzun zaman boyunca tartışılmıştır. Bu görüşlerden ilki, güvenlik tedbirinin kanuni tipi ihlal etmesini ararken; ikincisi, kanuni tip ihlal edilmese bile failin tehlikeliliğini ortaya koymasını yeterli kabul etmektedir.

⁷⁹⁷ Bkz. OBERGFELL-FUCHS, Joachim, “Gefährliche Straftäter aus kriminologischer und psychologischer Sicht”, <http://badlandverb.de/bb-obergfell.pdf> (E.T. 11.2.2017). Kaldı ki, tehlikelilik kavramının bizatihi kendisinin muğlak olduğu ifade edilmektedir. “Kamu düzeni” veya “kamu yararı” kavramlarında görülen belirsizlik, “tehlikeli hal” için de geçerlidir (ÖZTÜRK/ERDEM, s. 445, kn. 801).

⁷⁹⁸ Örneğin Almanya’da uygulanmakta olan muhafaza altına alma tedbiri, ciddi suçlar ölçütü dikkate alınarak eleştirilmektedir. Denilmektedir ki, bu güvenlik tedbiri çoğu kez çok ciddi suçlar işleyen kişiler üzerinde değil, kıyasen daha önemsiz (hafif) suçlar işlemekle birlikte suç işlemeyi kariyer edinme ihtimali yüksek olan kişilere karşı uygulanmıştır. Gerçekten ampirik araştırmalar da bu eleştirinin sağlam bir zemine oturduğunu ortaya koymuştur. 1930’lardan 1960’lara kadar malvarlığına karşı işlenen ve şiddet içermeyen suçlar için uygulanan bu tedbirin, cinsel suçlar ve yağma suçu gibi ciddi (ağır) suçlar bakımından önemi, 1980’lerde yapılan çalışmalarla ortaya konulmuştur (DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 39). Tedbir uygulanan suçlar incelendiğinde, 2006 yılı verilerine göre cinsel suçlar altıda bir oranında yer alırken, tabloda en fazla malvarlığına karşı suçların yer aldığı gözlenmektedir. Bkz. DESSECKER, Axel, “Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus: Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2006”, Kriminologische Zentralstelle, Wiesbaden, 2008, s. 19, 65, tablo 2.1-d.

Bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin amacı suçun işlenmesini önlemektir. İşlenmesi önlenmek istenen suçun daha önce işlenip işlenmediğinin bir önemi bulunmaz. Yani failin tekrare düşmesini engellemeyi amaçlayan tedbirler birer güvenlik tedbiri olduğu gibi, onun ilk kez suç işlenmesini önlemeyi hedefleyen tedbirler de bu görüşe göre birer güvenlik tedbiridir. Burada önemli olan faili suça iten fiziksel, toplumsal ve çevresel nedenleri ortadan kaldırmaktır⁷⁹⁹.

Belirtelim ki, anti-sosyal veya toplum karşıtı her davranış suç değildir; fakat her suçun toplumsal en az bir menfaati zedelediği başlangıçta kabul edilir. Bu nedenle tedbirin dayanağı olan tehlikelilik hali, sosyal olmayana değil, doğrudan doğruya suç olana ilişkin olmalıdır. Bununla birlikte, yine belirtmeliyiz ki, fiilin suç olmadığı ancak failin tehlikeli olduğu bazı hallerde de güvenlik tedbirleri uygulanıp uygulanmayacağı problemi ortaya çıkabilir. Türk hukukunda yasa koyucu bu yönde bir düzenlemeye yer vermemiş olsa da, karşılaştırmalı hukukta, örneğin İtalyan CK m. 49/4'teki haliyle “işlenemez suç” durumunda tedbir uygulanmasına olanak tanıyan bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemenin temel dayanağı, tehlikeli olduğu açık olan faili hukukun tümüyle göz ardı etmesinin sakıncalarıdır. Gerçekten, işlenemez suçun sonuçsuz kalması Pozitivist hukukçular tarafından eleştirilmiş ve hukuksal değer veya menfaate henüz zarar verilmemiş olmasının, toplumu koruma gayesi düşünüldüğünde kişilerin sosyal açıdan tehlikeli halini ortadan kaldırmayacağı gerekçesine dayanılmıştır⁸⁰⁰. Bunun temelini oluşturan yasal norm, İtalyan CK'nın güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliğini düzenleyen 202'nci maddesidir. İtalyan CK m. 202'ye göre, güvenlik tedbirleri sadece kanunda suç olarak öngörülen bir fiili gerçekleştiren sosyal tehlikeli kişiler hakkında uygulanır. Kanunda suç olarak öngörülmemiş fiillerden dolayı sosyal tehlikeli kimseler hakkında hangi durumlarda güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını ise Ceza Kanunu tespit edecektir⁸⁰¹. Suç işlememiş olmasına rağmen toplum açısından tehlikeli olduğu kabul edilen kimseler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceğinin kabul edilmesi, öğretilde, dolaylı da olsa “suçsuz ceza olmaz” ilkesiyle ilişkilendirilerek eleştirilmektedir⁸⁰². İslam hukukunda işlenemez suç halinde kişi gerçekte suçlu olarak dünyevi yaptırımla cezalandırılmamakta; fakat suçu hafife aldığı ve farzları göz ardı ettiği için işlemeyi kast ettiği suçun günahına girdiği kabul

⁷⁹⁹ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 1998, s. 634. Böylelikle yazar, güvenlik tedbiri uygulanması için suç işlenmesinin gerekmediğini ancak suçun işlenmesi tehlikesinin bulunmasının yeterli olduğunu düşünmektedir.

⁸⁰⁰ Bkz. ERSOY, s. 123; GÜNGÖR, Devrim, Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 122.

⁸⁰¹ Bkz. PISAPIA, s. 37, dn. 8; RENDE, s. 74; GÜNGÖR, s. 126.

⁸⁰² ANCEL, Marc, “Muasır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi”, Çev. TÜZEL, Sadık, Adliye Ceridesi, 29, 1938, s. 133; ALACAKAPTAN, “Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi”, s. 28.

edilmektedir⁸⁰³. Türk hukukunda da 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde bir görüş, işlenemez suçun neticesiz kalmaması adına azaltılmış bir cezayla karşılanması veya güvenlik tedbirine hükmolunması yahut bu ikisinin birlikte uygulanması gerektiğini savunmuştur⁸⁰⁴.

Diğer bir görüşe göre, cezalar gibi güvenlik tedbirleri de hukuka aykırı fiile yani ceza hukukundan bahsedildiğine göre ceza hukuku kurallarının hukuka aykırı biçimde ihlaline, öyleyse en azından öğretide “sebepten suç (*Anlassstat*)” olarak adlandırılan bir suçla ilgili olan ve dolayısıyla suçu takip eden tedbirlerdir⁸⁰⁵. Fiil suç teşkil etmediği halde, failinin birtakım fiziksel özellikleri kriter alınmak suretiyle tedbire başvurulması gerektiğini savunan *Lombroso*'nun bu düşüncesi, modern ceza hukuku sistemlerinde dikkate alınmamaktadır⁸⁰⁶. Bu nedenle failin yalnızca durumu, kişiliği, birtakım özellikleri veya genel anlamda tehlikeli hali, bu görüşe göre, tedbirin uygulanması için yeterli değildir; tehlikeliliğin mutlaka suç teşkil eden bir fiil sonucu açığa çıkması gerekir.

Güvenlik tedbirleri, idari tedbirlerden farklı olarak, bir zarar tehlikesi doğmadığı halde uygulanabilir önlemlerden değildir. Tersine ifadeyle, güvenlik tedbirleri, gerçek ve fiilî bir zarar veya tehlikeden sonra uygulanabilir önlemlerdendir. Öyleyse bu tedbirler için geçmişte işlenen bir hukuka aykırı fiil, geçmişe ait mevcut bir zarar veya tehlike, ancak ileriye ait muhtemel ve olanaklı bir zarar yani tekrür tehlikesinden

⁸⁰³ EBU ZEHRİ, Muhammed, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C. 1, Çev. TÜFEKÇİ, İbrahim, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, s. 335-336.

⁸⁰⁴ Bu düşüncüyü savunan Alacakaptan'a göre, “Eğer, yapılacak *ex ante* değerlendirme neticesinde, hareketin yapıldığı sırada bilinebilen şartlara ve durumlara göre, neticenin vuku, daha doğrusu, mevzuun mevcudiyeti gayrimuhtemel görünüyorsa, meselâ, uluslararası bir toplantıya katılmak üzere New York'a gittiği, gazeteler ve radyolar tarafından ilân edilen, oradaki konuşmaları nakledilen bir siyaset adamının evine, öldürmek kasdıyla bomba atılacak olursa, failin geleneksel anlamıyla teşebbüsten ötürü sorumlu tutulması mümkün olamayacaktır. Bu takdirde, hareketin elverişsizliğinin anlaşılması halinde olduğu gibi ve bizim teşebbüs anlayışımıza uygun bir şekilde, nisbeten azaltılmış bir cezaya çarptırılması veya bir emniyet tedbirine tâbi tutulması yahut ceza ve emniyet tedbirinin birlikte uygulanmasının kararlaştırılması gerekir”. Bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 223, (tarihsiz), s. 127. Benzer düşüncede olan ERSOY'a (s. 122) göre de İtalyan CK'nın işlenemez suçta güvenlik tedbirleri uygulanmasını kabul etmesi isabetli olup, benzer bir hükme TCK'da da yer verilmesi gerekir.

⁸⁰⁵ Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 12; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 36; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 5; GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 3; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 6. Alman ceza hukuku öğretisinde güvenlik tedbirlerinin uygulanma koşullarından bahsedilirken çoğu kez bu koşullardan birinin “hukuka aykırı fiil (*rechtswidrige Tat*)” olarak ele alındığı fark edilmektedir. Ancak bununla kast edilen herhangi bir hukuka aykırılık yani hukuk düzeninin alelade bir normuyla çatışma değil, münhasıran ceza hukukuna aykırılık yani ceza normlarıyla çatışmadır. Nitekim Alman CK § 11/1-b.5'te hukuka aykırı fiil, “sadece ceza kanununda yer alan bir suç tipini gerçekleştiren fiil” olarak tanımlanmıştır ki, bu tanım suçu (*Straftat*) ortaya koymaktadır. “*Rechtswidrige (Straf)tat*” kullanımı için bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 50.

⁸⁰⁶ EREM, Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, AÜHFD, 1 (3), Ankara, 1943, s. 352.

bahsedilmektedir⁸⁰⁷. Güvenlik tedbirleri, tehlikeli fail özelinde, en azından bir suç işlendiği için ve bundan sonra bir suç bile işlenmemesi için uygulanan ceza hukuku tedbirleridir. Bu tedbirler için madem suçun varlığı aranmaktadır, o halde en azından teşebbüs aşamasında kalan bir fiilden söz edilmesi gerekir. Diğer deyişle fail suçun düşünce ve aşamalarından çıkmış ve icra hareketlerine başlamış olmalıdır. Aynı şekilde fail, icra hareketlerine başlamış olsa bile suçun tamamlanmasını kendi iradesiyle önlemiş ise, gönüllü vazgeçmenin şartları gerçekleştiği ve suçun tamamlandığından veya teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilemeyeceği için yine güvenlik tedbiri uygulanmamalıdır⁸⁰⁸.

Yukarıda değinildiği üzere güvenlik tedbirleri, çoğunlukla ceza kanunlarında düzenlenen ve suç vesilesiyle uygulanan, suçun hukuki sonucu niteliğinde olan tedbirlerdir. Eğer işlenen fiil suç değilse, güvenlik tedbirlerine ceza kanunlarında yer vermek de anlamsızdır. Bu nedenle kanaatimizce güvenlik tedbirleri, her halde bir suçun varlığını gerektirir. Nitekim modern ceza hukuku sisteminin fail ceza hukuku anlayışından fiil ceza hukuku anlayışına evrilmesinin doğal sonucu olarak bu hukuk dalının temel aldığı ihlal, failin –bu kişi tehlikeli bile olsa- “haliyle” değil onun “eylemiyle” ilgilenir. Bu nedenle bir kimsenin salt fizikî ya da psişik durumu, tek başına ceza hukukuna aykırılığın ölçütü olamaz⁸⁰⁹. Tehlikelilik, bir eylemle (fakat suç teşkil etmeyen bir eylemle) ortaya konulsa da güvenlik tedbiri uygulanması için yeterli değildir. Buradan hareketle kural olarak, güvenlik tedbirleri, bir hukuka aykırı eylemi, ceza hukuku mevzu bahis olduğuna göre bir suçu şart koşturmaktadır⁸¹⁰. O halde ceza hukukunun sonuçları olarak güvenlik tedbirlerinden söz ediliyorsa, nasıl ki suç olmadan ceza olmamaktadır, aynı biçimde “suçsuz güvenlik tedbiri olmaz”⁸¹¹ prensibi, güvenlik tedbirleri hukukunun da özünü oluşturmaktadır. O halde güvenlik tedbirlerinden söz edilebilmesi için maddi ve manevi tüm unsurlarıyla hukuka aykırı olarak ortaya çıkan bir suç bulunmalıdır⁸¹².

⁸⁰⁷ HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46. Aynı yönde bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 963.

⁸⁰⁸ Şayet tehlikeli fail suça teşebbüsten gönüllü vazgeçerse, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirinin muhatabı olmaz. Bkz. DETTER, Klaus, “Zum Maßregelrecht”, NSTZ, (12), 2015, s. 684.

⁸⁰⁹ Örneğin bir kimsenin bulaşıcı hastalığının bulunması ve bunu diğer insanlara bulaştırması durumunda, onun hastalığı yayma kastıyla hareket etmesi ya da elinden gelen çabayı göstermeyerek taksirli hareket etmesi ihtimali dışında, sırf bu nedenle yaralama suçundan sorumlu tutulabilmesi söz konusu değildir. Örnek için bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 16, s. 304, Rn. 11.

⁸¹⁰ HEINRICH, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 134. Güvenlik tedbirleri, cezalara alternatif veya cezalarla kümülatif olarak uygulanan ve suçu takip eden tedbirlerdir. Benzer yönde bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 35, s. 793, Rn. 1. Güvenlik tedbirleri, her ne kadar koruyucu tedbirler ise de bunların temelinde hâlihazırda işlenmiş bir suçun varlığı yatmaktadır (ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 5).

⁸¹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 484.

⁸¹² Öğretide bir görüşe göre, “Güvenlik tedbirleri, mutlaka, hem maddi, hem manevi bakımdan suç oluşturan bir fiilin, yahut sadece manevi bakımdan suç oluşturan bir fiilin işlenmesini gerektiren,

Görüldüğü üzere güvenlik tedbirleri, “suçun” hukuki sonucu olarak, işlenmesi ceza hukukuna aykırı kabul edilen en az bir eylemi gerektirir⁸¹³. Diğer deyişle failin tehlikeliliği, “ceza hukukunu ihlal etmesinden” kaynaklanmalıdır. Şayet tehlikelilik hali, ceza hukuku kurallarına aykırı bir davranıştan değil de “bunun dışında kalan koşullardan” kaynaklanan kişilerden bahsedilmekte ise, söz gelimi tehlikelilik, akıl hastalığı bulunanlara veya alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılarına bağlı ise, bu kişiler üzerindeki müdahaleler artık güvenlik tedbirleri hukukunun sahasına girmez. Bu tür müdahaleler idari makamların sorumluluk alanına girmektedir⁸¹⁴. Bu halde polis hukukuna özgü önleyici vasıtalarla başvurulabilir.

Güvenlik tedbirlerinde suçun işlenmesi şartının aranmasının bir diğer sebebi, yargılama usulünün sağlıklı ilerlemesi için şart olan tehlike değerlendirmesinin özelliğidir. Nitekim insanların gelecekte ne şekilde hareket edeceğini önceden tahmin etmenin zorluğu açıktır. Üstelik tehlikeliğini bir sebeple daha önce ortaya koymamış bir insan hakkında, temel haklara müdahaleyi sonuçlayan bu tanıyı koymak daha da zordur. Bu nedenle tehlikelilik değerlendirmesinde yalnızca failin kişiliği değil, onun işlemiş olduğu eylemler de dikkate alınmakta; ceza kanunun en azından bir kez ihlal edilmiş olmasının suç tahminlerinin daha tutarlı ve etkili olmasını sağladığı düşünülmektedir⁸¹⁵. O halde önceki vesile eylem ya da eylemler olmadan sonraki muhtemel eylem ya da eylemlerin tespiti de güçleşmektedir.

Güvenlik tedbirlerine karar verilmesi için işlenen suçun mutlaka tamamlanması veya sona ermesi gerekmez. Failin icra hareketlerine başlaması ve kendisinden kaynaklanan nedenler dışında hareketi tamamlayamaması halinde de tedbirin uygulanma koşulu olan suçun işlendiğinden bahsedilmelidir. Buna karşılık suç tipine uygun bir fiilin olmadığı hallerde, fail ne kadar tehlikeli olursa olsun, fiil suç teşkil etmeyeceğinden, suçun hukuki sonucu olan güvenlik tedbiri gündeme gelmez. Sözde suç ve yukarıda karşılaştırmalı hukuka atıfla değinilen işlenemez suç halleri bu duruma örnek verilebilir. Türk hukukunda söz gelimi bir kimse öldürmek kastıyla iğnesi kırık tabancayla hedef gözeterek karşıdaki kişiye ateş etmeye çalışmış ancak tabanca ateş

dolayısıyla o fiili izleyen veya o fiilden sonra gelen tedbirlerdir” (AYDIN, Türk Suç ve Ceza Hukuku, s. 104). Bu tanımın güvenlik tedbirlerini suçun işlenmesinden sonraki aşamaya özgüleyen kısmına iştirak etmekle birlikte, maddi bakımdan suç oluşturmayan bir fiilin manevi bakımdan nasıl suç teşkil edeceği yahut maddi unsurları oluşmayan bir fiile karşı güvenlik tedbirlerinin neye dayanarak uygulanacağı sorularının yanıtsız kaldığını belirtmemiz gerekir. Oysa ceza hukukunda ister kasten ister taksirle ortaya çıkmış olsun, dış dünyada beliren iradi bir davranışın olmadığı yerde güvenlik tedbirlerinden söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

⁸¹³ Güvenlik tedbirleri “işlenmiş suç (*begangene Straftat*)” için kanunda cezalar yanında açıkça öngörülen hukuki sonuçlardır (GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1).

⁸¹⁴ STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 61 Übersicht”, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 3.

⁸¹⁵ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 51; NOWAKOWSKI, s. 112.

almamışsa bu kimseye ne ceza ne de güvenlik tedbiri uygulanabileceği görüşündeyiz. Çünkü burada tamamlanmış bir suç olmadığı gibi “doğrudan doğruya icrasına başlanmış olma” kıstası gereğince suçun teşebbüs aşamasında kaldığından da söz edilemez. Bu halde suç henüz hazırlık aşamasındadır ve öldürme suçu bakımından kanuni tipte hazırlık hareketleri cezalandırılabilir alana dâhil edilmemiştir. İcra hareketinin olmadığı yerde hareketten, hareketin olmadığı yerde maddi unsurdan ve maddi unsurun olmadığı yerde de suçtan söz edilemez. Suç olmadan uygulanacak tedbir, idari tedbir olabilirse de güvenlik tedbiri değildir. Bu nedenle sözde suç ve işlenemez suçta failin örneğin bir daha silah sahibi olamamasına, bir meslek veya sanat için ruhsat alamamasına, belli faaliyetleri yerine getirmekten yasaklanmasına, vasıtanın devletin mülkiyetine intikal etmesine vs. yönelik idari işlem ve eylemlerin tümünü, yerine göre, birer idari tedbir veya polis tedbiri olarak değerlendirmek gerekir.

Öğretide, işlenen fiilin kanuni tipte uygun olduğu durumlarda manevi unsur eksikliğinin güvenlik tedbirlerinin icrasına engel olmayacağı ileri sürülmüş olsa da⁸¹⁶, manevi unsurun eksik olduğu yani isnat yeteneğine sahip olsun veya olmasın failin kasten veya taksirle hareket etmediği hallerde suç oluşmayacağı için güvenlik tedbirlerine hükmetme olanağı bulunmadığı kanısındayız.

Türk hukukunda güvenlik tedbirleri için hukuka aykırı bir vesile eylemin yani sebep suçun aranacağına ilişkin kurala hem genel bir hükümle⁸¹⁷ hem de ilgili tedbire ilişkin kanun maddesinde kanunkoyucu tarafından ayrıca ve açıkça yer verildiği görülmektedir. Nitekim güvenlik tedbirleri başlığı altında kanunda yer verilen “kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak” (TCK m. 53/1); “fili işlediği sırada akıl hastası olan kişi” (TCK m. 57/1); “suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişi” (TCK m. 57/7); “önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi” (TCK m. 58/1); “işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı” (TCK m. 59); “tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suç” (TCK m. 60) ifadeleriyle güvenlik tedbirlerinin “suça bağlı tedbirler” olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte eşya müsaderesinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın da müsaderenin konusunu teşkil ettiği kabul edilmiştir (TCK m. 54/1-c.2). Her ne kadar ilgili hükümde suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın tehlikeli olması şartı aranmışsa da ortada henüz tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında

⁸¹⁶ NUHOĞLU, Emniyet Tedbirleri, s. 83-84.

⁸¹⁷ TCK m. 2/1: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz”.

kalmış bir suçun bulunmaması nedeniyle, eşya müsaderesinin münhasıran hazırlık aşamasına özgülenen bu türünün hukuki niteliği bir güvenlik tedbiri olarak nitelenemez. Müsaderenin genel hukuki niteliğinden bağımsız olarak, hazırlık safhasındaki eşyanın müsaderesinin bir polis tedbiri niteliğinde olduğu söylenebilir.

2.2.3. Tedbirin Kanunla Düzenlenmesi

“Kanunsuz suç olmaz (*Nullum crimen sine lege*)” ve “Kanunsuz ceza olmaz (*Nulla poena sine lege*)” prensipleri, suçun unsurlarının ve suç karşılığında uygulanacak müeyyidenin tümüyle ceza kanununa veya ceza içeren kanunlara bağıllığını gerektirir. Roma hukukunda geçerli olan bu ilke Türk hukukuna da sirayet etmiştir⁸¹⁸. Bu ilkeye, bir bütün olarak, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” adı verilir. Modern ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi, keyfiliği önlemek ve öngörülebilirliği sağlamak bakımından hukuk devleti prensibinin vazgeçilmez bir alt prensibini oluşturur. Bir yandan ihlalin yani suçun ve suç karşılığında müeyyidenin yani cezanın kanunla düzenlenmesini ararken, diğer yandan suç vesilesiyle uygulanacak önlemin yani güvenlik tedbirinin kanun dışında kalan düzenleyici işlemlerle oluşturulabileceğini söylemek kendi içinde çelişki oluşturacaktır. Çünkü suç ile ceza ve güvenlik tedbiri birbirini takip eden kurumlardır. Birini yasamaya diğerini yürütmeye veya yargıya bırakmak uygun değildir⁸¹⁹. Öğretide de “Kanunsuz güvenlik tedbiri olmaz” prensibini örnekleyecek şekilde, “güvenlik tedbirleri hukukunun yasal düzenlemeleri” kavramı kullanılmaktadır⁸²⁰. Tüm bunlardan hareketle denilebilir ki, güvenlik tedbirlerinin de ceza müeyyideleri gibi yasama organı tarafından ve kanun adı verilen bir yasama faaliyeti ile ihdas edilmesi gerekir.

Latincesi (*Nulla poena nullum crimen sine lege*) ünlü hukukçu *Feuerbach*’a dayanan kanunilik ilkesi, aynı zamanda anayasal bir prensiptir ve bu prensip hem

⁸¹⁸ Bkz. TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Türk Hukukuna Etkileri”, Türk – İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku - I, Ed. ÜNVER, Yener, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 30, 35 (ss. 25-40).

⁸¹⁹ Kanaatimizce bu çıkarımı “*Vâzı-ı kanun abesle iştilgal etmez*” prensibinin ortaya koyduğu mantıkla ilişkilendirmek olanaklıdır. Kaldı ki, kanunilik ilkesi, hukuki değerler üzerinde özellikle hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirlerine kıyasla çok daha az müdahaleci olan kabahatler hukuku, yan ceza hukuku ve suçun fer’i sonuçları açısından da geçerlidir. Bkz. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, “StGB § 1 Keine Strafe Ohne Gesetz”, Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 2; SCHMITZ, Roland, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-37 StGB, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017, Rn. 18, 21.

⁸²⁰ Bkz. KAMMEIER, Heinz, “Entstehung und Entwicklung von Maßregelrecht und Maßregelvollzug”, Massregelvollzugsrecht Kommentar, Hrsg. KAMMEIER, Heinz, Walter de Gruyter Verlag, 3. Auflage, Berlin, 2010, s. 6, Rn. A 16 vd.

cezaları hem de güvenlik tedbirlerini kapsamaktadır⁸²¹. Bu sebeple kanun koyucunun bu ilkeye tezat yasal düzenlemeler ihdas etmesi mümkün değildir. Böyle bir düzenleme anayasanın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisi uyarınca iptale tabi olacaktır.

Alman CK'nın 1'inci maddesinde, bir fiilin yalnızca işlenmeden önce kanunda açıkça öngörülmüş ise yaptırıma tabi tutulacağından söz edilmiştir. Ancak kanun burada fiilin “cezalandırılabilir (*Strafbarkeit*)” olmasından ve “cezalandırılacağından (*bestraft*)” söz ederek güvenlik tedbirlerine açıkça yer vermemiştir. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin sabit olmaması, hükümden sonra geri alınabilir ve değiştirilebilir olması gibi özellikleri de bu tedbirlerin kanunilik ilkesine tabi olup olmadığını tartışmalı hale getirmektedir. Gramatik yorum yapıldığında kanunda kullanılan “cezalandırılabilirlik” teriminin salt önleyici tedbirleri içerdiğine dair bir işaretin bulunmadığı vurgulanmaktadır⁸²². Aynı şekilde uygulamada Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 2004 yılında verdiği bir kararda, güvenlik tedbirlerinin zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen ve aleyhe kanunun uygulanmasına olanak tanıyan Alman CK'nın 2/6'ncı maddesinde anayasaya aykırılık bulunmadığına, zira iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin CK'nın ilk maddesinde geçen “cezalandırılabilirlik” kapsamına dâhil olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, güvenlik tedbirlerinin cezalandırılabilirlik içerisinde değerlendirilmemesinin nedeni, *retrospektiv* (geriye dönük) cezanın aksine, sadece *prospektiv* (ileriye dönük) olarak bir tahmin üzerine uygulanan güvenlik tedbirlerinin, hiçbir sosyo-etik (toplumsal ve ahlaki) suçlama içermemesi ve kusur yeteneği üzerine inşa edilmemesidir⁸²³. Oysa AİHM, yalnızca kanunun lafzî ve formel anlamına bakmamakta, Alman AYM'nin aksine “cezalandırılabilirlik” kavramını daha geniş yorumlayarak, suçun hukuki sonucunun ödetici ve kusuru dengeleyici niteliğini değil, aksine onun fail üzerindeki etkisini dikkate almaktadır⁸²⁴. Dolayısıyla denilebilir ki, Alman hukukunda güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesi kabul edilmekle birlikte, bunlar hakkında ayrıca geçmişe yürüme ilkesinin kabul edilmesi (StGB § 2/6), kanunilik ilkesi açısından bir istisna olarak değerlendirilmektedir⁸²⁵.

⁸²¹ BASAK, Denis, “§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. MATT, Holger/RENNIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, s. 9-10, Rn. 1-2; HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 1, Rn. 6a.

⁸²² KÜHL, Kristian, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. KÜHL, Kristian / HEGGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014, Rn. 8.

⁸²³ Bkz. BASAK, MR, § 1, Rn. 7; SATZGER, Helmut, “§ 1 StGB – Keine Strafe ohne Gesetz”, StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014, Rn. 9a; KÜHL, Lackner/Kühl-StGB, § 1, Rn. 8.

⁸²⁴ SATZGER, SSW-StGB § 1, Rn. 9a; BASAK, MR, § 1, Rn. 7.

⁸²⁵ SCHMITZ, MüKo-StGB § 1, Rn. 18.

İtalyan Anayasası'nın 25'inci maddesi ile Ceza Kanunu'nun 199'uncu maddesinde, hiç kimsenin kanunun açık biçimde öngörmediği bir güvenlik tedbiri altına alınamayacağından ve öngördüğü haller dışında bu tedbirlerin uygulanamayacağından bahsedilerek, güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesine yer verilmiştir⁸²⁶. Fakat aynı Kanun'da, güvenlik tedbirlerinin, uygulandıkları zaman yürürlükte bulunan kanuna tabi olacaklarının düzenlendiği görülmektedir⁸²⁷. Bu durum, Alman hukukunda olduğu gibi İtalyan hukukunda da güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesine zaman bakımından uygulama ile sınırlı olarak bir istisna getirildiği şeklinde yorumlanabilir.

1937 tarihli İsviçre CK'da güvenlik tedbirlerinin kanuniliğine ilişkin açık hüküm yoktur. Aynı şekilde İsviçre hukukunda, Alman ve İtalyan ceza kanunlarının aksine, güvenlik tedbirleri hukukunda aleyhe kanunun geçmişe yürümesine izin veren bir kurala da rastlanmamaktadır. Ancak İsviçre öğretisinde adı geçen ülkelerde de esas alındığı üzere güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesinin geçerli olacağı ancak geçmişe yürüme yasağının tedbirler bakımından uygulanmayacağı düşünülmektedir⁸²⁸.

765 sayılı TCK'nın kanunilik prensibini düzenleyen 1'inci maddesinde, kanunun açıkça suç (cürüm veya kabahat) olarak saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, kanunda yazılı cezalardan başka cezaların uygulanamayacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte mülga TCK'da güvenlik tedbirlerinin kanunla konulması gerektiğine ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu dönemde, gerek kanunun muhtelif maddelerinde güvenlik tedbirlerinden birer ceza gibi bahsedilmesi, gerekse bir güvenlik tedbiri niteliğinde olan emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmaya ilişkin 26'ncı maddede cezanın kanun tarafından tayin edileceğinin vurgulanması, öğretide, mülga TCK'nın güvenlik tedbirlerinin kanuniliği prensibini kabul ettiği şeklinde yorumlanmıştır⁸²⁹.

Hukukumuzda 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin başlığı her ne kadar “suç ve cezalara ilişkin esaslar” olarak saptanmışsa da madde içeriğinde güvenlik tedbirlerini doğrudan veya dolaylı biçimde ilgilendiren ilke ve esaslara yer verilmiştir⁸³⁰. Buna ilişkin prensiplerden biri de güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesidir⁸³¹. 38'inci maddenin üçüncü fıkrasında “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denilerek güvenlik tedbirlerinin kanuniliği ilkesi anayasal görünüme

⁸²⁶ PISAPIA, s. 174; VASSALLI, Giuliano, “İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi”, Çev. DONAY, Süheyl, İÜHFİM, 36 (1-4), İstanbul, 1970, s. 526.

⁸²⁷ ALACAKAPTAN, İngiliz, s. 28.

⁸²⁸ Bkz. EREM, “Emniyet Tedbirleri”, s. 359; ALACAKAPTAN, İngiliz, s. 28.

⁸²⁹ ALACAKAPTAN, İngiliz, s. 29; EREM, “Emniyet Tedbirleri”, s. 352.

⁸³⁰ Bu nedenle Anayasa'nın 38'inci maddesinin başlığının “suça ve suçun hukuki sonuçlarına ilişkin esaslar” olarak algılanması gerekir.

⁸³¹ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 19; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 179.

kavuşturulmuştur. Bu anayasal düzenlemeden çıkan iki sonuç vardır: İlk anayasa koyucu, güvenlik tedbirlerini “ceza yerine geçen” önlemler olarak görmektedir. Belirtelim ki, güvenlik tedbirleri birer cezai müeyyide değildir; o halde bunların anayasa koyucu tarafından neye dayanarak ceza yerine geçen tedbirler olarak algılandığı belirsizdir. Kanaatimizce burada Anayasa’nın sözü edilen hükmünü, cezanın uygulanmadığı hallerde güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı yönünde iki izli hukuki sonuçlar sistemine yapılan bir atıf olarak değerlendirmek gerekir⁸³². Hükümden çıkan ikinci sonuç ise Türk hukukunda “güvenlik tedbirlerinin kanuniliği prensibi”nin esas alındığıdır. Dolayısıyla hukukumuzda kanunilik ilkesi cezalarla sınırlı değildir. Güvenlik tedbirlerinin kanuniliği prensibi, TCK’nın 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz”* denilerek açıklanmıştır. Dolayısıyla Türk güvenlik tedbirleri hukukunda da bu ilkenin hem anayasal hem yasal temelleri bulunmaktadır.

Belirtelim ki, TCK’nın 2’nci maddesinin 2’nci fıkrasında *“İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz”*⁸³³ denilmekte, aynı maddenin 3’üncü fıkrasında

⁸³² Güvenlik tedbirleri kanımızca hukuki nitelik olarak -fakat doktrindeki bütün görüşlerin ortak yanı dikkate alınacak olursa en azından kefaref boyutuyla- cezalardan farklı olduğu gibi, cezaya alternatif olması veya ceza yanında uygulanabilmesi, onun tedbir niteliğini etkilememektedir. Dolayısıyla maddede yer alan ve cezayla tedbiri birbirine alternatif yaptırımlar olarak gösteren “ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri” kavramı yerine yalnızca “güvenlik tedbirleri” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Nitekim bir yoksunluk eğer ceza yerine geçiyorsa tedbir olmadığı, aksine tedbir yerine uygulanıyorsa ceza olmadığı söylenebilir.

⁸³³ Önemle ifade etmek gerekir ki, “idarenin düzenleyici işlemleriyle ceza ve güvenlik tedbirleri konulamayacağı ilkesi” Anayasa’da (m. 38/3) dolaylı olarak yer almakla birlikte düzenleyici işlemlerle “suç yaratılamayacağı” konusunda açık bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Yasama organı, “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılamayacağı ilkesi”ni TCK m. 2/2 ile mevzu hukuka dâhil etme yoluna gitmiştir. Öğretide bu düzenlemenin kanunda yer almasının herhangi bir öneminin bulunmadığı, sonraki özel kanunla bu hükme aykırı hareket edilebileceği, bu nedenle düzenlemenin yasama organını bağlayıcı olması için Anayasa’ya eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 43; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 46, kn. 40; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 186; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 61. Kanaatimizce her ne kadar AY m. 38/3’te “kanunla düzenlenme zorunluluğu” konusunda yalnız cezalara ve güvenlik tedbirlerine atıfta bulunulmuş ve suça açıkça yer verilmemiş ise de AY m. 38’in 1’inci fıkrasında *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* hükmünün hâlihazırda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratabilmesinin önünde engel oluşturduğu söylenebilir. Nitekim fıkranın ilk cümlesinde geçen “kanunun suç saymadığı fiil” ibaresi, mefhumu muhalifiyle, “fiilin yalnızca kanun tarafından suç sayılabileceği” anlamına gelmektedir. Ayrıca AY m. 38/1 hükmü, Anayasa’nın 2’nci maddesinde yer alan “hukuk devleti ilkesi”, 7’nci maddesinde yer alan “yasama yetkisi” ve 11’inci maddesinde yer alan “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi” ile birlikte yorumlandığında da dolaylı olarak aynı sonuca ulaşılmaktadır. Bu nedenle idarenin kriminal anlamda suça ilişkin yetkisizliğinin dolaylı olarak zaten Anayasa’da yer aldığı ifade edilebilir. Buradan hareketle, örneğin uygulanacak ceza ve güvenlik tedbirinin açıkça saptandığı bir normda, suçu tespit etme yetkisinin idareye bırakılmasının AY m. 38/1’e aykırı olacağı kanısındayız. Anayasa Mahkemesi de 38/1,3’üncü fıkraları benzer şekilde yorumlamaktadır: *“Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, ‘Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz’ denilerek ‘suçun kanuniliği’, üçüncü fıkrasında da ‘Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur’ denilerek, ‘cezanın kanuniliği’ ilkesi getirilmiştir...*

ise “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” düzenlemesine yer verilmektedir. Bu hükümler lafzi yoruma tabi tutulduğunda, mademki kanunda “suç” ve “ceza” içeren hükümlerde idarenin yetkili olmadığı ve kıyas yapılamayacağı kabul edilmiştir, o halde suç vesilesiyle uygulansa bile söz konusu fıkralarda adı geçmeyen güvenlik tedbirlerinde idarenin düzenleyici işlem yasağı ile kıyas yasağının geçerli olmayacağı sonucuna ulaşılması mümkündür. Oysa kanaatimizce AY m. 38/3 ve TCK m. 2/1’deki genel hüküm, TCK m. 2-3’teki özel hükümleri de kapsamaktadır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin anayasa gereği “ancak” kanunla konulabilir olması ve yürütme ve yargının kanun ihdas etme yetkisinin olmaması bu sonuca götürmektedir. Eğer güvenlik tedbirleri sadece yasama tarafından (kanunla) konulup değiştirilebiliyorsa, bunların yürütme (idare) tarafından (kanun dışı işlemle) ihdas edilmesi veya değiştirilmesi ya da yargı tarafından (içtihatla) kıyas yoluyla uygulanması olanağı da ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin alt ilkeleri ve “Suçlunun Magna Chartası” olarak düzenleyici işlem ve kıyas yasağının güvenlik tedbirleri için de geçerli olduğu söylenebilir. Kanunda öngörülmeyen ve hukukumuzda uygulanmayan söz gelimi muhafaza altına alma veya zirai kolonide çalıştırma gibi bir güvenlik tedbirinin ilk kez bir kararnameyle ve elbette kanun gücünde olmayan diğer düzenleyici işlemlerle (tüzük, yönetmelik, bakanlar kurulu kararı, genelge, tebliğ vs.) kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi, söz gelimi akıl hastaları için uygulanan tedavi tedbirlerinin kıyasen çocuklar hakkında uygulanması da mümkün değildir.

2.2.4. Tedbire Muhakeme Sonucu Hükmedilmesi

Güvenlik tedbirlerine hükmedecek merci, idari bir organ değil yargı organıdır, yani bağımsız mahkemedir. Hem cezaya hem de güvenlik tedbirine ceza mahkemesi tarafından karar verilir⁸³⁴. Bu tedbirlere bir ceza mahkemesi tarafından ve kriminal anlamda bir suç için hükmedilmesi, bunların eninde sonunda cezadan ayrı birer ceza

Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir” (AYM, E. 2014/169; K. 2014/167, 13.11.2014).

⁸³⁴ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 5; HEGER, Lackner/Kühl-StGB, § 61, Rn. 4; DIEMER, Herbert, “§ 7 Maßregeln der Besserung und Sicherung”, Jugendgerichtsgesetz, Hrsg. DIEMER, Herbert/SCHATZ, Holger/SONNEN, Bernd-Rüdeger, C. F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 1; ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 271.

hukuku kurumu olduğu gerçeğini değiştirmez⁸³⁵. Tedbirlerin alınması münhasıran hâkim/mahkeme kararını (*Richterspruch*) zorunlu kılar. Sanığın suç işlediğini ve onun tehlikeli olduğunu tespit ve teşhis eden mahkeme dışında bir mercinin güvenlik tedbirine karar vermesi mümkün değildir⁸³⁶. Dolayısıyla güvenlik tedbirine hükmeden mahkeme ile sebep suçun işlendiğine karar veren mahkeme kural olarak aynıdır⁸³⁷.

Cezalar ve güvenlik tedbirleri, ceza hukuku hükümlerinin hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi üzerine ceza mahkemesi tarafından, muhakeme hukuku prosedürü ve ilkeleri gözetilerek hükmedilen hukuki sonuçlardır. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin amacının ve ikinci iz olarak onun karakteristiğinin cezadan farklı olması, ceza veya güvenlik tedbirleri muhakemesi esnasında işlenmiş bir sebep suçun tespitinin ve tehlikeli halin tayininin yapılması örneklerinde görüldüğü üzere, bu tedbirlerin ceza hukukunun garanti fonksiyonuna ve usule ilişkin kurallarına tabi olmasına engel değildir⁸³⁸. Güvenlik tedbirleri, yargı kararının verilmesinden sonra özellikle niteliği gereği hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri açısından müdahale koşullarının devamının gerekip gerekmediği noktasında düzenli bir yargı denetimini gerektirir⁸³⁹.

Güvenlik tedbirleri, hürriyeti kısıtlayıcı özelliği nedeniyle tıpkı cezada olduğu gibi, kişi hürriyeti ve güvenliğinin bir istisnasını teşkil eder. Alman hukukunda yasa gereği kendiliğinden uygulanan denetimli serbestlik tedbiri dışında kalan tüm güvenlik tedbirleri, hükmü verecek mahkeme tarafından uygulanır. Mahkeme, hükmedilecek güvenlik tedbiri ile birlikte ya hüküm zamanında ya da ayrı bir kararla diğer bir dizi karara da hükmeder⁸⁴⁰. Türk hukukunda kişi hürriyeti ve güvenliğinin anayasal dayanağı Anayasa'nın 19'uncu maddesidir. Bu maddede “herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu” kuralından sonra, bu hakkın sınırlarından biri olarak “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden” bahsedilmektedir⁸⁴¹. Bu anayasal hükümden çıkan iki sonuç vardır: Bunlardan ilki,

⁸³⁵ DESSECKER, “Dangeorusness”, kn. 7.

⁸³⁶ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 78, 82; Alman hukuku için StGB § 68/2 kaydıyla aynı yönde bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 103; JEHLE, Jörg-Martin, “Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs”, Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Hrsg. KORIATH, Heinz/KRACK, Ralf/RADTKE, Henning/JEHLE, Jörg-Martin, Universitätsverlag Göttingen, 2010, s. 91.

⁸³⁷ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 17.

⁸³⁸ Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 63; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 14.

⁸³⁹ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 5.

⁸⁴⁰ ZIPF/LAUE, § 67, s. 897, Rn. 12. Bu ülkenin sisteminde tedbirin uygulanmasına karar verilmişse yargısal denetim, ceza infaz dairesine (*Strafvollstreckungskammer*) geçmektedir (JEHLE, “Zur Privatisierung”, s. 91).

⁸⁴¹ 1982 AY m. 19/3: “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası,

güvenlik tedbirlerinin her halde bir hakkın kısıtlanması niteliğinde olduğu yani failin hukuki değerlerini zedeleyici niteliğinin bulunduğudır. İkinci anayasal sonuç ise güvenlik tedbirlerinin mahkeme tarafından hükmedilmesi gereken tedbirler olduğudur. Anayasa'nın 19'uncu maddesinde cezalardan sonra güvenlik tedbirlerine yer verilmesi, cezaya hükmederken başvuru usulün güvenlik tedbirleri için de uygulanacağı sonucuna ulaştırmaktadır. Bu bir anayasal norm olduğuna ve "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi" aksi öngörülmeleyen bir prensip olduğuna göre, yasa koyucunun muhakeme hukuku kurallarından bağışık ve mahkeme kararından muaf olan bir güvenlik tedbirleri sistemi oluşturması mümkün değildir. O halde denilebilir ki, Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinin mahkeme kararıyla ve muhakeme hukuku usulüne uygun olarak uygulanması, anayasal bir zorunluluktur. Diğer deyişle, bu tedbirlere idari bir karar üzerine idare hukuku prosedürlerine bağlı kalınarak ulaşılması hukukumuz açısından mümkün değildir. Bu durum Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinin suçun hukuki sonucu olarak şekli bakımından birer yargısal tedbir niteliğinde olduğunu teyit etmektedir.

Güvenlik tedbirlerine mahkeme kararıyla hükmolunması zorunluluğunun somut olarak CMK m. 223'te ifadesini bulduğu görülmektedir. Yalnızca mahkeme tarafından verilecek hükümlerin düzenlendiği bu maddenin ilk fıkrasında, güvenlik tedbiri kararı açıkça ve mahkûmiyet hükmünden ayrı bir hüküm türü olarak düzenlenmiş ve hükmün bu yönde verilmesi, sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması koşuluna bağlanmıştır⁸⁴².

2.3. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ

2.3.1. İhlale Tepki Niteliği Taşımama

Bir görüşe göre, ceza hukuku, kriminal haksızlıkların "karşı kontrol mekanizması"nın oluşturulması amacıyla gösterilen devlet tepkisinin kayıt altına alındığı hukuki normların bütünüdür⁸⁴³. Keza *Pradel*, ceza hukukunu, devletin suçlara

uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz".

⁸⁴² İtalyan hukukunda hâkimin kovuşturma evresi sonunda güvenlik tedbirlerine hükmedebilmesi için mahkûmiyet kararı vermesi gerekmez; beraat kararı ile birlikte de şayet sanığın tehlikeli olduğu saptanmışsa güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi olanaklıdır. Bkz. PISAPIA, s. 175.

⁸⁴³ SCHMIDHÄUSER, s. 12.

ve suçlulara karşı tepkisini örgütleyen hukuk kurallarının bütünü olarak tarif etmekle, ceza hukukunun bir “sosyal tepkiler hukuku” niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁸⁴⁴. Hukuki sonuçlar arasından ceza normları bakımından açık bir ayrıma yer vermeyen bu görüş esas alınacak olursa, güvenlik tedbirleri “ihlale tepki” niteliğindedir ve bu özelliğinden dolayı da ceza müeyyidesine yaklaşmaktadır.

Oysa öğretilde katıldığımız görüş, güvenlik tedbirlerinin birer kontrol mekanizması olarak vasıflandırılmasından bağımsız olarak, bunların tepkisel (reaksiyonel) mahiyette olmadığı kanısındadır. Yukarıdaki gibi bir tarif, ceza hukukuna ait hukuksal sonuçların cezayla sınırlandırılması durumunda geçerlidir. Fakat ceza hukuku her zaman fiile ceza yöntemiyle tepki vermek suretiyle kefarete ödetilmesini değil, bazen de fiilden hareketle yani temelinde yine bir hukuka aykırılığı göz önünde bulundurmaya suretiyle ancak bu kez tedbir yöntemiyle yeni fiillerin önlenmesini temel alır. Bu durum cezalardan ibaret olmayan ceza hukukunun yalnızca bir “sosyal tepkiler hukuku” değil, kanımızca bir “sosyal tepkiler ve sosyal önlemler hukuku” olduğu gerçeğini ortaya çıkarır.

Türk hukukunda *Hafizoğulları*, güvenlik tedbirlerini birer “hukuki himaye vasıtası” olarak ele almaktadır. Yazara göre, güvenlik tedbirleri her ne kadar ceza müeyyidesi gibi devlet eliyle uygulanan bir “fiil” olsa da, devletin bu fiili, bu kez cezadan farklı olarak, failin fiili ile isnadi bağlantıya sahip olmayan bir eylemdir. Güvenlik tedbirleri açısından önemli olan failin fiili değil, onun dâhil olduğu ve fiiliyle sergilediği statüdür⁸⁴⁵. Bu fiil, suçlunun ileride yeni suçlar işleyeceği yönünde sadece bir vesiledir⁸⁴⁶. Gerçekten ceza, suç işlendiği “için” verilmekte; oysa tedbir, suç işlenmesin “diye” uygulanmaktadır. Dolayısıyla ceza, suç “karşılığında” verilmekte; oysa tedbir suç “dolayısıyla” veya suç “vesilesiyle” yahut suç “sebebiyle” alınmaktadır.

Cezadan farklı olarak güvenlik tedbirleri, “ihlal karşılığında tepki” olarak değil, “ihlal vesilesiyle önlem” olarak uygulanır. Diğer deyişle cezadan farklı olarak, ihlal, tedbir için bir “kötülük vasıtası” değil, aksine yalnızca bir “önleme vesilesi”dir.

⁸⁴⁴ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, I, s. 6-7, dn. 8a. Öğretilde kusura ceza, sosyal tehlikeliliğe ise güvenlik tedbiri ile tepki gösterildiği düşünülmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 446, kn. 801. Kanaatimizce ceza kusurla işlenen ihlale bir tepki niteliğinde olsa da güvenlik tedbiri tehlikeli hale tepki niteliğinde değildir. Çünkü tehlikelilik ceza adalet sistemi aracılığıyla gösterilen bir tepkiyi değil, aksine yeniden ihlal olasılığına karşı alınması gereken bir önlemi zorunlu kılmaktadır. Kural olarak kusur yeteneğinden yoksun olan ve tepkiyi anlama kapasitesinden uzak olan bir kimseye uygulanacak vasıtalar, tepki değil, tedbir olabilir.

⁸⁴⁵ HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46.

⁸⁴⁶ STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff.”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 22.

Güvenlik tedbiri, kusurlu işlenen bir suçun karşılığı değildir; aksine suçlunun patolojik, antisosyal ve tehlikeli durumunun bir sonucudur⁸⁴⁷.

Güvenlik tedbirlerini birer “ceza hukuku tepkisi” olarak nitelendiren yazarlar da dâhil olmak üzere öğretide tedbirlerin uygulanmasının ihlal dolayısıyla uygulanacağı yönünde, kimi zaman doğrudan ifade edilmese bile dolaylı ve zımnî bir kabul olduğu söylenebilir. Nitekim suçun hukuki sonuçlarından ilki olan cezanın uygulanması için bir “suç (*Tat, Straftat*)” gerekir. Oysa güvenlik tedbirinin uygulanmasını sağlayan fiil için öğretide geniş ölçüde kullanılması tercih edilen kavram “sebep suç (*Anlassat*)” kavramıdır⁸⁴⁸. Ceza hukukuna aykırı eylem, cezada olduğu gibi tedbirin de dayanağını oluşturur. İşte tedbir bakımından söz konusu vesile eyleme sebep suç adı verilir⁸⁴⁹. Dolayısıyla suçun –isterse tedbir özelinde teknik bir kavram olarak sebep suç olarak adlandırılın- işlenmesi bakımından ceza ile tedbir arasında bir koşul farkı bulunmamaktadır. Her iki hukuki sonucun ortaya çıkmasına her halde bir suç neden olur. Fakat burada ortaya çıkan fark, suçtan hareket eden tedbirin gerçek meşruiyet sebebi olarak önleyici karaktere sahip olmasıdır^{850, 851}. Bu karakter dolayısıyla, işlenen suç, gelecekteki suçların önlenmesine ve tedbirin uygulanmasına vesile olmakta ve kavramsal açıdan sebep suç olarak adlandırılmaktadır. Burada teknik ayrıma yer verildiği ölçüde değinmek gerekir ki, cezanın uygulanma koşulu olarak suç, müeyyide için kusur yeteneğini gerektirir. Oysa güvenlik tedbirinin uygulanma koşulu olarak sebep suç, önlem için kusur yeteneğinin varlığına ya da yokluğuna bağlı değildir. Tedbirin sebep suçunu kusur yeteneği bulunan kişi de bu yetenekten mahrum olan kişi de işleyebilir. Ancak ilgili normda güvenlik tedbirinin uygulanması için failin tümüyle kusur yeteneğinden yoksun olması gerektiğine yönelik bir koşulun aranması halinde, bu tedbir özelinde kusur yeteneği bulunan kimsenin işlediği fiil, sebep suç olarak değerlendirilemez. Örneğin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmolunabilmesi için fiili işleyen kişinin kural olarak kusur yeteneğinden yoksun olması gerekir. Diğer

⁸⁴⁷ HAFTER, s. 243. Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, ABD, (1), Ankara, 1998, s. 49.

⁸⁴⁸ İhlalin tedbir için bir sebep (*Anlass*) olduğu hususunda bkz. JESCHECK/WEIGEND, § 2, s. 13, Rn. 1.

⁸⁴⁹ Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 12.

⁸⁵⁰ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 26; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 36; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 12.

⁸⁵¹ Öğretide, tam bu noktada bir eleştirinin yöneltilebileceğinden bahsedilmektedir. Nitekim şayet cezanın amacı olarak “kefare” veya “kusurun dengelenmesi” kavramlarına dayanan mutlak bir cezalandırma anlayışı reddedilecek olursa, ceza sadece önleyici amaç temelinde meşru gösterilebilir. Bu baskın düşünce kabul edildiğinde ise cezaların ve tedbirlerin sınırlandırılması ve ayrıştırılması “kusurun dengelenmesi – önleme” ayrımı esas alınarak yapılamamaktadır. O halde “önleme”nin farklı biçimlerine dayalı daha ileri bir ayırım yapılması gerekir. Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 12. (Bu ayırım, kanımızca genel önleme ve özel önleme ayrimından başkası değildir).

deyişle bu tedbirin uygulanma şartı olan sebep suçu kusur yeteneği bulunan kimse işleyemez.

Modern ceza hukuku sistemlerinde hiç kimse yalnız düşüncesinden, görünüşünden veya halinden dolayı ceza hukuku vasıtalarına maruz bırakılamaz. İşte güvenlik tedbirinin uygulanmasını gerektiren ceza hukukuna aykırı fiile sebep suç denilmesinin nedeni de bu fiilin, failin tehlikeli niteliğini ve/veya onun suça yönelik eğilimini/yatkınlığını ortaya çıkarması yani failin kişiliğinin dış dünyaya yansıyan bir eylemle ortaya çıkmasıdır. Öğretide hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri bakımından, failin işlediği sebep suçun temelinde yer alan “eğilim” veya “bozukluk” durumu ile onun gelecekte işlemesi beklenen suçlar arasında bir nedensel bağlantı kurulması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁵².

İhlal dolayısıyla uygulanan tedbirlerin, tehlikeli halin ortaya çıkmasına vesile olan bir sebep suçun varlığını şart koşturmakla, yalnızca bir duruma yani harekete veya ihmale bağlı olmayan “kişilikten kaynaklanan koşullara” bağlı kılınarak uygulanması söz konusu değildir. Örneğin bir akıl hastalığının ya da alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığının etkisinde bulunan kişiler, tehlikeliliklerini bir hukuka aykırı eylemle ortaya koymadıkça sebep suç koşulu karşılanmaz. Yalnızca failin durumundan kaynaklanan bu gibi hallerde yetkili merci artık mahkemeler değil idari makamlardır. Ancak bu tür tehlikeli kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmaları için her halde yargı kararı veya onayı gerekmektedir⁸⁵³.

Belirtmek gerekir ki, sebep suçun işlenmiş olması, güvenlik tedbirlerinin uygulanma gerekçesi veya onun doğrudan doğruya hukuki temeli olarak değerlendirilmemektedir. Aksine, madem bu tedbirlerin amacı özel önlemeyi gerçekleştirmek ve böylece sosyal savunmayı tesis etmektir, o halde sebep suç, bireysel fail için ileriye ilişkin tehlike değerlendirmesinde göz önünde bulundurulacak birçok faktörden biridir⁸⁵⁴. Böylelikle sebep suç, hem fiile dair geçmişe dönük değerlendirmede bir vesile hem faile dair ileriye dönük değerlendirmede bir kıstas olmaktadır.

⁸⁵² KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 6.

⁸⁵³ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 61, Rn. 3.

⁸⁵⁴ FREUND, Strafrecht AT, § 1, Rn. 25.

2.3.2. Failin Kusurlu İradesine Bağlı Olmama

Günümüz ceza hukukunda cezanın kusura bağlı olduğu, nasıl ve ne zaman uygulanacağı konusundaki tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, (amacı bu olmasa da) işlenen fiilin kefareti olarak kusurla orantılı biçimde uygulandığında haklı görüleceği kabul edilmektedir⁸⁵⁵. Ceza sistemi özel önleme teorisiyle yumuşatılmasına rağmen pozitif hukukta failin kusuru, onun cezalandırılmasının temelini oluşturur⁸⁵⁶. Ünlü “*Nulla poena sine culpa*” ifadesinde kabul edildiği üzere, cezanın belki en önemli özelliği, failin kusurunu gerektirmesidir. Failin kınanabilirliği, kusurun varlığını şart koşar. Kusur ilkesi (*Schuldprinzip*) iki zorunlu sonucu beraberinde getirmektedir: i) Kusursuz veya kusur yeteneğinden yoksun kimse cezalandırılmaz. ii) Ceza, kusurun gerektirdiğinden fazla olamaz. Bu sonuçlardan ilki objektif sorumluluğu, ikincisi kusurun yukarı sınırının cezayla aşılmasını yasaklamaktadır⁸⁵⁷.

Modern ceza yasaları “kusursuz ceza sorumluluğu”nun reddi esasına dayanmaktadır. Örneğin mehz Alman CK’da bu durum, cezanın belirlenmesinin esasının failin kusuru olduğu kabulüyle ortaya konulmuştur (StGB § 46/1). Türk hukukunda da mahkeme kovuşturma aşamasında hüküm verirken sanığın kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurmak zorundadır (TCK m. 61/1-f)⁸⁵⁸.

Hukuki sonuçlar sisteminde cezaların aksine güvenlik tedbirleri kusur prensibi üzerine inşa edilmez⁸⁵⁹. Bu tedbirlerin dayatılmasının nedeni failin kusur yeteneğine sahip olması değildir. Kusurun varlığı ve kapsamı ne olursa olsun, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel olmaz⁸⁶⁰. Çünkü tedbirler, cezalardan farklı olarak

⁸⁵⁵ Bkz. WELZEL, s. 238.

⁸⁵⁶ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 1.

⁸⁵⁷ JESCHECK, Hans Heinrich, “Alman ve Türk Ceza Hukuklarında Özgürlüğü Bağlayıcı Cezanın Yeri”, DEÜHFD, Çev. YÜCE, Turhan Tufan, 2 (2), İzmir, 1981, s. 238; HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, “StGB § 38 Dauer der Freiheitsstrafe”, Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 1.

⁸⁵⁸ Belirtmek gerekir ki, kusursuz ceza sorumluluğunun reddi, İngiltere gibi Anglo-Amerikan ve hatta Fransa gibi Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil bazı ülkelerde tam manasıyla geçerli değildir. Örneğin ruhsatsız antik silah bulundurmanın suç olmadığı İngiliz hukukunda, bir davada mahkeme, ruhsatsız silah bulundurma suçundan yargılanan Howell adlı kişinin, silahın antik olup olmadığını bilecek durumda olmadığını yani kusursuz olduğunu kabul etmesine rağmen, ruhsatsız silah bulundurma suçundan hüküm kurmuştur. Bu uygulamaya “kusurdan bağımsız ceza sorumluluğu (*strict liability*)” adı verilmektedir (HELMERT, Volker, “Avrupa Mukayeseli Hukukunda Suç Kavramı”, MÜHF-HAD, Çev. ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden, 18 (1), İstanbul, 2012, s. 47). Meşru bir amaca hizmet etmeyen bu tür bir cezanın hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. a.g.e., s. 48-49.

⁸⁵⁹ Kusur prensibi, cezalandırma amacı olmayan hukuki sonuçlar açısından geçerli değildir [BverfGE 91, 1 (26)].

⁸⁶⁰ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 61, Rn. 1.

kusurun dengelenmesine (*Schuldausgleich*) hizmet etmez; aksine, bunlar ceza hukukunun koruması altındaki hukuksal değerlere yönelik tehlikelere karşı bir savunma sağlar⁸⁶¹. Bu tedbirler açısından belirleyici olan, failin kişisel durumudur. Hukuki açıdan sorumsuz olan, ceza hukuku bakımından isnat kabiliyeti olmayan, bu nedenle kendisine kusur izafe edilemeyen kişilerin tehlikeli olması mümkündür⁸⁶². Diğer deyişle, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için hukuka aykırı fiil kural olarak bir ön şart olarak aranmaktaysa da failin kusur yeteneğine sahip olması gerekli değildir⁸⁶³. Güvenlik tedbirleri hukukunda failin kriminal olarak beliren sosyal tehlikeliliği esas alınır⁸⁶⁴. Diğer bir deyişle her ceza geçmişte işlenen bir suç için failin kusuruna dayanırken, her tedbir gelecekte işlenmesi olasılık dâhilinde olan bir suç için failin tehlikeliliğini dikkate alır⁸⁶⁵.

Cezanın esası kusur prensibidir. Bu durum Alman CK'nın cezanın belirlenmesi başlıklı 46/1'inci paragrafında, cezanın belirlenmesinin temelini failin kusurunun oluşturduğu kabulüyle pozitif hukuka aktarılmıştır. Türk ceza hukukunda bu hükmün muadili olan açık bir düzenleme olmamakla birlikte yine cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK m. 61/1-f'de failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığının hâkim tarafından göz önünde bulundurulmak suretiyle kanuni tanımda öngörülen alt ve üst sınırlar dâhilinde cezanın tespit edileceğinden söz edilmektedir⁸⁶⁶.

Kusurluluk tespiti, failin sosyoetik açıdan ehil olup olmadığına göre değil, onun hukuka aykırılık bilinci taşıyıp taşımadığına ve bu bilinçle hareket edip edemediğine göre değerlendirilir. Bu ölçütlere göre failin kusur yeteneği varsa ceza, bu yetenek kısmen veya tamamen yoksa cezaya alternatif olarak veya yalnız başına güvenlik tedbirleri uygulanır⁸⁶⁷. Dolayısıyla öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, modern ceza adaleti sistemlerinde kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki etkileşim, mutlak anlamda “ya... ya da...” ilişkisi içinde değerlendirilmemeli; aksine bu ikisi arasında çoğu kez ortaya çıkan bir “hem... hem de...” ilişkisinden bahsedilmelidir. Ceza, kusurun oranıyla bağlı bulunduğundan, bunun dışına çıkan önleme ihtiyaçlarının birtakım yargısal

⁸⁶¹ ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 694, Rn. 22; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 5.

⁸⁶² HAFTER, s. 241.

⁸⁶³ HEINRICH, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 134; HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 1; ÖZGENÇ, s. 824. Failin kusur yeteneğine sahip olup olmadığı, örneğin akıl hastası veya çocuk olup olmadığı, uygulanacak tedbirin türünü tayinden öte bir anlam taşımaz (HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 46).

⁸⁶⁴ Tedbirin düzenlenmesi, tasarlanması ve süresinin saptanması bakımından bağlantı noktası, failin tehlikeli halidir (GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1).

⁸⁶⁵ ROXIN, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3; WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 10, s. 164, Rn. 396; MEIER, s. 269.

⁸⁶⁶ Buna karşılık Türk hukukunda suçun oluşmasını “kast”ın varlığına bağlayan TCK m. 21/1'deki düzenlemeyi isabetsiz bulmaktayız.

⁸⁶⁷ Krşl. WELZEL, s. 245. Bkz. StGB §§ 20, 21; TCK m. 31, 32, 34.

tedbirlerle takviye edilmesi gerekir. Böylece ilave bir güvenlik tedbirleri sistemi, cezanın kusurluluk referansında herhangi bir etkinlik kaybı yaşanmaksızın ceza hukukunun önleme ihtiyacına cevap vermektedir⁸⁶⁸. Dolayısıyla ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki etkileşim kimi zaman alternatif, kimi zaman kümülatiftir; ancak işlenen fiil teknik anlamda bir suç teşkil etmekte ise bu ilişki hiçbir zaman “*ne... ne de...*” biçiminde bir ilişki değildir.

Kusurluluk, bazı hallerde faile suçun hukuki neticelerinin uygulanması bağlamında örneğin psikiyatrik bozukluklarda veya işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşülmesi gibi hallerde eksik kalmaktadır. Failin kamusal tehlikeliliği açısından kusur yeteneğinin yokluğunda güvenlik tedbirleri uygulanacak iyi bir çözüm olmaktadır⁸⁶⁹.

Belirtelim ki, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için kusur koşulunun aranmamasından, bu tedbirlerin her halde kusur yeteneğinden yoksun kişilere uygulanmak zorunda olacağı anlamı çıkarılmamalıdır⁸⁷⁰. Bu konudaki ayrımı şu şekilde yapmak mümkündür: Eğer ortada bir suç varsa ve fail kusur yeteneğinden yoksunsa, ona ceza verilemez ancak güvenlik tedbiri uygulanabilir. Eğer ortada bir suç varsa ve failin kusur yeteneği de bulunmakta ise artık ceza yanı sıra onun tehlikeli olması halinde güvenlik tedbiri de uygulanabilir⁸⁷¹. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri, ceza ile ilişkisi değerlendirildiğinde, failin kusur yeteneğine sahip olduğu hallerde “kümülatif”, aksine failin kusur yeteneğinden yoksun olduğu hallerde ise “alternatif” olarak uygulanır⁸⁷². O halde, kusur, her ne kadar güvenlik tedbirinin bir uygulanma koşulu değilse de, onun uygulanmasına engel olan bir koşul da değildir. Bu nedenledir ki, failin kusur yeteneğine az da olsa sahip olması durumunda, onun hakkında tedbir yerine müeyyide

⁸⁶⁸ ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 692, Rn. 13. Yazarlar (Ibid.), bu ilişkiye dair şu örneği vermektedir: Bir bakkal, tekrarlanan ceza mahkûmiyetlerine rağmen Gıda Maddeleri Kanunu’na aykırı suçları işlemeye devam etmektedir. Bu durumda, devlet, her bir bireysel ihlal için yalnızca “ceza müeyyidesi”yle tepki gösterecek olursa, böyle bir tepki tek başına yiyeceklerin piyasaya sunulmasından önce halkın korunmasını sağlamaya yeterli olmaz. Bu nedenle böyle bir durumla karşılaşıldığında cezanın yanı sıra (ona ilaveten) bir tedbir olarak failin halk sağlığı için tehlike arz eden faaliyetine devam etmesini engelleyici nitelikte bir “meslek icrası yasağı”nın da uygulanması gerekir. Aynı şekilde müsadereye dair hükümler tipik bir “cezaya ilave tedbir” örneği teşkil etmektedir. Söz gelimi failin mağduru silahla yaraladığı bir olayda, sadece ceza verilmekle yetinilerek silahın faile teslim edilmesi, cezanın infazından sonra failin silahı yeniden kullanması olasılığını devam ettirecek; oysa cezaya ek olarak eşya müsadere hükmünün uygulanması ise tehlikeli eşyanın kullanımı ihtimalini ortadan kaldıracaktır.

⁸⁶⁹ ROXIN, Band I, § 1, s. 2, Rn. 3.

⁸⁷⁰ Güvenlik tedbirleri “genellikle” kusur yeteneğinden yoksun olan ve sosyal açıdan tehlike barındıran kişilere uygulanır. Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 585; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 606.

⁸⁷¹ Benzer yönde bkz. ÖZGENÇ, s. 823-824.

⁸⁷² Benzer yönde bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 35, s. 793, Rn. 1; ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 61, Rn. 1.

uygulanması mümkün olabilmektedir⁸⁷³. Bu ayrım ceza ve tedbir arasındaki bir diğer farkı da ortaya koymaktadır. Öyle ki, iki izlilik sistemini kabul eden bir ceza hukuku teorisinde ve pratiğinde ceza, kusur yeteneğine sahip olanlara uygulanan ve bu yetenekten yoksun olanlara uygulanma olasılığı bulunmayan bir hukuki sonuç iken; tedbir, gerek (çoğunlukla) kusur yeteneğinden yoksun gerekse (kıyasen azınlıkla) kusur yeteneğini haiz kimseler hakkında uygulanma olasılığı bulunan bir hukuki sonuçtur.

Ceza hukukunun hukuksal sonuçlarının kaynakları olarak nitelendirilen kusur ve tehlikenin, çoğu kez aynı eylemden veya ihmalden kaynaklı olarak bir arada bulunduğu söylenebilir. Örneğin gelecekteki olası suçların tahmini bakımından, topluma karşı, kasten öldürme suçunu işleyen bir failin yaşam hakkı yönüyle, cinsel saldırı suçunu işleyen bir failin cinsel dokunulmazlık yönüyle yahut hırsızlık yapan bir failin malvarlığı hakkı yönüyle en azından makul bir tehlike oluşturması muhtemeldir. Yani kusur yeteneği bulunan fail de sosyal açıdan aynı zamanda tehlikeli olabilir.

Bununla birlikte normalde kusur yeteneğinden yoksun olan fail açısından öyle bazı istisnai durumlar olabilir ki, tehlike olmadan kusur, kusur olmadan da tehlike ortaya çıkabilir. Örneğin yaptığı davranıştan dolayı kusur yeteneğinin varlığı nedeniyle ceza hukuku açısından sorumlu olan bir duvar tırmanışçısının, düşerek felç olmasına yol açan bir meslek kazasından sonra artık toplumun hakları bakımından tehlikeli olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu kişi kusuruyla işlediği suç nedeniyle sorumludur, fakat bir daha tırmanış yapamayacağı için bu eylem bakımından tehlikesi bulunmamaktadır⁸⁷⁴. Aynı şekilde failin kusur yeteneği varken tehlikeli sayılamayacağı örneklerden bir diğerinin “durum suçları” olduğu söylenmektedir. Bu tip suçlarda da tekerrür tehlikesinden söz edilemez⁸⁷⁵. Bunun aksinin de mümkün olduğundan yani kusur yeteneği olmayan bir kimsenin tehlikeli olabileceğinden de bahsedilebilir. Örneğin kasten veya taksirle bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına neden olan ancak kusur yeteneğinden yoksunluğu sebebiyle kendisine ceza verilemeyen bir şizofreni hastası veya sekiz yaşındaki bir çocuk, işlediği fiillerin ciddi hukuk ihlali oluşturması dolayısıyla toplum açısından tehlikeli addedilir.

Belirtelim ki, Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda kusur yeteneğine tümüyle sahip olan kişiler hakkında hürriyetten yoksun kılan güvenlik tedbirleri uygulanmamaktadır. Cezanın infazından sonra uygulanan denetimli serbestlik

⁸⁷³ Örneğin failin akıl hastalığının derecesi, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini ortadan kaldırmıyor veya bu yeteneğin önemli derecede azalmasına yol açmıyorsa, isnat yeteneğinin salt azalmış olması, ceza verilmesine engel değildir. Bu halde TCK m. 32/2’de ceza mahkemesine, ceza ve tedbir arasında seçim yapma olanağı verilmiştir.

⁸⁷⁴ Örnek için bkz. ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 692, Rn. 12.

⁸⁷⁵ ZIPF/DÖLLING, § 57, s. 692, Rn. 12; KAISER/SCHÖCH, § 11, s. 142, Rn. 28.

tedbiri, failin derhal toplum yaşamına karışmasını engellemektedir. Kanaatimizce bu durum eleştiriye açıktır. Yukarıda da değinildiği üzere bazı taksirli fiillerde veya durum suçlarında, mesleki veya kişisel bakımdan tehlikenin varlığı ve haliyle fiilin tekerrüründen söz etme olasılığı zayıflamakla birlikte, çoğu suçta tehlikeliliğin ne kadar süreceğini değilse de hiç olmazsa devam ettiğini/edeceğini söyleyebilmek için bir klinik metodun işletilmesine dahi gerek duyulmayabilir. Örneğin birden fazla kez hırsızlık yapan, buradan elde ettiği gelirle yaşamını idame ettiren veya kavga etmeyi, cinsel saldırıda bulunmayı yahut başka herhangi bir biçimde korunan hukuki değerlere zarar vermeyi alışkanlık haline getiren bir fail, eğer çocuk veya akıl hastası değilse, sadece cezalarının –bir kısmının- infazıyla yetinilmektedir. Oysa bu kimsenin infazdan sonra yeniden suç işleme olasılığının kuvvetli olduğunu tespit için mesleki bir uzmanlık gerekmemekte, bu tehlikeli hali günlük yaşam tecrübelerini esas alan sezgisel yöntem bile ortaya koyabilmektedir. Bu nedenle kanımızca önemli bir hukuki değeri ihlal etmeyen suçlar dışında kalan her bir suç bakımından, kanun koyucunun iradesine yahut onun mahkemeye tanıyacağı takdir yetkisine göre temel cezanın yahut sonuç cezanın belli bir asgari eşiği aşması kaydıyla hürriyeti bağlayıcı cezaya eklenen hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Cezaya eklenecek tedbirin ceza infaz kurumunda çektirilen, cezayı genişleten ve devam ettiren bir “ek ceza” niteliğinde değil, cezanın infazına rağmen toplumsal tehlikeliliği giderilemeyen hükümlü hakkında, bir klinikte insancıl koşullarda uygulanan, faili iyileştiren ve antisosyallığını gidererek onu sosyal yaşama hazırlayan “gerçek bir tedbir” niteliğinde olması gerekir.

Özetle, güvenlik tedbirleri kural olarak kusur yeteneğinden yoksun tehlikeli faile, ceza verilemediği için ve fakat bir yandan da sosyal savunmanın sağlanmasının gerekliliği üzerine uygulanır. Fakat failin kusur yeteneğine ve ceza sorumluluğuna sahip olduğu kimi hallerde de kendisine tedbir uygulanabilmektedir. Güvenlik tedbirlerinin kusurlu faile uygulanabilmesi için, ceza müeyyidesinin tek başına istenen neticeyi elde etmek bakımından başarısız veya yetersiz olması gerekir⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ HAFTER, s. 241. Ceza sorumluluğu (*criminal liability*) ile ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki ilişkiyi değerlendirirken ikili bir ayırım yapılmaktadır. Ceza, istisnasız şekilde daima bir ceza sorumluluğunun varlığını gerektirir. Buna karşılık güvenlik tedbirleri, birincisi, müsadere ve hak yoksunluğunda olduğu üzere ceza sorumluluğunun tam olduğu hallerde; ikincisi, çocuklar için zorunlu ıslah tedbirlerinde olduğu üzere ceza sorumluluğunun kısmi olduğu hallerde; ve üçüncüsü, isnat yeteneğinden tamamen yoksunluk durumunda olduğu üzere ceza sorumluluğunun hiç olmadığı hallerde uygulanabilir (CHANKSELIANI, s. 103).

2.3.3. Suç Vesilesiyle Uygulanma

Güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için tehlikeli failin bir suç işlemesinin zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri, suç işlenmesini önlemeye yöneldiğine göre, bunların uygulanmaları için suçun varlığını mutlak bir şart olarak görmek mümkün değildir. Bu nedenle güvenlik tedbirleri, suç işlendikten sonra suçun tekerrürünü önlemek amacıyla uygulanabileceği gibi henüz bir suç işlenmeden önce suçun ilk olarak işlenmesini önlemek amacıyla da uygulanabilir⁸⁷⁷.

Öğretide baskın olan görüşe göre, güvenlik tedbirleri failin kusur yeteneğinden bağımsız olarak uygulanmakla birlikte, suçun unsurlarından yani tipiklikten (maddi ve manevi unsurlar dâhil olmak üzere) ve hukuka aykırılıktan bağımsık değildir. Bu nedenle günümüz ceza hukuku sistemlerinde tedbirin hüküm ve infazı en azından bir fiilin (“Tat”) ve haliyle hukuka aykırı fiilin (“*rechtswidrige Tat*”) işlenmiş olmasını gerekli kılmaktadır⁸⁷⁸. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin uygulanması açısından temel gereksinim, failin tehlikeliliğini veya onun tehlikeye eğilimini ortaya koyan hukuka aykırı bir “sebeple/vesile eylem”in (*Anlasstat*) mevcudiyetidir⁸⁷⁹. Güvenlik tedbirlerinin öncelikli ihtiyacı olan vesile eylem, mutlaka bir “sebeple/vesile suç” formunda ortaya çıkmış olmalıdır⁸⁸⁰. Sebeple suç ise failin gelecekteki eylemler/suçlar dikkate alındığında tehlikeli olup olmadığına ve dolayısıyla güvenlik tedbirine maruz bırakılıp bırakılmayacağı değerlendirilmesine ön ayak olan ve geçmişte işlenmiş bulunan suçu ifade etmektedir.

Güvenlik tedbirlerini meşru savunma fikriyle açıklayan yaklaşımlara günümüzde itibar edilmemektedir. Çünkü bu anlayışta işlenmesi ihtimal dâhilinde bulunan fiillerle karşılaştırmaya olanak tanıyan mevcut fiilden söz etme olanağı olmadığı gibi tedbirlerin ölçülülük ilkesine uygunluğundan da bahsedilemez⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ SOYASLAN, *Kriminoloji*, s. 247.

⁸⁷⁸ WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 10, s. 164, Rn. 396; MAIWALD, s. 33; ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, s. 48.

⁸⁷⁹ KILIAN, *AnwK-StGB*, § 61, Rn. 6; FREUND, *Strafrecht AT*, s. 156-157, § 4, Rn. 86a, Fn. 111.

⁸⁸⁰ Nitekim her suç bir davranış normunun ihlalini gerektirdiğine (KINDHÄUSER, *LPK-StGB*, § 2, s. 36, Rn. 1) ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması için de bir davranış normunun ihlali zorunlu olduğuna göre, ceza hukuku bakımından hukuka aykırılık yani suç oluşmadıkça tedbirin uygulanma koşulu sağlanamaz. Türk hukukunda da güvenlik tedbirlerinin “suçun işlenmesinden sonra” hâkim tarafından hükmedilen tedbirler olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ARTUK, “Sicherungsmaßnahmen”, s. 194; ARTUK, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 468-469; ARTUK, “Genel Esaslar”, s. 281; ARTUK/ALAN AKCAN, “Mukayeseli Hukuk”, s. 12; ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi*, s. 585; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku*, s. 605.

⁸⁸¹ MEIER, s. 272; NOWAKOWSKI, s. 108.

Türk öğretisinde bir görüşe göre, suçu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran temel özellik, kusur esasına dayanmasıdır. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri kusur esasına dayanmadığı için suçun hukuki neticesi sayılamayacağı gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren fiillerin de aynı nedenle suç olarak değerlendirilmemesi gerekir⁸⁸². Oysa ceza ve tedbir suçun hukuki sonucu olduğuna göre, suç olmaksızın ne cezadan ne de güvenlik tedbirinden söz etmek mümkündür.

Kanaatimizce suç işlemeyen herhangi bir failin tehlikeli olduğu ve ileride suç işleme potansiyelinin kesine yakın bir olasılıkla var olduğu, mevcut bilimsel ve teknolojik verilere göre net bir şekilde tespit edilmekten çok uzaktır. Bu nedenle tamamlanmayan veya hiç olmazsa teşebbüs boyutuna ulaşmayan hiçbir fiilde güvenlik tedbirleri uygulanmamalıdır.

⁸⁸² Bu düşünceye göre “...esas yaptırımı güvenlik tedbiri olan fiillerin, günümüz suç genel teorisi çerçevesinde ‘suç’ olarak nitelenebilmesi mümkün değildir. Çünkü güvenlik tedbirlerinin esas yaptırım olarak uygulandığı hallerde, ortada ‘kusur yeteneği’ bulunan bir kimse, dolayısıyla da ‘kusurlu bir hareket’ yoktur. Ceza normunu anlamayan veya anlayamayan veya anlayabildiği halde ona uygun hareket edemeyen bir kimsenin hareketi teknik anlamda ‘suç’ olarak nitelenemez” (ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜHF Yayınları, Ankara, 1991, s. 3; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 161, kn. 233; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 830). Benzer bir görüşe göre de kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin kanuni tipe uygun hareketini suç olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 265. Kanaatimizce bu görüşler kabul edilecek olursa, güvenlik tedbirleri uygulanmasını gerektiren fiiller için, madem bunlar bir suç teşkil etmemektedir, o halde bunlar birer idari ihlal (örneğin kabahat veya disiplin suçu) niteliğinde de olmadığına göre, örneğin “kusursuz/kusur yeteneğinden yoksun haksızlık” gibi yeni bir isim bulma ihtiyacı doğacaktır. Ne var ki, öğretide çoğu yazarın aksine kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı ve kusurluluğu da suçun unsuru olarak kabul etmek suretiyle son tahlilde “kusur yeteneğini bir suç unsuru olarak saptayan” bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim ister kusur yeteneğini faile ilişkin bir özellik olarak dikkate alsın isterse de onu kusurluluğun bir ön koşulu olarak değerlendirsın, öğretideki diğer görüşlerin de aynı düşünceyi paylaşmadığı görülmektedir. Örneğin kusur yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak dikkate alan yazarlara göre kusur, suçun bir unsuru olmayıp haksızlık oluşturan bir fiil nedeniyle fail hakkında bir değer yargısından ibaret olduğu için, failin kusurlu veya kusursuz olması, işlenen fiilin suç olup olmaması üzerine etki etmeyecektir. Buna göre, haksızlık ve kusur arasındaki farkı ortadan kaldıran bu anlayış, sadece kusur yeteneği bulunanların normun muhatabı olacağı sonucuna götürür ki, bu durum örneğin akıl hastasının saldırısına karşı kendisini savunan kişinin fiilinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi durumunu açıklayamaz. Dolayısıyla bu görüşe göre failin kusur yeteneğinin bulunmaması, suçun unsurlarını ve itibarıyla varlığını/yokluğunu değil sadece ona uygulanacak yaptırımı etkileyecektir (İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 15-116, dn. 309; ÖZGENÇ, s. 689, dn. 23). Buna karşılık kusurluluğu bir suç unsuru olarak ele almasına karşın kusur yeteneğini kusurluluktan bağımsız olarak faile dair bir özellik olarak değerlendiren diğer bir görüşe göre de kusur (isnat, ceza) kabiliyeti suçun manevi unsurunun yani kusurluluğun tamamen dışındadır. Kusurluluk isnat yeteneği olan veya olmayan failin fiil açısından bilinçli ve iradi hareketini belirtirken, kusur yeteneği failin ceza sorumluluğu açısından olgunluk durumunu açıklar (ERSOY, s. 139-140). Dolayısıyla suç failinin ceza için sahip olması gereken nitelikten ibaret olan isnat edilebilirliğin yokluğu, somut olarak cezalandırılabilirliği ortadan kaldırsa da suçu ortadan kaldırmaz. Ülkede yaşayan herkes, zihnen gelişmiş olup olmadığına bakılmaksızın ceza yasalarının muhatabıdır (TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 336). O halde, isnat yeteneğinden yoksunluk yalnızca ceza müeyyidesinden muafiyetin kişisel bir nedeni olarak görülebilir. Isnat yeteneği olmayan kimselerin işledikleri fiiller, suç; bu kimselerin kendisi de suçun failidir (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 388-399).

Bununla birlikte bazen failin suç teşkil etmeyen davranışları ve hatta kimi zaman onun yalnızca durumu/kişiliği ileride suç işlemekten imtina etmeyeceği, diğer deyişle koşulları oluştuğunda çekinmeden suç işleyebileceği izlenimi uyandırabilir. Bu hallerde güvenlik tedbirlerinin değil fakat polis tedbirlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin hukuki hata veya fiili hata nedeniyle mefruz suç ya da vasıtanın (veya hareketin) elverişsizliği yahut maddi konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) söz konusu olduğunda, polis tedbiri uygulanması gereken “davranış”lardan; failin alkolik, madde bağımlısı, serseri veya akıl hastası olduğu hallerde ise polis tedbiri uygulanabilecek “durum”lardan söz edilebilir. Bu hallerde failin potansiyel tehlikeliğine, tıbbi verilerin inandırıcılığı elveriyorsa, yargı mercinin denetimine tabi olmak kaydıyla, tedbiri uygulayacak idari mercinin karar vermesi gerekir. Tüm bu hallerde eğer fail hakkında hürriyetten mahrum bırakan tedbirlerin uygulanması zorunluluğu bulunuyorsa, bu tedbirin, yargı merciinin kararına veya onayına tabi tutulması anayasal bir zorunluluktur. Bu halde yargı kararı veya onayının aranması, kriminal anlamda suç ortaya çıkmadığı için, uygulanan tedbiri hukuki nitelik olarak bir güvenlik tedbiri haline dönüştürmez.

Suç yolunda (*iter criminis*) tamamlanma evresinin gerçekleşmediği hatta icra hareketlerinin başlamadığı safhada suçu hazırlayıcı eylemler nedeniyle önleyici idari tedbirler uygulanabilirse de mahkeme kararını gerektiren önleyici yargısal tedbirler uygulanamaz. Dolayısıyla ceza hukukunda hazırlık hareketleri cezalandırılmadığı gibi bu tür hareketleri gerçekleştiren fail hakkında tedbir de uygulanamaz. Bunun tek istisnası kanunda hazırlık hareketlerine açık bir hukuksal neticenin bağlanmış olmasıdır. Dolayısıyla hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlarda güvenlik tedbiri uygulanması mümkün olduğu gibi⁸⁸³, bu halde hazırlık hareketinin bizzat kendisi suç teşkil edeceği için kanunda cezadan bağışık güvenlik tedbirlerinin tespit edilmesi de mümkündür.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanma şartı olarak bir suçun işlenmesi gerektiği kabul edildiğinde, bu kabulün suç teorisi bakımından bazı önemli sonuçları doğmaktadır. Bir defa, suçun tüm unsurlarıyla ortaya çıkması gerekir. Bu bakımdan suçun maddi (özellikle hareket) ve manevi (kast veya taksir) unsurları ile hukuka aykırılık unsuru kümülatif olarak gerçekleşmek zorundadır. Bu nedenle örneğin ceza hukuku anlamında hareketi bulunmayan bir kimse yahut hareketi bulunmakla birlikte bu harekete söz gelimi *vis absoluta* gibi tamamen öngörülemeyen nedenlerden dolayı yönelmiş olan kimse, tehlikeli durumda olsa bile güvenlik tedbirlerinin muhatabı

⁸⁸³ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1214.

olamaz. Aynı şekilde kişilik bakımından tehlikeli fail, kasten hareket etse bile, eğer olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa, örneğin bir akıl hastası meşru savunma halinde iken karşı tarafa zarar vermişse⁸⁸⁴ veya ilgilinin tasarruf edilebilecek bir hakkına ilişkin fiilden önceki rızası dahilinde tipik fiili gerçekleştirmişse, onun suç işlediğinden söz edilemeyeceği için tedbirin uygulanması da söz konusu olmamalıdır.

2.3.4. Geleceğe Yönelik Uygulanma

Ceza, kusur esasına; tedbir tehlike esasına dayanır. Bu nedenle tedbir, cezadan farklı olarak geçmişe münhasır bir tepki niteliğinde olmayıp, geleceğe etkili bir tahmin üzerine uygulanan önlemden ibaret olmaktadır. Bu ikinci halde hukuki sonucun uygulanmasında suçun işlenmesi değil, suç vesilesiyle yeni bir suçun işlenmesi tehlikesi yani tekrerrür tehlikesi esas alınmaktadır⁸⁸⁵. Ceza, geçmişe yönelik bir değerlendirmeyi esas alırken; güvenlik tedbiri, münhasıran ilerleyen suçları önlemeye yani geleceğe odaklanır⁸⁸⁶. Nitekim tehlikelilik kavramı, doğası gereği, ileriye dönük bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla suçlunun kusurunun tek başına böylesine önemli bir müdahaleyi haklı kılıp kılmadığı değerlendirmesinden bağımsız olarak uygulanan güvenlik tedbirleri gelecekteki ihlali önlemeye yönelmiştir⁸⁸⁷. Gelecekte işlenmesi muhtemel suçlardan kasıt, failin hâlihazırda işlediği sebep suçtan hareketle, ilerleyen dönemde işlemesine ihtimal verilen suçlardır. Bu ihtimalin, alelade ve hayatın olağan akışı içinde herkes için normal olarak öngörülen bir olasılığı aşacak ölçüde ve tehlike tahmin metodları doğrultusunda gerekçeleriyle ortaya konulması gerekir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nce 4 Mayıs 2011 tarihinde verilen bir karara göre, ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki en önemli farkı, güvenlik tedbirlerinin infaz sırasında gözetilmesi gereken önleyici niteliğinde aramak gerekir⁸⁸⁸. Güvenlik tedbiri madem muhtemel suça ilişkin bireysel önleyici karakteri haizdir, o

⁸⁸⁴ Bkz. FREUND, Strafrecht AT, s. 134, § 4, Rn. 29.

⁸⁸⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 1, s. 5, Rn. 11; ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 61, Rn. 1; HAFİZOĞULLARI, "Emniyet Tedbirleri", s. 46.

⁸⁸⁶ FREUND, Strafrecht AT, s. 13, Rn. 24; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 12; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 26; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 36.

⁸⁸⁷ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 26; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 36.

⁸⁸⁸ Bkz. ÜNVER, Yener, "Güvenlik Tedbirleri İle Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı mı? (Alman Anayasa Mahkemesi'nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme)", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, GSÜHFD, 1 (1), İstanbul, 2010, s. 372. Bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri, önleyici ve tedavi edici karakterleriyle cezadan ayrılırlar. Bkz. PISAPIA, s. 175.

halde zorunlu olarak geleceğe etki etmelidir⁸⁸⁹. Bütün tedbirlerin genel amacı, gelecekteki olası ihlallerin önlenmesidir. Bu nedenle güvenlik tedbirleri, öncelikle güvenlik fikrine ve münhasıran geleceğe şamildir⁸⁹⁰. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin uygulanması, suçludan “gelecekte” beklenen ceza hukukuna aykırı eylemleri gerektirir. Bu beklenti, basit bir ihtimalin ötesine geçen, yüksek bir olasılık derecesini şart koşar⁸⁹¹. Olasılık ise zorunlu olarak bir tahmini, öyleyse geçmişe münhasır olmayan bir değerlendirmeyi lüzumlu kılar.

Suçun işlenmesi anında, failin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, onun geleceğe yönelik bir tehlike arz etmesi, güvenlik tedbirlerinin uygulanması için ön koşuldur. Geleceğe yönelik bu tehlikenin hâlihazırda mevcut ve devam ediyor olması gerekliliği aranır⁸⁹². Tehlikenin geleceğe yönelik olmasından bahsedildiğinde, aslında ilk kez işlenen fiil vesilesiyle fakat uygulayıcı makam nezdinde ileride “tekerrür endişesi”⁸⁹³ oluşturan eylemlerin önlenmesi düşüncesiyle ortaya konulan bir iradedden bahsedilir.

Burada ifade edilmesi gereken bir diğer nokta, fail tarafından gelecekte işlenebileceği mahkemece öngörülen suç veya suçların, tedbir uygulanmasına vesile olan sebep suçla aynı veya benzer bir fiil olma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Yani tekerrür tehlikesinin itiyad veya suç meslek edinme boyutuna ulaşmış olması koşulu aranmaz. İster tekerrür isterse bunun özel görünüş biçimleri olarak itiyad ve mesleki suçluluk şeklinde belirme ihtimali olsun, değerlendirme, herhangi bir suçun gelecekte işlenmesi ihtimali üzerinden yapılmalıdır. Bu nedenle öğretide “belli bir suçun ya da belli suçların” işlenmesi ihtimalinden değil, “devam eden suçların (*weitere Straftaten*)”⁸⁹⁴ işlenmesi olasılığından/riskinden bahsedilmektedir.

⁸⁸⁹ Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 585; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 605. Güvenlik tedbirleri, kefarete esaslı olmayan bir ceza hukuku neticesi olarak, tamamıyla gelecekteki mükerrer fiillerin bireysel olarak önlenmesi anlayışına dayanır (SCHMIDHÄUSER, s. 12).

⁸⁹⁰ ESER, “Zur Entwicklung”, s. 235; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 10. Bu fonksiyon, öğretide isabetli olarak “geleceğe yönelik önleme (*zukunftsgerichtete Vorbeugung*)” başlığı altında incelenmektedir. Bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 35.

⁸⁹¹ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 63, Rn. 11.

⁸⁹² HEINTSCHEL-HEINEGG, BeckOK-StGB, § 38, Rn. 1.

⁸⁹³ Bu makul endişe, aynı zamanda hukukun ve özelde ceza hukukunun toplumu koruma ödevinden kaynaklanmaktadır. Zira hukuk ve ceza hukuku, yaşanmış olanı yaşanmamış sayamaz; ancak yaşanmış olanın tekrarlanmaması için çaba gösterip önlem alabilir.

⁸⁹⁴ Bkz. ZIPF/LAUE, § 67, s. 893, Rn. 1; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 8. Aynı ifadeye Alman CK’nın araç sürme yasağının koşullarını düzenleyen 68/1’inci paragrafında da yer verilmiştir.

2.3.5. Kefaret ve Adalet Özlü Olmama

Güvenlik tedbirlerinin cezalandırma amacından ve failin kusurundan bağışık biçimde spesifik olarak güvenlik ve dolayısıyla toplumun korunması amacına yönelmesi nedeniyle⁸⁹⁵, tedbirler aynı zamanda ceza politikası amacına uygun birer araç niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte koruma ve önleme fonksiyonunun ilişkin ceza siyaseti hedefinin, tedbirlerin ceza hukukunda ikinci iz olarak gerekçeden yoksun olduğu sonucuna ulaştırması da söz konusu olmamalıdır. Gerçekten Klasikler ve Pozitivistler veya Modernler arasındaki çatışma sonucu hukuk sistemlerine dâhil olan güvenlik tedbirlerinin teorik meşruiyetini açıklamak üzere birçok fikir ortaya atılmıştır. Ancak bunlar arasında cezalandırma veya acı çektirme amacından söz etmek mümkün değildir.

Ceza, klasik anlamıyla hukuka aykırı fiili kusurlu olarak gerçekleştirdiği için mahkemenin faile uyguladığı kötülük olarak tanımlanmasına karşın, güvenlik tedbirleri temelde farklı bir esasa dayanır. Modern ceza yasaları ve suç siyaseti, cezalar yanında güvenlik tedbirlerini öngörmekte ise bu ikisinin amaç bakımından da ayrılması gerekir⁸⁹⁶. Gerçekten ceza, kötülüğe karşı kötülük iken, güvenlik tedbirinin uygulanmasına neden olan hukuka aykırı fiilin (fakat güvenlik tedbirinin bizatihi kendisinin değil) bir kötülük olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanısındayız. Çünkü ikincisinde fail kasten hareket etse bile işlediği fiilin hukuki anlamını bilmemekte, dolayısıyla işlediği fiil suç olmakla birlikte kötülük teşkil etmemekte; yani manevi/ahlaki bir değerlendirme açısından eksik kalmaktadır.

Günümüzde güvenlik tedbirlerinin hukuksal gerekçesinin, Anayasayla güvence altına alınmış olan “Devletin koruma yükümlülüğü” ile “üstün kamusal yarar” prensiplerinin gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmektedir. Devletin koruma yükümlülüğü, gelecekteki hukuki değer ihlallerine karşı toplumu koruma görevi verir⁸⁹⁷. Eğer önlem alınmasını gerektiren birtakım tehlikeler ortaya çıkmışsa, devletin yetkili organları, bireylerin hukuki statüsüne kaçınılmaz müdahaleleri de kapsayan uygun, gerekli ve makul tedbirleri almak hak ve yetkisine sahiptir. Bu halde devletin toplumu koruma yükümlülüğü ile kişinin temel hakkı arasında bir değerler tartımı yapılır; eğer kamusal yarar onunla çelişen bireysel hakka kıyasla ağır basıyorsa, tedbir

⁸⁹⁵ GEMMEREN, MüKo-StGB, § 61, Rn. 1; CHANKSELIANI, s. 104.

⁸⁹⁶ HAFTER, s. 241.

⁸⁹⁷ Esasen daha önce belirtildiği üzere, hem ceza hem de tedbir, hukuka aykırı fiile gereksinim duyma ortak paydasında birleşmektedir. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerini cezadan ayıran yön, tedbirler için özellikle vurgulanan ve bunların gerçek hukuki meşruiyet gerekçelerini oluşturan “önleme görevi”dir. Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 26; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 36.

yoluyla temel hakkın müdahalesine izin verilir. Dolayısıyla gelecekteki suçun önlenmesi amacı Devlet tarafından “kayıtsız şartsız” biçimde uygulanamaz⁸⁹⁸.

Güvenlik tedbirlerinin temel yol gösterici ilkesi, özel önleme prensibidir. Ancak cezayla tedbir arasında, özel önlemenin de bir yönüyle içerdiği kefarete bakımından önemli bir ayrım vardır. Gerçekten özel önleme amacı, cezalarda caydırıcılık, iyileştirme ve güvenlik olmak üzere üç temel unsurdan oluşmakla birlikte güvenlik tedbirlerinde caydırıcılık unsurunu kaybetmektedir. Her ne kadar sürücü belgesinin iptali gibi bazı tedbirler caydırıcı karakter taşısa da hiçbir güvenlik tedbirinin ne kabulünde ne de infazında caydırıcılık amacı bulunduğu söylenemez⁸⁹⁹.

İnfaz açısından “aşama teorisi (*Stufentheorie*)” veya “diyalektik uzlaştırmacı teori (*dialektische Vereinigungstheorie*)”, ceza hukukundaki güvenlik tedbirlerinin infazındaki amacın yeniden bütünleşme (reintegrasyon) olarak değil, genel olarak yeniden sosyalleşme (resosyalizasyon) anlamına geldiğini kabul eder⁹⁰⁰. Bu öğretiyeye göre, ceza adaleti her aşamada farklı bir hedef takip etmektedir: Kanunun hazırlanması evresinde kanun koyucu açısından genel önleme; yargılama evresinde yargıç açısından kusurun karşılığı olarak kefarete; hükmün infazı aşamasında infaz makamları açısından ise özel önleme amacı ağır basmaktadır. Bununla birlikte özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin infazında hâkim, yasa koyucunun açıkça saptadığı infaz amaçları üzerine hüküm bina etmekle ve tedbirin nasıl ve ne kadar süreyle uygulanacağını kararda göstermekle yükümlüdür⁹⁰¹.

Öğretide bir görüş, güvenlik tedbirlerinin yalnızca adalet ve kefarete gibi mutlak ceza teorisyenleri tarafından temel alınan değerlerden değil, genel anlamda ahlaki karakter ve etik değerlerin tümünden yoksun olduğunu düşünmektedir. Bu düşüncenin gerekçesi olarak, bunların birer toplumsal fayda ve sosyal politika önlemi olmaktan başka, suç teşkil eden fiilin veya bunun failinin kınanmasını ya da ahlaken ayıplanmasını gerektirmemesi gösterilmektedir⁹⁰². Kanımızca bu düşünce, isnat yeteneğinin tümüyle bulunmadığı tehlikeli suçlular bakımından isabetlidir. Kınanabilirlik, ceza hukuku teorisi açısından, bunun asgari ölçüsü olarak kusur yeteneğini gerektirir. Ancak böyle olmasa bile, sosyolojik açıdan tedbir uygulanan kimse eğer kusur yeteneğinden tümüyle yoksunsa, örneğin altı yaşında bir çocuktan veya ileri derecede şizofrenden bahsediliyorsa, bunların toplumun kınamasına da

⁸⁹⁸ MEIER, s. 273.

⁸⁹⁹ MEIER, s. 272.

⁹⁰⁰ OSTENDORF, Heribert, “Auf Generalprävention Kann Noch Nicht Verzichtet Werden: Über Die Ziele Kriminalrechtlicher Maßnahmen”, ZRP, 9 (12), Dezember 1976, s. 281.

⁹⁰¹ OSTENDORF, ZRP, 9 (12), s. 282.

⁹⁰² HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 48.

mazhar olmadığı açıktır. Bununla birlikte kusur yeteneğine tümüyle sahip olan veya bu yetenekten kısmen yoksun olan kişinin işlediği aynı fiil, söz gelimi kısmi akıl hastalığında olduğu üzere kendisine güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektirse bile, toplumun kınamasından bağışık kalmaz. Bu nedenle isnat yeteneği az da olsa bulunan kimseler özelinde bu tedbirlerin “hukuki ve kriminolojik açıdan değerden (kısmen) bağımsız; fakat ahlaki ve sosyolojik açıdan değere bağımlı” olduğu söylenebilir.

2.4. GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ

Tarihsel süreç ve içinde bulunulan sistem özelinde değerlendirilecek olursa, cezaların hayata, hürriyete, malvarlığına ve diğer bazı haklara yöneldiği görülmektedir. Güvenlik tedbirlerinin ise hürriyet, malvarlığı ve diğer haklara yönelmesi mümkün olmakla birlikte, hiçbir zaman yaşam hakkını ortadan kaldıracak biçimde uygulanamayacağı öğretide kabul edilmektedir⁹⁰³. Kural olarak güvenlik tedbirlerinin temel uygulanma koşulu, failin tehlikeli ve antisosyal kişiliğidir. Bu nedenle tedbir doğrudan faile uygulanır. Ancak hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bu tartışmadan bağışık olarak, gerek İtalyan CK gibi bazı yabancı kanunlarda gerekse 5237 sayılı TCK’da güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiş bulunan, örneğin müsadere gibi istisnai durumlarda, herhangi bir kimseye doğrudan yönelen bir tedbir bulunmamakta, bu halde kriminal bir suçla bağlantısı bulunan zararlı veya tehlikeli eşya ele geçirilmektedir⁹⁰⁴. Buradan hareketle, öğretide, güvenlik tedbirlerinin suç işleyen kişi üzerinde, suçun konusu üzerinde veya suçun işlenmesinde kullanılan vasıta üzerinde uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹⁰⁵.

⁹⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 571, kn. 1347. Kanaatimizce tedbirlerin hayata yönelmesi yasağının temelinde “özel önleme amacı” ve dolayısıyla “failin maddi bakımdan ıslahı ve resosyalizasyonu düşüncesi” yer almaktadır. Çünkü ileri sürüldüğü tarihten bu yana tedbirlerin öncelikli amacının failin tehlikeliliğini gidermek suretiyle toplumu korumak olduğu kabul edilmektedir. Burada sorun, failin ıslahı ve tedavisi kabil olmayan bir suçlu olması (örneğin mevcut tıp biliminin verilerine göre giderilemeyen bir psikopatolojik durumun bulunması) halinde idamın bir tedbir olarak uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır. Failin antisosyal kişiliğinin tedavi edilip edilemeyeceği problemi, yere, zamana ve bilhassa çağın bilimsel ve teknik gelişmelerine bağlı olarak değişkenlik göstermeye müsaittir. Nasıl ki tedavisi mümkün olmadığı söylenen bir hastalığın zaman sonra tedavisinin olanaklı olduğu ortaya çıkabiliyorsa, faili insani vasıflara yeniden kavuşturacak yöntem ve vasıtaların da zamanla keşfi veya icrası potansiyel olarak mümkündür. Bu potansiyel olasılık var olduğu müddetçe “idam tedbiri”nin veya “bir güvenlik tedbiri olarak idam”ın olanaklı olmadığını düşünmekteyiz.

⁹⁰⁴ HAFTER, s. 242.

⁹⁰⁵ ÖZGENÇ, s. 824; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1212. Öğretide güvenlik tedbirlerinin “insan vücuduna ilişkin”, “hürriyetten alıkoyan”, “hürriyeti sınırlayan”, “malvarlığına ilişkin” ve “haklardan yoksun kılan” tedbirler olarak sınıflandırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. SOYASLAN, Kriminoloji, s. 208.

İşte bu nedenle, hukuki nitelik tartışmasına girişmeksizin, güvenlik tedbirlerini, kanun koyucunun iradesini esas almak kaydıyla ve yöneldiği hukuki değer veya menfaatleri göz önüne almak suretiyle, ana ayrım olarak kişi üzerinde ve eşya üzerinde uygulanan tedbirler biçiminde ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilkinde “şahsi güvenlik tedbirleri”, ikincisine “mali güvenlik tedbirleri”⁹⁰⁶ denilebilir.

Güvenlik tedbirleri, cezalardan farklı olarak, kanun koyucuya niceliksel açıdan daha fazla takdir yetkisi tanımaktadır. Bunun anlamı, ceza türleri ile güvenlik tedbirleri türleri kıyaslandığında ikincisinin sayısal olarak ilkinden daha fazla olmasıdır. Örneğin Alman CK’da iki asli ceza türüne (§§ 38, 40) karşılık altı güvenlik tedbiri türü (§ 61⁹⁰⁷) kabul edilmiştir. TCK’da da cezalar iki türden (m. 45) ibaret olduğu halde güvenlik tedbiri olarak sekiz ayrı tür (m. 53-60) belirlenmiştir.

Ayrıca Türk hukukunda da güvenlik tedbirleri, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, genel kanun niteliğindeki ceza kanununda gösterilen tedbirlerle sınırlı değildir. Bir suç dolayısıyla ceza niteliğinde olmayan bir hukuki sonucun uygulanmasının öngörüldüğü özel kanun hükümleri de şayet tedbir özelliği gösteriyorsa güvenlik tedbiri içeren düzenlemelere örnek verilebilir⁹⁰⁸.

Güvenlik tedbirleri esasen, yine cezalardan farklı olarak, zaman açısından azami uygulanma sınırı belirli olmayan tedbirlerdir. Bununla birlikte bazı tedbirler için kanun belli bir sınır tespit etmiş olabilir. Buradan hareketle, ikinci olarak güvenlik tedbirlerini, uygulanacağı zaman dilimini esas almak suretiyle “süresiz”, “geçici” ve “sürelî” güvenlik tedbirleri biçiminde üçe ayırmak mümkündür⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ İtalyan öğretisinde de aynı ayrımı kabul eden yazarlar vardır. Bkz. PISAPIA, s. 179; RENDE, s. 78.

⁹⁰⁷ Tespit amacıyla güvenlik tedbirlerine genel bir bakış içeren ve bu nedenle öğretide kanun yapma tekniği açısından gereksiz bulunan bu maddede yer verilen tedbirler, örneğin Çocuk Mahkemesi Kanunu’nun (*Jugendgerichtsgesetz, JGG*) 7’nci maddesindeki gibi bazı düzenlemelerde tekrarlanmaktadır. Bkz. SCHÖCH, Heinz, “§ 61 Übersicht”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 1; ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 1.

⁹⁰⁸ “Bunun yanında güvenlik tedbirleri anılan maddelerde sayılanlarla sınırlı olmayıp, özel yasalarda da, yasallık ilkesine uyulmak koşuluyla farklı güvenlik tedbirlerine yer verilmesi olanaklıdır. Bu kapsamda, 3167 Sayılı Kanunun 16/3. maddesindeki çek hesabı açtırmanın yasaklanması tedbiri de özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinden biridir” (YCGK, E. 2010/10-230, K. 2010/264, 21.12.2010). “Bu kapsamda, 4250 Sayılı Kanunun 28. maddesindeki ‘bu fiili işleyenlere ait işyerlerinin bir aydan üç aya kadar kapatılmasına hükmolunur’ şeklindeki hükümle konulan tedbir de, özel yasalarda yer alan güvenlik tedbirlerinden biridir” (YCGK, E. 2010/7-183, K. 2010/186, 5.10.2010). Özel kanun hükümleriyle güvenlik tedbiri tespit edilebileceği hususunda ayrıca bkz. YCGK, E. 2006/11-301, K. 2006/296, 12.12.2006; E. 2006/9-55, K. 2006/115, 11.4.2006.

⁹⁰⁹ Belirtelim ki, güvenlik tedbirlerini yukarıdaki gibi genel bir ayrımla incelemek mümkün ise de bu tedbirlerin türlerine ilişkin alt türler, her bir ülkenin ceza hukuku sisteminde o ülkenin yasa koyucusunun takdirine göre birbirinden ayrılmaktadır. Ceza türleri konusunda benzer olan düzenlemeler, tedbir türleri söz konusu olduğunda farklılaşmaktadır. Örneğin Almanya’da hürriyeti bağlayıcı bir tedbir olan muhafaza altına alma tedbirinin Türkiye’de muadili yoktur.

2.4.1. Yöneldiği Hukuki Değere Göre Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.1. Şahsi Güvenlik Tedbirleri

Şahsi güvenlik tedbirleri, suç işleyen tehlikeli faillerin şahsını ve dolayısıyla tehlikeli kişiliğini muhatap alarak uygulanan tedbirlerdir. Şahsi güvenlik tedbirlerini hürriyete yönelik olan ve hürriyete yönelmemekle birlikte diğer haklara ilişkin olan tedbirler biçiminde ikiye ayırmak mümkündür⁹¹⁰. Alman CK, şahsi hürriyeti kısıtlayan ve kısıtlamayan üçer tedbire yer vermiştir. İtalyan CK'da her iki grupta dörder tedbir düzenlenmiştir. TCK ise hürriyeti kısıtlayan iki tedbir ile hürriyeti kısıtlamayan dört tedbire yer vermiştir.

Her şeyden önce İtalyan hukuki sonuçlar sisteminin de iki izlilik prensibini benimsediği söylenebilir. Bu iki izin bir yanında cezalar diğer yanında güvenlik tedbirleri yer almaktadır. Ceza veya tedbirden hangisinin uygulanacağı, failin ceza sorumluluğuna göre belirlenmektedir. Ceza müeyyidesi, yalnızca ceza sorumluluğu tam olan kişiler hakkında uygulanır. Güvenlik tedbirleri ise ceza sorumluluğu bulunan kişilerin yanı sıra kısmi ceza sorumluluğuna sahip olan veya suçun işlendiği esnada akıl

Buna karşılık genel bir değerlendirmeye karşılaştırmalı hukukta yer alan bazı güvenlik tedbirlerinin türlerini, uygulanmakta olduğu ülkeleri de dikkate alarak şu şekilde sıralamak mümkündür (CHANKSELIANI, s. 105):

Tıbbi nitelikteki zorunlu önlemler (Avusturya, Bolivya, Brezilya, Birleşik Krallık, Macaristan, Almanya, İspanya, İtalya, Kolombiya, Küba, Moldova, Norveç, Portekiz, Rusya, Romanya, ABD, Türkiye, Çek Cumhuriyeti, Estonya),

Bir mesleğin yerine getirilmesi yasağı (Almanya, İspanya, Paraguay, Polonya, Portekiz, Romanya, Türkiye),

Özel müsadere (Macaristan, Moldova, Norveç, Polonya, Rusya, Romanya, Türkiye, Çek Cumhuriyeti, Estonya),

Denetimli serbestlik (Brezilya, Macaristan, Almanya, İtalya Kolombiya, Norveç, Paraguay, ABD, Türkiye),

Oy kullanma hakkının kaybı (Fransa, Litvanya, Almanya, Macaristan),

Geçici sürüş yasağı (Almanya, İspanya, Paraguay, Polonya, Portekiz),

Yabancıların sınır dışı edilmesi (İspanya, İtalya, Moldova, Romanya, Türkiye),

Sınır dışı etme (Brezilya, İspanya, İtalya, Norveç, Romanya),

Reşit olmayan kişilere karşı iyileştirici tedbirler (Bağımsız Devletler Topluluğu, İspanya, İtalya, Moldova, Türkiye, Çek Cumhuriyeti, Estonya),

Alkol tüketimi yasağı (Irak, Norveç),

Tanık olarak ifade verme (Fransa).

⁹¹⁰ SCHMIDHÄUSER, s. 261; Türk Hukuk Lûgatı, s. 84-85. Fransız CK'da eğitici niteliği üstün olan ve suçluyu zararsız kılıcı niteliği üstün olan tedbirler ile diğer tedbirler ayrılmıştır (DÖNMEZER/ERMAN, s. 572, kn. 1337). Alman CK'da iyileştirme ve güvenlik tedbirleri olarak hürriyeti bağlayıcı tedbirler, hal ve gidişin denetimi, sürücü belgesinin iptali, meslek icrası yasağı başlıkları düzenlenmiştir. İsviçre CK'da güvenlik tedbirleri, tedavi edici tedbirler ve gözetim altına alma (Art. 56 vd.) ile diğer tedbirler (Art. 66 vd.) olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Türk hukukunda yasalaşmayan 2003 TCK Tasarısı'nın 94'üncü maddesinde güvenlik tedbirleri, "hürriyeti bağlayıcı" ve "haklardan yoksunluğu gerektiren" güvenlik tedbirleri ile "önleyici kefalet" olmak üzere üç başlık altında yer almıştır. 5237 sayılı TCK ise güvenlik tedbirlerini, bahsi edilen düzenlemelerin aksine, açıkça tasnif etmeyi tercih etmemiş, tedbirlerin tümünü "güvenlik tedbirleri" ana başlığı altında sıralamayı uygun görmüştür.

hastası olan kimselerde olduğu üzere bu sorumluluğa sahip olmayan kişiler hakkında da uygulanabilir⁹¹¹. İtalyan Anayasası, cezaların yanında güvenlik tedbirleri için de kanunilik ilkesini benimsemiştir⁹¹².

İtalya’da güvenlik tedbirlerinin türleri, sosyal tehlikeliliğin türüne bağlı olarak çeşitli alt sınıflara ayrılmıştır⁹¹³. İtalyan ceza hukukunda bir görüş güvenlik tedbirlerini, dörtlü bir ayırımla inceleme yoluna gitmektedir. Bunlar; a) Kişisel hürriyeti bağlayıcı tedbirler (*misura personali detentive*), b) kişisel hürriyeti bağlayıcı olmayan tedbirler (*misura personali non detentive*), c) iyi hareket kefaleti (*cauzione di buona condotta*) ve d) müsadere (*confisca*) olarak sıralanmaktadır⁹¹⁴. İtalyan hukukunda bir diğer görüş ise güvenlik tedbirlerini sübjektif (öznel) ve objektif (nesnel) tedbirler olarak ikili bir ayırımla incelemektedir. Yaptığımız ayırma uygun olarak bunlardan ilkinin şahsi, ikincisini mali tedbirler olarak ayırabiliriz. Şahsi tedbirler, kişiler üzerinde uygulanırken, mali tedbirler örneğin eşya veya para üzerinde uygulanır. Şahsi güvenlik tedbirlerinin uygulandığı kişilerin niteliği, tehlikeli olmalarıdır. Mali güvenlik tedbirleri ise esas tehlikeyi ortadan kaldırmayı veya birtakım eşyaları etkisi hale getirmeyi amaçlamaktadır. Bu hukuk sistemi, şahsi güvenlik tedbirlerini de hürriyeti bağlayıcı olan ve olmayan şeklinde ikiye ayırmaktadır⁹¹⁵. Çalışmada da karşılaştırmalı hukuktaki bu ayırım esas alınmaktadır.

2.4.1.1.1. Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirler

Hürriyete yönelik olan güvenlik tedbirleri, hürriyeti kısıtlayan ve suçlunun belli bir yerden/kurumdan çıkmamasını temin eden tedbirlerdir⁹¹⁶. Bir diğer deyişle, hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler, failin, tedavi/rehabilitasyon edilmesi, ıslahı/iyileştirilmesi ve bu yolla toplumun korunması amacıyla, kanunda bunun için öngörülen kuruma yerleştirilmesidir. Görüldüğü üzere burada kullanılan “hürriyeti kısıtlama”, özel hükümlerde yer verilen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda maddi unsur oluşturan “hürriyetten yoksun kılma” ile aynı anlama gelmemektedir. Hürriyeti kısıtlayan güvenlik tedbirleri, failin hastanede, klinikte ya da buna benzer özel kurumlarda veya bazı hukuk sistemlerinde örnekleri bulunduğu üzere genel ceza infaz

⁹¹¹ ORLANDI, Renzo, “Penal Law Sanctions in Italy”, 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, s. 606 (ss. 597-619).

⁹¹² İtalyan AY m. 25/3: “Yasanın öngördüğü haller dışında kişilerin özgürlüğüne sınırlama getirilemez”.

⁹¹³ CANTOR, “Italy”, s. 221.

⁹¹⁴ Bkz. ALPA/GAROFOLI, s. 1435 vd.; NAPPI, s. 147 vd.

⁹¹⁵ PISAPIA, s. 175; ORLANDI, s. 606; CANTOR, “Italy”, s. 221. Bkz. İtalyan CK m. 215 vd.

⁹¹⁶ SOYASLAN, Kriminoloji, s. 247.

kurumunda yani her halde bir “kurumda” bulundurulmasını gerektiren tedbirlerdir. Yani bu tedbirler, yalnızca suçlunun “bir yere gitmek” özgürlüğünü elinden alan önlemlerdir. Oysa hürriyeti tahdit suçunun maddi unsurunu oluşturan davranışlar, mağdurun “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” özgürlüğünü zedeleyen fiillerdir.

2.4.1.1.1.1. Alman Ceza Kanunu’nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri

Alman CK’da hürriyeti kısıtlayan güvenlik tedbirleri üçe ayrılmaktadır. Bunlar; psikiyatri kliniğine yerleştirme (m. 63), bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme (m. 64) ve muhafaza altına alma (m. 66-66c) tedbirleridir. Hürriyete yönelen güvenlik tedbirleri, hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olmasını ve böylesi bir fiil sonucu failin şahsına ilişkin olarak tehlikelilik halinin ortaya çıkmasını aramaktadır. Böylece bu tedbirlerle amaçlanan, hürriyeti kısıtlanan tehlikeli faillerin beklenen (muhtemel) hukuka aykırı eylemlerine karşı kamunun güvenliğinin sağlanmasıdır⁹¹⁷. Hürriyeti kısıtlayan güvenlik tedbirleri Alman CK’nın 63-67g paragrafları arasında düzenlenmiş, 63-66b paragrafları arasında tedbirlerin uygulanma koşullarına yer verilmiş, 67-67g paragrafları arasında tedbirlerin sonuçlarına ilişkin kurallar kaleme alınmış, 62’nci paragraf ile 71 ve 72’nci paragraflarda ise ortak kurallara temas edilmiştir⁹¹⁸.

2.4.1.1.1.1.1. Psikiyatri Kliniğine Yerleştirme

Psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri (StGB § 63)⁹¹⁹, kusur yeteneği ortadan kalktığı veya azaldığı halde suç işleyen ve gerek failin gerekse eylemin genel değerlendirmesi sonucu, mevcut eksikliğinden dolayı gelecekte kendisinden hukuka aykırı fiiller beklendiği için toplum açısından tehlikeli olduğu kabul edilen fail hakkında uygulanan bir hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbiridir⁹²⁰. Bu tedbirin amacı, özel önleme esasına dayalı olarak halkın korunmasıdır. Bu nedenle tedbirin uygulanması için

⁹¹⁷ GROPP, Strafrecht AT, s. 646, Rn. 43.

⁹¹⁸ SCHÖCH LK-StGB, § 61, Rn. 4.

⁹¹⁹ Bu tedbir (“*Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*”), İngiliz hukukunda birebir çevirisiyle “*the placement in a psychiatric hospital for criminal offences*” (Bkz. DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 7/2) olarak değil, “*mental hospital order* (akıl hastanesi kararı)” olarak geçmektedir. Bkz. BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Law, Hart Publishing, Portland, 2009, s. 131, dn. 95.

⁹²⁰ WALTER, Florian, “Die Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, JA, (2) 2015, s. 89.

hastanın iyileşebilir olup olmaması önemli değildir. Hastalığın iyileşme olanağı olmasa bile bu tedbire başvurulur⁹²¹.

Bu tedbir, hürriyete yönelik ağır bir müdahale içermesi nedeniyle, hakkında tedbir uygulanması düşünülen kişi bakımından son derece sıkıntılı bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle söz konusu tedbirin uygulanması için, failin sebep suçun maddi unsurunu teşkil eden hareketi, zihinsel bir arıza dolayısıyla kusur yeteneğinin tamamen kalktığı veya azaldığı durumda iken gerçekleştirdiği yönünde, şüphenin ötesinde bir kanıt gereksinim duyulmaktadır. Ayrıca failin işlediği sebep suçun da kararda delilleriyle ortaya konulması gerekir⁹²².

Psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri, bir zihinsel bozukluğu gerektirmekle birlikte, ceza sorumluluğunun tümüyle eksikliğini gerektirmez. Şayet ceza sorumluluğunda kısmi bir eksiklik söz konusu ise bu tedbir genellikle faile verilecek ceza ile birleştirilmektedir. Bununla birlikte zihinsel bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin kısmen eksildiği durumlarda, bu suçluların çoğu, hapishaneye değil, sadece psikiyatri kliniğine gönderilmektedir⁹²³. Yargıcin, burada, zihinsel bozukluğun, işlenen fiilin hukuka aykırılığını anlamaya engel olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip olmayan kişinin kusur yeteneğinin kalktığı kabul edilir. Eğer hukuka aykırılık bilincinin eksikliği faile isnat edilemiyorsa, bu halde kusur yeteneğinin önemli derecede azalması halinde bile, azalmış kusur yeteneğine ilişkin düzenlemenin (StGB § 21) değil, ruhsal bozukluklardan dolayı kusur yeteneğinin yokluğuna ilişkin düzenlemenin (StGB § 20) uygulanabileceği söylenmektedir. Buna karşılık hukuka aykırılık bilinci eksik olmasına rağmen, fail kınanabiliyorsa, bu halde kusur yeteneğinin azlığına ilişkin düzenleme uygulanmaktadır⁹²⁴.

Tedbirin uygulanması için akıl hastası failin gelecekte suç işleme tehlikesinin bulunduğuna yönelik değerlendirmenin yapılması gerekir. Gerekli prognoz, failin önceki hayatını ve işlediği fiilleri içeren geniş kapsamlı bir değerlendirmeye dayanmalıdır. Failin mevcut zihinsel bozukluklarına rağmen yıllarca ciddi bir suç işlememiş olması, gelecekte suç işleme ihtimaline ilişkin olasılığı azaltan bir ölçüt olabilir. Ayrıca temyiz/denetim mahkemesinin dosyayı gerektiği gibi inceleyebilmesini

⁹²¹ SCHMIDHÄUSER, s. 261-262.

⁹²² DETTER, s. 683.

⁹²³ DESSECKER, "Dangerousness", kn. 7/2.

⁹²⁴ DETTER, s. 683.

sağlamak amacıyla, failin lehine ve özellikle aleyhine olan kapsamlı gerekçenin de kararda yer alması zorunludur⁹²⁵.

2.4.1.1.1.2. Bağımlılık Tedavi Kurumuna Yerleştirme

Bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme tedbirinde (StGB § 64)⁹²⁶, tedbirin muhatabını, alkol veya yasa dışı uyuşturucu maddelere bağımlılığı bulunan ve hukuka aykırı bir fiil işlemesi nedeniyle sosyal açıdan tehlikeli olan kimseler oluşturur. Bağımlılık tedavi tedbirlerinin içeriği yani bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğu kanunda açıkça belirlenmemiştir. Failin bağımlılık tedavi kurumunda bulundurulma süresi ise üç yılı nadiren geçmektedir⁹²⁷. Bu tedbirin uygulanması için failin alkol veya uyuşturucu kullanması yeterli değildir; bu kullanımın “aşırı” boyutlara ulaşmış olması gerekir. Bu aşırılık StGB § 64’te “kuvvetli eğilim” şeklinde yer almıştır. Maddede yer verilen kuvvetli eğilim, fiziksel alışkanlığa dayalı kronik bağımlılığı veya en azından psikolojik eğilime dayalı köklü bir bağımlılığı gerektirmektedir⁹²⁸. Bu tedbirin uygulanma şartları, failin sarhoş edici/uyuşturucu maddelerin aşırı kullanımına yönelik eğilimi, bu eğilime bağlı olarak ortaya çıkan hukuka aykırı bir fiil, geleceğe yönelik tehlike tahmini ile başarı beklentisi başlıkları altında incelenmektedir⁹²⁹. Dolayısıyla fail ne kadar bağımlı olursa olsun, hukuka aykırı eylemi yoksa hakkında sırf bu nedenle tedbir uygulanamaz. Şu halde bu tedbir için de tüm güvenlik tedbirlerinin vazgeçilmez koşulu olan “sebepten suçun işlenmiş olması” şartı aranır⁹³⁰. Sebepten suç, mutlaka kriminal anlamda bir suç olmalıdır; failin alkol veya uyuşturucu maddenin etkisi altında düzene aykırılık (kabahat) gerçekleştirmesi halinde kendisine tedbir uygulanması mümkün değildir⁹³¹. Aynı nedenle failin suçunun, o veya bu şekilde onun bağımlılığı ile ilişkilendirilememesi halinde de tedbirin uygulanması mümkün değildir. Diğer bir deyişle fail, bir suç işlese ve suçu sarhoş iken işlese bile, alkol veya uyuşturucu maddenin aşırı tüketimine ilişkin eğilim ile işlenen fiil arasında -ister tek başına ister

⁹²⁵ DETTER, s. 683-684. Bkz. SCHMIDHÄUSER, s. 262.

⁹²⁶ Bu tedbirden (“*Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*”) İngilizce’de “*addiction treatment order* (bağımlılık tedavisi kararı)” olarak söz edilmektedir. Bkz. DESSECKER, “*Dangerousness*”, kn. 8.

⁹²⁷ DESSECKER, “*Dangerousness*”, kn. 8.

⁹²⁸ BGH, Beschluss vom 26.05.2015 - 3 StR 159/15, BeckRS, 2015, 11390, Rn. 7; DETTER, s. 685

⁹²⁹ Bkz. ZIEGLER, Theo, “*StGB § 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*”, Beck’scher Online-Kommentar StGB, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 2 vd.

⁹³⁰ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 64, Rn. 6.

⁹³¹ SCHÖCH, Heinz, “*§ 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt*”, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008, Rn. 24.

başka koşullarla birlikte olsun- semptomatik açıdan nedensel bir bağlantı kurulamıyorsa, bu tedbir uygulanamaz⁹³².

Burada ayrıca daha önce irdelenen şartlardan farklı olarak kendine özgü kanuni bir şart olan “geleceğe ilişkin başarı ümidi”nin varlığı dikkat çekmektedir. Zira bu tedbirin uygulanma nedeni, ilgili kişinin iyileştirilmesidir. İyileşme henüz başlangıçta umutsuz görünüyorsa, bu tedbir dikkate alınmaz. Dolayısıyla bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbirinin, şayet tedavinin başarılı olacağı konusunda yeterince somut bir ihtimal varsa isabetli ve elverişli olduğu söylenebilir. Yani tedavi olasılığının teknik olarak olumlu yanıtlanması gerekir. Ancak söz konusu olan bir ümit/beklenti olduğuna göre, tedbir için yine bir olasılıktan söz ediliyor demektir. Tedavinin başarılı olacağına dair bu olasılığın vakaya dayalı bir olasılık olması gerekli ve yeterli olup, kesin ve koşulsuz bir tedavi garantisi aranmamaktadır⁹³³.

Bağımlılık tedavisi tedbirinin hem iyileştirme hem güvenlik karakteri bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, söz konusu tedbir, kuruma yerleştirilen kişinin bağımlılık yapıcı maddelerden kurtulması için uygulanan tedavi aracılığıyla toplumun güvenliğinin sağlanması amacıyla yerine getirilir⁹³⁴. Ayrıca alkol ve uyuşturucu madde akut bağımlılığının tedavisiyle birlikte, tedbirin, bağımlılığın ve dolayısıyla tehlikeli halin kurum dışında ve tedaviden sonra nüksetmesini önlemek amacıyla bahsedilebilir. Psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinde olduğu gibi bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbiri de baştan itibaren askıya alınabilir⁹³⁵.

2.4.1.1.1.3. Muhafaza Altına Alma

Toplumu itiyadi suçlulara karşı koruma düşüncesi, oldukça eski dönemlere dayanmaktadır. Ortaçağ’da bile bu anlayışın etkilerini görmek mümkündür. Ancak Ortaçağ’ın karanlık cezalandırma ve adalet anlayışının tesisi altında infaz edilen ağır ve işkenceli cezalar içerisinde muhafaza altına alma veya onun muadili olan tedbirlerin uygulama alanı bulması mümkün olmamıştır. Yine de bu dönemin sonlarına doğru sürgün veya ölüm cezası gibi cezanın daha eski türlerinin yerini hapis cezasının almasıyla birlikte suç alışkanlık haline getiren suçlularla mücadele etmenin bir

⁹³² Bkz. BGH: Beschränkung der Revision – Unterbringung in Entziehungsanstalt – symptomatischer Zusammenhang, NStZ-RR, 2013, s. 55; DETTER, s. 685.

⁹³³ ZIEGLER, BeckOK-StGB, § 64, Rn. 11; SCHMIDHÄUSER, s. 262.

⁹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994 – 2 BvL 3/90, 2 BvL 4/91, 2 BvR 1537/88, 2 BvR 400/90, 2 BvR 349/91, 2 BvR 387/92, BeckRS, 1994, 120195.

⁹³⁵ DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 8.

yöntemi olarak muhafaza altına alma uygulaması önem kazanmıştır⁹³⁶. Bu gelişmenin ilk örneği, 1794 Prusya Genel Devlet Kanunu'nda hayatını dürüst biçimde devam ettirmekten yoksun olan suçlular hakkında hapis cezasına ek hapis cezası biçiminde uygulanmıştır. On sekizinci yüzyıl boyunca yasalarda göremediğimiz önleyici hürriyeti bağlayıcı tedbir anlayışı konusunda yirminci yüzyılın başlarında bir mutabakat sağlanmış, kümülatif iki izlilik sistemi 1933 yılında Alman hukukuna girmiştir. Bu ülkede halen çeşitli değişikliklerle birlikte CK'nın 66 ve devamı maddeleri, muhafaza altına alma tedbirine ayrılmıştır⁹³⁷.

Alman hukukunda kusur yeteneğine sahip olan suç işlemeye eğilimli kişiler (*Hangtäter*) hakkında uygulanan muhafaza altına alma, en ağır hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmektedir. Bu tedbirin tek amacı, toplumu tehlikeli eğilimlilere karşı korumaktır⁹³⁸. Muhafaza altına alma tedbiri⁹³⁹, kanunda gösterilen ağır cezaya mahkûm olan bazı suçlular ile hükümden önce işlenen ciddi suçların tehlikeli faillerinin, hapis cezasından sonra toplumun güvenliği açısından kurumda kalmasını öngörür⁹⁴⁰. Muhafaza altına alma, tehlikeli suçluları hedef alan özel bir tedbir

⁹³⁶ KERN, Johannes, Brauchen wir die Sicherungsverwahrung: Zur Problematik des § 66 StGB, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 1997, s. 14.

⁹³⁷ Bkz. MITSCH, JuS, (9), s. 785-786.

⁹³⁸ SCHMIDHÄUSER, s. 262.

⁹³⁹ Almancası "*Sicherungsverwahrung*" olan bu tedbirin Türkçe karşılığı olarak, öğretide, bizim de çalışmada "güvenlik gözetimi altında bulundurma" manasına gelecek şekilde yer vermeyi tercih ettiğimiz "muhafaza altına alma" kavramı kullanılmaktadır (Bkz. YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu: Strafgesetzbuch (StGB), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 69 vd). *Sicherungsverwahrung*'un İngilizce çevirilerde ise farklı yazarlarca birbirinden farklı kavramlarla kullanıldığı fark edilmektedir. Örneğin Federal Adalet Bakanlığı'nın eski bir tercümesinden hareket eden bir yazar, bu tedbirin karşılığı olarak "*preventive detention* (önleyici gözaltı)" kavramını kullanmaktadır. Bkz. DESSECKER, "Dangerousness", kn. 7-1. Buna mukabil bir diğer yazar, "*security confinement* (güvenlik hapsi)" kavramını tercih etmekte (Bkz. WACHSMANN, Nikolaus, Hitler's Prisons: Legal Terror in Nazi Germany, Yale University Press, New Haven, 2004, s. 130 vd); bir diğeri ise (Bkz. BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Procedure, Hart Publishing, Oxford, 2012, s. 223 vd), bu sözcüğü "*incapacitation order* (tedbir kararı)" veya "*detention for the purpose of incapacitation* (güvenlik amacıyla muhafaza) kavramı ile izah etmektedir.

⁹⁴⁰ GROPP, Strafrecht AT, s. 646-647, Rn. 45; DESSECKER, "Dangerousness", kn. 5; TAK, "Yeniden", s. 17 vd. Alman CK'da muhafaza altına alma tedbirinin (*Sicherungsverwahrung*), saklı tutulan (*vorbehaltene*) (StGB § 66a) ve sonradan uygulanan (*nachträgliche*) (StGB § 66b) türleri vardır. İşte muhafaza altına alma tedbirinin Kanun'un 66b maddesinde düzenlenen sonraki uygulaması ile 67/d-3'üncü maddesiyle tespit edilen on yıllık infaz süresini aşacak şekilde geçmişe dönük olarak uzatılmasının AİHS m. 7 kapsamında kalan bir "ceza" niteliği taşıdığına ve bu haliyle özellikle AİHS m. 5/1'de düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkına aykırı olduğuna dair 17 Aralık 2009 tarihinde verilen AİHM kararı doğrultusunda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 4 Mayıs 2011 tarihinde verdiği bir kararla tedbirin mevcut haliyle Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir (AİHM kararı için bkz. ECHR, Case of M. v. Germany, App. No. 19359/04, Strasbourg, 17.12.2009). Yüksek Mahkeme, kararında kısaca, muhafaza altına alma sisteminin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiş; ülkede sistemi AİHM kararlarına uygun hale getirmeyi sağlayacak yeni düzenlemeler yapılınca kadar iptal edilen düzenlemelerin 31 Mayıs 2013'e kadar yürürlükte kalması doğrultusunda bir geçiş rejimi öngörülmüştür. Bununla birlikte mahkeme, muhafaza altına almayı, AİHM'nin aksine bir ceza olarak değil bir "özel tedbir" olarak gördüğünü ifade etmiştir. Mahkeme, cezanın ve muhafaza altına almanın farklı nedenlere ve amaçlara dayandığı düşüncesindedir. Buna göre, cezanın gerekçesi bireysel haksızlık ve amacı kefare (intikam) olmakla

türüdür⁹⁴¹. Bu tedbir türünde ceza ve güvenlik tedbiri birbirine eklenmekte, böylece muhafaza altına alma tedbiri iki izliliğin kümülatif (toplanma) sisteminin bir örneğini teşkil etmektedir. Öğretide muhafaza altına alma tedbiri, bir yandan fiile ve failin kişiliğine uydurulan diğer yandan halkın etkin korunmasını temin eden iki şeritli sistemin merkezi unsurları içerisinde değerlendirilmektedir⁹⁴². Muhafaza altına alma, hukuki nitelik açısından hürriyeti kısıtlayan bir tedbirdir, bir ceza müeyyidesi değildir. Öğretide güvenlik tedbirlerini birer ceza hukuku yaptırımı olarak kabul eden yazarlar da muhafaza altına alma tedbirinin bir ceza yaptırımı ve özelde bir hapis cezası niteliği taşımadığını belirtmektedir. Bu tedbirin tümüyle tehlikeliliğe karşı korunma amacı taşıdığı ve önleyici polis hukuku karakteri sergilediği düşünülmektedir⁹⁴³. Tedbir kararı her ne kadar bir suç sebebiyle verilse bile cezanın infazından sonra uygulandığı için sebep suçun bastırılmasına hizmet etmez (StGB § 67/1). Fiilin kusur içeriği ile muhafaza altına alma tedbiri arasında nedensel bir bağlantı yoktur. Keza işlenen suçun ağırlığı ile tedbirin uygulanma süresi arasında da bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu tedbirin tek meşruiyet dayanağı failin tehlikeliliği nedeniyle toplumun gelecekteki suçlardan korunmasıdır⁹⁴⁴. Ceza hukukunun böylesi bir korumayı –eğer uygulanan müeyyide ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğinde değilse- ceza müeyyidesi ile gerçekleştiremeyeceği düşünülmektedir. Bunun nedeni, hükümlünün yalnızca kusurunun karşılığı olan cezayla sınırlı bir yaptırıma maruz bırakılmasıdır. O halde, gelecekte beklenen suçlar için ceza yaptırımı ve özelde hapis cezası uygulanamaz. Aynı nedenle hapis cezasının ne başlangıçta tehlikeli hal gerekçesiyle kusuru aşacak şekilde tespit edilmesi ne de aynı sebeple daha sonra uzatılması olanağı vardır. Dolayısıyla muhafaza altına alma tedbirinin bulunmadığı düşünülecek olursa, bu tür bir sistemde

birlikte; muhafaza altına almanın amacı toplumun korunmasıdır ve bu tedbir ancak kamu yararının, özgürlüğe ilişkin bireysel yarardan daha ağır bastığı hallerde uygulanabilir. Dolayısıyla bu konuda dikkate alınması gereken temel kavramın özgürlük hakkı olduğu vurgulanmıştır. Yüksek Mahkeme, bu tespiti yaptıktan sonra, muhafaza altına alma tedbirinin kişisel özgürlük hakkını güvence altına alan Anayasal norma (GG § 2 II 2) aykırılık taşıdığını; çünkü muhafaza altına alma tedbirinin, normal hapis cezası ile kıyaslandığında uygulanma koşulları bakımından net bir ayrımının yapılamaması nedeniyle orantısız bir ihlal anlamına geldiğini, ceza ve tedbirin bu yaklaşması/aynılaşması dolayısıyla AİHM tarafından sözü edilen tedbirin bir ceza olarak algılandığı vurgulanmıştır (Karar için bkz. BVerfG, “Verfassungswidrigkeit der Regelungen zur Sicherungsverwahrung”, NJW, (27), 2011, ss. 1931-1946). Bu karardan sonra kanunun muhafaza altına almayı düzenleyen maddelerinde 2012 yılında birtakım değişiklikler yapılmıştır.

⁹⁴¹ 1934 yılında alınan üç bin yedi yüzün üzerinde kararın da gösterdiği gibi, bu tedbir, Nazi Almanyası’nın ceza adaleti sistemi tarafından sıklıkla kullanılmıştır. 2008 yılının Mart ayına gelindiğinde ise Almanya’da bu rakamın dört yüz otuz beşe gerilediği görülmektedir. Tedbirin kökeninin Nazi rejimine dayanması, bu tedbir üzerindeki tartışmaların uzun müddet devam etmesine neden olmuştur. Azınlıkta kalan görüş, bu tedbirin saf nasyonal sosyalist düşüncenin bir ürünü olduğunu iddia ederken, çoğunluk görüşü tedbirin insan hakları temeline kurulu ceza adaleti sistemini ihlal etmediğini savunmaktadır (DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 28, 37).

⁹⁴² ESSER, Robert, “Sicherungsverwahrung”, JA, (10), 2011, s. 727.

⁹⁴³ Bkz. MITSCH, JuS, (9), s. 786.

⁹⁴⁴ MITSCH, JuS, (9), s. 786.

hükümlü cezasını çekmişse ve bu nedenle daha fazla infaza maruz bırakılması olanağı ortadan kalkmışsa, onun tehlikeliliği halen devam etse bile serbest bırakılması hukuken zorunlu olmaktadır⁹⁴⁵.

Görüldüğü üzere muhafaza altına alma tedbirinde failin, akıl hastasından veya bağımlılık etkisi altında suç işleyen kişiden farklı olarak, kusur yeteneği ve dolayısıyla ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunan bir faile aynı zamanda güvenlik tedbiri uygulanmasının nedeni, suçlunun bilhassa mağdura karşı önemli psikolojik veya bedensel zararlar verebileceği ya da önemli derecede maddi hasara neden olabileceği ve bu nedenle toplum için ciddi tehlike oluşturacağı eğilimi gösteren bir alışkanlık suçlusu olduğuna mahkeme tarafından kanaat getirilmesidir⁹⁴⁶.

Muhafaza altına alma tedbirinin uygulanma koşulları, öğretide genel koşullar ve özel koşullar olarak ikiye ayrılmaktadır. Tedbirin genel uygulanma koşulları da kendi içinde beşe ayrılmaktadır. Buna göre söz konusu tedbire karar verilebilmesi için a) sebep suçun işlenmiş olması, b) öncül suçların, önceden yapılan yargılamanın veya önceden verilen hapis cezasının varlığı⁹⁴⁷, c) tehlikelilik teşhisi, d) kriminal tahmin, ve e) takdir yetkisi (değerlendirme) şartlarının bulunması gerekir⁹⁴⁸. Özel uygulanma koşulları ise tedbir kararının saklı tutulması (StGB § 66a) ile tedbir kararının sonradan verilmesi (StGB § 66b) durumlarına özgü şartlardır⁹⁴⁹.

Muhafaza altına alma tedbiri birçok Avrupa ülkesinde uygulanan bir güvenlik tedbiridir. Örneğin bu tedbirin infazının özel bir kurumda yapılması gerektiğine yönelik düzenlemeler arasında Avusturya (m. 23), Lihtenştayn (m. 23), San Marino (m. 121 vd.), Slovakya (m. 81) ve İsviçre (m. 64) ceza kanunları gösterilmektedir. Bu tedbir, uygulandığı bazı ülkelerde açık bir süreye tabi tutulmuştur. Örneğin Avusturya ve Lihtenştayn ceza kanunları, muhafaza altına alma tedbirinin en fazla on yıl süreyle uygulanabileceğini öngörmüştür. Buna karşılık diğer bazı ülkelerde tedbirin süresi konusunda bir azami sınır getirilmiş değildir. Örneğin Danimarka, İtalya, San Marino, Slovakya ve İsviçre ceza kanunları bu tedbirde süreye ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir⁹⁵⁰.

⁹⁴⁵ MITSCH, JuS, (9), s. 786.

⁹⁴⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg, "Dangerous Criminal Offenders in the German Criminal Justice System", FSR, 10 (2), September/October 1997, s. 70; SCHMIDHÄUSER, s. 262. Bkz. StGB § 66/1-b.4.

⁹⁴⁷ Bu şartlar, Alman CK'nın 66/1'inci paragrafının 1, 2 ve 3 numaralı bentlerinde yer almaktadır. Bu ön koşullar olmaksızın tedbir uygulanması yani ilk kez suç işleyenlerin muhafaza altına alınması için Kanun'un 66/2, 66/3-c.2, 66a/1-b.2, 66b/b.1-c.1 hükümlerinden birine giren bir durumun bulunması aranır. Bkz. MITSCH, JuS, (9), s. 787; MEIER, s. 356; DETTER, s. 686.

⁹⁴⁸ MITSCH, JuS, (9), s. 787-788.

⁹⁴⁹ Özel şartlar için bkz. MITSCH, JuS, (9), s. 788.

⁹⁵⁰ Bkz. ECHR, Case of M. v. Germany, s. 17, par. 71.

Nihayet belirtelim ki, muhafaza altına alma tedbiri, Türk hukukuna tamamen yabancı olan bir tedbirdir. Nitekim hukukumuzda hâlihazırda cezaya eklenen “hürriyeti bağlayıcı nitelikte” bir güvenlik tedbiri yer almamaktadır. Kanaatimizce cezadan sonra özel tehlikeli failin yeniden sosyalleşip sosyalleşmediğini tespit etmek açısından muhafaza altına alma tedbirine benzeyen ancak ulusal ceza hukuku sistemimize elverişli olan kendine özgü bir güvenlik tedbirine TCK’da ayrıca yer verilmesi isabetli olacaktır. Nitekim adli istatistikler ve tekerrüren suç işleme oranları incelendiğinde, gerek cezanın özel önleyici amaçlarla ıslahının gerekse denetimli serbestlik tedbirinin, muhafaza altına alma tedbirinin işlevini bütünüyle karşıladığından veya cezanın infazından sonra suçlunun toplum yaşamına intibahında kendisinden beklenen rolü tam manasıyla oynadığından söz edilemez. Gerçekten temsil sistemi yerine cezadan sonra güvenlik tedbirinin uygulanmasını öngören bir toplanma sisteminin kabul edilmesi, tehlikeli failerin yalnızca suçun kanundaki cezasını çektikten sonra bir “ara evre” olmaksızın topluma karışması ve yeniden suça bulaşması riskini bir nebze önleyecektir.

2.4.1.1.1.2. İtalyan Ceza Kanunu’nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri

İtalyan CK’da şahsi hürriyeti bağlayıcı özellikte olan genel hüküm niteliğindeki güvenlik tedbirleri; çalışma evine veya zirai koloniye (işletmeye) gönderme (Art. 216-218), tedavi (bakım) ve muhafaza evine gönderme (Art. 219-221), adli psikiyatri hastanesine yerleştirme (Art. 222) ve adli ıslah evine yerleştirme (Art. 223-227) olarak sıralanmaktadır (Art. 215)⁹⁵¹.

2.4.1.1.1.2.1. Çalışma Evine veya Zirai Koloniye Gönderme

Bu tedbir, hapis cezasına ek olarak uygulanan bir tedbirdir. İnfaz bakımından sıralamada önce hapis cezası, sonra çalışma evine gönderme tedbiri uygulanır⁹⁵². Bu tedbirin uygulanacağı kişilerin yalnızca kusur yeteneğine sahip olan kişiler olduğu ifade edilmektedir⁹⁵³. Nitekim iş evine gönderme tedbirinin uygulanacağı kimseler, kanunda, özellikle alışkın (itiyadî) suçlular, profesyonel (mesleki) suçlular ve suça eğilimli olan

⁹⁵¹ CADOPPI/VENEZIANI, s. 536; ALPA/GAROFOLI, s. 1435; NAPPI, s. 148; MAIWALD, s. 35; PISAPIA, s. 175; RENDE, s. 78; CANTOR, “Italy”, s. 221; ORLANDI, s. 607 (Bu yazarın incelemesinde, tedavi ve muhafaza evine gönderme tedbiri yer almamaktadır).

⁹⁵² ORLANDI, s. 608; SOYASLAN, Kriminoloji, s. 248.

⁹⁵³ ORLANDI, s. 607.

kişiler (insiyakî veya temayülî suçlular) şeklinde belirtilmiştir (Art. 216). Tedbirin uygulanacağı asgari süre normalde en az bir yıl olarak tespit edilmiştir. İtiyadî suçlular için bu süre iki yıl, profesyonel suçlular için üç yıl ve temayülî suçlular içinse dört yıldır (Art. 217)⁹⁵⁴. Hâkim, tedbirin muhatabı olan tehlikeli failin durumunu ve koşullarını değerlendirmek suretiyle güvenlik tedbirinin bir tarım kolonisinde mi yoksa bir çalışma evinde mi yürütüleceğini tespit etmek hususunda takdir yetkisine sahiptir. Belirtelim ki, kanun, hükmün infaz sırasında değiştirilebilmesine olanak tanımıştır (Art. 218).

2.4.1.1.2.2. Tedavi (Bakım) ve Muhafaza Evine Gönderme

Bu tedbir, akıl hastalığı veya alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığından kaynaklanan kronik zehirlenme yahut sağır ve dilsizlik sebeplerinden birine bağlı olarak normalden hafif bir cezaya mahkûm edilmiş olan kimseler hakkında uygulanır. Failin işlemiş olduğu suçun kanundaki cezasının alt sınırının beş yıldan az olmaması durumunda, tedavi ve muhafaza evine gönderme tedbirinin uygulanma süresi en az bir yıl olarak tespit edilmiştir. Eğer kanunda yazılı olan müeyyide, müebbet hapis veya en az on yıl hapis cezası ise tedbirin asgari uygulanma süresi üç yıla çıkmaktadır. Eğer kanunda, karşılığında hapis cezası öngörülmüş bulunan bir suçtan söz edilmekteyse ve suçlunun sosyal açıdan tehlikeli bir kişi olduğuna kanaat getirilirse, tedbirin en az altı ay süreyle uygulanması gerekir; ancak hâkim bu şart altındaki kişinin denetimli serbestlik (polis gözetimi) altında bulundurulmasına da karar verebilir (Art. 219)⁹⁵⁵. Belirtelim ki tedbirler arasındaki bu ikame olanağı, kronik alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesi nedeniyle hakkında tedbir uygulanan kişiler için geçerli değildir. Ayrıca kanun, tedavi ve muhafaza tedbirinin uygulanmasına karar verilen durumlarda bir başka hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirinin uygulanmasını yasaklamıştır (Art. 219).

Görüldüğü üzere İtalyan hukukunda muhafaza ve tedavi merkezine gönderme tedbiri, kusur yeteneğine kısmen sahip olan ve dolayısıyla kusuru ölçüsünde kınanabilir niteliği bulunan kişiler hakkında tatbik edilmektedir. Bu tedbir açısından da kanunda kural olarak cezanın infazından veya başka bir şekilde son bulmasından sonra tedbirin infazı yoluna gidileceği düzenlenmiştir (Art. 220/1)⁹⁵⁶. Ancak hâkim, hükümlünün

⁹⁵⁴ PISAPIA, s. 176; MANTOVANI, s. 834, kn. 229.

⁹⁵⁵ Bkz. PISAPIA, s. 176; MANTOVANI, s. 835, kn. 229.

⁹⁵⁶ Öğretide failin niteliği dikkate alınmak suretiyle bu tür bir kümülatif sistemin uygulanmasının eleştirildiği görülmektedir. Bu fıkradaki düzenlemeye itiraz, cezaya ilave tedbirin uygulanması nedeniyle değil, cezanın uygulanmaması gerektiği düşüncesiyle yöneltilmektedir. PISAPIA'ya göre (s. 176), kısmen de olsa aklen malûl sayılan bir kimseye hem ceza çektilirerek onun hapishane

kendine özgü koşullarını dikkate almak suretiyle hürriyeti kısıtlayıcı cezanın infazı başlamadan veya bu infaz sona ermeden önce de tedbirin uygulanmasına karar verebilir (Art. 220/2)⁹⁵⁷. Eğer hakkında şahsi hürriyeti bağlayıcı bir başka güvenlik tedbirine hükmolunmamışsa, sarhoşluk halinde veya uyuşturucu madde etkisi altında suç işlemiş olup da hapis cezası alan kişiler hakkında da tedavi ve muhafaza tedbiri uygulanabilir. Bununla birlikte hapis cezasının üç yıldan kısa süreli olarak dayatıldığı suçlarda bu tedbirin yerine denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması olanaklıdır. İtiyadi sarhoşluk halinde uygulanacak olan bakım ve muhafaza tedbiri, bunun için ayrılan bölümde ve en az altı aylık bir süre için infaz edilmektedir (Art. 221)⁹⁵⁸.

2.4.1.1.2.3. Adli Psikiyatri Hastanesine Yerleştirme

Akıl hastalığı, kronik alkol veya uyuşturucu madde zehirlenmesi yahut sağır ve dilsizlik dolayısıyla hakkında beraat kararı verilmiş olan kişilerin, kabahatler, taksirli suçlar, para cezası öngörülen suçlar ve azami iki yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar hariç olmak üzere, en az iki yıl boyunca psikiyatri hastanesinde kalmasına karar verilir (Art. 222/1). Bu tedbirin uygulanacağı asgari süre, işlenen suç karşılığında müebbet hapis cezasının kanunen öngörüldüğü hallerde on yıldan, kanunun on yıldan az olmamak üzere hapis cezası öngördüğü hallerde ise beş yıldan az olamaz (Art. 222/2). Eğer psikiyatri hastanesine gönderilmesine karar verilmiş olan kişi aynı zamanda hapis cezasına mahkûm edilmişse, cezanın infazı tedbirden sonraya ertelenir (Art. 222/3). Dolayısıyla eğer suç işlediği için hakkında hüküm verilen kimse kusur yeteneğini haiz değilse, hakkında hapis cezası yerine psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanır. Hakkında hüküm verilen kişi kusur yeteneğine kısmen sahipse, bu tedbir cezadan sonra da uygulanabilir⁹⁵⁹. Psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri, kanunda öngörülen bir suç işlemesine rağmen yaş nedeniyle hakkında beraat kararı verilmiş olan on dört yaşını tamamlamamış çocuklar ile on dört yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklar hakkında da uygulanmaktadır. Ancak bunun için tedbirin zorunlu koşulu olan akıl hastalığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı yahut sağır ve dilsizlik şartlarının karşılanması gerekir (Art. 222/4).

ortamına maruz bırakılması hem de bu ortamdan sonra tedavi kurumuna gönderilmesi isabetli değildir.

⁹⁵⁷ Bu istisnanın kuraldaki isabetsizliği tamamen olmasa bile bir nebze gidermeye olanak tanıdığı hususunda bkz. PISAPIA, s. 176.

⁹⁵⁸ Bkz. PISAPIA, s. 176; MANTOVANI, s. 835, kn. 229.

⁹⁵⁹ Bkz. PISAPIA, s. 177; ORLANDI, s. 608; MANTOVANI, s. 836-837.

2.4.1.1.1.2.4. Adli İslah Evine Yerleştirme

Adli ıslah evi tedbiri, yalnızca çocuklar hakkında uygulanan bir güvenlik tedbiridir. Bu tedbirin uygulanma süresi en az bir yıldır (Art. 223/1). Eğer tedbirin muhatabı olan çocuk on sekiz yaşını doldurmasına rağmen kısmen veya tamamen bu kimseye tedbir uygulanması gerekmekte ise bu halde hâkimin zirai koloniye veya çalışma evine gönderme kararı vermesi halinde adı geçen tedbir; aksi halde denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (Art. 223/2).

İtalyan ceza hukukunda ceza sorumluluğunun başlangıcı olarak on dört yaş kabul edilmiştir. On dört yaşın altındaki çocukların işlemiş oldukları suçlardan dolayı cezalandırılmaları söz konusu değildir. Bu yaş grubunda bulunan yani, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar (*minore non imputabile*) hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için yalnızca çocuğun tehlikeli olması yetmez; aynı zamanda onun tarafından işlenen fiilin bir suç teşkil etmesi gerekir. Bu halde mahkeme, fiilin ciddiyetini ve çocuğun mensup olduğu ailenin ahlaki koşullarını göz önünde bulundurarak, onun adli ıslah evine yerleştirilmesine veya denetimli serbestlik altında bulundurulmasına karar verir (Art. 224/1). Eğer çocuğun işlediği suç müebbet hapis cezasını veya üç yıldan az olmamak üzere hapis cezasını gerektiren ve taksirle işlenmiş olmayan bir suçsa, çocuk hakkında uygulanacak adli ıslah evine yerleştirme tedbirinin süresi üç yıldan az olamaz (Art. 224/2)⁹⁶⁰.

İtalyan hukukunda ceza sorumluluğuna sahip olan çocuklar (*minore imputabile*), kural olarak on dört yaş ile on sekiz yaş arasında bulunan çocuklardır. Ancak bu yaş grubundaki çocukları ikiye ayırmak gerekir. Bu yaş grubunda olup da ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilen çocuklar hakkında güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır⁹⁶¹. Eğer suçun işlendiği tarihte on dört yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamayan çocuğun kusur yeteneği yoksa bu çocuk hakkında ceza değil, on dört yaşın altındaki çocuklardaki gibi adli ıslah evi tedbiri uygulanır (Art. 224/3). Eğer bu yaş grubundaki çocuğun kusur yeteneğinin bulunduğu kabul edilmekte ve aynı zamanda fiil suç ve fail tehlikeli olarak değerlendirilmekte ise ceza ile tedbirin bir arada uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu halde tedbir, cezanın infazına eklenmektedir. Hâkim, cezanın infazından sonra adli ıslah evine gönderme veya denetimli serbestlik tedbirlerinden birini uygulayabilir (Art. 225/1)⁹⁶². Ayrıca bu yaş grubundaki çocuklara ilişkin ceza müeyyideleri yetişkinlerle aynı olmakla birlikte,

⁹⁶⁰ Bkz. PISAPIA, s. 177.

⁹⁶¹ ORLANDI, s. 608.

⁹⁶² Bkz. PISAPIA, s. 177.

denetimli serbestlik süresi üç yıl olarak tespit edilmiştir. Denetim başarılı olursa suç ortadan kalkar⁹⁶³.

2.4.1.1.1.3. Türk Ceza Kanunu’nda Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK’da hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte olan şahsi güvenlik tedbirlerinin iki türden ibaret olduğu söylenebilir. Bunlardan ilkinin çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 56); ikincisini ise akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 57) oluşturur. Belirtelim ki, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri çeşitli alt tedbirlerden oluşmakta olup, bu tedbirlerden bir kısmı hürriyeti kısıtlayıcı nitelik arz etmez. Bununla birlikte çocuğa yönelen tedbirler arasında öncelikle –ve karakter olarak baskın biçimde- kuruma yerleştirme tedbiri de yer aldığı için, bu tedbirleri şahsi hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler başlığı altında incelemenin uygun olduğunu düşünmekteyiz.

2.4.1.1.1.3.1. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.1.1.3.1.1. Genel Olarak

Alman hukukunda, kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan sebeplerden biri yaş küçüklüğüdür. Bu ülkede ceza sorumluluğunun başlangıcı on dört yaş olarak tespit edilmiş, bu yaşa kadar olan kimseler “çocuklar (*Kinder*)” olarak tanımlanmıştır. Bunların kusur yeteneğinden yoksunluğu, mutlak olup istisnasına yer verilmemiştir (StGB § 19). Dolayısıyla bu gruptaki çocuklar hakkında ceza yargılaması yapılamadığı gibi, cezanın hiçbir türüne de hükmolunamaz. Bunlar hakkında ancak koruyucu ve eğitici tedbirler uygulanabilir. On dört yaşını doldurup on sekiz yaşını doldurmamış olanlar, koşullu ceza sorumluluğuna sahip olmakla birlikte bunlar “gençler (*Jugendliche*)” olarak adlandırılır. Bir gencin, fiili işlediği esnada eylemin haksızlığını idrak etmek ve bu idrak doğrultusunda hareket etmek açısından akli ve ruhi bakımdan yeterli olgunluğa erişmesi halinde, ceza sorumluluğuna sahip olduğu kabul edilmiştir (JGG § 3/1-c.1). Kural olarak kusur yeteneğine ve indirgenmiş ceza sorumluluğuna sahip olanlar ise on sekiz yaşını doldurup yirmi bir yaşını doldurmamış kişilerdir.

⁹⁶³ ORLANDI, s. 608. Bkz. PISAPIA, s. 177.

Bunlar “ergenler (*Heranwachsenden*)” olarak adlandırılan gruptur. Bu kategoriler dışında kalan ve akıl hastası olmadığı müddetçe tam kusur yeteneğine sahip olanlara ise “yetişkinler (*Erwachsene*)” adı verilir⁹⁶⁴.

Türk hukukunda sadece çocukların işleyebileceği suçları ayrıca öngören özel bir sistem yoktur⁹⁶⁵. Çocukların da yetişkinler gibi kasten veya taksirle hareket etmek suretiyle ceza normlarını hukuka aykırı şekilde ihlal etmeleri yani suç işlemeleri mümkündür. Bu halde “çocuk suçluluğu”ndan söz edilir. Fakat yaş küçüklüğü, kusur yeteneğini etkileyen bir sebeptir. Suç işleyen bazı çocuklara ceza verilirken/verilebilirken kusur yeteneğinden yoksun olan bir kısma ceza verilmesi mümkün değildir. Bu ikinci grupta yer alan çocuklara uygulanacak hukuki sonuçlar, yasada bunlar için öngörülen güvenlik tedbirleridir.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin amacının ne olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu tedbirlerin amacı çocuğun korunması ve eğitilmesidir⁹⁶⁶. Başka bir görüş, bu tedbirlerin uygulanma amacının çocuğun yeniden suç işlemesini önleme ve onu kendisine karşı ve kendisinden kaynaklanan tehlikeleri bertaraf ederek topluma tekrar kazandırma olduğunu kabul etmektedir⁹⁶⁷. Kanaatimizce kusur yeteneği bulunmayan çocuklar hakkında güvenlik tedbirleri uygulanmasının amacı, çocuğun rehabilite edilmesi, eğitilmesi ve gerektiğinde tedaviye tabi tutulması suretiyle onun sosyal açıdan sergilediği tehlikenin ve ileride işlemesi muhtemel suçların önlenmesidir. Böylece bu tedbirlerle öncelikle çocuğun ıslahı ve vesilesiyle de toplumun korunması amaçlanmaktadır.

Öğretide bir görüş, ceza sorumluluğu olmayan çocuklara güvenlik tedbiri uygulanmaması gerektiği kanaatindedir⁹⁶⁸. Buna karşılık öğretide hâkim görüş, böyle bir değerlendirme yapmaksızın, ceza uygulanamayan çocuğa güvenlik tedbiri uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Kanaatimizce de ceza sorumluluğu ile tedbir sorumluluğunun esası birbirinden farklıdır.

⁹⁶⁴ Bkz. HEINRICH, Strafrecht AT, s. 228, Rn. 534-535; DEMİRBAŞ, s. 350.

⁹⁶⁵ HAKERİ, s. 382.

⁹⁶⁶ AKBULUT, s. 498.

⁹⁶⁷ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 245; ÖZGENÇ, s. 397; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 315. Aksi yönde, çocuğun sosyal açıdan tehlikeli olup olmadığının değil, çocuğun içinde bulunduğu kişisel tehlike halinin önem taşıdığı görüşü için bkz. YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ed. ERGÜL, Teoman, TBB Yayınları No. 71, Ankara, 2004, s. 191.

⁹⁶⁸ Bu görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin adli sicile kaydedilmesi, bunların kanunilik ilkesine tabi olması, bunlara muhakeme sonucunda hükmedilmesi ve böylece çocuğun adli sistem içine çekilmesi, çocuk haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelere aykırıdır. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 190-192.

Hangi çocukların ceza hangilerinin tedbir sorumluluğunun bulunduğu, TCK'nın yaş küçüklüğünü düzenleyen 31'inci maddesinde kaleme alınmıştır. Yaş küçüklüğünden dolayı tedbir sorumluluğuna sahip olanlar hakkında TCK m. 56'da bir hüküm sevk edilmiştir. Belirtelim ki, TCK m. 56'nın başlığı "çocuklara özgü güvenlik tedbirleri" olarak kaleme alınmasına karşın, madde içeriğinde güvenlik tedbirlerinden ve bunların türleri ile muhtevassından söz edilmemiştir. Maddede ve gerekçesinde çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğunun ve bunların nasıl uygulanacaklarının ilgili kanunda gösterileceği zikredilerek bir göndermede bulunulmakla yetinilmiştir. Bu nedenle TCK m. 56, bir atıf normudur. TCK m. 56'da göndermede bulunulan kanun, maddede ve gerekçede ismen açık değildir. Ceza hukukunun çocukları ilgilendiren kurallarını düzenlediğine göre, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), TCK m. 56'da atıf yapılan kanundur⁹⁶⁹. Dolayısıyla Türk hukukunda çocuklar hakkında uygulanacak tedbirler, TCK'da değil ÇKK'da yer almaktadır⁹⁷⁰.

Çocuk Koruma Kanunu, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini kendine özgü bir isimle anmaktadır: "Koruyucu ve destekleyici tedbirler"⁹⁷¹. O halde hukukumuzda bir suç vesilesiyle uygulandığı durumlarda "koruyucu ve destekleyici tedbirler" ile "çocuklara özgü güvenlik tedbirleri" aynı anlama gelmektedir.

2.4.1.1.1.3.1.2. Türleri

Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin ne anlama geldiği ve bunların alt türleri, ÇKK m. 5'te sıralanmıştır. Kanun'un 5'inci maddesinde, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirler; "çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik tedbirler" olarak tanımlanmış ve kendi içinde "danışmanlık", "eğitim", "bakım", "sağlık" ve "barınma" olmak üzere beş alt tedbire ayrılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında sözü edilen tedbirler şu şekilde tanımlanmıştır: "a)

⁹⁶⁹ ÇKK m. 2: "Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına, çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar".

⁹⁷⁰ Kanunun uygulanmasını göstermek üzere, Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (ÇKY) ile Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik (KDTY) çıkarılmıştır.

⁹⁷¹ ÇKK m. 11: "Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır". Öğretide Soyaslan, bu tedbirleri, korumaya yönelik olan ve disiplin altına almaya yönelik olan tedbirler şeklinde ikili bir ayrım ile incelemektedir. Her iki tür kategoride de hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler yer almaktadır. Yazar, söz gelimi, alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı çocuğa uygulanan tedavi tedbirini, korumaya yönelik tedbirlere; çocuğun meslek sahibi olması için uygulanan eğitim tedbirini ise disiplin altına almaya yönelik tedbirlere örnek vermektedir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 581.

Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye, b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine, c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine, d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına, e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, yönelik tedbirdir”.

Bu tedbirlerden hangisinin veya hangilerinin uygulanacağı, suça sürüklenen çocuğun durumuna göre belirlenir. Fakat belirtelim ki, hürriyeti kısıtlayıcı nitelikteki tedbirlerin hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte olmayan tedbirlerden sonra uygulanması gerekir. Nitekim çocuklar hakkında hürriyeti kısıtlayıcı tedbirlerin hapis cezasında olduğu gibi “*ultima ratio* (son çare) ilkesi”ne tabi olduğu vurgulanmıştır (ÇKK m. 4/1-i). Böylece çocuk yargılamasında amaca ulaşmak bakımından “ikincillik ilkesi”nin gözetilmesi gerektiği kanısındayız. Söz gelimi, Kanun’un amacına ulaşılması açısından eğitim tedbiri yeterli olacaksa sağlık tedbiri uygulanmamalıdır.

Suçta sürüklenen çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde çocuklara mı yoksa akıl hastalarına mı özgülenen tedbirlerin uygulanması gerektiği konusunda bir soru akla gelebilir. Kanun koyucu bu soruyu uygulamaya bırakmayarak çözüme yoluna gitmiştir. Buna göre, böyle bir durumda TCK m. 31/1-2 kapsamına giren çocuklar hakkında, akıl hastalığına ilişkin hükümler (TCK m. 57) değil, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (ÇKK m. 5) uygulanmalıdır (ÇKK m. 12). Dolayısıyla fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış olan akıl hastası çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin; on beş yaşını doldurup da on sekiz yaşını doldurmamış olan akıl hastası çocuklar hakkında ise akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin dikkate alınması gerekir⁹⁷².

Suçta sürüklenen çocuğun aynı zamanda sağır ve dilsiz olması halinde ise çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinde geçerli olan yaş sınırı yükselmektedir. Nitekim

⁹⁷² Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 287, kn. 494; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 417; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 344; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1302. Krşl. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 632.

çocuğun sağır ve dilsiz olması halinde, on beş yaşını tamamlamamışsa kusur yeteneğinden tümüyle yoksun olduğu kabul edilmekte; on beş yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamamış ise bu kez kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının mahkemece değerlendirilmesi istenmektedir (TCK m. 33). Bu iki kategoride yer alan ve suça sürüklenen sağır ve dilsiz çocuklar hakkında, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (KDTY m. 8/5-6). Dolayısıyla sağır ve dilsiz çocuklarda tedbir sorumluluğu yaşının üst sınırı, diğer çocuklardan farklı olarak, on beş değil, on sekiz yaş olarak tespit edilmiştir.

2.4.1.1.1.3.1.3. Koşulları

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının ilk koşulu, adından da anlaşılacağı üzere muhatabın bir “çocuk” olmasıdır. Çocuk, yetişkin olmayan kişidir. TCK m. 6/1-b ve ÇKK m. 3/1-a uyarınca çocuk, daha erken yaşta ergen olsa bile, henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan kişidir. Türk ceza adaleti sisteminde suçlu çocuk, “suça sürüklenen çocuk” ismini almaktadır. Suça sürüklenen çocuk, kusur yeteneği olsun veya olmasın suç tipini bizzat gerçekleştiren kişi olduğu için, “suçlu çocuk” tabirinin kullanılmasında kanımızca bir sakınca yoktur⁹⁷³. Suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder (ÇKK m. 3/1-a.2).

Bununla birlikte güvenlik tedbirlerinin muhatabı olmak bakımından Türk hukukunda istisnasız tüm çocukların dikkate alındığı bir kapsayıcı sistem değil, “özelleyici sistem” benimsenmiştir. Korumacı ve destekleyici tedbirlerin muhatabı tüm çocuklar değildir. Hangi çocuklara güvenlik tedbiri uygulanabileceği Kanun’da tespit edilmiştir. Buna göre, hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecek çocuklar; kusur yeteneği değerlendirmesi yapılmaksızın, fiili işlediği sırada on iki yaşını tamamlamamış olan çocukların tamamı ile fiili işlediği sırada on iki yaşını tamamlamış olup da on beş yaşını tamamlamamış olan ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olan çocuklardır (TCK m. 31/1-2). Dolayısıyla bu tedbirler sadece kusur yeteneği bulunmayan çocuklar hakkında

⁹⁷³ KOCA/ÜZÜLMEZ (s. 314, dn. 907), haksızlığı gerçekleştiren kişinin çocuk da olsa suçun faili olduğunu, bu nedenle ona “suç işleyen çocuk” demenin mümkün olduğunu düşünmektedir. Suç işlediği sabit olmayan çocuk hakkında “şüpheli” veya “sanık” kavramları yerine kullanılan “suça sürüklenen çocuk” kavramının bu diğerlerine göre daha ağır olduğu ve masumiyet karinesini ihlal ettiği eleştirisi için bkz. AKBULUT, s. 493-494. Kavramın isabetli olduğu yönünde bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 729.

uygulanabilir^{974, 975}. Kanaatimizce on iki yaşını doldurup on beş yaşını doldurmamış çocuğun kusur yeteneğinin bulunması halinde, ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması zorunludur. Olan hukuk açısından mahkemenin ceza yerine tedbir uygulama konusunda takdir yetkisi yoktur^{976, 977}.

Kanun koyucu, TCK m. 31'de bu iki grup dışında tespit ettiği ve ceza sorumluluğunun bulunduğunu varsaydığı çocukları yani on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olanları, yaş küçüklüğüne bağlı tedbir sorumluluğunun dışına çıkarmıştır. Öyleyse suç işleyen çocuğun kusur yeteneği ve dolayısıyla ceza sorumluluğu varsa salt tedbir sorumluluğuna sahip olduğundan ve koruyucu ve destekleyici tedbirlerin muhatabı olacağından bahsedilemez. Yukarıdaki kategorilerde düzenlenen çocukların ise salt tedbir sorumluluğu söz konusudur; bunlara hiçbir koşulda ceza müeyyidesi uygulanamaz.

⁹⁷⁴ “5395 sayılı ÇKK'nın 11/1. maddesi gereğince aynı Yasanın 5. maddesinde öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından uygulanabileceği gözetilmeden; somut olayda ceza sorumluluğu olan ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen sanık hakkında, anılan Yasanın 5/1-(a) ve (b) maddesinde yazılı tedbirlere hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.6.CD., E. 2015/45, K. 2015/742, 27.1.2015). “12-15 yaş grubunda olup ceza sorumluluğu bulunduğu kuşku bulunmayan suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarından mahkûmiyet kararı verilip, ayrıca 5395 Sayılı Kanun'un 5, 7 ve 14. maddeleri uyarınca koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.2.CD., E. 2012/18554, K. 2013/5235, 13.3.2013). Aynı yönde bkz. Y.2.CD., E. 2013/30417, K. 2014/20208, 9.9.2014; E. 2013/22674, K. 2014/10022, 10.4.2014; E. 2012/18343, K. 2013/2750, 13.2.2013.

⁹⁷⁵ Benzer yönde bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1301-1302; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 317; AKBULUT, s. 806-807.

⁹⁷⁶ Öğretide bir görüş, bu yaş grubunda yer alan ve dar anlamda temyiz gücü bulunan çocuğun, kanunda öngörülen kusur yeteneğinin varlığı durumunda da ÇKK m. 4/1-i hükmü dikkate alınarak, ceza sorumluluğu yerine tedbir sorumluluğundan bahsetmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 379; DEMİRBAŞ, s. 353-354, 644-645.

⁹⁷⁷ Bir görüşe göre, TCK m. 31'de bu yaş grubundaki kusur yeteneğini haiz çocuklara her durumda ceza verilmesini öngören hüküm ile ÇKK m. 4/1-i'de yer verilen cezaya ve hürriyeti kısıtlayıcı tedbire son çare olarak başvurma ilkesi birbiriyle çelişmektedir. Bu nedenle TCK m. 31/2-c.2'de bir değişiklik yapılması ve ceza ve tedbir arasında en azından seçim yapılmasına müsaade eden bir sistem oluşturulması gerekir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 348; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 544. Bu çelişkinin yanı sıra, Kanun'da indirgenmiş olmakla birlikte zorunlu olarak öngörülen bu cezanın, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37/1-b maddesinde yer alan ve çocukların hapsinin kanuna dayanmasını ve ancak son çare olarak uygulanmasını öngören düzenlemesine de aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 498-499. Gerçekten bir yandan genel ve önceki kanunla (TCK) ceza zorunlu tutulmakta, öte yandan özel ve sonraki kanunla (ÇKK) hâkime cezaya mümkün mertebe başvurmaması salık verilmektedir. Buna karşılık söz konusu çelişki açısından *lex posterior derogat legi priori* ve *lex specialis derogat legi generali* ilkelerinin uygulanması da mümkün gözükmemektedir. Nitekim sonraki ve özel kanunun, önceki ve genel kanunda öngörülen hukuki sonucu değiştiren veya kaldıran ayrı bir düzenlemesi yoktur. Her iki norm birbiriyle çelişkilidir fakat burada teknik anlamda bir normlar çatışması da bulunmamaktadır. Bu halde olması gereken hukuk açısından, TCK m. 31/2-c.2'de yer verilen yaş kategorisi içinde yer alan çocuklar hakkında önce güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını, bundan sonuç alınamayacağı kanaati olduğu takdirde cezaya başvurulmasını öngören bir sistemin oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneği olsa bile eğitilmesi, ıslahı ve resosyalizasyonu her zaman mümkündür. Rehabilitasyon ve tretman araçlarının öncelikle ceza dışı hukuki sonuçlarla sağlanmasına uğraşılmalıdır.

Suçun işlendiği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin kural, aksi ispat edilemeyen bir karine niteliğindedir. Diğer deyişle bu kural mutlak⁹⁷⁸. Yani mahkemenin, bu kategoride yer alıp da bir suç işlemiş olan çocuk hakkında, muhatap çocuğun kusur yeteneği normalde bulunsa bile, bu konuda bir araştırmaya girişmesi ve/veya bu kategoride yer alan çocuğa ceza müeyyidesi uygulaması olanaksızdır. Bu çocuklar hakkında, isnat yeteneğinin varlığını veya yokluğunu tespit amacıyla, talep üzerine veya re'sen bilirkişi tayin edilmesi söz konusu değildir⁹⁷⁹. On iki yaşını tamamlamamış çocukların kusur yeteneğinden yoksun olduğu yönündeki kanuni ve kesin varsayım, onlara yalnızca güvenlik tedbiri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını mümkün hale getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, TCK m. 31/2-c.2'de on iki yaşını doldurmamış çocuklar için öngörülen *“Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir”* hükmünde yer alan *“uygulanabilir”* ifadesinden hareketle, öğretide egemen görüş, on iki yaşını tamamlamamış olan çocuğun suç işlemesi durumunda güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının zorunlu olmadığını, bu kişiler hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin ihtiyari olarak uygulanabileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık on iki yaşını tamamlamış olup da on beş yaşını tamamlamamış olan ve kusur yeteneği bulunmayan çocuklar için kullanılan *“uygulanır”* ifadesi, bir zorunlu tedbir uygulamasını öngörmektedir⁹⁸⁰.

Çocuğun on iki yaşını tamamlamadığı hallerde onun kusur yeteneğinin araştırılması mümkün olmamakla birlikte, mahkemenin, çocuğun gerçekten on iki yaşını tamamlayıp tamamlamadığını araştırması ve tespit etmesi gerekir⁹⁸¹. On iki

⁹⁷⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 287, kn. 495; ÖZGENÇ, s. 397; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 244; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 540; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 397; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 315; AKBULUT, s. 423. Kanun gerekçesinde bu husus, *“Fiili işlediği sırada henüz on iki yaşını bitirmemiş olması, çocuk açısından kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir”* biçiminde vurgulanmıştır. Öğretide kusurluluğu suç unsuru olarak ele alan HAFIZOĞULLARI/ÖZEN (Türk Ceza Hukuku, s. 393-394), gerekçede yer verilen *“kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran”* ifadesinin isabetli olmadığını, bu kategoride yer alan bir çocuğun kusurlu hareket ederek suç işleyebilmesinin olanaklı olduğunu, bu nedenle maddede mutlak surette kaldırılanın esasen *“isnat yeteneği”* olduğunu düşünmektedir.

⁹⁷⁹ Öğretide de bu yaş grubunda yer alan çocuklar hakkında bilirkişi doktorun muayenesine ihtiyaç bulunmadığı isabetli olarak ifade edilmektedir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 397.

⁹⁸⁰ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 338; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 544; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 347-348; ÖZGENÇ, s. 401; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1301; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 317; AKBULUT, s. 497-498. Bir görüşe göre, on iki yaşını doldurmuş ve on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında kanunda tedbir uygulanmasını zorunlu kılan düzenlemeye rağmen, Pekin Kuralları (m. 6, 16.1) tarafından öngörülen takdir yetkisi ve sosyal inceleme raporu şartları ışığında hâkimin, bu çocuklar hakkında da bilirkişi raporuna dayalı olarak tedbir uygulayıp uygulamama ve tedbirin türünü seçme konularında takdir yetkisi kullanabilmesi gerekir. Bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 645. On iki yaşını doldurmamış çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiği (*“uygulanacaktır”*) hakkında bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 392, 395.

⁹⁸¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 541.

yaşını tamamlamış olup da on beş yaşını tamamlamamış olan çocukların ise kusur yeteneğinin olup olmadığı konusunda kanuni bir karineden kaçınılmıştır. Bu nedenle çocuk yargılamasında, bu kategorideki çocuğun kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığının bir araştırma ile ortaya konulması gerekir. Bu araştırma sonucunda çocuğun (indirgenmiş) kusur yeteneği olduğu anlaşılırsa (indirgenmiş) ceza sorumluluğu; aksi takdirde yani kusur yeteneğinden tümüyle yoksun olduğu saptanırsa tedbir sorumluluğu bulunduğu kabul edilir. Kısacası, Türk hukukunda çocuklara özgü tedbir sorumluluğu yaşının üst sınırı “on beş yaş” olarak tespit edilmiştir.

Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş fakat on beş yaşını doldurmamış olan çocukların sorumluluğu konusunda toplanma sistemi değil kısmi tek izlilik sistemi geçerlidir. Diğer deyişle bu kategoride yer alan çocukların kusur yeteneği varsa ceza verilecek fakat koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanmayacak; aksine kusur yeteneği yoksa bu kez ceza verilmeyecek fakat koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanacaktır. Dolayısıyla ceza ve tedbir alternatif olup, burada cezadan sonra çocuklara özgü tedbirin veya tedbirden sonra kusur yeteneği bulunanlara özgü cezanın uygulanması şeklinde beliren kümülatif sistemin her iki türü de geçerli değildir⁹⁸².

Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocuğun kusur yeteneğinin ve bunun unsurlarını oluşturan anlama ve isteme yeteneklerinin bulunup bulunmadığının tespitini iddia ve savunma makamında yer alan kişilerin mahkemeden talep etmesi mümkündür. Fakat böyle bir talep olmasa bile, bu yaş grubunda yer alan çocuğun kusur yeteneğine sahip olup olmadığının mahkeme tarafından re’sen araştırılması zorunludur⁹⁸³. Mahkeme, bu tespiti yaparken bilirkişiye başvurmak mecburiyetinde olmakla birlikte⁹⁸⁴; bilirkişinin raporu veya görüşü ile bağlı değildir. Bu tespite yani failin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına karar verecek merci, bilirkişi değil doğrudan doğruya mahkemedir⁹⁸⁵. Bilirkişinin raporu, doğrudan

⁹⁸² Öğretide Soyaslan’a göre, on iki yaşını doldurmuş ve on beş yaşını doldurmamış çocuğun kusur yeteneği varsa, kendisine ceza verilecektir. Fakat çocuğun suç işleme ihtimali ve toplumsal tehlikesi devam etmekte ise cezadan sonra güvenlik tedbirleri de uygulanabilir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 580.

⁹⁸³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394.

⁹⁸⁴ Bilirkişinin birden fazla olması gerekmez. Fakat kusur yeteneğinin değerlendirilmesinde uzman hekimden görüş alınmaması bir bozma sebebidir (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 400). “Suç tarihinde 12-15 yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuğun 5237 sayılı TCK’nın 31/2. maddesi uyarınca, işlediği suçun, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığı konusunda uzman hekimden rapor alınmadan yazılı biçimde cezalandırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır” (Y.8.CD., E. 2017/5616, K. 2017/2702, 16.3.2017). Bu yaş grubundaki çocuklar açısından bilirkişiye başvurma mecburiyeti, yönetmelikle (ÇKY m. 20/2) getirilmiştir. Oysa bu zorunluluğun kanunla getirilmesi daha isabetlidir. Bkz. AKBULUT, s. 500.

⁹⁸⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 395; ÖZGENÇ, s. 400; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 402. Krşl. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 398-399.

kusur yeteneğini temel almamalı, çocuğun aile ortamını, sosyal çevre koşullarını, eğitimini, fiziksel ve ruhsal gelişimini konu edinmeli; kusur yeteneğinin varlığı veya yokluğu, rapordaki değerlendirmelerden hareketle mahkeme tarafından saptanmalıdır (ÇKY m. 20/3)⁹⁸⁶. Bu saptama, genel olmamalı, çocuğun bir suça ilişkin olarak yeterli olduğu kabul edilen kusur yeteneğinin bir başka suç bakımından gelişmemiş olabileceği gözetilerek, çocuğa isnat edilen her suç için bu yeteneğin varlığı veya yokluğu ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁹⁸⁷.

Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuğun kusur yeteneğine sahip olduğu ise aksi ispat edilebilen bir karine niteliğindedir. Kanun koyucu bu kategoride yer alan çocukların kusur yeteneğinin varlığını kabul etmekle birlikte, bu konuda aksi bir tespitin yapılmasına da olanak tanımıştır. Bu yaş grubundaki çocuğun kusur yeteneğinin bulunmadığı, yargılamada ileri sürülebilir ve mahkemece kabul edilebilir. Fakat mahkemenin bu konuda re'sen araştırma yapma zorunluluğu yoktur⁹⁸⁸. Bununla birlikte ÇKK m. 12'de düzenlenen normun mefhumu muhalifinden hareketle denilebilir ki; mahkeme on beş yaşını dolduran ve on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuğun fiil esnasında kusur yeteneğinin olmadığını tespit ettiğinde, onun hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini değil, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini uygulamalıdır.

Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını tamamlamış olan ve sağır ve dilsiz olmayan bir kimse hakkında, bu andan itibaren erişkin olmasından dolayı çocuklara özgü

⁹⁸⁶ Bkz. ÖZGENÇ, s. 400; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 401-402; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 316-317. Uygulamada, işlediği fiili, bunun niteliğini ve sonuçlarını anlamasına engel olacak bir zeka geriliğine veya psikiyatrik semptomu sahip olmayan çocuğun suçun bilincinde olduğu kabul edilmektedir (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 402). Buna karşılık Soyaslan, uygulamada bilirkişi hekimin çocuğa sorduğu kişisel ve ailevi soruların onun kusur yeteneğini ortaya çıkarmaktan uzak olduğunu, çocuğa bazı klinik psikolojik testler uygulanmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 399.

⁹⁸⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 400-401; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 317; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 288, kn. 496; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 420; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 349; HAKERİ, s. 385. Çocuğun işlediği suç, neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç ise kusur yeteneği, hem temel suç hem de ağır netice bakımından ayrı ayrı dikkate alınmalıdır (HAKERİ, s. 385). Fikri içtima ve zincirleme suç hallerinde de ayrı ayrı değerlendirme yapılması kuralına uyulmalıdır (ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 393). “Adam öldürmeğe teşebbüs suçundan sanık 18.10.1964 doğumlu Bekir'in tecziyesine ilişkin, bozmaya uyularak verilen hüküm, özel dairece: (30.3.1981 günlü duruşmada sanığa ait rapor örnekleri Adli Tıp Meclisi'ne gönderilerek sanığın suç tarihi olan 14.8.1979 tarihinde bıçakla yaralamak veya öldürmeğe teşebbüs suçlarının farik ve mümeyyizi olup olmadığı bakımından Adli Tıp Meclisi mütalaasının alınmasına karar verilip, karar dairesinde müzakere yazıldığı halde, Adli Tıp Meclisi'nin 1.5.1981 günlü mütalaasında sadece bıçakla yaralama suçundan bahsedilmek, öldürmeye teşebbüs suçundan farik ve mümeyyizlik hususunda hiçbir görüş ileri sürülmemek suretiyle karar ve müzakere gereğinin yerine getirilmediği gözönünde tutulmadan ve sanığın öldürmeğe teşebbüs suçunun farik ve mümeyyizi olup olmadığı fennen tespit edilmeden sanık hakkında öldürmeğe tam teşebbüs suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması isabetsizliğinden bozulmuştur” (YCGK, E. 1982/1-85, K. 1982/241, 25.5.1982).

⁹⁸⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 395.

güvenlik tedbirlerinin uygulanmayacağı konusunda ise kuşku yoktur⁹⁸⁹. Bu konuda ÇKK m. 7/6-c.2’de yer alan düzenleme, kanaatimizce bir güvenlik tedbiri sayılamayacağı için kuralın istisnası olarak değerlendirilemez.

Tedbirin ikinci koşulu, çocuğun bir suç işlemiş olmasıdır. Çocuğun suç işlemesi, Türk hukukunda da koruyucu ve destekleyici tedbirlerin birer güvenlik tedbiri sıfatıyla uygulanmasının gerekçesini oluşturur. Bunun anlamı, aşağıda hukuki nitelik başlığında da değinildiği üzere, suç işlemeyen çocuğa uygulanacak tedbirin güvenlik tedbiri olarak nitelendirilemeyeceğidir. Güvenlik tedbiri, çocuğun işlediği suçun karşılığı, öyleyse müeyyidesi değildir. Bu tedbirler, çocuğun suçu işlemesi vesilesiyle uygulanan geleceğe yönelik yargısal tedbirlerdir. Bu nedenle çocuğun işlediği suçun “sebep suç” olarak anılması mümkündür.

2.4.1.1.1.3.1.4. Hukuki Niteliği

Öğretide genel eserlerde koruyucu ve destekleyici tedbirlerin hukuki niteliği ayrıca tartışılmamaktadır. Bu tedbirlerin genelde yeknesak bir bakış açısıyla yaptırım teorisi içinde ve güvenlik tedbirleri başlığı altında ele alındığı söylenebilir. Buna karşılık öğretide bir görüş, çocuğun tehlikeli halini esas almasından ve orantılılık prensibine dayanmasından hareketle, suç nedeniyle ceza sorumluluğundan yoksun çocuklar hakkında uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin tipik birer “güvenlik tedbiri” olduğunu ifade etmektedir⁹⁹⁰. Öğretide bir diğer görüş ise bu güvenlik tedbirlerine “koruyucu ve destekleyici tedbirler” adını vermenin, bunların “yaptırım” olduğu gerçeğini değiştirmedigini ileri sürmektedir. Buna göre, ceza adaleti sistemine dahil olduğu müddetçe bu tedbirler, birer yaptırım niteliğindedir⁹⁹¹. Esasen ÇMK’ya yönelik olarak ileri sürülen ve ÇKK döneminde de geçerliliğini yitirmedigini düşündüğümüz bir başka görüş ise güvenlik tedbirleri ile “genel kolluk tedbirleri”nin birbirine karıştırıldığı kanaatindedir⁹⁹².

Kanaatimizce hukuki nitelik konusunda bir tespitin oluşması için koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alt türleri ile birlikte dikkate alınması gerekir. ÇKK m. 5/1’de yer verilen korucuyu ve destekleyici tedbirler -bunlar suç vesilesiyle uygulanmak kaydıyla- incelendiğinde; eğitim, bakım ve sağlık tedbirlerinin doğrudan doğruya suça

⁹⁸⁹ Bu kimselere suç işlemeden önce veya sonra güvenlik tedbirleri uygulanabileceği görüşü için bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 580.

⁹⁹⁰ Bkz. DİLBEROĞLU, Ahmet Vedat, Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri, US-A Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 71.

⁹⁹¹ Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 192.

⁹⁹² Bkz. HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 100.

sürüklenen çocuk üzerinde uygulandığı, diğer deyişle tedbirlerin muhatabının suçlu çocuk olduğu görülmektedir. Oysa danışmanlık ve barınma tedbirlerinin muhatabı, suçlu çocuklar değil, çocuğun bakımından sorumlu olanlar ve barınma yeri olmayanlar gibi bunlar dışında kalan kimselerdir. Buradan hareketle, doğrudan çocuğu muhatap alan ve özel önleme prensibi doğrultusunda onun rehabilitasyonu ile tretmanına yönelen eğitim (b bendi), bakım (c bendi) ve sağlık (d bendi) tedbirlerinin hukuki niteliğinin birer “güvenlik tedbiri” olduğu açıktır. Bununla birlikte suçu işleyen çocuklar hakkında uygulanmayan yani muhatabı fail olmayan ve bir sebep suçun işlenmesi şartına da bağlı bulunmayan danışmanlık (a bendi) ve barınma (e bendi) tedbirlerinin hukuki niteliğinin, kanun koyucu bunları öyle nitelemiş olsa da birer güvenlik tedbiri olduğu söylenemez. Bunlar kanaatimizce suçun ilk kez işlemesini önlemeye yönelen ve hâkim kararıyla uygulanan birer “kendine özgü önleme tedbiri” olarak nitelendirilebilir. Ayrıca ÇKK m. 5’te ifade edilen tedbirler, yalnızca suça sürüklenen çocuk hakkında değil, aynı zamanda korunmaya muhtaç çocuk hakkında da uygulanabilir. Kanuna göre, korunma ihtiyacı olan çocuk, bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuktur (ÇKK m. 3/1-a.1). Bu halde tedbirlerin niteliği yine değişmektedir. Tedbirlerin suçun mağduru olan veya suçla irtibatlı olmayan çocuk hakkında uygulandığı bu hallerde, onları güvenlik tedbiri olarak nitelemek mümkün olmadığı gibi polis tedbiri olarak nitelemek de mümkün değildir.

Ayrıca, ÇKK m. 7/6-c.2’de, hâkimin, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle muhatap hakkında tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Burada sözü edilen hâkimden kasıt, mahkemedir. Kanaatimizce bu tedbir, mahkeme kararı üzerine uygulanmasının sonucu olarak şekli anlamda bir “yargısal (kazai) tedbir” olmakla birlikte, muhatabın rızası üzerine uygulanması nedeniyle bir güvenlik tedbiri olarak nitelenemez⁹⁹³. Dolayısıyla çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak eğitim tedbiri, on sekiz yaşından sonra bu niteliğini yitirmektedir. Nitekim güvenlik tedbirleri, suçun hukuki sonucu olarak cebren uygulanan, öyleyse rızaya dayanmayan tedbirlerdir.

⁹⁹³ Öğretide bir görüş, koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanırken çocuğun göz önünde bulundurulması ve yaşı da hesaba katılarak ona karar verme olanağı tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 499. Ne var ki, güvenlik tedbirlerinin cebriliği ilkesi gereğince, bu tedbirler bakımından muhatabın rızasının veya kararının önem taşımadığı açıktır. Dolayısıyla eğer koruyucu ve destekleyici tedbirler birer güvenlik tedbiri olarak uygulanacaksa, çocuğun kararının alınması, bu tedbirlerin niteliğine aykırı olur. Buna karşılık güvenlik tedbiri vasfı taşımayan koruyucu ve destekleyici tedbirlerde çocuğun düşüncesi dikkate alınabilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, suçun hukuki sonucu olmayan ve muhakeme faaliyetine dayanmaksızın “kovuşturma evresi dışında” çocuk hâkimi tarafından uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin (ÇKK m. 3/2-c) de birer güvenlik tedbiri olmadığı açıktır. Bu tedbirlerin, ceza hukuku tedbiri niteliğinde olmayan, birer “kendine özgü önleme tedbiri” olarak dikkate alınması mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında denilebilir ki, ÇKK’da çocuklar için öngörülen koruyucu ve destekleyici tedbirler, bir suç vesilesiyle uygulandığı hallerde bile, her koşulda bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirilemez. Bu tedbirler, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinden daha geniş kapsamlıdır. Bir koruyucu ve destekleyici tedbirin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu söyleyebilmek için, bu tedbirin (mağdur değil) fail çocuk hakkında, (sadece soruşturma değil) soruşturma ve kovuşturma dahil olmak üzere tüm mukakeme aşamalarından geçildikten sonra ve (hâkimlik değil) mahkeme kararı üzerine uygulanması gerekir.

2.4.1.1.3.2. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.1.3.2.1. Genel Olarak

Akıl hastalığı, karşılaştırmalı hukukta ve ülkemizde kusur yeteneğini etkileyen sebeplerden biri olarak kabul edilmektedir. Akıl hastasının kusur yeteneğinden yoksun olması, onun işlediği fiili suç kapsamından çıkarmaz. Nitekim bu kişiler de kasten veya taksirle hareket edebilirler. Kusurluluk bir suç unsuru ve kast ve taksir de kusurluluk türleri olarak kabul edilecek olursa, isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı olduğunu söylemek mümkün değildir⁹⁹⁴.

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin amacı, zihinsel anormalliği dolayısıyla isnat yeteneğinden tamamen veya önemli ölçüde yahut kısmen yoksun olan kişiyi tedavi etmek suretiyle iyileştirmek, onun tehlikeli halini mümkün olduğunca gidermek ve böylece sosyal savunmayı gerçekleştirmektir.

Akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi bakımından biyolojik, psikolojik ve karma sistemlerden söz edilmektedir. Karma sistemde kişinin fiil esnasında akıl hastası

⁹⁹⁴ Aksi yönde bkz. ÖZTÜRK, Hazırlık Soruşturması, s. 3; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 829; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 161, kn. 233; ŞEN, s. 273.

olması ve bu hastalığın onun kusur yeteneğine etki etmesi gerekir. İtalyan ve Alman ceza hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da karma sistem geçerlidir⁹⁹⁵.

Türk hukukunda akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki etkisi dikkate alınarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Eğer akıl hastalığı, failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine önemli ölçüde etki etmekte veya bu yeteneği kaldırmakta ise ceza verilmeyecek, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır (TCK m. 32/1)⁹⁹⁶,⁹⁹⁷. Bu kişilerin ceza sorumluluğundan değil, tedbir sorumluluğundan söz edilir. Bunlar hakkında mahkemenin güvenlik tedbiri uygulayıp uygulamamak konusunda bir takdir yetkisi yoktur; tedbirin uygulanmasına hükmolunması zorunludur. Buna karşılık bir kimsenin işlediği fiil açısından davranışlarını yönlendirme yeteneği, önemli ölçüde olmamakla birlikte azalmışsa, cezanın azaltılacağından/azaltılabileceğinden (TCK m. 32/2-c. 1, 2) veya süresi değişmeksizin, tamamen ya da kısmen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine çevrilebileceğinden (TCK m. 32/2-c. 3) söz edilmiştir. Bu durumda olanların ise hem ceza sorumluluğu hem de tedbir sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kişiler hakkında ceza veya tedbir uygulanması hususunda mahkemeye bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Ne var ki, akıl hastalığının kusur yeteneğine kısmen etki etmesi bakımından kanun koyucu sadece “failin davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin etkilenmesini yeterli kabul etmiştir. Dolayısıyla kusur yeteneğinin her iki unsurunun da etkilenmesi gerekmez⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1989, s. 85 vd.; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 223-224; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 550-551; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 252-253; İÇEL/EVİK, II, s. 178-179.

⁹⁹⁶ 765 sayılı mülga TCK’da yer alan “şuurunun veya harekâtının serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemeyeceği” kuralının (m. 46), bir takdir hükmü değil tespit hükmü içermesi, keyfiliğe yer vermemesi ve karşılaştırmalı hukuka uygun olması nedeniyle daha isabetli olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 397-398. TCK’da isnat yeteneğinin tamamen ortadan kalktığına kabulü için alt unsurlar olan anlama yeteneği bakımından “algılayamama”; isteme yeteneği bakımından ise “önemli derecede azalmış olma” şeklinde ortaya konulan farklılığın eleştirisi için bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 340.

⁹⁹⁷ Öğretide bir görüşe göre, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması halinde, iradeden söz etmek mümkün değildir. İrade ortadan kalktığında ise fiilden ve dolayısıyla haksızlıktan söz edilemez. Dolayısıyla böyle bir durumda kusurun varlığının araştırılması da gerekmez. Bkz. AKBULUT, s. 505. Kanaatimizce failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması ile onun iradesi doğrultusunda hareket etmemesi birbirinden farklıdır. Akıl hastası, kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmış olsa bile, bir zorlayıcı güç olmaksızın kendi iradesiyle hareket edebilir. Örneğin bir akıl hastası irade olarak hukuki değer sahiplerine zarar verebilir. Dolayısıyla onda eksik olan irade değil; iradesi doğrultusunda hareket etmesini engelleyecek, davranışının doğruluğunu yanlışlığını tartacak ve yanlışsa hareket etmemesini sağlayacak içsel dürtüdür. Bu nedenle akıl hastasının işlediği fiil, hukuki anlamda tipik bir fiildir ve eğer bu fiil ceza hukukuna aykırı ise suç oluşturur; öyleyse kusur yeteneğinin varlığını ve yokluğunu tespit etmeyi zorunlu kılar.

⁹⁹⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 398; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 339. 765 sayılı TCK’da yer verilen “fiili işlediği zaman şuurunun veya harekâtının serbestisini ehemmiyetli

TCK m. 32/2’de yer verilen “*Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir*” şeklindeki düzenlemenin lafzından anlaşılan, ceza mahkûmiyeti kararından sonra, infaz evresinde ceza yerine tedbir uygulanması imkânının getirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla burada hukuki sonucun türü cezadan tedbire dönmemekte, sadece infaz aşamasında ceza yerine tedbir uygulanabilmektedir. Yani ceza mahkûmiyetine bağlı kanuni sonuçlar devam etmektedir^{999, 1000}. Diğer bir deyişle, TCK m. 32/2’ye konu olan akıl hastalarına uygulanacak güvenlik tedbirleri, bunların “cezalarını tedbir şeklinde çekmesi”nden ibarettir¹⁰⁰¹. Ne var ki, böyle bir yorumda, ceza mahkûmiyeti hükmüne rağmen güvenlik tedbiri infaz edilecektir. Öğretide bu tür bir uygulamanın, ceza mahkûmiyetinin açıklanması mümkün ise de geri alınması mümkün olmadığına göre, kesin hüküm ilkesi ile çeliştiği ifade edilmektedir¹⁰⁰².

İşlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında, TCK m. 57/1-2 uyarınca yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkûm olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, mahkeme kararıyla akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (TCK m. 57/6). Burada tatbik edilmesi gereken usul, talep üzerine ya da re’sen düzenlenecek sağlık kurulu raporunun, bu kurulun talebi üzerine mahkemeye sunulması ve mahkemenin rapora dayanarak, uygun görmesi halinde önceki ceza mahkûmiyetini güvenlik tedbiri kararına çevirmesidir¹⁰⁰³.

derecede azaltacak surette aklî mâluliyete müptelâ olan kimseye verilecek cezanın azaltılacağı” yönündeki kuralın (m. 47), hem anlama hem isteme yeteneklerini dikkate alması ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere aykırı olmaması nedeniyle daha isabetli olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 398-399. Benzer yönde eleştiri için bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 341.

⁹⁹⁹ ÖZGENÇ, s. 409; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 751; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 552; AKBULUT, s. 506. Bu düzenleme doğrultusunda karar verilirken akıl hastasını mümkün olduğunca ceza infaz kurumuna sokmadan onun sosyal açıdan tehlikeliliğini önlemek ve tedbirin uygulanması suretiyle topluma yeniden kazandırmanın amaçlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 409.

¹⁰⁰⁰ Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin, baskın görüşün aksine, TCK m. 53’ün TCK m. 57/6 doğrultusunda karar verildiği hallerde uygulanamayacağına ilişkin kararı (3580/3787, 7.5.2008) öğretide eleştirilmektedir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 324.

¹⁰⁰¹ Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 605.

¹⁰⁰² Mahkemenin uygulayacağı hukuki sonucu kişiselleştirmesine yani ceza veya güvenlik tedbirinden birini seçmesine fırsat verilmesi gerekirken, hükmettiği cezayı hükümden sonra tedbire çevirmesinin kesin hükmün geri alınması anlamına geldiği eleştirisi için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 399.

¹⁰⁰³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 400.

Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir¹⁰⁰⁴. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar (TCK m. 57/1). Akıl hastaları hakkında uygulanan tedbirler, çocuklardan farklı olarak “koruyucu ve destekleyici tedbirler” değil, “koruma ve tedavi tedbirleri” olarak adlandırılmıştır.

Kanun’da tedbirin uygulama alanı olarak tüm sağlık kurumları değil, yüksek güvenlikli sağlık kurumları gösterilmiş fakat bu kavram tanımlanmamıştır. Öğretide akıl hastasını korumaya ve onun kaçmasını engellemeye yönelik sağlık kuruluşlarının bu nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰⁵. Kanun’da resmi bir kurum şartından söz edilmemektedir¹⁰⁰⁶. Bu nedenle yüksek güvenlikli sağlık kurumu, devlete veya özel kişiye ait olabilir. Esasen Kanun’un aradığı yüksek güvenlikli sağlık kuruluşları ülkemizde faaliyete geçmemiştir. Bu nedenle uygulamada akıl hastaları hakkında, bu kuruluşlara en yakın niteliklere sahip mevcut sağlık kurumları ile ruh sağlığı ve sinir hastalıkları hastanelerinin özel bölümlerinden birinde güvenlik tedbirlerinin uygulanması yoluna gidilmektedir. Bu kurumların, akıl hastalarının kaçmalarını, bunların birbirlerine ve görevlilere zarar vermesini engelleyecek nitelikte fiziki, elektronik ve güvenlik donanımlarına ve iç ve dış güvenlik personeline sahip olması beklenir¹⁰⁰⁷.

2.4.1.1.3.2.2. Koşulları

2.4.1.1.3.2.2.1. Failin Akıl Hastası Olması

Kanun koyucu akıl hastalığının türlerini sayma yoluna gitmemiştir¹⁰⁰⁸. Aynı zamanda Kanun’da akıl hastalığının tanımına da yer verilmemiştir. Akıl hastalığı, geniş bir tanımla, kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerinde etkili olan, kalıcı veya geçici

¹⁰⁰⁴ Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararların adli sicile kaydedileceği kabul edilmiştir (ASK m. 4).

¹⁰⁰⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 489; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 101.

¹⁰⁰⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 720; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 607.

¹⁰⁰⁷ Bu hususa Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 14.9.2007 tarihli genelgesinde yer verilmiştir. Genelge için bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1315-1316, dn. 13.

¹⁰⁰⁸ Bu yönleme başvurulmaması doğrudur. Çünkü normun yürürlüğe girdiği andan sonra yeni bazı hastalıkların ortaya çıkması mümkün olduğu gibi kanunun dikkate almadığı mevcut rahatsızlıklardan söz etmek de olasıdır. Benzer yönde bkz. ŞEN, s. 269-270.

nitelikteki her türlü patolojik veya psikişik sapkınlık durumu olarak tarif edilmektedir¹⁰⁰⁹. Dolayısıyla denilebilir ki, akıl hastalığı, kişinin beyninin normal olarak değerlendirilen işleyişine uygun davranmamasıdır. Bir kimsenin bu uygunluğu/normallığı taşıyıp taşımadığı, mevcut tıbbi verilere göre ortaya konulan bilimsel gerçeklere dayanmalıdır. Dolayısıyla bu konudaki bir araştırma, sezgisel veya istatistiksel kabullere göre değil, kliniksel metodlara uygun yürütülmelidir.

Akıl hastalığı, nevroz veya psikoz, davranış veya düşünce bozukluğu şeklinde ortaya çıkmış olabilir¹⁰¹⁰. Bu kapsamda ortaya çıkan anomaliler arasında şizofreni, affektif psikozlar (mani, melankoli), paranoya, epilepsi (sar'a), oligofreni (zeka geriliği), demans senil (yaşlılık bunaması), paralizi general (ilerlemiş frengi), kleptomani gibi rahatsızlıklar sıralanmaktadır¹⁰¹¹. Dolayısıyla bu hastalıklardan birinin veya birkaçının tesiriyle suç işleyen kimsenin ceza sorumluluğundan değil, tedbir sorumluluğundan söz edilir.

Kusur yeteneğine etki etmeyen nevrotik bozukluklar ile bir kişilik bozukluğu olarak kabul edilen psikopati ise akıl hastalığı olarak değerlendirilmemektedir¹⁰¹². Bu kimselerin isnat yeteneğinin ve ceza sorumluluğunun varlığından söz edilir. Uyurgezerlik ve hipnotik telkin durumunda işlenen suçların ise esasen akıl hastalığı nedeniyle değil, bu halde işlenen fiillerin hukuki anlamda hareket özelliğinden yoksun olması nedeniyle cezalandırılmayacağı söylenebilir¹⁰¹³.

Akıl hastalığının ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp tedbir sorumluluğunu doğurması için isnat yeteneğini etkilemesi gerekir. Bu açıdan isnat yeteneğini etkilemeyen haller, örneğin öfke, korku, heyecan, ihtiras, kıskançlık gibi durumların etkisiyle suç işleyen kimse akıl hastası sayılmaz¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 397. Krşl. DEMİRBAŞ, s. 356. Bu kişi, normal olarak değerlendirilen kişilere kıyasla biyolojik ve psikolojik açıdan gelişmemiş olabileceği gibi bazı melekeleri aşırı gelişmiş de olabilir (SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 402). Dolayısıyla önemli olan, faile ilişkin halin, psikiyatrik açıdan akıl hastalığı sayılmasıdır (TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 339).

¹⁰¹⁰ Bkz. ŞEN, s. 271-272. Bu bozuklukların türleri için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 496-499; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler (Madde 1-36), 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 802-805.

¹⁰¹¹ Ayrıntı için bkz. ÜNVER, Akıl Hastalığı, s. 14-32; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 221-222; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 249-251; ÖZGENÇ, s. 405-406.

¹⁰¹² ÜNVER, Akıl Hastalığı, s. 33-43. İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 223; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 251; ÖZGENÇ, s. 407; DEMİRBAŞ, s. 358-359.

¹⁰¹³ ÜNVER, Akıl Hastalığı, s. 45-49; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 223; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 251; ÖZGENÇ, s. 406.

¹⁰¹⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 402.

2.4.1.1.1.3.2.2.2. Akıl Hastasının İşlediği Fiilin Suç Olması

Bu tedbirin uygulanma koşullarından bir diğeri, akıl hastasından sâdır olan bir suçun işlenmiş olmasıdır. Akıl hastası suç işlemedikçe, toplumsal açıdan ne ölçüde tehlikeli olursa olsun, güvenlik tedbiri niteliğindeki koruma ve tedavi tedbirlerinin muhatabı olamaz. Bu aşamada ancak genel kolluk tedbirlerinden söz edilebilir. Kusur yeteneğinden yoksun olan kimsenin işlediği suç, cezayı gerektiren bir suç değil, tedbir uygulanmasına vesile olan bir suçtur. Dolayısıyla işlenen fiil, esasen geleceğe yönelik tehlikenin savuşturulmasına vesile olan bir sebep suç niteliğindedir. Bu sebep suçun, manevi unsurun herhangi bir türüyle (kast veya taksir) ortaya konulması mümkündür. Tedbirin uygulanıp uygulanmamasında, suçun oluşumuna etki etmediği müddetçe, cezayı kaldıran veya azaltan nedenler dikkate alınmaz.

Türk hukukunda akıl hastalığının etkisiyle işlenen suçun belli bir ağırlıkta olması da gerekmez. Bu nedenle Kanun’da bu kimselere uygulanacak tedbirler açısından herhangi bir alt sınır öngörülmemiştir. Oysa örneğin Avusturya CK’nın zihinsel anormalliği bulunan suçlular için kuruma yerleştirme tedbirini düzenleyen 21’inci maddesine göre, adı geçen tedbirin uygulanabilmesi için isnat yeteneği bulunmaması nedeniyle kendisine ceza verilemeyen failin işlediği fiille ilgili olarak kanunda bir yılı aşan hapis cezası öngörülmüş olmalıdır¹⁰¹⁵. Hukukumuzda bu tedbir açısından suçun ağırlığı önem taşımadığı gibi türü ve niteliği de önem taşımamaktadır.

2.4.1.1.1.3.2.2.3. Akıl Hastalığının Suçun İşlendiği Sırada Bulunması

Akıl hastalığı doğuştan da olabilir; sonradan bir rahatsızlık veya yaşlılık gibi biyolojik etmenlerin sonucu olarak da ortaya çıkmış olabilir¹⁰¹⁶. Önemli olan akıl hastalığının ne zaman ortaya çıktığı değil, fiil anında mevcut olup olmadığıdır. Akıl hastalığı, ancak fiil esnasında mevcut ise kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan bir sebep olarak değerlendirilebilir. Bu husus Kanun’da “fiili işlediği sırada” (TCK m. 57/1) ibaresi ile belirtilmiştir. Fiilin işlenmesinden kasıt, suçun tamamlanması veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmasıdır¹⁰¹⁷. Kesintisiz suçlarda kesintinin

¹⁰¹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 718.

¹⁰¹⁶ ŞEN, s. 270.

¹⁰¹⁷ Krşl. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 429; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 355.

gerçekleştiği, zincirleme suçlarda¹⁰¹⁸ son suçun işlendiği, teşebbüs halinde kalan suçlarda son icra hareketinde bulunduğu ve ihmali suçlarda icrai harekette bulunulmasının gerektiği anda, failin akıl hastası olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

Akıl hastalığının suçun işlenmesinden önce var olması gerekmediği gibi suçun işlenmesinden sonra devam etmesi şartı da aranmaz¹⁰¹⁹. Bir kimsenin soruşturma veya kovuşturma esnasında akıl hastası olması, onun fiil esnasında da akıl hastası olabileceği yönünde bir varsayımı hatıra getirse bile, somut davada bu tür bir hastalığın fiil anındaki mevcudiyetinin şüphe üzerine değil, bilimsel veriler ve kesin delillerle, şüpheden uzak biçimde tespit edilmesi gerekir.

Akıl hastalarına özgü koruma ve tedavi tedbirleri, failin iyileştiği ana kadar uygulanır. Failin, iyileştikten sonra derhal salıverilmesi gerekir. Akıl hastasının, tedbirin kurumda uygulanmasından sonra ayrıca hürriyeti kaldırmayan bir tedbir olarak denetimli serbestliğe tabi tutulmasına yönelik bir sistem hukukumuzda kabul edilmemiştir.

2.4.1.1.1.3.2.2.4. Akıl Hastalığı ile İşlenen Suç Arasında Nedensel Bir Bağlantının Bulunması

Failin işlediği somut fiil açısından akıl hastalığı ile kusur yeteneği arasındaki ilişki, mutlak bir ilişki değildir. Buradaki ilişki, illî bir ilişkidir. Yani kusur yeneğinin azalması veya bu yetenekten yoksunluk ile akıl hastalığı arasında nedensel bir bağlantı bulunmalıdır. Diğer deyişle, failin anlama ve isteme kabiliyetlerinin etkilendiğinden söz edilebilmesi için fiil esnasında bu yeteneklerin bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Söz gelimi epilepsi krizi geçirirken etrafındaki insanlara zarar veren akıl hastasının geçirdiği nöbet, o anda kusur yeteneğine etki etse bile normal zamanda bu yeteneğe etki

¹⁰¹⁸ Zincirleme suçlarda, her bir suç açısından failin fiil esnasında akıl hastası olup olmadığı araştırılmalıdır (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 418).

¹⁰¹⁹ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 340; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 404; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 349. Öğretide bir görüşe göre, kusur yeteneğini önemli ölçüde azaltan akıl hastalığı ile kısmen azaltan akıl hastalığı arasında, sonuçları bakımından ortaya çıkan önemli farklar dikkate alınırsa, fiili işlediği anda bu yeteneğin tamamen mi yoksa kısmen mi kalktığını net olarak tespit etmek olanaklı olmadığı için fiilden önceki incelemelerin de dikkate alınmasını öngören bir düzenleme yapılmalıdır. Bkz. ŞEN, s. 274. Suçun işlenmesinden sonra yargılama aşamasında akıl hastalığı ortaya çıkarsa, bu bir muhakeme engeli olduğu için önce durma kararı verilmeli (CMK m. 223/8-c.2), hasta muayeneden geçirilmeli, gözetim altına alınmalı (CMK m. 74/5), tedavi edilmeli ve bu süreç sonunda akıl hastalığı iyileşirse davaya devam olunmalı; hastalığın iyileşmesi olanağı yoksa düşme kararı (CMK m. 223/8-c.1) verilmelidir. Ancak sonradan akıl hastası olan failin derhal beraat ettirilmesi gerekiyorsa (CMK m. 223/9), sözü edilen kararlara başvurulması mümkün değildir.

etmez. Aynı şekilde kleptomanisi (hırsızlık hastalığı) bulunan bir kimsenin bir mağazadan eşya çalması halinde kusur yeteneğinin etkilendiği söylenebilirse de, birini öldürmesi halinde bu akıl hastalığının kusur yeteneği üzerinde etkili olduğu söylenemez¹⁰²⁰. Bu nedensel ilişki, Kanun'da da “işlediği fiilin”, “bu fiille ilgili olarak” (TCK m. 32/1) ve “işlediği fiille ilgili olarak” (TCK m. 32/2) ifadeleriyle örtülü biçimde kabul edilmiştir.

2.4.1.1.1.3.2.3. Hukuki Niteliği

Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçlunun sağlık durumu dikkate alınmak suretiyle mahkeme tarafından geri alınabilen ve değiştirilebilen tedbirlerdir¹⁰²¹. Aynı zamanda bu tedbirler, hukuka aykırı fiil vesilesiyle uygulanır, dolayısıyla bir sebep suçun varlığını gerektirir ve gelecekte akıl hastası tarafından tekröre düşülmesini önler¹⁰²². Akıl hastalarına uygulanan tedbirlerler, terapötik tedbirlerdir; bu nedenle her şeyden önce akıl hastalarının tedavi edilmesi, rehabilite edilmesi ve iyileştirilmesi suretiyle sosyal tehlikeliliğinin giderilmesi amacını güder. Dolayısıyla bu tedbirler, hukuki niteliği itibarıyla tipik birer güvenlik tedbiridir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, TCK m. 32/2'de, kusur yeteneğinden kısmen yoksun bulunan akıl hastaları hakkında verilen hapis cezasının kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanabileceği ifade edilmekle birlikte; burada söz konusu olan tedbirler, suçun bağımsız birer hukuki sonucu olarak ele alınmaya müsait değildir. Çünkü hüküm, güvenlik tedbirlerine değil, ceza mahkûmiyetine ilişkindir. Dolayısıyla bu tedbirler, kanaatimizce bağımsız birer güvenlik tedbiri olarak değil, cezanın infazı yerine geçen yedek yargısal tedbirler olarak dikkate alınabilir¹⁰²³.

¹⁰²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 396; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 227; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 255-256; ÖZGENÇ, s. 408; İÇEL/EVİK, II, s. 181; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 747-748; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 321-322; AKBULUT, s. 505-506.

¹⁰²¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 489; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 100.

¹⁰²² Bu tedbirlerin uygulanması için suç işlenmesinin gerekmediği, suç işleme tehlikesi olan kişilere hakkında da bu tedbirlerin uygulanabileceği görüşü için bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 576.

¹⁰²³ Bunların birer güvenlik tedbiri olduğu; fakat bağımsız bir yaptırım değil hapis cezasının infaz biçimi olarak belirdiği görüşü için bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1315.

2.4.1.1.3.3. Alkol veya Uyuşturucu Madde Bağımlılarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.1.3.3.1. Genel Olarak

Hukukumuzda alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları hakkında da güvenlik tedbirleri uygulanabilir¹⁰²⁴. Bu tedbirler, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda¹⁰²⁵ tedavi altına alınma yönündeki karar üzerine uygulanır (TCK m. 57/7-c.1). Bu kişilerin muhatap olduğu güvenlik tedbirleri, akıl hastalarından farklı olarak “koruma ve tedavi tedbiri” değil, “tedavi tedbiri” olarak adlandırılmıştır.

Bağımlı (müptelâ) olmak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmadığı zaman kriz geçiren kişinin durumunu ifade eder¹⁰²⁶. Bağımlılık ile alışkanlık birbirinden farklıdır. Kusur yeteneğini kaldıran hal, bağımlılık halidir. Bir kimsenin alkol veya uyuşturucu madde kullanımını alışkanlık haline getirmesi, onun bağımlı olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bağımlılık, bir psikik/fiziki bağımlılık haline gelmelidir¹⁰²⁷. Faildeki bağımlılık hali, suçun işlenmesinden önce değil, bilfiil suçun işlendiği sırada bulunmalıdır. İşlenen suçun türü, niteliği ve niceliği önemli değildir. Bu konuda bir alt sınır da belirlenmemiştir.

Alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işlemek (TCK m. 34) ile alkol ya da uyuşturucu madde bağımlısı olmak (TCK m. 57/7) birbirinden farklıdır¹⁰²⁸. TCK m. 34’te düzenlenen durum, anlıktır ve bir bağımlılık içermez. Oysa akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri başlığı altında TCK m. 57/7’de düzenlenen durum, öğretilde de akıl hastalığının bir türü olarak kabul edilmektedir. Kural olarak iradi alınan alkol veya uyuşturucu madde, failin ceza sorumluluğuna etki etmez. Bu halde “*alic (actio libera in causa/sebebinde serbest hareket)* kuralı” uygulanır ve fail işlediği suçtan sorumlu tutulur. Buna karşılık bağımlılığın kusur yeteneğini bütünüyle kaldırdığı ve bağımlıların ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir.

¹⁰²⁴ Önemle belirtmek gerekir ki, bu tedbirin muhatabı sadece bağımlılardır. Bağımlı olmamakla birlikte, irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında kusur yeteneği ortadan kalktığı halde suç işleyen kişi hakkında ne cezadan ne de tedbirden söz edilebilir. Bkz. NUHOĞLU, Ayşe, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, TCHD Yayınları No. 10, İstanbul, 2008, s. 201.

¹⁰²⁵ Bu kuruluşlar, Kanun’da bir açıklık olmadığına göre, resmi veya özel kuruluşlar olabilir (CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 722).

¹⁰²⁶ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 405.

¹⁰²⁷ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 360; ÖZGENÇ, s. 415; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 638; AKBULUT, s. 812; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 965.

¹⁰²⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 491; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 101.

Alkol ya da uyuşturucu madde bağımlıları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri, bu kimselerin tedavisine kadar devam eder¹⁰²⁹. Tedavinin sona ereceği an ise bu kişilerin bağımlılıktan kurtulduğu andır. Bu anının tespiti, bağımlı failin yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim kararıyla¹⁰³⁰ olur (TCK m. 57/c.2-3). Failin tedavi edildiği tespit edildiğinde derhal salıverilmesi gerekir. Bağımlının hürriyeti kaldırmayan bir tedbir olarak denetimli serbestliğe tabi tutulmasına yönelik bir sistem hukukumuzda kabul edilmemiştir.

Alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı kişi hakkında kanun koyucu, TCK m. 32'deki gibi kusur yeteneğinden tamamen veya kısmen yoksun olma ayrımı yapmamıştır. Bu durumda kusur yeteneğinden kısmen yoksun akıl hastasına verilen cezanın koruma ve tedavi tedbiri olarak uygulanması şeklindeki usulün, bağımlı hakkında da uygulanabilir olup olmadığı tartışılabilir. Kanaatimizce kusur yeteneğinden kısmen yoksun olan bağımlı hakkında hükmolunan cezanın tedavi tedbiri olarak infaz edilmesi mümkün değildir. Böyle bir uygulama, kıyas yasağının ve kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir¹⁰³¹.

2.4.1.1.1.3.3.2. Hukuki Niteliği

Bağımlılar hakkında uygulanan tedbirlerin amacı, alkol veya uyuşturucu bağımlısı olan ve bu nedenle toplum açısından tehlike arz eden faili bağımlılıktan kurtarmak suretiyle rehabilite ve resosyalize etmek; böylece onun tehlikeli halini gidermektir. Mahkeme tarafından muhakeme usulü doğrultusunda karar verilen ve geri alınabilmesi mümkün olan bu tedbir, hukuki nitelik itibarıyla bir güvenlik tedbiridir.

Öğretide bir görüş, bağımlılar hakkında uygulanan tedavi tedbirinin yanı sıra, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçundan dolayı başlatılan soruşturma kapsamında TCK m. 191/2 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile birlikte uygulanan denetimli serbestliği de “kötü alışkanlıklardan

¹⁰²⁹ Bu düzenleme, örneğin kasten öldürme suçunu işlemiş bir bağımlının birkaç aylık tedavinin ardından serbest bırakılmasını sonuçlayacağı için eleştirilmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 542, kn. 956.

¹⁰³⁰ Buradaki hâkim kararını, yargıçlık kararı olarak algılamamak gerekir. Burada sözü edilen, her halde tek hâkimli mahkemedir. Nitekim güvenlik tedbirlerine sadece mahkeme karar verebilir. Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 492; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 102.

¹⁰³¹ Öğretide de TCK m. 57/7’de düzenlenen bağımlılığın, TCK m. 34 ile birlikte değerlendirildiğinde, isnat yeteneğini tümüyle ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 491-492; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 102.

kurtarma tedbiri” başlığı altında ve güvenlik tedbirleri içerisinde değerlendirmektedir¹⁰³². Oysa burada uygulanan denetimli serbestlik, bir güvenlik tedbiri olmadığı gibi bir hukuki sonucun yerine getirilmesini içermediği için bir infaz biçimi de değildir; öyleyse bu tedbir, suçu vesile kabul etmekle birlikte yarı-yargısal bir idari merci tarafından uygulanan ve aynı suçun yeniden işlenmesini önlemeye çalışan, “kendine özgü bir önleme tedbiri” olarak kabul edilebilir. Nitekim bu tedbire hükmeden merci (savcı), mahkeme olmadığı gibi, denetimli serbestlik tedbirine, tedbirin uzatılmasına ve denetim esnasında gerek duyulması halinde tedaviye dair verilen karar (savcılık kararı) da bir yargı kararı (hüküm) değildir.

2.4.1.1.2. Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirler

Hürriyete yönelik olmayan güvenlik tedbirleri, suç işleyen tehlikeli failin belli bir kurumda kalmasını gerektirmeyen tedbirlerdir. Bu tür tedbirler, tehlikeli failin özgürlüğünü ortadan kaldırmamakla birlikte, onun sosyal açıdan sergilediği tehlikeli hali gidermeyi ve toplumu failden kaynaklanması muhtemel tehlikeli eylemlerden korumayı amaçlar.

2.4.1.1.2.1. Alman Ceza Kanunu’nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri

Alman CK’da hürriyeti ortadan kaldırmayan güvenlik tedbirleri, denetimli serbestlik (*Führungsaufsicht*, StGB §§ 68-68g), sürücü belgesinin iptali (*Entziehung der Fahrerlaubnis*, StGB §§ 69-69b) ve mesleki faaliyetin yasaklanması (*Anordnung des Berufsverbots*, StGB §§ 70-70b) olarak üçe ayrılmaktadır. Denetimli serbestlik tedbiri, kriminal anlamda ağır tehlikelilerin cezanın infazından sonra özgürlüğe geçişini kolaylaştırmaya (yaşam desteği) ve aynı zamanda kamu yararına tehlikenin yinelenmesini önlemeye (denetim) hizmet eder¹⁰³³. Sürücü belgesinin iptali, motorlu taşıtın idare edilmesiyle veya sürücü için uygunsuz olduğu öne sürülen motorlu taşıt sürücüsünün kural ihlaliyle ilgili bir davranışa bağlıdır. Mahkeme, sürücü belgesini iptal ettiğinde, sürücünün belli bir süreyle yeni bir lisans almasını engelleyebilir. Yasağın bitimini müteakip, hakkında tedbir uygulanan kişi, kendisine yeni bir sürücü belgesi

¹⁰³² Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 721-722; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 608-609.

¹⁰³³ GROPP, Strafrecht AT, s. 608, Rn. 49.

verilmesini talep edebilir¹⁰³⁴. Meslek icrasının yasaklanması için ise bir iş veya mesleğin kötüye kullanılması ya da bunlarla ilgili yükümlülüklerin ağır biçimde ihlal edilmiş olması aranmaktadır¹⁰³⁵. Bu tedbirlere ek olarak hürriyeti kısıtlayan tedbirlerde geçerli olan 62, 71 ve 72'nci paragraflarda yer verilen hükümler, hürriyeti kısıtlamayan söz konusu tedbirler bakımından da müşterek hükümler olarak aynen geçerlidir¹⁰³⁶.

2.4.1.1.2.1.1. Denetimli Serbestlik

Ceza hukuku, kusurun dengelenmesinin ötesinde, suçlu kişinin ileride suçtan uzak bir yaşam sürmesini temin etmek için yalnızca onun özgürlüğünü belli bir yerde sınırlamaktan öteye geçmelidir. Bu zorunluluk, kural olarak cezadan veya hatta hürriyeti bağlayıcı tedbirden sonra fail üzerinde birtakım müdahale olanaklarının tanınması suretiyle olur. Bu olanakları fiilen mümkün kılmaya özgülenmiş olan önlemlere “denetimli serbestlik tedbirleri” adı verilir¹⁰³⁷. Alman CK’da bir iyileştirme ve güvenlik tedbiri olarak düzenlenen denetimli serbestliğin amacı, bir güvenlik tedbiriyle bağlantılı olarak ya da cezanın infazından sonra kötü/olumsuz sosyal prognoza sahip olan suçlular için bir denetleme, gözetim ve sonuç olarak bir yaşam rehberliği sağlamaktır¹⁰³⁸. Bu tedbir, ya kanun gereği (StGB § 68/2) ya da mahkeme kararı üzerine (StGB § 68/1) uygulanmaktadır. Tedbirin muhatabı hem yetişkin suçlular hem de Çocuk Mahkemesi Kanunu’nda kabul edildiği üzere (JGG § 7/1-2) çocuk ve genç suçlular olabilir¹⁰³⁹.

Denetimli serbestlik tedbirinin mahkeme kararı üzerine uygulanması için birtakım şekli ve maddi koşulların sağlanması gerekir. Şekli koşullardan ilki, failin en az altı ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olmasıdır. Nitekim Alman hukukunda denetimli serbestlik tedbirinin bağımsız bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Keza müebbet hapis cezası durumunda da bu tedbirden söz etme olanağı yoktur. Eğer mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse (StGB § 59) veya mahkeme ceza vermekten vazgeçerse (StGB § 60), fail hakkında ceza

¹⁰³⁴ GROPP, Strafrecht AT, s. 648, Rn. 50.

¹⁰³⁵ GROPP, Strafrecht AT, s. 648, Rn. 51.

¹⁰³⁶ SCHÖCH, LK-StGB, § 61, Rn. 4.

¹⁰³⁷ Bkz. GROß, Karl-Heinz, “Vorbemerkung zu § 68”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 1.

¹⁰³⁸ Bkz. KILIAN, Ines, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 1.

¹⁰³⁹ GROß, Karl-Heinz, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 1; KILIAN, AnwK-StGB, § 68, Rn. 7.

mahkûmiyetinin varlığından ve tedbirin koşulunun oluştuğundan söz edilemez¹⁰⁴⁰. İkinci şekli koşul, failin mahkûm olduğu suçun, hakkında kanunen denetimli serbestlik öngörülen suçlardan biri olmasıdır¹⁰⁴¹. Denetimli serbestliğin maddi koşulu ise tüm güvenlik tedbirlerinde olduğu üzere, failin ileride suç işleme tehlikesinin bulunmasıdır. “Suç”tan kasıt, tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranıştır. Dolayısıyla sadece hukuka aykırı davranışlar yeterli değildir¹⁰⁴². Bu suçun tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalması arasında fark olmadığı gibi birden fazla kişi söz konusu ise faillik veya şeriklik biçiminde ortaya çıkması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır. Buna karşılık ceza muhakemesi koşullarının gerçekleşip gerçekleşmemesi ise önem taşımaz¹⁰⁴³. Yenilenen suç tehlikesi, failin tekrarlayan suçluluğunun sadece mümkün (*möglich*) olduğu durumları değil, aksine kuvvetle muhtemel (*wahrscheinlich*) olduğu durumları ifade etmektedir¹⁰⁴⁴.

Alman CK m. 68/1’de, koşullarının gerçekleşmesi halinde, mahkemenin, ceza ile birlikte failin hal ve gidişinin denetimine “karar verebileceği” ifadesi kullanılmıştır. Kanun bir emir normu içermediğinden, hâkimin tedbire hükmedip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin bir ölçüte adı geçen hükümde yer verilmemiştir. Öğretide hâkimin takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, güvenlik tedbirlerinin “faili iyileştirmek” ve “halkı tehlikeli suçluya karşı korumak” amaçlarıyla sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Denetimli serbestlik tedbiri bu amaçlar doğrultusunda elverişli, gerekli ve ölçülü şekilde uygulanmalıdır¹⁰⁴⁵.

Denetimli serbestlik tedbirinin süreye bağlı olduğu veya hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbirinin ertelenmesinden sonra yerine getirilmeye başlandığı hallerde, tedbir,

¹⁰⁴⁰ HEUCHEMER, Michael, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, Rn. 3; GROß, MüKo-StGB, § 68, Rn. 4.

¹⁰⁴¹ Alman CK’nın 89a/6, 129a/9, 181b, 233b/1, 239c, 245, 256/1, 262, 263/6, 263a/2 ve 321’inci maddeleri ile Uyuşturucu Maddeler Kanunu’nun (*Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, BtMG*) 34’üncü maddesi, bu denetime olanak tanımaktadır. CK’nın 68/1’inci maddesinde düzenlenen tedbirin bu maddeler dışında kalan suçlara uygulanması yasaktır (KILIAN, AnwK-StGB, § 68, Rn. 9; GROß, MüKo-StGB, § 68, Rn. 5; krşl. HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 68, Rn. 4).

¹⁰⁴² HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 68, Rn. 5. Önemli olan bir suçun işlenmesidir; suçun ciddi veya ağır olup olmadığı önem taşımaz. Geleceğe yönelik prognostik değerlendirmede ise ciddi olmayan suçların dikkate alınması zaten ölçülülük ilkesi ile elenmiştir (KILIAN, AnwK-StGB, § 68, Rn. 12).

¹⁰⁴³ HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 68, Rn. 5.

¹⁰⁴⁴ STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 6; HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 68, Rn. 6.

¹⁰⁴⁵ GROß, MüKo-StGB, § 68, Rn. 11; HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 68, Rn. 8. Eğer daha az sertlik taşıyan bir tedbirle failin yeniden suç işleme tehlikesi önlenilecekse, hâkimin denetimli serbestliğe hükmetmekten kaçınması gerekir. Örneğin birkaç yıl hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu tedbire gerek duyulmaması mümkündür (KILIAN, AnwK-StGB, § 68, Rn. 13; STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 68, Rn. 6).

hürriyeti kısıtlayan bir güvenlik tedbirinin infazına başlanması veya hürriyeti kısıtlayan bir tedbirin yanı sıra hükmedilen hapis cezasının infazına başlanması yahut yeni bir denetimli serbestlik tedbirinin kabul edilmesi ile sona erer. Diğer hallerde, hapis veya hürriyeti bağlayıcı tedbirin infazının devam etmesi, denetimli serbestlik tedbirini durdurur (StGB § 68e/1). Mahkeme, denetimli serbestlik tedbiri olmasa bile hükümlünün suç işlemeyeceğine kanaat geririrse, tedbiri kaldırır. Bu halde tedbirin kaldırılması için en erken kanunda öngörülen sürenin geçmesi zorunludur (StGB § 68e/2).

2.4.1.1.2.1.2. Sürücü Belgesinin İptali

Sürücü belgesinin iptali tedbirinin dayatılmasının amacı, motorlu taşıtları sevk ve idare etmek için uygun olmadıkları kanıtlanan kişilere karşı genel halkın trafik özelinde korunmasıdır. Öğretide de bu tedbirin amacı olarak, yetenek eksikliği nedeniyle karayolu trafiğini tehlikeye düşüren motorlu taşıt sürücülerinin sürüş dışında bırakılması suretiyle trafik güvenliğinin artırılması gösterilmektedir¹⁰⁴⁶. Bu nedenle Alman öğretisinde sürücü belgesinin iptalinin hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğu, söz konusu uygulamanın kusurun veya haksızlığın dengelenmesi düşüncesine yabancı olduğu ve bu nedenle bir yan (fer'i) ceza niteliği taşımadığı ifade edilmektedir¹⁰⁴⁷. Ancak bu durum, bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilen sürücü belgesinin iptali (StGB § 69) ile bir fer'i ceza olarak kabul edilen araç sürme yasağı (*Fahrverbot*, StGB § 44) arasındaki ilişkinin ortaya konulmasını gerektirir. Bu iki düzenleme aynı anlama gelmemektedir. Nitekim 69'uncu maddede düzenlenen tedbir, araç sürme yasağının aksine, failin Karayolu Trafik Kanunu'nun (*Straßenverkehrsgesetz, StVG*) 2'nci maddesine uygun olarak aldığı yerli ehliyetin iptal edilmesini gerektirir¹⁰⁴⁸. Araç sürme yasağında, failin trafikteki yükümlülüklerine aykırı hareket ettiği için kural olarak bir ilâ üç aylık bir süre için trafikten men edilmesi söz konusu iken sürücü belgesi geçerli olmaya devam etmektedir.

Öğretide sürücü belgesinin iptali tedbirinin uygulanma koşulları üç başlık altında incelenmektedir. Bir defa tüm tedbirler gibi bu tedbire karar verilmesi de hukuka aykırı bir vesile eylemin (*rechtswidrige Anlasstat*) işlenmesi koşuluna bağlıdır. Buna karşılık

¹⁰⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, s. 263.

¹⁰⁴⁷ Bkz. BÖSE, Martin, "StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis", Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 4.

¹⁰⁴⁸ BÖSE, NK-StGB, § 69, Rn. 5.

araç sürme yasağının aksine sürücü belgesinin iptali asli cezaya bağlı olmadığı için bir ceza mahkûmiyetinin varlığını gerektirmemektedir¹⁰⁴⁹. Tedbirin ikinci koşulu, işlevsel bağlantının bulunmasıdır. Tedbirin uygulanması için suçun motorlu taşıtın kullanılması veya motorlu taşıt sürücüsünün görevlerini ihmal etmesi ile bağlantı içinde olması gerekir. Ayrıca burada sözü edilen taşıt, Karayolu Trafik Kanunu'nda¹⁰⁵⁰ sözü edilen motorlu taşıtlardan biri olmalıdır. Örneğin kas gücüyle hareket ettirilen bisikletin karıştığı kaza bu kapsamda değerlendirilmemektedir¹⁰⁵¹. Üçüncü koşul ise motorlu bir taşıtı idare etmeye uygun olmama durumudur. Motorlu aracın kullanılamaması, örneğin failin ilerlemiş yaşı, uzuvlarının yokluğu, görme veya işitme kaybının bulunması, şeker hastalığı veya kardiyovasküler bozukluklar gibi fiziksel; ağır demans, beyin hasarı veya zedelenmesi, epilepsi, Parkinson ve psikozlar gibi zihinsel; yahut özellikle alkollü şekilde trafiğe çıkma örneğinde olduğu gibi karakteristik kusurlardan kaynaklanabilir¹⁰⁵².

2.4.1.1.2.1.3. Mesleki Faaliyetin Yasaklanması

Mesleki faaliyetin yasaklanması tedbiri, belli koşullar altında ceza yargıcına failin ticaretten veya profesyonel mesleğini ifa etmekten men edilmesi yetkisi tanıyan bir tedbirdir. Bu tedbir, bir meslek veya sanatın yeterince güvenilir olmayan insanlar tarafından kötüye kullanılması suretiyle hukuka aykırı fiillerin işlenmesi tehlikesine karşı halkın korunmasına hizmet etmektedir¹⁰⁵³.

Mesleki faaliyetin yasaklanması için birtakım şekli ve maddi koşulların gerçekleşmesi gerekir. Şekli koşullardan ilki, bir kabahat (düzene aykırılık) niteliğinde olmayan yani ceza hukuku anlamında dikkate alınması gereken, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir hukuka aykırı fiilin işlenmesidir. İkinci şart, kanunda tedbirin uygulanması için gereken hukuka aykırı fiilin asgari cezasına yer verilmemesi nedeniyle, bu fiilin şiddetinin değil failinin tehlikeliliğinin dikkate alınmasıdır¹⁰⁵⁴. Bir diğer şekli şart, failin işlediği hukuka aykırı fiil nedeniyle mahkûm edilmiş veya

¹⁰⁴⁹ BÖSE, NK-StGB, § 69, Rn. 6.

¹⁰⁵⁰ StVG § 1/2: “Bu kanun kapsamında motorlu taşıtlar, demiryolu raylarına bağlı olmaksızın makine gücüyle hareket ettirilen kara araçlarıdır”.

¹⁰⁵¹ BÖSE, NK-StGB, § 69, Rn. 8.

¹⁰⁵² BÖSE, NK-StGB, § 69, Rn. 10-11.

¹⁰⁵³ STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 1.

¹⁰⁵⁴ Bkz. POLLÄHNE, Helmut, “StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 10-12.

mahkûm edilmesi gerekirken kusur yeteneği dolayısıyla mahkûm edilememiş olmasıdır. Şekli koşullardan bir diğeri, failin hukuka aykırı eylemi, meslek veya sanatını kötüye kullanmak suretiyle işlemiş olmasıdır. Diğer bir şart, söz konusu ihlalin alelade değil belli bir ağırlıkta ve ciddiyette bulunmasıdır. Son şekli şart ise failin ifa ettiği meslek ve sanatın kayıtlı yani devlet tarafından tanınan bir meslek veya sanat olmasıdır¹⁰⁵⁵. Meslek icrası yasağının maddi şartı ise failin ilerideki mesleki veya ticari ya da profesyonel yaşantısında kanunda öngörülen şekilde önemli hukuka aykırı fiilleri işleyeceğini ortaya koyan genel bir negatif prognostik faaliyetin gerçekleştirilmesidir¹⁰⁵⁶.

2.4.1.1.2.2. İtalyan Ceza Kanunu’nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri

İtalyan CK’da düzenlenen ve şahsi hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan (*non detentive*) güvenlik tedbirleri; denetimli serbestlik (polis gözetimi veya gözetim altında serbestlik) (Art. 230-232), belirli bir yerde kalmaktan yasaklanma (bir veya birkaç ilçede yahut bir veya birkaç ilde oturmaktan yasaklanma) (Art. 233), alkollü içki satan yerlere girmekten alıkonulma (barlardan ve alkollü içeceklerin tüketildiği halka açık yerlerden yasaklanma) (Art. 234), ülke dışına çıkarılma (yabancıların sınır dışı edilmesi) (Art. 235) olarak sıralanmaktadır¹⁰⁵⁷.

2.4.1.1.2.2.1. Denetimli Serbestlik

Denetimli serbestlik tedbiri, hapis cezasının infazından sonra, cezaya ek olarak uygulanan bir tedbirdir. Ayrıca kanunun uygulanacak güvenlik tedbirinin türünü göstermediği hallerde de denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir¹⁰⁵⁸. Bu açıdan söz konusu tedbirin “tamamlayıcı” mahiyette olduğu söylenebilir. İtalyan hukukunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı durumlar şu şekilde tespit edilmiştir (Art.

¹⁰⁵⁵ Bkz. BOCKEMÜHL, Jan, “StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 6-12. Tedbirin şartları için ayrıca bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 70, Rn. 9-11.

¹⁰⁵⁶ BOCKEMÜHL, MüKo-StGB, § 70, Rn. 13; POLLÄHNE, NK-StGB, § 70, Rn. 20.

¹⁰⁵⁷ CADOPPI/VENEZIANI, s. 536; ALPA/GAROFOLI, s. 1438; NAPPI, s. 151; MAIWALD, s. 35; PISAPIA, s. 175; RENDE, s. 78; ORLANDI, s. 607; VASSALLI, s. 514; SOYASLAN, Kriminoloji, s. 248.

¹⁰⁵⁸ PISAPIA, s. 177; RENDE, s. 78-79.

230/1)¹⁰⁵⁹: a) Fail hakkında en az on yıl hapis cezasına hükmolunması (Bu halde tedbir üç yıldan az olamaz); b) Fail hakkında koşullu salıverilme kararının verilmesi; c) Hakkında hâlihazırda güvenlik tedbiri uygulanmayan profesyonel veya itiyadî suçlunun, alışkanlığın veya profesyonelliğin bir tezahürü olan yeni bir suç işlemesi; d) Kanunla belirlenen diğer durumların ortaya çıkması. Bu sayılan hallerde denetimli serbestlik, hâkimin takdirine bağlı olmayıp kanuni olarak verilir ve daima uygulanır. Buna karşılık bir çalışma evine veya zirai koloniye gönderme tedbiri uygulanmakta ise tedbirin bitiminde serbest kalacak kişi hakkında denetimli serbestlik veya iyi hareket teminatına hükmolunması konusunda hâkimin takdir yetkisi¹⁰⁶⁰ bulunmaktadır (Art. 230/2).

Denetimli serbestlik tedbirine maruz bırakılan kişi hakkında kanun birtakım yükümlülükler öngörmüştür. Denetimde bulundurulanan kişi, denetim süresi içinde kendisine yüklenen yükümlülükleri ihlal ederse, hâkim, denetimli serbestliğe ayrıca iyi hareket teminatının ilave edilmesine karar verebilir (Art. 231/1). Suçun vehameti veya tekrarı ya da suçlunun kefaletine riayet etmemesi halinde, hâkim, denetimli serbestlik tedbirini, bir çalışma evine veya zirai koloniye gönderme tedbiri ile değiştirebilir. Bu şartların varlığı ve suçlunun küçük olması halinde denetimli serbestlik tedbiri yerine adli ıslah evine gönderme tedbiri uygulanabilir (Art. 231/2)¹⁰⁶¹.

Kişinin denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması halinde, denetim, genel emniyet makamları tarafından icra edilmektedir. Denetime tabi tutulan kişinin yeni suçlardan kaçınması için tedbire karar veren hâkim tarafından gerekli önlemlerin alınması gerekir. Bu düzenlemelerin tedbir uygulanmaya başlandıktan sonra hâkim tarafından değiştirilmesi veya sınırlandırılması mümkündür. Denetim, kişinin sosyal yaşama adaptasyonunu kolaylaştıracak şekilde çalışmasını sağlamak suretiyle uygulanmalıdır. Bu genel şartları haiz olan denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresi en az bir yıl olarak öngörülmüştür (Art. 228)¹⁰⁶².

2.4.1.1.2.2.2. Belirli Bir Yerde Kalmaktan Yasaklanma

Bu tedbir, failin, işlemiş olduğu suç nedeniyle bir veya birkaç ilçede yahut bir veya birkaç ilde ikamet etmesinin yasaklanmasıdır. Devletin şahsiyetine veya kamu düzenine karşı işlenen yahut siyasi sebeplerden ya da belli bir yerde mevcut olan belirli

¹⁰⁵⁹ Bkz. PISAPIA, s. 178.

¹⁰⁶⁰ Hâkimlerin, takdirine bırakılan alanlarda bu tedbire sıklıkla başvurdıkları konusunda bkz. VASSALLI, s. 515.

¹⁰⁶¹ Bkz. PISAPIA, s. 178.

¹⁰⁶² PISAPIA, s. 178.

sosyal ya da ahlaki koşullardan kaynaklı olarak gerçekleştirilen bir fiilden dolayı suçlu olduğu tespit edilen kişiler hakkında, hâkim kararıyla, belli il veya ilçelerde bulunma yasağı uygulanabilir (Art. 233/1). İkamet yasağının bir yıldan az olmamak üzere uygulanması gerekir (Art. 233/2)¹⁰⁶³. İkamet yasağının muhatap tarafından ihlal edilmesi halinde, tedbir süresi yeni baştan başlayacağı gibi aynı zamanda denetimli serbestlik tedbiri de uygulanabilir (Art. 233/3).

2.4.1.1.2.2.3. Alkollü İçki Satan Yerlere Girmekten Alıkonulma

Bu tedbir, failin, barlardan ve alkollü içki satan halka açık yerlere girmekten men edilmesidir. Alkollü içki satan yerlere girmekten alıkonulma tedbirinin uygulanma süresi kanunda en az bir yıl olarak tespit edilmiştir (Art. 234/1). Bu tedbirin muhatabı, itiyadi sarhoşlar ile itiyadi sarhoşluk nedeniyle işlediği suçtan mahkûm olan kimselerdir. Bu tedbir her halde cezaya ek olarak yani sarhoşluk halinde suç işleyen kişinin cezasının infazından sonra uygulanır (Art. 234/2). Alkollü içki satan yerlere girme yasağının muhatap tarafından ihlal edilmesi halinde, denetimli serbestlik tedbirine veya iyi hareket teminatına başvurulması mümkündür (Art. 234/3).

2.4.1.1.2.2.4. Ülke Dışına Çıkarılma

Bu tedbir, en az iki yıl hapis cezasına mahkûm edilen yabancı suçluların devlet sınırları dışına çıkarılmasıdır (Art. 235/1)¹⁰⁶⁴. Hakkında ülke dışına çıkarma tedbirinin uygulanmasına karar verilen kimsenin, bu tedbirin gereklerine uymaması halinde, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir (Art. 235/2)¹⁰⁶⁵.

Bununla birlikte Özel Göç Kanunu olarak adlandırılan 25 Temmuz 1998 tarihli ve 286 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 15'inci maddesi, bu güvenlik tedbirinin kapsamını, daha az ciddi suçlardan hüküm giymiş olan yabancıları da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Söz konusu düzenleme, iki tür dışlama daha öngörmektedir. Bunlardan ilki, devlet topraklarında yasa dışı bir şekilde bulunan yabancı ülke

¹⁰⁶³ PISAPIA, s. 178.

¹⁰⁶⁴ Krşl. VASSALLI, s. 515. Öğretide İtalyan Anayasası'nın 10'uncu maddesi, ülke dışına çıkarma tedbirinin uygulanma sınırı olarak dikkate alınmaktadır (Bkz. PISAPIA, s. 179). Gerçekten İtalyan AY m. 10/3'te, kendi ülkesinde, İtalyan Anayasası ile güvence altına alınmış olan demokratik özgürlüklerden fiili olarak yararlanmasına izin verilmeyen yabancıların, kanunla belirlenen koşullar çerçevesinde İtalyan Cumhuriyeti topraklarında sığınma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

¹⁰⁶⁵ Maddenin değişiklikten önceki halinde cezanın alt sınırının on yıl olarak tespit edildiği ve ihlalin genel emniyet kanununa göre cezalandırıldığı görölmektedir. Bkz. PISAPIA, s. 178.

vatandaşları hakkında işleri bakanı veya mülki idare amiri tarafından uygulanan idari ihraç, diğeri ise en az iki yıl hapis cezası yerine veya bir alternatif olarak uygulanan ve en az beş yıl süren ihraçtır¹⁰⁶⁶.

2.4.1.1.2.3. Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Şahsi Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK'da şahıs üzerinde uygulanan ve hürriyeti bağlayıcı olmayan güvenlik tedbirleri; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m. 53), denetimli serbestlik (m. 58), yabancılara özgü güvenlik tedbirleri ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri (m. 59) olarak sıralanabilir. Bu tedbirlerde muhatabın hürriyeti bazı hallerde kısmen sınırlansa da onun bir kurumda tedavi altına alınması suretiyle hürriyetinden mahrum edilmesi söz konusu değildir.

2.4.1.1.2.3.1. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

2.4.1.1.2.3.1.1. Genel Olarak

Bir kimsenin, işlediği suç nedeniyle, kanunda belirtilen şartların oluşması halinde, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olarak yine kanunda öngörülen bazı hak veya yetkileri sürekli veya geçici biçimde kullanmasını engelleyen ceza hukukuna özgü hukuki vasıtaya, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (hak yoksunluğu) denir.

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, TCK m. 53'te düzenlenmiştir. Maddede hak yoksunluğunun, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olduğu açıkça vurgulanmıştır. O halde TCK m. 53'te düzenlenen hukuki sonuçların uygulanabilmesi için, sanık hakkında mutlak surette bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş olmalıdır. Ceza mahkûmiyeti dışında bir hüküm türü (salt güvenlik tedbiri uygulanması, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı, beraat ve ret kararları) hak yoksunluğuna yol açmaz.

Madde gerekçesinde, işlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güvenin sarsıldığı; bu nedenle, suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli haklarını kullanmaktan yoksun bırakıldığı ifade edilmektedir. Aynı şekilde madde gerekçesinde, *“Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna*

¹⁰⁶⁶ ORLANDI, s. 610.

göre, suçla bağılı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir” ifadeleri kullanılmıştır. Kanaatimizce kanun koyucu, gerekçede, cezanın amaçları ile – hak yoksunluğu bir tedbir olarak nitelendirildiğine göre- tedbirin amaçlarını karıştırmıştır. Nitekim gerekçede yer verilen amaç, bir pişmanlıktan söz edildiği dikkate alındığında, bireysel caydırma amacıdır; oysa güvenlik tedbirlerinde failin işlediği fiilden pişmanlık duymasını sağlamak gibi bir amaç güdülmez. Bu tedbirlerde nihai amaç failin iyileştirilmesi suretiyle pozitif özel önlemeyi sağlamak, böylece dolaylı olarak toplumu ilerideki muhtemel suçlardan muhafaza ederek sosyal savunmayı gerçekleştirmektir.

Ayrıca hak yoksunluğu tedbirlerinin amacı, sarsılan toplumsal güvenin yeniden yerine gelmesi değildir. Çünkü bu güven, failin kişiliği ile değil toplumla ilgilidir. O halde bu tedbirlerin asıl amacı, suçluya, yaptığıının karşılığı olarak belli bazı hakları kullandırmamak suretiyle onu uslandırmaktır. Dolayısıyla hak yoksunluğu, esasen ihlale önlem değil, ihlale bir tür tepki niteliğindedir. Gelecekte benzer suçlar işlenmesin diye değil; suç işlendiği için uygulanmaktadır. Dolayısıyla aşağıda hukuki nitelik tartışmasında da değinileceği üzere, özünde bunlar cezaya bağılı olan birer cezai tedbir, öyleyse ek (fer’i) ceza niteliğindedir.

2.4.1.1.2.3.1.2. Türleri

Belirli haklardan yoksun bırakılma tedbirinin türleri, TCK m. 53’teki sistematik dikkate alınmak suretiyle üçe ayrılabilir. Hak yoksunluğu, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak infaz sırasında çektirilen genel bir yoksunluk biçiminde (f. 1-4) yahut hak ve yetkilerin kötüye kullanılması nedeniyle (f. 5) veya taksirli suç dolayısıyla (f. 6) infaz sonrasında çektirilen bir yoksunluk biçiminde uygulanabilir.

2.4.1.1.2.3.1.2.1. Ceza Mahkûmiyetinin Kanuni Sonucu Olarak İnfaz Sırasında Hak Yoksunluğu

Bu tür hak yoksunluğu, Kanun’da beş grup altında düzenlenmiştir. Buna göre hak yoksunluğu, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak uygulandığında; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, TBMM üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve

hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan¹⁰⁶⁷, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılmayı kapsar (TCK m. 53/1). Bu hak yoksunluklarının seçilerek uygulanması mümkün değildir. Diğer bir deyişle bu yoksunluklar, birbirine alternatif değil kümülatif yoksunluklardır. Koşulları gerçekleştiğinde hükümlü, TCK m. 53'te sayılan hak ve yetkilerin tümünden yoksun kalır¹⁰⁶⁸. TCK m. 53/1'de sıralanan yoksunluklar, maddede de belirtildiği üzere, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucudur. O halde bunlara kararda ayrıca hükmolunması gerekmez. Keza mahkemenin, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan hak yoksunluklarının ne kadar süreyle uygulanacağını kararda göstermesi de aynı nedenle hukuka aykırıdır.

Hak yoksunluğu tedbirlerinin TCK m. 53'te bu şekilde sıralanması, mahkemenin karar verirken diğer bir yoksunluk türünü belirleyerek uygulamasını engeller¹⁰⁶⁹. Kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı, hak yoksunluğu için de geçerlidir. Bu nedenle TCK m. 53'te sıralanan hak yoksunluklarının, *numerus clausus* ilkesine tabi olduğu açıktır.

Belirli haklardan yoksun bırakılmanın üç temel koşulu vardır. Bunlar; failin suçu kasten (doğrudan veya olası; genel veya özel kastla) işlemiş olması; failin bu suç karşılığında hapis cezasına mahkûm edilmesi (TCK m. 53/1-c.1)¹⁰⁷⁰ ve suçu işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş olmasıdır (TCK m. 53/4). Eğer kısa süreli hapis cezası söz konusu ise ilave bir şart olarak, bu cezanın ertelenmemiş olması da gerekir (TCK m. 53/4). Aşağıda yer verilecek istisnaları saklı kalmak kaydıyla, basit veya bilinçli taksirle

¹⁰⁶⁷ Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yasaklılık uygulanmaz (TCK m. 53/3-c.1).

¹⁰⁶⁸ Aynı yönde bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 623; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 598-599. “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde, hükümlülüğün yasal sonucu olan hak yoksunluklarının seçimlik olmaması sebebiyle 5237 Sayılı Kanun’un 53. maddesinin 1. fıkrasındaki hakların tümünden yoksunluğa hükmedilmesi gerektiği gözetilmeyerek, sadece 53. maddedeki bir kısım haklardan sanığın yoksun bırakılmasına karar verilmiş olması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.17.CD., E. 2016/15184, K. 2017/1989, 22.2.2017).

¹⁰⁶⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 894; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 713. “Gerek 765 Sayılı T.C.K. gerek 5237 Sayılı T.C.K. ve gerekse 5434 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Yasasında, mahkûmiyetin yasal sonucu olarak emekliliğin sonlandırılmasına dair fer’i bir ceza bulunmamaktadır” (YCGK, E. 2011/5-101, K. 2011/139, 21.6.2011).

¹⁰⁷⁰ Bu mahkûmiyetin kesinleşmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 705.

işlenen suçlarda ve sanığın adli para cezasına¹⁰⁷¹ mahkum edildiği hallerde, TCK m. 53/1'deki hak yoksunluğu uygulanmaz.

TCK m. 53/3-c.1'in mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere, hapis cezasının ertelenmesi¹⁰⁷² ve koşullu salıverilme hallerinde de hükümlü hak yoksunluğuna tabi tutulmaktadır. Ancak hakkında erteleme veya koşullu salıverilme kararı verilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri devam eder (TCK m. 53/3-c.1). Cümlede yer verilen “uygulanmaz” ibaresinden anlaşıldığı üzere, mahkemenin velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerinin devam edip etmemesi açısından takdir yetkisi yoktur. Ayrıca mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılma şeklindeki hukuki sonucun uygulanmaması mümkündür (TCK m. 53/3-c.2). Maddede geçen “verilebilir” ibaresinden anlaşıldığı üzere, ilk cümleden farklı olarak, mahkemenin bu halde hak yoksunluğuna karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi vardır.

Bir kimsenin birden fazla suç işlemesi halinde, TCK'da cezaların içtimai sistemi öngörülmediği için, her bir suç için hak yoksunluklarının ayrı ayrı uygulanması gerekir¹⁰⁷³. Sanık kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum edilmiş fakat hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ise, bu kez TCK m. 53/1'de gösterilen hak yoksunlukları uygulama alanı bulmaz. Çünkü geri bırakma kararı, sanık aleyhine bir sonuç doğurmaz¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ Kısa süreli hapis cezası, seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilmişse, uygulamada asıl mahkûmiyet adli para cezası olacağı için (TCK m. 50/5); keza adli para cezasının hapse çevrilmiş olması halinde hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezası olacağı için (CGTİHK m. 106/9) bu hallerde de hak yoksunluğu uygulanamaz.

¹⁰⁷² Belirtelim ki, hapis cezasının ertelenmesi için gereken şartlardan biri, sanığın gelecekte yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkemede bir kanaatin oluşmasıdır (TCK m. 51/1-b). Bir yandan suç işlemeyeceğine kanaat getirilen ve dolayısıyla tehlikeli olmadığı da tespit edilen kişinin diğer yandan haklarını kullanmaktan yoksun bırakılması ve -güvenlik tedbirleri tehlikelilik esasına dayandığına göre- tehlikeli olduğunun kabul edilmesi, öğretide isabetli olarak eleştirilmektedir. Bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 196.

¹⁰⁷³ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 705; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 531, kn. 925. “TCK'nin 53. maddesinin, her bir suç için ayrı ayrı uygulanması gerekirken, sanık ... için 3 ayrı cezalandırmadan, sanık ... için de 2 ayrı cezalandırmadan sonra sadece bir kez uygulanması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.CD., E. 2017/12616, K. 2018/9688, 24.5.2018).

¹⁰⁷⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 530, kn. 925; AKBULUT, s. 790. Bu halde tedbir süresinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve tedbir kararının kesinleşmesi ile birlikte işlemeye başlayacağı görüşü için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 898.

2.4.1.1.2.3.1.2.2. Hak ve Yetkilerin Kötüye Kullanılması Nedeniyle İnfaz Sonrasında Hak Yoksunluğu

TCK m. 53/1’de sayılan ve yukarıda gösterilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar¹⁰⁷⁵ dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir¹⁰⁷⁶. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/5)¹⁰⁷⁷. Bu fıkra da sayılan hak yoksunluğu ise mahkemenin cezaya ek olarak ayrıca karar vermesini gerektirir. Diğer deyişle, TCK m. 53/5 gereğince uygulanacak yoksunluklar, kendiliğinden (kararda gösterilmeksizin) uygulanmaz. Açık bir hüküm arandığına göre, bu durum, TCK m. 53/5 uyarınca uygulanacak tedbirleri, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olmaktan çıkarır. Ne var ki, fıkra da “verilir” sözcüğü kullanıldığına göre, koşulları oluştuğunda mahkeme hak yoksunluğu kararı vermek zorundadır. Bu konuda takdir yetkisi yoktur.

Burada TCK m. 53/1’den farklı olarak, hak ve yetki ile suç arasında nedensel bir ilişkinin varlığı aranmıştır. Bu nedenle hangi hak ve yetki kötüye kullanılarak suç işlenmişse, yalnız onun yasaklanmasına karar verilmelidir. Kötüye kullanılmayan hak ve yetkinin yasaklanması hukuka aykırı olur¹⁰⁷⁸. Yasaklama kararında hangi hak ve

¹⁰⁷⁵ Kanunda bu suçların kasten işlenmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir hüküm sevk edilmemiştir. Öğretide baskın görüş, TCK m. 53/6’da taksirle ilgili düzenlemenin açıkça yapılmasından hareketle, TCK m. 53/5 gereği uygulanacak tedbirlerin ancak kasten işlenen suçlar için mümkün olduğunu düşünmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 795; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 621.

¹⁰⁷⁶ Bu yoksunluk türünün, fiili işlediği esnada on sekiz yaşını doldurmamış olanlar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, tedbirin uygulanacağı kanaatindedir. Bkz. AKSAN, Murat, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007, s. 317. Diğer bir görüş ise, TCK m. 53/1’deki genel düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, tedbirin uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 797.

¹⁰⁷⁷ TCK m. 53/1’de öngörülen hak yoksunluğu ile TCK m. 53/5’te öngörülen hak yoksunluğu arasındaki farklar için bkz. YCGK, E. 2011/5-104, K. 2011/183, 20.9.2011.

¹⁰⁷⁸ Aynı yönde bkz. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 481; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 96; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 533, kn. 933; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 625; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 600; HAKERİ, s. 680; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 187.

yetkinin kötüye kullanıldığı açıkça yer almalıdır¹⁰⁷⁹. Ayrıca yine TCK m. 53/1'den farklı olarak, TCK m. 53/6'daki tedbirler, kümülatif değil alternatif olarak uygulanır. Yani mahkeme bu tedbirlerden yalnız birine karar vermek zorundadır; bunları toplayarak uygulayamaz¹⁰⁸⁰.

2.4.1.1.2.3.1.2.3. Taksirli Suçlardan Dolayı İnfaz Sonrasında Hak Yoksunluğu

Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/6). Maddedeki “verilebilir” ibaresinden anlaşıldığı üzere, taksirli suçlarda hak yoksunluğuna hükmedip hükmetmeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Mahkeme bu takdir yetkisini kullanıp kullanmadığını, denetim muhakemesine olanak tanımak açısından, hükümde açıkça ortaya koymalıdır. Dolayısıyla TCK m. 53/5'te olduğu gibi TCK m. 53/6'da yer verilen yoksunluklar da mahkemenin ayrıca vereceği bir kararı gerektirdiği için ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak değerlendirilemez.

Mahkemenin taksirli suçlarda hak yoksunluğu uygulayıp uygulamama konusundaki takdir yetkisi, tedbirin süresini belirleme konusunda da geçerlidir. Mahkeme, üç ay ve üç yıllık süreler arasında taksirin türü ve kusurun ağırlığını dikkate almak suretiyle net bir belirleme yapacaktır¹⁰⁸¹.

Bu fıkra özelinde, hak yoksunluğunun TCK m. 53/1'deki iki temel şartından söz etme olanağı yoktur. Nitekim bu halde kasten işlenen bir suç bulunmadığı gibi, hapis cezasına mahkûmiyet koşulu da aranmamıştır. Sanık, basit veya bilinçli taksirle bir suç işlemiş olabileceği gibi, hapis veya adli para cezasına mahkûm edilmiş de olabilir. Ayrıca taksirli suçlarda yasaklanacak haklar, meslek ve sanatın icrası ile sürücü

¹⁰⁷⁹ “TCK'nın 53/5. maddesinin uygulanması sırasında, aynı maddenin 1. fıkrasındaki hangi hak ve yetkinin kötüye kullanılarak yasaklandığının gösterilmemesi suretiyle infazda tereddüde neden olunması, kanuna aykırıdır” (Y.5.CD., E. 2014/1395, K. 2014/5329, 13.5.2014).

¹⁰⁸⁰ “...fıkranın açık düzenlemesinden de anlaşılabileceği üzere, meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin tedbirlerden ancak birine karar verilebilecektir. İki tedbire birlikte hükmolunması kanunun açık hükmüne ve kanun koyucunun muradına aykırı olacaktır” (YCGK, E. 2014/12-89, K. 2014/226, 29.4.2014).

¹⁰⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 482; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 96. Krşl. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 197.

belgesinin kullanılmasından ibarettir. Bunlar dışında TCK m. 53/1’de yer verilen herhangi bir haktan yoksunluk söz konusu değildir.

TCK m. 53/6 uyarınca yoksunluk kararı verilebilmesi için failin suçtaki taksiri ile yasaklanan hak arasında nedensellik bağı bulunmalıdır¹⁰⁸².

Sanık, taksirli suçtan dolayı mahkum edilmiş fakat hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ise, TCK m. 53/6’da gösterilen hak yoksunlukları uygulama alanı bulmaz. Çünkü bu halde kesinleşen bir mahkûmiyetten ve infaz edilmiş bir cezadan söz etmek mümkün değildir¹⁰⁸³.

2.4.1.1.2.3.1.3. Hukuki Niteliği

Hak yoksunluğu, 765 sayılı TCK’da fer’i ceza olarak düzenlenmiş, 5237 sayılı TCK’da ise güvenlik tedbirleri başlığı altında kaleme alınmıştır. Öğretide ise hak yoksunluklarının hukuki niteliği konusunda görüş ayrılığı vardır¹⁰⁸⁴. Bir görüş, bunların birer güvenlik tedbiri olduğu kanısındadır¹⁰⁸⁵. Kanun’daki düzenlemeden hareketle, doğal olarak Yargıtay da aynı görüştedir¹⁰⁸⁶. Hak yoksunluğu TCK m. 53’te bir “güvenlik tedbiri” olarak öngörülmesine karşın öğretide birçok yazar, bu yoksunluğu bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirmemektedir. Bunun gerekçesi, TCK m. 53’ün içeriği

¹⁰⁸² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 897.

¹⁰⁸³ İÇEL, Ceza Hukuku, s. 625. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53/6. maddesinde sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin kararın hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe gireceği ve süresinin cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlayacağı hususunun yer aldığı, mahkemece verilen mahkûmiyet kararı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulandığı, dolayısıyla açıklanmış ve kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığından sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin tedbirin ancak hükmün açıklanmasından sonra kararın kesinleşmesiyle yürürlüğe gireceği, mahkûmiyet hükmü açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında uygulanan sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin güvenlik tedbirinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekeceği...” (Y.9.CD., E. 2009/13556, K. 2009/10454, 21.10.2009).

¹⁰⁸⁴ İtalyan CK (Art. 28-38), ister kamu hizmetinde bulunmaktan sürekli veya geçici yasaklılık yahut bir meslek veya sanattan yasaklılık şeklinde isterse velayet hakkından ya da belirli faaliyetlerde bulunmaktan yasaklılık şeklinde ortaya çıkmış olsun, hak yoksunluklarını “fer’i cezalar (*pene accessorie*)” içerisinde düzenlemekle, bunların hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olmadığını kabul etmiştir. İtalyan öğretisinde ise bazı yazarlar bunların güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Cernelutti’ye göre hak yoksunluklarını “yasaklayıcı tedbirler” olarak nitелеmek mümkün iken Vassalli’ye göre bunların yerine göre fer’i ceza veya güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına müsaade edilmelidir. Bkz. VASSALLI, s. 518.

¹⁰⁸⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 894. Erteleme ve koşullu salıverilme hallerinde hak yoksunluğunun uygulanmamasının güvenlik tedbiri niteliğinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. ZAFER, Ceza Hukuku, s. 599.

¹⁰⁸⁶ Bkz. YCGK, E. 2006/11-301, K. 2006/296, 12.12.2006. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme’nin TCK m. 53’te düzenlenen hak yoksunluğunu “ek - fer’i ceza” olarak nitelendirdiği kararları da vardır: “765 sayılı Yasanın 20, 25, 31,33, 34 ve 35. maddelerinde düzenlenen hak mahrumiyetleri ‘Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma’ başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olup, esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ek-fer’i ceza niteliğini taşımaktadır” (YCGK, E. 2006/9-13, K. 2006/16, 14.2.2006; E. 2006/3-207, K. 2006/207, 10.10.2006; E. 2006/9-55, K. 2006/115, 11.4.2006; E. 2006/9-52, K. 2006/96, 4.4.2006).

ve şartlarının güvenlik tedbirlerinin özelliklerini taşımasıdır¹⁰⁸⁷. Öğretide bir görüşe göre, maddede düzenlenen hukuki sonuçların birçoğu tedbir olmayıp hukuki nitelik itibarıyla “mahkûmiyetin yasal sonucu” özelliği göstermektedir. Bu nedenle kanun koyucu mahkûmiyetin sonuçları ile tedbirleri karıştırmıştır¹⁰⁸⁸. Mahkûmiyetin yasal sonucu olan ve ihlale tepki olarak uygulanan bu yoksunluklar, bir görüşe göre, geri alınamamalarından ve değiştirilememelerinden de anlaşılacağı üzere birer “fer’i ceza” niteliğindedir¹⁰⁸⁹. Benzer yönde bir başka görüş, bu kanuni sonuçların birer “ek ceza” niteliğinde olduğu kanaatindedir¹⁰⁹⁰. Bir diğer görüş, bunların güvenlik tedbiri olmamakla birlikte, “cezanın sonucu” veya “ceza tedbiri” olarak nitelendirilebileceği kanısındadır¹⁰⁹¹. Bir başka görüş, güvenlik tedbirlerinin uygulanma esasının tehlikelilik olduğunu, oysa hak yoksunluğunun kusur esasına dayandığını, bunlar açısından bir tehlike değerlendirmesi yoluna gidilmediğini belirtmektedir. Ayrıca bu yoksunluklar, mahkeme kararı gerekmeksizin kendiliğinden uygulandıkları –oysa ceza olabilmesi için hükme ihtiyaç bulunduğu- için ceza¹⁰⁹² olarak da nitelenemez. Dolayısıyla tam bir ceza veya tedbir olarak nitelenemeyecek bu yoksunlukları “ceza mahkûmiyetinin fer’i sonucu” olarak dikkate almak mümkündür¹⁰⁹³. Bu görüşün aksine, buradaki tehlikeliliğin sadece kusur yeteneği bulunan kimselere ait olmak zorunda olmadığı, hakkında ceza mahkûmiyeti hükmü kurulan bir kimsenin sosyal açıdan tehlikeliliğinin diğer insanlara göre daha fazla olduğu ve dolayısıyla bu tedbirlerin de tehlike esasına dayandığı fikri de ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁴. Cezanın ve tedbirin amaçlarından yola çıkan bir başka görüş, tedbirlerde iyileştirme amacının esas alındığını, tedavi ve iyileştirmeden söz edilemeyecek bu yoksunluklarda uslandırmadan ziyade ihlale tepki niteliğinin ağır bastığını, bu nedenle TCK m. 53/1’deki yoksunlukların “cezanın fer’i

¹⁰⁸⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 608; ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 78.

¹⁰⁸⁸ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 475-476; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 93; CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 360, 366; ARTUK/ÇINAR, s. 78; DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007, s. 86

¹⁰⁸⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 475-476; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 93; NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 196. Benzer yönde bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 577.

¹⁰⁹⁰ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 529, kn. 925; DEMİRBAŞ, s. 636.

¹⁰⁹¹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 700; CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 360.

¹⁰⁹² Hak yoksunluklarının birer tedbir veya fer’i ceza değil, doğrudan doğruya “ceza yaptırımı” olduğu görüşü için bkz. KİREMİT, Yunus, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No. 10, İstanbul, 2008, s. 217-218.

¹⁰⁹³ TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme, CHD, (4), Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 173, 175.

¹⁰⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 614; AKBULUT, s. 787.

sonucu” olarak nitelendirilmesi gerektiğini düşünmektedir¹⁰⁹⁵. Hukuki niteliğin belirlenmesinde hak yoksunluğunun türü ve uygulama alanı/gerekçesi önem taşır. Örneğin öğretide bir görüşe göre, meslek ve sanatın icrasının yasaklanması, bir “yasal ek yaptırım” (m. 53/1-4) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi bir “zorunlu ek yaptırım” (m. 53/5) veya bir “takdiri ek yaptırım” (m. 53/6) şeklinde belirebilir¹⁰⁹⁶.

Öğretide *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesi farkına yer verirken, TCK m. 53’te düzenlenen hak yoksunluğunun, “suç işlediği sabit olan kişiye suçu işlediği için uygulandığı” gerekçesiyle bir güvenlik tedbiri sayılamayacağını, aksine sözü edilen maddede sıralananların birer “ceza türü” olduğunu kabul etmektedir. Bu kabulün muhakeme hukuku bakımından olağan sonucu, hak yoksunluğu muhakemesi adı altında kendine özgü bir muhakeme türünün bulunamayacağıdır¹⁰⁹⁷. TCK m. 53’te yer verilen ve kanunda “tedbir” olarak adlandırılan “ekleme cezalar”, nihayetinde hukuki nitelik itibarıyla ceza olduklarından, bunların teknik anlamda ceza muhakemesinden ayrılmasını ve güvenlik tedbiri muhakemesi başlığında ele alınmasını gerektirecek bir sebep yoktur¹⁰⁹⁸.

Gerçekten sanığa “suç işlediği için” uygulanan bir hukuki netice, hukuki nitelik olarak bir güvenlik tedbiri olamaz. Güvenlik tedbirinden söz edilebilmesi, onun “bir daha suç işlenmemesi” veya daha doğru ifadeyle “suçta tekerrüre düşülmemesi” için ihdas edilmiş olmasını ve bu önleme faaliyetinin iyileştirme ve rehabilitasyon yoluyla uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle kanaatimizce de TCK m. 53/1-4’te düzenlenen hak yoksunluğu, bir güvenlik tedbiri olmaktan çok “ceza karakteri ağır basan bir cezai tedbir” olarak değerlendirilebilir. Bunun yukarıda yer verilenler dışında, ilk nedeni, hak yoksunluğunun amacında yer almaktadır. Gerçekten bu hukuki sonucun amacı, failin hükümlü olduğu süre boyunca belirlenen haklardan faydalanamamasıdır. Ne var ki bu yoksunluk, bir tehlikelilikten kaynaklanmadığı gibi, mahkemenin yapacağı bir tehlike değerlendirmesini de şart koşturmamaktadır. Hak yoksunluğunu Alman hukukundaki sürücü belgesinin iptali ve meslek icrası yasağı tedbirleri ile kıyaslayarak bunların birer güvenlik tedbiri olduğu sonucunu da ulaşılamaz. Nitekim Alman hukukunda adı geçen tedbirler için toplum açısından geleceğe yönelik tehlikelilik şartı arandığı gibi, bunlar otomatik olarak uygulanan tedbirler olmayıp mahkemenin yerine göre elverişlilik (ehliyet) ve tehlikelilik konusunda prognostik araştırmada bulunmasını gerektirir (StGB

¹⁰⁹⁵ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1222-1223.

¹⁰⁹⁶ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 708-709.

¹⁰⁹⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1570.

¹⁰⁹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1570.

§§ 69-70). Buradan hareketle, TCK m. 53/1-4’te düzenlenen hak yoksunluklarının, temel cezaya ilaveten uygulanan bir tür “ek ceza” olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Bununla birlikte TCK m. 53/5’te düzenlenen ve hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda hak yoksunluğu, bu hak ve yetkileri kötüye kullanarak suç işleyen failin ileriye dönük tehlikeliliğini gidermeye çalışmaktadır¹⁰⁹⁹. Ayrıca burada uygulanacak tedbirler, mahkûmiyetin kendiliğinden uygulanan sonuçları değil, mahkemenin hak ve yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı yönündeki değerlendirmesine göre ayrıca hükmedilmesi gereken hukuki sonuçlardır. Buradan hareketle, TCK m. 53/5 kapsamında uygulanan tedbirlerin hukuki nitelik itibarıyla “güvenlik tedbiri karakteri ağır basan bir cezai tedbir” olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilir¹¹⁰⁰. Benzer bir durum TCK m. 53/6’da düzenlenen ve taksirli suçlarda uygulanan hak yoksunluğu için de geçerlidir. Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceğini düzenlemekle, kanun, kendiliğinden uygulanması gereken bir fer’i cezaya değil, mahkemenin kanaatine göre takdir edilecek olan ve güvenlik tedbiri özelliği taşıyan bir cezai tedbire yer vermiş olmaktadır. Keza TCK m. 53/3-c.2’de yer alan “*Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir*” ifadesinden hareketle, bu kimsenin, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılıp bırakılmayacağını değerlendirmek mahkemeye aittir. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Dolayısıyla bu ihtimal açısından da sözü edilen cezai tedbirin yine güvenlik tedbiri karakterinin baskın olduğu söylenebilir. Sayılan her üç halde de mahkeme, TCK m. 53/1’den farklı olarak, tedbir uygulayıp uygulamama konusunda bir değerlendirme yapmakta; öyleyse yargısal bir faaliyette bulunmaktadır.

¹⁰⁹⁹ TURHAN, s. 183. TCK m. 53’te failin tehlikeliliğini önlemeye yönelik tek fıkranın bu olduğu yönünde bkz. ARTUK/ÇINAR, s. 77.

¹¹⁰⁰ Benzer yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 480, 481; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 95; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 898; ÇOLAK/ALTUN, s. 12. Tedbire hükmetme zorunluluğu nedeniyle buradaki hukuki sonucun da ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan bir “zorunlu ek yaptırım” niteliğinde olduğu görüşü için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 705. Fail tarafından işlenmiş kusurlu fiilin varlığını aradığı için bu tedbirin de güvenlik tedbirlerinin tüm özelliklerini taşımadığı görüşü için bkz. TURHAN, s. 183.

2.4.1.1.2.3.2. Denetimli Serbestlik

2.4.1.1.2.3.2.1. Genel Olarak

Denetimli serbestlik, Türk ceza mevzuatının çeşitli hükümlerinde bazen bir infaz rejimi bazen bir tedbir bazen de kendine özgü bir kurum olarak yer alsa da TCK m. 58’de (f. 6-9) güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu tedbir madde başlığında kullanılmamış, tedbire madde içeriğinde yer verilmiştir. Madde başlığı ise “suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular” biçiminde kaleme alınmıştır. Dikkat edilecek olursa, TCK m. 53-60 arasında yer verilen diğer maddeler güvenlik tedbirlerinin türünü, 58’inci madde ise tedbirin uygulanma gerekçesini ve muhatabını (f. 1-5) ön plana çıkaracak şekilde kaleme alınmıştır. Oysa tekrür ve tehlikelilik bir tedbir olamayacağına göre, güvenlik tedbiri olarak düşünülen, tekrür değil, tekrürün veya özel tehlikeliliğin neticesi olan denetimli serbestliktir. Kanaatimizce bu tercih, Kanun’un güvenlik tedbirleri sistematigini bozmaktadır. Olması gereken hukuk açısından TCK m. 58’in başlığının “denetimli serbestlik” olarak tespit edilmesi, tekrür ve özel tehlikeli suçluluk hallerinin ise ya atıf normu olarak ya da devam eden maddeler biçiminde düzenlenmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Denetimli serbestliğin tanımına kanunda yer verilmemiştir. Bu yönde bir tanım, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nde yer almaktadır. Buna göre, denetimli serbestlik, “şüpheli, sanık veya hükümlünün toplum içinde denetim ve takibinin yapıldığı, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için ihtiyaç duyulan her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı alternatif bir ceza ve infaz sistemini” ifade eder (m. 4/1-f). Öğretide bu tedbir, “özel biçimde seçilmiş suçlular hakkında kamu davası açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılması ve özgür bırakılan sanık hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir denetleme ve yönlendirme sisteminin uygulanması” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁰¹. Bir diğer tanıma göre, denetimli serbestlik, hal ve gidişatın gözetim altında bulundurulmasıdır¹¹⁰². Belirtmek gerekir ki, bu tanımların tümü geniş anlamdadır. Diğer deyişle bu tanımlar, denetimli serbestliğin tüm ortaya çıkış biçimlerini ilgilendirmektedir. Nitekim mevzuatımızda suçlunun farklı aşamalarda denetim altına

¹¹⁰¹ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1997, s. 5, kn. 1647.

¹¹⁰² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 713; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 610.

alınmasını gerektiren birçok hüküm¹¹⁰³ sevk edilmiştir. Ancak bir güvenlik tedbiri olarak TCK m. 58'deki düzenleme, münhasıran mükerrirleri ve özel tehlikeli suçluları muhatap kabul etmektedir. Ayrıca TCK m. 58'deki tedbirin, soruşturmayı ve kovuşturmayı değil doğrudan cezayı (infazı) hedef aldığı fark edilmektedir. Bu nedenle TCK özelinde bu tedbirin, mevzuatta dağınık halde bulunan diğer denetimli serbestlik hallerinin birçoğundan farklı olarak, kovuşturma evresinden sonraki aşamaya özgü olduğu, böylece şüpheli ve sanık hakkında değil hükümlü hakkında uygulanmak üzere kaleme alındığı görülmektedir. Bu nedenle denetimli serbestlik tedbiri, maddi ceza hukuku özelinde, “ister tekerrür şeklinde ister itiyadi, mesleki veya örgütlü suçluluk biçiminde ortaya çıkmış olsun, birden fazla kez suç işlediği tespit edilen kişinin ortaya koyduğu toplumsal tehlikeliliğin denetlenmesi amacıyla cezanın infazından sonra uygulanan, hürriyeti ortadan kaldırmamakla birlikte tehlikeli suçlunun hal ve gidişinin bir müddet kontrol altında tutulmasını ve onun çeşitli yükümlülükler altına sokulması suretiyle ıslahını ve topluma yeniden adapte edilmesini amaçlayan kişisel güvenlik tedbiri” şeklinde tanımlanabilir.

TCK m. 58'de düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri, bir yasal varsayımdan hareket etmektedir. Bu varsayım, esasen ceza yaptırımına mahkum edilmiş olduğu halde, tehlikeli halin, mükerrirler ve özel tehlikeli olduğu kanunen kabul edilen kişiler açısından bu mahkûmiyetin infazından sonra da en azından belli bir süre devam edeceği yönündeki bir tahmindir. Denetimli serbestlik tedbirinin amacı, sözü edilen varsayımsal tehlikeyi denetleyerek, suçlunun topluma karışması sürecini normalleştirmektir.

2.4.1.1.2.3.2.2. Koşulları (Uygulanma gerekçeleri) (Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçluluk)

2.4.1.1.2.3.2.2.1. Tekerrür

Tekerrür, 765 sayılı TCK'da cezayı artıran bir neden olarak kabul edilmesine karşın, 5237 sayılı TCK'da infaz rejimini etkileyen ve güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir¹¹⁰⁴.

¹¹⁰³ Mevzuattaki düzenlemelerin detaylı bir incelemesi için bkz. YAVUZ, Hakan A., Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara, 2011, s. 249 vd. Bu düzenlemeler, denetimli serbestliğin tamamlayıcı özelliğini ortaya koymaktadır. Bkz. ÖZGENÇ, s. 886; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 658; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 610; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 959.

¹¹⁰⁴ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 492-493; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 102; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 552, kn. 976; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 609. Tekerrür, bir güvenlik

Tekerrür, failin bir suçu işledikten sonra, buna ilişkin kesinleşme anından itibaren belli süreler içinde, kanunda bu kurumun uygulanmayacağı öngörülen suçlar dışında kalan yeni bir suçu işlemesi durumudur. Nitekim önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır (TCK m. 58/1-c.1). Dolayısıyla hüküm kesinleşmeden önce işlenen suçlar birden fazla olsa da tekerrüre esas alınmaz¹¹⁰⁵. Kanunda açık düzenleme olmamakla birlikte, TCK m. 58/1’de cezadan ve 58/2’de cezanın infazından bahsedildiğine göre, önceki suçtan dolayı verilen hüküm, mutlaka ceza mahkûmiyetine ilişkin olmalıdır. Dolayısıyla önceki karar salt güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin ise tekerrüre esas alınmaz¹¹⁰⁶.

Tekerrür açısından hiç olmazsa bir suçtan dolayı hüküm verilmesi, bu hükmün kesinleşmesi, kesinleşmeden sonra yeni bir suç işlenmesi gerekir¹¹⁰⁷. Yeni suçun işlendiğini tespit eden hükmün kesinleşmesi şartı aranmamıştır. Ancak suçun işlendiğini tespit mahkeme kararı gerektirdiğine göre, kararın verilmiş olması şarttır. İşlenen suçun yeni olması, yani önceki mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra işlenmesi yeterlidir. Bu yeni suçun türü, niteliği, niceliği ve kendisine bağlanan hukuki sonuç, kanunda gösterilen istisnalar saklı kalmak kaydıyla, kural olarak önem taşımaz.

Tekerrür için önceki suça ilişkin cezanın infaz edilmiş olması gerekmez (TCK m. 58/1-c.2). Kanunda bu kurumun uygulanması belli bir süreye bağlanmıştır. Buna göre, tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı; beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl; beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz

tedbiri değil, cezanın özel biçimde infaz edilmesini gerektiren bir kurumdur. Bunun en önemli gerekçesi, TCK m. 7/3’te zaman bakımından uygulama konusunda tekerrürün güvenlik tedbirlerinden ayrı değerlendirilmesidir (ÖZTÜRK/ERDEM, s. 543-544, kn. 961; DEMİRBAŞ, s. 650-651). Tekerrürün, bir ceza yaptırımı olmadığı gibi bir güvenlik tedbiri de olmadığı, güvenlik tedbiri uygulanacak süjenin mükerrirler olduğu isabetli olarak ifade edilmektedir. Bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 201; benzer yönde bkz. KİREMİT, s. 218. Tekerrürün 5237 sayılı TCK gereği bir güvenlik tedbiri olduğu hakkında bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 610; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 634.

¹¹⁰⁵ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 493; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 103; HAKERİ, s. 696; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 549, kn. 970.

¹¹⁰⁶ Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 922-923; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 611; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 635-636; DEMİRBAŞ, s. 654; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 643; AKBULUT, s. 814; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 975.

¹¹⁰⁷ Suçun işlenmesinden kasıt, tamamlanması değildir. Önceki veya sonraki suç, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suç olabilir (ÖZTÜRK/ERDEM, s. 550, kn. 973; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 646; HAKERİ, s. 697; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 612; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 637; AKBULUT, s. 814).

(TCK m. 58/2)¹¹⁰⁸. Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur (TCK m. 58/3)¹¹⁰⁹. Normun kesin ifadesi gereği, mahkemenin adli para cezasına hükmetme konusunda tercih hakkı yoktur.

Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz (TCK m. 58/4). Ayrıca fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz (TCK m. 58/5). Aynı şekilde öğretide genel af, ön ödeme, uzlaştırma, şikayetten vazgeçme ve feragat, dava zamanaşımı, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumlarında önceki suçun tekerrürüne esas alınmayacağı; buna karşılık özel af, koşullu salıverilme, erteleme ve ceza zamanaşımı durumlarında önceki suçun tekerrüre esas alınacağı kabul edilmektedir¹¹¹⁰.

2.4.1.1.2.3.2.2.2. Özel Tehlikeli Suçluluk

Kanun koyucu, “özel tehlikeli suçlular” kavramını¹¹¹¹ yalnızca TCK m. 58’in başlığında kullanmış; madde içeriğinde ve kanunun başka bir normunda bu kavramı ayrıca zikretmemiştir. Bu durum, kanun koyucunun zımni iradesinin ortaya konulmasını

¹¹⁰⁸ Tekerrür için önceki cezanın infaz edilmesi şart değil ise de tekerrür süresinin başlayabilmesi için infaz şarttır (ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 613; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 638; ÇOLAK/ALTUN, s. 19). Birden fazla kesinleşmiş mahkûmiyeti bulunan kişi hakkında tekerrür süresi, en ağır ceza mahkûmiyetine göre belirlenir (İÇEL, Ceza Hukuku, s. 646). Öğretide sürelerin infazla başlaması eleştirilmekte; mükerrirler arasında eşitliğin sağlanması adına sürelerin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi anında başlatılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 103.

¹¹⁰⁹ Bu durumun, 5237 sayılı TCK’nın tekerrürü kısmen cezayı ağırlaştırıcı neden olarak gördüğünün göstergesini teşkil ettiği hususunda bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 647. Söz konusu düzenlemenin cezanın bireyselleştirilmesine aykırı olduğu görüşü için bkz. YÜCEL, Mustafa Tören, “TCK Tasarısı Üzerine Notlar”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ed. ERGÜL, Teoman, TBB Yayınları No. 71, Ankara, 2004, s. 132. Cezanın bu şekilde tespitinin güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmesinin isabetli olmadığı hakkında bkz. CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 366-367.

¹¹¹⁰ Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 547-548, kn. 967-968; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 645; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 924 vd.; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 611; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 636; HAKERİ, s. 696; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 349-351; AKBULUT, s. 814; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 643-645; DEMİRBAŞ, s. 654-655.

¹¹¹¹ Bu kavram ilk kez 5237 sayılı TCK ile birlikte hukukumuzda girmiştir (ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 614; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s.641).

gerektirir. TCK m. 58'in başlığı "tekerrür ve özel tehlikeli suçlular" olduğuna ve maddenin ilk sekiz fıkrasında tekerrürden söz edildiğine göre, özel tehlikeli suçlular, bunun dışında kalan ve dokuzuncu fıkra düzenlen "itiyadi suçlu", "suçu meslek edinen kişi" ve "örgüt mensubu suçlu" olmaktadır. Olması gereken hukuk açısından bu yönde açık bir hüküm sevk edilmesi ve özel tehlikeli suçlunun TCK'nın tanımlar başlıklı 6'ncı maddesinde yer alması gerektiği düşüncesindeyiz.

Özel tehlikeli suçlular, şekli bakımından itiyadi suçlu, mesleki suçlu ve örgütlü suçluyu ifade etmektedir. Bu tür suçlular TCK'da (m. 6/h, i, j) tanımlanmıştır: İtiyadi suçlu, kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişiyi; suç meslek edinen kişi, kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişiyi; örgüt mensubu suçlu ise bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişiyi¹¹¹² ifade eder.

Özel tehlikeli suçluların alelade suçlulardan farkı, bunların, kanun koyucu tarafından tehlike halinin yoğun olduğunun kabul edilmesidir. Bunun nedeni, sözü edilen kişilerin suç işlemeye olan eğilimlerinin diğer kişilere göre daha fazla olmasıdır¹¹¹³. Dolayısıyla özel tehlikeli suçlular esasen "diğerlerinden daha (yoğun) tehlikeli suçlular"ı ifade etmektedir.

İtiyadi suçlu ile mesleki suçlunun birden fazla suç işlemesi gerektiği için bunlar çoğu kez zaten mükerrir suçludur. Örgüt mensubu suçlunun ise mükerrir olması gerekmez; her halde bu kişiler salt örgüt mensubu olması nedeniyle denetime tabidir¹¹¹⁴.

Özel tehlikeli suçluların tümünün farklı bir hukuki sonuçlar sistemine tabi tutulması, bunların sergilediği tehlikenin yoğunluğu gereğidir. Bu yoğun tehlike hali, söz konusu suçlulara, geçmişte işlenen fiillere tepki olarak daha ağır cezaların verilmesini değil, bu tür suçluların iyileştirilmesini, sosyalleştirilmesini ve bu amaçların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için denetlenmesini gerektirir.

¹¹¹² Örgüt mensubu suçlu kavramı içine evleviyetle terör örgütlerine mensup olan suçlular da dâhildir. Terör suçlarından dolayı mahkûm olanlar hakkında CGTİHK'nın 107/4 ve 108'inci maddeleri tatbik edilir (TMK m. 17/1). Terör suçlarından mahkûm olanların terör örgütüne mensup olmaları gerekmez. Terör örgütüne mensup olanlarla birlikte, terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler (TMK m. 2) de denetimli serbestlik tedbirinin muhatabıdır.

¹¹¹³ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 614; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 641; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1347-1348.

¹¹¹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 495; HAFIZOĞULLARI, "5237", s. 104; DEMİRBAŞ, s. 649. Bu nedenle öğretilde kanun koyucu tarafından örgüt mensubu kişilerin itiyadi ve mesleki suçlulardan daha tehlikeli olduğunun kabul edildiği ileri sürülmektedir. Çünkü ilk iki grupta yer alan suçluların mutlaka birden fazla suç işlemiş olması aranırken, örgütlü suçlularda bu şart aranmaz (MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1352).

2.4.1.1.2.3.2.2.3. Tekerrür ve Özel Tehlikeliliğe Dayanan Denetim Tedbiri

Tekerrür ve özel tehlikeli suçluluk, suç işlemeye meyilli olan kimselerin teşkil ettiği tehlike halini artırmakta, bu tehlikeli hal ise sözü edilen suçluların topluma uyum sağlamasını diğerlerine nazaran zorlaştırmaktadır. Bu zorluğu aşmak üzere tehlikeli suçlunun tabi tutulduğu tedbir, denetimli serbestliktir. Nitekim tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (TCK m. 58/6). Tekerrür ve özel tehlikeli suçluluğun uygulanma koşulları sağlanmamışsa, TCK m. 58'deki denetimli serbestliğin uygulanması mümkün değildir.

Denetimli serbestlik tedbirinin gerekçesi olarak hükmolunan bu cezanın “hürriyeti bağlayıcı ceza” olması gerekir¹¹¹⁵. Tekerrürün koşulları gerçekleşmişse, mükerrirler hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi zorunludur. Kanun “uygulanır” ibaresiyle, mahkemeye bir takdir yetkisi tanımadığını vurgulamıştır. Buna karşılık denetim süresi içinde hükümlüye yükümlülük uygulanıp uygulanmayacağına mahkeme karar verir. Mahkemenin bu konuda takdir yetkisi vardır.

Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir (TCK m. 58/7). Denetimli serbestlik tedbiri, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olmadığından, uygulanması için kararda açıkça gösterilmesi gerekir. Aksi durum bir bozma nedeni teşkil eder.

Mükerrirlerin mahkûm olduğu cezanın infazı ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması, kanunda gösterilen şekilde yapılır (TCK m. 58/8). Bu usul 5275 sayılı CGTİHK m. 108'de düzenlenmiştir. Ancak TCK'da olduğu gibi CGTİHK'da da denetimli serbestliğin tanımına yer verilmemiştir. Kanun'da hâkimin, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirleyeceği ifade edilmiştir (m. 108/4). Hâkim, denetim süresinin uzatılmasına da karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir (m. 108/6)¹¹¹⁶. Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu

¹¹¹⁵ “...58. maddenin düzenleniş biçiminde hapis ve adli para cezası ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, 6.fıkra uyarınca cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin hükmün infaz biçimini düzenleyen 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde, bu infaz şeklinin yalnızca hapis cezalarına ilişkin bulunduğu anlaşılmaması ve aynı Yasanın adli para cezalarının infaz yöntemini gösteren 106. maddesinde de mükerrirlikle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Mahkemece hükmolunan adli para cezası nedeniyle mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması, yasaya aykırıdır” (Y.4.CD., E. 2011/11416, K. 2011/12114, 5.7.2011).

¹¹¹⁶ Güvenlik tedbirlerine ve bunun süresine karar vermek mahkemenin görevi olduğuna ve bu tedbir hükmünde yer almak zorunda olduğuna göre (TCK m. 58/7), burada geçen “hâkim” ifadesini

salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır (m. 108/5). Koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler CGTİHK m. 107’de yer almaktadır. Bu hükümler uyarınca, hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir (m. 107/7). Ayrıca hâkim denetim süresi içinde ilgiliye rehberlik edecek bir uzman kişi görevlendirebilir. Denetimli serbestlik uzmanı¹¹¹⁷ olarak adlandırılan bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir (m. 107/9). İfadelerden anlaşılacağı üzere, hâkimin her iki denetim tedbirine karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi vardır. Bu durum Kanun’da ayrıca belirtilmiştir¹¹¹⁸.

Kanaatimizce mükerrirler ve özel tehlikeli suçlular hakkında denetim süresini belirleme konusunda mahkemenin değerlendirmesi önem taşısa bile *de lege ferenda* denetimli serbestlik tedbirinin bir güvenlik tedbiri olduğunu vurgulayacak özel bir hükümde koşullu salıverilmeden bağımsız olarak düzenlenmesi¹¹¹⁹, denetim süresi içinde uygulanacak yükümlülüklerin sayısının artırılması, bunlar arasında bir tercih hakkına yer verilmekle birlikte yükümlülük belirleme konusunda bağlayıcı bir normun ihdas edilmesi isabetli olacaktır. Mükerrirler ve özel tehlikeli suçlular hakkında bunları alelade suçlulardan farklı olarak sürekli suça sevk eden kişisel, mesleki ve ruhi durumlarına uygun bir yükümlülüğün belirlenmesi konusunda kanuni bir zorunluluk getirilmesinin, failin iyileştirilmesi ve toplumun korunması açısından isabetli olacağı kanısındayız.

Yukarıda ifade edilen, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suççu meslek edinen kişi veya örgüt

“mahkeme” olarak anlamak gerekir. Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 495; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 103-104.

¹¹¹⁷ Denetimli serbestlik müdürlüğünde kadrolu veya geçici olarak görev yapan psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve öğretmeni ifade eder (DSHY m. 4/1-ı).

¹¹¹⁸ CGTİHK m. 107/10: “Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir”.

¹¹¹⁹ Öğretide İÇEL (Ceza Hukuku, s. 650), aynı şekilde, ceza yerine değil cezaya ek olarak uygulanan güvenlik tedbirlerinin taşıdığı başarısızlık riskinin, denetimli serbestliğin, bir infaz biçimi olan koşullu salıverilme çatısı altında değil, yeni bir sistem altında düzenlenmesi suretiyle asgariye indirilebileceğini; bu sistemde bireyi sosyalleştirici ve suççu önleyici yöntemlerin oluşturulmasının tedbirin amacına uygun düşeceği kanaatindedir.

mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir (TCK m. 58/9)¹¹²⁰. Mahkemenin özel tehlikeli suçlular hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi yoktur. Kanunda kullanılan “hükmedilir” ifadesinin buyurucu niteliği gereği, bu tedbir tüm özel tehlikeli suçlulara uygulanmak zorundadır. Ayrıca aynı ifadeden anlaşıldığı üzere, özel tehlikeli suçlular hakkındaki denetimli serbestlik tedbiri de bir mahkeme kararını gerektirir.

Hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanan hükümlünün, denetim süresi içinde yeni bir suç işlemesi veya yükümlülüklere uymaması, tedbirin sona erme sebepleridir (CGTİHK m. 108/5; 107/12). Hükümlünün yeni bir suç işlemesi halinde tedbir, başka bir şart aranmaksızın geri alınır. Yükümlülüklere uymama durumunda ise, ilk önce hâkim tarafından bir uyarıda bulunulması gerekir. Uyarıya rağmen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde ısrar eden hükümlü hakkında denetimli serbestliğin sona erdirilmesine karar verilir. Her iki halde de güvenlik tedbiri kural olarak yeniden cezaya döner ve hükümlü hakkında tedbir yerine ceza infaz kurumunda cezasının çektirilmesine karar verilir. Denetimli serbestlik tedbiri eğer yeni bir suçun işlenmesi nedeniyle sona ermişse, yeni suçun işlendiği tarihten itibaren kalan ceza aynen çektirilir. Eğer tedbirin sona erme gerekçesi, hükümlünün yükümlülüklere aykırı davranması ise bu kez yükümlülüklere uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir süre cezanın infaz edilmesi gerekir (CGTİHK m. 107/13). Denetim süresi yükümlülüklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır (CGTİHK m. 107/14). Bununla birlikte, TCK m. 58’de mükerrir suçlular için öngörülen denetimli serbestlik tedbiri, cezanın infazından sonra uygulanacağı için, tedbirin geri alınması ve tekrar (zaten infaz edilmiş bulunan) cezaya dönmesi mümkün değildir. Bu nedenle cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, kendilerine yüklenen yükümlülüklere ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirlerin, infaz hâkimi kararı ile on beş günden az ve üç aydan fazla olmamak kaydıyla disiplin hapsine tabi tutulacağı kabul edilmiştir (CGTİHK m. 108/7). Cezanın infazından sonra denetimli serbestliğe ilişkin bahsi edilen düzenlemeler, TCK m. 58/9 uyarınca özel tehlikeli suçlular açısından da geçerli olmalıdır.

Öğretide mükerrirler ve özel tehlikeli suçluların denetim süresi içinde yeni bir suç işlemleri halinde uygulanacak hukuki sonucun ne olacağından öte, bu kimselerin suçtan alıkonulmasını sağlayacak çarelerin aranması gerektiği üzerinde

¹¹²⁰ Akılcı ve bilimsel düzenlemeler yapılmadığı müddetçe özel tehlikeli suçlular hakkında uygulanacak mevcut denetimli serbestlik tedbirinin olumsuz sonuçlar doğurmaya müsait olduğu hakkında bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 650.

durulmaktadır¹¹²¹. Bu doğrultuda CGTİHK m. 108/9’da birtakım tedbirleri öngörülmüştür. Bu tedbirler, sadece yetişkin suçlular hakkında uygulanabilir (CGTİHK m. 108/10). Buna göre, TCK m. 102/2’deki cinsel saldırı suçundan, TCK m. 103’teki çocukların cinsel istismarı suçundan veya TCK m. 104/2-3’teki reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar¹¹²² hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak şeklindeki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilecektir (CGTİHK m. 108/9). Ancak belirtmek gerekir ki bu tedbirler, güvenlik tedbiri niteliğindeki denetimli serbestlik tedbirinin bir parçası değildir. Çünkü fıkranın lafzından anlaşıldığı üzere, bu yükümlülük ve tedbirlerin uygulanması için hükümlünün mükerrir ve özel tehlikeli suçlu sıfatı taşıması da gerekmez. Oysa bir güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestlik tedbiri yalnız adı geçenlerle sınırlıdır. Dolayısıyla bu tedbir ve yükümlülükler, TCK m. 58’in bir uzantısı olarak değerlendirilemez. Kanaatimizce CGTİHK m. 108/9’da yer verilen tedbir ve yükümlülükler, failin iyileştirilmesini ve rehabilitasyonunu amaçlasa bile, ilk kez infaz hâkiminin kararına (yargıçlık kararı) bağlı olarak uygulandığı ve bir güvenlik tedbirleri muhakemesine tabi olmadığı için güvenlik tedbiri olarak da nitelendirilemez. Bunların hukuki nitelik itibarıyla birer “özel infaz yöntemi” olarak dikkate alınması mümkündür.

2.4.1.1.2.3.2.3. Hukuki Niteliği

Mevzuatta denetimli serbestlik “alternatif bir ceza ve infaz sistemi” olarak nitelendirilmiştir (DSHY m. 4/1-f). Öğretide haklı olarak savunulduğu üzere, Yönetmelik’teki bu niteleme isabetli değildir. Zira Türk ceza hukukunda yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezasından (TCK m. 45) ibaret olduğuna göre

¹¹²¹ Örneğin ÖZGENÇ (s. 871), tekerrür halinde veya itiyad haline getirerek cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarını işleyen kişiler hakkında denetim süresi içinde özel bir güvenlik tedbiri olarak testosteron azaltıcı tedavi veya kısırlaştırma yöntemlerinin uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

¹¹²² Kanun’da sıralanan bu tür suçluların yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi oluşturduğu, bunlar hakkında öngörülen tedbir ve yükümlülüklerin ise özel önleme ve rehabilitasyon açısından isabetli olduğu düşünülmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 643-644.

denetimli serbestliğin bir tür “ceza” olarak kabulü mümkün değildir¹¹²³. Gerçekten, adı tedbir olarak kabul edilen bir hukuki sonucun ceza olduğunun söylenememesi bir yana, TCK m. 58’deki tedbirin infazdan sonra uygulanması da –cezaya eklenen ceza olamayacağına göre- hukuki niteliğin bu madde bakımından mevzuatla örtüşmediği gerçeğini ortaya koymaktadır. Ayrıca denetimli serbestlik bir tür ceza olarak kabul edilirse, *ne bis in idem* ilkesine aykırı olarak bir kimse hakkında aynı fiil/fiiller nedeniyle hem hürriyeti bağlayıcı hem de bu nitelikte olmayan birden fazla ceza uygulanması söz konusu olacaktır. Kaldı ki kanun koyucu, TCK m. 58’de yer verilen denetimli serbestliği, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlemek suretiyle bunların hukuki niteliğini tedbir olarak belirlemiş olmaktadır. Kanunun kabul ettiği hukuki nitelikle Yönetmelik düzenlemesi birbiriyle çelişmektedir.

Öğretide ise denetimli serbestliğin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, denetimli serbestlik, başlı başına bir yaptırım biçimi değil; yaptırım ve tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin tamamlayıcı bir ceza adaleti aracı ve bir infaz yöntemidir¹¹²⁴. Diğer bir görüşe göre, denetimli serbestlik, yaptırımlar sistemini tamamlayan ve hapis cezasına seçenek teşkil eden bir ceza hukuku tedbiridir¹¹²⁵.

Kanaatimizce denetimli serbestliğin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda başlangıçta bir sınır çizmek mümkün değildir. Nitekim bazı hallerde denetim, henüz soruşturma ve kovuşturma devam ederken gündeme gelmekte, dolayısıyla suçun oluşup oluşmadığının belirsiz olduğu safhada uygulanmaktadır. Bu hallerde, güvenlik tedbirinin en önemli şartlarından biri eksik kaldığı için, denetimli serbestliğin bir güvenlik tedbiri olarak kabulü de olanaklı değildir. Bu nedenle örneğin hukukumuzda TCK m. 191’de düzenlenen suçu işleyen şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesiyle birlikte uygulanan denetimli serbestlik tedbiri, mahkeme kararı üzerine uygulanmaması nedeniyle bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirilemez. Buna karşılık etkin pişmanlıktan yararlanan örgüt üyesi hakkında TCK m. 221/5 gereği “hükmolunan” denetimli serbestlik, teknik anlamda bir güvenlik tedbiri niteliği taşır.

O halde hukuki nitelik konusunda bir yargıya varmak için tedbirin, kabul edildiği evre, kararı veren makam ve uygulanma gerekçesi bakımından özelleştirilmesi gerekir. Bu açılardan bakıldığında, konumuzu oluşturan ve TCK m. 58’de düzenlenen denetimli serbestlik, tehlikeli fail hakkında cezaya ek olarak infazdan sonra

¹¹²³ AKBULUT, s. 827-828.

¹¹²⁴ YAVUZ, s. 33-34.

¹¹²⁵ DÖNMEZER/ERMAN, III, s. 5, kn. 1645; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 712.

uygulanması, uygulandığı süre içinde tehlikenin giderilmesini ve vesilesiyle failin ıslahını amaçlayan yükümlülöklere yer vermesi, nihai olarak failin topluma rahat uyum sağlmasına ve böylece dolaylı olarak kamunun ilerideki muhtemel suçlardan korunmasına hizmet etmesi ve koşulları gerçekleştiğinde geri alınabilmesi, değiştirilebilmesi veya kaldırılabilmesi nedeniyle bir güvenlik tedbiri niteliğı taşımaktadır¹¹²⁶. Nitekim burada bahsedilen tedbir, cezanın infazı süresince uygulanmamakta, infazdan sonra cezaya ek olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle TCK m. 58’de öngörölen denetimli serbestliğı bir tür infaz biçimi olarak değeriendirilmesi de mümkün değildir. Nihayet belirtmek gerekir ki, mükerrirler ve özel tehlikeli suçlular hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbiri, tekerrür değil, denetimli serbestliktir. Yukarıda da yer verildiğı üzere, tekerrür ve özel tehlikeli suçluluk, denetimli serbestliğı uygulanma koşulunu (gerekçesini) oluşturmaktadır. Bu nedenle kanun yapma tekniğı açısından TCK m. 58’in başliğıının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

Denetimli serbestlik tedbiri, cezanın yerini almamakta, aksine ceza ile birlikte ve cezaya ek olarak uygulanmaktadır. Mahkemenin ceza veya denetimli serbestlikten birini tercih etme olanağı yoktur. Her mükerrir ve özel tehlikeli suçlu hakkında ceza ve tedbirin birleştirilerek uygulanması gerekir. O halde, ceza ve denetimli serbestliğı peş peşe infaz edildiğı bu sistemin, çok izli bir hukuki sonuçlar sisteminde kümülatif sisteme örnek teşkil ettiğı söylenebilir.

2.4.1.1.2.3.3. Sınır Dışı Edilme

2.4.1.1.2.3.3.1. Genel Olarak

TCK’da sınır dışı edilmenin ne anlama geldiğı açıklanmamıştır. Bu yönde bir tanıma, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 52’nci maddesinden hareketle ulaşılabilir. Buna göre, sınır dışı edilme, Türkiye’de bulunma hakkı olmayan veya bu hakkını yitiren yabancıların, sınır dışı etme kararıyla, menşee ülkesine veya transit gideceğı ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye gönderilmesini ifade eder. Türk hukukunda sınır dışı edilme tedbiri, TCK m. 59’da yabancılara özgü bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir. Tedbirin uygulanmasının yasal şartları şunlardır:

- Bir suç işlenmiş olmalıdır.
- Suçu işleyen kişi yabancı olmalıdır.

¹¹²⁶ Adı geöen maddede düzenlenen tedbirin bu niteliğı, ayrıntılı olmamakla birlikte, Adalet Komisyonu görüşmelerinde de vurgulanmıştır. Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 242.

- Yabancı fail hakkında hapis cezasına hükmolunmalıdır.
- Cezanın infazı tamamlanmış olmalıdır.
- İdari makama bildirimde bulunulmalıdır.

Bu tedbirin muhatabı, maddede kullanılan “yabancı” sözcüğünden anlaşıldığı üzere, Türk vatandaşı olmayan kişilerdir. Türk vatandaşının bu maddeye göre sınır dışı edilmesi mümkün değildir. Zira vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz (AY m. 23/6). Yabancı ise, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişidir (TVK m. 3/1-d)¹¹²⁷. Belirtelim ki, sınır dışı edilme eylemi ancak bir gerçek kişi üzerinde uygulanabileceğinden yabancı menşeli tüzel kişiler bu tedbirin muhatabı olamaz.

Sonradan Türk vatandaşlığını alan bir kimsenin, TCK m. 59’un uygulanmasında Türk vatandaşı olarak mı yoksa yabancı olarak mı değerlendirileceği konusunda iki ihtimal vardır. Bunlardan ilki, sınır dışı etme tarihindeki vatandaşlığın esas alınması; ikincisi, suç tarihindeki vatandaşlığın esas alınmasıdır. Öğretide bir görüşe göre, sınır dışı edilmeye TCK m. 6/1-a’da vatandaş için öngörülen kriter yabancı için de uygulanmalı ve suçun işlendiği esnadaki vatandaşlık dikkate alınmalıdır¹¹²⁸. Öğretide bir diğer görüş ise sınır dışı edilme bakımından esas alınması gerekenin, sınır dışı etme kararının verileceği an olduğu düşüncesindedir. Nitekim AY m. 23/6 ve AİHS Ek Protokol 7 m. 3’te düzenlenen “vatandaşın iade edilmezliği” kuralı, salt suçun işlendiği veya cezanın infaz edildiği sıradaki vatandaşlığın esas alınmasına engel oluşturur¹¹²⁹. Kanaatimizce, TCK esas alınacak olursa, bir kimse hakkında sınır dışı etme kararının verilmesini engelleyen husus, bu kimsenin “fiili işlediği tarihte” Türk vatandaşı olmasıdır. Çünkü ceza kanunlarının uygulanmasında vatandaş deyiminden, fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi anlaşılır (TCK m. 6/1-a). Ne var ki AY m. 23/6’da yer verilen düzenleme, salt “vatandaş” tabirini kullanmakla bu tür bir yorumu yasaklamaktadır. Anayasa koyucu bu emredici normla, ister suçlu olsun ister olmasın, ister bir ister birden fazla vatandaşlık taşıyın, bu vatandaşlık ister doğuştan ister sonradan kazanılmış olsun, hiçbir ayırım gözetmeyerek, Türk vatandaşı olan kişinin iadesini mutlak surette engellemiştir. Dolayısıyla tedbir yasağı açısından vatandaşlığın

¹¹²⁷ Yabancıların mutlaka yabancı bir ülke vatandaşı olması gerekmez. Bu kişilerin yanı sıra, fiili işlediği esnada vatansız, özel statülü yabancı ve mülteci sıfatı taşıyan kişiler de bu tedbirin muhatabıdır (ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 617; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 656; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 612; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1355).

¹¹²⁸ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 617; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 645; MALKOÇ, s. 207. Böylece, bu görüşe göre, suçu işlediği sırada Türk vatandaşı olmayıp da sonradan vatandaşlığı iktisap eden kimse, suçun unsuru ve kovuşturma usulü yönünden yabancı olarak değerlendirilecektir (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1004).

¹¹²⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 559, kn. 988. Ayrıca bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 639; AKBULUT, s. 821. Krşl. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 656; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1355.

iktisap edilme zamanı önemli değildir. O halde fiili işlediği esnada vatandaşlığı bulunmayan kimsenin sonradan fiilinden haberdar olunmayan evrede yahut soruşturma veya kovuşturma aşamalarında ya da ceza infaz sürecinde her nasılsa Türk vatandaşlığını alması, onun bu fiil nedeniyle sınır dışı edilmesine engel teşkil edecektir. Ayrıca hem Türk vatandaşlığı hem de yabancı bir veya birden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip olan kimsenin de AY m. 23/6 ve TCK m. 6/1-a'nın yorumuyla TCK m. 59'daki tedbirin muhatabı olamayacağı açıktır.

Yabancıнын sınır dışı edilmesi ile iade edilmesi birbirinden farklıdır. İadede şüpheli, sanık veya hükümlünün bir suça ilişkin soruşturma, kovuşturma veya infaz faaliyetlerinin yürütülmesi için belirli bir yabancı ülkeye teslimi söz konusu iken, sınır dışı edilmeye belli bir ülkeye teslim söz konusu değildir. Dolayısıyla iadede ülkeler arasında karşılıklı adli yardımlaşma amacı varken, sınır dışı edilmeye kararı veren ülkenin kamu düzeninin korunması amacı söz konusudur¹¹³⁰.

2.4.1.1.2.3.3.2. Hukuki Niteliği

Sınır dışı edilme, TCK m. 59'da güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla sistematik açıdan kanun koyucu, sınır dışı edilme tedbirinin hukuki nitelik itibarıyla bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmiştir. Bu kabul, gerekçede de açıkça *“Madde metninde, bir güvenlik tedbiri olarak sınır dışı edilme düzenlenmiştir”* ifadeleriyle vurgulanmıştır.

Öğretide de bazı yazarlarca sınır dışı edilme tedbiri güvenlik tedbirleri başlığı altında incelenmekte ve hukuki nitelik tartışmasına girilmemekte yahut nitelik hususunda bir görüş ileri sürülmemektedir¹¹³¹. Bazı yazarlarca sınır dışı edilmeye güvenlik tedbirleri başlığı içerisinde hiç yer verilmediği görülmektedir¹¹³². Bazı yazarlar ise 5328 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle birlikte sınır dışı edilmenin güvenlik tedbiri olmaktan çıkarak “idari tedbir” niteliğine kavuştuğu kanısındadır¹¹³³. Benzer yönde bir başka görüş, sınır dışı etme kararını veren merciden ve denetim

¹¹³⁰ ZAFER, Ceza Hukuku, s. 613. Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 102; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 618; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 646.

¹¹³¹ Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 559, kn. 988-989; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 639; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 394; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 577; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1354 vd.; NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 202; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 730; ÇOLAK/ALTUN, s. 22; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 1003-1004; MALKOÇ, s. 207-208.

¹¹³² Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 472 vd.; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 92 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 914 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 891 vd.

¹¹³³ Bkz. ÖZGENÇ, s. 877; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 656; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 712; HAKERİ, s. 703; AKBULUT, s. 820. “İdari güvenlik tedbiri” adlandırması için bkz. DİLBEROĞLU, s. 86.

mekanizmasından hareketle, bu tedbirin bir güvenlik tedbiri olmaktan ziyade “önleyici polis tedbiri” olduğu kanısındadır¹¹³⁴. Başka bir görüş uyarınca Kanun’un değişiklikten sonraki hali, güvenlik tedbirinden çok “idari işlem” niteliğindedir ve bu haliyle düzenlemenin TCK’da yer almasının gerekçesi yoktur¹¹³⁵. Bir başka görüş söz konusu tedbiri, İçişleri Bakanlığı’nın takdirine bırakılan ve uygulandığında idari yargı yoluna başvurulabilecek bir “idari tasarruf” olarak değerlendirmektedir¹¹³⁶. Bir diğer görüş ise, kanun gerekçesinde kabul edilenin aksine, sınır dışı edilmenin “ceza mahkûmiyetinin sonucu” olduğunu düşünmektedir¹¹³⁷. Nihayet tüm bunlardan farklı bir görüş, yabancının suç işlemekle devletin egemenliği altında yaşama hakkını kaybetmesinden hareketle, bu tedbiri, bir tür “hak yoksunluğu tedbiri” olarak nitelemektedir¹¹³⁸.

Kanaatimizce sınır dışı edilme tedbiri, TCK m. 59’un ilk halinde bir “ek ceza” niteliğinde iken¹¹³⁹, 2005 yılında 5328 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle¹¹⁴⁰ birlikte evrildiği mevcut haliyle bir “idari tedbir” niteliğini almıştır. Bunun en temel iki nedeni vardır. Birincisi, hapis cezasına mahkûm edilen yabancının sınır dışı edilmesine ilişkin kararın mahkeme tarafından değil idari makam tarafından verilmesidir. Nitekim 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 54/1-a maddesinde, hakkında sınır dışı edilme kararı verilebilecek kişiler arasında TCK m. 59 kapsamında kalan yabancıların bulunduğu kayıt altına alınmıştır. Karar verme sürecine bakıldığında ise sözü edilen Kanun’un 53/1’inci maddesinde sınır dışı etme kararının, İçişleri Bakanlığı

¹¹³⁴ Bkz. ZAFER, Ceza Hukuku, s. 613. Sınır dışı edilme tedbirine karar verme yetkisinin mahkemeden alınarak kolluğa verilmesi ve tedbirin güvenlik tedbiri olmaktan çıkarılmasının kanun yapma tekniği açısından eleştirildiği görülmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 474-475.

¹¹³⁵ Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 617; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 645. Krşl. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 640.

¹¹³⁶ DONAY, TCK Şerhi, s. 97.

¹¹³⁷ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 662.

¹¹³⁸ Bkz. DİLBEROĞLU, s. 84.

¹¹³⁹ TCK m. 59’un ilk hali, *“İşlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancının, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunur”* şeklinde kaleme alınmıştır. Maddenin bu mülga halinde, tedbire karar verici merciyi “mahkeme” olarak tespit etmesi ve kararın “hüküm” şeklinde verileceğini öngörmesi nedeniyle, cezaya ilaveten uygulanan ve hürriyeti kısıtlamayan ancak ceza karakteri ağır basan bir cezai tedbir ihdas edilmiştir. Dolayısıyla mülga haliyle sınır dışı edilmenin bir “tamamlayıcı ceza” özelliği gösterdiği kanısındayız. Maddenin ilk halinin bir “ceza” niteliğinde olduğu görüşü için bkz. KİREMİT, s. 218. Madde, 31.3.2005 tarihinde 5328 sayılı Kanun’un birinci maddesiyle getirilen değişiklikle birlikte günümüzdeki gibi değiştirilmiştir. Bu değişiklik, aynı zamanda tedbirin hukuki niteliğinde de değişiklik anlamına gelmektedir.

¹¹⁴⁰ Bu değişiklik, Emniyet Genel Müdürlüğü’nün, sınır dışı edilme bakımından yasal zorunluluk getirilmesinin uygulamada önemli sorunlar doğuracağı şeklindeki düşüncesi üzerine kaleme alınmış ve tedbirin uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki karar, tümüyle idari makamın takdirine devredilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 877; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1355. Bu değişikliğin, maddenin ilk halinin insancıl hukuka aykırı olduğunun fark edilmesinden kaynaklandığı hususunda bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 711. Belirtmek gerekir ki, maddenin ilk halinin Adalet Komisyonu’ndaki görüşmeleri esnasında bu yönde endişe ve eleştiriler dile getirilmemiştir. Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 243.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine veya re'sen valiliklerce alınacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere sınır dışı etme kararı valilik yani bir idari merci tarafından verilir ve dolayısıyla yargısal bir karar değildir. Bu konuda mahkeme tarafından karar verilmesi, fonksiyon gaspı nedeniyle hukuka aykırı olur¹¹⁴¹. İkincisi, 6458 sayılı Kanun'un 53/3'üncü maddesinde *“Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir”* denilmek suretiyle sınır dışı etme kararının denetimi idari yargıya bırakılmıştır. Bilindiği üzere, güvenlik tedbirleri –günümüzde güvenlik tedbiri mahkemesi bulunmadığına göre- ceza mahkemesi tarafından hükmedilen, bu nedenle denetimi adli yargı içinde gerçekleştirilen, dolayısıyla tümüyle ceza hukuku sahasına ait olan hukuki sonuçlardır. Sınır dışı edilme tedbiri ise -6458 sayılı Kanun gereğince- idari makam tarafından karar verilen, idari yargı denetimine tabi olan ve dolayısıyla idare hukuku sahasına dahil olan idari tedbirlerdir. Bu nedenle, olan hukuk açısından, sınır dışı edilme tedbirinin TCK m. 59'da güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesi hatalıdır.

Kanunun bir kuruma verdiği isimle o kurumun hukuki niteliğinin değişmesi mümkün değildir. İdari bir makam tarafından uygulanan tedbirin hangi ölçüte göre güvenlik tedbiri olarak değerlendirildiği de belirsizdir. Halbuki bir tedbirin güvenlik tedbiri olarak kabul edilebilmesi için mutlak surette yargısal bir süreç sonucunda verilen bir karara ihtiyaç vardır. Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, sınır dışı edilme tedbirinin, eğer bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi isteniyorsa, hem TCK m. 59'da bir değişiklik yapılmasına hem de bu tedbirin 6458 sayılı Kanun'un idari sınır dışı edilme tedbirlerini düzenleyen 54/1-a maddesinden çıkarılmasına ihtiyaç vardır. TCK m. 59'da mahkemenin, suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı hakkında bu mahkûmiyet kararının yanı sıra infazdan veya cezanın infaz edilmiş sayılmasından sonra uygulanmak üzere ayrıca sınır dışı etme kararı vermesi gerekir. Sözü edilen değişiklikler yapılmadığı takdirde, sınır dışı edilme tedbirinin bir güvenlik tedbiri olduğu söylenemeyeceği gibi, sınır dışı edilme işlemlerinin de -birer yargısal faaliyet olmaması nedeniyle- tedbir muhakemesi olarak nitelenmesi mümkün değildir.

¹¹⁴¹ “Yabancıların sınır dışı edilmelerine dair kararın idari mercilere ait olduğu gözetilmeden sanığın sınır dışı edilmesine karar verilmesi, yasaya aykırıdır” (Y.7.CD., E. 2002/12088, K. 2002/11727, 16.9.2002. “... adına sahte olarak düzenlenmiş pasaport ile ülkemize girdikten sonra 06.10.2008 tarihinde işlediği hırsızlık suçundan hakkında soruşturma yapılması sırasında kimliğini sahte pasaporta uygun olarak ... olarak beyan ettiği ve bu kimlik bilgileri ile hakkında ... 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/1807 E. sayılı dosyasında hırsızlık suçundan kamu davası açıldığı ve aynı isimle tutuklandığı, 17.12.2008 tarihinde tahliye olması üzerine sınır dışı edilmesinin temini için ... Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğüne müzekkere yazılması...” (Y.16.CD., E. 2016/5171, K. 2016/5867, 18.11.2016).

Aksine, düzenlemenin mevcut haliyle kalması isteniyorsa, TCK kapsamından ve özelde güvenlik tedbirleri başlığından çıkarılması uygun olacaktır.

2.4.1.1.2.3.4. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.1.2.3.4.1. Tüzel Kişilerin Suç Faili Olup Olamayacakları Sorunu

Tüzel kişilerin hareket yeteneğinin bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalıdır. Alman hukukunda hâkim teori, tüzel kişilerin hareket kabiliyetinin bulunmadığı yönünde kanaate sahiptir. Buna göre tüzel kişiler örneğin dernekler veya şirketler hareket edemezler; çünkü bunlar birer insan değil, hukuki müesseselerdir. Tüzel kişiler, psikolojik ve zihinsel bir tözden uzak olmaları nedeniyle kendilerini ifade etmekten ve doğal bir irade oluşturmaktan yoksundur. Dolayısıyla bunlar adına hareket eden, bunların söz gelimi yöneticisi veya yönetim kurulu gibi “insani organları”dır ve bu nedenle *de lege lata* ceza sorumluluğuna ve fiilin öznesi (*Tatsubjekt*) olarak fail sıfatına da yalnızca bu gerçek kişiler sahiptir¹¹⁴². Tüzel kişilerin doğal anlamda hareket kabiliyetinden (*Handlungsfähigkeit*) yoksun olmaları, onları kriminal anlamda cezadan (*Kriminalstrafe*) bağışık tutar. Bu nedenle ceza sorumluluğu için başlangıç noktasının daima bireyler üstü birliğin içindeki bireylerin davranışları olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁴³.

Bununla birlikte yabancı hukuk sistemlerinde ve Avrupa Birliği’nde görülen, tüzel kişilerin cezalandırılması yönündeki eğilimin ardından *de lege ferenda* Almanya’da da “birlik cezası (*Verbandsstrafe*)” olarak adlandırılan ve tüzel kişilerin bizzat kendisinin cezalandırılmasına yönelik olan yaptırımlara ilişkin taleplerin giderek arttığından söz edilmektedir¹¹⁴⁴. Bu tür bir yaptırıma yer veren ülkelere örnek olarak

¹¹⁴² Bkz. ROXIN, Band I, § 8, s. 262-263, Rn. 59; GROPP, Strafrecht AT, s. 128, § 4, Rn. 4, 7; GROPP, Walter, “Landesbericht Deutschland”, 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. I, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, s. 425; BOCK, Dennis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Berlin, 2018, s. 117; HEINRICH, Strafrecht AT, s. 70, Rn. 198;

¹¹⁴³ WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 3, s. 41, Rn. 94. Ayrıca bkz. TRÖNDLE/FISCHER, Vor § 13, s. 86, Rn. 34. Fakat Alman hukukunda tüzel kişilerin suç faili olamaması ve ceza hukuku yaptırımlarının muhatabı olarak kabul edilmemesi, gerçek kişilerin bunlar adına işledikleri hukuka aykırı eylemler karşısında Düzene Aykırılıklar Kanunu’ndaki idari para cezası örneğinde görüldüğü üzere (OWiG § 30) tüzel kişi hakkında ceza hukukuna ait olmayan yaptırımların uygulanmasına engel değildir. Bkz. KÖHLER, s. 563; GROPP, Strafrecht AT, s. 129, § 4, Rn. 8-9; GROPP, “Landesbericht Deutschland”, s. 425; BOCK, Strafrecht AT, s. 117. Dolayısıyla buradan, kabahatler hukukunda yaptırımın, bir hareketin varlığı olmaksızın da mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Bkz. ROXIN, Band I, § 8, s. 263, Rn. 60.

¹¹⁴⁴ Tüzel kişilerin fail olarak kabul edilmesi yönündeki bu düşüncelerden hareketle *de lege ferenda* üç muhtemel sistemden bahsedilmektedir: Birincisi, kabahatler hukukundaki idari para cezasına ilişkin yapının, bireysel failin kusurunun belirli kıstaslar çerçevesinde tüzel kişinin kusuru gibi

özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhil olanlar (ABD, Büyük Britanya, Kanada, Avustralya) ile Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde Fransa, İspanya, Danimarka, İsviçre ve Avusturya gösterilmektedir¹¹⁴⁵. Birlik cezasını savunanların taleplerinin gerekçesi, saf bireysel ceza hukukunun birlik içinde sorumlu insanların etkin bir işbölümü doğrultusunda tespit edilmesi zorunluluğu getirmesidir. Birlik cezasının muhalifleri ise tüzel kişilerin hareket kabiliyeti olmaması bir yana, onların cezalandırılmasının bireysel kınanabilirliği şart koşan kusur ilkesi ile de çeliştiğini kabul etmektedir¹¹⁴⁶.

Azınlıkta kalan görüş ise her ne kadar mevzu hukuk (StGB § 14) karşısında pratik bir anlamı olmasa¹¹⁴⁷ bile, tüzel kişilerin de tıpkı özel hukukta olduğu gibi ceza hukukunda da organları vasıtasıyla “hareket ettiğini” kabul etmektedir¹¹⁴⁸.

Denilmektedir ki, gerçek kişilerde bir hareketin varlığı veya yokluğu, zaten salt natüralist bir tespite dayanmamakta, ondan öte, bu değerlendirme ruh (*Psyche*) ve beden (*Körper*) sisteminin dış etkilerine göre yapılmaktadır. Bu sistemin daima gerçek kişilere özgü bileşenlerden yani ruh ve bedenden oluşması, buna karşılık tüzel kişinin bileşenleri yani tüzük/kuruluş belgesi (*Verfassung*) ile organlar (*Organe*) göz ardı edilerek kurulması, haklı bir gerekçeye dayanmaz. Bu nedenle tüzel kişinin organlarının tüzüğe uygun olan eylemleri, tüzel kişinin kendi eylemleri olarak değerlendirilmelidir¹¹⁴⁹.

Bununla birlikte tüzel kişinin kusurunun belirlenmesi harekete göre daha sorunludur. Burada tıpkı her şerikin diğerinin kusuru dikkate alınmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağı (StGB § 29) kuralına benzer şekilde, tüzel kişinin organının kusuru, tüzel kişinin kusuru olarak ele alınamaz. Ne var ki, bir ceza sorumluluğu tespit edilecekse kusurun belirlenmesinden de imtina edilemeyecektir¹¹⁵⁰.

Günümüz Alman hukukunda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu engelleyen gerekçeler, onların iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinden bağışık tutulmasının da

değerlendirilmesini sağlayacak “ilişkilendirme modeli (*Zurechnungsmodell*)”; ikincisi, ceza hukukunun iki izli doğasına dayanan ve kusur yeteneğinin eksikliği nedeniyle, tüzel kişinin cezalandırılması yerine bunlara karşı yeni önlemlerin alınmasını sağlayacak “tedbirler modeli (*Maßnahmenmodell*)”; üçüncüsü ise ilk ikisinden de ayrı olarak, bireyler için geliştirilen ceza hukuku dogmatığının değiştirilmeksizin tüzel kişilere aktarılamayacağını, bunun uyarlanması gerektiğini kabul ederek, “kurumsal hareket”, “kurumsal kusur” ve “kurumsal kefare” gibi tasarımlarla kendine özgü bir “kurumsal sorumluluk dogmatığı (*Unternehmens-Verantwortlichkeits-Dogmatik*)” oluşturulmasını öngören bir “asli kurumsal sorumluluk modeli (*Modell der originären Verbandshaftung*)” oluşturulmasıdır. Bkz. GROPP, Strafrecht AT, s. 130-131, § 4, Rn. 11-12.

¹¹⁴⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 3, s. 41, Rn. 94, Fn. 20. Krşl. KÖHLER, s. 564.

¹¹⁴⁶ Bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER, § 3, s. 41, Rn. 94.

¹¹⁴⁷ Bkz. KÜHL, Strafrecht AT, § 2, s. 14, Rn. 9; BOCK, Strafrecht AT, s. 118-119.

¹¹⁴⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 13, s. 205, Rn. 15.

¹¹⁴⁹ Bkz. JAKOBS, s. 149, Rn. 44.

¹¹⁵⁰ JAKOBS, s. 149, Rn. 45.

gerekçesini oluşturur. Dolayısıyla Alman CK'da "tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri" adı altında bir başlık yoktur. Bununla birlikte tüzel kişiler hakkında cezai tedbir (StGB § 11/1-b.8) olarak müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür (StGB § 74e)¹¹⁵¹. Diğer bir deyişle bu ülkede tüzel kişilerin müsadere ile sınırlı bir ceza hukuku sorumluluğundan söz edilebilir.

İtalyan hukukunda da genel kanaatin, tüzel kişilerin suç faili olamayacağı yönünde olduğu ifade edilmektedir. İtalyan CK'da da tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanmasına yönelik bir hükme yer verilmemiş, yalnız 197'nci maddede bunlar hakkında hukuki sorumluluğa gidileceği düzenlenmiştir¹¹⁵². İtalyan Anayasası'nda öngörülen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesindeki şahsilik kavramından da İtalyan öğretisinde gerçek kişi faillik anlaşılmaktadır¹¹⁵³.

Türk hukukunda bir tüzel kişinin "fail" ve dolayısıyla "suçlu" sıfatı taşıyıp taşıyamayacağı konusunda bir uzlaşıdan söz etmek mümkün değildir. Bu sorunu bazı yazarlar maddi unsuru incelerken hareket yeteneği içerisinde ele almakta, diğer bir kısmı ise soruna kusur ve ceza ehliyeti bahsinde değinmektedir.

Bu konuda doktrinde, genel olarak, *Gierke* tarafından ortaya atılan gerçeklik (gerçek birlik, hakikilik) teorisinden ve *Savigny/Windscheid* tarafından savunulan varsayım (faraziye, farazi birlik, farazi kişilik, fiksiyon) teorisinden söz edilmektedir¹¹⁵⁴. Gerçeklik teorisi, tüzel kişiyi bir gerçeklik olarak algılar ve onun fail olabileceğini kabul eder. Tüzel kişilerin iradesinin kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı olduğunu savunan bu teoriye göre, bunlar nasıl ki medeni hukukta süje olarak kabul edilmekte ise ceza hukukunda da fail olarak kabul edilebilirler. O halde yapısına uygun olan her tür yaptırım tüzel kişilere de uygulanabilir. Dolayısıyla bunlara ceza verilmesi, şahsilik ilkesine aykırı değildir. Buna karşılık varsayım teorisi, tüzel kişiyi faillikten dışlar. Nitekim bu teori, tüzel kişiyi oluşturanlar arasında gerçek değil varsayımsal bir birlikteliğin bulunduğunu kabul eder. Tüzel kişi, gerçek kişinin aksine

¹¹⁵¹ Kanun değişikliğinden önce uygulanması mümkün olan maddeler (StGB §§ 73/3, 75) hakkında bkz. BAUMANN/WEBER/MITSCH, § 13, s. 205, Rn. 16; KÖHLER, s. 564; BOCK, Strafrecht AT, s. 117.

¹¹⁵² ÖZEN, Muharrem, "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", AÜHFD, 52 (1), Ankara, 2003, s. 67.

¹¹⁵³ ÖZEN, "Tüzel Kişiler", s. 68.

¹¹⁵⁴ Bu iki teori dışında bir de "karma teori (soyutlama teorisi)" denilen ve gerçeklik ve varsayım teorilerini birleştiren, tüzel kişileri bir hipotez olarak görmemekle birlikte onların somut bir kişiliğe bağlı olduğunu da kabul etmeyen, tüzel kişilerin ancak bazı hallerde fail sıfatı taşıyabileceklerini ileri süren bir teoriden de bahsedilmesine karşın, uygulamada bu teorisinin daha az savunulduğunu söylemek mümkündür. Karma teori hakkında bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi I, s. 385-386; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 243; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 269; DEMİRBAŞ, s. 239.

özgür irade sahibi değildir. Bu nedenle tüzel kişiler için tanınacak bir ceza sorumluluğunun şahsilik ilkesine aykırı olacağını varsayar¹¹⁵⁵.

Türk öğretisinde egemen görüş, tüzel kişinin suç faili olamayacağını kabul etmektedir¹¹⁵⁶. Özetle, bu düşünceye göre, bir suçun faili mutlaka gerçek kişi olmak zorundadır. Aksi halde gerçek kişinin hareketinden dolayı, bu yeteneğe sahip olmayan, kusurlu olmayan ve kast veya taksir düzeyinde irade ortaya koyması olanaksız olan tüzel kişi sorumlu tutulmuş olur ki, bu durum şahsilik prensibi ile bağdaşmaz. Buna karşılık diğer bir görüş, tüzel kişinin fail sıfatı taşımasının olanaklı olduğu kanısındadır¹¹⁵⁷. Buna göre, özetle, özellikle ticari ve ekonomik suçluluğun giderek faaliyet alanını genişlettiği sanayi toplumlarında tüzel kişilere de bünyesine uygun olduğu ölçüde, ceza hukukuna özgü yaptırımla muamele edilebilir. Hapis cezası gibi doğal olarak tüzel kişilerin yapısına uygun düşmeyen yaptırımlar ise haliyle yalnızca gerçek kişiler hakkında uygulanacaktır. Ayrıca bir kimseye güvenlik tedbiri uygulanabiliyorsa onun suç işleyebileceği ve fail sıfatı taşıyabileceği de kabul edilmiş demektir.

Türk ceza kanunu koyucusunun tüzel kişinin suç faili olamayacağı yönündeki düşüncesi benimsediği söylenebilir¹¹⁵⁸. Fakat belirtelim ki, bu düşünce, TCK m. 20'nin

¹¹⁵⁵ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 405-408; ÖNDER, II, s. 40; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s. 163; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi I, s. 383-385; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 294-296; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 509; DEMİRBAŞ, s. 239; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 375; ÖZEN, “Tüzel Kişiler”, s. 65; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 243; ERSOY, s. 136; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 268-269; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 203-204; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1359-1361.

¹¹⁵⁶ Bu yönde düşünen bazı yazarlar ve gerekçeleri için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 375; ÖZEN, “Tüzel Kişiler”, s. 79-80; ÖZGENÇ, s. 196-198, 881; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 97-110; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 68-69; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 251; İÇEL/EVİK, II, s. 56-57; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 244; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 155-156; AKBULUT, s.335. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 201, 203-206; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi I, s. 392-393; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 302-303, 955; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 934-935. Aynı yönde bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 244.

¹¹⁵⁷ Bu yönde düşünen bazı yazarlar ve gerekçeleri için bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 510; ERSOY, s. 139; ŞEN, s. 309-310; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 238; YÜCEL, s. 89. DÖNMEZER/ERMAN (II), eserlerinin eski tarihli basılarında tüzel kişilerin suçlu ve fail olamayacağını savunurken (a.g.e., s. 411, kn. 1157); *Dönmezer*, daha sonra bu görüşten vazgeçerek, bu konuda karşılaştırmalı hukuktaki yönelimlere de paralel şekilde, tüzel kişilerin bazı suçları işlemelerinin mümkün olduğunu ve fiilen işlediklerini gerekçe göstermek suretiyle tüzel kişinin failliğinin mümkün olduğunu kabul etmiştir (a.g.e., s. 412-413, kn. 1157a). Öğretide ÖZBEK (TCK İzmir Şerhi, s. 271), esasen tüzel kişilerin iradi hareket etme kabiliyetinden yoksun olmaları nedeniyle suç faili olamayacaklarını kabul etmekle birlikte (a.g.e., s. 271); mevzu hukukta, eğer tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanabilmekte ise bunların suç işleyebileceklerinin de kabul edildiği (a.g.e., s. 270) çıkarımına ulaşmaktadır. Yazara göre, olması gereken, tüzel kişilere, hukukun diğer dallarında yaptırım öngörülmesidir. Son görüşle aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 205.

¹¹⁵⁸ Kanun koyucusunun kural olarak ceza yaptırımının muhatabı olamayan fakat hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilen diğer kişileri yani çocukları, akıl hastalarını, sağır-dilsizleri ve alkol-uyuşturucu bağımlılarını “fail” olarak kabul etmesine rağmen; aynı konumda bulunan tüzel kişileri

lafzından çıkarılamamakta; kanun koyucunun iradesi ancak maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır. Nitekim TCK m. 20/2’de “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” ifadeleriyle hukuki sonuçlara ilişkin bir kabule yer verilmiş; fakat fiilin öznesi hakkında bir sınırlamadan kaçınılmıştır. Sözü edilen düzenlemeden, tüzel kişinin “fail olamayacağı” değil, yalnızca “cezalendirilemeyeceği” sonucu çıkmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 20/1’de yer alan “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*” ifadeleri ile ceza sorumluluğunun şahsiliğini öngören AY m. 38/6’daki ifadeden de açıkça tüzel kişinin failliğinin dışlandığı sonucu çıkarılamaz^{1159, 1160}. Çünkü “şahsi” olup olmamanın ve fiilin “başkası”na ait olup olmadığının, her halde bir yoruma tabi tutulması gerekmektedir. Salt bu düzenleme dikkate alındığında, tüzel kişinin organı veya temsilcisi tarafından yapılan hareketin

- fail saymamasının çelişki oluşturduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 376. Fail olamayan tüzel kişiler hakkında, failin tehlikeliliğini temel alan güvenlik tedbirleri öngörülmesinin çelişkili olduğu hususunda bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 249, 700.
- ¹¹⁵⁹ AY m. 38’in gerekçesinde, şahsilik ilkesinin kusura dayanan ceza sorumluluğunun bir uzantısı olduğundan söz edilerek, bu ilkenin “failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı” anlamına geldiği açıkça vurgulanmıştır. Gerekçe için bkz. AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Abdullah, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 270. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, Anayasa koyucu, suç failinin kim olacağı üzerinde durmamakta; kimin cezalandırılmayacağı ile sınırlı bir kural getirmektedir.
- ¹¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi’nin görüşü de bu yöndedir: “*Bugün toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve etkili olmaktadır. Bazı hallerde yalnız idare edenleri cezalandırmak, suçları önleme bakımından yeter bir tedbir olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarında zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir... tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasa’nın 33 üncü (1982 Anayasası’nın 38’inci) maddesindeki ‘Ceza sorumluluğu şahsidir’, kuralına aykırı değildir. Bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır. Tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre; bundan, tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılmaz. Anayasa’nın 33 üncü maddesindeki ‘Kimse’ deyiimi gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu sebeplerle iptali istenen hükümler Anayasa’ya aykırı bulunmadığından davanın reddi gerekir*” (AYM, E. 1963/101, K. 1964/49, 16.6.1964). Karşılaştırmalı hukukta da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin tüzel kişilerin fail olamayacağı anlamına gelmediğini kabul eden yasal düzenlemeler vardır. Örneğin Fransız CK m. 121-1’de “kimsenin kendi fiili dışında ceza sorumluluğunun olmadığı” düzenlendikten sonra m. 121-2’de “devlet haricinde kalan tüzel kişilerin, kendi organ veya temsilcileri tarafından hesabına işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun bulunduğu” ve “tüzel kişinin ceza sorumluluğunun, aynı eylemde fail veya şerik olarak yer alan herhangi bir gerçek kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmayacağı” kabul edilmiştir. Bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1957/13715/.../Code_33.pdf. Benzer yönde, tüzel kişilerin suç faili sayılmalarını engelleyen bir düzenlemenin Anayasa’da yer almadığı görüşü için bkz. ŞEN, s. 312, 320. Aksi yönde, AY m. 38/6’daki “şahsilik” ifadesiyle yalnızca “insanın” kast edildiği görüşü için bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 327-328; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 252; İÇEL/EVİK, II, s. 57; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 935. Oysa “kişi”, “kimse”, “şahıs”, “her kim” gibi ifadeler, doğal anlamıyla böyle kullanılsa da hukuk dilinde insana özgü olmak zorunda değildir. Nitekim hukukumuzda da kişinin hem gerçek hem tüzel kişiyi kapsadığını kabul eden bir örnek olarak 4483 sayılı Gümrük Kanunu gösterilmektedir (Örnek için bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 244). Sözü edilen Kanun’un 3/3’üncü maddesinde, “‘Kişi’ deyiiminin, gerçek ve tüzel kişiler ile hukuken tüzel kişilik statüsüne sahip olmamakla birlikte yürürlükteki mevzuat uyarınca hukuki tasarruflar yapma yetkisi tanınan kişiler ortaklığını” ifade ettiği vurgulanmıştır.

hiçbir şekilde tüzel kişinin hareketi sayılamayacağı sonucuna ulaşamamaktadır. Keza tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri öngören TCK m. 60'ın metni ve gerekçesi de faillik değerlendirmesi yapmaya müsait değildir. Bununla birlikte 20'nci maddenin gerekçesinde *“Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir”* şeklindeki kabul, tüzel kişilerin fail sıfatını taşıyamayacağının kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Tüzel kişiler hakkında kanunda ceza müeyyidesi öngörülmemesi ise hukukumuzda onların ceza sorumluluğunun bulunmadığının kabulüne bir diğer gerekçedir. Böylece ceza kanun koyucusu, “ceza sorumluluğu açısından” varsayım teorisini kabul ederek, doktrindeki görüşler arasından bir tercihte bulunmuştur. Ne var ki, bunların hiçbirisi mer’i hukukta tüzel kişilerin suç faili olmalarını önleyen bağlayıcı bir normun bulunduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla bu yönde açık hüküm ihdas edilinceye kadar tüzel kişinin – cezalandırılıp cezalandırılmayacağı değil fakat- suç faili olup olamayacağı tartışması yapılabilir.

Kanaatimizce “tüzel kişinin hareketi”, onun organ ve temsilcisinin hareketidir. Aradaki fark, gerçek kişinin, hareketini doğrudan; buna karşın tüzel kişinin, “bir başkası aracılığıyla” dış dünyaya yansıtmasından ibarettir. Burada başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk yoktur¹¹⁶¹. Nitekim gerçek kişinin kusuru ile gerçekleştirdiği eylemi, bunun tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, onun kişiliğinden bağımsız olarak, tüzel kişinin hareketi olarak değerlendirmek gerekir. “Tüzel kişinin kusuru” ve onun kusur yeteneğine ilişkin bir tartışmayı ise Türk hukuku açısından gereksiz görmekteyiz. Çünkü bunlar hakkında hâlihazırda uygulanan zaten ceza değil güvenlik tedbiridir ve tedbir sorumluluğu için tüzel kişinin kusur yeteneğine sahip olup olmadığı değerlendirmesi yapmak gerekmez. TCK m. 20/2'nin gerekçesi bağlayıcı değildir. Kusur yeteneği olmayan kişiye ceza uygulanmaz; ancak bu kişiler

¹¹⁶¹ Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer bir düşüncüyü benimsediğini göstermiştir: *“Özellikle hukukumuzda tüzelkişiler için kabul edilmiş olan gerçeklik teorisi, tüzelkişinin, kendisini oluşturan gerçek kişilerin iradelerinden farklı bir iradesi olduğu görüşünü benimsemektedir. Buradan kalkılarak, tüzelkişinin organları aracılığıyla, her türlü hukuki işlemleri yapabileceği, hakları kazanabileceği ve borç altına girebileceği, aynı zamanda organların haksız fiillerinden dolayı sorumlu olacağı tartışmasız iken ceza sorumluluğu olamayacağı görüşünü çelişkili bulur. Gerçi suç, aslında organlarını oluşturan gerçek kişilerin düşünce ve eylemleri sonucu tüzelkişiye işletilmiş olmaktadır. Böylece sonuçta tüzelkişi suç işlemektedir. Bu nedenle, tüzelkişi işlediği suçun sorumlusu olmalıdır. Bir suçun işlenmesi ile failin bu suçtan sorumlu tutulması ve cezalandırılması farklı konular olup birbiriyle karıştırılmamalıdır. Örneğin, küçük bir çocuğun işlediği suçtan dolayı cezalandırılmaması, ceza politikasının bir tercihi olup, cezalandırmama suçun işlenmediği anlamına gelmez”* (AYM, E. 1988/15, K. 1989/9, 14.2.1989).

tedbirden muaf değildir. Kaldı ki, hukukta bir yandan bir oluşumu/birliği “kişi” sayıp diğer yandan onun “hareket edemeyeceğini” söylemek de çelişki oluşturur. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin “fail sayılması” ve hatta bunların, tedbir bir yana adli para cezası marifetiyle “cezalandırılması” yolundaki trendi de göz ardı etmemek gerekir. Fakat geleceğe ilişkin bu ihtimalin, cezalar yönünden kusur tartışmasını yeniden gündeme getireceği de açıktır. Öte yandan, tüzel kişiler hakkında adli cezaların uygulanmamasını şahsılık ilkesiyle açıklayıp idari cezaların bu ilke kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemek de bir diğer çelişki noktasıdır¹¹⁶². Tüm bu gerekçelerle, Türk hukukunda *de lege lata* tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla cezanın muhatabı olamayacağı; buna karşılık tedbir sorumluluğunun bulunduğu, böylece TCK m. 20/2’nin gerekçesinde aksi yönde ileri sürülen kabule rağmen, tüzel kişinin güvenlik tedbirinin muhatabı olduğu; o halde yararına işlenen suçlarda maddi hukuk açısından “fail” sıfatı taşıdığı kanısındayız. Nitekim “ceza sorumluluğunun süjesi” olmak ile “suçun süjesi” olmak birbirinden farklıdır. Tüzel kişiler TCK m. 20 gereği, ceza sorumluluğuna sahip değildir; fakat TCK m. 60 gereği “tedbir sorumluluğu”na sahiptir. Bir hukuki oluşumun bir yandan (güvenlik tedbiri türünde de olsa) sorumluluk sahibi olacağı fakat diğer yandan bu sorumluluğu doğuran eylemin süjesi olamayacağı yönündeki kabul tutarlı değildir.

¹¹⁶² TCK m. 20’nin gerekçesinde “‘Para cezası’nın uygulamasındaki kolaylık, tüzel kişiler hakkında da ceza yaptırımına hükmedilebileceği düşüncesine haklılık kazandırmaz. Tüzel kişiler için ancak idari yaptırım niteliğinde ‘para cezası’ öngörülebilir. Çünkü, idari yaptırımlarla, ceza yaptırımları arasında neden, amaç ve sonuçları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, şirket niteliğindeki bir tüzel kişinin faaliyeti ile ilgili olarak doğan vergi borcunun zamanında ve tam olarak ödenmemesi dolayısıyla, tüzel kişi hakkında da “para cezası” verilebilmektedir. Ancak, bu yaptırımın asıl amacı, verginin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmemesi dolayısıyla kamu maliyesinin uğradığı zararın giderilmesi ve vergi düzeninin etkinliğinin sağlanmasıdır. Bu tür yaptırımların bir ceza hukuku yaptırımı olmadığı açıktır. Vergi borcunun gerçeğe uygun bir şekilde doğmasının önüne geçebilmek amacıyla sahte belge düzenlenmiş olması durumunda ayrıca bu sahteciliği gerçekleştiren gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilecektir. Bu durumda bile tüzel kişi hakkında verilen ‘para cezası’, bir idari yaptırım olma özelliğini korur” açıklamasına yer verilmiştir. Böylece şahsılık ilkesinin uygulanması bakımından cezai müeyyide ve idari müeyyide arasında bir fark gözetilmiştir. Ne var ki, AY m. 38/6’da ceza sorumluluğunun şahsılığı ilkesinden söz edilirken, kanaatimizce kriminal ceza, yönetsel ceza veya disiplin ceza ayrımı yapılmamış; genel olarak “ceza” denilmek suretiyle ceza sorumluluğunun “her türünün” bireyselleştirilmesi istenmiştir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Ceza sorumluluğunun şahsılığı ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir” (AYM, E. 2013/43, K. 2013/168, 26.12.2013).

2.4.1.1.2.3.4.2. Türleri

Tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali ve müsadere olmak üzere iki tedbirden ibarettir (TCK m. 60/1-2)¹¹⁶³. Kanunda tüzel kişiler hakkında uygulanacak genel tedbirler *numerus clausus* ilkesi doğrultusunda hazırlanmıştır. TCK m. 60'ta bir değişiklik olmadığı sürece, tüzel kişiler hakkında bu iki tedbir dışındaki bir tedbire hükmolunması olanağı yoktur.

2.4.1.1.2.3.4.2.1. Faaliyet İzninin İptali

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri olarak faaliyet izninin iptali tedbirlerinin uygulanmasının koşulları şunlardır (TCK m. 60/1):

- Tüzel kişi, bir özel hukuk tüzel kişisi olmalıdır¹¹⁶⁴.
- Tüzel kişi, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunmalıdır.
- Tüzel kişi yararına, onun organ veya temsilcisinin iştirakiyle bir suç işlenmelidir¹¹⁶⁵.

¹¹⁶³ TCK m. 20'nin gerekçesinde tüzel kişinin suç faili sayılmayacağı ifade edilmişken; TCK m. 60'ta tüzel kişiler güvenlik tedbirlerinin muhatabı sayılmıştır. Bu nedenle öğretide aslında bir başkasının (organ veya temsilcinin) işlediği suçtan dolayı tüzel kişiye tedbir uygulandığı; bu durumun başkasının fiilinden sorumluluğu yasaklayan temel kurala aykırılık oluşturduğu gibi çelişkili olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 496; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 104; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 327; NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 203. Gerçekten, fail olamayacağı TCK m. 20'nin gerekçesinde açıkça kabul edilen bir kişiye, bu kişi bir tüzel kişi olsa bile, hangi kritere dayanarak tedbir uygulandığı belirsizdir. Nitekim bir tedbir ancak bir süreyi muhatap kabul edebilir. Bilindiği üzere suçun varlığı maddi unsurun varlığına; maddi unsurun varlığı ise hareketin varlığına bağlıdır. Bir ceza veya güvenlik tedbiri, ancak ceza hukuku bakımından dikkate alınması gereken bir hareketin karşılığında veya vesilesiyle uygulanır. Zira hareket yoksa, suç yoktur ve ne ceza ne de güvenlik tedbiri uygulanabilir. O halde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri öngören TCK m. 60'ta kendisine hukuki sonuç bağlanan hareketle ilgili iki ihtimal akla gelmektedir: Eğer fail yalnızca gerçek kişi olabiliyorsa, onun hareketinin hukuki sonucu, ceza hukukunu ihlal eden bir hareketi olmayan tüzel kişi üzerinde doğmaktadır. Aksine eğer organın hareketi tüzel kişinin hareketi gibi değerlendiriliyorsa, bu kez de zaten doğrudan doğruya tüzel kişiyi fail saymak gerekecektir. İlk ihtimal kabul edilirse, TCK'nın üçüncü kişinin fiilinden sorumluluğa yer verdiği kabul edilmelidir. İkinci ihtimal kabul edildiğinde ise kanun koyucunun TCK m. 20'nin gerekçesindeki ifadelerinin aksine, tüzel kişilerin TCK m. 60 hükmüyle fail olarak kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁶⁴ Öğretide bir görüşe göre, kamu tüzel kişilerine uygulanmayan güvenlik tedbirlerinin sadece özel hukuk tüzel kişileri ile sınırlandırılması, kanun önünde eşitlik ilkesine (AY m. 10; TCK m. 3/2) aykırıdır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 376; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 351, 1008. Buna karşılık, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin suçun faili olamayacağı ilkesinin arkasında yatan nedenin, devletin suç işleyemeyeceği, onun varlık sebebinin toplumsal düzeni korumak ve bu kapsamda suçları önlemek olduğu; ayrıca kamu tüzel kişilerinin cezalandırılmasının bir anlamda onların sunduğu hizmetten yararlanan vatandaşın cezalandırılması anlamına geleceği hususunda bkz. ÖZEN, “Tüzel Kişiler”, s. 78.

¹¹⁶⁵ Normun lafzı dikkate alınacak olursa, Kanun'da kullanılan “organ veya temsilcilerinin iştirakiyle” ibaresinde yer alan “iştirak” sözcüğünden anlaşılması gereken, organ veya temsilcinin tüzel kişi ile

- Tüzel kişi yararına işlenen suç kasıtlı olmalıdır.
- Tüzel kişi yararına işlenen suç, faaliyet izninin verdiği yetkinin kötüye kullanılması biçiminde işlenmelidir.
- Tüzel kişi hakkında tedbir uygulanacağı kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır¹¹⁶⁶.

Faaliyet izninin iptaline karar verilebilmesi için yukarıdaki şartların tümü gerçekleşmelidir. Zira bunlar kümülatif koşullardır. Belirtmek gerekir ki, iptal edilecek konu faaliyet izni ile sınırlıdır. Faaliyet izni ile kuruluş izni birbirinden farklıdır. Bu tedbir ile iptal edilen tüzel kişinin faaliyette bulunmasına yönelik olarak aldığı izindir. Nitekim faaliyet izni, tüzel kişinin tüzüğünde belirlediği faaliyet alanında faaliyette bulunmasına ilgili kamu kurum ve kuruluşunca müsaade edilmesini ifade eder¹¹⁶⁷. Faaliyet izninin iptal edilebilmesi için ise, iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması gerekir. İznin verdiği yetkinin kötüye kullanılmış sayılması için, madde ve gerekçesine göre, tüzel kişi yararına herhangi bir suçun işlenmesi yetmez; işlenen suçun hem verilen izinle nedensel bir ilişki içinde olması hem de tüzel kişinin organ veya temsilcisinin iştirakiyle işlenmesi gerekir.

2.4.1.1.2.3.4.2.2. Müsadere

Tüzel kişi hakkında uygulanacak bir diğer hukuki sonuç, müsadereyi. Kanun, tüzel kişiyi muhatap kabul eden müsadereyi kendi içinde türlere ayırmamış, genel bir atıf yapmakla yetinmiştir. Gerekçede de “eşya ve maddi çıkarlar”dan bahsedilmiştir. Dolayısıyla tüzel kişi hakkında TCK m. 54 ve 55 uyarınca eşya ve kazanç müsadereyi ile eşdeğer ve kaim değer müsadereye başvurulabilir.

iştirak içinde olması değil, bunların diğer gerçek kişilerle iştirak içinde olmasıdır. Bunun gerekçesi, kanaatimizce tüzel kişinin iştirak iradesi açıklamaktan yoksun olmasından ziyade, sistematik ve lafzî yorumun bu tür bir kabule müsaade etmemesidir. Öğretide tüzel kişinin irade ve kusur yeteneğinin yokluğu dolayısıyla iştirak iradesi açıklayamaması ve yalnızca organ veya temsilci vasıtasıyla suç işleyebilmesi nedeniyle bu sonuca ulaşan bir görüş için bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1368; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 621; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 648;

¹¹⁶⁶ TCK m. 60/4: “Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır”. Gerekçede bu şart, “Özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hâllerde hükmedilebilecektir” şeklinde ifade edilmiştir. TCK’da 76/3, 77/3, 78/2, 79/4, 80/4, 90/6, 91/7, 111, 140, 169, 181/5, 189, 226/6, 227/7, 228/5, 242, 246, 253, 282/5, 302/3, 304/3, 309/3’üncü maddeler, tüzel kişinin tedbir sorumluluğunu düzenlemektedir.

¹¹⁶⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 496; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 104.

TCK m. 60/1’de faaliyet izninin iptali için aranan özel koşullar, müsadere için aranmamıştır. Dolayısıyla tüzel kişi yararına işlenen suç açısından müsadere için uygulanma koşullarının gerçekleşmesi yeterlidir¹¹⁶⁸. Bu nedenle tüzel kişi yararına işlenen bir suçtan dolayı müsadere kararı verilebilmesi için, özel hukuk tüzel kişinin izne dayalı olarak faaliyette bulunması gerekmediği gibi, izne dayalı olarak faaliyette bulunması halinde de işlenen suçun iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılmasıyla nedensel bir ilişki içinde olması gerekmez.

2.4.1.1.2.3.4.3. Orantılılık İlkesi

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin yukarıda sıralanan koşulları gerçekleşmişse, mahkemenin ya iznin iptaline ya müsadereye yahut her ikisine hükmetmesi beklenir. Bununla birlikte, sözü edilen tedbirlerin “işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda” hâkimin¹¹⁶⁹ bu tedbirlere hükmetmeyebileceği (TCK m. 60/3) kabul edilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, tüzel kişilere özgü tedbir muhakemesinde aynı zamanda orantılılık bakımından da bir değerlendirme faaliyetinde bulunmak durumundadır. Mahkeme, bir yandan uygulamayı düşündüğü tedbirin ve bunun gerekçesini oluşturan suçun niteliğini, diğer yandan tedbirin uygulanmasıyla ortaya çıkarması beklenen durumu karşılaştırmak suretiyle bir karar verecektir. Tedbirin olası zararlı neticeleri, tedbirle beklenen olası faydadan fazla ise tedbirin uygulanmamasına; aksi halde uygulanmasına hükmedilecektir. Dolayısıyla orantılılık ilkesi, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine karar verip vermeme konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin elli işçinin görev yaptığı bir şirketin yöneticisi, borçlunun şirkete olan borcunu tehditle ödetmişse (TCK m. 111); tehdidin verdiği zarar (kişi hürriyetinin kısıtlanması), faaliyet izninin iptalinin vereceği zarar (işçilerin tümünün işsiz kalması) ile kıyaslandığında iznin iptali yoluna gidilmemesi, orantılılık ilkesinin bir gereğidir.

Belirtelim ki, orantılılık ilkesi, bir tedbir muhakemesi prensibi olarak dikkate alınabileceği gibi tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin maddi uygulanma koşulu olarak da değerlendirilebilir. Nitekim bu ilke, TCK m. 60/3’te “bu tedbirlere” ifadesi

¹¹⁶⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 558-559, kn. 987; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 621; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 648; DEMİRBAŞ, s. 661. Müsadereye, aşağıda mali güvenlik tedbirleri içerisinde yer verildiği için burada müsadere için ayrıntısına girilmemiştir.

¹¹⁶⁹ Güvenlik tedbirlerine hâkim değil mahkeme karar verir. Madde gerekçesinde isabetli olarak “mahkeme” kavramı kullanılmıştır. Bu nedenle TCK m. 60/3’te yer alan “hâkim” ibaresi isabetli olmadığı gibi gerekçeyle de örtüşmemektedir. Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 498; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 105.

kullanılmak suretiyle hem iznin iptalini hem de müsadereyi kapsamına alacak şekilde düzenlenmiştir. Kanaatimizce TCK m. 60/3'teki orantılılık, TCK m. 54/3'te aranan orantılılık ilkesinden daha geniş bir anlama sahiptir. Nitekim 54/3'üncü maddede yer verilen orantılılık, yalnızca “suçta kullanılan eşyanın müsadere” söz konusu ise uygulanabilmektedir. Oysa 60/3'üncü madde, bu tür bir sınırlamaya yer vermediği için, müsaderenin her iki türünü ve eşya müsaderesinin tüm uygulanış biçimlerini kapsamına almaktadır. Bununla birlikte tüzel kişiler hakkında daha kapsayıcı bir anlam taşısa bile, müsadere orantılılık ilkesinin yalnız eşya müsadere ile sınırlı olduğunu, buna karşın niteliği gereği kazanç müsaderesinde orantılılık ilkesinin uygulanamayacağını düşünmekteyiz.

2.4.1.1.2.3.4.4. Hukuki Niteliği

Tüzel kişilerin muhatap olduğu güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğini, türler için ayrıca değerlendirmek gerekir. Kanun hem iznin iptalini hem de müsadereyi birer güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir. Belirtelim ki, TCK'da düzenlenen mali güvenlik tedbirleri içerisinde aşağıda eşya ve kazanç müsaderesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak ifade edilenler, tüzel kişinin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin müsadere için de aynen geçerlidir.

Faaliyet izninin iptali incelenecek olduğunda, bu tedbirin, ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu niteliğinde olmadığı görülmektedir. Nitekim iznin iptali, karara kendiliğinden eklenmemekte, mahkemenin ayrıca bir karar vermesini gerektirmektedir¹¹⁷⁰. Bununla birlikte mahkemenin koşulları gerçekleştiğinde tüzel kişinin faaliyet izninin iptaline karar verip vermeme konusunda değerlendirme yapma yetkisi yoktur. TCK m. 60'ın orantılılık ilkesini düzenleyen 3'üncü fıkrası dışında, şartlar gerçekleştiğinde mahkemenin iznin iptaline karar vermesi mecburidir. Ne var ki bu hukuki sonucun bir ceza olarak değerlendirilmemesi gerektiği de söylenebilir¹¹⁷¹; çünkü faaliyet izninin iptali, tüzel kişinin kusur yeteneğini yahut onun kusurunun dengelenmesini esas alan ilave bir ceza mahkûmiyeti hükmü kurulmaksızın, yalnızca gerçek kişi mahkûmiyetine bağlanmak suretiyle eklenerek uygulanan bir “zorunlu hukuki sonuç” özelliği göstermektedir. Keza bu tedbir, tüzel kişinin varlığını/kişiliğini

¹¹⁷⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 711.

¹¹⁷¹ Aksi yönde, TCK m. 60'ta yer verilen faaliyet izni ve müsaderenin her ikisinin de hukuki nitelik itibarıyla “ceza” olduğu görüşü için bkz. DEMİRBAŞ, s. 242. Bunların birer “fer'i ceza” olduğu görüşü için bkz. BAYRAKTAR, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 29.

tümüyle sona erdirmemekte; onun belli bir faaliyet sahasındaki faaliyetlerinin yürütülmesini engellemektedir¹¹⁷². Bununla birlikte kanun iznin iptalini güvenlik tedbiri olarak düzenlemişse de kanaatimizce onun güvenlik tedbirlerinin tüm özelliklerini taşıdığı da söylenemez¹¹⁷³. Nitekim faaliyet izninin iptalinde, tüzel kişinin sergilediği tehlikenin geleceğe yönelik önlenmesinden ziyade, onun organ veya temsilcisinin iştirakiyle işlenen fiilden ötürü geçmişe yönelik misilleme düşüncesi daha baskındır. Çünkü TCK m. 60/1’de düzenlenen hukuki sonucun şartları arasında mahkemenin tüzel kişinin ileride suç işleme tehlikesinin olup olmadığını değerlendirmesi şartı aranmamıştır. Kaldı ki bir tüzel kişinin faaliyetleri sosyal açıdan tehlike arz etse veya kanunun yararına kasıtlı bir suç işlenen her tüzel kişiyi tehlikeli¹¹⁷⁴ kabul ettiği düşünülse bile, tüzel kişinin –hukuken kişi olmasına rağmen- iyileştirilmesinden, tedavisinden, rehabilitasyonundan ve resosyalizasyonundan bahsetme olanağı bulunmamaktadır. Nihayet tüzel kişi hakkında uygulanan tedbirlerin, hüküm kesinleştikten sonra, infaz aşamasında denetlenmesi, değiştirilmesi, ağırlaştırılması yahut kaldırılması da olanaklı değildir. Bu nedenle hukuki nitelik itibarıyla iznin iptali tedbirinin, ceza karakteri ağır basan bir tür “cezai tedbir” veya “ceza benzeri tedbir” olduğu kanısındayız.

Gerek faaliyet izninin iptalinde gerekse müsadere, gerçek kişi hakkında cezaya; tüzel kişi hakkında ise tedbire hükmedilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar birden fazla hukuki sonuç birlikte uygulansa bile, bunların muhatap aldığı sùjeler birbirinden farklı olduğu için kanunda tüzel kişi hakkında öngör÷len ve güvenlik tedbiri olarak nitelenen tedbirlerin kümülatif sisteme örnek verilemeyeceğı söylenebilir. Çünkü Türk hukukunda tüzel kişi hakkında ceza müeyyidesi uygulanması kabul edilmemiştir.

2.4.1.2. Mali Güvenlik Tedbirleri

Güvenlik tedbirleri, kural olarak şahıs üzerinde uygulanan, muhatabı insan olan, faili iyileştirmek ve rehabilite etmek suretiyle toplumu gelecekteki suçlardan korumayı

¹¹⁷² Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1561; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 957; ÖZGENÇ, s. 880-881. Buna karşılık Kanun’da iznin geri alınmasından değil iznin iptalinden söz edildiğine göre, bunun tüzel kişi hakkında bir tür ölüm cezası anlamına geldiğı görüşü için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 711; benzer yönde bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 237-238, 734. İznin iptalinin tüzel kişinin varlığına son verilmesi anlamına geldiğı, böylece onun bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı görüşü için bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 203.

¹¹⁷³ Benzer yönde bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 203; CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 365.

¹¹⁷⁴ Tüzel kişinin tehlikeli halinden söz edilemeyeceğı görüşü için bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 203.

amaçlayan, öyleyse sosyal tehlikeli hali gerekçe edinerek özel önleme teorisini esas alan hukuki sonuçlardır. Ancak gerek karşılaştırmalı hukukta gerek ülkemizde tedbirler veya güvenlik tedbirleri başlıkları altında şahsi tedbirlerden başka suçla irtibatlı eşyayı veya malvarlığı değerlerini konu edinen mali tedbirlerden de söz edilmektedir. Bunların hukuki niteliğinin ne olduğu ilgili başlıklarda ele alınacak olmakla birlikte, kanunda düzenlendiği yer esas alınmak suretiyle bu tedbirleri mali güvenlik tedbirleri başlığı altında sistematize etmek mümkündür.

2.4.1.2.1. Alman Ceza Kanunu’nda Mali Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.2.1.1. Genel Olarak

Alman hukukunda müsadere, kazanç müsadere (Verfall) ve eşya müsadere (Einziehung) olarak ikiye ayrılmakta iken; 13 Nisan 2017 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2017 tarihinde yürürlüğe giren bir reform kanunuyla (Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung) birlikte müsadere tedbirine ilişkin bölümde bir dizi değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerle, kanuni düzenleme, Avrupa Parlamentosu’nun 2014/42/EU sayılı direktifi ile Avrupa Birliği’nde suçtan elde edilen eşya ve gelirlerin dondurulmasına ve müsadere edilmesine ilişkin 3 Nisan 2014 tarihli Tavsiye Kararı’na uygun hale getirilmiştir. Özellikle kanundaki yeni terminoloji dikkat çekmektedir. Nitekim kazanç müsadere için önceki düzenleme döneminde kullanılan “Verfall” kavramı yerine, yine eski düzenleme döneminde sadece eşya müsadere ifade etmek üzere kullanılan “Einziehung” kavramı geçirilmiş ve böylece bu kavramın kullanım alanı her iki müsadere türünü de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bunun gerekçelerinden biri uluslararası hukukta sıklıkla başvuru alan “confiscation (müsadere)” kavramının, sınır aşırı malvarlığı edinimlerine ilişkin anlaşılma zorluklarını çözmek amacıyla iç hukuka aktarılması ihtiyacı olarak gösterilmektedir¹¹⁷⁵.

Belirtelim ki, müsadere hükümleri Alman CK’da iyileştirme ve güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen 61 ilâ 72’nci maddeler arasında yer almamaktadır. Kanun, bu tedbirleri adı geçen başlıktan sonra gelen müsadere (Einziehung) başlığı altında 73 ilâ 76b maddeleri arasında düzenleme yoluna gitmiştir. Bununla birlikte

¹¹⁷⁵ HEUCHEMER, Michael, “StGB § 73 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern”, Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 36. Edition, München, 2017, Rn. 1; SALIGER, Frank, “Vorbemerkungen zu §§ 73 ff”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 3a.

kanundaki başlıklandırma, müsadereyi hukuki niteliğini –kanun koyucu nezdinde- etkilememektedir. Nitekim StGB § 11/1-b.8 uyarınca tedbirler deyiminden sadece iyileştirme ve güvenlik tedbirleri değil, aynı zamanda kazanç ve eşya müsadereyi de anlaşılmaktadır¹¹⁷⁶. Dolayısıyla Alman kanun koyucusu, hangi türden olursa olsun müsadereyi bir müeyyide değil “tedbir” olarak değerlendirmektedir. Bu tedbirler, öğretide de “iyileştirme ve güvenlik tedbirleri (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*)” olarak değil, “diğer tedbirler (*sonstige Maßnahmen*)” olarak ele alınmaktadır¹¹⁷⁷.

Müsadereye ilişkin yeni düzenleme gereğince, fail veya şerikin hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi sonucu veya bu nitelikte bir fiilin işlenmesi amacıyla elde ettiği eşya hakkında müsadere kararı verilir. Fail veya şerikin elde edilen eşyadan fayda sağlaması halinde, bunların da müsadere edilmesi gerekir. Bunların dışında mahkeme, failin veya şerikin müsadere konusu şeylerin devredilmesi suretiyle elde ettiği veya bunların yok edilmesi, zarar görmesi yahut elinden alınması nedeniyle tazminat olarak edindiği yahut kazanılmış hak temelinde iktisap ettiği eşyaların da müsadere kararına karar verebilir (StGB § 73). Belirtmek gerekir ki, yeni düzenlemede 73/1’inci paragraf, yalnızca terminolojiyi değiştirmekle yetinmiş; fakat konuyu değiştirmemiştir. Bu nedenle herhangi bir maddi değişim olmaksızın kazanç müsadereye ilişkin önceki düzenleme dönemindeki esasların müsadere adıyla hâlihazırda geçerli olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁸. Bu nedenle çalışmada türleri belli edebilmek amacıyla eski düzenleme zamanında geçerli olan kazanç ve eşya müsadereyi ayrımı temel alınmaktadır. Esasen eşya müsadereyi kapsamında kalmakla ve öğretide ayrı başlık açılmamakla birlikte, hukuki nitelik açısından önemli olduğunu düşündüğümüz güvenlik müsadereye de ayrı bir başlıkta değinilmektedir.

¹¹⁷⁶ Öğretide söz konusu düzenlemenin yasal bir tanım değil, yalnızca bir referans aracı olduğu; dolayısıyla maddede sayılan hukuki sonuçların niteliği hakkında herhangi bir bilgi vermediği ifade edilmektedir. Bkz. ESER, Albin, “Verfall und Einziehung: Vorbemerkungen”, Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 1.

¹¹⁷⁷ KINDHÄUSER, LPK-StGB, “Vor §§ 38-45b”, Rn. 4.

¹¹⁷⁸ HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 73, Rn. 1.

2.4.1.2.1.2. Türleri

2.4.1.2.1.2.1. Kazanç Müsaderesi

2.4.1.2.1.2.1.1. Genel Olarak

Öğretide kazanç müsaderesinin uygulanması için dört koşulun birarada bulunması gerektiğinden söz edilmektedir. Bu koşullardan ilki, hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır. Önemli olan muhatabın hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmiş olmasıdır; eşya müsaderesi (StGB § 74/1) koşullarının aksine kazanç müsaderesinde fiilin kasten işlenmesi şartı kanunda yer almamaktadır¹¹⁷⁹.

İkinci koşul, failin söz konusu hukuka aykırı fiil için veya fiilden dolayı bir şey “elde etmiş” olmasıdır. Bundan kasıt, fail veya şerikin suç dolayısıyla ekonomik değeri olan bir fayda sağlamış olmasıdır. Edinilen şeyin müsaderesi, StGB § 73/1 hükmünün temel ve standart düzenlemesi olup, failin elde ettiği şeylerin müsaderesine karar verilmesi –takdiri olmayıp- zorunludur¹¹⁸⁰. Failin veya şerikin suçun herhangi bir aşamasında doğrudan elde ettiği varlıkların tümü müsadere kapsamındadır. Kazanç müsaderesi için kazancın fiilen elde edilmiş olması gerekir; bu nedenle faillerin elde etmek istediği şeyler elde edilmiş sayılamayacağı gibi örneğin suç karşılığında taahhüt edilmiş olan ancak fiilen elde edilmemiş olan paranın müsaderesi yoluna da gidilemez¹¹⁸¹.

Üçüncü koşul, fail veya şerikin hukuka aykırı fiil nedeniyle veya bu fiilden kaynaklı olarak “bir şeyler” elde etmesidir. Bunun için fiilden dolayı veya fiil için bir şeyler kazanıldığıının iddianamede yer alması ve mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekir¹¹⁸².

Kazanç müsaderesinin dördüncü koşulu ise failin veya şerikin edinimlerinin “hukuka aykırı eylem sayesinde”¹¹⁸³ veya “hukuka aykırı eylem için” elde edilmesidir.

¹¹⁷⁹ JOECKS, Wolfgang, “StGB § 73 Voraussetzungen des Verfalls”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, 2016, Rn. 20; RÜBENSTAHL, Markus, “§ 73 Voraussetzungen des Verfalls”, AnwaltKommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015, Rn. 9.

¹¹⁸⁰ RÜBENSTAHL, AnwK-StGB, § 73, Rn. 7.

¹¹⁸¹ Bkz. HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 73, Rn. 6; JOECKS, MüKo-StGB, § 73, Rn. 29.

¹¹⁸² JOECKS MüKo-StGB, § 73, Rn. 30; RÜBENSTAHL, AnwK-StGB, § 73, Rn. 11.

¹¹⁸³ StGB § 73/1 hükmünün 2017 değişikliğinden önceki halinde “fiil için veya fiilden (*für die Tat oder aus ihr*)” olarak geçen ibare değişiklikle birlikte “hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla veya fiil için (*durch eine rechtswidrige Tat oder für sie*)” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu değişikliğin esasa etki edeceğini söylemek güçtür.

Suçun herhangi bir aşamasında doğrudan doğruya failin malvarlığında tahakkuk eden tüm değerler, hukuka aykırı eylem sayesinde kazanıldığı için müsadereye tabidir. Aynı zamanda fiil sayesinde elde edilen örneğin yasaklanmış fahiş fiyatlardan, döviz alım satım işlemlerinden veya yasa dışı kumardan elde edilen kazançlarda olduğu gibi diğer doğrudan faydalar da bu kapsamdadır¹¹⁸⁴. Suç için elde edilenler ise suçtan üretilmeyen ancak hukuka aykırı eylemin gerçekleştirilmesi karşılığında kazandırılan varlıkları kapsar. Bunlar suçun işlenmesi için bir ödül veya örneğin pasif rüşvet suçlarında alınan rüşvette veya kiralık katile ödenecek ücrette olduğu gibi bir ivaz (malvarlığında artış oluşturan her tür karşı edim) olabilir¹¹⁸⁵.

Alman CK'da kazanç müsaderesine ilişkin yukarıda koşulları sıralanan genel düzenlemenin yanı sıra önceki düzenlemede kazanç müsaderesi kapsamında kalan bazı hükümlere, bazı eksiltmeler ve değişikliklerle birlikte yer verilmiştir. Bu bağlamda genişletilmiş müsadere (§ 73a), üçüncü kişilere ait eşyaların müsaderesi (§ 73b), kaim değer müsaderesi ve kaim değer bedelinin tespit edilmesi (§§ 73c, 73d) ile eşya ve kaim değer müsaderesinin hariç tutulması (§ 73d) konusundaki yasal düzenlemeler bu şekildedir.

2.4.1.2.1.2. Hukuki Niteliği

Alman hukukunda kazanç müsaderesinin hukuki niteliği konusunda öğretide ve yargı içtihatlarında görüş birliği bulunduğu söylenemez. Bu konuda güvenlik tedbirlerinin “ceza karakteri” taşıdığını vurgulayan görüşlerin yanı sıra onun “güvenlik tedbiri karakteri” veya “onarıcı karakter” taşıdığını kabul eden görüşler de ortaya atılmıştır. Bir görüş ise kazanç müsaderesinin tipik bir tehlikeden söz edilemeyeceği gerekçesiyle bir güvenlik tedbiri olmadığını, failin kusuruyla işlediği hukuka aykırı fiilden kaynaklanan maddi menfaatlerin ele geçirilmesini amaçlayan ve yasa dışı zenginleşmeyi yeniden tersine çeviren bir geri alım benzeri (*quasi-kondiktionell*) tedbir olarak kendine özgü nitelikleri olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla kazanç müsaderesinin bir ceza olarak değerlendirilmediği, fakat iyileştirme ve güvenlik tedbiri niteliğinde de olmayan kendine özgü bir tedbir türü olarak kabul edildiği söylenebilir¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ JOECKS, MüKo-StGB, § 73, Rn. 45; RÜBENSTAHL, AnwK-StGB, § 73, Rn. 19.

¹¹⁸⁵ JOECKS, MüKo-StGB, § 73, Rn. 47; RÜBENSTAHL, AnwK-StGB, § 73, Rn. 20.

¹¹⁸⁶ Görüşler için bkz. SALIGER, NK-StGB, Vor § 73, Rn. 5; HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 73, Rn. 1; ESER, Schönke/Schröder-StGB, “Vorbemerkungen”, Rn. 18-19.

2.4.1.2.1.2.2. Eşya Müsaderesi

2.4.1.2.1.2.2.1. Genel Olarak

Kanunun değişiklikten önceki halinde eşya müsaderesinin koşulları başlığı altında 74'üncü maddede yer verilen düzenlemelerin ise 2017 yılında yapılan değişiklikle birlikte yine aynı maddede fakat farklı bir isimle düzenlendiği görülmektedir. Failde ve şeriklerde bulunan suç ürünlerinin (*Tatprodukte*), suç araçlarının (*Tatmittel*) ve suç nesnelerinin (*Tatobjekte*) müsaderesini düzenleyen yeni maddeye göre; kasıtlı bir fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan (suçun ürünleri) veya kasıtlı bir fiilin işlenmesinde veya hazırlanmasında kullanılan yahut kullanılmak üzere tespit edilmiş bulunan (suçun araçları) eşyalar müsadere edilebilir. Bir suçla ilişkili olan eşyalar (suçun nesneleri) de özel düzenlemeler uyarınca müsadereye tabidir. Bu sıralanan eşyaların müsaderesi yalnızca bu eşyalar üzerinde failin veya şerikin müsadere kararının verildiği esnada malik ya da hak sahibi olması durumunda olanaklıdır. Bu koşul, özel düzenlemeler gereği müsadereye hükmedilmesi gereken veya müsadereye olanak tanınan haller için de geçerlidir (StGB § 74)

Eşya müsaderesinin genel koşulları öğretide ikiye ayrılmaktadır¹¹⁸⁷. Bunlardan ilki, tedbirle isnadi olarak bağlantılı bir fiilin (*Anknüpfungstat*) bulunmasıdır. Eşya müsaderesi ancak kasıtlı bir suç dolayısıyla uygulanabilir. Tüm cürüm ve cünhalar bu kapsamdadır. Bunun için kusurlu ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı aranır. Bu nedenle örneğin meşru savunma ve hukuka uygunluk nedeni vasfında olan zorunluluk hali varsa eşya müsaderesi uygulanmaz. Buna karşılık kusur yeteneğinin azalması veya önlenebilir yasak hatası gibi hallerde müsadere mümkündür. Bir ihmali suçun işlenmesi halinde, müsadere, ilgili suçun unsurlarının açıkça izin vermesi şartıyla uygulanabilir. Keza bu tedbirin uygulanması için suça teşebbüs yeterli olduğu gibi, kanunda açıkça ve bağımsız olarak cezalandırılabilir olduğu öngörüldüğü müddetçe hazırlık hareketleri de yeterli sayılmaktadır¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁷ Alman hukukunda kazanç müsaderesinde olduğu gibi eşya müsaderesinde de AB hukuku ile uyumlaştırma çabaları sonucu 2017 yılında birtakım değişiklikler yapılmıştır. StGB § 74'te maddi şartlar bakımından genel bir değişiklik olmamakla birlikte, yalnızca 1'inci fıkrada fiilden hâsıl olan (*Tatprodukt*) ile fiilin işlenmesinde kullanılan (*Tatmitteln*) nesneler arasındaki fark özel olarak vurgulanmıştır. Bkz. HEUCHEMER, Michael, "StGB § 74 Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern", Beck'scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 36. Edition, München, 2017, Rn. 1.

¹¹⁸⁸ JOECKS, Wolfgang, "StGB § 74 Voraussetzungen der Einziehung", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 7.

Eşya müsadereisinin ikinci genel koşulu, müsadere edilebilir bir eşyanın bulunmasıdır. Öğretide bu türden nesneler, dört başlık altında incelenmektedir:

Alman hukukunda eşya müsadereesine yol açan ilk olasılık, nesnenin suç vasıtasıyla elde edilmesidir. Bu hipotez bakımından varlığını doğrudan doğruya suçun işlenmesine borçlu olan yani suçtan husule gelen eşyadan (*producta sceleris*) söz edilmektedir. Buna örnek olarak sahte senetler ve banknotlar gösterilmektedir. Suçun meyveleri (*scelere quaesita; Früchte des Verbrechens*) yani suçtan elde edilen şeyler, örneğin çalınan para veya suç işleme sonucu alınan ücret bu kapsamda değildir. Ancak eğer bu nesnelerin kendileri başka suçların işlenmesi için tasarlanmışsa durum değişir¹¹⁸⁹.

Eşya müsadereesi, ikinci bir olasılık olarak, suçun işlenmesinde veya hazırlığında kullanılan veya suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya (*instrumenta sceleris*) üzerinde uygulanabilir. Bu türden eşyanın suçun icra hareketlerine başlandığı anda kullanılmış veya hazırlanmış olması yeterlidir. Hazırlık hareketlerinin kanunen cezalandırıldığı hallerde, eşyanın hazırlık aşamasında kullanılması halinde de müsadere mümkündür. Belirtelim ki, bu türden eşyanın eylemin başlatılması için tasarlanmasının yeterli olması sebebiyle, nihayetinde söz gelimi hırsızlık suçunda bilfiil kullanılmamış olsa bile bu suç için hazırlanan bir maymuncuk veya ege yahut cinsel saldırı veya hürriyetten yoksun kılma suçlarını işlemek üzere hazırlanan bir kamyonet de müsadere edilebilir. Burada gerekli ve yeterli olan, kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın suça teşvik etmesi veya fiili desteklemesidir¹¹⁹⁰.

Eşya müsadereesine yol açan üçüncü olasılık, bağlantılı (ilişkili) nesnelerden (*Beziehungsgegenstände*) söz edilen hallerdir. Bunlar, StGB § 74/1 kapsamına girmeyen, suçun işlenmesinin araçları olmayan, aksine eylemin bizatihi kendisinin – ürünü değil fakat- zorunlu nesnesi olan eşyalar ve haklardır¹¹⁹¹. Suçla bağlantılı bir nesnenin yalnızca ara sıra kullanılması yeterli değildir. Ayrıca bağlantılı nesnelerin müsadereesi ancak özel hükümlere dayanılarak gerçekleştirilebilir. Örneğin bilgisayar vasıtasıyla işlenen bir suçta kural olarak bilgisayarın müsadereesi mümkündür; ancak ilişkisel nesne niteliğindeki depolama ortamı olarak kullanılan sabit diskin müsadere edilebilmesi StGB § 184b/6-c.2 hükmüne tabidir¹¹⁹².

Eşya müsadereisinin dördüncü olasılığı, öğretide eşyanın özdeşliği (*Identität des Gegenstandes*) olarak ifade edilen durumdur. Müsadere edilecek nesne, suç vasıtasıyla

¹¹⁸⁹ JOECKS, MüKo-StGB, § 74, Rn. 11-12; ADICK, AnwK-StGB, § 74, Rn. 5.

¹¹⁹⁰ JOECKS, MüKo-StGB, § 74, Rn. 13-14; ADICK, AnwK-StGB, § 74, Rn. 6.

¹¹⁹¹ JOECKS, MüKo-StGB, § 74, Rn. 19; ADICK, AnwK-StGB, § 74, Rn. 8.

¹¹⁹² JOECKS, MüKo-StGB, § 74, Rn. 21.

ortaya çıkan yahut suçun işlenmesinde kullanılan eşya ile aynı olmalıdır. Buradan hareketle müsadere konusu nesnenin değiştirilmesi veya işlenmesi halinde StGB § 74/1 kapsamından çıkacağı açıktır. Bununla birlikte kanun, müsadere konusunun objektif biçiminin ortadan kalkması halinde, kaim değer müsaderesine olanak tanımıştır¹¹⁹³.

Alman CK'da eşya müsaderesine ilişkin yukarıda koşulları sıralanan genel düzenlemenin yanı sıra önceki düzenlemede eşya müsaderesi kapsamında kalan bazı hükümlere, birtakım değişikliklerle birlikte farklı maddelerde yer verilmiştir. Bu kapsamda kanunda üçüncü kişilere ait eşyaların müsaderesi (§ 74a), kaim değer müsaderesi (§ 74c), yazıların müsaderesi ve kullanılamaz hale getirme (§ 74d), tüzel kişilerin organ ve temsilcileri hakkında özel hükümler (§ 74e), orantılılık ilkesi (§ 74f) ve eşya müsaderesinin etkisi (§ 75) hakkındaki düzenlemelere yer verilmiştir. Değişiklikten önce kanunda yer alan ve kazanç ve eşya müsaderesi arasındaki ortak hükümleri düzenleyen başlığa değişiklikten sonra yer verilmemekle birlikte, bu başlık içerisinde yer alan iki ortak hükme, kanunun yeni düzenlemesinde de yer verilmiştir. Bunlar; sonradan kaim değer müsaderesi kararının verilmesi (§ 76) ve bağımsız müsadere (§ 76a) hakkındaki hükümlerdir. Bunlara ilaveten yeni düzenlemede ayrıca müsaderenin tüm türlerini kapsayacak şekilde zamanaşımına ilişkin bir hüküm de sevk edilmiştir (§ 76b).

2.4.1.2.1.2.2.2. Hukuki Niteliği

Kazanç müsaderesindeki kadar olmasa da eşya müsaderesinin hukuki niteliğinin de Alman öğretisinde tartışıldığı söylenebilir. Bu tartışmanın kaynağı, eşya müsaderesinin tek tip bir uygulama alanı ile sınırlı olmamasından kaynaklanır. Nitekim yerine göre eşya müsaderesinin ceza veya güvenlik tedbiri olarak uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin failin veya şeriklerden birinin kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullandığı veya bunların işledikleri suçtan kaynaklanan eşyanın müsadere edilmesinin “ceza karakteri”; buna karşılık aşağıda güvenlik müsaderesi başlığı altında görüleceği gibi, örneğin suçla bağlantılı eşyanın toplumu tehdit etmesi veya hukuka aykırı fiillerin işlenmesinde kullanılması tehlikesi üzerine gerçekleştirilen müsaderenin “güvenlik tedbiri karakteri” ağır basmaktadır. Müsadere konusunun bir başkasına ait olması veya üçüncü kişinin eşya üzerinde hak sahibi olması durumunda ise müsaderenin bir “çifte karakter” taşıdığı; nitekim suça iştirak edenler açısından bir

¹¹⁹³ JOECKS, MüKo-StGB, § 74, Rn. 23; ADICK, AnwK-StGB, § 74, Rn. 9.

“ceza” özelliği gösterirken, üçüncü kişi tarafından “ceza benzeri tedbir” olarak algılanacağı ifade edilmektedir¹¹⁹⁴.

2.4.1.2.1.2.3. Güvenlik Müsaderesi

2.4.1.2.1.2.3.1. Genel Olarak

Alman kanun koyucusu, 2017 yılından önce eşya müsaderesinin koşulları içerisinde yerleşik olan “tehlikeli eşya müsaderesi”ni, sözü edilen tarihte yaptığı değişiklikle ayrı bir maddede (StGB § 74b) ve “güvenlik müsaderesi (*Sicherungsziehung*)” şeklinde ayrı bir isimle düzenlemeyi tercih etmiştir. Buna göre, nitelik ve özellikleri bakımından toplumu tehlikeye düşürmesi yahut hukuka aykırı fiillerin icrasına hizmet etme tehlikesi barındırması durumunda, failin veya şerikin kusursuz hareket etmesi ya da eşyanın fail ve şerik dışında bir başkasına ait olması halinde de söz konusu tehlikeli eşyanın ayrıca müsadere edilebileceği kabul edilmiştir. Güvenlik müsaderesi durumunda eşyanın suçla ilgisi olmayan üçüncü kişiye ait olması veya bu kimsenin eşya üzerinde hak sahibi olması halinde, devlet hazinesinden bu kimseye müsadere edilen eşyanın rayiç değeri dikkate alınarak uygun bir ödeme yapılmaktadır. Ancak normalde tazminat ödenecek olan kişi, eğer eşyanın bir eylemin aracı veya nesnesi olmasına en azından dikkatsiz davranmak suretiyle katkıda bulunmuşsa veya eşyanın müsadereye tabi niteliğini bilerek devralmışsa ya da eşya üzerinde tazminat hakkı olan kişileri kalıcı olarak bu hakkından mahrum bırakmışsa, kendisine tazminat ödenmemektedir.

Güvenlik müsaderesine başvurabilmek için doğası gereği “tehlikeli” olduğu kabul edilen bir eşya bulunmalıdır. Öğretide eşyanın genel ve özel tehlikeliliğinden söz edilmektedir. “Soyut tehlike” veya “eşyaya bağlı tehlike” olarak da adlandırılan “genel tehlike”, kendi doğası ve koşullarına göre bireysel olarak belirlenmemiş kişilerin hayatını tehlikeye atan eşyanın ortaya koyduğu tehlike halidir. Genel menfaatlerin veya toplumun tümünün tehlikeye düşürülmesi aranmamaktadır. Örneğin zehirler, patlayıcı maddeler, nükleer yakıtlar, radyoaktif maddeler, iyonlaştırılmış radyasyon yayan

¹¹⁹⁴ SALIGER, NK-StGB, Vor § 73, Rn. 6-11; ESER, Schönke/Schröder-StGB, “Vorbemerkungen”, Rn. 13-17.

maddelerin üretim cihazları, bozulmuş gıda maddeleri, hırsızlık için özel olarak üretilmiş malzemeler, genel tehlikeli eşya niteliği taşır¹¹⁹⁵.

“Somut tehlike” veya “eşyaya bağlı olmayan tehlike” olarak da adlandırılan “özel tehlike” ise, doğası gereği tehlikesiz veya hiç olmazsa tehlike açısından nötr bir özellik göstermesine rağmen, suçta kullanılan araçlarla bağlantılı olduğunda veya elinde bulunduran kişinin kriminal eğilimi nedeniyle ya da onun ihmalden dolayı özel koşullar altındaki kullanım şekli dolayısıyla tehlike kaynağı olabilen eşyanın sergilediği tehlike halidir. Örneğin bıçaklar ve araç-gereçler, terör örgütlerinin gelecekteki eylemlerinde kullanılmak üzere ayrılan paralar, ünlü sanatçıların resimlerinin kopyaları, bunların hukuka aykırı kullanımının yakın olduğunu gösteren koşullar dolayısıyla müsadere edilebilir¹¹⁹⁶.

2.4.1.2.1.2.3.2. Hukuki Niteliği

Şayet eşyanın tür ve koşullarından kaynaklanan bir tehlikeliliğin giderilmesinden söz edilmekte ise uygulanan müsadere tedbir niteliği ön plandadır. Nitekim bu halde hukuka aykırı fiille bağlantılı olma şartıyla yetinilmekte, eşyaya ilişkin bir tehlike önleminden söz edilmektedir. Tehlikeli eşya müsadere tedbirinin, müsadere diğer türlerinin aksine bir yandan eşyanın toplum açısından tehlikeli halini esas alması, öte yandan failin kusur yeteneğine sahip olması şartını aramaması nedeniyle “güvenlik karakteri” daha baskındır¹¹⁹⁷.

2.4.1.2.2. İtalyan Ceza Kanunu’nda Mali Güvenlik Tedbirleri

İtalyan ceza hukukunda mali güvenlik tedbirleri (*delle misure di sicurezza patrimoniali*) olarak iyi hareket teminatı (Denetimli serbestlik tedbirine yardımcı bir tedbirdir) (Art. 231, 237-239) ve müsadere (suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan elde edilen maddi varlığa sahip eşyalar ile mahkûmiyet kararı bulunmasa bile üretimi, kullanılması, bulundurulması ve satışı suç teşkil eden eşyalara elkonulması) (Art. 240)

¹¹⁹⁵ HEUCHEMER, Michael, “StGB § 74b Sicherungseinziehung”, Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 39. Edition, München, 2018, Rn. 2.

¹¹⁹⁶ HEUCHEMER, BeckOK-StGB, § 74b, Rn. 3.

¹¹⁹⁷ ESER, Schönke/Schröder-StGB, “Vorbemerkungen”, Rn. 15; SALIGER, NK-StGB, Vor § 73, Rn. 8-9.

hükümlerine yer verilmiştir (Art. 236)¹¹⁹⁸. İtalyan kanun koyucusu her iki hukuki sonucun niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunu açıkça tespit etmiştir.

2.4.1.2.2.1. Müsadere

İtalyan ceza hukukunda müsadere (*confisca*) tedbiri, suç işlemeye yarayan veya suça özgülenmiş olan ya da suçun ürünü, faydası veya bedeli niteliğinde olan yahut üretilmesi, bulundurulması, devredilmesi, kullanılması ya da taşınması suç olan eşyanın mülkiyetinin devlete intikal etmesi anlamına gelmektedir¹¹⁹⁹. Dolayısıyla İtalyan hukukunda tüm malvarlığını kapsayan “genel müsadere” değil, yalnızca suçla irtibatlı eşya ile sınırlandırılan bir “özel müsadere” sistemi benimsenmiştir¹²⁰⁰.

Bu ülkede müsadere, suçun maddi delillerini (*corpus delicti*) teşkil eden eşyalar ile suça ilişkin diğer fiziki unsurları kapsamaktadır. Müsadere kararının içerdiği varlıkların yelpazesi son derece geniştir. Bu bağlamda taşınır veya taşınmaz mallar ile para, sermaye kazancı, hisse senetleri gibi çeşitli maddi varlıklar müsaderenin konusunu oluşturabilmektedir. Dolayısıyla kanunda müsadere edilmesi yasaklanmış bir maddi malvarlığı değerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte örneğin diplomatlarda olduğu gibi mallarının müsadere edilmesi yasaklanmış kişiler bulunmaktadır¹²⁰¹.

Eğer fail hakkında vergi suçlarından ya da yolsuzluk suçlarından biri dolayısıyla ceza mahkûmiyetine hükmolunmuşsa, müsaderenin, suçun etkisinin, bedelinin veya ürününün değerine karşılık gelen bir para miktarına ilişkin olması da mümkündür. Buna “eşdeğer müsadere” adı verilmektedir¹²⁰².

Suçun bedelini oluşturan eşya ile üretilmesi, bulundurulması, taşınması veya kullanılması suç olan eşyanın devlete intikali “zorunlu müsadere”; buna karşılık diğer eşya veya kazancın intikali ise “ihtiyari müsadere” niteliğindedir¹²⁰³.

İtalya’da 6 Eylül 2011 tarihli ve 159 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca, yasa dışı kazanç elde ettiğinden şüphelenilen kişiler, yaşam tarzı ile resmi olarak beyan edilen geliri arasındaki orantısızlığı haklı çıkaramazsa, müsaderenin bir idari tedbir olarak uygulanması da mümkündür¹²⁰⁴.

¹¹⁹⁸ PISAPIA, s. 179; ORLANDI, s. 607; CANTOR, “Italy”, s. 221; RENDE, s. 81.

¹¹⁹⁹ PISAPIA, s. 179; ORLANDI, s. 607; RENDE, s. 81.

¹²⁰⁰ RENDE, s. 81.

¹²⁰¹ ORLANDI, s. 608.

¹²⁰² ORLANDI, s. 608.

¹²⁰³ PISAPIA, s. 179; RENDE, s. 81. Zorunlu müsaderenin uygulanabilmesi için eşyanın suçla irtibatlı bulunmayan üçüncü kişilerin mülkiyetinde olmaması veya üretimi için idareden özel izin alınmaması olması gerekir (PISAPIA, s. 179).

¹²⁰⁴ ORLANDI, s. 608.

2.4.1.2.2.2. İyi Hareket Teminatı

İtalyan ceza hukukunda iyi hareket teminatı (*la cauzione di buona condotta*) tedbiri, para cezaları kasasına (*la Cassa delle ammende*) belirli bir miktar paranın depozito olarak yatırılması suretiyle icra olunmaktadır (Art. 237/1)¹²⁰⁵. İyi hareket teminatının ipotek veya ortak kefalet şeklinde icra edilmesine de olanak tanınmıştır (Art. 237/2). Bu güvenlik tedbiri, diğerlerinin aksine, kanunda hem asgari hem azami olarak belli bir süreye bağlanmıştır. Buna göre iyi hareket teminatının süresi bir yıldan az ve beş yıldan fazla olamaz (Art. 237/3).

İyi hareket teminatının konusunu oluşturan miktar ödenmez veya güvence gösterilmezse hâkim bu tedbiri denetimli serbestlik tedbiri ile değiştirir (Art. 238).

Güvenlik tedbirinin uygulanması sırasında tedbirin muhatabının herhangi bir suç işlememesi halinde, ödenen meblağın veya ipoteğin iptali istenir ve kefalet ortadan kaldırılır. Aksi takdirde yani muhatabın bu süre içinde bir suç işlemesi durumunda, onun yatırdığı depozito veya gösterdiği güvence, para cezaları kasasına sevk edilir (Art. 239).

2.4.1.2.3. Türk Ceza Kanunu'nda Mali Güvenlik Tedbirleri

2.4.1.2.3.1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu sistematüğinde mali güvenlik tedbirleri, eşya ve kazanç müsadereşi şeklinde tespit edilmiştir (TCK m. 54-55). Genel olarak müsadere, işlenen bir suçun karşılığı olarak suçlunun malvarlığının tamamı ya da bir bölümü üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılarak, bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir teşekküle devredilmesi anlamına gelmektedir¹²⁰⁶. Müsadereyi öğretide “zorallım” olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır¹²⁰⁷. Bu kavramı esas alan bir tanıma göre, kanunda yazılı durumlarda belirli malların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete geçmesini

¹²⁰⁵ Kanunda mevcut halde teminat olarak yatırılması gereken miktarın alt sınırı 103, 29 Euro; üst sınırı ise 2065, 83 Euro olarak tespit edilmiştir (Bkz. Art. 237/1). Bu tedbirin uygulama sahasının müsadereye kıyasla çok daha az olduğu ifade edilmektedir. Bkz. VASSALLI, s. 515.

¹²⁰⁶ DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 709, kn. 1554; krşl. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 390; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 581; DEMİRBAŞ, s. 639.

¹²⁰⁷ Zorallım, zapt ve elkoyma kavramlarının müsadereye farklı anlamlar taşıdığı konusunda bkz. GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İÜSBE, İstanbul, 1993, s. 16-18.

sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan yaptırıma zoralım adı verilir¹²⁰⁸. Müsadere, TCK gerekçesinde, bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesi sonucunu doğuran bir yaptırım olarak tanımlanmıştır. Müsadere sonucu elkonulan şeyin mülkiyet hakkı tamamen kamusal makamlara intikal etmektedir.

Organik ve amaçsal açıdan müsadere, öğretide, ceza hukukundaki müsadere ve idari yaptırım olan müsadere olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımı yapan bir görüşe göre, mahkeme tarafından karar verilen ve ceza ya da güvenlik tedbiri niteliğinde olan yaptırım, ceza hukukunda söz konusu olan müsaderedir. Buna karşılık mahkeme tarafından değil de idari organlarca karar verilen müsadere ise idari yaptırım niteliğinde karşımıza çıkar¹²⁰⁹.

Organik açıdan yapılan ayrım dışında müsadere, kapsamı ve sonuçları açısından da genel ve özel müsadere olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suç işlemek amacıyla hazırlanan, suçtan elde edilen veya suçla bağlantılı olan şeylerin mülkiyetinin devlete geçirilmesi “özel müsadere”; buna karşılık suç failinin bütün malvarlığının devlete geçirilmesi ise “genel müsadere” anlamına gelir¹²¹⁰. Modern ceza hukukunda genel müsadere tedbirine başvurulması kabul edilmemektedir. Öyle ki, Türk hukukunda “Genel müsadere cezası verilemez” prensibi, 1982 Anayasası’nın suç ve cezalara ilişkin esaslarını düzenleyen 38’inci maddesinin 9’uncu fıkrasında bir anayasal hüküm olarak düzenlenmek suretiyle mevzuat açısından mülkiyet hakkına müdahalenin zorunlu sınırını tayin etmektedir¹²¹¹.

TCK’nın 54 ve 55’inci maddelerinde, mahkemeye hitaben müsadereye “karar verileceği” veya “hükmolunacağı” konusunda buyurucu bir dil kullanılmıştır. Dolayısıyla hukumuzda yasal koşulları oluştuğunda müsadereye karar verip vermeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi yoktur. Bunun anlamı, koşulları gerçekleştiğinde mahkemenin eşya ve kazanç müsaderesine karar vermesinin zorunlu olmasıdır. Bu durum Türk ceza hukukunda ihtiyari müsadere sisteminin değil “mecburi müsadere sistemi”nin kabul edildiği anlamına gelmektedir¹²¹².

¹²⁰⁸ İÇEL, Kayıhan, “Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşıtların Zoralımı”, İÜHFM, 44 (1-4), İstanbul, 1978, s. 301.

¹²⁰⁹ YILMAZ, Zekeriya, Teori ve Uygulamada Müsadere, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1997, s. 34.

¹²¹⁰ DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 710, par. 1555; DEMİRBAŞ, s. 639-640; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 581; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 535, kn. 937; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 725; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1259-1260; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 922; YILMAZ, Müsadere, s. 35-36.

¹²¹¹ Anayasa’da genel müsadere yasağı dışında bir müsadere yasağı daha öngörülmemiştir. Buna göre, “Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz” (AY m. 30).

¹²¹² Bununla birlikte TCK m. 54/3’te düzenlenen ve yalnızca eşya müsaderesinde geçerli olan orantılılık ilkesi, fıkra da geçen “müsaderesine hükmedilmeyebilir” ifadesinden anlaşılacağı üzere, mecburi müsadere sistemi içerisinde kendine özgü bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 536, kn. 938; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s.

2.4.1.2.3.2. Türleri

5237 sayılı TCK'da mali güvenlik tedbirleri, eşya müsadere (m. 54) ve kazanç müsadere (m. 55) olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrıma ek olarak bazı yazarlar eşdeğer müsadere ve kaim değer müsadere (m. 55) olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayrıma ek olarak bazı yazarlar eşdeğer müsadere ve kaim değer müsadere türleri içinde ayrıca incelemekte, diğer bazı yazarlar ise bu iki tür müsadereyi eşya ve kazanç müsadere (m. 54) ve kazanç müsadere (m. 55) olarak ikiye ayrılmıştır. Kanunen ayrı birer müsadere türü olmamakla birlikte, inceleme kolaylığı sağlamak açısından eşdeğer ve kaim değer müsadere, çalışmada eşya ve kazanç müsadere (m. 54) ve kazanç müsadere (m. 55) olarak ele alınacaktır.

2.4.1.2.3.2.1. Eşya Müsadere

TCK'nın 54/1'inci maddesine göre, eşya müsadere, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesini ifade eder. Maddenin devamında, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması halinde müsadere hükmolunacağı düzenlenmekle eşya müsadere (m. 54) kapsamı genişletilmiştir (TCK m. 54/1-c.2). Ayrıca üretimi, bulundurulması, kullanılması, alımı ve satımı suç oluşturan eşyanın da başlı başına müsadere (m. 54) konusunu oluşturacağı vurgulanmıştır (TCK m. 54/4). Sözü edilen fıkralarda yer alan eşyanın müsadere (m. 54) karar verip vermeme konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmamıştır.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, suçta kullanılmış olan (merdiven, maymuncuk gibi) eşyayı; suçun işlenmesine tahsis edilen eşya, hazırlanıp da kısmen veya tamamen kullanılmamış olan (örneğin hırsızlıkta kullanılmak üzere hazırlanan araç gibi) eşyayı; suçtan meydana gelen eşya ise daha önce var olmayan ancak suçun işlenmesi sonucu ortaya çıkan (örneğin sahte olarak düzenlenen belge gibi) eşyayı ifade eder¹²¹³. Suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan meydana gelen bir eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşya ile bağlantılı olan suçun işlenmiş olması veya en azından icrasına başlanmış olması gerekir¹²¹⁴.

Buna karşılık “suçun işlenmesinde kullanılmak amacıyla hazırlanan eşya”nın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması nedeniyle

922-923; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 901-902; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 624-625; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1261-1262; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 950.

¹²¹³ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 391.

¹²¹⁴ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 731-732.

müsaderesine karar verildiği durumlarda, Kanun'da suçun işlenmesi veya icrasına başlanmış olması şartı aranmamaktadır. Henüz suçun işlenmemiş olması yani hazırlık hareketleri aşamasında kalması halinde de bu tür eşyanın müsaderesine karar verilir¹²¹⁵. Kanun koyucu maddede “suçun işlenmesinde hazırlanan eşyanın müsadere edileceği”nden bahsetmesine rağmen, madde gerekçesinde “müsadereye hükmolunması için bir suçun işlenmesinin zorunlu olduğu”ndan bahsetmektedir. Norm ile gerekçe birbiriyle örtüşmemektedir. Gerekçeye uygun olmayan ve salt suça hazırlanan eşyanın müsaderesini öngören bu düzenleme “suçsuz güvenlik tedbiri olmaz” ilkesine aykırıdır¹²¹⁶.

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç teşkil eden eşyanın (TCK m. 54/4)¹²¹⁷ ise müsadere edilebilmesi için bir suçta kullanılması şartı aranmamıştır. Bu tür eşyanın kime ait olduğu önem taşımaz¹²¹⁸. Burada önemli olan, biziatihi eşyaya ilişkin durumların suç teşkil etmesidir. Dolayısıyla burada eşyanın tehlikeliliği, yine eşyanın kendisinin ilintili olduğu bir sebep suçtan kaynaklanmaktadır.

Hukukumuzda kısmi müsadereye izin verilmiştir. Buna göre bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir (TCK m. 54/5). Bu kısmı ayırmak mümkün değilse, eşyanın tümünü müsadere etmek gerekir¹²¹⁹. Kısmi müsadere kararı vermek, mahkemenin takdirine bağlı değildir.

Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur (TCK m. 54/6). Kullanılan ifadeden anlaşıldığı üzere, mahkemenin, payın müsaderesine karar verme konusunda takdir yetkisi yoktur. Bununla birlikte tercih edilen ifade nedeniyle mülkiyetin türü konusunda bir anlaşmazlıktan söz etmek mümkündür. Madde gerekçesinde “müşterek ve iştirak halinde mülkiyete konu olan eşyanın müsaderesi”nden söz edilmekte iken maddede “payın müsaderesi”nden söz edilmektedir. Paydaş ifadesi, lafzî olarak, yalnızca paylı mülkiyeti (müşterek mülkiyet) çağrıştırmakta, elbirliği ile mülkiyeti (iştirak halinde

¹²¹⁵ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 391; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 732; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 538, kn. 946; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 928; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 905.

¹²¹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 484; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 97-98. Kaldı ki, bu halde eşyanın tehlikeli olup olmadığının ve onun ileride bir suçun işlenmesinde kullanılıp kullanılmayacağının ne şekilde ispat edileceği de belirsizdir. Bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 197-198.

¹²¹⁷ TCK m. 54/1 karşısında dördüncü fıkranın bir tekrardan ibaret olduğu görüşü için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 728.

¹²¹⁸ TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 392; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 728.

¹²¹⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 486; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 99.

mülkiyet) dışlamaktadır¹²²⁰. Nitekim bilindiği üzere, pay, yalnızca paylı (müşterek) mülkiyette söz konusudur; oysa elbirliği ile (iştirak halinde) mülkiyette pay kavramı yoktur; ortakların tamamı malın tamamına maliktir¹²²¹. Buradan hareketle öğretide bir görüşe göre, kanunun lafzı esas alınarak, gerekçedeki ifadede tersi söylene bile, TCK m. 54/6'da düzenlenen müsadereyi yalnız paylı mülkiyete özgü olduğu; elbirliği mülkiyetinin bu fıkra kapsamına girmediği kabul edilmelidir. O nedenle elbirliği mülkiyetinde olan eşyanın suçla bağlantılı olması halinde nasıl müsadere edileceği belli değildir¹²²². Bu tür bir müsadere için iştirak halinde mülkiyetin Medeni Kanun hükümleri uyarınca müşterek mülkiyete dönüşmesi koşulu aranır¹²²³. Bir diğer görüşe göre ise, madde metninde kullanılan ifadeye rağmen, gerek MK m. 24/2 gerekse normun lafzı yerine onun konuluş amacı dikkate alınmak suretiyle her iki tür mülkiyette de müsadere kararı verilebileceği söylenmelidir. Bu halde, iyiniyetli üçüncü kişilerin payları da kaçınılmaz olarak müsadere edileceği için bunların paylarının değeri hesaplanarak kendilerine para olarak ödenmelidir^{1224, 1225}.

2.4.1.2.3.2.2. Kazanç Müsaderesi

TCK'nın 55/1'inci maddesine göre, kazanç müsaderesi, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların mülkiyetinin devlete geçirilmesini ifade eder. Maddenin devamında kazanç müsaderesine hükmedilebilmesi için, söz konusu maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerektiği belirtilmiştir.

Kazanç müsaderesi kurumuna, 765 sayılı mülga TCK döneminde açıkça yer verilmiş değildir. Farklı bilimsel görüşlerin mevcudiyetine rağmen Yargıtay, eski

¹²²⁰ Aksi yönde, paydaş olunan eşyanın müşterek ve iştirak halinde mülkiyete konu olan eşyayı ifade ettiği görüşü için bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 924; MALKOÇ, s. 190.

¹²²¹ Türk MK'nın 688/1'inci maddesine göre *"Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir"*. Aynı Kanun'un 701'inci maddesine göre ise *"Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır"*.

¹²²² MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1285; NUHOĞLU, "Güvenlik Tedbirleri", s. 198. Bu tür mülkiyette ortakların paylarının belirsizliğinin müsadereyi güçleştireceği görüşü için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 537, kn. 943.

¹²²³ ÖZGENÇ, s. 850, dn. 303.

¹²²⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 486; HAFIZOĞULLARI, "5237", s. 99; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 624-625.

¹²²⁵ İştirak halinde mülkiyette müsadereyi İİK'da yer verilen iştirak halinde haciz hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle mümkün olduğu görüşü için bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 593, 597; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 632.

Kanun döneminde verdiği bazı kararlarda, suçun işlenmesi ile elde edilen maddi yararların müsadere edilebileceği yönünde içtihat oluşturmuştur¹²²⁶. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Kanun'da kazanç müsadereci açıkça kabul edilmiştir.

Kazanç müsaderecinin kabulüyle birlikte ceza hukuku vasıtasıyla el uzatılabilecek malvarlığı değerlerinin kapsamı da genişletilmiştir¹²²⁷. Önceki düzenleme döneminde suçtan elde edilen gelirlerin müsadereesine ilişkin bir hüküm olmadığından, failerin cezai müeyyideyi göze alması mümkün olabilmiştir. Hâlbuki 5237 sayılı Kanun'un temel mantığı olan, suç işlemenin kazanç kaynağı olarak görülemeyeceği ve suçtan elde edilen gelirin kişinin yanına kâr olarak kalamayacağı düşüncesiyle, artık ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçun sonucunda veya bu suç dolayısıyla elde edilen gelirin müsadereci cihetine gidilecektir¹²²⁸.

2.4.1.2.3.2.3. Eşdeğer Müsadere ve Kaim Değer Müsadereci

TCK'nın 54/2'nci maddesinde, birinci fıkra kapsamına giren¹²²⁹ (müsadereye tabi olan) eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderecinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereci karar verileceği düzenlenmiştir. Öğretide bu tür müsadereye bazı yazarlar, "eşdeğer müsadere" adını vermektedir¹²³⁰. Örneğin çalınan kimyasalların tüketilmesi halinde bunların değeri kadar paranın failden alınması böyledir¹²³¹.

Kaim değer müsadereci ise TCK'nın 55/2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "*Müsadere konusu maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilemediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereci hükmolunur*". Kaim değer ne olduğu madde gerekçesinde ifade edilmiştir. Müsadere konusu ekonomik değer in harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderecinin imkânsız kılınması halinde, "karşılığı olan para tutarı" müsadere edilecektir. Belirtmek

¹²²⁶ CERTEL, Abdulkadir, Müsadere, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 47; YCGK, E. 1987/9-526, K. 1988/57, 22.2.1988.

¹²²⁷ YERDELEN, Erdal, Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 60.

¹²²⁸ ÖZGENÇ, s. 845-846.

¹²²⁹ TCK m. 54/1-c.2'de yer verilen eşyanın müsaderecinin imkânsız olması halinde, onun kaim değerini oluşturan paranın müsadereci karar verilmesi eleştirilmekte; kaim değer in genel ahlak, sağlık ve güvenlik bakımından tehlikeliliğinden bahsedilemeyeceğine göre, normun suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşyayı kapsamayacak şekilde dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 485; HAFIZOĞULLARI, "5237", s. 98.

¹²³⁰ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 594, 596; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 621.

¹²³¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 624.

gerekir ki, kaim değer müsaderesi, hukukumuzda daha önce 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'da sadece "karapara aklama suçları için" düzenlenmiş iken; 5237 sayılı Kanun ile birlikte "her türlü suç için" geçerli genel bir hüküm halini almıştır¹²³².

2.4.1.2.3.3. Şartları

Eşya müsaderesi, "*Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması koşuluyla suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın; bunların ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız hale gelmesi durumunda söz konusu eşyanın değeri kadar paranın, yahut; üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi*"¹²³³ olarak tanımlanmaktadır. Öğretide eşya müsaderesinin kanuni unsurları olarak aşağıdaki şartların aranması gerektiği ifade edilmektedir¹²³⁴:

- Bir suç tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır¹²³⁵.
- İşlenen suç kasıtlı olmalıdır.
- Bir eşya bulunmalıdır.
- Eşya suçun işlenmesinde kullanılmalı, suçun işlenmesine tahsis edilmeli, suçtan meydana gelmeli veya suçta kullanılmak üzere hazırlanmalıdır.
- Eşya iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamalıdır¹²³⁶.

¹²³² ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 599-600; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 921; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 900. Kazancın net miktarını ve suç nedeniyle elde edildiğini tespit etmenin güçlüğü karşısında bu hükmün, suçla bağlantısı olmayan malvarlığı değerlerinin müsaderesine yol açma tehlikesi taşıdığı hakkında bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 732.

¹²³³ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 593-594; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 621.

¹²³⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 924 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1385 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1267 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 729 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 536 vd.; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 595-596.

¹²³⁵ Müsadere, ister eşya ister kazanç müsaderesi şeklinde ortaya çıkmış olsun, mutlak surette bir suçun işlenmesini gerektirir. Bu durum, hem kanunun müsadereyi bir güvenlik tedbiri olarak nitelermesinden hem de kanun gerekçesinde yer verilen "*müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir*" biçimindeki kabulden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce bu şart, müsaderenin hukuki niteliğini belirleyen en önemli şarttır. Nitekim suçun işlendiği henüz saptanmaksızın uygulanan aynı içerikli bir yöntem, yerine göre bir idari tedbir olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi yahut bir koruma tedbiri olarak elkoyma olabilirse de müsadere olamaz.

- Müsadereye mahkeme tarafından karar verilmelidir.
- Eşyanın devlete geçirilmesi ile fiilin haksızlık içeriği arasında makul bir orantı bulunmalıdır¹²³⁷.

Kazanç müsadereyi ise temelde eşya müsadereyi kanuni unsurlarını taşımaktadır. Bununla birlikte eşya ve kazanç müsadereyi, müsadereye konu olan şeyin niteliği yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Eşya müsadereyi, müsadere edilen şey bir eşya iken; kazanç müsadereyi, eşya yanında, para, ekonomik değeri olan her türlü maddi menfaat ve bu değerlerin dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkmış olan ekonomik kazançlar müsadere edilebilir¹²³⁸. Keza kazanç müsadereyi karar verilebilmesi için eşya müsadereyi farklı olarak, maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi şartı aranmaktadır¹²³⁹. Buna ek olarak, kazanç müsadereyi karar verilebilmesi için ayrıca maddi menfaatin iyiniyetli üçüncü kişilerce iktisap edilmemiş olması koşulunun da gerçekleşmesi gerekir (TCK m. 55/3). Eşya müsadereyi ise eşya üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir (TCK m. 54/1-c.3). Tüm bunlardan hareketle kazanç müsadereyi koşulları şu şekilde sıralanabilir:

- Bir suç tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır.
- İşlenen suç kasıtlı olmalıdır¹²⁴⁰.

¹²³⁶ Müsadere açısından iyiniyet, kişinin suça bulaşmamış olmasıdır (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 483; HAFIZOĞULLARI, “5237”, s. 97). Bunun için kişinin suça katılma kastının bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 728). Öyleyse iyiniyetli kişi, kendisine ait olan eşya ile suçun işlendiğinden haberdar olmayan kişiyi ifade eder. Bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 582; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 537, kn. 942; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1390.

¹²³⁷ Bu orantının yalnızca suçta kullanılan eşya ile sınırlandırılmasının isabetli olmadığı görüşü için bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 392; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 539, kn. 947.

¹²³⁸ YERDELEN, s. 61. Öğretide kazanç ve eşya kavramları arasındaki ayırmadan hareketle eşyanın kazanç olmadığı, bu nedenle kazanç müsadereyi düzenleyen hükümde maddi menfaatler yanında ayrıca eşyadan bahsedilmesinin çelişki oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 487.

¹²³⁹ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 600; CERTEL, s. 51.

¹²⁴⁰ Belirtelim ki, kazanç müsadereyi düzenleyen TCK m. 55’te ve madde gerekçesinde suçun kasten işlenmesi gerektiğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Öğretide egemen görüş, kanunda her ne kadar açıkça kasten işlenmiş bir suçla bağlantılı kazançtan bahsedilmese bile tıpkı eşya müsadereyi olduğu gibi kazanç müsadereyi de kasıtlı bir suçun işlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 846; ÖZTÜRK/ERDEM, 2017, s. 541, kn. 951; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 630; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1441; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 932; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1290; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 604; HAKERİ, s. 690; CERTEL, s. 47-48. Türk öğretisinde *İçel* tarafından savunulan ve azınlıkta kalan görüş ise kazanç müsadereyi ilişkin hükümlerin uygulanması için suçun kasten işlenmesinin gerekmediğini, kanunda kast koşulu aranmadığına göre taksirle işlenen suçlarda da bu tedbirin uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak TCK m. 185/2’de düzenlenen besin maddelerine dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak yani taksirle sağlığa zararlı madde katılması suçunun işlenmesi sonucu elde edilecek kazancın müsadere edilmesi gerektiği gösterilmektedir. Yazara göre, eşya müsadereyi ile kazanç müsadereyi birbirinden ayıran en önemli fark, eşya müsadereyi kasıtlı suçlarla sınırlayan düzenlemenin bir benzerine TCK’nın

- Belirli bir kazanç olmalıdır.
- Kazanç, suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat yahut bu menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu beliren ekonomik değer biçiminde ortaya çıkmalıdır.
- Suç ile kazanç arasında bağlantı bulunmalıdır.
- Maddi menfaatin suç mağduruna iade edilmesi olanağı bulunmamalıdır.
- Müsadereye mahkeme tarafından karar verilmelidir.

2.4.1.2.3.4. Hukuki Niteliği

Alman hukukunda olduğu gibi Türk ceza hukuku literatüründe de müsadereenin hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmaların kümelendiği görüşleri, ayrıntıya girmeksizin, müeyyide ve tedbir ayrımıyla ve ceza ve güvenlik tedbiri ayrımıyla incelemek mümkündür.

2.4.1.2.3.4.1. Müeyyide ve Tedbir Ayrımı Açısından

2.4.1.2.3.4.1.1. Müeyyide Görüşü

Kanun, güvenlik tedbirlerini birer müeyyide (yaptırım) olarak kabul eden görüşü esas almıştır. Bu görüş doğrultusunda ceza kanunu koyucusu, TCK'nın hem cezayı hem de güvenlik tedbirlerini kapsayan Birinci Kitap Üçüncü Kısım başlığını doğrudan doğruya “Yaptırımlar” şeklinde belirlemeyi uygun görmüştür¹²⁴¹. Nitekim öğretilde de müsadereenin bir ceza hukuku yaptırımı olarak ele alındığı görülmektedir¹²⁴². Söz konusu belirleme, güvenlik tedbirleri üzerinde ve bu arada müsadereenin hukuki niteliği konusunda farklı doktriner düşüncelerin ileri sürülmesini engellemekle birlikte, yargı içtihatlarını sınırlandırıcı ve kararlara etki edici bir rol oynamaktadır. Nitekim Yargıtay

kazanç müsadereesine ilişkin 55'inci maddesinde yer verilmemiş olmasıdır. Bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 632.

¹²⁴¹ TCK m. 55'in gerekçesinde kullanılan “caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım” ibaresiyle de güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğinin kanun nazarında bir müeyyide olduğu düşüncesi pekiştirilmiştir.

¹²⁴² ÖZGENÇ, s. 841, dn. 279; HAKERİ, s. 685. Farklı gerekçeyle, müsadereenin koruma amacından uzak olması dolayısıyla tedbir olarak nitelendirilememesi nedeniyle yaptırım olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. KİREMİT, s. 217-218.

da güvenlik tedbirlerinin birer müeyyide vasfı taşıdığını, bu müeyyidelerden birinin de müsadere olduğunu kabul etmektedir¹²⁴³.

2.4.1.2.3.4.1.2. Tedbir Görüşü

Öğretide bir diğer görüş ise müeyyide ve tedbiri birbirinden keskin biçimde ayırmaktadır. Buna göre, müeyyide, ihlale tepki niteliğinde iken; güvenlik tedbirleri, suçla beliren kriminojen ortamı gidermeyi ve suçun tekrarrünü engellemeyi amaçlayan önlemlerdir. Müsadere de bu önlemlerden biri olarak, ihlale yönelen tepkiyi örnekseyen müeyyide değil, yalnızca güvenlik tedbiridir¹²⁴⁴. Bir başka görüşe göre, müsadere, bir tür ceza değil “tehlike tedbiri”dir. Bu tehlike tedbiri, kendi içinde yapılacak ayırmda yakın bir tehlikeyi önlemeye yönelmediği için bir “önleme tedbiri” olarak nitelenebilir¹²⁴⁵.

Nitekim güvenlik tedbirleri, suçu bastırmaya değil münhasıran önlemeye yönelmesinin sonucu olarak, cezaya benzeyen noktaları bulunsa bile bir ceza müeyyidesi değil, ceza hukuku tedbiridir¹²⁴⁶. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir. Nitekim bizce de ceza hukukunun müeyyidesi yalnızca cezadır. Güvenlik tedbirleri ise iki izli veya çok izli bir sistem içerisinde, geçmişe yönelen ve ceza hukukunun müeyyidesi olan cezaların yanında, geleceğe etkili olan ve tehlikeli fail tarafından ileride işlenmesi muhtemel suçların önlenmesine odaklanan ve ceza hukuku alanına ait olan birer hukuki sonuçtur. Müsaderenin de içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu cezai tedbirler kategorisi, kısmen cezalardan kısmen güvenlik tedbirlerinden beslenmekle birlikte, bunların –kural olarak- tehlikeyi önleme karakterinin baskın olduğu söylenebilir.

2.4.1.2.3.4.2. Ceza ve Güvenlik Tedbiri Ayrımı Açısından

Müsaderenin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların kökeninin, esas itibarıyla güvenlik tedbirlerinin tarih sahnesine çıkması süreciyle koşut olduğu söylenebilir.

¹²⁴³ “Ceza hukukunda özgürlüğe yönelik yaptırımlar dışında, suçlulukla mücadelede etkin diğer bir yöntem de, yaptırımlarla birlikte veya ayrıca hükmolunabilen mal varlığına yönelik müeyyidelerdir. Bu yaptırımlardan birisi de eşya ve kazanç müsaderesidir” (YCGK, E. 2013/10-56, K. 2013/364, 17.9.2013; YCGK, E. 2011/6-219, K. 2011/280, 20.12.2011).

¹²⁴⁴ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 482; HAFİZOĞULLARI, “TCK Tasarısı”, s. 50.

¹²⁴⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1603; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 828.

¹²⁴⁶ HAFİZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 246; HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 473; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 96.

edilen hükümlerin güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesi isabetli olmamıştır¹²⁵⁰. Bir başka görüş ise eşya ve kazanç müsadereyi ayırmasına gitmeksizin, müsadereyi, kanun aksini benimsemiş olsa bile, mahkûmiyetin sonucu olarak uygulanan birer “ceza” veya “cezanın sonucu olan bir yaptırım” olarak nitelemektedir¹²⁵¹.

Benzer yönde bir başka görüş de kanunda müsadereye ilişkin yer verilen düzenlemelerden, hem eşya hem de kazanç müsaderesinin “ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu” olarak düzenlenmiş olduğu çıkarımını yapmakta ve bu nedenle kanunda güvenlik tedbiri olarak adlandırılrsa bile bunların birer ceza müeyyidesi niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir¹²⁵².

2.4.1.2.3.4.2.2. Fer’i Ceza Görüşü

Öğretide bir görüşe göre, güvenlik tedbirleri, kişiyi iyileştirmek, onu ıslah etmek amacıyla uygulanan tedbirlerdir. Müsadere ise bu amaçlardan yoksundur. Dolayısıyla asıl cezaya bağlı bir fer’i ceza niteliğindeki müsadere kanunda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi uygun değildir¹²⁵³. Yargıtay da 5237 sayılı TCK döneminde verdiği bazı kararlarında müsadereye bir “ek – fer’i ceza” olarak bahsetmektedir¹²⁵⁴.

2.4.1.2.3.4.2.3. Güvenlik Tedbiri Görüşü

765 sayılı TCK, müsadereyi bir yandan ceza bir yandan güvenlik tedbiri olmak üzere iki yönlü olarak düzenlemiş iken; 5237 sayılı TCK, hem eşya hem kazanç müsaderesini birer güvenlik tedbiri olarak tespit etmiştir¹²⁵⁵. O halde müsadere, cezayı gerektirmeyen ve kişilerin ceza hukuku kurallarına uymalarını sağlayan bir güvenlik tedbiridir¹²⁵⁶. Yargıtay da müsadereye ve özelde niteliği daha tartışmalı olan kazanç

¹²⁵⁰ DEMİRBAŞ, s. 639.

¹²⁵¹ CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 367.

¹²⁵² KİREMİT, s. 217-218.

¹²⁵³ BAYRAKTAR, s. 29.

¹²⁵⁴ Bununla birlikte, TCK m. 54-55 özelinde bir kayıtlamaya yer verilmeksizin, tüm güvenlik tedbirleri hakkında kabul edildiği kanaati belirecek şekilde kaleme alınan şu ifadelerin dayanağı, eğer bir ifade hatası yoksa, anlaşılabilir değildir: “*Gerek öğretide, gerekse uygulamada güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği itibarıyla ‘ek-feri ceza’ niteliği taşıdığı düşüncesi baskın görüş olarak kabul edilmektedir*” (YCGK, E. 2011/10-119, K. 2011/162, 5.7.2011).

¹²⁵⁵ ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 594; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 623; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 851; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 923, dn. 56. Bu nitelik, TCK m. 54’ün gerekçesinde de “*Yapılan yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsadereye hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir*” şeklinde vurgulanmıştır.

¹²⁵⁶ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 482, 487; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 96, 99; HAFİZOĞULLARI, “TCK Tasarısı”, s. 50; ÖNDER, III, s. 90; ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, s.

müsaderesinin tedbir niteliğine vurgu yapmaktadır¹²⁵⁷. Bu düşüncüyü desteklemek adına öğretilde müsaderecinin amacından ve dayandığı esastan hareket edildiği de görülmektedir. Zira eşya müsaderecinin amacı, yeni suçların işlenmesinin önlenmesi ve suçta kullanılan eşyanın tehlikeliliğidir¹²⁵⁸.

Öğretilde bir görüş ise müsaderecinin hukuki niteliğini TCK’da düzenlenen eşya ve kazanç müsaderecinin esas alarak ikili bir ayrım ile incelemektedir. Bu görüşe göre, eşya müsaderecinde hem yeni suçların hem de müsadere konusunu oluşturan eşyanın tehlikeliliğinin önlenmesi amaçlandığı için bunun hukuki niteliği güvenlik tedbiridir. Buna karşılık kazanç müsaderecinde kayda bağlı bir değerlendirme yapılabilir. Kural olarak müsadere konusu olan kazancın devletin mülkiyetine geçirilmesi ödetme özelliği göstermediği için güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmelidir. Fakat kazanç müsaderecinde caydırıcılık etkisiyle beliren genel önleme düşüncesi, onu klasik güvenlik tedbirlerinden ayırmaktadır. Yine de bu farklılık, kazanç müsaderecinin güvenlik tedbiri olmaktan çıkarıp cezaya dönüştürmemektedir¹²⁵⁹.

2.4.1.2.3.4.2.4. Fer’i veya Tamamlayıcı Tedbir Görüşü

Türk öğretisinde Soyaslan, 5237 sayılı TCK döneminde müsaderecinin bir tür “fer’i tedbir” niteliğine dönüştüğü görüşündedir. Bununla birlikte yazar, bazı hallerde müsadereye bir “mütemmim (tamamlayıcı) tedbir” olarak da başvurulabileceği kanısındadır. Her iki durumda da müsadere bir ceza niteliğinde olmadığına göre, asıl mahkûmiyet, hürriyeti bağlayıcı cezadır¹²⁶⁰.

2.4.1.2.3.4.2.5. Kendine Özgü Bir Ceza Hukuku Aracı Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre, müsaderecinin bir ceza yahut fer’i ceza veya tedbir olduğu konusunda kesin bir yargıya varmak isabetli değildir. Müsaderecinin bunlardan birine

537, 549. Müsaderecinin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu hususunda ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 841; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 625; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 924; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 900; AYDIN, “Müsadere”, s. 143-144; MALKOÇ, s. 190.

¹²⁵⁷ “Ceza yaptırımını olmayıp güvenlik tedbirleri arasında sayılmaları nedeniyle kazanılmış hakka konu edilemeyecekleri gözetilmeyerek...” (Y.5.CD., 5708-4692, 12.6.2007, PARLAR/HATİPOĞLU, s. 952); “Güvenlik tedbiri mahiyetinde bulunan 5237 sayılı TCK’nın 55. maddesi uyarınca kazanç müsaderecinin hükmedilmemesi...” (Y.5.CD., 12671- 475, 31.1.2007, PARLAR/HATİPOĞLU, s. 953).

¹²⁵⁸ AYDIN, “Müsadere”, s. 144.

¹²⁵⁹ Bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1258.

¹²⁶⁰ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 581.

dâhil olduğunu söyleyebilmek için onun konusunu oluşturan ekonomik değerin suçun işlenişindeki konumu dikkate alınmalıdır¹²⁶¹.

765 sayılı TCK döneminde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, müsadere genel olarak asıl ceza olmamakla birlikte ya fer'i ceza ya da mütemmim ceza özelliği gösterir. Ancak bu durum, müsaderenin güvenlik tedbiri olarak düzenlenemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Örneğin suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesi ceza; buna karşılık suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi, suç işleme tehlikesini önlemeyi amaçladığı için bir güvenlik tedbiridir¹²⁶².

Karşılaştırmalı hukuktan esinlenen bir başka görüş ise eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerin güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesinin isabetli olmadığını, bunların Alman CK'nın 73 vd. maddelerinde düzenlendiği gibi cezalar ve güvenlik tedbirlerinden bağımsız bir başlık altında ele alınmasının¹²⁶³ daha uygun olacağını düşünmektedir¹²⁶⁴.

Gerçekten hukuki nitelik itibarıyla müsadere, Alman yargı içtihatlarına göre, bir fer'i ceza veya cezai tedbir (cezaya benzeyen tedbir) değil, "kendine özgü bir tedbir" olarak ele alınmaktadır. Bu durum fail veya şeriklerin bir başkası için hareket ettiği durumlarda da değişmez. Yine müsaderenin kusur prensibine dayanmadığı, tedbirlerin kabul edilmesinin anayasal dayanağını failin ya da üçüncü kişinin kusurunun değil, aksine bunların anayasal sınırını orantılılık ilkesinin oluşturduğu ifade edilmektedir¹²⁶⁵. Bu ülkenin ceza hukuku sisteminde kazanç ve eşya müsaderesine ilişkin hükümlerin ceza ve güvenlik tedbirinden ayrılmasının ve "diğer tedbirler" biçiminde ele alınmasının nedeni olarak, bu kurumun bazen ceza bazen tedbir özelliğinin diğerine baskın gelmesi gösterilmektedir¹²⁶⁶.

Kanaatimizce müsadere bütüncül bakış açısıyla ne tam anlamıyla ceza ne de tam anlamıyla güvenlik tedbiri vasfındadır. Fakat müsaderenin ceza hukukuna özgü bir hukuki sonuç olarak ceza benzeri ve güvenlik tedbiri benzeri yanları bulunmaktadır. Bu nedenle müsadereyi, türlerine ve konusuna göre ya cezaya ya da güvenlik tedbirine benzeyen ve ilk bölümde sözü edilen bir tür "cezai tedbir" olarak nitelemeyi uygun görmekteyiz. Bunun gerekçelerini şu şekilde sıralamak mümkündür: Birincisi, müsadere tedbiri fail hakkında uygulanmaz; bunlar eşya veya malvarlığı değerleri üzerinde uygulanır. Bu bakımdan, tarihsel ortaya çıkış nedeni dikkate alındığında,

¹²⁶¹ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 123.

¹²⁶² SOYASLAN, Ceza Hukuku, 1998, s. 631.

¹²⁶³ Bkz. JESCHECK, Giriş, s. 627, dn. 120.

¹²⁶⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 726, dn. 60.

¹²⁶⁵ Bkz. RÜBENSTAHL, AnwK-StGB, § 73, Rn. 4.

¹²⁶⁶ Bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 627, dn. 120.

tehlikeli faili muhatap kabul eden güvenlik tedbirlerinden ayrılır. Kural olarak müsadere failin malvarlığına ilişkin bulunduğu için yani iyiniyetli üçüncü kişilere etki etmediği için bu yönüyle cezaya yaklaşmaktadır. İkincisi, müsadere, failin iyileştirilmesi, onun rehabilite ve resosyalize edilmesi amacı taşımaz. Kaldı ki müsadere uygulaması için failin sosyal açıdan tehlikeli olması da şart değildir. Bu bakımdan müsadere cezaya benzediği görülmektedir. Üçüncüsü, müsadere kimi zaman eşyanın tehlikeliliğini esas alırken kimi zaman failin kusurunu esas alır. Nitekim suçta kullanılan eşyanın örneğin ruhsatsız bir silahın veya suçun konusunu oluşturan eşyanın söz gelimi uyuşturucu maddenin müsadereinde, bu tür bir eşyanın toplum açısından geleceğe yönelik bir tehlike teşkil ettiği açıktır. Oysa suçun işlenmesiyle elde edilen gelirin örneğin uyuşturucu ticareti ile elde edilen paranın müsadereinde, bu paranın geleceğe yönelik bir tehlike oluşturmamasından değil, parayı suç yoluyla kazanan kişinin kusurunun dengelenmesinden ve işlediği fiilin kefaretiden bahsedilebilir. İlk örnekte müsadere güvenlik tedbirine yaklaşırken, ikinci örnekte cezaya yaklaşmaktadır. Dördüncüsü, müsadere bazen önleme amacıyla bazen caydırma amacıyla uygulanır. Tehlikeyi esas aldığında önleme, kusuru ve kefareti esas aldığında caydırma amacı ortaya çıkar. Eşya müsadereindeki tehlikeli eşya bunlardan ilkinde, kazanç müsadereindeki suçla elde edilen menfaat ise ikincisine örnektir. Önleme amacıyla uygulandığı hallerde güvenlik tedbiri, caydırma amacıyla uygulandığı hallerde ise ceza özelliği gösterir. Beşincisi, müsadere, ister eşya ister kazanç müsadere şeklinde ortaya çıkmış olsun, her halde failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasından bağımsızdır. Diğer deyişle, fail kusur yeteneğine sahip olsun veya olmasın, suçla irtibatlı olan eşya ve değer müsadere edilir. Bu yönüyle de her iki tür müsadere, güvenlik tedbirleri ile benzeşmektedir.

Bu temel açıklamalar ışığında müsadere hukuki niteliğini yani onun ceza benzeri mi yoksa güvenlik tedbiri benzeri mi olduğunu, Türk hukukunda hem eşya ve kazanç müsadere açısından hem de eşya müsadereinin kimi türleri açısından ayrı ayrı ele almak gerekir. İlk olarak, eşya müsadere (TCK m. 54), kural olarak suçla irtibatlı olan eşyanın ilerideki suçların işlenmesinde kullanılmasını önleme amacıyla uygulanması, failin kusurunu değil eşyanın tehlikeliğini esas alması ve mahkeme tarafından hükmolunması nedeniyle güvenlik tedbirine benzer özellikler gösterir. Bununla birlikte fail açısından bir pozitif özel önleme amacı taşımaması yönüyle de güvenlik tedbirine atfedilen tarihi niteliklerden yoksundur.

TCK m. 54/1-c.2’de düzenlenen tehlikeli eşya müsadereinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kişiyi bir fiili olmadan sorumlu tutan bu tedbir

güvenlik tedbiri olmak bir yana polis tedbiri olarak bile kabul edilemez¹²⁶⁷. Başka bir görüşe göre, henüz suç yokken uygulanan bir yaptırım ceza hukukunun değil, polis hukukunun konusunu oluşturur¹²⁶⁸. Bir diğer görüşe göre ise burada iki farklı şekilde düşünülebilir. İlkin, kanuni tipe uygun fiil olmadan uygulanan bu tedbir, mahkeme kararıyla uygulansa bile yargısal değil idari bir tedbir olarak nitelendirilebilir. İkincisi, tüm suçların kamu güvenliği, genel sağlık ve genel ahlakı tehlikeye sokan araçlarla işlendiği kabul edilerek, bu araçların hazırlanmasının ayrı bir suç olarak değerlendirildiği ve yaptırımının TCK m. 54/1-c.2 ile belirlendiği söylenebilir¹²⁶⁹. Bu ikinci düşünüş tarzının hukuken isabetli olmadığı kanısındayız. Nitekim tüm suçların sözü edilen değerleri tehlikeye soktuğu kabul edilmekte ise bu durumun da ayrı ve özel bir normla yasaya geçirilmesi, belirlilik ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Bu nedenle kanaatimizce TCK m. 54/1-c.2’de yer alan düzenleme¹²⁷⁰, nasıl düşünülürse düşünülün, güvenlik tedbirlerinin genel teorisi ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten, bilindiği üzere güvenlik tedbirleri, tehlike esaslı olmakla birlikte bu tehlikenin tedbire vesile olan kriminal anlamda bir suçtan kaynaklanması şarttır. Ortada ceza hukuku anlamında bir fiil yoksa yani suç henüz tamamlanmamış veya teşebbüs aşamasında kalmamışsa, “suçun” hukuki sonucu olan güvenlik tedbiri de doğal olarak uygulanamaz. Bu nedenle bir eşyanın salt suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanması, tasarlanan suç işlenmediği müddetçe güvenlik tedbirinin uygulanmasına gerekçe olamaz. Kaldı ki henüz tamamlanmamış veya teşebbüs aşamasında kalmamış bir fiil, ceza hukukunun konusunu oluşturmaz. Üstelik bahsi edilen normun aradığı tehlike hali, gelecekte bir suçun işlenmesi tehlikesi olmayıp, genel sağlığa, genel güvenliğe veya genel ahlaka yönelik bir tehlikedir. Oysa güvenlik tedbirlerinin uygulanması için failin tehlikeliliğinin “suç işleyip işlememe ihtimali” doğrultusunda bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Dolayısıyla TCK m. 54/1-c.2’de kaleme alınan düzenlemenin güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmesi isabetli değildir. Bu düzenleme, önleyici polis tedbirlerinin ceza hukuku alanına sonradan eklenen bir uzantısıdır.

Buna karşılık kazanç müsadereci, eşya müsadereci kiyasla kanaatimizce güvenlik tedbirleri teorisi açısından eleştiriye daha açıktır. Bir defa kazanç müsadereci,

¹²⁶⁷ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 484; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 98.

¹²⁶⁸ NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 198.

¹²⁶⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 727.

¹²⁷⁰ Karşılaştırmalı hukukta Alman CK’nın “güvenlik müsadereci (*Sicherungseinziehung*)” başlığını taşıyan ilgili paragrafında da “suç tehlikesi taşıyan eşya” müsadere edilebilecek değerler içerisinde yer almakla birlikte, Alman kanun koyucusu bu eşyanın kamu güvenliği, genel sağlık veya genel ahlaka aykırı olması gibi bir koşul aramamıştır (StGB § 74b).

eşya müsadere ve tedbir ilişkisi hakkında söylenen itirazlardan muaf değildir. Ne var ki, kazanç müsadere sinin ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olmadığı da açıktır. Çünkü cezaya bağlı olarak kendiliğinden uygulanmamakta, mahkemenin bir yargılama sonucu hüküm vermesini gerektirmektedir. Dolayısıyla kazanç müsadere sinin, bir tür güvenlik tedbiri değil, esasen “cezanın yan sonucu (fer’i neticesi)” olduğu kanısındayız. Nitekim kazanç müsadere si, kanun koyucunun gerekçede ifade ettiğine göre, önleme değil caydırma esasına dayanır¹²⁷¹. O halde kazanç müsadere sinde tehlikenin değil esasen kusurun temel alındığı söylenebilir¹²⁷². Oysa güvenlik tedbirleri, tehlikenin önlenmesi esasına dayanır. Ayrıca güvenlik tedbiri özelliği gösteren eşya müsadere sinin yapısı orantılılık tespitine izin verirken kazanç müsadere sinin yapısı bu değerlendirmeye engel olmaktadır¹²⁷³. Çünkü eşya müsadere sinde suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesi için aranması gereken makul oran, kazanç müsadere sinde söz konusu değildir. Gerçekten burada suçla ilk elden kazanılan bir malvarlığı değeri söz konusudur ve bu değerin hakkaniyete göre kıyaslanacağı bir başka değerden söz etmek mümkün değildir.

2.4.2. Uygulandığı Zaman Dilimine Göre Güvenlik Tedbirleri

Kanaatimizce güvenlik tedbirlerinin, -hukuki nitelik tartışmasından bağımsız olarak- uygulanma süresinin kanunda açıkça yer alıp almadığı ölçütü kullanılmak suretiyle göre üçe ayrılması mümkündür. Bunlardan ilki “süresiz güvenlik tedbirleri”, ikincisi “sürelili güvenlik tedbirleri”, üçüncüsü ise “geçici güvenlik tedbirleri” olarak adlandırılabilir. Klasik güvenlik tedbirlerinin süresiz olarak uygulanması yani ne zaman gerçekleşeceği belirsiz olan iyileştirilme/ıslah anını ölçüt alması esastır. Bununla

¹²⁷¹ Her ne kadar gerekçede temel amacın, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi olduğu ifade edilmişse de, güvenlik tedbirlerinde amaç, suçun neticelerinden failin yararlanmasını engellemek değil, toplumu tehlikeli eylemlerden korumaktır. Ayrıca yine gerekçede kazanç müsadere sinin, kara para aklama, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulduğundan söz edilmektedir. Oysa negatif genel önlemeyi somutlaştıran caydırıcılık, tedbirin değil, cezanın amaçlarından biridir. Güvenlik tedbirleri, caydırma amacı gütmaz.

¹²⁷² Öğretide aksi yönde düşünen yazarlara göre, kazanç müsadere si açısından suç işlemek suretiyle veya suç dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların tehlikeliliğinden söz etmek mümkündür. Bkz. PARLAR/HATİPOĞLU, s. 949. Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerin, konum itibarıyla tehlikeli olduğu için bir önleme tedbiri niteliğindeki müsadere ye vücut vereceği hususunda bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 126. Şeyin tehlikeliliğinden bahseden bir görüş için bkz. AYDIN, “Müsadere”, s. 144.

¹²⁷³ Bu açıdan TCK m. 55/1’de yer verilen ve kazanç müsadere sine karar verilebilmesi için “maddi menfaatin suç mağduruna iade edilememesi” koşulunu arayan düzenlemeyi orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendiren görüşe (PARLAR/HATİPOĞLU, s. 950) iştirak etmemekteyiz. Burada mülkiyet hakkının öncelenmesinden ve şahsili prensibinden söz edilebilirse de düzenlemenin orantılılıkla ilgili olmadığı kanaatindeyiz.

birlikte kanunların sonradan güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlediği bazı tedbirlerin süresiz uygulanamayacağı yönünde açık bir kanun hükmü sevk edilmişse, istisna olarak ilgili tedbir ya geçici ya da süreli hale gelmektedir.

2.4.2.1. Süresiz Güvenlik Tedbirleri

Süresiz güvenlik tedbirleri, uygulanma zamanının azami sınırı kanunda açıkça belirlenmemiş olan tedbirlerdir. Süresiz güvenlik tedbirlerinin hangi zaman dilimi içerisinde uygulanacağı belirgin değildir. Böyle olması nedeniyle kanunda bir süresiz güvenlik tedbirinin ne zaman sona ereceğinin açıkça gösterilmesi gerekmez. Şayet kanunda güvenlik tedbirinin süresine yer verilmemişse, bırakılan boşluğun bir bilinçli boşluk olduğu ve kanun koyucunun iradesinin “uygulanma koşulları ortadan kalkıncaya dek tedbirin infazına devam edilmesi” yönünde olduğu söylenebilir.

Güvenlik tedbirlerinin kanunda süre belirlenmeden düzenlenmiş olması, bunların müebbet hapis cezasının tedbir hukukundaki muadili olarak kabul edildiği anlamına gelmez. Örneğin muhafaza altına alma tedbiri için kanunda herhangi bir süre belirlenmemiş olmakla birlikte bu durum, kendiliğinden ve zorunlu olarak failin ömür boyu güvenlik tedbirine maruz bırakılmasını gerektirmemektedir¹²⁷⁴. Süresiz güvenlik tedbirinin kesilmesinde veya devam edilmesinde uygulanacak ölçüt, failin tehlikeliliğinin devam edip etmediğidir. Süresiz güvenlik tedbirinin infazı, failin tehlikeli halinin ortadan kalktığına karar verildiği anda son bulur. Ayrıca bir güvenlik tedbirinin süresiz olması, onun uygulanma süresinin azami sınırının kanunda açıkça düzenlenmediği anlamına gelir. Bu nedenle kanunda tedbirin asgari uygulanma süresinin gösterilmesi, kendiliğinden, onun süreli bir tedbir olduğu anlamına gelmemektedir.

Alman CK’da yer verilen kişisel hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri incelenecek olursa, psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin herhangi bir süreyle sınırlanmadığı görülmektedir. Diğer bir deyişle, bu tedbirin uygulanma süresi henüz başlangıçta saptanmış değildir¹²⁷⁵. Aynı şekilde muhafaza altına alma tedbirinin süresi de kanunda gösterilmemiş, bu tedbir yasal bir azami uygulama süresi ile kayıtlanmamıştır. Tedbirin süresi ile failin tehlikelilik süresi örtüşmektedir. Diğer

¹²⁷⁴ Almanya’da söz konusu süresiz güvenlik tedbiri, uygulamada, şayet tek başına infaz edilmekte ise ortalama dört buçuk ilâ altı buçuk yıl, şayet bir cezanın infazına ilave edilerek infaz edilmekte ise ortalama on ilâ on yedi yıl sürmektedir. Bkz. DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 38; DESSECKER, “Lebenslange Freiheitsstrafe”, s. 21-23.

¹²⁷⁵ Tedbirin ortalama uygulama süreleri için bkz. DESSECKER, “Dangerousness”, kn. 46 vd.; DESSECKER, “Lebenslange Freiheitsstrafe”, s. 34 vd.

deyişle, failin tehlikeliliği giderilinceye kadar tedbirin uygulanmasına devam edilecektir. Tedbirin süresiz olması, aşırı durumlarda muhafaza altına alma tedbirinin suçlunun ölümüne kadar uygulanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda muhafaza altına alma tedbiri, suçun en ağır hukuki sonucu (çoğunluk görüşünün ifadesiyle en ağır yaptırım) olarak kabul edilmektedir. Kusur prensibi bu tedbire bir sınır çizemediğine göre, tedbirin uygulanma süresi için orantılılık ilkesinin hesaba katılmasının zorunlu olduğu düşünülmektedir¹²⁷⁶.

İtalyan CK'da yer verilen kişisel hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri incelendiğinde, çalışma evine veya zirai koloniye gönderme tedbirinin uygulanacağı asgari süre kural olarak en az bir yıl olarak tespit edilmiştir. İtiyadî suçlular için bu süre iki yıl, profesyonel suçlular için üç yıl ve temayülî suçlular içinse dört yıldır (Art. 217)¹²⁷⁷. Adli psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri için net bir asgari uygulanma sınırı öngörülmemiş; bu tedbirin uygulanma süresi, işlenen suçun ciddiyeti/ağırlığı ile orantılı biçimde tespit edilmiştir. Buna göre psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri, işlenen suç için kanunda öngörülen cezanın müebbet hapis cezası olması halinde on yıldan; kanunda öngörülen cezanın on yıldan az olmadığı hallerde beş yıldan; kanunda öngörülen cezanın on yıldan kısa süreli olması durumunda ise iki yıldan az olamaz (Art. 222/2)¹²⁷⁸. Failin işlemiş olduğu suçun kanundaki cezasının alt sınırının beş yıldan az olmaması durumunda, bir diğer şahsi hürriyeti kısıtlayıcı tedbir olan tedavi ve muhafaza evine gönderme tedbirinin uygulanma süresi en az bir yıl olarak tespit edilmiştir. Eğer kanunda yazılı olan müeyyide, müebbet hapis veya en az on yıl hapis cezası ise, tedbirin asgari uygulanma süresi üç yıla çıkmaktadır. Buna karşılık kanunda karşılığında hapis cezası öngörülmüş bulunan bir suçtan söz edilmekteyse ve suçlunun sosyal açıdan tehlikeli bir kişi olduğuna kanaat getirilirse, tedbirin en az altı ay süreyle uygulanması gerekir; ancak hâkim bu şart altındaki kişinin denetimli serbestlik (polis gözetimi) altında bulundurulmasına da karar verebilir (Art. 219)¹²⁷⁹. Adli ıslah evine yerleştirme tedbirinin uygulanma süresi ise en az bir yıldır (Art. 223/1). İtalyan hukukunda şahsi hürriyeti kısıtlayıcı olmayan güvenlik tedbirlerinden biri olmasına rağmen denetimli serbestlik tedbirinin en az bir yıl süreyle uygulanacağı öngörülmüştür (Art. 228)¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ MITSCH, JuS, (9), s. 786.

¹²⁷⁷ PISAPIA, s. 176; MANTOVANI, s. 834, kn. 229.

¹²⁷⁸ ORLANDI, s. 607. Sürenin belirlenmesinde, suçluyu sürekli biçimde inceleme ve gözlemleme olanağı bulunan kimselerin katılımı sonucunda yalnızca hâkim tarafından değil heyet tarafından tespitle bulunulmasının daha isabetli olacağı görüşü için bkz. ANTOLISEI, "Emniyet Tedbirleri", s. 721.

¹²⁷⁹ Bkz. PISAPIA, s. 176; MANTOVANI, s. 835, kn. 229.

¹²⁸⁰ PISAPIA, s. 178;

Aynı şekilde ikamet yasağı (Art. 233/2)¹²⁸¹ ve alkollü içki satan yerlere girmekten alıkonulma (Art. 234/1) tedbirlerinin uygulanma süresi de kanunda en az bir yıl olarak tespit edilmiştir. Bir güvenlik tedbiri olan ülke dışına çıkarmada (Art. 235) ise herhangi bir süreden söz edilmemiştir.

Görüldüğü üzere İtalyan ceza hukukunda şahsi güvenlik tedbirlerinin süresinin asgari sınırı kanunda açıkça gösterilmiştir. Bu tedbirlerden büyük bir kısmının bir yıldan az uygulanması mümkün değildir. Örneğin çalışma evine gönderme, polis gözetimi, belirli bir yerde kalma yasağı, alkollü içki satılan yerlere girmekten yasaklanma ve genç suçlular için uygulanan ıslah evine yerleştirme tedbirleri için en az bir yıllık uygulanma süresi saptanmıştır¹²⁸². Bununla birlikte İtalyan hukukunda, ister hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte isterse bu nitelikten uzak olsun, şahsi güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında “süresiz tedbir prensibi” esas alınmıştır. Yani güvenlik tedbirlerinin süresi, belli tedbirler için öngörülen asgari süre dışında belirsizdir. Diğer deyişle bu tedbirlerin azami uygulanma süresi belirlenmiş değildir. Bu hallerde uygulanmaya başlanılan tedbirin ne zaman sona erdirileceği, sosyal tehlikeliliğin devam edip etmediğine bağlı olarak hesaplanır¹²⁸³.

Her bir güvenlik tedbiri için kanunda öngörülen asgari sürenin bitimiyle birlikte hâkim, hakkında tedbir uygulanan kişinin toplum için hâlâ tehlikeli olup olmadığını tespit etmek amacıyla tedbirin koşullarını gözden geçirecektir. Burada iki ihtimalden söz etmek mümkündür. Birincisi, sürenin sonunda tehlikenin ortadan kalktığının saptanmasıdır. Bu halde güvenlik tedbirine son verilmesi gerekmektedir. İkincisi, bu kimsenin tehlikeli durumunun devam ettiğine kanaat getirilmesidir. Bu halde ise tedbirin infazına devam olunur. Bu ikinci halde hâkim, tehlikeyi, tespit edeceği bir zamanda yeniden değerlendirecektir. Bununla birlikte tehlike değerlendirmesi için ilerideki bir zamanın tespit edildiği hallerde bile, şayet tehlikenin son bulduğuna ilişkin haklı sebepler varsa hâkimin bu değerlendirmeyi herhangi bir zamanda yapmasına da müsaade edilmiştir¹²⁸⁴.

Türk hukukunda akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, süresiz tedbirlerdir. Koruma ve tedavi tedbirlerinin uygulanmasında ne üst ne de alt sınır düzenlenmiştir¹²⁸⁵.

¹²⁸¹ PISAPIA, s. 178;

¹²⁸² ORLANDI, s. 607.

¹²⁸³ CANTOR, “Italy”, s. 221.

¹²⁸⁴ ORLANDI, s. 608.

¹²⁸⁵ 765 sayılı mülga TCK m. 46/2’deki “...maznuna isnadolunan suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise bu müddet bir seneden az olamaz” şeklinde bir hükme 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir. Tedbir, tehlike esaslı olduğu ve bu tehlikenin ne zaman ortadan kalkacağı belli olmadığı için bir yıldan az sürede tehlikeliliği ortadan kalkan failin kurumda tutulması, tedbirin fiilen cezaya dönmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle 5237 sayılı Kanun’un düzenlemesini daha isabetli bulmaktayız.

Fakat bu tedbirlerin belirli bir süreye bağlı olmaksızın uygulanabilmesi için, faildeki akıl hastalığının onun kusur yeteneğini tümüyle veya önemli ölçüde ortadan kaldırması gerekir. Bu halde tedbir, failin toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına^{1286, 1287}, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen rapor üzerine mahkeme veya hâkim tarafından yapılacak “tehlike hali tespiti”¹²⁸⁸ anına kadar uygulanır. Dolayısıyla bu anın, mevcut tıbbi verilere rağmen önceden belli bir süreye veya döneme bağlanması mümkün değildir. Her somut olay açısından akıl hastasının sergilediği toplumsal tehlikenin tamamen veya önemli ölçüde kalkması anına kadar tedbir uygulanmaya devam edilmelidir.

Aynı şekilde, hukukumuzda alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlıları hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri de süresiz tedbirlerdir. Nitekim bağımlıların tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Dolayısıyla tedbir, bağımlı failin yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hâkim tarafından yapılacak “kurtulma tespiti” anına kadar devam eder. Bu kurtulma anının ne kadar sürecek bir tedaviden sonra gerçekleşeceği önceden belli değildir. Bu nedenle sona erme anının her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Aksi yönde, tedbir için asgari süre öngörülmemesinin toplum açısından riskli bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. YÜCEL, s. 106; DEMİRBAŞ, s. 646; ÇOLAK/ALTUN, s. 18.

¹²⁸⁶ “Önemli ölçüde azalma” kıstası, öğretide bir görüş tarafından eleştirilmektedir. Akıl hastasının hiç kimseye karşı tehlike arz etmeyinceye kadar tretmanına devam edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. YÜCEL, s. 106. Buna karşılık diğer bir görüş, doğru olanın tamamen iyileşme değil, failin sosyal hayata ayak uydurabilecek duruma gelmesi olduğu düşüncesindedir. Buna göre, akıl hastasının tamamen iyileşmesinden yani şifasından değil salaha ermesinden söz edilebilir. Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 428; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 354; DEMİRBAŞ, s. 357. Benzer yönde bir görüş, önemli olanın akıl hastasının toplumsal açıdan tehlikesinin kalkması olduğunu, kişiyi zorla iyileştirmenin amacı aşacağı, bu nedenle TCK m. 57/2’de yer verilen düzenlemenin bu açıdan AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğunu belirtmektedir. Bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 200, dn. 15. Kanaatimizce tehlikenin önemli ölçüde azalması demek, tehlikenin bir ölçüde devam etmesi demektir. Tedbirlerin uygulanma amacı, failin sosyal tehlikeliliğini “gidermek” olduğuna göre, toplumsal hayata adapte olsun veya olmasın, kısmen de olsa tehlikeli olan failin salıverilmesinin dayanağı anlaşılabilir değildir. Tehlikeli halin ortadan kalkması ile akıl hastalığının şifa bulması birbirine karıştırılmamalıdır. Burada olması gereken hukuk açısından aranması lâzım gelen, akıl hastalığının tümüyle iyileşip iyileşmediğinden bağımsız olarak, tehlikeliliğin tümüyle ortadan kalktığı yönünde tıbbi-kazaî bir tespitin yapılmasını aramaktır.

¹²⁸⁷ Kanaatimizce mahkemenin hükümde, bu tedbirin tehlikeli hal ortadan kalkana veya önemli derecede azalana kadar uygulanacağını açıkça belirtmesi gerekmez. Zira bu husus kanun gereği uygulanması zorunlu bir husustur ve kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Fakat Yargıtay, uygulamada tereddüde yol açma ve sanığın hürriyetini zedeleme ihtimali olduğu gerekçesiyle, “tehlikelilik ortadan kalkıncaya veya önemli ölçüde azalıncaya kadar” ibaresinin hüküm fıkrasına eklenmemesini bozma sebebi saymaktadır. Bkz. Y.4.CD., E. 2009/20633, K. 2011/25314, 27.12.2011.

¹²⁸⁸ Dikkat edilecek olursa, 5237 sayılı TCK’da akıl hastalarına uygulanacak güvenlik tedbirinin “tehlikenin kalkmasına/önemli derecede azalmasına” bağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla faildeki akıl hastalığının iyileşmesi, yani failin tıbben tümüyle sıhhatine kavuşması gerekmez. Oysa 765 sayılı mülga TCK’da “*Muhafaza ve tedavi altında bulundurma müddeti şifaya kadar devam eder*” (m. 46/3-c.1) ifadesiyle, tedbirin süresinin “iyileşme anı” olduğu kabul edilmiştir.

TCK’da öngörülen bir diğer süresiz güvenlik tedbiri müsadere dir. Devamlılık özelliği gösterme, müsadereyi, bir koruma tedbiri olan elkoymadan ayıran niteliklerden biridir¹²⁸⁹. Müsaderenin süresiz uygulanması, hem eşya hem de kazanç müsaderesi yönündendir. Bunun tek istisnası, müsadere konusunun iadesidir. Bu halde süresiz güvenlik tedbiri olan müsadere, iade anına kadar uygulanan geçici bir güvenlik tedbirine dönüşmektedir.

Her ne kadar hukuki nitelik itibarıyla bir güvenlik tedbiri olmasa da kanunda bu başlık altında düzenlenen sınır dışı edilme tedbiri de süresiz olarak uygulanır. Ayrıca TCK’da yer verilen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin süresizliği de tedbirlerin içeriğinden anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi müsadere, gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişilerde de süreklilik arz eder. Ayrıca faaliyet izninin iptali de kanunda belli bir süreye bağlı kılınmamıştır. İzin iptalinin süresiz bir tedbir olarak kabul edilmesi öğretide eleştirilmektedir¹²⁹⁰.

2.4.2.2. Geçici Güvenlik Tedbirleri

Geçici güvenlik tedbirlerinde, bu tedbirlere yer veren kanun maddesi, tedbirin ancak belli bir zaman dilimi boyunca uygulanacağını kayıt altına almaktadır. Bu zaman dilimi, net bir süreye bağlı olarak değil, bir duruma bağlı olarak sınırlanmaktadır. İşte kanunda öngörülen, net bir süreye bağlanmamış olan ancak süresiz uygulanması olanağı olmayan bu tedbirlere “geçici güvenlik tedbirleri” adı verilebilir. Geçici güvenlik tedbirlerinin tümünde kurumun adından esinlenilmek suretiyle “geçici olarak” veya benzer bir başka ifadeyle olsun, tedbirin devamlı surette uygulanmasını engelleyecek nitelikte, söz gelimi cezanın infazı veya failin yaşı gibi bir kayda doğrudan ya da dolaylı olarak yer verilmektedir.

Alman hukukunda geçici güvenlik tedbirlerinin, ceza kanununda değil ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Belirtelim ki, bu tedbirler, ceza muhakemesinde yer alması ve nihai kararlar değil ara kararlar uygulanmaları nedeniyle esasen birer koruma tedbiri niteliğindedir. Bununla birlikte örneğin Alman

¹²⁸⁹ İÇEL, Ceza Hukuku, s. 628.

¹²⁹⁰ Öğretide bir görüş, faaliyet izninin süresiz olarak yasaklanmasının AY’nın 13’üncü (öze dokunma yasağı) ve 48’inci (çalışma hürriyeti) maddeleri yönünden sorun teşkil ettiği kanısındadır. Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 621; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 648. Bir görüşe göre ise bu tedbirin süresiz uygulanması demek, tüzel kişinin ölüm cezasına mahkûm edilmesi demektir (CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 711) Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından, tüzel kişilerin faaliyet izninin suç karşılığında öngörülen ceza müddeti ile sınırlı olması gerekir. Bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 734. Aynı şekilde, niteliği itibarıyla geçici olması gereken güvenlik tedbirlerinin süresiz uygulanmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1370.

CMK’da düzenlenen, geçici olarak gözlem altına alma (StPO § 126a), sürücü belgesine geçici olarak elkoyma (StPO § 111a) ve geçici olarak meslek icrası yasağı (StPO § 132a) tedbirleri, öğretide güvenlik tedbirleri hukukunun geçici düzenlemeleri olarak da incelenmektedir¹²⁹¹. Keza dikkat edilecek olursa, bu tedbirler, ceza muhakemesi kanununda öngörülen yeni birer tedbir olmayıp, ceza kanununda öngörülen üç tür güvenlik tedbirinin, yine bu kanunda düzenlenen süreli veya süresiz tedbirlerden ayrılmış biçimini oluşturmaktadır. Bu tür tedbirlerin teknik anlamda güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmesi için muhakeme sonucunda tedbir kararı verilmesi gerekir. Bu andan itibaren koruma tedbiri, güvenlik tedbirine dönüşmektedir.

Geçici olarak gözlem altına alma tedbiri, kusur yeteneği bulunmayan veya azalmış olan kişilerin işleyeceği öngörülen hukuka aykırı fiillere karşı halkın korunmasına hizmet eden bir tedbirdir. Bu tedbir, hukuki niteliği itibarıyla muhakemeyi koruyucu bir tutuklama tedbiri niteliğinde olmayıp, ileride uygulanması muhtemel olan psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme tedbirlerinin öncüsü olan bir koruma tedbiridir. Bununla birlikte söz konusu tedbir fiilen usulî amaçlara ve muhakemenin sağlıklı yürütülmesine de hizmet etmektedir¹²⁹². Şayet geçici tedbirin şartları ortadan kalmışsa veya nihai kararda psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirmeye hükmedilmemişse geçici olarak gözlem altına alma kararı geri alınır (StPO § 126a/3).

Sürücü belgesine geçici olarak elkoyma, genel halkı ileride işlenebilecek trafik suçlarına karşı muhafaza etmeye yönelik bir koruma tedbiridir. Sürücü belgesinin iptaline karar verileceğini düşündürecek kuvvetli sebepler varsa, mahkemenin bir ara kararla şüphelinin sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karar vermesi mümkündür (StPO § 111a/1). Sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasında ölçüt, sürücünün kamuya açık karayollarında ileriye dönük olarak tehlike arz edeceğinin değerlendirilmesidir. Sürücü belgesi geçici olarak geri alınan kişi, bu süre içinde motorlu taşıt kullanma yetkisinden yoksun bırakılır¹²⁹³. Bu tedbir, sürücü belgesinin iptali tedbirinin (StGB § 69) öncüsü niteliğindedir. Yani sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına yönelik koruma tedbiri, muhakeme sonucunda sürücü belgesinin

¹²⁹¹ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 22; BRUNS, Michael, “StPO § 111a [Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 1; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 99; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 141.

¹²⁹² Bkz. SCHULTHEIS, Ullrich, “StPO § 126a [Einstweilige Unterbringung]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 1; PFEIFFER, Gerd, “StPO § 126a [Einstweilige Unterbringung]”, StPO: Strafprozessordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005, Rn. 1.

¹²⁹³ BRUNS, KarlsruherK-StPO, § 111a, Rn. 1-2.

iptaline yönelik bir güvenlik tedbirine dönüşmektedir. Eğer muhakeme sonunda sürücü belgesinin iptaline karar verilmezse veya tedbirin uygulanmasını gerektiren kuvvetli sebepler ortadan kalkarsa bu tedbir de son bulur (StPO § 111a/2).

Geçici olarak meslek icrası yasağı, meslek icrasının yasaklanmasına karar verilebileceğini gösteren kuvvetli sebeplerin bulunması durumunda, mahkemenin ara kararı ile uygulanan bir tedbirdir. Bu tedbir, meslek icrası yasağı tedbirinin (StGB § 70) öncüsü niteliğindedir¹²⁹⁴. Dolayısıyla geçici olarak meslek icrasının yasaklanmasına yönelik koruma tedbiri, muhakeme sonucunda meslek icrasının yasaklanmasına yönelik bir güvenlik tedbirine dönüşmektedir. Eğer muhakeme sonunda meslek icrasının yasaklanmasına karar verilmezse veya tedbirin uygulanmasını gerektiren kuvvetli sebepler ortadan kalkarsa bu tedbir de son bulur (StPO § 132a/2).

Türk hukukunda çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, belli bir süreyle bağlı değildir. Fakat bunların ilanihaye uygulanmasına da müsaade edilmemiştir. Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanması, muhatapın on sekiz yaşını tamamlamasıyla birlikte kendiliğinden sona erer (ÇKK m. 7/6-c.1). Mahkemenin bu hususta herhangi bir değerlendirme yapması gerekmez. Süreye tabi tutulmaması fakat öte yandan süresiz de uygulanmaması nedeniyle, bu tedbirleri geçici güvenlik tedbirleri kategorisinde değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte, on sekiz yaş, bu tedbirlerin sonlandırılması için mutlak surette uyulması gereken asgari yaş olarak algılanmamalıdır. Buradaki geçicilik, yaş bakımından azami bir tespitle sağlanmıştır. Bu nedenle mahkemenin, ilgili güvenlik tedbirini mutlaka çocuk on sekiz yaşını doldurana kadar uygulaması gerekmez. Örneğin on üç yaşında suç işleyen çocuk on beş yaşında geldiğinde mahkeme kararıyla tedbirin uygulanmasına son verilebilir. Aradaki fark, çocuk on sekiz yaşına geldiğinde tedbir kendiliğinden son bulurken yani mahkemenin ayrıca bir değerlendirme yapması gerekmezken; daha erken bir dönemde tedbirin sona erdirilmesi için bu yönde ayrı bir karar aranır. Önemle belirtmek gerekir ki, tedbirlerin yasal yaş sınırı nedeniyle sona erdirilmesi için çocuğun tehlikelilik halinin ortadan kalkmış olması şartı aranmamaktadır. Muhatap toplumsal açıdan tehlikeli olsa bile, çocukluktan yetişkinliğe geçmesi halinde koruyucu ve destekleyici tedbirlere devam edilmesi mümkün değildir. Nitekim bu tedbirler “çocuklara özgü”dür. İlk bakışta bu kuralın istisnası gibi görünen hükme, ÇKK m. 7/6-c.2’de yer verilmiş olsa da kanaatimizce tedbirin uzatılmasına ilişkin bu hükümde yer alan ve on sekiz

¹²⁹⁴ PFEIFFER, Gerd, “StPO § 132a [Vorläufiges Berufsverbot]”, StPO: Strafprozessordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005, Rn. 1; GERHOLD, Sönke Florian, “§ 132a [Vorläufiges Berufsverbot]”, Münchener Kommentar zur StPO, Hrsg. KNAUER, Christoph/KUDLICH, Hans/SCHNEIDER, Hartmut, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2014, Rn. 1.

yaşından sonra da uygulanabilen eğitim tedbiri, yukarıda açıklandığı üzere, bir güvenlik tedbiri olmadığı için koruyucu ve destekleyici tedbirlerin geçiciliği kuralına getirilmiş bir istisna olarak kabul edilemez.

Hukukumuzda geçici tedbirlerin bir diğer örneği, TCK'da güvenlik tedbiri olarak düzenlenen hak yoksunluğudur¹²⁹⁵. Belirli haklardan yoksun bırakılma, suçlunun hayatı boyunca değil, kişinin işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m. 53/2). İnfaz tamamlanınca, hak yoksunluğu son bulur. Fakat TCK m. 53/1'de sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, “hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar” bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Sözü edilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise, “hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar” bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükümün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/5). Mahkemenin, bu tedbir uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi olmamakla birlikte, uygulanacak tedbir açısından hükümde belirtilen sürenin yarısı ile bir katı arasında bir süre belirlemek konusunda takdir yetkisi vardır. Mahkeme tespit ettiği süreyi kararında ayrıca göstermelidir. Öğretide bir görüşe göre, TCK m. 53/5'e göre hükmolunacak hak yoksunluğunun süresinin kararda açıkça gösterilmemesi, hükümlü açısından kazanılmış hak oluşturur; dolayısıyla bu halde, yoksunluğun sadece cezanın infazı süresince devam edeceği söylenebilir¹²⁹⁶. Kanaatimizce mahkeme TCK m. 53/5'in şartlarının oluştuğuna kanaat getirerek tedbir uygulanmasına karar vermekle birlikte, tedbirin süresini kararda göstermemişse, hükümlü açısından bir kazanılmış haktan söz edilemez. Bu halde kanuna aykırılık dolayısıyla bir bozma sebebinden söz edilmelidir. Nitekim kanun koyucunun TCK m. 53/5'te tedbirin süresini infazdan sonra bir süre uzatmasının gerekçesi, failin bu haklardan hem infaz döneminde hem de infazdan sonraki geçici bir süre yararlanmasını engellemektir. İşte mahkemenin infazdan sonraki bu geçici süreyi kararda göz ardı etmesi, normun lafzına ve ruhuna aykırı olacağı için mahkemenin bozma kararı üzerine tedbirin uygulanacağı süreyi yeniden tespit etmesi gerektiği kanısındayız.

¹²⁹⁵ Hak yoksunluğu, 765 sayılı TCK döneminde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmediği gibi, yoksunlukların, yasak hakların geri verilmesine kadar yani süresiz olarak uygulanacağı kabul edilmiştir.

¹²⁹⁶ DEMİRBAŞ, s. 638.

Hak yoksunluğunun geçici olması yönündeki genel kuralın birinci istisnasını, taksirli suç nedeniyle infaz sonrasında uygulanan hak yoksunluğu oluşturmaktadır. Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/6). Kanunda alt ve üst sınırların öngörüldüğü suçlar için bu sınırlar dâhilinde tespit yapmak mahkemenin yetkisindedir. Bu tespitin failin işlemiş olduğu suç, ileride işlenmesi muhtemel suçlar, fiil ve gelecekteki tehlike arasındaki bağlantı ve failin tekerrür olasılığı dikkate alınarak yapılması gerekir¹²⁹⁷. Fark edileceği üzere, hak yoksunluğunun taksirli suçlardaki görünüş biçimi esasen bir süreli tedbir niteliğindedir.

Hak yoksunluğunun geçici olması yönündeki genel kuralın ikinci istisnasını ise TCK'da yer almayan, özel kanunlarla öngörülen bazı hak yoksunlukları oluşturmaktadır¹²⁹⁸. Örneğin devlet memuru olabilmek için bazı suçlardan dolayı hüküm giymemiş olmak şarttır. DMK (m. 48/1-A, 5) uyarınca TCK m. 53'te belirtilen süreler geçmiş olsa bile memur olma hakkından yoksunluk devam eder. Bu örnekte görüldüğü gibi, fer'i güvenlik tedbirleri hukukuna ilişkin düzenlemelerin süresiz hak yoksunluğu uygulanmasını kabul etmesi olanaklıdır.

Belirtmek gerekir ki, hapis cezası ile adli para cezasının birlikte uygulandığı hallerde, hak yoksunluğunun hangi süre içinde uygulanağına dair bir açıklığa TCK m. 53'te yer verilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, hem hapis hem de adli para cezası suç karşılığında uygulandığı için yasaklılık süresi, her iki yaptırım için ayrı ayrı belirlenmeli ve toplanmalıdır¹²⁹⁹. Diğer bir görüşe göre, her iki cezadan hangisi daha sonra infaz edilmişse, yasaklılık süresi ona göre hesaplanmalıdır¹³⁰⁰. Bir başka görüş ise, adli para

¹²⁹⁷ TURHAN, s. 186; AKBULUT, s. 797.

¹²⁹⁸ Belirtelim ki, TCK dışında kalan hak yoksunluklarının tamamı süresiz değildir. Örneğin süreli hak yoksunluğu içeren yan güvenlik tedbirleri hukuku alanının örneklerinden olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 119'uncu maddesinde, hapis cezasının infazından sonra mahkeme kararıyla, ceza süresini geçmemek üzere geçici olarak sürücü belgesinin geri alınabileceği düzenlenmiştir. Buradan hareketle denilebilir ki, mahkeme, hem temel güvenlik tedbirleri hukuku (TCK m. 53/6) hem de yan güvenlik tedbirleri hukuku (KTK m. 119/1) alanında sürücü belgesini geri alma yetkisine sahiptir. Her ikisi de geçici bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, kanaatimizce TCK'daki tedbir taksirli suçlarda, KTK'daki tedbir ise kasıtlı suçlarda uygulama alanı bulacaktır. Benzer yönde bkz. YILMAZ, Zekeriya, "Ceza Kanunumuzda Mahkûmiyete Bağlı Hak Yoksunlukları", ABD, (2), 2006, s. 41-42. Aksi yönde, TCK m. 53'ün KTK m. 119'u zımnen yürürlükten kaldırdığı görüşü için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 534, kn. 934; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 619; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 899.

¹²⁹⁹ CENTEL/ZAFAER/ÇAKMUT, s. 706.

¹³⁰⁰ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 533, kn. 933.

cezasına mahkûmiyet durumunda yasaklılık süresine TCK m. 53/5'te özel olarak yer verilmesinden hareketle, adli para cezasının hapis cezası ile birlikte uygulandığı hallerde tespitin hapis cezası esas alınmak suretiyle yapılması gerektiği kanısındadır¹³⁰¹.

2.4.2.3. Süreli Güvenlik Tedbirleri

Süreli güvenlik tedbirleri, azami uygulanma süresinin kanunda açıkça belirlendiği tedbirlerdir. Bir tedbirin süreli olup olmadığını tespit ederken dikkate alınacak ölçüt, tedbirin asgari uygulanma süresi değildir. Bu nedenle kanunda “en az x yıl süreyle uygulanır” şeklindeki bir hüküm, üst sınır belirlenmediği için süreli değil, süresiz tedbire örnektir. Aksine, süreli güvenlik tedbirlerinde kanun ya net bir süre tespit ederek “x yıl süreyle uygulanır” ya da azami sınır belirleyerek “en fazla x yıl süreyle uygulanır” veya benzeri bir ifade kullanmalıdır.

Alman hukukunda şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri içerisinde psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin aksine, kanun koyucu, bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbirini süre bakımından sınırlamıştır. StGB § 67d/1 hükmü gereğince bu tedbir, failin bağımlılıktan kurtarma tedavisi yapan kuruma yerleştirildiği tarihten itibaren iki yılı geçemez. Fakat aynı paragraf gereğince, söz konusu süre kural niteliğinde olup, cezaya bağlı olarak uzayabilmektedir. Failin mahkûm olduğu hapis cezasından önce hürriyeti bağlayıcı tedbirin infazına başlanır ve tedbirin infaz süresi cezadan mahsup edilirse, tedbir süresinin azami sınırının, birlikte hapis cezasının süresinin üçte ikisi kadar uzayacağı kabul edilmiştir. Uygulamada birlikte hapis cezasının üç yıl olması durumunda bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbirinin azami süresinin dört yıl (2 yıl + $2/3 \times 3$ yıl); cezanın on beş yıl olması halinde on iki yıl (2 yıl + $2/3 \times 15$ yıl) olacağı; ömür boyu hapis cezasına hükmedilmesi halinde ise bu sürenin yaklaşık olarak on yedi yıla uzayacağı ifade edilmektedir¹³⁰².

Alman hukukunda şahsi hürriyeti bağlayıcı olmayan güvenlik tedbirleri içerisinde ise denetimli serbestlik tedbiri hem asgari hem azami olarak süreye bağlanmıştır. Bu tedbir iki yıldan az veya beş yıldan fazla olamaz. Mahkemenin belirlenen üst süreyi kısaltması mümkündür (StGB § 68c/1). Kural olarak azami süreden fazla denetimli serbestlik kararı verilememekle birlikte, eğer kanunda açıkça

¹³⁰¹ TURHAN, s. 185; AKBULUT, s. 797; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 623.

¹³⁰² GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, Rn. 9; KREICKER, Helmut, “Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben lebenslanger Freiheitsstrafe”, NStZ, (5), 2010, s. 242.

yazılı istisnalar ortaya çıkmışsa, sürenin üst sınırdan fazla tayin edilmesi söz konusu olabilir. Bunun için kanunda bir sabit ve iki alternatifli koşul kabul edilmiştir. Her şeyden önce mahkemenin beş yıllık üst süreyle bağlı olmaması için failin önemli suçlar işlemek suretiyle halkı tehlikeye düşüreceğinden endişe edilmesini gerektiren bir durum olmalıdır. Bu değişmez şartın yanı sıra fail ya mahkemece kendisine verilen bir talimatı kabul etmemiş olmalı¹³⁰³ ya da bir iyileştirme, bağımlılıktan kurtarma ya da terapi talimatının gereklerine uygun davranmamış olmalıdır (StGB § 68c/2). Eğer Kanun'un 68c maddesinin 3'üncü fıkrasında tespit edilen durumlar varsa mahkemenin tedbiri süresiz olarak uzatması da mümkündür.

Şahsi hürriyeti bağlayıcı olmayan sürücü belgesinin iptali tedbirinde ise süre bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir. İlkin, sürücü belgesinin iptali tedbiri süreli olarak uygulanabilir. Bu süre hem asgari hem azami hadde tabidir. Kural olarak mahkeme, sürücü belgesinin iptaline karar verdiği fail hakkında altı aydan beş yıla kadar süreyle yeni bir sürücü belgesi verilmesini yasaklar (StGB § 69/1-c.1). Tedbirin asgari süresinin kısaltılması konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme süreleri tespit ederken, takvimle belirlenmiş net bir süreye kadar değil, -ay, yıl gibi- belli bir zaman periyodu üzerinden süreyi tayin etmelidir¹³⁰⁴. Süreli yasaklama, hükmün kesinleştiği andan itibaren başlar (StGB § 69/5-c.1). Kural olan süreli yasaklamadır; çünkü süresiz yasaklama için kanun bir koşulun gerçekleşmesini aramaktadır. Buna göre, sürücü belgesinin süresiz olarak iptal edilmesi, ancak kanunda öngörülen azami sürenin, suçlunun ortaya çıkardığı tehlikeyi önlemekte yetersiz kalması bekleniyorsa mümkündür (StGB § 69/1-c.2). Bu beklenti bakımından yalnız bir ihtimalin yeterli olmadığı, tedbiri düzenleyen metinde açıkça yer almasa bile, tedbirin sadece istisnai hallerde ve orantılılık ilkesi gözetilerek uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca süresiz uygulanma gerektiren özel koşulların buna ilişkin kararda ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir¹³⁰⁵.

Yine şahsi hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan mesleki faaliyetin yasaklanması tedbirinin asgari süresi bir yıl, azami süresi ise beş yıl olarak belirlenmiştir. Sürenin sonradan kısaltılması kural olarak mümkün olmamakla birlikte, StGB § 70a/1 uyarınca, failin önemli hukuka aykırı fiiller işleme tehlikesinin bulunmadığına kanaat getiren

¹³⁰³ Bu talimat, Kanun'un 56c maddesinin 3'üncü fıkrasının 1'inci bendinde düzenlenen, yalnızca hükümlünün rızası üzerine verilebilen ve fiziksel bir müdahaleye bağlı bulunan bir iyileştirici tedaviye veya bağımlılık tedavisine tabi tutulmayı içermektedir.

¹³⁰⁴ STREE, Walter/KINZIG, Jörg, "StGB § 69a Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis", Strafgesetzbuch Kommentar, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014, Rn. 8.

¹³⁰⁵ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, § 69a, Rn. 9.

mahkemenin yasağı ertelemesi mümkündür. Keza süreyle bağlı olması halinde sözü edilen tedbirin eğer tehlikeyi gidermeye yetmeyeceği anlaşılırsa, kanun koyucu, bu tedbirin süresiz uygulanmasına da müsaade etmiştir (StGB § 70a/1). Öğretide tedbirin süresiz uygulanmasının, ancak en ağır veya kronik mesleki suçluluk durumlarında ve orantılılık prensibi doğrultusunda yerine getirilebileceği ifade edilmektedir¹³⁰⁶.

Türk hukukunda, yukarıda da ifade edildiği üzere, şahsi hürriyeti bağlayıcı nitelikte olan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması süreye bağlı değildir. Ancak tedbirin süresiz olarak yani iyileşme odaklı uygulanabilmesi için failin kusur yeteneğinden tamamen veya önemli ölçüde yoksun olması gerekir. Eğer kusur yeteneğinde bu niceliğe ulaşmayan bir eksiklik varsa ve ceza yerine tedbir kararı verilmişse, artık tedbir süreli hale gelmektedir. Nitekim bu halde ceza, “süresi aynı kalmak koşuluyla” güvenlik tedbiri olarak uygulanmaktadır (TCK m. 32/2-c.3). Kanaatimizce, akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi yoğun olmasa bile, tedbirin süresinin ceza süresi ile sınırlandırılmaması gerekir¹³⁰⁷. Nitekim cezada kanunen belirli olan alt ve üst sınırlar söz konusu iken, tedbirde failin iyileşmesi esas alınır. Tedavinin ceza süresi ile sınırlandırılması halinde, mahkeme, akıl hastası failin bu sürede iyileşip iyileşmediği değerlendirmesini yapmaktan kanun gereği alıkonulmaktadır.

Burada güvenlik tedbirinin süresinin mahkûmiyet kararında yer verilen süre mi yoksa cezanın infazında esas alınacak süre mi olduğu sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce süreyi infaza göre değil, hükme göre belirlemek isabetli olur. Kusur yeteneğinden kısmen yoksun akıl hastası söz gelimi üç yıl hapis cezasına mahkum edildikten sonra bu cezanın güvenlik tedbirine çevrilmesine karar verilmişse, failin salıverilme süresi iki yıl (CGTİHK m. 107/2) değil, üç yıl olmalıdır.

Hukukumuzda şahsi hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmayan denetimli serbestlik tedbiri de süreli güvenlik tedbirlerinin bir diğer örneğidir. Mahkeme, mükerrir ve özel tehlikeli suçlular hakkında, bir yıldan az olmamak üzere, bir denetim süresi belirlemek durumundadır. Ancak bu sürenin beş yıldan fazla olması olanaklı değildir (CGTİHK m. 108/4, 6). Mahkemenin süre belirleyip belirlememe konusunda takdir yetkisi yoktur; fakat denetimli serbestlik tedbirinin süresinin bir ve beş yıllık alt ve üst sınırlar dâhilinde, failin tehlikeliliği ile orantılı biçimde tespit edilmesi hususu mahkemenin takdirindedir.

¹³⁰⁶ Bkz. BOCKEMÜHL, MüKo-StGB, § 70, Rn. 27-28.

¹³⁰⁷ Aynı yönde bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 403.

Denetim süresi, cezanın infazının tamamlanması ile işlemeye başlar¹³⁰⁸. Koşullu salıverilme durumunda cezanın infazı tamamlanmamakta, halen devam etmektedir. Bu nedenle infazın tamamlanmasından maksat, koşullu salıverilme de dahil olmak üzere, infazın bütünüyle sona erdirilmiş olmasıdır.

¹³⁰⁸ AKBULUT, s. 819.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİ

3.1. GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

3.1.1. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi Kavramı

3.1.1.1. Tedbir Muhakemesi

Suçun hukuki sonuçları muhakemesi¹³⁰⁹, bir yandan kusur yeteneğine sahip failin işlemiş olduğu suçun karşılığı olarak cezayı belirlemeye yönelik ceza muhakemesinden, diğer yandan ise işlenen suç vesilesiyle uygulanmakla yani bir suçu gerektirmekle birlikte failin tehlikeliliğini esas alan güvenlik tedbirleri muhakemesinden oluşan bir üst kavramdır.

Belirtelim ki ceza muhakemesinin yalnızca ceza yargılaması ile sınırlı olmaması gibi, güvenlik tedbirleri muhakemesi kavramı da sadece tedbir yargılaması ile yani mahkeme işlemleri ile sınırlı değildir. Bu kavramla muhakemenin tüm evreleri anlatılmak istenir¹³¹⁰. Dolayısıyla güvenlik tedbirleri muhakemesi, tedbir soruşturması ve tedbir kovuşturmasından oluşan bir bütün teşkil eder. Muhakeme sonucunda verilen tedbir kararı ise tedbirin infazı/yerine getirilmesi ile sonuçlanır.

Ceza muhakemesi hukukunun getirisi olarak, devletin suç teşkil eden fiilin failine ceza verebilmesi için öncelikle usulüne uygun biçimde gerçekleştirilecek bir muhakeme sonucunda fail hakkında bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş olması gerekir¹³¹¹. Güvenlik tedbirleri de hukuki nitelik tartışmasından bağımsız olarak, cezalar gibi bir mahkeme kararını gerektirdiğine göre, cezalar bakımından geçerli olan “Nulla

¹³⁰⁹ Öğretide ZAFER (“Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 264), kanuni tarife uygun, hukuka aykırı ve kusurlu fiilin karşılığını oluşturan dar anlamda cezayı üreten ceza muhakemesi ile kanuni tarife uygun, hukuka aykırı ve kusursuz fiilin karşılığını oluşturan güvenlik tedbirleri muhakemesini “yaptırım muhakemesi” üst başlığı altında birleştirmektedir.

¹³¹⁰ GÖSSEL, Karl Heinz, “§ 414”, Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/Franke, Ulrich/GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Veriag de Gruyter, 26. Auflage, 2009, Rn. 1.

¹³¹¹ WEIGEND, LK-StGB, “Einleitung”, Rn. 11.

poena sine processu (Yargılamasız ceza olmaz)¹³¹² prensibinin güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olacağı açıktır. Bu prensip nedeniyle güvenlik tedbirinin infazına geçilmesi, ancak tedbir muhakemesi sonucunda yargı merci tarafından hükmolunacak usulüne uygun bir kararın varlığına bağlıdır. O halde güvenlik tedbirleri muhakemesine özgü bir “*Yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz*” prensibinden bahsetmek olanaklıdır¹³¹³. Türk hukuku açısından bu durum aynı zamanda kamu davasının mecburiliği prensibinin kaçınılmaz sonucudur. Güvenlik tedbirlerine hükmolunabilmesi için bir kamu davasının açılması ve açılan davanın kamu adına dava açmaya yetkili merci tarafından hazırlanan bir resmi belgeye dayanması gerekir.

Sosyal savunma teorisinin katı formunu savunan düşünürlerin ortaya koyduğu tek izli sistemde geçerli olması önerilen “toplumsal savunma önlemleri yargılaması”nın işleyişiyle güvenlik tedbirleri yargılamasının işleyiş mantığı aynıdır. Bu teorisyenlere göre, toplumsal savunma tedbirleri yargılamasının başladığı an, suç öznelerinin toplumsal yaşama karşıtlığının nitelik ve derecesinin değerlendirilmeye başlandığı andır; buna karşılık yargılamanın bittiği an, önlemin uygulanma zorunluluğunun ortadan kalktığı ana tekabül eder¹³¹⁴. Aynı biçimde iki izli hukuki sonuçlar sisteminde geçerli olan güvenlik tedbirleri muhakemesinde soruşturma evresinin başladığı anın, tehlikeli failin suçu işlediği hususunda şüphenin belirdiği anı; infazla birlikte geniş anlamda muhakeme evresinin sonlandığı anın ise güvenlik tedbirinin uygulanmaması yönünde karara varıldığı yahut tedbirin sona erdiği anı ifade ettiği söylenebilir.

Bilindiği üzere güvenlik tedbirleri cezaya ek olarak uygulanabileceği gibi ondan bağımsız olarak da uygulanabilir. Özellikle kusur yeteneği bulunmayan failer tarafından işlenen suçlarda ceza verilmesi mümkün olmadığı için söz gelimi karşılaştırmalı hukukta psikiyatri kliniğine yerleştirme, sürücü belgesinin iptali veya meslek icrası yasağı gibi tedbirlerle Türk hukukundaki örneğin akıl hastalarına ve çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması için suçun işlendiğinin tespiti ve failin tehlikelilik hali yeterlidir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda faile ceza verilmesi mümkün olmadığı için esasen bir ceza muhakemesine değil, güvenlik tedbirleri muhakemesine ihtiyaç bulunmaktadır. İşte teorik olarak güvenlik tedbirleri muhakemesi, failin ceza davasını yürütme ehliyetinden (duruşma ehliyetinden)

¹³¹² Bu ilke ceza adaleti alanında geçerli olan “*Nullum crimen sine lege* (Kanunsuz suç olmaz)” ve “*Nulla poena sine lege* (Kanunsuz ceza olmaz)” prensiplerinin, amaçları bakımından zorlayıcı kamu hukukunun bir parçasını oluşturan muhakeme hukukundaki karşılığını ve uygulama koşulunu teşkil eder. Bkz. FABRIZY, Ernst Eugen, StPO und wichtige Nebengesetze, MANZ’sche Verlag, 12. Auflage, Wien, 2014, s. 2.

¹³¹³ “Yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz” prensibi, Anayasa m. 38, AİHS m. 6-7 ve TCK m. 2 gereği, mutlak bir emirdir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394.

¹³¹⁴ GRAMATICA, s. 41.

(*Verhandlungsfähigkeit*) veya kusur yeteneğinden (*Schuldfähigkeit*) sürekli biçimde yoksun olması ve bu nedenle hakkında ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi imkânının bulunmaması nedeniyle ceza muhakemesinden bağımsız bir yargılama süreci işletilmesini ifade eder¹³¹⁵. Dolayısıyla kusur yeteneği tam olan veya bu yeteneği kısmen azalan fail hakkında cezaya hükmedilebileceği için verilecek kararın bir özellik taşımayacağı söylenebilir. Fakat özellikle kusur yeteneğinden tamamen yoksun failin salt ceza muhakemesi öngören bir sistemde ceza müeyyidesi uygulanmadığı takdirde beraat etmesi ve sosyal tehlikeliliğin önlenememesi riski devam edecektir. O halde normal ceza yargılaması, kusur yeteneğinden ve ceza ehliyetinden bağışık olan fail açısından eksik ve başarısız olmaktadır. Bu eksikliği gidermek için ceza muhakemesi hükümlerinden bağımsız olarak özel önlemeyi esas alan hukuki sonuçlara özgülenmiş “güvenlik tedbirleri muhakemesi” düzenlemelerine yer verilmesi gerekir¹³¹⁶.

Bir güvenlik tedbirinin uygulanması istemi daima hükmü verecek mahkemeden talep edilmelidir¹³¹⁷. Bu durum güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun muhakemesel bir izlek takip edilerek çözüme kavuşturulması anlamına gelir.

Türk hukukunda kriminal anlamda suçlara ilişkin muhakemenin, gerek mevzuatta gerek öğreti ve uygulamada ceza muhakemesi ve güvenlik tedbirleri muhakemesi şeklinde ikili bir ayrım ile incelenmediği görülmektedir. Öyle ki, ülkemizde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu dışında ayrı bir “Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi Kanunu” bulunmadığı gibi, temel kanun olan CMK’da güvenlik tedbirlerinin soruşturmasına ve kovuşturmasına ilişkin ayrıksı hükümlere de yer verilmemiştir¹³¹⁸. Bununla birlikte hukuki sonuçlar sisteminde güvenlik tedbirlerinin öneminin giderek artması, ileride muhtemel yasal değişikliklerle Türk ceza hukukunun bu ikinci izine ilişkin özel prosedürel düzenlemelere yer verilmesini gerektirecektir. Bu gereksinimi karşılamak üzere ceza muhakemesinden ilke ve usullere referans yapılması bir yana, karşılaştırmalı hukuktaki kimi örneklerden de faydalanılması icap eder. Bu nedenle güvenlik tedbirlerini konu edinen bir çalışmada en azından bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi ile ilgili temel özelliklerin incelenmesinin elzem olduğu kanısındayız.

¹³¹⁵ HELLMANN, Uwe, *Strafprozeßrecht*, Springer Verlag, Berlin, 1998, s. 322. Güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin tanımlar için bkz. <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/sicherungsverfahren.html>; <http://www.rechtslexikon.net/d/sicherungsverfahren/sicherungsverfahren.htm>.

¹³¹⁶ Benzer yönde bkz. MEIER, s. 276-277.

¹³¹⁷ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 78; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 103.

¹³¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1569; “Güvenlik tedbirleri yargılaması, ceza yargılaması usul ve esaslarına tabidir” (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 474).

3.1.1.2. Tedbir Muhakemesinin Uygulama Alanı

Ceza hukukunun iki şeritli hukuki sonuçlar sisteminde, ceza muhakemesi prosedürünün uygulanması, kural olarak güvenlik tedbiri kararına hükmedilmesinin ön koşuludur. Nitekim öğretide onun esaslı var olma hakkının, ceza hukukuna aykırı fiilden, sonunda ceza adaletinin yetki alanı dışında kalan ikinci izi ortaya çıkardığı savunulmaktadır. Bunun istisnası, kanun koyucunun ceza muhakemesinin yürütülmesinden bağımsız olarak güvenlik çıkarını ön planda tutan tedbir muhakemesi hükümlerine yer vermesidir¹³¹⁹. O halde güvenlik tedbirlerinde savcılığın ve mahkemenin soruşturma ve kovuşturma usulü açısından ceza muhakemesi kurallarından ayrılabilmesi için kanunda açık düzenleme olması gerekir. Diğer bir deyişle şüpheli veya sanığın ceza sorumluluğunun bulunmaması, bu kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektirse de otomatik olarak ceza muhakemesinden bağımsız bir güvenlik tedbirleri prosedürünün uygulanması sonucunu doğurmaz¹³²⁰.

Şekli ceza hukukunda güvenlik tedbirleri muhakemesi, ceza muhakemesi gibi genel kurallarla değil, ayrı bir hukuk dalı olarak kabul edilmemesi ve ceza hukukunun ikinci izi sıfatıyla ele alınmasının doğal sonucu olarak kendine özgü spesifik kurallarla yürütülmelidir. Bu kurallar iki izli hukuki sonuçlar sisteminde ceza muhakemesi kanunlarının ilgili kısmında yahut örneğin çocuklara veya tehlikeli suçlulara ilişkin özel kanunlarda kural olarak bağımlı tedbir muhakemesi biçiminde düzenlenebilir.

3.1.1.3. AİHS Bağlamında Tedbir Muhakemesi

Öğretide duruşmada hazır bulunma hakkı ile muhakemeye katkıda bulunma hakkının AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen beşinci maddesinin ve adil yargılanma hakkını düzenleyen altıncı maddesinin temel bileşenleri olduğu kabul edilmektedir. Öğretide bir görüş tarafından, duruşmada hazır bulunmayan sanık hakkında geçerli olan duruşma yasağının ise ilkesel olarak, duruşma ehliyetsizliği (ceza davasında hazır bulunma ehliyetinden yoksunluk) nedeniyle, duruşma salonunda fiziki olarak hazır bulunmakla birlikte “psişik olarak hazır bulunmayan” kişiye kadar uzandığı ileri sürülmektedir. Bu çerçevede *Pollähne*, duruşma ehliyetinden yoksun olan kişilere

¹³¹⁹ POLLÄHNE, Helmut, “Vorbemerkungen vor §§ 413 ff.”, Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar), Hrsg. GERCKE, Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012, Rn. 1.

¹³²⁰ Krşl. METZGER, Ernst, “§ 413 StPO”, KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015, Rn. 1 (KMR-StPO).

karşı ceza muhakemesinin yürütülmesinin, her ne kadar bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi olarak nitelendirilmiş olsa bile, sorunlu olduğuna vurgu yapmaktadır¹³²¹. Buna karşılık öğretide bir diğer görüş, AIHS'nin altıncı maddesindeki hakkın güvenlik tedbirleri muhakemesinde geçerli olmadığını düşünmektedir¹³²². Fakat bu görüşün, ceza hukukuna aykırı fiil ortaya çıktığı yani suç işlendiği halde ceza muhakemesi usulünün bir bileşenini reddetmesi nedeniyle ikna edici olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca “duruşma ehliyetinden yoksun tehlikesiz suçlular” açısından gerektiğinde hak edilmiş cezadan kaçınmak mümkün olduğu halde, “duruşma ehliyetinden yoksun tehlikeli suçlular” tarafından güvenlik tedbirlerine tabi tutulmanın adaletsizlik olarak algılanmasının muhtemel olduğu da bir diğer gerekçe olarak ileri sürülmektedir¹³²³.

3.1.2. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Amacı

Güvenlik tedbirleri muhakemesinin kanunda açıkça yer verildiği ülkelerde, bu muhakeme türünün amacının, hukuk kurallarını ihlal eden ve öznel bir ceza muhakemesi usulüne göre yargılanması mümkün olmayan tehlikeli faillere karşı halkın emniyetini sağlamak olduğu kabul edilmektedir¹³²⁴. Dolayısıyla kusur yeteneği ve haliyle ceza ehliyeti olmayan failin öznel durumundan hareketle ceza muhakemesinin yürütülemediği tehlikeli kişi hakkında, onun işlediği “sebepten suç”tan hareketle işletilecek nesnel bir muhakemede, gerekli olan güvenlik tedbirinin bağımsız şekilde uygulanmasını mümkün kılmak, güvenlik tedbirleri muhakemesinin temel amacıdır¹³²⁵. Muhakemenin amacı konusunda yapılan bu ayırmadan hareketle, ceza muhakemesinin öznel (kusur yeteneği), buna karşılık güvenlik tedbirleri muhakemesinin nesnel (sebepten suç) bir gerekçe ile sürdürüldüğü söylenebilir. Kanaatimizce şekli ceza hukukunun her

¹³²¹ POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, Vor §§ 413 ff., Rn. 3.

¹³²² Gollwitzer'den aktarılan bu görüş için bkz. POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, Vor §§ 413 ff., Rn. 3.

¹³²³ POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, Vor §§ 413 ff., Rn. 3.

¹³²⁴ Öznel ceza muhakemesinde ceza ehliyeti olmayan kimseler hakkında bağımsız tedbir uygulanamayacağı hakkında bkz. BGH, “Zulässigkeit des Sicherungsverfahrens gegen einen erheblich vermindert zurechnungsfähigen Täter”, NJW, Heft 9, 1968, s. 412 (ss. 412-413).

¹³²⁵ KURTH, Hans-Joachim/POLLÄHNE, Helmut, “§ 413 [Voraussetzungen]”, Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar), Hrsg. GERCKE, Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012, Rn. 1; TEMMING, Dieter, “StPO § 413 Zulässigkeit”, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008, Rn. 2; MAUR, Lothar, “StPO § 413 [Voraussetzungen des Antrags]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 3. Bu nesnel muhakemeye somut olarak Alman hukukunda StPO § 440'ta düzenlenen bağımsız müsadere muhakemesi örnek gösterilmektedir. Bkz. GÖSSEL, Karl Heinz, “Vor § 413”, Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/Franke, Ulrich/GRAALMANN-SCHIEFER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Verlag de Gruyter, 26. Auflage, 2009, Rn. 4.

iki muhakemesinde de ortak amaç, bozulan ceza hukuku düzenini tesis etmektir. İlkinde faile kusuru karşılığında genel önleme ve caydırma esaslı ceza verilerek, ikincisinde ise sebep suç dolayısıyla özel önleme ve ıslah amaçlı tedbir uygulanarak bozulan ceza hukuku düzeninin yeniden tesis edilmesine çalışılır.

3.1.3. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Özellikleri

Alman hukukunda güvenlik tedbirleri muhakemesinin, oluşumu bakımından ceza muhakemesinden ayrıldığı ve kendine özgü bazı özellikler taşıdığı kabul edilmektedir. Bu özellikleri şu şekilde kısaca listelemek mümkündür¹³²⁶: a) Bu ülkenin hukuk sisteminde güvenlik tedbirleri muhakemesi, başlı başına zorunlu müdafiliğin kabul edildiği durumlar içerisinde yer almaktadır (StPO § 140/1-b.7). b) Güvenlik tedbirleri muhakemesinde kanunilik/kamu davasının mecburiliği ilkesinin (*Legalitätsprinzip*) geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Tedbir yargılamasını talep etme konusundaki karar savcının takdir yetkisi içerisinde değerlendirilmekte ve bu nedenle tedbir muhakemesinin yerindelik/ihtiyarılık ilkesine (*Opportunitätsprinzip*) tabi olduğu ifade edilmektedir¹³²⁷. c) Güvenlik tedbirleri muhakemesinde uzman bilirkişiden rapor alınacağı kanunda düzenlenmiştir (StPO § 415/5). Bu raporun tedbir muhakemesine ilişkin duruşmada dinlenmesi zorunludur. d) Sebep suçun kanunda sıralanan (StPO § 395) hukuka aykırı eylemler arasında sayılmış olması halinde, katılanın güvenlik tedbirleri muhakemesinde önceki karardan feragat etmesine izin verilir. e) Güvenlik tedbirleri muhakemesinde, ceza muhakemesinde sanık aleyhine tazminat talebine olanak tanıyan “şahsi hak davası (*Adhäsionsverfahren*)”na yer verilmemiştir.

Güvenlik tedbirleri, maddi ceza hukuku bakımından ister yönetsel ister yargısal bir tedbir olarak ele alınmış olsun, her halde güvenlik tedbirleri muhakemesinin şekli ceza hukuku bakımından idari (yönetsel) bir faaliyet değil, kazaî (yargısal) bir faaliyet olduğu konusunda ortaya çıkan bir anlaşmazlıktan bahsetmek mümkün gözükmemektedir¹³²⁸. Madem şekli güvenlik tedbirleri hukuku, devletin yargısal müdahalesini zorunlu kılmaktadır; o halde tedbire karar verilmesi için yürütülecek prosedürün de bir muhakeme güvencesi (*Verfahrensgarantie*) altında sürdürülmesi

¹³²⁶ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 3.

¹³²⁷ Bkz. GÖSSEL, Karl Heinz, “§ 413”, Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/Franke, Ulrich/GRAALMANN-SCHNEIDER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Verlag de Gruyter, 26. Auflage, 2009, Rn. 20; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 14; BGH, “Zeitpunkt der Antragstellung auf Durchführung des Sicherungsverfahrens”, NJW, Heft 48, 2001, s. 3561 (ss. 3560-3562).

¹³²⁸ Bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 250-256.

gerekir. Muhakeme güvencesi, güvenlik tedbirlerini, önleyici polis tedbirlerinden ayırmaktadır. Nitekim önleyici polis tedbirlerinde tehlike şüphesi üzerine henüz işlenmemiş olan fakat işlenmesi yakın olan bir eyleme müdahale edildiği halde, güvenlik tedbirlerinin başlangıç noktasını zaten işlenmiş bir sebep suç teşkil eder. Polis tedbirlerinde yakın eylemin varlığına idari makam karar verir; oysa güvenlik tedbirlerinde sebep suçun varlığının mahkeme tarafından yargılama usulü işletilerek tespit edilmesi gerekir¹³²⁹. Tedbirin uygulanma koşulu olan vesile eylemin ve gelecekte suç işleme olasılığı dolayısıyla sanığın tehlikeli olup olmadığı başta olmak üzere diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, “kuvvetli delil yargılaması (*Strengbeweisverfahren*)” ve “şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*)” ilkeleri doğrultusunda ceza mahkemesi tarafından incelenmesi gerekir¹³³⁰.

3.1.4. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinde Usul

Ceza hukukunun geldiği noktada, karşılaştırmalı hukukta güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin ayrıksı hükümler kabul eden ülkeler de dâhil olmak üzere bağımsız bir güvenlik tedbirleri muhakemesi dalı oluşmamıştır. Gerçekten güvenlik tedbirleri yargılaması, doktrinde özel muhakeme usulleri başlığı altında ele alınmaktadır. Örneğin Alman hukukunda aksine bir düzenleme yani özel hüküm bulunmadığı müddetçe güvenlik tedbiri muhakemesi hakkında ceza muhakemesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir (StPO § 414/1). Dolayısıyla Kanun’da yer verilen spesifik düzenlemeler (StPO §§ 414/2, 415, 416) dışında kalan ceza muhakemesine ilişkin genel kurallar ikincil nitelik arz eder. Ceza muhakemesinden sapmaların ise kanunilik ilkesinin uygulanmamasından ve sanık hazır bulunmaksızın duruşma yapılmasına ilişkin hükümlerden (StPO § 415) kaynaklandığı ifade edilmektedir¹³³¹. Benzer durum bağımlı bir tedbir muhakemesine yer verilen Türk hukukunda da geçerlidir. Hukukumuzda kendine özgü kanunu ve kuralları bulunan bir “güvenlik tedbirleri muhakemesi hukuku” dalından söz etmek mümkün olmadığı gibi, TCK’da güvenlik tedbiri olarak adlandırılan türler dikkate alındığında, çocuklara özgü muhakeme usulü (ÇKK m. 15 vd.) ve müsadere usulü (CMK m. 256 vd.) ile tüzel kişilerin muhakemede temsili (CMK m. 249) hakkındaki bazı özel düzenlemeler dışında, “kendine özgü tedbir usulü kuralları”ndan da söz edilemez. Bu konuda ceza

¹³²⁹ Benzer yönde bkz. ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 19.

¹³³⁰ ESCHELBACH, Matt/Renzikowski-StGB, § 61, Rn. 19.

¹³³¹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 1.

muhakemesi hukukumuzun en önemli eksiği, akıl hastalarının muhakemesine ilişkin kendine özgü bir sistemin kurulmamış olmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesine ilişkin olan ve CMK’da kayıt altına alınan hükümler, kıyas yöntemine başvurularak, uygulanabildiği ölçüde güvenlik tedbiri muhakemesinde de dikkate alınmak zorundadır¹³³².

Dolayısıyla tedbir muhakemesine ilişkin düzenlemeler, ikincillik ilkesine tabi olması nedeniyle normal ceza yargılaması prosedürünün dışına çıkılması kaçınılmaz ise uygulanmalıdır. Aksi özel olarak belirtilmediği ve tedbir muhakemesinin amacına aykırı olmadığı sürece, ister bağımlı ister bağımsız nitelikte olsun, bu muhakemede de ceza muhakemesinin genel kuralları geçerlidir¹³³³.

3.1.5. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Hukuki Niteliği

Güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının ön koşulu sebep suçun varlığının tespiti olduğu için, bu tespitin tedbir muhakemesinde güvenlik tedbiri hükmü (*Maßregelverhängung*) için yalnızca bir vesile değil, aynı zamanda ve daha ziyade tehlikelilik ile birlikte onun “temel neden”ini teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle muhatabın tipe uygun ve hukuka aykırı eylemi işlediğinin mahkeme kararıyla netleşmesi gerekir. Bu tespit faaliyeti tedbir muhakemesinin, muhteva ve nitelik bakımından bir yargısal faaliyet (*richterliche Tätigkeit*) olduğunu, o halde bir idari faaliyet (*Verwaltungstätigkeit*) niteliği göstermediğini ortaya koyar¹³³⁴.

Güvenlik tedbiri muhakemesi, mahkemeye tehlike halinin tespitini ve halkı tehlikeli failden korumayı görev olarak yüklemekle, esasen ceza hukukunda kusur sorumluluğunun tespitine dayanan ceza muhakemesinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri muhakemesi, eğer özel koşullar ve amaçlar açısından ceza muhakemesinden ayrılmayı gerektirmiyorsa, teknik olarak ceza muhakemesinin yöntem

¹³³² Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1569-1570. Türk hukuku açısından, öğretide, özellikle akıl hastaları ve alkol ya da uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki düzenlemelerin dağınık ve eksik olduğu, yalnızca çocuk muhakemesi bakımından sistematize olmuş bir kurallar bütünü (ÇKK) bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 632.

¹³³³ METZGER, Ernst, “§ 414 StPO”, KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015, Rn. 1; KURTH, Hans-Joachim/POLLÄHNE, Helmut, “§ 414 [Verfahren; Antragsschrift]”, Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar), Hrsg. GERCKE, Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012, Rn. 1, 3.

¹³³⁴ Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, Vor § 413, Rn. 4. Güvenlik tedbirlerinin şekli açıdan yargısal tedbirler olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku; s. 445-446; HAFIZOĞULLARI, “Emniyet Tedbirleri”, s. 50.

ve kurallarına bağlıdır. Bu nedenle tedbir muhakemesi öğretide bir tür “gerçek olmayan ceza yargılaması (*unechter Strafprozess*)” olarak nitelendirilmektedir¹³³⁵.

3.1.6. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Konusu

Öğretide bir görüş, tedbir muhakemesinin konusundan söz ederken, bunu aynı zamanda tedbirlerin uygulanma gerekçesini de oluşturan hukuka aykırı vesile eylem olarak ele almaktadır¹³³⁶. Bazı yazarlar ise güvenlik tedbirleri muhakemesinin konusu kavramından, hem muhakeme sonucu hükmedilecek güvenlik tedbirini hem de muhakemede varlığı araştırılan fiili anlamaktadır. Diğer bir deyişle bu görüşe göre, tedbir muhakemesinin konusunu, ilkin tehlikeli fail hakkında uygulanması talep edilen tedbir oluşturur. Örneğin *Kurth/Pollähne*’ye göre, tehlikeli failin tedavi veya ıslah kurumuna yerleştirilip yerleştirilmeyeceğine yönelik bir muhakemede, kuruma yerleştirme tedbirinin kendisi, aynı zamanda yargılamanın konusunu teşkil eder. Keza tedbirin uygulanmasına ön ayak olan eylem, aynı zamanda tedbir muhakemesinin de konusudur¹³³⁷.

Öğretide bir diğer görüş ise güvenlik tedbirleri muhakemesinin konusunu, özetle, muhakemede yapılacak faaliyetler biçiminde anlamaktadır. Örneğin *Leone*, güvenlik tedbirleri yargılamasının konusunu “çifte tespit faaliyeti” olarak görmektedir. Yargılamanın bu türü, bir yandan fiili tespit ederken diğer yandan failin tehlikeliliğini saptamaya çalışır. Böylece aslında suçun varlığı yahut yokluğu ile failin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığını tespit etmeyi amaçlayan ceza yargılamasının üzerinde gerçekleştiği fonksiyonel bir tespit yapılmış olmaktadır¹³³⁸. Önemle ifade edilmelidir ki, madem bu bir tespit ve geniş ölçekte bir muhakeme faaliyetidir, o halde bu çifte tespitin hem fiil hem fail açısından somutlaştırılması gerekir. Diğer deyişle fiilin hukuka aykırı ve tipik niteliği ile failin arz ettiği tehlike halinin yani tedbir muhakemesi konusunun mahkeme tarafından hükümde açıklanması gerekir.

Kanaatimizce de ceza hukuku sahasına dâhil olan bir eylemi gerçekleştiren kimsenin bu eyleminin suç olduğunu ve kendisinin de kusur yeteneğinden bağımsız olarak tehlike hali sergilediğini açığa çıkarmaya yönelik yapılan işlemlerle suçun objektif varlığı ile suçlunun spesifik durumunun sübjektif olarak ortaya konulması

¹³³⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, Vor § 413, Rn. 4. Böylece bağımsız güvenlik tedbiri muhakemesinin objektif müsadere muhakemesine tekabül ettiği ifade edilmektedir.

¹³³⁶ Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg StPO, “§ 414”, Rn. 11.

¹³³⁷ Bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 14, 15.

¹³³⁸ Bkz. HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 251; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 444.

güvenlik tedbirleri muhakemesinin konusunu oluşturur. Dolayısıyla muhakemenin konusu “fiilin” ve “failin tehlikeliliğinin” saptanmasından ibarettir. Muhakeme sonucunda uygulanması öngörülen güvenlik tedbiri ise yargılamanın temelini veya gerekçesini oluşturmaktadır. Tedbir muhakemesinin gerekçesi olan tedbirin uygulanıp uygulanmayacağını saptamak için muhakeme konusu olan fiil ve fail incelenmelidir.

Güvenlik tedbirleri muhakemesinde çifte tespit faaliyeti yapılırken ilk olarak sebep suçun kanıtlanması gerekir. Söz gelimi hakkında tedbir uygulaması talep edilen fail, cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarını işlemiş olabilir¹³³⁹. İkinci olarak ise somut tehlikenin kanıtlanması gerekir. Bazı hallerde örneğin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde, tedbir muhakemesinin konusu olan tehlike, somut olarak muhatabın geçmişte sergilediği ve tedbir uygulanmaksızın önlenmesi mümkün görülmeyen saldırgan fiziki davranışlar şeklinde ortaya çıkmış olabilir¹³⁴⁰.

3.1.7. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Türleri

Güvenlik tedbirlerinin ceza muhakemesi ile irtibatı esas alınmak suretiyle yapılacak bir ayırımda, soruşturma ve kovuşturma usulü konusunda iki yöntemin geçerli olduğu söylenebilir¹³⁴¹. Bunlardan ilki “bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi”, ikincisi ise “bağımlı güvenlik tedbirleri muhakemesi” olarak adlandırılabilir. Bağımlılık veya bağımsızlık, ceza muhakemesi kurallarından ayrı bir tedbir muhakemesi sisteminin varlığı veya yokluğuna göre belirlenir.

3.1.7.1. Bağımsız Tedbir Muhakemesi

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi, şekli ceza hukukunun bir parçası olan fakat ceza muhakemesinin haricinde yürütülen tedbir muhakemesi türüdür. Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinde savcı, tehlikeli fail hakkında ceza muhakemesindeki iddianameden ayrı olarak başvuruda bulunmakta ve tedbir talep etmektedir. Alman hukukunda kusur veya duruşma ehliyetinden yoksun kişiler hakkında bu tür bir sistem kabul edilmiştir. Nitekim StPO § 413’te savcılığın kusur yeteneği bulunmayan kişi hakkında başlı başına iyileştirme ve güvenlik tedbirleri uygulanmasını talep edebileceği

¹³³⁹ Bkz. BGH, “Nebenklage in Sicherungsverfahren”, NStZ, (5), 1996, s. 244.

¹³⁴⁰ Bkz. BGH, “Anlaßstaten im Rahmen einer zivilrechtlichen Unterbringung”, NStZ, (8), 1998, s. 405 (ss. 405-406).

¹³⁴¹ Bu konuda bkz. “Kovuşturma Aşaması (I) – Güvenlik Tedbiri Muhakemesi”, Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım: Eğitimci El Kitabı, Ankara, 2010, s. 140-141.

ifade edilmiştir. Alman hukukunda dört tür tedbir için kanun koyucu, failin kusur yeteneğinden veya duruşma ehliyetinden yoksunluğu halinde ceza muhakemesinden bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinin işletileceğini öngörmüştür. Ceza Kanununda yer alan diğer tedbirler ile yan ceza hukukuna dâhil olan tedbirler ise açıkça bağımsız tedbir muhakemesine tabi oldukları düzenlenmediği için genel ceza muhakemesi prosedürüne tabi tutulmuştur.

Alman hukukunda 1933 tarihli İtiyadi Suçlular Kanunu ile ilk olarak benimsenen ve Ceza Kanunu'nun eski 42b (mevcut haliyle 63'üncü) maddesine aktarılan iki izli sistemin maddi ceza hukukundan şekli ceza hukukuna geçirilmesi, aynı kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 413 (önceki haliyle 429a) vd. maddelerine bağımsız güvenlik tedbirlerinin hangi usulde yargılanacağına ilişkin hükümler sevk edilmesiyle mümkün olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Alman kanun koyucusu Nazi döneminde yapılan bu değişiklikleri muhafaza etmiş fakat 1974 tarihli Ceza Kanununun Uygulanma Kanunu (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, EGStGB*) ile birlikte duruşma ehliyetsizliği şartı eklenerek bu düzenlemeler revize edilmiştir¹³⁴². O zamana kadar failin yalnızca kusur yeteneğinden yoksunluğu (*Schuldunfähigkeit*; eski adıyla isnat yeteneğinden yoksunluk, *Zurechnungsunfähigkeit*) vesilesiyle bir bakım veya sağlık kurumunda tutulması mümkün iken 1974 düzenlemesi ile birlikte aynı zamanda duruşma ehliyetsizliği halinde de güvenlik tedbirleri muhakemesinin uygulanmasının yolu açılmıştır¹³⁴³. Dolayısıyla Alman ceza hukukunda ceza muhakemesinden ayrı bir tedbir muhakemesinin tarihi on yıllarla ifade edilebilir.

Güvenlik tedbirine bağımsız olarak hükmedilmesini düzenleyen Alman CK m. 71'de failin kusur yeteneğinden veya duruşma ehliyetinden yoksun olması nedeniyle ceza muhakemesinin yapılamaması halinde, psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbirleri ile sürücü belgesinin iptali ve meslek icrası yasağı tedbirlerine ceza muhakemesinden bağımsız olarak karar verilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu kararın hangi prosedür izlenerek verileceğine ise Al. CMK'nın 413 vd. maddelerinde yer verilmiştir. Bu nedenle Alman hukukunda CMK m. 413 vd., CK m. 71'in usulî tamamlayıcısı olarak değerlendirilmektedir¹³⁴⁴.

Alman hukukunda suç karşılığında veya dolayısıyla uygulanacak hukuki sonuçlar hakkında prosedürel hükümler öngören genel kanun, "Ceza Muhakemesi Kanunu (*Strafprozeßordnung*)" adıyla anılır. Fakat Alman kanun koyucusu, kanunun

¹³⁴² TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 1; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 1.

¹³⁴³ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 1-2.

¹³⁴⁴ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 2. Muhafaza altına alma, tedbir muhakemesinin uygulanacağı hukuki sonuçlar içerisinde yer almamaktadır (MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 2)

adıyla bağı kalmadan, içerikte “güvenlik tedbirleri muhakemesi (*Sicherungsverfahren*)” için de ayrı bir başlık açmış ve kapsamı dar sayılabilse de tedbirlere ilişkin yer verdiği özel hükümler (StPO §§ 413-416) sayesinde “geniş manada ceza muhakemesi sistemi”ni temel almıştır¹³⁴⁵.

3.1.7.2. Bağımlı Tedbir Muhakemesi

Bağımlı güvenlik tedbirleri muhakemesi ise şekli ceza hukukunun bir parçası olan ve ceza muhakemesi içerisinde yürütülen fakat yargılama içinde kendine özgü kurallara tabi olan tedbir muhakemesi türüdür. Türk hukukunda ise bu konudaki genel kanun olan CMK’da müstakil bir güvenlik tedbirleri muhakemesine yer verilmemiş ve böylece “dar manada ceza muhakemesi sistemi” yeterli görülmüştür¹³⁴⁶. Gerçekten hukukumuzda gerek 1412 sayılı mülga CMUK’ta gerekse 5271 sayılı mevcut CMK’da, ceza muhakemesinden bağımsız bir güvenlik tedbirleri muhakemesine yer verilmemiştir. CMK dışında Çocuk Koruma Kanunu’nda suça sürüklenen çocukların yargılanması açısından bazı ayrıksı hükümler sevk edilmiştir. CMK’da ise sadece müsadere muhakemesinin ayrı bir başlık altında düzenlendiği ve tüzel kişilerin temsiline ilişkin ayrı bir maddeye yer verildiği görülmektedir. Öğretide bu durum, kanunun önemli bir eksikliği olarak değerlendirilmektedir¹³⁴⁷. Nitekim bağımsız bir güvenlik tedbirleri muhakemesinin bulunmayışı ve bu nedenle aynı zamanda kusur yeteneğine sahip olanlar için uygulanan CMK’daki koruma tedbirleri ile araştırma, soruşturma, kovuşturma işlemlerinin kusur yeteneğinden yoksun olan kimse hakkında da uygulanması, muhatap bakımından adil olmayan sonuçlar doğurabilir.

Ceza muhakemesine bağı güvenlik tedbirleri muhakemesinde, bağımsız tedbir muhakemesinden farklı olarak, savcının doğrudan doğruya ceza soruşturması başlatması ve soruşturma sonunda ceza mahkemesinde kovuşturmanın başlatılmasını istemesi söz konusudur. Ceza kovuşturması aşamasında sanığın kusur ehliyetinin bulunmadığı ve dolayısıyla kendisine ceza verilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığında, mahkeme tarafından ceza muhakemesinin gereklerine göre güvenlik tedbirlerine

¹³⁴⁵ Öğretide *Hanack*, güvenlik tedbirlerine ilişkin kararın kanunda açıkça öngörülen ve güvenlik tedbiri muhakemesi olarak adlandırılan özel bir muhakeme sonucu verileceğini, hakkında hüküm bulunmayan hallerde ceza muhakemesine ilişkin genel kuralların uygulanması nedeniyle tedbir muhakemesinin bir nevi “bağı muhakeme (*angeschlossenes Verfahren*)” olmaya yaklaştığını; fakat buna rağmen kendine özgü niteliklerinin de bulunduğunu kabul etmektedir. Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 82-83; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 109-110.

¹³⁴⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1569.

¹³⁴⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1571. Bu konuda mülga düzenlemeler dönemine ilişkin durum ve ayrı bir güvenlik tedbiri muhakemesinin olmaması nedeniyle kanun ve tasarılar hakkında eleştiriler için bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 263-264, 300, 311, 313.

hükmolunmaktadır. Bu durum CMK'nın 223'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında, sanığın, “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur” biçiminde kaleme alınmıştır.

Öğretide de kusur yeteneği bulunmayanlar hakkında ceza muhakemesinin bu yeteneğe sahip olanlar hakkında kabul ettiği hükümlerinin uygulanması, özellikle bu kimselerin cezalandırılması, Anayasa'da (m. 17/3) ve AİHS'de (m. 3) yer verilen “insan onuru” kavramına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁴⁸. Türk öğretisinde bu düşüncüyü ileri süren Öztürk vd., kusur yeteneğinden yoksun kişilerin CMK'daki normlara tabi tutulmasının yarattığı mağduriyetin önlenmesi çaresi olarak, vakit geçirilmeksizin CMK'dan ayrı ve müstakil bir kanun ihdas edilmesini önermektedir. Nitekim çocukların yargılanması için hazırlanan Çocuk Koruma Kanunu ile bu sakıncaların giderilmediği ifade edilmektedir. Yazarların “Türk Emniyet Tedbirleri ve Emniyet Tedbirleri Muhakemesi Kanunu”¹³⁴⁹ olarak adlandırdığı söz konusu kanun önerisinin yasalaşması halinde, bir yandan modern ceza hukukun temel ilkeleri korunacak, diğer yandan kusur yeteneği olmayanlar bakımından ortaya çıkan sakıncalar giderilmiş olacaktır^{1350, 1351}.

¹³⁴⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 764-765. Yazarlara göre, “Bu sorunun temelinde CMK'nın isnad kabiliyeti bulunan, fiil ehliyeti bulunan ve fiilen süje olabilen kimselerin fiillerini esas alması yatmaktadır. Gerçekten, isnad kabiliyeti bulunmayanların muhakemeye katılabilmeleri, hak ve yükümlülüklerini bilebilmeleri ve bunlara uygun davranabilmeleri; kısaca gerçek anlamda muhakeme süjesi olabilmeleri fiilen mümkün değildir” (a.g.e., s. 764-765).

¹³⁴⁹ Kanaatimizce TCK'dan ve CMK'dan ayrı bir “Türk Güvenlik Tedbirleri Kanunu” ile “Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi Kanunu” hazırlanabilir. Bunun hazırlanmasında anayasal bakımdan bir sakınca olmadığı gibi, bu yöndeki düzenlemeler, uzmanlaşmayı ve farklı konumdaakilere farklı kurallar uygulanmasını sağlayacağı için olumlu bir gelişme olacaktır. Fakat karşılaştırmalı hukuktaki örnekler baktığımızda genel ceza kanunlarından ayrı genel tedbir kanunlarına veya genel ceza muhakemesi kanunlarından ayrı genel tedbir muhakemesi kanunlarına yer verilmediğini görmekteyiz. Örneğin Alman hukukunda ayrı bir Güvenlik Tedbirleri Kanunu (*Gesetz zur Massregeln der Besserung und Sicherung/Sicherungsmaßnahmegesetz*) veya ayrı bir Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi Kanunu (*Sicherungsverfahrensgesetz*) gibi düzenlemeler hukuk sisteminde henüz yer almamaktadır. Bizde olduğu gibi, güvenlik tedbirleri ceza kanunlarında, tedbir muhakemesine ilişkin hükümler ise –Türk hukukundan kısmen farklı olmakla birlikte- ceza muhakemesi kanunlarında ele alınmaktadır. Bu nedenle tedbirleri yasal olarak hem maddi hem şekli hukuk boyutuyla tümüyle cezalardan ayırmak şeklindeki radikal önerinin yasalaşmasının yakın gelecekte mümkün olamayacağını düşünmekteyiz (Uzak gelecekte, güvenlik tedbirlerinin hem maddi hem şekli hukuk yönüyle ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerden hariç tutulması olasıdır). Fakat bu mevcut durum, kanımızca önerinin haklılık payını ortadan kaldırmamaktadır.

¹³⁵⁰ ÖZTÜRK, Hazırlık Soruşturması, s. 3-4; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 834.

¹³⁵¹ Bununla birlikte yazarların tedbirlere ve tedbir muhakemesine dair bazı görüşleri eleştiriye açıktır. Bu görüşlerden en fazla dikkat çeken, sadece karşılığı ceza olan fiillerin suç teşkil ettiği düşüncesidir. Nitekim yazarlar, “CMK yaptırımı ceza olan fiillerin yani suçların takibinin, muhakemesinin kanunudur” diyerek, vesilesiyle güvenlik tedbiri uygulanan fiillerin “suç” olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmektedir. Daha açık biçimde bu görüş, suç kavramı yerine “güvenlik tedbirini gerektiren fiil” denilmesinin isabetli olacağını düşünmektedir: “Bu konu ile ilgili kanunlarda ve bunları izah eden eserlerde emniyet tedbirlerini gerektiren fiil yerine suçtan söz

Özetle, güvenlik tedbirleri muhakemesinin türleri bakımından mer'î Türk hukukunda “bağımlı tedbir muhakemesi sistemi”nin geçerli olduğu söylenebilir. Müsadereye, tüzel kişilere ve çocuklara özgü bağışık düzenlemelere yer verilmiş olması, hukukumuzda mer'î olan sistemin bağımsız tedbir muhakemesi olarak adlandırılması için yeterli değildir. Kanaatimizce kanun koyucunun CMK’ya ilave edeceği ayrı bir başlıkla kusur yeteneğinden yoksun olan kimseler hakkında uygulanacak şahsi güvenlik tedbirleri bakımından özel usuller oluşturması yani bağımsız tedbir muhakemesine geçilmesi ve yargılamanın bu türünde de alanında uzmanlaşmış yargıçların görev alması gerekir. Bilhassa akıl hastaları açısından kendine özgü bir tedbir sisteminin teşekkülü, sosyal savunma açısından önem arz etmektedir.

3.1.8. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesinin Genel Şartları

3.1.8.1. Bağımlı Tedbir Muhakemesinin Şartları

Soruşturma makamı, şayet güvenlik tedbirlerinden birine veya birkaçına hükmedilmesini talep ediyorsa, gerekçeleri ile birlikte hangi tedbir veya tedbirlerin uygulanması gerektiğini iddianamenin sonunda belirtmelidir¹³⁵². Güvenlik tedbirleri muhakemesi, şekli ceza hukukuna ait bir muhakeme türü olduğu için, ceza muhakemesini önleyen durumlar kural olarak tedbir muhakemesini de önler. Diğer bir deyişle güvenlik tedbirleri muhakemesinin yürütülmesi için bir muhakeme engeli (*Verfahrenshindernis*) bulunmamalıdır. Bu durum güvenlik tedbirleri muhakemesinin ceza muhakemesi ile birlikte yürütülmesi durumunda karşımıza çıkar. Bu bakımdan söz gelimi şikâyet tabi suçlarda şikâyet (*Strafantrag*) şartının gerçekleşmemesi veya sebep suç bakımından zamanaşımı (*Verjährung*) koşullarının gerçekleşmesi halinde güvenlik

edilmesi hatalıdır; bilimsel esaslara aykırıdır. Ne var ki, ilgilileri tarafından değiştirilmediği sürece bunları başka türlü ifade etmek mümkün değildir”

(ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s. 765-766). Kanaatimizce suç karşılığında ceza, güvenlik tedbiri gerektiren fiil karşılığında tedbir uygulanması olanağı yoktur. Çünkü güvenlik tedbirleri, iki izli hukuki sonuçlar sisteminde, ister aynı ister ayrı bir kanunda düzenlenmiş olsun, her halde geniş anlamda maddi ve şekli ceza hukuku kapsamında yer alır. Bu tedbirler, cezalarla birlikte “ceza hukukunun yasakladığı fiillere aykırılığın hukuki sonuçları (*Rechtsfolgen der Tat*)” niteliğindedir. Ceza hukukuna aykırı fiil ise, ister karşılığında ceza uygulanan “suç (*Straftat*)” isterse vesilesiyle tedbir uygulanan “sebep suç (*Anlassstat*)” şeklinde ortaya çıkmış olsun, her iki olasılıkta da tipe uygun ve hukuka aykırı bir davranıştır, o halde son aşamada “suç”tur. Bu nedenle kusur yeteneğinden yoksun olanların eylemlerini suç kapsamından çıkarıp sadece “tedbir gerektiren fiil” olarak adlandırmak kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

¹³⁵² GERTLER, Nils Fabian, “RiStBV 110 Form und Inhalt der Anklageschrift”, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008, Rn. 33.

tedbirlerine ilişkin muhakeme yürütülemez; dolayısıyla tedbir kararı da verilemez¹³⁵³. O halde denilebilir ki, ceza muhakemesine bağlı güvenlik tedbiri muhakemesinde “ceza muhakemesinin uygulanabilirliği”nden söz etmek gerekir. Ceza muhakemesi yürütülebilir değilse yani yasal engel varsa, bağımlı tedbir muhakemesi de gerçekleştirilemez.

3.1.8.2. Bağımsız Tedbir Muhakemesinin Şartları

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinin şartları, Alman hukukundaki münferit düzenlemelerden (StGB § 71; StPO § 413) çıkarılabilir. Bu ülkenin hukuk sisteminde, savcılığın, failin kusur yeteneğinin bulunmaması veya duruşma ehliyetinin olmaması halinde ceza kovuşturmasının yapılamadığı durumlarda, kanunen izin verilmesi ve soruşturmanın sonucuna göre hükmedilmesinin beklenebilir olması şartıyla, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını talep edebileceği ve mahkeme tarafından kanunda yer verilen tedbirlere müstakil olarak hükmolunabileceği düzenlenmiştir.

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinin kendine özgü koşullarının, öğretideki çeşitli görüşler¹³⁵⁴ birleştirilerek altı başlık altında incelenmesi mümkündür:

3.1.8.2.1. Hukuka Aykırı Fiilin İşlenmiş Olması

Tedbir muhakemesi, hukuka aykırı bir fiilin yani sebep suçun işlenmesini gerektirir. Vesile eylemin, kusur veya duruşma ehliyetinde sakatlığa yol açan durumun bir belirti eylemi (*Symptomtat*) şeklinde ortaya çıkması şart değildir¹³⁵⁵. Görüldüğü üzere sebep suçun işlenmesi, güvenlik tedbirlerinin hem maddi hem de şekli hukuk bakımından vazgeçilmez şartıdır. Ayrıca bu koşul, yalnızca bağımsız tedbir muhakemesi için değil bağımlı tedbir muhakemesi ve ceza muhakemesi için de bir ön koşuldur.

¹³⁵³ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 83; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 111.

¹³⁵⁴ Tedbir muhakemesinin şartları için bkz. METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 2-12; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 1-19; TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 4-8; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 5-12; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 3-8.

¹³⁵⁵ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 11; METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 2.

3.1.8.2.2. Failin Kusur Yeteneğinden veya Duruşma Ehliyetinden Yoksun Olması (Ceza Muhakemesinin Yürütülememesi)

Yukarıda ifade edildiği üzere ceza muhakemesi ile bağlantılı olarak yürütülen tedbir muhakemesinde, ceza muhakemesi engelleri aynı şekilde geçerlidir. Fakat eğer güvenlik tedbiri muhakemesi ceza muhakemesinden bağışık olarak yürütülecekse, bu halde kendine özgü bir muhakeme şartı olan kusur ehliyetsizliği ile duruşma ehliyetsizliğinden söz etmek gerekir¹³⁵⁶. Ceza muhakemesinin yürütülmesine engel olan şikâyet yokluğu gibi diğer durumlar kendiliğinden bağımsız tedbir muhakemesinin başlatılabileceği anlamına gelmez¹³⁵⁷. Dolayısıyla bağımsız tedbir muhakemesinin sebep suçtan sonra gelen şartı, tehlikeli failin kusur veya duruşma ehliyetinin bulunmamasıdır. Bu koşulu da kendi içinde “kusur yeteneğinden yoksunluk” ve “duruşma ehliyetinden yoksunluk” olarak ikili bir ayırımla incelemek mümkündür:

İlk olarak, bağımsız tedbir muhakemesinin yürütülmesi için fail kusur yeteneğinden yoksun olmalıdır. Dolayısıyla kural olarak kısmen de olsa kusur yeteneği bulunan fail hakkında bağımsız tedbir muhakemesine başlanamaz. Kusur yeteneğindeki yoksunluk durumu, sebep suçun işlendiği anda söz konusu olmalıdır¹³⁵⁸. Belirtelim ki, Alman hukukunda psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin kusur yeteneği bulunmayan veya azalmış olan fail hakkında da uygulanabileceği kabul edilmiştir¹³⁵⁹. Bu durum söz konusu tedbir özelinde kusur ehliyetsizliği kavramının bağımsız muhakeme açısından farklı yorumlanmasına yol açmıştır. Öğretide bir görüş, kanunların tedbir muhakemesine ilişkin açık düzenlemeleri karşısında, kusur yeteneği önemli ölçüde azalan fail hakkında bile bağımsız tedbir muhakemesine gidilemeyeceğini ileri sürmektedir¹³⁶⁰. Bu gibi durumlarda gerektiğinde güvenlik tedbirine olan ihtiyacın normal ceza muhakemesi yoluyla karşılanması gerektiği, kusur yeteneğinin tümüyle kaybı söz konusu değilse psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirine bu şekilde karar verilmesinin olanaklı olduğu ileri sürülmektedir¹³⁶¹. Federal Yargıtay da bir kararında kanunun lafzından ve amacından hareketle, kusur yeteneğinin azalmış olduğu hallerde

¹³⁵⁶ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 4; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 112.

¹³⁵⁷ SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 112.

¹³⁵⁸ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 4.

¹³⁵⁹ Alman hukukunda gerek StGB § 71’de gerekse StPO § 413’te kanun koyucunun açıkça kusur yeteneğinden yoksunluk (*Schuldunfähigkeit*) kavramını kullandığı görülmektedir. Fakat bağımsız tedbir muhakemesinin uygulanacağı tedbirler arasında sayılan psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri için StGB § 63’te kusur yeteneğinden yoksunluk yanında “azalmış kusur yeteneği (*verminderte Schuldfähigkeit*)” de tedbirin uygulanma şartları arasında sayılmıştır.

¹³⁶⁰ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 5. Krşl. HANACK, Ernst-Walter, “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht (Bd. 11-22 der Amtlichen Sammlung)”, JZ, 29 (2), 1974, s. 56.

¹³⁶¹ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 5.

tedbir muhakemesinin bağımsız olarak yürütülebileceğinin kanunda öngörülmediğini kabul etmiştir¹³⁶². Öğretide bir diğer görüş ise her ne kadar kanunların tedbir muhakemesine ilişkin genel hükümlerinde kusur yeteneğinden yoksunluk şartı aranmış olsa da, bunun sadece ispatlanmış bir kusur ehliyetsizliği ile sınırlı olmadığını, psikiyatri kliniğine yerleştirilmesi gereken akıl hastalığında olduğu gibi aynı zamanda kusur yeteneğinden büyük ölçüde yoksun olan kimsenin durumunu da kapsadığını kabul etmektedir. Buradan hareketle tedbir muhakemesine ilişkin genel normların kapsamının lafzından geniş yorumlanabileceği ve kanunun halkın korunması yönündeki amacını haklı çıkarmak için bu yorumun gerekli olduğu ifade edilmektedir¹³⁶³. Bu konudaki kesinliğin, tedbir muhakemesinin bir gereği olmadığı ancak tedbirin kararlaştırılmasının bir şartı olduğu da ileri sürülmektedir¹³⁶⁴.

İkinci olarak, öğretide muhakeme şartları incelenirken, kusur yeteneğine sahip olmanın yanı sıra, ceza yargılamasının en önemli şartlarından biri olarak “duruşma ehliyeti (ceza davası ehliyeti, *Verhandlungsfähigkeit*)”¹³⁶⁵ gösterilmektedir. Ceza muhakemesindeki duruşma ehliyeti, medeni usul hukukundaki “dava ehliyeti (*Prozessfähigkeit*)” ile aynı anlama gelmemekte ve dolayısıyla ceza muhakemesinde “medeni hakları kullanma ehliyeti (*Geschäftsfähigkeit*)” bir dava şartı olarak aranmamaktadır¹³⁶⁶. Ceza muhakemesindeki duruşma ehliyeti, Federal Yargıtay tarafından, “duruşma içinde veya dışında hak ve menfaatlerini makul biçimde algılayabilme, savunmayı akla uygun ve anlaşılabilir şekilde sürdürebilme, duruşmadaki

¹³⁶² BGH, “Voraussetzung für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, NJW, (24), 1983, s. 1386 (ss. 1385-1386).

¹³⁶³ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 8; TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 5; BGH, “Unterbringung bei möglicherweise vorliegender Zurechnungsunfähigkeit”, NJW, (12), 1963, s. 548 (ss. 547-548); BGH, “Zulässigkeit des Sicherungsverfahrens gegen einen erheblich vermindert zurechnungsfähigen Täter”, NJW, (9), 1968, s. 413 (ss. 412-413).

¹³⁶⁴ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 4.

¹³⁶⁵ Türk hukukunda duruşma ehliyeti, bir muhakeme şartı olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, sanığın akıl hastası olması onun açısından bir muhakeme engeli teşkil eder ve suç sonrası akıl hastalığına yakalanan şahsın kovuşturulması olanaksız hale gelir. Bu nedenle suçu işlediği sırada kusur yeteneği bulunan fakat bu tarihten sonra muhakemeye devam etme ve işlemleri algılayabilme yeteneğini kaybeden sanık hakkında mahkeme tarafından durma kararı verilerek bu kimse CMK m. 74 uyarınca gözlem altına alınmalı ve durumu araştırılmalıdır. Bu kimse duruşma ehliyetini kazanırsa kovuşturmaya devam edilerek maddi gerçeğe uygun hüküm kurulmalı; aksi halde muhakeme şartının gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi gerekçesiyle düşme kararı verilmelidir. Bkz. Y.1.CD., E. 2009/7433, K. 2010/4578, 16.6.2010. Dolayısıyla duruşma ehliyetinden yoksun olan kişi hakkında durma kararı verilmeksizin bir hüküm kurulması kural olarak bozma sebebidir. Ancak akıl hastasının derhal beraat ettirilmesi gerekiyorsa örneğin duruşma ehliyetinden yoksun olan sanığın suçu işlemediği sabitse artık durma kararı değil, beraat kararı verilmesi gerekir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Türk tedbir muhakemesinde de failin fiilden sonra akıl hastalığına yakalanması halinde, bu hastalık kusur yeteneğini ister tamamen ister kısmen etkilemiş olsun, fiile bağlı bir güvenlik tedbiri muhakemesi yapılması mümkün olmalıdır. Bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 280.

¹³⁶⁶ BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, C. F. Müller Verlag, 11. Auflage, Heidelberg, 2010, s. 181, Rn. 277.

açıklamaları (*Prozessklärung*) alabilme veya yapabilme yeteneği” biçiminde tanımlanmaktadır¹³⁶⁷. Duruşma ehliyetsizliği, gelip geçici değil, kalıcı olmalıdır. Ehliyetsizliğin kalıcı olduğunun söylenebilmesi için, kural olarak süresiz veya en azından süresi belirsiz olması gerekir^{1368, 1369}.

İşte ceza muhakemesi açısından şüphelinin kalıcı bir duruşma ehliyetsizliği bulunduğu hazırlık soruşturması esnasında ortaya çıkması halinde, savcı, StPO § 413 vd. hükümleri uyarınca bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi işlemlerini başlatabilir. Dolayısıyla güvenlik tedbiri muhakemesinin yürütülmesi sadece duruşma ehliyetinden sürekli yoksunluk halinde olanaklıdır. Duruşmada kısa süreli ehliyetsizlik halinde, duruşmanın ertelenmesi, kesilmesi veya duruşmaya ara verilmesi gerekir¹³⁷⁰. Buna karşılık kalıcı ehliyetsizlik şayet kovuşturma evresi başlatıldıktan sonra ortaya çıkarsa bu kez dava hakkında durma kararı verilmesi ve gerektiğinde yeni bir güvenlik tedbirleri muhakemesi başlatılması aranır¹³⁷¹. Nihayet belirtmek gerekir ki, failin kusur yeteneğinin azalmış olduğu hallerde eğer duruşma ehliyeti devam ediyorsa, bağımsız tedbir muhakemesinin öngörülemeyeceği ileri sürülmektedir¹³⁷². Duruşma ehliyetsizliğinin hangi nedenden kaynaklandığı önem taşımaz. Bununla birlikte şayet duruşma ehliyetsizliği muhatabın kendisi tarafından kasten ve kusurlu olarak yaratılmışsa, bu halde sanığın yokluğunda ceza mahkemesince duruşmaya devam edileceği kabul edilmiştir (StPO § 231a)¹³⁷³.

Görüldüğü üzere, kusur yeteneği ile duruşma ehliyeti birbirinden farklı kavramlardır. Dolayısıyla bunlardan birinin bulunmaması diğerinin de bulunmadığı anlamına gelmez. Ancak aynı yargılamada kusur ve duruşma ehliyetinin çakışması da olanaklıdır¹³⁷⁴.

¹³⁶⁷ BGH, “Feststellung der Verhandlungsfähigkeit im Revisionsverfahren - Fall Mielke”, NJW, (30), 1995, s. 1973 (ss. 1973-1974).

¹³⁶⁸ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 6; Krşl. TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 6; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 9; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 8-9.

¹³⁶⁹ Geçici bir duruşma ehliyetsizliği varsa, güvenlik tedbirleri muhakemesine geçilmeyip, ceza muhakemesinde engelin ortadan kalkıp kalkmayacağını tespit etmek için durma kararı (StPO § 205) verilir (Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 8).

¹³⁷⁰ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 5.

¹³⁷¹ BEULKE, Strafprozessrecht, s. 181, Rn. 277; METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 5.

¹³⁷² Bkz. TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 5.

¹³⁷³ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 6; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 9; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 9; METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 5; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 6.

¹³⁷⁴ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 9.

3.1.8.2.3. Tedbirin Kanunda Açıkça Yazılı Olması

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi, kendiliğinden maddi ceza hukukundaki tüm tedbirler için değil, sadece kanunda izin verilen tedbirler için mümkündür. Kanunun izin vermesinden kasıt, tedbir muhakemesinin uygulanabilir olduğunun maddi ceza hukukuna atıfla açık biçimde beyan edilmesidir¹³⁷⁵. Alman hukukunda kanun koyucu dört tür tedbir için bağımsız tedbir muhakemesine müsaade etmiştir. Bu tedbirler sırasıyla, psikiyatri hastanesine yerleştirme (StGB § 63), bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme (StGB § 64), sürücü belgesinin iptali (StGB § 69, 69a) ve meslek icrası yasağı (StGB § 70) tedbirleridir. Buna karşılık temel ceza hukukunun muhafaza altına alma (StGB § 66) ve denetimli serbestlik (StGB § 68) tedbirleri ile yan ceza hukukuna ilişkin tedbirler hakkında bağımsız güvenlik tedbiri muhakemesine ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu ülkede yerine göre hem ceza karakterine sahip olduğu hem de güvenlik tedbiri benzeri özellikler gösterdiği kabul edilen müsadere ise kendine özgü müsadere muhakemesi (StPO § 440) hükümlerine tabidir. Mahkemenin kovuşturma evresinin açılmasına karar vermesi (StPO § 223) ancak açıkça öngörülen tedbirlerden biri varsa mümkündür¹³⁷⁶.

3.1.8.2.4. Muhakeme İçin Engel Bulunmaması

Daha önce de ifade edildiği gibi, fail ne kadar tehlikeli olursa olsun, kusur ve duruşma ehliyetine sahipse, bağımlı tedbir muhakemesinde olduğu gibi bağımsız tedbir muhakemesi de gündeme gelmez. Dolayısıyla ceza muhakemesinin tersi ifadeyle denilebilir ki, bağımsız güvenlik tedbiri muhakemesinde sanığın kusur yeteneğine ve duruşma ehliyetine sahip olması, bir muhakeme engeli oluşturur. Diğer bir deyişle ceza muhakemesi yapılabiliriyorsa, bağımsız güvenlik tedbiri muhakemesi yapılamaz.

Aynı fiil nedeniyle fail hakkında sonuca bağlanmamış bir ceza muhakemesi varsa veya kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunuyorsa, tedbir muhakemesi sürdürülemez¹³⁷⁷. Aynı şekilde, basit suçlar için savcıya ve mahkemeye tanınan soruşturmaya devam etmeme veya düşme kararı verme yetkisinin kullanılması (StPO § 153) ya da şüpheliye kabul etmesi şartıyla yüklenen yükümlülükler karşılığında düşme kararı verilmesi (StPO § 153b) hallerinde verilen karar, bağımsız tedbir muhakemesi

¹³⁷⁵ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 8; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 15.

¹³⁷⁶ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 7, 9-10; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 3; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 15a.

¹³⁷⁷ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 12.

açısından da bağlayıcıdır¹³⁷⁸. Son olarak, örneğin şikâyet şartının gerçekleşmemesi, cezayı kaldıran gönüllü vazgeçme halinin varlığı yahut zamanaşımının gerçekleşmesi (StGB § 78/1) gibi kusur yeteneğinden yoksunluk dışında kalan ve ceza muhakemesini engelleyen nedenlerden birinin bulunması halinde, bağımsız tedbir muhakemesine ilişkin usul yine uygulanamaz. Nitekim muhakeme engelleri, hukuka aykırı hareket karşısında ceza hukukunun tepkisini bütünüyle engelleyeceği için doğal olarak tedbir muhakemesini de devre dışı bırakır¹³⁷⁹.

3.1.8.2.5. Tedbir Kararının Muhtemel Olması

Bağımsız tedbir muhakemesinde şartlardan bir diğeri, yeterli suç şüphesi doğrultusunda tamamlanan soruşturma evresinden sonra kovuşturmada güvenlik tedbiri uygulanacağını beklenabilir olmasıdır¹³⁸⁰. Tedbir kararının muhtemel addedilebilmesi, tedbir başvurusunun başarısının olasılık dâhilinde olmasını gerektirir¹³⁸¹. Dolayısıyla savcının, tedbir istemine ilişkin başvuruda bir tehlike tahmininde bulunması ve isnatta bulunurken şüphelinin bir suçun tipik fiilini işlediğini, fiili işlediği sırada failin kusur yeteneğinden yoksun olduğunu, onun bu durumundan ötürü ileride önemli hukuka aykırı eylemler gerçekleştirmesinin beklendiğini ve dolayısıyla onun toplum açısından tehlike arz ettiğini açıklaması gerekir¹³⁸². Aynı şekilde duruşma ehliyetinden yoksunluk halinde “yeterli suç şüphesi (*hinreichender Tatverdacht*)” tıpkı ceza muhakemesindeki iddianamede olduğu gibi tedbir talepnameinde de aynı derecede yer almalıdır¹³⁸³.

3.1.8.2.6. Güvenlik Tedbiri Talepnameinin Hazırlanması

Nihayet bağımsız muhakemenin yürütülmesi için savcı tarafından bir tedbir başvurusunda bulunulması gerekir¹³⁸⁴. Alman hukukunda savcının bu talebine

¹³⁷⁸ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 12.

¹³⁷⁹ BGH, “Voraussetzung für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, NJW, (24), 1983, s. 1385 (ss. 1385-1386). Biz, güvenlik tedbirlerini birer tepki olarak görmediğimiz için, Federal Mahkeme tarafından kullanılan “ceza hukukunun tepkisi (*strafrechtliche Reaktion*)” kavramını, “ceza hukukuna özgü tepki (ceza) ve önlem (tedbir) araçları”, diğer deyişle “ceza hukukunun müdahalesi” olarak algılamaktayız.

¹³⁸⁰ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 12; TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 7; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 19; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 8.

¹³⁸¹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 19.

¹³⁸² MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 12.

¹³⁸³ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 12.

¹³⁸⁴ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 8; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 19; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 6.

“güvenlik tedbiri talepnamesi (*Antragsschrift*)” adı verilmektedir¹³⁸⁵. Güvenlik tedbiri muhakemesindeki tedbir talepnamesi, ceza muhakemesindeki iddianameye karşılık gelir¹³⁸⁶. Savcı, tedbir başvurusunu, kamu davasının mecburiliği bağlamında kanunilik ilkesi ile bağlı olmaksızın düzenler. Bununla birlikte tedbir başvurusunda bulunurken orantılılık ilkesini gözetmek ve tedbirin amacına başka yollarla veya daha yumuşak tedbirlerle ulaşıp ulaşılamayacağını dikkate almak savcının görevidir¹³⁸⁷.

3.1.9. Güvenlik Tedbiri Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki İlişki

3.1.9.1. Tedbir Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki Farklılıklar

Ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesi arasında doğası gereği birtakım ayrımların bulunması kaçınılmazdır¹³⁸⁸. Bu farklılıkların bir kısmı bakımından tedbir muhakemesinin bağımlı veya bağımsız olması arasında fark yoktur. Bir kısmı ise bağımsız tedbir muhakemesini ceza muhakemesinden ayıran niteliklerdendir.

3.1.9.1.1. Bağımlı ve Bağımsız Tedbir Muhakemesi Açısından Ortak Farklar

3.1.9.1.1.1. Usul Kuralları Açısından

Öğretide tedbir muhakemesinin ceza muhakemesindeki katı biçimsel kurallar içerisinde kalmaya zorlanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, ceza muhakemesinde iyi bir anlam taşıyan formalitelerin güvenlik tedbiri muhakemesinde kolaylıkla amaç dışı ve rahatsız edici bir hale gelmesi olasılığı vardır. Bunun gerekçesi

¹³⁸⁵ Esasen “*Antragsschrift*” sözcüğünün dilimizdeki tam karşılığı “başvuru yazısı” olmakla birlikte tedbir muhakemesindeki özel anlamı karşılması açısından bu kavramı “güvenlik tedbiri başvurusu” veya “tedbir başvurusu” yahut öğretide kullanıldığı üzere “tedbir talepnamesi” (ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 284, 286) olarak çevirmenin daha isabetli olacağı kanısındayız. Sözcüğün “emniyet tedbiri davası açma isteği” şeklindeki kullanımı için bkz. YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu: Strafprozeßordnung (StPO), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 464.

¹³⁸⁶ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 413, Rn. 19; MAUR, Lothar, “StPO § 414 [Verfahren]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 9; KURTH/POLLÄHNE, Heidelberger-K-StPO, § 414, Rn. 6.

¹³⁸⁷ TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 8.

¹³⁸⁸ Alman yargı içtihatlarında ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesi arasındaki farkların, ceza muhakemesi ile müsadere muhakemesi arasındaki farklara kıyasla daha az olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda Baviera Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin bir kararı için bkz. BayObLG, “Strafverfahren gegen Landtagsabgeordnete”, BayObLGSt, (9), 1959, s. 93 (ss. 89-96).

olarak, güvenlik ödevinin inceleme ve karar mekanizmalarının devamlı bir takdir yetkisini gerektirmesi, bunun da biçimsel sınırların dışına çıkmayı içermesi gösterilmektedir. Fakat öte yandan tedbir muhakemesinde biçimsel özgürlük ve takdir yetkisinin sınırlarının genişliği, kuralızsızlık ve keyfilik anlamına da gelmemelidir¹³⁸⁹.

3.1.9.1.1.2. Dayanak Açısından

Her şeyden önce ceza muhakemesinde iddia ve ispat devletin cezalandırma hakkına dayanmakta iken, güvenlik tedbirleri muhakemesinde devletin tedbir uygulama hakkına dayanmaktadır¹³⁹⁰. Dolayısıyla buradan yapılacak dolaylı çıkarım, ceza ve tedbir arasında muhakeme aşamaları arasında bir fark bulunduğu ilişkin olabilir. Gerçekten bunların her ikisinde de ilk aşamada bir suçun işlenip işlenmediği tespit edilmektedir. Oysa ikinci aşamada, ceza muhakemesinin konusunu ceza, tedbir muhakemesinin konusunu ise güvenlik tedbirinin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği oluşturur. Bu aşamada her iki muhakeme birbirinden ayrılır¹³⁹¹.

3.1.9.1.1.3. Aleniyet Açısından

Ceza muhakemesinde müeyyideye yani cezaya karar verilirken muhakeme herkese açık yapılır. Oysa güvenlik tedbiri muhakemesinin kamuya açık olmaması mümkündür¹³⁹². Ceza muhakemesinde aleniyet prensibi kural iken, güvenlik tedbirleri muhakemesinde istisna olarak kabul edilebilir.

3.1.9.1.1.4. Hukuki Sonucun Değişebilirliği Açısından

Ceza yargılamasında kesinleşen hüküm geri alınamaz. Oysa güvenlik tedbirleri muhakemesinde tehlikeli halin ortadan kalktığına kanaat getirilmesi halinde tedbire son verilmesi mümkündür. Tıpkı bir idari işlemde olduğu gibi güvenlik tedbirleri muhakemesinde mahkemenin kararı uygulandıktan sonra geri alınabilir ve

¹³⁸⁹ HENKEL, ZStW (57), s. 734.

¹³⁹⁰ Bu nedenle güvenlik tedbirlerine ilişkin yargılamada devletin güvenlik tedbiri uygulama hakkı ile bireyin özgürlüğü çatışmakta, kamusal/sosyal korunma adına kişisel hürriyetten vazgeçilmesi yoluna gidilmektedir.

¹³⁹¹ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 631.

¹³⁹² SOYASLAN, Kriminoloji, s. 204.

değiştirilebilir niteliktedir¹³⁹³. Çünkü hâkim, failin tehlikeli, patolojik ve tedavi gerektiren özel durumunun ne kadar süreceğini önceden tespit etme olanağından yoksundur¹³⁹⁴. Aslında bu farklılık güvenlik tedbirlerinden kaynaklanan bir özellik olarak değil, cezadan kaynaklanan doğal bir sonuç olarak ele alınmalıdır. Nitekim tedbir uygulanmadan tehlikeliliğin giderilmesi olasılığı vardır, çünkü tehlikelilik hali geleceği (işlenen fiilden sonraki zamanı) ilgilendirir; hâlbuki yaptırım uygulanmadan kusurluluk giderilemez, çünkü kusurluluk hali geçmişi (fiilin işlendiği anı) ilgilendirir.

Güvenlik tedbirleri, cezalardan farklı olarak, infazına başladıktan sonra geri alınabilir ve değiştirilebilir nitelikte olan tedbirlerdir. Örneğin Türk ceza hukukunda da akıl hastalarına ve çocuklara ilişkin tedbirlerin hükümden sonra geri alınması veya değiştirilmesi olanaklıdır. Bu durum ilk bakışta güvenlik tedbirleri hukukunda kesin hüküm etkisinin geçerli olmadığı düşüncesinin oluşmasına müsaittir. Oysa mahkemenin tedbir muhakemesinde verdiği kararın kesin hüküm niteliğinde olması ile kararda yer verilen tedbirin kesin olması durumlarını birbiriyle karıştırmamak gerekir. Güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin karar, failin fiili işlediğinin tespit edilmesi bakımından kesindir. Tehlikeliliğin devam edip etmediğine ve uygulanacak tedbirin amaca elverişli olup olmadığına ilişkin hüküm sonrası yapılacak değerlendirme, önceki hükmün geri alınması anlamına gelmemektedir. Önceki hüküm hukuk âleminde varlığını devam ettirmekte, tamamen yeni bir hüküm verilmemekte, diğer deyişle önceki hüküm yok sayılmamakta, yalnızca tedbirin türü ve uygulanma süresi ile failin tehlikeliliği açısından gözden geçirilmektedir. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin geri alınmasının kesin hüküm ilkesini zedelediği söylenemez¹³⁹⁵.

3.1.9.1.1.5. İsnat Edilebilirlik Açısından

Ceza muhakemesinde sanığa kusur izafe edilir. Oysa güvenlik tedbirleri muhakemesinde “kusur isnadı (*Schuldvorwurf*)” eksiktir. Dolayısıyla isnat edilebilme bakımından bu iki tür muhakeme ayrılmaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda güvenlik tedbirleri muhakemesinde “tedbirin muhatabı (*Betroffene*)” hakkındaki hükümler arasında “suçlanmaktan (*beschuldigt*)” bahsedilmesi eleştirilmekte ve bu ifade kanunun

¹³⁹³ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 253. Bu somut durumun kesin hüküm ilkesi ile çelişmediği konusunda bkz. a.g.e., s. 254.

¹³⁹⁴ HAFTER, s. 243.

¹³⁹⁵ HAFIZOĞULLARI, Ceza Normu, s. 271-272; ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 302-303; KURŞUN, s. 160. Aksi yönde, hatalı olarak hükmedilen bir güvenlik tedbiri kararının kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönünde eski tarihli bir İtalyan Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. VASSALLI, s. 513.

tedbirler bakımından terminolojik karışıklığa yol açan kavramları içerisinde değerlendirilmektedir¹³⁹⁶. Türkçe’de ise suçlanma, bir suçla itham edilme kapsamında ele alındığı için bir kimseye kusur isnat/izafe edilmesinden daha geniş bir anlama sahiptir. Bu nedenle kusur yeteneği olmamakla birlikte sebep suçu işlemesi nedeniyle tedbirin muhatabı olacak kişi için “suçlu”, “suçlanan”, “suç isnadı altında bulunan”, “şüpheli” ve “sanık” kavramlarının tümünün kullanılabileceği kanısındayız.

3.1.9.1.2. Bağımsız Tedbir Muhakemesine Özgü Farklar

Yukarıdaki farklar açısından tedbir muhakemesinin bağımlı veya bağımsız olması önem taşımaz. Bununla birlikte Alman hukukunda örneğini gördüğümüz bağımsız tedbir muhakemesinin ceza muhakemesinden sapmalar gösterdiği bazı durumlara da değinmek gerekir¹³⁹⁷:

3.1.9.1.2.1. Mecburilik Açısından

İlkin, ceza muhakemesinde kamu davasının mecburiliği ilkesi (StPO § 152/2) geçerlidir. Bu ilke uyarınca savcı yeterli şüpheyi ulaştığında dava açmak zorundadır. Koşulları oluştuğunda savcının iddianame düzenleme konusunda takdir yetkisi yoktur. Oysa bağımsız tedbir muhakemesinde ceza davası anlamında kullanılan bir kamu davasından ve bu davayı açma zorunluluğundan bahsedilmez. Diğer deyişle ceza muhakemesindeki iddianame yerine geçen tedbir talepnamesini mahkemeye sunup sunmama konusunda savcının takdir yetkisi vardır.

3.1.9.1.2.2. Yüz Yüzelik Açısından

İkincisi, ceza muhakemesinde istisnai haller dışında sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz. Oysa bağımsız tedbir muhakemesinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesine olanak sağlayan genel hükümler (StPO § 415) bulunmaktadır.

¹³⁹⁶ Bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 2. Avusturya ceza muhakemesi hukukunda da (öStPO §§ 429 ff), sanık yerine “muhatap (*Betroffene*)” kavramı tercih edilmiştir.

¹³⁹⁷ Bkz. MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 5.

3.1.9.1.2.3. Muhakeme Engeli Açısından

Üçüncüsü, bir önceki farkla da bağlantılı olarak, ceza muhakemesinde sanığın yokluğu veya muhakeme engeli, duruşmanın yapılmasını uzun süre engelliyorsa davanın durması yönünde bir ara karar verilir (StPO § 205). İşte bu ara karar –duruşma ehliyetsizliğinden kaynaklanan- bağımsız tedbir muhakemesinde söz konusu değildir.

3.1.9.2. Tedbir Muhakemesi ile Ceza Muhakemesi Arasındaki Benzerlikler

Yukarıda yer verilen farklılıkların yanı sıra hem ceza muhakemesinde hem de tedbir muhakemesinde “geniş anlamda yargılama olmaktan kaynaklanan” birtakım ortak noktalar bulunmaktadır. Bu ortak özelliklerin her birini saymak yerine, bunları, en önemli noktalar olan, “fiil” ve “fiil isnadı” çerçevesinde özetlemek mümkündür. Bu benzerlikler hem bağımlı hem bağımsız tedbir muhakemesi için geçerlidir.

3.1.9.2.1. Fiil Açısından

Ceza hukukuna aykırılık teşkil eden ve muhakemenin başlamasının ön şartını oluşturan fiil, ceza muhakemesinde suç, tedbir muhakemesinde ise sebep suçtur. Zira muhakeme edilecek fiil şayet bir suç değilse, o halde ceza hukukuna aykırı değildir. Bu halde en büyük olasılık işlenen fiilin polis hukukuna aykırı olmasıdır. Polis hukukuna ve geniş anlamda idare hukukuna aykırı fiilden dolayı çoğu kez bir muhakemeden yani yargısal süreçten değil, bir kolluk hukuku değerlendirmesinden yani idari bir süreçten söz edilir. Bu tür durumlarda yargısal süreç devreye girebilirse de bu süreç, idari muhakemenin konusu dışına çıkamaz.

3.1.9.2.2. Fiil Isnadı Açısından

Ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesi arasındaki bir diğer ortak nokta, kovuşturmanın yürütülmesine, karşılaştırmalı hukukta aynı yahut farklı isimlerle ortaya çıksa bile, bir iddia ile başlanmasıdır. Aynı zamanda güvenlik tedbirlerindeki suçlanan

kimsenin yani muhatabın durumu, ceza muhakemesindeki sanığın durumundan farklı değildir¹³⁹⁸.

3.1.9.3. Ceza Muhakemesinin Tedbir Muhakemesine Etkisi

Alman hukukunda bağımsız tedbir muhakemesinin yürütüldüğü hallerde, bir iddianame ile sübjektif ceza muhakemesi başlatıldıktan sonra, sanığın kusur veya duruşma ehliyetinde yetersizlik bulunduğuna yönelik endişeler dolayısıyla yeni bir güvenlik tedbiri muhakemesinin başlatılması kabul edilmemektedir. Bunun gerekçesi olarak tedbir muhakemesinde aksine hüküm yoksa zaten ceza muhakemesinin ilke ve kurallarının uygulanması gerektiğine dair yasal zorunluluk (StPO § 414/1) gösterilmektedir. Bununla birlikte henüz ceza muhakemesinde kovuşturma aşamasına geçilmemişse, kamu davasının (iddianamenin) geri alınması ve bunun yerine kovuşturmanın açılmaması kararına karşı başvurulacak kanun yolu da dâhil olmak üzere talepname ile tedbir başvurusunda bulunulması olanaklıdır¹³⁹⁹.

Türk hukukunda bağımlı tedbir muhakemesi yönünden, soruşturma evresi tamamlanmadan önce, güvenlik tedbirlerinden hangisinin talep edildiği Cumhuriyet savcısı tarafından iddianamede açıkça gösterilmelidir. Nitekim CMK m. 170/6 uyarınca, *“İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir”*. Cumhuriyet savcısının hangi güvenlik tedbirinin uygulanmasını talep ettiğini iddianamede açıkça ortaya koymaması halinde, CMK m. 174/1-a uyarınca iddianamenin iade edilmesi gerekir. Talepname prosedürü hukukumuzda yabancı olduğundan iddianamenin savcılıkça geri alınmasının pratik bir önemi olmadığı gibi böyle bir usule kanunda da yer verilmiş değildir.

3.2. BAĞIMSIZ GÜVENLİK TEDBİRLERİ MUHAKEMESİNDE EVRELER VE GENEL İŞLEYİŞ

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinde evreler, ceza muhakemesindeki evrelere benzer şekilde “soruşturma” ve “kovuşturma” evresi olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca mahkemenin tedbir başvurusunu incelediği –ve çalışmada kovuşturma

¹³⁹⁸ BayObLG, “Strafverfahren gegen Landtagsabgeordnete”, BayObLGSt, (9), 1959, s. 93-94.

¹³⁹⁹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 19.

kapsamında ele alınan- aşamayı “ara muhakeme” olarak değerlendirmek mümkündür. Bu evreler bağımsız tedbir muhakemesinde işlevsel olmakla birlikte, bunlara ilişkin düzenlemelerin, niteliği gereği, açıkça yasaklanmayan, kanunla çelişmeyen ve sınırlandırıcı olmayan hallerde, bağımlı tedbir muhakemesinin yürütülmesinde de kıyasen uygulanabileceği söylenebilir.

3.2.1. Soruşturma Evresi

3.2.1.1. Tedbir Talepnamesi ve Savcının Takdir Yetkisi

Alman hukukunda (StPO § 71) mahkemenin kusur yeteneği veya duruşma ehliyeti olmadığı için ceza muhakemesi yapılamayan fail hakkında maddede düzenlenen güvenlik tedbirlerine karar “verebileceği” yönündeki düzenlemeden hareketle, savcının da bu tedbirlerin uygulanması için talepte “bulunabileceği” çıkarımında bulunmaktadır. Bu durum, savcının dava açıp açmamakta ihtiyari hareket edeceği izlenimi nedeniyle eleştirilmektedir¹⁴⁰⁰. Ancak genel kanaat, güvenlik tedbirleri muhakemesinin koşulları gerçekleştiğinde savcılık makamının tedbir başvurusunda bulunabileceği, ancak bu başvuruyu yapmak zorunda olmadığı yönündedir. Bu kanaat uyarınca, aynı zamanda normal ceza muhakemesinde kamu davasının mecburiliği prensibi doğrultusunda hazırlanan “iddianame hazırlama ödevi (*Anklagepflicht*)”, yerine “görev gereği takdir yetkisi (*pflichtgemäßes Ermessen*)” geçmektedir¹⁴⁰¹. Savcı bu “maslahata uygunluk” yetkisini, yukarıda da zikredilen ve “tedbir başvurusu (güvenlik tedbiri talepnamesi) (*Sicherungsantrag*)” adı verilen bir belge ile yerine getirir.

Bağımsız tedbir muhakemesinde “dava açma belgesi” niteliğindeki tedbir talepnamesi, ceza muhakemesindeki iddianame ile gerek işlevleri gerekse sonuçları yönünden eşdeğer bir taleptir. Aynı zamanda, daha önce de ifade edildiği üzere, tedbir başvurusu bağımsız tedbir muhakemesinin koşullarından biri olarak davanın ikame (derdest) edilmesini (*Rechtshängigkeit*) temin eder. Diğer deyişle tedbir başvurusu olmaksızın tedbir muhakemesi başlatılamaz¹⁴⁰². Bu nedenle tedbir talepnamesi, iddianamenin içeriğinin neleri ihtiva etmesi gerektiğini düzenleyen hükümlere (StPO § 200) uygun olmalıdır. Bu uygunluğun sağlanması için tedbir talepnamesinin, her şeyden

¹⁴⁰⁰ Bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 2.

¹⁴⁰¹ Bkz. METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 13; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 9; TEMMING, BeckOK-StPO, § 413, Rn. 8.

¹⁴⁰² KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 6; TEMMING, Dieter, “StPO § 414 Verfahren; Antragsschrift”, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008, BeckOK-StPO, Rn. 2.

önce şüphelinin kim olduğunu, onun tarafından işlendiği iddia edilen sebep suçun niteliği ile özelliklerini ve uygulama alanı bulanı bulan diğer normları içermesi gerekir (StPO § 200/1-c.1). Tedbir taleplerinde yetkili ve görevli mahkemenin, delillerin ve müdafinin de belirtilmesi şarttır (StPO § 200/1-c.2)¹⁴⁰³.

Ayrıca tedbir başvurusunun şüphelinin itham edildiği suçla birlikte kovuşturma evresinin açılması talebini (StPO § 199/2-c.1) ve savcılık tarafından mahkemeden talep edilen güvenlik tedbirlerini de açıkça içermesi gerekir¹⁴⁰⁴. Keza tedbir başvurusunda kural olarak soruşturmanın esaslı sonuçları (StPO § 200/2-c.1) ve özellikle şüphelinin kusur veya duruşma yeteneğinden yoksun olduğunu gösteren tıbbi bulgular kural olarak yer almalıdır¹⁴⁰⁵. Şayet tedbir başvurusu, bağımsız tedbir muhakemesine konu olan hürriyeti kısıtlayıcı bir güvenlik tedbiri (psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme) ile ilgili ise tıbbi bulgulara yer verme kuralının istisna olmaksızın geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰⁶.

Belirtelim ki, Alman hukukunda ceza soruşturmasını sonlandıran iddianame, bağımsız tedbir muhakemesini sonlandıran tedbir talepleri yerine geçmez. Bununla birlikte kovuşturma evresinin başlatılması talebi mahkeme tarafından reddedilirse, savcılık tarafından tedbir muhakemesinin yürütülmesi, kanun yolu merciinden de talep edilebilir (StPO § 210/2)¹⁴⁰⁷.

Mahkemenin sanığın kusur yeteneğinden veya duruşma ehliyetinden yoksun olduğunu kabul etmesi halinde, kamu davasının mecburiliği ilkesine dayanan iddianamenin, yerindelik ilkesine dayanan tedbir talepleri olarak kabul edilerek tedbir muhakemesinde kovuşturma evresini başlatması usulü kabul edilmemektedir. Nitekim bu durum savcının muhakemeyi yürütüp yürütmemek konusundaki takdir yetkisinin göz ardı edilmesi olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte mahkeme kovuşturma evresinin açılmasına karar verdikten sonra sanığın kusur yeteneğinin bulunmadığını tespit etmişse, alternatif bir yöntem olarak, iddianameye güvenlik tedbiri talebinin eklenmesi de mümkündür¹⁴⁰⁸. Fakat bu halde de iddianamenin bir tedbir

¹⁴⁰³ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 16.

¹⁴⁰⁴ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 2; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 1, 6-7; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 7; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 17.

¹⁴⁰⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 16; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 1.

¹⁴⁰⁶ Buna karşılık sürücü belgesinin iptali ile meslek icrası yasağı tedbirlerine ilişkin başvurunun ceza yargıcına yöneltildiği hallerde soruşturmanın esaslı sonuçlarının tedbir başvurusunda gösterilmesi kuralından feragat edilmesi mümkündür (StPO § 200/2-c.2). Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 16.

¹⁴⁰⁷ BGH, "Zeitpunkt der Antragstellung auf Durchführung des Sicherungsverfahrens", NJW, (48), 2001, s. 3561 (ss. 3560-3562); MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 6.

¹⁴⁰⁸ BGH, "Zeitpunkt der Antragstellung auf Durchführung des Sicherungsverfahrens", NJW, (48), 2001, s. 3561; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 2; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 10;

talepnamesi olarak ele alınması hususunda savcı ile kovuşturmayı başlatan hâkimin gayriresmi olarak hemfikir olmasına müsaade edilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁴⁰⁹.

Savcı, tedbir talepnamesinde yetkili mahkemeyi ve gerektiğinde yetkili karar merciini göstermek zorundadır. Ayrıca gerekli olması halinde şüpheli hakkında geçici olarak gözlem altına alma (*Einstweilige Unterbringung*, StPO 126a) veya şüpheli zaten gözlem altında ise bunun devamına (StPO § 207/4) ilişkin talepte bulunmak da savcının görev ve yetkileri arasındadır¹⁴¹⁰.

Soruşturma evresinin sonunda tedbir başvurusunda bulunulması, Alman hukukunda aynı zamanda bir muhakeme şartı olduğu için muhakemenin her aşamasında bu talepteninin mevcut olup olmadığı ve gerekli bilgileri içerip içermediğinin kontrol edilmesi gerekir. Başvurudaki eksiklikler veya ciddi hatalar, her aşamada davanın durmasına/düşmesine (*Verfahrenseinstellung*) yol açar¹⁴¹¹.

Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda tedbir muhakemesinin ceza muhakemesine dönüşerek devam ettiği hallerde (StPO § 416), tedbir başvurusunun iddianame yerine geçmesinin sonucu olarak, kovuşturmanın açılmasına karar verilmesi durumunda kamu davasına evrilen davanın yani dava dönüşmeden önce mahkemeye sunulan talepteninin geri alınması mümkün değildir. Bu konuda dava başladıktan sonra iddianamenin geri alınmasını engelleyen kural (StPO § 156) aynen uygulanır¹⁴¹².

Tedbir muhakemesi bir ceza muhakemesine bağlı olduğunda savcının takdir yetkisi, “kamu yararı (*öffentliches Interesse*)” kavramı ile sınırlandırılmaktadır¹⁴¹³. Nitekim kusur yeteneğinin ihmal edilebilir ölçüde az olması halinde bile, kamu yararı varsa ceza muhakemesinin yapılması gerektiği kabul edilmektedir (StPO § 153). Buna karşılık bağımsız tedbir muhakemesinde savcının takdir yetkisinin bu şekilde sınırlandırılması yasaklanmıştır. Ne var ki, öğretilde baskın görüş, bağımsız tedbir muhakemesinde başvuruda bulunma noktasındaki takdir yetkisi kriterini, genel halkın

KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 6; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 18.

¹⁴⁰⁹ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 10; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 18.

¹⁴¹⁰ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 3, 8; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 7; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 22.

¹⁴¹¹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 17; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 9.

¹⁴¹² GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 22.

¹⁴¹³ Tedbir muhakemesinde kamu yararının örnekleri olarak şunlar sıralanmaktadır (METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 15): * Şüphelinin (muhatapın) kusur yeteneği veya duruşma ehliyetinin bulunması ihtimali, * Şüphelinin eylemle ortaya koyduğu toplum karşıtı (antisosyal) karakteri, * Genel halkı ilgilendirmek koşuluyla, suçtan zarar görenin zararının giderilmesine yönelik talepleri, * Alışılmışın dışında kalan Nazi eylemleri ve bunların sonuçları, * Fiilin kriminojen (suça sebep olan) arka planında yer alan şüpheli durumlar ve bunun ceza hukuku vasıtasıyla araştırılmasına yönelik kamu yararı, * Şüphelinin doğrudan psikiyatri hastanesinin adli bölümüne yerleştirilmesi ihtiyacı, * İnfazın yumuşamasına veya salıverilmeye ilişkin adli kontrol.

korunması için tedbirin gerekli olduğu yönünde yorumlamaktadır¹⁴¹⁴. Şayet kamu yararının idare hukuku veya özel hukuk kuralları uyarınca kuruma yerleştirme tedbiri uygulamakla tatmin olacağından söz ediliyorsa, güvenlik tedbirinin uygulanmaması gerektiği fakat bu tür tedbirlerin ceza hukukunun hürriyeti kısıtlayıcı sonuçlarına engel olmayacağı kabul edilmektedir¹⁴¹⁵. Nihayet savcının uygun takdir yetkisinin yargı denetimi dışında tutulduğunu belirtmek gerekir¹⁴¹⁶.

Orantılılık ilkesi sadece maddi güvenlik tedbirleri hukuku için değil aynı zamanda şekli güvenlik tedbirleri hukuku bakımından da özellikle dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Bu bakımdan soruşturma evresinde savcının, tedbirin amacına başka yollardan ulaşıp ulaşılamayacağını kontrol etmesi gerekir¹⁴¹⁷.

3.2.1.2. Müdafî Atanması

Alman hukukunda soruşturma evresinde müdafî tayin edilmesine olanak tanınmıştır. Kural olarak soruşturma evresinde müdafî tayini ihtiyaridir. Bununla birlikte eğer kovuşturma evresinde mecburi müdafilik kabul edilmişse, savcının soruşturma evresinde de müdafî atanmasını talep etmesi zorunludur (StPO § 141/3-c.1, 2). Bu hallerden biri de bağımsız tedbir muhakemesidir (StPO § 140/1-b.7). Bu nedenle güvenlik tedbiri muhakemesinin soruşturma evresinde savcı, mahkemeden bir zorunlu müdafî görevlendirilmesini talep eder¹⁴¹⁸.

3.2.1.3. Bilirkişi Görevlendirilmesi

Alman hukukunda soruşturma evresinde, duruşmada ortaya koyacağı raporu hazırlaması için bir bilirkişinin görevlendirilmesi zorunlu kılınmıştır (StPO § 414/3). Tedbirin türü bakımından bir kısıtlamaya yer vermeyen bu kural, şüphelinin bir psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi merkezine ya da muhazafa altına alma kurumuna yerleştirilmesi ihtimali varsa henüz soruşturma evresinde bilirkişi atanacağına dair genel düzenlemenin (StPO § 80a) tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu sayede adı sayılan tedbirlerle birlikte sürücü belgesinin iptali ve meslek icrası yasağı

¹⁴¹⁴ Bkz. METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 14; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 9; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 14.

¹⁴¹⁵ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 16.

¹⁴¹⁶ METZGER, KMR-StPO, § 413, Rn. 17.

¹⁴¹⁷ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 413, Rn. 9; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 413, Rn. 14.

¹⁴¹⁸ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 2.

tedbirleri bakımından da soruşturma evresinde bilirkişinin tayini koşulu getirilmiştir¹⁴¹⁹. Soruşturma evresinde daha doğru bir ifadeyle ara muhakeme evresinde (*Vorverfahren*) yani henüz mahkemece kovuşturma evresinin açılmadığı dönemde görevlendirilen bilirkişi, kural olarak, savcının tedbir başvurusunu mahkemeye sunmasından önce raporunu (*Gutachten*) yazılı olarak düzenlemiş olmalıdır¹⁴²⁰.

3.2.1.4. Tutuklamanın Kuruma Yerleştirmeye Çevrilmesi

Tedbir muhakemesinin soruşturma evresinde bir tutuklama kararı (*Haftbefehl*) verilmişse, kural olarak bunun geçici olarak kuruma yerleştirme kararına dönüştürülmesi gerekir. Soruşturma evresinde muhatabın kusur yeteneğinin bulunması halinde tutuklama kararı verilebilir¹⁴²¹.

3.2.1.5. Uzlaştırma Yasağı

Alman hukukunda güvenlik tedbirleri muhakemesinde soruşturma evresi, ceza muhakemesinden farklı olarak uzlaştırma yasağına tabidir (StPO § 257c/2-c.3)¹⁴²². Böylece “iddia pazarlığı” (“*Verständigung*”) yalnızca kusur izafe edilebilecek kimselerle sınırlanmış olmaktadır.

3.2.2. Kovuşturma Evresi

3.2.2.1. Genel Olarak

Bir kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanması, mutlak surette o kişinin kovuşturulmasını gerektirir. Aksi halde uygulanacak tedbir, güvenlik tedbiri sayılamaz. Bu kovuşturmaya “güvenlik tedbiri kovuşturması” adı verilir. Güvenlik tedbiri kovuşturmasında, failin işlediği fiilin sabit olup olmadığı, sabit ise bu fiilin suç teşkil

¹⁴¹⁹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 3. Ayrıca bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 13; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 2, 25.

¹⁴²⁰ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 13.

¹⁴²¹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 4; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 2.

¹⁴²² Bu konuda bkz. BGH 1 StR 79/15 - Beschluss vom 25. November 2015 (LG Mannheim), 3 (a).

edip etmediği, eğer suç da teşkil etmekte ise muhatap hakkında güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağı muhakeme edilir¹⁴²³.

Güvenlik tedbirlerinin esasının tehlikelilik olması nedeniyle güvenlik tedbirleri muhakemesinin kovuşturma evresinde ispatın konusunu da tehlikeli hal oluşturmaktadır¹⁴²⁴. Diğer bir deyişle, nasıl ki ceza muhakemesinde mahkûmiyet kararı verilmesi için fiilin yanı sıra kusurun ispatı gerekiyorsa, güvenlik tedbirleri muhakemesinde de tedbir kararı verilmesi için kural olarak fiilin yanı sıra ayrıca tehlikeliliğin ispatı gerekir. Tehlikeliliğin kanuni karine olarak saptandığı hallerde failin toplumsal açıdan tehlikeli olduğunun iddia makamı tarafından ispat edilmesi gerekmez. Ancak hukuki anlamda tehlikeliliğin varsayılmadığı, sosyal açıdan tehlikeliliğin yeterli görüldüğü hallerde savcının ve mahkemenin, sanığın tehlikeli olduğunu bilimsel ve objektif verilerle ortaya koyması gerekir.

Belirtelim ki, güvenlik tedbirleri muhakemesinin ceza muhakemesine bağımlı olduğu hukuk sistemlerinde örneğin ülkemizde ceza usul kurallarını düzenleyen normlar, ceza muhakemesinin bir parçası olan tedbir muhakemesini de kapsamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ceza muhakemesinden bağımsız tedbir muhakemesini kabul eden kimi ülkelerde örneğin Almanya'da da hem kovuşturma evresinin hem de özelde duruşma devresinin büyük ölçüde ceza yargılamasının kurallarını takip ettiği görülmektedir. Fakat buna ek olarak Alman hukuk sisteminde, tedbir muhakemesi başlığı altında, yargılamanın sanık olmaksızın devam etmesi (StPO § 415/1-4), bilirkişi incelemesi (StPO § 415/5) ve genel ceza muhakemesine geçiş (StPO § 416) gibi kendine özgü birtakım kurallara yer verilmiştir¹⁴²⁵.

Güvenlik tedbirleri muhakemesi sonucunda hükmolunan tedbir, duruşma yapılmak suretiyle ve buna sebep olan hukuka aykırı vesile eylem belirtilmek kaydıyla kararda gösterilir. Alman hukukunda bunun istisnasını sürücü belgesinin iptali oluşturur. Nitekim yasaklamanın iki seneyi aşmaması şartıyla bu tedbire ceza kararnamesi (*Strafbefehl*) yoluyla duruşma dışında da hükmolunabilir (StPO § 407/2-2). Keza bağımsız bir güvenlik tedbiri kararı verilmesine, yani ayrıca vesile suç müzakere edilmeden tedbir uygulanmasına, kusur ehliyeti veya duruşmaya katılma ehliyetinin bulunmaması halleriyle sınırlı olmak üzere izin verilmektedir (StGB § 71/1). Ancak bu halde de tedbir muhakemesinin kanunda yazılı prosedür izlenerek gerçekleştirilmesi gerekir (StPO §§ 413 ff)¹⁴²⁶.

¹⁴²³ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394.

¹⁴²⁴ Benzer yönde bkz. PISAPIA, s. 213.

¹⁴²⁵ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 28.

¹⁴²⁶ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 14-15.

Güvenlik tedbirlerine hükmolunurken, failin işlediği suçun türü, sayısı ve ağırlığı, hukuka aykırı eylemin niteliği ve derecesi, gelecekte failden beklenebilir olan eylemler ile onun kişilik karakteristikleri arasında bir ayırım yapılmalıdır¹⁴²⁷. Ayrıca güvenlik tedbirleri muhakemesinde hukuka aykırılık ve kusur titizlikle incelenmelidir¹⁴²⁸.

Alman hukukunda ceza muhakemesinin uygulanabilir olmaması, güvenlik tedbirleri muhakemesinin yürütülebilirliğine engel olmadığı gibi ilgili tedbire ilişkin kararın ön koşullarına da etki etmez¹⁴²⁹. Ceza muhakemesi açısından bir yargılama engelinin bulunması, güvenlik tedbirleri muhakemesinin yapılması için bir gerekçe olamaz. Bunun istisnası kusur yeteneğinin veya duruşma ehliyetsizliğinin varlığıdır. Aksine, bu haller, bağımsız muhakemenin şartları arasında yer almaktadır.

3.2.2.2. Yetki ve Görev

Alman hukukunda ceza kanunu kapsamında kalan güvenlik tedbirleri muhakemesinde görevli mahkemenin kanun koyucu tarafından ikili bir ayırımla tespit edildiği görülmektedir. Buna göre, psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbirinde bu tedbir ister cezayla birlikte ister tek başına uygulansın, görevli mahkeme, eyalet mahkemelerinin (*Landgericht*) ceza daireleridir. Aynı belirleme muhafaza altına alma tedbirinin beklenebilir olduğu davalar için de geçerlidir. Psikiyatri kliniğine yerleştirme ve muhafaza altına alma tedbirleri dışında kalan tüm güvenlik tedbirleri ise yerel mahkemelerin (*Amtgericht*) görev alanına girmektedir (GVG § 24/2, § 74/1)¹⁴³⁰.

Çocuklar ve ergenler tarafından işlenen ve nitelikli öldürme, kasten öldürme yahut yaralama veya yağma sonucu ölüme sebep olma gibi ağır (ciddi) suçlar¹⁴³¹ dışında kalan suçlarda, psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri de dâhil olmak üzere

¹⁴²⁷ JESCHECK/WEIGEND, § 9, s. 88, Rn. 1.

¹⁴²⁸ POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, Vor §§ 413 ff., Rn. 4.

¹⁴²⁹ POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, Vor §§ 413 ff., Rn. 4.

¹⁴³⁰ Bkz. MAUR, KarlsruheK-StPO, § 414, Rn. 14-15. Yerel mahkemenin içinde de yetki kural olarak ceza hâkimine (*Strafrichter/in*) ait olmakla birlikte, kuruma yerleştirme söz konusu olduğunda jüri mahkemesi (*Schöffengericht*) yetkilidir. Yerel mahkeme bünyesinde görev yapan ceza hâkimi ise sadece savcının tedbir başvurusunu kendisine yapması ve psikiyatri hastanesine yerleştirme tedbiri dışındaki tedbirleri talep etmesi halinde yetkilidir. Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 7; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergK-StPO, § 414, Rn. 14.

¹⁴³¹ Bu tür suçlar Alman öğretisinde “*Kapitaldelikt*” veya “*Kapitalverbrechen*” olarak da adlandırılmaktadır. Bunlara örnek olarak Adli Teşkilat Kanunu’nda eyalet mahkemesi ceza dairelerinin doğrudan yetkili kılındığı suçlar gösterilmektedir (GVG § 74/2). *Kapitaldelikt* düzeyindeki önemli suçlar açısından madde yönünden yetkili mahkemenin, “jüri mahkemesi (*Schwurgericht*)” sıfatıyla görev yapacak olan eyalet mahkemesi ceza daireleri olduğu kabul edilmektedir. *Schwurgericht*, bir ilk derece ağır ceza mahkemesi görünümündedir. Bu mahkemede üç profesyonel hâkim ve iki jüri üyesi görev yapar. Jüri üyeleri duruşma dışındaki kararlara katılmazlar (GVG § 76).

“çocuk jüri mahkemesi (*Jugendschöffengericht*)”¹⁴³² adı verilen mahkemeler davaya bakmakla görevlidir¹⁴³³.

3.2.2.3. Muhakemenin Başlangıcında Yapılacak İşlemler (Ara Muhakeme Evresi)

Alman hukukunda savcının tedbir başvurusunda bulunmasının, kamu davasının sonuçlarını doğuracağı kabul edilmiştir (StPO § 414/2). Buradan hareketle öğretide ceza yargılamasında kovuşturma evresinin başında yapılacak işlemlerin tedbir yargılaması için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu işlemlerden ilki, başvurunun yapıldığı mahkeme tarafından tedbir başvurusunun açıklanması ve delillerin toplanmasına karar verilmesidir (StPO §§ 201-202). Bu işlemlerden sonra sanığa zorunlu müdafî atanacaktır (StPO § 140/1-b.7). Ardından kendisine tedbir başvurusunda bulunulan mahkemenin kovuşturma açma yetkisine ilişkin hükümler uygulanır (StPO § 209, 209a). Şayet tedbir başvurusu kabul edilebilir ise ve talep edilen güvenlik tedbirine karar verilmesi için yeterli olasılık varsa kovuşturma evresine geçilmesine (StPO §§ 203, 207); aksi takdirde kovuşturma evresinin açılması talebinin reddine (StPO § 204) karar verilir¹⁴³⁴.

Kovuşturma evresinin açılması talebi, failin suçu işlediğine yönelik yeterli şüphenin olmaması veya fiilin kusur yeteneğinden yahut duruşma ehliyetinden yoksunluk esnasında gerçekleştiğine ilişkin yeterli delilin bulunmaması durumunda, gerekçeli kararla reddedilir. Bu halde muhakemenin tekrar başlaması ve devam etmesi, yalnızca kovuşturmayı açmama kararının kusur veya duruşma ehliyetinden yoksunluğun bulunmamasına bağlı olması halinde mümkündür¹⁴³⁵. Buna karşılık kovuşturmayı açmama kararı, tedbir kararının beklenebilirliğindeki eksiklik gibi bir başka nedene dayanıyorsa, bu halde muhakemenin tekrar başlaması ve devam etmesi, ancak yeni olay veya delillerin ortaya çıkmasına (StPO § 211) bağlıdır¹⁴³⁶.

Güvenlik tedbiri muhakemesinin duruşma devresi, duruşma gününün belirlenmesinden başlayarak ceza muhakemesinin duruşmaya ilişkin genel hükümleri

¹⁴³² *Jugendschöffengericht*, çocuklar ve ergenler tarafından işlenen suçlara bakmakla görevli olan çocuk mahkemesidir. Bu mahkeme, başkan sıfatıyla profesyonel bir yargıçtan ve iki jüri üyesinden oluşur. Kovuşturmada bir erkek ve bir kadın olarak görev alan jüri üyeleri, duruşma dışındaki kararlara katılamazlar (JGG § 33a).

¹⁴³³ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 3; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 16; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 16.

¹⁴³⁴ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 20; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 2; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 1; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 1.

¹⁴³⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 21.

¹⁴³⁶ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 21.

(StPO §§ 213 vd.) ile tedbir muhakemesinde duruşmaya ilişkin özel düzenleme (StPO § 415) uygulanarak yürütülür. Tedbir muhakemesinin şartlarından biri duruşma ehliyetine sahip olmamak olduğundan (StPO § 413), kanundaki duruşma ehliyetine ilişkin hükümler ve muhakeme engeli sayılarak verilen düşme kararı (StPO §§ 206a, 260/3) ile kusurun derecesine bağlı kılınan düşme kararları (StPO §§ 153, 153a) tedbir muhakemesinde uygulanmaz. Buna karşılık önemsiz tedbirlerde kovuşturmanın başlatılmamasına veya geçici olarak durdurulmasına ilişkin düzenlemelerin (StPO 154) ve kovuşturmanın sınırlandırılmasına dair hükümlerin (StPO 154a) tedbir muhakemesinde de geçerli olduğu söylenmektedir¹⁴³⁷.

3.2.2.4. Duruşmanın Genel İşleyişi

3.2.2.4.1. Duruşma Açma Zorunluluğu

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi, kural olarak bir duruşma (*Hauptverhandlung*) açılmasını ve duruşma sonunda bir karara varılmasını gerektirir. Bunun tek istisnası kanunda aksi yönde açık hüküm bulunması halidir¹⁴³⁸. Duruşma açılması zorunluluğunda olduğu gibi sanığın açılan duruşmada hazır bulunması da bir diğer kuraldır. Bu kuralın istisnasının kanunda açıkça gösterilmesi gerekir. Alman hukukunda kanun koyucu bu tür bir özel düzenlemeye yer vermiştir. Mahkeme, sanık hazır bulunmaksızın muhakemeyi devam ettirmek istiyorsa, sanık hazır olmaksızın duruşmanın yürütülmesinin şartlarının bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sanığın yalnızca aklî durumuna dayanan duruşma ehliyetsizliği, onun duruşmadan bağışık tutulması için başlı başına bir neden teşkil etmez¹⁴³⁹.

Sanığın yokluğunda duruşmanın yürütülmesi yalnızca iki nedene dayanabilir. Bunlardan ilki, sanığın duruşmada bulunmasının kendi kişisel durumundan dolayı imkânsız olması; ikincisi ise duruşmada bulunmasının kamu güvenliği veya kamu düzeni açısından uygun olmamasıdır (StPO § 415). İlk nedene, sanığın mahkeme

¹⁴³⁷ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 9; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 1, 4; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 17.

¹⁴³⁸ Alman hukukunda bu tür bir istisnaya sürücü belgesinin iptali tedbiri açısından yer verilmiştir. Eğer uygulanma süresi iki yılı aşmıyorsa, bu tedbire ceza kararnamesi (*Strafbefehl*) yoluyla karar verilebileceği kabul edilmiştir (StPO § 407/2-b.2). Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 82; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 109.

¹⁴³⁹ MAUR, Lothar, “StPO § 415 [Hauptverhandlung ohne Beschuldigten]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 4, 5.

huzurunda bulunmasının onun acılarının artmasına veya hastalığının kötüleşmesine neden olması veya kendisine zarar verme tehlikesinin bulunması gibi haller örnek verilmektedir. Sanığın nöbet geçirmesi, kendinden geçmesi ya da başkalarına yönelik fiziksel saldırılarda bulunması tehlikesinin olması yahut mahkemeye nakil esnasında ya da duruşma devam ederken kaçma girişiminde bulunacağından endişe edilmesi gibi haller ise ikinci nedene örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁴⁰.

Sanık hazır bulunmaksızın güvenlik tedbiri muhakemesinin ilerleyebilmesi için sanığın duruşmadan önce –“istinabe olunan hâkim (*ersuchter Richter*)” tarafından değil- bir naip hâkim (*beauftragter Richter*) tarafından, mahkemece görevlendirilen bilirkişi hazır bulunduğu halde dinlenmesi gerekir. Bu ön dinleme, ceza muhakemesinde sanığın duruşmadan bağışık tutulduğu hallerin tedbir muhakemesindeki karşılığını oluşturur ve sanığa hukuki dinlenme (*rechtliches Gehör*) hakkı sağlar¹⁴⁴¹. Sorgunun yeri ve zamanı, savcılığa, sanığa, müdafie ve yasal temsilciye haber verilir. Bununla birlikte sorgu esnasında savcının, müdafinin ve yasal temsilcinin hazır bulunması mecburi değildir (StPO § 415/2). Kural olarak belirlenen yer ve zamanda sanık dinlenir. Sorgunun yapılması sanığın içinde bulunduğu durum dolayısıyla bir anlam ifade etmeyecekse, bu usulün iptal edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte sanığın sorgusundan bütünüyle vazgeçmek mümkün değildir¹⁴⁴².

3.2.2.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğü

Mahkemenin, aydınlatma yükümlülüğü (*Aufklärungspflicht*) çerçevesinde, ceza muhakemesinde ortaya konulan delillerin kapsamını, hüküm bakımından önemli gördüğü tüm olgu ve delilleri kapsayacak biçimde genişletme yetkisi vardır (StPO § 244/2). Bu yetki, tedbir muhakemesinde de aynen geçerlidir. Mahkeme, olayı aydınlatmak amacıyla, önceden bilirkişi tayin etmiş olsa bile, sanığın kuruma yerleştirilmesinden önce ona bir yasal temsilci (*Betreuer*) atayabilir. Yasal temsilcinin bilgilerinden, onun sanıkla olan deneyimlerine de dayanılarak, alternatif tedbirlerin yeterli olup olmayacağı hususunda veya hastalığın seyri ile onun toplumsal etkileri ve konuyla alakalı diğer bilgiler noktasında faydalanılabilir¹⁴⁴³.

¹⁴⁴⁰ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 415, Rn. 4, 5; TEMMING, Dieter, “StPO § 415 Hauptverhandlung ohne Beschuldigten”, BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 31. Edition, München, 2018, Rn. 1.

¹⁴⁴¹ TEMMING, Dieter, BeckOK-StPO, § 415, Rn. 2.

¹⁴⁴² TEMMING, Dieter, BeckOK-StPO, § 415, Rn. 2. Krşl. MAUR, KarlsruherK-StPO, § 415, Rn. 6.

¹⁴⁴³ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 3.

3.2.2.4.3. Derdestlik Denetimi

Aynı suç için eş zamanlı olarak hem iddianamenin hem de tedbir talepnamesinin düzenlenmesi ve mahkemeye sunulması mümkün değildir. Hâlihazırda görülmekte olan bir tedbir muhakemesi, aynı fiil nedeniyle başlatılacak bir ceza muhakemesini engeller. Aynı yasak, derdest bir ceza muhakemesindeki fiil dolayısıyla tedbir muhakemesinin başlatılması bakımından da geçerlidir. Yani iddianame kabul edilip ceza davası başladıktan sonra aynı fiil için bir de tedbir başvurusunda bulunulması, ceza davasının derdestliğine (*Rechtshängigkeit*) aykırıdır¹⁴⁴⁴. Kovuşturma evresinde hem ceza hem de tedbir muhakemesinin derdest olduğu anlaşılırsa, tedbir muhakemesi hakkında düşme kararı (StPO § 414/1, § 206a) verilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁵.

3.2.2.4.4. Muhakemeler Arasında Bağlantı ve Davaların Birleştirilmesi

Kovuşturma aşamasında ceza davaları arasında bağlantı (*Verbindung*) bulunursa, mahkeme, davaların birleştirilmesine (*Kombination*) karar verebilir (StPO § 4; CMK m. 10). Burada akla gelen soru, mahkemenin ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesini birleştirip birleştiremeyeceğidir. Alman hukukunda her iki muhakemenin “aynı fail” tarafından işlenen “aynı fiil” nedeniyle açılması halinde davaların birleştirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak, kanunun bağlantılı davalara sebep olan işleri, “bağlantılı cezai konular” olarak algılaması ve failin işlediği birden fazla suçun yargılamanın konusunu oluşturması gösterilmektedir. Oysa bağımsız tedbir muhakemesinin konusu “cezai” olmadığı gibi, sübjektif ceza muhakemesi ile objektif tedbir muhakemesi birbirinden farklı nitelikte usul yöntemleri olarak öngörülmüştür¹⁴⁴⁶. Fiilin aynılığı fakat muhakemelerin farklılığı halinde, bu durumun bir muhakeme engeli olarak kabul edilmesi ve tedbir muhakemesinde davanın düşmesi yönünde bir ara karar verilmesi (StPO § 414/1, § 126a) gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁴ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 12; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 6.

¹⁴⁴⁵ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 6.

¹⁴⁴⁶ SCHEUTEN, Frauke-Katrin, “StPO § 4 [Verbindung rechtshängiger Sachen]”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 4; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 6; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 29; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 12; BGH, “Zeitpunkt der Antragstellung auf Durchführung des Sicherungsverfahrens”, NJW, (48), 2001, s. 3561.

¹⁴⁴⁷ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 12. “Bu tür durumlarda –zaman bakımından- ilk davanın derdestliği, ikincisi için bir muhakeme engelidir. Bu (ikinci muhakeme) esasen hiç açılmamalı; buna rağmen yine de açılmış olursa düşme kararı verilmelidir” (BGH, “Verbindung von Strafverfahren und Sicherungsverfahren”, NJW, (37), 1968, s. 1730).

O halde fiil aynı ve mahkemeler farklı ise bunun bağlantı kurumundan hareketle aslında bir derdestlik sorunu olarak ele alındığı görülmektedir.

Öte yandan ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesinin fiilin özdeşliğindeki (*Tatidentität*) eksiklik halinde yani birden çok suçun işlenmesi durumunda hüküm bakımından (StPO § 264) birleştirilebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁴⁸. Öğretide bir görüşe göre, böyle bir birleştirmede hüküm fıkrasında her iki eylem bakımından örneğin beraat ve güvenlik tedbiri yahut mahkûmiyet ve davanın reddi gibi ayrı birer kararın verilmesi gerekir¹⁴⁴⁹. Fakat yine kabul edildiği üzere bu durum birleştirilen davaların tek bir muhakeme olduğu gerçeğini değiştirmez. Nitekim davalar arasında bağlantı bulunmasının hukuki sonucu, bunların muhakemelerin birinde birleştirilmesidir¹⁴⁵⁰.

3.2.2.4.5. Delillerin Değerlendirilmesi

3.2.2.4.5.1. Hâkimin Mevcut Davadaki Delillerle Sınırlı Olması

Güvenlik tedbirleri muhakemesinde mahkeme, yalnızca kovuşturma evresinde mevcut bulunan delillerle sınırlı olarak bir değerlendirme yapmalıdır. Kanun yolu incelemesinde tedbirin mevcut uygulanma şartlarının sonradan ortadan kalkmasına ilişkin olasılık hesaplamasının mahkeme tarafından dikkate alınmış olması şartı aranmamaktadır¹⁴⁵¹.

3.2.2.4.5.2. İfade ve Sorgu Beyanlarının Delil Niteliği

Güvenlik tedbirleri muhakemesinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kusur yeteneğinden yoksun olan şüpheli veya sanığın beyanlarının muhakemede kullanılmasına ve değerlendirilmesine izin verilmektedir¹⁴⁵². Bu durum her şeyden önce “delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (*Grundsatz der freien Beweiswürdigung*)” doğrultusunda ortaya çıkan doğal bir neticedir. Nitekim akıl hastası bir kimsenin de -her ne kadar duruşmanın ağır işlemlerini takip etmesi çoğu kez mümkün olmasa bile-

¹⁴⁴⁸ SCHEUTEN, KarlsruherK-StPO, § 4, Rn. 4; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 7; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 25; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 13.

¹⁴⁴⁹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 25. Aynı yönde bkz. MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 13; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 29.

¹⁴⁵⁰ SCHEUTEN, KarlsruherK-StPO, § 4, Rn. 11; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 7.

¹⁴⁵¹ Bkz. BGH, “Sicherungsverwahrung”, NJW, (22), 1954, s. 846.

¹⁴⁵² BGH, “Urteil vom 1. 4. 1952 - 2 StR 754/51 (LG Oldenburg)”, NJW, (17), 1952, s. 673 (ss. 673-674).

tanıklık yapabilecek durumda olması, kendisiyle ilgili temel yaşamsal süreçleri kavrayabilmesi ve ifade edebilmesi ya da birtakım basit sorulara yanıt verebilmesi olanak dâhilindedir¹⁴⁵³.

3.2.2.4.5.3. In Dubio Pro Libertate / In Dubio Pro Reo İlkesi

Şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*) ilkesi, ceza muhakemesi hukukunun temel anayasal prensiplerinden biridir. Bir anayasal prensip olması nedeniyle yasa koyucunun ceza kanunlarını ihdas ederken bu ilkeyi zedeleyecek düzenlemelerden kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku açısından bu ilkeye istisna tanınması mümkün değildir. Esasen cezalar bakımından kusur ilkesine ve masumiyet karinesine dayanmakla birlikte, *in dubio pro reo* ilkesi, aynı zamanda tehlike esasına dayanan güvenlik tedbirleri için de uygulama alanı bulur.

Güvenlik tedbirlerinin kimi uygulamaları nedeniyle, politik-filozofik bir prensip olan “*in dubio pro libertate* (şüpheden özgürlük yararlanır)” ilkesinin popülist-pragmatik bir prensip olan “*in dubio pro securitate* (şüpheden güvenlik yararlanır)” ilkesi tarafından kuşatıldığı ve engellendiği ifade edilmekte; güvenliğin özgürlüğe olan önceliği yasalarla hukuki bir biçime sokulsa bile bu durumun temel özgürlük hakkıyla bağdaşmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁵⁴. Nitekim prognostik bir faaliyet esnasında bu iki ilkenin bağdaştırılması son derece güçtür. Tedbir muhakemesinde şüpheden ya özgürlük ya güvenlik yararlanacaktır. Mahkemenin kuşku halinde bunlardan birini öncelemesi şarttır. Modern ceza hukukunu Ortaçağ ceza hukukundan ayıran esaslardan biri, özgürlüğün güvenliğe terk edilmemesi; kimsenin sadece şüphe üzerine özgürlüğünden veya diğer hak ve menfaatlerinden alıkonulamamasıdır.

Muhakeme hukuku açısından tehlike kavramı, bir yandan suçlunun gelecekteki tehlikeliliği bakımından şüphe olduğu durumlarda mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiği sorununu ortaya çıkarabilir. Öğretide bu sorun, delillerin serbestçe değerlendirilmesi konusundaki genel prensibe ve bunun uzantısı olarak *in dubio pro reo* ilkesine atıfla açıklanmaktadır¹⁴⁵⁵. Dolayısıyla buradaki şüphenin kanaate çevrilmesi

¹⁴⁵³ BGH, “Urteil vom 1. 4. 1952 - 2 StR 754/51 (LG Oldenburg)”, NJW, (17), 1952, s. 673-674.

¹⁴⁵⁴ BRAUM, Stefan, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperren ohne tragfähige Legitimation”, ZRP, (4), 2004, s. 107; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 36; KINDHÄUSER, LPK-STGB, § 61, s. 2205, Rn. 36.

¹⁴⁵⁵ Bkz. KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 15; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 60. Alman hukukunda bu prensibe “Delillerin serbestçe değerlendirilmesi” başlığı altında, mahkemenin, ortaya konulmuş olan delillerin sonuçları hakkında duruşmanın bütününden oluşan özgür kanaatine göre karar vereceği (StPO § 261) yönündeki düzenlemeyle yer verilmiştir. Türk hukukunda ise CMK m. 217’de “Delilleri takdir yetkisi” başlığı altında kamu davasının yürütülmesine ilişkin genel

bakımından hâkimin her türlü delilden, bunların hukuka uygun olması ve bunlara yargı merciince doğrudan vâkıf olunması kaydıyla, faydalanabileceği ve vicdani kanaatine göre karar vereceği söylenebilir.

Bununla birlikte güvenlik tedbirlerine karar verirken, mahkemenin, tedbirin uygulanma koşullarının gerçekten bulunduğuna tümüyle ikna olması gerekir. Bir diğer deyişle, söz konusu şartların sadece muhtemel olduğunun düşünülmesi, ulaşılabilecek hükmün hukukiliği bakımından yeterli değildir. Şayet failin tehlikeli olup olmadığı yahut onun kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığı¹⁴⁵⁶ noktasında kanaate çeviremediği şüpheleri var olmaya devam etmekte ise, bu halde mahkeme, *in dubio pro reo* ilkesini hayata geçirmek ve güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmetmekten imtina etmek mecburiyetindedir¹⁴⁵⁷. Özetle, “Şüphe sanık lehine yorumlanır” prensibi, tedbir muhakemesinde de mahkemenin delil değerlendirme sürecinde dikkate almasının zorunlu olduğu bir ilkedir¹⁴⁵⁸. Alman Federal Yargıtayı da konuyla doğrudan ilgili olan eski tarihli bir kararında, tedbir muhakemesinin sonucunun ceza muhakemesindeki ilkelerle benzeştiğini vurgulayarak, suç konusunda veya (o zamanki adıyla) isnat yeteneğinin yokluğu (*Zurechnungsunfähigkeit*) konusunda yaşanacak tereddütün kuruma yerleştirme tedbiri için yapılacak başvurunun reddiyle sonuçlanacağını kabul etmiştir¹⁴⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, öğretide, uygulanmasına karar verilen bir güvenlik tedbirinin infazının ertelenmesine veya sona erdirilmesine yönelik bir karar alınırken geleneksel anlamıyla *in dubio pro reo* ilkesinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bunun nedeni, kanunların güvenlik tedbirlerinin ertelenmesine ve iptaline yer veren maddelerinden anlaşılabılır. Nitekim söz konusu maddelerin lafzı ve amacı dikkate

prensip, şu cümlelerle ortaya konulmuştur: “(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. (2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir”.

¹⁴⁵⁶ Bu duruma örnek olarak öğretide gönüllü vazgeçme gösterilmektedir. Bkz. MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 19. Her ne kadar suçtan vazgeçmeyi düzenleyen kanun maddesinde (StGB § 24) gönüllü vazgeçen failin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı (“*wird nicht bestraft*”) kaleme alınmış olsa da Alman Federal Yargıtayı, bu düzenlemenin aynı zamanda güvenlik tedbirinin de uygulanamayacağı yönünde yorumlanması gerektiği düşüncesindedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, gönüllü vazgeçme kovuşturma makamlarını yalnızca ceza muhakemesi yoluyla suçluya müdahale etmekten alıkoymaz. Aksine bu durum, hukuka aykırı harekete karşı ceza hukukunun tepkisini tamamen ötelere ve bu nedenle güvenlik tedbiri muhakemesini de dışlar. Bkz. BGH, “Voraussetzung für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, NJW, (24), 1983, s. 1385 (ss. 1385-1386).

¹⁴⁵⁷ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 16; HEGER, Lackner/Kühl-StGB, § 61, Rn. 4; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 27; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 19. Mahkemenin mahkûmiyet için gereken kesinlik ile kanaat getirmediği müddetçe muhafaza altına alma tedbirine karar vermekten kaçınması gerektiği yönünde bir karar için bkz. BGH, “Sicherungsverwahrung”, NJW, (22), 1954, s. 846.

¹⁴⁵⁸ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8.

¹⁴⁵⁹ BGH, “Sicherungsverfahren und Führerscheinentzug”, NJW, (27), 1959, s. 1186 (ss. 1185-1187).

alındığında, mahkemenin, karardaki tehlikelilik değerlendirmesinde yer verilen tehlikeli halin ortadan kalktığına, önemli ölçüde azaldığına veya diğer tedbirler vasıtasıyla dengelendiğine ikna olması halinde erteleme veya son verme kararı verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kanaate ulaşılmadığında ise erteleme ve son verme mümkün değildir¹⁴⁶⁰. Görüldüğü gibi, tedbirin devamı süresince tehlikeli halin kalkıp kalkmadığına yönelik şüphe halinde bundan sanık yararlanamamaktadır. Diğer deyişle, mahkemenin karar aşamasında tehlikeli olduğuna kanaat getirdiği kişinin infaz aşamasında toplum içine karışmasına karar verilebilmesi, bu kez “tehlikenin sona erdiğine kanaat getirilmesi” halinde mümkündür.

3.2.2.4.5.4. Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi (*Unschuldsvermutung*), suçluluğu mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağını öngören temel muhakeme prensibidir. Bu prensip hem anayasada hem de uluslararası sözleşmelerde (AİHS m. 6/2) yer almaktadır. Modern ceza muhakemesinin vazgeçilmez prensibi olan masumiyet karinesi, tedbir muhakemesinde de aynen geçerlidir¹⁴⁶¹. Bu ilke doğrultusunda, tedbir muhakemesinde sebep fiilin işlenip işlenmediği veya işlenen sebep fiilin yargılanan fail tarafından işlenip işlenmediği belirsiz veya şüpheli görünmekte ise, fail sosyal açıdan tehlikeli olsa bile güvenlik tedbirine hükmolunmaması gerekir. Bu bakımdan suçsuzluk karinesi ile *in dubio pro reo* ilkesi, ceza muhakemesinde olduğu gibi tedbir muhakemesinde de birbirinin tamamlayıcısı olmaktadır.

3.2.2.4.6. Aleniyet

Alman hukukunda ceza muhakemesi¹⁴⁶² ve tedbir muhakemesi açısından kural olarak “aleniyet (kamuya açıklık) (*Öffentlichkeit*) ilkesi” geçerlidir. Bununla birlikte aleniyet ilkesinin tedbir muhakemesinde sınırlandırıldığı durumlar, Adli Teşkilat Kanunu’nun kuruma yerleştirme davalarında aleniyetin dışlanması başlıklı maddesinde

¹⁴⁶⁰ HEGER, Lackner/Kühl-StGB, § 61, Rn. 5; KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 17.

¹⁴⁶¹ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8.

¹⁴⁶² “Ceza muhakemesi” kavramı yerine, bazı yazarlarca, bunun tedbir muhakemesinden farkını ortaya koymak için kimi zaman “olağan muhakeme (*Normalverfahren*)” veya “olağan ceza muhakemesi (*normales Strafverfahren*)” kavramı da kullanılmaktadır. Örneğin bkz. METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 3, 4-5 vd.; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 82; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 109. Bazı yazarlar ise bu farkı, ceza muhakemesini “asıl ceza muhakemesi” olarak adlandırmak suretiyle vurgulamaktadır. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1560.

(GVG § 171a) açıkça gösterilmiştir. Buna göre şayet muhakeme sonucunda sanığın tek başına veya ceza ile birlikte bir psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirilmesi söz konusu ise davanın tamamı yahut bir kısmı açısından kamuya açıklık ilkesinin hariç tutulması mümkündür¹⁴⁶³. Bu iki halde, duruşmanın aleni olması ilkesinin istisnası olan “kapalılık kararı”nın, mecburi olarak değil, mahkemenin takdirine göre ihtiyari olarak verileceği anlaşılmaktadır.

3.2.2.4.7. Zorunlu Müdafilik

Alman hukukunda, bağımsız tedbir muhakemesinde zorunlu müdafilik (*notwendige Verteidigung*) kurumuna yer verildiği görülmektedir. Nitekim Adli Teşkilat Kanunu (GVG § 24/1-2, 24/2) gereğince psikiyatri kliniğine yerleştirme (StGB § 63) veya muhafaza altına alma (StGB § 66) tedbirlerine ilişkin yargılamada müdafinin hazır bulunması mecburidir. Keza Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince de muhakeme bir meslekten yasaklanmaya yol açabilecekse (StPO § 140/1-b.3) yahut güvenlik tedbirleri muhakemesi niteliğindeyse (StPO § 140/1-b.7) ya da koruma tedbiri olarak geçici gözlem altına almaya (StPO § 126a) veya güvenlik tedbiri olarak muhafaza altında tutulmaya (StPO § 275a/5) ilişkin karar infaz edilmekte ise (StPO § 140/1-b.4) sanığın en az bir müdafinin bulunması zorunludur¹⁴⁶⁴.

Ayrıca güvenlik tedbirleri muhakemesi bakımından söz konusu hallerden birine girmemekle birlikte, suçun ağırlığı ya da olayın veya yasal durumun zorluğu nedeniyle lüzumlu görülmesi halinde de (StPO § 140/2) mahkeme başkanının talep üzerine veya re’sen müdafii tayin etmesi gerekmektedir. Örneğin hekim bilirkişinin sanığın psikiyatri kliniğine yerleştirilmesi veya muhafaza altına alınması ihtimalleri doğduğunda duruşmada mütalaasını açıkladığı esnada (StPO § 246a) böyle bir gerekliliğin ortaya çıktığı söylenebilir¹⁴⁶⁵. Bunun dışında duruşmada hüküm verildikten sonra alınacak bazı kararlarda yani güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin işlemlerde de aynı hükmün dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir. Hükümlünün şahsına ilişkin özellikler veya tanı ya da teşhis konularında birtakım güçlüklerin ortaya çıkması buna örnek gösterilebilir. Keza psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin infazının devam edip

¹⁴⁶³ Bkz. METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 30; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 3; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 2. Türk hukukunda sanığın akıl hastası olması bir kapalılık sebebi değildir. Öğretide bu konuda özel hükümler ihdas edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 288.

¹⁴⁶⁴ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 19; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 113.

¹⁴⁶⁵ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 20; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 114.

etmeyeceğine ilişkin incelemede de müdafî atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶⁶.

3.2.2.4.8. Davaya Katılma

Alman hukukunda tedbir muhakemesine ilişkin yargılamada katılma (*Nebenklage*) kurumunun kabulünün olanaklı olduğu konusunda gerek öğretide gerek yargı içtihatlarında geniş ölçüde mutabakat vardır¹⁴⁶⁷. Uygulamada Federal Mahkeme, 2002 yılında verdiği bir kararla¹⁴⁶⁸, kanunlarda özellikle mağdurun korunmasına yönelik yapılan değişikliklerden hareketle, aksi yöndeki önceki içtihadından¹⁴⁶⁹ dönerek, ceza muhakemesine geçiş olmasa bile, bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesinde katılmanın mümkün olduğunu kabul etmiştir¹⁴⁷⁰.

Tedbir muhakemesine katılma, kural olarak kovuşturma evresinde mahkemeden talep edilir. Soruşturma evresinde yapılan başvuru, kamu davasının açılması ile birlikte geçerli olur (StPO § 396/1)¹⁴⁷¹. Alman Federal Yargıtayı, güvenlik tedbirine hükmolunmaması yönündeki kararın katılan tarafından temyiz aşamasında ileri sürebileceğine; buna karşılık, kanun hükmünden hareketle (StPO § 400/1) mahkeme tarafından bir güvenlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi halinde bir başka tedbire hükmolunması gerektiğinden bahisle bu hakkın kullanılamayacağına karar vermiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre, kanun yolunun amacı ilk karardan başka bir hukuki sonuca karar verilmesi yani hukuki sonucun türünün değiştirilmesi değildir¹⁴⁷².

Tedbir muhakemesinde katılma müessesesinin kabul edilmesinin birtakım avantajları olduğu kabul edilmektedir. Bir defa katılma bu tür yargılamada zararı ortaya çıkmadan önce mağdurun korunmasına hizmet eder. Nitekim katılan olmaksızın sanığın çürütülemeyen ifadeleri doğrultusunda muhakemede eylemin sorumluluğunun failden

¹⁴⁶⁶ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 20. Ayrıca bkz. SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 116.

¹⁴⁶⁷ Bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 4; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 36; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 4. Aksi yönde bkz. ZAFER, "Emniyet Tedbiri Muhakemesi", s. 288.

¹⁴⁶⁸ BGH, "Nebenklage im Sicherungsverfahren", NJW, (9), 2002, ss. 692-693.

¹⁴⁶⁹ BGH, "Unzulässigkeit der Nebenklage im Sicherungsverfahren", NJW, (49), 1974, s. 2244.

¹⁴⁷⁰ Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda cezaya eklenen muhafaza altına alma tedbiri, bağımsız tedbir muhakemesinin kapsamında yer almadığı ve aynı zamanda katılmaya ilişkin kanundaki yasal koşulları sağlamadığı gerekçesiyle uygulamada katılma kurumunun dışında tutulmaktadır. Bkz. OLG Brandenburg, "Nebenklage im Verfahren über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung", NStZ, (3), s. 183.

¹⁴⁷¹ Bkz. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 4.

¹⁴⁷² BGH, "Rechtsmittel des Nebenklägers; Gefährlichkeit für die Allgemeinheit", NStZ, (12), 1995, s. 610 (ss. 609-610).

mağdura kaydırılması ihtimali oluşabilir¹⁴⁷³. Ayrıca mağdurun gerçek suçluların ortaya çıkmasında kişisel menfaati bulunmaktadır. Çünkü sadece gerçek tehlikeli suçlu tarafından yenilenmesi muhtemel saldırılara karşı bir güvenlik tedbirinin uygulanması, mağdur açısından etkili bir koruma sağlar¹⁴⁷⁴.

Bununla birlikte öğretilde azınlık görüşünü temsil eden *Pfeiffer*, tedbir muhakemesinde katılmanın olanaklı olmadığını düşünmektedir. Yazara göre, katılma ve güvenlik tedbiri muhakemesi farklı hukuki karakterlere sahiptir¹⁴⁷⁵.

Belirtelim ki, Alman hukukunda yetişkinlere karşı yürütülen tedbir muhakemesi ile çocuklara karşı yürütülen tedbir muhakemesi arasında katılma bakımından bir fark vardır. CMK'nın (StPO § 395/1) aksine Çocuk Mahkemesi Kanunu'nda (JGG § 80/3) yalnızca “kamu davası (*öffentliche Klage*)” tabirine ve dolayısıyla ceza muhakemesine yer verilmiş, buna karşılık güvenlik tedbiri muhakemesinden bahsedilmemiştir. Bu nedenle *Maur*'a göre, çocuklara özgü güvenlik tedbiri yargılamasında katılmanın mümkün olmadığı kabul edilmelidir¹⁴⁷⁶.

3.2.2.4.9. Şahsi Dava

Kural olarak, kanunilik ve mecburilik ilkeleri gereğince kamu davasını açma yetkisi ve görevi savcıya ait olmakla birlikte, kanunda açıkça öngörülen nispeten hafif suçlarda, zarar görenin ve şikayet hakkına sahip olan kimsenin bizzat dava açarak davasını takip etmesine olanak tanınmıştır (StPO §§ 374 ff). Savcının müdahalesine ihtiyaç duymayan bu davaya “şahsi dava (*Privatklage*)” adı verilmektedir¹⁴⁷⁷.

Tedbir muhakemesinin şahsi dava olarak açılması mümkün değildir (StPO § 384/1-c.2). Nitekim kanun gereği ancak savcılık tarafından tedbir başvurusunda bulunulabilir¹⁴⁷⁸. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda ceza muhakemesi ile tedbir muhakemesi, şahsi dava olarak açılıp açılmama yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Ceza muhakemesinde kanunda öngörülen bazı suç tipleri için zarar görenin savcılığa başvurma ihtiyacı yokken; tedbir muhakemesinde her halde savcı talepname ve takip görevleri ile davanın içindedir. Bu durumda mağdur veya suçtan zarar görenin tehlikeli

¹⁴⁷³ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 36.

¹⁴⁷⁴ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 36.

¹⁴⁷⁵ PFEIFFER, “Nebenklage und Sicherungsverfahren”, *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 2001, s. 705 vd. (ss. 705-714) (METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 38)

¹⁴⁷⁶ MAUR, *KarlsruherK-StPO*, § 414, Rn. 4.

¹⁴⁷⁷ Bkz. SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Torsten, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, § 42, s. 258, kn. 342.

¹⁴⁷⁸ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 39. Aynı yönde bkz. MAUR, *KarlsruherK-StPO*, § 414, Rn. 4a; HANACK, *LK-StGB*, Vor §§ 61 ff, Rn. 82; SCHÖCH, *LK-StGB*, Vor §§ 61 ff, Rn. 109.

fail hakkında tedbir muhakemesinin başlatılmasındaki rolü, kanunen yetkili merciye şikâyet veya ihbar yoluyla sebep suçu bildirmekten ibarettir.

3.2.2.4.10. Kişisel Hak Davası (Bitişik/Ek Dava)

Alman hukukunda, ceza yaptırımı ile tazminat yaptırımına farklı mahkemelerde (ceza-hukuk mahkemeleri) karar verilmesi yönündeki ayrım ortadan kaldırılarak, bir suç nedeniyle zarar görmüş olan kişilerin bu zararlarının tazminini ceza mahkemesinde açacakları bir ek dava ile ileri sürebilmeleri mümkün hale getirilmiştir. Diğer deyişle, suçtan zarar gören veya mirasçısının, suçtan doğan fakat hakkında özel hukuk davası açılmamış olan talep haklarını sanığa karşı ceza muhakemesinde ileri sürebilmelerine olanak tanınmıştır (StPO §§ 403 ff.). İşte öğretide “şahsi hak davası (*Adhäsionsverfahren/Adhäsionsprozess*)” olarak adlandırılan ve ceza muhakemesinde suç mağduruna tazminat ödenmesini öngören bu prosedürün de güvenlik tedbiri muhakemesinde uygulanabilir olmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁷⁹.

3.2.2.5. Bilirkişi İncelemesi

3.2.2.5.1. Genel Olarak

Tedbir muhakemesi bakımından bilirkişi (*Sachverständiger*) yalnız kovuşturma evresinde değil soruşturma evresinde de görev alır. Nitekim duruşmada sunulmak üzere bilimsel rapor hazırlamak görevinin bilirkişiye tedbir muhakemesinin soruşturma evresinde verilmesi zaruretinin açık kanuni dayanağı bulunmaktadır (StPO § 414/3, § 80a, CMK m. 63/3). Dolayısıyla mahkemenin, güvenlik tedbirine karar vermeden önce tehlikeli halin tespiti bakımından bilirkişiye başvurduğu hallerde, bu bilirkişiye esas duruşmadan önce araştırma yapma konusunda gerekli olanağı tanımak zorunda olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸⁰. Aynı şekilde Alman hukukunda hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri ile ilgili olan tedbir muhakemesinin sonunda mahkeme, failin tehlikelilik tahminine ilişkin kararını yeterince gerçek vakıalara dayandırmak mecburiyetindedir.

¹⁴⁷⁹ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 40; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 5; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 4a. Şahsi hak davası hakkında bkz. SCHROEDER/VERREL, § 41, s. 257, kn. 340-341.

¹⁴⁸⁰ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 32; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 9; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 44. Bkz. BGH, “Untersuchung vor der Hauptverhandlung bei Unterbringung”, NStZ, (7), 2002, s. 384.

Bunun yapılabilmesi için ise kovuşturma evresinde hâkim tarafından sanığın durumu ve tedavi olanakları bakımından bir bilirkişiye danışılması yasal olarak şart koşulmuştur (StPO § 415/5, § 246a)¹⁴⁸¹. Tayin edilen bilirkişinin duruşmada hazır bulunma hakkı (*Angewesenheitsrecht*) ile soru sorma hakkı (*Fragerecht*) bulunmaktadır (StPO § 80/2, § 415/5)¹⁴⁸².

3.2.2.5.2. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirlerde İnceleme

Bilirkişi tayini, psikiyatri kliniğine yerleştirme veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme ya da muhafaza altına alma tedbirleri için zorunlu kılınmıştır. Yasa koyucu hürriyeti kısıtlayan güvenlik tedbirlerinde failin tehlikeli olup olmadığı değerlendirmesini (tehlike tahminini) hâkime bırakmamış, bu konuda alanında uzman olan kişinin teknik bilgisini mecburi kılmıştır. O halde hürriyeti tahdit eden güvenlik tedbirlerine karar verilmeden önce en az bir bilirkişinin görevlendirilmesi şarttır. Mahkemenin bu konudaki uzmanlığı, bilirkişi incelemesinin yerini alamaz. Bununla birlikte mahkemenin olayı aydınlatma yükümlülüğü, araştırmanın kapsamının genişletilmesini olanaklı kılmaktadır¹⁴⁸³.

Tehlike tespitinin yapılması amacıyla uzman görevini üstlenecek bilirkişinin hekim olması zorunlu değildir. Bilirkişi, psikiyatrist yani hekim olabileceği gibi, onun psikolog, kriminolog ve sosyal pedagoglar arasından seçilmesi de mümkündür¹⁴⁸⁴. Bununla birlikte psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanacaksa tayin edilen bilirkişilerden birinin psikiyatrist olmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁸⁵. Bilirkişinin seçilmesi ve görevlendirilmesi mahkemenin sorumluluğundadır. Tedbir muhakemesinde bilirkişi olarak psikiyatraya danışılmadığı durumlar son derece azdır. Buna ek olarak mahkemenin sanığın ifadelerinin güvenilir olup olmadığını

¹⁴⁸¹ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 15; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 85; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 117. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2004 yılında verdiği kararla bu konudaki metodolojik-psikiyatrik ilkeler ve değerlendirme standartlarını belirlemiştir. Bkz. KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 21.

¹⁴⁸² METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 46. Bilirkişinin yanı sıra kusur yeteneğinden yoksun olan sanığa atanacak müdafinin kendi seçtiği uzmanın yardımından da yararlanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 289.

¹⁴⁸³ PFEIFFER, Gerd, “StPO § 246a [Ärztlicher Sachverständiger]”, StPO: Strafprozessordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005, Rn. 1.

¹⁴⁸⁴ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 32; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 85; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 117.

¹⁴⁸⁵ MÜLLER-DIETZ, Heinz, “Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB”, NStZ, (5), 1983, s. 204; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 117.

değerlendirmek üzere bir psikolog ataması örneğinde olduğu gibi birden fazla bilirkişi görevlendirmesi de mümkündür¹⁴⁸⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, güvenlik tedbirine hükmolunmadan önce yapılacak bilirkişi incelemesi, tehlikeli hali tespit edilmeye çalışılan failin işlediği suç vesilesiyle uygulanması düşünülen tedbir ile ilgili, diğer deyişle “tedbire özgü (*maßnahmespezifisch*)” olmalıdır. Aksine, failin genel bir psikiyatrik muayeneden geçirilmesi, tehlikeliliğin tespiti ve haliyle tedbirin uygulanması bakımından yeterli değildir¹⁴⁸⁷.

Bilirkişi incelemesi yapılmadan hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirine karar verilmesi bir bozma sebebidir. Bu durum aynı zamanda hâkimin delilleri toplama görevinin de yasal bir neticesidir. Şayet ileride hürriyeti kısıtlayıcı bir tedbirin uygulanması ihtimali varsa, tedbir uygulanacak kişiye ilişkin bilirkişi incelemesinin soruşturma evresinde de savcı tarafından yaptırılması gerekir. Aksi halde yine bir bozma sebebinden söz edilebilir¹⁴⁸⁸. Bununla birlikte hâkimin bilirkişi görüşünü hiç incelemeksizin hükümde kullanması da mümkün olmamalıdır. Ceza muhakemesinde hükmü verecek merci mahkeme olduğuna göre, onun, hükmünde bilirkişi raporu hakkında da ayrıca görüşünü belirtmesi gerekir¹⁴⁸⁹.

3.2.2.5.3. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirlerde İnceleme

Bu tür güvenlik tedbirlerine ilişkin muhakemede uzman bilirkişiye danışılması, ceza muhakemesinin genel hükümlerine tabidir¹⁴⁹⁰. Özellikle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması söz konusu olduğunda, birçok davada uzman bilirkişinin atanmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak, suçlunun gelecekte hukuka aykırı fiiller işleyip işlemeyeceğine ilişkin kararın, doğası gereği, kişinin genel bir değerlendirmesinin yapılmasını ve noksansız bir prognoz oluşturulmasını şart koştuğu ifade edilmektedir¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 44.

¹⁴⁸⁷ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 33; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 118; BverfG, “Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, NJW, (46), 1995, s. 3047.

¹⁴⁸⁸ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 34; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 119.

¹⁴⁸⁹ KASPAR, SSW-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 34; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 119.

¹⁴⁹⁰ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 86; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 120.

¹⁴⁹¹ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 86; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 120.

3.2.2.6. Hüküm

3.2.2.6.1. Genel Olarak

Alman güvenlik tedbirleri muhakemesi hukukunda, münhasıran iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine karar verilmesini düzenleyen maddeler (StPO §§ 413 ff.) kapsamında kalan bir muhakemede, sanığın kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilmiş olsa bile onun hakkında beraat kararı veya mahkûmiyet kararı verilmez. Mahkeme, güvenlik tedbirinin ve tedbir muhakemesinin şartları oluşmuşsa güvenlik tedbiri uygulanmasına; tedbir muhakemesinin ya da güvenlik tedbirinin koşullarından birinin eksik olması nedeniyle yargılama sonucunda sanık hakkında tedbir uygulanmayacağı kanaatine varırsa, bu kez savcının bu yöndeki talebinin reddine (StPO § 414/2-c.4) karar verir¹⁴⁹². Dolayısıyla bağımsız tedbir muhakemesinde mahkeme, hüküm (*Urteil*) sıfatıyla “güvenlik tedbirinin uygulanması kararı” ve “talepnamenin reddi kararı” olmak üzere yalnız iki tür karar verebilir. Tedbir muhakemesinde mahkûmiyet veya beraat kararı verilemez¹⁴⁹³. Tedbir muhakemesinde verilen güvenlik tedbiri kararı, ceza muhakemesindeki mahkûmiyet kararının; güvenlik tedbiri başvurusunun reddi kararı ise ceza muhakemesindeki beraat kararının yerine geçer¹⁴⁹⁴.

Güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin kararda hüküm fıkrasına yer verilmesi zorunludur¹⁴⁹⁵. Şayet hem uygulanacak güvenlik tedbirinin hem de tedbir muhakemesinin koşulları gerçekleşmişse, hüküm fıkrasında sanık hakkında uygulanacak güvenlik tedbirinin ne olduğu yani tedbirin türü belirtilir. Buna karşılık bağımsız tedbir muhakemesinde verilecek karar, kusur yargısından bağışık olacağı için, tedbirin temelinde yer alan sebep suçun hüküm fıkrasında (*Tenor/Urteilstenor*) detaylı olarak açıklanması gerekmez¹⁴⁹⁶. Tedbir yargılamasının konusunu birden fazla sebep suçun oluşturması halinde, bu sebep suçlardan birkaçı kanıtlanamamış olsa bile kısmi

¹⁴⁹² MAIER, Stefan, “StPO § 260 Urteil”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, Hrsg. SCHNEIDER, Hartmut, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2016, Rn. 73; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 26; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 17. Dolayısıyla denilebilir ki, bağımsız tedbir muhakemesinde mahkeme suçun işlendiği kanaatine varırsa yalnızca ceza hukukunun tek izine karar verebilir. Hiçbir ceza bu usulün konusunu oluşturmaz. Benzer yönde bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 284.

¹⁴⁹³ Bkz. BGH, “Beschluss vom 19.11.2002 - 1 StR 442/02”, BeckRS, 2003, 00411.

¹⁴⁹⁴ Krşl. KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8; LG Arnsberg, “Urteil vom 24.07.2009 - 2 KLS-382 Js 630/07, 5/09”, BeckRS, 2009, 25497.

¹⁴⁹⁵ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 82; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 109.

¹⁴⁹⁶ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 5; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 18.

red kararı verilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁴⁹⁷. Buna karşılık birden fazla tedbirin uygulanma koşulları varsa (StGB § 72/2), bunlar birleştirilmek suretiyle karara bağlanır¹⁴⁹⁸.

Güvenlik tedbiri kararı, duruşma ehliyetsizliğine veya kusur yeteneğinden yoksunluğa ilişkin bir tespiti veya hiç olmazsa failin kusur yeteneğinden yoksun olduğu veya kusur yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğuna ilişkin tereddütsüz bir şüpheyi gerektirir. Aksi halde yani failin kusur veya duruşma ehliyetinin bulunduğu duruşma esnasında ortaya çıkarsa (StPO § 416), tedbir muhakemesinden genel ceza muhakemesine geçiş yapılır¹⁴⁹⁹. Bunun dışında tedbir başvurusunda, sanığın kendisine yöneltilen fiili işleyip işlemediği veya kusur yeteneğini kaldıran bir sebebin mevcut olup olmadığı yahut cezayı kaldıran neden bulunup bulunmadığı konusunda bir kuşku varsa, *in dubio pro reo* ilkesi doğrultusunda davanın reddine karar verilmelidir¹⁵⁰⁰.

Bağımsız tedbir muhakemesi sonucu verilen hüküm aynı zamanda yargılama giderlerine yönelik kararı (*Kostenentscheidung*) da içermelidir (StPO §§ 465, 467)¹⁵⁰¹.

Tedbir muhakemesinde güvenlik tedbirine yönelik hükümle birlikte mahkemenin alması gereken birtakım kararlar vardır. Bu kararlar bazen hükümde yer alırken bazen özel bir karar şeklinde ortaya çıkar. Hüküm fıkrasında yer alan kararlara örnek olarak şunlar gösterilmektedir¹⁵⁰²: Mahkeme (muhafaza altına alma tedbiri dışında) bir psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirme tedbirlerinin ertelenmesine karar verirse (StGB § 67b), bu erteleme kararına hüküm fıkrasında yer verilir (StPO 260/4-c.4). Aynı şekilde mahkeme, birkaç güvenlik tedbirinin birleştirilmesini uygun görürse, hükümde bunların infaz sırasını belirler (StGB § 72/3-c. 1).

Bağımsız tedbir muhakemesinde hükmün gerekçeleri, ceza muhakemesindeki hükmün (StPO § 260) gerekçelerine kıyasla belirlenir. Dolayısıyla hükmün gerekçesinde araştırılarak ortaya konulan vesile eylemin açıklanması, tedbirin fiili uygulanma koşullarının gösterilmesi ve bu karar için gereken delillerin değerlendirilmesi gerekir¹⁵⁰³.

Belirtelim ki, Alman bağımsız tedbir muhakemesinde mahkeme, kural olarak işlenen fiil ile bağlı olmakla birlikte, savcının tedbir başvurusunda talep ettiği tedbir ile

¹⁴⁹⁷ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 17; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 28; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8.

¹⁴⁹⁸ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8.

¹⁴⁹⁹ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 27; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 18.

¹⁵⁰⁰ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 27.

¹⁵⁰¹ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 5; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32.

¹⁵⁰² HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 79; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn.105-106.

¹⁵⁰³ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 5.

bağlı değildir. Örneğin duruşmada hukuki nitelemede bir değişikliğin ortaya çıkması halinde (StPO § 265), talep edilen psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri yerine bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Bununla birlikte talep edilen güvenlik tedbirine hükmedilmemesi halinde, mahkeme bu tedbire neden hükmetmediğini kararın gerekçesinde açıklamak zorundadır (StPO § 267/6)¹⁵⁰⁴.

Alman hukukunda sanığın yokluğu veya onun şahsından kaynaklanan başka bir engelin bulunması halinde mahkeme bir ara karar vererek yargılamayı durdurur (StPO § 205). İşte ceza muhakemesinde geçerli olan söz konusu durma kararının güvenlik tedbirleri muhakemesinde tanımı gereği uygulanması mümkün değildir. Nitekim tedbir muhakemesi hâlihazırda sanık duruşma ehliyetinden yoksun olduğu için yapılmaktadır. Bu nedenle tedbirin muhatabı olacak tehlikeli failin duruşmada bulunmadığından bahisle durma kararı verilemez¹⁵⁰⁵. Ayrıca kusur yeteneğinden yoksunluk nedeniyle de aynı sebeple durma kararı verilemez. Bu halde tehlikeli faile bir danışman veya diğer bir yasal temsilci atanması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Bağımsız tedbir muhakemesinde, güvenlik tedbirine karar verildikten sonra, infaz kurumunun seçimi ve belirlenmesi, mahkemenin ele alacağı sorunlardan biri değildir¹⁵⁰⁶.

Türk hukukunda “yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz” prensibi kabul edilmiştir. Bu nedenle mutlak surette yürütülmesi gerekli olan bir kovuşturma evresinin sonunda güvenlik tedbirine mahkeme tarafından hükmedilmelidir¹⁵⁰⁷. Nitekim tedbire karar verilmesi, Türk ceza muhakemesinde bir hüküm çeşidi olarak tespit edilmiştir. Bu durum, CMK’nın “duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı 223’üncü maddesinin 6’ncı fıkrasında “*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur*”¹⁵⁰⁸ ifadeleriyle kayıt altına alınmıştır. Bu düzenlemeden iki sonuç ortaya çıkmaktadır: Birincisi, sanığın isnat edilen suçu işlediğine mahkeme tarafından kanaat getirilmedikçe yani hâkim veya mahkemede hâsıl olan şüphe, derecesi ne olursa olsun kesin kanaate çevrilmedikçe güvenlik tedbiri kararı verilemez. İkincisi, mahkeme güvenlik tedbirine

¹⁵⁰⁴ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32.

¹⁵⁰⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg StPO, § 414, Rn. 1.

¹⁵⁰⁶ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 27; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 8.

¹⁵⁰⁷ Aynı yönde bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394.

¹⁵⁰⁸ Düzenlemede suçu işlediği sabit bulunacak olan özneye (sanığa) yer verilmemesi dil bakımından eleştirilmektedir. Bkz. KURŞUN, s. 159.

ceza mahkûmiyeti kararı ile birlikte hükmedebileceği gibi mahkûmiyetten bağımsız olarak da karar verebilir.

Bununla birlikte Türk öğretisi ve yargı kararları incelendiğinde, güvenlik tedbirlerine ilişkin kararın bir hüküm olup olmadığı konusunda farklı düşünceler bulunduğu dikkat çekmektedir. Öğretide bir görüşe göre, güvenlik tedbirine karar verilmesi, başlı başına bir hüküm türü değildir. Bu karar esasen mahkûmiyet hükmünün ceza yerine güvenlik tedbiri içermesinden ibarettir¹⁵⁰⁹. Öğretide bir diğer görüş ise tedbirin, cezanın yanı sıra verilip verilmemesine göre bir ayırım yapmaktadır. Buna göre güvenlik tedbiri cezanın yanı sıra verilmesi halinde ayrı bir hüküm olarak değerlendirilemese de cezadan bağımsız olarak doğrudan verilmesi halinde bir hüküm olarak değerlendirilmelidir¹⁵¹⁰. Kanaatimizce sanık hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin karar, ister ceza mahkûmiyetinin yanı sıra isterse ceza mahkûmiyeti yerine verilmiş olsun, her halde kendine özgü bir hüküm türüdür. Nitekim Kanun'da güvenlik tedbiri kararının ceza mahkûmiyetinin uzantısı olduğuna veya cezadan bağımsız olarak uygulandığında hüküm olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanun koyucunun CMK m. 223/1'de yer verdiği “...güvenlik tedbirine hükmedilmesi, ...kararı, hükümdür” ifadesiyle tedbir kararının her halde bir nihai karar olduğunu tespit ettiği düşüncesindeyiz.

Buna karşılık Alman hukukunun aksine Türk hukukunda mahkemenin uygulanması talep edilen güvenlik tedbirinin koşullarının oluşmadığına kanaat getirmesi halinde, tedbir başvurusunun reddine karar vermesi mümkün değildir. Hukukumuzda bağımsız tedbir muhakemesinden söz etmek mümkün olmadığı için, hüküm konusunda da bağımlı tedbir muhakemesinin gereklerini yerine getirmek gerekir. Bağımlı tedbir muhakemesinin lüzumu ise suçun işlenmediğinin veya sanık tarafından işlenmediğinin yahut tedbir şartlarının eksikliği halinde ceza muhakemesi için öngörülen kararın verilmesidir. Bu karar CMK m. 223'te öngörülen beraat kararıdır¹⁵¹¹. Diğer deyişle, mahkeme, bağımlı tedbir muhakemesinde güvenlik tedbirinin uygulanması kararı

¹⁵⁰⁹ Bkz. DONAY, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s. 202. Akıl hastaları hakkında verilen koruma ve tedavi tedbirine ilişkin kararın mahkûmiyet niteliğinde bir hüküm olduğu hakkında bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.4, s. 1596.

¹⁵¹⁰ Bkz. ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 677.

¹⁵¹¹ Benzer yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.1, s. 1570. Öğretide kendisine kusur izafe edilemeyen kimseler hakkında beraat kararına hükmedilmesinin isabetsiz olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre beraat, bir haksızlık iddiasından temiz çıkmayı, aklanmayı ifade ettiği için sadece bir haksızlığın bulunmadığı en azından bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu durumlarla sınırlandırılmalıdır. Bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 116, dn. 310.

vermemeyi tercih etmişse ve suç şüpheli kalmakta ise beraat kararı vermekten başka seçeneği yoktur.

3.2.2.6.2. Güvenlik Tedbirinin Ertelenmesi

Bağımsız tedbir muhakemesinde güvenlik tedbiri uygulanmasına ilişkin kararın konusunu hürriyeti bağlayıcı tedbir (psikiyatri kliniğine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirme) oluşturmakta ise ve tedbirin infazının ertelenmesi yoluyla tedbirin amacına ulaşılabilmesi mümkün ise mahkeme, failin aynı zamanda hapis cezasını çekmesi gerekmediği takdirde, erteleme (*Aussetzung*) kararı verir (StGB § 67b/1-2). Tedbirin ertelenmesi halinde hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (StGB § 67b/3). Güvenlik tedbirinin ertelenmesi durumunda, cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler (StPO § 268a/2-3) tatbik edilir¹⁵¹².

3.2.2.6.3. Hükümün Konusu

Ceza muhakemesinde hükümün konusu (*Gegenstand des Urteils*), iddianamede tanımlanmış olan fiilden müteşekkildir. Dolayısıyla mahkeme iddianamedeki fiil ile bağlıdır. Bununla birlikte mahkemenin fiilin nitelendirmesi ile bağlı olmadığı, kanunlarda genel bir kural olarak yer almaktadır (StPO § 264, CMK m. 225). İşte ceza muhakemesinde hükümün konusu ile ilgili tespit edilen normların, kural olarak tedbir muhakemesinde de kovuşturmanın açılması kararında belirtilen veya duruşma esnasında “ek tedbir taleptnamesi (*Nachtragsantrag*)” ile ortaya koyan fiil veya fiillerle sınırlı olmak bakımından kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁵¹³. Bununla birlikte halkın korunması bakımından tedbire ihtiyaç olup olmadığı değerlendirmesini yapmasına veya yalnızca failin kişiliğine ilişkin özellikleri yahut onun tehlikeliliğini ortaya koymakla sınırlı olmak kaydıyla tedbir başvurusunun konusunu oluşturmayan fiillerin dikkate alınmasına engel değildir¹⁵¹⁴.

Ayrıca bir güvenlik tedbirinin uygulanmasını haklı kılan ve ceza kanununda özel olarak öngörülen durumların duruşma esnasında ortaya çıkması halinde de (StPO §

¹⁵¹² GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 29; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 17.

¹⁵¹³ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 24; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 3.

¹⁵¹⁴ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 24.

265/2) tedbir muhakemesinde bağımsız olarak uygulanabilecekleri ölçüde, başvuruda yer alanlar dışında kalan tedbirlerin uygulanması da mümkündür¹⁵¹⁵.

3.2.2.6.4. Hukuki Nitelemede Değişiklik

Suçun hukuki nitelemesindeki değişiklik (*Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes*) hakkındaki düzenlemeler, yalnız ceza muhakemesinde değil, aynı zamanda tedbir muhakemesinde de uygulanır¹⁵¹⁶. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi gereken ve kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunan bir durumunun ilk kez duruşma esnasında ortaya çıkması halinde sanık hakkında, bu durum kendisine açıklanarak savunma için fırsat sunulmadıkça, iddianamede ileri sürülen tedbirden başka bir tedbire hükmedilmesi mümkün değildir (StPO § 265/1-2, CMK m. 226/1-2)¹⁵¹⁷. Dolayısıyla suçun vasfının duruşma esnasında değişmesi ya da güvenlik tedbirine hükmetmeyi gerektiren durumun ilk kez duruşmada ortaya çıkması, otomatik olarak tedbir kararına hükmedilmesini gerektirmez. Bunun için ön koşul, sanığın hukuki nitelik değişikliğinden haberdar edilmesi ve savunmasını yapabilecek bir hale getirilmesidir.

Hukuki nitelemede değişiklik durumunda sanığın bilgisi olmaksızın karar verilememesinin gerekçesi olarak güvenlik tedbirlerinin objektif unsurlar dışında sübjektif unsurların gerçekleşmesini de gerektirmesi nedeniyle, sanığın mahkeme kararına temel olan suçun unsurlarından haberdar olmasının önemi gösterilebilir¹⁵¹⁸.

3.2.2.6.5. Kesin Hüküm Etkisi

Öğretide ve yargı içtihatlarında, tedbir muhakemesi sonucunda ulaşılan ve güvenlik tedbiri uygulanması hükmünü içeren yahut tedbir uygulanmasını reddeden nihai kararın, “kesin hüküm etkisi (*Rechtskraftwirkung*)” göstereceği ve hem ceza talebi hem de tedbir talebi bakımından muhtemel davayı tüketiceği kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi, hakkında özel hüküm bulunmayan hallerde tedbir muhakemesi hakkında ceza

¹⁵¹⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 24.

¹⁵¹⁶ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 24; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 3; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 2; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 87; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 128.

¹⁵¹⁷ CMK m. 226: “(1) Sanık, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. (2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır”.

¹⁵¹⁸ Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 24.

muhakemesi kurum ve kurallarının geçerli olacağı yönündeki kanuni düzenlemedir (StPO § 414/1). Dolayısıyla bağımsız tedbir muhakemesi sonucu verilen karar ister tedbirin uygulanması ister başvurunun reddi yönünde olsun, her halde devletin bir yandan cezalandırma hakkının (*Strafanspruch*), diğer yandan güvenlik tedbiri uygulama hakkının (*Sicherungsanspruch*) tüketilmesinden söz edilmektedir¹⁵¹⁹. Bu bakımdan tedbir muhakemesindeki kararın kusur yeteneğinin bulunmaması veya duruşma ehliyetinden yoksunlukla bağlantılı olarak verilmiş olması şartı aranmadığı gibi, bunlar arasında bir fark da gözetilmez¹⁵²⁰.

Görüldüğü üzere hukuki kesinlik açısından tedbir muhakemesi ile ceza muhakemesi arasında bir karşılıklılık ilişkisi bulunduğu söylenebilir. Nitekim güvenlik tedbiri muhakemesinde, sanığın muhtemel kusur yeteneğinin incelenmesinin bir sonucu olarak, bu muhakemede tedbir talebinin nihai olarak reddi, normal ceza davasında verilen beraat kararında olduğu gibi, ceza davasının tüketilmesi (*Strafklageverbrauch*) sonucunu doğurur. Aynı sonuç ceza muhakemesi sonucunda verilen kararın ilerideki tedbir muhakemesini engellemesinde de karşımıza çıkar¹⁵²¹.

Bununla birlikte Alman hukukunda tedbir muhakemesi sonucu verilen kararın etkisi bakımından aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerden birine göre, tam anlamıyla kesin hüküm etkisi, yalnızca kararın suçluluk ve kusur ile ilgili olması halinde söz konusudur. Nitekim bu görüş uyarınca verilen karar sadece sözü edilen halde yargısal (*justiziell*) bir karar niteliğindedir. Aksi halde onun idari (*verwaltungsmäßig*) karaktere sahip olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan karar, güvenlik ihtiyacı ile ilgili olduğu müddetçe ancak sınırlı bir hukuki kesinliğe sahip olacaktır. Böylece bu tür kararlar bakımından yeni olayların yeni kararların alınmasına izin vereceğinden söz edilir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ceza mahkemesi, güvenlik tedbiri muhakemesinde içerik bakımından esasen idari bir faaliyet yürütmekte; “gerçek olmayan ceza muhakemesi (*unechter Strafprozess*)” usulleriyle ve bu usule ait vasıtalarla uygulamaya konulan bir yürütme yetkisi kullanmaktadır¹⁵²².

¹⁵¹⁹ Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 35; TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 8; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 34; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 22.

¹⁵²⁰ KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 12.

¹⁵²¹ TEMMING, BeckOK-StPO, § 414, Rn. 8; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 34; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 12; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 22; BGH, “Übergang vom Sicherungs- zum ordentlichen Strafverfahren; Verbot der Schlechterstellung”, NJW, (28), 1958, s. 1051 (ss. 1050-1051); “... ceza talebi, güvenlik tedbiri muhakemesindeki mahkeme kararıyla tüketildiğinden...” (BGH, “Zuständigkeit der Strafkammer zur Fortsetzung des Sicherungsverfahrens bei Zweifeln über die Schuldfähigkeit”, NJW, (47), 1961, s. 2171 (ss. 2170-2171)).

¹⁵²² Bu konudaki görüşler için bkz. METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 34; METZGER, Ernst, “Vorbemerkungen zu §§ 413 ff StPO”, KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg.

Buna karşılık öğretide Metzger, güvenlik tedbiri muhakemesinin idari muhakeme sahasına dâhil edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Buna göre tedbir muhakemesinde bir mağdurun ve katılma kurumunun bulunması ve bu kişi tarafından atfedilmesi gereken katkı da dahil olmak üzere sanığın ceza hukuku açısından sorumluluğunun tedbir muhakemesinin konusunu oluşturduğu gerçeği, onu idari faaliyet niteliğinden arındırmaktadır. Ayrıca tedbir muhakemesinde kamu yararının gerekçesini oluşturan, sanığın hukuka aykırı eylemini ceza hukukuna özgü araştırmalar sonucunda ortaya çıkarma ödevi, tedbir muhakemesinin merkezi görevidir. Bu nedenle güvenlik tedbiri muhakemesi, kusur yeteneğinden veya duruşma ehliyetinden yoksun olan faillerin ceza hukuku sahasına ait atipik durumlarını konu edinen bir muhakeme olarak adlandırılabilir. Bu yönleriyle tedbir muhakemesinin ceza muhakemesi karşısında “madalyonun öteki yüzü (*andere Seite der Medaille*)” olarak değerlendirilmesi isabetli olur¹⁵²³.

Bu noktada failin tehlikeli halinin bulunmaması nedeniyle verilen ret kararına da değinmek gerekir. Alman hukukunda güvenlik tedbirleri muhakemesinde failin tehlikeli halinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen davanın reddi kararı, ileride failin tehlikeliliği konusunda yeni ipuçları ortaya çıkması halinde de, kovuşturma evresinin açılması kararında tanımlanan eylemlere dayanan yeni bir tedbir muhakemesinin başlatılmasını engeller. Bunun nedeni tedbir muhakemesinde verilen hükmün hukuki kesinlik taşımasıdır¹⁵²⁴. Bununla birlikte yeni bir suçun işlendiğine yönelik belirtiler söz konusu ise bu durum yeni bir tedbir muhakemesini haklı çıkaracaktır. Bu halde aynı fail hakkında önceki ret kararında dayanan hususlar yeni tedbir muhakemesinin temelini oluşturmaları bile, failin kişilik özelliklerini tamamlamak için bunlardan yararlanılabileceği kabul edilmektedir¹⁵²⁵.

3.2.2.7. Kanun Yolu İncelemesi (Denetim Muhakemesi)

3.2.2.7.1. Genel Olarak

Bağımsız güvenlik tedbirleri muhakemesi için ayrı bir denetim mekanizması bulunmamakta, kanun yolu (*Rechtsmittel*) incelemesi bakımından genel hükümlerde

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015, Rn. 18.

¹⁵²³ METZGER, KMR-StPO, Vor § 413, Rn. 18.

¹⁵²⁴ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 36. Benzer yönde bkz. MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 22-23; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 34.

¹⁵²⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 36.

düzenlenen ilke ve kurallar geçerli olmaktadır. Diğer bir deyişle hükmün bozulabilirliği (*Anfechtbarkeit*) bakımından tedbir muhakemesine özgü bağımsız hükümler sevk edilmemiştir. Ceza muhakemesinde verilen hükümlere karşı başvuru istinaf (*Berufung*) (StPO § 312) ve temyiz (*Revision*) (StPO § 333) kanun yolları tedbir muhakemesinde de işletilir¹⁵²⁶.

Muhakemede sebep suç bağlamında kusur ve ceza ile ilgili bir karara hükümde yer verilmesi durumunda, kanun yollarının yalnızca tedbirin uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki kararlar mı sınırlı olacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, yargı içtihatlarında genel olarak hükme karşı, güvenlik tedbirine ilişkin karar hakkında, kusur ve ceza problemine ilişkin karardan ayrılabilirdiği ölçüde, izole edilmiş bir kanun yolu incelemesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁵²⁷.

Tedbir muhakemesini yürüten mahkeme, güvenlik tedbiri kararıyla birlikte tedbirin ertelenmesine karar vermişse, bu kararın bozulabilmesi için cezanın ertelenmesi konusundaki ara karara itiraz hakkındaki hükümlerin (StPO 305a) uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁵²⁸.

Belirtmek gerekir ki, kanun yolu başvurusunda bulunmak bakımından bir menfaatin bulunması aranmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, tedbir muhakemesinde bu menfaatin varlığı veya yokluğu, “kişi hürriyeti” ile ölçülmektedir. Bu nedenle gerek yargı kararlarında gerekse öğretide hükümlünün, kendisi hakkında verilen “güvenlik tedbirinin uygulanmaması” yönündeki karara karşı kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu kimse, kendisinin iyileştirilmesine hizmet edecek olsa bile, kanun yoluna başvurarak hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesini denetim merciinden talep edemez¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 21. Aynı yönde bkz. METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 33; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 37; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 27; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 11; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 68. İstinaf ve temyiz ile birlikte Alman hukukunda ceza karnamesi için öngörülen itiraz (*Einspruch*) yoluna ilişkin genel hükümler de bu kapsamdadır. Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 88; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 129.

¹⁵²⁷ Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 89; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 130. Kusur yeteneğinden yoksunluk nedeniyle verilen beraat kararı ile birlikte sağlık ve bakım merkezine yerleştirilmesine karar verilen sanığın yalnız güvenlik tedbirinin gerekçesine ilişkin olarak yaptığı kanun yolu başvurusunun etkili olacağına dair örnek bir karar için bkz. BGH, “Selbständige Anfechtung der Unterbringung”, NJW, (13), 1954, s. 519.

¹⁵²⁸ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 90; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 131.

¹⁵²⁹ KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 27. Alman Federal Yargıtayı’na göre, bir kimsenin durumunun ne zaman yasal olarak daha elverişli hale geleceği, kanun yoluna başvuran kimsenin özel değerlendirmelerine bağlı değildir. Bu konuda kararın verildiği sıradaki nesnel koşullar dikkate alınır. Bu nedenle hükümlünün kusur yeteneğinin yokluğu nedeniyle verilen beraat kararıyla birlikte uygulanması kararlaştırılan kuruma yerleştirme tedbirine karşı temyize başvurabileceği konusunda şüphe olmasa da, ceza ile birlikte tedbir uygulanmasına yönelik başvuruda bulunulamaz. Yüksek Mahkeme, bunun gerekçesi olarak hapis cezası ile birlikte uygulanan hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirinin sadece biçimsel olarak değil, aynı zamanda konu olarak da cezaya eklenen bir kötülük

3.2.2.7.2. Kanun Yolundan Vazgeçme

Kanun yolu başvurusundan vazgeçilmesi (*Rechtsmittelverzicht*), sanığın kusur yeteneğinin olmadığı durumlarda da mümkündür. Bunun için sanığın beyanının anlamını ve önemini kavraması koşulu aranır¹⁵³⁰. Bununla birlikte öğretide baskın görüş, başvuru kanun yolundan vazgeçme için muhatabın duruşma ehliyetinin bulunması gerektiğini kabul etmektedir¹⁵³¹. Federal Yargıtay da aynı görüştedir¹⁵³².

3.2.2.7.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı

Bilindiği üzere, ceza muhakemesinde “aleyhe değiştirme (*reformatio in peius*) yasağı” olarak adlandırılan bir yasak bulunmaktadır. Aleyhe değiştirme yasağı (*Verschlechterungsverbot*), olağan veya olağanüstü kanun yolu incelemesine yalnızca sanık (veya hükümlü) tarafından yahut onun lehine savcı veya yasal temsilci tarafından başvurulması halinde, hukuki sonuçların tür ve miktar bakımından sanık (veya hükümlü) aleyhine değiştirilememesi anlamına gelir¹⁵³³.

Bu temel prensibe modern ceza muhakemesi kanunlarında açıkça yer ayrılmaktadır (StPO § 331; CMK m. 283). Öğretide aleyhe değiştirme yasağının, ceza hukukunun tüm hukuki sonuçlarını kapsadığı, bu nedenle söz konusu prensibin ceza muhakemesinde olduğu gibi güvenlik tedbirleri muhakemesi açısından da temel bir prensip olarak dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵³⁴. Fakat bu prensip, tedbir muhakemesinde mutlak bir mecburiyet olarak algılanmamaktadır. Nitekim bahsi edilen ilkenin Alman hukukundaki istisnalarından biri, aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen psikiyatri hastanesine veya tedavi kurumuna yatırma tedbiridir (StPO § 331/2). İkinci istisna, psikiyatri hastanesine yatırma tedbiri yerine ceza uygulanabilmesine olanak tanıyan düzenlemedir (StPO § 358/2). Son istisna ise yenilenen duruşma sonrası

teşkil edeceği kanısındadır. Bkz. BGH, “Notwendige Unterbringung eines Drogensüchtigen”, NJW, (38), 1979, s. 1941 (ss. 1941-1942).

¹⁵³⁰ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 21.

¹⁵³¹ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 33.

¹⁵³² “Kanun yolundan feragat edilmesi, beyan sahibinin duruşma ehliyetine sahip olması şartına bağlıdır” (BGH, “Rechtsmittelverzicht im Sicherungsverfahren”, NSTZ, (10), 1999, s. 527, ss. 525-527). Aynı yönde bkz. BGH, “Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts”, NSTZ, (4), 1984, s. 181.

¹⁵³³ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 91; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 132.

¹⁵³⁴ HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 91; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 132; POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 68.

verilen hükmün psikiyatri hastanesine veya tedavi kurumuna yerleştirilmeye ilişkin olabileceğine dair normdur (StPO § 373/2)¹⁵³⁵.

StPO § 358/2'nin birinci cümlesinde yer verilen aleyhe değiştirme yasağına ilişkin temel kural, aynı fıkranın ikinci cümlesiyle istisnaya tabi tutulmuştur. Buna göre kanun yolu incelemesinde şayet bir psikiyatri hastanesine veya tedavi kurumuna yerleştirmeye ilişkin hüküm bozulacak olursa, verilen karar ilgili tedbir yerine cezaya hükmolunmasını engellemez. Böylece aleyhe değiştirme yasağının, Alman CK'da düzenlenen psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri (StGB § 63) ile bağımlılık tedavisi yapan bir kuruma yerleştirme tedbirini (StGB § 64) kapsamayacağı kabul edilmiştir (StPO § 331/2)¹⁵³⁶. Dolayısıyla sözü edilen güvenlik tedbirleri, kanun yolu aşamasında yeniden tanzim edilebilir, birbirleriyle değiştirilebilir veya bunlara ilk derece mahkemesinde reddedildikten sonra bile ayrıca karar verilebilir¹⁵³⁷. Öte yandan diğer güvenlik tedbirleri için aleyhe değiştirme yasağı geçerlidir. Böylece örneğin muhafaza altına alma tedbirinden bir psikiyatri kliniğinde tedavi altına alınma tedbirine geçiş, lehe değiştirme anlamı taşıması nedeniyle, mümkün olmakla birlikte; bunun tersi, aleyhe değiştirme yasağını ihlal edeceği için mümkün değildir¹⁵³⁸. Alman Federal Yargıtayı, bunun dışında, sanık açısından somut olarak daha külfetli görünse bile, bireysel tedbirler arasında soyut anlamda sabit bir sıralamanın bulunmadığı kanaatindedir¹⁵³⁹. Belirtmek gerekir ki yukarıda değinilen düzenlemeler, aleyhe değiştirme yasağına istisna olarak öngörülmüş olmakla birlikte, bunların kanun yolu incelemesinde hükmün kapsamına ilişkin sınırın bir istisnasını teşkil ettiği söylenemez¹⁵⁴⁰.

3.2.2.7.4. Yargılamanın Yenilenmesi

Tedbir muhakemesinde yargılamanın yenilenmesi (*Wiederaufnahme des Verfahrens*) kanun yoluna ilişkin hükümlerin (StPO §§ 359 ff.) uygulanması

¹⁵³⁵ Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14; KILIAN, AnwK-StGB, § 61, Rn. 28.

¹⁵³⁶ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14. Öğretide bir görüş, bu düzenlemeyi, güvenlik tedbirlerinin doğası gereği ceza politikası bakımından ilave bir kötülüğün dayatılması (*Übelszufügung*) anlamına geleceği için reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. POLLÄHNE, NK-StGB, § 61, Rn. 68.

¹⁵³⁷ Böyle bir istisnanın kabul edilmesinin gerekçesi olarak, tıbbi müesseselerden tedbirin muhatabının menfaatleri doğrultusunda mümkün olduğu ölçüde yararlanılması düşüncesi gösterilmektedir. Bkz. HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 92; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 133.

¹⁵³⁸ STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14; HANACK, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 92; SCHÖCH, LK-StGB, Vor §§ 61 ff, Rn. 134.

¹⁵³⁹ BGH, "Heil- und Pflegeanstalt/Sicherungsverwahrung", NJW, (25), 1954, s. 969 (ss. 968-969). Bkz. STREE/KINZIG, Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff., Rn. 14.

¹⁵⁴⁰ Hükmün incelemesinde kapsamı düzenleyen maddeye göre, üst derece mahkemesinin inceleme sınırı, sadece kanun yolu başvurusu yapılan meseleden ibarettir (Bkz. StPO § 327).

olanaklıdır. Nitekim yukarıda değinildiği gibi tedbir muhakemesi sonucu verilen karar kesin hüküm etkisine sahiptir. Bu hukuki kesinliği ortadan kaldırmanın yolu ise yargılamanın yenilenmesidir¹⁵⁴¹.

Lehe yargılamanın yenilenmesi bakımından ceza muhakemesinde mahkûm olan kimse ile tedbir muhakemesinde hakkında tedbir uygulanan kimsenin durumu arasında bir fark yoktur. Buna göre tedbirin uygulanmasını engelleyecek veya ilk muhakemeden esaslı şekilde farklı karar verilmesini sağlayacak yeni olay veya delillerin sunulması halinde (StPO § 359/5), kesin hüküm ile sona ermiş bulunan tedbir muhakemesi, hükümlünün lehine yeniden yapılacaktır¹⁵⁴².

Aleyhe yargılamanın yenilenmesi bakımdan ise ceza muhakemesindeki beraat eden kişi ile tedbir muhakemesindeki hakkında tedbir kararının uygulanması reddedilen kişinin durumu arasında bir fark yoktur. Aynı şekilde şayet hakkında tedbir kararı verilen kişi, bu karar kesinleştikten sonra akıl hastası rolü oynadığını (akıl hastası imiş gibi numara yaptığını) itiraf ederse, bu kimse ceza muhakemesinde beraat etmiş bir kimse gibi değerlendirilir ve hakkında aleyhe yargılamanın yenilenmesi hükümleri (StPO § 362/4) kıyasen uygulanır¹⁵⁴³.

3.2.2.8. Yargılama Giderleri (Muhakeme Masrafları)

Güvenlik tedbirleri muhakemesinde yargılama giderleri (*Verfahrenskosten*) kaçınılmaz olarak ortaya çıkacaktır. Bu nedenle muhakemenin sürdürülmesi nedeniyle oluşan masraflara kimin katlanacağını belirlemek gerekir. Gerek Alman hukukunda gerekse hukukumuzda bu belirleme açık kanuni düzenlemelerle kayıt altına alınmıştır (StPO § 465, 467; CMK m. 325¹⁵⁴⁴).

Alman hukukunda muhakeme sonunda şayet sanık hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına hükmedilmişse yargılama giderleri sanığa yükletilir (StPO § 465/1). Bu bakımdan tedbir muhakemesindeki güvenlik tedbiri kararı ile ceza muhakemesindeki ceza mahkûmiyeti kararı aynı sonucu doğurur. Bununla birlikte şayet mahkeme tarafından sanık hakkında hazırlanan tedbir başvurusunun reddine hükmedilmişse yargılama giderlerini devlet hazinesinden karşılanır (StPO § 467/1). Bu bakımdan tedbir

¹⁵⁴¹ Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 38; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 35.

¹⁵⁴² Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 39; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 24.

¹⁵⁴³ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 35; GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 40; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 24.

¹⁵⁴⁴ CMK m. 325: “(1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir”.

muhakemesindeki tedbir başvurusunun reddi ile ceza muhakemesindeki beraat kararı aynı sonucu doğurur¹⁵⁴⁵.

Şayet kovuşturmayı başlatma kararı birden fazla suç ile ilgili ise ve bunlardan yalnızca bir kısmı ispatlanmışsa, bu durumda muhakeme masraflarının dağıtımında, ceza muhakemesinde fillerden bir kısmı hakkında mahkûmiyet bir kısmı hakkında beraat kararı verilmesi halinde dikkate alınan kurallar kıyasen uygulanır¹⁵⁴⁶.

3.2.2.9. Tedbir Muhakemesinden Ceza Muhakemesine Geçiş (Muhakemelerin Değişimi)

Alman hukukunda bağımsız tedbir muhakemesi olarak başlatılan bir muhakemede kovuşturma evresine geçildikten sonra sanığın kusur yeteneğine veya duruşma ehliyetine sahip olduğu anlaşılırsa, kamu davasının mecburiliği (kanunilik) ilkesi yeniden gündeme gelir ve mahkemenin ceza muhakemesi bakımından da yetkili olması halinde davaya ceza muhakemesi olarak devam edilir (StPO § 416/2-3)¹⁵⁴⁷. Fakat bu halde mevcut mahkemenin yetkili olup olmaması ihtimali gözetilerek iki şekilde hareket edilebilir:

Birincisi, tedbir muhakemesini görmeye yetkili mahkemenin ceza muhakemesi bakımından yetkili olmadığı anlaşılırsa, mahkemenin yetkisiz olduğuna dair bir ara karar vererek dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi gerekir (StPO § 416/1). Bu halde mahkeme, ara kararında sanığı ve fiili belirtir ve bu karar, duruşmayı açan bir ara kararın sonuçlarını doğurur (StPO § 270/2-3).

İkincisi, tedbir muhakemesini görmeye yetkili mahkemenin aynı zamanda ceza muhakemesini görmeye de yetkili olduğu anlaşılırsa, bu takdirde sanığa hukuki durumdaki değişikliğin açıklanması ve savunmasını yapabilmesi için olanak tanınması gerekir. Sanığın savunma için yeterince hazır olmadığını bildirmesi ve talep etmesi halinde duruşmanın ertelenmesine karar verilir. Önceden tedbir muhakemesi kapsamında sanığın yokluğunda duruşma yapılmışsa (StPO § 415) bu kısımların ceza muhakemesinde tekrarlanması gerekir (StPO § 416/2).

¹⁵⁴⁵ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 30.

¹⁵⁴⁶ GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 30; KURTH/POLLÄHNE, HeidelbergerK-StPO, § 414, Rn. 10; METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 32; MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 20.

¹⁵⁴⁷ MAUR, KarlsruherK-StPO, § 414, Rn. 11. Dolayısıyla tedbir başvurusunun iddianame yerine geçeceğine yönelik yasal düzenleme (StPO § 200) karşısında, objektif tedbir muhakemesinden sübjektif ceza muhakemesine geçişin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bkz. GÖSSEL, Löwe/Rosenberg-StPO, § 414, Rn. 15.

Görüldüğü üzere, tedbir muhakemesinden ceza muhakemesine geçişin yasal koşulu, sanığın kusur yeteneğinin ve duruşma ehliyetinin bulunduğu mahkemeye tespit edilmesidir. Ancak öğretide ve yargı kararlarında bu şartın gerçekleşmesi için mahkemenin, ya yeni bulgular elde etmesi ya da buna ihtiyaç duyulmasına gerek olmaksızın zaten var olan durumların yeniden değerlendirilmesi neticesinde, söz konusu yeteneklerin sanıkta var olduğu yönünde bir kanaat edinmesi gerektiği ifade edilmektedir. Diğer deyişle, sanığın kusur veya duruşma ehliyetinin bulunduğu yöneltik yalnızca bir şüphe veya ihtimal, muhakemenin türünün değişmesi için yeterli değildir¹⁵⁴⁸.

3.3. TÜRK HUKUKUNDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİNE GÖRE MUHAKEME USULÜ

Türk hukukunda karakterine uyduğu ölçüde hangi tedbirlerin (bağımlı) güvenlik tedbiri muhakemesine konu olacağı hususunun, TCK'nın 53'üncü ve devam eden maddelerinde düzenlenen tedbir türlerine göre incelenebileceği kanısındayız. Nitekim kanun koyucu bunların her birini birer güvenlik tedbiri olarak kabul ettiğine göre, muhakeme bakımından bu tedbirler arasında bir fark olmaması gerekir¹⁵⁴⁹. Bununla birlikte bazı tedbirler cezaya bağılı olduğu için bazılarıysa cezanın sonucu olduğu için ayrıksı hükümlerden çoğu kez bağımsık olabilir. Güvenlik tedbirlerinin zaman yönünden uygulanmasına ilişkin ayırım esasen tesir ettiği hukuki değere ilişkin tedbirlerin içerisinde kendisine yer bulacağı için, bu başlıkta tedbirlerin yöneldiği hukuki değere göre yapılan ayırım esas alınmıştır.

¹⁵⁴⁸ TEMMING, Dieter, "StPO § 416 Übergang in das Strafverfahren", BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 31. Edition, München, 2018, Rn. 1; MAUR, Lothar, "StPO § 416 [Übergang zum Strafverfahren]", Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 1. Federal Alman Yargıtayı, maddede geçen "*ergibt...* (anlaşırsa/ortaya çıkarsa)" ifadesinden hareketle, mahkemenin sanığın isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığı sorununa, onun hakkında mahkûmiyet kararı mı yoksa beraat kararı mı verilmesi gerektiği sorununa yaklaştığı gibi yaklaşması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. BGH, "Zuständigkeit der Strafkammer zur Fortsetzung des Sicherungsverfahrens bei Zweifeln über die Schuldfähigkeit", NJW, (47), 1961, s. 2170-2171.

¹⁵⁴⁹ Öğretide bir görüşe göre ise güvenlik tedbiri muhakemesi, küçükler, akıl hastaları ve alkol ya da uyuşturucu madde bağımlıları olmak üzere üç kategoriye ayrılacak kişiler hakkında uygulanabilir. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 631.

3.3.1. Şahsi Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.1. Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.1.1. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.1.1.1. Genel Olarak

Çocuklar tarafından suç işlenmesi halinde, bunların yetişkinlerle aynı muameleye tabi tutulması, bunların soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yetişkinlerden ayrılmaması, çocuğun ıslah edilmesine ve yeniden toplum içine karışmasına engel olacaktır¹⁵⁵⁰. Ayrıca yaşı ve kusur yeteneği ne olursa olsun, herkesin yargılama kuralları açısından eşit olmasını öngören bir sistem, modern ceza politikasının gereklerinin gerçekleşmemesi sonucunu ortaya çıkaracağı gibi, güvenlik tedbirlerinin tarihsel geri planına ve özel önleme amacına da uygun düşmeyecektir. Bu nedenle çocukların muhakemesini yetişkinlerden ayıran temel özelliklere ayrı bir düzenlemeyle yer verilmesi gerekir.

Çocuk hakkında güvenlik tedbirine karar verilmesi, bir suçun varlığını gerektirir. Bir suçun varlığı veya yokluğu ise sadece muhakeme faaliyeti sonucunda mahkeme tarafından verilecek bir hükümle ortaya konulabilir. Bu nedenle “yargılamasız ceza olmaz” ve “yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz” ilkeleri, tümüyle muhatabın çocuk olduğu davalar açısından da geçerlidir. Aksi halde soruşturulmadan ve kovuşturulmadan uygulanan bir tedbir, suçun hukuki sonuçları teorisi içinde güvenlik tedbiri olarak adlandırılmaz. Bu nedenle suça sürüklenen çocuğun soruşturulması ve kovuşturulması toplum açısından kaçınılmazdır¹⁵⁵¹.

TCK m. 31’de yer verilen yaş küçüklüğü hükümleri, 15 yaşını tamamlamamış çocuklar arasından kusur yeteneğine sahip olmayanların cezalandırılmalarını yasaklamıştır. Eğer çocuk 12 yaşını tamamlamamışsa mahkemenin kusur yeteneğinin varlığı veya yokluğu konusunda bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Çünkü bu yaş grubundakilerin kusur yeteneğinden yoksun oldukları kanuni bir karinedir. Ancak eğer 12 yaşını tamamlamış olan çocuk 15 yaşını tamamlamamışsa kusur yeteneği

¹⁵⁵⁰ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 496.

¹⁵⁵¹ Öğretide bir görüş, çocuk hakkında suç işlediği iddiasında bulunmanın ve bu doğrultuda onu güvenlik tedbirleri muhakemesine maruz bırakmanın, çocuğu ceza adaleti sisteminin içine çekmek anlamına geldiğini; halbuki olması gerekenin, çocuğu bu sistemin dışında bırakacak koruyucu tedbirler alınması olduğunu savunmaktadır. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 192.

değerlendirmeye alınır. Mahkeme bu yeteneğin yokluğuna kanaat getirirse yine ceza veremez. İşte bu iki grup çocuk hakkında hiçbir şekilde ceza müeyyidesi uygulanamayacağı için, bunlara ilişkin muhakemenin bir güvenlik tedbiri muhakemesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁵².

Türk hukukunda çocuklara özgü muhakemenin yetişkinlerden ayrılması, anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Gerçekten 1982 Anayasası'nın çocuğun korunması ve onların haklarından yararlanması için gereken önlemlerin alınması ödevi (m. 41) ile çocuk yargılamasının ayrı kanuna bağlanması ödevi (m. 141/2) bu zorunluluğun kaynağını oluşturur¹⁵⁵³. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesi bakımından, kanun koyucuya, adı geçen anayasal normlardan ilki dolaylı, ikincisi doğrudan bir görev yüklemektedir. Kanun koyucunun doğrudan görevi, Anayasa'nın 141/2'nci maddesinde "*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur*" emriyle somutlaşmıştır. Bu anayasal düzenlemenin bir sonucu olarak, her ne kadar kanun koyucunun kanunun içeriğini belirleme noktasında takdir yetkisi bulunsada, muhakemenin nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak çocuklarla yetişkinleri ayırt etmeye yarayan hükümlerin her halde ilgili kanunda yer alması şarttır. Bu anayasal gereklilik karşısında, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesinde hükmedilecek tedbirler ile bunların uygulanma usulü, 2005 yılında yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)¹⁵⁵⁴ kapsamında düzenlenmiştir. Adı geçen Kanunun uygulanmasına ilişkin ayrıntılara ise 2006 yılında çıkarılan Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (ÇKY)'te yer verilmiştir.

ÇKK kapsamında, soruşturma ve kovuşturma usulü, koruma tedbirleri ve koruyucu hükümler gibi bazı kurum, kural yahut aşamalar hakkında genel ceza muhakemesi prosedürlerinden ayrılan, kendine özgü düzenlemelere yer verilmiştir¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵² Böylece TCK ve ÇKK'nın ilk kez bir güvenlik tedbiri muhakemesi düzenlediği konusunda bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 843.

¹⁵⁵³ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 632.

¹⁵⁵⁴ Bu kanundan önce, 1982 yılında yürürlüğe giren 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (ÇMK), ÇKK m. 48 ile birlikte yürürlükten kaldırılmış; sözü edilen ÇMK'ya yapılan atıfların ÇKK'nın ilgili hükümlerine yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Önemle ifade etmek gerekir ki, mülga ÇMK'nın 6/3'üncü maddesinde yer alan ve olağanüstü haller, sıkıyönetim ve savaş hali, askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar ve AY m. 143/1'de sayılan suçlara dair hükümler açısından getirilen istisnaya benzer bir ayrıksı hükme ÇKK'da yer verilmemiştir. Bu nedenle mevcut durumda çocuk tarafından işlenen suçun türü ne olursa olsun ÇKK hükümleri uygulanmak zorundadır. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1574, dn. 9.

¹⁵⁵⁵ Öğretide bir görüşe göre, ÇKK'nın çocuk muhakemesini düzenleyen hükümleri incelenecek olursa, bu kanunun konuyu yalnızca genel olarak ele aldığı ve ayrıntılar hakkında yetişkinlerin muhakemesine dair hükümleri ihtiva eden CMK'ya atıf yaptığı görülmektedir. Bu nedenle çocuk muhakemesine ilişkin prosedürleri düzenlemek amacıyla ayrı bir kanun çıkarılmış olmasına rağmen, çoğu kez bu kanunla CMK'ya atıfta bulunulduğu için Türk hukuku açısından çocuk muhakemesinin

Bu düzenlemeler gereğince denilebilir ki, muhakeme hukuku bakımından ÇKK, münhasıran çocuklara özgü yargılamayı konu edinen ve düzenleyen özel bir kanundur. Bu nedenle ÇKK’da hüküm bulunmayan hallerde genel muhakeme kanunu olan CMK hükümleri tamamlayıcı norm olarak uygulanacaktır (ÇKK m. 42)¹⁵⁵⁶.

Belirtelim ki, Türk hukukunda çocuk muhakemesi, “suça sürüklenen çocuklar”¹⁵⁵⁷ hakkında yürütülen -büyük ölçüde- bir güvenlik tedbiri muhakemesi niteliğinde olsa da yeri geldiğinde bir ceza muhakemesi olarak işlemektedir¹⁵⁵⁸. Bunun nedeni çocuk mahkemelerinde yargılanan kişilerin yaş farklarının TCK’da ayrı hukuki sonuçlara bağlanmış olmasıdır. Bir defa çocuk mahkemelerinde yargılanacak kişiler yalnızca çocuklardır. Çocuk ise, daha erken yaşta erginliğe ulaşmış olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder (ÇKK m. 3/1-a; ÇKY m. 4/1-a; TCK m. 6/1-b; 31/3)¹⁵⁵⁹. Çocuk hakkında uygulanacak hukuki sonuçlar, onun fiili işlediği sırada kaç

tamamıyla bağımsız bir kanunla düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Bkz. GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Juvenile Justice System in Turkey”, FLJ, 3 (1), April 2007, s. 29.

¹⁵⁵⁶ Öğretide bir görüş, ÇKK m. 42’nin bu düzenlemesinin çocuğun yeniden sosyalleştirilmesi amacına ve kanun yapma tekniğine aykırı olduğunu düşünmektedir. Bu görüşün gerekçesi, çocuk muhakemesinde sanığın yokluğu hallerinde duruşma yapılmasına ve hüküm verilebilmesine ÇKK m. 42’nin atfı nedeniyle CMK’nın genel hükümleri uygulanarak karar verilebilmesidir. Bu düşünce ve bağlantılı bir örnek için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 844. Kanaatimizce ÇKK’da hüküm bulunmayan hallerde muhakeme hukuku açısından bir boşluk oluşmaması için CMK’ya atıf yapmak bir zorunluluktur. Burada kanun açısından eleştirilmesi gereken, ceza muhakemesinin genel normlarına atıf yapması değil, çocuklara ilişkin tedbir muhakemesinin kendine özgü bazı noktalarını dikkate almayarak genel ceza muhakemesinin tüm kurallarının tedbir muhakemesine uyarlanabileceği noktasındaki önyargısıdır.

¹⁵⁵⁷ Suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder (ÇKK m. 3/1-a, 2; ÇKY m. 4/1-a, 2).

¹⁵⁵⁸ Öğretide çocuk muhakemesinde suça sürüklenenlerin şüpheli veya sanık olarak adlandırılmayacakları ileri sürülse de (ZAFER, Ceza Hukuku, s. 365), uygulamada bu çocuklardan “şüpheli çocuk” (bkz. Y.9.CD., E. 2013/16131, K. 2014/7183, 10.6.2014) ve “sanık çocuk” (bkz. Y.1.CD., E. 2018/275, K. 2018/2250, 14.5.2018) olarak söz edilmektedir. Kanaatimizce bir çocuğun maddi ceza hukuku anlamında “suça sürüklenen” adını alması, onun şekli ceza hukukunda “şüpheli/sanık” sıfatı almasına engel değildir. Bu konuda Alman hukukunda suç isnadı altında bulunan kişiye yönelik olarak kullanılan “*Beschuldigter*” sözcüğündekine benzer bir kusur atfı, Türk hukuk sisteminde yer almamaktadır.

¹⁵⁵⁹ Çocuğun yaşı, kural olarak, 2006 yılında yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK)’na göre aile kütüğüne işlenmiş kişisel bilgileri göstermesi gereken nüfus kaydına bakılarak tespit edilir. Doğum tarihlerinde doğum yılı yazılıp, doğum ayı ve günü yazılmamış olanların yaşlarının hesaplanmasında doğduğu yılın Temmuz ayının birinci günü, ayı yazılıp da günü belli olmayanlar için de o ayın birinci günü başlangıç olarak alınır (NHK m. 39/2). Bununla birlikte sanığın yaşının ceza hükümleri açısından tespitiyle ilgili bir sorun varsa, CMK m. 218/2 uyarınca, çocuk mahkemesi tarafından ilgili kanunda belirlenen usule göre nispi muhakeme yoluyla bu sorun çözülerek gerçek yaşın saptanması gerekir. Öğretide nispi muhakeme aşamasında bilirkişi tayini yoluna gidilmesi, tıbbi araştırmalar neticesinde örneğin sanığın kemik teşekkülünün incelenmesi, boyunun, kilosunun, ergenlik belirtilerinin, cildinde ve uzuvlarındaki değişiklik ve gelişmelerin dikkate alınması sonucunda elde edilecek bulgulara göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545-546; ayrıca bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 398; ŞEN, s. 257. Aynı zamanda failin yaşı ve fiziksel görünümü arasında fark bulunması halinde Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınmalıdır. Ancak failin yaşının düzeltilmesi için çocuğun bir evreden (yaş kategorisinden) diğerine geçmesi gerektiği, aksi halde bu yola

yaşında olduğuna göre değişmektedir. Bu nedenle çocuğun yaşının tespitinde dikkate alınması gereken zaman, çocuğun soruşturulduğu, kovuşturulduğu, hükmün verildiği veya hukuki sonucun (özelde güvenlik tedbirinin) uygulandığı an değil, fiilin işlendiği andır. Kanaatimizce TCK m. 31’de kullanılan “fiil” sözcüğünden kasıt, netice değil harekettir. Yaşın tespitinde hareketin ne zaman ortaya konulduğu dikkate alınmalıdır. Kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği¹⁵⁶⁰, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği, teşebbüs halinde kalan suçlarda son icra hareketinde bulunulduğu ve ihmali suçlarda icrai harekette bulunulmasının gerektiği anda çocuk kaç yaşında ise o yaş kategorisine dair hükümler uygulanmalıdır.

Çocuğun yaşının net olarak tespit edilmesi önemlidir. Yanlış bir tespit, yanlış sonuçlara ve kararın sakatlanmasına yol açar¹⁵⁶¹. Çünkü bu kişiler yeknesak bir hukuki sonuca bağlanmamış, kendi içinde on iki yaşını tamamlamamış olanlar (TCK m. 31/1), on iki yaşını tamamlamış ancak on beş yaşını tamamlamamış olanlar (TCK m. 31/2) ve on beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamamış olanlar (TCK m. 31/3) şeklinde üç kategoriye ayrılmıştır¹⁵⁶². İşte bu yaş gruplarından hareket ederek, ÇKK kapsamında düzenlenen muhakeme faaliyetlerini kendi içinde “çocuklara özgü ceza muhakemesi” ve “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesi” olarak ikiye ayırmanın uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bir defa suç işleyen çocuk eğer on iki yaşını doldurmamışsa veya bu yaştan büyük olup da on beş yaşını doldurmamış olmakla birlikte kusur yeteneğinden yoksunsa, ona uygulanacak hukuki sonuç yalnızca güvenlik tedbiri olacağı için, bu gruplarda yer alan çocuklar hakkında yürütülen (kanunen izin verilmiş) muhakeme salt bir güvenlik tedbiri muhakemesidir. Oysa suç işleyen çocuk,

başvurulmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 343; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 546. Belirtmek gerekir ki, yaş konusundaki ihtilaf sadece kovuşturma evresinde değil, soruşturma evresinde de ortaya çıkmış olabilir. Bu halde savcının yaş konusundaki ihtilafı asliye hukuk mahkemesinde yaş düzeltme davası (NHK m. 36) açmak suretiyle tespit ettirmesi gerekir (ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 546). Yapılan incelemelere rağmen failin yaşının küçük olup olmadığı hususundaki tereddüt devam etmekte ise *in dubio pro reo* ilkesi uyarınca onun yaşının küçük olduğunu kabul etmek ve kanuni sınırı geçmiyorsa ceza yerine güvenlik tedbiri uygulamak gerekir. Bkz. ŞEN, s. 257; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 397. Kanaatimizce çelişkinin soruşturma evresinde yenilmesi mümkün değilse, *in dubio pro reo* ilkesi bu evrede de uygulanmalı ve çocuğun örneğin on iki yaşını tamamlayıp tamamlamadığı ihtilafı kalmakta ise tamamlamadığı kabul edilmelidir.

¹⁵⁶⁰ “Örneğin, henüz 12 yaşını tamamlamamış olan fail, mağdurun hürriyetini sınırlandırsa ve 12 yaşını tamamladıktan sonra mağdur özgürlüğüne kavuşsa, fail 12-15 yaş grubunda kabul edilmeli, cezai sorumluluğu bu devreye göre belirlenmelidir” (ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 545).

¹⁵⁶¹ “...fili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olan sanığın ceza sorumluluğunun bulunduğu gözetilere kargılamaya devamla sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, sanığın 12 yaşından küçük olduğu ve ceza sorumluluğunun bulunmadığından bahisle 5237 sayılı kanunun 31. maddesi gereğince yargılama yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi...” (Y.2.CD., 8.2.2007, 8375/1773; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 649).

¹⁵⁶² Bu üç kategoride yer alanlardan ilkinde (0-12 yaş grubu) “çocuk”; ikincisine (12-15 yaş grubu) “küçük”; üçüncüsüne (15-18 yaş grubu) ise “genç” denilmesi gerektiği görüşü için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 839; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 287, kn. 494.

eğer on iki yaşını tamamlayıp on beş yaşını tamamlamamakla birlikte kusur yeteneğine sahipse veya on beş yaşını tamamlamışsa, ona uygulanacak hukuki sonuç yalnızca ceza olacağı için bu gruplarda yer alan çocuklar hakkında yürütülen muhakemenin ise bir ceza muhakemesi olacağı söylenebilir. Diğer deyişle çocuk muhakemesi, çocuklara özgü tedbir ve ceza muhakemesinden oluşan bir bütündür. O halde çocuklara özgü tedbir muhakemesi denildiğinde, ilk iki kategoride yer alan çocuklar hakkında yürütülen muhakemeyi anlamak gerekir.

Belirtmek gerekir ki, tedbir muhakemesine ilişkin soruşturma ve kovuşturma evresinde çocuğun yaşının tespitinin fiilin işlendiği ana göre yapılması zorunluluğu, muhakemeye ilişkin normların da bu ana göre tespit edilmesi anlamına gelmez. Burada önemli olan savcının düzenleyeceği iddianameyi ve mahkemenin yürüteceği yargılamayı hangi yaş grubunu esas alarak yapacağıdır. Muhakemeye ilişkin normlar açısından ise genel kural uygulanır. Dolayısıyla muhakeme işlemleri hakkında, bunların gerçekleştirildiği tarihin esas alınması gerekir¹⁵⁶³. Örneğin üst sınırı üç yıl hapis cezası gerektiren bir suçu işlediği sırada on üç yaşında olduğu için tutuklanması mümkün olmayan çocuk (ÇKK m. 21; ÇKY m. 11), soruşturma veya kovuşturma esnasında on beş yaşını tamamlamış ise artık onun tutuklama yasağının dışında kalacağı açıktır. Bununla birlikte mevzuatta bir muhakeme işleminin yapılıp yapılmayacağının çocuğun fiili işlediği sıradaki yaşına bağlı olduğu kabul edilmişse artık muhakeme işleminin yapıldığı andaki yaşın değil, fiilin işlendiği sıradaki yaşın dikkate alınması gerekir. Örneğin fiili işlediği sırada on yaşında olan bir çocuk tarafından işlenen bir suçtan çocuğun on iki yaşını tamamlamasından sonra haberdar olursa bile YGİY m. 19/1'in açık hükmü gereği, bu çocuk hakkında yakalama ve suç tespitinde kullanmaya yönelik işlemler yapılamayacaktır¹⁵⁶⁴.

Çocuklar tarafından işlenen suçlarda muhakeme şartları, kural olarak yetişkinlerin işlediği suçlardan farklı değildir. Bu nedenle örneğin bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılmakta ise, bu suçun çocuk tarafından işlenmesi onu şikayete bağlı hale getirmez. Muhakeme şartlarına ilişkin istisnanın kanunda açıkça öngörülmesi gerekir. Bu kuralın bir istisnasına Türk hukukunda cinsel

¹⁵⁶³ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 734-735.

¹⁵⁶⁴ Kanaatimizce YGİY m. 19'da yer verilen bu düzenleme iki açıdan isabetli değildir. İlkin, burada genel kurala uygun olarak, çocuğun yakalama veya tespit anındaki yaşının esas alınması gerekir. Genelde muhakeme ve özelde koruma tedbirleri açısından kabul gören genel kurallara neden istisna getirildiğini anlamak mümkün değildir. İkincisi, koruma tedbirlerinin, bunların şartlarının ve istisnalarının kanunla düzenlenmeksizin doğrudan doğruya yönetmelikle düzenlenmesi olanaklı değildir. Bu nedenle söz gelimi çocuklar hakkında yakalama tedbirine ilişkin bir istisna öngörülebilecekse, bunun yeri, genel kanun olan CMK veya çocuklara ilişkin özel kanun niteliğindeki ÇKK olmalıdır.

istismar suçu açısından yer verilmiştir. Buna göre sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır (TCK m. 103/1-c.4).

3.3.1.1.1.2. Soruşturma Evresi

3.3.1.1.1.2.1. Genel Özellikler

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesinde soruşturma evresi, çocuk tarafından bir suçun işlendiği izlenimini uyandıran halin öğrenilmesiyle birlikte başlar. Soruşturma evresinin başlangıcı, aynı zamanda çocuk muhakemesinin de başladığı ana tekabül eder¹⁵⁶⁵.

Çocuk soruşturmalarında görev almak üzere, Cumhuriyet başsavcılıklarında bir “çocuk bürosu”¹⁵⁶⁶ kurulur. Cumhuriyet başsavcısı tarafından yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı, bu büroda görevlendirilir (ÇKK m. 29; ÇKY m. 14)¹⁵⁶⁷. İşte suça sürüklenen çocuklara ilişkin soruşturma işlemleri, Cumhuriyet başsavcılıkları bünyesinde bulunan çocuk büroları eliyle yürütülür¹⁵⁶⁸. Mevzuatta “çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı” olarak kaleme alınan bu savcılara, uygulamada “çocuk büro savcısı” veya “çocuk savcısı” da denilmektedir.

Suçta sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma, çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır (ÇKK m. 15/1; ÇKY m. 5/1)¹⁵⁶⁹. Soruşturmanın savcı tarafından bizzat yürütülmesi, kolluğun çocuk suçlunun ifade alma işlemini yapmasının önünde engeldir. Madde gerekçesinde, kanun koyucunun, suçlu çocuğun ifadesinin sadece savcı tarafından alınmasını amaçladığı belirtilmiştir.

Çocuk muhakemesinin soruşturma evresinde mecburi müdafilik sistemi geçerlidir. Bu nedenle şüpheli çocuğun istemi aranmaksızın kendisine bir müdafinin tayin edilmesi gerekir (CMK m. 150/2).

¹⁵⁶⁵ Muhakemenin çocuk hakkında suç işlediği gerekçesiyle dava açılması üzerine başlayacağı hususunda bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1574.

¹⁵⁶⁶ YURTCAN (Ceza Yargılaması Hukuku, s. 642), Kanun’da geçen çocuk bürosu ifadesi yanıltıcı olsa da, kanun koyucunun bu ifadeyle büyük yerleşim yerlerindeki savcılıkları kast ettiğini, küçük yerlerde büro şeklinde işlemese bile, savcılardan birinin işbölümü biçiminde bu görevi yürüteceğini ifade etmektedir.

¹⁵⁶⁷ Cumhuriyet savcıları, çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitilmiş olmalıdır (ÇKK m. 32/1; ÇKY m. 36).

¹⁵⁶⁸ “Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu görevler çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet savcıları tarafından da yerine getirilebilir” (ÇKK m. 30/2; ÇKY m. 15/2).

¹⁵⁶⁹ Ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar hakkında soruşturma yürütülmemesi ve soruşturma işlemlerinin yapılmaması gerektiği görüşü için bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 187-188.

Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir (ÇKK m. 15/2; ÇKY m. 5/4). Sosyal çalışma görevlisi, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyoloji, çocuk gelişimi, öğretmenlik, aile ve tüketici bilimleri ve sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensuplarını ifade eder (ÇKK m. 3/1-e; ÇKY m. 4/1-f)¹⁵⁷⁰. Mevzuatta geçen “bulundurulabilir” ifadesinden anlaşıldığı kadarıyla, sözü edilen meslek mensuplarından birinin çocuk soruşturmasında bulunmaması, yapılan işlemi ve çocuğun verdiği ifadeyi geçersiz kılmaz. Bununla birlikte, çocuğun soruşturma işlemlerinden dolayı psikolojik açıdan zarar görme ihtimalini azami düzeyde indirmek amacıyla mümkün olduğu ölçüde soruşturma işlemlerinde sosyal çalışma görevlisine yer verilmesi uygun olacaktır.

Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında gerekli görüldüğünde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını çocuk hâkiminden isteyebilir (ÇKK m. 15/3; ÇKY m. 5/8). Belirtmek gerekir ki, suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanacak koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri olması nedeniyle kural olarak kovuşturma evresinde mahkemenin yargılama sonucu verdiği hükümle birlikte uygulanır. Ancak soruşturma evresinde de bu tür tedbirlerin uygulanmasının çocuk hâkiminden istenmesi, bu tedbirlerin soruşturma evresindeki hukuki niteliğini değiştirmektedir. Nitekim güvenlik tedbirleri ancak yargılama sonucunda ve mahkeme kararıyla suçluluğu tespit edilen kişi hakkında uygulanabilir. Oysa soruşturma evresinde çocuk hâlihazırda suç şüphesi altındadır. Bu nedenle soruşturma aşamasında uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin birer güvenlik tedbiri değil, muhakemenin işleyişi çerçevesinde geçici olarak başvuru “kendine özgü birer koruma tedbiri” niteliğinde olduğu kanısındayız¹⁵⁷¹. Tedbirlerin soruşturma evresinde hâkim kararıyla uygulanması, bunların önleyici niteliğini değiştirmez.

¹⁵⁷⁰ Adalet Bakanlığınca en az lisans öğrenimi görmüş olanlar arasından yeterli sayıda sosyal çalışma görevlisi mahkemelere görevlendirilmek üzere adliyelere atanır. Atamada; çocuk ve aile sorunları ile çocuk hukuku ve çocuk suçluluğunun önlenmesi alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olanlar tercih edilir (ÇKK m. 33/1; ÇKY m. 17/1). Söz konusu hüküm, bu görevlilerin mahkemede bulunmaması veya görevi yapmalarının mümkün olmaması halinde benzer nitelikteki kişilerin görevlendirilebileceği (ÇKK m. 33/3; ÇKY m. 17/3) hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun her halde sosyal çalışma görevlilerinin çocuk muhakemeleri nezdinde yer almasını istediği sonucu çıkmaktadır.

¹⁵⁷¹ Alman hukukunda kusur yeteneğinden tamamen yoksun olduğu kanunen kabul edilen (on dört yaşından küçük olan) çocuklar hakkında ne cezaların ne de –tehlikeli eşyaların ve yazıların müsadereğine ilişkin ayrık hükümler dışında- güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına müsaade edilmiştir. Bunlar hakkında suçun hukuki sonucu olarak yalnızca Sosyal Güvenlik Kanunu (*Sozialgesetzbuch VIII: Kinder- und Jugendhilfe*) kapsamında kalan tedbirler ile aile mahkemeleri tarafından öngörülen eğitim tedbirlerinin uygulanması mümkündür. Bkz. SCHILD, Wolfgang, “StGB § 19 Schuldunfähigkeit des Kindes”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, Rn. 2, 8. Türk hukukunda mülga ÇMK döneminde tedbir kararlarının

Çocuklarla ilgili kolluk görevi, öncelikle¹⁵⁷² kolluğun çocuk birimleri tarafından yerine getirilir (ÇKK m. 31/1). Çocuklarla ilgili görevleri yerine getiren polis ihtisas birimleri, İl Emniyet Müdürlüklerinde Çocuk Şube Müdürlüğü, İlçe Emniyet Müdürlükleri/ veya Amirliklerinde Çocuk Büro Amirliği olarak örgütlenmiştir¹⁵⁷³.

Kolluğun çocuk birimi, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocuklar hakkında işleme başlandığında durumu, çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye, baroya ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna, çocuk resmi bir kurumda kalıyorsa ayrıca kurum temsilcisine bildirir. Ancak, çocuğu suça azmettirdiğinden veya istismar ettiğinden şüphelenilen yakınlarına bilgi verilmez. Çocuk, kollukta bulunduğu sırada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkân sağlanır. Kolluğun çocuk birimlerindeki personeline, kendi kurumları tarafından çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi, çocuk gelişimi ve psikolojisi, sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilir (ÇKK m. 31/1-4). Kolluk bünyesinde çocuklarla ilgili işlemlerin yürütülmesi sırasında, bunların soruşturma nedeniyle kolluk biriminde bulunan yetişkinlerle karşılaşmalarının engellenmesi için gerekli tedbirler alınır (ÇKY m. 16/2). Sözü edilen tedbirler, birer “önleyici polis tedbiri” niteliğinde olup, bu tedbirlerin alınması her halde zorunludur.

Çocuk soruşturması işlemlerinde çocukların kimlikleri ve eylemleri mutlaka gizli tutulur. Çocuklarla ilgili işlemler mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getirilir (YGİY m. 19/1-b, 7, 9).

Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi hâlinde, savcılık ve adlî kolluk tarafından çocuklar hakkında ayrı evrak düzenlenmesi ve soruşturmanın yetişkinlerden ayrı yürütülmesi gerekir (ÇKK m. 17/1; ÇKY m. 7/1). Bu bir emredici norm niteliğindedir. Çocuğun fail, azmettiren veya yardım eden sıfatı taşıması yani iştirakin türü, soruşturmanın işleyiş biçimini etkilemez. Kanaatimizce iştirak halinde suç işleyen yetişkinler ve çocuklar açısından kolluk işlemlerinin ve soruşturmanın ayrı ayrı yürütülmesinin istisnası yoktur. Dolayısıyla soruşturma evresinde aralarında (objektif dar) bağlantı bulunduğu gerekçesiyle davalar birleştirilerek yüksek görevli mahkemede dava açılmalıdır. Sistematik yorum yapılacak olursa ÇKK m. 17/3’te yer verilen “yargılamanın her aşamasında” ibaresinin kovuşturma evresinin devrelerini ifade

dosya üzerinden verilmesinin, hâkimin yargısal bir faaliyeti olmayıp tıpkı vesayet makamı gibi hareket eden çocuk hâkiminin bu yöndeki kararının idari bir karar olduğu görüşü için bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 274-275.

¹⁵⁷² Kanunda “öncelikle” denildiğine göre, gerekli olması halinde genel kolluk da çocuklarla ilgili kolluk görevini yürütebilir (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 846).

¹⁵⁷³ Bkz. Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, RG Tarihi: 13.4.2001, RG No: 24372.

ettiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle çocuklarla yetişkinlere ilişkin davaların birlikte görülmesinin zorunlu olduğu hallerde birleştirme kararının yalnızca mahkeme tarafından verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma evresinde çocuk hâkimi tarafından koruyucu ve destekleyici tedbirlere başvurulabilir (ÇKK m. 3/2-c; 7). Ne var ki, daha önce de ifade edildiği üzere, bu tedbirlerin teknik anlamda birer güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu tedbirler, soruşturma evresinde çocuk hâkimi tarafından yargıçlık kararı şeklinde uygulandığı sırada, “ileride güvenlik tedbirine dönüşmesi muhtemel olan koruma tedbirleri” olarak değerlendirilebilir. Zira koruyucu ve destekleyici tedbirlerin birer güvenlik tedbiri olarak değerlendirilebilmesi için muhakeme faaliyeti sonunda mahkeme tarafından bir “hüküm” doğrultusunda bu tedbirlere karar verilmesi gerekir.

Soruşturma evresinin sonunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşması halinde çocuk savcısı tarafından bir iddianame düzenlenmek suretiyle mahkemeye sunulmalıdır¹⁵⁷⁴. Hukukumuzda “tedbir talepname” şeklinde kendine özgü bir dava açma belgesi kabul edilmediği için tedbir talebinin de iddianame kapsamında ibraz edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, mevzu hukukta aksi yönde bir uygulama bulunmakla birlikte, olması gereken hukuk açısından, iddianamede, on iki yaşını doldurmadığı için kusur yeteneğinden yoksun olduğu mutlak surette kabul edilen çocuklar hakkında, -hapis veya adli para cezasının değil fakat- koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanması talep edilmelidir. Diğer bir deyişle, bu yaş grubuna giren çocuklar hakkında iddianame düzenlenmeden önce bilirkişiye başvurulması ve çocuğun kusur yeteneğinden yoksun olup olmadığının tespitine yönelik değerlendirmede bulunulması mümkün değildir. Bilirkişi tayini mümkün olmayan bir konuda uzman mütalaasının da alınamaması gerekir.

Fiilin işlendiği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocukların soruşturma evresi sonlandırılmadan ve iddianame düzenlenmeden önce, bu kategoride yer alan çocukların kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirmeye esas alınmak üzere CMK m. 63/3 uyarınca bilirkişi tayinine gidilmesi gerektiği söylenebilir. Bilirkişi raporu sonrası çocuğun anlama ve isteme yeteneklerinin bulunduğu konusundaki değerlendirmeyi savcı yapmalıdır¹⁵⁷⁵. Çocuk savcısı bilirkişi raporunu inceledikten sonra, çocuğun kusur yeteneğinin bulunduğu

¹⁵⁷⁴ Krşl. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 397; ERSOY, s. 141.

¹⁵⁷⁵ Çocuğun fiziksel ve psikolojik olgunluğuna göre algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığına hekim bilirkişinin karar vereceği görüşü için bkz. SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 398.

kanaat getirirse iddianamede çocuk hakkında (indirgenmiş) ceza talep edecek; bu yetenekten yoksun olduğu kanısında ise sadece güvenlik tedbiri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını isteyecektir.

Fiilin işlendiği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında güvenlik tedbiri muhakemesi yapılamayacağı için bunlar hakkında mahkemeye sunulan iddianamede (indirgenmiş) ceza talep edilmelidir. Bu grupta yer alan çocukların kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin olarak savcının bilirkişi tayinine gitmesi gerekmez. Fakat böyle bir iddia varsa soruşturma evresinde de talep üzerine bilirkişi tayininin olanaklı olduğu ve bu hususta soruşturma evresinde de uzman mütalaası alınabileceği kanısındayız. Bilirkişi raporu sonrasında savcı bu kategoride yer alan çocuğun anlama ve isteme yeteneklerinin bulunduğu kanısına varırsa iddianamede yalnızca (indirgenmiş) ceza talep eder. Eğer savcı, çocuğun kusur yeteneğinin bulunmadığı kanaatinde ise ÇKK m. 12'nin mefhumu muhalifi gereğince, çocuklara özgü değil, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını talep etmelidir. İlk halde ceza muhakemesinden, ikinci halde tedbir muhakemesinden söz edilir.

Soruşturma evresinin sonunda çocuk savcısı tarafından tedbir muhakemesinin kovuşturma evresine geçilmesini gerektirecek delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmadığının saptanması halinde kovuşturmayaya yer olmadığı (kovuşturmama/takipsizlik) kararı verilmelidir (CMK m. 172/1). Savcının on iki yaşını doldurmamış çocuklar hakkında takipsizlik kararı vermesine rağmen, tedbir kararı verilmesini hâkimden istemesine engel bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁷⁶. Ne var ki, savcının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine talep edeceği koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, “kendine özgü birer önleme tedbiri” olarak uygulanması olanaklı ise de kovuşturulmaksızın tatbik edileceği için bunların çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak dikkate alınması mümkün değildir.

3.3.1.1.1.2.2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi açısından 2006 yılına kadar genel hükümlerden ayrı bir düzenleme bulunmakta iken, 5560 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle hükümler eşitlenmiştir¹⁵⁷⁷. Böylelikle çocuğa yüklenen suçtan dolayı, genel

¹⁵⁷⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 541; HAKERİ, s. 383; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 316.

¹⁵⁷⁷ Aynı yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1577; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin

hükümler uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Bunun için CMK m. 171’de yer verilen koşulların gerçekleşmesi aranır. Fakat çocuklar açısından erteleme süresi, beş yıl değil, üç yıldır (ÇKK m. 19/1). Ayrıca CMK m. 171/2’de belirtilen hapis cezasının üst sınırı, on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından, üç yıl değil, beş yıl olarak uygulanır (ÇKK m. 19/2). Yani uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, on beş yaşını doldurmamış çocuklar tarafından işlendiği iddia edilen ve üst sınırı beş yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Hakkında erteleme kararı verilen çocuk hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir (ÇKK m. 36; bkz. ÇKY m. 26).

3.3.1.1.1.3. Kovuşturma Evresi

3.3.1.1.1.3.1. Genel Özellikler

Öğretide kanun koyucunun, TCK m. 31/1’de yer verilen “ceza kovuşturması” kavramı bakımından eleştirildiği görülmektedir. Nitekim sözü edilen maddede “fili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığı; bu kişiler hakkında, ceza kovuşturmasının yapılamayacağı, yalnız çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği” kaleme alınmıştır. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*’na göre, bu durum kanunun cezayı dar manasıyla algılamasının bir sonucudur. Ceza bu manada anlaşıncı, kovuşturmaya da dar bir anlam verilmiş ve çocuklara özgü güvenlik tedbirleri bundan dışlanmıştır. Oysa güvenlik tedbiri için yargı makamına başvurularak dava açılması da bir kovuşturmadır¹⁵⁷⁸. Kanaatimizce TCK m. 31/1’de geçen “ceza kovuşturması” kavramını ceza ve kovuşturma¹⁵⁷⁹ biçiminde ikiye bölerek incelemek gerekir. Bir defa çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, hukuki nitelik itibarıyla ceza değildir. İkinci olarak, kovuşturma, CMK m. 2/1-f gereğince, dar anlamlıdır. Bu evre, iddianamenin kabulü ve hükmün kesinleşmesi arasındaki süreci kapsar. Oysa savcının tedbir başvurusunu

Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2017, s. 866. Maddenin değişiklikten önceki halinde aranan koşullar hakkında bkz. GÜNGÖR/OKUYUCU ERGÜN, s. 34-35.

¹⁵⁷⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1574, ayrıca bkz. Ibid., dn. 10.

¹⁵⁷⁹ Belirtelim ki, öğretide kovuşturma kavramı da eleştirilmektedir. *Yurtcan*’a göre, “koğuşturma”, ceza yargılamasında kişiye suç yüklemek anlamına gelir. Bu nedenle sözü edilen terim, ceza yargılamasının belli bir dönemine isim olarak verilemez. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 647.

(hukukumuzda iddianameyi) mahkemeye sunması soruşturma evresinin parçasıdır. Bu nedenle TCK m. 31/1’de yer alan ifadenin “ceza kovuşturması yapılamaz” fakat “çocuklara özgü tedbir kovuşturması yapılabilir” şeklinde anlaşılması daha isabetlidir.

Öğretide on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında yargılama yapılıp yapılmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fıkarda geçen “kovuşturma” kavramı, teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu nedenle bu kavramdan anlaşılması gereken ceza takibatıdır. O halde on iki yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında ne ceza soruşturmasının ne de kovuşturmasının yürütülmesinden söz edilebilir¹⁵⁸⁰. Bir diğer görüşe göre ise bu çocuklar hakkında soruşturma yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte, kovuşturma yapılması mümkün değildir¹⁵⁸¹. Bu nedenle bu kategoride yer alan çocukların suç işlediği iddiası varsa savcıların dava açmaması, her nasılsa dava açılmışsa ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir¹⁵⁸². Diğer bir görüş, yaş sınırının bir dava şartı olduğunu, soruşturma mümkün olsa ve çocuk şüpheli sıfatı alabilse bile davanın açılmayacağını, yanlışlıkla açılan bir dava varsa düşme kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵⁸³. Buna karşılık bir diğer görüş ise, kusur yeteneği olmayan bu çocuklara ceza yaptırımını uygulanamamasının ceza yargılamasının yürütülemeyeceği anlamına gelmediği, suçun işlenip işlenmediğinin tespiti için yargılamanın şart olduğunu düşünmektedir¹⁵⁸⁴. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise TCK m. 31/1-c.2’de yer verilen “ceza kovuşturması yapılamaz” ifadesiyle engellenenin, “suç kovuşturması” olmadığını, aksine açıkça vurgulandığı üzere sadece ceza kovuşturması olduğunu, o halde bu çocuklar hakkında soruşturma yapılabileceğini, ayrıca kovuşturma yapılmaksızın güvenlik tedbiri uygulanamayacağına göre¹⁵⁸⁵ bu çocuklar hakkında da adına “güvenlik tedbiri kovuşturması” denilen bir kovuşturmanın

¹⁵⁸⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 488. Aynı yönde bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 635.

¹⁵⁸¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 541; ÖZGENÇ, s. 397; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 315, 635; HAKERİ, s. 383; AKBULUT, s. 807.

¹⁵⁸² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 541-542; HAKERİ, s. 383.

¹⁵⁸³ AKBULUT, s. 496.

¹⁵⁸⁴ ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 392.

¹⁵⁸⁵ Öğretide on iki yaşını doldurmamış çocuklar hakkında kovuşturma yapılamayacağını kabul eden görüşler, bu çocukların işledikleri fiilin suç vasfını kaybetmediği, yaşın yalnızca kusur yeteneğine etki ettiği, o nedenle tehlikeli hali nedeniyle bu çocuklara güvenlik tedbiri uygulanabileceği düşüncesindedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 397-398; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 541. Kanaatimizce bu çocuğun işlediği fiilin suç olduğunun ve onun tehlikeli hal içinde bulunduğunun, kovuşturma yapılmaksızın tespit edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözü edilen hususları tespite yönelik faaliyetlerin kovuşturma evresi içinde yürütülmesi gerekir. Aksi halde uygulanacak tedbir, hâkim kararıyla uygulanırsa bile, teknik anlamda güvenlik tedbiri olarak nitelenemez. Bu tedbirler, ceza sorumluluğu olmayan ve suça sürüklenen çocuklar bakımından “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri” olarak anlaşılacaksa (ÇKK m. 11), bunun bir yargılamayı ve bir hükmü gerektirdiği açıktır.

yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁸⁶. Gerçekten söz konusu hükümde geçen “ceza kovuşturması” ifadesinden anlaşıldığı üzere, yasaklanan kovuşturma evresi, “dar anlamda ceza muhakemesindeki kovuşturma evresi” ile sınırlıdır. Nitekim aksi düşünülseydi “ceza kovuşturması yapılamaz” ifadesi yerine “kovuşturma yapılamaz” ifadesinin kullanılması gerekirdi. Çünkü CMK’da yargılama aşamasını ifade etmek üzere ceza kovuşturması değil, “kovuşturma” kavramı kullanılmaktadır. O halde maddede öngörülen yasak, dar anlamda “ceza kovuşturması” ile sınırlanmıştır. Belirtelim ki, doktrinde ileri sürülen bazı görüşlerin aksine, burada yapılacak yargılama bir ceza yargılaması değil, tedbir yargılaması niteliğindedir. Söz konusu tedbir yargılaması ise geniş anlamda “kovuşturma/suç kovuşturması” ve dar anlamda “güvenlik tedbiri kovuşturması” manasına gelir. Bu nedenle Yargıtay’ın on iki yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında suç kovuşturması yapılamayacağına ilişkin kararının¹⁵⁸⁷ isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bunlar hakkında gerektiğinde duruşma yapılabilmesi mümkün olduğuna (ÇKK m. 13, 22) ve duruşma devresi de kovuşturma evresine özgü bir muhakeme aşaması olduğuna göre, kanun koyucunun bir tedbir kovuşturmasını kabul ettiğinden bahsetmenin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Fakat öte yandan TCK m. 66’da TCK m. 31’de düzenlenen iki gruptan bahsedilmesine rağmen on iki yaşını doldurmamış çocukların düzenlenmemiş olması, bu çocuklar açısından “dava”dan söz edilemeyeceği şeklinde de yorumlanmaya müsaittir. Kanaatimizce, *de lege lata* on iki yaşını doldurmamış olan çocukların TCK m. 66/2’de yer almamasını, “Yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz” ilkesinden hareketle, bunlar hakkında dava zamanaşımına ilişkin genel sürelerin uygulanması gerektiği yönünde yorumlamak gerekir. Eğer ilk şekilde düşünülürse yani bu çocuklar hakkında suç kovuşturmasının yapılamayacağı kabul edilirse, bu halde on iki yaşını doldurmamış olan çocuklara uygulanacak tedbirlerin birer güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi

¹⁵⁸⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 394.

¹⁵⁸⁷ “Kamu davasının açılmasının zorunluluğu ilkesinin istisnalardan birisini oluşturan ve TCK’nın 31/1. maddesinde 12 yaşını doldurmamış çocuklarla ilgili düzenlenen hükümde <ceza sorumluluklarının olmadığı ve ceza kovuşturması yapılamayacağını> ancak, <çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin> uygulanabileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin niteliği dikkate alındığında açıkça 12 yaşından küçük çocukların suç kovuşturmasının dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Suç tarihinde 12 yaşından küçük çocuk bir ceza ilişkisinin tarafı olmayacağı gibi usulü ilişkinin tarafı da olamayacaktır. Yani yanlışlıkla kamu davası açılmış bile olsa ceza davasına bakılamayacaktır. Suç kovuşturması yapılamayınca tedbirler açısından Çocuk Koruma Kanunu’nun getirdiği ilkelere bakılması zorunluluğu ortaya çıkmakta, 5395 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme ve Çocuk Koruma Kanunu’na Göre Verilen Korumayı ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesi hükmü de gözetildiğinde Çocuk Koruma Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca hükmolunacak tedbir kararlarının çocuk mahkemesi veya hâkimince çocuk mahkemesi olmayan yerlerde ise aile mahkemesi veya yoksı asliye hukuk mahkemesince karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır” (Y.9.CD., E. 2011/8130, K. 2011/30619, 22.12.2011).

mümkün değildir. Ne var ki, ikinci düşünüş tarzı yani bu kategorideki çocuklar hakkında tedbir kovuşturmasının yapılabileceği görüşü ise bu kez on iki yaşını doldurup da on sekiz yaşını doldurmamış çocuklara nazaran on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında daha uzun dava zamanaşımı süresi uygulanması anlamına gelir ki; bu tür bir çözüm de orantılılık ve dolayısıyla akla yatkınlık ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle kanaatimizce, *de lege ferenda* TCK m. 66/2'ye on iki yaşını tamamlamamış çocukları da kapsayacak bir düzenleme eklenmeli yahut bu kategoride bulunan çocukların hem ceza hem de tedbir sorumluluğunun bulunmadığı kanunda açıkça düzenlenmelidir. Güvenlik tedbirleri teorisi açısından beklenir olan, on iki yaşını doldurmamış çocukların suç muhakemesinden tamamen dışlanması değil, bunlar hakkındaki davaya ilişkin istisnai ve özel hükümlerin sevk edilmesidir.

Belirtmek gerekir ki, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesinde, çocuk mahkemesinin sanık çocuk hakkında güvenlik tedbirine hükmedebilmesinin ön şartı, çocuğun işlediği fiilin suç olduğunu tespit etmesidir. Nitekim suç (sebepl suç) yukarıda da izah edildiği üzere, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının ön koşuludur. Kaldı ki, gerek ceza gerekse güvenlik tedbiri, “suçun” hukuki sonucudur. Kusur yeteneğinden yoksun olan kimselerin ve bu arada çocukların işlediği ceza hukukuna aykırı fiiller de kriminal anlamda suçtur. Kusur yeteneğinden yoksun olan çocuklara ceza verilmemesi ile bunların işlediği fiilin suç teşkil etmemesi birbirinden farklıdır. Bu nedenle öğretide çocukların işlediği fiillerin suç olmadığını ileri süren düşüncenin¹⁵⁸⁸ isabetli olmadığı kanısındayız. Kusurluluk bir suç unsuru olarak kabul edilse bile sonuç değişmez. Nitekim bu halde kusur yeteneğini kusurluluğun bir ön şartı olarak değil, failin bir kişilik özelliği olarak dikkate almak gerekir. Bu nedenle suça sürüklenen çocuklar da teknik anlamda suçludur. Bu çocuklar soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde ise sanık sıfatı alırlar. Sanık kavramının CMK’da düzenlenmesi, çocukların veya kusur yeteneğinden yoksun olan diğer kimselerin bu sıfatı alamayacakları anlamına gelmemektedir. Nitekim ÇKK’da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümleri uygulanır. Alman hukukunda kusur yeteneği olmayanlardan sanık değil, muhatap şeklinde bahsetmenin daha doğru olduğu ifade edilse de bu durum, bağımsız tedbir muhakemesini tamamlayan hükümlerin, Alman CMK’da yer aldığı gerçeğini değiştirmez. Kaldı ki sanık, Türkçe sözlükte “suçlu olduğu sanılarak mahkemeye sevk

¹⁵⁸⁸ “Tekrarlayalım ki, gerek TCK’da ve gerekse ÇKK’da, çocukların sorumluluğu düzenlenirken suçtan hareket edilmesi bilimsel esaslara aykırıdır. Burada suçtan değil, fiilden söz edilmesi gerekirdi. Çünkü, isnad kabiliyeti bulunmayan kimsenin kusurlu davranabilmesi mümkün değildir; başka bir ifade ile her suçta zorunlu olarak bulunması gereken suçun manevi unsuru gerçekleşmez. Kusursuz suç ve ceza olmaz” (ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 843).

edilmiş kimse” olarak tanımlanmaktadır; bu nedenle bu kimselere tedbir muhakemesi hukukunda zaten “ceza tehdidi altında bulunan” anlamında sanık denilmemekte; “suç isnadı altında bulunan” anlamında sanık denilmektedir¹⁵⁸⁹.

3.3.1.1.3.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Çocuk Koruma Kanunu, çocuk kovuşturmasında görevli mahkemeleri “çocuk mahkemesi” ve “çocuk ağır ceza mahkemesi” olarak ikiye ayırmıştır. Çocuk mahkemesi tek hâkimden oluşur¹⁵⁹⁰. Toplu mahkeme sistemine göre işleyeceği kabul edilen çocuk ağır ceza mahkemesi ise bir başkan ile yeteri kadar üyeden müteşekkil olup, bir başkan ve iki üye ile toplanır¹⁵⁹¹.

Çocuk yargılamasında görevli mahkemeler arasındaki ayrım, yalnızca sayıdan ibaret değildir. Ayrıca bu ayrımda muhakeme evresi de dikkate alınmamaktadır. Çocuk ve çocuk ağır ceza mahkemeleri ayrımı yalnızca görev bakımından yapılan bir ayrımdır. Nitekim çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar¹⁵⁹². Çocuk ağır ceza mahkemesi ise çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar (ÇKK m. 26). Her iki mahkemede görev yapacak hâkimlerde, göreve atanmada öncelik şartı olarak, kanun birtakım özelliklerin bulunmasını aramıştır¹⁵⁹³. Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir. Çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi,

¹⁵⁸⁹ Aksi yönde, çocuklara sanık sıfatı verilemeyeceği hakkında bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 843-844.

¹⁵⁹⁰ “Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir” (ÇKK m. 25/1).

¹⁵⁹¹ “Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk ağır ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır” (ÇKK m. 25/2).

¹⁵⁹² Belirtelim ki, ÇKK m. 17/1’de asliye ceza mahkemeleri yanında sulh ceza mahkemelerinden de söz edilmektedir. Fakat sulh ceza mahkemeleri, 6545 sayılı Kanun’un 84’üncü maddesiyle 5320 sayılı Kanun’un geçici 1’inci maddesine eklenen düzenleme sonucu kaldırıldığı ve sulh ceza hâkimliğine dönüştürüldüğü için kovuşturma evresinde çocuk mahkemesi, yalnızca asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren davalar için görevlidir.

¹⁵⁹³ “Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulunca atama yapılır” (ÇKK m. 28/1). Burada görev alacak hâkimler, çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitilmiş olmalıdır (ÇKK m. 32/1; ÇKY m. 36). Bu özelliklerin aranmasının neden, çocuk suçluluğu ve muhakemesinin kendine özgü nitelikleridir. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 634.

bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır (ÇKK m. 27/1-2).

Çocuk muhakemesinde yetkili mahkeme hususu ayrıca düzenlenmemiştir. Bu durum ÇKK'da hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümlerinin uygulanması kuralının bir sonucudur. Yetkili mahkeme konusunda açık hüküm olmadığı için CMK m. 12'de düzenlenen genel yetki kuralları uygulama alanı bulur. Dolayısıyla kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir¹⁵⁹⁴.

3.3.1.1.3.3. Duruşma ve Genel İşleyiş

Kusur yeteneği bulunmayan çocuklara özgü güvenlik tedbiri muhakemesinde tedbir kararına, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden hükmolunulur. Bununla birlikte hâkim, zorunlu bir halin bulunduğunu değerlendirmekte ise duruşma açması da mümkündür (ÇKK m. 13). Hükümün mefhumu muhalifinden, kusur yeteneğine sahip olan çocuklar hakkında duruşma yapılarak karar verileceği anlaşılmaktadır. Çocuk muhakemesinde duruşma yapılması gereken hallerde, duruşmanın gizli oturumda yürütülmesi ve hükmün açıklanmasının da gizli oturumda yapılması gerekir. Nitekim sanığın çocuk olması, zorunlu kapalılık halidir (CMK m. 185). Yargıtay, zorunlu kapalılık ihlal edilerek duruşma veya duruşmaların yürütülmesinin¹⁵⁹⁵ ve/veya kararın aleni duruşmada tefhim edilmesinin¹⁵⁹⁶ hukuka aykırı olacağını kabul etmektedir.

Çocuk muhakemesinin kovuşturma evresinde de mecburi müdafilik sistemi geçerlidir. Bu nedenle sanık çocuğun istemi aranmaksızın kendisine bir müdafinin tayin edilmesi gerekir (CMK m. 150/2).

Çocuk mahkemesinde görülecek yargılamanın duruşma devresinde Cumhuriyet savcısının duruşma salonunda bulunmaması usulü kabul edilmiştir¹⁵⁹⁷. Ancak

¹⁵⁹⁴ Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1577. Her ne kadar ÇKK m. 8'de koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınmasında, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hâkiminin yetkili olduğu ifade edilmişse de, burada sözü edilen tedbirler, suç işleyen çocuklar hakkında uygulanacak tedbirler olmayıp, korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında uygulanacak tedbirlerdir. Nitekim KDTY m. 8/3'te yer verilen *"Hakkında kovuşturma başlatılmış olan çocuklar için koruyucu ve destekleyici tedbir kararı kovuşturmanın yapıldığı mahkemece alınır"* düzenlemesinden de çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinde yetkili mahkemenin genel hükümlere tabi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁵⁹⁵ *"18 yaşını doldurmamış olan suça sürüklenen çocuk hakkında, 25.04.2014 ve 30.05.2014 tarihli duruşmaların gizli yerine açık yapılması, bozmayı gerektirmiştir"* (Y.17.CD., E. 2017/5291, K. 2018/549, 15.1.2018).

¹⁵⁹⁶ *"Suça sürüklenen çocuk hakkında, duruşmanın gizli yerine açık yapılması ve hükmün de açık tefhim edilerek 5271 Sayılı CMK'nın 185.maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir"* (Y.13.CD., E. 2016/14523, K. 2018/4053, 21.3.2018).

¹⁵⁹⁷ Nuhoğlu'na göre ("5237", s. 200), bu durum, muhakemenin üç ayağından birini (iddia ayağı) ortadan kaldırdığı için çocuk mahkemelerinde gerçek bir yargılama faaliyetinden söz edilemez.

mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilirler (ÇKK m. 25/1-c.3,4). Çocuk ağır ceza mahkemesi için bu yönde bir hüküm sevk edilmemesi nedeniyle, çocuk ağır ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı mutlaka hazır bulunmalıdır¹⁵⁹⁸. Aksi halde mahkemenin kanuna uygun teşekkül etmemesi nedeniyle (CMK m. 289/1-a) hukuka kesin aykırılık halinden ve bir mutlak bozma nedeninden söz edilir.

Çocuk, velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi duruşmada hazır bulunabilir. Mahkeme veya hâkim, çocuğun sorgusu veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurabilir. Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir (ÇKK m. 22; ÇKY m. 13). Çocuk yargılamasında bu kadar fazla sayıda kişinin duruşmada hazır bulunabileceğinin kabul edilmesinin iki amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, çocuğun yargılamada yalnız olmadığı hissini vererek ona psikolojik destek sağlamak; ikincisi ise çocuğun yakın ilişki içinde olduğu bu kişilerden yargılamada bilgi sağlamaktır¹⁵⁹⁹.

Belirtelim ki, sanık çocuğun ve çocukla bağlantılı diğer kişilerin duruşmada bulunması, bir muhakeme şartı değildir. Çocuğun savunmasına ilişkin özel hükümler de ÇKK'da yer almamaktadır¹⁶⁰⁰. Bununla birlikte çocuğun kanun gereği atanmış veya seçilmiş bir mecburi müdafî ile savunulduğu hallerde, genel hükümler uygulanmalı; CMK m. 118 gereğince, mecburi müdafî hazır olmaksızın yapılan işlemlerin hukuka kesin aykırılık taşıyacağı kabul edilmelidir.

Çocukların yetişkinlerle birlikte iştirak halinde suç işlemesi durumunda, kovuşturma evresinin de ayrı yürütülmesi gerekir. Çocuğun fail, azmettiren veya yardım eden sıfatı taşıması yani iştirakin türü, kovuşturmanın işleyiş biçimini etkilemez. Çocuklar hakkındaki kovuşturma yürütülürken gerekli tedbirler uygulanmakla beraber, mahkeme lüzum gördüğü takdirde çocuk hakkındaki yargılamayı genel mahkemedeki davanın sonucuna kadar bekletebilir (ÇKK m. 17/2; ÇKY m. 7/2). Ancak davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, genel mahkemelerde, yargılamanın

¹⁵⁹⁸ Aynı yönde bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 633. Yazar (Ibid.), olması gereken hukuk açısından bütün ceza mahkemelerindeki duruşmalarda savcının hazır bulunması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁵⁹⁹ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 648.

¹⁶⁰⁰ Bu boşluğun büyük bir eksiklik olduğu konusunda bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÜNCÜ, s. 850.

her aşamasında, mahkemelerin uygun bulması şartıyla birleştirme kararı verilebilir. Bu takdirde birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür (ÇKK m. 17/3; ÇKY m. 7/3)¹⁶⁰¹. Her ne kadar ÇKK m. 17/3'te “yargılamanın her aşamasında” davaların birleştirilebileceğinden söz edilmekte ise de, burada geçen “yargılama”nın CMK m. 10'da yer verilen genel hükümlerden de hareketle, dar anlamda ele alınması ve “kovuşturma evresinin her aşamasında” şeklinde algılanması gerektiği kanısındayız. Ayrıca mevzuatta öngörülen birleştirme hükümleri, kanaatimizce yalnızca ceza muhakemesi yönündendir. Bağımsız tedbir muhakemesi olarak görülen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri muhakemesi ile yetişkinlerin yargılandığı ceza muhakemesinin, farklı hukuki sonuçlara ilişkin olması nedeniyle, birleştirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu nedenle ÇKK m. 17/3'te geçen “yargılama” ibaresini “ceza yargılaması” ile sınırlı olarak anlamak daha uygun olacaktır.

3.3.1.1.1.3.4. Hüküm

Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından verilebilir. Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir. Tedbirin türü kararda gösterilir. Hükümde bir veya birden fazla tedbire yer verilmesi mümkündür. Hâkim¹⁶⁰², hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir (ÇKK m. 7/1-4). Burada sözü edilen “hâkim” ibaresini tedbir muhakemesinin kovuşturma evresi sonucunda verilen karar özelinde “mahkeme”; vesilesiyle “çocuk mahkemesi” ve “çocuk ağır ceza mahkemesi” (ÇKK m. 3/2-b, c; ÇKY m. 4/2-e) olarak dikkate almak gerekir.

Çocuklara özgü tedbir yargılaması sonucunda mahkeme, suçun sanık çocuk tarafından işlendiğine kanaat getirmiş olup da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya davanın düşmesine karar vermezse, bu çocuğun hangi kategoride yer

¹⁶⁰¹ Öğretide Akbulut, mevzuattaki bu düzenlemeye rağmen, çocuklara ilişkin kayıtların ayrılmasını öngören Pekin Kuralları (m. 21-1; 2) ve çocuğun korunması amacı dikkate alınarak, uygulamada çocuk ve yetişkin ceza yargılamalarının birleştirilmeksizin görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. AKBULUT, s. 501. Gerçekten, davaların birleştirilmesi, çocuklara ilişkin muhakemenin özelleştirilmesini ve örneğin gizlilik gibi *sui generis* nitelikleri fiilen geçersiz kılacaktır. Ayrıca suçlu da olsa henüz çocuk olan sanığın korunmaya değer menfaatleri, bilhassa savunma hakkı bu tür bir ayrılığı gerekli kılmaktadır.

¹⁶⁰² Maddede “çocuk hâkimi” ifadesi kullanılarak tedbir kararının bir yargıçlık kararı şeklinde verilmesine müsaade edilmesi, buna karşılık tedbirin geri bırakılması kararına karşı mahkemenin yetkili kılınmasının (ÇKK m. 23) çelişkili olduğu hususunda bkz. NUHOĞLU, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 199.

aldığını göz önünde bulundurarak ya indirimli cezaya yahut güvenlik tedbiri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirlere hükmeder. Tedbir muhakemesi açısından önemli olan güvenlik tedbirine hükmolunması kararıdır. Fakat yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneğinin yokluğu aynı zamanda ceza verilmesine yer olmadığı kararını gerektiren bir nedendir (CMK m. 223/3-a). Bu iki hüküm türü, alternatif değil kümülatif olarak uygulanır. Mahkeme, kusur yeteneği olmayan çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı vererek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına hükmeder¹⁶⁰³.

Bu kararı, mahkemenin, ilkin, dava açılması halinde –her ne kadar uygulamada bu tür çocukların yargılamadan muaf olduğu kabul edilse bile- on iki yaşını tamamlamamış suçlu çocuklar hakkında vermesi gerekir. Zira bu halde çocuk, kanun gereği, kusur yeteneğinden yoksun varsayılır. İkinci olarak, on iki yaşını tamamlamış olup da on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklar hakkında, mahkemenin güvenlik tedbirine hükmetmeden önce bir kusur yeteneği değerlendirmesi yapması beklenir. Mahkeme, hüküm vermeden önce, çocuğun bireysel ve sosyal çevresi hakkında sosyal çalışma görevlisine inceleme yaptırır¹⁶⁰⁴. Çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına, sosyal çalışma görevlilerinin hazırlayacağı sosyal inceleme raporu (ÇKK m. 34-35; ÇKY m. 20-21) dikkate alınmak suretiyle mahkeme tarafından karar verilir¹⁶⁰⁵. Sosyal inceleme raporunun sosyal çalışma görevlisi yerine başka bir kurumdan örneğin Adli Tıp’tan alınması bozma nedenidir¹⁶⁰⁶. Öğretide bir görüşe göre, ÇKK m. 7/2’de geçen “yaptırılabilir” ifadesinden hareket edilecek olursa, suça sürüklenen çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olmadığı söylenebilir¹⁶⁰⁷. Halbuki ÇKK m. 35/1’de sosyal incelemenin bu Kanun kapsamındaki tüm çocuklar için geçerli olduğu “gerektiğinde yaptırılır” ifadesi ile vurgulanmıştır. İlgili yönetmeliklerde ise on iki yaşını doldurmuş ve on sekiz yaşını doldurmamış çocuklar açısından bu incelemenin zorunlu olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁰⁸. Kanun’un her iki

¹⁶⁰³ Aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 402; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 317; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 362; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1483. “TCK’nın 31/2. maddesi uyarınca hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen suça sürüklenen çocuk yönünden çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin zorunlu olduğunun gözetilmemesi, kanuna aykırıdır” (Y.4.CD., E. 2014/46719, K. 2015/24692, 18.3.2015).

¹⁶⁰⁴ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 500.

¹⁶⁰⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1576; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 496; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 843.

¹⁶⁰⁶ İÇEL, Ceza Hukuku, s. 378; Y.14.CD., E. 2012/1926, K. 2012/4933, 30.4.2012.

¹⁶⁰⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 543, kn. 959. Aynı yönde bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1306. Benzer yönde bkz. ZAFER, Ceza Hukuku, s. 361-362. Bu ifadeye rağmen, Pekin Kuralları m. 16’dan hareketle, sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olduğu görüşü için bkz. AKBULUT, s. 807.

¹⁶⁰⁸ “Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir. Ancak, fiili işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş onbeş yaşını doldurmamış bulunan çocuklar ile onbeş yaşını doldurmamış ancak onsekiz yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerin işledikleri fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını

hükmü arasında tam manasıyla bir uyumun bulunduğu söylenemez. Kanaatimizce bu uyumsuzluğu gidermek için başvurulacak yöntem, yönetmelik hükmü ihdas etmek değil, bilirkişiye başvurma zorunluluğunu doğrudan ÇKK'da düzenlemektir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta bağımsız tedbir muhakemesinde bilirkişi mecburiyetine ilişkin örnekler dikkate alınarak, yaş sınırı olmaksızın tüm çocuklara ilişkin tedbir yargılamasında bilirkişi atanmasının ve sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olduğu yönünde yasal bir hüküm sevk edilmelidir.

Olan hukukta geçerli uygulamada ise kanunen kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilen çocuklar ile bu yeteneğin varsayıldığı çocuklar dışında kalan çocuklara ilişkin tedbir muhakemesinde sosyal inceleme raporu alınmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Aksi halde verilecek kararın sırf bu nedenle bozulması gerekir¹⁶⁰⁹. Sosyal inceleme raporunun önceki suçtan dolayı bir kez alınıp devam eden yargılamalarda kullanılmasına yönelik olarak uygulamada bazı mahkemelerce verilen isabetsiz kararlar, Yargıtay tarafından bozma nedeni sayılmaktadır. Nitekim sosyal inceleme raporunun çocuğa ilişkin her bir yargılama için ayrı ayrı alınması gerekir¹⁶¹⁰. Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması halinde, bu tercihin gerekçesi kararda gösterilmek zorundadır (ÇKK m. 35/3; ÇKY m. 20/7)¹⁶¹¹. Belirtelim ki sosyal inceleme görevlisi, doğrudan doğruya kusur yeteneğinin varlığı veya yokluğuna ilişkin bir yargıda bulunamaz. Bu değerlendirme, sosyal çalışma raporu üzerine mahkemenin yapacağı bir faaliyettir¹⁶¹². Sosyal inceleme raporu alınması nedeniyle oluşacak giderler, sanık çocuğa yüklenemez¹⁶¹³. Hakkında koruyucu ve

algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığına takdiri bakımından sosyal inceleme yaptırılması zorunludur” (KDTY m. 8/11; İlk cümle hariç, aynı yönde bkz. ÇKY m. 20/2).

¹⁶⁰⁹ “Suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağını değerlendirmesi açısından, suç tarihinde 12-15 yaş grubu içerisinde bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1 ve Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/2. maddesi gereğince zorunlu olan sosyal inceleme raporu alınmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.2.CD., E. 2016/15011, K. 2018/4671, 18.4.2018). Aynı yönde bkz. Y.2.CD., E. 2016/15091, K. 2018/4702, 18.4.2018.

¹⁶¹⁰ Bkz. Y.17.CD., E. 2016/13990, K. 2018/5468, 16.4.2018; E. 2018/638, K. 2018/5346, 17.4.2018.

¹⁶¹¹ “...suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük olan ... çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenletirilmeme gerekçesinin kararda belirtilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.CD., E. 2017/11189, K. 2018/6978, 17.4.2018).

¹⁶¹² ZAFER, Ceza Hukuku, s. 361-362.

¹⁶¹³ “İstihdam edilmesi ve bir engel bulunması halinde görevlendirilmesi gereken sosyal çalışma görevlilerinin 18 yaşından küçük suça sürüklenen çocuğun özelliklerini, toplumda yapıcı bir rol üstlenmesini ve mahkemece yararlanılabilecek toplumsal kaynakların tanınmasını sağlamak üzere düzenleyeceği sosyal inceleme raporu sebebiyle ödenecek bilirkişi ücretinin suça sürüklenen çocuğa yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi suretiyle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.17.CD., E. 2016/8279, K. 2018/5933, 26.4.2018). Adli Tıp Kurumu raporu ile bilirkişi raporu için ödenecek ücretler zorunlu kamu masrafı niteliğindedir. Bkz. Y.17.CD., E. 2016/4636, K. 2018/5614, 24.4.2018).

destekleyici tedbir kararı verilen çocuk hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir (ÇKK m. 36; ÇKY m. 23).

Çocuklar hakkında tedbir muhakemesinde verilecek hükmün ÇKK m. 4'te gösterilen ilkelere uygun olması gerekir. Ayrıca çocuklar hakkında verilecek hüküm teknik anlamda güvenlik tedbiri kararı niteliğinde ise orantılılık ilkesi de dikkate alınmalıdır. Bu tedbirler çocuğun kusuru ile değil, onun toplum bakımından sergilediği tehlikelilik ile ilgilidir. Diğer deyişle, tedbirin seçimi, suçun ağırlığına göre değil, suçlunun kişiliğine göre yapılmalıdır¹⁶¹⁴. Çocuk hakkında uygulanacak tedbirler seçilirken, kişiliğine uydurulması amacıyla, çocuğun karakteri, hal ve hareketleri, geçmişi, kişisel ve ailevi durumu, eğitim bilgileri dikkate alınmalı; hekim, psikolog ve pedagog bilirkişilerden rapor istenmelidir¹⁶¹⁵. Orantılılık, ikincillik ve *ultima ratio* ilkelerinin bir sonucu olarak hürriyeti kısıtlamayan tedbir dururken öncelikle hürriyeti kısıtlayan tedbire karar verilmemelidir (ÇKK m. 4/1-i). Ayrıca hürriyeti kısıtlamayan tedbirler arasında da çocuğun tehlikeli halini ortadan kaldırabilecek nitelikte daha hafif bir tedbir var iken daha ağır bir tedbire hükmedilmemesi gerektiği söylenebilir.

Tedbir muhakemesinde TCK'da öngörülen düşme sebepleri varsa yahut soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa kamu davasının düşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu sebepler arasında yer alan dava ve ceza zamanaşımı bakımından çocuklara özel hükümler sevk edilmiştir. Çocuklara ilişkin ceza zamanaşımı hükümleri (TCK m. 68/2), tedbir yargılaması sonucunda verilen güvenlik tedbiri kararlarının uygulanmasını etkilemez. Zira ceza zamanaşımı, münhasıran “cezanın” infaz edilmesini yani “ceza ilişkisini” belli bir süre geçmesiyle olanaksız kılan bir sebeptir. Dolayısıyla, kanun koyucu açıkça tespit etmediği için çocuk muhakemesinde bir tedbir zamanaşımından söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık dava zamanaşımı sürelerinin dolmasıyla birlikte “dava ilişkisi” ortadan kalkacağı için bu sebeplerden güvenlik tedbirleri de etkilenir. Hakkında tedbir muhakemesi uygulanacak olan kişiler arasında yer alan ve fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında yetişkinlere ilişkin sürelerin yarısının geçmesi durumunda davanın zamanaşımına uğradığından söz edilir (TCK m. 66/2). Zamanaşımının soruşturma evresinde gerçekleşmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı (kovuşturmama/takipsizlik) kararı (CMK m. 172/1), kovuşturma evresinde gerçekleşmesi halinde davanın düşmesi kararı (CMK m. 223/8-c.1) verilir.

¹⁶¹⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 580; DİLBEROĞLU, s. 71.

¹⁶¹⁵ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 580.

Kanun'da fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında hak yoksunluğuna ilişkin düzenlemenin uygulanmayacağı vurgulanmıştır (TCK m. 53/4). Belirtelim ki, bu düzenleme sadece kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunan ve ceza yargılaması sonucunda hapis cezasına mahkum edilen çocuklar için uygulanabilir. Kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar hakkında, bunların salt tedbir sorumluluğu bulunduğu ve bunlar hakkında ceza mahkûmiyetine hükmedileyeceği için hak yoksunluğu hükümlerinin uygulanması zaten mümkün değildir.

3.3.1.1.3.5. Tedbirde Değişiklik Usulü

Bilindiği üzere, güvenlik tedbirleri muhakemesinde tehlikeli halin ve hükmolunan hukuki sonucun değerlendirilmesi her zaman olanaklıdır. Failin tehlikeli hali sona erdiğinde tedbirin de sonlandırılması gerekir. İşte çocuklar hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirler (ÇKK m. 5, 11) de yalnızca hükmedilen değil, aynı zamanda hükümden sonra takip edilmesi, kaldırılması ve değiştirilmesi de mümkün olan tedbirlerdir. Nitekim ÇKK m. 8/3 gereğince, hâkim veya mahkeme, çocuğa uygulanan tedbirin sonuçlarını inceleyerek tedbiri kaldırabilir, değiştirebilir veya tedbirin süresini uzatabilir. Mahkeme bu kararı re'sen verebileceği gibi, denetim memurları, çocuğun velisi, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimselerin veya tedbir kararını yerine getiren kişi ve kuruluşun temsilcisi ile Cumhuriyet savcısının talebi üzerine de verebilir. Öğretide tedbirin geri alınmasını sağlamak için gereken bu süreç nedeniyle, mahkemenin kolektif bir muhakeme faaliyetinden söz edilmektedir¹⁶¹⁶. Kanaatimizce, uygulanmasına karar verilen tedbirin takip edilmesi, sürdürülmesi, kaldırılması veya değiştirilmesi incelemesini “tedbirde değişiklik usulü” olarak adlandırmak mümkündür.

3.3.1.1.3.6. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde olduğu gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin ÇKK'daki kendine özgü düzenlemeler 5560

¹⁶¹⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.7, s. 1626-1627.

sayılı Kanunla birlikte genel hükümlere benzetilmiştir¹⁶¹⁷. Dolayısıyla çocuğa yüklenen suçtan dolayı, genel hükümler uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. Bunun için CMK m. 231’de yer verilen koşulların gerçekleşmesi aranır. Fakat çocuklar açısından erteleme süresi, beş yıl değil, üç yıldır (ÇKK m. 23). Hakkında HAGB kararı verilen çocuk hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir (ÇKK m. 36; bkz. ÇKY m. 27).

3.3.1.1.1.3.7. Kanun Yolu

Çocuklara özgü tedbir muhakemesinde kanun yolu muhakemesi özellik arz etmez¹⁶¹⁸. Dolayısıyla CMK’nın olağan ve olağanüstü kanun yollarına ilişkin hükümleri çocuk yargılaması için de geçerlidir. Bununla birlikte itiraz açısından özel bir hüküm sevk edilmiştir. ÇKK hükümlerine göre, çocuk hâkimi tarafından alınan tedbir kararlarına karşı itiraz merci, en yakın çocuk mahkemesidir (ÇKK m. 14). Önemle belirtmek gerekir ki, çocuk hâkimi tarafından verilen tedbir kararı soruşturma evresinde verilir ve hüküm niteliğinde değildir. Bu nedenle teknik anlamda güvenlik tedbiri sayılamayacak olan bu tedbirleri konu edinen yargıçlık kararına karşı itiraz yolu öngörülmüştür. Buna karşılık kovuşturma evresinin sonunda çocuk mahkemesi veya çocuk ağır ceza mahkemesi tarafından bir karar verilmesi durumunda, bu karar hâkimlik değil mahkeme kararı olarak teknik anlamda güvenlik tedbiri içeren bir hüküm niteliği taşıyacağı için, itiraz yoluna değil, istinaf yoluna başvurulması gerekir.

3.3.1.1.1.4. Koruma Tedbirleri

Çocuk muhakemesinde yakalama, gözaltı, tutuklama ve adli kontrol koruma tedbirleri bakımından yetişkin muhakemesinden ayrılan düzenlemelere yer verilmiştir.

3.3.1.1.1.4.1. Yakalama

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, haklarında mahkemece çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya benzeri resmî veya özel kurumlara

¹⁶¹⁷ Aynı yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1579; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 866. Maddenin değişiklikten önceki halinde aranan koşullar hakkında bkz. GÜNGÖR/OKUYUCU ERGÜN, s. 35-37.

¹⁶¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1577.

yerleştirilmesine veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen çocukların kolluk görevlileri tarafından yakalanmasına olanak tanımıştır (YGİY m. 5/1-ı). Bunun istisnası, fiili işlediği zaman oniki yaşını doldurmamış olanlar ile onbeş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizlerdir. Bu kategoride yer alan çocukların suç nedeni ile yakalanması ve suç tespitinde kullanılması mümkün değildir (YGİY m. 19/1-a.1). Dikkat edilecek olursa, yakalama ilgili bu düzenlemenin kanunla değil, yönetmelikle getirildiği görülmektedir. Koruma tedbirleri gibi kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir muhakeme alanında koruma tedbirine ilişkin olarak kanunla öngörülmeleyen bir önleyici sebebin –şüpheli veya sanığın lehine de olsa- ilk kez yönetmelikle ihdas edilmesi, kanaatimizce normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bu yaş grubunda yer alan çocuklar hakkında koruma tedbirinin uygulanmasını yasaklayan bu tür bir düzenlemenin ya özel kanun niteliğindeki ÇKK'da ya da genel kanun niteliğindeki CMK'da yer alması gerekir.

Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış çocuklar (ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler), yalnızca kimlik tespiti ve suç tespiti amacıyla yakalanabilir. Bu kategorideki çocuklar kimlik tespitinden hemen sonra serbest bırakılır (YGİY m. 19/1-a). Bu kategoride yer almayan çocuklar ise suç nedeniyle yakalanabilir ve suç tespitinde kullanılabilir. Ancak on iki yaşını doldurmuş olan bu çocuklar, yakınları ile müdafîye haber verilerek derhâl Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır (YGİY m. 19/1-b). Çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır (ÇKK m. 18; ÇKY m. 8; YGİY m. 19/1-b, 10)¹⁶¹⁹.

3.3.1.1.4.2. Gözaltı

Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde, bu biriminin bulunmadığı yerlerde ise gözaltına alınan yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulur (ÇKK m. 16; ÇKY m. 6)¹⁶²⁰. Kanun'da ve Yönetmelik'te geçen ifadeler, suça sürüklenen çocuğun gözaltında

¹⁶¹⁹ Bu önlemler zaruret halini gerektirmeli, zaruretle orantılı olmalı ve yalnızca tehlikeden korunma amacı taşınmalıdır (YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 643).

¹⁶²⁰ Yakalanması ve gözaltına alınması mümkün olan çocuklar hakkındaki işlemler şu kurallara göre yerine getirilir (YGİY m. 19/b): "1) Çocuğun gözaltına alındığı ana-baba veya vasisine bildirilir. 2) Kendi talebi olmasa bile müdafiden yararlandırılır, ana-baba veya vasisi müdafî seçebilir. 3) Müdafî hazır bulundurulmak şartı ile şüpheli çocuğun ifadesi alınır. 4) Kendisinin yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanuni bir engel bulunmadığı durumlarda ana-babası veya vasisi ifade alınırken hazır bulunabilir. 5) Yetişkinlerden ayrı yerlerde tutulur. 6) 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yazılı suçlar

“mutlaka” yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle Kanun’un gerekçesinde yer verilen “mümkün olduğunca” ayrı tutulacağı yorumu isabetli değildir.

Çocuğun gözaltına alındığı ana-baba veya vasisine bildirilir. Kendi talebi olmasa bile çocuğun müdafiden yararlandırılması gerekir; çocuğun ana-baba veya vasisi müdafî seçebilir. Müdafî hazır bulundurulmak şartı ile şüpheli çocuğun ifadesi alınır. Kendisinin yararına aykırı olduğu saptanmadığı veya kanunî bir engel bulunmadığı durumlarda çocuğun ana-babası veya vasisi ifade alınırken hazır bulunabilir (YGİY m. 19/1-b, 1-4). Görüldüğü üzere çocuğun soruşturma evresinde ifade alma işlemlerinde yer alan müdafii, bir mecburi müdafidir. Bu müdafî seçilmiş olabileceği gibi Baro tarafından tayin edilmiş de olabilir. Seçilmiş veya atanmış mecburi müdafinin bulunması, ifadenin münhasıran savcı tarafından alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

3.3.1.1.4.3. Tutuklama

On beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez (ÇKK m. 21; ÇKY m. 11). Bu çocuklar hakkında tutuklamayı gerektiren hallerde yalnız adli kontrol tedbiri uygulanabilir¹⁶²¹. Üst sınırı beş yılı aşmayan suçlar, üst sınırı beş yıl veya daha az olan suçları ifade eder. O halde yasal koşulları oluştuğunda hakkında tutuklama kararı verilebilecek çocuklar, on beş yaşını doldurmamakla birlikte beş yıldan fazla (kanunlarda küsürlü yaptırım olmadığı için kural olarak en az altı yıl) üst sınır belirlenmiş bir suç işleyenler ile işledikleri suçun cezası ne olursa olsun on beş yaşını tamamlamış olanlardır.

Belirtelim ki, on iki yaşını doldurmamış olan çocuklar ile on beş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsiz çocuklar hakkında yakalama tedbiri uygulanamayacağına dair açık hüküm varken, bu çocukların tutuklanıp tutuklanamayacağına ilişkin açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Öğretide bir görüş,

büyüklerle beraber işlendiği takdirde soruşturma evresinde çocuklarla ilgili evrak ayrılır, soruşturmaları ayrı ayrı yürütülür. 7) Çocukların kimlikleri ve eylemleri mutlaka gizli tutulur. 8) Suçun mağduru çocuksa, bunlara karşı işlenen suçüstü hallerinde, kovuşturulması suçtan zarar gören kimsenin şikayetine bağlı olan fiillerde şüphelinin yakalanması ve soruşturma yapılması için şikayet şartı aranmaz. 9) Çocuklarla ilgili işlemler mümkün olduğu ölçüde sivil kıyafetli görevliler tarafından yerine getirilir. 10) Çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak, zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır”.

¹⁶²¹ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 646.

yakalama tedbiri bile uygulanamayan bu tür çocuklar hakkında, kaçma şüphesi bulunsa bile, kanunda açıkça bu çocukların tutuklanabileceği öngörülmediği sürece, tutuklama tedbirinin de uygulanamayacağı görüşündedir¹⁶²². Kanaatimizce bu tür bir düşünüş biçimi isabetli olmakla birlikte, hâlihazırda bu konuda mevzuatta bir boşluk vardır. Olması gereken hukuk açısından bu boşluk, koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerin ilk elden kanunla düzenlenmesi ve hangi çocuklar hakkında hangi tedbirlerin uygulanmayacağına kıyasa gerek kalmaksızın kanunda gösterilmesi yoluyla doldurulmalıdır.

Suçta sürüklenen ve hakkında tutuklama tedbiri uygulanması mümkün olan çocuklar hakkında tutuklama kararının hangi merci tarafından verileceği kanunda açıkça yer almamaktadır. Kural olarak tutuklama kararını soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi verir (CMK m. 101/1). Fakat öğretide bir görüş, tutuklamadan önce adli kontrol tedbirlerinin uygulanması gerekliliğinden (ÇKK m. 20/2; ÇKY m. 10) hareketle, eğer tutuklama zorunlu hale gelmişse bu kararın “çocuk hâkimi” tarafından verilmesinin isabetli olacağını düşünmektedir¹⁶²³. Kanaatimizce çocuk muhakemesi açısından özel kanun niteliğinde olan ÇKK’da açık hüküm bulunmayan her durumda genel kanun olan CMK hükümleri dikkate alınmalıdır. Çocuk mahkemesi hâkiminin soruşturma evresinde savcının talebi üzerine uygulayabileceği tedbirler, yalnız koruyucu ve destekleyici tedbirlerden ibarettir (ÇKK m. 15/3; ÇKY m. 5/8-c.3). Koruma tedbirleri (CMK m. 90 vd.), birer ceza muhakemesi tedbiri olup, koruyucu ve destekleyici tedbirlerden (ÇKK m. 5) hukuki nitelik itibarıyla farklıdır. Ayrıca koruma tedbirlerinin şartları açısından kanunilik ilkesi katı yorumlanmalıdır. Kanunda açıkça istisnası belirtilmediği sürece koruma tedbirine karar verecek merciinin değişmesi için bir sebep yoktur. Bu nedenle çocuk muhakemesinin soruşturma evresinde savcının tutuklama talebini yönelteceği merci “sulh ceza hâkimi” olmalıdır.

3.3.1.1.4.4. Adli Kontrol

Suçta sürüklenen çocuklar hakkında gerek soruşturma gerekse kovuşturma evrelerinde CMK m. 109’da düzenlenen adli kontrol tedbirleri uygulanabilir. Çocuk muhakemesinde bu tedbirler “genel adli kontrol tedbirleri” olarak ifade edilebilir. Bu genel tedbirlerin yanı sıra, belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı

¹⁶²² HAKERİ, s. 382-383. Aynı yönde bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. ; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 316; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 733.

¹⁶²³ Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.2, s. 1578.

yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek ya da belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak (ÇKK m. 20/1; ÇKY m. 9) şeklinde tespit edilen tedbirler de tek başına veya diğerleri ile birlikte uygulanabilir. Çocuk muhakemesine özgü bu tedbirler ise “özel adli kontrol tedbirleri” olarak adlandırılabilir.

Kanunda genel ve özel adli kontrol tedbirlerinden bir sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebileceği düzenlenmiştir (ÇKK m. 20/2). Yönetmelikte ise böyle bir durumda, tutuklama kararı verilmesi yerine adli kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülüklerin bütünüyle veya kısmen kaldırılması, değiştirilmesi veya çocuğun bunlardan bazılarını uymaktan geçici olarak muaf tutulması yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir (ÇKY m. 10). Belirtelim ki, Yönetmeliğin sözü edilen hükmü olmasa da hâkim, uyguladığı adli kontrol tedbirlerini değiştirebilir veya kaldırabilir.

Öğretide bir görüş, çocuklar hakkında adli kontrol tedbirinin uygulanması için tutuklama koşullarının gerçekleşmesinin gerekmediğini, dolayısıyla çocuklar açısından tutuklamayı en aza indirmek amacıyla her suçta adli kontrol uygulanabileceğini ileri sürmektedir¹⁶²⁴. Kanaatimizce çocuklar hakkında uygulanacak genel adli kontrol tedbirlerinde, ÇKK’da açıkça aksi öngörülmediğine göre, CMK m. 109’da düzenlenen adli kontrol tedbirlerinin tüm şartları mevcut olmalıdır. Buna göre, çocuklar hakkında genel adli kontrol tedbirleri ancak tutuklama şartlarının mevcut olması yani kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde uygulanabilir.

3.3.1.1.1.5. Uzlaştırma

Çocuk muhakemesinde uzlaştırma, kendine özgü düzenlemelere tabi iken, 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle birlikte genel hükümlere tabi kılınmıştır. Buna göre, CMK’nın uzlaştırmaya ilişkin hükümleri, suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır (ÇKK m. 24). Uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin çocuk muhakemesinde de uygulanacağının öngörülmesi, öğretide eleştirilmektedir. Bunun nedeni, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin çocuğu yeniden topluma kazandırmayı amaçlamasına karşın; uzlaştırmanın bu amacı son derece kısıtlı biçimde gözetmesidir¹⁶²⁵. Çocuk muhakemesinde uzlaşma teklifinin şüpheli veya sanık sıfatına

¹⁶²⁴ Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 646.

¹⁶²⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 854. Aksine, uzlaştırmanın çocuk muhakemesi ile bağdaştığı fakat 2006 yılında yapılan değişiklikle çocuklara özgü uzlaştırma kurallarının

sahip çocuğa değil, doğrudan doğruya onun kanuni temsilcisine yapılması gerekir (CMK m. 253/4-c.3; 254/1). Teklifin yöneltileceği suje bir seçim değil zorunluluktur. Yasal temsilci yerine bizzat çocuğa uzlaşma teklifinde bulunulması hukuka aykırıdır¹⁶²⁶.

3.3.1.1.2. Akıl Hastaları ve Uyuşturucu veya Alkol Bağımlısı Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.1.2.1. Genel Olarak

Akıl hastaları, kusur yeteneği tam olan diğer insanlar gibi suç işleyebilir. Bu kimselerin işlediği suç, kasten veya taksirle işlenmiş olabilir. Fakat her halde akıl hastaları suçun manevi unsurunu haiz olmaktan, onların işlediği fiiller de suç olmaktan muaf değildir. Hukuk, özelde ceza hukuku, herkesi muhatap kabul eder. Bunun bir sonucu olarak, ceza hukukuna aykırı fiiller işlemesi halinde akıl hastasının da yargılanması gerekir. Bu yargılama, sonucunda güvenlik tedbiri uygulanacak olması nedeniyle dar anlamıyla bir ceza muhakemesi değil güvenlik tedbiri muhakemesidir¹⁶²⁷.

Her şeyden önce, önemle ifade edilmesi gereken husus, bir kimsenin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri muhakemesinin muhatabı olabilmesi için suç teşkil eden fiili işlediği anda akıl hastası olması gerektiğidir. Eğer suçun işlendiği anda fail akıl hastası olmayıp kusur yeteneğine sahipse ve akıl hastalığı muhakeme esnasında ortaya çıkmışsa, artık failin tehlikeli olup olmadığından bağımsız olarak, onun hakkında güvenlik tedbirine hükmolunamaz. Bu halde muhakeme engelinin varlığından söz edilir. Bu kimse akıl hastalığına düşer olduktan sonra yeni bir sebep suç işlemedikçe suçun

değiştirilerek genel hükümlere atıf yapılmasının hatalı olduğu yönünde bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 856-857. Maddenin değişiklikten önceki halinde aranan koşullar hakkında bkz. GÜNGÖR/OKUYUCU ERGÜN, s. 42-44.

¹⁶²⁶ “5560 Sayılı Kanun ile değişik 5271 Sayılı CMK’nun 253/4. maddesine göre, uzlaşma teklifinin suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisine yapılması gerekirken çocuğa sorulmakla yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (YCGK, E. 2013/13-689, K. 2014/191, 15.4.2014). “...suça sürüklenen çocuğun da soruşturma evresinde uzlaşmak istemediğini belirtmiş ise de bu tarihlerde yaşının küçük olması sebebiyle uzlaşma teklifinin 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununun 24 ve 5271 Sayılı CMK’nun 253/4 ve 254.maddeleri uyarınca kanuni temsilcilerine yapılması gerektiği gözetilmeden, usulüne uygun uzlaşma önerisinde bulunulmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.2.CD., E. 2014/27106, K. 2014/21721, 23.9.2014). Aynı yönde bkz. Y.2.CD., E. 2013/27321, K. 2013/28237, 2.12.2013; E. 2012/24589, K. 2013/13635, 28.5.2013; E. 2012/30747, K. 2013/3323, 20.2.2013; E. 2012/21744, K. 2012/41890, 25.9.2012.

¹⁶²⁷ Aksine, akıl hastaları hakkında uygulanan koruma ve tedavi tedbirinin geniş anlamda bir ceza müeyyidesi olduğu, bu nedenle açılan davanın bir ceza davası olarak ele alınması gerektiği hakkında bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.4, s. 1594.

hukuki sonuçlarının ona uygulanması mümkün değildir. Aksi halde tehlikeli halde iken suç işlemeyen kimseden tehlike esaslı hukuki sonuçlara katlanması beklenmiş olur.

Akıl hastası sanık hakkında ceza verilmesinin olanaklı olmadığı durumlarda bir başka nihai karara değil güvenlik tedbirlerine hükümlenmesi gerekir¹⁶²⁸. Karşılaştırmalı hukukta nihai karara ve tedbire hükmedecek merciler açısından adli ve idari ayrımına yer veren ülkeler bulunmakla birlikte¹⁶²⁹, Türk hukukunda akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine hükmetme yetkisi ceza mahkemesine aittir. Nitekim bu karar bir hüküm niteliğinde olduğu için yargıçlık kararı değil mahkeme kararıdır. Tedbire karar verilmesinde olduğu gibi tedbirin kaldırılmasında da mahkeme kararı gerekir. Bu nedenle TCK m. 57’de geçen “hâkim” ifadesinden, tek hâkimli mahkemeyi anlamak gerekir¹⁶³⁰. Kanunda yer verilen “hükmedilir” ibaresinden anlaşıldığı kadarıyla, koşulları gerçekleştiğinde mahkemenin akıl hastası sanık hakkında güvenlik tedbirine hükmetmesi zorunludur¹⁶³¹; bu konuda takdir yetkisi yoktur.

Belirtelim ki, yukarıda örneği verilen karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinin aksine, Türk ceza muhakemesi hukukunun temel kaynağı olan CMK’da akıl hastalarına ve alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarına özgü güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin özel kurallara yer verilmemiştir. Öğretide bu durum önemli bir eksiklik olarak

¹⁶²⁸ “...ortada tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan sanık, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda <kınanamaz> yani sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla, 5237 sayılı Yasanın 32/1. maddesi gereğince bu durumdaki sanığa ceza tayin edilmesi mümkün bulunmadığından, 5271 sayılı Yasanın 223/3-a maddesi uyarınca <ceza verilmesine yer olmadığı> hükmünün verilmesi gerekir. Ancak, sanığa ceza verilemiyor olması, sanık hakkında 5237 sayılı Yasanın 57. maddesi uyarınca güvenlik tedbiri uygulanmasına engel değildir... Bu nedenlerle; sanığın hukuki durumunun, suçun sübutunu ve vasfını belirlemeye yönelik araştırmalar eksiksiz olarak yapılarak, dosya tekemmül ettirildikten sonra değerlendirilmesi suretiyle 5271 sayılı Yasanın 223/3-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına ve 5237 sayılı Yasanın 57. maddesi uyarınca akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmesi gerekir...” (YCGK, E. 2008/1-22, K. 2008/80, 15.4.2008).

¹⁶²⁹ Örneğin Belçika ve Fransız sistemlerinde hâkimin akıl hastası hakkında beraat kararına hükmettiği, ancak tedbire hükmetme yetkisinin savcının istemi üzerine idari mercilere ait olduğu konusunda bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 748, kn. 1622.

¹⁶³⁰ Öğretide de Kanun’da yer alan “mahkeme veya hâkim kararı” ibaresinden güvenlik tedbirlerine bunların her ikisinin de karar verebileceği anlamının çıktığı, oysa güvenlik tedbiri kararını vermenin de bu kararı kaldırmanın da yalnızca mahkemeye ait olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 492. Belirtelim ki 765 sayılı mülga TCK döneminde 46/2’nci maddede yer verilen “Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında Sulh Hâkimi, ilk tahkikatta Sorgu Hâkimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir” kuralıyla, hâkim kararıyla da tedbir uygulanmasının olanaklı olduğu kabul edilmiştir. Öğretide mülga TCK ve CMUK döneminde, soruşturma evresinde sulh hâkiminin savcının talebi ile bağlı olmadığı ve tedbir kararının incelenmeden verilmeyeceği ifade edilmiştir. Bu inceleme, sulh hâkimi tarafından yerine getirilmesinin doğal sonucu olarak, duruşmasız yapılmakla birlikte, her halde tedbir için işlenmiş bir suç gerekeceği için sulh hâkiminin suçun işlenip işlenmediğini ve şüphelinin akıl hastası olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Sulh hâkiminin kararına karşı kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda ise açık bir hüküm sevk edilmemiştir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.4, s.1594-1595. Her iki kanunumuz arasındaki ortak yön ise akıl hastalarına uygulanacak tedbirlerin idari merciye bırakılmamış olmasıdır.

¹⁶³¹ Eski kanun uygulaması açısından krşl. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 751, kn. 1627.

değerlendirilmektedir¹⁶³². Dolayısıyla hukukumuzda akıl hastaları muhakemesi, bağımsız bir tedbir muhakemesi değil, ceza muhakemesi içinde yürütülen ve tümüyle ceza muhakemesi kurallarına tabi olan bağımlı bir tedbir muhakemesidir. Karşılaştırmalı hukukta bazı ülkeler, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri muhakemesini özel olarak düzenleme yoluna gitmektedir. Örneğin Avusturya CMK'nın bir bölümü (öStPO §§ 429 ff.) akıl hastalarının muhakemesine ayrılmıştır. Söz konusu ülke ile de karşılaştırarak bu muhakeme türünün kendine özgü kuralları şu şekilde özetlenebilir:

3.3.1.1.2.2. Soruşturma Evresi

Avusturya hukukunda akıl hastası suçlunun kuruma yerleştirilmesi tedbirinin (öStGB § 21) uygulanması için makul nedenler varsa, sözü edilen tedbirin uygulanması için savcının bir tedbir başvurusunda bulunması şarttır. Bu başvuru, ceza muhakemesindeki iddianameden farklı olmakla birlikte, iddianame hakkındaki hükümler (öStPO § 210-215), tedbir başvurusu hakkında da uygulanır. Dolayısıyla talepname ile iddianame hukuken eşdeğerdir. Bu nedenle savcılık duruşmanın başlamasına kadar talepnameyi iddianame ile değiştirme hakkına sahiptir. Ancak iddianameye istinaden kuruma yerleştirme talebi kısıtlıdır (öStPO § 434/2-3). Ayrıca bu talepnameye dayanan akıl hastası yargılamasında da kendine özgü düzenlemeler dışında ceza muhakemesine ilişkin hükümler geçerlidir (öStPO § 429/1). Akıl hastası muhakemesine ilişkin hazırlık soruşturmasında, müdafî, akıl hastası muhatabın iradesi aksi yönde olsa bile, onun lehine olmak şartıyla başvuruda bulunmaya yetkilidir. Muhatap, psikiyatri alanında uzman olan en az bir bilirkişi tarafından muayene edilmelidir. Muhatabın her sorgusunda bir veya iki bilirkişiye başvurulabilir. Duruşmanın muhatabın yokluğunda yapılması gerekmekte ise çelişmeli sorgulamaya (*kontradiktorische Vernehmung*)¹⁶³³ ilişkin hükümler (öStPO § 165) dikkate alınır. Muhatabın sağlığı bakımından ciddi riskler varsa, onun sorgusundan imtina edilebilir (öStPO § 429/2). Kanunda gözlem altına alınma sebeplerinden biri gerçekleşmişse,

¹⁶³² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 826; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 614.

¹⁶³³ Ceza muhakemesi bağlamında çelişmeli sorguda, tanıkların bilgisine/beyanına ayrıca başvurulmakta; böylece sanık ve tanıkların doğrudan karşı karşıya gelmesi önlenmektedir. Bu yöntem “ihtiyatlı sorgu (*schonende Vernehmung*)” olarak da adlandırılmaktadır. Çelişmeli sorguda, savcı, sanık ve müdafî bir salonda bulunurken tanığın beyanı bir başka salonda alınır. Sorgu videoya kaydedilir ve soru sorma hakkını kullanabilmesi için ekran üzerinden sanığa iletilir. Bu sorgulama biçimi, mağdurların ve tanıkların korunmasına hizmet etmekte ve onların sanıkla yüz yüze gelmesini önlemektedir. Bkz. Begriffslexikon, “Kontradiktorische Vernehmung”, <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/99/Seite.991176.html>.

muhatapın tıbbi gözetiminin gerekli olması ya da kendisine veya başkalarına karşı tehlike arz etmesi halinde onun geçici olarak gözlem altına alınmasına karar verilebilir (öStPO § 429/4).

Türk hukukunda akıl hastalarına ilişkin muhakemenin başladığından sözü edilebilmesi için bir kimsenin akıl hastası olup olmadığı hususunda normal olarak henüz soruşturma evresinde iken bir tereddütün hasıl olması gerekir. Soruşturma evresinde böyle bir “akıl hastalığı şüphesi” ortaya çıkmışsa, akıl hastası şüpheli, Cumhuriyet savcısı tarafından bir uzman hekime muayene ettirilmelidir. Bu prosedürü, savcının talebi ve sulh ceza hâkiminin kararıyla şüphelinin akıl hastanesine yerleştirilmesi takip eder¹⁶³⁴. Söz konusu usulün uygulanması için aynı zamanda müdafinin de dinlenmesi gerekir. Bu usule ceza muhakemesinde “gözlem altına alma” adı verilmektedir (CMK m. 74). Akıl hastası olduğundan kuşkulanan şüphelinin resmi sağlık kuruluşunda gözlem altına alınmasına ilişkin kararın amacı, bu kimsenin gerçekten akıl hastası olup olmadığını ve eğer akıl hastası ise bu arızanın davranışlarına ne ölçüde etki ettiğinin tespit edilmesidir. Belirtmek gerekir ki, soruşturma evresinde akıl hastası şüphelinin kuruma yerleştirilmesi, mahkeme kararı değil yargıçlık kararı üzerine uygulanacağı için teknik anlamda bir güvenlik tedbiri değildir. Bu tedbiri, bir koruma tedbiri olarak nitelendirmek mümkün olduğu gibi karşılaştırmalı hukuktan hareketle kovuşturma evresinde hüküm üzerine uygulanacak güvenlik tedbirine ön ayak olan bir “geçici tedbir” olarak vasıflandırmak da mümkündür.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine Baro tarafından akıl hastası şüpheliye bir müdafî görevlendirilmesi gerekir. Nitekim akıl hastası, işlediği fiil bakımından kusur yeteneğine tamamen veya kısmen sahip değilse, onun kendisini savunamayacak derecede malul olduğu kabul edilmelidir (CMK m. 150/2). Dolayısıyla akıl hastası şüphelinin örneğin ifadesinin alınması gerekiyorsa mecburi müdafinin hazır bulunması şarttır.

Soruşturma evresinin sonunda savcının iki şekilde hareket etmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı, ya suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunduğundan bahisle –Türk hukukunda tedbir taleptnamesi prosedürü kabul edilmediği için- iddianame düzenlemeli ve mahkemeye sunmalı ya da yeterli suç şüphesi oluşmadığı kanaatinde ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermelidir. Savcı, bunların ikisini birleştirerek takipsizlik kararı verdiği şüpheli hakkında akıl hastası olduğu gerekçesiyle aynı

¹⁶³⁴ SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 402-403. Mülga kanun dönemindeki uygulama için bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 276, 282.

zamanda güvenlik tedbiri uygulanmasını mahkemeden talep edemez. Böyle bir talep varsa, mahkemece bu talebin reddedilmesi gerekir¹⁶³⁵.

3.3.1.1.2.3. Kovuşturma Evresi

3.3.1.1.2.3.1. Genel Özellikler

Avusturya hukukunda kusur yeteneğinden yoksun akıl hastası suçlular hakkında savcılıkça düzenlenen tedbir talepnameşi kabul edildiğinde, kovuşturma evresinde görevli mahkemenin tek hâkimli mahkeme yerine jürili mahkeme olarak görev yapan eyalet mahkemesi olacağı kabul edilmiştir. Mahkeme, başvuru hakkındaki karara, aleniyet ilkesi doğrultusunda gerçekleştirilecek duruşma sonucunda hükmeder. Akıl hastasına ilişkin tedbir muhakemesinin kovuşturma evresinde mecburi müdafilik sistemi benimsenmiştir. Mecburi müdafî, akıl hastası muhatabın aksi yönde iradesine rağmen, onun lehinde başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Duruşmada bir bilirkişi hazır bulundurulur. Muhatabın durumunun makul bir süre içinde duruşmaya katılmaya müsaade etmemesi yahut duruşmada bulunmanın onun sağlığı için önemli bir tehlike oluşturması halinde, duruşma, muhatabın yokluğunda yapılır. Bu halde mahkeme, bilirkişiyi dinlemek ve gerekli diğer delilleri dikkate almak suretiyle karar verir (öStPO § 430).

Avusturya hukukunda akıl hastası muhatabın bir yasal temsilcisi varsa, hem tedbir başvurusunun hem de yargılamayla ilgili tüm kararların, muhatabın yanı sıra yasal temsilciye de bildirilmesi gerekir. Ayrıca akıl hastalarına özgü muhakemede duruşmaya çağırılması gereken kişiler arasında yasal temsilci de yer alır. Yasal temsilci, akıl hastası muhatabın aksi yönde iradesine rağmen gerek tedbir başvurusuna karşı itirazda bulunma gerekse kanunun muhataba tanıdığı tüm kanun yollarına müracaat etme hakkına sahiptir (öStPO § 431/1-2).

Hukukumuzda akıl hastaları hakkında yürütülen tedbir muhakemesinde, bu kişilere ilişkin ceza muhakemesinde olduğu gibi üçlü bir değerlendirme faaliyetinde

¹⁶³⁵ “...tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun şüphelisi H... hakkında ...Cumhuriyet Başsavcılığınca şüphelinin akıl hastalığı gerekçe gösterilerek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunması isteği üzerine, mahkemenin TCK.nın 57. maddesi gereğince verdiği güvenlik tedbiri kararı bu nedenlerle yerinde bulunmadığından, Cumhuriyet Savcılığının şüpheliye yüklediği suçlara ilişkin olarak kamu davasını açmasını ve bu davanın sonucuna göre ceza ve güvenlik tedbirlerine hükmolunup olunmayacağına ise görevli mahkemece belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemenin, Cumhuriyet Savcılığının güvenlik tedbirine hükmedilmesini içeren isteminin reddi yerine, kabulüne ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi hukuka aykırıdır” (Y.14.CD., E. 2013/6318, K. 2013/8312, 1.7.2013).

bulunulmalıdır. Bunlardan ilki, failin işlediği fiilin bir suç teşkil etmesi; ikincisi, failin suçu işlediği esnada akıl hastası olması; üçüncüsü ise akıl hastalığı ile işlenen suç arasında isnadi bir bağlantının bulunmasıdır. Bu bağlantının bulunup bulunmadığının tespiti, tıbbî/psikiyatrik bir araştırmayı zorunlu kılar.

Akıl hastasının yargılanması esnasında kanunda açık bir zorunluluk öngörülmemiş olmakla beraber, öğretide, hâkimin her durumda bilirkişi tayin ederek onun görüşünü almasının isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁶³⁶. Bu bakımdan Türk doktrininde de akıl hastalığı açısından bilirkişiye verilen önemin karşılaştırmalı hukukla benzerlik gösterdiği söylenebilir. Bu anlamda bir kimsenin akıl hastalığının bulunup bulunmadığını tespit etmenin, bir kazai faaliyet olmadığı, bir tıbbi faaliyet olduğu kabul edilmektedir. Hastalık tespitini bizzat yapması mümkün olmadığına göre, mahkeme, akıl hastalarına ilişkin muhakemede fenni ve tıbbi verilerden hareket eden bir bilirkişinin yardımından faydalanmak zorundadır¹⁶³⁷. Her şeyden önce, kovuşturmada akıl hastası olduğundan kuşkulanan kişinin bu hastalığının ortaya çıkarılması ve davranışlarına etkisinin saptanması amacıyla mahkeme tarafından da tıpkı soruşturma evresinde olduğu gibi gözlem altına alma tedbiri uygulanabilir (CMK m. 74). Bu tedbir kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından uygulanmakla birlikte bir hüküm niteliğinde olmadığı ve failin suçu işleyip işlemediği tespitini içermediği için bir güvenlik tedbiri değildir. Mahkemece verilen gözlem altına alma kararının ilerideki koruma ve tedavi tedbirine dayanak olan bir tür “geçici tedbir” olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Akıl hastalığı hakkındaki tıbbi teşhisin yaptırılacağı makam açısından CMK m. 74’te resmi sağlık kuruluşundan söz edilmiştir. Uygulamada Yargıtay, akıl hastalığının, Adli Tıp Kurumu’ndan veya tam teşekküllü resmi sağlık kurumlarından alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanması gerektiği yönünde karar vermektedir¹⁶³⁸. Burada alınacak rapor, psikiyatri biliminin verilerine göre tanzim edilen bilimsel bir rapordur. Sağlık kurulu raporu, akıl hastalığı hakkında yalnızca bir teşhis içermelidir. Bunun ötesine geçerek failin ceza veya tedbir sorumluluğunun saptanması, bir hükmü gerektirir. Hekimin görevini aşan bu hükmü vermek daima mahkemenin görevidir. Dolayısıyla mahkemenin bilirkişinin görüşüyle bağlı olmadığına ilişkin kural burada da geçerlidir. Fakat bu halde mahkemenin, akıl hastalığının varlığını veya yokluğunu saptayan uzman

¹⁶³⁶ Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 748, kn. 1622.

¹⁶³⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 396-397; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 228; ŞEN, s. 272-273. Benzer yönde bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 746; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 348; İÇEL/EVİK, II, s. 180; HAKERİ, s. 392.

¹⁶³⁸ Y.9.CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, 30.12.2008.

raporunun aksini düşündürecek somut gerekçelere sahip olması gerekir. Dolayısıyla Türk hukukunda akıl hastalarına özgü tedbir muhakemesinde, tehlikeliliğe ilişkin prognostik faaliyetin her halde bilimsel verilerden hareketle yani “kliniksel metod” kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiği söylenebilir.

Uygulamada sanığın akıl hastası olup olmadığı ve bu hastalığın onun davranışları üzerinde ne gibi etkiler meydana getirdiği hususlarının tespitini aşarak somut dava açısından sanığın algılama ve irade (anlama ve isteme) yeteneklerinin bulunup bulunmadığı konusunda da bilirkişi yardımıyla yararlanılması¹⁶³⁹, öğretide eleştirilmektedir. Denilmektedir ki, akıl hastalığının tespiti mahkemenin görevi olmasa da bu tespitten hareketle failin somut olayda kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığını saptama görevi mahkemeye aittir¹⁶⁴⁰. Kanaatimizce sanığın fiili işlediği sırada akıl hastası olduğu ve bunun fiil esnasındaki davranışlara etkisi tıbben ortaya konulduğunda, mahkemenin isnat yeteneğine ilişkin ayrı bir değerlendirme faaliyetinde bulunması olanağı da ortadan kalkmaktadır. Bu konuda mahkemenin yalnızca şüphesini gidermek üzere yeni bir tıbbi inceleme yaptırmaktan başka çaresi yoktur. Fiilin işlendiği anı konu edinecek şekilde akıl hastalığının varlığına ilişkin teşhis içeren bir bilirkişi raporu, kaçınılmaz olarak kusur yeteneği konusunda da bilimsel bir tespit yapıldığı anlamına gelir. Mahkemenin tecrübelerinden hareketle yaptığı hukuki tespit (sezgisel metod), bilimsel kanıtlardan hareketle yaptığı tıbbi tespitin (kliniksel metod) dışına çıkmamalıdır. Belirtelim ki, failin fiil esnasında akıl hastası olup olmadığına ilişkin bilirkişi raporlarının çelişkili olması ve çelişkinin giderilememesi yahut failin bu esnada akıl hastası olduğu tespit edilmekle birlikte bu hastalığın kusur yeteneğini tamamen mi yoksa kısmen mi etkilediği konusunda şüphenin oluşması durumunda, *in dubio pro reo* ilkesi uygulama alanı bulmalıdır.

Ceza muhakemesinde sanık beyanı, deliller içerisinde değerlendirilmektedir. Bu durumda akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri muhakemesinde sanık beyanlarının delil teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu konuda akıl hastası sanığın da kural olarak sanıklara tanınan tüm haklardan yararlanacağı, bunların başında savunma hakkının yer aldığı, savunma hakkının sorgu yoluyla kullanılarak esas olduğu ve bu sorgu esnasında alınan beyanların da delil olarak kullanılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁴¹. Dolayısıyla sanık akıl hastası da olsa kendisini savunmasına fırsat

¹⁶³⁹ Bkz. Y.9.CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, 30.12.2008.

¹⁶⁴⁰ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 228; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 256; ÖZGENÇ, s. 407; İÇEL/EVİK, II, s. 182; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 321; AKBULUT, s. 504.

¹⁶⁴¹ “Gerek ceza yargılamasında gerekse suçu işlediği sırada tam akıl hastaları hakkında görülen emniyet tedbiri yargılamasında duruşmaya CYUY’nin 236. maddesi (CMK m. 191) uyarınca tanıkların ve bilirkişinin yoklamasıyla başlanacaktır. Bundan sonra sanığın açık kimliği ve kişisel

verilmeli, akıl hastası sanık, yüze karşılık, sözlülük ve doğrudan doğruyalık ilkelerinin bir getirisi olarak usulüne uygun biçimde kural olarak duruşma salonunda dinlenmeli, yalnızca duruşmada hazır bulunmama konusunda yasal bir izin veya gereklilik varsa bu usulden vazgeçilebilmelidir. Gerçekten tedbir muhakemesinde sanık beyanının delillerden dışlanması gerektirecek hiçbir makul gerekçe yoktur. Bir kimsenin isnat yeteneğinin bulunmaması, onun ifadelerinin tümüyle hayal veya hastalık ürünü olduğunu söylemek için yeterli sayılamaz. Ceza muhakemesinde olduğu gibi tedbir muhakemesinde de her şeyin hukuka uygun her şeyle ispat edilebilmesi, maddi gerçeğin hukuka aykırı olmayan her türlü delille ortaya çıkarılabilmesi gerekir. Bununla birlikte CMK m. 193/2’de, sanık hakkında toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiğinde davanın bitirilebilmesi için sanığın sorgusunun yapılmasına gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla olan hukukta kanun koyucunun koruma ve tedavi tedbirleri bakımından sanığın sorgu sırasındaki beyanlarına delil değeri atfetmediği

durumu tespit olunacaktır. İddianamenin okunmasından sonra da sanık 135. maddede (CMK m. 147) öngörülen biçimde sorguya çekilecektir. Sorgusu sırasında sanığa üzerine atılan suç hakkında açıklamada bulunmamasının yasal hakkı olduğu söylenecek, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılacak, aleyhindeki şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehindeki hususları ileri sürmek imkanı verilecektir. Bu yönleri itibarıyla sorgu kamusal yanı da bulunmakla birlikte öncelikle bir savunma aracıdır. Diğer yandan sanık duruşmada hazır bulunması gereken kişilerdendir. Sanığın bu durumu yargılamanın yüze karşılık özelliğinin ve savunma hakkının bir sonucudur. Bu nedenledir ki, Ceza Yargılama Yasamızda öngörülen ayrık durumlar dışında, gelmeyen sanık hakkında duruşma yapılamaz. Öte yandan aynı Yasanın 236. maddesi (CMK m. 191/3-d) hükmüne göre duruşma sanığın sorgusu ile başlayacağından sanığın sorgusu yapılmadan duruşma açılmış sayılamaz. CYUY’nın ‘kararların nasıl verileceği’ başlığını taşıyan 31. Maddesinde (CMK m. 33); davaya duruşma esnasındaki kararların iki taraf dinlendikten sonra verilebileceği hükmü getirilmiştir. Yine, sanığın mahkemece sorguya çekilmesi gerektiğine ilişkin 13.05.1974 gün ve 6/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bu usul işlemine uymanın zorunlu olduğu belirtilmiş, Ceza Genel Kurulumuzun 24.10.1995 gün ve 238/305 sayılı kararında da; sorgusu sırasında kendisine yasal hakları hatırlatılmayan sanığın beraati halinde dahi, bu usuli eksiklik mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Ağır cezayı gerektiren suçlar nedeniyle verilecek muhafaza ve tedbir kararının bir yıldan az olmamak üzere şifaya kadar süreceği, daha önce iyileşme halinde dahi bu kararın geçerliliğinin devam ettiği göz önüne alındığında muhafaza ve tedbir kararının sanık açısından ağır sonuçlar doğurduğu kesindir. Dolayısıyla, sonucunda kendisi yönünden ağır neticeler doğuracağı muhakkak bir kararın verilmesi olasılığı bulunan bir yargılama faaliyetinde bizzat sanığa bu sonucu önlemeye yönelik savunma olanağı tanınması sorguya ilişkin yasal düzenlemenin getirdiği bir zorunluluk olduğu kadar, adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Öte yandan, bilirkişi görüşünü denetleyecek, değerlendirecek ve gereğinde yeniden bilirkişi görüşüne başvurulabilecek olan yargıcın duruşmadaki sorgusu sırasında sanığı izlemesi ve Ceza Yargılama Yasasının gerekli kıldığı durumları tutanağa geçirmesi gereklidir. Yine dava zamanışımının dolması halinde emniyet tedbirine hükmedilmesi olanağı bulunmadığından, zamanışımını kesici özelliği olan, sanığın sorguya çekilmesi işleminin gerçekleştirilmesi bu yönüyle de zorunludur. Bu itibarla, suçu işlediği sırada tam akıl hastası olduğu saptanan sanık hakkındaki emniyet tedbiri yargılaması sırasında mahkemece Ceza Yargılama Yasamızda öngörülen yöntemle sorguya çekilmeksizin yargılamanın bitirilerek muhafaza ve tedavi kararı verilmesi isabetsiz olduğundan Yerel Mahkemenin (1) numaralı bozma nedenine yönelik direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir” (YCGK, E. 2001/10-209, K. 2001/212, 9.10.2001). “...mahkemece bozmaya uyularak (akıl hastası) sanığa savunman atanmasına karşın bu kez sanığın bulunamaması nedeniyle savunması alınmadan yazılı biçimde hükümlülüğüne karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.6.CD., E. 2007/9995, K. 2011/35543, 20.7.2011). Aynı yönde bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 292-293.

söylenbilir¹⁶⁴². Anayasal savunma hakkı (AY m. 36/1) karşısında Kanun'un bu düzenlemesinin tartışmaya açık olduğu görüşündeyiz.

Mecburi müdafilik konusunda akıl hastası şüpheli hakkında söylenenler, akıl hastası sanık için de aynen geçerlidir. Kusur yeteneği olmayan sanık hakkında müdafî atanması gerekir. Sanığın akıl hastalığı, ister tamamen¹⁶⁴³ ister kısmen kusur yeteneğini etkilemiş olsun, her halde onun malul olarak değerlendirilmesini gerektirir. Mahkeme, müdafî bulunmayan akıl hastası sanık hakkında Barodan müdafî talep etmelidir. Zorunlu müdafinin atanmaması, akıl hastası sanığın savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Müdafî atanmaması başlı başına bir bozma nedenidir¹⁶⁴⁴.

Türk hukukunda akıl hastasının yargılandığı tedbir muhakemesinde mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kimselerin katılma talebinde bulunup bulunamayacağına ilişkin açık hüküm yoktur. Öğretide bir görüş, katılma kurumunun kabul edilme sebebinin kişilerin öç duygularını bastırmak olduğundan hareketle tedbir muhakemesine katılmanın somut bir fayda sağlamayacağı düşüncesindedir¹⁶⁴⁵. Buna karşılık uygulamada sanığın akıl hastası olmasının katılmaya engel bir durum olarak kabul edilmediği söylenebilir¹⁶⁴⁶. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmadığı gibi ayrıksı bir hüküm de sevk edilmemiştir. Kanaatimizce katılma kurumu açısından sanıklar arasında ayırım yapılmasını gerektirecek haklı bir gerekçe yoktur. Katılmanın yalnızca katılanın kişisel öç duygusunu tatmin etmekle sınırlandırılması da mümkün değildir. Nitekim katılanın normalde sınırlı da olsa maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmesi ihtimal dâhilindedir. Ayrıca mağdurun kendini ifade etmesi, mahkemenin prognostik değerlendirmesinde sanık aleyhine rol oynayabilir. Bu nedenle sanık akıl

¹⁶⁴² Buna karşılık Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin süreklilik arz eden kararlarında, CMK m. 193/2'de yer alan düzenlemenin 1412 sayılı CMUK'un 223/4'te yer alan düzenlemeye paralel olduğu, iddianamede tarif edildiği şekli ile fiilin suç teşkil etmemesi veya fiilin suç olmaktan çıkarılması hallerine özgü olarak, eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığı ve derhal beraat kararı verilmesi gereken hallerde uygulanabileceği; bunun dışındaki hallerde dosyadaki deliller değerlendirilerek mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilebilmesi için sanığın mutlaka sorgusunun yapılması gerektiği ifade edilmiş; sanığın savunması alınmaksızın ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Bkz. Y.1.CD., E. 2013/5885, K. 2014/1622, 17.3.2014; E. 2014/4748, K. 2015/2981, 7.5.2015; E. 2013/5885, K. 2014/1622, 17.3.2014. Kanaatimizce "mahkûmiyet dışındaki karar" ifadesi CMK m. 223'te yer alan ve ceza mahkûmiyeti dışında kalan tüm kararları, öyleyse ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle "olması gereken hukuk açısından" Yargıtay içtihatlarının dayandığı gerekçenin isabetli olduğu düşünülebilirse de "olan hukuk açısından" bu yöndeki istikrar kazanmış kararların kanun koyucunun açık iradesiyle ve diğer deyişle kanunilik ilkesiyle çeliştiğini düşünmekteyiz.

¹⁶⁴³ "Akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan sanık ...'a, CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca zorunlu müdafî atanması gerektiği gözetilmeden..." (Y.4.CD., E. 2014/2224, K. 2016/7973, 21.4.2016).

¹⁶⁴⁴ Y.4.CD., E. 2007/8634, K. 2007/8137, 9.10.2007.

¹⁶⁴⁵ ZAFER, "Emniyet Tedbiri Muhakemesi", s. 293.

¹⁶⁴⁶ Bkz. Y.4.CD., E. 2015/23000, K. 2015/38723, 30.11.2015; Y.1.CD., E. 2013/5885, K. 2014/1622, 17.3.2014;

hastası olsa bile onun işlediği fiilden etkilendiği kanunen kabul edilen kişilerin muhakeme kuralları ile maddi ceza hukuku kurallarının yargılama esnasında gereği gibi işletilip işletilmediğini tespit edebilmek, muhakemede hak sahibi olabilmek, avukat görevlendirilmesini talep etmek, sanığa soru sorulmasını istemek ve gerektiğinde kanun yoluna başvurabilmek gibi amaçlarla davaya katılmalarının olanaklı olduğu kanısındayız.

3.3.1.1.2.3.2. Duruşma ve Hüküm

Avusturya hukukunda jüri yeminli yargılamada jüriye muhatabın suçun işlendiği sırada ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı hakkında ek bir soru sorulmalıdır. Jürinin bu soruyu olumlu yanıtlaması ve diğer ilave sorulara olumsuz yanıt vermesi halinde, jüriyle birlikte, mahkeme heyeti, muhatabın kuruma yerleştirilmesine karar vermek durumundadır (öStPO § 432). Karara karşı kanun yolu başvurusunda bulunulabilir. Kuruma yerleştirme kararı verilmişse, kanun yoluna başvurma hakkı muhataba ve yakınlarına aittir. Karara karşı itiraz veya temyiz başvurusunda bulunulması, kararın uygulanmasının askıya alınması sonucunu doğurur. Yargılamanın yenilenmesi ise genel hükümlere tabidir (öStPO § 433).

Türk hukukunda akıl hastası sanık hakkındaki kararı, iddianamenin sunulduğu ve davanın açıldığı ceza mahkemesi verir. Akıl hastası hakkında mahkeme tarafından uygulanmasına karar verilen koruma ve tedavi tedbiri kararı, diğer tüm güvenlik tedbiri kararlarında olduğu gibi teknik anlamda bir “hüküm” niteliği taşır (CMK m. 223/6)¹⁶⁴⁷.

Akıl hastası hakkında güvenlik tedbirine hükmolunabilmesi için sanığın suçun işlediğinin sabit olması gerekir. Aksi halde yani suçun işlenip işlenmediği hususunda tereddüt hâsıl olmuşsa güvenlik tedbirine değil beraate karar verilmelidir. Kanaatimizce böylesi bir durumda beraat kararının verilmesinin gerekçesi, sanığın lehine olması değil, *numerus clausus* ilkesi uyarınca tedbirin sınırlı uygulanırlığı dolayısıyla kanun hükmünü ifa zorunluluğu, diğer deyişle kanunilik prensibidir. Nitekim bazı hallerde

¹⁶⁴⁷ 1412 sayılı CMUK döneminde güvenlik tedbirlerinin kanunda bir hüküm türü olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bu dönemde öğretide baskın görüş, güvenlik tedbirlerine ilişkin kararın bir tür “mahkûmiyet” niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Buna göre mahkûmiyet kavramı geniş algılanmalı ve “cezaya mahkûmiyet”te olduğu gibi “güvenlik tedbirine mahkûmiyet” de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bkz. YURTCAN, CMUK Şerhi, s. 954; YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, C. 3, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 162. Krşl. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 299-300. Bu dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise akıl hastası hakkında uygulanan muhafaza ve tedavi tedbirinin bir mahkûmiyet kararı olarak kabul edilemeyeceğine, mahkûmiyet kavramını sanığın “cezalandırılması” şeklinde anlamının daha uygun olacağına hükmetmiştir. Bkz. YCGK, E. 1991/1-91, K. 1994/116, 25.4.1994.

tedbir uygulanması, sanığın fiilen tedavisini ve rehabilite edilmesini sonuçlayacağı için sanık açısından beraat kararına kıyasla daha lehe olabilir. Bu nedenle Yargıtay'ın lehe hükmü saptayan kararlarında¹⁶⁴⁸ gerekçe açısından isabet bulmamaktayız.

Alman hukukunda eğer tek başına veya cezanın yanı sıra psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirine karar verilmesi bekleniyorsa doğrudan doğruya eyalet mahkemesinin (*Landesgericht*) yetkili olduğu kabul edilmiştir (GVG § 74/1)¹⁶⁴⁹. Türk hukukunda akıl hastalarına özgü tedbire ister tamamen ister kısmen hükmediliyor olsun, her halde sırf bu sebeple yüksek mahkemenin karar verebileceğine ilişkin bir hüküm sevk edilmemiştir.

Yine Alman hukukunda yargılamanın konusunu muhatabın tek başına ya da cezaya ek olarak bir psikiyatri hastanesine veya bağımlılık tedavi kurumuna yerleştirilmesi oluşturuyorsa, muhakemenin tamamı veya bir kısmı hakkında aleniyet ilkesinin hariç tutulabileceği kabul edilmiştir (GVG 171a)¹⁶⁵⁰. Diğer bir deyişle akıl hastaları hakkında yapılan tedbir yargılamasında “ihtiyari kapalılık”tan söz etmek mümkündür. Türk hukukunda ise akıl hastalığı, yaş küçüklüğünün (CMK m. 185) aksine zorunlu kapalılık nedeni olmadığı gibi ihtiyari kapalılık nedeni de değildir.

Akıl hastasının soruşturma evresinde ifadesi alınırken yahut kovuşturma evresinde bu kişi sorguya çekilirken haklarının hatırlatılıp hatırlatılmayacağı sorusu sorulabilir. Burada iki türlü düşünülmesi olasıdır. Birincisi, duruşma ehliyeti olmayan yani duruşmanın işleyişini algılayamayan kişiye haklarının hatırlatılmasının gereksiz bir usulî işlem den ibaret olacağı ileri sürülebilir. İkincisi ise ceza muhakemesi hukukunun güvenlik tedbiri muhakemesine de sirayet eden genel kuralları gereği, haklarının hatırlatılması zorunlu olan bir kimsenin bu hakkından sırf anlamayacağı gerekçesiyle feragat etmeyi gerektirecek geçerli sebeplerin bulunmadığı kabul edilebilir¹⁶⁵¹. İkinci düşünüş tarzı daha isabetlidir. Bu nedenle gerek ifade ve sorgu için gerekse diğer tüm ceza muhakemesi işlemleri için konulan kural ve kurumlardan bünyesine uygun düştüğü ölçüde tedbir muhakemesinde de yararlanmak gerekir.

Akıl hastası sanığın yargılandığı davada birden fazla sanık bulunması halinde, akıl hastasının bu diğerleri hakkında tanıklık yapıp yapamayacağı belli değildir. Kanaatimizce akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri muhakemesinde, hem sanık hem de tanık sıfatı taşıyan kişinin beyanının sanık beyanı olarak dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte sebep suçun akıl hastası tarafından işlenmediğinin saptanması

¹⁶⁴⁸ Örnek için bkz. Y.9.CD, E. 2007/6751, K. 2007/7263, 18.10.2007.

¹⁶⁴⁹ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 1.

¹⁶⁵⁰ METZGER, KMR-StPO, § 414, Rn. 1.

¹⁶⁵¹ Bu yönde bkz. ZAFER, “Emniyet Tedbiri Muhakemesi”, s. 283-284.

durumunda söz konusu muhakemede akıl hastasının önceki sorgudaki beyanlarının tanık beyanı olarak dikkate alınması uygun olacaktır. Bu durumda akıl hastasının tanık olarak dinlenmesine ilişkin hükümlerin (CMK m. 45/2) kıyasen uygulanamayacağı kanısındayız.

Hukukumuzda uyuşturucu veya alkol bağımlıları hakkında güvenlik tedbirine hükmetme yetkisi, akıl hastalarında olduğu gibi, görevli mahkemeye aittir¹⁶⁵². Alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları da esasen bir tür akıl hastası olmalarına rağmen, hukukumuzda bunlar hakkındaki hükümler de nitelik ve nicelik bakımından beklentiği karşılamaktan uzaktır¹⁶⁵³. Alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının tedavisinin sona ermesi, bağımlılıktan kurtulmalarına bağlıdır. Ancak TCK’da (m. 57/7-c.3) bu kimselerin bağımlılıktan kurtulup kurtulmadığının da yargısal bir kararla tespit edilmesi zorunluluğu aranmıştır. Bu nedenle tedbirin infazı esnasında alkol veya uyuşturucu madde bağımlısının iyileştiğinin yalnızca hekim raporuyla saptanması, bu kimsenin infaz merci tarafından serbest bırakılması için yeterli değildir¹⁶⁵⁴. Belirtelim ki, uyuşturucu madde bağımlısı hakkında ilk kez başlatılan bir soruşturmada kovuşturma evresine geçilmesi ve dolayısıyla tedbir kararı verilmesi mümkün değildir. Zira kanun koyucu, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunda CMK m. 171’deki şartlar oluşsun veya oluşmasın, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle erteleneceğini ve şüpheli hakkında en az bir yıl denetimli serbestlik uygulanacağını kabul etmiştir (TCK m. 191/2-3). Sözü edilen maddede kaleme alınan “karar verilir” ibaresinden anlaşıldığı üzere, erteleme kararı verip vermeme konusunda savcının takdir yetkisi yoktur. Dolayısıyla TCK m. 191’de düzenlenen suç bakımından uyuşturucu bağımlılarına ilişkin güvenlik tedbirleri muhakemesi açısından “kendine özgü bir muhakeme engeli” (erteleme süresi içinde yükümlülöklere uygun davranmak ve yasakları ihlal etmemek) öngöröldüğü kanaatindeyiz.

¹⁶⁵² Bu açıdan TCK m. 57/7’de yer verilen “hâkim veya mahkeme” ifadesinde yer alan “hâkim”in sulh ceza hâkimi değil, davaya bakan tek hâkimli mahkemede görev alan ve hüküm veren hâkim olduğunu düşünmekteyiz. Belirtelim ki, alkol veya uyuşturucu madde bağımlıları hakkında karar verecek merci, mülga TCK’nın 404/4’üncü maddesinde de akıl hastalarına ilişkin karardan farklı biçimde, mahkeme olarak kabul edilmiştir.

¹⁶⁵³ Aynı yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.5, s. 1596.

¹⁶⁵⁴ 765 sayılı TCK döneminde ise kanunda bir açıklık olmaması nedeniyle öğretide farklı görüşlerin ileri süröldüğü görölmektedir. Örneğin *Dönmezer/Erman*’a göre, iyileşmesi halinde suçlunun yargı kararına ihtiyaç duyulmaksızın kurum tarafından serbest bırakılması olanaklı iken; *Kunter*’e göre tedbirin geri alınması yargı kararına ihtiyaç duymaktadır. Görüşler için sırasıyla bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 756, kn. 1637, (c); KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 1986, s. 914, kn. 504.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, çocuk suçlunun, suçun işlendiği an itibarıyla aynı zamanda akıl hastası olmasıdır. Bu halde uygulanacak güvenlik tedbirlerinin akıl hastalarına özgü mü yoksa çocuklara özgü mü olacağı akla gelebilir. Bu ihtimali düşünen kanun koyucu, ÇKK m. 12’de, suça sürüklenen akıl hastası çocuk hakkında, yaş bakımından TCK m. 31/1-2 kapsamında kalması kaydıyla, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını kayıt altına almıştır. O halde akıl hastası suçlu çocuklar hakkında ikili bir ayırım yapılabilir. Eğer suça sürüklenen çocuk on beş yaşından küçükse ve suçu işlediği sırada akıl hastası ise çocuklara özgü güvenlik tedbirleri; suçu işlediği sırada akıl hastası olmakla birlikte eğer on beş yaşından büyük bir çocuk ise akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri uygulanmalıdır.

Akıl hastalarına özgü tedbir muhakemesinde, mahkemenin kusur yeteneğinden kısmen veya tamamen yoksun olan kişi hakkında koruma ve tedavi tedbirine hükmetmesi yeterlidir. Tedbirin uygulanacağı kurumun neresi olacağını hükümde belirtmesi kendisinden beklenmez. Öyle ki, Yargıtay, böyle bir belirlemenin yetki aşımı sayılacağı düşüncesindedir¹⁶⁵⁵.

Türk hukukunda hem güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı hem de ceza verilmesine yer olmadığı kararı, birer hüküm çeşidi olarak kabul edilmiştir (CMK m. 223/1). Sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur (CMK m. 223/6). Şahsa yönelik güvenlik tedbirleri düşünülecek olursa, bu kuralın uygulanabilmesi için sanığın, doğal olarak hakkında güvenlik tedbiri uygulanacak kişilerden biri olması gerekir. Bu kişiler arasında, kusur yeteneğinden tamamen veya kısmen yoksun olan akıl hastaları ve çocuklar yer almaktadır. Bununla birlikte CMK m. 223/3’te sanık hakkında, ona yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması halinde, sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği kabul edilmiştir. Fark edileceği üzere, suç işleyen kimsenin kusur yeteneğinden yoksun olması, CMK’da hem ceza verilmesine yer olmadığı kararının hem de güvenlik tedbirine hükmolunması kararının uygulanma şartı olarak kabul edilmiştir. Oysa

¹⁶⁵⁵ “Akıl hastası olan hükümlünün <koruma ve tedavi altına alınmasına> karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, Cumhuriyet Savcısının infaz yetkisini kısıtlayacak biçimde belirli yer gösterilerek hüküm kurulmasında isabet görülmediğinden, kanun yararına bozma istemine dayanılarak düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görülmekle Silopi Asliye Ceza Mahkemesinin 15.06.2004 gün ve 2003/622 Esas ve 2004/166 sayılı kararının 5271 sayılı CMK. nun 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozulmasına, hüküm fıkrasının 2. bendinde yer alan <Elazığ Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde> ibaresinin hükümden çıkarılmasına, kararın diğer bölümlerinin aynen yerinde bırakılmasına, müteakip işlemlerin mahallinde ifasına, dosyanın gereği için Yargıtay C. Başsavcılığına gönderilmesine, 26.12.2005 gününde oybirliği ile karar verildi” (Y.11.CD., E. 2005/11115, K. 2005/14353, 26.12.2005).

güvenlik tedbiri hükmünü düzenleyen fıkrada yer alan “mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra” ifadesine benzer şekilde “ceza verilmesine yer olmadığı kararı yerine veya bu kararın yanı sıra” biçimindeki bir ifadeye ise Kanun’da yer verilmemiştir. Buradan hareketle, kusur yeteneğinin yokluğunun gerekçesinin akıl hastalığı, yaş küçüklüğü veya sağır/dilsizlik ya da geçici nedenler olması halinde, mahkemenin güvenlik tedbiri veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarından birini seçmesi gerektiği düşüncesi oluşabilir. Ne var ki, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile tedbir kararı, birbirini ortadan kaldırmayan ve biri diğerine etki etmeyen hüküm çeşitleridir. Bu nedenle kusur yeteneğinden yoksunluk şartı, bu hükümlerin mahkeme tarafından “alternatif olarak seçilmesini” değil “kümülatif olarak birleştirilmesini” gerektirir. O halde mahkeme, akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneğinden yoksun olan (CMK’nın ifadesiyle kusuru bulunmayan) sanık hakkında önce ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermeli, ardından güvenlik tedbirine hükmetmelidir¹⁶⁵⁶. Buna karşılık beraat¹⁶⁵⁷, davanın reddi ve davanın düşmesi kararlarından herhangi biri ile birlikte bu güvenlik tedbirine hükmolunması mümkün değildir. Nitekim beraat kararı için tipiklik veya hukuka aykırılık noksanlığı dolayısıyla ya suç oluşmamakta veya oluşup oluşmadığı tereddütlü kalmakta; ret kararı için önceden verilen hüküm veya açılan dava bulunmakta; düşme kararı için ise muhakeme şartı gerçekleşmemektedir. Her üç halde de ya tedbir muhakemesinin ya da güvenlik tedbirinin uygulanma koşulları sakatlandığı için tedbir kararı verilmesi de imkânsızlaşır. Nitekim akıl hastasına özgü güvenlik tedbiri her durumda sanığın suçu işlediğinin kesin bir kanaatle ortaya konulmasını gerektirir.

Akıl hastası hakkında hak yoksunluğuna ilişkin düzenlemelerin uygulanıp uygulanamayacağını ikili bir ayrım ile ele almak gerekir. Eğer akıl hastalığı kusur

¹⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2008, s. 670; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 719; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 607-608; AKBULUT, s. 506; MALKOÇ, s. 198. Krşl. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.4, s. 1595. “Akıl hastalığı sebebiyle cezai ehliyetinin bulunmadığından bahisle hakkında 5237 sayılı TCK’nin 32/1. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen sanık hakkında, TCK’nin 57/1. maddesi gereğince akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.CD., E. 2016/14474, K. 2017/7030, 24.5.2017).

¹⁶⁵⁷ Mülga CMUK döneminde, beraat kararı ile birlikte güvenlik tedbirine hükmolunmasının olanaklı olduğu hususunda bkz. DÖNMEZER/ERMAN, II, s. 751, kn. 1627 (a). Kanunun suç işlemeyen yetişkinlerin cebren koruma ve tedavi tedbirine muhatap olmalarını sağlayacak bir hüküm içermemesi nedeniyle akıl hastası sanığın suçu işlemediğinin sabit olması halinde beraat kararı verilmesi zorunluluğunun bir boşluk teşkil ettiği düşünülmektedir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 99.4, s. 1595. Kanaatimizce sanığın bu halde cebren tedbire maruz bırakılmaması, güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğinden, yani bunların suça bağlı hukuki sonuçlar olmasından kaynaklanır. Henüz teknik anlamda bir suçu tamamlamayan veya suça teşebbüs etmeyen kişiler hakkında kanunda öngörülmesi halinde diğer önleyici tedbirler uygulanabilirse de sebep suçun varlığını net biçimde saptamaksızın ceza hukukuna özgü (kriminal-yargısal) tedbirler uygulanamaz.

yeteneğine kısmen etki ediyorsa bu kimse hakkında hapis cezasına hükmedileceği için belirli haklardan yoksun bırakma mümkündür. Aksine, akıl hastalığı kusur yeteneğine tamamen veya önemli ölçüde etki ediyorsa, güvenlik tedbirlerinin kanuni sonucu olarak hak yoksunluğundan söz etmek mümkün değildir¹⁶⁵⁸.

Akıl hastalığının kusur yeteneğini tamamen ortadan kaldırmadığı veya önemli ölçüde azaltmadığı durumlarda, mahkemenin hükmedilen hapis cezasının güvenlik tedbiri olarak yerine getirilebileceğini öngörmesi olasılığı söz konusu ise, bu halde mahkeme tarafından yalnızca mahkûmiyet kararına hükmolunması gerekecektir. Kusur yeteneği bulunan akıl hastaları hakkında güvenlik tedbirine karar verilmesi değil, bunlar hakkında hükmolunan cezanın kısmen veya tamamen güvenlik tedbiri olarak infaz edilmesi durumu söz konusudur. Şu halde hüküm, güvenlik tedbiri değil mahkûmiyet hükmüdür. Mahkeme tarafından hükmedilen ceza infaz aşamasında tümüyle tedbire çevrilmişse, sorun ortaya çıkmaz; yalnız tedbir uygulanır. Fakat cezanın infaz aşamasında kısmen tedbire çevrilmesi halinde, önce hangisinin uygulanacağı konusunda bir açıklık yoktur. Öğretide bu halde önce tedbirin uygulanacağı ardından cezanın infaz edileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵⁹. Gerçekten bu halde kümülatif sistemin tedbirden sonra ceza formunda uygulanması, akla uygun olan yöntemdir. Önce failin iyileştirilmesi, sonra eğer gerekli ise mahkûmiyet kararında öngörülen süreyi aşmamak kaydıyla ceza uygulanması, daha isabetlidir.

Önemle ifade etmek gerekir ki, akıl hastası sanık hakkında teknik anlamda güvenlik tedbirine hükmolunabilmesi için sanığın akıl hastası olduğunun ve sosyal açıdan tehlike arz ettiğinin kanıtlanması yeterli değildir. Aynı zamanda işlenen fiilin suç oluşturduğunun delilleriyle ortaya konulması gerekir. Aksi halde mahkemenin tedbir kararına hükmetmesi mümkün değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın mülga TCK döneminde verdiği aksi yöndeki kararların¹⁶⁶⁰ geçerliliğini yitirdiği söylenebilir.

Suç işlediği sırada akıl hastası olmamakla birlikte, muhakeme esnasında akıl hastası olduğu tespit edilen kişinin, suçu işlediği an itibarıyla tedbir sorumluluğundan değil, ceza sorumluluğundan bahsedilir. Dolayısıyla bunlar hakkında hüküm türü olarak ceza verilmesine yer olmadığına ve koruma ve tedavi tedbirine karar verilemez. Bununla birlikte akıl hastalığı, muhakemenin yürütülmesine de engel oluşturacağı için mahkemenin bir akıl hastalığı şüphesi karşısında sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve hastalığın onun davranışları

¹⁶⁵⁸ ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 399-400.

¹⁶⁵⁹ Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 719-720.

¹⁶⁶⁰ "...suçu işlediği zaman tam akıl hastası olduğu kesin olarak saptanan sanığın koruma ve tedavi altına alınmasına karar verilebilmesi için tüm delillerin toplanıp isnat olunan suçun bu sanık tarafından işlendiğinin kanıtlanmasına gerek yoktur" (YCGK, E. 1994/1-264, K. 1994/283, 14.11.1994).

üzerindeki etkilerini saptamak için geçici bir tedbir olarak gözlem altına alma kararı (CMK m. 74/5) ile birlikte muhakemenin durmasına (CMK m. 223/8-c.2) karar vermesi; sanık iyileşirse muhakemeye devam olunması; eğer iyileşmesi olanağının bulunmadığı tıbben tespit olunmuşsa bu kez muhakemenin düşmesine (CMK m. 223/8-c.1) karar vermesi gerekir.

Akıl hastası hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilse ve güvenlik tedbiri uygulansa bile yargılama giderlerinin hükümde sanığa yükletilmesi gerekir. Aksi uygulama, bir bozma nedenidir¹⁶⁶¹.

3.3.1.1.2.3.3. Tedbirde Değişiklik Usulü

Akıl hastası hakkında güvenlik tedbiri muhakemesi, tedbir kararıyla sona erdikten sonra bu kimsenin sosyal tehlikeliliği incelenmelidir. Bu tehlikelilik devam ettiği sürece tedbir de devam etmeli, aksi halde tedbire son verilmelidir. O halde mahkemenin, yargılamanın her aşamasında bir tehlikelilik değerlendirmesi yapması yani prognostik faaliyette bulunması beklenir. Tedbirin sona ermesi, akıl hastası hükümlünün topluma karışması anlamına gelir. Ancak salıvermeden sonra tehlikeliliğin yeniden nüksetmesi de olanak dahilindedir. Kanun koyucu TCK m. 57’de bu olasılığı göz önünde bulundurmuştur. Buna göre hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine serbest bırakılabilir. Türk hukukunda akıl hastası hakkında uygulanmasına karar verilen güvenlik tedbirlerinin sona erdirilmesine, yine hükmü veren mahkeme tarafından karar verilmelidir. Her ne kadar Kanun’da “...mahkeme veya hâkim kararıyla serbest bırakılabilir” (TCK m. 57/2) ifadesi kaleme alınmış olsa da, buradaki hâkimi kanımızca tek hâkimli mahkeme olarak algılamak gerekir. Yani salıverilme kararı, teknik anlamda bir hâkimlik kararı değil mahkeme kararıdır¹⁶⁶². Kurumun sağlık kurulu

¹⁶⁶¹ “Akıl hastalığı nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilen sanığa, 5271 sayılı CMK’nin 325/1. maddesi uyarınca yargılama giderlerinin yükletilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yargılama giderinin kamu üzerinde bırakılması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.CD., E. 2016/14572, K. 2017/6827, 23.5.2017; E. 2016/7825, K. 2017/1894, 27.2.2017; E. 2016/7779, K. 2017/1311, 14.2.2017).

¹⁶⁶² Burada sözü edilen mahkeme veya hâkim, akıl hastasını yargılayarak koruma ve tedavi tedbirine karar veren mahkeme veya hâkimdir (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 490). Esasen Kanun’da salıverme kararı verecek merci olarak hâkimden bahsedilmesinin gerekçesi, ileride İnfaz Kanunu’nda yapılacak değişikliklerle etkin bir infaz hâkimliği oluşturulması ve bu hâkimin salıverme kararı vermesinin düşünülmesi olmakla birlikte, bu değişiklik gerçekleşmediği için mevcut hukukta bu konuda karar verme yetkisi sadece mahkemeye aittir (ÖZGENÇ, s. 861-862).

raporu mahkeme açısından bağlayıcı değildir¹⁶⁶³. Bununla birlikte sağlık kurulu raporunda failin toplumsal tehlikeliliğinin “tümüyle ortadan kalktığı” tıbbi olarak tespit edilmişse, mahkemenin, bu tehlikeliliğin ortadan kalkmadığına yönelik gerekçeyle tedbirin uygulanmasının devamına karar vermesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Salıverilme kararında mahkemenin uygulayacağı prognostik faaliyette esas alması gereken metod, öncelikle kliniksel metod olmalıdır.

Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, bunun süre ve aralıkları belirtilir. Salıverilen akıl hastası hakkında tıbbi kontrol ve takip, raporda gösterilen süre ve aralıklarla, Cumhuriyet savcılığınca bu kişilerin teknik donanımı ve yetkili uzmanı olan sağlık kuruluşuna gönderilmeleri ile sağlanır (TCK m. 57/2-4). Tıbbi kontrol ve takipte, kişinin akıl hastalığı itibarıyla toplum açısından tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapora dayanılarak, yeniden koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir (TCK m. 57/5-c.1). Burada akıl hastası hakkındaki güvenlik tedbirinin yenilenmesinin ön koşulu, sağlık kurulu raporunun sosyal tehlikeyi tespit eden raporudur. Bu rapor olmaksızın mahkemenin salıverdiği akıl hastası hükümlü hakkında yeniden koruma ve gözetim tedbiri uygulanmasına karar vermesi hukuka aykırı olur. Dolayısıyla tedbir hükmünde değişiklik kovuşturması da klinik metodun göz önünde tutulmasını gerektirir.

Kanundaki düzenleme, akıl hastalarına özgü tedbir muhakemesinde olduğu gibi değişiklik muhakemesi açısından da beklentiyi karşılamaktan oldukça uzaktır¹⁶⁶⁴. Bu ifadelerden hareket edilecek olursa, tıbbi kontrol ve takip neticesinde toplumsal tehlikeliliğin arttığını gösteren olguların bulunması halinde muhakemenin yeniden mi başlayacağı yoksa mahkeme kararının yeterli mi kabul edileceği belirsizdir. Öğretide bir görüşe göre, salıverilen akıl hastasının tehlikeli halinin arttığı gerekçesiyle yeniden koruma ve tedavi altına alınması, bir tür değişiklik muhakemesidir. Bu bir değişiklik muhakemesi olduğuna göre, önceden tedbire karar veren mahkemede yeniden bir davanın açılması gerekir¹⁶⁶⁵. Kanaatimizce güvenlik tedbirleri muhakemesinde verilen hükmün, uygulanacak tedbirin türü ve tehlikelilik durumu bakımından her zaman incelenebilir olmasının neticesi olarak, akıl hastaları hakkında verilen güvenlik tedbiri kararının sonradan değiştirilmesi, kaldırılması ve yenilenmesine ilişkin tüm kararlar, yeni bir muhakeme olarak değil, önceki muhakemenin devamı olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten güvenlik tedbirleri, bir hükme (mahkeme kararına)

¹⁶⁶³ ÖZGENÇ, s. 862.

¹⁶⁶⁴ Benzer yönde bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.8, s. 1627.

¹⁶⁶⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.8, s. 1627.

dayanmakla birlikte, cezalardan farklı olarak, hükümden sonra bile değerlendirilmeye muhtaç olan hukuki sonuçlardır. Nitekim bunlar, kusur yeteneğine değil, failin her an değişmesi, azalması veya artması muhtemel tehlikeli haline dayanmaktadır.

TCK m. 57 gereğince, gerek salıverilme gerekse salıverilmeden sonra yeniden koruma ve tedavi amaçlı güvenlik tedbirine hükmolunması için tıbbi rapora dayanılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle tedbirin uygulanmasında bir değişikliğe gidilmesi, usul açısından “rapor şartı” dışında bir koşul gerektirmemektedir. Mahkeme, tedbir uygulanması için savcının yeni bir iddianame hazırlamasına yahut tedbirin kaldırılması için hükümlünün başvuruda bulunmasına gerek kalmaksızın, yalnızca kendisine sunulacak tıbbi rapor üzerine yeniden yapacağı değerlendirme sonucunda tedbirin uygulanmasına, devamına yahut uygulanan tedbirin kaldırılmasına karar verebilir¹⁶⁶⁶. Mahkemenin bu değerlendirmesi, yeni bir tedbir yargılaması olmayıp, raporun içerik yönünden incelenmesinden ibarettir. Mahkemenin vereceği karar üzerine, koruma ve tedavi tedbirinin ağırlaştırılması ihtimalinin varlığı nedeniyle, mevcut hükme karşı kanun yolu başvurusunda bulunmanın mümkün olduğu kanısındayız.

3.3.1.1.2.3.4. Kanun Yolu İncelemesi

Akıl hastasının güvenlik tedbiri olarak koruma ve tedavi tedbirlerinin uygulanmasına yönelik hükme karşı kanun yoluna gidip gidemeyeceği tartışılabilir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta tedbirlerin ilk dönemlerinde ortaya atılan “güvenlik tedbirlerinin her zaman failin lehine olduğu” yönündeki düşüncenin günümüzde geçerli olmadığı söylenmelidir¹⁶⁶⁷. CMK’da da güvenlik tedbirlerine karşı kanun yolu denetimini önleyen herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle akıl hastasının kişisel hürriyetini ortadan kaldırıcı nitelikteki tedbir kararına karşı kanun yoluna başvurabilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Akıl hastalarına ilişkin tedbir muhakemesi sonucu ulaşılan karara karşı kanun yoluna başvurma hakkı, sanık aleyhine savcı ve katılan ile vekiline; sanık lehine ise savcı, sanık, müdafî ve sanığın yasal temsilcisi ile eşine aittir (CMK m. 260-262). Burada sorun, müdafî ile sanığın kanun yolu bakımından iradelerinin çelişmesi halinde hangi iradeye üstünlük tanınacağıdır. CMK m. 261’de müdafinin ancak sanığın açık

¹⁶⁶⁶ Değişiklik davasının savcı veya hükümlü tarafından açılması ve dava dilekçesine sağlık kurulu raporunun eklenmesi gerektiği görüşü için bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.8, s. 1627.

¹⁶⁶⁷ Örneğin İtalyan Temyiz Mahkemesi, akıl hastasının güvenlik tedbiri kararına karşı kanun yoluna başvurusunu engelleyen eski tarihli “hukuki yararın yokluğu” gerekçesinden sonraki kararlarında vazgeçmiştir. Bir örnek için bkz. VASSALLI, s. 514.

arzusuna aykırı olmamak kaydıyla kanun yollarına başvurabileceği kabul edilmiştir. Öğretide 1412 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde akıl hastası sanık hakkında mecburi müdafî tayin edilirken rıza alınmaması durumunda olduğu gibi sanığın rızasına aykırı olarak kanun yolu incelemesine gidilebilmesinin mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁶⁸. Bu yönde bir düzenlemeye kısmen CMK m. 266/3'te yer verilmiştir. Buna göre kendisine CMK m. 150/2 uyarınca müdafî atanan kişi ile müdafinin iradesi kanun yolu bakımından çelişirse, sanığın lehine olmak kaydıyla müdafinin iradesi dikkate alınacaktır. CMK m. 150/2'de öngörülen kişiler arasında sayılan "kendisini savunamayacak derecede malul" ibaresinin kusur yeteneğinden tümüyle yoksun olan akıl hastalarını içerdiğine kuşku yoktur. Bu derecede olmayan akıl hastaları açısından ise müdafî yardımı olmaksızın kendisini savunup savunamayacağı değerlendirmesinin yapılması gerektiği söylenebilir.

3.3.1.1.2.3.5. Aleyhe Değiştirme Yasağı

Yukarıda ifade edildiği üzere, karşılaştırmalı hukukta esasen aleyhe değiştirme yasağının suçun tüm hukuki sonuçları için geçerli olmasının kural olduğu; ancak bu kuralın kanunda gösterilen istisnalarla sınırlandırılmasına olanak bulunduğu kabul edilmektedir. Oysa Türk hukukunda geçerli olan *reformatio in peius* yasağına ilişkin kural, yalnızca cezalarla sınırlandırılmış olup güvenlik tedbirlerini tümüyle kapsam dışında bırakmıştır (CMK m. 265/c.2)¹⁶⁶⁹. Bu nedenle kanun yoluna yalnız akıl hastası sanık lehine başvurulmuş olsa bile yeniden verilen hükmün, önceki hükümde tayin edilmiş güvenlik tedbirinden daha ağır bir güvenlik tedbirini içermesinin önünde bir engel yoktur. Ayrıca akıl hastalarına özgü tedbir muhakemesi için tedbirde değişiklik usulüne (TCK m. 57/5) müsaade edilmiş olması da aleyhe değiştirme yasağının akıl hastası hakkında uygulanacak koruma ve tedavi tedbirlerini kapsamadığının bir diğer göstergesidir.

¹⁶⁶⁸ ZAFER, "Emniyet Tedbiri Muhakemesi", s. 301.

¹⁶⁶⁹ Niteliği gereği cezaya yaklaşan güvenlik tedbirlerinde aleyhe değiştirme yasağının uygulanması gerektiği görüşü için bkz. ZAFER, "Emniyet Tedbiri Muhakemesi", s. 301.

3.3.1.2. Şahsi Hürriyeti Bağılayıcı Olmayan Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.2.1. Hak Yoksunluğu Muhakemesi

3.3.1.2.1.1. Yasaklama Muhakemesi

Bilindiği üzere, güvenlik tedbirleri, cezaya eklensin veya eklenmesin, bir muhakeme faaliyetini şart koşar. Bu muhakeme bazen ceza yargılamasının bir parçası olarak bağımlı muhakeme, bazen de ceza muhakemesinden ayrı müstakil bir muhakeme biçiminde ortaya çıkar. Oysa hak yoksunluğunda kural olarak mahkemenin yürütmesi gereken gerçek bir muhakeme faaliyeti yoktur. Nitekim ceza muhakemesi sonucunda verilen mahkûmiyet kararının neticesi olarak TCK m. 53/1’de sıralanan sonuçlar, kural olarak kendiliğinden, bir karara ihtiyaç bulunmaksızın ve hükümde ayrıca gösterilmesine gerek olmaksızın uygulanır¹⁶⁷⁰. Bu bakımdan esasen Türk hukukunda teknik anlamda bütüncül bir hak yoksunluğu muhakemesinin varlığından söz etmek de mümkün değildir. Kanaatimizce bir “gerçek muhakeme” vasıtasıyla hükmolunmayan hukuki sonuçların güvenlik tedbiri olarak adlandırılması, tedbirlerin genel teorisine uygun düşmemektedir.

Bununla birlikte, TCK m. 53’te bir güvenlik tedbiri olarak yer verildiğine göre, teknik anlamda bir muhakeme faaliyeti olmasa bile, en azından hak yoksunluğu neticesini doğuran hukuki sonuçların değerlendirilmesine yönelik faaliyet ve işlemleri bir “gerçek olmayan muhakeme” olarak adlandırmayı uygun görmekteyiz. Kaldı ki TCK m. 53/5-6’da öngörülen hak yoksunluklarının uygulanabilmesi, mahkemenin

¹⁶⁷⁰ ÖZGENÇ, s. 830; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 530; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 608; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 895; DEMİRBAŞ, s. 637. Bununla birlikte Yargıtay, hak yoksunluklarının uygulanacağı zaman diliminin hükümde gösterilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir: “...hüküm fıkrasından TCK 53. maddesinin uygulanmasına dair bölümün çıkartılarak, yerine, ‘53. maddenin 3. fıkrası uyarınca 1. fıkranın c bendinde yer alan kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet kayımlık haklarından koşullu salıverilme tarihine, 1. fıkranın diğer bentlerinde yazılı haklardan cezanın infazı tamamlanuncaya kadar yoksun bırakılmasına’ denilmek suretiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına, 2.5.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (Y.15.CD., E. 2013/28465, K. 2016/4251, 2.5.2016). Aynı yönde bkz. Y.16.CD., E. 2015/1227, K. 2016/1813, 18.3.2016; E. 2015/1233, K. 2016/1814, 29.2.2016. CMK’da ise hükmün gerekçesinde gösterilecek hususlardan söz edilirken “(TCK’nın) 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi” gerektiği kaleme alınmıştır (m. 230/1-c). Kanaatimizce CMK m. 230/1-c bendinde yer verilen 53’üncü madde, TCK’nın sözü edilen maddesinin mahkemenin ayrıca karar vermesini gerektiren beşinci ve altıncı fıkraları ve üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi ile sınırlıdır. Buna karşılık 53’üncü maddenin hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak infaz süresince uygulanmak zorunda olduğu ve öğretide bazı görüşlerce birer fer’i ceza olarak nitelendirilen diğer haller, CMK m. 230/1-c kapsamında değerlendirilemez.

uygulama yönünde bir değerlendirme yapmasına bağlıdır. Dolayısıyla ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olan bu hukuki sonuçlara ilişkin “muhakeme”nin de birtakım özellikler taşıması gerektiği, uygulamadaki içtihatlarla zımnen ortaya konulmaktadır.

Bunlardan biri, hak yoksunluğu muhakemesinde “lehe kanunun uygulanması ilkesi”nin geçerli olmasıdır. Bu ilke uyarınca, failin fiili işlediği tarihte yürürlükte olan hukuki sonuca kıyasla failin aleyhine sonuç doğuran bir yaptırıma TCK m. 53’te yer verilmesi halinde bu yaptırımın geçmişe yürütülerek faile uygulanma olanağı yoktur. TCK m. 53’te düzenlenen yaptırımlara ilişkin muhakemede geçmişe yürüme yasağının uygulanacağı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir¹⁶⁷¹.

Hak yoksunluğu doğuran hukuki neticeler uygulanırken ölçülülük ilkesinin gözetilip gözetilmeyeceği tartışılabilir. Belirtelim ki, TCK m. 53’ün 3-c.2, 5 ve 6’ncı fıkraları, eğer bunlar tedbir olarak nitelenecek olursa, güvenlik tedbirlerinin orantılılığı ilkesini hatıra getirmektedir. Bunlar bakımından orantılılık değerlendirmesi bir yana, içerik ve koşullar açısından da TCK m. 53/1’deki ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak uygulanan yoksunluk hallerinden farklı olarak, bir tedbir muhakemesi faaliyetinin yürütülmesi gerektiği söylenebilir.

Bir defa TCK m. 53/3-c.2’de mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılma şeklindeki tedbirin (TCK m. 53/1-e) uygulanmamasına karar verilebileceği kabul edilmiştir. O halde mahkemenin burada kişinin içinde bulunduğu durumu ve onun serbest mesleğini veya ticaretini devam ettirip ettirmeyeceğini ayrıca değerlendirmesi ve karara bağlaması gerekir. Bu değerlendirmeyi yaparken, sanığın geçim zorluğuna düşüp düşmeyeceği ve bu durumdan aile bireylerinin olumsuz etkilenip etkilenmeyeceği gibi hususlar gözetilmelidir¹⁶⁷².

Ayrıca yukarıda değinildiği üzere TCK m. 53/5’te öngörülen tedbirlerin uygulanması bakımından TCK m. 53/1’den farklı olarak, mahkemenin bir değerlendirme faaliyetine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu fıkra açısından mahkemenin yapacağı değerlendirme, failin sahip olduğu bir hak ve yetkinin bulunup bulunmadığı,

¹⁶⁷¹ “6136 sayılı Kanuna muhalefetten hüküm kurulurken; ceza miktarı göz önünde bulundurulduğunda, 765 sayılı Yasa gereği belirlenecek ceza ile 5237 sayılı Yasa gereği belirlenecek cezanın miktar olarak aynı olması halinde, hak yoksunluklarına ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmeyen 765 sayılı Yasanın lehe olduğu anlaşıldığından, 5237 sayılı Yasaya göre uygulama yapılarak, bu yasanın 53. maddesinin uygulanması sebebiyle hükümlü aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulama yapılması, yasaya aykırıdır” (Y.1.CD, E. 2006/77, K. 2006/1681, 27.4.2006).

¹⁶⁷² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 897.

bu hak ve yetkiye TCK m. 53/1’de açıkça yer verilip verilmediği, yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı ve şayet kötüye kullanılmışsa, bu yetki aşımı ile işlenen suç arasında illî bir bağlantının bulunup bulunmadığı ile sınırlıdır. Bu koşullar kümülatif niteliktedir. Mahkeme, bu koşulların tümünün karşılandığını tespit ederse, hak ve yetkiyi kötüye kullanan sanık hakkında hak yoksunluğuna karar verir. Aksi halde hak yoksunluğunun uygulanmaması gerekir. Mahkemenin koşulların varlığını tespit ettiği hallerde hak yoksunluğu kararı vermesi zorunlu ise de bu koşulların varlığı veya yokluğu hususunda TCK m. 53/5 özelinde yaptığı tespit ve değerlendirme faaliyeti, dar anlamda bir tedbir muhakemesinin işletilmesi anlamına gelmektedir. Bu tedbir muhakemesi sonucunda verilen kararda koşulların oluşup oluşmadığına yönelik muhakeme faaliyetinin hukuka uyarlığı denetlenecektir¹⁶⁷³.

Aynı zamanda TCK m. 53/6’da öngörülen tedbirlerin uygulanması açısından da mahkemenin bir muhakeme faaliyetinde bulunması şarttır. Bu fıkra özelinde mahkemenin, tedbirin koşulları açısından yapacağı değerlendirme, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzenini sağlayan bir kuralın bulunup bulunmadığı, bu meslek veya sanatın ya da trafik kuralının gerektirdiği dikkat ve özene aykırı hareket edilip edilmediği, sanığın aykırı hareketiyle taksirli bir suçun ortaya çıkıp çıkmadığı ve işlenen taksirli suç ile sanığın meslek veya sanatı yahut ihlal edilen trafik düzeni arasında nedensel bir ilişkinin¹⁶⁷⁴ bulunup bulunmadığı ile sınırlıdır. Bu koşullar da TCK m. 53/5’teki gibi kümülatiftir. Bununla birlikte fıkradaki “verilebilir” ibaresinden anlaşıldığı üzere, taksirli suçlarda hak yoksunluğuna hükmedip hükmetmeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Mahkemenin tedbirin koşulları

¹⁶⁷³ Savcının iddianamede veya esas hakkındaki mütalaasında veya varsa katılanın ifadelerinde hak yoksunluğu talebinde bulunmasının gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Katılanın talebi bulunmadan hak yoksunluğu tedbiri uygulanabilirse de bu kurumun TCK m. 53’te bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesi ve CMK m. 170/6 uyarınca iddianamenin sonuç kısmında hangi güvenlik tedbirinin uygulanmasının istendiğinin açıkça belirtilmek zorunda olması nedeniyle, savcının iddianamede hak yoksunluğunu açıkça talep etmesi gerekir. Aksi halde CMK m. 174/1-a uyarınca iddianamenin iadesi yoluna gidilmelidir.

¹⁶⁷⁴ “Sanığın suç tarihinde henüz geçerli ve yeterli bir sürücü belgesi bulunmadığı anlaşıldığından, hakkında TCK’nın 53/6. maddesi uyarınca sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbirinin uygulanamayacağının gözetilmemesi, kanuna aykırıdır” (Y.12.CD., E. 2017/4617, 2018/5417, 14.5.2018). “...sanık hakkında, olay ve sorumluluğu ile bir ilgisi bulunmadığı halde 5237 Sayılı TCK’nın 53/6. maddesi uyarınca sürücü belgesinin 2 yıl süre ile geri alınmasına karar verilmesi, kanuna aykırıdır” (Y.12.CD., E. 2015/9687, K. 2016/5893, 7.4.2016). “Olay tarihinde yol yapım çalışması yapan M...Şirketinin taşeronu Ö... İnşaat firmasında kepçe operatörü olarak çalışan ölen D.. S..’nin ekskavatör adlı iş makinasının yağlanması yapmak için taşeron firmada kamyon şoförü olarak çalışan sanık H...’den yardım istediği, ölenin ekskavatörün kazıcı kısmının yağlanması yaptığı sırada sanığın makinanın operatör kısmına çıkarken araçta bulunan bir kola tutunarak kepçenin çalışmasına sebebiyet verdiği, kepçenin altında kalan D...’in öldüğü olayda; sanığın, işyerinde ‘kamyon şoförü’ olarak görev yaptığı, ‘kepçe operatörü’ olmadığı ve olayın sanığın şoför olması ile ilgisi bulunmadığı gözetilmeksizin TCK’nın 53/6. maddesi gereğince ‘sanığın üç ay süre ile kepçe operatörlüğü ve şoförlük mesleklerinden yasaklanmasına’ karar verilmesi, kanuna aykırıdır” (Y.12.CD., E. 2015/1017, K. 2015/17731, 12.11.2015)

gerçekleştikten sonra, yapacağı muhakeme faaliyeti ise bir tehlike değerlendirmesidir. Eğer failin meslek ve sanatını icra etmesi ya da trafiğe çıkması sosyal açıdan tehlikeli görülmekte ise tedbirin uygulanmasına, aksi takdirde uygulanmamasına karar verilmelidir. Bu açıdan TCK m. 53/5 ve 53/6 birbirinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla taksirli suçlarda hak yoksunluğunun tüm şartları gerçekleşse bile mahkeme, tedbir uygulayıp uygulamama konusunda bir tercih hakkına sahiptir. Belirtelim ki, bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Mahkemenin takdir yetkisini kullanıp kullanmadığını hükümde açıkça ortaya koyması beklenir. Mahkemenin takdir yetkisinin çerçevesini, gerekçede yer verdiği argümanlar oluşturur. TCK m. 53/6’da öngörülen tüm koşullar oluşmasına rağmen hak yoksunluğu tedbiri uygulanmamışsa, bunun gerekçesine kararda açıkça yer verilmelidir. Mahkemenin verdiği karar hem yasal koşullar açısından hem de takdir yetkisi açısından denetim muhakemesine tabidir.

Yargıtay, bazı kararlarında, mahkûmiyetin kanuni sonucu olan güvenlik tedbirleri bakımından *reformatio in peius* yasağının uygulanmayacağı kanaatindedir¹⁶⁷⁵. Buna karşılık Yüksek Mahkeme’nin farklı kanaate ulaştığı kararları da vardır¹⁶⁷⁶. Kanaatimizce TCK m. 53’te düzenlenen hukuki sonuçlar yerine göre ceza veya güvenlik tedbiri karakteri ağır basan birer cezai tedbir niteliğinde olsalar bile, kanun koyucu bunları *de lege lata* güvenlik tedbiri olarak kabul ettiği için CMK’nın aleyhe bozma yasağını düzenleyen 283’üncü ve 307/4’üncü maddelerinin hak yoksunluğu

¹⁶⁷⁵ “5237 sayılı TCY’sının 53. maddesindeki hak yoksunlukları kural olarak hapis cezasının infazı ile sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla, herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın, bu hak yoksunluklarının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüş ancak, aynı maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, 1. fıkra da sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da, kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır. Yine maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü hakkında 1. fıkranın (c) bendinde yer alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin kullanılmasına ilişkin yasaklama hükmü uygulanamayacak, ayrıca cezası ertelenen hükümlü hakkında, 1. fıkranın e bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına da karar verilebilecek, ancak kısa süreli hapis cezası ertelenenler ile suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişiler hakkında, 1. fıkradaki hak yoksunluğuna hiçbir şekilde karar verilemeyecektir. Görüldüğü gibi ‘Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma’ başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler” (YCGK, E. 2006/11-301, K. 2006/296, 12.12.2006).

¹⁶⁷⁶ “Millî Piyango İdaresiyle yapılan sözleşme uyarınca sayısal loto bayii olarak çalışan ve ilgili idareye ödemek durumunda olduğu parayı zimmetine geçiren sanık hakkında, zincirleme şekilde zimmet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünde, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 53 üncü maddesinin 1 inci fıkrası göz önünde bulundurularak aynı Yasa maddesinin 5. fıkrasının da uygulanması gerekmektedir. Oysa yerel mahkemece, aleyhe temyiz bulunmayan 6.10.2005 tarihli hükümde 5237 Sayılı T.C.K.nın 53 üncü maddesinin 1. ve 3. fıkralarının uygulanmasına karar verilmekle yetinilmiş, ayrıca 5. fıkranın uygulanmasına yer verilmemiştir. Bu itibarla, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 53 üncü maddesinin 5. fıkrasının hükümde gösterilmemesinin sanık açısından aleyhe bozma yasağına konu olacağını kabul eden Özel Daire onama kararı isabetli bulunduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir” (YCGK, E. 2011/5-104, K. 2011/183, 20.9.2011).

hakkında uygulanmaması gerekir. Bu nedenle Yargıtay'ın aleyhe bozma yasağının TCK m. 53'e etki etmeyeceği yolundaki kararları, mer'i hukuk açısından isabetlidir. Dolayısıyla eğer kanun yolu incelemesi sonucu karar bozulmuşsa, TCK m. 53'te düzenlenen hukuki sonuçların hükümlüye uygulanması mümkündür. Fakat mevcut durumun esasen birer fer'i ceza niteliğinde olan hak yoksunlukları açısından adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle *de lege ferenda* hukuki nitelik itibarıyla ceza niteliği ağır basan cezai tedbir yani fer'i ceza olarak değerlendirilen hak yoksunlukları açısından kendi içinde *reformatio in peius* yasağının uygulanması; güvenlik tedbiri niteliği ağırlıkta olan hak yoksunlukları açısından ise bu yasağın dışlanması daha isabetli olacaktır.

3.3.1.2.1.2. Yasak Hakların İadesi Muhakemesi

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda her ne kadar –kural olarak- teknik anlamda hak yoksunluğu muhakemesinden söz edilemese de, belirli haklardan yoksun bırakılan kimsenin bu haklarına yeniden kavuşup kavuşmayacağını konu edinen ve öğretide “memnu hakların iadesi muhakemesi” veya “yasak hakların geri verilmesi muhakemesi” olarak adlandırılan yargılama türünün, hak yoksunluğu muhakemesi başlığı altında incelenebileceği kanısındayız.

Memnu hakların iadesi, öğretide, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olan ve süresiz olarak uygulanan yasaklar ve ehliyetsizliklerin, belli kanuni koşulların sağlanması halinde ortadan kaldırılmasını sağlayan bir ceza hukuku kurumu olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁷⁷. Memnu hakların iadesi kurumu, teknik olarak, yalnızca belli haklardan ömür boyu kısıtlanmış olan failin başvurabileceği bir yoldur¹⁶⁷⁸. Nitekim geçici hak yoksunlukları, zamanaşımı süresinin dolması veya cezanın infazı suretiyle kendiliğinden sona erdiği için ayrıca bir muhakemeye ve mahkeme kararına ihtiyaç yoktur¹⁶⁷⁹.

Memnu hakların iadesi muhakemesine, 1412 sayılı mülga CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde açıkça yer verilmiş olduğunu belirtmek gerekir (m. 416-420). 5271 sayılı mevcut CMK ise, sözü edilen yargılama türüne yer vermemeyi tercih etmiştir. Bunun gerekçesi, TCK m. 53'ün konusunu oluşturan hak yoksunluğu hallerinin ömür

¹⁶⁷⁷ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: III, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1997, s. 326, kn. 2132; ÖNDER, III, s. 317.

¹⁶⁷⁸ Belirtelim ki, bu kişinin başvurabileceği tek yol, yargısal başvuru yolu değildir. Ömür boyu hak yoksunluğunun giderilmesi, Adli Sicil Kanunu'nun geçici 2'nci maddesinin atfıyla aynı Kanun'un 12'nci maddesinde düzenlenen adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi yoluyla da mümkün olabilir.

¹⁶⁷⁹ DÖNMEZER/ERMAN, III, s. 326, kn. 2132, 2314; ÖNDER, III, s. 320.

boyu yasaklılık ve ehliyetsizlik durumunu kabul etmemesi nedeniyle bu tür bir muhakemenin gereksiz olmasıdır¹⁶⁸⁰. Bununla birlikte, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu (ASK)’na 2006 yılında eklenen, “yasaklanmış hakların geri verilmesi” başlıklı 13/A maddesi ile birlikte Türk hukukunda memnu hakların iadesi usulü yeniden kabul edilmiştir¹⁶⁸¹. Belirtelim ki, hukuk sisteminde yeniden yer bulan memnu hakların iadesi muhakemesinin konusu, TCK’da yer alan yoksunluklar dışında kalan hak yoksunlukları ile sınırlıdır¹⁶⁸².

Hak yoksunluğunun süresiz olarak kabul edildiği özel kanun hükümlerinde geçen “affa uğramış olsalar bile” ibaresi öğretide iki açıdan eleştirilmektedir. İlkin, bu ifadede geçen affin genel ve özel afftan hangisini kapsayacağı belirtilmeksizin toptancı bir anlayışla kaleme alınması doğru bulunmamakta; TCK’nın affı düzenleyen 65’inci maddesinin açık hükmü karşısında özel kanunlarda geçen affin “özel af” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁸³. İkincisi, bu ifadenin TCK m. 53’teki hak yoksunluğu ile çeliştiği ve eski uygulamadan gelen alışkanlıkların bir yansıması olduğu savunulmaktadır¹⁶⁸⁴.

Hak yoksunluklarına yol açan bazı kanuni düzenlemelerde, bu yoksunluklara neden olan suçlar sayıldıktan sonra “gibi” edatı kullanıldığı fark edilmektedir. Bu

¹⁶⁸⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.13, s. 1634; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 623; ÖZGENÇ, s. 832; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 590; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 6; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 13; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 5. Sözü edilen durum, maddenin gerekçesinde “*Bu sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir*” şeklinde vurgulanmıştır.

¹⁶⁸¹ ASK m. 13/A-1, c.1: “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir*”.

¹⁶⁸² Bu süresiz hak yoksunluklarına örnek olarak; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 76/2), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (m. 48/A-5), 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (m. 5/1-a), 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu (Ek m. 2/1-c), 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu (m. 11/f), 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu (m. 16/1-f), 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu (m. 4/1-d), 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun (m. 10/d-2), 5682 sayılı Pasaport Kanunu (m. 14/A-5), 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (m. 28/1), 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu (m. 33/1-e), 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun (m. 6/1-a), 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (m. 18/1-b), 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu (m. 3/1-e), 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (m. 10/1-a), 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 30/1-d), 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (m. 25/1-ç), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (m. 8/1-d), 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu (m. 6/E), 5523 sayılı Türkiye Yatırım Destek Ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanun (m. 10/5-c), 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun (m. 18/5-c), 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu (m. 50/d, 94/c), 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (m. 4/1), 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (m. 6/1-ç) gibi kanunlarda düzenlenen yoksunluklar gösterilebilir.

¹⁶⁸³ ÖZGENÇ, s. 836-837.

¹⁶⁸⁴ ÖZGENÇ, s. 838.

kullanımdan hareketle, Danıştay tarafından verilen farklı kararlarda, ilgili kanunlardaki düzenlemelerin sınırlandırıcı olduğu kabul edildiği gibi bunların örnekseyici olduğuna dair içtihatlarla da rastlamak mümkündür¹⁶⁸⁵.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi muhakemesinin uygulanma koşulları ASK m. 13/A'da düzenlenmiştir. Kanun bu tür yargılama için üç koşul öngörmüştür. Bunlardan ilki, failin mahkûm olduğu cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması (f. 1-a)¹⁶⁸⁶; ikincisi, kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşmuş olması (f. 1/b); üçüncüsü ise hükümlü veya vekilinin talepte bulunmasıdır (f. 3). Üç yıllık sürenin geçip geçmediği, yeni bir suçun işlenip işlenmediği¹⁶⁸⁷ ve talepte bulunulup bulunulmadığı koşulları objektif koşullar olup mahkemenin “tespit faaliyeti”ni; failin iyi halli olup olmadığı ise subjektif koşul olarak mahkemenin “değerlendirme faaliyeti”ni gerektirir. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, TCK dışında kalan hak yoksunluklarının yargı merci tarafından re’sen ele alınması mümkün değildir. Bu konuda “davasız muhakeme olmaz” ilkesi geçerlidir.

Dikkat edilecek olursa, yasak hakların geri verilmesi davasının koşulları arasında, hak yoksunluğunun süresiz olması gerektiğine yönelik doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, öğretide yasak hakların uygulanma süresi konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Öğretide bir görüşe göre, yoksun kalınan hakların süresiz olması gerekmez. Bu nedenle hak yoksunluğuna süreli olarak karar verildiği hallerde de koşulları varsa memnu hakların iadesi muhakemesi yürütülebilir¹⁶⁸⁸. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, ASK m. 13/A ile getirilen muhakeme, ancak süresiz olan yasak ve yoksunlukların ortadan kaldırılması için işletilebilir. Diğer deyişle bu kurum, niteliği gereği yalnız ömür boyu yoksunlukları konu edinmektedir¹⁶⁸⁹. Kanaatimizce bir hakkın iade edilmesinden söz edilebilmesi için

¹⁶⁸⁵ Bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 707-708, dn. 238.

¹⁶⁸⁶ “Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz” (f. 2).

¹⁶⁸⁷ Öğretide İçel, “suçun işlenmemiş olması” şartının “suçtan dolayı kesinleşmiş mahkûmiyetin bulunmaması” olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca yazara göre, maddede herhangi bir suçun işlenmesini yeterli gören koşul, bir yasal değişiklik ile “sadece kasten işlenen suçları kapsayacak şekilde” daraltılmalıdır. Bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 626.

¹⁶⁸⁸ Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 101.13, s. 1634.

¹⁶⁸⁹ Bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 769-770; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 600. Kanunun gerekçesi de aynı yönde kaleme alınmıştır. Nitekim madde gerekçesine göre, iadesi talep edilecek haklar, yalnızca “süresiz biçimde yasaklanan haklar” ile sınırlıdır: “...5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun Geçici 2 nci maddesinde, diğer kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin, belli hakları kullanmaktan süresiz olarak yoksun bırakılmasına ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur. 5237 sayılı

o hakkın yalnız belli bir süreliğine kullanılamaması yeterli değildir. Aksi halde, bir yandan mahkemelerin gereksiz bir iş yükü ile yükümlendirilmesi, öte yandan memnu hakların iadesi kurumunun tarihsel ve hukuksal anlamından saptırılması mümkün hale gelir. Kanunun cezanın infazından sonra belli bir süre (üç veya beş yıl) geçmesini araması da bu sonuca götürmektedir. Dolayısıyla TCK dışındaki bir kanunla süreli hak yoksunluğu öngörülmüşse, bu yoksunluğun giderilmesi için başvurulacak ayrı bir iade muhakemesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Memnu hakların iadesi davası, hükümlü veya vekili tarafından açılır. Bu muhakemede Cumhuriyet savcısının soruşturma faaliyetinden ve bir iddianameden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla memnu hakların iadesi muhakemesinde “kamu davasının mecburiliği” ilkesi uygulanmaz. Bu muhakemede yetkili mahkeme, seçimlik olarak belirlenmiştir. Nitekim hükmü veren mahkeme veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkeme, yasak hakkın iadesine karar verebilir (f. 3). Görüldüğü üzere yargılamanın bu türünde “genel yetki (hüküm mahkemesi)” yanında bir “yedek yetki (yerleşim yeri mahkemesi)” kuralı yer almaktadır.

Mahkeme, kararını dosya üzerinden verebileceği gibi, uygun görmesi halinde Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle de verebilir (f. 4). Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Ancak kanunun lafzından anlaşıldığı üzere, kararın dosya üzerinden verilmediği durumlarda, Cumhuriyet savcısı veya hükümlüden yalnız biri dinlenmek suretiyle verilecek karar hukuka aykırı olacaktır.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak CMK’da öngörülen kanun yoluna başvurulabilir (f. 5). Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilir (f. 6). Kararın kesinleşmesi, kanun yolu için öngörülen sürenin geçirilmesine veya kanun yolu başvurusunun reddedilmesine bağlıdır. Memnu hakların iadesi kararına karşı hükümle ilgili bir başvuru yapılacağına göre, olağan kanun yolu olarak istinaf başvurusunda bulunulması gerektiği ve kanun yolu incelemesinde bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin görevli olduğu söylenebilir.

Memnu hakların iadesi muhakemesinde, ceza muhakemesinin yargılama giderlerine ilişkin genel kabulünün aksine, tüm masrafların bu muhakemeye başvuran

Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki süresiz hak yoksunluğu doğuran bu hükümlere rağmen, yasaklanmış hakların geri verilmesi yolunun kapalı tutulması, uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır. Bu sorunların çözümüne yönelik olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlardaki kasıtlı bir suçtan dolayı belirli süreyle hapis cezasına veya belli suçlardan dolayı bir cezaya mahkûm olan kişilerin süresiz olarak kullanmaktan yasaklandıkları hakları tekrar kullanabilmelerine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur”.

hükümlü tarafından karşılanacağı kabul edilmiştir (f. 7). Bu açıdan hükümlünün başvurusunun mahkeme tarafından kabulü veya reddi arasında bir fark yoktur. ASK m. 13/A'nın uygulanma şartları gerçekleşse bile yargılama masraflarına hükümlü katlanacaktır.

Yasaklanmış hakların iadesi muhakemesi sonucunda verilecek iade kararı, yasaklanmış hakların ileriye dönük olarak kullanılabilmesini sağlar. Geçmişe dönük bir karar verilmesi mümkün değildir¹⁶⁹⁰.

3.3.1.2.2. Tekerrür ve Denetimli Serbestlik Muhakemesi

Avusturya hukukunda akıl hastası (öStGB § 21) veya alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı (öStGB § 22) suçlularla birlikte, “tehlikeli mükerrir suçluların (*gefährliche Rückfallstäter*)” (öStGB § 23) güvenlik tedbiri olarak kuruma yerleştirilmesini öngören hükümler sevk edilmiştir. Ceza Kanunu’nda yer alan bu hükümlerin nasıl bir prosedür kapsamında uygulanacağını göstermek üzere Avusturya CMK’da kendine özgü kurallara (öStPO §§ 435-442) yer verildiği görülmektedir. “Tehlikeli mükerrir suçluların muhakemesi” veya “tekerrür muhakemesi” olarak adlandırılabilen bu tür bir yargılamada hangi hükümlerin sevk edildiği, mukayese edilmesi bakımından incelenmelidir. Her şeyden önce belirtelim ki, Avusturya hukukunda tekerrür muhakemesinin bir tür bağımsız tedbir muhakemesi olmayıp, kural olarak ceza muhakemesine bağımlı bir tedbir muhakemesi niteliğinde olduğu fark edilmektedir. Bunun gerekçesi, tehlikeli mükerrir suçlular hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin kural olarak bir ceza hükmünde (*Strafurteil*) yer almasıdır. Mükerrir suçlunun kuruma yerleştirilip yerleştirilmeyeceği, ceza mahkûmiyetine ilişkin kararın bir parçasını oluşturur. Bu kararlara karşı hükümlünün lehine veya aleyhine olarak kanun yolu başvurusunda bulunulabilir (öStPO § 435). Mükerrir hakkında kuruma yerleştirme talebi ile faaliyet yasağı (öStGB § 220b) talebinde bulunma yetkisi savcıya aittir. Eğer bir ceza muhakemesinden söz edilmekte ise savcı bu yetkisini doğal olarak iddianame aracılığıyla kullanacaktır. Bununla birlikte mahkeme, savcının bu yönde bir başvurusu olmasa bile, muhakeme sonunda mükerririn kuruma yerleştirilmesi tedbirine veya onun faaliyetten yasaklanmasına karar verebilir (öStPO § 437). Tekerrür muhakemesinde mecburi müdafilik sistemi kabul edilmiştir. Buna göre, mükerrir yargılamasına ilişkin duruşmanın başından sonuna kadar sanığın bir müdafii hazır bulunmazsa, kuruma yerleştirme tedbirini içeren hüküm geçersiz olur. Ayrıca faaliyet

¹⁶⁹⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 707.

yasağına karar verilecekse, bunun uygulanma koşullarının duruşmada tartışılmaması da geçersizlik sebebidir (öStPO § 439/1). Mükerrir hakkında kuruma yerleştirilme tedbirinin uygulanması için mahkemenin bilirkişinin görüşünü alması zorunludur (öStPO § 439/2). Bilirkişi tayin etme ve rapor alma konusunda hâkimin takdir yetkisi yoktur. Avusturya hukukunda tehlikeli mükerrir suçluların muhakemesi, ceza muhakemesinin bir parçası olsa da mükerrire güvenlik tedbiri uygulanmasının ceza muhakemesinde bağımsız bir tedbir başvurusu ile yapılmasına da olanak tanınmıştır. Bu başvuruyu yapma yetkisi savcıya aittir. Talepname (*Antrag*), yazılı iddianame (*Anklageschrift*) için öngörülen hükümlere tabidir (öStPO § 441/1). Tehlikeli mükerrir failin gözlem altına alınmasını gerektiren sebepler varsa, bu geçici tedbir onun yerleştirilmesi beklenen kurumda yerine getirilir (öStPO § 442).

Türk hukukunda güvenlik tedbirleri özelinde “denetimli serbestlik muhakemesi” olarak da adlandırılabilir “tekerrür muhakemesi” ile “özel tehlikeli suçlular muhakemesi” ayrı bir muhakeme türü olarak değerlendirilmemektedir¹⁶⁹¹. CMK’da tekerrür ve özel tehlikeli suçlu yargılamasına ilişkin bir bölüm yer almadığı gibi herhangi bir hüküm de sevk edilmiş değildir. Bu nedenle bağımsız bir tekerrür muhakemesinden bahsetme olanağı yoktur. Mükerrirlere ve özel tehlikeli suçlulara ilişkin soruşturma ve kovuşturma faaliyetleri, ceza muhakemesinin genel kurallarına göre işletilir. Bununla birlikte hâkimin tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını saptarken –TCK’da düzenlenen- bazı özel hükümleri dikkate alması gerekir. Ceza yargılamasında göz önünde bulundurulacak bu hükümler nedeniyle, tekerrür muhakemesi, bir tür bağımlı tedbir muhakemesi olarak ele alınabilir. Belirtelim ki, hukukumuzda tekerrür ve özel tehlikeli suçluların muhakemesi ile ilgili hükümler de son derece kısıtlıdır.

Denetimli serbestlik muhakemesinde savcının sonradan tedbir talebinde bulunması, sanığın savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmamalıdır. Bu hakkın kısıtlanması, kararı sakatlar ve bozmayı gerektirir. Yargıtay, TCK m. 58’in

¹⁶⁹¹ Mükerrirler ve özel tehlikeli suçlular hakkında uygulanacak muhakemenin, TCK’nın 58’inci maddesinin altıncı ve devam eden fıkralarında öngörülen hukuki sonuçtan hareketle “denetimli serbestlik muhakemesi” olarak adlandırılması mümkün ise de hukukumuzda denetimli serbestlik adı altında bir güvenlik tedbirine yer verilmemesinin ve bu kurumun birbirinden ayrı birçok kurumla ilişkilendirilmesinin sonucu olarak, denetimli serbestlik muhakemesi ile birlikte güvenlik tedbiri niteliğine vurgu yapan tekerrür muhakemesi kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

uygulanması için sanığa ek savunma hakkı tanınması gerektiği görüşündedir¹⁶⁹². Bunun istisnası, sanığın, sabıkalılık halini önceden bilmesi durumudur¹⁶⁹³.

Hukukumuzda mükerrir suçlular ile özel tehlikeli suçlular hakkında uygulanacak güvenlik tedbiri, denetimli serbestlik tedbiridir (TCK m. 58/6-9). Kanun, infazdan sonra tedbirin uygulanacağından bahsettiğine göre, bu tedbiri uygulamak konusunda hâkimin takdir yetkisi yoktur¹⁶⁹⁴. Tekerrür ve özel tehlikeli suçlular muhakemesinde mahkeme, tekerrürün sonuçlarının yani denetimli serbestlik tedbiri ile özel infaz rejiminin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir değerlendirme yapma yetkisine sahip değildir. Mükerrirliğin ve özel tehlikeliliğin tespit edilmesi halinde, bir güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestlik uygulanmak zorundadır. İnfazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı hususuna hükümde yer verilmemesi bozma nedenidir¹⁶⁹⁵. Koşulları gerçekleştiğinde tedbirin uygulanmasına karar vermek, kanuni bir zorunluluk teşkil etmektedir. Öğretide genel kabul gören görüş, denetimli serbestlik kararının hükümde yer almasının zorunlu olduğu yönündedir¹⁶⁹⁶. Buradan hareketle öğretide bir görüş, mahkemenin ceza mahkûmiyetine karar verirken, koşulları oluşmasına rağmen hükümde denetimli serbestlik tedbirinin veya mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağını açıkça belirtilmemesi halinde hükümlü lehine kazanılmış hakkın doğacağı ileri sürmektedir¹⁶⁹⁷. Bir diğer görüş ve Yargıtay ise böylesi bir açıkça tespit edilmeme durumunun kazanılmış hakka neden olmayacağı, infaz rejimiyle ilgili olması nedeniyle denetimli serbestlik tedbirine hükümde açıkça yer verilmemesinin aleyhe

¹⁶⁹² “Sanığa ek savunma hakkı verilmeden iddianamede talep edilmeyen TCK’nın 58. maddesinin uygulanması, bozmayı gerektirmiştir” (Y.23.CD., E. 2015/61962016/4567, 13.4.2016).

¹⁶⁹³ “...adli sicil kaydının duruşmada okunması, tekerrüre esas hükümlülüğünü ve adli sicil kaydını kabul etmesi ve içeriğine yönelik olarak herhangi bir itirazda bulunmaması halinde sanığın, tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sabıkalılık halini önceden bildiği ve bu durumun ilk defa duruşmada ortaya çıkmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda tekerrür hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sabıkalılık halini önceden bildiği anlaşılan ve bu konuda kendisine yeterince savunma imkanı tanınan sanığa CMK’nun 226. maddesi uyarınca ayrıca ek savunma verilmesine gerek olmayacaktır” (YCGK, E. 2013/10-51, K. 2013/315, 18.6.2013).

¹⁶⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 650-651; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 714; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1345; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 610.

¹⁶⁹⁵ “Tekerrüre esas sabıkası bulunması sebebiyle sanık hakkında 5237 Sayılı TCK’nın 58/6. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilirken, hangi mahkeme ilamının tekerrüre esas alındığının ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağını hükümde gösterilmemesi, kanuna aykırıdır” (Y.12.CD., E. 2017/10729, K. 2018/5628, 17.5.2018).

¹⁶⁹⁶ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 494; ÖZGENÇ, s. 869; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 932; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 649; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 655; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 613, 615; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 639; DEMİRBAŞ, s. 658; YÜCEL, s. 133; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 971, 978; MALKOÇ, s. 207.

¹⁶⁹⁷ ÜZÜLMEZ, İlhan, “5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, HPD, (4), 2005, s. 219; ARSLAN, Çetin/KAYANÇİÇEK, Murat, Suçta Tekerrür, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 160, 180; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 554, kn. 979; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1345.

bozma nedeni oluşturmayaacağı ve bu konuda her zaman karar verilebileceği kanaatindedir¹⁶⁹⁸. Tartışma konusu norm lafzî ve sistematik yoruma tabi tutulduğunda, denetimli serbestliğin kanun gereği uygulanmasından bağımsız olarak, mahkeme tarafından tartışılması ve uygulanma koşulları varsa yani sanık mükerrir ise bu hususların kararda ayrıca gösterilmesi gerektiği neticesine ulaşılmaktadır. Aynı kabul, TCK m. 58/9 uyarınca itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da geçerlidir. Aksi halde hükmün şekli açıdan hukuka aykırı olacağı anlaşılmaktadır. TCK m. 58’de düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri, hukuki niteliği kanunda güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlendiğine ve güvenlik tedbirleri de mutlak surette bir mahkeme kararını gerektirdiğine göre, hükümde -uygulanacak tedbirin kanuni türlerinin seçimi değil fakat- tedbirin uygulanacağından bahsedilmemesi hukuka aykırılık teşkil eder. Eğer burada bir kazanılmış hakkın doğacağından söz edilmekte ise bunun sonucu olarak denetimli serbestliği açıkça içermeyen hüküm doğal olarak *reformatio in peius* yasağına tabi olacaktır. Diğer deyişle yalnız sanık lehine kanun yoluna başvurulmuşsa kanun yolu mercinin denetimli serbestliğin kanun gereği uygulanmak zorunda olduğundan bahisle kararı sanık aleyhine bozması mümkün olmayacaktır. Oysa kanaatimizce Türk hukukunda aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen CMK m. 283 ve 307/4 hükümleri, güvenlik tedbirlerinde kazanılmış hak iddiasında bulunulmasını engellemektedir. Denetimli serbestlik bir ceza veya fer’i ceza olarak değerlendirilmediğine göre, *reformatio in peius* yasağının TCK m. 58’i kapsamadığı söylenebilir. Bununla birlikte Yargıtay’ın dayanağının aksine TCK m. 58’de düzenlenen denetim tedbiri, bir infaz biçimi değil, bir güvenlik tedbiridir.

¹⁶⁹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 651-652. “5237 Sayılı TCK’nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimiyle ilgili olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayaacağı da gözetilerek; silahlı terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm olan sanık hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür” (Y.16.CD., E. 2015/3515, K. 2015/2323, 15.7.2015). “TCK’nun 58/6. fıkrasının ikinci cümlesinin açık anlatımından, sanık hakkında hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesine karar verilmesi yeterlidir. Mükerrir sanık hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine de açıkça hükmolunmaması ve aleyhe temyiz olmaması halinde bu husus 1412 sayılı CMUK’nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 326/son maddesi uyarınca aleyhe değiştirmeme ilkesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira mükerrir olan sanık hakkında cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanması, hakkındaki cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesine karar verilmesinin zorunlu bir sonucudur. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 18.06.2013 gün ve 54-307 sayılı kararı başta olmak üzere pek çok kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır. Sabıka kaydında tekerrüre esas olan geçmiş hükümlülüğü bulunan sanık hakkında yerel mahkemece cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine hükmolunmadan, sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesine karar verilmesi yeterli olup cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesinin zorunlu bir sonucu olan ‘cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına’ açıkça hükmolunmaması aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemez” (YCGK, E. 2013/8-451, K. 2015/6, 17.2.2015). Aynı yönde bkz. Y.9.CD., E. 2014/1298, K. 2014/8995, 11.9.2014; E. 2007/2163, K. 2007/3867, 7.5.2007.

Kanaatimizce bunların kazanılmış hakka konu olmalarını engelleyen husus, cezanın infaz yönteminden ibaret olmaları değil, cezaya eklenen bir güvenlik tedbiri türü olarak kabul edilmiş olmalarıdır.

Mahkeme, tekerrür muhakemesinde, tekerrür şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair incelemesini her bir somut olay için ayrı ayrı yapmalıdır¹⁶⁹⁹. Bu incelemeden başka, hükümlü hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığının ve tekerrür nedeniyle hükümlünün cezaevinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrir sayıldığına yani hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi de zorunludur¹⁷⁰⁰.

Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir (TCK m. 58/7). Görüldüğü üzere Türk hukukunda tekerrür muhakemesi, ceza muhakemesi içinde görülmekte ve mükerrir hakkında uygulanacak güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestlik, ceza mahkûmiyetine ilişkin kararın bir parçasını teşkil etmektedir. Hapis cezasının infazından sonra uygulanacak denetimli serbestliğe karar vermeye yetkili merci, ceza mahkûmiyetine karar veren mahkemedir¹⁷⁰¹.

Hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler (CGTİHK m. 108/4). Aynı zamanda hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Buradaki hâkim ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu belli değildir. Denetim süresinin uzatılıp uzatılmayacağı konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır (CGTİHK m. 108/3). Tekerrür halinde, koşullu salıverilme süreleri uzar (CGTİHK m. 108/1). Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir (CGTİHK m. 108/4). Tedbire karar veren mahkemenin bu kararı karar verme konusunda bağlı yetkisi bulunmakla birlikte süreyi tayin eden mahkemenin denetim süresini bir ve beş yıllık kanuni sınırlar içinde belirleme konusunda takdir yetkisi vardır.

Türk hukukunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma zamanı, “cezanın infazından sonra” biçiminde belirlenmiştir. Bununla birlikte, yukarıda ifade edildiği üzere, süre açısından kararı verecek olan mercinin kanunda açıkça belirtilmemesi –ve

¹⁶⁹⁹ “CGTİK'nın 108. maddesinde mükerrirlere özgü infaz rejimiyle ilgili olarak tekerrür hükümlerinin ilk ve ikinci kez uygulanması açısından farklı sonuçlar öngörülmüştür. Bu durumda her bir somut olay yönünden tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ve kaçınıcı kez uygulanması gerektiğinin saptanması gerekmektedir” (Y.18.CD., E. 2015/292, K. 2015/1134, 28.4.2015).

¹⁷⁰⁰ YCGK, E. 2011/9-88, K. 2011/116, 7.6.2011.

¹⁷⁰¹ Krşl. ÖZGENÇ, s. 888.

denetim kararını hüküm mahkemesinin vermesi- nedeniyle, denetimli serbestlik süresi konusunda ceza mahkûmiyetine karar veren mahkemenin yetkili olduğu akla gelebilir. Uygulamada birçok ilk derece mahkemesi, denetimli serbestlik tedbirine karar verirken isabetsiz bir şekilde, denetimin süresini de kararda tespit etmektedir. Halbuki gerek öğretide gerek Yargıtay içtihatlarında, denetimli serbestlik süresini belirleme ve uzatma konusundaki yetkinin, hüküm mahkemesine değil, koşullu salıverilme kararını veren mahkemeye ait olduğu kabul edilmektedir. Mahkumiyet hükmü veren mahkemenin, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin ötesine geçerek aynı zamanda tedbirin süresini tayin etmesi mümkün değildir¹⁷⁰².

Kanaatimizce de denetimli serbestliğe karar verecek merci, ceza mahkûmiyeti kararı veren mahkeme olmakla birlikte, denetim süresini belirleme, bu süreyi değiştirme ve yükümlülük belirleme konusunda yetkili olan mahkeme, koşullu salıverilmeye karar verme yetkisine sahip olan mahkemedir. Hükmü verecek olan mahkemenin, süre ve yükümlülükler hakkında bir karar vermeksizin, yalnızca cezanın infazından sonra bir güvenlik tedbiri olarak denetimli serbestliğin uygulanmasına hükmetmesi gerekir. Yargıtay da takdir yetkisini kullanacak merciin, denetimli serbestlik kararını veren mahkeme değil, koşullu salıverilme ile ilgili kararı verecek olan mahkeme olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁰³. Bununla birlikte örneğin ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda özel tehlikeli suçlunun koşullu salıverilmesinin mümkün

¹⁷⁰² Bkz. ÖZGENÇ, s. 869, dn. 321; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 554, kn. 979; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 932; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 651; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 649; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1345-1346; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 640; ARSLAN/KAYANÇİÇEK, s. 182. "...denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek mahkemeye aittir. Buna göre; hüküm kurulurken mükerrir olan sanık hakkında TCK'nın 58/7. maddesi uyarınca 'mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra da denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına' karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, sanık ... hakkında TCK'nın 58. maddesi uyarınca tekerrür hükümleri uygulandığı sırada infazı kısıtlayacak biçimde denetimli serbestlik süresinin hırsızlık suçundan 1 yıl 8 ay, konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçlarından ise 1 yıl olarak belirlenmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y.17.CD., E. 2015/30077, K. 2018/5673, 24.4.2018). Aynı yönde farklı dairelerce verilen yakın tarihli birkaç karar için bkz. Y.17.CD., E. 2017/5814, K. 2018/4900, 9.4.2018; Y.13.CD., E. 2016/14432, K. 2018/3783, 15.3.2018; Y.3.CD., E. 2017/11148, K. 2018/1105, 5.2.2018.

¹⁷⁰³ "5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik ve Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107. ve 108. maddeleri gereğince, denetim süresinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaması veya herhangi bir yükümlülük belirlenmeden geçirilmesine karar verilmesi görevinin, hükmü veren mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan mahkemeye ait olduğu gözetilmeden, mahkûmiyet hükmünde, mükerrir olan sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 58/7. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, infazı kısıtlar şeklinde '5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107/10. ve 108. maddeleri gereğince; sanığın kişiliği ve sosyal durumu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden ve uzman kişi görevlendirilmeden geçirilmesine' karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (Y.3.CD., E. 2017/16724, K. 2018/10146, 30.5.2018). Aynı yönde bkz. Y.3.CD., E. 2017/14594, K. 2018/8243, 3.5.2018; E. 2017/14223, K. 2018/8076, 2.5.2018.

olmadığı, kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir (CGTİHK m. 108/3). Bu durumda yine denetim süresi ve yükümlülükler konusundaki kararı hangi merciin vereceği sorusu akla gelebilir. Ceza mahkûmiyetine hükmeden mahkemenin denetimli serbestlik kararı vermekle sınırlı kalması gerektiğine ilişkin uygulamanın burada da aynen kabul edilmesi daha isabetlidir. Bu aşamadan sonra mükerrir ve özel tehlikeli suçlu hakkında koşullu salıverilme kararı vermeye yetkili mahkemenin aynı zamanda süre ve yükümlülükler konusunda da yetkili olması gerekir. Bu kimseler hakkında koşullu salıverilme dahil cezanın tümüyle infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması, süre ve yükümlülükler konusunda karar verecek makamın değişmesini gerektirmez.

Özel tehlikeli suçlulardan itiyadi ve mesleki suçlular ile örgüt mensubu suçlular arasında infaz açısından birtakım farklar vardır. Örneğin koşullu salıverilmeden yararlanma bakımından örgütlü suçlular, diğerlerinden farklı olarak CGTİHK'nın 108'inci maddesine değil, daha ağır olan 107'nci maddesine tabidir. Bu nedenle mahkemenin ceza mahkûmiyeti ve denetimli serbestlik kararı verirken özel tehlikeli suçluluğun türünü de hükümde belirtmesi gerekir¹⁷⁰⁴. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, hükmü veren mahkeme, bunun ötesine geçerek infazdan sonra uygulanacak denetimli serbestliğin süresini belirlememeli¹⁷⁰⁵; bu sürenin tespitini infazda yetkili mahkemeye (CGTİHK m. 108/4, 107/11) bırakmalıdır.

Karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde birtakım suçların diğerleriyle tekerrür ilişkisi içinde bulunup bulunmayacağına yönelik değerlendirmede mahkemenin takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Buna “ihtiyari tekerrür sistemi” adı verilebilir. Örneğin İtalyan CK'da yürürlükten kaldırılmadan evvel buna benzer bir hükme yer verildiği söylenmektedir¹⁷⁰⁶. Buna karşılık bazı suçlarla diğerlerinin hiçbir şekilde tekerrür etmeyeceği kanunda açıkça düzenlenmiş de olabilir. Bu halde ise “mecburi tekerrür sistemi” söz konusu olur. Örneğin TCK m. 58'in 3'üncü ve 5'inci maddeleri arasında sıralanan suçlar tekerrüre esas alınamaz. Bu hususta mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme, tekerrür muhakemesinde örneğin failin işlediği suçlardan birinin kasten öldürme diğerinin taksirle yaralama olduğunu yahut söz gelimi kasten işlenen birden fazla hırsızlık suçunun tamamının on yedi yaşındaki fail tarafından

¹⁷⁰⁴ ÖZGENÇ, s. 872; ARSLAN/KAYANÇIÇEK, s. 192; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1352, dn. 127.

¹⁷⁰⁵ Krşl. ÖZGENÇ, s. 872, 873.

¹⁷⁰⁶ İtalyan CK m. 100'ün 1974 yılında yürürlükten kaldırılmadan önceki halinde, hâkimin, aynı nitelikteki suçlar haricinde, kabahatlerle cürümler arasında veya kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrürü kabul etmeyebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ihtiyari tekerrür sisteminde hâkime tanınan hak ve yetkilere uygulamada son derece kısıtlı biçimde başvurulduğu konusunda bkz. PISAPIA, s. 215.

işlendiğini tespit ederse, tekerrür hükümlerini uygulaması mümkün değildir. Kanundaki istisnalar dışında kalan suçlar bakımından da koşulları oluştuğunda mecburi tekerrür sistemi gereği mahkeme bu kez tekerrür hükümlerini uygulamaktan kaçınmaz. Dolayısıyla hukukumuzda mahkemenin tekerrür muhakemesinde, iddia edilen suçların işlenip işlenmediğini ve bunların kanundaki kesin düzenlemeler ışığında tekerrüre esas alınıp alınamayacağını tespit etmek dışında bir değerlendirme faaliyetinde bulunmaması öngörülmüştür.

Tekerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezasının seçimlik olarak öngörülmesi halinde, mahkemenin hapis cezasına hükmetmesi gerekir (TCK m. 58/3). Dolayısıyla tekerrür hükümleri, seçimlik cezalar açısından da mahkemenin seçim hakkını ortadan kaldırmakta ve böylece mecburi tekerrür sisteminin bir örneğini oluşturmaktadır. Ancak bu halde, mahkemenin kanun gereği hapis cezasına hükmettikten sonra, hükmettiği hapis cezasının kısa süreli olması halinde, bu cezayı TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevirip çeviremeyeceği kanundan anlaşılmamaktadır. Öğretide bir görüş, mahkemeye böyle bir takdir yetkisi tanınmanın, normun *ratio legis*'ine aykırı olacağını savunmaktadır¹⁷⁰⁷. Diğer bir görüş ise adli para cezası dışında kalan seçenek yaptırımlarda hâkimin takdir yetkisini kaldıran bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle, seçenek yaptırımlardan birine çevirmenin mümkün olduğu düşüncesindedir¹⁷⁰⁸.

Tekerrür muhakemesinde, mahkemenin hükümde tekerrüre esas aldığı önceki kararı belirtmesine gerek yoktur. Zira bu durumun infaz aşamasında dikkate alınabileceği açıktır. Birden fazla mahkûmiyet kararı varsa, infaz aşamasında bunlardan en ağırının göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilir¹⁷⁰⁹.

Belirtelim ki, TCK m. 58'de denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması öngörülmüş bulunan suçlu kategorileri olarak, mükerrir suçlular dışında itiyadi suçlulardan, suçu meslek edinenlerden ve örgüt mensubu suçlulardan söz edilmektedir.

¹⁷⁰⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 552-553, kn. 977.

¹⁷⁰⁸ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1338. “5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 3. fıkrasında 'tekerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezasıyla adli para cezası öngörülmüşse hapis cezasına hükmolunacağı' ve TCK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasında ise 'suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde hapis cezasına hükmedilmişse bu cezanın artık adli para cezasına çevrilemeyeceği' düzenlenmiş olup, bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/1. maddesinde yazılı para cezası haricinde seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmesine bir engel bulunmadığı gözetilerek; sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler değerlendirilerek belirlenen kısa süreli hapis cezasının aynı maddede belirtilen adli para cezası dışındaki önlemlerden birisine çevrilmesi gerekip gerekmediği tartışmadan, sanıklar hakkında tayin olunan hapis cezasının TCK'nın 58/3. maddesi gereğince TCK'nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilmesine yer olmadığına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.3.CD., E. 2011/36453, K. 2013/6850, 20.2.2013).

¹⁷⁰⁹ YCGK, E. 2013/6-353, K. 2014/277, 20.5.2014; E. 2013/13-5, K. 2014/204, 22.4.2014.

Bunlar tehlikeli hal bakımından özel bir durum oluştursalar da suçun ağırlığı ve suçlunun kişiliği dikkate alınmaksızın, her hükümlünün, sözü edilen suçlu kategorisinde yer alması kaydıyla denetimli serbestlik tedbirine zorunlu olarak tabi tutulması, kriminolojik açıdan eleştirilmekte ve bu konuda bir uzman raporunun gözetilmesi gerektiği önerisi getirilmektedir¹⁷¹⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, mahkeme, bilirkişi raporu olmaksızın denetimli serbestlik tedbirine karar verememelidir. Kanaatimizce mükerrirler ve özel tehlikeli suçlu kategorisinde yer alan kişiler hakkında zorunlu denetimli serbestlik uygulamasının ceza hukuku açısından bir sakıncası yoktur. Aksine burada ceza hukukunun ihlalini yeniden sergilemesi riski son derece kuvvetli olan suçlu tiplerinden söz edilmesi nedeniyle sosyal savunma bakımından beklenen bir fayda söz konusudur. Ayrıca denetimli serbestlikte, örneğin Alman hukukundaki muhafaza altına alma tedbirinde olduğu gibi cezaya eklenen şahsi hürriyeti bağlayıcı bir hukuki neticeden söz etmek de mümkün değildir. Bu nedenle muhakeme sonucunda denetim konusunda kendiliğinden bir karar verilmesi isabetlidir. Avusturya hukukunda bilirkişiye başvurulmasının temel nedeni, tekerrür durumunda hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbiri olan kuruma yerleştirme tedbirine başvurulmasıdır. Oysa Türk hukukunda denetimli serbestlik kişiyi hürriyetinden yoksun kılmamaktadır.

Kanunda kesin olduğu belirtilen, bu nedenle kanun yoluna götürülmesi mümkün olmayan bir hükümle birlikte, fail hakkında tekerrür dolayısıyla denetimli serbestlik uygulanmasına karar verilmesi halinde, TCK m. 58’de düzenlenen denetimli serbestlik bir güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu ve buna ilişkin karar henüz kesin hüküm niteliği taşımadığı için kanun yolu incelemesine başvurulması olanaklıdır¹⁷¹¹.

Muhakeme devam ederken kanunların tekerrürü düzenleyen hükümlerinde bir değişikliğin olması halinde, bu değişiklik bakımından mahkemenin zaman bakımından uygulamada genel kural olan “derhal uygulama” ilkesini değil, failin lehine olan normu tespit etmesi ve uygulaması gerekir. Sonraki norm failin aleyhine ise bu yeni norm tekerrür muhakemesinde dikkate alınmamalıdır. Nitekim kanun koyucu tekerrür kurumunu, derhal uygulanacak hükümlerden bağışık tutmuştur (TCK m. 7/3).

3.3.1.2.3. Sınır Dışı Edilme Muhakemesi

TCK m. 59 incelendiğinde, mahkemenin yabancıнын sınır dışı edilmesine yönelik bir karar alıp almayacağı veya ceza mahkûmiyetine ilişkin kararda bu hususu

¹⁷¹⁰ YÜCEL, s. 133.

¹⁷¹¹ Mükerrirlere özgü infaz rejimi açısından krşl. YCGK, E. 2013/8-113, K. 2014/120, 11.3.2014.

belirtip belirtmeyeceği belli değildir. Kanunda düzenlendiği yere ve ayrı bir iddianame düzenlenmesine veya mahkemeden bu hususta ayrıca istemde bulunulmasına gerek olmadığına bakılacak olursa, sınır dışı edilme muhakemesinin, ceza muhakemesine bağlı tedbir muhakemesi türlerinden birisi olması beklenir. Nitekim TCK m. 59'un içinde bulunduğu İkinci Bölüm, "Güvenlik Tedbirleri" başlığını içermektedir. Oysa yukarıda sınır dışı edilmenin hukuki niteliği incelenirken ifade edildiği üzere, sınır dışı edilme tedbiri, hukuki nitelik itibarıyla bir güvenlik tedbiri değil, bir idari tedbirdir. Bir yargısal tespitten veya müdahaleden söz etmek mümkün olmadığına göre, yabancının sınır dışı edilip edilemeyeceğine ilişkin kanaat oluşturma prosedürü, ne "gerçek" ne de "gerçek olmayan" bir muhakeme faaliyeti teşkil eder.

Sınır dışı edilme bakımından yabancının yargılandığı ceza mahkemesinin yürüttüğü muhakeme, başından sonuna kadar salt ceza muhakemesidir. Çünkü mahkeme, yabancının sınır dışı edilmesi hakkında hiçbir karar vermemektedir. Madde metninde de yabancının cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumunun sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirileceği dışında bir hususa yer verilmemiştir. Burada sözü edilen bildirimi kimin ve ne şekilde yapacağı da belli değildir. Uygulamada verilen kararlardan anlaşıldığı kadarıyla, durumu İçişleri Bakanlığı'na bildirme görevi, yabancı hakkında mahkûmiyet kararı veren mahkemeye aittir¹⁷¹². Mahkemenin vereceği karar tümüyle yargısaldır; oysa sınır dışı etme makamının vereceği karar, politik bir tercihe dayanabilir. Yine mahkemenin verdiği karar, bağlı yetkinin kullanılması anlamına gelirken; idari merciin vereceği sınır dışı kararı takdir yetkisinin bir örneğidir. Ayrıca mahkemenin İçişleri Bakanlığı'na bildirimde bulunup bulunmama konusunda takdir yetkisi yoktur. Kanaatimizce sınır dışı etme tedbirinin bir ceza –hatta güvenlik tedbiri- niteliği taşımasından ve maddede geçen "bildirilir" ifadesinin buyurucu lafzından anlaşılabacağı üzere, mahkemenin bu bildirimde bulunmayı göz ardı etmiş olması, yabancı hükümlü aleyhine kazanılmış hak doğurmaz.

Sınır dışı etme ile iade arasındaki farklardan biri de muhakeme hukuku açısından kendini gösterir. Bir yabancının iadesi öncelikle mahkemenin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Buna "iade muhakemesi" adı verilir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, sınır dışı etme yargısal bir faaliyet değildir. Bu anlamda teknik olarak bir "sınır dışı

¹⁷¹² "TCK'nın 59. maddesi uyarınca işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen yabancı sanığın durumunun, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış,..." (Y.5.CD., 505/836, 5.2.2013; OTACI, Cengiz/ÖZTEKİN, Murat/ÖZAYDIN, Fatih, TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları), Adalet Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 1153.

etme muhakemesi”nden ve vesilesiyle bir bağımlı yahut bağımsız tedbir muhakemesinden de söz edilemez.

3.3.1.2.4. Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri Muhakemesi

3.3.1.2.4.1. Genel Olarak

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı (*societas delinquere non potest*), sorumluluğun tüzel kişinin organı olan ve hareket ve kusur kabiliyetine sahip bulunan gerçek kişiye ait olduğu modern ceza hukukunda ittifakla kabul edilmektedir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna sahip olmadığı düşüncesi, bazı görüşlere göre onun kusur yeteneğinden yoksun olması, diğer bazı görüşlere göre ise hareket kabiliyetinin bulunmaması gerekçesine dayandırılmaktadır¹⁷¹³.

Öğretide tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması konusunda yasanın kabul ettiği düzenleme, özellikle şahsılık ilkesi, eşitlik ilkesi ve tehlikelilik esası bakımından eleştirilmektedir. İlk olarak tüzel kişinin, hareket kabiliyetine sahip olmadığına yönelik egemen düşünce kabul edilirse, kendisine karşı tedbir uygulanmakla, o, aslında hareket yeteneği bulunan ve üçüncü kişi sıfatı taşıyan temsile yetkili gerçek kişinin eyleminden dolayı sorumlu tutulmuş olmaktadır¹⁷¹⁴. Bu görüş esas alınacak olursa, yasa koyucunun bu yönüyle şahsılık ilkesini ceza sorumluluğu ile sınırladığı¹⁷¹⁵, güvenlik tedbirleri sorumluluğunda şahsılık ilkesinin zorunlu olmadığını dolaylı olarak kabul ettiği savunulabilir. Bununla birlikte kanaatimizce güvenlik tedbirlerinin şahsılık ilkesine tabi olmadığına yönelik görüş, yalnızca tüzel kişilerin tedbir sorumluluğunu ön plana çıkarmakla sınırlı biçimde algılanmalıdır. Diğer deyişle gerçek kişinin suç teşkil eden eyleminden dolayı sadece suçun bünyesinde işlendiği ve suç vesilesiyle kendisine yarar sağlanan tüzel kişiye tedbir uygulanması mümkündür. Örneğin bir dernek yöneticisinin dernek üyelerinden topladığı fonlarla teröristleri veya terör örgütlerini finanse etmesi durumunda, dernek kazancının müsadereci veya derneğin faaliyetten alıkonulması gerekir. Oysa bir gerçek kişinin işlediği suçtan ötürü

¹⁷¹³ Alman hukukunda bu kabulün geçerli olduğu konusunda bkz. ROXIN, Band I, § 8, s. 262-263, Rn. 59; KÖHLER, s. 563.

¹⁷¹⁴ YILDIZ, Ali Kemal, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları No. 101, İstanbul, 2007, s. 32. Diğer yandan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulandığında, doğrudan sorumluluğu olmayan sanıkların da dolaylı yoldan ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiş olacağı belirtilmektedir. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 830.

¹⁷¹⁵ Gerçekten hem Anayasa m. 38/6’da hem de TCK m. 20/1’de “*Ceza sorumluluğu şahsidir*” prensibi yer almaktadır. Cezalar ve güvenlik tedbirleri birbirinden farklı kurumlar olduğuna göre şahsiliğe dair anayasal prensibin güvenlik tedbirlerini de kapsamına aldığı söylemek mümkün değildir.

diğer bir gerçek kişiye güvenlik tedbiri uygulanması olanağı söz konusu değildir. Örneğin bir akıl hastası babanın küçük yaştaki oğlunun kasten işlediği suçtan dolayı akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine maruz bırakılması, cezalarda olduğu gibi tedbirlerde de şahsılık ilkesini zedeleyecektir. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinde şahsılık ilkesinin geçerli olup olmayacağını, -tüzel kişinin hareket edemeyeceği savunulmakta ise- muhatabın gerçek veya tüzel kişi olması ihtimaline göre birbirinden ayrı değerlendirmek gerekir¹⁷¹⁶.

İkinci olarak güvenlik tedbirleri sorumluluğu bulunan tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişileriyle sınırlandırılmasının, kamu tüzel kişilerinin menfaatine işlenmesi muhtemel suçlarda kamu tüzel kişileri lehine eşitliğe aykırı olarak ayrıcalık oluşmasını sağlayacağı iddia edilmektedir¹⁷¹⁷.

Üçüncü olarak güvenlik tedbirlerinde uygulanabilirlik kıstasının tehlikelilik olduğu, tedbirlerin ıslah edici özelliğinin bulunduğu; dolayısıyla bizzat suç işleyemeyecekleri ve fail olamayacakları yasada açıkça kabul edilmiş olan tüzel kişilerin güvenlik tedbirlerine muhatap kılınmak suretiyle bu kez tehlikelilik arz edebileceklerinin varsayılmış olmasının çelişki oluşturduğu düşünülmektedir¹⁷¹⁸.

3.3.1.2.4.2. Tüzel Kişinin Şüpheli veya Sanık Sıfatı Taşıyıp Taşıyamayağı Sorunu

Tüzel kişilere özgü muhakemede şayet tüzel kişinin suçtan yarar sağladığı anlaşılırsa, kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerekir¹⁷¹⁹. Türk hukukunda failliğin ancak gerçek kişilere ait olduğu, şahsılık ilkesi uyarınca tüzel kişilerin fail olamayacağı öğretide bir kısım yazar tarafından kabul edilmekte ve TCK m. 20/2’de ifade edilen tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığına¹⁷²⁰ dair

¹⁷¹⁶ Cezaların sadece suç işleyen kişiye verilebileceği, buna karşılık güvenlik tedbirlerinin, işyerinin kapatılmasından tüm ailenin etkilenmesi örneğinde olduğu gibi, şahsi olmak zorunda olmadığı ve üçüncü kişilere de zarar verebileceği görüşü için bkz. SOYASLAN, Kriminoloji, s. 204.

¹⁷¹⁷ YILDIZ, s. 33.

¹⁷¹⁸ Centel’e göre, tüzel kişiler için öngörülen müsadere ve iznin iptali tedbirleri, hukuki nitelik açısından birer güvenlik tedbiri değildir. Müsadereyi başlı başına bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirmek de mümkün değildir. Bkz. CENTEL, “Güvenlik Tedbirleri”, s. 365-367. Gerçekten örneğin Alman CK’da müsadere bir tedbir olarak bahsedilmekte, ancak bu tedbir iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin dışında bırakılmaktadır. Alman kanun koyucusu müsadereyi birinci bölümde ifade edilen cezai tedbirlerden biri saymasına karşın, güvenlik tedbiri olarak değerlendirmemektedir.

¹⁷¹⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 831.

¹⁷²⁰ Buna karşılık yasalaşmayan 2003 “Dönmezer” Tasarısı’nda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunduğu ve onlar için bazı cezaların uygulanacağını kabul edildiği görülmektedir.

kurala ilişkin kanun gerekçesinde¹⁷²¹ de bu kabule yer verilmektedir. Bununla birlikte diğer yandan tüzel kişiler TCK m. 20’de “*Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*” ifadesinin göndermesiyle, TCK m. 60/2 gereğince kendilerine özgü faaliyet izninin iptali ve müsadere önlemleri açısından güvenlik tedbirleri muhakemesinde sanık olabilmektedir. Nitekim şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi; sanık ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir (CMK m. 2/1-a, b). Fail olamayacağı kabul edilen tüzel kişinin sanık olması kanımızca çelişkilidir¹⁷²².

Kanun koyucu ise bu çelişkiyi gidermek adına, tüzel kişilerin fail sıfatı alamaması gibi onların aynı zamanda şüpheli veya sanık sıfatı taşımasını da önlemeyi hedefleyen düzenlemelere yer vermiştir. Tüzel kişilerin muhakemede temsili başlıklı CMK m. 249’daki ifadelerden, tüzel kişinin, güvenlik tedbiri muhakemesinde de şüpheli ve sanık sıfatlarını alamayacağı ve ancak bir temsilci ile temsil olunabileceğinin kabul edilmek istendiği sonucu çıkmaktadır. Şu halde, olan hukukta, yalnız tüzel kişinin organ veya temsilcisinin “savunma makamı yanında yer alan” sıfatı almasının amaçlandığı ve CMK’nın tüzel kişilerin şüpheli ve sanık sıfatlarını alamayacağı görüşünü benimsediği söylenebilir. Dolayısıyla mevzu hukukta gerek ceza muhakemesinde gerekse tedbir muhakemesinde tüzel kişiler şüpheli/sanık olamamaktadır. Öğretide ise bu konuda farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Her şeyden önce genel anlamda ceza muhakemesinde tüzel kişilerin şüpheli ve sanık sıfatı almalarının mümkün olmadığı yönündeki görüşün öğretide egemen

¹⁷²¹ “Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorununu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir”. Gerekçe için bkz. ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. I (Kanunlar), Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 133. Ceza hukukunda her suçun mutlaka faili vardır; failsiz suç olmaz. Eğer yasa gerekçesinin ifadesiyle bir yaptırım uygulanacaksa bu yaptırımın ihlali doğrudan gerçekleştiren faile uygulanması gerekir. Bu nedenle fail olup olmama ile suçun hukuksal sonuçlarından etkilenip etkilenmeme tartışması, gerekçenin iddia ettiğinin aksine birbirinden ayrılmaz.

¹⁷²² Gerçekten örneğin Soyaslan’a göre de tüzel kişinin suç faili olamayacağı kabul edildiğine göre, CMK m. 249’da yer verilen savunma makamı dayanaksız kalmaktadır. Bkz. SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 463. Bir başka bakış açısıyla, öğretide, Kanun’un tüzel kişileri güvenlik tedbirlerinin muhatabı saydığı ve organ veya temsilci sıfatıyla olsa bile gerçek kişilerin işlediği eylemlerden dolayı tüzel kişiyi sorumlu tuttuğu; böylece üçüncü kişinin fiilinden sorumluluğa ilişkin bir hüküm sevk ettiği ifade edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 496.

olduğunu ifade etmek gerekir¹⁷²³. Bu doğrultuda bir görüşe göre, günümüz Türk ceza muhakemesi hukukunda tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanan muhakemede sanık sıfatı, fail sıfatı alması kabul edilmeyen tüzel kişiye değil, onun organ ve temsilcisine aittir¹⁷²⁴. Diğer bir görüş, bu halde kanun koyucunun sanıklık sıfatı vermediği tüzel kişiyi temsil edenler hakkında yeni bir sorumluluk türü tespit etmek suretiyle, bunları sanık yanında “yer alan” olarak kabul ettiğini belirtmektedir¹⁷²⁵.

Öğretide bir görüş, bu tartışmayı ikili bir ayrım ile incelemektedir. Buna göre tüzel kişi, ceza muhakemesinde şüpheli ve sanık sıfatlarını alamamakla birlikte, tedbir muhakemesinde bu sıfatları alabilir. Tüzel kişilere ilişkin güvenlik tedbirleri muhakemesinde hâkim karşısına gerçek kişi çıkmasına ve tüzel kişiye ceza verilememesine rağmen, ona güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir. Bu bakımdan tüzel kişilerin sanıklığı, güvenlik tedbiri sorumluluğu yönündendir¹⁷²⁶.

Öğretide bir başka görüşe göre ise CMK m. 249’daki temsil düzenlemesi, tüzel kişilerin sanık sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Burada söz konusu olan, tüzel kişi adına hak ve yetkileri kullanmak üzere, onun organ veya temsilcisinin duruşmada bulunması ve bu hak ve yetkileri tüzel kişi adına kullanmasından ibarettir. Sanık sıfatı ise tüzel kişiye aittir¹⁷²⁷. Kanaatimizce tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanması, zorunlu olarak onun muhakeme edilmesini gerektirir. Aksi halde bir (tüzel) kişinin, şüpheli sıfatı almadığı halde soruşturulmasından, sanık sıfatı taşımadığı halde kovuşturulmasından söz edilecektir. Oysa maddi hukuk açısından organları eliyle sebep suçu işleyebileceğini ve “fail” sıfatını alabileceğini düşündüğümüz tüzel kişinin, şekli hukuk açısından da güvenlik tedbiri muhakemesinin muhatabı olarak “şüpheli” veya “sanık” sıfatı almasının önünde bir engel bulunmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim bir tüzel kişinin fail veya şüpheli/sanık olması ile onun ceza sorumluluğunun bulunmaması birbirinden farklıdır. Tüzel kişinin ceza sorumluluğu yoktur; fakat güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır. Bu nedenle bir yandan yararına işlenen fiillerde tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulamak, fakat diğer yandan onun maddi hukuk

¹⁷²³ Bkz. ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 270; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 205.

¹⁷²⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 243; YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 155; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 213; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 243. Ceza yargılamasında gerçek kişi olmak ve hayatta bulunmak şartları arandığından, tüzel kişilerin muhakeme hukuku açısından da suç faili olamayacaklarını kabul eden bir görüş için bkz. İÇEL, Ceza Hukuku, s. 252; İÇEL/EVİK, II, s. 57.

¹⁷²⁵ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 194, 463.

¹⁷²⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 28.4, s.428-429; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 829-830.

¹⁷²⁷ ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 786.

bakımından fail, şekli hukuk bakımından şüpheli/sanık sıfatının olmadığını kabul etmek, görüşümüze göre isabetli değildir.

3.3.1.2.4.3. Muhakemenin Özellikleri

Alman hukukunda tüzel kişilerin tedbir muhakemesine ilişkin özel hükümlere yer verilmemiştir. Kanun’da ayrı bir bölüm (StPO §§ 430 ff.) ayrılan müsadere muhakemesinde, tüzel kişilerin ve kişi topluluklarının, haklarında kaim değere ilişkin müsadere kararı verilmesi söz konusu olduğunda (StGB § 75, 74c), mahkemenin, ilk derece muhakemesinde müsadere kararının, üst derece muhakemesinde ise son sözlerin sonuna kadar bunların muhakemeye katılmasına karar verebileceğine ilişkin düzenleme (StPO § 431/3-4) ise 2017 yılında bu bölümde yapılan değişikliklerle kanundan çıkarılmış ve madde metni yenilenmiştir. Benzer yönde bir hüküm hâlihazırda mevcut değildir. Mevcut durumda, Düzene Aykırılıklar Kanunu’na muhalefet dolayısıyla tüzel kişi hakkında uygulanacak idari para cezalarına ilişkin muhakemeye ayrı bir bölüm (StPO § 444) ayrılmış ve tüzel kişinin bu muhakemeye katılmasına izin verilmiş ise de, bu tür muhakeme tüzel kişiye uygulanacak idari yaptırım ile ilgili olduğu için bir tedbir muhakemesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Avusturya hukukunda da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri muhakemesine ilişkin kendine özgü düzenlemelere yer verilmemiştir.

Türk hukukunda birtakım suçların tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlemesi durumunda tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağından bahsedilmektedir. CMK’da, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, tüzel kişinin şüpheli veya sanık sıfatı ile soruşturulması ve kovuşturulması usulü öngörülmemiştir. Bununla birlikte bir suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişinin, bu suçlara ilişkin muhakemede ancak “temsil edilebileceği” kabul edilmiştir. Tüzel kişinin muhakemede temsili, CMK m. 249’da düzenlenmiştir.

Belirtelim ki, tüzel kişiler hakkında özel düzenlemeye yer verilen üçüncü bölümün adı “Tüzel kişilerin soruşturmada ve kovuşturmada temsili” olarak kabul edilmiş ve CMK m. 249/1’de tüzel kişinin muhakemedeki temsiliinin yapılacağı evreler olarak “soruşturma ve kovuşturma” ibaresi kullanılmıştır. Bununla birlikte, CMK m. 249’un birinci fıkrasında “katılan” ve “duruşma” sözcükleri kullanılmış, devam eden fıkralarda ise “katılan” ve “sanık” sözcüklerinden bahsedilmiş fakat maddede “şüpheli” sözcüğüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla bölüm ve madde başlıkları ile madde içeriği

birbiriyle çelişmektedir. Yalnızca madde içeriği esas alınacak olursa tüzel kişinin temsilinin sadece kovuşturma evresinde mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır. Diğer deyişle, bu halde CMK m. 249'da yer verilen düzenlemenin, soruşturma evresinde geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır¹⁷²⁸. Bununla birlikte normun bir tahdidi ve istisnai hüküm niteliği taşımaması nedeniyle kıyas yasağı kapsamında olmaması, ayrıca normun düzenlendiği yer ve başlığı ile ihdas edilme amacı birlikte değerlendirilmek suretiyle sistematik ve amaçsal yorum yapılacak olursa, tüzel kişinin temsilinin hem soruşturma hem kovuşturma evrelerinde olanaklı olduğu ifade edilebilir. Şu halde TCK m. 249'da yer verilen sanık, katılan ve duruşma ifadelerini kovuşturma evresine yapılan özel bir vurgu olarak dikkate almak gerektiği söylenebilir.

3.3.1.2.4.4. Tüzel Kişinin Muhakemede Temsili Usulü

Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, tüzel kişiyi temsil görevi, tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından yerine getirilir. Tüzel kişinin organ veya temsilcisinin muhakemede alacağı sıfat “katılan” veya “savunma makamı yanında yer alan” olarak tespit edilmiştir (CMK m. 249/1). Bu noktada Alman CMK'nın değiştirilen 431'inci paragrafı ile CMK'nın 249/1'inci maddesi arasında lafzi açıdan bir fark göze çarpmaktadır. Alman düzenlemesinde tüzel kişi ve kişi topluluklarının muhakemeye katılmasından söz edilmesine karşın CMK'da tüzel kişinin organ veya temsilcisinin katılımından söz edilmektedir.

Tüzel kişinin muhakemede organ veya temsilcisi tarafından temsil edilmesinden söz edilebilmesinin ilk yasal koşulu, muhakeme edilen suçun tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmiş olmasıdır¹⁷²⁹. Tüzel kişinin faaliyetleri, temsil edilen tüzel kişinin yetkili organları tarafından işlenen eylemlerdir. Bir seyahat acentesi paravan olarak kullanılmak suretiyle işlenen göçmen kaçakçılığı suçu, bir özel hastanede görev yapan hekimin bu hastanenin ekipmanı ile işlediği insan üzerinde deney yahut organ veya doku ticareti suçu, sebze-meyve komisyonculuğu yapan bir limited şirkete ait kamyonla

¹⁷²⁸ Bu görüş için bkz. ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 760; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 463. Aksi yönde, her iki evrede de temsilin mümkün olduğu hususunda bkz. ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 962; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 822; YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 210.

¹⁷²⁹ Burada sözü edilen faaliyetlerin, tüzel kişiliğin konusunu oluşturan faaliyetler olması gerekir. Bunların icrası sırasında işlenen suçlar dolayısıyla temsil hükümleri gündeme gelir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 463; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 961.

işlenen uyuşturucu kaçakçılığı suçu vs. tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara örnek verilebilir. Bu suçlar dolayısıyla tüzel kişinin muhakemede temsil edilmesi için işlenen suçun tüzel kişiye bir menfaat sağlaması gerekmez. Ancak tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için aynı zamanda menfaat koşulunun da sağlanması gerekir. Bu açıdan maddi ve şekli tedbir hukuku arasında bir fark bulunduğu söylenebilir.

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri muhakemesinde mahkemenin tespit etmesi gereken husus, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediği değil, suçun “tüzel kişi yararına” işlenip işlenmediğidir¹⁷³⁰. Böylece tüzel kişinin temsiline ilişkin hükümlerle tüzel kişiye uygulanacak tedbirlere ilişkin hükümler birbirinden ayrılır. Suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, işlenen suç tüzel kişi yararına olsun veya olmasın, temsile ilişkin hükümler (CMK m. 249) uygulanır. Buna karşılık tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suç aynı zamanda tüzel kişinin menfaat sağlamasına neden olmuşsa, bu halde tüzel kişi hakkında ceza muhakemesine bağlı bir tedbir muhakemesinin yürütülmesi gerekir. Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçta tüzel kişinin temsilcisi katılan sıfatı alabilmekte iken, tüzel kişi yararına işlenen suçlarda ancak “savunma (sanık) yanında yer alan” sıfatı alabilir. Bununla birlikte bazı hallerde tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan tüzel kişi hiçbir menfaat temin etmemiş olsa bile güvenlik tedbiri uygulamak mümkün olabilmektedir. Örneğin bir derneğin muhtaçlara yardım adı altında bağış toplayarak bu bağışları terör örgütüne iletmesi halinde bu dernek hakkında güvenlik tedbiri uygulamak gerekir¹⁷³¹.

Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçta temsil yetkisi, organ veya temsilciye aittir. Kimin tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıdığı, medeni hukuk ve ticaret hukuku kurallarına göre tespit edilir. Bunlar, dernek veya vakfın başkanı, bunların veya bir ticaret şirketinin yönetim kurulu üyeleri yahut Baro başkanı, sendika genel sekreteri gibi sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri olabilir¹⁷³².

¹⁷³⁰ Tüzel kişi yararına işlenen suçlara TCK’da düzenlenen şu suç tipleri örnek verilebilir: Tehdit, şantaj, cebir ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları (m. 111), hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları (m. 169), ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar (ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, fiyatları etkileme, kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması, mal veya hizmet satımından kaçınma, tefecilik) (m. 242); bilişim alanında suçlar (bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, yasak cihaz veya programlar) (m. 246); rüşvet suçu (m. 253).

¹⁷³¹ Nitekim TFK m. 4/4’te “Suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” denilerek, faaliyet kıstası yeterli görülmüş, tüzel kişinin yarar sağlaması şartı aranmamıştır.

¹⁷³² ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 962; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 822. Aynı yönde bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 210.

Belirtmek gerekir ki, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda tüzel kişinin organ veya temsilcisinin mutlaka savunma tarafında yer alması gerekmez. Duruma göre, tüzel kişi, iddia makamının yanında da temsil edilebilir. Bu hususu, kanunda geçen “katılan veya savunma makamı yanında yer alan” ifadelerinden anlamak mümkündür. Tüzel kişinin organ veya temsilcisi muhakemede eğer iddia makamı yanında yer almakta ise “katılan”, eğer sanık yanında yer almakta ise “savunma makamı yanında yer alan” sıfatı alır. Burada hangi sıfatın alınacağı açısından önemli olan, tüzel kişinin faaliyetlerinin işlenen suç içerisindeki konumudur¹⁷³³.

3.3.1.2.4.5. Tüzel Kişinin Organ veya Temsilcisinin Hakları

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi, CMK’nın katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır (CMK m. 249/2). Buradan hareketle ikili bir ayrım yapılabilir:

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi “iddia makamı yanında yer alan” yani “katılan”¹⁷³⁴ sıfatı taşımakta ise muhakemede her şeyden önce “baro tarafından avukat görevlendirilmesini talep etme hakkı”na sahiptir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, avukat talep etme hakkının tüm suçlar için geçerli olmamasıdır. Nitekim bu hakkı kanun koyucu yalnızca cinsel saldırı suçu ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırmıştır (CMK m. 239/1)¹⁷³⁵. Cinsel suçların tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi söz konusu değildir. Alt sınırı beş yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar ise tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlense bile, organ veya temsilcinin avukat isteme hakkının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca CMK m. 239/1’de yer verilen suçlar söz konusu olduğunda avukat görevlendirilmesinin mecburi olmadığını da belirtmek gerekir. Burada bir zorunlu vekillik kurumuna yer verilmemiş olup, örneğin alt sınırı on yıl hapis cezasını gerektiren bir suçta tüzel kişinin muhakemedeki temsilcisinin talebi olmaksızın avukat görevlendirilmez.

¹⁷³³ Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 822.

¹⁷³⁴ CMK m. 253 ve 254 gereğince koşulları varsa önce tüzel kişinin uzlaştırılması yoluna başvurulur. Tüzel kişi, katılan sıfatı almadan önce, yani mağdur veya suçtan zarar gören sıfatı taşıdığı durumda, CMK m. 253/1’de düzenlenen suçlar açısından şüpheli ile uzlaştırılması yoluna gidilir. Suçun uzlaştırma kapsamına kaldığı sonradan anlaşılırsa, tüzel kişinin katılan sıfatı alıp almadığı önem taşımaksızın, kovuşturma evresinde tüzel kişiyi sanıkla uzlaştırma prosedürünün mahkeme tarafından işletilmesi gerekir.

¹⁷³⁵ Kanunun ilk halinde herhangi bir suç sınırlamasına yer verilmemiştir. Dolayısıyla mülga düzenleme, tüm suçlar için katılanın avukat talep etme hakkı olduğunu kabul etmiştir. Fakat bu hükümde geçen hak, 2008 yılında 5793 sayılı Kanun’un 41’inci maddesiyle getirilen değişiklik sonrası yukarıda sözü edilen suçlarla sınırlandırılmıştır.

Tüzel kişilerin suçtan zarar gören sıfatı taşıdığı hallerde ceza muhakemesinde şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Tüzel kişiler şikâyet hakkını süresi içinde yetkili temsilcisi vasıtasıyla kullanabilir¹⁷³⁶.

Katılan sıfatı kazanan tüzel kişi organ veya temsilcisinin, ayrıca “kanun yollarına başvurma hakkı” bulunmaktadır¹⁷³⁷. Bu haktan yararlanılması için Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurup başvurmadığı önem taşımaz. Nitekim katılanın kanun yollarına başvurma hakkı, savcıdan bağımsızdır (CMK m. 242/1). Katılmadan önce verilmiş olan kararlar tüzel kişinin temsilcisine tebliğ edilmemekle birlikte, kanunda savcı için öngörülmüş olan sürenin sonuna kadar tüzel kişinin temsilcisi tarafından bu kararlar hakkında da kanun yoluna gidilmesi mümkündür. Süre geçmişse bu hak ortadan kalkar (CMK m. 241).

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi “savunma makamı yanında yer alan” sıfatı taşımakta ise sanığa tanınan tüm haklardan yararlanabilir. Zaten tüzel kişilere özgü tedbir muhakemesi açısından önemli olan, organ veya temsilcinin bu sığata sahip olmasıdır. Bu kapsamda her şeyden önce sanığa tanınan en önemli hakkın savunma hakkı olduğu kabul edilmektedir¹⁷³⁸. Savunma hakkından gereğı gibi faydalanılması, sanığa bu hakkın içini dolduran birtakım hakların tanınmasını gerektirir. Bu kapsamda her şeyden önce savunma yanında yer alan tüzel kişi temsilcisinin CMK m. 147’de yer verilen hakları kullanabilmesi gerekir¹⁷³⁹. CMK m. 147’de temsilcinin yararlanacağı haklar arasında kendisine yüklenen suçı öğrenme, müdafî seçme ve onun hukuki yardımından yararlanma, susma (yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama), lehine delil toplanmasını isteme ve aleyhindeki kuşkuları ortadan kaldırma haklarından söz edilmiştir. Elbette tüzel kişinin temsilcisinin yararlanacağı haklar CMK m. 147 ile sınırlı değildir. Temsilcinin, sanık hakkında uygulanabildiğı ölçüde –ve tedbir muhakemesine uygun düşmek kaydıyla- diğer haklardan da faydalanması mümkündür. Bu kapsamda CMK’da düzenlenen, yetki itirazında bulunma (m. 18/1), hâkimin reddi isteminde bulunma (m. 24/2), uzmandan bilimsel mütalaa alma (m. 67/6), bilirkişiyi

¹⁷³⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 175, kn. 257; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 831.

¹⁷³⁷ Avukat talep etme ve kanun yoluna başvurma hakları dışında, tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan sıfatıyla, ayrıca CMK’da düzenlenen ve katılana tanınan hâkimin reddi isteminde bulunma (m. 24/2), bilirkişi atanmasını talep etme (m. 63/1), uzmandan bilimsel mütalaa alma (m. 67/6; 68/3), bilirkişiyi reddetme (m. 69/2), tanığı ve uzmanı mahkemeye getirme (m. 178), mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru yöneltme (m. 201/1-c.2), tutanakların okunmasına rıza gösterme (m. 211/2), suç ortağı, tanık, bilirkişi veya belgeye karşı açıklamada bulunma (m. 215), delillerin tartışılmasında söz alma ve cevap verme (m. 216/1-2), oturumlarda yer alma (m. 221/1), müsadere muhakemesine ve buna ilişkin kanun yoluna başvurma (m. 256/1; 258) ve genel kanun yollarına başvurma (m. 260/1) haklarına sahiptir.

¹⁷³⁸ ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 219.

¹⁷³⁹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 963; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 823; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 219.

reddetme (m. 69/2), keşif sırasında ve tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde hazır bulunma (m. 84), tanıklıktan çekinebileceklerle arasındaki mektup ve belgeleri gizleme (m. 126), elkonulan eşya elden çıkarılmadan önce dinlenme (m. 132/3), müdafî seçme ve yararlanma (m. 148/4; 149; 150), müdafî ile görüşme (m. 154/1), duruşmaya çağırılma ve duruşmada hazır bulunma (m. 176/3; 191/1; 193; 299/1), savunma delillerinin toplanmasını isteme (m. 177/1), tanığı ve uzmanı mahkemeye getirme (m. 178), duruşmadan bağışık tutulmayı isteme (m. 196/1), eski hale getirme isteminde bulunma (m. 198/1; 274), mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru yöneltme (m. 201/1-c.2), tercümandan yararlanma ve başka bir dilde savunma yapma (m. 202), tanığın dinlenmesinden veya delilin ileri sürülmesinden vazgeçme (m. 206/3), tutanakların okunmasına rıza gösterme (m. 211/2), delillerin tartışılmasında söz alma ve cevap verme (m. 216), suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden haberdar olma (m. 226/1), katılma istemi hakkında görüş bildirme (m. 238/3), güvence belgesi alma (m. 246/1), kanun yollarına başvurma (m. 260/1; 263/1), kanun yolu başvurusundan vazgeçilmesine rıza gösterme (m. 266/1-c.2), kanun yolu sonucunda başvuruda bulunulmayan lehe kararlardan yararlanma (m. 280/3; 306) gibi birçok haktan organ ve temsilcinin de yararlanması gerekir. Ayrıca masumiyet karinesi (AY m. 38/4) ve *nemo tenetur* ilkesi (AY m. 38/5) de sanığa ve dolayısıyla tüzel kişinin organına ve temsilcisine tanınan birer hak olarak kabul edilmelidir.

Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere tüzel kişilere yönelik suç iddiasında kamu davası, doğrudan tüzel kişiye değil, tüzel kişiliği temsilen yasal temsilciye karşı açılacaktır. Dolayısıyla *de lege lata* tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenen bir suçtan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmada “şüpheli ve sanık sayılacak kişi”, tüzel kişi değil, onun yetkili organ veya temsilcisi olacaktır. Tüzel kişi adına muhakemedeki her türlü tebligat ile gerçekleştirilen bütün işlemlerle muhatap olacak kişi tüzel kişinin temsilcisidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, tüzel kişinin organ veya temsilcisi, tüzel kişiyi muhakemede sanığın yanında yer alarak temsil eden kişidir. Dolayısıyla bu kimse yalnızca temsilcidir; öyleyse kanun gerekçesinde “sanık sayılan” ifadesi kullanılmış olsa bile sanık sıfatı taşımaz. Diğer deyişle soruşturulan ve kovuşturulan suçu işleyen kişi, tüzel kişiyi muhakemede temsil eden kişi değildir. Bu nedenle bir kimsenin tüzel kişiye ilişkin muhakemede hem sanık hem temsilci olması CMK m. 249’daki özel normun uygulanması açısından mümkün değildir. Sözü edilen husus, CMK m. 249/3’te, tüzel kişinin muhakemede temsiline ilişkin düzenlemenin, sanığın aynı zamanda tüzel

kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması hâlinde uygulanmayacağı kaleme alınarak vurgulanmıştır.

Tüzel kişinin temsilcisinin aynı muhakemede sanık sıfatı taşıması halinde, tüzel kişinin başka bir temsilcisi varsa bu kimse tarafından temsil edilmesi gerekir¹⁷⁴⁰. Fakat eğer başka temsilci de bulunmamakta ise CMK m. 249 hükmü uygulanmaz. Bu halde temsilci “sanık” sıfatı taşıyacağı için, aynı anda “savunma makamı yanında yer alan” sıfatı taşıması olanağı yoktur. Bu durumda sanık, CMK’da öngörülen sanık haklarından kendisi için faydalanabilir ise de bu haklardan tüzel kişinin temsilcisi sıfatıyla faydalanması söz konusu değildir¹⁷⁴¹. Görüldüğü üzere, hem suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hem de soruşturulan veya kovuşturulan şüpheli veya sanığın tüzel kişinin yetkili temsilcisi olması ihtimal dahilindedir. Öğretide bir görüş, böyle bir ihtimalde tüzel kişi ile suçu işleyen gerçek kişi temsilci arasında menfaat çatışmasının ortaya çıkabileceğinden bahisle CMK m. 133’te düzenlenen kayyım tayini usulünün kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷⁴². Gerekçeye göre, temsilci değişikliğinde de aynı şekilde hareket etmek gerekir. Kayyım tayini halinde, sanık yerine mahkemece atanan kayyımın tüzel kişinin yetkili temsilcisi olarak muhakemede yer alması gerektiği açıktır. Bununla birlikte menfaat çatışması halinde kayyım tayini yoluna gidilmesi önerisinin, yalnızca tüzel kişinin bir “şirket” olması halinde uygulanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Diğer deyişle muhakemede temsil edilmesi gereken tüzel kişi örneğin dernek veya vakıf ise kayyım tayini yoluna da gidilemeyecektir. Kanaatimizce bu durum kıyasla çözülmeyecek bir boşluk teşkil etmekte ve kanun koyucunun müdahalesini gerektirmektedir.

Belirtelim ki, tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatıyla muhakemede yer alan gerçek kişinin, katılan ve sanığa ait haklardan yararlanabileceği ifade edilmekle birlikte, bu kimselerin ödev ve yükümlülüklerine tabi olacaklarına ilişkin açık bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir.

¹⁷⁴⁰ ŞAHİN, CMK Gazi Şerhi, s. 760. Şayet tüzel kişinin hiç yetkili temsilcisi yoksa ne yapılması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Bu halde gerekçeye göre mahkeme, Cumhuriyet savcısının veya davaya katılanın istemi üzerine tüzel kişiyi temsil etmek üzere kayyım atayabilir. Buradaki kayyımın CMK m. 133’te ifade edilen kayyım olabilmesi için tüzel kişinin bir şirket olması gerektiği kanısındayız.

¹⁷⁴¹ Aynı yönde bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 963-964; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 824.

¹⁷⁴² ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 964; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 824. Madde gerekçesinde de aynı görüş kabul edilmiştir. Buna göre, “*Tüzel kişinin temsilcisi aynı zamanda işlenen suçta gerçek kişi olarak sanık durumunda ise, tüzel kişiliğe, davaya bakan mahkemece kayyım atanacak ve tüzel kişiliği mahkemede bu kayyım temsil edecektir*”.

3.3.1.2.4.6. Hüküm

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri muhakemesi sonucunda mahkeme iki tür tedbir kararına hükmedebilir. Bunlardan biri faaliyet izninin iptali, diğeri ise müsadere'dir. Bu tedbirlerden birine karar verilebilmesi için uygulanacak tedbirin türüne göre mahkemenin kanuni koşulların oluşup oluşmadığını ayrı ayrı tespit etmesi gerekir. Aksi halde hükmedilecek karar hukuka aykırı olur¹⁷⁴³. Faaliyet izninin iptali tedbiri, mahkemenin organ veya temsilciye verdiği ceza mahkûmiyetine bağlıdır ve bu mahkûmiyet kararına eklenmektedir. Bununla birlikte ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu değildir¹⁷⁴⁴. Dolayısıyla mahkemenin hükmünde tüzel kişiye güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağını ve uygulanacak tedbirin türünü açıkça göstermesi şarttır.

Belirtmek gerekir ki, TCK m. 60, izin iptali ve müsadereyi birbirine alternatif tedbirler olarak öngörmemiştir. Bunların aynı tüzel kişi hakkında kümülatif olarak uygulanması da mümkündür. Ceza muhakemesine bağlı tedbir muhakemesinde mahkemenin hem izin iptalinin hem de müsadere'nin koşullarının gerçekleştiğini saptaması halinde, her iki tedbire birlikte karar vermesi gerekir. Bu halde her iki hukuki sonuç da "ceza" niteliğinde birleşmediği için *ne bis in idem* ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Mahkemenin suçun tüzel kişi yararına işlendiğini tespit etmesi halinde, kanunun öngördüğü güvenlik tedbirleri otomatik olarak uygulanmaz. Bunun için aynı zamanda tüzel kişi hakkında tedbir uygulanacağını da ilgili düzenlemede açıkça öngörülmesi gerekir. Kanunda böyle bir düzenleme yoksa, işlenen suç tüzel kişiye yarar sağlasa bile TCK m. 60'ta düzenlenen tedbirlere hükmolunamaz¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴³ "TCK'nın 60/1. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, kasıtlı bir suçun tüzel kişinin organ veya temsilci sıfatını taşıyan kişilerin iştirakiyle işlenmesi ve bu kişiler hakkında işledikleri suç sebebiyle mahkûmiyet kararı verilmiş olması, suçun tüzel kişinin faaliyet izninin sağladığı yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi ve bununla tüzel kişinin yararına bir kazanç elde edilmiş olması gerektiği; haklarında mahkûmiyet kararı verilen sanıkların ilgili şirketlerin organ veya temsilcisi olup olmadıkları hususunda araştırma yapılmadan, şirketlerin herhangi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunup bulunmadığı, yüklenen suçun hangi faaliyet izninin kötüye kullanılması suretiyle işlendiği karar yerinde tartışılıp değerlendirilmeksizin faaliyet izinlerinin iptaline karar verilmesi, kanuna aykırıdır" (Y.5.CD., E. 2018/3713, K. 2018/3209, 26.4.2018). "Yeniden Telekomünikasyon İletişim Şirketinin herhangi bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunmasının gerekmediği anlaşılmakla anılan şirket hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına hükmolunması, kanuna aykırıdır" (Y.5.CD., E. 2013/7704, K. 2015/10517, 16.4.2015).

¹⁷⁴⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 711.

¹⁷⁴⁵ ZAFER, Ceza Hukuku, s. 613.

Tüzel kişinin faaliyet izninin iptal edilebilmesi için organ veya temsilci hakkında ceza mahkûmiyetine karar verilmesi yeterlidir. Bu kararın kesinleşmesi gerekmez¹⁷⁴⁶. Nitekim iznin iptali, ceza mahkûmiyetine ilişkin kararda gösterilmelidir. Mahkeme, hükümde organ veya temsilci hakkında cezaya, tüzel kişi hakkında ise iznin iptaline ve müsadereye yer verecektir. Bununla birlikte TCK m. 60/1’de organ veya temsilci hakkında tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçtan “mahkûmiyet” şartı arandığı için, gerçek kişi organ hakkında mahkûmiyet dışında herhangi bir kararın verilmesi durumunda faaliyet izninin iptali tedbirinin uygulanamaması gerekir. Bu nedenle gerçek kişi organ veya temsilcinin beraatine veya bu kişiye ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen hallerde iznin iptaline hükmedilemeyecektir. Zira mahkûmiyet demek, “ceza mahkûmiyeti” demektir. Dolayısıyla “mahkûmiyet”, güvenlik tedbirini değil “ceza”yı ve özelde hapis cezası ile adli para cezasını kapsadığı için kanaatimizce gerçek kişi organ veya temsilci hakkında söz gelimi bu kişinin akıl hastası olması nedeniyle ceza mahkûmiyetine değil de salt güvenlik tedbiri (koruma ve tedavi tedbiri) uygulanmasına karar verilmişse, tüzel kişi hakkında faaliyet izninin iptaline karar verilememesi gerekir. Aynı kabul, davanın reddine ve düşmesine hükmolunan haller için de geçerlidir. Dolayısıyla tüzel kişilere özgü tedbir muhakemesinin konusunu faaliyet izninin iptali tedbirinin oluşturduğu hallerde, adı geçen tedbirin uygulanması açısından, gerçek kişi organ veya temsilcinin “suçu işleyip işlemediği” değil, ceza muhakemesi sonucunda “mahkum olup olmadığı” dikkate alınmaktadır. Bu mahkûmiyet şartı, faaliyet iznini kötüye kullanan tüzel kişiler arasında bir eşitsizliğin oluşması anlamına gelir. Nitekim söz gelimi bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde karapara aklama suçunun (TCK m. 282) işlenmesi halinde, gerçek kişi organ veya temsilci yargılanmış ve ceza almışsa, tüzel kişinin faaliyet izni iptal edilmekte; buna karşılık aynı suç bir başka tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş fakat örneğin gerçek kişi sanığın ölümü nedeniyle davanın düşmesine karar verilmişse iznin iptali mümkün olamamaktadır. Bu durum AY m. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim sözü edilen maddede kanun önünde “herkes”in eşitliğinden söz edilmiş; gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır. Bu nedenle faaliyet izninin iptaline ilişkin koşulların müsadere koşullarına bağlanması, *de lege ferenda* daha isabetli görünmektedir.

¹⁷⁴⁶ Kararın kesinleşmesi gerektiği görüşü için bkz. MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1368; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 733.

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi hakkında hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51)¹⁷⁴⁷ veya cezanın infazının ertelenmesi¹⁷⁴⁸ (CGTİHK m. 16 vd.) hallerinde ortada bir ceza mahkûmiyeti bulunduğu için iznin iptali tedbirine hükmolunması gerekir.

Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) halinde, ertelenen hükmün açıklanmasının beklenmesi ve tüzel kişi hakkında hükmün açıklandığı ana göre bir karar verilmesi gerektiği kanısındayız. Bu noktada iki ihtimal ortaya çıkar. Eğer hakkında HAGB kararı verilen kişi denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlememiş ve yükümlülükler uygun hareket etmişse, mahkeme, mahkûmiyete değil davanın düşmesine karar vereceği için TCK m. 60/1'in şartları gerçekleşmeyecek ve tüzel kişinin faaliyet izni iptal edilemeyecektir. Buna karşın eğer denetim süresi içinde organ veya temsilci tarafından kasten yeni bir suç işlenmiş veya yükümlülükler ihlal edilmiş ise mahkeme mahkûmiyet hükmünü açıklayacak ve iznin iptali tedbiri uygulanacaktır. Bu halde mahkemenin, hükmü açıkladıktan sonra cezanın ertelenmesine veya kısmen infaz edilmesine ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vermesi, faaliyet izninin iptali tedbirinin uygulanmasına engel değildir. Çünkü bu hallerin tümünde gerçek kişi sanık hakkında –infaz edilsin veya edilmesin- bir mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır.

Faaliyet izninin iptali tedbirinin aksine, tüzel kişilere özgü tedbir muhakemesinin konusunu müsadere oluşturduğu durumlarda ise gerçek kişi organ veya temsilci hakkında mahkûmiyet kararının verilmesi şart değildir. Nitekim TCK m. 60/2'de, 60/1'den farklı olarak, mahkûmiyet koşuluna yer verilmediği gibi, müsadere uygulanma şartları arasında da failin suçu işlediğinin “mahkûmiyet kararı ile tespit edilmesi” gibi bir koşul aranmamıştır. Ancak müsadere açısından da mahkemenin, gerçek kişi organ veya temsilcinin suçu işlediğine kanaat getirmesi gerekir. Bu nedenle örneğin gerçek kişi organ hakkında, akıl hastası olması nedeniyle mahkûmiyet kararı verilemiyor ise de bu kişi hakkında akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması, suçun işlendiğinin tespiti anlamına geleceği için, her nasılsa organı sıfatı taşıdığı tüzel kişi hakkında da müsadere hükümleri uygulanmak zorundadır. Aynı durum kanaatimizce beraat kararı dışında kalan tüm hüküm türleri için de geçerlidir. Hapis cezasının ertelenmesi ile cezanın infazının ertelenmesi hallerinde müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur. Gerçek kişi sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde ise faaliyet izninin iptalinin aksine, ikili bir değerlendirme yapmak gerekmez. Nitekim müsadere için

¹⁷⁴⁷ Cezanın ertelenmesi halinde mahkûmiyet şartı karşılandığı için erteleme ile birlikte iznin iptali tedbirine başvurulması mümkündür. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 497.

¹⁷⁴⁸ Aynı yönde bkz. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 733.

mahkûmiyet kararı şart olmadığına göre, HAGB kararı verilmesi durumunda da tüzel kişinin suçla bağlantılı eşya ve kazancı hakkında müsadere tedbirinin uygulanması gerekir.

3.3.1.2.4.7. Orantılılık İlkesi

Tüzel kişiler hakkında yapılacak tedbir muhakemesinde hâkimin aslında tüm güvenlik tedbirleri bakımından geçerliliği tereddütsüz olan orantılılık ilkesini dikkate alması gerekir (TCK m. 3/1)¹⁷⁴⁹. Fakat kanun koyucu bu hususu, TCK m. 60/3'te özel olarak belirtme gereği duymuştur. Orantılılığa ilişkin bu değerlendirme hem iznin iptalini hem de müsadereyi kapsamaktadır. Müsadere veya iznin iptali tedbirlerinden yalnız birine veya her ikisine hükmedilebilmesi için uygulanacak hukuki sonucun işlenen suça eşdeğer olması, fiilin ortaya çıkardığı neticelere nazaran daha ağır sonuçlara yol açmaması gerekir. Böyle bir durumda suçu bizatihi işleyen gerçek kişi cezalandırılabilirse de tüzel kişi hakkında tedbir uygulanmamalıdır. Burada mahkemeden, gerçek kişilerin ve toplumun faaliyet izninin devam etmesi hususundaki beklenen menfaati ile iznin iptalinden dolayı kamunun elde etmesi muhtemel menfaat tartılmak suretiyle bir değerlendirme yapılması istenmektedir.

Belirtmek gerekir ki, TCK m. 60/3'te mahkemeye tedbire hükmetmeme konusunda verilen takdir yetkisi, orantılılık ilkesini gerçekleştirmek isterken belirlilik ilkesine zarar vermeye müsaittir. Nitekim kanunda hangi sonucun daha ağır olacağına veya bu ağırlığı tespit ederken hangi ölçütlerin dikkate alınacağına dair bir hükme yer verilmemiştir¹⁷⁵⁰. Kanaatimizce mahkemenin, orantılılık değerlendirmesini, geleceğe ilişkin kişisel öngörülerine değil; bilimsel, sosyal ve ekonomik olgularla desteklenen tahminlere dayandırması beklenir.

¹⁷⁴⁹ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, s. 237. Burada hâkim ibaresiyle kast edilen mahkemedir (HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 498).

¹⁷⁵⁰ DONAY, TCK Şerhi, s. 98. TCK m. 60'ın gerekçesinde ise örnek yoluyla bir açıklama yapılmıştır. Buna göre, çok sayıda kişinin işsiz kalabileceği veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebileceği ihtimali bulunan hâllerde, mahkeme, maddedeki orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir.

3.3.2. Mali Güvenlik Tedbirleri (Müsadere) Muhakemesi

3.3.2.1. Genel Olarak

Müsadere muhakemesi, suçla bağlantılı olan ve kanunda bu nitelikleri açıkça belirtilen eşya veya kazancın, failin mülkiyetinden alınarak devletin mülkiyetine geçirilmesine yönelik koşulların oluşup oluşmadığı değerlendirmesinin yapıldığı bir tedbir muhakemesi türüdür. Türk ceza hukukunda hem eşya hem de kazanç müsadere için CMK'da (m. 256-259) özel yargılama usulü öngörülmüştür. Ancak tüm müsadere kararları bu özel prosedür izlenerek verilmek zorunda değildir. O nedenle kanun koyucunun, müsadere yargılamasının asıl ceza davasına bağlı olarak veya bundan bağımsız biçimde görülebileceğini kabul ettiği söylenebilir. Buradan hareketle Türk hukukunda müsadere muhakemesini kendi içinde ikili bir ayrımla incelemek mümkündür. Bunlardan ilki, ceza muhakemesine bağımlı, ikincisi ise ceza muhakemesinden bağımsız olarak yürütülen müsadere muhakemesidir.

3.3.2.2. Bağımlı Müsadere Muhakemesi

3.3.2.2.1. Genel Özellikler

Yetkili ve görevli mahkemede açılmış olan kamu davasında ceza mahkemesi tarafından suçla bağlantılı eşya veya kazancın müsadere edilip edilmeyeceği değerlendirilebilir. Eğer bağımsız müsadere muhakemesinin şartları yoksa, kural olarak ayrı bir dava açılmasına gerek olmaksızın, müsadere muhakemesi, asıl ceza uyuşmazlığı ile birlikte ele alınmaktadır. Bu halde “asıl ceza muhakemesine bağımlı müsadere muhakemesi”nden söz edilir.

Uygulamada müsadere muhakemesinin, çoğunlukla bağımlı muhakeme şeklinde yürütüldüğü görülmektedir. Nitekim Türk hukukunda kural, asıl ceza davası ile birlikte müsadere davasının da otomatik olarak açılmış olmasıdır. Zira bu tedbirin uygulanması için ayrı bir müsadere davasının açılması gerekmez, asıl ceza davasının açılmasıyla birlikte müsadere davasının da kendiliğinden açılmış olduğu kabul edilir¹⁷⁵¹.

¹⁷⁵¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1604; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 828; YURTCAN, Erdener, CMUK Şerhi, s. 1057; CERTEL, s. 186; CENTEL/ZAFER, s. 807; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 735; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 604;

Önemle belirtmek gerekir ki, müsadere muhakemesi Türk hukukunda bağımlı olarak yürütüldüğü hallerde ceza soruşturması sonucunda mahkemeye sunulan iddianamenin doğal bir sonucu olarak ele alınsa da iddianamede müsadere talebine yer verilmesi ile verilmemesi arasında savunmaya etki bakımından bir fark vardır. Bağımlı müsadere yargılamasını başlatan iddianamede müsadere talebi açıkça yer almakta ise müsadere için savunma makamına ayrıca süre tanınması gerekmez. Aksine, iddianamede müsadere talebi hiç yer almamakta ise sanığa ve müdafisine ek savunma hakkı tanınmadan müsadere kararı verilmesi, savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir. Nitekim CMK m. 226/2’de, cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâllerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda ek savunma hakkı tanınması gerektiğinden söz edilmektedir. Müsadere, kanunda kural olarak cezaya eklenerek uygulanan bir tedbir olarak kabul edildiğine veya diğer deyişle cezaya alternatif bir tedbir niteliğinde olmadığına göre, bu hükme aykırılık, bozma sebebi teşkil eder¹⁷⁵².

Bağımsız muhakemede olduğu gibi bağımlı müsadere muhakemesinde de müsadere edilecek eşya veya malvarlığı değeri hakkında soruşturma evresinde elkoyma kararı verilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Yargıtay, bazı kararlarında müsadere edilecek eşyaya elkonulması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵³. Öğretide müsadere konusuna soruşturma evresinde elkonulmuş olmasının zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Bu halde elkonulmadığı için mevcut bulunmayan eşya veya kazanç hakkında eşdeğer ve kaim değer müsaderesine ilişkin hükümler (TCK m. 54/2, 55/2) uygulanır¹⁷⁵⁴.

Ceza muhakemesine bağımlı müsadere muhakemesinde soruşturma evresinin kendine özgü kuralları yoktur. Kanun bu konuda ayrıksı hükümlere yer vermemiştir. Bununla birlikte soruşturma evresinde bir eşya veya kazancın adliyenin eli altında bulundurulması ihtiyacı ortaya çıkmış olabilir. Müsadere, bir güvenlik tedbiri olarak öngörülmesi nedeniyle, mahkeme kararını gerektirir. Savcının müsadere kararı vermesi mümkün olmadığı gibi, kural olarak müsaderenin kanunda öngörülen ve hukuki niteliği değiştiren istisna dışında hâkimlik kararı olarak da uygulanması mümkün değildir¹⁷⁵⁵. Bu nedenle müsadereye ilişkin hüküm verilmeden önce bir eşya veya malvarlığı

ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1391; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 930; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 908.

¹⁷⁵² “İddianamede davaya konu makaronların müsaderesi talep edilmediği halde, ek savunma hakkı tanınmadan müsadere kararı verilmesi, yasaya aykırıdır” (Y.7.CD., E. 2015/39, K. 2017/3768, 9.5.2017).

¹⁷⁵³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 734, dn. 80.

¹⁷⁵⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 734.

¹⁷⁵⁵ Krşl. ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 721.

değerine savcılık veya mahkemece ulaşılmasını mümkün kılan tedbir, muhakemenin safhalarına ve iddia edilen suçun konusuna göre her iki merci tarafından başvurulabilecek olan elkoyma tedbiridir (CMK m. 127 vd., 248). Bu şekilde elkonulan malvarlığı değerleri, ancak hüküm anında müsadere edilebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılan eşyaların dava dosyasında delil olarak muhafaza edilmesi lâzımdır. Delil olarak dosyada tutulması gereken şeylerin müsadere karar verilmesi hukuka aykırılık teşkil eder¹⁷⁵⁶. Örneğin sahtecilik suçlarında maddi konuyu oluşturan ve suçtan meydana gelen eşya niteliği taşıyan sahte belgenin, müsadere kararına değil, davanın en güçlü delili olması nedeniyle dosyada muhafaza edilmesine karar verilmelidir¹⁷⁵⁷.

Ceza muhakemesinin soruşturma evresi sonunda yeterli suç şüphesinin yokluğundan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi, ceza muhakemesi ile birlikte kendiliğinden bağımlı müsadere muhakemesinin de son bulması anlamına gelir. Bu halde tehlikeli eşyanın müsadere edilebilmesi, ancak bağımsız müsadere muhakemesinin başlatılması ile mümkündür.

3.3.2.2.2. Hüküm Türleri

Müsadereye ilişkin karar, kural olarak hüküm ile birlikte verilir¹⁷⁵⁸. İşte bu hüküm açısından müsadere türlerinin uygulanması için bir ön koşul olarak failin suçlu işlemiş olduğunun mahkeme kararıyla tespit edilmesinin gerekip gerekmediği incelenmelidir. 5237 sayılı TCK açısından bu noktada ortaya çıkan sorun, müsadere kararının konusunu oluşturan eşya veya kazancın suçla irtibatlı olduğunun tespiti için bir mahkûmiyet kararına ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁶ HAKERİ, s. 688; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 722. “Suça konu sahte nüfus cüzdanının delil olarak dosyada saklanması yerine müsadere karar verilmesi..., bozmayı gerektirmiştir” (Y.11.CD., E. 2015/6762, K. 2017/5451, 12.9.2017).

¹⁷⁵⁷ MALKOÇ, s. 192.

¹⁷⁵⁸ ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku –II-, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 221.

¹⁷⁵⁹ 765 sayılı TCK’da müsadere kararına bağlı olarak uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Nitekim mülga TCK’nın “Ceza mahkûmiyetlerinin neticeleri ve tarzı icraları” başlıklı Üçüncü Babında yer alan 36’ncı maddesinin birinci fıkrasında “Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabından husule gelen eşya fiilde methali olmıyan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabıt ve müsadere olunur” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu kuralın istisnası ise aynı maddenin ikinci fıkrasında “Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabıt ve müsadere olunur” şeklinde kaleme alınmıştır. Oysa 5237 sayılı TCK’da müsadere karar verilmesi için mahkûmiyet gerektiğine dair bir düzenleme kanunda yer almadığı gibi eşya ve kazanç müsadere kararına ilişkin hükümler de ceza mahkûmiyetinin neticesi olarak değil birer güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.

Öğretide bir görüş, suçun işlendiğinin tespitinin yalnızca kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı ile mümkün olduğunu, böyle bir kesin hüküm bulunmadan müsadereye hükmolunmasının masumiyet karinesini¹⁷⁶⁰, mülkiyet hakkını ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ihlal edeceğini düşünmektedir¹⁷⁶¹.

Öğretide bir diğer görüş ise müsadere kararı verilmesinin suça bağlı olmasıyla bu suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesini birbirinden ayırmaktadır. Hem eşya hem kazanç müsadere için suçun işlenmesi şart olmakla birlikte, bu görüş uyarınca, sanık hakkında ceza mahkûmiyeti hükmü kurulması şart değildir. Öyleyse suçun işlendiğinin mahkeme tarafından tespit edilmesi koşuluyla, mahkûmiyet kararı bulunmadan da müsadere yoluna gidilebilir¹⁷⁶².

Yargıtay’a göre, müsadere için kasıtlı bir suçun işlenmesi zorunludur; fakat bu suçtan dolayı ceza mahkûmiyeti kurulması zorunlu değildir. Yüksek Mahkeme, buna örnek olarak, akıl hastası tarafından işlenen ve cezalandırmaya engel olan suçu göstermektedir¹⁷⁶³.

CMK’nın “Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı 223’üncü maddesinin 6’ncı fıkrası uyarınca, “*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur*”. Kanaatimizce kanunun kullandığı “mahkûmiyet yerine” ibaresinden de açıkça anlaşıldığı üzere bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiş olan müsadereye

¹⁷⁶⁰ Suçun fail tarafından işlendiği ve müsadere konusu malın suçla bağlantılı olduğu sabit olmadıkça müsadere kararının verilemeyeceği; aksi bir uygulamanın masumiyet karinesini zedeleyeceği ve AİHS m. 6/2’ye aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 3. Cilt, Ankara, Ocak 2012, s. 48.

¹⁷⁶¹ GÜNGÖR, Devrim/TOROSLU, Haluk, “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD, 65 (4), Ankara, 2016, s. 1972; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 717-718, 725. Benzer yönde bkz. HAKERİ, s. 691, 692.

¹⁷⁶² Bu konuda bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1604, dn. 22; TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 391; ÖZGENÇ, s. 843, 845; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 626; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 903; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1290; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 539, kn. 948; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 628; SOYASLAN, Ceza Hukuku, 2016, s. 581; AKBULUT, s. 802; DEMİRBAŞ, s. 639; CERTEL, s. 25; HAKERİ, s. 686; MALKOÇ, s. 192; GEDİK, Doğan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, AD, (23), Ankara, Eylül 2005, s. 135. Kusur yeteneği bulunan failler hakkında mahkûmiyet kararı kural olmakla birlikte kusur yeteneğinden yoksun olanların işledikleri suçlar açısından ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla birlikte de müsadere hükümlerinin uygulanabileceği hakkında bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 929; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, 1390-1391; YENİDÜNYA, “Müsadere”, s. 117; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, Giriş, s. 729; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 922. Mahkûmiyet şartının aranmamasının keyfiliğe yol açabileceği hususunda bkz. TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 14 (ss. 1-20).

¹⁷⁶³ YCGK, E. 2014/6-66, K. 2014/365, 11.7.2014.

hükmolunması için -sanığın suçu işlediğinin sabit olması gerekmektedir birlikte¹⁷⁶⁴- fiil hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmez. Aynı şekilde mahkemenin müsadere kararı verebilmesi için suçun işlendiğinin kesinleşmiş bir kararla sabit olmasına da gerek yoktur. Burada önemli olan, müsadere yargılaması yapan mahkemenin sanığın suçu işlediğine kanaat getirmiş olmasıdır. Mahkemenin bunun ötesine geçerek aynı zamanda kararının kesinleşmesini beklemesinin gerekmediği düşüncesindeyiz.

Bu bakımdan müsadere muhakemesinin bağımlı olmasını, müsadere tedbirinin cezaya bağlı olması veya tedbir hükmünün mahkûmiyet hükmüne bağlı olması ile karıştırmamak gerekir. Müsadere muhakemesinin bağımlılığı, onun, ceza muhakemesi içerisinde ve genel ceza usul kuralları doğrultusunda yürütülmesini ifade eder. Bu tür bir usul içerisinde müsadere, sanığa uygulanan ceza ile birlikte veya bu cezadan bağımsız olabilir. Nitekim bağımlı müsadere muhakemesinde çoğu kez hapis veya adli para cezası ile birlikte müsadere yoluna gidilir. Hapis cezasının infaz edilmesi yahut ertelenmesi, müsaderenin uygulanmasına engel değildir. Çünkü ceza ve müsadere farklı kanuni gerekçelere dayanan farklı hukuki sonuçlardır. Her halde hapis ve adli para cezası bir mahkûmiyet hükmüne dayanır. Mahkûmiyet hükmüyle birlikte bir güvenlik tedbiri hükmü olarak müsadereye de karar verilmişse, ceza ve müsadere birbirine eklenerek uygulanır. Müsadere muhakemesinin bağımlılığı, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının yürütülmesi yönündendir. Yoksa, ceza muhakemesi sonucunda verilen kararın mahkûmiyet dışında bir karar olması, müsaderenin uygulanmasını kendiliğinden olanaksız hale getirmez.

Müsadere için mahkûmiyet kararı şart değilse de kanaatimizce beraat kararıyla birlikte müsadere hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Çünkü niteliği gereği beraat ile müsadere kararları birbiriyle örtüşmemektedir. Bu açıdan beraat kararının hangi gerekçeyle verildiği de önem taşımaz¹⁷⁶⁵. Beraat kararı ister maddi veya manevi unsur eksikliğinden ister bir hukuka uygunluk nedeninden isterse delil yetersizliğinden kaynaklanmış olsun durum değişmez. Önemli olan, CMK m. 223/2’de yer verilen beraat gerekçelerinden birinin gerçekleşmesidir. Nitekim beraat kararının

¹⁷⁶⁴ Müsadere kanunumuzda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiğine göre, suçun hukuki sonucudur; o halde işlenen fiilin suç olmasını gerektirir. Şayet hukuka aykırı fiil teknik anlamda suç değilse, müsadere tedbirinin uygulanması zaten mümkün değildir. Yargıtay da suç değerlendirmesi yapılmayan müsadere kararlarının hukuka uygun olmadığı kanısındadır: “5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 3/11. madde fıkrası uyarınca, sanığa atılı ve sübut bulan eylemin kabahate dönüştüğü ve kabahatlerde müsaderenin söz konusu olmadığı gözetilerek...” (Y.7.CD., E. 2008/9063, K. 2010/16594, 7.12.2010; E. 2004/23631, K. 2008/695, 4.2.2008).

¹⁷⁶⁵ Beraat kararı verilen bazı durumlarda da müsadereye hükmedilebileceği, dolayısıyla müsadere bakımından beraat kararının hangi gerekçeyle verildiğinin önem taşıdığı görüşü için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 729; GENÇ, Sinan, “Kazanç Müsaderesi ve Medeni Kanun Anlamında İyi Niyetin Rolü”, AD, (39), Ankara, Ocak 2011, s. 172.

verilmesine yol açan gerekçe ne olursa olsun, her halde bu kararı veren mahkemede “suçun sanık tarafından işlendiği yönünde bir kanaatin oluşmadığından” söz edilecektir. Hâlbuki mahkemenin suçun işlendiğine yönelik bir kanaate varmadan müsadereye hükmetmesi mümkün değildir. Söz gelimi fail A’da bulunan değerli vazonun çalıntı veya kaçak eşya niteliğinde olduğu mahkemede hukuka uygun kanıtlarla ispat olunamamışsa, hem delil yetersizliği nedeniyle *in dubio pro reo* ilkesi gereğince sanığın beraatine karar verilmeli hem de ortada tespit edilmiş bir suç bulunmadığına göre, vazo hakkında müsadere hükümleri uygulanmamalıdır. Eğer mahkemede bir suçun işlendiği fakat bu suçun sanık tarafından işlenmediği ortaya çıkarsa yine müsadere kararı verilememelidir. Burada yapılması gereken, yeni bir iddia ile ceza muhakemesinin başlatılması veya bağımsız müsadere muhakemesine geçilmesidir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmedilmesi halinde ise beraat kararından farklı olarak aynı zamanda müsadereye karar verilmesi olanaklıdır¹⁷⁶⁶. Bu açıdan ceza verilmesine yer olmadığı kararının kusurluluğu kaldıran bir neden olması mümkün olduğu gibi kusur yeteneğini kaldıran bir neden olması da mümkündür. Aynı şekilde etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunduğu hallerde de müsadere yoluna gidilebilir. Burada da önemli olan, hükmün, CMK m. 223/3-4’te düzenlenen gerekçelerden biriyle verilmiş olmasıdır. Nitekim ceza verilmesine yer olmadığı kararında suçun varlığına yönelik bir kuşku bulunmamakta, sadece failin cezalandırılabilirliği ortadan kalkmaktadır. Failin cezalandırılabilir olması ile fiilin suç teşkil etmesi aynı anlama gelmez. Bu nedenle örneğin fail A tarafından değerli olduğu düşünülen hırsızlık konusu malın değerinin gerçekte son derece düşük olması halinde mahkeme fail A’ya ceza verilmemesine karar verse bile hırsızlık konusu değersiz eşyanın –mağdura iade edilememek koşuluyla- müsadereye karar verilecektir. Keza 6 yaşındaki fail B’nin, ileri derecede şizofreni hastası fail C’nin, fiili karşı koyamadığı bir cebir veya ağır ve muhakkak bir tehdit etkisiyle işleyen fail D’nin, etkin pişmanlıktan yararlanan fail E’nin yahut yakın akrabalık dolayısıyla şahsi cezasızlık sebebinden faydalanan fail F’nin işlediği suçlardan dolayı elde ettiği ve mağdura iade edilemeyen maddi menfaatlerin müsadereye konu olacağı açıktır.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararında olduğu gibi, kamu davasının düşmesine karar verilen hallerde de müsadere hükümlerinin –ceza muhakemesinden bağımsız olarak ve hakkında düşme kararı verilmemiş olan müsadere muhakemesi kapsamında- uygulanmasına bir engel yoktur. CMK m. 256/1’de yer verilen düzenlemeden de bu

¹⁷⁶⁶ Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1391; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 729.

sonuca ulaştırmaktadır¹⁷⁶⁷. Bununla birlikte şayet kamu davasının düşmesi kararının gerekçesi sanığın ölümü ise örneğin kazanç müsadereğine karar verilebilmesi için mağdura (mirasçılara) iade edilememe koşulunun değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur¹⁷⁶⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sanığın ölümü halinde ceza muhakemesi sona erer. Çünkü bu durum kamu davasını düşüren sebeplerden biridir. Bununla birlikte ceza muhakemesinden bağımsız müsadere muhakemesi görülmeye devam eder. Bu nedenle TCK m. 64/1-c.2’de “davaya devam edilerek” ifadesi kullanılmış olsa da kanımızca ceza davasına devam edilmemekte, ceza davası sanığın ölümüyle birlikte müsadere davasına dönüşmektedir.

Hüküm türlerinden herhangi biriyle birlikte kazanç müsadere kararı verilmişse ve müsadere hukuka uygun olmadığı düşünülmekte ise verilen hükümle birlikte veya yalnız başına kanun yoluna başvurulabilir. Müsadere bir güvenlik tedbiri ve dolayısıyla buna ilişkin karar da bir hüküm niteliğinde olduğu için, tesis edilen hüküm, istinaf kanun yoluna tabidir (CMK m. 258, 272)¹⁷⁶⁹.

3.3.2.2.3. Uzlaştırma, Ön Ödeme ve Erteleme

Uzlaştırma sonucunda soruşturma evresinde şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK m. 253/19), kovuşturma evresinde yerine getirmesi halinde ise düşme kararı (CMK m. 254/2) verilir. Uzlaştırma kural olarak şikâyet tabi suçlar hakkında verilmektedir. Bunun istisnası olan suçlar CMK m. 253/1’de gösterilmiştir. Şikâyet tabi suçlarda şikâyetçinin uzlaşma yoluna gitmeyi kabul etmesi halinde hem edimin ifası hem de mağdura iade edilememe koşulu gerçekleşmeyeceği için kazanç müsadere hükümlerinin uygulanamayacağı

¹⁷⁶⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 539-540, kn. 948; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 730. Bu halde fiilin fail tarafından işlendiğini tespit eden mahkeme, örneğin ön ödeme, zamanaşımı veya af gibi nedenlerin bulunması halinde davanın düşmesine; ancak suçla bağlantılı eşya veya kazancın müsadereğine karar vermelidir. Bkz. SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 484-485. *Hakeri* ise sanığın ölümü halinde müsadere muhakemesinin devam edeceği yönündeki TCK m. 64’e benzer bir hükme zamanaşımı açısından ayrıca yer verilmemiş olmasından hareketle, zamanaşımının müsadereyi engelleyeceği görüşündedir. Bkz. HAKERİ, s. 691.

¹⁷⁶⁸ “...kaldı ki suç tarihinde yürürlükte bulunan sanığın ölümünü düzenleyen 765 sayılı TCK.nun 96. maddesinde 5237 sayılı Yasanın 64. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ‘...maddî menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsadereğine hükmolunabilir’ şeklindeki düzenlemenin karşılığı olacak bir hükmün bulunmaması, 765 sayılı TCK.nun 2/2, 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddeleri karşısında; sanığın ölümü nedeniyle verilen düşme kararı sonucunda kanuni mirasçısı bulunan şahsi hak sahiplerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde kazanç müsadereğine karar verilmesine yasal olanak bulunmadığı da gözetilmeksizin gerekçeden yoksun biçimde yanlışlıkların uygulanması ile yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır” (Y.5.CD., E. 2007/3684, K. 2011/21539, 4.10.2011).

¹⁷⁶⁹ ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, AÜHFD, 65 (4), Ankara, 2016, s. 2362.

kanısındayız. Keza takibi şikâyetle bağı olmamakla birlikte uzlaştırma kapsamına alınan suçlarda da şikâyetçi sıfatı taşımamakla birlikte mağdur veya suçtan zarar gören sıfatı taşıyan kişi belli ve iade de olanaklı olduğu için yine kazanç müsaderesi hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık kazanç müsaderesinden farklı olarak, eşya müsaderesinde suçun mağdurunun ekonomik durumu veya eşyanın ona iadesinin olanaklı olup olmadığı önem arz etmediğinden, fail ile şikayetçi uzlaşma yoluna gitse bile, mahkemece suçla bağlantılı eşyanın müsaderesine karar verilmelidir. Uzlaştırmanın soruşturma evresinde gerçekleşmesi durumunda, eşya müsaderesi hükümleri, bağımsız müsadere davası açılarak uygulanmalıdır.

TCK'nın ön ödemeyi düzenleyen 75'inci maddesinin 5'inci fıkrasında *“Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez”* kuralı getirilerek, müsadere ve ön ödemenin birlikte uygulanabileceği kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ön ödemeye yalnız kovuşturma evresinde değil aynı zamanda soruşturma evresinde de karar verilebilir olmasıdır. Ön ödemeye kovuşturma evresinde karar verilmesi halinde, mahkemenin, koşulları varsa, müsadereye ilişkin muhakemeye devam etmesi mümkündür. Soruşturma evresinde ön ödeme kararı verilmişse, müsadere muhakemesine geçilebilmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından müsadere talebinde bulunulmalıdır.

Hukukumuzda cezanın ertelenmesi ile güvenlik tedbirinin ertelenmesi farklı ele alınmaktadır. Ceza muhakemesine bağımlı müsadere muhakemesinde, cezanın ertelenmesine karar verilmiş olsa bile, bir güvenlik tedbiri olan ve haliyle tehlike esasına dayanan müsaderenin ertelenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁷⁷⁰. Ayrıca gerek TCK'da gerekse CGTİHK'da tedbirin veya tedbirin infazının ertelenebileceğine ilişkin bir hüküm sevk edilmediği için, bağımsız tedbir muhakemesi şeklinde yürütülen müsadere davasının veya müsadere kararının uygulanmasının ertelenmesi olanağı da bulunmamaktadır.

¹⁷⁷⁰ Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 730.

3.3.2.3. Bağımsız Müsadere Muhakemesi

3.3.2.3.1. Genel Özellikler

Bazı hallerde asıl ceza davası açılmamakla veya açılmamakla yahut bu konuda bir karar verilmemiş olmakla birlikte, kanun gereği müsadereyi gereken bir eşya veya kazanç söz konusu olabilir. Örneğin şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesine rağmen, müsadere edilmesi gereken bir eşya veya kazanç şüphesi söz konusu ise, Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararı, müsadereye ilişkin muhakemenin yapılması talebine engel olmamalıdır. Nitekim müsadere, TCK’da bir ceza değil, bir güvenlik tedbiri olarak öngörüldüğü için CMK m. 256’da ayrı muhakeme usulünün kabul edildiği durum, asıl ceza davasının açılmaması veya açılmışsa esasla birlikte müsadere kararına bağlanmamış olması halidir¹⁷⁷¹. Dolayısıyla bağımsız müsadere muhakemesinin iki alternatif ön koşulu vardır: Birincisi, kamu davasının açılmamış olması; ikincisi ise kamu davası açılmasına rağmen müsadere konusunda bir karar verilmemiş olmasıdır¹⁷⁷². Birinci halde mahkeme davayı hiç ele almamış; ikinci halde ise davayı çözüme kavuşturmakla birlikte müsadereyi gözardı etmiştir.

Kamu davasının açılmadığı veya davada esasla birlikte müsadere kararı verilmediği hallerde, ceza muhakemesi ile müsadere muhakemesi birbirine etki etmemektedir. Örneğin fail şahsi cezasızlık sebebinden yararlandığı için Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma evresinde kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiş olmakla birlikte (CMK m. 171/1), failin işlediği suç nedeniyle elde ettiği kazancın mağdura iadesinin olanaklı olmaması nedeniyle aynı zamanda kazanç müsadereyi yoluna gidilmesi gerekebilir. Bu durumda CMK m. 256/1’de düzenlenen ve ceza muhakemesinin açılmış olmasını gerektirmeyen bağımsız müsadere muhakemesine başvurmak gerekecektir.

¹⁷⁷¹ Örneğin ön ödeme nedeniyle kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiş ve dolayısıyla kamu davası açılmamış olabilir (ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 806; YILMAZ, Müsadere, s. 218). Keza örneğin üretimi, bulundurulması, kullanılması, alımı ve satımı suç olan eşyanın (TCK m. 54/4) müsadere edilmesi gerektiği için silah ruhsatının yenilenmemesi halinde bu silahın müsadereyi için savcının mahkemeden müsadere talep etmesi gerekir (DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 150. Benzer yönde bkz. YURTCAN, CMUK Şerhi, s. 1058). “Ruhsat süresinin sona ermesi nedeniyle, bulundurma ruhsatı iptal edilen dava konusu tabancanın zoraltımına ilişkin talebin duruşma açılıp sonuca bağlanması gerektiği gözetilmeden ceza kararnamesi ile zoraltım kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.8.CD., E. 2005/2233, K. 2006/4276, 10.5.2006).

¹⁷⁷² Öğretide bir görüş, kanunda kullanılan “kamu davası” kavramının (aynı şekilde bkz. CMUK m. 392/1) isabetli olmadığını, müsadere muhakemesinin şahsi dava şeklinde de başlatılabileceğini, Alman hukukunda (StPO § 440) bunun örneğinin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1064, dn. 23. Biz, burada kullanılan kamu davası kavramının, bağımlı tedbir muhakemesinin kendisiyle birlikte yürütüldüğü esas ceza muhakemesini nitelediği, bağımsız tedbir muhakemesini kapsamadığı kanaatindeyiz.

Bağımsız müsadere muhakemesinin kapsamına hangi tür müsaderenin girdiği kanunda açıkça yer almamaktadır. Bu nedenle Türk hukukunda müsaderenin geniş anlamda tüm türlerinin bağımsız muhakemeye ilişkin özel hükümlerin kapsamı içinde kaldığı söylenebilir. Her ne kadar CMK'nın 256'ncı maddesinin gerekçesinde¹⁷⁷³ “eşya”dan ve “şeyler”den söz edilmekte ise de kanaatimizce kanun maddesinde açıkça “eşya müsaderesi”nden bahsedilmediği müddetçe, “müsadere” sözcüğünün hem eşyayı (TCK m. 54) hem de kazancı (TCK m. 55) kapsayan bir bütün olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle gerekçenin aksine, CMK m. 256 ve devam eden maddelerinin, kamu davasının açılmadığı yahut açılrsa da müsaderenin esas hakkında kararda yer bulmadığı durumlarda “eşya veya kazancın müsaderesi usulü”nü konu edindiği kanısındayız¹⁷⁷⁴.

Bağımlı müsadere muhakemesinde, ceza mahkemesinin kural olarak esas hakkındaki kararı ile birlikte bir güvenlik tedbiri olarak müsaderenin uygulanıp uygulanmayacağına da karar vermesi gerekir. Bununla birlikte mahkemenin bağımlı müsadere muhakemesini işletmemesi, diğer bir deyişle esasla birlikte müsadere kararı vermemesi durumunda, kararın sırf bu nedenle bozulmayacağı, bu halde yeni ve ayrı bir dava açılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁷⁵. Bunun gerekçesi, hukuken müsadere konusunda ceza muhakemesinden bağımsız bir dava açılabilmesi olanağının bulunmasıdır. Gerçekten CMK m. 256/1'de bağımsız müsadere muhakemesinin açılmasının şartlarından biri olarak “kamu davası açılmasına rağmen müsadere hususunda esasla birlikte karar verilmemiş olması” gösterilmektedir. Bir yandan özel muhakeme usulünü işletme olanağı tanınıp diğer yandan genel ceza muhakemesinde kanun yoluna başvurusu sanıktan istenemeyeceğine göre, böyle bir ihtimalde, kanun yolu muhakemesine değil, öncelikle özel muhakemeye (bağımsız müsadere muhakemesi) başvurulması gerekir.

Hüküm türleri ile ön ödeme ve uzlaştırma hakkında bağımlı müsadere muhakemesinde ifade edilenler, bağımsız tedbir muhakemesinde de geçerlidir. Ancak bağımsız müsadere muhakemesi, bağımlı muhakemeden birkaç yönüyle ayrılmaktadır.

¹⁷⁷³ CMK m. 256'nın gerekçesine göre, “*Madde, kanunlara göre belirli eşyanın müsaderesi veya imhası veya kullanımdan kaldırılması gerekli olan hâllerde, bu tedbirlerin her türlü takipten ayrı olarak alınabilmesi için gerekli usulü düzenlemektedir. Gerçekten belirtilen şeyler hakkında söz konusu tedbirlerin alınabilmesi için kamu davası açılmamış veya açılmışsa da bu hususlarda esasla beraber bir karar verilmemiş olabilir işte bu gibi bir hâlde yapılması gerekenler maddede yer almaktadır*”. Aynı şekilde CMK m. 257'nin gerekçesinde de “müsadere veya imha olunacak veya kullanımdan kaldırılacak eşya”dan söz edilmektedir.

¹⁷⁷⁴ Öğretide Donay, önceleri bağımsız müsadere muhakemesinin yalnızca eşya müsaderesini konu edindiği görüşünde iken; bu düşüncesini terk ederek, müsadere kavramının genel olmasından ve kazanç müsaderesini dışlamanın eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağından hareketle, CMK m. 256 vd. maddelerinde düzenlenen özel usulün müsaderenin her iki türünü de kapsadığını kabul etmiştir. Bkz. DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 151.

¹⁷⁷⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1604; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 827, 828; CENTEL/ZAHER, s. 807; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 485.

Bunlar, davanın açılması, yetkili mahkeme, kanun yolu ve elkonulan eşyanın iadesi konularını kapsamaktadır.

3.3.2.3.2. Davanın Açılması

Bağımsız müsadere davasını açma yetkisi, Cumhuriyet savcısı ile katılana aittir (CMK m. 256/1). Bu bakımdan bağımlı ve bağımsız müsadere muhakemesi birbirinden ayrılır. Bağımlı müsadere muhakemesi, olağan ceza muhakemesi kapsamında ele alındığı için, Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame ile ortaya konulmalıdır¹⁷⁷⁶. Bu nedenle bağımlı muhakemede dava açma yetkisi münhasıran savcıya aittir. Asıl ceza muhakemesi devam ederken katılanın müsadereyi talep etmesinde ise bir engel yoktur.

Öğretide bir görüşe göre, bağımsız müsadere muhakemesini başlatmak üzere üçüncü kişiler de başvuruda bulunabilir. Çünkü örneğin kanun yoluna başvurma bakımından hakları ihlal edilen tanık, bilirkişi ve diğer üçüncü kişilerin tali ceza muhakemesinde verilen karara karşı kanun yoluna başvurması mümkündür. Bunun için bu kişilerin asıl ceza davasına taraf olmaları gerekmez¹⁷⁷⁷. Kanaatimizce asıl davada katılan sıfatı almayan kimselerin, kanun yolu başvurusuna kıyasla bağımsız müsadere davası açabilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim kanun koyucunun CMK m. 256/1'deki iradesi, sınırlayıcı bir kural içermektedir. Bu nedenle savcı yanında bağımsız müsadere davası açabilecek kişilerin yalnızca bağımsız müsadere muhakemesinden önce görülmüş¹⁷⁷⁸ olup da hükümde müsadere kararına yer verilmeyen asıl ceza muhakemesinin kovuşturma evresinde yahut buna ilişkin kanun yolu başvurusunda katılan sıfatını aldığı mahkemece kabul edilen kişiler olması gerekir. Bu nedenle maddede yer alan “savcı ve kovuşturmada katılan sıfatı alan kişi” dışında kalan

¹⁷⁷⁶ Önemle belirtmek gerekir ki, normal şartlarda müsadereye karar verilmesi için ceza muhakemesinden ayrı bir müsadere muhakemesine ihtiyaç bulunmaması, Cumhuriyet savcısının ceza soruşturması sonucunda hazırladığı iddianamede müsadereye yer vermek zorunda olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Savcının iddianamenin sonuç kısmında ceza ile birlikte müsadereye hükmolunmasını talep etmesi her durumda zorunludur. Nitekim kanun koyucu, CMK m. 170/6'da, hükmedilmesi istenen güvenlik tedbirinin iddianamede açıkça gösterilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bağımlı müsadere muhakemesinde müsadere talebini açıkça içermeyen iddianame geçerli unsurlardan yoksun olduğu için iade edilmelidir (CMK m. 174/1-a). Savcı tarafından iddianamede ve esas hakkındaki mütalaada müsadere talebinde bulunulmadığı halde müsadere kararı verilmesi bir bozma sebebidir. Bkz. Y.6.CD., E. 2013/10184, K. 2016/1034, 22.2.2016; Y.7.CD., E. 2008/6122, K. 2010/2091, 8.2.2010.

¹⁷⁷⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 827.

¹⁷⁷⁸ Nitekim CMK m. 237 uyarınca bu aşamadan önce katılan sıfatı alınamayacağı için, asıl ceza muhakemesinin açılmadığı hallerde bağımsız müsadere muhakemesine yalnız Cumhuriyet savcısı başvurulabilir. Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 851.

kimselerin asıl ceza davasından bağımsız müsadere davası açmalarının mümkün olmadığı görüşündeyiz.

Bağımsız müsadere muhakemesinin başlatılıp sonlandırılması için suç oluşturan fiil bakımından öngörülen dava zamanaşımı süresinin dolmamış olması şarttır. Nitekim bir muhakeme şartı olarak dava zamanaşımı, davanın yürütülmesini ve suçun hukuki sonuçlarının uygulanmasını engeller¹⁷⁷⁹. Bununla birlikte suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi, henüz ortada zamanaşımı hesaplanacak bir suç bulunmadığı için, herhangi bir dava zamanaşımı süresine tabi değildir. Bu tür eşya hakkında kamu güvenliği, genel ahlak ve genel sağlık bakımından oluşturduğu tehlike devam ettiği müddetçe müsadere muhakemesi yürütülebilir¹⁷⁸⁰. Kanaatimizce güvenlik tedbirleri açısından, bunlar suçun hukuki sonucu olduklarına göre, ceza hukukuna özgü diğer ceza ve tedbirlerden farklı olarak dava zamanaşımını süresiz hale getiren bu tür bir istisnanın kanunda yer alması teknik bakımdan hatalıdır. Buradaki sorun, esasen henüz suçun işlenmediği safhada mevcut bulunan eşya üzerinde uygulanan önleyici polis tedbiri niteliğindeki bir tedbirin güvenlik tedbiri sıfatıyla uygulanması yönündeki kabulden kaynaklanmaktadır.

3.3.2.3.3. Yetkili Mahkeme

Müsadere kararı, asıl ceza davasını görmeye yetkili ve görevli mahkeme tarafından verilir¹⁷⁸¹. Dolayısıyla olağan ceza muhakemesinde işlenen suçu yargılamaya yetkili mahkeme, bağımsız müsadere muhakemesinde de yetkilidir. Bu konuda genel kurallar (CMK m. 3, 12 vd.; Adli Teşkilat Kanunu m. 11 vd.) geçerlidir. Öğretide, yetkili mahkemenin aynı olmasının nedeni olarak müsadere uyuşmazlığı ile asıl uyuşmazlığın yakın bağlantısı gösterilmektedir¹⁷⁸².

Kamu davasının henüz açılmadığı veya açılmakla birlikte müsadere kararı verilmediği hallerde Cumhuriyet savcısı veya katılan tarafından müsadere kararı verilmesi hususunda yetkili mahkemeye başvurulması mümkündür. Müsaderesi istenen eşyanın suç konusu olmayıp tehlikeli niteliğinden ötürü doğrudan müsadereye tabi bir

¹⁷⁷⁹ Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 735.

¹⁷⁸⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 735.

¹⁷⁸¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 827; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 852; CENTEL/ZAFER, s. 807; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 735. Her ne kadar CMK m. 256/1’de müsadere başvurusunun “davayı görmeye yetkili mahkeme”ye yapılacağından söz edilmiş ise de bu hükmün geniş yorumlanmak suretiyle “hem yetkili hem görevli mahkeme” şeklinde anlaşılması daha isabetlidir. Bkz. DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 150-151.

¹⁷⁸² YURTCAN, CMUK Şerhi, s. 1058.

eşya niteliğinde olması halinde ise başvurunun sulh ceza hâkimliğine yapılması gerekir¹⁷⁸³.

3.3.2.3.4. Duruşma Açma Zorunluluğu

Müşadere muhakemesi, ceza davasından ayrı olarak yapıldığı hallerde de, duruşmalı olarak yürütülür (CMK m. 257/1). CMK m. 257/1'deki norm, emredici bir düzenlemedir. Bu nedenle bağımsız müşadere muhakemesinin her nasılsa duruşmasız karara bağlanması, kanuna aykırılık dolayısıyla bir bozma nedeni teşkil edecektir¹⁷⁸⁴. Bu tür muhakeme, duruşmasız icra edilemez. Bağımsız müşadere muhakemesindeki duruşma, ceza muhakemesindeki duruşmaya ilişkin kurallara bağlıdır¹⁷⁸⁵. Dolayısıyla mahkeme, müşaderenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespitini yaparken, ceza muhakemesini yürüten mahkeme gibi hareket eder. Sanığın sorgusu, tanıkların dinlenmesi, lüzumlu olması halinde keşif yapılması, uzman görüşü gerekiyorsa bilirkişiye başvurulması gibi muhakeme işlemleri neticesinde, mahkeme tarafından, maddi olay çözüldükten ve suçun sanık tarafından işlendiği yönünde kanaate ulaşıldıktan sonra müşadere kararı verilmelidir¹⁷⁸⁶.

Müşadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler (CMK m. 257/2). Fakat bu kişilerin çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez (CMK m. 257/3). Bu halde verilen hüküm, duruşmada bulunması gereken kişiler bulunmadığı gerekçesiyle kanun yolu incelemesine konu edilemez.

Belirtelim ki, müşadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimselerin duruşmadaki konumunun ne olacağı konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, bu kişiler sanığın duruşmada sahip olduğu hakları

¹⁷⁸³ CENTEL/ZAFER, s. 808; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 605; GÖREN, Sami, Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 336.

¹⁷⁸⁴ “Zamanaşımı nedeniyle, kamu davasının düşürülmesi ve dava konusu tabancanın müşaderesine ait talebin mahkemesince duruşma açılıp sonuca bağlanması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde evrak üzerinden düşme ve müşadere kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.8.CD., E. 2007/2749, K. 2008/8441, 2.7.2008). “Taşıma ruhsatı iptal edilen dava konusu tabancanın zorunluluğuna ilişkin talep üzerine CMUK. nun 392 (CMK m. 256/1) madde ve fıkrası uyarınca asıl davaya bakmakla görevli Asliye Ceza Mahkemesince duruşma açılıp sonuca bağlanması gerektiği gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsiz Sulh Ceza Mahkemesince davaya bakılarak karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.8.CD., E. 2006/11044, K. 2008/835); aynı yönde bkz. Y.8.CD., E. 2005/2240, K. 2006/5280, 14.6.2006; E. 2005/2233, K. 2006/4276, 10.5.2006; E. 2005/890, K. 2005/10709, 21.11.2005; E. 2003/11666, K. 2005/1441, 16.3.2005; E. 2003/11673, K. 2005/183, 26.1.2005; E. 2003/8060, K. 2004/7875, 20.10.2004).

¹⁷⁸⁵ CENTEL/ZAFER, s. 807.

¹⁷⁸⁶ YILMAZ, Müsadere, s. 219.

kullanabilecekleri için (CMK m. 257/2-c.2), kendilerini müdafî ile temsil ettirebilirler¹⁷⁸⁷. Bir diğer görüşe göre ise, bu kimseler, sanığın mahkûm edilmesinden maddi olarak etkilenecek kişiler olmaları nedeniyle sanık yanında yer almakla birlikte, sanıktan ayrı bir sujeliğe ve statüye sahiptir. Dolayısıyla bunların “müdafî”inden değil “vekîl”inden söz etmek daha uygundur¹⁷⁸⁸.

Mahkeme, duruşmalı olarak yürüteceği bağımlı ve bağımsız tedbir muhakemesinde, müsadereyi yasal koşullarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir tespit yapar. Bu tespitin kanuni şartların olduğu yönünde yapılması halinde, mecburi müsadere sisteminin bir gereği olarak, mahkemenin müsadere kararı verip vermeme konusunda bir takdir yetkisi yoktur. Bununla birlikte TCK m. 54/3’te mecburi müsadere sistemini bertaraf eden bir prensip olarak orantılılık ilkesine¹⁷⁸⁹ yer verilmiştir. Suçta kullanılan eşya¹⁷⁹⁰’nın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğurması imkân dâhilinde ise, mahkeme, yasal koşulları oluşsa bile müsadere kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Kural olarak bağlantılı davaların birleştirilerek açılmasına veya kovuşturma evresinde birleştirilmesine karar verilmesi usul hukuku açısından tanınan bir imkân olup bir zorunluluk değildir (CMK m. 9-11). Dolayısıyla müsadere muhakemesinde de kanaatimizce davalar arasında bağlantı bulunması halinde mahkemenin birleştirme kararı vermesi konusunda kanuni bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte uygulamada Yargıtay, tüm delillerin birlikte değerlendirilebilmesi için davaların birleştirilmesi gerektiği görüşündedir¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 485; YILMAZ, Müsadere, s. 219.

¹⁷⁸⁸ CENTEL/ZAFER, s. 808.

¹⁷⁸⁹ Öğretide TCK m. 54/3’te yer alan düzenlemenin hangi prensibe yer verdiği noktasında görüş birliği yoktur. Hâkim görüş, bu fıkra “orantılılık” ilkesinin düzenlendiği kanaatindedir. Bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 391-392; İÇEL, Ceza Hukuku, s. 630; ÖZGENÇ, s. 843; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 539, kn. 947; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi II, s. 1392-1393; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, 2009, s. 931; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 904; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1261; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 628; ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, s. 597; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku, s. 632; DEMİRBAŞ, s. 641; HAKERİ, s. 686; AKBULUT, s. 801; ÖZEN, Ceza Hukuku, s. 722; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 923; ÇOLAK/ALTUN, s. 15; MALKOÇ, s. 190. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş, bu fıkra ile konulan ölçünün “hakkaniyet” olduğu, bunun müsadereyi muhatabının yıkımına sebep olunmaması anlamına geldiğini, oranlı her şeyin hakkaniyete uygun olduğu söylenemeyeceğine göre “işlenen suça nazaran” ifadesinin orantılılıktan geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 485; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 98.

¹⁷⁹⁰ TCK m. 54/1’de müsadere edilecek eşyadan bahsedilirken “suçta kullanılan eşya”ya yer verilmemiş, bu ifade üçüncü fıkra kullanılmıştır. Bir görüşe göre, TCK m. 54/3’te sözü edilen eşyadan, birinci fıkra sayılanların tümünü değil, sadece “suçun işlenmesinde kullanılan eşya”yı anlamak gerekir. Bkz. HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku, s. 485; HAFİZOĞULLARI, “5237”, s. 98. Orantılılık ilkesinin sadece suçta kullanılan eşya ile sınırlandırılmasının isabetli olmadığı görüşü için bkz. TOROSLU, Ceza Hukuku, s. 392; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 539, kn. 947.

¹⁷⁹¹ “...sanık M. D. hakkında hırsızlıktan kamu davası açıldığı, iddianame içeriğine göre sanığın söz konusu ocağın bir miktar kömür çıkarıp evine götürüp yakıtına ilişkin ikrarı ve yine aynı sanığın

Belirtelim ki, kanunun açıkça öngördüğü istisnai halde, müsadere, duruşma yapılmaksızın karara bağlanır. Bu hâl, CMK m. 259’da düzenlenen, suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilmesi halidir. Öğretide isabetli olarak, duruşma yapılmasını gerektirmeyen bu kararın, TCK m. 54/1-c.2’de düzenlenen, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine karar verilmesi haliyle sınırlı olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁹². Kanaatimizce henüz suçun ortaya çıkmadığı aşamada tehlikeli eşya hakkında verilen ve hazırlık hareketlerini yeterli gören bu karar açısından, bağımsız müsadere muhakemesinin duruşmalı yapılması zorunluluğunun istisnasından bahsetmek mümkün değildir. Nitekim TCK m. 54/1-c.2 için öngörülen durumda dosya üzerinden verilen bir yargıçlık kararı¹⁷⁹³ bulunduğu için esasen bu karara teknik anlamda bir muhakeme sonucunda ulaşılmamaktadır. Müsadereye sulh ceza hâkimi tarafından karar verilmesi, bu tedbirlerin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olmaktan çıkarmakta; aynı zamanda maddi hukuk açısından esasen önleyici polis tedbiri özelliği taşıyan bu tedbirleri birer “kendine özgü önleme tedbiri”ne dönüştürmektedir. Bir tedbire hâkimin karar vermesi, onu kendiliğinden güvenlik tedbiri yapmaz. Müsaderenin güvenlik tedbiri olarak nitelendirilebilmesi için, bu tedbire bağımlı veya bağımsız bir muhakeme sonucunda mahkemece hükmolunması şarttır.

3.3.2.3.5. Elkonulan Eşya veya Kazancın İadesi

Bilindiği üzere kazanç müsaderesine karar verilebilmesi için, suçla bağlantılı maddi menfaat veya ekonomik değerlerin suç mağduruna iade edilememesi gerekir (TCK m. 55/1-c.2). İadenin mümkün olduğu tespit edildiğinde müsadere kararı verilemez. Bu durumda nasıl hareket edileceği konusunda CMK’da açık hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re’sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir (CMK m. 256/2).

25.01.2013 tarihli ifade tutanağında ocakta bulunan vinç ve demir malzemelerin 3-4 yıldır orada bulunduğuna ilişkin beyanları dikkate alındığında, sanık hakkında hırsızlıktan açılan kamu davası ile demir profil ve vincin müsaderesi talebine ilişkin bu dosyanın birleştirilmesi gerektiği... düşünülmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” (Y.13.CD., E. 2014/10825, K. 2014/26749, 25.9.2014). Benzer yönde bkz. Y.7.CD., E. 2000/14675, K. 2000/16005, 27.11.2000.

¹⁷⁹² CENTEL/ZAFER, s. 808; ZAFER, Ceza Hukuku, s. 604-605.

¹⁷⁹³ Aynı yönde bkz. ZAFER, Ceza Hukuku, s. 605.

Öğretide bir görüş, sözü edilen fıkra da geçen “ilgililer” sözcüğünden hareketle, kanun koyucunun sınırlayıcı bir yöntem tercih etmeyerek, eşya veya kazançla ilgili olmayı yeterli kabul ettiğini, bu nedenle bunların hem malikinin hem de örneğin eşya üzerinde rehin hakkına sahip olan kişinin durumunda olduğu gibi bunların iadesinde menfaat sahibi olan kimselerin talepte bulunabileceğini düşünmektedir¹⁷⁹⁴. Bir diğer görüşe göre, geri verme davasını açmaya yetkili kişi, elkonulan eşyanın zilyedidir¹⁷⁹⁵. Buna karşılık başka bir görüş, ilgilileri, “malın kendisine ait olduğunu iddia eden kişiler” olarak kabul etmektedir¹⁷⁹⁶. Kanaatimizce CMK m. 256/2’de yer verilen “ilgililer” ibaresini, “mağdur ve dar anlamda suçtan zarar gören kişiler” olarak kabul etmek gerekir. Nitekim iadenin yapılacağı kişi, eşya veya kazanç üzerinde herhangi bir menfaati bulunan kişi değil, doğrudan suçun mağdurudur. Mağdur kavramı, devlet dışında kalan ve dar anlamda suçtan zarar gören kişileri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Dolayısıyla “ilgililer”in, iadede menfaat sahibi olan tüm kişiler olarak değil, “suçla ihlal edilen hukuki değer sahipleri” ile “suçtan dolayı tazminat isteme hakkına sahip olan kişiler” olarak ele alınmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Dar anlamda suçtan zarar gören kişilerin, suçla elde edilen kazanç üzerinde hak sahibi olan kişileri de kapsadığına şüphe yoktur.

Elkonulan eşya veya kazancın iade edilmesi için açılan dava da bağımsız müsadere muhakemesi içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla müsadere muhakemesinde uygulanabilen, söz gelimi kanun yolu incelemesine yönelik hükümler, iade davasında da uygulanır¹⁷⁹⁷.

3.3.2.3.6. Kanun Yolu

3.3.2.3.6.1. Genel Özellikler

Güvenlik tedbirlerine ilişkin her kararda olduğu gibi mahkemenin müsadereye yönelik hükmü de kanun yolu incelemesine tabidir¹⁷⁹⁸. Müsadere kararına karşı başvurulacak kanun yolunun, kural olarak istinaf kanun yolu olduğu tespit edilmiştir. Nitekim CMK m. 258’de, 256’ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet

¹⁷⁹⁴ Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 1036; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 852.

¹⁷⁹⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1604; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 827.

¹⁷⁹⁶ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 485.

¹⁷⁹⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 100.3, s. 1604.

¹⁷⁹⁸ YCGK, E. 2014/6-250, K. 2015/409, 17.11.2015; Y.4.CD., E. 2017/19098, K. 2017/24958, 15.11.2017.

savcısının, katılanın ve 257'nci maddede belirlenen kişilerin istinaf yolunun açık olduğu vurgulanmıştır. Yargıtay'a göre, müsadere kararının duruşma açılmaksızın kâğıt üzerinde verilmesi, başvurulacak kanun yolunu değiştirmez¹⁷⁹⁹.

Kanun koyucu kural olarak istinaf incelemesi sonucunda, bölge adliye mahkemelerinin bozma dışında kalan kararlarının temyiz kanun yoluna götürülebileceğini kabul etmiştir (CMK m. 286/1). Ne var ki, bu genel kural, sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları kapsamamaktadır (CMK m. 286/2-f). Bu nedenle istinaf incelemesinde bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından, ilk derece mahkemesince verilen müsadere kararının hukuka uygun olduğuna hükmedilmişse, bu hüküm artık temyiz edilemez¹⁸⁰⁰.

Müsadere kararına karşı, istinaf yoluna gidilmesi kural olmakla birlikte, bu kural, bağımlı veya bağımsız bir tedbir muhakemesi sonucu alınan kararları kapsamaktadır. Diğer deyişle müsadere kararı, muhakeme faaliyeti sonucunda mahkeme kararı şeklinde verilmişse istinafa tabidir. Aksine, müsadereye, sulh ceza hâkimi tarafından yargıçlık faaliyeti esnasında karar verilmişse (TCK m. 54/1; CMK m. 259), bu halde bir hükümden söz etme olanağı bulunmadığı için itiraz kanun yoluna başvurmak gerekir¹⁸⁰¹. Nitekim istinaf yolu ancak CMK m. 256'ya göre verilecek "hüküm"lere karşı açıktır. Hükümü verecek merci mahkemedir; sulh ceza hâkiminin duruşmasız verdiği karar bir hüküm niteliği taşımaz.

3.3.2.3.6.2. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Kanun Yolu İlişkisi

Müsadere muhakemesinde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür. İlk derece mahkemesi, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiş ve ilgili hükümde de müsadere kararı yer almaktaysa, bu halde kanun yolu incelemesinin müsadere kararını kapsayıp kapsamadığını ayrıca ele almak gerekir. Öğretide baskın görüşe ve Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, müsadere kararı içeren hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi

¹⁷⁹⁹ Y.7.CD., E. 2008/8403, K. 2008/14667, 3.6.2008 (ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 808).

¹⁸⁰⁰ Krşl. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 828-829.

¹⁸⁰¹ Aynı yönde bkz. ZAFER, Ceza Hukuku, s. 605. Tasarının itiraz kanun yoluyla ilgili düzenlediği kısmının CMK m. 256'da yer almamasının nedeni, hâkim tarafından verilen bütün kararlara karşı CMK m. 267 uyarınca itiraz edilebilmesidir. Dolayısıyla kanunda hâkim kararı aranan tüm hükümlerde ve bu arada CMK m. 256'da itirazdan ayrıca bahsedilmemiştir. Bkz. ŞAHİN, CMK Gazi Şerhi, s. 818; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 852.

halinde, asıl hüküm hangi kanun yoluna tabi ise müsadere kararının da aynı kanun yoluna tabi olması gerekir¹⁸⁰². Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, aynı zamanda müsadereyi de kapsamakta ise bu kez başvurulacak kanun yolu, müsadere tabi olduğu istinaf kanun yolu değil, HAGB'nin tabi olduğu itiraz kanun yoludur. Zira kanunda HAGB kararına karşı itiraz dışında bir kanun yolu öngörülmüş değildir. Bu halde hükmü bölmek suretiyle, HAGB'ye karşı itiraza, müsadereye karşı istinafa başvurma olanağı yoktur.

¹⁸⁰² Bkz. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 761. “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı CMK’nun 231/12 maddesi uyarınca itiraza tabi olup, temyizi mümkün bulunmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları içinde verilen müsadere kararlarının da asıl hükmün tabi olduğu kanun yoluna tabi olduğu ve aynı kararlar birlikte incelenmesi gerektiği...” (Y.3.CD, E. 2010/8376, K. 2010/18508, 29.11.2010). “Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tabi olduğu kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararına karşı da ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müsadere tabi temyizden incelenilebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tabi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır... Ceza Genel Kurulunun 15.11.2011 gün ve 213-227, 05.10.2010 gün ve 183-186 ile 09.03.2010 gün ve 237-51 sayılı kararlarında, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların hüküm sayılması nedeniyle temyiz yeteneğinin bulunduğu ve gerek bir mahkûmiyete ek olarak gerekse bağımsız olarak verilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların, diğer yönleri itibarıyla kesin olan hükme her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırdığı, dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararlarının temyiz kanun yoluna tabi olması gerektiği ileri sürülebilir ise de, müsadere kararı ancak temyiz kanun yoluna tabi olmakla birlikte miktar yönünden kesin olan hükmün, şartlarının bulunması halinde temyizen incelenmesine imkan sağlamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, açıklanması geri bırakılan hükmün bir parçası olan müsadere kararı da buna bağlı olarak itiraz kanun yoluna tabi olacaktır. Diğer taraftan, 5271 sayılı CMK’nun ‘Özel Yargılama Usulleri’ başlıklı beşinci kitabının, ‘Uzlaşma ve Müsadere’ başlıklı ikinci kısmının, ‘Müsadere Usulü’ başlıklı ikinci bölümünde yer alan 256 ila 259. maddelerinde, kamu davası açılmayan veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmeyen hallerde, müsadere kararının duruşma açılarak verileceği ve bu kararlara karşı başvurulacak kanun yolunun istinaf (istinafin henüz faaliyete geçirilmemiş olması nedeniyle temyiz) olduğu belirtilmiş olup, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlerde yer alan müsadere kararları için bu kanun yolunun kabulü mümkün değildir. Zira ceza muhakemesinde kanun yolu, tarafların istemlerine göre değil, kanunun sistematigi ve normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olduğundan, hükmün bir parçası olan müsadere kararı da itiraz kanun yoluna tabi olacaktır. Bununla birlikte, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve beş yıllık denetim süresi göz önünde bulundurulduğunda, hak kayıplarına neden olunmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda, TCK’nun 54/4. maddesinde belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın denetim süresi içerisinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dâhilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilir verilemeyeceği hususu da ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmelidir. Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Yerel mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hükmün parçası olan müsadere kararının da itiraz kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yerel mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmesi ve Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır” (YCGK, E. 2014/6-66, K. 2014/365, 11.7.2014).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz kanun yoluna tabidir; o halde müsadere içeren HAGB kararlarının da incelenmek üzere itiraz merciine tevdi edilmesi gerekir. Şayet itiraz yerine temyiz kanun yoluna başvurulmuşsa, temyiz makamının bu başvuruyu mercide hata olarak kabul etmesi ve usulüne uygun bir itirazda bulunulmuş gibi dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁰³.

3.3.2.3.6.3. Aleyhe Değiştirme Yasağı

Müsadere kararına ilişkin denetim muhakemesi bakımından aleyhe değiştirme (*reformatio in peius*) yasağı kuralının uygulanıp uygulanamayacağı sorusu akla gelebilir. Aleyhe değiştirme yasağı, sanık, sanığın yasal temsilcisi veya Cumhuriyet savcısı tarafından yalnızca sanık lehine denetim muhakemesi yoluna gidilmesi halinde, denetim muhakemesi sonucunda verilecek kararın, yaptırımın türü ve ağırlığı bakımından sanık aleyhine değiştirilememesini ifade eder¹⁸⁰⁴. Bilindiği üzere, TCK'da müsadere, tüm güvenlik tedbirleri gibi “yaptırımlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Öğretide bir görüşe göre, müsadere, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticesi olmadığı için koşulları gerçekleşmesine rağmen müsadereye karar verilmemesi, sanık açısından kazanılmış hak teşkil eder ve aleyhe bozma yasağı burada da geçerli olur¹⁸⁰⁵. Bununla birlikte yukarıdaki tanımda yer alan “yaptırım”, kanaatimizce Türk ceza muhakemesi hukukunda aleyhe bozma yasağı bakımından “cezalar ve güvenlik tedbirlerini değil”, yalnızca “ceza müeyyidesi”ni kapsamaktadır. Nitekim CMK'nın farklı maddelerinde, sonraki hükmün önceki hükümle belirlenmiş olan “cezadan” daha ağır olamayacağı kabul edilerek¹⁸⁰⁶, aleyhe değiştirme yasağı münhasıran cezaya özgülenmiştir. O halde

¹⁸⁰³ Bkz. ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 761. “Sanık hakkında izinsiz define araştırmak suçundan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 18.03.2009 tarihli kararın, 21.05.2009 tarihinde kesinleştiği, CMK'nın 231/10. maddesi uyarınca sanığın kasıtlı bir suç işlemekten geçirmesi gereken 5 yıllık denetim süresinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağı, bu nedenle sanık M. K.'nın 15.04.2009 tarihinde işlemiş olduğu kasıtlı suçun, 18.03.2009 tarihli açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasını gerektirmediği, böylece sanığın işlediği kasıtlı yeni suç nedeniyle yapılan ihbar üzerine mahkemesince verilen <karar verilmesine yer olmadığı> kararının isabetli olduğu, bu kararın ise CMK'nın 223/1. maddesinde sayılan ve duruşmayı sona erdiren hükümlerden olmadığı, bu nedenle bu karara karşı temyiz yasa yolunun değil, itiraz yolunun açık olduğu, yine aynı Kanunun 264. maddesi uyarınca kabul edilebilir bir başvuruda mercide yanılmanın başvuranın hakkını ortadan kaldırmayacağı nazara alınarak, katılan vekilinin temyiz isteminin, itiraz mahiyetinde değerlendirilmesi suretiyle CMK'nın 264/2. maddesi uyarınca gereği merciince yapılmak üzere dosyanın incelenmeksizin mahkemesine iadesinin temini için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine...” (Y.12.CD, E. 2014/2435, K. 2014/7959, 1.4.2014).

¹⁸⁰⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 682-683.

¹⁸⁰⁵ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1265.

¹⁸⁰⁶ CMK m. 265: “Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda,

kanunun açık hükmünden hareketle denilebilir ki, hukukumuzda *reformatio in peius* yasağı, *de lege lata* güvenlik tedbirlerini ve bu kapsamda eşya ve kazanç müsaderesini içermemektedir. Yargıtay da aleyhe bozma yasağının kazanç müsaderesine etki etmeyeceği görüşündedir¹⁸⁰⁷. Müsadere, bir güvenlik tedbiri olması nedeniyle aleyhe

yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez". CMK m. 283: "İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz". CMK m. 307/4: "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz".

¹⁸⁰⁷ "5271 sayılı CYY'nın 307/4. maddesinde de yer alan 'aleyhe değiştirememeye yasağı' 1412 sayılı CYUY'nın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 326. maddesinin son fıkrasında; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291. maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz" biçiminde düzenlenmiş olup; ceza usul hukukumuzda bu madde dışında cezayı aleyhe değiştirmeme yasağını düzenleyen başka bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, ceza hukukunda genel anlamda bir 'kazanılmış hak' kavramından bahsedilemeyeceği, ancak, 1412 sayılı CYUY'nın 326. maddenin son fıkrası uyarınca sınırlı biçimde uygulanabilecek bir 'ceza aleyhe değiştirememeye ilkesi' 'Reformatio in peius' veya 'aleyhte düzeltme yasağı'nın söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir.

Aleyhe değiştirme yasağı münhasıran 'cezalar' ile ilgili olup; cezalar da 5237 sayılı TCY'nın 45. maddesinde; hapis ve adli para cezaları olarak sayıldığından, cezalar arasında sayılmayan güvenlik tedbirlerinin ve diğer müesseselerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği Ceza Genel Kurulunca duraksamasız olarak kabul edilegelmiştir.

Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca,

10.03.2009 gün ve 241-57 sayı ile; 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen 'hükümün açıklanmasının geri bırakılması' müessesesine ilişkin olarak belirlenen 'denetim süresi' cezaya ilişkin olmadığından aleyhe değiştirmemenin söz konusu olmayacağı,

12.12.2006 gün ve 301-296 sayı ile; 5237 sayılı TCY'nın 53. maddesinin güvenlik tedbirleri arasında sayılması nedeniyle, kararda gösterilmemiş bile olsa aleyhe değiştirmemeye konu teşkil etmeyeceği,

Yönünde kararlar verilmiştir.

5237 sayılı TCY'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsaderesinin hukuki niteliği itibarıyla bir ceza değil güvenlik tedbiri olduğunda kuşku yoktur. Buna göre; gerek 1412 sayılı CYUY'nın 326/son, gerekse 5271 sayılı CYY'nın 307/4. maddesinde yer alan "aleyhe değiştirmeme" kuralının yalnızca hükmolan ceza yönünden söz konusu olacağı, bu itibarla hükümde yaptırım olarak ayrıca bu güvenlik tedbiri uygulamasına yer verilmemesinin 'aleyhe değiştirmeme' ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmelidir.

Nitekim; 'Hakkı olmayan bir konuda zoraltım kararı verilmesinin, sanık aleyhine etki yapması olanaksız olduğu gibi, 5237 sayılı Yasada zoraltımın ceza türlerinden olmayıp bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği de dikkate alındığında, 5271 sayılı CYY'nın 309. maddesince yasa yararına bozma hallerinde, aleyhe değiştirmeme yasağının 'ceza' ile sınırlı tutuluşu karşısında artık aleyhe sonuç doğurup doğurmaması da herhangi bir önem taşımayacaktır' şeklindeki Ceza Genel Kurulunun 19.06.2006 gün ve 199-188 ile 11.05.2010 gün ve 87-112 sayılı kararları bu doğrultudadır.

Yine Yargıtay 5. Ceza Dairesi 12.06.2007 gün ve 5708-4692 sayılı kararında; 'Ceza yaptırımı olmayıp güvenlik tedbirleri arasında sayılmaları nedeniyle kazanılmış hakka konu edilemeyecekleri gözetilerek 5237 sayılı TCY'nın 55/2. maddesi uyarınca suçun işlenmesiyle elde edilen ve suçun konusunu oluşturan zimmet miktarının zoraltımına karar verilmemesini' isabetsiz bulmuştur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın, suç tarihinde esrar kullanıcıları H. G. ve H. O.'a 4,50 TL karşılığında bir paket halinde esrar vermesi ve kolluk görevlileri tarafından suçüstü yakalanması sonucunda yapılan üst aramasında cebinden 15 esrar paketinin daha ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen maddi olayda, uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun sübutu ve nitelendirilmesinde bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Ancak kullanıcılara satılan bir paket esrarın karşılığı olarak elde edilen 4,50 Liranın TCY'nın 55. maddesi uyarınca zoraltımına karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemece sanığın mahkûmiyeti ile birlikte üst aramasından elde edilen 152 TL'nin sanığa iadesine hükmedilmiştir. Yerel mahkeme hükmünde 5237 sayılı TCY'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç

değiştirme yasağına tabi değildir¹⁸⁰⁸. Buna karşılık *de lege ferenda* hukuki vasıflandırma itibarıyla ceza niteliği ağır basan (fer'i ceza özelliği gösteren) müsadere *reformatio in peius* yasağına tabi tutulmasının, aksine tedbir niteliği ağır basan müsadere *in peius* ise bu kuraldan bağışık tutulmasının daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

3.4. KORUMA TEDBİRLERİ VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ İLİŞKİSİ

Alman CMK'da koruma tedbirleri şeklinde kapsayıcı bir üst başlığa yer verilmemiştir. Koruma tedbirleri, genel hükümler başlıklı birinci kitabın kısımları (8-9b) olarak düzenlenmiştir. Kanunda bu nitelikte olan vasıtaların “tedbirler (*Maßnahmen*)” olarak kaleme alındığı görülmektedir (StPO § 33/4, 100 ff., 116/1 vs.). Tutuklama ve yakalama (kısım 9) ile soruşturmayı ve infazı güvence altına almak için başvuru tedbirleri (kısım 9a) dışında kalan tedbirler (kısım 8), “soruşturma tedbirleri (*Ermittlungsmaßnahmen*)” olarak ele alınmaktadır. Bu tedbirleri ifade etmek üzere “ceza muhakemesine ilişkin zorlayıcı tedbirler (*strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*)” veya “ceza muhakemesine özgü zorlayıcı koruma tedbirleri (*Zwangsmaßnahmen zur Sicherung von Strafverfahren*)” kavramı da kullanılmaktadır¹⁸⁰⁹. Türk hukukunda bu tedbirlerin tümü CMK'nın genel hükümler başlıklı birinci kitabında, dördüncü kısım altında “koruma tedbirleri” başlığı altında biraraya getirilmiştir (CMK m. 90-144).

Koruma tedbirleri, öğretide, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, ceza muhakemesinde karar verici makam tarafından geçici olarak başvuru, muhakemenin usulüne uygun olarak işletilmesini amaçlayan ve birtakım temel hak ve hürriyetlere hükümden önce müdahale etmeyi gerektiren yasal önlemler (çareler) şeklinde

müsadere yerine verilmemesi, hüküm yalnızca sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş olsa dahi 'aleyhe değiştirmeme yasağına' konu olmayacaktır.

Bu nedenlerle, suçun işlenmesi ile elde edildiği belirlenen 4,50 TL'nin 5237 sayılı TCY'nın 55. maddesi uyarınca müsadere yerine, sanığa iadesine yönelik yerel mahkeme hükmü ile bu hükmün onanmasına ilişkin Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır” (YCGK, E. 2011/10-119, K. 2011/162, 5.7.2011).

¹⁸⁰⁸ “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de kabul gören 05/07/2011 gün ve 2011/10-119-2011/162 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; 5237 sayılı TCY'nın 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere *in peius* hukuki niteliği itibarıyla bir ceza değil güvenlik tedbiri niteliğinde bulunması, gerek 1412 sayılı CYUY'nın 326/son, gerekse 5271 sayılı CYY'nın 307/4. maddesinde yer alan ‘aleyhe değiştirmeme’ kuralının yalnızca hükmolunan ceza yönünden söz konusu olması, bu itibarla hükümde yaptırım olarak ayrıca bu güvenlik tedbiri uygulamasına yer verilmesinin ‘aleyhe değiştirmeme’ ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilerek...” (Y.5.CD, E. 2013/16997, K. 2014/5184, 8.5.2014).

¹⁸⁰⁹ Bkz. WOHLERS, Wolfgang, “Vorbemerkungen vor §§ 94 ff. StPO”, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, Hrsg. WOLTER, Jürgen, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, Köln, 2010, Rn. 1; GREVEN, Michael, “Vorbemerkungen”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013, Rn. 1.

tanımlanmaktadır¹⁸¹⁰. Bu tedbirler, ceza muhakemesinde delili elde etmeyi ve delilin kaybolmasını engellemeyi amaçladıkları için “koruma” sıfatıyla nitelendirilir¹⁸¹¹.

Koruma tedbirlerinin genel tanımından ortaya çıkan ve öğretide ayrıntılı olarak incelenen birtakım özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerden bir kısmı, koruma tedbirleri ile güvenlik tedbirlerini kavramsal açıdan birbirine yakınlaştırmakta, fakat daha baskın bir kısmı bu tedbirleri birbirinden ayırmaktadır. Bu nedenle güvenlik tedbirlerinin muhakeme hukuku açısından gereği gibi incelenebilmesi için koruma tedbirlerinin güvenlik tedbirleri ile benzeştiği ve ayrıştığı asgari noktaları tespit etmek gerekir.

3.4.1. Koruma Tedbirleri ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Benzerlikler

3.4.1.1. Kanunilik Açısından

Özgürlüğü kısıtlayıcı tüm tedbirler gibi koruma tedbirlerinin de yasayla düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunun temel gerekçesi, koruma tedbirlerinin temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşımasıdır¹⁸¹². Ceza muhakemesi hukukunda kanunilik ilkesinin en katı uygulandığı alanın koruma tedbirleri olduğu söylenebilir. Bu nedenle söz konusu tedbirlerden bir kısmı doğrudan Anayasa’da (m. 19 vd.) düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri alanında kıyas yapılmasına ve tedbir koşullarının genişletilmesine müsaade edilmemiştir¹⁸¹³. Yine aynı nedenle kararname, tüzük, yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle koruma tedbiri getirilemez¹⁸¹⁴. Bunların yalnız ihdas edilmesinde değil koşullarında değişiklik yapılmasında da dahil olan her türlü kanun harici işlemin hukuka aykırı kabul edilmesi gerekir. Yukarıda güvenlik tedbirlerinin özellikleri içerisinde incelendiği üzere, bir güvenlik tedbiri de ancak kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır (AY m. 38/3; TCK m. 2/1).

¹⁸¹⁰ Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 23; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 439.

¹⁸¹¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 250. Benzer yönde bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 274.

¹⁸¹² ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 25; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 440; CENTEL/ZAFER, s. 303; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 317; BIÇAK, s. 482.

¹⁸¹³ ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 206. Ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2014, s. 216; CENTEL/ZAFER, s. 303; BIÇAK, s. 482.

¹⁸¹⁴ Aynı yönde bkz. ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 499.

3.4.1.2. Orantılılık Açısından

Koruma tedbirlerinde orantılılık ilkesi geçerlidir. Bunun gerekçesi, sözü edilen tedbirlere henüz muhakeme devam ederken yani ilgilinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmamışken başvurulmak suretiyle temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunulmasıdır¹⁸¹⁵. Koruma tedbirlerinde, tedbirin amaçla akla uygun bir denge içinde olmaması yani beklenen yararın zarardan az olması durumunda orantılılığın bulunmadığından söz edilir. Bu bakımdan aşırılık yasağı dikkate alınmalıdır¹⁸¹⁶. Belirtelim ki, CMK’da orantılılık ilkesi açıkça yalnızca tutuklama tedbiri için öngörülmüş olsa bile, tüm koruma tedbirlerini kapsamaktadır¹⁸¹⁷. Bilindiği üzere, orantılılık, güvenlik tedbirlerinin suç karşısındaki durumunu belirleyen temel bir prensiptir. Orantılılık bakımından her iki tedbirdeki ortaklık, kendisini ikincillik ilkesinde de göstermektedir. Eğer daha hafif bir koruma tedbiri uygulanarak amaca ulaşmak mümkün ise daha ağır olan koruma tedbiri seçilmemelidir¹⁸¹⁸.

Bazı durumlarda ise güvenlik tedbirleri, koruma tedbirlerine ilişkin genel prensiplerin sınırını çizmektedir. Örneğin CMK m. 100’e göre, güvenlik tedbirleri, ölçülülüğün dayanak noktası olarak tespit edilmiştir. Nitekim maddenin ilk fıkrasında (c. 2), *“İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez”* denilerek, yalnızca muhakeme neticesinde verilmesi beklenen güvenlik tedbiriyle orantılı olan bir tutuklama kararının uygulanabileceği kuralı ortaya konulmuştur. Buna göre, tutuklamanın tüm şartları gerçekleşse bile, güvenlik tedbiri ile karşılaştırıldığında orantı sınırı aşıyorsa, söz konusu koruma tedbirine başvurulmamalıdır.

¹⁸¹⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 217; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 32.

¹⁸¹⁶ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 312; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 319. Ayrıca bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 841; ŞAHİN, CMH I, s. 208.

¹⁸¹⁷ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 33; DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 74; CENTEL/ZAFER, s. 305; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 320; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 504.

¹⁸¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 841; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 312; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 217; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 503.

3.4.1.3. Dayanak Açısından

Koruma tedbirleri, adından anlaşıldığı üzere birer önlemdir¹⁸¹⁹. Esasen bu tedbirler, öğretide, hukukun diğer alanlarında yer bulan tehlike tedbirlerinin bir türü olarak değerlendirilmektedir¹⁸²⁰. Türk hukukunda *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*, burada adı geçen “tehlike tedbiri” kavramını, “zarar ihtimaline karşı alınan her türlü tedbir” olarak tanımlamakta ve bunları kendi içinde “önleme tedbirleri” ile “koruma tedbirleri” olarak ikiye ayırmaktadır. Önleme tedbiri, uzak tehlikeyi; koruma tedbiri, yakın tehlikeyi engellemeye çalışır. Önleme tedbiri, muhafaza edilecek hakkın varlığı şartına bağlı iken; koruma tedbirleri, görünüşte haklılık ile yetinir¹⁸²¹. Örneğin kendisine kriminal anlamda ceza verilemeyen kişiye uygulanan ve suçun tekerrürünü önlemeyi amaçlayan güvenlik tedbirleri, tehlike tedbirlerinin ceza hukukundaki bir türü olarak değerlendirilebilir¹⁸²².

Yazarların önleyici tedbirler ile koruma tedbirlerini tehlike tedbiri ortak paydasında buluşturduğu gibi, koruma tedbirleri ile güvenlik tedbirlerini de “tehlike esası” ortak paydasında bir araya getirmek mümkündür. Nitekim bir yerde tedbir varsa orada öncelikle tehlike vardır. Koruma tedbirleri, delillerin ele geçirilememesi veya kaybolması, şüpheli veya sanığın yakalanamaması, yetkili makam tarafından alınan kararların uygulanamaması, kısacası muhakemenin sağlıklı ilerletilememesi tehlikesini önlemeye çalışan tedbirlerdir. Güvenlik tedbirleri ise, zaten bir (sebebe) suç işlemiş olan failin genel halka karşı ileride işlemesi muhtemel suçlar vasıtasıyla hukuki değerleri zarara uğratma tehlikesini önlemeye çalışan tedbirlerdir. Bunların ilkinde tehlike dolaylı olarak failden fakat esasen ceza muhakemesinin iç işleyişindeki beklentinin karşılanamaması endişesinden kaynaklanmakta iken, ikincisinde doğrudan doğruya failin kişiliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla “tehlikenin kaynağı” açısından koruma ve güvenlik tedbirleri birbirinden farklı olmakla birlikte, “tehlike gereksinimi” açısından her iki tedbir benzerlik taşımaktadır.

¹⁸¹⁹ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 30. Öğretide bu tedbirleri ifade etmek üzere, “ceza yargılaması önlemleri” (YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 313) veya “koruma önlemleri” (DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 74) kavramları da kullanılmaktadır.

¹⁸²⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.1, s. 833; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 311.

¹⁸²¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.1, s. 833 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 273, 312.

¹⁸²² YENİSEY/NUHOĞLU, s. 273-274.

3.4.1.4. Cebrilik Açısından

Koruma tedbirleri zorlayıcı tedbirlerdir. Bunların zorlayıcı (cebri) olması, şüpheli veya sanığın iradesi aksi yönde olsa bile uygulanabilir olmalarından kaynaklanır. Dolayısıyla ilgilinin rızası bu tedbirlerin uygulanması açısından önemsizdir¹⁸²³. Söz gelimi bir kimsenin gözaltına alınması veya tutuklanması için yetkili makamın muhataptan icazet alması, tedbir hukukunun mantığına aykırı olacaktır. Zorlayıcılık, uygulanması için sanığın rızası veya onayını gerektirmeyen güvenlik tedbirleri için de öncelikle geçerlidir.

Belirtelim ki, her iki tedbir açısından ortak olan “cebrilik” özelliği, fiziksel bir zorlama (zor kullanma) anlamına gelmemektedir¹⁸²⁴. Cebrilik, tüm bu tedbirler bakımından “koşulları gerçekleşmişse ve yetkili makam karar vermişse, muhatabın rızası aranmaksızın kanun gereği uygulanma zorunluluğu taşıma” anlamına gelmektedir. Dolayısıyla zorlayıcılık niteliğiyle, muhatap üzerinde zor kullanmak suretiyle uygulanma değil, “onun rızası olsun veya olmasın uygulanma” kast edilmektedir. Bu nedenle gerek koruma gerek güvenlik tedbirinin uygulanmasına muhatabın rızası bulunması ihtimalinde bile; bu rıza, tedbirlerin zorlayıcılık özelliğini yitireceği anlamına gelmez. Diğer deyişle bir tedbir uygulamaya geçirilirken zor kullanma yöntemine başvurulmaması, o tedbirin zorlayıcı olmadığı manasını taşımaz. Nitekim bir tedbir ya zorlayıcı yahut isteğe bağlı olabilir. O halde bir tedbirin cebri olmadığı söyleniyorsa onun ihtiyari olduğu kabul edilmelidir. Hâlbuki tedbirin yerine getirilme usulü, yani onun zorla mı yoksa zor kullanmadan mı yerine getirildiği, zorlayıcılık (cebrilik) veya isteğe bağlılık (ihtiyarılık) özellikleri ile ilgili değildir. Bu bakımdan koruma tedbirleri ile güvenlik tedbirlerinin bütün türlerinin zorlayıcılık özelliği sergilediği söylenebilir.

3.4.2. Koruma Tedbirleri ve Güvenlik Tedbirleri Arasındaki Farklılıklar

3.4.2.1. Hukuki Nitelik Açısından

Koruma tedbirleri ve güvenlik tedbirleri, yukarıda ifade edildiği üzere tehlike esaslı olmalarının sonucu olarak birer “tehlike önlemi” olma ortak paydasında birleşir.

¹⁸²³ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 216; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 311.

¹⁸²⁴ Krşl. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 311; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 250; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 315.

Ne var ki bu tedbirler, “tedbirin türü ve niteliği” bakımından ayrılmaktadır. Koruma tedbirlerine çoğunlukla hâkim karar verse de hâkim dışında kalan sùjelerin de bu yetkiyi kullanabildikleri gör÷lmektedir. Örneğin Türk hukukunda koşulları varsa arama kararı (CMK m. 119) ve elkoyma kararı (CMK m. 127), kolluk amiri tarafından verilebilmektedir. Bu gibi örnekler, koruma tedbirlerinden bir kısmının, muhakeme usulü dışında kalan ve hâkim kararı gerektirmeyen tedbirler olduğunu ortaya koymaktadır. Öyleyse koruma tedbirlerinin tümünün şekli bakımından kazai tedbirler olduğu söylenemez. Diğer deyişle hem maddi hem de şekli bakımından “bastırıcı polis tedbiri” niteliğini haiz koruma tedbirleri bulunmaktadır. Oysa güvenlik tedbirleri, önleyicilik esaslı olmalarından hareketle maddi bakımından idari (yönetmel) tedbirler olarak nitelendirilseler bile, şekli bakımından her halde kazai (yargısal) tedbirlerdir. Yani güvenlik tedbirlerinden hiçbirine muhakeme usulü dışında hükmedilmesi mümkün değildir. Neticede, güvenlik tedbirleri, koruma tedbirlerinden, her durumda “şekli bakımından yargısal tedbir” olma vasfıyla ayrılmaktadır.

Koruma tedbirleri, şekli ceza hukukuna ait olan prosedürel tedbirlerdir. Güvenlik tedbirleri ise maddi ceza hukukuna ait olan öze ilişkin tedbirlerdir. Nitekim bunlardan ilki önlemeyi şeklen bir şüpheye dayandırmasına rağmen, ikincisi önlemeyi içerik olarak bir kanaate dayandırmaktadır. Bu bakımından koruma tedbirleri, “suçun ortaya çıkarılması vasıtası” iken; güvenlik tedbirleri, “suçun hukuki sonucu”dur. Koruma tedbirleri, suç ihtimalinin belirmesinden sonra fakat suçun tespitinden önce; güvenlik tedbirleri ise suç (vesile eylem) bütün unsurlarıyla ortaya çıkarıldıktan sonra uygulanır.

Belirtelim ki, bazı hallerde kanun koyucu bir tedbirin “geçişken” niteliğini kanunda koruma veya güvenlik tedbirlerinden biri lehine kullanabilir. Böyle bir durumda tedbirin hukuki niteliği ve özü esasen değişmemekle birlikte, söz gelimi normalde güvenlik tedbiri niteliği taşıyan bir önleme vasıtasının yasa gereği koruma tedbiri olarak dayatılması veya tam tersi mümkün olabilir. Muhakeme sonucunda verilecek hükümle birlikte güvenlik tedbiri niteliği alacak olan bir tedbir, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde koruma tedbiri olarak değerlendirilmiş olabilir. Örneğin Türk hukukunda 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’da yer verilen “seyirden yasaklanma tedbiri”^{1825, 1826} kendine özgü düzenlemeleri olan ve

¹⁸²⁵ “Kanun’un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca uygulanan ‘seyirden yasaklama’ tedbiri, Kanun’da tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan birinin işlendiği şüphesinin olması ve bu şüphe nedeniyle hakkında soruşturma başlamış olması durumunda hiçbir karara gerek olmaksızın Kanun gereği derhal uygulamaya konulan ‘özgün ve önleyici amaçlı koruma tedbiri’dir. Genel olarak koruma tedbirlerinin düzenleniş amacı henüz kişi mahkûm olmadan kamu güvenliğini sağlamak üzere önlemler alınmasıdır. Bu önlemlerin ortak özelliklerinden biri de temel bir hakkı sınırlamalarıdır. Ceza yargılamasına konu eylemden ayrı olarak mahkeme kararı olmaksızın Kanun emri ile kendiliğinden uygulanması, ceza muhakemesinin

“kanun gereği muhakeme sürecinde koruma tedbirine dönüştürülebilen ve hükümden sonra güvenlik tedbiri niteliği ağır basan bir cezai tedbir” niteliğindedir¹⁸²⁷.

Bu vesileyle, koruma tedbirleri ile idari tedbirlerin de hukuki nitelikleri ve uygulanma koşulları bakımından birbirinden farklı tedbirler olduğunu vurgulamak gerekir. Koruma tedbirlerinin uygulanması için en azından suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir durumun varlığı aranır. Oysa önleyici idari tedbirlerde suçun işlendiği değil, “işlenebileceği” ihtimalinin varlığı yeterlidir. Keza koruma tedbirleri ceza muhakemesi hukukunun, idari tedbirler ise idare hukukunun vasıtalarıdır. Yine koruma tedbirleri, istisnaları bulunmakla birlikte, kural olarak yargı merci tarafından; idari tedbirler ise kural olarak idari merci tarafından karara bağlanır. Koruma tedbirleri, işlenmiş olan veya işlendiği iddia olunan suçun delillerini ortaya çıkarmak ve faillerini yakalamak amacıyla uygulanırken; idari tedbirler, henüz işlenmemiş olan fakat işlenme ihtimali bulunan suçun veya idari ihlalin ilk kez olarak işlenmesini engellemek amacıyla uygulanmaktadır.

3.4.2.2. Yetkili Mercî Açısından

Koruma tedbirleri, her halde bir karara dayanmalıdır. Bu açıdan söz konusu tedbirler ile güvenlik tedbirleri ayrılmaz. Ne var ki koruma tedbirlerine karar verecek merci, tedbirin türüne göre farklılık gösterir. Bazı tedbirlerde karar merci yalnızca hâkim veya mahkeme olmakla birlikte, bazı tedbirlerde daha geniş bir yetkilendirme söz konusudur. Bu bağlamda yerine göre, mahkeme (hâkim), soruşturmada görevli (sulh) ceza hâkimi, savcı veya kolluk amiri gibi değişik makamlar koruma tedbiri uygulanmasına karar verebilir¹⁸²⁸.

Güvenlik tedbirine hükmedecek makam ise tedbirin türü ne olursa olsun tektir ve hâlihazırda ceza mahkemesidir. Kanunda hâkimden bahsedilen hallerde, güvenlik

yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararları etkileme özelliğinin bulunmaması, verilen kararın uygulanmasını sağlama ile delil temini ve muhafazası amaçlarını taşımaması, anılan 18. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca yerine getirilen seyirden yasaklama tedbirini ceza yargılamasında uygulanan diğer koruma tedbirlerinden farklı kılmaktadır. Özellikleri dikkate alındığında seyirden yasaklama koruma tedbirinin, suçun önlenmesi amacını taşıdığı anlaşılmaktadır” (AYM, E. 2014/169, K. 2014/167, 13.11.2014).

¹⁸²⁶ 6222 sayılı Kanun m. 18/4: “Koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri...”.

¹⁸²⁷ Öğretide bir görüşe göre ise, seyirden yasaklanma tedbiri, bazen önleyici tedbir, bazen koruma tedbiri bazen de güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği için “kendine özgü” hukuki niteliği olan bir tedbirdir. Bkz. ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 326.

¹⁸²⁸ Bkz. ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 31-32; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 442-443; ŞAHİN, CMH I, s. 208; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 504.

tedbiri kararını verecek makamın tek hâkimli mahkeme olarak dikkate alınması gerekir. Aksi halde fonksiyon gaspından ve mutlak bozma sebebinden söz edilir. Ayrıca koruma tedbirlerinde karar, mahkeme veya hâkim tarafından verilse bile hüküm özelliği taşımaz iken; ceza (cezaya bağlı tedbir) veya (cezadan bağımsız) tedbir muhakemesi sonucu güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına yahut uygulanmamasına yönelik olan karar her halde hüküm biçiminde verilmektedir. Kanunda hüküm şartı aranmayan güvenlik tedbirleri, esasen birer cezai veya idari tedbir yahut polis tedbiri özelliği göstermektedir.

3.4.2.3. Zaman Dilimi Açısından

Koruma tedbirleri, belirsiz süreyle yani devamlı olarak uygulanmayan, aksine daima geçici nitelikte olan tedbirlerdir. Bazen kanun koyucu koruma tedbirinin geçicilik niteliğine kanunda açıkça vurgu yapmış olabilir (CMK m. 90/1)¹⁸²⁹. Ancak bu vurgu yapılsa bile koruma tedbirleri niteliği gereği geçicidir. Nitekim bu tedbirler, ancak ceza muhakemesinin zarar görmesi tehlikesi devam ettiği sürece uygulanır ve istenilen amaca ulaşıldığı yani tedbiri haklı gösteren sebebin kalktığı anda da uygulanması son bulur¹⁸³⁰. Her halde bu tedbirlerin sona ereceği an, hükmün kesinleştiği andır¹⁸³¹. Aksi halde tedbirin uygulanması hukuka aykırı hale gelir. Bu bakımdan koruma tedbirlerinin türü önem taşımaz. Örneğin tutuklama tedbiri ile elkoyma tedbiri arasında geçici süreyle uygulanma açısından hiçbir fark yoktur. Oysa yasal düzenlemelere göre güvenlik tedbirleri belirli veya geçici süreli olabileceği gibi süresiz de olabilir. Hatta güvenlik tedbirlerinin özü itibarıyla süresiz olmasının esas, süreli veya geçici olmasının istisna olduğu söylenebilir. Örneğin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri, belirsiz süreli bir tedbirdir. Ayrıca mahkeme kararının verilmesi, tedbirin sona ermesinin değil, aksine güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına (infazına) başlanmasının hukuki sebebinin ve dayanağını oluşturur.

¹⁸²⁹ ÜNVER/HAHERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 315.

¹⁸³⁰ ŞAHİN, CMH I, s. 206-207; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 216; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 311; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 250; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 837; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 313; BİÇAK, s. 482. Amaca ulaşıldığı halde uygulanmaya devam eden bir koruma tedbiri, önlem olmaktan çıkar ve hukuka aykırı şekilde uygulanan bir yaptırıma dönüşür. Bkz. DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 75.

¹⁸³¹ CENTEL/ZAFER, s. 303; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 499. Bununla beraber, hükmün kesinleşmesi bir şart değildir; koruma tedbirine son verilmesi için amacın hâsıl olması yeterlidir (ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 30; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÛTÛNCÛ, s. 442).

3.4.2.4. Araç ve Amaç İlişkisi Açısından

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin ve geniş anlamda ceza hukukunun amacı değil aracı niteliğindedir. Bu araç olma özelliği, koruma tedbirlerinin, muhakemenin gereği gibi işletilmesine, delillerin elde edilmesine, kararların sağlıklı verilmesine ve hükmün gereği gibi yerine getirilmesine; kısacası maddi gerçeğe ulaşılmasına ve infazın sağlanmasına hizmet ettiği anlamına gelir¹⁸³². Bu bakımdan, ceza muhakemesinin amacı, türü ne olursa olsun, bir koruma tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağını saptamak değildir. Aksine burada amaç, nihayetinde uygulanacak olan ceza veya güvenlik tedbiri türündeki hukuki sonucun, hukuka uygun vasıta ve yollarla tespit edilmesidir. Bağımlı veya bağımsız tedbir muhakemesinde, isnat altında bulunan kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağını saptamak amacıyla hareket eden soruşturma ve kovuşturma makamları, bu amaca erişmek için koruma tedbirlerini birer vasıta olarak kullanmaktadır.

3.4.2.5. Haklılık/Hukuka Uyarlık Açısından

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için öğretide “görünüşte haklılık (haklı görünüş)” olarak adlandırılan durumun varlığı yeterli görülmektedir. Bunun anlamı, koruma tedbirine karar verilmesi için kesin bir hukuka uygunluğun aranmamasıdır. Nitekim hukuka uygunluk veya aykırılık ancak muhakeme sonucunda ortaya çıkacaktır¹⁸³³. Bu nedenle koruma tedbirleri, suçluluk şüphesi sebepleri üzerinden hareket edilen ve failin suçu işlemiş olma ihtimali üzerinden uygulanan tedbirlerdir¹⁸³⁴. Görünüşte haklılık, koruma tedbirleri ile önleme tedbirlerini birbirinden ayırır¹⁸³⁵. Bu ayrılık, güvenlik tedbirleri için de geçerlidir. Nitekim güvenlik tedbirleri, mahkemenin sanık hakkındaki şüphesini kanaate çevirmesini gerektirdiği için, bir hükümle hakkında kesin kanaate ve nihai neticeye ulaşılmış olan bu tedbirler, sadece görünüşte değil, öz itibarıyla da haklı (hukuka uygun) tedbirlerdir. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinde haklı görünüş değil, “haklı içerik/haklı öz” niteliğinden bahsedilmelidir. Bunların önde

¹⁸³² Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 311; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 837; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 251; ŞAHİN, CMH I, s. 207; BIÇAK, s. 482. Bu tedbirler, delillere veya suçluya ulaşma aracıdır (DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, s. 75).

¹⁸³³ ŞAHİN, CMH I, s. 207; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 318.

¹⁸³⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 840; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 315; CENTEL/ZAFA, s. 305.

¹⁸³⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, No. 59.2, s. 839-840; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 315.

hukuka uygun olmadığı, olağan kanun yollarıyla; bunlar tüketilmişse, ancak esasa etki eden yeni bir delil veya olayla, yargılamanın yenilenmesi vesilesiyle iddia edilebilir.

3.4.2.6. Değerlendirme Ölçüsü Açısından

Koruma tedbirlerinin uygulanması, bir suç şüphesinin belirmesine bağlıdır¹⁸³⁶. Bu şüphenin derecesi koruma tedbirlerinin bir türünden diğerine değişir. Kanun, bu tedbirlerin hayata geçirilmesini, tedbirin hukuki değerler üzerindeki etkisine göre, makul, yeterli veya kuvvetli şüpheyne bağlı tutabilir. Oysa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında şüphe değerlendirmesi yapma ihtimali yoktur. Nitekim bu tedbirlere karar verilmesi için şüphenin yüzde yüz bir kesinlikle yenilmesi, diğer deyişle ortada – kuvvetli dahi olsa- suç şüphesinin kalmaması gerekir. Tedbir muhakemesinde failin sebep suçu işlediği şüpheli kalıyorsa, güvenlik tedbirine hükmolunması mümkün değildir. O halde özetle denilebilir ki, koruma tedbirlerinin gerekçesini “suç şüphesi”; buna karşılık güvenlik tedbirlerinin gerekçesini “suç (ispatlanmış sebep suç)” oluşturur.

¹⁸³⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 251; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s. 26; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÖTÖNCÜ, s. 440; ÖNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 316; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 312.

SONUÇ

İnsan sosyal bir varlıktır. Bu nedenle sosyal yaşama uyum sağlamalıdır. Bu uyum her zaman insanın kendisinden sâdır olan içsel motivasyonla gerçekleşmez. Ortak bilincin ve kamusal yaşamın öngördüğü mutad yaşam kurallarının dışına çıkan kişiler daima vardır. Bunlar çoğu kez ya işlediği fiilin anlam ve sonuçlarından haberdar olan yahut daha azınlıkta kalmakla birlikte bu nitelikte bir hesap edebilirlikten yoksun olan kişilerdir. Bu kişiler üzerinde uygulanan din, örf, adet kuralları, toplumsal hayatı ve sosyal düzeni gerçekleştirmek için yeterli değildir. Nitekim bir hukuk kuralına dönüşmediği müddetçe, din kurallarının ihlalinin öngördüğü yaptırımlar “somut olmama”; örf ve ahlâk kurallarının benimsediği yaptırımlar ise “caydırıcı olmama” yönüyle hukuk kurallarından ayrılır. Hukuk kuralları hem caydırıcılık hem de dünyevilik açısından sosyal düzeni tesis etmeye en elverişli kurallardır. Fakat öte yandan hukuk kuralları, özelde ceza hukuku kuralları yalnızca caydırma yoluyla sosyal düzeni kontrol etmeye çalışmaz. Ceza hukuku kurallarının diğer toplumsal yaşam kurallarına nazaran belki en önemli farkı, özellikle on dokuzuncu yüzyıldan itibaren beliren “suç failini ıslah etmek yoluyla topluma kazandırma” işlevine sahip olmasıdır. Bu iyileştirme fonksiyonu, modern ceza hukukunun, kurallarının ihlaline bağladığı cezanın fakat özellikle de sosyal tehlikeli suçlu hakkında uygulanan güvenlik tedbirinin vazgeçilmez özelliğidir. Bu çalışmanın konusu ceza hukukunda güvenlik tedbirleri ve bu tedbirlerin –her ne kadar ayrı bir usuller bütünü oluşturulamamış olsa bile– muhakeme aşamasında gösterdiği özelliklerdir.

Güvenlik tedbirleri, suçun hukuki sonucu olan yargısal tedbirler olmakla birlikte, bunlar (amacı bu olmasa bile) caydırıcılık ve ödetme esasına dayanan ceza müeyyidelerinden farklıdır. Çalışmanın esasını, güvenlik tedbirlerinin hukuki nitelik itibarıyla kefarete esaslı olmayan fakat ceza hukukuna özgü birer yargısal tedbir olduğu düşüncesi oluşturmaktadır. Ceza, isnat yeteneğine sahip olan suçluya karşı uygulanan tipik bir yaptırımdır çünkü özünde kötülüğe karşı bir kötülük tehdidini ve vesilesiyle fiilin misillemesini, öyleyse kefareti barındırır. Örneğin “*X failini işleyen kişi beş yıldan on yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır*” cümlesi, bir yandan suç işleyen ve tehdidi algılama yeteneğine sahip olan kişiye verilen suç işlememe emrini, diğer yandan eğer suç işlenirse faile uygulanacak kötü muameleyi içerir. Dolayısıyla tüm yaptırımlarda ve bu arada cezalarda, yaptırımın uygulanmasının temel koşulu, yaptırımın hukuki anlamını algılayabilecek durumda bulunan bir muhatabın

varlığıdır. Oysa örneğin “*X filini işleyen akıl hastası hakkında, algılama ve irade yeteneğinin yokluğu halinde bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” minvalindeki tümüyle varsayımsal bir cümlenin isnat yeteneğinden tamamen yoksun akıl hastası üzerinde hiçbir korkutucu ve caydırıcı etkisinden söz edilemez. Dolayısıyla suç işleyen isnat yeteneğine sahip kişiye verilecek ceza “bir ihlale tepki” yani “yaptırım” özelliği gösterirken, bu yetenekten yoksun olan kişiye uygulanacak tedbir ancak “ilerideki ihlale önlem” anlamında “tedbir” özelliği göstermektedir. Çünkü ceza faile –öncelikle- “*Geçmişte suç işledi*” diye uygulanırken güvenlik tedbiri faile –daima- “*Gelecekte (yeniden) suç işlemez*” diye uygulanır. Bunların ilkinde, suç, tepkiyi ortaya çıkaran; ikincisinde, tedbire vesile olan hukuka aykırılıktır. O halde müeyyidesiz hukuk normundan bahsetmek mümkün olabilir; ancak müeyyidesiz hukuk sistemi mevzubahis olamaz. Ayrıca hukuk düzeni bir yana, herhangi bir hukuki sonuca bağlanmayan yani sadece kuralı içeren bir hukuk normu da mümkün değildir. Bu bağlamda –teorik olarak- salt güvenlik tedbiri içeren normlar, müeyyidesiz fakat hukuki sonuca bağlanan normlardır.

Ceza hukukunun geçmişte uygulandığı gibi “ceza” özelinde veya özellikle Pozitivist görüşlerce ileri sürüldüğü gibi “güvenlik tedbiri” özelinde ilerlemesine, hukuki sonuçlar sisteminin tek izliliği adı verilmektedir. Suç karşılığında cezalardan veya suç vesilesiyle güvenlik tedbirlerinden müteşekkil olan bir sistem ya tam (mutlak) ya da kısmi (nispi) şekilde belirebilir. Kanunda ceza veya tedbirden yalnız biri yer almakta ise mutlak; aksine her iki hukuki sonuca yer verilmekle birlikte bunlardan yalnız biri somut olaya uygulanmakta ise nispi bir tek izlilikten söz edilebilir. Ceza hukukunun müeyyideden ve tedbirden oluşan hukuki sonuçlar sistemi ise iki izlilik olarak adlandırılmaktadır. Modern ceza hukuku sistemlerinin, bir yandan kusura odaklanan cezayı, diğer yandan tehlike esaslı tedbiri dikkate alan iki şeritli bir hukuki sonuçlar sistemi üzerine kurulu olduğu görülmektedir. İki izlilikten tek izliliğe geçiş konusundaki tartışmalar günümüzde de sürmekle birlikte, yalnız ceza veya yalnız tedbirden oluşan bir sisteme dönülmesinin, mevcut bilimsel gelişmeler ışığında –her ne kadar hâlihazırda salt cezaya dayalı tek izli bir hukuki sonuçlar sistemine yer veren ülkelere rastlanmakla birlikte- isabetli olmayacağı ifade edilmelidir. Aksi halde kusur yeteneği bulunan fakat tehlikeli olmayan kimseye tedbir uygulanması yahut kusur yeteneğinden yoksun olan kişiye kusura ölçülen müeyyide uygulanması söz konusu olacaktır. Ceza ve tedbire ek olarak, günümüzde “üçüncü iz” olarak ileri sürülen ve özellikle tazminat ve uzlaşma gibi özel hukuk kaynaklı bazı “denkleştirme vasıtaları”nın

da ceza kanunlarında yer edindiği fark edilmektedir. Bu üçünü de aşan çok izli sistem arayışlarına ise henüz rağbet edildiği söylenemez.

Güvenlik tedbirlerinin düşünsel kökeni Pozitivist Okul'un doğuşuna dayanmaktadır. Alman hukukunda iki izli sistemin savunucuları, Sosyolojik Okul mensupları olmuştur. Tedbirlerin İsviçre CK Öntasarısı ile hukuki zemine aktarılmasına öncü olan hukukçunun ise *Carl Stooss* olduğu genel kabul görmektedir. Buradan diğer ülkelere sirayet eden ve ceza hukukunun “ilk izi” olan cezaları tamamlayan güvenlik tedbirlerinin, genellikle, halkın güvenlik ihtiyacını suç isnadı altında bulunan kişinin bireysel özgürlük ihtiyacına önceleyen üstün kamusal yarar ilkesi ile gerekçelendirildiği söylenebilir. Tedbirlerle amaçlanan, tehlikeli suçluyu rehabilite etmek yoluyla sosyal savunmanın gerçekleştirilmesidir. Bu tedbirlerin hukuki niteliği konusunda birçok düşünce ileri sürülmüştür. Bunlardan önemli bir kısmı, tedbirleri müeyyide içinde değerlendirirken, geri kalan görüşlerin maddi hukuk açısından tedbirlere birer idari nitelik veya kolluk önlemi özelliği atfettiği görülmektedir. Esasen bu tedbirler, işlenen suç karşılığında uygulanmadığı için birer müeyyide olmadığı gibi, suç olmadan uygulanmaması nedeniyle de birer idari tedbir veya önleyici polis tedbiri olarak nitelendirilemez. Bunlar, ceza hukuku sahasına özgü fakat kefaref/misilleme özlü olmayan hukuki sonuçtur; yani geniş manada birer ceza hukuku tedbiri niteliğindedir. Güvenlik tedbirlerinin uygulandığı süje insan olmakla birlikte, bu insanın bir “sosyal tehlike” hali taşıdığından bahsedilir. Sözü edilen tehlikelilik durumu, suç işleyen bir şizofrende olduğu üzere isnat yeteneğinden yoksun olan kişilerde bulunabileceği gibi, söz gelimi suçu meslek edinen fakat bu yeteneğe sahip olan kişilerde de bulunabilir. Dolayısıyla tedbirin muhatabının ön plana çıkan özelliği, failin kusur yeteneğine sahip olup olmamasından ziyade, onun toplum açısından tehlike arz edip etmediğidir.

Güvenlik tedbirleri, katı ispat kuralları çerçevesinde, kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına riayet edilmek suretiyle, adli makamlar eliyle ve *in dubio pro reo* ilkesi doğrultusunda karar verilebilen ve infaz edilebilen hukuki sonuçlardır. Gerek yasa koyucu gerek uygulayıcı, tedbirler üzerindeki faaliyetlerinde hukuk devleti prensiplerine riayet etmelidir. Fakat hukuk devleti ilkesine şeklen uygunluk tam anlamıyla yeterli değildir. Bu ilkeye öz itibarıyla da uyulduğundan bahsedilebilmesi için uygulanan tedbir ile ihlal edilen hak arasında makul bir ölçünün bulunduğu, tedbirin elverişliliğinden ve gerekliliğinden de söz edilebilmelidir. Aksi halde tedbir, orantılılık ilkesi ve uzantısı olan ikincillik ilkesi bakımından tartışmaya müsait hale gelir.

Güvenlik tedbirleri, esasen faili iyileştirmek yoluyla toplumu korumaya hizmet ettiğine göre, bunların birer şahsi tedbir olduğu söylenebilir. Ancak yasa koyucular, örneğin İtalyan ve Türk ceza kanunlarında olduğu üzere, bu tedbirlerin insan dışı kalan nesneleri de -süje değil fakat- “konu” edinebileceklerini kabul etmiştir. Bu nedenle, hukuki nitelik tartışmasından bağımsız olarak, mevzu hukuk açısından şahsi tedbirler yanında mali tedbirlerden bahsetmek mümkündür. Şahsi tedbirlerden bir kısmı, failin hürriyetini ortadan kaldırırken, diğer bir kısmında bireysel özgürlük tümüyle etkilenmez. Örneğin Türk hukukunda çocuklara (kısmen), akıl hastalarına ve alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarına uygulanan güvenlik tedbirleri, şahsi hürriyeti bağlayıcı özellik arz ederken; hak yoksunluğu, denetimli serbestlik, sınır dışı edilme ve tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri, şahsı muhatap kabul etmekle birlikte hürriyeti ortadan kaldırmaz. Karşılaştırmalı hukukta bazen tedbir, bazen ceza tedbiri, bazen de güvenlik tedbiri olarak karşımıza çıkan müsadere hükümleri ise, Türk hukukunda, TCK’da bu şekilde adlandırılmamış olmakla birlikte, mali güvenlik tedbirleri içerisinde yer almaktadır. Şahsi hürriyeti bağlayıcı olan tedbirlerin ayırıcı ölçütlerinden biri, örneğin akıl hastalarına özgü koruma ve tedavi tedbirlerinde olduğu gibi, bunların ne kadar süreyle uygulanacağına ilişkin net bir sınır çizilmeyerek, tedbiri tehlike halinin ortadan kalkması kıstasına dayandırmaktır. Esasen güvenlik tedbirlerinin tarihsel alt yapısı da tedbirlerin henüz başlangıçta kesin bir süreyle sınırlandırılmamasını talep etmektedir. Bununla birlikte şahsi hürriyeti bağlayıcı olmayan tedbirlerin ve mali tedbirlerin kanunlarda yer bulması, süresi belirsiz hüküm ilkesini, sonradan kanunlara ilave edilen tedbirler açısından geçersiz kılmıştır. Belirli bir müddet için uygulanabilen bu tür tedbirler, Türk hukukunda ya yaştın üst sınırı dikkate alınarak uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerde veya hapis cezasının süresini esas alan hak yoksunluğunda olduğu gibi geçici ya da örneğin denetimli serbestlikte olduğu gibi sürelidir.

Maddi hukuk açısından güvenlik tedbirlerinin uygulanma koşullarının sağlanması yani failin tehlikeli olması ve fiilin kanun tarafından suç olarak tespit edilmesi yeterli değildir. Şekli hukuk kriteri olarak, bir güvenlik tedbirine ancak usulüne uygun bir muhakeme sonucunda karar verilebilir. Bu şekli koşul, iki izli hukuki sonuçlar sisteminde “*Yargılamasız ceza olmaz*” ilkesinin tamamlayıcısı olarak “*Yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz*” prensibini ortaya koymaktadır. Bu ilke, vesilesiyle tedbir uygulanacak olan ve işlendiği iddia edilen suçun soruşturulmasını ve yeterli kanaate ulaşılmışsa tedbire hükmedecek mahkemede dava açılmasını gerektirir. Maddi hukukta CK’dan bağımsız bir güvenlik tedbirleri kanunu bulunmadığı gibi, kazaf faaliyetlerin yerine getirilmesi için de –bunun faydalı olup olmayacağı tartışmasından

bağışık olarak- CMK'dan ayrı bir tedbir muhakemesi kanununa ihtiyaç duyulmamaktadır. Tedbir muhakemesinde, sebep suçun işlenip işlenmediği, suçun fail tarafından işlenip işlenmediği ve kural olarak toplumsal tehlikeliliğin bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi yapılır. Bu tür yargılamanın, prosedürel açıdan mahkeme faaliyeti olması –diğer deyişle idari faaliyet olmaması- nedeniyle ceza muhakemesinden farklı olmadığı düşünülecek olursa, sanığa muhakeme güvencesi tanıyacağı kuşkusuzdur. Bununla birlikte güvenlik tedbirleri muhakemesi, dar anlamda bir ceza muhakemesi niteliğinde de değildir. Buradan hareketle tedbir muhakemesinin “gerçek olmayan ceza muhakemesi” olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Güvenlik tedbirleri muhakemesinin ceza muhakemesi içinde veya ondan ayrı olarak yürütülmesi mümkündür. Tedbir yargılamasının başlatılıp sürdürülmesi için ceza davasının mevcudiyetinin arandığı hallerde bağımlı tedbir muhakemesinden; aksine ceza davası olmaksızın da sürdürülebilen bir yargılamanın bulunduğu hallerde ise bağımsız tedbir muhakemesinden söz edilebilir. Bağımlı tedbir muhakemesi, ceza muhakemesinin uygulanma koşullarına bağlı olup, ceza muhakemesi kural ve kurumlarına tabidir. Bağımsız tedbir muhakemesinde –tamamen olmasa bile- kısmen ceza muhakemesinde yer almayan hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin Türk hukukunda güvenlik tedbirine –yargılama bağımlı veya bağımsız yürütülecek olsun- iddianamede yer verilirken, Alman veya Avusturya bağımsız tedbir muhakemesinde bir tedbir taleptanesi kurumunun kabul edildiği görülmektedir. Hukukumuzda tedbir muhakemesinin, çocuklara, tüzel kişilere ve özellikle müsadereye ilişkin ayrıksı hükümler bir yana bırakıldığında, ceza muhakemesine bağımlı şekilde yürütüldüğü, ceza usul kurallarına tabi tutulduğu fark edilmektedir. Kabul edilen bu yöntemin, kanuni kabulden hariç olarak, nitelik itibarıyla güvenlik tedbiri olduğu tartışmasız olan ve bu nedenle muhakemesinin ayrı yürütülmesinin daha sağlıklı olacağı düşünülen kimi tedbirler (özellikle akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri) açısından yeterli olmadığı isabetli olarak savunulmaktadır.

Güvenlik tedbirleri, maddi hukuk açısından birer idari tedbir veya polis tedbiri yahut özel hukuk tedbiri olmadığı gibi; usul hukuku açısından da birer koruma tedbiri değildir. Güvenlik tedbirleri birer kamu hukuku tedbiridir; zira bunlara ilişkin materyal ve formel normlar, bireylerin kendi arasındaki ilişkiyi aşmakta; sözü edilen tedbirler, tek tek bireyleri değil, toplumun tamamını korumak adına devlet eliyle uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra güvenlik tedbirlerine idari bir merci değil, yargı merci hükmeder. Bu tedbirler, yalnız alelade bir tehlikeyi değil, sebep suç failinin yeniden suç işleyerek sosyal düzeni bozma tehlikesini gidermeye yönelir. Güvenlik

tedbirlerinin net sınırını kanun çizer; bunların uygulanmasında mahkemenin yerindelik değerlendirmesine gitmesinden söz edilemez. Keza bu tedbirler, bir şüphe üzerine uygulanmadığı gibi, bunların infazına karar verilmesi halinde denetim merciinin adli yargı koluna ait olan bir başka ve daha üst mahkeme olması, temel usul kuralıdır. Sözü edilen farklar, idari tedbirler ve polis tedbirlerinin güvenlik tedbirlerinden ayrılmasını gerektirir. Aynı zamanda birer ceza hukuku tedbiri olan güvenlik tedbirleri, ödeticilik ve caydırıcılık dikkate alınacak olduğunda kimi zaman fer’i ceza niteliği taşıyan cezai tedbirlerden de ayrılmaktadır. Her hâlükârda işlenmiş bir suç gerektirmesi, yönetsel bir merciinin yahut polis idaresinin karar verememesi, şahsi hürriyeti bağlayıcı hallerde süresiz uygulanabilmesi, suç saptama aracı değil suçun neticesini teşkil etmesi, öz itibarıyla haklılığının ispat hukukuna dayanarak mahkemece saptanmış olması gibi sebeplerle de güvenlik tedbirleri, koruma tedbirleri ile arasındaki farkları ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce Türk güvenlik tedbirleri hukukunun maddi ve şekli açıdan kendine özgü düzenlemelere yer vermesi, gerekli olması bir yana kaçınılmazdır. Bu nedenle son olarak Türk güvenlik tedbirleri ve muhakeme usulü açısından çalışmamızda öne sürülen ve olması gereken hukuk açısından savunulan düşüncelerden bir kısmını kısaca şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Türk hukukunda hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından sonra, şahsi hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirinin eklenerek infazı şeklinde uygulanan bir kümülatif sistemden söz etme olanağı yoktur. Hukukumuzda cezanın infazından sonra koşullu salıverilme süresi içinde uygulanan ve hürriyeti bağlayıcı olmayan denetimli serbestlik tedbiri mevcut olmakla birlikte, bu kurumun uygulamada tekerrürü önlediği veya önemli ölçüde azalttığı söylenemez. Tehlikeli olduğu değerlendirilen ve kanunda kimlerden oluşacağı açıkça gösterilen hükümlüleri rehabilite etmek ve onların yeniden suç işlemesini önlemek amacıyla, cezadan sonra kuruma yerleştirilme şeklinde uygulanacak hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbirine ihtiyaç vardır. Bu kurumun ceza olarak algılanmaması için güvenlik tedbirlerinin şartlarını ve prensiplerini taşıması gerektiği kuşkusuzdur.

- Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Türk hukukunda da kanun koyucunun “güvenlik tedbiri” ve geniş ölçekte “yaptırım” olarak kabul ettiği bir hukuki neticenin gerçekten müeyyide veya tedbir niteliğinde olup olmadığı tespiti yapılırken, isimden ziyade kurumun içeriğine ve amacına öncelik tanımak gerekir. Bu yöntem, her bir tedbirin kendi içinde hukuki niteleme değerlendirmesine tabi tutulmasını gerektirir. Söz gelimi, akıl hastası suçluyu kuruma yerleştirmenin bir güvenlik tedbiri olduğu; cezaya

ek olarak kendiliğinden uygulanmak zorunda olan hak yoksunluğunun bir yönüyle cezaya benzediği; buna karşılık suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin güvenlik tedbirinden kısmi özellikler taşıdığı söylenebilir.

- TCK m. 58'in "*Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular*" biçiminde saptanan başlığı, Kanun'un tedbir sistematığına uymamaktadır. Bu başlığın "*Denetimli serbestlik tedbiri*" olarak düzenlenmesi, tekerrür ve özel tehlikeli suçluluğa ise öncelikle devam eden maddeler biçiminde yer ayrılması, değilse bu tür suçluluğa bir atıf normu olarak maddede yer verilmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca mükerrerler ve özel tehlikeli suçlular için denetimli serbestliğin koşullu salıverilmeden ayrı uygulanabilmesi, hükümlülerin şahsi ve psişik durumlarına uyan ve sayıca artırılan tedbirlerin bir veya birkaçının seçilmesi konusunda yasal bir zorunluluk getirilmesi gerekir. Keza özel tehlikeli suçlu olarak adlandırılan, yasada tanımı yapılmayan ve kim oldukları madde içeriğinden anlaşılan suçlu grubunun TCK m. 6'da tanımlanması yoluna gidilebilir.

- Sınır dışı edilme tedbiri, mevcut haliyle bir güvenlik tedbiri olmamasına rağmen, TCK m. 59'da bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bir idari tedbir niteliğinde olan sınır dışı edilme tedbirinin şayet güvenlik tedbiri olarak dikkate alınması isteniyorsa, madde metninde değişikliğe gidilmesi ve tedbiri uygulama yetkisinin mahkemeye terk edilmesi; aksine sözü edilen tedbirin idari tedbir olarak devamı isteniyorsa, bu kez TCK m. 59'un ilga edilmesi gerektiği ifade edilebilir.

- TCK m. 31/2'de yer alan düzenleme, uygulamada, on iki yaşını doldurmamayan çocuklar hakkında iddianame düzenlenemeyeceği ve kamu davasının başlatılamayacağı şeklinde kabul edilmekte; mevzuatta da bu grupta yer alan çocuklar hakkında yakalama, tutuklama gibi birtakım usul işlemlerinin gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmektedir. Oysa "*Muhakemesiz güvenlik tedbiri olmaz*" ilkesi gereğince, kusur yeteneğinden tamamen yoksun olmakla birlikte suça sürüklenmiş bulunan bu çocuklar hakkında da, eğer uygulanmak istenen bir güvenlik tedbiri ise (tedbir taleptnamesi hukukumuzda yabancı olduğu için) bir iddianamenin düzenlenmesi ve duruşma açılması, güvenlik tedbiri kararının ise duruşmada hüküm şeklinde verilmesi icap eder. Aksi halde uygulanacak tedbirler, birer önleme tedbiri olmakla birlikte, güvenlik tedbirleri olarak nitelenemez.

- Hukukumuzda şahsi hürriyeti bağlayıcı tedbirler açısından ceza muhakemesinden ayrı *sui generis* bir muhakemeye CMK'da yer verilmiş değildir. Oysa kusur yeteneğinden yoksun olanlar ve özellikle akıl hastaları başta olmak üzere, ilk kez suç işleyenlere kıyasla sosyal açıdan daha tehlikeli sayılan suçlular açısından şahsi hürriyeti kısıtlayıcı nitelik taşıyan güvenlik tedbirleri özelinde münhasır bir muhakeme

usulüne geçilmesi, bu usulde ceza muhakemesinden ayrılan hükümlere yer verilmesi ve çocuk yargılamasında olduğu gibi bu tür yargılamada da özel nitelikli veya eğitimli yargıçların görev alması, tedbirlerin amacına erişmek açısından daha isabetli olacaktır.



KAYNAKÇA

- ADICK, Markus, “§ 74 Voraussetzungen der Einziehung”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AwK-StGB).
- AĞACIKOĞLU, A. Nejat, “Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri”, **ABD**, (2), Ankara, Mart-Nisan 1975, (ss. 141-143).
- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2016.
- AKILLIOĞLU, Tekin, **Hangi Hukuka Giriş?**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014.
- AKINTÜRK, Turgut, **Aile Hukuku**, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2006
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medenî Hukuku**, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2013.
- AKSAN, Murat, **Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007.
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, **İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2013.
- ALACAKAPTAN, Uğur, **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1958 (İngiliz).
- ALACAKAPTAN, Uğur, **İşlenemez Suç**, AÜHF Yayınları, No. 223, (tarihsiz).
- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Dangerous Criminal Offenders in the German Criminal Justice System”, **FSR**, 10 (2), September/October 1997, (ss. 69-73).
- ALPA, Guido/GAROFOLI, Roberto, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Nel Diritto Editore, Roma, 2011.
- ANCEL, Marc, “Muasır Mevzuatta Kanunsuz Ceza Olmaz Kaidesi”, Çev. TÜZEL, Sadık, **Adliye Ceridesi**, 29, 1938.
- ANCEL, Marc, **Social Defence**, Çev. WILSON, J., Taylor & Francis, London, 1965.
- ANCEL, Marc, “Toplumsal Savunma”, Çev. SELÇUK, Sami, **YD**, 19 (1-2), Ocak-Nisan 1993, (ss. 71-85).
- ANCEL, Marc, “Toplumsal Savunma Nedir?”, Çev. BAYRAKTAR, Köksal, **İÜHF**, 37 (1-4), İstanbul, 1971, (ss. 325-345).
- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Bilimine Başlangıç**, Güzel İstanbul Matbaası, 7. Baskı, Ankara, 1958.

- ANTOLISEI, Francesco, “Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, **AÜSBFD**, Çev. GÜNAL, Yılmaz, C. 20, S. 2, Ankara, 1965, (ss. 715-733) (“Emniyet Tedbirleri”).
- ANTOLISEI, Francesco, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Dott. A. Giuffrè Editore, 2. Edizione, Milano, 1949 (Diritto Penale).
- ANTOLISEI, Francesco / CONTI, Luigi, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Dott. A. Giuffrè Editore, 10. Edizione, Milano, 1997.
- ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul, 1985.
- ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004.
- ARSLAN, Çetin/KAYANÇİÇEK, Murat, **Suçta Tekerrür**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.
- ARTUK, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, **GÜHFD**, C. 12, S. 1-2, Ankara, 2008, (ss. 461-492).
- ARTUK, Mehmet Emin, “Güvenlik Tedbirlerinin Genel Esasları”, **Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku**, C. 3, YÜHF Yayınları No. 18, İstanbul, 2010, (ss. 273-305) (“Genel Esaslar”).
- ARTUK, Mehmet Emin, “Sicherungsmaßnahmen”, **GÜHFD**, C. 14, S. 2, 2010, (ss. 185-222).
- ARTUK, Mehmet Emin/ALAN AKCAN, Esra, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Güvenlik Tedbirleri”, **İMÜHFD**, C. 3, S. 2, 2016, (ss. 5-37) (“Mukayeseli Hukuk”).
- ARTUK, Mehmet Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, (ss. 37-84).
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2009 (Ceza Hukuku).
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Genel Hükümler (Madde 1-36), 1. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009 (TCK Şerhi I).

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Genel Hükümler (Madde 37-75), 2. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009 (TCK Şerhi II).
- AYAN, Mehmet, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015.
- AYAN, Mehmet/ARSLAN, İbrahim (Ed.), **Temel Hukuk Bilgisi**, Mimoza Yayınları, 5. Baskı, Konya, 2009.
- AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008.
- AYDIN, Öykü D., “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere”, **AÜHFD**, C. 43, S. 1-4, Ankara, 1993, (ss. 143-157) (“Müsadere”).
- BASAK, Denis, “§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (Matt/Renzikowski-StGB).
- BASSIOUNI, Cherif M., “A Century of Dedication to Criminal Justice and Human Rights: The International Association of Penal Law and The Institute of Higher Studies in Criminal Sciences”, **DePaul Law Review**, 38 (4), Summer 1989: AIDP Symposium, (ss. 899-922).
- BATTAGLINI, Giulio Q., “Some Fundamental Problems of Criminal Politics”, **JCLC**, 3 (3), September 1912, (ss. 347-364).
- BAYRAKTAR, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, (ss. 21-35).
- BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 11. Auflage, Bielefeld, 2003.
- BECCARIA, Cessare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. SELÇUK, Sami, İmge Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2014.
- BETTIOL, Giuseppe, **Diritto Penale**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 9. Edizione, Padova, 1976.
- BIÇAK, Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- BINDING, Karl, **Die Normen und Ihre Übertretung**, Band I, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872.

- BILSKY, Wolfgang/DÖRING, Anna K./JANIK, Michael/WEßEL-THERHORN, Denise/DAHLE, Klaus-Peter, "Kriminalprävention", **Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologies**, 2012 (6), (ss. 69-70).
- BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan Kitabevi Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 1987.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt: 3**, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1985.
- BLAU, Günter, "Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze", **ZStW**, 89 (2), 1977, (ss. 511-546).
- BOCK, Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer Verlag, Berlin, 2018.
- BOCKEMÜHL, Jan, "StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots", **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 70).
- BOHLANDER, Michael, **Principles of German Criminal Law**, Hart Publishing, Portland, 2009.
- BOHLANDER, Michael, **Principles of German Criminal Procedure**, Hart Publishing, Oxford, 2012.
- BÖGELEIN, Nicole, **Deutungsmuster von Strafe**, Springer Verlag, Wiesbaden, 2016.
- BÖSE, Martin, "StGB § 69 Entziehung der Fahrerlaubnis", **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, § 69).
- BRAUM, Stefan, "Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate? - Wegsperrern ohne tragfähige Legitimation", **ZRP**, (4), 2004, (ss. 105-108).
- BROWN, Stephen E./ESBENSEN, Finn-Aage / GEIS, Gilbert, **Criminology: Explaining Crime and Its Context**, Anderson Publishing, Eight Edition, Waltham, 2013.
- BRUINSMA, Gerben/WEISBURD, David (Eds.), **Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**, Springer Verlag, New York, 2014.
- BRUNNER, Rudolf/DÖLLING, Dieter, "Kriminalprävention", **Jugendgerichtsgesetz**, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, Heidelberg, 2011.
- BRUNS, Michael, "StPO § 111a [Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis]", **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013 (KarlsruherK-StPO, § 111a).

- BUSHWAY, Shawn D., “Incapacitation”, **Reforming Criminal Justice**, (4), 2017, (ss. 37-54).
- BUßMANN, Heike, “§ 38 Dauer der Freiheitsstrafe”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg: MATT, Holger/RENZIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (MR).
- CADOPPI, Alberto / VENEZIANI, Paolo, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale e Parte Speciale**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 3. Edizione, Padova, 2007.
- CAMPBELL, Ian, “Indeterminate Sentences and Dangerousness”, **Serious Violent Offenders: Sentencing, Psychiatry and Law Reform**, Ed: GERULL, Sally-Anne/LUCAS, William, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1993.
- CANALS, J. M., “Classicism, Positivism and Social Defence”, **JCLC**, 50 (6), Spring 1960, (ss. 541-550).
- CANESTRARI, Stefano / CORNACCHIA, Luigi / De SIMONE, Giulio, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Edizioni Il Mulino, Bologna, 2007.
- CANTOR, Nathaniel, “The New Prison Program of Italy”, **JCLC**, 26 (2), 1935 (ss. 216-227).
- CARDAMONE, Daniela, “Criminal Prevention in Italy: From the ‘Pica Act’ to the ‘Anti-Mafia Code’”, The Text of a Presentation made at the European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 April 2016, s. 2. (ss. 1-36).
- CARRABINE, Eamonn/COX, Pam/LEE, Maggy/PLUMMER, Ken/SOUTH, Nigel, **Criminology: A Sociological Introduction**, Routledge Publishing, 2. Edition, New York, 2009.
- CENTEL, Nur, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, **YÜHFD**, 2 (2), 2005, (ss. 359-368) (“Güvenlik Tedbirleri”).
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2008.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2016.
- CERTEL, Abdulkadir, **Müsadere**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2008.
- CHANKSELIANI, Maizer, “Punishment and other Penal Measures”, **ESJ**, February Special Edition, 8 (2), 2012, (ss. 98-108).
- COCCO, Giovanni, **Manuale di Diritto Parte Generale – II: Punibilità e Pene**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2009.

- CREWS, Angela D., "Biological Theory", **21st Century Criminology**, Ed. MILLER, J. Mitchell, SAGE Publications, California, 2009, (ss. 184-200).
- CURRAN, Daniel J./RENZETTI, Claire M., **Theories of Crime**, Allyn & Bacon, 2. Edition, Boston, 2001.
- CZUPRYNIAK, Radoslaw, **Berücksichtigung generalpräventiver Gründe bei der Strafzumessung in Deutschland und Polen**, Disserta Verlag, Hamburg, 2011.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İÜHF Yayınları No. 1037, 2. Baskı, İstanbul, 1963.
- ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, 26. Baskı, İstanbul, 2013.
- ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan "Güvenlik Tedbirleri ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri", **AD**, 22, Ankara, Mayıs 2005, (ss. 1-26).
- DAVIE, Neil, "Born for Evil?: Biological Theories of Crime in Historical Perspective", **International Handbook of Criminology**, Ed. SHOHAM, Shlomo Giora/KNEPPER, Paul/KETT, Martin, Taylor & Francis, New York, 2010, (ss. 23-49).
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2017.
- DESSECKER, Axel, "Dangerousness, Long Prison Terms and Preventive Measures in Germany", **Séminaire GERN: Prison, Pénalité, Modernité Neuchâtel**, 3 September 2008, <https://champpenal.revues.org/7508#ftn12> (1.9.2017) ("Dangerousness").
- DESSECKER, Axel, **Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit: eine Untersuchung zum Massregelrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2004 (Gefährlichkeit).
- DESSECKER, Axel, "Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus: Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2006", **Kriminologische Zentralstelle**, Wiesbaden, 2008 ("Lebenslange Freiheitsstrafe").
- DETTTER, Klaus, "Zum Maßregelrecht", **NStZ**, (12), 2015, (ss. 683-687).
- DEZZA, Ettore/SEMINARA, Sergio/VORMBAUM, Thomas (Hrsg.), **Moderne italienische Strafrechtsdenker**, Springer-Verlag, Berlin, 2012.
- DIEMER, Herbert, "§ 7 Maßregeln der Besserung und Sicherung", **Jugendgerichtsgesetz**, Hrsg. DIEMER, Herbert/SCHATZ, Holger/SONNEN, Bernd-Rüdiger, C. F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2015.

- DİLBEROĞLU, Ahmet Vedat, **Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri**, US-A Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- DONAY, Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010.
- DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007 (TCK Şerhi).
- DÖNMEZER, Sulhi, **Kriminoloji**, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 1994.
- DÖNMEZER, Sulhi, “Maddî Sebebiyet Alâkası”, **İÜHFM**, 9 (1-2), İstanbul, 1943, (ss. 85-119).
- DÖNMEZER, Sulhi, “Tehlikeli Hal Meselesi”, **İÜHFM**, 10 (1-2), İstanbul, 1944, (ss. 179-187).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I**, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 1997 (I).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1999 (II).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 1997 (III).
- DİNÇKOL, Abdullah, **Hukuka Giriş**, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2012.
- DUBBER, Markus D./HÖRNLE, Tatjana, **Criminal Law: A Comparative Approach**, Oxford University Press, 1. Edition, Oxford, 2014.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, **Türk Özel Hukuku C. III**, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku C. I**, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul, 2006.
- DUTTGE, Gunnar, “Einsatz von Neurotechnologie: Zukunftsperspektiven eines modernen Sanktionensystems?”, **Brauchen wir eine Reform der freiheitsentziehenden Sanktionen?**, Hrsg. HÖFFLER, Katrin, Universitätsverlag Göttingen, 2015 (ss. 111-129).
- EBU ZEHRİ, Muhammed, **İslam Hukukunda Suç ve Ceza, C. 1**, Çev. TÜFEKÇİ, İbrahim, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.
- EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yayınları No. 445, Ankara, 1979.
- ELLSCHIED, Winfried/HASSEMER, Günter, “Strafe ohne Vorwurf”, **Civitas**, 1970.
- ERDOĞDU, Ahmet, **Ceza Yargılama Yöntemi Yasası Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları No. 367, Ankara, 1972.

- EREM, Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, **AÜHFD**, 1 (3), Ankara, 1943, (ss. 351-378) (“Emniyet Tedbirleri”).
- EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi: Genel Hükümler, C. 1**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1993.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1**, Genel Hükümler, AÜHF Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 1968.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 1997.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2008.
- ERSOY, Yüksel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İmaj Yayınları, Ankara, 2002.
- ERTEM, Halil, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri**, Millet Meclisi Vakfı Ofset Tesisi, Ankara, 1983.
- ESCHELBACH, Ralf, “§ 61 Maßregeln der Besserung und Sicherung”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. MATT, Holger/RENNIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (Matt/Rennikowski-StGB, § 61).
- ESCHELBACH, Ralf, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. MATT, Holger/RENNIKOWSKI, Joachim, Verlag Franz Vahlen, München, 2013 (Matt/Rennikowski-StGB, § 62).
- ESENER, Turhan, **Hukuk Başlangıcı**, Alkım Yayınevi, 7. Baskı, İstanbul, 2004.
- ESER, Albin, “Verfall und Einziehung: Vorbemerkungen”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, “Vorbemerkungen”).
- ESER, Albin, “Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht”, **Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag**, Hrsg. BRITZ, Guido/JUNG, Heike/KORIATH, Heinz/MÜLLER, Egon, C. H. Beck, München, 2001, (ss. 213-236) (“Zur Entwicklung”).
- ESPOSITO, Maurizio, “The Rehabilitation Role of Punishment in Italy: Theoretical Development and Sociological Considerations”, **Sociology Mind**, (4), 2014, (ss. 183-191).
- ESSER, Robert, “Sicherungsverwahrung”, **JA**, (10), 2011, (ss. 727-734).
- FABRIZY, Ernst Eugen, **StPO und wichtige Nebengesetze**, MANZ’sche Verlag, 12. Auflage, Wien, 2014.

- FARRINGTON, David P., "Crime Prevention", **21st Century Criminology**, Ed. MILLER, J. Mitchell, SAGE Publications, California, 2009, (ss. 628-636).
- FERRI, Enrico, **Criminal Sociologie**, Çev. KELLY, Joseph I./LISLE, John, Little Brown And Company, Boston, 1917
- FLORIAN, Eugenio, **Trattato di Diritto Penale**, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 2. Edizione, Milano, 1910.
- FORNASARI, Gabriele, "§§ 1-79b", **Il Codice Penale Tedesco**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003.
- FREUND, Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre**, Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2009 (Strafrecht AT).
- FREUND, Georg, "Vorbemerkung zu § 13", **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1-37**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C.H. Beck, 3. Auflage, München, 2017.
- FRICKE, Diana, "Buße und Strafe in den Städten", **Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte**, Hrsg. MEZEY, Barna, 2002, (ss. 4-21).
- FRISCH, Wolfgang, "Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", **ZStW**, (102), 1990, (ss. 343-393) [ZStW (102)].
- FRISCH, Wolfgang, "Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", **NStZ**, (5), 2013, (ss. 249-256) [NStZ (5)].
- FROMMEL, Monika, "Ende der Zweispurigkeit durch nachträgliche Sicherungsverwahrung?", **NK**, (1), 2003, (ss. 7).
- FUCHS, Helmut, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Springer Verlag, 7. Auflage, Wien, 2008.
- GÄRDITZ, Klaus, **Strafprozeß und Prävention**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2003.
- GAROFALO, Raffaele, **Criminologia**, Çev. KÖKLÜ, Muhittin, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1957.
- GARNER, Bryan A. (Ed.), **A Handbook of Criminal Law Terms**, West Group, St. Paul Minnesota, 2000.
- GARNER, Bryan A. (Ed.), **Black's Law Dictionary**, West Group, 9. Edition, 2010.
- GEDİK, Doğan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **AD**, (23), Ankara, Eylül 2005, (ss. 131-142).

- GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 61 Übersicht”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 61).
- GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 62).
- GEMMEREN, Gerhard van, “StGB § 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 64).
- GENÇ, Sinan, “Kazanç Müsaderesi ve Medeni Kanun Anlamında İyi Niyetin Rolü”, **AD**, (39), Ankara, Ocak 2011, (ss. 165-184)
- GERHOLD, Sönke Florian, “§ 132a [Vorläufiges Berufsverbot]”, **Münchener Kommentar zur StPO**, Hrsg. KNAUER, Christoph/KUDLICH, Hans/SCHNEIDER, Hartmut, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2014.
- GERTLER, Nils Fabian, “RiStBV 110 Form und Inhalt der Anklageschrift”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008.
- GÖKCEN, Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İÜSBE, İstanbul, 1993.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “‘İdarî Ceza Hukuku’ ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, **AÜSBFD**, 18 (2), Ankara, 1963, (ss. 115-182).
- GÖREN, Sami, **Türk Ceza Kanunu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- GÖSSEL, Karl Heinz, “Vor § 413”, **Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar**, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/FRANKE, Ulrich/GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Verlag de Gruyter, 26. Auflage, 2009 (Löwe/Rosenberg-StPO, Vor § 413).
- GÖSSEL, Karl Heinz, “§ 413”, **Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar**, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/FRANKE, Ulrich/GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Verlag de Gruyter, 26. Auflage, 2009 (Löwe/Rosenberg-StPO, § 413).

- GÖSSEL, Karl Heinz, “§ 414”, **Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar**, Band 8, Hrsg. ERB, Volker/ESSER, Robert/FRANKE, Ulrich/GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten/HILGER, Hans/IGNOR, Alexander, Verlag de Gruyter, 26. Auflage, 2009 (Löwe/Rosenberg-StPO, § 414).
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, 7. Baskı, Bursa, 2010.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, 7. Baskı, Bursa, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2001 (Hukuka Giriş).
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku C. I: Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.
- GRAMATICA, Filippo, **Toplumsal Savunma İlkeleri**, Çev. SELÇUK, Sami, İmge Kitabevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- GREVEN, Michael, “Vorbemerkungen”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013.
- GRIESBAUM, Rainer, “StPO § 161 [Ermittlungen; Verwendung von Daten aus verdeckten Ermittlungen]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013.
- GRISPIGNI, Filippo, **Diritto Penale Italiano**, , Vol. 1, Dott. A. Giuffrè, 2. Edizione, Milano, 1947.
- GROß, Karl-Heinz, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 68).
- GROß, Karl-Heinz, “Vorbemerkung zu § 68”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, Vor § 68).
- GROPP, Walter, “Landesbericht Deutschland”, **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. I**, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, (ss. 405-433).
- GROPP, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2015 (Strafrecht AT).

- GUTTEL, Ehud/TEICHMAN, Doron, “Criminal Sanctions in the Defence of the Innocent”, **MLR**, 110 (4), February 2012, (ss. 597-645).
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- GÜNGÖR, Devrim, **Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Juvenile Justice System in Turkey”, **FLJ**, 3 (1), April 2007, (ss. 27-52).
- GÜNGÖR, Devrim/TOROSLU, Haluk, “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, 65 (4), Ankara, 2016, (ss. 1967-1980).
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2006.
- HÄGER, Joachim, “Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 2**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2007 (LK-StGB, Vor §§ 38 ff).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, **ABD**, 65 (1), Ankara, 2007, (ss. 78-109) (“5237”).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, US-A Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996 (Ceza Normu).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Emniyet Tedbirleri”, **AÜSBFD**, 46 (3-4), Ankara, Haziran-Aralık 1991, (ss. 45-58).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, **ABD**, (1), Ankara, 1998, (ss. 37-53) (“TCK Tasarısı”).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler”, **Polis Dergisi**, (45), 2005.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Baskı, Ankara, 2016 (Türk Ceza Hukuku).
- HAFTER, Ernst, **Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht: Allgemeiner Teil**, Verlag von Lulius Springer, Berlin, 1926.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınları, 19. Baskı, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan/ÖZKAN, Halid, **Sorularla Ceza Hukuku**, Adalet Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014.

- HANACK, Ernst-Walter, “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht (Bd. 11-22 der Amtlichen Sammlung)”, **JZ**, 29 (2), 1974 (ss. 54-58).
- HANACK, Ernst-Walter, “Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: Band 3 (§§ 61-79b)**, Hrsg. JÄHNKE Burkhard/LAUFHÜTTE, Heinrich William/ODERSKY, Walter, Walter de Gruyter Verlag, 11. Auflage, Berlin, 2006 (LK-StGB, Vor §§ 61 ff).
- HASSEMER, Winfried/KARGL, Walter, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch: Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- HEGER, Martin, “StGB § 46a Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014.
- HEGER, Martin, “StGB § 56b Auflagen”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 29. Auflage, München, 2018.
- HEGER, Martin, “StGB § 61 Übersicht”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014 (Lackner/Kühl-StGB, § 61).
- HEGER, Martin, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014.
- HEGER, Martin, “StGB § 74b Sicherungseinziehung”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 29. Auflage, München, 2018.
- HEINRICH, Bernd, “Rechtsfolgen einer Straftat”, Stand: 1 October 2011, <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strat2011/41-rechtsfolgen-straftat.pdf> (21.3.2016).
- HEINRICH, Bernd, “Sicherungsmaßnahmen im deutschen Strafrecht”, **Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich**, Band IV, Hrsg. HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011, (ss. 133-146) (“Sicherungsmaßnahmen”).
- HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kohlhammer, 4. Auflage, Stuttgart, 2014 (Strafrecht AT).

- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, “StGB § 1 Keine Strafe Ohne Gesetz”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 1).
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, “StGB § 38 Dauer der Freiheitsstrafe”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 38).
- HEINZ, Wolfgang, **Das Strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882-2012**, Berichtsjahr 2012; Version: 1/2014, <http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2012.pdf> (Sanktionensystem).
- HELLMANN, Uwe, **Strafprozeßrecht**, Springer Verlag, Berlin, 1998.
- HENKEL, Heinrich, “Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche”, **ZStW**, (57), 1938, (ss. 702-770) [ZStW (57)].
- HENTIG, Hans von, **Die Strafe II: Die modernen Erscheinungsformen**, Springer Verlag, Berlin, 1955.
- HELMERT, Volker, “Avrupa Mukayeseli Hukukunda Suç Kavramı”, **MÜHF-HAD**, Çev. ÖZKAYA-FERENDECI, H. Özden, 18 (1), İstanbul, 2012, (ss. 39-50).
- HEUCHEMER, Michael, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 68).
- HEUCHEMER, Michael, “StGB § 73 Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 36. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 73).
- HEUCHEMER, Michael, “StGB § 74 Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 36. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 74).
- HEUCHEMER, Michael, “StGB § 74b Sicherungseinziehung”, **Beck’scher Online-Kommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 39. Edition, München, 2018 (BeckOK-StGB, § 74b).
- HIPPEL, Robert von, **Lehrbuch des Strafrechts**, Springer Verlag, Heidelberg, 1932.

- HONIG, Richard, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, **İÜHF**, 2, Çev. ABADAN, Yavuz, İstanbul, 1936, (ss. 413-426).
- HÜRLIMANN, Daniel/TRACHSEL, Manuel, “Urteilsfähigkeit, Zurechnungsfähigkeit und Schuldfähigkeit”, **SMF**, 15 (25), 2015, (ss. 604-606).
- İÇEL, Kayıhan, “Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşıtların Zoralımı”, **İÜHF**, 44 (1-4), İstanbul, 1978, (ss. 297-305) (“Zoralım”).
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2014.
- İÇEL, Kayıhan/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, TÜRDAV Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1999 (Suç Teorisi).
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, **İçel Yaptırım Teorisi**, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2002 (Yaptırım Teorisi).
- JÄGER, Christian, **Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, C. F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009.
- JAKOBS, Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Part 1, Walter de Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin, 1991.
- JEHLE, Jörg-Martin, “§ 67 StGB – Reihenfolge der Vollstreckung”, **StGB – Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014 (SSW-StGB, § 67).
- JEHLE, Jörg-Martin, “Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs”, **Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung**, Hrsg. KORIATH, Heinz/KRACK, Ralf/RADTKE, Henning/JEHLE, Jörg-Martin, Universitätsverlag Göttingen, 2010, (ss. 85-101) (“Zur Privatisierung”).
- JESCHECK, Hans Heinrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev. YENİSEY, Feridun, Beta Yayınları, İstanbul, 2007 (Giriş).
- JESCHECK, Hans Heinrich, “Alman ve Türk Ceza Hukuklarında Özgürlüğü Bağlayıcı Cezanın Yeri”, **DEÜHFD**, Çev. YÜCE, Turhan Tufan, 2 (2), İzmir, 1981, (ss. 231-244) (“Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza”).
- JESCHECK, Hans-Heinrich, “Beklenenler Bakımından Yeni Alman Ceza Hukuku”, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, **İÜHF**, Çev. ÖNDER, Ayhan, 45 (1-4), İstanbul, 1979-1981, (ss. 153-171) (“Beklenenler”).

- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JOECKS, Wolfgang, “StGB § 73 Voraussetzungen des Verfalls”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, (MüKo-StGB, § 73).
- JOECKS, Wolfgang, “StGB § 74 Voraussetzungen der Einziehung”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, (MüKo-StGB, § 74).
- JOECKS, Wolfgang, “Vorbemerkung zu § 73”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016, (MüKo-StGB, Vor § 73).
- KAISER, Günther/SCHÖCH, Heinz, **Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug**, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München, 1994.
- KAMMEIER, Heinz, “Entstehung und Entwicklung von Maßregelrecht und Maßregelvollzug”, **Massregelvollzugsrecht Kommentar**, Hrsg. KAMMEIER, Heinz, Walter de Gruyter Verlag, 3. Auflage, Berlin, 2010.
- KANTAR, Baha, **Ceza Hukukunda Yeni Temayüller**, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi No. 35, Adliye Vekâleti Yayınları, Ankara, 1938.
- KARABULUT, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara, 2006.
- KASPAR, Johannes, “§ 61 StGB - Übersicht”, **StGB – Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014 (SSW-StGB, § 61).
- KASPAR, Johannes, “Vorbemerkungen zu §§ 61 ff. StGB”, **StGB – Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014 (SSW-StGB, Vor §§ 61 ff.).
- KASPAR, Johannes, **Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht**, LIT Verlag, Münster, 2004 (Wiedergutmachung).
- KASPAR, Johannes, “§ 62 StGB”, **StGB – Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014 (SSW-StGB, § 62).

- KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2003.
- KATOĞLU, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFD**, 61 (2), Ankara, 2012.
- KAUFMANN, Armin, **Die Aufgabe des Strafrechts**, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1983.
- KERN, Johannes, **Brauchen wir die Sicherungsverwahrung: Zur Problematik des § 66 StGB**, Peter Lang Verlag, Frankfurt a. M., 1997.
- KEYMAN, Selahattin/TOROSLU, Haluk, **Hukuka Giriş**, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- KILIAN, Ines, “§ 61 Übersicht”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AnwK-StGB, § 61).
- KILIAN, Ines, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AnwK-StGB, § 62).
- KILIAN, Ines, “§ 66 Unterbringung in der Sicherungsverwahrung”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AnwK-StGB, § 66).
- KILIAN, Ines, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AnwK-StGB, § 68).
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2013.
- KINDHÄUSER, Urs, **Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar**, Nomos Verlag, 6. Auflage, Baden-Baden, 2015 (LPK-StGB).
- KINDHÄUSER, Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Nomos Verlag, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015 (Strafrecht AT).
- KİREMİT, Yunus, “Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No. 10, İstanbul, 2008, (ss. 207-219).
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2017.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, **Borçlar Hukuku: Genel Bölüm, C. 1**, Filiz Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2008.
- “Kovuşturma Aşaması (I) – Güvenlik Tedbiri Muhakemesi”, **Suçta Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım: Eğitimci El Kitabı**, Ankara, 2010, (ss. 139-146).
- KÖHLER, Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer Verlag, Berlin, 1997.
- KONFUÇYUS, **Sözler**, Çev. AKAR, Birdal, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2017.
- KREICKER, Helmut, “Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben lebenslanger Freiheitsstrafe”, **NStZ**, (5), 2010 (ss. 239-243).
- KUGELMANN, Dieter, **Polizei- und Ordnungsrecht**, Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2012.
- KUNTER, Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, **İÜHFİM**, 13 (4), İstanbul, 1947, (ss. 1327-1349) (“Emniyet Tedbirleri”).
- KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Hukuk Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 1986.
- KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 609, İstanbul, 1954 (Maddi Unsurlar).
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- KURŞUN, Günal, **Ceza Muhakemesinde Hüküm**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, **İcra ve İflâs Hukuku**, Yetkin Yayınları, 27. Baskı, Ankara, 2013.
- KUNZ, Karl-Ludwig, “‘Gefährliche’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung”, **Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag**, Verlag C. H. Beck, München, 2005, (ss. 1375-1392).
- KUNZ, Karl-Heinz, “Einleitung”, **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2**, Hrsg. KNAUER, Christoph, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2018.
- KURTH, Hans-Joachim/POLLÄHNE, Helmut, “§ 413 [Voraussetzungen]”, **Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar)**, Hrsg. GERCKE, Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012 (HeidelbergerK-StPO, § 413).
- KURTH, Hans-Joachim/POLLÄHNE, Helmut, “§ 414 [Verfahren; Antragsschrift]”, **Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar)**, Hrsg. GERCKE,

- Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012 (HeidelbergerK-StPO, § 414).
- KÜHL, Kristian, “Vorbemerkung”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian/HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014 (Lackner/Kühl-StGB, “Vorbemerkung”).
- KÜHL, Kristian, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, **LACKNER/KÜHL Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. KÜHL, Kristian / HEGER, Martin, Verlag C. H. Beck, 28. Auflage, München, 2014 (Lackner/Kühl-StGB, § 1).
- KÜHL, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag Franz Vahlen, 6. Auflage, München, 2008 (Strafrecht AT).
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 23. Auflage, München, 1999.
- LANDECKER, Werner S., “Criminology in Germany”, **JCLC**, 31 (5), January 1941, (ss. 551-575).
- Langenscheidts Großwörterbuch**, Deutsch als Fremdsprache, 5. Auflage, Berlin, 2002.
- LAUBENTHAL, Klaus, “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, **ZStW**, 116 (3), 2004, (ss. 703-750).
- LAUE, Christian, “JGG § 5 Die Folgen der Jugendstraftat”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 6, Nebenstrafrecht I, Hrsg. MANSDÖRFER, Marco/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017.
- LENCKNER, Theodor, “Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit”, **Handbuch der forensischen Psychiatrie: Band I**, Hrsg. GÖPPINGER, Hans/WITTER, Hermann, Springer Verlag, Heidelberg, 1972
- LISZT, Franz von, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, J. Guttentag Verlag, Berlin, 1900.
- LISZT, Franz v./SCHMIDT, Eberhard, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Walter de Gruyter, 25. Auflage, Berlin, 1927.
- LOMBROSO, Cesare, **Suç İşlemenin Biyolojik ve Sosyal Sebepleri**, Çev. IRMAK, Sadi, Aydın Güler Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1963.
- LÖFFELMANN, Markus, “Anwendungsbereich”, **Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen**, Hrsg. JAHN, Matthias/KREHL, Christoph, C. F. Müller Verlag, 1. Auflage, Heidelberg, 2011.

- MADEN, Mehmet, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, , Ankara, 2012 (Seçenek Yaptırımlar).
- MAGGIORE, Guiseppe, **Principi di Diritto Penale, Vol. I: Parte Generale**, Nicola Zanichelli, Bologna, 1932.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- MAIER, Stefan, “StGB § 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, § 67).
- MAIER, Stefan, “StPO § 260 Urteil”, **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2**, Hrsg. SCHNEIDER, Hartmut, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage, München, 2016.
- MAIWALD, Manfred, **Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2009.
- MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt**, Malkoç Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- MANTOVANI, Ferrando, **Diritto Penale: Parte Generale**, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 7. Edizione, Padova, 2011.
- MARSH, Ian, **Theories of Crime**, Routledge Press, 1. Edition, New York, 2006.
- MAUR, Lothar, “StPO § 413 [Voraussetzungen des Antrags]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013 (KarlsruherK-StPO, § 413).
- MAUR, Lothar, “StPO § 414 [Verfahren]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013 (KarlsruherK-StPO, § 414).
- MAUR, Lothar, “StPO § 415 [Hauptverhandlung ohne Beschuldigten]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013 (KarlsruherK-StPO, § 415).

- MAUR, Lothar, “StPO § 416 [Übergang zum Strafverfahren]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013.
- McLAUGHLIN, Eugene/MUNCIE, John, **The Sage Dictionary of Criminology**, SAGE Publications, 2. Edition, London, 2006.
- MEIER, Bernd-Dieter, **Strafrechtliche Sanktionen**, Springer Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2015.
- METZGER, Ernst, “§ 413 StPO”, **KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015 (KMR-StPO, § 413).
- METZGER, Ernst, “§ 414 StPO”, **KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015 (KMR-StPO, § 414).
- METZGER, Ernst, “Vorbemerkungen zu §§ 413 ff StPO”, **KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von/STÖCKEL, Heinz, Wolters Kluwer Verlag, München, 2015 (KMR-StPO, Vor § 413).
- MEZGER, Edmund, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1952.
- MICHAEL, Lotar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, **JuS**, (7), 2001, (ss. 654-659).
- MITSCH, Wolfgang, **Recht der Ordnungswidrigkeiten**, Springer Verlag, 2. Auflage, Heidelberg, 2005.
- MITSCH, Wolfgang, “Was ist Sicherungsverwahrung und was wird aus ihr?”, **JuS**, (9), 2011, (ss. 785-789) [JuS (9)].
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- MONTENBRUCK, Axel, **Strafrechtsphilosophie (1995-2010)**, Verlegt im Open Access der Freien Universität, 2. Auflage, Berlin, 2010.
- MÖLLERS, Martin H. W., “Sozialverteidigung”, **Wörterbuch zur Inneren Sicherheit**, Hrsg. LANGE, Hans-Jürgen, Wiesbaden, 2006, (ss. 304-308).
- MUSHOFF, Tobias, **Strafe – Maßregel - Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention**, Band 2, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2008.
- MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd, “Die Massregeln der Sicherung und Besserung”, **JuS** (10), 1990 (ss. 801-805).

- MÜLLER-DIETZ, Heinz, “Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB”, **NStZ**, (5), 1983, (ss. 203-207).
- NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku**, Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012.
- NIGGLI, Marcel Alexander/RIEDO, Christof, “Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und ‘Sozialethisches Unwerturteil’”, **Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie**, Hrsg. AMSTUTZ, Marc/HOCHREUTENER, Inge/STOFFEL, Walter, Schultless Verlag, Zurich, 2011 (ss. 91-114).
- NAPPI, Aniello, **Manuale di Diritto Penale: Parte Generale**, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2010.
- NOMER, Hâluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2012.
- NONET, Phillippe, “Sanction”, **Cumberland Law Review**, 25 (3), 1995, (ss. 489-532).
- NOWAKOWSKI, Friedrich, “Zur Rechtsstaatlichkeit vorbeugender Maßnahmen”, **Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag**, Hrsg. WELZEL, Hans, Röhrscheid Verlag, 1963, (ss. 98-120).
- NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Adil Yayınevi, Ankara, 1997 (Emniyet Tedbirleri).
- NUHOĞLU, Ayşe, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı**, TCHD Yayınları No. 10, İstanbul, 2008, (ss. 192-206) (“Güvenlik Tedbirleri”).
- OBBERGFELL-FUCHS, Joachim, “Gefährliche Straftäter aus kriminologischer und psychologischer Sicht”, <http://badlandverb.de/bb-obbergfell.pdf> (E.T. 11.2.2017).
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2005.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul, 2014.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Suçsuzluk Karinesi: ‘Alice Harikalar Diyarında’”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 3. Cilt, Ankara, Ocak 2012, (ss. 39-50).
- ORLANDI, Renzo, “Penal Law Sanctions in Italy”, **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1**, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, (ss. 597-619).

- OSTENDORF, Heribert, “Auf Generalprävention Kann Noch Nicht Verzichtet Werden: Über Die Ziele Kriminalrechtlicher Maßnahmens”, **ZRP**, 9 (12), Dezember 1976 (ss. 281-285) [ZRP, 9 (12)].
- OSTENDORF, Heribert, “Sanktionensystem”, **IZPB**, (306), 2010, (ss. 44-47).
- OTACI, Cengiz/ÖZTEKİN, Murat/ÖZAYDIN, Fatih, **TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu (2013-2015 Kararları)**, Adalet Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- OTTO, Harro, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, Walter de Gruyter Verlag, 2. Auflage, Berlin, 1982.
- ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1992.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II**, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1989 (II).
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. III**, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1989 (III).
- ÖNEN, Mesut, **Hukukun Temel Kavramları**, Der Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 1991.
- ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İÜHF Yayınları No. 691, İstanbul, 1985.
- ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. 1, Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2006 (TCK İzmir Şerhi).
- ÖZBEK, Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005 (CMK İzmir Şerhi).
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2017 (Türk Ceza Hukuku).
- ÖZEN, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yayınları, Ankara, 1998.
- ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, **AÜHFD**, 52 (1), Ankara, 2003, (ss. 63-88) (“Tüzel Kişiler”).

- ÖZEN, Muharrem, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, **AÜHFD**, 65 (4), Ankara, 2016, (ss. 2331-2388).
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2017 (Ceza Hukuku).
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2017 (Ceza Muhakemesi).
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2001.
- ÖZKAN, Mustafa Şeref, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı No. 5, Ankara, 1935.
- ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, DEÜHF Yayınları, Ankara, 1991 (Hazırlık Soruşturması).
- ÖZTÜRK, Bahri, **Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku, C. 1**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No. 941, Ankara, 1987 (Suç Muhakemesi).
- ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2001.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ALAN, Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, **Hukuka Giriş**, Ege Matbaası, Ankara, 1959.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları (II. Sınıf Programı)**, 72 Tekstir-Daktilo Fotokopi, Ankara, 1977 (İdare Hukuku).

- PARK, Sang-Min, **Die strafrechtliche Behandlung Gefährlicher Straftäter: Ein deutsch-koreanischer Vergleich**, Universitätsverlag Göttingen, 2015.
- PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt (Madde 1-71)**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2008.
- PETRUNIK, Michael, **Models of Dangerousness: A Cross Jurisdictional Review of Dangerousness Legislation and Practice**, University of Ottawa Criminology Department, Ottawa, 1994.
- PHILIPPS, Lothar, “Normentheorie”, **Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**, Hrsg. KAUFMANN, Arthur/HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid, C. F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2004, (ss. 320-332).
- PFEIFFER, “Nebenklage und Sicherungsverfahren”, **Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag**, Verlag C. H. Beck, München, 2001, (ss. 705-714)
- PFEIFFER, Gerd, “StPO § 126a [Einstweilige Unterbringung]”, **StPO: Strafprozessordnung Kommentar**, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005
- PFEIFFER, Gerd, “StPO § 132a [Vorläufiges Berufsverbot]”, **StPO: Strafprozessordnung Kommentar**, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005.
- PFEIFFER, Gerd, “StPO § 246a [Ärztlicher Sachverständiger]”, **StPO: Strafprozessordnung Kommentar**, Verlag C. H. Beck, 5. Auflage, München, 2005.
- PISAPIA, Gian Domenico, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri**, Çev. AKGÜÇ, Atıf, Adalet Bakanlığı Yayınları No. 10, Ankara, 1971.
- POLLÄHNE, Helmut, “StGB § 61 Übersicht”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, § 61).
- POLLÄHNE, Helmut, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, § 62).
- POLLÄHNE, Helmut, “StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER,

- Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, § 70).
- POLLÄHNE, Helmut, “Verfassungsrechtliche Grundlagen und Menschenrechte”, **Maßregelvollzugsrecht**, Hrsg. KAMMEIER, Heinz, de Gruyter, 3. Auflage, Berlin, 2010.
- POLLÄHNE, Helmut, “Vorbemerkungen zu § 67: Maßregel-Vollstreckungsrecht”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, Vor § 67).
- POLLÄHNE, Helmut, “Vorbemerkungen vor §§ 413 ff.”, **Strafprozessordnung (Heidelberger Kommentar)**, Hrsg. GERCKE, Björn/JULIUS, Karl-Peter/TEMMING, Dieter/ZÖLLER, Mark Alexander, C. F. Müller Verlag, 5. Auflage, Heidelberg, 2012 (HeidelbergerK-StPO, Vor §§ 413 ff.).
- RADTKE, Henning, “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? - Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17. 12. 2009”, **NStZ**, (10), 2010, (ss. 537-546).
- RADTKE, Henning, “Vorbemerkungen zu § 38”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2016 (MüKo-StGB, Vor § 38).
- REHBINDER, Manfred, **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. DOĞAN, İlyas/KAFKAS, Hilal, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 23. Baskı, İstanbul, 2012.
- REITER, B. (Hrsg.), **Lexikon des philosophischen Alltags: Zustände**, J. B. Metzler Verlag, Stuttgart, 2017.
- RENDE, Domenico, “Yeni İtalyan Ceza Kanunu’nda Cezalar, Emniyet Tedbirleri ve Bunların Şahsileştirilmesi”, Çev. KÖNİ, Burhanettin, **İÜHFM**, 2, İstanbul, 1936, (ss. 68-101).
- RIKLIN, Franz/NIGGLI, Marcel Alexander, **Kurzeinführung ins Strafrecht (AT): Für Studierende des 1. Semesters**, Universität Freiburg, 2007/2008.
- ROXIN, Claus, **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1973.
- ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I**, Verlag C. H. Beck, 4. Auflage, München, 2006 (Band I).

- ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Klaus, **Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht**, C. F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2003.
- RYCROFT, Alan, “Criminal Sanctions and Labour Relations”, **SACJ**, (2), 1989 (ss. 271-285).
- RUDOLPHI, Hans Joachim/JÄGER, Christian, “Vorbemerkungen vor § 1 StGB”, **Systematischer Kommentar zum Strafrecht, Band I: §§ 1-37 StGB**, Hrsg. WOLTER, Jürgen, Carl Heymanns Verlag, 9. Auflage, 2017 (SK-StGB, Vor § 1).
- RÜBENSTAHL, Markus, “§ 73 Voraussetzungen des Verfalls”, **AnwaltKommentar Strafgesetzbuch**, Hrsg. LEIPOLD, Klaus/TSAMBIKAKIS Michael/ZÖLLER, Mark A., C. F. Müller, 2. Auflage, Heidelberg, 2015 (AnwK-StGB, § 73).
- SAFFERLING, Christoph J. M., **Vorsatz und Schuld**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2008.
- SALIGER, Frank, “StGB § 74 Voraussetzungen der Einziehung”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- SALIGER, Frank, “Vorbemerkungen zu §§ 73 ff”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, Vor § 73).
- SATZGER, Helmut, “§ 1 StGB – Keine Strafe ohne Gesetz”, **StGB – Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SATZGER, Helmut/SCHLUCKEBIER, Wilhelm/WIDMAIER, Gunter, Carl Heymanns Verlag, 2. Auflage, Köln, 2014 (SSW-StGB § 1).
- SAX, Walter, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, **Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 3**, Hrsg. BETTERMANN, Karl August/NIPPERDEY, Hans Carl/SCHEUNER, Ulrich, 1959, (ss. 909-1014).
- SCHAEFER, Udo, “Crime and Punishment”, Çev. SCHUCKELT, Geraldine, **Law and International Order**, Bahá'í Publishing Trust, London, 1996, (ss. 39-68).
- SCHÄFER, Gerhard/SANDER, Günther M./GEMMEREN, Gerhard van, **Praxis der Strafzumessung**, Verlag C. H. Beck, 6. Auflage, München, 2017.
- SCHENKE, Wolf Rüdiger, “Rechtsschutz gegen doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei”, **NJW**, (39), 2011, (ss. 2833-2844).

- SCHEUTEN, Frauke-Katrin, “StPO § 4 [Verbindung rechtshängiger Sachen]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013 (KarlsruherK-StPO, § 4).
- SCHILD, Wolfgang, “StGB § 19 Schuldunfähigkeit des Kindes”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, **Einführung in das Strafrecht**, Westdeutscher Verlag, 2. Auflage, Opladen, 1984.
- SCHMIDT, Eberhard, **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, Vandenhoeck & Ruprecht, 3. Auflage, Göttingen, 1995.
- SCHMITZ, Roland, “StGB § 1 Keine Strafe ohne Gesetz”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-37 StGB**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017 (MüKo-StGB § 1).
- SCHMOLLER, Kurt, “Strafrechtliche Sanktionen in Österreich”, **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1**, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, (ss. 365-404).
- SCHNEIDER, Hans Joachim, **Einführung in die Kriminologie**, Walter de Gruyter Verlag, Berlin, 1993.
- SCHÖCH, Heinz, “§ 61 Übersicht”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, § 61).
- SCHÖCH, Heinz, “§ 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, § 62).
- SCHÖCH, Heinz, “§ 63 Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, § 63).
- SCHÖCH, Heinz, “§ 64 Unterbringung in einem Entziehungsanstalt”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE,

- Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, § 64).
- SCHÖCH, Heinz, “§ 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, § 67).
- SCHÖCH, Heinz, “Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 56-79b**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2008 (LK-StGB, Vor §§ 61 ff).
- SCHRECKLING, Jürgen/PIELOW, Lukas, “Täter-Opfer-Ausgleich: Eine Zwischenbilanz nach zwei Jahren Fallpraxis beim Modellprojekt ‘Die Waage’”, **ZRP**, 22 (1), München, 1989, (ss. 10-15).
- SCHROEDER, Friedrich-Christian/VERREL, Torsten, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. OKTAR, Salih, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SCHULTHEIS, Ullrich, “StPO § 126a [Einstweilige Unterbringung]”, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Hrsg. HANNICH, Rolf, Verlag C. H. Beck, 7. Auflage, München, 2013.
- SCOTT, Georg Ryley, **The History of Torture Throughout the Ages**, Luxor Press, London, 1959.
- SELIGMAN, Edwin R. A./JOHNSON, Alvin (Ed.), **Encyclopaedia of the Social Sciences**, (13), The Macmillan Company, 11. Printing, New York, 1954.
- SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk**, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2013.
- SIEGEL, Larry J., **Criminology**, Wadsworth Cengage Learning, 11. Edition, California, 2012.
- SINN, Arndt, “§ 61 – Übersicht”, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Hrsg. RUDOLPHI, Hans-Joachim/WOLTER, Jürgen, Wolters Kluwer Verlag, München, 2013.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 (Ceza Hukuku, 1998).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2016 (Ceza Hukuku, 2016).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2007.

- SOYASLAN, Doğan, **Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri)**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2003.
- SOYASLAN, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları No. 77, Ankara, 1990 (Yürütme).
- STEFANOPOULOU, Georgia, “Der Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Straftätern in Europa”, **ZIS**, (7-8), 2013, (ss. 350-358).
- STOHR, Mary K./WALSH, Anthony, **Corrections: From Research, to Policy, to Practice**, SAGE Publications, Los Angeles, 2017.
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff.”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 38 ff.).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “Vorbemerkungen zu den §§ 61 ff.”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, Vor §§ 61 ff.).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 46 Grundsätze der Strafzumessung”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 46).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 61 Übersicht”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 61).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 67 Reihenfolge der Vollstreckung”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 67).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 68 Voraussetzungen der Führungsaufsicht”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 68).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 69a Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 69a).
- STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “StGB § 70 Anordnung des Berufsverbots”, **Strafgesetzbuch Kommentar**, Hrsg. SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst,

- C. H. Verlag Beck, 29. Auflage, München, 2014 (Schönke/Schröder-StGB, § 70).
- STRENG, Franz, “Entwicklung neuer Sanktionsformen”, **Täterbehandlung und neue Sanktionsformen: Kriminalpolitische Konzepte in Europa**, Hrsg. JEHL, Jörg-Martin, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2000 (ss. 207-233).
- STRENG, Franz, “StGB § 20 Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-37 StGB**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, München, 2017.
- SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2013.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku –I-**, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2012 (CMH I).
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku –II-**, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2018 (CMH II).
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005 (CMK Gazi Şerhi).
- ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C. I (Kanunlar)**, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- ŞEN, Ersan, **Türk Ceza Hukuku: Suçun Genel Esasları ve Unsurları**, Der Yayınları, İstanbul, 2002.
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk – İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku - I**, Ed. ÜNVER, Yener, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2014, (ss. 25-40).
- TAK, Peter J. P., “Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli”, Çev. ERDEMLİ, Mahmut, **Küresel Bakış**, 4 (12), Ankara, 2014, (ss. 41-67).
- TAK, Peter J. P., “Yeniden Suç İşleme Riskinin Cezaların Türü ve Miktarını Belirlemede Rolü”, Çev. ERDEMLİ, Mahmut, **Küresel Bakış**, 4 (13), Nisan 2014, (ss. 1-31) (“Yeniden”).
- TAN, Mehmet, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler: 1. Cilt (1-34. Maddeler)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- TANER, M. Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İÜHF Yayınları No. 117, İstanbul, 1953 (Ceza Hukuku).
- TANER, M. Tahir, **Ceza Hukuku Üçüncü Basıma İkinci Ek**, İÜHF Yayınları No. 122, İstanbul, 1953.

- TEMMING, Dieter, “StPO § 413 Zulässigkeit”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008 (BeckOK-StPO, § 413).
- TEMMING, Dieter, “StPO § 414 Verfahren; Antragsschrift”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 29. Edition, München, 2008 (BeckOK-StPO, § 414).
- TEMMING, Dieter, “StPO § 415 Hauptverhandlung ohne Beschuldigten”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 31. Edition, München, 2018 (BeckOK-StPO, § 415).
- TEMMING, Dieter, “StPO § 416 Übergang in das Strafverfahren”, **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Hrsg. GRAF, Jürgen Peter, Verlag C. H. Beck, 31. Edition, München, 2018.
- TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği**, Savaş Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2015 (İsnat Yeteneği).
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınları, Ankara, 2005 (Ceza Hukuku).
- TOROSLU, Nevzat, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1987.
- TOROSLU, Nevzat/ERSOY, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap**, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, (ss. 1-20).
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2014.
- TOSUN, Öztekin, **Suç Hukuku El Kitabı**, Üniversiteler Yayınevi, İstanbul, 1979 (Suç Hukuku).
- TOSUN, Öztekin, **Suç Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, AR Yayınları, İstanbul, 1983.
- TOSUN, Öztekin, **Suçluların Gözlemi**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1966.
- TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Verlag C. H. Beck, 52. Auflage, München, 2004 (StGB).
- TRUPP, Andreas, “Das polizeiliche Aufenthaltsverbot als Legislativskandal -Zum Ursprung und Charakter des Aufenthaltsverbotes als »neuer« Standardmaßnahme in deutschen Landespolizeigesetzen-”, **KritV**, 85 (4), 2002, (ss. 459-473).
- TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığın Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme”, **CHD**, (4), Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, (ss. 171-196).

- Türk Dil Kurumu, **Okul Sözlüğü**, TDK Yayınları No. 603, 2. Baskı, Ankara, 2000.
- Türk Hukuk Lûgatı**, Başbakanlık Basımevi, 3. Baskı, Ankara, 1991.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- ULUSOY, Ali D., **İdari Yaptırımlar**, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013.
- ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 1989 (Akıl Hastalığı).
- ÜNVER, Yener, “Güvenlik Tedbirleri İle Cezalar Arasında Bir Fark Kaldı Mı? (Alman Anayasa Mahkemesi’nin Konuyla İlgili Bir Kararı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme)”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, GSÜHFD, 1 (1), İstanbul, 2010, (ss. 367-375).
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, TBB Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “5237 Sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, **HPD**, (4), 2005.
- VASSALLI, Giuliano, “İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi”, Çev. DONAY, Süheyl, **İÜHFM**, 36 (1-4), İstanbul, 1970, (ss. 509-528).
- VEH, Herbert, “StGB § 67b Aussetzung zugleich mit der Anordnung”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 38-79b StGB**, Hrsg. JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München, 2012.
- VIDAL, Georges/MAGNOL, Josephe, **Ceza Hukuku**, Çev. DEVRİN, Şinasi Z., Ankara Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1949.
- VILLMOW, Bernhard, “Vorbemerkungen zu §§ 38ff”, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, Hrsg. KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ullrich, Nomos Verlag, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017 (NK-StGB, Vor §§ 38ff).
- VORMBAUM, Thomas, **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**, Springer Verlag, 3. Auflage, Heidelberg, 2016.
- WACHSMANN, Nikolaus, **Hitler’s Prisons: Legal Terror in Nazi Germany**, Yale University Press, New Haven, 2004.
- WALSH, Anthony/ELLIS, Lee, **Criminology: An Interdisciplinary Approach**, Sage Publications, Thousand Oaks, 2007.

- WALTER, Florian, "Die Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus", **JA**, (2) 2015, (ss. 87-93).
- WALTHER, Susanne, "Was soll 'Strafe'? - Grundzüge eines zeitgemäßen Sanktionensystems", **ZStW**, 111 (1), 1999, (ss. 123-143).
- WEIGEND, Thomas, "Einleitung", **Leipziger Kommentar StGB, Band 1**, Hrsg. LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, Verlag de Gruyter, 12. Auflage, 2007 (LK-StGB, "Einleitung").
- WELLFORD, Charles F., "History and Evolution of Criminology", **21st Century Criminology: A Reference Handbook**, Ed. MILLER, Mitchell, SAGE Publications, Los Angeles, 2009, (ss. 10-17).
- WELZEL, Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, De Gruyter Verlag, 11. Auflage, Berlin, 1989.
- WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C. F. Müller Verlag, 44. Auflage, Heidelberg, 2014.
- WETZEL, Richard F., "The Medicalization of Criminal Law Reform in Imperial Germany", **Institutions of Confinement: Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1950**, Ed. FINSCH, Norbert/JÜTTE, Robert, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, (ss. 275-284).
- WITTIG, Petra, "Die rationale Bewältigung des Irrationalen: Von der tiefenpsychologischen Legitimation der Generalprävention zur Freiheitsverbürgung durch das Strafrecht", **Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts**, Hrsg. BEULKE, Werner/LÜDERSEN, Klaus/POPP, Andreas/WITTIG, Petra, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2009.
- WOHLERS, Wolfgang, "Vorbemerkungen vor §§ 94 ff. StPO", **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2**, Hrsg. WOLTER, Jürgen, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, Köln, 2010.
- WOLFGANG, Marvin E., "Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1825-1909)", **JCLC**, 52 (4), Winter 1961, (ss. 361-391).
- WRÓBEL, Włodzimierz/WOJTASZYK, Adam/ZONTEK, Witold, "Poland Country Report", **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi C. 1**, Ed. SÖZÜER, Adem, İstanbul, 2015, (ss. 341-363).
- YAVUZ, Hakan A., **Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara, 2011.

- YAYLA, Mehmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017.
- YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu: Strafprozeßordnung (StPO)**, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu: Strafgesetzbuch (StGB)**, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- YERDELEN, Erdal, **Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2012.
- YILDIZ, Ali Kemal, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları No. 101, İstanbul, 2007.
- YILMAZ, Zekeriya, “Ceza Kanunumuzda Mahkumiyete Bağlı Hak Yoksunlukları”, **ABD**, (2), 2006, (ss. 21-44).
- YILMAZ, Zekeriya, **Teori ve Uygulamada Müsadere**, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1997 (Müsadere).
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed. ERGÜL, Teoman, TBB Yayınları No. 71, Ankara, 2004, (ss. 185-197) (“Yaş Küçüklüğü”).
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, C. 3**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.
- YURTCAN, Erdener, **CMUK Şerhi**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2000.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Yayınları, 12. Baskı, İstanbul, 2007.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Suçlunun Terbiyesi Meselesi”, **Adliye Dergisi**, (9-10), Ankara, 1961, (ss. 927-935).
- YÜCEL, Mustafa Tören, “TCK Tasarısı Üzerine Notlar”, **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ed. ERGÜL, Teoman, TBB Yayınları No. 71, Ankara, 2004, (ss. 85-145).

- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)**, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2013 (Ceza Hukuku).
- ZAFER, Hamide, “Emniyet Tedbiri Muhakemesinin Özellikleri”, **İÜHFM**, 62 (1-2), İstanbul, 2004, (ss. 264-314) (“Emniyet Tedbiri Muhakemesi”).
- ZANOBINI, Guido, **İdari Müeyyideler**, Çev. GÜNAL, H. Yılmaz AÜSBF Yayınları No. 175, Ankara, 1964.
- ZIEGLER, Theo, “StGB § 61 Übersicht”, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 61).
- ZIEGLER, Theo, “StGB § 62 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 62).
- ZIEGLER, Theo, “StGB § 63 Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus”, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017 (BeckOK-StGB, § 63).
- ZIEGLER, Theo, “StGB § 64 Unterbringung in einer Entziehungsanstalt”, **Beck’scher Online-Kommentar StGB**, Hrsg. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von, Verlag C. H. Beck, 35. Edition, München, 2017, (BeckOK-StGB, § 64).
- ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter, “§ 57 Die Sanktionsmittel des allgemeinen Strafrechts”, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENZIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014 (§ 57).
- ZIPF, Heinz/LAUE, Christian, “§ 67 Allgemeine Grundsätze”, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENZIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014 (§ 67).
- ZIPF, Heinz/LAUE, Christian, “§ 68 Freiheitsentziehende Maßregeln”, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, Hrsg. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz/DÖLLING, Dieter/LAUE, Christian/RENZIKOWSKI, Joachim, C. F. Müller Verlag, 8. Auflage, München, 2014 (§ 68).

ÖZET

Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunda suç karşılığında uygulanan cezaların yanı sıra suç vesilesiyle uygulanan ceza hukukuna özgü tedbirlerdir. Ceza hukukunun iki izli hukuki sonuçlar sisteminde, bir yanda kusur yeteneğine sahip fail hakkında uygulanacak cezalar, diğer yanda sosyal açıdan tehlikeli faile uygulanacak güvenlik tedbirleri yer almaktadır. Bu tez çalışmasının konusunu, maddi ve şekli hukuk boyutuyla “ceza hukukunun ikinci izi” olan güvenlik tedbirleri teşkil etmektedir. Çalışma, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde “suçun hukuki sonuçları teorisi”, ikinci bölümde “güvenlik tedbirleri teorisi”, üçüncü bölümde ise “güvenlik tedbirleri muhakemesi” incelenmektedir. Tezin hazırlanmasında ana dil dışında, bazı başlıklarda ağırlıklı olarak Almanca, kısmen İngilizce ve kavramsal boyutla sınırlı olmak üzere İtalyanca eserlerden yararlanılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde, ceza hukukunda “ihlal” ve ihlalin hukuki sonucu olarak “müeyyide” ve “tedbir” kavramlarına yer verilmiştir. Bu kapsamda önce müeyyide kavramı açıklanmaya çalışılmış, müeyyidenin anlamı ve müeyyide türleri incelenmiş; daha sonra tedbir kavramına ve bu kavramın anlam ve türlerine değinilmiştir. Güvenlik tedbirlerinin “ihlale önlem” anlamında ceza hukukuna özgü bir tedbir türü olduğu düşüncesinin alt yapısını, birinci bölümde yer verilen müeyyide ve tedbir ayrımı oluşturmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde güvenlik tedbirleri kavramı, tedbirlerin uygulanma koşulları, özellikleri ve türleri inceleme konusu yapılmıştır. Bu bölümde güvenlik tedbirleri kavramı açıklanırken güvenlik tedbirlerinin anlamına, meşruiyet temeline, hukuki niteliğine, ilkelerine ve tarihsel kökenine ilişkin bilgiler verilmiştir. Ayrıca güvenlik tedbirlerinin özellikleri içerisinde, aynı zamanda kavramın özünü de oluşturan tehlikelilik kavramı üzerinde önemle durulmuş, tedbir açısından “tehlikeli hal” açıklanmıştır. Keza bu bölümde güvenlik tedbirlerinin türleri, maddi hukuk boyutuyla, yöneldiği hukuki değere ve uygulandığı zaman dilimine göre ikiye ayrılmış; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda sınıflandırılmayan güvenlik tedbirleri için bir “tedbirler kategorisi” oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca suçun hukuki sonuçları sistemine yer verilerek tek izli, iki izli ve çok izli hukuki sonuçlar sistemine ilişkin özellikler incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde güvenlik tedbirleri muhakemesi kavram ve içerik yönüyle ele alınmış; bu kapsamda tedbir muhakemesinin temel özellikleri ile türleri incelenmiştir. Türk hukukunda bağımsız bir güvenlik tedbiri muhakemesi usulü

benimsenmediği için güvenlik tedbirleri muhakemesinin türleri, Alman hukukunda yer verilen bağımsız tedbir muhakemesi ile Türk hukukunda geçerli olan bağımlı tedbir muhakemesinin karşılaştırılması amacıyla ikiye ayrılmıştır. Bağımsız tedbir muhakemesi başlığı altında Türk hukukuna genel anlamda yabancı olan fakat hukukumuzda da ileride uygulanmasının isabetli olacağını düşündüğümüz, kendine özgü yargılama kurallarına değinilmiştir. Bu bölümde ayrıca genel anlamda bağımlı tedbir muhakemesi görünümünde olan Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinin türlerine özgü muhakeme usulüne yer verilmiş; nihayet şekli ceza hukukundaki koruma tedbirleri ile maddi ceza hukukundaki güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suçun hukuki sonuçları, güvenlik tedbirleri, güvenlik tedbirleri muhakemesi, ihlal, suç, müeyyide, tedbir, iki izlilik, tehlikelilik.

ABSTRACT

Security measures are measures special to criminal law in addition to penalties imposed by the criminal law against crimes. In the system of two-track legal consequences of the criminal law, there are penalties to be imposed on the perpetrator on one hand, and the security measures to be applied to the socially dangerous perpetrator on the other. The subject of this thesis study consists of security measures that is the “second track of criminal law” as per its material and procedural law aspect. The study consists of three sections. In the first section “theory of the legal results of crime”, in the second section “security measures theory”, in the third section “security measures procedure” are analyzed. In addition to the mother tongue in the preparation of the thesis, some works have been used in German, partly in English and, in conceptual dimension, Italian.

In the first section of the study, the terms “violation” in criminal law and “sanction” and “measure” as the result of violation are included. In this context, first the term of sanction is tried to be explained, the meaning of the sanction and types thereof are analyzed, then the term of measure and the meaning and types thereof are referred to. The sub-structure of the notion that security measure is a type of measure specific to the criminal law in terms of “preventing the violation” constitutes the separation between the sanctions and measures given in the first section.

In the second part of the study, the concept of security measures, the conditions of application of the measures, characteristics and types are examined. In this section, when explaining the concept of security measures, information about the meaning of the security measures, the basis of legitimacy, the legal nature, principles and historical origin is given. In addition, within the characteristics of the security measures, the concept of the dangerousness which constitutes the essence of the concept is also emphasized and the “dangerous situation” with respect to the measure is explained. Likewise, in this section, the types of security measures are divided into two according to the material law, the legal value it has been directed and the time period in which it is applied, and a category of measures has been tried to be established for the security measures not classified in Turkish Criminal Code No. 5237. This chapter also examines the legal consequences of the crime and examines the characteristics of the system of single-track, two-track and multi-track legal results.

In the third part of the study, the procedure of security measures is examined in terms of concept and content, and in this context the basic features and types of measure reasoning are examined. Since an independent security measure procedure has not been adopted in Turkish law, the types of reasoning of the security measures have been divided into two groups in order to compare the independent measure procedure in German law and the dependent measure procedure applicable in Turkish law. Under the heading of independent measure procedure, the rules of specific jurisdiction, which are generally foreign to Turkish law, but which we think will be appropriate to apply in the future in our law, have been mentioned. In this section, the reasoning procedure, which is specific to the types of security measures, which are generally in the form of a dependent measure judgment in Turkish Law has been mentioned, and finally the relationship between the protection measures in the procedural criminal law and the security measures in the material criminal law are examined.

Key Words: Legal results of the crime, security measures, procedure of the security measures, violation, crime, sanction, measure, double track, dangerousness.