

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 13 | Sayı: 2 | Haziran 2020

**TCHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA  
CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**

ISSN: 1308-0474

E ISSN: 2687-3044

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

**Genel Yayın Yönetmeni**

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,

info@bayraktarhukuk.com)

**Sorumlu Müdür**

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

**Yayın Kurulu**

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)

Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)

Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)

Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)

Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)

Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

**Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)

Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu (Bahçeşehir Üniversitesi)

Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)

Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)

Doç. Dr. Eylem Ümit Atılcan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin Inceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)

Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızılarslan (Ufuk Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)

Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)

Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)

Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)

Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

**Yayınlanma Aralığı**

- Üç ayda bir yayınlanır

**Yayın Dili**

Türkçe

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği

Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

**E-Posta**

bilgi@tchd.org.tr

**Basım Yeri**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2

Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.

Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

**Basım Tarihi**

Haziran 2020

## **Dergimiz Hakkında**

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı. O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşını aşmıştır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza



# İçindekiler

---

## Hakemli Makaleler

- 7242 SAYILI KANUN VE DOLAYLI AF **387**  
*7242 NUMBERED ACT AND INDIRECT PARDON* Timur DEMİRBAŞ
- YASAK SORGU YÖNTEMLERİ **407**  
*PROHIBITED QUERIES* Semiyet BADEM
- TIP CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KISIRLAŞTIRMA SUÇU VE KASTRASYON **449**  
*STERILIZATION CRIME AND CASTRATION IN THE CONTEXT OF MEDICAL CRIMINAL LAW* Büşra DOĞAN
- CEZA HUKUKUNDA TEKERRÜR VE MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ **527**  
*RECIDIVATION IN CRIMINAL LAW AND EXECUTION OF THE CRIMINAL SENTENCES OF THE RECIDIVISTS* Furkan Ali ŞİMŞEK
- AİHM İÇTİHA TLARI NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI VE COVID-19 VİRÜSÜNE KARŞI MÜCADELEDE BU YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLAL EDEN DEVLETLERİN BİRLEŞİK KRALLIK VE İTALYA ÖZELİNDE HUKUKİ SORUMLULUKLARI **571**  
*THE NOTION OF POSITIVE OBLIGATIONS WHICH WAS EMERGED AS A CONSEQUENCE OF THE ECtHR CASE-LAW AND THE LEGAL RESPONSIBILITIES OF THE COUNTRIES WHICH VIOLATE THIS OBLIGATION WHILE FIGHTING AGAINST COVID-19* Berk Cem TATAR  
Tarkan ERDEVE

## Hakemsiz Makale

- TÜRK ÜNİVERSİTELERİNDE CEZA HUKUKUYLA İLGİLİ ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZLERİ **605**  
Aybike BERBER

İŞGAL ALTINDAKİ ÇOCUKLUK: AHED  
TAMİMİNİN HİKÂYESİ VE BATT'NİN SEÇİÇİ  
İNSANCILLIĞI **621**

*CHILDHOOD UNDER OCCUPATION:  
AHED TAMIMI'S STORY AND THE WEST'S  
SELECTIVE HUMANITARIANISM*

Can YAVUZ

YARGI BASKISI ALTINDA AVUKATLAR **635**

*LAWYERS UNDER JUDICIAL PRESSURE*

Gülendam Şan KARABULUTLAR

## 7242 SAYILI KANUN VE DOLAYLI AF\*

Timur DEMİRBAŞ\*\*

### ÖZET

Cezaevlerinde doluluğa çözüm amacıyla 2018 yılında MHP'nin kanun teklifiyle başlayan tartışmalar, 14.4.2020 tarih ve 7242 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile sonuçlanmıştır. 7242 sayılı Kanunun geçici m. 6 ve m. 9'da getirdiği hükümler, 30 Mart 2020 tarihine kadar suç işlemiş olan belirli suçlular yönünden cezaevinde kalma süresini kısaltması nedeniyle özel af Kanunu niteliği taşımaktadır. Bu Kanun, kriminoloji ve suç politikası verilerine dayanmadan hazırlanmış olup, kişilerin özgürlük, güvenlik ve adaletin sağlanması yönündeki beklentilerini karşılamaktan uzaktır. 7242 sayılı Kanun, af kanunlarının An. m. 87'deki, TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile çıkartılabileceği kuralı başta olmak üzere, getirdiği düzenlemeler nedeniyle de An. m. 10'daki eşitlik ilkesine de aykırıdır. 7242 sayılı Kanundan yararlanan kişilerin Cumhurbaşkanının "bu vatandaşlarımızın devletin ve toplumun güvenliğini boşa çıkarmayacağına inanıyorum" temennisiyle(14.4.2020) bırakılmalarından sonra, yeni suçlar işlemeleri gerçeği karşısında; söz konusu Kanun, toplumun suçlardan korunması yönünden devlete olan inancını zayıflattığı gibi, kamu vicdanını da yaralamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Ceza infaz kurumu, dolaylı af, 7242 s. Kanun, eşitlik, kamu vicdanı.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 08/06/2020. İlk hakem raporu tarihi: 15/06/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 17/06/2020.

\*\* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, timur.demirbas@yasar.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6491-7323.

## THE ACT NO. 7242 AND INDIRECT PARDON

### ABSTRACT

The arguments which started with the legislative proposal of MHP in 2018 related to finding a solution to the fullness of penal institutions have been resulted with the Act No. 7242 called "Amendment Act of Criminal Execution Code And Some Other Codes". Because it is reducing the periods passing in penal institutions for some significant offenders who committed crimes till 30 March 2020, provisional articles 6 and 9 of the Act No. 7242 can be qualified as special pardon act. This act has been prepared without holding criminological and crime policy datas and far from satisfying the expectations of providing personal freedom, safety and securing justice concepts. The Act No. 7242 is s also violating the article 87 of the Constitution which regulates the rule of arranging pardon acts only by the consent of 3/5 majority of members of TBMM (Grand National Assembly of Turkey) and article 10 of the Constitution prescribing equity principle. Facing the reality of committing new crimes of related people who benefit from the Act No. 7242 after their release, with the wish of the President of the Republic as "I believe these citizens will not disappoint the State and the public trust (14.04.2020)", the act has wounded public conscience and weaken the belief of public to the State that will protect them against crimes.

**Keywords:** Criminal penal institution, indirect pardon, the Act No. 7242, equity, public conscience

### Giriş

Cezaevleri tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de her zaman sorunlu kurumlar olmuşlardır. Ceza infaz kurumlarının sorunlarının belirlenerek, bunlara çözüm bulunması ve hükümlülerin cezalarının infazı sonunda topluma yeniden kazandırılmaları gereklidir. Bu bakımdan, cezaevlerindeki insanların sorunlarına duyarlı kalarak, onların kendi içimizden çıkan insanlar olduğu ve bir gün aramıza tekrar dönecekleri unutulmamalıdır.



Türkiye’de son yıllarda cezaevi nüfusu, yeni cezaevleri yapılmasına rağmen kapasitenin üzerinde artmıştı. Aşağıdaki tabloda karşılaştırmalı yıllar olarak 4616 sayılı Kanun (Rahşan) affı öncesi ve sonrası için 1999 ve 2000 yılları, 5237 sayılı TCK öncesi ve sonrası için de 2005 ve 2006 yılları alınmıştır.

YILLAR	HÜKÜMLÜ				TUTUKLU				GENEL TOPLAM
	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	
1999	*	*	*	44.131	*	*	*	23.450	67.581
31/12/2000	23.708	894	253	24.855	22.595	921	1.141	24.657	49.512
31/12/2005	28.420	882	143	29.445	24.089	930	1.406	26.425	55.870
31/12/2006	34.458	1.086	321	35.865	31.303	1.315	1.794	34.412	70.277
31/03/2016	154.750	5.631	784	161.165	23.610	1.157	1.715	26.482	187.647
2/10/2017	134.211	5.034	1.003	140.248	81.969	4.951	1.825	88.745	218.993

Bu durum, 100.000 kişiye düşen tutuklu ve hükümlü sayısı olarak ifade edilen mahpuslaşma oranının Türkiye açısından iki mislinin üzerinde artması yönünden dikkat çekicidir<sup>1</sup>.

Mahpuslaşma oranının son yıllarda görünümü şu şekildedir<sup>2</sup>: ABD 698 (2013), Rusya 471 (2014), Belçika 102 (2012), Almanya 82 (2012), Fransa 114 (2014), İngiltere 153 (2012), Çin 120 (2012), Japonya 53 (2012), Çek Cumhuriyeti 178 (2014), Türkiye 204 (2014). Türkiye’de mahpuslaşma oranı 1998’de 100 iken, 2014’de iki katına çıkmak suretiyle 204’e ve 2018’de 300’e yaklaşması dikkat çekicidir. Adalet Bakanlığı yetkililerinin açıklamalarına göre, 7242 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve 90.000 civarında hükümlünün cezaevlerinden çıkması ile birlikte bu sayının 200.000’lere düşeceği tahmin edilmektedir.

Cezaevlerinde doluluğu çözüm amacıyla MHP’li milletvekilleri tarafından TBMM Başkanlığına 24.9.2018 tarihinde verilen “Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim İle Tutuklu ve Hüküm-

1 **Mahpuslaşma oranı**, mahpus sayısının 100.000 ile çarpımının nüfusa bölünmesiyle hesaplanır.  
2 <http://www.prisonstudies.org/>, Erişim Tarihi: 30.08.2015.

*lülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi*” ile kamuoyunda başlayan tartışmalar, 14.4.2020 tarih ve 7242 sayılı “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile sonuçlanmıştır<sup>3</sup>.

## **I. Ceza İnfaz Kurumlarında Doluluk Sorunu**

Ceza infaz kurumlarının sorunlarını şu şekilde ortaya koymak mümkündür<sup>4</sup>: 1) Cezaevlerindeki doluluğu azaltmak, 2) Günlük yaşam koşullarını düzeltmek, 3) Mahkûm haklarını etkin bir şekilde tespit etmek, 4) İnfaz kurumlarının fiziki koşullarını düzeltmek, 5) Nitelikli infaz personeli yetiştirmek.

Cezaevlerindeki aşırı doluluk, sadece yükselen suçluluk rakamlarına dayanarak açıklanamaz; bunun nedenleri olarak şunlar sıralanabilir<sup>5</sup>:

1. Kanun değişiklikleriyle (örneğin, cinsel suçlar), fakat kamuoyunun da baskısıyla (medya ve politikacıların konuşmaları) yüksek cezalara hükmedilmesi;
2. Tutukluluğun çok, keyfi ve uzun süreli uygulanması;
3. Vaktinden önce salıverilmeye az karar verilmesi (koşullu salıverilme);
4. Hürriyeti bağlayıcı ceza alternatiflerinin yetersiz olması veya mevcutlarının etkin şekilde uygulanamaması (uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme);
5. Bağımlıların uygun tedavi kurumlarında barındırılmaları gerekirken, cezaevlerinde büyük yer işgal etmeleri;
6. Para cezalarının ödenmemesi ve hukuki nedenlerle (mal beyanında bulunmama gibi) cezaevine girmek zorunda olan yoksul mahpusların ekonomik krizin de etkisiyle artması;

3 RG 15.4.2020.

4 **Demirbaş** Timur, *İnfaz Hukuku*, 6.Baskı, Ankara 2019, s.457.

5 **Feest** Johannes (Hrsg.), *Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 4. Auflage, Luchterhand 2000, vor § 2, n.4, s. 9.

7. Cezaevi yerine geçecek yeni olanaklarının denenmesinin eksikliği, örneğin elektronik izleme veya çalışmak suretiyle mahpusluk süresinin kısaltılabilmesi;
8. Suç olmaktan çıkartmada tereddütlü davranılması.

## II. Af Tartışmaları

### 1) Genel Olarak

*Affin amacı*, çeşitli esaslara dayandırılmaktadır. Bunlardan birisi, ceza kanunlarının somut olaylara uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek haksızlıkları gidermek suretiyle, adaletsizlikleri ortadan kaldırmaktır. Çünkü adalet teşkilatı ne kadar mükemmel olursa olsun, adlî hataların söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Cezaevlerinin boşaltılması isteği de affın amaçları arasında sayılabilir. Bu şekilde, bakım, gözetim ve beslenme masrafları yönünden tasarruf sağlanabileceği; cezaevi personeline de bir rahatlık sağlanacağı savunulmaktadır. Türkiye’de, af savunucularının en önemli gerekçeleri arasında bu gelmektedir. Gerçekten de, cezaevlerinde aşırı yığılma, devletin cezaevlerine hâkim olamaması gibi nedenlerle affın gerekliliği dile getirilmektedir. Bu şekilde, mahkemelerin iş yükünün de azalacağı ifade edilmektedir. Ancak Türkiye’de, affın genellikle siyasi amaçlara dayandırıldığı bir gerçektir<sup>6</sup>. İşte bir zorunluluk olmadan, sırf siyasi kazanç elde etmek için ceza infaz kurumlarını boşaltmak gibi hukuki ve insani temele dayanmayan af uygulamaları toplumsal barışı bozup, adalete olan inancı sarsacağı unutulmamalıdır<sup>7</sup>.

Af, dayanağını anayasalardan alan bir kurumdur. Nitekim 1982 Anayasası m. 87’de, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin *üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı* ile genel ve özel af ilanına yetkili olduğu düzenlenmiştir. Anayasa m. 169’da, orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa m. 104’te ise, Cumhurbaşkanıya “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama*” nedenlerine dayanarak bağışlama yetkisi tanınmıştır.

6 **Demirbaş Timur**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; 14.baskı, Ankara 2019, s.729.

7 **Sancar Türkan**, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolaylı Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Anayasa Yargısı, C.18, Ankara 2001, s.156.

Tüm bunlara karşın, belirli aralıklarla çıkarılan af kanunlarının ve af beklentisinin suça teşvik edici role sahip olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim **Beccaria**'ya göre, suçların işlenmesini engelleyen husus, cezaların şiddeti değil, kesin oluşlarıdır; bu nedenle, “*mutedil bir cezanın muhakkak tatbik edileceği korkusu, tatbikinden kaçınmak ümidini veren şiddetli bir cezadan daima müessir olmuştur. Felaketler ne kadar hafif olursa olsun, muhakkak olunca, insanoğullarını korkutur*”. “*Suçlulara işledikleri suçlarını bağışlamak ve böylece her suçu cezanın takip etmeyeceğini göstermek demek, vatandaşlarda cezasız kalmak ümidini uyandırmak ve dolayısıyla affa nail olmayanlara tatbik edilen cezanın adaletin zaruretinden ziyade, zulüm ve zorbalığın eseri olduğu kanaatini yaratmak demektir*”<sup>8</sup>.

Af, hukukun düzeltilmesi değildir ve onu amaç edinmez. Mevcut ceza hukukuna müdahale ettirmez, ancak belirli tarzda onun reformu ile ilgilenebilir. Eğer, belirli nedenlerle bağlı olarak af çıkartılırsa, böylece her durumda hukuki değil, bilâkis, yeni bir meclisin seçimi, hükümet değişikliği, Cumhurbaşkanı seçimi, insan hakları yılı, bayram ve Noel örnekleri gibi, halkın düşüncelerinde belirlenen *kutlama affi* olurdu. Ancak, hukuk devleti uygulaması böyle düşünceleri takip etmez. Bu nedenle, ihtiyaç veya ceza adaletinin düzenli akışı içinde zorlayıcı neden olmadan, af kanunu müdahale etmemelidir; çünkü aksi takdirde ceza hukuku emir ve yasaklarının ciddiyetinin anlamı kaybolmuş ve ceza koğuşturması sakatlanmış olurdu<sup>9</sup>.

## 2) Affın Nedeni Bakımından Çeşitleri

Burada affın genel af ve özel af ile Devlet Başkanına belirli durumlarla sınırlı olmak üzere “*bağışlama*” ismiyle tanınan çeşitlerine ve bunların sonuçlarına değinmeksizin, nedenleri bakımından affın çeşitleri üzerinde durmak istiyoruz.

Nedeni bakımından af, *bir dönemi kapatan, toplumsal barış ve hükümü düzeltici af* olmak üzere üçe ayrılır<sup>10</sup>:

8 **Beccaria**, *Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi*, çev. Muhittin Göklü, İstanbul 1950, s.269 vd.

9 **Schaetzer** Johann-Georg, *Handbuch des Gnadenrechtss, Gnade-Amnestie-Bewaerung*, 2. Auflage, München 1992, s. 212.

10 Schaetzer, 213 vd.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen An. m. 87'de, "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek*" şeklinde, TBMM'nin af yetkisi düzenlenmiştir. Bu arada 21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunla "*Anayasanın 14'üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilânına*" şeklinde ki kısıtlamanın kaldırılması yerinde olmuştur.

### 3) Türkiye'de Af Uygulamaları

#### a) Af Kanunları

Türkiye Cumhuriyetinde ilki 26.12.1923 ve sonuncusu 1974 olmak üzere 11 af kanunu çıkmıştır. Ancak, bunlardan altı tanesi geniş kapsamlı genel af kanunu niteliğindedir<sup>11</sup>:

- a. Bunlardan ilki, 2330 Sayılı Kanundur; bu, Cumhuriyetin 10'uncu yılı nedeniyle 1933'te yürürlüğe girmiş ve cezaevlerinin büyük kısmının boşalmasıyla sonuçlanmıştır. Mahkemelerde biriken işler azalmış ve kabul edilen yeni kanunların uygulanmasıyla ağırlaşan adalet sistemi normal haline dönmüştür.
- b. Bunu, 1938'de çıkarılan 3527 sayılı siyasi suçlardan hüküm giyenlerle İstiklal Mahkemesi kararıyla mahkûm olanlar hakkındaki Af Kanunu izlemiştir.
- c. Üçüncü Af Kanunu, 1950 seçimlerinden sonra iktidara gelen Demokrat Parti iktidarı tarafından çıkarılan, 14.7.1950 tarih ve 5677 sayılı Kanun olmuştur.
- d. Dördüncü Af Kanunu, 1960 yılında, Milli Birlik Komitesi tarafından yürürlüğe sokulan 28.10.1960 tarih ve 113 sayılı Kanundur.
- e. Beşinci Af Kanunu, 23.2.1963 tarih ve 218 sayılı Kanunla yürürlüğe girmiştir.
- f. Altıncı Af Kanunu, Adalet Partisinin iktidara gelmesiyle, 9.8.1966 tarih ve 780 sayılı kanunla kabul edilmiştir.

11 **Sebük Mehmet Ali**, *Af İçin Mücadelem*, İstanbul 1966, s. 9 vd.; **Göçük Turgut**, Genel af partilerüstü bir düzeyde ele alınmalıdır, Milliyet, 20.8.1985.

- g. Yedinci af kanunu, 15.5.1974 tarih ve 1803 sayılı Kanunla kabul edilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte kapsamı çok genişlemiştir.

### **b) Dolayısıyla Af Kanunları**

Doğrudan doğruya afla ilgili görünmemekle birlikte, 1991 t. ve 3713 s. TMK'nın geçici maddeleriyle iyi hal şartı aranmaksızın şartla salıverilmeye ilişkin hükümler vasıtasıyla da dolayısıyla bir af kanunu çıkartılmıştır. Ancak, söz konusu Kanunun geçici 1 ve 4'üncü maddelerinde şartla salıverilmeden yararlanabilmek açısından çekilmesi gereken süreler farklı düzenlenmekteydi.

Dolayısıyla af olarak değerlendirilebilecek diğer bir Kanun ise, 28.8.1999 t. ve 4454 s. *Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanundur.*

21.12.2000 t. ve 4616 s. *23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun* da, bir dolayısıyla af kanunu niteliğinde idi.

5.4.2012 t. ve 6291 s. K<sup>12</sup> ile CeGTİK m.105A eklenmek suretiyle açık infaz kurumlarında cezanın belirli bir kısmını geçiren veya geçirmeye hak kazananların ya da 0-6 grubunda çocuğu olan veya belirli sağlık sorunları olanların da koşullu salıverilme tarihine kadar kısmın denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazı kabul edilmiştir. 24.1.2013 t. ve 6411 s. K ile CeGTİK'e eklenen geçici m. 4'te, "Bu Kanunun 105/A maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ve ikinci fıkrasında belirtilen altı aylık süre şartı ile birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şart 31/12/2020 tarihine kadar uygulanmaz" şeklinde, dolaylı bir af hükmüne yer verilmiştir<sup>13</sup>.

Bu arada, 671 sayılı KHK<sup>14</sup> m. 32 ile eklenen CeGTİK geçici m. 6'da dolaylı af niteliğinde idi<sup>15</sup>. Buna göre, 1.7.2016 tarihine kadar iş-

12 RG. 11.4.2012.

13 RG. 31.1.2013. Cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şartın 31.12.2015 tarihine kadar uygulanmayacağına dair olan süre, 25.12.2015 tarih ve 6655 sayılı Kanunla 31.12.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

14 RG 16.8. 2016.

15 **Geçici Madde 6 -** (Ek: 15/8/2016-KHK-671/32 m.; Değiştirilerek kabul: 9/11/2016-6757/28 m.)

lenen ve maddede ayrı tutulmayan suçlar bakımından; CeGTİK m. 105A/1’de yer alan “bir yıllık süre “iki yıl” ve CeGTİK m. 107/2’de yer alan “üçte iki”lik oran, “yarısı” şeklinde değiştirilmişti. Bu durumda, dört yıl hapis cezasına hüküm giyen bir suçlu, *girdi-çıkıtı* yapılmak ve denetimli serbestlik hükümlerine tâbi tutulmak suretiyle tahliye edilmişlerdir.

2.7.2012 t. ve 6352 s. *Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun* geçici m. 1/1’de dolaylı bir af hükmüne yer vermiştir<sup>16</sup>.

### III. 7242 sayılı Kanunun Dolaylı Af Niteliği

#### 1) 7242 sayılı Kanun ve Dolaylı Af

a) **Geçici Madde 6-** (1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa

(1) 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, bu Kanunun;

a) 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süre “iki yıl”,  
b) 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “üçte iki”lik oran “yarısı”,  
olarak uygulanır.

16 **Geçici m.1/1-** 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;  
a. Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171’inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,  
b. Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,  
c. Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,  
karar verilir.(RG. 5.7.2012).

karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*bir yıl*”lık süre, “*üç yıl*” olarak uygulanır.

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*iki yıl*”lık süre, “*dört yıl*” olarak uygulanır.

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen *altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin* koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.

(4) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tâbi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün *onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dol-*



*duruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.”*

**b) Geçici Madde 9- (1)** 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlardan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile (5275) Kanun’un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; **30/3/2020** tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanunun 39 ilâ 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır. 55 inci madde hükümleri saklıdır.

(2) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 89 uncu maddede yapılan değişiklikler, **1/1/2021** tarihinden itibaren uygulanır.

(3) 105/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan **“beş gün”**lük süre, 1/1/2021 tarihine kadar **“yirmibeş gün”** olarak uygulanır.

(4) 5237 sayılı Kanunun 102, 103, 104, 105 ve 188 inci maddelerinde düzenlenen suçlardan **18/6/2014** tarihli ve **6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 28/6/2014 tarihinden önce** işlenmiş olanlar için verilen süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı **üçte iki** olarak uygulanır.

(5) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, **açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler**, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve **106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler**, **31/5/2020 tarihine kadar izinli** sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından **her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez** uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır.

(6) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası **on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını** kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca **açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar**, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. Bu hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarında barındırılır. İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkrada belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkrada belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin hakkından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü **31/12/2020** tarihine kadar uygulanır.”

## 2) 7242 Sayılı Kanunun Dolaylı Af Yönünden Değerlendirilmesi

a. Af, dayanağını anayasadan alan bir kurumdur. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen An. m. 87'de, “Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının **beşte üç çoğunluğunun** kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek” şeklinde, TBMM'nin af yetkisi düzenlenmiştir. TCK m. 65/2'de ise, “özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla belirli bir tarihe kadar suç işlemiş olan hükümlüler yönünden ceza infaz kurumunda kalış süresini azaltan uygulamalar, TCK m. 65/2 anlamında af niteliğindedir. Bu bakımdan, 7242 sayılı Kanun'un geçici m. 6 ve m. 9'da getirdiği hükümlerin belirli bir tarihe kadar suç işlemiş olanlar yönünden cezaevinde kalma süresini kısaltması nedeniyle özel af Kanunu niteliği taşıdığı ve 360 milletvekilinin kabul oyu gerektiği kuşkusuzdur.

b. Siyasi iktidarlar her zaman An.m.87'de ki “üye tam sayısının **beşte üç çoğunluğu**” engelini aşmak için af sözcüğünü kullanmak-

sızın cezaevlerindeki doluluğa çare olması amacıyla dolaylı af kanunları çıkarmışlardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, önceki yıllarda benzer durumlar ile ilgili olarak önüne gelen davalarda, **kullanılan sözcüklere değil, işin esasına ve doğurduğu sonuçlara bakarak** kararlar vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin An. m. 87'de öngörülen çoğunluğun gerçekleşmemesi nedeniyle 7242 sayılı Kanunun dolaylı af niteliği taşıyan hükümlerini **şekil yönünden iptal etmesi ve/veya eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeleri iptal etmek suretiyle uygulama alanını genişletmesi kuvvetle muhtemeldir**. Bununla ilgili olarak 7242 sayılı Kanun ile getirilen şu düzenlemeleri sıralamak mümkündür:

**aa)** 7242 sayılı Kanun m.52 ile 5275 sayılı Kanun ile değiştirilen **geçici m.6'da, 30/3/2020 tarihine kadar** işlenen suçlar bakımından m.105/A/1'de yer alan "bir yıl"lık sürenin "üç yıl" olarak uygulanması ve bu yapılırken bazı suçların istisna tutulması.

**bb)** 7242 sayılı Kanun m.53 ile 5275 sayılı Kanuna eklenen **geçici m.9/1'de, '30/3/2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanununun 39 ilâ 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır...**" şeklinde, 30.3.2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle disiplin cezası alıp da iyi halli olmak bakımından disiplin cezasının kaldırılması için geçmesi gereken sürenin belirtilen suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar haricinde aranmaması.

**cc)** **Geçici m.9/5'de, Covid-19 salgını** nedeniyle açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler ile denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlülerin **31.5.2020 tarihine kadar izinli sayılması** ve salgının devam etmesi hâlinde bu sürenin, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından **her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez** uzatılabilmesi olanağı tanınmıştır.

**dd)** **Geçici m.9/6'da ise, "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve**

örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar **hariç olmak üzere**, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar **bir ayını**, on yıl ve daha fazla olanlar ise **üç ayını** kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca **açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar**, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler...İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkrada belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkrada belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin bakımından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü **31/12/2020** tarihine kadar uygulanır” şeklinde, açık ceza infaz kurumuna geçiş yönünden **Covid-19** riski olan hükümlüler arasında ayırım yapılmaktadır.

Tüm bu örneklerde denetimli serbestlikten yararlanma, iyi hal bakımından disiplin cezalarının kaldırılması, açık cezaevine nakil ve dolayısıyla açık cezaevinden izinli sayılma bakımından An.m.10’da belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık söz konusudur.

### 3) Anayasa Mahkemesi kararları ve dolaylı af

Anayasa Mahkemesi, dolaylı af kanunları ile ilgili olarak verdiği kararlara şu örnekleri vermek mümkündür:

a) Doğrudan doğruya afla ilgili görünmemekle birlikte, 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun geçici maddeleriyle iyi hal şartı aranmaksızın şartla salıverilmeye ilişkin hükümler vasıtasıyla dolayısıyla bir af kanunu çıkartılmıştı. Ancak, söz konusu Kanunun geçici 1 ve 4’üncü maddelerinde şartla salıverilmeden yararlanabilmek açısından çekilmesi gereken süreler farklı düzenlenmekteydi. Gerçekten de, geçici 1’inci maddede 10 yıl, 8 yıl ve 1/5’lik süreler öngörülürken; geçici 4’üncü maddenin a, b, c ve d bentlerinde sayılan suçlar için 20 yıl, 15 yıl ve 1/3’lük sürelerin çekilmesi öngörülmekteydi. Bu durum Anayasa Mahkemesi’nin iki ayrı kararında<sup>17</sup>; “Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin,

17 19.7.1991, E. 1991/17, K. 1991/23 (AMKD. S. 27, s. 473 vd.); 8.10.1991, E. 1991/34, K. 1991/34 (AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

*sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla saliverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mabkûm arasında eşitsizliğe neden olur. - Şartla saliverilmede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündedir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla saliverilme açısından belirleyici bir niteliği yoktur. - Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mabkûmlar arasında şartlı saliverme bakımından ayrı uygulama, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen ‘yasa önünde eşitlik ilkesine’ uygun düşmemekte ve bu ayrılığın baklı bir nedeni de bulunmamaktadır” şeklinde, gerekçelendirilmek suretiyle, geçici 4’üncü maddenin a ve b bentlerinin iptal edilmesiyle sonuçlanmıştır.*

**b)** Dolayısıyla af olarak değerlendirilebilecek diğer bir Kanun ise, 28.8.1999 tarih ve 4454 sayılı “Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” dur. Bu Kanunun m. 1/1’deki, “23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dabil, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mabkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir” hükmü, Anayasaya aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi 19.9.2000 tarih ve E. 1999/39, K. 2000/23 sayılı kararıyla, söz konusu fıkranın “...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup...” bölümünün iptaline karar vermiştir<sup>18</sup>.

**c)** 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Saliverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” da, bir dolayısıyla af kanunu niteliğindedir. Bu Kanun, adından da anlaşılacağı üzere, şartla saliverme ile dava ve cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler içermekte idi<sup>19</sup>. Anaya-

18 RG. 12.10.2000.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirbaş** Timur, Af Tartışmaları ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Saliverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001, s. 78 vd.

sa Mahkemesi, 226 mahkemenin itiraz yoluyla başvurması üzerine 18.7.2001 tarih ve E. 2001/4, K. 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal etmek suretiyle uygulama alanını genişletmiştir<sup>20</sup>.

Anayasa Mahkemesi özellikle 31.3.1992 tarihli kararında<sup>21</sup>; “Suçlu, topluma uyum zorlukları gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkelerden birini oluşturur. Suçun niteliği ve toplumun buna verdiği önem, cezanın tür ve miktarına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak Yasakoyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir.-Ancak, cezanın infazı, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilmesi, suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla saliverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olur.- Şartla salvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündendir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur.-Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartlı salverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın baklı bir nedeni de bulunmamaktadır” şeklinde, eşitlik ilkesi açısından suç ve

20 RG. 27.10.2001.

21 An.Mah.31.3.1992, E.1991/18, K.1992/20(RG.27.1.1993, mükerrer).

ceza ile koşullu salıverilme ilişkisinin nasıl olması gerektiğini yerinde olarak ifade etmiştir.

### Sonuç

Cezaevlerindeki doluluğa çare bulmanın yolu genellikle af kanunları çıkartmak suretiyle cezaevlerini boşaltmak olmaktadır. Ancak, af kanunlarının toplumda yaratacağı tepki ve af kanunlarının An.m.87’de üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuna bağlı tutulması, bu usulü zorlaştırmaktadır. İşte bu yüzden dolaylı af kanunları olarak adlandırılan yöntem, özellikle ülkemizde sıklıkla başvurulan bir yol olmaktadır. Nitekim 7242 sayılı Kanunun geçici m.6’nın 30 Mart 2020 tarihine kadar suç işlemiş olan belirli suçlular yönünden cezaevinde kalma süresini kısaltması ve geçici m.9’un ise, covid 19 nedeniyle açık cezaevindekilerin izinli sayılma uygulamaları özel af Kanunu niteliği taşımaktadır. Ayrıca, kriminoloji ve suç politikası verilerine dayanmadan hazırlanmış olan 7242 sayılı Kanun, kişilerin özgürlük, güvenlik ve adaletin sağlanması yönündeki beklentilerini karşılamaktan uzak olup, kamu vicdanını yaralamıştır.

Cezaevlerinde yer açmak amacıyla koşullu salıverilme bakımından iyi halle geçirilmesi gereken sürenin adi suçlarda bazı istisnalar hariç  $\frac{2}{3}$ ’ün  $\frac{1}{2}$ ’ye, örgütlü suçlarda ise  $\frac{3}{4}$ ’ün  $\frac{2}{3}$ ’e indirilmesine rağmen, terör suçlarında  $\frac{3}{4}$  olarak muhafaza edilmesi eşitlik ilkesine aykırı olup yerinde olmamıştır. Aslında işlenen suçun niteliği ve ağırlığı kanunkoyucu tarafından verilen cezanın türü ve miktarı ile karşılanmaktadır. İnfaz hukuku en önemli amaçlarının başında olan yeniden sosyalleştirme bakımından hükümlünün iyi hali önem taşımaktadır. Dolayısıyla iyi halli bir hükümlüye ceza infaz kurumunda diğer suçlulara göre fazla yatış süresi öngörülmesi, infaz hukukunun iyileştirme amacına aykırıdır. Bu yönüyle, ifade özgürlüğü kapsamına giren bir suçun terör suçu kapsamına sokularak adi bir suçta göre  $\frac{3}{4}$  yatış öngörülmesi adil değildir.

Ayrıca, 7242 sayılı Kanunun dolaylı af yönüyle özellikle kişilere ve kamuya karşı işlenen suçlar bakımından mağdurun ya da kamunun uğradığı zararları dikkate almaması mevzuatımızda yer alan hükümler açısından büyük bir çelişki olup, vicdanları rahatsız etmek-

tedir. Gerçekten de örneğin, kamunun zararı giderilmeden rüşvet, zimmet ve irtikâp gibi kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlarda, söz konusu suçların faillerini sağladıkları yararı iade etmeksizin bu Kanundan yararlandırmayı anlayabilmek mümkün değildir. Aynı şekilde, mağdurun zararının fail tarafından ödenmesini sağlamaya yönelik; hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme ve koşullu salıverilmeye ilişkin şu örnekleri de vermek mümkündür: CMK m. 231/6, c'de ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları arasında, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi; TCK m. 51/2'de ki, cezanın ertelenmesinin, mağdurun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlanabilmesi; CeGTİK m. 107/12'de ki, koşullu salıverilmenin bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilmesi.

Tüm bu nedenlerle 7242 sayılı Kanunun getirdiği düzenlemelerin eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olması dışında, toplumun suçlardan korunması yönünden devlete olan inancını da zayıflatacağı ve bu kişilerin büyük kısmının yeni suçlar işleyeceği bir gerçektir. Nitekim, 7242 sayılı Kanundan yararlanarak salıverilenlerin işledikleri suç haberleri artarak medyada yer almaya devam etmeye başlamıştır.



## KAYNAKÇA

- Beccaria, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Gök-  
lü, İstanbul 1950
- Demirbaş Timur, Af Tartışmaları ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 tarihine Ka-  
dar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların  
Ertelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.baskı, Ankara 2019
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2019
- Feest Johannes (Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 4. Auflage,  
Luchterhand 2000
- Göçük Turgut, Genel af Partiler üstü bir düzeyde ele alınmalıdır, Milliyet,  
20.8.1985.
- Sancar Türkan, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı  
Şartla Salıverilme, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un  
Hukuki Niteliği ve Sonuçları, Anayasa Yargısı, C.18, Ankara 2001
- Schaetzer Johann-Georg, Handbuch des Gnadenrechtss, Gnade-Amnes-  
tie-Bewahrung, 2. Auflage, München 1992
- Sebük Mehmet Ali, Af İçin Mücadelem, İstanbul 1966



## YASAK SORGU YÖNTEMLERİ\*

Semiyet BADEM\*\*

### ÖZET

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu delil elde etme vasıtasıyla mümkündür. Şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması ve sorguya çekilmesi delil elde etme açısından büyük öneme sahiptir. Silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkesi gereğince şüpheli ve sanığın hakları korunmaktadır. Bu anlamda kamu görevlisi, ifade ve sorgu esaslarına uymalı ve kanunda belirtilen yasak usulleri uygulamaktan kaçınmalıdır. Çalışmamız kapsamında ifade ve sorgunun tarzı ile ifade ve sorgu esnasında kaçınılması gereken yasak usullere değinilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Delil Yasakları, İfade Alma, Sorgu, Yasak Sorgu Yöntemleri, Hukuka Aykırılık

### PROHIBITED QUERIES

### ABSTRACT

The purpose of Criminal Procedure is to reach the material truth and this is possible through obtaining evidence. The deposition and interrogation of the suspect or the accused is of great importance in obtaining evidence. Under the principle of equality of arms and fair trial, the rights of the suspect and the accused are protected. In this sense, the public official must comply with the principles of deposition and interrogation and refrain from implementing the prohibited procedures specified in the law. In the scope of our study, the style of deposition and interrogation and the forbidden

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 16/07/2020. İlk hakem raporu tarihi: 21/07/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 18/08/2020.

\*\* Cumhuriyet Savcısı Adayı, semiyetbadem95@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-1399-6164.

procedures to be avoided during deposition and interrogation will be discussed.

**Keywords:** Evidence Prohibitions, Deposition, Interrogations, Prohibited Queries, Unlawfulness

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İFADE ALMA VE SORGU KAVRAMLARI İLE İFADE ALMA VE SORGUNUN ESASLARI

#### I. İFADE ALMA VE SORGU

##### 1. İfade Alma

5271 sayılı CMK m. 2/1-g'de tanımı yapılan ifade alma: “Şüphelinin, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenilmesidir.” Savcı bizzat ifade alabileceği gibi kolluğa ifade alması için emir verebilir.(CMK m. 161/1) Ancak kolluk tarafından alınan ifade sırasında müdafinin hazır bulunmaması halinde, şüpheli veya sanık mahkeme huzurunda ifadeyi doğrulamadıkça hükme esas alınamaz.(CMK m. 148/4) Kimi yazarlar, bir delilin kullanılmasının şüpheli veya sanığın iradesine bırakılması ile oluşabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak için bu düzenleme yerine zorunlu müdafilik kurumunun getirilmesinin doğru olacağını savunmaktadır.<sup>1</sup>

Şüpheli veya sanığın birden fazla ifadesine başvurulabilir. Ancak aynı olayla ilgili tekrar ifadesine başvurulması halinde ifade savcı tarafından alınmalıdır. (CMK m. 148/5) Bu kurala TMK geçici madde 19 ile istisna getirilmiştir. Düzenlemeye göre; “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından: Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlem, Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine kolluk tarafından yapılabilir.”

1 Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, *Ceza Mubakemesi Hukuku 5. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.626.

PVSK m. 15 hükmü ile; polisin, soruşturma aşamasında ifadele-  
rine başvurulması gereken kişileri çağırabileceği ve gerekli şeyleri  
sorabileceği düzenlenmektedir. Kolluk, bilgi almak amacıyla soruş-  
turma konusu olayın süjesi olmayan üçüncü kişilerin ifadesine baş-  
vurabilir. Üçüncü kişilerin bilgisine başvurulması halinde ifade alma  
ve sorguya ilişkin kuralların uygulanması söz konusu değildir.<sup>2</sup> Bilgi  
toplama amacıyla kolluğun ifade alması halinde herhangi bir somut  
şüphe olmadığı için şüpheliye haklarının öğretilmesi de söz konusu  
değildir.<sup>3</sup> Aynı zamanda anılan madde ile polisin, müşteki, mağdur  
veya tanık ifadelerini ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde ala-  
bileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme kolluğun yetkilerini CMK’ya  
aykırı olacak şekilde genişletmektedir. Nitekim bu düzenlemenin  
soruşturma evresinin sorumlusunun Cumhuriyet savcısı olduğunu  
düzenleyen CMK m. 161’e göre; tanık ifadesinin, üçüncü kişilerin  
beş duyu organı vasıtasıyla bildiklerini Cumhuriyet savcısı, hakim  
veya mahkeme huzurunda anlatması gerektiğini düzenleyen CMK  
m. 43/5’in ruhuna aykırıdır.<sup>4</sup>

Kolluk yapacağı bütün araştırma ve soruşturma işlemleri için  
Cumhuriyet savcısından tek tek yazılı emir almalıdır. (CMK m.  
161/2) Yani kolluk savcının yazılı emri olmadan üçüncü kişilerin bil-  
gisine başvuramaz, soruşturmanın süjesi olan müştekiyi, mağduru  
ve sanığı dinleyemez.

## 2. Sorgu

Şüpheli veya sanığın hakim veya mahkeme huzurunda ifadesinin  
alınmasına sorgu denir. Soruşturma evresinde şüphelinin sorgusu  
CMK m. 162 gereğince Cumhuriyet savcısının talebi ile sulh ceza  
hakimi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu maddeye göre; “Cum-  
huriyet savcısı ancak hakim tarafından yapılabilecek olan bir soruş-

2 Ünver/Hakeri, s. 631.

3 Altunkaş, Aysun, *Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul. 2006, <http://openaccess.bilgi.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11411/340/Hukuka%20ayk%20r%20%20delil%20teorisi%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20ifade%20alma%20ve%20sorgu.pdf?sequence=1> (Son Erişim Tarihi:28.03.2020), s. 10.

4 Çulha, Rifat/ Demirağ, Fahrettin/Nuhoğlu, Ayşe/ Tezcan, Durmuş/Yenisey, Feridun, Ed: Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Mubakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, Konya Barosu Yayınları Yayın No:14, Bilge Yayınevi, Ankara, 2019,s. 66.

*turma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemlerin yapılacağı yerin sulh ceza hakimine bildirir. Sulh ceza hakimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir.”* CMK m. 163’e göre suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakiminin bütün soruşturma işlemini yürütebileceği düzenlenmiştir. Bu işlem hakim tarafından gerçekleştirildiği için sorgu kapsamında değerlendirilmelidir.<sup>5</sup>

## II. İFADE ALMA VE SORGUNUN ESASLARI

### 1. Genel Olarak

İfade ve sorgunun nasıl yürütülmesi gerektiği CMK m. 147’de düzenlenmiştir. Bu kapsamda kolluk görevlilerinin şüpheliye karşı ilk yükümlülüğü aydınlatma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük üçüncü kişiye devredilemez.<sup>6</sup> Şüpheliyi aydınlatma yükümlülüğü 5271 sayılı CMK’nın m. 90/4’te ifade edildiği gibi; *“Kolluk yakaladığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni baklarını derhal bildirir.”* şüphelinin yakalandığı ilk andan itibaren başlamaktadır.

Şüpheli veya sanık kendisine yüklenen suç hakkında bilgilendirilmesi, müdafii seçme hakkının bulunduğu, müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının bulunduğu, müdafinin ifade ve sorgu esnasında hazır bulunabileceği, müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafinin yardımından yararlanmak istediği takdirde kendisine baro tarafından müdafii görevlendirilmesi yapılacağı, yakalanan kişiye istediği yakınlarından birine yakalandığının bildirileceği, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme olanağı bulunduğu anlatılmalıdır.<sup>7</sup> CMK m. 147’de ifadenin zamanı, mekanı, süresi dü-

5 Demirbaş, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2013, s. 34.

6 Altunkaş, s. 131.

7 *Ceza Genel Kurulu E. 2015/396, K. 2018/323, K. T. 03.07.2018:* Zabıta amir ve memurları

zenlenmediği için ifade alma ve sorgunun karakol veya savcılık dışında bir yerde ve gece de yapılması söz konusu olabilir.<sup>8</sup>

Şüpheli veya sanığın CMK m. 147'deki usule uymadan alınan ifadesi delil olarak kullanılamaz. Bu durum CMK m. 217/2'de düzenlendiği şekilde, yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edileceği, açıkça belirtilmiştir.

Şüpheliye haklarını kendisinin anlayacağı şekilde anlatılması gereklidir. Ardından şüpheliye anlatılanları anlayıp anlamadığı sorulmalı ve eğer anladığını beyan ederse bu husus "CMK'nın 147. maddesindeki hakları hatırlatıldı" şeklinde tutanağa geçirilmelidir.<sup>9</sup> Şüpheliye hakları anlatılmadığı halde şüpheli haklarını biliyor olsa bile öğretme görevi hakların varlığı konusunda önceden bilgi sahibi olan şüpheliler konusunda da geçerlidir.<sup>10</sup> Bir diğer durum ise şüphelinin teslim olarak tüm olayı anlatması halidir ki gönüllü olarak yapılan ikrar değerlendirmeye tabi tutulmalı, şüphelinin susturulup

---

ile Cumhuriyet savcısı tarafından ifade almada hâkim tarafından sorguya çekilmede, müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği bildirilir' hükmü yürürlükte bulunduğu hâlde sanığa yasal hakları hatırlatılmadığı, müdafî atanmadığı hâlde savunmasının alındığı ve yer gösterme tutanağı düzenlendiği görülmüştür. CMUK'nun 135/a maddesinde de yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez hükmü karşısında polisler tarafından usulüne uygun hakları hatırlatılmadan alınan Cumhuriyet savcılığı ve mahkemede ifadesinin doğru olmadığını, savunmasında belirtilenleri kendisinin açıklamadığını, yazılarak kendisine imzalatıldığını söylemesi karşısında yasal delil olmayan, esas alınmaması gereken, sanık ... ile bağlantı kurulan gerekçede de en önemli delil olarak gösterilerek buna göre hüküm kurulması ve bu beyana dayanılarak suça azmettirme bağlantısının kurulması yasaya aykırıdır.", Yargıtay Karar Arama,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>(Son Erişim Tarihi:16.07.2020)

8 Apış, Özge, *Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Srasında Şüpheli/Sanığın Hakları*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/746649>(Son Erişim Tarihi:28.03.2020), s. 61, Arıcan, Mehmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2009, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/262714> (Son Erişim Tarihi:28.03.2020), s. 48.

9 Altunkaş, s. 132.

10 Demirbaş, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2013, s. 311., İtişgen, Rezzan, *Kişinin Kendisini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/49834.pdf> (Son Erişim tarihi:28.03.2020), s.159.: "Hakların bildirilmesine ilişkin uyarıların "Miranda Uyarıları" olarak anıldığı Amerika'da "Miranda Kararına" göre; hakların tamamını bildiğini içeren yazılı bir belgenin imzalanması, anayasal haklarından vazgeçmesi için gerekli olan bilgi ve bilince sahip değildir.", Altunkaş, s. 136.

haklarının hatırlatılması söz konusu olmamalıdır.<sup>11</sup> Ancak bu şekilde alınan ifadelerin kolluk tarafından kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği, kolluğun ‘hak hatırlatmasına fırsat vermeden açıklamada bulundu’ şeklinde savunma yapmasına ortam hazırlayabileceği için hak bildiriminde bulunulmadan yapılan beyanlara itibar edilmemelidir.<sup>12</sup> Ayrıca şüpheli veya sanığa haklarının hatırlatılması bakımından her bir işlem birbirinden bağımsızdır.<sup>13</sup> Yani her bir yakalama, ifade alma, tutuklama sorgusunda hakları ayrı ayrı hatırlatılmalıdır.

## 2. Kimlik Tespiti

Şüpheli veya sanığı ifadesinin alınması CMK m. 147’ye göre kimlik tespiti ile başlayacaktır. Öncelikle muhatap alınan kişinin hakkında soruşturma ya da kovuşturma yürütülen kişi olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.<sup>14</sup> Şüpheli veya sanığın susma hakkı baki olmak üzere kimliği hakkındaki soruları doğru cevaplandırmak zorundadır. Şüpheli veya sanığın kimlik tespiti yapılırken; adı, soyadı, T.C. kimlik numarası, ana baba adı, doğum tarihi, nüfusa kayıtlı olduğu yer, okur-yazarlık ve sabıka durumu, uyruğu, yerleşim yeri ve diğer irtibat adresleri sorulur.

Kişinin kimliğinin açıklanmaması Kabahatler Kanunu’nda kimliği bildirmeme kabahati olarak düzenlenmiş ve idari para cezasına tabi kılınmıştır. Kimliğini açıklamayan kişi tutularak derhal Cumhuriyet savcısına konu hakkında bilgi verilir.(KK m. 40) Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda gözaltı ve tutukluluk haline son verilir.

Şüpheli ve sanığın başkasına ait kimlik bilgilerini kullanması halinde ise “Başkasına Ait Kimlik ve Kimlik Bilgilerini Kullanma Suçu” başlıklı TCK m. 268 yaptırımına tabi olacaktır.

11 İtişgen, s. 162.

12 Altunkaş, s. 134.

13 Apış, s. 64.

14 Demir, Nazlı Hilal, *Yasak Deliller ve İnsan Onuru*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2012.  
<https://acikerisim.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/1802/Nazl%c4%b1HilalDemirYLTez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Son Erişim Tarihi:28.03.2020), s. 120, Demirbaş, s. 90.



### 3. Kendisine Yüklenen Suçu Öğrenme Hakkı

Kendisine yüklenen suçu bilmeyen şüpheli veya sanığın savunma yapabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple isnadın öğrenilmesi hakkı ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olup, sanığa kendisini savunma imkanı tanımaktadır.<sup>15</sup> Şüpheli veya sanığın kendisine yüklenen suçu öğrenmesi gerektiği hem ulusal hem uluslararası sözleşmelerde yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddenin 2. fıkrasında: *“Tutuklanan bir kimse tutuklama sırasında tutuklama nedenleri ve ne ile suçlandığının hemen bildirileceği”*, aynı sözleşmenin 14. maddesinin 3. fıkrasında: *“Aleyhine bir suça hükmedilirken herkesin tam bir eşitlikle, en azından; bakındaki iddianın niteliği ve gerekçesi konusunda hemen anladığı dilde ve ayrıntılı olarak bilgi edinme hakkına sahip olduğu”*, AİHS 5. maddenin 2. fıkrasına göre ise: *“Tutuklanan bir kimseye tutuklama sebepleri ve kendisine karşı ileri sürülen isnatlar en kısa zamanda ve anladığı dilde bildirilecektir.”* hükümleri düzenlenmiştir.<sup>16</sup>

Türk Hukuk sisteminde ise yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama ve tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak, mümkün olmadığı takdirde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim önüne çıkarılıncaya kadar yüklenen suçun şüpheliye anlatılması gerektiği düzenlenmiştir. (Anayasa m. 19/4) Kişiyi itham edildiği suç, ifade alma ve sorgu işleminden önce gecikmeksizin anlatılmalıdır. Birden fazla fiilden dolayı şüpheli veya sanığın ifadesine başvurulacaksa hepsinin birden anlatılması zorunlu değildir. Şüpheli veya sanığın işlediği birden fazla fiil sıraya konularak ifade ve sorgu işlemi yapılmalıdır. Sıraya koyma işlemi ifadeyi alan ve sorguyu yapan görevli belirleyecektir. Bu konuda sanığın bir talebinin olması söz konusu değildir.<sup>17</sup>

### 4. Susma Hakkı

Susma hakkı, şüpheli ve sanığın kendi aleyhinde beyanda bulunmasını ortadan kaldırmak için kabul edilmiş pasif bir haktır.<sup>18</sup> İfade

15 Apış, s. 65.

16 Altunkaş, s. 66.

17 Demirbaş, s. 103, Altunkaş, s. 68.

18 Çulha/ Demirbaş/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 69.

özgürlüğünün genelde susma hakkı olduğu ceza muhakemesi hukukunda belirtilen bir durumdur.<sup>19</sup> Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanması ya da yalan beyanda bulunması bir çeşit kendini savunma yöntemidir.<sup>20</sup> Sanık bazı istisnai haller dışında doğruyu söyleme yükümlülüğü altında değildir.<sup>21</sup> Şüpheli veya sanığın kendi aleyhine muhakemeyi başlatma, devam ettirme yükümlülüğü olmadığı ve zorla kendi aleyhine konuşmaya mecbur bırakılmayacağı için susma hakkı kabul edilmiştir.<sup>22</sup>

Şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanma hakkı ile susma hakkı birbiri ile sıkı ilişki içindedir.<sup>23</sup> Şüphelinin işlemiş olduğu suç etkin pişmanlık hükümlerine tabi ise susma hakkını kullanması durumunda; şüpheli şartları oluşan bazı suçlar açısından etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Her ne kadar müdafinin şüpheliye etkin pişmanlıktan yararlanma ile ilgili bilgi vermesi gerekli ise de kolluk görevlilerinin bu konuda bilgilendirmesi CMK m. 148/2 kapsamında kanuna aykırı yarar vaat etme olarak değerlendirilebilir.

Şüpheli veya sanığa susma hakkı olduğunu ve bu hakkını kullanmasının sonuçları bildirilmelidir. Örneğin; şüpheli veya sanığın aleyhine bir delil olduğu durumlarda susma hakkını kullanması halinde

19 Apış, s. 72., Demir, s. 125.

20 Centel, Nur /Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2014, s. 224., **Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2014/16021, K. 2015/16874, K. T. 04.05.2015**: "Susma ve kendini suçlandırmama hakkının da konu ile ilgili olarak irdelenmesi gerekir. Ceza davalarında kendini suçlandırmama hakkı olarak ifade edilen kendini suçlayıcı ifade vermeme hakkı da artık AİHM içtihatları ile madde 6/1 kapsamında adil yargılanma hakkı içinde değerlendirilmektedir. Kendini suçlandırmama hakkı dayanağının, bireyin özgürlüğünden, adalet sisteminin hataya yer vermeyecek şekilde işlemesi gereğinden ve iddia makamının sanığın suçlu olduğunu sanığın yardımı olmaksızın ispat etme görevinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Yine bu hakkın mutlak olmadığı, yasaklanan hususun uygun olmayan zorlamalar için olduğu, zorlamanın çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği, bu anlamda bir kişiden itiraf ya da başka bir delil elde etmek amacıyla fiziksel güç kullanımı, kişiyi delil sunmaya mecbur etmek, tehdit ya da bilgi verilmediği için cezai yaptırım uygulamanın zorlama olacağı ve kendini suçlamama hakkının ihlali olacağı ifade edilmektedir.", Hukuk Medeniyeti, [https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/666449/yargitay-7-ceza-dairesi-e-2014-16021-k-2015-6874/?v=list&aranan=adi%20ikrar\(Son Erişim Tarihi:16.07.2020\)](https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/666449/yargitay-7-ceza-dairesi-e-2014-16021-k-2015-6874/?v=list&aranan=adi%20ikrar(Son Erişim Tarihi:16.07.2020))

21 Cihan, Erol, 50. *Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4, Yıl 1984, [https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95832\(Son Erişim Tarihi:28.03.2020\)](https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95832(Son Erişim Tarihi:28.03.2020)), s. 145.

22 Centel/Zafer, s. 224., Altunbaş, s. 76-77.

23 Apış, s. 72.

ileride yargılama aşamasında yapacağı açıklamaların inandırıcı olmayabileceği için bu hakkı kullanmanın doğuracağı sonuçlarda ifadeyi alan veya sorgu işlemi yapan görevlilerce bildirilmelidir.<sup>24</sup>

### 5. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı

Müdafiden yararlanma hakkı silahların eşitliği ilkesi gereğince ve adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak şüpheli veya sanığa tanınan bir haktır.<sup>25</sup> Nitekim kamu adına dava açmaya yetkili olan savcının gerekli hukuk eğitimi var iken adına kamu davası açılan sanık bu gücü ancak müdafî yardımı ile sağlayabilmektedir.

Şüphelinin ifadesine başvurulmadan önce müdafinin hazır bulunması gereklidir. Müdafî CMK m. 154<sup>26</sup> hükmüne uygun şekilde şüpheli ile görüştürülmeli ve ifade müdafî huzurunda alınmalıdır. CMK m. 149 şüpheli ve sanığın soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceğini düzenlemiştir. Şüpheli ve sanık müdafî seçme hakkından vazgeçebilirse de zorunlu müdafilik halinde vazgeçme hakkı yoktur.<sup>27</sup>

Şüpheli veya sanık soruşturma evresinde en çok üç avukatın hukuki yardımından yararlanır. (CMK m. 149/2) 7070 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda kovuşturma evresinde en çok üç avukat bulunabilir. Bu düzenleme ile dikkat edilmesi gereken husus avukat kısıtlamasının hazır bulunan avukatlar için olmasıdır.<sup>28</sup> Avukatların diğer işlemlerinde, savunma hazırlama gibi, sayı itibariyle kısıtlamaya tabi değildir.

24 Çulha/ Demirağ/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 69.

25 Apiş, s. 73.

26 **Müdafî ile görüşme**

**Madde 154 – (1)** Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.

(2) (**Ek: 3/10/2016-KHK-676/3 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/3 md.**) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınmaz.

27 Çulha/ Demirağ/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 69.

28 Arıcan, s. 54-55., Çulha/ Demirağ/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 70.

## 6. Yakınlarına Haber Verilmesini İsteme Hakkı

Anayasa m. 19/5 düzenlemesine göre, şüpheli veya sanığın yakalandığı veya tutuklandığının derhal yakınlarına bildirilmesi gereklidir. Aynı zamanda CMK m. 95/1'de; yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, Cumhuriyet savcısının kararıyla, derhal yakınlarına veya belirlediği bir kişiye bildirileceği düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın yakınlarına haber verilmesindeki amaç yürütülen ceza muhakemesinin gizlilik içerisinde olmadan denetiminin yapılabilmesidir.<sup>29</sup>

## 7. Lehe Olan Delilleri İleri Sürme Hakkı

CMK m. 147/1-f düzenlemesinde şüpheli veya sanığın, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceğinin hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme olanağı tanındığı belirtilmiştir. Bu madde ile sanığa iki türlü hak tanınmıştır. İlki sanığın şüpheden kurtulmak için somut delillerin toplanmasını isteyebilme hakkıdır. İkincisi ise kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve aleyhine ileri sürülen delilleri çürütmek için lehine olan hususları ileri sürebilme hakkıdır. Şüphelinin aleyhine ileri sürülen delilleri ortadan kaldırabilmesi için öncelikle bu delillerin nelerden ibaret olduğunu bilmesi gerekir ancak bu delillerin sanığa bildirilmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eğer soruşturmanın gidişatı tehlikeye düşecek ise en azından bir süre bildirilmemesi gereklidir.<sup>30</sup>

## İKİNCİ BÖLÜM

### YASAK İFADE ALMA VE SORGU YÖNTEMLERİ

#### I. İFADE ALMA VE SORGUDA YASAK USULLER

##### A. Yasak Sorgu Yöntemlerinin Önemi

Sanık devletin zorlayıcı işlemlerinin konusu olduğu gibi; tutuklanması, gözaltına alınması, kan alınması gibi, aynı zamanda ceza

<sup>29</sup> Altunkaş, s. 108.

<sup>30</sup> Demirbaş, s. 114.

muhakemesinin başlıca sùjelerinden biridir.<sup>31</sup> Ceza muhakemesi hukukunu doğru bir şekilde uygulayabilmek için sanığın sorgudaki yerinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Sanığın sorgudaki yerinin belirlenmesi, sanığın kendi iradesi ile hareket etmesi ve karar vermesini hangi ihlallere karşı ne ölçüde ve nasıl korunacağını tespiti ile belirlenebilir.<sup>32</sup> Anayasa m. 38/5'te düzenlenen '*hiç kimse kendisini suçlamaya zorlanamaz*' ilkesi sanığın sorgudaki konumuna dair bize bilgi vermektedir. Ancak bu ilkenin neden uygulanması gerektiği ve uygulanmasındaki sınırın ne olacağı da belirlenmelidir. Bu belirlemeyi yaparken de '*sanığın kişiliğinin korunması ve insan haysiyetine riayet edilmesi*' ilkelerine başvurabiliriz.<sup>33</sup> Her ne kadar sanık devletin zorlayıcı işlemlerinin konusu olsa da insan onuru ile bağdaşmayacak davranışlardan sakınılmalı, hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan insan onuru korunmalıdır.<sup>34</sup> Böylece insan onuruna saygı temel hakkına usuli bir şekil verilmiştir.<sup>35</sup>

İfade hürriyeti kişinin kendi kararını hür iradesi ile açıklayabilmesini amaçlar. Yasak sorgu yöntemleri, ceza yargılamasının bir süjesi olan sanığın serbest iradesi ile karar vermesini sağlayan, özellikle şüpheli ve sanığın savunma hakkını korumayı garantileyen, adil yargılanma ilkesini gerçekleştirmek için bulunması zorunlu olan düzenlemelerdir.<sup>36</sup> Sanığın sorgusunu yapan kişinin sanığı zorlaması, aldatması halinde sanığın iradi karar verme hürriyetini ihlal etmiş olur. Aynı zamanda sanığın karar verme hürriyeti sanığın tüm etkilerden uzak, büsbütün hür iradesi ile karar verebilmesi anlamına gelmez.<sup>37</sup> Sorguyu yapan kişinin sanığa karşı olan tavrı sanığı beyanda bulunurken etkisi altına alabilir.

Sonuç itibarıyla ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ancak bu amaç her ne pahasına olursa olsun ger-

31 Erol, s. 139.

32 Şahin, Cumhuriyet, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994, s. 169.

33 Şahin, s. 170.

34 İtişgen, s. 61., Erol, s. 143., Kaya, s. 39.

35 Altunkaş, s. 138.

36 İnankul, Hakan, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda ve Batı Hukukunda Geçerliliği*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2005, C:/Users/mm/Desktop/Hakan%20İNANKUL'a%20ait%20"%20Yasak%20Sorgu%20Yöntemleri%20ve%20Bunların%20Sonucunda.pdf (Son Erişim Tarihi:01.04.2020), s. 71.

37 Şahin, s. 173.

çeğin araştırılması anlamına gelmemektedir.<sup>38</sup> Maddi gerçeğin sınırsız surette araştırılması birçok toplumsal değeri ihlal edeceği kabul edilmekle birlikte oluşabilecek sakıncaları önlemek için yasak sorgu yöntemlerinin kabul edildiğinin belirtilmesinde fayda vardır.<sup>39</sup>

Sanığın yasak sorgu yöntemlerinden ve bu yöntemler uygulanmamış olsa dahi sanığı baskı altında bulunmaktan korumalıyız. Bu da silahların eşitliği ilkesi gereğince sanığa sahip olduğu hakları sanığın anlayacağı şekilde açıklanması ile mümkündür.<sup>40</sup>

Üçüncü kişilerin etkisi altında kalan ve ifade vermek isteyen sanığın etki altında olduğunu fark eden kolluğun bu aşamada ne yapması gerektiği tartışmalıdır. Bazı Yazarlara göre, kolluk, sanığın etki altında olduğunu bilerek açıkça bu durumdan istifade edemese de devam eden tehdit ve aldatmanın etkisini gidermekle yükümlü olmayıp sanığın suçu işlediğine dair ikrarını kabul etmekle yükümlüdür.<sup>41</sup>

## B. Yasak Sorgu Yöntemlerinin Fonksiyonları

Günümüzde ceza yargılamasında ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmanın kabul edilmediğini daha önce belirtmiştik. Bu demektir ki ceza yargılamasında hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmayacak yöntemlerle gerçeğe ulaşmaktansa sanığın cezalandırılmaması tercih edilmektedir.<sup>42</sup>

Yasak sorgu yöntemlerinin hukuk sistemindeki farklılıklara göre değişiklik gösterebilmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen devletlerde delil yasaklarını kabul etmesinin nedeni *insan hakları ve temel hak ve hürriyetleri* korumak iken hazırlık soruşturmasında polisin geniş yetkilere sahip olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kolluğun disiplin altına alınması ön plana çıkmaktadır.<sup>43</sup> Kolluğun daha hazırlık aşamasında delil yasaklarını benimseyerek bazı davranışları yapmaktan alıkonulması muhakeme engeline takılmadan yargılamanın devam etmesini sağlayacaktır. Hukuka aykırı

38 Demirbaş, s. 266., Şahin, s. 174.

39 Şahin, s. 174.

40 Şahin, s. 175.

41 Altunkaş, s. 140., Şahin, s. 180.

42 Şahin, s. 184.

43 Gödekli, s. 1835., Şahin, s. 185., Demirbaş, s. 302.

elde ettiği delilin muhakeme engeline takılacağını bilen polis, usulsüz şekilde delil toplamaktan vazgececektir.<sup>44</sup>

Türk Hukuk sisteminde 1412 sayılı CMUK 135/a ve 254/2 maddelerini incelediğimizde hazırlık aşamasında geniş yetkilere sahip olan kolluğun disiplin altına alınması ve terbiye edilmesi amacıyla delil yasaklarını benimseyen Anglo-Amerikan sisteminin benimsendiği görülmektedir. CMUK m. 254/2'de soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı; m. 135/a'da ise sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, sanığın iradesini bozan bedeni veya ruhi müdahalelerin yapılamayacağı, yasa sorgu yöntemleri sonucu elde edilen ifadelerin sanığın rızası dahi olsa delil olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. 5237 sayılı CMK'da ise ifade ve sorgunun nasıl olması gerektiğini düzenleyen m. 147'yi, ifade alma ve sorguda yasa usuller başlıklı m. 148'i incelediğimizde ise benzer düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu düzenleme ile; şüpheli ve sanığın beyanlarının özgür iradelerine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahalelerin yapılamayacağı düzenlenmiştir. Kanunda sayılan bu yasa usuller birbirinden kesin surette ayrılmamaktadır. Örneğin; kötü davranma daha çok bedeni müdahaleleri kapsadığı gibi işkence ruhi müdahaleyi kapsamaktadır ancak her iki yasa usul iç içe girebilmektedir; kanuna aykırı vaatte bulunulması aynı zamanda bir aldatma olabileceği gibi.<sup>45</sup>

Gerek CMUK gerekse CMK'da düzenlenen maddelere bakıldığında temel hak ve hürriyetlerin korunmaya çalışıldığı, insan haysiyeti ve onuru ile bağdaşmayacak davranışların daha soruşturma aşamasında engellendiği görülmektedir. Mevcut düzenlemeler aynı zamanda Kıta Avrupası'nın benimsediği temel hak ve hürriyetlerin korunması esasına da dayanmaktadır. Eğer delil yasaklarının amacı kolluğu disiplin altına almak olsaydı; kolluğun yaptığı her hukuka aykırılık temel hak ve hürriyetleri ihlal edip etmediğine bakılmaksızın değerlendirme yasağı ile karşılaşacaktı.<sup>46</sup>

44 İnankul, s. 62.

45 Demirbaş, s. 331.

46 Demirbaş, s. 302.

Yasak usullerin uygulanması her şeyden önce ceza yargılamasında rol alan hakim, savcı ve kolluk görevlileri yani ceza kovuşturmasını yönetmekle görevli memurlara yöneliktir. Bu sebeple görevli olmayan özel bir kişi vasıtasıyla ifadenin alınması kabul edilemez. Bilirkişinin şüpheli, sanık veya tanığı konuşturmak için izin verilmeyen araçları kullanması halinde; bilirkişinin yapmış olduğu iş ifade almak olmadığından sadece uzman olduğu bir alanda rapor hazırlama görevi icra ettiğinden CMK m. 148'in uygulanması mümkün değildir.<sup>47</sup>

### C. Yasak Sorgu Yöntemlerinin İncelenmesi

#### 1. Genel Olarak

Sanığın ifadesinin delil olabilmesi için hür iradesi ile beyanda bulunması gerekmektedir. Yasak usullerle alınan ifadeler delil değeri taşımamaktadır. Sanığın hür iradesi ile beyanda bulunması için de sorguyu yapan kolluğun sanığa açık ve basit ifadelerle soru yöneltmesi gerekir. Sorgulayanın mutlaka ve zorla ikrara dayalı beyan alma zorunluluğu ve yetkisi yoktur. Şüpheli veya sanığa yöneltilen soruların mevcut durumla ilgisi ve bağlantısı olmaması, sorulma nedenine anlam verilemediği sorular yasak usullerdendir.<sup>48</sup>

*‘İfade alma ve sorguda yasak usuller’* başlıklı CMK m. 148’de yasak sorgu yöntemleri sayılmıştır. Bu maddeye göre; şüpheli veya sanığın özgür iradesini engelleyecek nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma yasak sorgu yöntemleri olarak belirtilmiştir. Ancak yasak sorgu yöntemleri sadece kanunda ifade edilenlerle sınırlı değildir. Bu sebeple de maddede *‘gibi’* ibaresine yer verilmiştir ve yasak usullere girebilecek yöntemler genel olarak yasaklanmıştır. Kanun metninde sayılan yasak sorgu yöntemlerinin sınırının belirgin olmayışı, sayma yönteminin kullanılması görevlinin sorumluluğunun belirlenmesinde sapmalara sebebiyet verdiği ve konuyu amacından saptırdığı belirtilmiştir.<sup>49</sup> Maddenin devamında ise; kanuna aykırı bir yararın vaat

47 Demirbaş, s. 324.

48 Demirbaş, s. 321.

49 Şahin, s. 189.



edilemeyeceği; yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği; müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı; şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacının ortaya çıkması halinde bu işlemin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.<sup>50</sup> Aksi halde bu hükme uyulmadan alınan ifadeler ve elde edilen deliller hukuka aykırı delildir.

Anılan maddede sayılan yasak usuller kolluk, hakimlik, savcılık gibi tüm soruşturma ve kovuşturma makamlarına ilişkindir. Ceza muhakemesi hukukunda yasak ifade ve sorgu yöntemlerine dikkat edilerek şüpheli ve sanık insanlık dışı küçük düşürücü muameleden korunmuş, maddi gerçeğe ulaşmada her türlü yolun kullanılmayacağı belirlenmiş, ceza adaletine zarar verecek her türlü uygulamadan kaçınılmış olur.<sup>51</sup> Ancak Centel/ Zafer'e göre, yasak sorgu yöntemlerinin yargı makamlarınca(hakimlerin) uygulanma ihtimaline binaen şüpheli ve sanığın güvence altına alınması; bağımsız ve tarafsız oldukları kabul edilen hakimlere karşı güvencenin olmadığı anlamına geldiğini belirtmişlerdir.<sup>52</sup> Demirbaş'a göre, bu durum şüpheliyi muhakeme objesi olarak devlet müdahalelerine karşı korumayı ve muhakeme süjesi olarak şüphelinin yerini garantilemeyi amaçlamakta olup yargı makamlarına karşı güvensizliği göstermektedir.<sup>53</sup> Kanaatimizce yasak sorgu yöntemlerinin yargı makamlarınca uygulanma ihtimalinde de şüpheli ve sanığın CMK'nın bir dizi hükmü ile koruma altına alınması, silahların eşitliği ilkesi gereğince şüpheli ve sanığın savunma hakkının herkese karşı korunduğunu göstermektedir.

50 CMK madde 148/5 hükmü gereğince; “*Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.*” TMK geçici madde 19 hükmü ile bu kurala istisna getirilmiştir. Düzenlemeye göre; “*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından: Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlem, Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine kolluk tarafından yapılabilir.*”

51 Demirbaş, s. 301.

52 Centel/Zafer, s. 227.

53 Demirbaş, s. 86-87.

Yasak ifade alma usullerinin bütün ifade alma faaliyeti kapsamında uygulanıp uygulanmayacağı hususu gündeme gelebilir. CMUK m. 135/a'daki "ifade verenin veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır" düzenlemesi nazara alındığında; "ifade veren" ibaresinden tanığın, bilirkişinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktaydı. Ancak CMK m. 148'de "şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır" denilmek suretiyle hükmün uygulama alanı sınırlandırılmıştır.

Somut olayda yasak yöntemlerin kullanılması sonucu şüpheli veya sanığın iradesinin etkilenip etkilenmediği aranmamakta, araçlarının kullanıldığının ispatı yeterli görülmektedir.<sup>54</sup> Araçların kullanıldığının ispatında şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmaz.<sup>55</sup>

## 2. CMK'da Sayılan Yasak Sorgu Yöntemleri

### a. Kötü Davranma

Kötü davranma sadece vücudun yaralanması şeklinde anlaşılmalıdır. Bazı yasak usulleri net bir şekilde birbirinden ayırt edemesek de; bedensel cebir ve işkence dışında kalan hukuk dışı davranışlara kötü muamele diyebiliriz.<sup>56</sup> Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 16'da sayılan, işkence derecesine varmayan zalimane, gayriinsani veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin kötü muamele olarak sayılması mümkün olabilir. İcrai veya ihmali surette kötü muamele uygulanabilir.<sup>57</sup> Şüpheli ve sanığı iteleme, gözlerini bağlama, elbiselelerinden tutarak yaka-paça sürüklenme, sigara ile deriyi yakma<sup>58</sup>, tekme, tokat vücut bütünlüğüne zarar veren davranışlar, kişinin iradesini etkileyecek şekilde sürekli yüksek sesle gürültüye maruz bırakma, göz kamaştırıcı ışığa maruz bırakma, uykusuzluk, uzun süre aç bırakma<sup>59</sup>, acılar içinde kıvranan kişiyi tedavi ettirmeme gibi fiiller kötü

54 Kaya, Zehra, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.(Son Erişim Tarihi:01.05.2020), s. 41, Centel/ Zafer, s. 227.

55 Centel/ Zafer, s. 227.

56 Demir, s. 147.

57 İnankul, s. 49., Şahin, s. 190., Altunbaş, s. 143., Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 43.

58 Altunbaş, s. 142.

59 Demirbaş, s. 332., Altunbaş, s. 142.

muamele örneği niteliğindedir.<sup>60</sup> Bu gibi davranışların uzun süre uygulanması ve acı, ızdıraplara yol açması veya kişiye eziyet vermesi halinde hakim görüşüne göre kötü muamele değil işkence suçunu oluşturmaktadır.<sup>61</sup> Kanaatimizce, kişinin vücut bütünlüğüne zarar veren, kişinin iradesini etkileyen davranışları kötü muamele kapsamında değerlendirebiliriz. Kişiyeye karşı yapılan müessir fiilleri kötü muamele kapsamında değerlendirebilmemiz için muamelenin süreklilik arz etmemesi gereklidir. Bu yönü ile kötü muamele işkenceden ayrılır.

Görüldüğü üzere kötü muamele ve işkence oluşturabilecek fiilleri ayırt etmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır. İfade veren kişinin irade ve karar verme yeteneğine zarar veren tehdit boyutundaki ruhi müdahaleler; sövme, küçük düşürücü davranışlar depresyona sebebiyet veriyorsa psikolojik işkencenin gerçekleşmesine sebebiyet verebilir.<sup>62</sup>

## **b. İşkence**

İşkence TCK'nın m. 94'te bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar şeklinde tanımlanmıştır. İşkenceye dair BM Sözleşmesi m. 1'de; işkence, fiziki veya manevi 'ağır' acı veya ızdırap veya fiil olarak tanımlanmıştır. İşkence derecesine varan zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiiller de işkence olarak nitelendirilmektedir. (m. 16) Anayasa m. 17/3'te kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleyle tabi tutulamayacağı belirtilerek işkence yasağı anayasal teminat altına alınmıştır. İşkence olarak nitelendirilen fiiller kültürden kültüre ve zamandan zamana değişebilmektedir ancak ortak anlayışa göre devletin kamu görevlileri tarafından belirli amaca ulaşmak için bilinçli yapılan, maddi ve manevi mahiyette kişiye acı, ızdırap veren fiillerdir.<sup>63</sup> Şüpheli veya sanığa işkence uygulanarak kendisini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması insan onuru-

60 Centel/ Zafer, s. 228.

61 Şahin, s. 190., Altunkaş, s. 144.

62 Demirbaş, s. 332.

63 İnankul, s. 46., Dalkılıç, s. 4-5.

nun en ağır ihlalidir.<sup>64</sup> İşkence başta kişinin irade özgürlüğünü etkilemekle birlikte, susma hakkını, kendisini ve kanunda gösterilmiş olan yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanmama hakkını ve adil yargılanma hakkını ihlal eden yasak usullerdendir.<sup>65</sup>

İşkence boyutundaki hareketler kötü muameleyi kapsayıcı niteliktedir ancak bir muamelenin işkence olarak kabul edilebilmesi için fiilin uzun süreli olması gereklidir. İşkenceyi karakterize eden, onu kötü muameleden ayırt eden özelliği ise ızdırabın ağırlığıdır.<sup>66</sup>İşkence, sanığın maddi veya manevi açıdan zarara uğramasına neden olabilir. Sanığa karşı sorgu sırasında ağır hakaretlerde bulunma, sanığın sürekli aşağılanması gibi davranışlar ve sanığın bu davranışlardan dolayı uygunsuz bir şekilde etkilenmesi ile manevi işkence oluşacaktır.<sup>67</sup> Bazı hallerde şüpheli veya sanığa uygulanan ruhi müdahalenin etkisi kısa süreli de olabilir. Bu durum, karısı veya çocuğu hakkında kötü bir haberin şüpheli veya sanığa verilmesi şeklinde meydana gelebilir.<sup>68</sup>

Dalkılıç'a göre, CMK m. 148'de sayılan "aldatma" ve "kanuna aykırı menfaat vaat etme" yasak sorgu yöntemlerini de işkence yasağının ihlali kapsamındadır<sup>69</sup> Bu yasak yöntemleri işkence ve zalimane davranış olarak kabul etmenin mümkün olmadığını belirtse de gayri insani ve özellikle de haysiyet kırıcı hareketler olduğunu belirterek işkence yasağının ihlali kapsamında değerlendirmiştir.<sup>70</sup>

### c. İlaç Verme

CMUK m. 135/a'da "zorla ilaç verme" ifadesi kullandığından aslında ilaç vermenin yasak usullerden olmadığı ancak zorla verildiği

64 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 45.

65 Kaya, Köroğlu, "İnsan Haklarının Korunması Ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı Ve Hukuka Aykırı Deliller", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 24, Ocak, 2016, [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53701502/INSAN\\_HAKLARININ\\_KORUNMASI\\_VE\\_CEZA\\_POLITIKASI.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINSA\(Son+Erişim+Tarihi:28.03.2020\),+s.+493.,+Altunkaş,+s.+145](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53701502/INSAN_HAKLARININ_KORUNMASI_VE_CEZA_POLITIKASI.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINSA(Son+Erişim+Tarihi:28.03.2020),+s.+493.,+Altunkaş,+s.+145).

66 Dalkılıç, Erdem, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İşkence Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2005, [http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/8960/234982.pdf?sequence=1&isAllowed=y+\(Son+Erişim+Tarihi:28.03.2020\),+s.3](http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/8960/234982.pdf?sequence=1&isAllowed=y+(Son+Erişim+Tarihi:28.03.2020),+s.3).

67 Şahin, s. 193.

68 Demirbaş, s. 333.

69 Dalkılıç, s. 36.

70 Dalkılıç, s. 36.

takdirde yasak usullerden kabul edileceği şeklinde anlaşılıyordu.<sup>71</sup> 5271 sayılı CMK m. 148’de ise bu karışıklığa son verilerek “zorla” ibaresi kaldırılmıştır.

İlaç verme, katı, sıvı, gaz şeklindeki her türlü maddenin insan vücuduna verilmesini ifade eder. Bu tür maddelerin hangi suretle ve ne şekilde verildiği önemli değildir. Genellikle ilk akla gelen sanığın sarhoş edilmesi, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullandırma şeklinde gerçekleşebilir.

Tıbbi tedavi amacıyla verilen ilaçlar, yapılan işlemler yasak olmakla birlikte sanığın iradi davranma yeteneğini zedeliyorsa ve bu hususta en azından bir şüphe varsa sorgudan vazgeçilmelidir.<sup>72</sup> Yasak sorgu yöntemlerindeki amaç sanığın iradesini etkileyecek ilaçların sanığa verilmesinin önüne geçmektir.<sup>73</sup> Yani bu durum her türlü ilacın verilmesinden kaçınma anlamına gelmemektedir. Şüpheli veya sanığa benzedirin ve pervitin gibi kişinin uyanık kalmasını sağlayan maddelerin verilmesi yasak usullerdendir.<sup>74</sup> Kahve gibi kafein içerikli içeceklerde kişinin uyanık kalmasını sağlar ancak kişiyi ifade alma sırasında uyanık tutmak amacıyla değil de sadece kahve olarak verilmesi kabul edilebilir bir davranıştır. Bu kapsamda ilacın üçüncü kişi tarafından verilmesi ile şüpheli veya sanık tarafından alınmasının bir önemi yoktur.

### ***Narkoanaliz***

Yasak sorgu yöntemlerinden olan narkoanaliz ya da diğer adıyla gerçek serumu başvurulmuş uygulamalar arasındadır. Narkotik etkili ilaçlar kişinin önce bilincini ardından refleksini yitirmesine neden olur.<sup>75</sup> Narkoanaliz yöntemi ile sorgusu yapılan kişinin direnme gücünün azalması, konuşmasını önleyememe, kendisini konuşmaktan alıkoymama amaçlanmaktadır.<sup>76</sup> Bu yöntem ile vücuda narkotize edici birtakım ilaçların verilmesi ile kişinin iradesi yok edilmektedir.

71 Demirbaş, s. 334.

72 İnankul, s. 49-50., Şahin, s. 195., Altunkaş, s. 155.

73 Demir, s. 150.

74 Demirbaş, s. 335.

75 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 51.

76 Altunkaş, s. 156., Şahin, s. 197.

Narkoanaliz etkisinde verilen beyanlar, gerçek nesnel nitelikte olmayıp hayaller ile gerçeklerin karışması neticesinde verilen beyanlardır.<sup>77</sup> Bazı hallerde kişi narkoanaliz etkisinde olsa da yalan beyanda bulunabilmekte, iradesini tamamen kaybetmemektedir.<sup>78</sup> Narkoanaliz sanığın hür iradesi ile karar vermesini, iradi davranma yeteneğini ortadan kaldırdığı ve kişinin kendisini suçlamaya zorlanamayacağı ilkesine aykırılık teşkil ettiği için uygulanmamalıdır.<sup>79</sup>

#### **d. Yorma**

Yorma, herhangi bir vasıta kullanmadan sanığın iradesini etkileyecek şekilde yorgun düşmesi, sanığın sağlıklı düşünemeyecek kadar yorulması ve bitap düşmesidir.<sup>80</sup> Aslında sorgunun özünde de belli bir miktar sanığın yorulması söz konusudur. Ancak yasa sorgu yöntemleri kapsamındaki 'yorma' olabilmesi için iradeyi etkileyecek düzeyde ciddi bir yorgunluk olmalıdır.<sup>81</sup> Yorgunluğun ne derece olduğu ve sanığı hangi boyutlarda etkilediği somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. İstisnai durumlar dışında sanığın dinlenmesine müsaade edilmeden sorgusuna devam edilmesi yasa sorgu yöntemlerinden yorma kabul edilmiştir.<sup>82</sup> Öyle ki, şüphelinin veya sanığın günlerce ayakta, uykusuz ve aç bırakılarak saatlerce ya da günlerce ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi bünyenin kendi kendine zehirlenmesine neden olacaktır.<sup>83</sup> Bu durumda yorgunluğun sanıktan veya sorgulayan memurdan kaynaklanmasının bir önemi yoktur.<sup>84</sup>

#### **e. Aldatma**

Aldatma, gerçeği gizleyerek aslında olmayan şeyleri gerçekleşmiş gibi anlatarak sanığı hataya sevk eden böylece sanığın iradi davranma yetisini büyük ölçüde etkileyen kasıtlı veya kasıtlı olmayan dav-

77 Altunkaş, s. 157.

78 Şahin, s. 198.

79 Cihan, s. 145., Şahin, s. 198.

80 Demir, s. 151.

81 Şahin, s. 198.

82 Şahin, s. 199.

83 Altunkaş, s. 158-159.

84 Şahin, s. 200.

ranışlardır.<sup>85</sup> Aldatma kavramının dar veya geniş yorumlanması konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Aldatmanın dar yorumlanması kovuşturma makamlarının suç araştırma faaliyetlerindeki aksamayı önleyecek, geniş yorumlanması ise sanığın kendisini suçlamaya zorlanamaması ilkesinin en geniş anlamda korunmasını sağlayacaktır.<sup>86</sup> Kovuşturma makamları özellikle kolluğun esnek davranabilmesini mümkün kılmak amacıyla aldatma kavramını sınırlı tutmaya çalışmaktadır. Bizim hukukumuzda da desteklendiği gibi sadece şekli sorguda aldatmanın yasak sayılması söz konusudur ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; aldatma konusunda tek kriter sanığın hür iradesinin etkilenip etkilenmeyeceğidir ki bu kapsamda bazı davranışların aldatma eylemi dışında tutulması biçiminde bir sınırlandırma söz konusu olamaz.<sup>87</sup> Sonuç olarak sanığın hür iradesinin korunması için aldatmanın geniş yorumlanması gerekmektedir.

### **1. Aldatmanın Konusu**

Aldatmanın konusu hukuki bir mesele veya olaya ilişkin olabilir.<sup>88</sup> Hukuki bir mesele açısından, kişinin beyanda bulunması halinde ceza almayacağı ya da daha az ceza alacağına inandırılması, bunun neticesinde sanığın beyanda bulunması aldatma kapsamındadır. Aldatmanın olaya ilişkin olması halinde ise olayın gerçekliği değiştirilerek sanığın bu şekilde beyanda bulunmasını sağlama şeklinde de olabilir. Şeriklerin suçu kabul ettiğinin sanığa söylenmesi bu hususa örnek verilebilir. Ya da var olmayan delilin varlığına inandırılarak şüpheli veya sanığın beyanının alınması şeklinde gerçekleştirilebilir.<sup>89</sup> Sorgulayanın gerçeğe aykırı beyanda bulunması

85 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 57., Şahin, s. 203.

86 Şahin, s. 200, Altunbaş, s. 162.

87 Demirbaş, s. 441., Şahin, s. 201., Altunbaş, s. 163.

88 Altunbaş, s. 164., Şahin, s. 203.,

89 **Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2014/16063, K. 2015/16862, K. T. 04.05.2015:** “Öte yandan CMK 148’de belirtildiği şekilde sanık ifadesinin özgür bir iradeye dayanması gerekir. Bunu sağlamak için de ifade alınırken aldatma... gibi müdahaleler yapılmaması gerekir. Çünkü devlet kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal ederek hukuka aykırı delil elde etmiş, sanık aleyhine bir durum oluşturmuş ve bununla bireyi köşeye sıkıştırmış konumdadır. Bu hal bir nevi yasak sorgu yöntemleri maddesinde tarif edilen “aldatma” veya ona benzer “gibi” tabirinin içine girecek bir durum olarak yorumlamak mümkündür. Sanık yasal olarak ele geçirilmiş ve hukukten geçerli bir delille suçlandığını zannetmektedir. Geçerli bir delil olmadan varmış gibi suçlama yönelmek, içinde CMK’nın 148 maddesinde ifadesini bulan öz-

yasak usullerden olsa da bu sorgulayanın her gerçeği sanığa anlatacağı anlamına gelmemektedir.<sup>90</sup> Soruşturmanın gizliliği ve gidişatın zarar görmemesi açısından gerçeğin ne kadarının sanığa söyleneceği sorgulayana aittir. Ancak olayın neyden ibaret olduğu ve şüphe sebeplerinin sanığa bildirilmesi gereklidir, bilinçli olarak bu yükümlülüğün ihlal edildiğinin ispatı halinde ise yasak usullerden kabul edilmelidir.<sup>91</sup>

## ***2. Sanığın Sorunları Kavrayış Düzeyi Sanıktaki Hatalardan Yararlanma***

Yasak sorgu yöntemlerinden aldatma, sanığın meseleyi ne şekilde anladığı ile ilişkilidir. Bu sebeple sanığın anlayış düzeyine bağlı olarak açık ve anlaşılır bir şekilde sanığa sorular yöneltilmelidir. Kişinin zeka düzeyindeki farklılıklarından yararlanılarak hileli davranışlarla sorgu taktiğinin uygulanması aldatma fiilini oluşturur. Örneğin; zeki biri için aldatma niteliğinde sayılmayan bir fiilin zeka veya kültür seviyesi düşük biri için aldatma niteliğinde sayılabilmesi mümkündür. Bu sebeple ifade veya sorgu esnasında yapılan açıklamalar ve sorulan sorular aldatmaya yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır. Ancak memur hiçbir zaman araştırma konusu hakkında sanığı aydınlatmak ve düşüncelerini gidermek zorunda değil ise de memur hukuki konularda sanığı hataya sevk edemez.<sup>92</sup> Memurun mevcut bir hatayı düzeltmesi gerekip gerekmediği ve mevcut hatadan yararlanıp yararlanamayacağı konusu tartışmalıdır. Kabul edilen görüşe göre, hata sanıktan kaynaklanmış olsa bile memurun bu hatayı düzeltmesi ve memurun hukuki konulardan kaynaklı hatadan yararlanmaması gereklidir ancak memur her durumda şüpheliye yanlışlığını açıklamak zorunda değildir.<sup>93</sup>

---

gür iradeyi engelleyen aldatma unsurunu, keza yasal bir suçlama materyalleri ve ilk bakışta mahkumiyete götüren bir sonuç varmış düşüncesini oluşturan baskı unsurunu içermektedir. Hukuka aykırı biçimde arabasının bagajı açtırıldığında bagajında bulunan kaçak sigaralar ile ilgili aidiyeti kabul eden ifadenin baskı ve aldatmadan uzak olduğu söylenemez.”, Yargıtay karar Arama, [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml\(Son Erişim Tarihi:16.07.2020\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml(Son Erişim Tarihi:16.07.2020)).

90 İnankul, s. 53., Demirbaş, s. 339., Şahin, s. 204.

91 Şahin, s. 205., Demirbaş, s. 339.

92 Şahin, s. 206.

93 Demirbaş, s. 338.



### **3. Kasti Aldatma ve Dikkatsizlik Sonucu Hataya Sevk Etme**

Bilerek ve isteyerek yapılan aldatmalar sonucu elde edilen deliller yasak delillerdir. Kişinin kasti hareketi sonucu olmayan bilgisizlik ve dikkatsizlik sonucu yapılan hatalar açısından ayrıma gidilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi aldatma eylemi hukuki konularda olabileceği gibi olaya ilişkin konularda da olabilir. Hukuki konularda memurun bilgisizliğine veya kastının olup olmadığına bakılmaksızın sanıkta oluşan hatanın bir aldatma olduğu kabul edilmektedir. Hukuki konular üzerinde yapılan aldatmaya şu örnekler verilebilir; şüpheliye tanık olarak dinleneceğinin söylenmesi ve bu hususta beyanda bulunmasının zorunlu olduğunun belirtilmesi, suçunu itiraf etmesi halinde her halükarda para cezası ile cezalandırılacağına garanti edilmesi gibi. Olaya ilişkin konularda ise öğretide<sup>94</sup>, sadece kasti aldatmaların aldatma sayılması gerektiği, bilgisizlik, eksik ya da yanlış bilgi verilmesinden doğan aldatmaların farklı değerlendirilmesi gerektiği savunulmakla birlikte; bizim de katıldığımız görüşe göre, aldatmanın kasti veya dikkatsizlik neticesinde gerçekleşmesinin önemli olmadığı yönündedir. Önemli olan husus, yapılan açıklamaların şüpheli veya sanığı hataya düşürebilecek, aldatılabilecek nitelikte olmasıdır.<sup>95</sup> Bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olacaktır. Örneğin; ifade veya sorgu işlemi sırasında, ifadeyi alan ya da sorgu işlemi yapan görevlinin ister iletilen bilginin yanlış olmasından isterse kendisinin bilgiyi yanlış yorumlamasından dolayı olsun, suç ortağının yakalandığına ya da suçunu itiraf ettiğine yönelik şüpheli veya sanığa bilgi vermesi, şüpheli veya sanığın iradesini etkileyeceği için ikrarı dikkate alınmamalıdır.

### **4. Telkini Sorular ve Aldatma**

Telkinde bulunma kavramı, önceden söylenen ya da emir verilen davranış olarak anlaşılabilir.<sup>96</sup> Telkinde bulunma yasağı kanunda açıkça yasaklanmamıştır ancak şüpheli veya sanığın suça ilişkin bilgi vermesi halinde kendisine bir zarar gelmeyeceğine dair söz verilmesi üzerine beyanının alınması aldatmayı içerdiği için telkinde bulun-

94 Altunkaş, s. 168.

95 Altunkaş, s. 168., Şahin, s. 207.

96 Demirbaş, s. 320

ma yasağı kapsamına girmektedir.<sup>97</sup> Şüpheli veya sanığa, ifade veya sorgu esnasında aldatmayı içermeyen telkin edici sorular sorulması hususunda hakim olan görüş, sanığın iradi karar verme özgürlüğünü etkilemeyeceğinden telkin edici soruların hukuka aykırı olmayacağı yönündedir.<sup>98</sup>

### **5. Gizli Ses, Görüntü Kaydı ve Aldatma**

Sorgu esnasında tutanak yerine geçen ses kaydı alınabilir. CMK m.147'de belirtildiği gibi ifade alma ve sorgu esnasında teknik imkan ve araçlardan yararlanılması söz konusu olabilmektedir. Ancak bunun bir zorunluluk olmadığı, teknik imkanlardan yararlanmayı teşvik etmek ve bu imkanlardan yararlanıldığı takdirde de ifadenin geçerli olabileceği düşüncesi olduğu açıktır.<sup>99</sup>

Sanık ifade verirken ses kaydı alındığını bilerek ifade verdiği takdirde delil hukuka uygun delildir. Bu durumda sanığın açık rızasının zorunlu olmadığı, ses kaydı alındığını bilerek ifade vermesinin yani zımnî rızanın yeterli olacağı kabul edilmektedir.<sup>100</sup>

Sanığın sorgusuna başlanılmadan önce kendisine susma hakkı hatırlatılmalıdır. Sanık ifade vermeyi kabul etse bile sorgu devam ederken her zaman konuşmaktan vazgeçebilir ki imza atana kadar sanığın beyandan vazgeçme hakkı mevcuttur. Bu sebeple sanığın bilgisi olmadan veya gizli bir kaydın alınmayacağına dair güvence verilmesine rağmen ses kaydının alınması hukuka aykırı delildir.<sup>101</sup>

### **f. Cebir ve Tehditte Bulunma**

Cebir, kişiyi bedensel olarak doğrudan etkileyen, kişinin vücut dokunulmazlığına ve vücut sağlığına zarar veren davranışlardır.<sup>102</sup> 1412 sayılı CMUK cebirin bedensel olması şartını ararken 5271 sayılı CMK'da ise böyle bir zorunluluk yoktur.<sup>103</sup> Şüpheli ve sanığa uygu-

97 Demirbaş, s 320.

98 Şahin, s. 208.

99 Arıcan, s. 50.

100 Şahin, s. 208.

101 Şahin, s. 209.

102 Demir, s. 154.

103 Demir, s. 155.

lanan cebir belli bir yoğunlukta olmalıdır, uygulanan her davranış cebir kapsamında değerlendirilmez.

Cebir ve şiddette bulunma ceza muhakemesi kanununda sadece belli hallerde yasal kabul edilmiştir. Söz gelimi tanık ve bilirkişi hazır bulunması ve ifade vermesi için zorlanabilir. (CMK m. 44) Sanığın sorgu için gelmemesi halinde zorla getirileceği, sanığın hazır bulunmaya zorlanacağı düzenlenmiş ise de sanık sorgu esnasında beyanda bulunmak için zorlanamaz.<sup>104</sup> Kanunda sanığı zorlama olarak nitelenebilen tutuklama, beden muayenesi gibi belirli koruma tedbirleri de kötüye kullanılamaz.<sup>105</sup>

Cebir özellikler bedene yönelik olduğundan bunu kötü davranma ve işkenceden kesin çizgilerle ayırmak oldukça zor olacaktır.<sup>106</sup> Ancak cebir olarak nitelendirilebilecek fiillerin kötü davranma, bu fiillerin sistematik olarak tekrarlanması halinde ise işkence olarak değerlendirilmesi mümkündür.<sup>107</sup>

Şüpheli veya sanığa tehditte bulunulması da onun irade özgürlüğünü etkileyebileceğinden yasak usullerden kabul edilmiştir. Tehdit sanığın ifade vermemesi halinde belli tedbirlerin sanığa uygulanacağı hususunda ortaya çıkabilir. Tehdit dolaylı olarak değişik metotlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir; daha önceden yapılan işkencenin kayda alınarak izletilmesi ya da acı çığlıkların dinletilmesi gibi yöntemlerle de yapılabilir.<sup>108</sup> Şüpheli veya sanığın kanunen tanınmış geçerli ve şartları oluşmuş bir tedbirin uygulanacağı yönünde tehditte bulunulması yasak değildir. Ancak şartları oluşmamışken hakkında tutuklama kararı verileceği yönünde tehditte bulunulması yasak usullerdendir.<sup>109</sup> Ayrıca tehdit ayrı bir suç olarak TCK m. 106'da düzenlenmiştir. TCK'da düzenlenen tehdit suçunun gerekçesi de nazara alındığında tehdidin yöneltildiği kişi şüpheli veya sanığın kendisi olabileceği gibi yakınlarından biri de olabilir. Yakınlıktan kasıt şüpheli veya sanığın üçüncü kişiye duyduğu yakınlıktır; yani somut

104 Şahin, s. 209.

105 Şahin, s. 209.

106 Altunkaş, s. 174.

107 Altunkaş, s. 174.

108 İnankul, s. 57.

109 Demirbaş, s. 342.

olayda şüpheli veya sanığın yakınına yönelik bir tehdit olmasaydı açıklamada bulunmayacaktı denilebilmelidir.<sup>110</sup>

### **g. Bazı Araçlar Uygulama**

Bazı araçlar uygulayarak vücuda yapılan müdahaleler kapsamında akla ilk gelen; yalan makinesi kullanarak sorgu yapılması yani poligraf veya cinsel suçların sorgulanmasında kullanılan penis reaksiyonun kaybedilmesi sonucunu veren pallometridir.<sup>111</sup>

Poligraf ile sorgulanan kişinin fizyolojik tepkileri ile yalan söyleyip söylemediği anlaşılmaktadır. Bu yöntemin uygulandığı sırada şüpheli veya sanığın konuşmasına gerek olmadan vücut tepki vermektedir.<sup>112</sup> Poligraf yöntemi, kişinin yalan söylerken başka doğru söylerken başka fizyolojik tepkiler vermesi, ifade alma esnasında tansiyon, nabız, solunum gibi reflekslerdeki değişikliklerden hareketle kullanılan bir yöntemdir.<sup>113</sup> Poligraf yönteminin kullanılmasının delil yasaklarından sayılmasının nedeni delil elde etme amacına uymaması ve teknolojik bir aletin sorgu için kullanılmış olmasıdır.<sup>114</sup> Ayrıca suçsuz bir kişinin suç iddiası karşısında heyecanlanması, tecrübeli bir suçlunun hiç heyecan yapmadan soruları sakin bir şekilde cevaplaması söz konusu olabilmektedir.<sup>115</sup> Bu şekilde alınan beyanlar yargılamanın gidişatını olumsuz etkileyecektir.

Poligraf yönteminin doğru sonuç verebilmesi için kişinin kendisini rahat hissedeceği bir ortamda olması, korku ve kuşkudan arınması gereklidir. Soyut verilere dayanan poligraf yönteminin gerçeği yansıtmama ihtimalinin her zaman var olması eleştirilen bir yönüdür.<sup>116</sup> Aynı zamanda poligraf kullanımının başarılı sonuç verebilmesi için uygulayan kişinin bu becerilere sahip olması; ses tonunu doğru kullanabilmesi, aleti iyi tanınması, sanığın beyanlarını sabırla dinlemeyi bilmesi gereklidir.<sup>117</sup>

110 Demir, s. 156., Altunkaş, s. 176.

111 Şahin, s. 210.

112 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasası*, s. 64.

113 İnankul, s. 54., Demirbaş, s. 323., Altunkaş, s. 180.

114 Şahin, s. 211.

115 İnankul, s. 54.

116 Şahin, s. 212.

117 Altunkaş, s. 182., Şahin, s. 2013.

Yapmış olduğumuz açıklamalara göre poligraf yönteminin kullanılması kişinin kendisini suçlamaya zorlanamama ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Sanığın rızası olsa dahi kullanılan yöntem ile sanığın beyanları nazara alınarak ithamda bulunurken çok dikkat edilmelidir. Ayrıca sanığın rıza göstermemesi aleyhine delil olarak değerlendirilmemelidir.

## **h. Kanuna Aykırı Menfaat Vaadinde Bulunma**

Kanuna aykırı menfaat vaadinde bulunma, hukuken uygulamaya yetkisi olmadığı bir hususu gerçekleştireceğinin vaat edilmesidir. Hukuken ifası mümkün olan şeyin vaat edilmesi bu kapsama girerse de aldatmanın konusunu oluşturabilmektedir. Her türlü menfaat bu kapsama girmez, verilen vaadin şüpheli veya sanığın iradesini etkilemesi gereklidir.<sup>118</sup> İşlenen bazı suçlarda cezanın daha az verilmesi ya da daha fazla verilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda sanığın bilgilendirilmesi, yetkisi dahilinde ise yardımcı olacağına sözünün verilmesi hukuka aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>119</sup> Vaatte bulunma yasağı ile ilgili önemli olan husus vaadin tuzakla bağlantılı olması ve şüpheli veya sanığı etkisi altına almasıdır.

### **1. Müdafî Hazır Bulunmaksızın Alınan İfade**

Ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma aşamasında müdafîlik zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kural olarak şüpheli müdafî seçiminde özgürdür, bu durumda ihtiyari müdafîlik söz konusudur. Şüpheli müdafînin hukuki yardımından faydalanmak istediği takdirde müdafî gelmeden ifade alma veya sorgu işlemine geçilmemelidir. Kanunda açık bir hüküm olmasa da müdafînin hazır olması için makul süre beklenmelidir.<sup>120</sup> Kanun, silahların eşitliği ilkesine uygun olarak bazı hallerde de zorunlu müdafîlik kurumunu kabul etmiştir.(CMK m. 150, CMK m. 234/1-a-3, b-5, CMK m. 234/2, CMK m. 74/2, CMK m. 101/3) CMK m. 148/4'e göre; zorunlu müdafîlik halleri dışında şüpheli veya sanığın savunma hakkının korunması kapsamında; müdafî hazır bulunmaksızın kollukta alınan ifade,

118 İtişgen, s. 177.

119 Şahin, s. 216., İtişgen, s. 178.

120 Çulha/ Demirağ/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 203.

hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı düzenlenmiştir.<sup>121</sup>

## II. CMK'DA DÜZENLENMEYEN YASAK İFADE VE SORGU YÖNTEMLERİ

### 1. Hipnoz

Hipnoz, hipnoz uygulanan kişinin bilincini etkileyen ve onu etkisiz hale getiren psikolojik bir uygulamadır.<sup>122</sup> Hipnoz halinde kişi verilen telkinlere açıktır, iradesini kullanabilecek durumda değildir ve kendisine yöneltilen sorulara aleyhine de olsa cevap vermekten kendisini alıkoyamaz.<sup>123</sup> Hipnoz etkisi altında kalarak beyanda bulunan kişi kendine geldiği zaman verdiği cevapları hatırlayamaz.<sup>124</sup> Hafıza kaybı olduğu hallerde hipnoz yöntemi ile bilinç alanına girilerek hafızanın tekrar getirilmesi mümkün olduğu için bu gibi istisnai hallerde hipnoz yöntemine başvurulabileceği savunulmaktadır.<sup>125</sup> Ancak, hipnoz yöntemi kişinin iradesini tamamen devre dışı bıraktığı ve özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal ettiği için hiçbir şekilde ifade ve sorgu sırasında kullanılmayacağını ifade eden yazarlarımız da mevcuttur.<sup>126</sup>

### 2. Hatırlama, İdrak Etme Yeteneğini İhlal Eden Tedbirlere Başvurma

Hatırlama kabiliyeti geçmişte yaşanmış olayların, düşünme suretiyle hafızada canlandırılabilmesidir.<sup>127</sup> İdrak ise, bir şeyi anlamak, kavrayabilmek anlamına gelmektedir. Hatırlama kabiliyetinin ihlal edilmesi, şüpheli veya sanığın olayla ilgili bazı bilgileri hatırlayamamasına, delilleri ifade edememesine sebep olabilmektedir. İdrak yeteneğinin azalması da sanığın kendi iradesini kontrol edemeden

121 Çulha/ Demirağ/ Nuhoglu/ Tezcan/ Yenisey, s. 71., Polat, Av. Metin, "İfade ve Sorgu Nasıl Yapılır?", Polat Hukuk Bürosu, 11 Mart 2018, <https://metinpolat.av.tr/ifade-alma-ve-sorgu-nasil-yapilir.html> (Son Erişim Tarihi: 14.08.2020).

122 Demir, s. 209.

123 Altunkaş, s. 188., Demir, s. 209., Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 64.

124 İnankul, s. 56.

125 Demirbaş, s. 320.

126 Demir, s. 209., Şahin, s. 217., İnankul, s. 56.

127 Şahin, s. 220., Altunkaş, s. 188.

istemediği davranışlara yönelmesine sebebiyet verecektir. Şüpheli veya sanığın hatırlama ve idrak etme yeteneğinin ihlal edilmesi, hür iradesi ile beyanda bulunmasını engelleyeceği için öncelikle insan haysiyeti ve insan haklarına saygı ilkelerine dayanan hukuk devletine bağlı ceza muhakemesine aykırılık teşkil edecek ve bu surette elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.<sup>128</sup>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HUKUKA AYKIRI DELİL ELDE ETME, SORGULAYANIN HUKUKA AYKIRI DAVRANMASININ SONUÇLARI VE CEZAİ SORUMLULUĞU

#### I. HUKUKA AYKIRI DELİL ELDE ETME

İspat, ceza yargılamasında hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla fiilin fail tarafından yapılıp yapılmadığına ilişkin kanaate ulaşılmasına denir.<sup>129</sup> Bir vakıyı ispat etmek için hukuk düzeninin kullandığı vasıtalar delildir. Delil ise olayı yansıtan geçmişe dair olguları ortaya koyan, olayın aydınlatılmasına hizmet eden her şeydir.<sup>130</sup> Ceza muhakemesi hukukunda asıl olan maddi gerçeğe ulaşmak olduğu için delil serbestisi ilkesi kabul edilmektedir ancak bu ilke sınırsız değildir<sup>131</sup>. Ancak delilin hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için delillerin yasak usuller kullanılmadan elde edilmiş olması gereklidir. Hukuka aykırı yollarla elde edilen delilin ne olursa olsun kullanılmayacağını savunan görüşe göre hukuka aykırı delil<sup>132</sup>, bazı şartlar altında bu delilin kullanılabileceğini savunanlar ise delil yasakları olarak isimlendirmektedir.<sup>133</sup> Delil yasakları kavramı ilk defa ortaya atan Beling'dir.<sup>134</sup> Delil yasakları kavramı maddi gerçeğe ulaşmak için her yolun mubah olmadığını, korunması gereken birçok değer var olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>135</sup>

128 Altunbaş, s. 188,

129 Demirbaş, s. 299.

130 Kaya, "İnsan Haklarının Korunması Ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı Ve Hukuka Aykırı Deliller", s. 486., Demirbaş, s. 299.

131 İtişgen, s. 179., Demir, s. 49., Kaya, s. 76.

132 Altunbaş, s. 26., Şahin, s. 228.

133 Altunbaş, s. 25., Demirbaş, s. 299.

134 Demir, s. 55.

135 Demir, s. 55.

Şüpheli veya sanık yasak yöntemlerin etkisi altında verdikleri ifadeyi tekrar etmiş olsa bile bu ifade delil olarak kullanılmamalıdır ya da yeniden alınan ifadenin önceki muamelenin etkisi ile verilip verilmediği araştırılmalıdır.<sup>136</sup>

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bahsetmiş olduğumuz yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasına yönelik sanığın rızasının kabul edilip edilmeyeceği yönündedir. Ancak sanığın masumiyetini ispat etmek için narkoanaliz, hipnoz veya yalan makinesi gibi uygulamalara rıza göstermesi söz konusu olabilir. Bu ihtimali göz önünde bulunduran kanun koyucular yasak usullerle elde edilen delillerin sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceğini düzenlemiştir. Yani sanığın rıza göstermiş olması kullanılan yasak sorgu yöntemlerini meşrulaştırmayacağı gibi bu yöntemleri hukuki hale getirmesi de söz konusu olmaz.<sup>137</sup>

Sanığın rızasının kabul edilmemesi sadece hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması açısından değil, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ifadenin delil olarak kullanılması açısından da kabul edilemez.<sup>138</sup>

Daha önce açıklamış olduğumuz CMK m. 148’de yer alan yasak usuller ceza kovuşturma makamlarını kapsamaktadır, üçüncü bir kişinin şüpheli veya sanığa yasak usulleri uygulaması halinde üçüncü kişinin davranışları bu madde kapsamında değerlendirilemez. Özel kişilerin CMK m. 148 ruhuna aykırı olarak elde ettikleri delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte bu kanunen bir yasaklama söz konusu değildir.<sup>139</sup> Türk hukukunda 1412 sayılı CMUK döneminde sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarının yasak usullerle elde ettiği delilin ceza yargılamasında kullanılmayacağını, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delilin ise hükme esas alınabileceği ifade edilmekteydi ki bu dönemde Anayasa m. 38/6’daki düzenleme yer almamaktay-

136 Centel/Zafer, s. 231.

137 İnankul, s. 85.

138 Cihan, s. 151., Altunkaş, s. 205.

139 İnankul, s. 86., Gödekli, Mehmet, *Türk Ceza Mubakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 64, Sayı 4, Yıl 2016, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621613>(Son Erişim Tarihi:28.03.2020), s. 1898.



dı.<sup>140</sup> Anayasa m. 38/6'da yapılan 2001 değişikliği ile; “*Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak değerlendirilemez.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak 2001 değişikliği ile ve 5271 sayılı CMK düzenlemeleri de nazara alındığında herhangi bir istisnaya yer verilmeden özel kişiler tarafından dahi olsa elde edilen hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceği görülmektedir.<sup>141</sup> Bu hususta savunulan diğer görüş ise, istisnalar ile birlikte yasak usullerin özel kişiler içinde kabul edileceği yönündedir. Eğer hukuka aykırı davranış özel kişiye yönelik işlenmişse ve elde edilen delil insanlık onurunu etkilemiyorsa elde edilen delilin kullanılması söz konusu olabilecektir.<sup>142</sup>

Kanaatimizce, CMK m. 148'deki yasak usuller ceza soruşturma ve kovuşturma makamlarını kapsamaktadır. Özel kişilerin yasak usulleri kullanarak elde ettiği deliller bu kapsamda değerlendirilmez. Ancak, Anayasa m. 38/6 hükmü de açıkça kanuna aykırı elde edilen bulguların, delil olarak değerlendirilmeyeceğini düzenlemiştir. Özel kişilerin yasak usulleri kullanması kanuna aykırı davranması sonucu doğurmaktadır ve kanuna aykırı davranarak elde ettiği bulguların delil olarak kullanılması söz konusu olamaz.

5271 sayılı CMK m. 289 ile hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının hükmün kesin hukuka aykırı sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Kanun koyucu hükmün hukuka aykırı delile dayanması halinde hükmün değişebileceğini yasal karine olarak kabul etmiştir. Yani eğer mevcut başka bir delille yine aynı hüküm kurulabilecekse bu hukuka aykırı delil bozma sebebi olmayacaktır.

Değerlendirme yaşı, yasak ifade alma ve sorgu yöntemlerinin kullanılması ile ifade alma ve sorgu arasında nedensellik bağı olduğu hallerde söz konusudur. Nedensellik bağı, sonuç ile sonucun oluşmasına sebebiyet faktörleri arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Yani yasak usuller kullanılarak yapılan ifade veya sorgu işlemi sırasında elde edilen deliller değerlendirme kapsamındadır. Ancak işkence yönteminin uygulandığı hallerde nedensellik bağı aranmaz

140 Gödeklı, s. 1892., Demirbaş, s. 328.

141 Aynı görüş, Demirbaş, s. 276 vd., Çetinkaya, s. 169.

142 Çınar, Ali Rıza, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*”, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-55-83> (Son Erişim Tarihi: 14.08.2020), s. 41.

çünkü işkence yöntemi başlı başına mutlak değerlendirme yasağıdır.<sup>143</sup>

## VI. SORGULAYANIN HUKUKA AYKIRI DAVRANMASININ SONUÇLARI VE CEZAI SORUMLULUĞU

### 1. Genel Olarak

Süreç içerisinde ceza muhakemesinin amacı değişikliğe uğramıştır. Daha önceki sistemde ceza muhakemesinin amacı, suçlu olanların cezalandırılması olduğu için hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi söz konusu olabiliyordu.<sup>144</sup> Değişen bu süreç içerisinde ceza muhakemesinin amacı insan haklarını korumayı esas aldığı için hukuka aykırı delillerin değerlendirme yasağı olmakla birlikte bu delillerin mutlaka değerlendirme dışı tutulması da mümkün değildir.<sup>145</sup> Sanığı sorgulayan kolluk görevlisinin iki şekilde hukuka aykırı davranması söz konusu olabilir. Sanığın sahip olduğu hakların sanığa hatırlatılmaması ve yasak sorgu usullerinin kullanılarak delil elde etme durumudur.<sup>146</sup>

Sanığa hakları bildirilmeden ya da yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller değerlendirilemez. Delil değerlendirme yasağı, elde edilen delillerin, delilleri değerlendirme yetkisine sahip olan kişiler tarafından ispat amacıyla kullanılmasına sınırlama getirilmesidir.<sup>147</sup> Bu açıdan elde edilen delillerin sanığın lehine veya aleyhine olmasının bir önemi yoktur.<sup>148</sup> Bu delilleri değerlendirme yasağı, hem haklarının bildirilmemesi hem de yasak sorgu yöntemleri açısından ele alınabilir.

### 2. Değerlendirme Yasağı

#### a. Sanığa Haklarının Bildirilmemesi Halinde

CMK m. 90/4'te kolluğun şüpheliyi yakaladığı sırada derhal haklarını bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Anılan maddede kolluk dı-

143 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 80.

144 Centel/Zafer, s. 713.

145 Centel/Zafer, s.713.

146 Dalkılıç, s. 88.

147 Demir, s. 97.

148 Dalkılıç, s. 89.

şında yapılan yakalamalarda hakların bildirilmesi hususuna değinilmemiştir. Bu durumda şüpheli kolluğa teslim edilene kadar geçen süreçte haklarından haberdar olamayacaktır. Bu süreçte şüphelinin suçunu ikrar etmesi ve ikrarı duyan kişinin aleyhe tanıklık yapması susma hakkının kullanımı açısından sorun oluşturabilecektir. Ancak yapılan tamamen ikrarın göz ardı edilmesi mümkün değildir.<sup>149</sup>

Sanığa hakları bildirilmeden alınan ifade ve yapılan sorgu hukuka aykırı delildir. Ceza muhakemesi kanununda ifade ve sorgu tarzının ne şekilde olacağı CMK m. 147'de açıkça ifade belirtilmiştir. Mesele sanığa yüklenen suç anlatılmadan, sanığa susma hakkı olduğunu, müdafî seçme hakkı olduğunu ve müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade ve sorgu esnasında hazır bulunabileceği, müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafinin yardımından yararlanmak istediği takdirde kendisine baro tarafından müdafî görevlendirilmesi yapılacağı, yakalanan kişiye istediği yakınlarından birine yakalandığının bildirileceği, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme olanağı bulunduğu anlatılmadan alınan ifade ve sorgu hukuka aykırı delildir.

### **b. Yasak Sorgu Yöntemlerine Başvurulması Halinde**

Yasak sorgu yöntemlerine başvurulmasında sanığın açık rızası olsa dahi hukuka aykırı elde edilen deliller değerlendirilemez. Ancak hakları hatırlatılmadan ya da yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller kullanılmayacağı gibi bu durum sonrasında sanığın hukuka uygun şekilde ifadesinin alınmasına engel değildir. Sanığın sonrasında alınan ifadesinde önemli olan sanığın hür iradesi ile ve hukuka uygun yöntemlerle beyanda bulunmasını sağlamaktır. İfade alma ve sorgu sırasında usuli eksikliklerin olması halinde de, ifadenin kolluk veya savcılık tarafından değil de zabıt katibi tarafından alınması durumunda olduğu gibi, elde edilen deliller değerlendirilemez.<sup>150</sup>

149 İtişgen, s. 158.

150 Demirbaş, s. 303.

Kanunumuzun düzenlenmesine göre yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen her türlü delil değerlendirme yasağına tabidir.<sup>151</sup> Hukukumuzda CMK m. 217/2'de ve Anayasa m. 38/6'da değerlendirme yasağına yer verilmiştir. Anayasa m. 38/6'da kanuna aykırı elde edilen bulgunun delil sayılamayacağı düzenlenmiş ve bu düzenleme itibariyle delil sayılamayan bir bulgunun dosyada yer alması gerekmediği sonucu ortaya çıksa da her halükarda delillerin dosyada muhafaza edilmesi gerekli görülmüştür.<sup>152</sup> Adli Kolluk Yönetmeliği m. 6/6'da bu hususa değinilmiştir; “*Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti halinde, fezlekedede bu hususa yer verilir.*” Aynı durum CMK m. 170/5'te düzenlenmiş; iddianamede sadece sanığın aleyhine olan hususlar değil, sanığın lehine olan delillere de yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hükmü destekleyen bir diğer düzenleme de dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiğini düzenleyen CMK m. 230/1-b'dir.

Değerlendirme yasağı sorguyu yapan memurun kullandığı ya da bir başkası aracılığıyla uyguladığı hukuka aykırı yöntemle dayanarak alınan bütün ifadeler için geçerlidir. Hakim görüşe göre, hukuka aykırı elde edilen delilin soruşturmada okunması mümkün olmadığı gibi yasak sorgu yöntemleri kullanarak sorguyu yapan memurun ya da hazır bulunan üçüncü kişinin tanık olarak dinlenmesi söz konusu değildir.<sup>153</sup>

### **c. Sorgu Yöntemi Yasaklarının Uzak Etkisi**

Yasak sorgu yöntemleri ile dolaylı olarak elde edilen delillerin herhangi bir ceza muhakemesi yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Delil yasaklarının uzak etkisi iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

#### **1. Dolaylı Yoldan Delil Elde Edilmesi**

Yasak sorgu yöntemleri kullanılarak alınan sanığın ifadesinde ko-  
uşturma ile ilgili başka deliller de ortaya çıkabilir.<sup>154</sup> Sanığın usulü-

151 Şahin, s. 228.

152 Demirbaş, s. 349.

153 Şahin, s. 229.

154 Şahin, s. 229.

ne uygun olmadan alınan ifadesinde suç eşyasının yerini söylemesi ve bulunan eşyanın üzerinde sanığın parmak izinin olması suçun işlendiğine dair bir delildir. Ancak yasak sorgu yöntemi ile elde edilen delil olduğu için kamu davasını açarken aranan yeterli şüpheyi oluşturup oluşturmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Kimi yazarlara göre temeldeki hukuka aykırılık sonraki işlemleri de hukuka aykırı hale getireceğinden elde edilen delil kullanılamaz.<sup>155</sup> Yani yasak usuller kullanılarak elde edilen delillere meşru yolla ulaşılmış olsa da hukuka aykırı delildir.<sup>156</sup> Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararı mevcuttur. Yargıtay kararında asıl olanın sanığın sahip olduğu hakların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini, sanığın haklarının ihlal edilmediği takdirde elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabileceğine hükmetmiştir.<sup>157</sup>

155 Dalkılıç, s. 90.

156 Kaya, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, s. 84., **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/7-144, K. 2005/150, K.T. 29.11.2005.**” Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadede veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır.”, www.kazancı.com.tr, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2005-7-144.htm>(Son Erişim Tarihi:16.07.2020).

157 **Ceza Genel Kurulu, E. 2009/160, K. 2009/264, K. T. 17.11.2009:** “Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15-29 sayılı oybirliğiyle alınan kararında açıkça “Kanunlarımızda yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçimde yorumlanmamalıdır. Nitekim doktrinde de, elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beaart kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği ifade edilmiştir (Bahri Öztürk, Yenisey, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s. 44-45). O halde, anılan hükmün uygulanmasında yargıcın takdir yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır” denmesine, sanığın ikrarına havi ifadede de usule aykırı bir durum olmamasına, olayın sıcaklığı ile alınmış, oluştaya uygun bir ifade olmasına, ayrıca sanık hakkında daha önce iki kez kaçak rakı imalinden dolayı işlem yapılması, depoyu sanığın gelip açması ve arama sonucu önemli ölçüde alet, şişe ve alkol yakalanması, gibi delillere, yine Yargıtay CGK'nın 29.11.2006 gün ve 150 sayılı iki kişinin muhalefeti ile verilen kararında “usulsüz arama sonucu evinde hint keneviri ele geçen ve hakkında ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrele-

## 2. Dolaylı Yoldan Elde Edilen Delilin Suç Soruşturmasında Kullanılması

Aynı şekilde yasak usullere başvurularak başka bir suça ilişkin delil elde edilmesi halinde bu suçun soruşturmasına başlanıp başlanılmayacağı ile ilgilidir. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, yasak usullerle elde edilen dolaylı deliller maddi gerçeği ortaya çıkarmayı sağlayacak yargılamayı sonuca ulaştıracak ise tamamen göz ardı edilmesi ceza muhakemesi açısından söz konusu olamaz.<sup>158</sup> Esnek yaklaşıma göre ise, hukuka aykırı deliller yoluyla elde edilen diğer delillerin tamamen göz ardı edilmesi yerine belirli ölçüler çerçevesinde somut olaya göre değerlendirilerek bazılarının muhakemede kullanılmasına imkan tanınmalıdır.<sup>159</sup> Kimi yazarlara göre, yasak sorgu yöntemleri kullanılarak doğrudan veya dolaylı yolla elde edilen her türlü delil hukuka aykırıdır, aksi halde bu delillerin kullanımı kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlaline yol açacaktır.<sup>160</sup> Bu katı bir yaklaşımdır. Kimi yazarlar ise bu yaklaşımı şu şekilde ifade etmiştir; şüpheli kendi kusuru veyahut üçüncü kişinin davranışı ile özgür iradesini kullanmadığı bir durumda ifade vermiş ise şüphelinin hür iradesine dayanmadığı için doğrudan veya dolaylı elde edilen tüm deliller kullanılamaz.<sup>161</sup> Diğer bir görüşe göre, hukuka aykırı yollarla elde edilen diğer deliller yargılamada kullanılmasında bir sakınca yoktur.<sup>162</sup>

Kanaatimizce, esnek yaklaşımın uygulanması adil yargılama ilkesinin yerine getirilmesi açısından daha uygundur. Yasak usullere başvurulması suretiyle başka bir suça ilişkin delil elde edilmesi halinde bireysel ve kamusal yarar arasındaki denge dikkate alınmalıdır. Dolaylı yoldan elde edilen delilin tamamen göz ardı edilmesi adil yargılama ilkesini zedeleyecektir.

---

rinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrar karşısında sanığın izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut etmiştir” denmesine rağmen çoğunluk tarafından benzer olan olayımızda sanığın beraati gerektiği sonucuna varılmıştır”, [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ycgk-k.2009\\_264-sahte-raki-karari.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ycgk-k.2009_264-sahte-raki-karari.pdf) (Son Erişim Tarihi:06.03.2020)

158 Şahin, s. 230.

159 Kaya, “*İnsan Haklarının Korunması Ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı Ve Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 491.

160 Şahin, s. 232.

161 Gödekli, s. 1857., Demirbaş, s. 304., Çetinkaya, s. 169.

162 Kaya, “*İnsan Haklarının Korunması Ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı Ve Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 490.

### 3. Sorgulayanın Cezai Sorumluluğu

İfade ve sorgu esansında yasadik usullere başvurulması ve bu yöntemlere başvurularak elde edilen delillerin değerlendirme yasağı ile karşılaşması aslında kolluk kuvvetlerine yönelik caydırıcı özelliğe sahiptir. Ancak bu caydırıcılık yeterli olmamakla birlikte yasadik usullere başvurulması halinde bu kişilere cezai yaptırım da öngörölmüştür.

Yasadik usulleri uygulayan kolluk görevlisine uygulanacak akla ilk gelen cezai yaptırımı işkence suçudur.(TCK m. 94) Kamu görevlisinin delil elde etmek amacıyla bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve o kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi halinde işkence suçundan cezalandırılması söz konusu olacaktır. Ayrıca yasadik usullere başvuran kamu görevlisinin fiilleri niteliğine göre TCK m. 86'da düzenlenen kasten yaralama suçunun, TCK m. 106'da düzenlenen tehdit suçunun oluşmasına sebebiyet verebilir. Anayasa'nın kişinin insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı hükmü (m. 17/3), hiç kimsenin kendisi ve yakınlarının suçlanamayacağını öngören hükmü (m. 38/5), işkence yapılarak alınan ifadenin sadece işkence yapan memur aleyhine delil olarak kullanılabileceğini ifade eden İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 15 hükmü ile sağının hür iradesi ile beyanda bulunma hakkının korunduğu açıktır.

### SONUÇ

Ceza yargılamasında şüpheli ve sanığın hakları ihlal edilmeden, savunma hakkı kısıtlanmadan ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılması ve böylece elde edilen delillerle maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. İfade ve sorguya geçilmeden önce şüpheli veya sanığın kimlik tespiti yapılmalıdır ve ardından CMK m. 147'de sayılan hakları hatırlatılarak beyanına geçilmelidir. Şüpheli veya sanığa kendi anlayacağı şekilde işlemiş olduğu suçun anlatılması gereklidir. Şüpheli veya sanığın haklarını zaten biliyor olması kanundan doğan öğretme görevini sona erdirmez, şüpheli veya sanığa hakları her halükarda hatırlatılmalıdır. Aynı zamanda şüpheli veya sanığın olayı kavrayış düzeyi dikkate alınarak kendisine isnad edilen suçu anlatıl-

malıdır. Buna göre şüpheli veya sanık kendi iradesi ile beyanda bulunma ya da susma hakkını kullanabilecektir. Susma hakkı da diğer haklarda olduğu gibi şüpheli veya sanık yakalandığı anda hatırlatılmalıdır. Şüpheli veya sanık susma hakkını ifade ve sorgunun herhangi bir anında kullanabileceği gibi bazı sorulara cevap vermeyerek de bu hakkını kullanabilir. Ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından aynı zamanda şüpheli veya sanığa kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır.

Şüpheli veya sanık CMK m. 147’de yer alan haklarından açık ve yazılı bir şekilde vazgeçebilir ancak vazgeçmenin geçerli olabilmesi için; iradi olması ve hakları anlamış olması gereklidir.<sup>163</sup>

Şüpheli veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Kişinin iradesini etkileyecek, ifade özgürlüğünü kısıtlayacak CMK m. 148’de sayılan; kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel ve ruhsal müdahalelerin yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucunun düzenlemiş olduğu yasak usuller bunlarla sınırlı değildir. Şüpheli veya sanığın hür iradesi ile beyanda bulunması engelleyen hipnoz, hatırlama ya da idrak yeteneğinin ihlal edilmesi gibi yöntemler de yasak sorgu yöntemlerinde kabul edilmelidir.

CMK m. 148 soruşturma ve kavuşturma makamları için geçerlidir, özel kişilerin uygulamış olduğu yasak sorgu yöntemleri bu kapsamda değerlendirilmez. Ancak, Anayasa m. 38/6 hükmü de açıkça kanuna aykırı elde edilen bulguların, delil olarak değerlendirilemeyeceğini düzenlemiştir. Özel kişilerin yasak usulleri kullanması kanuna aykırı davranması sonucu doğurmaktadır ve kanuna aykırı davranarak elde ettiği bulguların delil olarak kullanılması söz konusu olamaz.

İfade ve sorgu esnasında hukuka aykırılık iki şekilde ortaya çıkabilir; ya ifade ve sorgusuna başvuru şüpheli veya sanığa hakları hatırlatılmadan ifadesi alınır ya da şüpheli veya sanığa ifade ve sorgu esnasında yasak ifade ve sorgu usulleri uygulanır. Bu hukuka aykırı yöntemlere başvurularak elde edilen delillerin hem muhakeme

163 Altunkaş, s. 225-226.



hukuku bakımından hem de maddi ceza hukuku bakımından ayrı ayrı sonuçları mevcuttur. Muhakeme hukuku bakımından sonucu değerlendirme yasağı iken maddi ceza hukuku bakımından sonucu ise yasak yöntemleri kullanarak ifade alanın veya sorguyu yapanın cezai sorumluluğuna gidilmesidir.

İfade ve sorgu esnasında, ifadeyi alanın veya sorguyu yapanın şüpheli veya sanığa sahip olduğu hakları bildirme yükümlülüğü vardır. Şüpheli veya sağına gerekli bildirim yapılmaması, haklarının hatırlatılmaması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı delildir. Hukuka aykırı elde edilen deliller kovuşturma aşamasında hükme esas alınmaz. CMK m. 148'deki yasak sorgu usulleri uygulanarak elde edilen delillerin sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığın rızası sadece yasak usullerin uygulanması açısından değil elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması açısından da önem taşımaz. Bu şekilde elde edilen deliller bakımından değerlendirme yasağı söz konusudur.

Yasak sorgu yöntemleri kullanılarak başka suçla ilişkin elde edilen deliller açısından farklı görüşler olmakla birlikte, esnek yaklaşımın uygulanması gerektiği, adil yargılanma ilkesini korumak adına kamusal ve bireysel denge ile ilgili değerlendirme yapılarak söz konusu yargılamaya göre delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yönelik karar verilmesi kanaatindeyiz.



- Demir, Nazlı Hilal, *Yasak Deliller ve İnsan Onuru*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temmuz 2012, <https://acikerisim.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/1802/Nazli%c4%b1HilalDemirYLTez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Son Erişim tarihi:28.03.2020).
- Gödekli, Mehmet, “*Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 64,Sayı 4,Yıl 2016,<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621613> (Son Erişim Tarihi:28.03.2020).
- İnankul, Hakan, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Bunların Sonucunda Elde Edilen Delillerin Hukukumuzda ve Batı Hukukunda Geçerliliği*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Bursa,2005,C:/Users/mm/Desktop/Hakan%20İNANKUL'a%20ait%20"%20Yasak%20Sorgu%20Yöntemleri%20ve%20Bunların%20Sonucunda.pdf (Son Erişim Tarihi:01.04.2020).
- İtişgen, Rezzan, *Kişinin Kendisini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/49834.pdf> (Son Erişim Tarihi:28.03.2020).
- Kaya, Köroğlu, “*İnsan Haklarının Korunması Ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı Ve Hukuka Aykırı Deliller*”,Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7,Sayı 24,Ocak 2016, [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53701502/INSAN\\_HAKLARININ\\_KORUNMASI\\_VE\\_CEZA\\_POLITIKASI.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINSA](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/53701502/INSAN_HAKLARININ_KORUNMASI_VE_CEZA_POLITIKASI.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINSA) (Son Erişim Tarihi:28.03.2020).
- Kaya, Zehra, *Yasak Sorgu Yöntemleri ve Yasak Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Son Erişim Tarihi:01.05.2020).
- Polat, Av. Metin, “*İfade ve Sorgu Nasıl Yapılır?*”, Polat Hukuk Bürosu, 11 Mart 2018, <https://metinpolat.av.tr/ifade-alma-ve-sorgu-nasil-yapilir.html> (Son Erişim Tarihi: 14.08.2020).
- Şahin, Cumhur, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994.
- Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku 5. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.



## TIP CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KISIRLAŞTIRMA SUÇU VE KASTRASYON\*

Büşra DOĞAN\*\*

### ÖZET

Bir kimsenin çocuk yapma yeteneğinin sonlandırılmasına sebep olan kısırlaştırma, tarihte de pek çok devlet tarafından farklı amaçlarla uygulanan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bireylerin vücut bütünlüğüne ve üreme yeteneğine müdahale edilerek neslini devam ettirme hakkının elinden alınması hususu, insan hakları bakımından titizlikle irdelenmesi ve sınırları çizilmesi gereken bir meseledir. Diğer yandan, bireylerin üreme ve neslini devam ettirme özgürlüğü olduğu kadar, üreme yeteneğini kendi arzuları ile sonlandırmayı isteme özgürlüklerinin de olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle kısırlaştırma işleminin hangi koşullarda hukuka uygun bir müdahale olduğu, hangi koşullarda hukuka aykırı nitelik taşıyarak cezai sorumluluk doğuracağı meselelerinin kanunlar çerçevesinde belirlenmesi gerekmiş ve mevzuatımızda da Türk Ceza Kanunu m. 101 ile Kısırlaştırma Suçu düzenlenmiştir. Fakat, kısırlaştırma suçu düzenlenmiş iken; kısırlaştırmadan çok daha ağır bir müdahale olan kastrasyon (*badımlaştırma*) mevzuatımızda suç olarak öngörülmemiştir. Öğretide eleştiri konusu olan bu durumun yanında kastrasyonun, özellikle cinsel suç faillerine uygulanabilirliği tartışılan bir meseledir. Bu tartışma, kastrasyon işleminin bu kişilere uygulanmasının başta insan onuru olmak üzere insan haklarının ihlali anlamına gelip gelmediği ile kastrasyonun bir ceza mı yoksa tedavi mi olduğu yönünde de devam etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Tıp Ceza Hukuku, kısırlaştırma (*sterilizasyon*), kısırlaştırma suçu, kastrasyon (*badımlaştırma*).

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 21/07/2020. İlk hakem raporu tarihi: 27/07/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 18/08/2020.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, busradogan68@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1862-0198.

## STERILIZATION CRIME AND CASTRATION IN THE CONTEXT OF MEDICAL CRIMINAL LAW

### ABSTRACT

The Sterilization process, which means ending an individual's reproductive ability, emerges as a method that has been performed by many different countries with different purposes in history. The matter of taking an individual's right to continue one's lineage by interfering their body integrity and their reproductive ability, should be demarcated and examined neatly in the subject of human rights. On the other hand, it is accepted that an individual has a right to end their reproductive ability by choice as much as they have the right to continue their lineage. With this, it has been regulated in our legislation with Turkish Penal Code article 101 that in which conditions the process of sterilization is a lawful act and in which conditions it is not. While the sterilization process has been regulated as a crime; castration, a more severe act that causes has not been regulated as a crime in our legislation. This fact has become a subject of criticism in the doctrine alongside with the argument of applicability of castration to sexual offenders. This argument continues with as to whether castration is a violation against human rights and human dignity or not and the argument of whether castration is a punishment or a treatment.

**Keywords:** Medical Criminal Law, sterilization, sterilization crime, castration.

### GİRİŞ

*“Yepyeni bir kavram karşındayız: «Soyunu sürdürebilmek özgürlüğü» veya «döllenme özgürlüğü» (La liberté de la conception).*

*Bu özgürlük çocuk sahibi olmayı veya olmamayı aynı ölçüde kapsar.<sup>1</sup>”*

Faruk Erem, yukarıda alıntılanan cümlelerini kaleme aldığı 1981 senesinde, kişilerin çocuk sahibi olma veya olmama hususunda sa-

---

1 Erem Faruk, “Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 7, Sayı:3, Ankara, 1981, s. 236.

hip oldukları yepyeni bir özgürlük olarak “*soyunu sürdürebilmek özgürlüğü*”nü Türk öğretisine tanıtmıştır. Bireylerin üremeleri ve neslini devam ettirmeleri bir özgürlük olarak kabul ediliyor ise, ürememe özgürlüklerinin de olduğunun kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Doğal olarak, ürememe özgürlüğü, bireylerin üreme yeteneğine, bu yeteneği sonlandırmayı amaçlayan bir müdahale edilmesini gerektirebilir. Bu müdahalenin bireylerin vücut bütünlüğüne ve üreme yeteneklerine saldırı teşkil edeceği bariz olduğundan, sınırlarının da mevzuatımızda açık ve anlaşılır şekilde, kanunla çizilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu m. 101 ile kısırlaştırma suçu düzenlenmiştir.

Ancak, bireylerin üreme yeteneğine müdahale etme amacıyla kullanılan tek yöntem kısırlaştırma değildir. Kısırlaştırmadan daha ağır etkileri olan ve türüne göre değişmekle birlikte kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneğini ortadan kaldıracılabilen genel tanımıyla kastrasyon (*badımlaştırma*) ile de üreme yeteneği sonlandırılabilir<sup>2</sup>. Bu müdahalenin mevzuatımızda suç olarak düzenlenmesi, kastrasyonun sınırlarının çizilmesi ve doğurduğu cezai sorumluluğun tespiti açısından önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kastrasyonun özellikle cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanmayacağı, bu işlemin bir tedavi mi yoksa ceza mı olduğu gibi hususlar da üzerinde tartışma devam eden konulardır.

İki ana bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümde kısırlaştırma suçu, mevzuatımızdaki düzenleme çerçevesinde incelenecek, bu suçun unsurları bakımından öğretilerde tartışılmalı hususlar ortaya konulacak; ardından da ikinci bölümde kastrasyon işleminin hukukumuzdaki görünümü, mevzuatımızdaki yeri, cezai açıdan doğurduğu sorumluluk, cinsel suç faillerine uygulanabilirliği hususu ve belki de en önemlisi bu uygulamanın insan hakları açısından bulunduğu konumu irdelenmeye çalışılacaktır.

2 Üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi, kastrasyon işleminin türüne göre değişmektedir. Cerrahi kastrasyonda tamamen sonlandırılması söz konusu iken, kimyasal kastrasyonda bu sonuç doğmaz.

## I. KISIRLAŞTIRMA SUÇU (TÜRK CEZA KANUNU m. 101)

### A. GENEL OLARAK

#### 1. Kısırlaştırmanın (*sterilizasyon*) tanımı

Kısırlaştırma “kişinin kendi isteği üzerine ve cinsel tatminine engel olmadan, çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması işlemi” olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>.

“Erkeklerde sterilizasyon, vazektomi (tüplerin bağlanması=kordon bağlama) yöntemi ile gerçekleşmektedir. Vazektomi yönteminde sperm kanalı cerrahi müdahale ile kesilerek, testislerden idrar kanalına sperm transferi engellenmektedir. (...) Kadınlarda sterilizasyon ise tüpligasyon (“tüplerin bağlanması”, “tubal sterilizasyon”, “tüp ligasyonu”) denilen cerrahi müdahale ile ve tam narkoz altında gerçekleştirilmektedir. Bu ameliyatla tüpler, yani yumurta kanalı bağlanarak, yumurtanın rahi-me ulaşması ve sperm hücrelerinin yumurta hücresiyle birleşmesi engellenmektedir.”<sup>4</sup>

Kısırlaştırmanın tanımı, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4/1 hükmünde yapılmıştır. Buna göre “Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mâni olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.” Bu tanım dışında, Türk Ceza Kanunu’nda yahut başka bir düzenlemede tanımlama yapılmadığını ifade etmek gerekir. Öğretide kısırlaştırma, “kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine zarar vermeksizin kadınlarda yumurta, erkeklerde de sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yetisinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahale” olarak tanımlanmaktadır<sup>5</sup>.

3 Gökcan Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara, Seçkin, 2013, s. 309; Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s. 316; Koca Mahmut, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)”, *İÜHFİM*, Cİ LXVII, S. 1-2, 2009, s. 43; Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2016, s. 263; Savaş Vural/Mollamahmutoglu Sadık, *Türk Ceza Kanunununun Yorumu*, 4. Cilt, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin, 1999, s. 4990.

4 Temel Erhan, “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 62-63.

5 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 48; Yenerer Çakmut Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 711; Hakeri Hakan, *Tip Hukuku*, Güncellenmiş



Kısırlaştırmanın, kural olarak hukuka aykırı bir yönü bulunmadığı, hatta bazı hallerde bir tedavi yöntemi olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Tıbbi endikasyon hallerinde örneğin rahim kanseri olunması; genetik endikasyon halinde örneğin kalıtsal rahatsızlığı olan bir kişinin gebe kalması durumunda doğacak çocuğun önemli ölçüde özürülü olacağı veya yaşama kabiliyetinin olmayacağı beklenmesi halleri, kısırlaştırmanın tedavi olarak uygulanabileceğine ilişkin öğretilerde verilen örneklerdendir<sup>6</sup>. Ancak ekonomik zorluk içinde olunması, fazla çocuk sahibi olunması<sup>7</sup> gibi hallerde tartışmalı olduğu ifade edilmekle birlikte, *ilgilinin rızası* olduğu durumda kısırlaştırma yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

Tarihte ise, Almanya'da Nasyonal Sosyalist rejim döneminde, kalıtsal rahatsızlıkları bulunan kişilere rızaları hilafına zorunlu kısırlaştırma yapılacağına ilişkin 1933 yılında kabul edilen Kalıtsal Hastalığı Olan Nesillerin Yetiştirilmesine İlişkin Kanun çıkarılmıştır. Bu düzenleme ile, *öjenizm* politikası doğrultusunda arı ırkın çoğalmasını sağlayarak, *değersiz yaşamların* çoğalmasını önleme-

---

ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s. 619; Keskin Kızıroğlu Serap, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 19, İstanbul, 2013, s.169; Özalp Tuba/Özalp Faruk, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2016, s. 276; Yılmaz Berna Ayşen, “Kısırlaştırma Suçu”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s. 59 (Erişim: www.jurix.com; 16.10.2019.).

6 Hakeri, s. 620; Yenerer Çakmut, s. 713.

7 AİHM, 16.2.2016 tarih, 72850/14 başvuru numaralı kararında; on çocuk sahibi bir kadının, çocuklarıyla ilgilenmemesi sebebiyle Sosyal Hizmetler görevlisi bir anlaşma yaptığı, ancak anlaşmaya uymaması üzerinde Sosyal Hizmetler tarafından anlaşmaya *kadının sterilizasyon işlemini yaptıracağı* maddesinin eklendiği ve olayın mahkemeye taşındığı, mahkemenin ise kadının sterilizasyonu yaptırmaması nedeniyle yedi çocuğunun başkaları tarafından evlat edinilmesine karar verdiği olayda; AİHM, burada çocuğun üstün yararının m. 8/2 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, devletin bu aileye gerekli desteği sağlamadığını, çocuklarının aileyle bağının koparılmasının en son çare olarak düşünülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca AİHM; kadının sterilizasyonu gerçekleştirmemiş olması nedeniyle çocukların evlatlık verilmesi kararının da anılan maddeyi ihlal ettiğini, zira *sterilizasyonun kişilerin isteği ile yapılabileceğini*; aksi tutumun, sözleşmenin temeli olan *insan özgürlüğü ve onuruna saygı gösterilmesi ilkesine aykırılık teşkil edeceğine* karar vermiştir. Kararın değerlendirilmesi için bakınız: Özyayın Özlem, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Aile Hayatına Saygı Hakkı ve Çocuğun Ailesiyle Olan Bağının Korunmasının Önemi”, Fasikül, Sayı 100, 2018, s. 419. (Erişim: www.jurix.com; 18.10.2019.)

8 “Bu konuları örneğin «nüfus planlaması» ölçüsüne göre çözmek insanlık açısından ne kadar baksızsa, «ırkın tümlülüğü» gibi düşüncelerle ırksal evlenme yasaklarıyla konunun değerlendirilmesi o ölçüde baksızdır.” Erem, “Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü”, s. 237: Çocuk sahibi olma hususunda eşlerin iradeleri esas alınmalıdır. Hakeri, s. 620.

nin amaçlandığı<sup>9</sup> belirtilmiş ve *doğuştan zekâ geriliği, şizofreni, manik-depresif kişilik bozukluğu, epilepsi, kalıtsal körlük, kalıtsal sağırılık, ileri düzeyde kalıtsal fiziksel bozukluk ve ileri düzeyde alkolizm, zorunlu kısırlaştırma uygulanacak kişilerin kapsamını oluşturmuştur. Bu Kanun kapsamında 1934-1945 yılları arasında yaklaşık 350.000 kişinin zorunlu olarak kısırlaştırıldığı, bunların içinden 6.500 kişinin müdahale esnasında hayatını kaybettiği ifade edilmektedir*<sup>10</sup>.

## 2. Kısırlaştırmanın mevzuatımızdaki yeri

Türk Ceza Kanunu m. 101 ile “suç” olarak düzenlendiği; 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile “*gebeliği önleyici bir tedbir*” olarak düzenlediği ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük ile de sterilizasyon işlemi yapmaya kimlerin yetkili kılındığının ve diğer koşullarının düzenlendiği anlaşılmaktadır<sup>11</sup>. Anılan düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir:

- 9 Öjenizmin, ilkçağda Pluton'un *Devlet* isimli eserinden, Charles Darwin'in *Türlerin Kökeni* isimli eserine ve sonrasında bahsedilen Almanya'da Nazi dönemi sonrası İkinci Dünya Savaşı'nın bitimine kadar savunulan bir hareket olduğu belirtilmektedir. Çalışmanın kastrasyonuna ayrılan kısmında da değinildiği üzere, zorla kısırlaştırma ve kastrasyonun, 1800'lü yıllarında sonunda ABD'de Dr. Harry Sharp tarafından cezaevlerinde bulunan cinsel suçlulara uygulanmaya başlandığı, sonrasında suça eğilimli yahut kalıtsal hastalığı olan kimselerin ürememelerinin toplum için yararlı olacağı kabul edilmesi ile yasal düzenlemelerin yapıldığı ve tarihte 1907 yılında ilk zorunlu kısırlaştırma yasasının çıkarıldığı aktarılmaktadır. Şahin Çağatay, “*Sosyal Darwinizm, Nazizm ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Sayı 7, 2017, s. 571; Aközer Mehmet/Aközer Emel, “*Bilim İnsanlarının Bilime Yönelik Sorumlulukları: Bir Etik Temellendirme Önerisi*”, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2015, s. 224: Yazarlar da, kısırlaştırma programlarının 1930'larda sadece Nazi Almanya'sında değil, ABD'nin 22 eyaletinde, Kanada'nın 2 eyaletinde, Norveç, İsveç, Finlandiya, Estonya gibi ülkelerde uygulandığını belirtmektedirler.
- 10 Baştürk Burcu, *İtalya ve Almanya Örnekleri Bağlamında Faşizmde Kadın İmgesi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 99 vd.; Yazar, bu kişilerin masrafsız ve kolay şekilde kısırlaştırılmalarını sağlamak amacıyla yoğun X ışınlarına maruz bırakıldıklarını da belirtmiştir.; Şahin, s. 578; Yazar, 1933-1936 yılları arasında Almanya çevresinde 250'ye yakın kısırlaştırma mahkemesi kurulduğunu, bu mahkemelerin idari amir ve doktor şikayetleri ile çalıştığını belirtmektedir; Ayrıca Kısırlaştırmanın Alman hukukundaki tarihsel gelişimi ve belirtilen hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: Temel, s. 64 vd.: Yazar tüm bunlara rağmen, zorunlu kısırlaştırma kapsamına girmeyen kişilerin gönüllü kısırlaştırılmasının ise, kasten yaralama suçu olarak düzenlendiğini belirtmiştir.
- 11 “*Kişinin çocuk yapma yeteneğini geri dönüşümsüz bir şekilde ortadan kaldıran ve dolayısıyla neslin devamını engelleyen böyle ağır bir müdahalenin yapılmasına, hukuk düzeni, ancak belli koşulların gerçekleşmesi halinde izin vermektedir.*” Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 43.

### a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düzenleme

Kısırlaştırma Suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK), "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımının, "Çocuk Düşürme, Düşürme Veya Kısırlaştırma" başlıklı Beşinci Bölümünün 101. maddesinde düzenlenmiştir<sup>12</sup>. Kısırlaştırma suçunun TCK m. 101 madde metninde iki ayrı şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır<sup>13</sup>: Mağdurun rızası olmaksızın işlenen kısırlaştırma suçu (1. Fıkra); bir erkek veya bir kadını, rızası olmaksızın kısırlaştıran kişi cezalandırılacaktır. Kısırlaştırma yapan kişinin, bu alanda bir yetkisi olmaması halinde ise verilecek ceza arttırılacaktır. Mağdurun rızasına dayalı ancak yetkili olmayan kimse tarafından işlenen kısırlaştırma suçu (2. Fıkra); kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmayan bir kişinin, kısırlaştırma işlemine maruz kalanın rızası olsa dahi, cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

### b. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da yer alan düzenleme

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile nüfus planlaması amacıyla başvurulmuş bir gebeliği önleyici tedbir olarak düzenlenen

12 Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 101: "(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında arttırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

13 765 sayılı TCK döneminde kısırlaştırma suçu 471. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir erkek veya kadın üzerinde rızası olmaksızın sterilizasyon yapan kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Fiil erkeğin veya kadının ölümüne veya bedeni bir zarara sebep olmuşsa fail ayrıca 452'nci ve 456'nci maddeler bükümlerine göre cezalandırılır. Eğer bu fiil sterilizasyon ameliyatı yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa ceza üçte bir oranında arttırılır. Sterilizasyon ameliyatı yapma yetkisi olmayan bir kimsenin, kişinin rızasıyla sterilizasyon ameliyatı yapması halinde faille bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Fiil kişinin ölümüne veya bedeni bir zarara sebep olmuşsa fail ayrıca 452'nci ve 456'nci maddeler bükümlerine göre cezalandırılır."

13 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 44; Yenerer Çakmut, s. 722; Keskin-Kızıroğlu, s. 186: Yazar, suçun rızaya dayalı ve rıza olmaksızın iki biçimde işlenebileceğini belirtir.; Özalp/Özalp, s. 277; Ozansü Mehmet Cemil, "Kısırlaştırma Suçu", Türkiye Barolar Birliği V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s. 1284. TCK m. 101 ile üç ayrı suçun düzenlendiğine ilişkin görüş için bakınız: Bakıcı Sedat, Özel Hükümler, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara, Adalet, 2010, s. 1034; Artuç Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2018, s. 451; Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2014, s. 3276.

kısırlaştırma faaliyeti; kişilerin isteğine ve tıbbi açıdan sakınca bulunmaması koşullarına ve aşağıda açıklanacak farklı birtakım şartlara bağlanmıştır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) m. 2/2 ile kısırlaştırmanın “Devletin gözetim ve denetimi altında” yapılacağı vurgulanmıştır. NPHK m. 2/4 hükmü ile de “Bu kanunun öngördüğü baller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.” şeklinde bir düzenleme getirilerek, bu kanunda yer alan düzenlemelere aykırı şekilde kısırlaştırma ve kastrasyon işlemlerinin yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

### **c. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan düzenleme**

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük<sup>14</sup> (Tüzük) m. 10-12 hükümleri ile de sterilizasyon için aranan izin, sterilizasyon işleminin yapılacağı yerler, bu faaliyetin kimler tarafından yapılabileceği gibi hususlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ışığında genel olarak, NPHK ve Tüzük'te öngörülen koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen kısırlaştırma işleminin, TCK m. 101'de düzenlenen kısırlaştırma suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Ancak her ne kadar aşağıdaki bölümlerde tartışılacak olsa da bu noktada belirtmek gerekir ki, TCK'da öngörülmemen ancak NPHK ve Tüzük'te öngörülen birtakım koşulların (örneğin eşin rızası) gerçekleşmemesi halinde kısırlaştırma suçunun oluştuğu kabul edilemez.

Yukarıda değinilen düzenlemelerden anlaşılacağı üzere kısırlaştırma hakkında bir terim birliği bulunmamakta ve “kısırlaştırma” ile “sterilizasyon” terimlerinin ikisi de kullanılmaktadır. Fakat anılan teriminin Türkçe karşılığının kısırlaştırma olmasına rağmen, mevzuatta sterilizasyon kelimesinin kullanılması öğretide eleştirilmiştir<sup>16</sup>.

14 2827 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tüzük; Resmî Gazete Bilgileri: 18.12.1983, No: 18255.

15 Tezcan/Erdem/Önok, s. 316; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 43; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 263.

16 Hakeri, s. 619, dn. 485. Yazar bu hususta Gözübüyük'ün açıklamalarını şu şekilde aktarmıştır: “Biz mecliste iken ve sözcüsü olduğumuz Adalet Komisyonu'nda ilgili tasarı görüşülürken, Sağlık Komisyonunun kullandığı aslı Fransızca stérilisation (stérilisation) kelimesi yerine dilimizde karşılığı bulunan “kısırlaştırma” deyiminin metinde yer almasını teklif ettik ve fakat tabiplerimizin Fransızca tabirlere bayranlığı sebebiyle rey sağlanamadı.”

Her ne kadar aşağıda ayrıntıları ile açıklanacak olsa da önemle vurgulamak gerekir ki, tüm bu düzenlemelerde öngörülen ortak koşul; kısırlaştırmanın ancak *ilgili kişinin rızasına bağlı* olarak yapılabileceğidir<sup>17</sup>. Anılan durum, mevzuatımızda ihtiyari kısırlaştırmanın tercih edildiğini ve zorunlu kısırlaştırmanın kabul edilmediğini göstermektedir.

### 3. Kısırlaştırma suçunun ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekli midir?

Aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacak olsa da korunan hukuki yararın kişilerin vücut bütünlüğü olduğu göz önüne alındığında; öğretilerde, kısırlaştırma suçunun ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, bir kimsenin rızası hilafına yapılan kısırlaştırma, kasten yaralama suçu kapsamında “sağlığın bozulması” anlamında ele alınabilir. Ayrıca kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilen müdahale sonucu, müdahaleye maruz kalan kişinin çocuk yapma yeteneği ortadan kalkacağı için de TCK m. 87/2-(c) hükmü kapsamında cezalandırma yoluna gidilebilecektir. Bu itibarla, kısırlaştırma suçunun ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi, gereksizdir<sup>18</sup>.

Bu eleştiriye karşılık, kısırlaştırma suçunun kasten yaralama suçundan daha özel bir düzenleme getirdiği ve korunan hukuki yara-

17 Türk Medeni Kanunu'nun cinsiyet değişikliğinin koşullarını düzenleyen 40/1. maddesinde yer alan, cinsiyet değiştirmek isteyen bireylerin “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu*” sağlık raporu ile belgelemesi gerektiği şeklindeki ibare; üreme yeteneğine sahip olan ve cinsiyet değiştirmek isteyen trans bireyleri, zorla sterilizasyon işlemine maruz bıraktığı için, Anayasa Mahkemesi tarafından 29.11.2017 tarih, 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı kararı ile anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararında, üreme yeteneğine sahip olan trans bir bireyin geçireceği cinsiyet değiştirme ameliyatının doğal sonucu olarak zaten üreme yeteneğini kaybedeceği vurgulanarak, bu nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatından önce kişileri sterilizasyon işlemi yaptırmaya zorlayan bu hükmün; *demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilemeyeceği ve ölçüsüz olduğu* değerlendirilmiştir. Aynı konuya ilişkin bireysel başvuru hakkında verilen ihlal kararı için bakınız: AYM 2015/13077 Başvuru No, 12.6.2018 tarihli karar. AİHM'in 8. Madde kapsamında ihlal bulduğu karar: AİHM, Y.Y./Türkiye, 14793/08 Başvuru No, 10.3.2015 tarihli karar. Y.Y./Türkiye Kararının incelemesi için bakınız: Cumaloğlu Emre, *Transeksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mıdır?*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2-1, Temmuz-Ağustos 2016, s.439-464.

18 Anılan görüş ayrıca, kısırlaştırma suçunun birçok ülkede de ayrı bir suç olarak düzenlenmediğini, bu fiilin kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırıldığını belirtmektedir. Tezcan/Ertem/Önok, s. 316; Hakeri, s. 1092; Temel, s. 66: Gerçekten de Alman hukukunda sterilizasyon uygulamalarını hükme bağlayan özel bir kanuni düzenleme olmadığı ifade edilmektedir.

rın daha özel olduğu ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Buna göre, kısırlaştırma suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmesinin amacı, NPHK ile Tüzük'te belirtilen koşullara aykırı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma- yı cezalandırmaktır. Kanun koyucunun kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisi verdiği kişilerin cezai sorumluluğunu diğer kişilerden farklılaştırmak için TCK m. 101'i öngördüğü isabetli olarak ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Anılan görüşe göre; kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisi olan ve olmayan hekimlerin kısırlaştırma fiilleri (TCK m. 101), hekim olmayan kimselerin kısırlaştırma sonucunu doğuran fiillerinden (TCK m. 87/2-(c)) hem koşulları hem de ceza bakımından farklı şekilde belirlenmiştir<sup>21</sup>. Ayrıca, kısırlaştırmanın yalnızca hekim tarafından yapılacak bir cerrahi müdahale olduğu, bu suçta failin amacının münhasıran kişinin çocuk yapma kabiliyetini ortadan kaldırmak olduğu; ancak kasten yaralama suçunda failin amacının mağdurun bedenine acı vermek veya sağlığını bozmak olduğu belirtilmektedir. Bu amaçla gerçekleştirdiği fiile bağlı olarak mağdurun çocuk yapma yeteneği ortadan kalkmış ise, failin cezası TCK m. 87/2-(c) uyarınca ağırlaşmaktadır<sup>22</sup>.

## B. KISIRLAŞTIRMA SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Anayasa m. 17 uyarınca; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”.

Kısırlaştırma ile kişilerin vücut bütünlüğü hedef alınmakta ve bireyin bedeni üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesi durumu söz konusu olmaktadır<sup>23</sup>. Bu itibarla, kısırlaştırma suçu ile korunan hukuki yararın vücut bütünlüğü olduğu kabul edi-

19 Bakıcı, s. 1036; Yılmaz, s. 61; Yenerer Çakmut, s. 718: Yazara göre, kısırlaştırma suçunun ayrı bir maddede yeniden düzenlenmesi bir tekrar mahiyetinde ise de bu konunun önemi nedeniyle kanun koyucunun hassasiyeti açığa çıkmaktadır.

20 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 44.

21 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 44; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 263; Karşı Yönde, Yılmaz, s. 61, dn. 7.

22 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 44.

23 Tezcan/Erdem/Önok, s. 316; Yenerer Çakmut, s. 713; Şahbaz İbrahim, *Açıklamalı ve İçtibatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt (Madde 1-149), Ankara, Yetkin, 2016, s. 1175.

lebilecektir<sup>24</sup>. Ancak öğretide isabetli olarak, kısırlaştırma suçu ile sadece vücut bütünlüğünün değil; özel olarak üreme yeteneğinin ve kişilerin neslini devam ettirme hakkının da korunduğu savunulmaktadır<sup>25</sup>. Bunun dayanağı olarak da kanun koyucunun, kısırlaştırma suçunu, kasten yaralama suçundan ayrı şekilde düzenlemiş olması ifade edilmektedir. Ayrıca, bu suç ile sağlıklı yaşam hakkının da korunduğunu ifade eden bir görüş de bulunmaktadır<sup>26</sup>.

Tüm bunlara ek olarak öğretide, kısırlaştırma suçunun rızaya dayalı kısırlaştırma ve rızasız kısırlaştırma olarak ayrı ayrı değerlendirilerek; ilkinde kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunmadığı, üreme hakkının korunduğu; ikincisinde ise, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunduğu görüşü de savunulmaktadır<sup>27</sup>.

## C. KISIRLAŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

### 1. Maddi unsurlar

#### a. Fail

Yukarıda belirtildiği üzere, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 10/2-3 ile *ameliyat* olarak ifade edilen sterilizasyon işlemini yapmak için

24 “Kısırlaştırma suçu, kasten yaralamanın özel işleniş şekillerinden birisini oluşturmaktadır. Üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleyi gerektirmektedir. (...) Bu itibarla, bu suçta kişilerin vücut bütünlüğünün korunduğuna şüphe yoktur.” Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 45; Hakeri, s. 1092.

25 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 45; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 265; Keskin-Kızıroğlu, s. 187: Yazar, kişinin üreme yeteneğinin korunması özelinde beden dokunulmazlığının korunduğunu ifade etmektedir.; Gökcan, s. 619; Yenerer Çakmut, s. 718: Yazara göre, yalnız üreme yeteneğinin korunduğunu kabul etmek, suçun kapsamını daraltmak anlamına gelecektir. Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2016, s. 148: “Ceza ile korunan hukuki değer; kişinin kendini üreyerek devam ettirmesinin esen kılınmasına ilişkin çıkarıdır.”; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 3277.; Erbaş Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)”, İÜHF, C. LXXIII, S. 1, İstanbul, 2015, s. 106.

26 Özbek Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler (TCK İzmir Şerhi)*, Cilt 2, Ankara, Seçkin, 2008, s. 602.

27 Yılmaz, s. 66; Ozansü, s. 1284: “TCK m. 101/f.1 hükmüyle, ‘rızaya dayalı olmayan sterilizasyon’ fiilini cezalandıran düzenleme, kişinin vücut bütünlüğüne bakılmaksızın maddi varlığını koruma özgürlüğünü ve bununla beraber kişinin neslini devam ettirme, yani maddi varlığını geliştirme hakkına dayanan kendi geleceğini belirleme özgürlüğünü konu edinmektedir. Bu sebeple birinci fıkrada yer alan suç tipinde, ikinci fıkradan farklı olarak kişinin özgür tercihiyle dayanan kendi geleceğini belirleme hürriyetinin de ihlal edildiğinden söz edilmelidir. Sonuç olarak birinci fıkrada yer alan suç değerlendirildiğinde, bunun kasten yaralama suçu düzenlemesine nazaran özel bir norm olduğu söylenebilir.”

kimlerin yetkili kılındığı ve bu işlemlerin nerede yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, *kadınlara* sterilizasyon işlemini, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları yapabilir iken; *erkeklere*, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler yapabilir.

Belirtilmelidir ki; öğretilde, kısırlaştırma suçunun özgü bir suç olup olmadığı hakkında bir görüş birliği yoktur:

**(i) Kısırlaştırma suçunun failinin herkes olabileceği görüşü:**

İlk ele alınacak görüşe göre kısırlaştırma suçu bir özgü suç değildir ve herkes bu suçun faili olabilir. Ancak, suçun yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde ise ceza ağırlaştırılır<sup>28</sup>. TCK m. 101/2’de düzenlenen suç bakımından ise, failin, yetkili olmayan herhangi bir kimse olduğu ileri sürülmektedir<sup>29</sup>.

**(ii) Yalnız TCK m. 101/1-(1. Cümle)’de düzenlenen kısırlaştırma suçunun temel şeklinin özgü suç olduğu, diğer kısımların failinin herkes olabileceği görüşü:**

Bu çalışmada da desteklenen TCK m. 101/1-(1. Cümle)’de düzenlenen suçun temel şeklinin özgü suç niteliğini haiz olduğunu ifade eden bu görüşe göre, ikinci cümlede kısırlaştırmanın “*kısırlaştırma yapmaya yetkisi olmayan kimse*” tarafından yapılması halinde cezanın ağırlaşacağına öngörülmesi sebebiyle, ilk cümlede yer alan “*bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse*” ibaresinden anlaşılması gerekenin, kısırlaştırmaya *yetkili* kimse olduğudur. Dolayısıyla suçun, yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde ise ceza ağırlaştırılır<sup>30</sup>.

**(iii) Kısırlaştırma suçunun özgü suç olduğu görüşü:**

Öğretilde *Koca* tarafından ileri sürülen bu görüşe göre ise, failin,

28 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Hafizoğulları/Özen, s. 148; Hakeri, s. 1092; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 602.

29 Hafizoğulları/Özen, s. 149; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 602.

30 Keskin-Kızıroğlu, s. 187; Yılmaz, s. 61; Yenerer Çakmut, s. 718; Özalp/Özalp, s. 283; Gökcan, s. 620; Erbaş, s. 112.



kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili olmayan biri tarafından işlenmesi halinde suçun nitelikli halinin oluşacağına düzenlendiği, bu düzenlemeden temel şeklinin ancak kısırlaştırmaya yetkili hekimler tarafından işlenebileceği sonucu çıktığı savunulmaktadır<sup>31</sup>. Buna göre, suçun temel şekli ile nitelikli halinin belirlenmesindeki ve bunların 2. fıkradaki suç ile ayırt edilmesindeki fayda sağlayan bu ayırım, failin niteliğinden (*yetkili hekim olup olmamasından*) kaynaklanmaktadır<sup>32</sup>.

O halde, TCK m. 101/1-(2. Cümle)'de düzenlenen suçun nitelikli hali ve m. 101/2'de düzenlenen kısırlaştırma suçu; ancak, kısırlaştırma işlemine yetkili olmayan hekimler tarafından işlenebilecektir<sup>33</sup>. Mağdurun rıza gösterip göstermemesine göre, belirtilen hükümler çerçevesinde uygulama yapılacaktır. Bu bağlamda, TCK m. 101'de düzenlenen kısırlaştırma suçu faili bakımından özgü suçtur. Buna göre bu suç, yetkili olan kimseler tarafından veya yetkili olmayan kimseler tarafından işlenebilir<sup>34</sup>. NPHK m. 4'te kısırlaştırma işleminin cerrahi bir müdahale olarak belirtilmesi; Tüzük'te yetkili kişilerin tek tek sayılmış olması bunun kanıtıdır. Hekim olmayan kişilerin kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirdikleri fiiller, kasten yaralama su-

31 “Her ne kadar maddede, birinci fıkradaki suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebileceği yönünde bir ifade kullanılmışsa da suçun temel ve nitelikli şeklinin ayırımında failin niteliğinin esas alınması nedeniyle, bu suçun temel şeklinin faili ancak kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili kişiler olabilecektir. Bu itibarla, suçun temel şeklinin fail bakımından özgü suç özelliği gösterdiğinde tereddüt yoktur.” Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 45; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 265; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3277.

32 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 45.

33 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 46; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 265; Yazarlar, yetkili olmayan kişilerin, belirtilen uzmanlık alanına sahip olmayan hekimler ile yeterlik belgesi almamış pratisyen hekimler olduğu görüşündedir. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3277: “Doktrinde bakılı olarak, ‘yetkili olmayan kimse’ ibaresinin yetkisiz herkesi kapsamayıp, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi bulunmayan hekimler olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda failin yetkisiz hekim olması zorunlu olacağından, özgü suç olduğu kabul edilmelidir. (...) Aksi yorumun kabulü durumunda içtima sorunu ortaya çıkacak ve bu maddenin uygulama imkânı da kalmayabilecektir.”

34 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 46: “Gerçekten, kısırlaştırma işlemi, niteliği itibarıyla, teşhis ve tedavi amacına yönelik olmayan, Kanunun doğum kontrolü amacıyla uygulanmasına izin verdiği tıbbi bir müdahale şeklindedir.”; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 266; Bakıcı, s. 1036-1037: TCK m. 101/1-(1. Cümle)'de yer alan, mağdurun rızası aranmaksızın yapılan kısırlaştırma suçunun failinin, kısırlaştırmaya yetkili hekimler olduğu; TCK m. 101/1-(2. Cümle)'de yer alan mağdurun rızası aranmaksızın yetkili olmayan kimseler tarafından işlenen kısırlaştırma suçunun failinin; kısırlaştırmaya yetkili olmayan kimseler olacağı; TCK m. 101/2'de yer alan ve mağdurun rızasına dayalı işlenen kısırlaştırma suçunun failinin ise; yetkili hekimler olduğu ifade edilmektedir.

çunu (TCK m. 86); bu fiiller kısırlaştırma neticesini de gerçekleştirmiş ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu (TCK m. 87/2-(c)) oluşturur<sup>35</sup>.

*Koca*, failin herkes olabileceğini kabul eden görüşü de adil olmayan cezalandırmaya yol açacağı gerekçesi ile eleştirmektedir. Zira bir hekimin mağdurun rızası dışında gerçekleştirdiği kısırlaştırma fiili ile, hekim olmayan bir kişinin mağdurun rızası dışında gerçekleştirdiği kısırlaştırma amacıyla yaralama fiilinin aynı cezayı alması söz konusudur. Hekimin tıbbi müdahalesi ile, hekim olmayan bir kişinin kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirdiği fiili (örneğin, mağdura attığı tekme) aynı ağırlıkta görmek mümkün değildir. Bu nedenle, hekim olmayan kişilerin fiillerini TCK m. 87/2-(c) kapsamında, alt sınırı beş yıldan az olmayacak şekilde cezalandırmak gerekmektedir<sup>36</sup>.

## b. Mağdur

Kısırlaştırma suçunun mağduru, kadın veya erkek olup olmadığına bakılmaksızın, kısırlaştırma fiiline maruz kalan ve fiilin işlendiği sırada üreme yeteneğine sahip olan insandır<sup>37</sup>. Öğretide iştirak ettiğimiz baskın görüşe göre, mağdurun reşit bir kişi olması gerektiği, reşit olmayan kişilere yönelik gerçekleştirilen kısırlaştırma fiillerinin, kısırlaştırma suçunu değil, kasten yaralama suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Buna karşılık, mağdurun üreme yeteneği henüz gelişmemiş ve reşit olmayan bir kimse de olabileceği, zira müstakbel bir hakkın yitirilmesi ile de kısırlaştırma neticesinin doğabileceği de savunulmaktadır<sup>39</sup>.

Mağdurun, kısırlaştırmaya yetkili olmayan faile rıza göstermesi halinde dahi TCK m. 101/2 kapsamında kısırlaştırma suçu oluştu-

35 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 46; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 266; Gökcan, s. 620.

36 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 46; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 266; Karşı Yönde, Yılmaz, s. 68, dn. 36: Yazar, yetkili olmayan kişiden hekimin anlaşılması gerektiğini belirten bir düzenlemenin olmadığını, madde gerekçesinde meslek ve uzmanlık anlamında yetkisi olmayan kişiden bahsedildiğini, bu itibarla hekim dışında kalan kişilerin de yetkisiz kişi kavramına dahil olabileceğini ifade etmektedir.

37 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Bakıcı, s. 1035; Keskin-Kızıroğlu, s. 187; Yılmaz, s. 66; Yenerer Çakmut, s. 719; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; Şahbaz, s. 1175; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 603; Erbaş, s. 113.

38 Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 267.

39 Ozansü, s. 1288.

ğu için; bu halde de kısırlaştırılan kişi suçun mağdurudur<sup>40</sup>. Ayrıca, bir kimsenin kendine yönelik kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirdiği işlemler doğal olarak cezalandırılmaz, zira fail ve mağdur sıfatları aynı kişide birleşemez<sup>41</sup>. Kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilen müdahale sırasında, müdahalenin yapıldığı kişi üreme yeteneğine sahip değil ise, bu kişinin kısırlaştırılmasına yönelik fiillerin elverişsiz teşebbüs oluşturacağı ve koşulları varsa failin kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

### c. Suçun Konusu

Suçun konusu, üreme yeteneğine sahip bir kişi olarak ifade edilmekte ve mağdur ile suçun konusunun kısırlaştırma suçunda birleştiği belirtilmektedir. Ancak kasten yaralama suçundan farklı olarak, insan bedeninin bir bütün halinde suçun konusu olmadığı, kısırlaştırma suçu ile üreme fonksiyonunun saldırıya uğradığı açıklanmaktadır<sup>43</sup>.

### d. Hareket ve Netice

TCK m. 101 hükmüne göre kısırlaştırma neticesine yol açan herhangi bir hareket kısırlaştırma suçunu oluşturur<sup>44</sup>. Dolayısıyla, madde metninde kısırlaştırmanın hangi hareket ve/veya hareketlerle gerçekleştireceği belirtilmediği için, kısırlaştırma suçunun *serbest hareketli* bir suç olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

40 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47.

41 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; Yılmaz, s. 68; Özalp/Özalp, s. 283; Yenerer Çakmut, s. 719; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3278; Şahbaz, s. 1175; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 4991; Yazarlar, kişinin kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği kısırlaştırma amacı taşıyan fiillerin suç teşkil etmemesi sebebiyle, bu fiillere yardım eden şeriklerin de cezalandırılmayacağını ifade etmektedirler. Ancak şerik kısırlaştırıcı hareketleri bizzat gerçekleştirmiş ise, esasen suçun faili konumuna gelir ve cezalandırılır.; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 602.

42 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; Bakıcı, s. 1035; Gökcan, s. 621; Hakeri, s. 1093; Savaş/Mollamahmutoglu, s. 4990; Ozansü, s. 1288.

43 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; Yılmaz, s. 66; Hafizoğulları/Özen, s. 148; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 602; Erbaş, s. 107.

44 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Yılmaz, s. 68; Artuç, s. 452; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 603. Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; "Çocuk yapma kabiliyetini yok etmeğe matuf bulunan fiilin aynı zamanda elverişli olması da lazımdır." Erem Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt III., Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin, 1985, s. 510.

45 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Bakıcı, s. 1035; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 47; Yılmaz, s. 69; Gökcan, s. 621; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 267; Erbaş, s. 109.

Kısırlaştırma suçunu teşkil eden hareket ile üreme yeteneğine sahip bir kimsenin, üreme yeteneğinin ortadan kaybolması durumu söz konusudur<sup>46</sup>. Bu doğrultuda, kişinin çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılmayıp, yalnızca geçici bir süre için döllenmeyi engelleyici işlemlerin gerçekleştirilmesi halinde kısırlaştırma suçunun oluşmayacağı ifade edilir<sup>47</sup>. Yargıtay 14. CD, 22.5.2014 tarihli kararında benzer şekilde, mağdurun üreme yeteneğinin geri döndürülemez şekilde ortadan kaldırıldığına tespit edilerek hüküm kurulması gerektiğine işaret etmiştir<sup>48</sup>. O halde, kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilen müdahalenin sonucunda kişinin çocuk yapma kabiliyetinin kaybı ile bu suç tamamlanmış sayılacağı için; kısırlaştırma suçu aynı zamanda *neticeli* bir suçtur<sup>49</sup>.

Yine, kısırlaştırma sonucu üreme yeteneğini kaybeden mağdurun, tedavi edilmediği müddetçe, çocuk yapma yeteneğini tamamen kaybetmesi suçun oluşması için gerekli olduğundan, kısırlaştırma suçunun bir *zarar suçu* olduğu da ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Bu noktada öğretilerde yer alan bir görüş ayrılığına değinmek gerekmektedir: Kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilen müdahaleden sonra, müdahaleye maruz kalan kişinin tedavi olması sonucunda, yeniden üreme yeteneğine kavuşması ihtimalinde kısırlaştırma suçu oluşacak mıdır? *Birinci görüş*, bu durumda kısırlaştırma suçunun oluşmayacağını ifade etmektedir. Bunun nedeni olarak ise, kısırlaştırma kastı ile icra hareketlerine başlayan, ancak bu neticeyi gerçekleştiremeyen failin hareketlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı belirtilmektedir. Bu gö-

46 “Fiilin <<Çocuk yapma kabiliyeti>>ni yok etmeğe matuf olması lazımdır.” Erem, *Özel Hükümler*, s. 509.

47 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Artuç, s. 452; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 49: “Kısırlaştırma suçunun netice unsurunun gerçekleşmesi için, kişinin çocuk yapma yeteneğinin durdurulması değil, ortadan kaldırılması şarttır.”; Yılmaz, s. 69: “Belirli bir ilişkide kadının döllenme ya da erkeğin dölleme yeteneğinin ortadan kaldırılması, kadının spiral taktırması örnekleri üreme yeteneğinin zaafa uğratılmasına ya da geçici olarak bu yeteneklerin ortadan kalkmasına neden olduğundan kısırlaştırma suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.”; Özalp/Özalp, s. 281: Yazarlar, şartları oluşursa kasten yaralama suçunun gündeme gelebileceğini ifade etmektedir; Hakeri, s. 1092; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 269; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3278; Ozansü, s. 1287.

48 Yargıtay 14. CD, 22.5.2014, 2014/2748 E. 2014/6813 K.; Aktaran, Özalp/Özalp, s. 282; Artuç, s. 452.

49 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 49; Yılmaz, s. 69; Gökcan, s. 621; Hafizoğulları/Özen, s. 148; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 269; Ozansü, s. 1286.

50 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 49; Yılmaz, s. 69; Özalp/Özalp, s. 282; Gökcan, s. 621; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 269; Ozansü, s. 1286.

rüşe göre fail, kısırlaştırma suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır<sup>51</sup>. Diğer görüşe göre ise, bu ihtimalde kısırlaştırma suçu tamamlanmıştır. Suçun tamamlanabilmesi için mağdurun çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılması gerekli ve yeterlidir. Kanaatimizce de sonradan yapılan tedavi ile kişinin tekrar bu yeteneğe kavuşması suçun oluşmasını engellemez<sup>52</sup>.

### e. Rızanın Yokluğu<sup>53</sup>

Her ne kadar, ilgilinin rızası, TCK m. 26/2 hükmüne göre bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olsa da bazı suçlar bakımından rızanın yokluğunun suçun kanuni tanımına dahil edilerek tipikliğin bir unsuru haline getirildiği görülmektedir. Kısırlaştırma suçu da bu şekilde düzenlenen bir suç olup, “*rızanın yokluğu*” tipikliğin bir unsuru olarak tanım içerisinde yer almaktadır; dolayısıyla bu durumda ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte bu çalışmada da desteklenen görüşe göre, suçun kanuni tanımında *rızası olmaksızın* ibaresi yer aldığı için, rızanın yokluğu tipikliğin olumsuz bir unsurudur<sup>54</sup>. Rızanın bulunması halinde, TCK m. 101/1 bakımından fiilin tipik bir fiil olmayacağı, rızanın bulunmaması halinde ise TCK m. 101/1’de öngörülen suçun oluşacağı belirtilmektedir<sup>55</sup>.

51 Tezcan/Erdem/Önok, s. 317; Gökcan, s. 621.

52 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 48; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 268; Bakıcı, s. 1036; Yılmaz, s. 61; Ozansü, s. 1287.

53 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 49.

54 Hukukumuzda ilgilinin rızasının TCK m. 26/2 kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesinin yanında, kısırlaştırma suçunda olduğu gibi bazı suçlar bakımından suçun kanuni tanımında *rızanın yokluğunun* arandığı görülmektedir. Bu durumda kanuni tanımda yer alan ilgilinin rızası kavramı artık hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Bu halde *tipikliği kaldırır rıza* söz konusudur. Fakat suçun kanuni tanımında yer almayan rıza, hukuka uygunluk sebebidir ve bu halde ise *hukuka aykırılığı kaldırır rızadan* bahsetmek gerekir. Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 256-257.

55 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019, s. 374; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 256; Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 49; Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Keskin-Kızıroğlu, s. 188; Yılmaz, s. 74,79; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 270; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 604. Karşı Yönde, Gökcan, s. 622; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3279; Ozansü, s. 1290; Hafizoğulları/Özen, s. 148; Yenerer Çakmut, s. 720-721: Kısırlaştırma suçu bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan görüşe göre ise, kısırlaştırma fiili bir tıbbi müdahale niteliğindedir. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılmasının kanunlar tarafından belirlenen koşullara uygun bir şekilde yapılmasına bağlı olduğu ve bu koşulların en önemlisinin de ilgilinin rızası olduğu

Mağdurun rızası ile yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma suç teşkil etmeyecek; ancak yetkisiz bir hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırmaya mağdur rıza gösterse dahi suç oluşacaktır. O halde yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilecek kısırlaştırma fiiline, mağdurun göstereceği rızaya geçerlilik tanınmamıştır<sup>56</sup>.

Kısırlaştırma doğum kontrol yöntemi amacıyla, ancak uzman bir hekim tarafından ve ilgili kişinin rızası dahilinde gerçekleştirilebilen tıbbi bir müdahale olduğu için; verilen rızanın geçerli olması zorunludur<sup>57</sup>. Öğretide, rızanın geçerli sayılabilmesi için, Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>58</sup>, Biyotıp Sözleşmesi<sup>59</sup> ile düzenlenen koşullara uyularak, hastanın (*mağdurun*) özellikle kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilecek müdahalenin sonuçları hakkında aydınlatılması gerekmektedir<sup>60</sup>. Bu aydınlatmanın kısırlaştırmanın kişinin yaşamını ciddi derecede etkileyecek olması sebebiyle daha hassasiyetle ve kişinin düşünmesini sağlayacak kadar bir sürenin kendisine tanınarak yapılması gerekmektedir<sup>61</sup>. Müdahaleye maruz kalacak hastanın aydınlatılmış onamının, *-Tüzük m. 10-12 uyarınca imzalı izin belgesi şeklinde- alınması şarttır*<sup>62</sup>.

---

belirtilmektedir. TCK m. 101/1 açısından da verilen rızanın hukuka uygunluk hali olduğu ancak bu rızanın fiili tek başına hukuka uygun hale getirmeye yetmeyeceği, zira rızanın yanında müdahaleyi yapan kişinin de yetkili olması gerektiği ileri sürülmektedir.

- 56 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 50; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 271; Erbaş, s. 116.
- 57 Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2014/19256 E. 2015/10104 K. sayılı 9.6.2015 tarihli, katılan ve eşinin aydınlatılmış onam belgesini imzaladıkları, kendilerinin sözlü olarak da kısırlaştırma işlemine onay verdikleri olayda, hekimin TCK m. 89/3-b maddesi gereği cezalandırıldığı kararı bozarak, rıza bulunduğundan bahisle beraat kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 271.
- 58 Hasta Hakları Yönetmeliği, 23420 sayılı 1.8.1998 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.
- 59 Sözleşmenin tam adı: "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"dir. Sözleşme'nin onaylanması 3.12.2003 tarihli 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve Sözleşme yürürlüğe girmiştir.
- 60 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 50; Özalp/Özalp; s. 277; Yenerer Çakmut, s. 721.
- 61 Hakeri, s. 620.: Yazar, ameliyattan kısa süre önce alınan rızanın, hasta üzerindeki psikolojik baskıdan kaynaklanması nedeniyle geçerli olmayabileceğini belirtmektedir.
- 62 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 50: Ayrıca Yazara göre kişinin ileride yaşayabileceği psikolojik sorunların da anlatılması gerekmektedir.; Hakeri, s. 621; Yılmaz, s. 77; "Aydınlatmada, onam verme yeterliliğine bukuken sabip hastaya, tanının söylenmesi zorunludur ve devamla tanıya uygun seçilen tedavi yönteminin niteliği, beklenen yararları, olası yan etkileri, diğer tedavi seçeneklerinden farklı yönleri yalın bir dilde hastaya anlatılmalıdır." Akyıldız Sunay, "Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, kısırlaştırma işleminin başarısız olması rizikosunu da kapsamaktadır. Eğer bu husus müdahaleden önce hastaya bildirilmemiş ise ve hasta gebe kalmışsa; hekimin, çocuğun bakım masraflarından sorumlu olacağı kabul edilmektedir, zira burada uygulama hatası söz konusudur<sup>63</sup>. Ayrıca, anılan durumda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışı varsa, taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluğunun gündeme geleceğine işaret etmek yerinde olacaktır<sup>64</sup>.

Mağdurun rızasına ilişkin özel durumları irdelemek gerekmektedir:

**(i) Mağdurun rızasının yanında, tıbbi sakınca olmaması koşulunun aranıp aranmayacağı**

NPHK m. 4/2 “Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.” hükmü uyarınca, kısırlaştırmanın yapılabilmesi için, kişinin isteğinin yanında “tıbbi sakınca olmaması” koşulu aranmıştır. Ancak TCK m. 101’de düzenlenen kısırlaştırma suçuna ilişkin maddede, tıbbi sakınca olmaması koşuluna yer verilmemiştir. Öğretide bir görüş, bu koşulun TCK m. 101 hükmünün uygulanması bakımından da aranması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, kısırlaştırma fiilinde tıbbi sakınca var ise, kişinin rızası dahi mü-

Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 20; Gökcan, s. 310, 622; Özgenç, s. 388.  
63 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/1813 E. 2013/11915 K. sayılı 9.5.2013 tarihli kararında, kısırlaştırmaya rağmen gebe kalan ve ölüm tehlikesi geçiren davacının açtığı tazminat davasında, aydınlatılmış onam alınırken bu riskin davacıya anlatılmadığı gerekçesiyle hekim ve hastanenin sorumluluğunun söz konusu olacağına karar vermiştir. Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 50; Hakeri, s. 621; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 271; Gökcan, s. 310. Akyıldız, “Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s. 24; Yazar, Alman, İsviçre, İngiliz hukukunda çiftlerin çocuk sahibi olmama iradelerine rağmen hekim kusuru sonucu çocuk sahibi olma durumlarında, çocuğun bakım masraflarından hekimin sorumlu olacağı kabul edildiğini; ancak Avusturya ve Fransız hukukunda sorumluluk yüklenmediğini belirtmektedir. Yine konuya ilişkin Alman Federal Mahkemesinin bir kararında; hekim ile kısırlaştırma operasyonu gören kadın arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğu, hekimin edimini gerektiği gibi ifa etmemesinden kaynaklı olarak bir çocuk doğduğunu ve hekimin kusurlu davranışı sebebiyle doğan zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.; Erem, “Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü”, s. 240; Yazar, 18.3.1980 tarihinde Alman Federal Mahkemesi tarafından, başarısız olan kısırlaştırma ameliyatı sonrasında hekimin, annenin istemediği doğum sancısına maruz kalması nedeniyle manevi tazminat, babanın da çocuk için yapacağı masraflar açısından maddi tazminat ödemeye mahkûm edildiğine işaret etmiştir. Bu noktada mahkemenin somut zarar oluştuğu ve bu zararın ahlaki değer kurallarına aykırı düşmediği kanaatine vardığını ifade etmiştir.  
64 Hakeri, s. 620.

dahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir<sup>65</sup>. Bu görüşe karşılık; tıbbi sakınca olmaması koşulunun suç tanımında yer almaması nedeniyle, bu suç bakımından aranmayacağı; mağdurun aydınlatılmasına rağmen tıbbi sakıncaları kabullenmesi ve kısırlaştırılmayı istemesi halinde; kısırlaştırma fiilinin NPHK'ye aykırı bir fiil olacağı ancak bu hukuka aykırı fiilin kısırlaştırma suçunu oluşturmayacağı isabetle savunulmaktadır. TCK m. 101'de aranmayan bu koşulun, bu madde bakımından geçerli olacağının kabulü, kıyas yapmak anlamına gelir<sup>66</sup>.

Tıbbi sakınca olmaması hususunda ayrıca tartışılan bir diğer konu ise, kısırlaştırmanın tıbbi sakınca bulunmamasının yanında, tıbbi zorunluluk olmaması halinde kısırlaştırmanın yapılabilip yapılamayacağıdır. Öğretide, bir görüşe göre çocuk yapma yeteneği üzerinde kişilerin serbestçe tasarruf etme yetkileri bulunmamakta ve böyle bir fiilin ahlak kuralları ile bağdaşmadığı iddia edilmektedir<sup>67</sup>. Fakat buna isabetle karşı çıkan görüşe göre ise, kişilerin kendi iç dünyasına ait olan bu karara karşı hem devletin hem de toplumun saygı duyması gerektiği ifade edilmelidir<sup>68</sup>.

### **(ii) Reşit olmayan kişilerin durumu**

NPHK'nin kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin reşit olmayan kişilere yapılmasını yasakladığı sonucuna varılabilir. Ancak bu husus da TCK m. 101 metninde yer almamıştır<sup>69</sup>. Bu nedenle öğretide de ceza tanımı maddesinde yer almadığı için, kısırlaştırma suçu bakımından rıza açıklayacak kişinin reşit olmasının aranmayacağı belirtilmekle birlikte, bu hususun, NPHK'da olduğu gibi, suçun yasal unsuru sayılması gerektiği savunulmuştur<sup>70</sup>.

65 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Bakıcı, s. 1036; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 51; Gökcan, s. 310; Hakeri, s. 1093; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273; Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 4990; Ozansü, s. 1289.

66 Keskin-Kızıroğlu, s. 188; Yılmaz, s. 71.

67 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53, Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273.

68 Temel, s. 68: Yazar, Alman hukukunda öğretilerdeki baskın görüşün, tıbbi zorunluluğu olmayan kısırlaştırma ameliyatlarının da hukuka ve ahlaka uygun olduğu yönünde olduğunu belirtir.

69 Gökcan, s. 310; Temel, s. 69: "Alman Medeni Kanunu § 1631 c açık bükümü gereği 18 yaşını ikmal etmemiş küçükler, sterilizasyona rıza gösteremezler. Aynı şekilde küçüğün anne ve babası da (küçüğün temyiz kudretine sahip olup olmadığına bakılmaksızın) sterilizasyona onam veremezler."

70 Keskin-Kızıroğlu, s. 188.



Buna karşılık, reşit olmayan kişilerin rıza açıklaması geçerli olmadığı için, bu kişilerin açıkladıkları rıza üzerine kısırlaştırma gerçekleştirildiğinde kısırlaştırma suçunun oluşacağı da ileri sürülmektedir<sup>71</sup>. Ayrıca rıza açıklamasının kişiye bağlı bir hak olmasından bahisle, reşit olmayan kişilerin velilerinin izni ile de kısırlaştırma yapılamayacağı ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Ayrıca, reşit kişi kavramının yalnız on sekiz yaşını doldurmuş olan bireyleri değil, evlenme ya da mahkeme kararı ile reşit olan bireyleri de kapsadığı ifade edilmekte ise de bu görüşe karşı çıkılarak, kısırlaştırmanın bireylerin hayatını temelden etkileyen bir müdahale olduğu, bu müdahaleye rıza göstermek için reşit olmanın yeterli olmadığını ve on sekiz yaş sınırının getirilmesi ve şart olarak aranması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır<sup>73</sup>. Öte yandan, reşit olmayan ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar bakımından, küçüğün kendisine uygulanacak tedavinin niteliğini ve sonuçlarını kavrayabildiğine hekim tarafından kanaat getirilmesi halinde artık küçüğün iradesinin göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmaktadır. Ancak bu görüş de küçüğe yapılacak müdahalenin ağırlaştığı hallerde (*ki kanaatimizce kısırlaştırma bu hallerden biridir*), velinin rızasının alınması gerektiğini belirtmektedir<sup>74</sup>.

### **(iii) Akıl hastalığı olan veya zekâ geriliği bulunanların durumu**

Kısırlaştırmaya ilişkin olarak görüş birliği sağlanamayan hususlardan bir diğeri de akıl hastalarının ve zekâ geriliği bulunanların kısırlaştırılıp kısırlaştırılmayacağıdır. Akıl hastalığı yahut zekâ geriliği bulunan ancak reşit olan kişiler bakımından, kendi rıza açıklamaları geçerli olmadığı için, vasinin rızası ve vesayet makamı olan

71 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Keskin-Kızıroğlu, s. 169; Koca/Üzülmmez, *Özel Hükümler*, s. 273.

72 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Gökcan, s. 310; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 604. Veli iznine ek olarak hâkim onayının da gerektiği görüşü: Gencer, Zafer Adem, "Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu", Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 99.

73 On sekiz yaş sınırı aranmayacağı görüşü: Yılmaz, s. 75; Gökcan, s. 310; Yenerer Çakmut, s. 721, dn. 42. Karşı Yönde, Özalp/Özalp; s. 277-278.

74 Biyotıp Sözleşmesi m. 6/2 doğrultusunda küçüğün iradesinin göz önünde tutulması gerektiği, bu kuralın Anayasa m. 90/5 uyarınca öncelikle uygulanması gerektiği; yaş sınırının ise TCK'da belirlenen 15 yaş olarak düşünülmesi gerektiğine ilişkin bakınız: Gencer, s. 51.

mahkemenin kararı ile birlikte kısırlaştırma işleminin yapılabileceği öğretide ifade edilen bir görüştür<sup>75</sup>. Ne var ki buna karşılık olarak; Kanun'da akıl hastası olan kişilerin vasilerinin izni ya da mahkeme kararı ile kısırlaştırılabileceğine ilişkin açık düzenleme bulunmadığı; genel kurallardan hareketle de bu kişiler üzerinde veli veya vasilerinin izni ile kısırlaştırma işleminin yapılamayacağı zira burada rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu görüşü de savunulmakta ve bu konuda açık bir düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>76</sup>.

#### **(iv) Eşin rızasının gerekip gerekmediği**

Kısırlaştırma suçunu düzenleyen TCK m. 101'de, kısırlaştırmanın *kişinin rızası dışında gerçekleştirilmesinden bahsedilmektedir. Ancak; NPHK m. 6/2 "4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tabliyesi için eşin de rızası gerekir."* hükmü ile yukarıda anılan Tüzük'ün "İzin Belgesi" başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır.*" şeklindeki ibare; kısırlaştırma için eşin de rızasının alınması gerektiğini düzenlemiştir<sup>77</sup>.

Bu noktada açık olduğu üzere TCK m. 101 ile NPHK m. 6/2 ve Tüzük m. 13/2 hükmü arasında uyuşmazlık söz konusudur. Öğretilde ise bu hususa ilişkin olarak ileri sürülen görüşler şu şekilde-

75 Ozansü, s. 1290: "Dünyaya getireceği bir çocuğa bakmaktan aciz olan bir kimsenin gebe kalmasının önlenmesi hukuka uygun kabul edilmelidir."; Hakeri, s. 621: Yazar açık düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmekte ve eklemektedir: "Zekâ geriliği olan veya akıl hastası bulunan bir kimsenin neslin korunması veya çocuklarına gerekli bakımı sağlayacak olmamaları dolayısıyla kısırlaştırılmaları kabul edilemez. Ancak kanunumuz bunu açıkça yasaklamamışsa da bu konuda bu kimselerin rızalarının geçerli olmaması dolayısıyla, veli veya vasisinin rızalarıyla bu işlemler yapılabilecektir"; Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Keskin-Kiziroğlu, s. 169; Gökcan, s. 311. Bir annenin, akıl hastası olan çocuğunun kısırlaştırılmasını talep ettiği bir olayda, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi tarafından bu talebin; bu müdahalenin kişinin rızası alınmaksızın yapılabilmesi için mahkeme kararı gerektiği ve anılan olayda müdahalenin kişinin üstün yararına hizmet etmeyeceği gerekçesi ile reddedildiği belirtilmektedir. Akbaba Zeynep Burcu, *Kimyasal Hadım Uygulaması ve Ceza Adaleti Sistemindeki Yeri*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 58.

76 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Yılmaz, s. 75; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 604; Özalp/Özalp, s. 281: Yazarlar, müdahalenin tıbbi zorunluluk gibi endikasyon hallerinin bulunduğu durumlarda yapılması halinde rıza aranmayacağı ancak mahkeme kararı gerektiği kanaatinde dirler. Tıbbi zorunluluk ise Adli Tıp Kurumu veya Yüksek Sağlık Şurası görüşü ile ortaya konulacaktır.; Erbaş, s. 116.

77 Eşin rızasının aranmasının, bireyin özerkliğini kısıtladığı yönündeki eleştiri için bakınız: Ak yıldız, "Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s. 26.

dir: TCK'nın sonradan yürürlüğe giren kanun olması ve buna göre de eşin rızasının alınması şeklinde bir koşul öngörülmemiş olması nedeniyle; kısırlaştırma işlemi evli kişilerin eşlerinin izni aranmayacaktır<sup>78</sup>. Eşin rızasının gerekli olmadığını savunan diğer bir görüş ise bunu, yalnızca, eşin rızasının TCK m. 101'de aranmamasına bağlamaktadır<sup>79</sup>. Gerçekten de TCK'da aranmayan "eşin rızası" kriteri sağlanmaksızın gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemi hekimin cezai sorumluluğunun doğacağı kabul edilemeyecektir. Karşı görüş ise, eşin rızasının alınması zorunluluğunun ortadan kalkmadığını; NPHK m. 6/2 ve Tüzük m. 13/2 uyarınca eşin de müdahaleye rıza göstermesi gerektiğini iddia etmektedir<sup>80</sup>. Diğer bir görüş ise, eşin rızasının alınmasının bir zorunluluk olduğunu ancak eşin rızasının alınmamasının cezai bir sorumluluk doğurmayacağı, olsa olsa disiplin sorumluluğunun gündeme geleceğini savunmaktadır<sup>81</sup>.

Hastanın rızası alınmaksızın, yalnızca hastanın eşinin rızası alınarak yapılan kısırlaştırma nedeniyle, hekimin cezai sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir. Nitekim bu konuda Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 14.1.2014 tarihli kararında, mağdurun yazılı olarak rızası alınmamasına rağmen, mağdurun eşinin rızası ile, mağdurun kısırlaştırılması işlemi hekimin kısırlaştırma suçunu işlediğine karar vermiştir<sup>82</sup>.

## 2. Manevi Unsur

Kısırlaştırma suçunun manevi unsuru kasttır<sup>83</sup>. Buna göre, failin, kısırlaştırma neticesine yönelik bir harekette bulunduğu bilinci ile

78 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Yılmaz, s. 75; Yenerer Çakmut, s. 722; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280.

79 Keskin-Kızıroğlu, s. 188; Yılmaz, s. 75; Özalp/Özalp, s. 278; Erbaş, s. 117; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 604; Yazar ayrıca şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması durumunu da bu görüşüne dayanak olarak belirtmektedir.

80 Koca, *"Kısırlaştırma Suçu"*, s. 50; Keskin-Kızıroğlu, s. 169; Ozansü, s. 1289.

81 Hakeri, s. 621, 1093; Özalp/Özalp, s. 278.

82 Yargıtay 14. CD., 2012/1721 E. 2014/112 K. 14.1.2014. Aktaran; Özalp/Özalp, s. 279; Yazarlar anılan kararda rıza değerlendirmesinin isabetli olduğunu ancak; kararda ayrıca mağdurun üreme yeteneğinin kalıcı olarak kaybedildiğinin tespit edilmeksizin hüküm kurulması hususunun hukuka aykırı olduğunu savunmaktadırlar.

83 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, *"Kısırlaştırma Suçu"*, s. 53; Keskin-Kızıroğlu, s. 189; Yılmaz, s. 79; Gökcan, s. 624; Yenerer Çakmut, s. 724; Hafızogulları/Özen, s. 148; Hakeri, s. 1093.

hareket etmesi gerekmektedir<sup>84</sup>. Kanun metninde özel bir saik aranmadığı için kastın genel kast olduğu ifade edilebilir.

TCK m. 101/1’de düzenlenen kısırlaştırma suçu bakımından, rıza tipikliğin bir unsuru olarak düzenlendiği için, failin mağdurun rızası olmadığını ve fiilinin neticesinin kısırlaştırma olduğunu bilmesi gerekmektedir. Failin, mağdurun rızası bulunduğu konusunda hataya düşmesi<sup>85</sup> halinde ise TCK m. 30/1 suçun maddi unsurlarında hata hükmü kapsamında uygulama yapılacaktır<sup>86</sup>. Sonuç olarak, kısırla-

84 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 53; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 269; Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 3278.

85 Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hatanın kast kapsamında mı yoksa kusur kapsamında mı değerlendirileceği tartışmalı bir meseledir. Çalışmamızın ana konusunu oluşturmaya da kısaca bu tartışmaya yer verilecektir. Bu tartışma esasen *tipikliğin olumsuz unsurları teorisi, katı kusur teorisi, sınırlı kusur teorisi* çerçevesinde sürdürülmektedir. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre, tipikliğin yalnızca maddi ve manevi unsurdan oluşmadığı, hukuka aykırılık unsurunu da kapsadığı, dolayısıyla bu konulardaki bilginin tümünün kasta dahil olduğu savunulmaktadır. Bu teori, her suç tanımının hukuka uygunluk sebebinin yokluğunun belirtilerek yapılması gerektiğini (örneğin kasten öldürme suçu bakımından, meşru savunma halinin olmaması durumunda kasten öldürme suçunun oluşacağı şeklinde) savunmaktadır. Ancak buna karşılık katı kusur teorisinde, hukuka uygunluk sebebinin maddi unsurlarında hata söz konusu ise bu durum yasak hatası kapsamında değerlendirilmelidir ve kastı bulunan fail, hatasının kaçınılmaz olduğu durumda kasten işlediği suçtan cezalandırılmalıdır. Bu iki teoriye göre daha baskın olduğu belirtilen sınırlı kusur teorisine göre ise, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata halinde, tipiklikte bir hata söz konusu olmasa da kıyas yoluyla tipikliğin maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirme yapılmalı ve failin kastının ortadan kalkacağı kabul edilmelidir. Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 262-263.

Ancak kısırlaştırma suçu bakımından, ilgilinin rızasına kanuni tanımında yer verildiği için maddi unsurlarda hata söz konusu olacağından, kastı kaldıran hata hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

86 Özgenc, s. 374, 478-479: Hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarındaki hatayı, fiilin haksızlık oluşturduğu yönündeki haksızlık yanlılığı ile karıştırmamak gerekir. Haksızlık yanlılığında, fail, işlediği fiilin maddi oluşumuna ilişkin tüm hususları bilmekte ancak yanlış bir değerlendirme yaptığından dolayı bunun haksızlık teşkil ettiği konusunda hataya düşmektedir. Dolayısıyla haksızlık yanlılığı, kastı ortadan kaldırmaz. Ancak hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hataya düşülmesi halinde, fail fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmekte ancak fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olduğunu zannetmektedir. Buradaki yanlılığı, maddi bir vakıaya ilişkindir. Bu nedenle işlenen fiili hukuka uygun hale getirecek bir sebebin maddi şartlarında hataya düşülmesi ve bu şart gerçekleşmediği halde gerçekleştiği zannıyla hareket edilmesi halinde, kast ortadan kalkacaktır. Yazar bu durumun, kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani haksızlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 257: “Bir başka deyişle, suçun kanuni tanımında belirtilen rızanın yokluğu kasta dahil bir unsurdur. Bu konudaki yanlılığı failin kastını ortadan kaldırmaz.” Fakat, tipiklikte yer verilmeyen ve hukuka uygunluk sebebi olan rıza bakımından ise, bu halde rıza kasta dahil olmadığı için, “bu konudaki bilgisizlik kasti ortadan kaldırmaz... Ancak failin yanlılığı bir hukuka uygunluk sebebi olan rızanın maddi şartlarına ilişkin bulunuyorsa, bu takdirde failin kastı ortadan kalkacaktır (m.30/1,3).” Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 53; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 270; Yılmaz, s. 79.

Buna karşılık, Yenerer Çakmut, s. 724: Bu noktada rızanın hukuka uygunluk hali olduğunu

tırma suçu bakımından ilgilinin rızasının bulunduğuna yönelik hata, suçun unsurlarında hata ile aynı şekilde değerlendirilmiş olacak ve kastı ortadan kaldıran hata olarak ifade edilen bu durumda, kusur ortadan kalkmasa da kast ortadan kalkarak taksire bağlı sorumluluk hali saklı kalacaktır<sup>87</sup>. Fiilin taksire bağlı sorumluluk hali kanunda suç olarak tanımlanmamışsa fail sorumlu tutulamayacak, dolayısıyla da kısırlaştırma suçu bakımından taksirli sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ayrıca failin, nitelikli hal bakımından, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmadığını da biliyor olması gerekmektedir. Bu nedenle, kısırlaştırma suçunun olası kastla işlenemeyeceği zira failin tam ve kesin bilgiye sahip olması gerektiği savunulmaktadır<sup>88</sup>. Buna karşılık öğretide baskın görüş de kısırlaştırma suçunun olası kast ile işlenebileceğini kabul etmektedir<sup>89</sup>. Bu halde ise TCK m. 21/2 uyarınca cezada indirim yapılacaktır<sup>90</sup>. Olası kastın mümkün

---

savunan Yazar'a göre ise, hatanın hukuki mi fiili mi olduğuna göre sonuç değişecektir. Buna göre rızanın geçerlilik şartlarındaki hata, hukuki hatadır [haksızlık yanılıgı] ve fail hatasından yararlanamayacak, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak hata, rızanın varlığına ilişkin ise fiili hata hükümlerinin uygulanmalıdır. Ozansü, s. 1290: Failin, mağdurun rızasının var olduğunu zannettiği ama rızanın bulunmadığı durumda gerçekleştirilen kısırlaştırma hareketinde, failin hukuka uygunluk nedenin maddi koşulunda hataya düştüğü ve sınırlı kusur teorisi çerçevesinde kastının ortadan kalkacağı; fakat rızanın bulunmasının gerekmediğini zanneden fail söz konusu ise bu durumda hukuka uygunluk nedeninin geçerlilik şartında hata söz konusu olacağından yasak hatasına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Jescheck Hans-Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar*, Çev. Kayıhan İçel, Köksal Bayraktar, Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 1989, s. 30: Yazar, Alman ceza hukukunda, hukuka uygunluk hallerinin varlığına ilişkin düşülen hatada, fiili hataya ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulandığını; kusurluluğu ortadan kaldıran hallerde hatada ise hatanın kaçınılmaz olması halinde failin hatasından yararlanacağını belirtmektedir.

87 Özbek Veli Özer, “*Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı:7, Cilt: 3, 2008, s. 86, 90-91. (Erişim: 3.8.2020, <https://www.jurix.com.tr/article/2897>): Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hata bakımından, TCK m. 30’da açıkça yer verilmemiş olsa da failin hukuka uygunluk sebebinin olmamasına rağmen var olduğuna inanarak hareket etmesi halinde kastı ortadan kaldıran hata hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği ve ancak taksirli sorumluluğun söz konusu olacağını ifade etmektedir. Örnek olarak ötenazinin hukuka uygun olduğu zannıyla hastasının makine desteğine son veren doktorun, taksirle ölüme sebep olmaktan sorumlu tutulması hali gösterilmektedir. Kısırlaştırma bakımından ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olduğu kabulünde ise ilgilinin rızasının var olmadığı durumda TCK m. 30/3 uyarınca kaçınılmaz hata söz konusu ise fail hatasından yararlanacak, kusuru ortadan kalkacaktır. Özgenç, s. 374.

88 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 53; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 270.

89 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Bakıcı, s. 1036; Keskin-Kızıroğlu, s. 189; Yılmaz, s. 79; Özalp/Özalp, s. 282; Gökcan, s. 624; Yenerer Çakmut, s. 724; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3278; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 605; Ozansü, s. 1288; Erbaş, s. 114.

90 TCK m. 21/2: “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda*

olduğuna dair öğretilerde; failin çocuk yapma yeteneğini geçici olarak kaybettiren bir tedavi yönteminin, üreme yeteneğini tamamen ortadan kaldırdığını öngörmesine rağmen, işlemi uygulamaya devam ederek mağduru kısırlaştırması hali örnek olarak gösterilmektedir<sup>91</sup>.

TCK m. 101 hükmünde kısırlaştırma suçunun taksirli hali düzenlenmediğinden, kısırlaştırma suçunun taksirle işlenmesi halinde fiil cezalandırılmaz. Bu halde öğretilerde, objektif özen yükümlülüğüne aykırı bir tıbbi müdahale sonucu hastanın kısırlaşması söz konusu olmuş ise, bu durumda faili taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırmak gerektiği ifade edilmiştir<sup>92</sup>. Ancak failin, mağdura acı vermek veya sağlığını bozmak amacıyla yaralama neticesine yönelik hareket etmesine rağmen, meydana gelen neticede mağdurun üreme yeteneği ortadan kaldırılmış ise; bu durumda failin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu (TCK m. 87/2-(c)) kapsamında cezalandırılacağı belirtilmektedir<sup>93</sup>.

### 3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kısırlaştırma suçu bakımından, kısırlaştırmanın, meşru müdafaa, hakkın kullanılması veya görevin ifası sebeplerinden biri nedeniyle işlenerek hukuka uygun hale gelmesinin uygulama bakımından neredeyse mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>94</sup>.

### 4. Nitelikli Hal

Kısırlaştırma fiilinin TCK m. 101/1-(1. Cümle)'ye göre, mağdurun rızası dışında, kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili hekim tarafından işlenmesi, suçun temel halidir. Ancak, anılan fıkranın 2. cümlesine göre, kişinin rızası dışında ve işlemi yapmaya yetkisiz kişiler

---

*yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına bükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir."*

91 Yılmaz, s. 79; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3278; Ozansü, s. 1288.

92 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Yılmaz, s. 79; Erbaş, s. 114.

93 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Yılmaz, s. 79; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 44; Özalp/Özalp, s. 283; Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt I., Beta, İstanbul, 2007, s. 164; Artuç, s. 452; Erbaş, s. 114. Diğer bir örnek, failin kastının üreme yeteneğini kaybettirmek olmasına rağmen, mağdurun ayrıca bedensel zarar görmesi yahut ölmesi durumunda da TCK m. 89 çerçevesinde değerlendirme yapılır.

94 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 270.

tarafından kısırlaştırmanın gerçekleştirilmesi, kısırlaştırma suçunun cezasını ağırlaştırıcı nitelikli halidir.

#### D. KUSURLULUK

Öğretide, tıbbi zorunluluk bulunması sebebiyle kişinin kısırlaştırılması amacıyla yapılan müdahaleler bakımından, zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebileceğini savunan bir görüş bulunmaktadır<sup>95</sup>. Ancak diğer görüş ise zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen mazeret sebebi olarak kabul etmektedir. Buna karşılık bir diğer görüş ise, zorunluluk halinin somut olayın durumuna göre, bazen hukuka uygunluk nedeni olduğunu, bazen ise mazeret nedeni olduğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadır<sup>96</sup>. Mevcut kanuni düzenlemeler ışığında, zorunluluk halinin, hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, öğretilde, TCK m. 25/2'de düzenlenen zorun-

95 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Keskin-Kızıroğlu, s. 189; Yılmaz, s. 81; Yenerer Çakmut, s. 724; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280.

96 Zorunluluk halini, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşün temsilcileri: Alacaktan Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 263, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 99; Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Keskin-Kızıroğlu, s. 189; Yenerer Çakmut, s. 724; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280; Ünver Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, 2006/1, s. 59; Aktaran; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 281. Kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni olarak kabul eden görüşün temsilcileri: Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 53; Özgenç, s. 435 vd.; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 274; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 281; Artuk/Gökcan/Yenidünya, *Genel Hükümler*, s. 520, Hakeri, *Ceza Hukuku*, s. 290; Aktaran, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 281, dn. 868; Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 400: Yazarlar her ne kadar zorunluluk halinin mazeret nedeni olduğunu belirtmekte iseler de TCK'daki düzenlemenin zorunluluk halinin her iki durum bakımından da özellikler barındırdığını vurgulamakta ve eleştirmektedirler. Her iki yönden de düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bazen hukuka uygunluk nedeni, bazen mazeret nedeni olarak kabul eden görüşün temsilcileri: Kungal, *Zorunluluk Durumu*, s. 93; Aktaran, Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 291; Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s. 318: Yazarlar, zorunluluk halinin Alman hukukundaki gibi, bazı hallerde hukuka uygunluk nedeni, bazı hallerde ise mazeret nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade eder. Jescheck, s. 25: Alman hukukuna göre zorunluluk hali hem hukuka uygunluk sebebi olarak hem de mazeret nedeni olarak ortaya çıkabilmektedir. Heinrich Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım-1*, Ed. Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, Adalet, 2014, s. 268; "Bu ayrımın yapılmasında zorunluluk halinde kalan kişinin koruduğu bukişsal değer, iblal ettiği değerden daha üstün olup olmadığı esasına dayanılmıştır. Korunan değer üstün olması halinde hukuka uygunluk sebebi, korunan ve feda edilen değerlerin eşitliği halinde ise mazeret sebebinin bulunduğu kabul edilmiştir." Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 281.

luluk halinin gerekçesinde açıkça “kusurluluğu ortadan kaldıran bir bal” olarak düzenlendiğinin belirtildiği; Borçlar Kanunu’nda zorunluluk hali nedeniyle bir başkasına zarar veren kişinin fiilinin haksızlık teşkil ettiği kabulü ile yaptırıma bağlandığı; hukuk düzeninin tekliği ilkesi uyarınca bir hukuk dalında hukuka uygun kabul edilen fiilin diğer hukuk dalında hukuka aykırı olduğunun kabul edilemeyeceği vurgulanarak zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>97</sup>.

Buna göre, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin varlığı durumunda fiil hukuka uygun kabul edilmemekte ise de *mazur* görülmektedir. Zorunluluk halinde de kişinin işlediği fiil hukuken *meşru* olmamasına rağmen, koşulları gerçekleşmiş ise *mazur* görülebilir<sup>98</sup>. Zorunluluk halinde kalan kişi ağır ve muhakkak bir tehlike karşısında kaldığından, kişinin hareketlerini hukuka uygun şekilde yönlendirme yeteneği azalmış veya ortadan kaldırılmıştır. Bu durumda fail kusurlu olmadığı için cezalandırılmaz<sup>99</sup>. Buna göre zorunluluk halinin koşulları olduğu durumda, örneğin ameliyat sırasında hastanın yaşamının tehlikeye düşmesi ve hekimin hastayı kısırlaştırarak bu tehlikeyi bertaraf etmesi halinde, hekime kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmez<sup>100</sup>.

Yukarıda işaret edildiği üzere bir hastanın tedavi edilmesi amacıyla kısırlaştırılması halinde bu fiilin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, müdahaleden önce hekimin, hastanın rızasını almış olması gerekir<sup>101</sup>. Eğer hasta bilinci kapalı olduğu için rıza açıklayamayacak bir durumda ise ve kısırlaştırma işleminin yapılmaması hastanın sağlığı bakımından ciddi ve acil bir risk taşıyorsa, hastanın

97 Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 281; Özgenç, s. 321, 437: “Yeni TCK’nın 25’inci maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde zorunluluk halinin ‘kusurluluğu ortadan kaldıran bir bal olarak’ telakki edildiği açık bir şekilde vurgulanmıştır. Aynı düşünceyle yeni CMK’nın 223’üncü maddesinde (...) ‘yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tebdit etkisiyle işlenmesi’ hallerinde, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır.” Buna karşılık gerekçenin bağlayıcı olmadığı eleştirisi ileri sürülmektedir. Özer/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 412.

98 Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 282.

99 Özgenç, s. 321; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 282.

100 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 53; Erbaş, s. 121.

101 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 52; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273.



varsayılan rızasına dayanılarak müdahalede bulunan hekimin cezalandırılmayacağı savunulmaktadır<sup>102</sup>. Bu görüşün dayanak noktası ise, NPHK m. 4/3 hükmüdür. Buna göre; bir ameliyat sırasında, hastanın tedavisi için kastrasyon tıbbi açıdan zorunlu ise, kişinin rızası aranmaksızın kastrasyon işlemi yapılır. O halde; her ne kadar NPHK m. 4/3 bendi kastrasyona ilişkin olsa da “*ondan daha az baksızlık içeriğine sahip olan kısırlaştırma için de bu hükmün uygulanabileceği kabul edilmelidir*”<sup>103</sup>.

Ne var ki, hastanın hayati bir tehlikesi olmadığı durumlarda, hastanın varsayılan rızası olduğu yaklaşımı ile, bir ameliyatın kısırlaştırmayı kapsayacak biçimde genişletilemeyeceğini ifade etmek gerekir<sup>104</sup>. Buna göre, kısırlaştırmanın oldukça önemli bir müdahale olması nedeniyle kişinin varsayılan rızasına dayanılarak ameliyat genişletilip kısırlaştırmaya dönüştürülemez, mutlaka açıkça rızasının alınması gereklidir. Kanun metninde açıkça rızadan bahsedilmesi de bu noktada varsayılan rızaya dayanılarak müdahale edilemeyeceğinin ispatıdır, kaldı ki hastanın varsayılan rızasını yanlış tahmin etme riski yüksektir<sup>105</sup>.

## E. KISIRLAŞTIRMA SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### 1. Teşebbüs

Kısırlaştırma suçunun neticeli bir suç olması nedeniyle, suçun tamamlanması için bir neticenin meydana gelmesi -yani; *kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirilen müdahale sonucu mağdurun üreme yeteneğinin ortadan kaybolması*- gerektiği için; kısırlaştırma suçunun teşebbüse elverişli olduğu kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Bu durumda, failin kısırlaştırmaya yönelik elverişli hareketlerine rağmen, failin elinde olmayan sebeplerle kısırlaştırma fiilinin tamamlanamaması veya

102 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 52; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 602.

103 Tezcan/Erdem/Önok, s. 320; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 52; Yılmaz, s. 81; Gökcan, s. 623; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280; Ozansü, s. 1291; Erbaş, s. 122.

104 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 52; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 273; Erbaş, s. 122.

105 Hakeri, s. 1095.

106 Tezcan/Erdem/Önok, s. 320; Bakıcı, s. 1035; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 54; Keskin-Kiziroğlu, s. 188; Yılmaz, s. 82; Özalp/Özalp, s. 282; Gökcan, s. 624; Yenerer Çakmut, s. 725; Hafizogulları/Özen, s. 148; Hakeri, s. 1093; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 605; Ozansü, s. 1287.

kısırlaştırma neticesinin gerçekleşmemesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı belirtilmektedir<sup>107</sup>.

## 2. İştirak

Kısırlaştırma suçunun özgü suç olmadığı görüşüne göre; suçun iştirak açısından bir özellik arz etmediği, genel hükümler çerçevesinde suça iştirak hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Buna karşılık kısırlaştırma suçunun özgü suç olduğu görüşünü savunan yazarlara göre ise; iştirak bakımından, hekim olmayan kimse bu suçun müşterek faili olamayacak, bu kişiler ancak azmettiren yahut yardım eden olabilecektir<sup>109</sup>. Bu durumda, TCK m. 101/1-(1. cümle) bakımından, bir kısırlaştırma ameliyatını hekim ile birlikte gerçekleştiren ancak hekim olmayan kimse, müşterek fail değil, şerik olabilecektir. Ancak bu ihtimalde, hekim olmayan kimsenin aynı zamanda kasten yaralama suçunun faili olacağı; *failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı* uyarınca da hekim olmayan kimsenin yalnızca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılacağı savunulmaktadır<sup>110</sup>.

Faile yardım eden kimselerin, TCK m. 101/1-(1. Cümle) mağdurun rızası olmaksızın işlenen kısırlaştırma suçu söz konusu ise, mağdurun rızası olmadığını biliyor olmaları gerektiği; TCK m. 101/1-(2. Cümle) mağdurun rızasının bulunmadığını ve failin yetkili olmadığını bilmesi gerektiği ve TCK m. 101/2 asıl failin yetkili olmadığını bilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aksi halde ise hata kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>111</sup>.

## 3. İçtima

Öğretide, kısırlaştırma suçunun, aynı zamanda birden fazla kişiye karşı işlenemeyeceği [*aynı neviden fikri içtima* (TCK m. 43/2)] or-

107 “Çocuk yapma kabiliyetini yok etmeğe elverişli fitilin bir hadisede bu neticeyi tevhit edememiş olması halinde <<teşebbüs>> hükümleri tatbik olunur. Zira kanunumuzda bu kabiliyetin <<yok edilmesi>> suçun tekemmülü için şart koşulmuştur.” Erem, *Özel Hükümler*, s. 510; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 54; Yılmaz, s. 83: Yazar, koşulları oluştuğunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanabileceğini belirtmektedir; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280.

108 Tezcan/Erdem/Önok, s. 320; Bakıcı, s. 1037; Gökcan, s. 624; Yenerer Çakmut, s. 726.

109 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 54; Özalp/Özalp, s. 283; Yazarlar, TCK m. 101/1-(1. Cümle) bakımından suçun özgü suç olduğunu ve iştirak konusunun belirtildiği şekilde özellik arz edeceğini ifade etmektedirler.

110 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 54.

111 Bakıcı, s. 1035-1037.

tak şekilde ifade edilmekte<sup>112</sup> ise de bu suçun bir kişiye karşı, farklı zamanlarda, birden fazla kez işlenebilirliği [*zincirleme suç* (TCK m. 43/1)] hususu tartışılan bir meseledir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı görüşü, kısırlaştırma suçunun bir kişiye karşı birden fazla kere işlenemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>113</sup>. Bu görüşe göre ayrıca, kasten yaralama suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaması düzenlemesinin, kasten yaralama suçunun daha özel hali olan kısırlaştırma suçu bakımından da geçerli olması ve gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir<sup>114</sup>. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği yönündeki katıldığımız diğer görüşe göre ise, ilk fiilin başarısız olması sebebiyle, aynı karar altında, kısa sürede fiilin tekrarlanması ve aynı kişiye karşı birden fazla kez işlenmesi mümkündür<sup>115</sup>. Buna göre, kısırlaştırma suçunun zincirleme şekilde işlenmesi halinde, kasten yaralama suçuna TCK m. 43/3 ile getirilen istisnanın burada geçerli olmayacağı; nitekim, her ne kadar kısırlaştırma suçu kasten yaralama suçunun özel bir işleniş şekli olsa da her iki suçun birbirinden bağımsız suçlar olduğu ifade edilmektedir<sup>116</sup>. İçtima hususunda değerlendirilmesi gereken diğer bir mesele ise, kısırlaştırma suçunu oluşturan fiilin aynı zamanda kasten yaralama suçunu da oluşturmasıdır. Öğretide, bu durumda iki suç arasında fikri içtimanın varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>117</sup>.

Kısırlaştırma fiili sonucu mağdurun ölümü yahut bedensel zarara uğraması söz konusu olduğunda, TCK m. 101 ile, 765 sayılı TCK m. 471 düzenlemesinden farklı olarak, ayrıca yaralama ve öldürme suçlarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlemesine yer verilmemiş, bu hükümlere yollama yapılmamış, yalnızca madde gerekçesinde “*Kısırlaştırma fiilinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması halinde, failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin*

112 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 55; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 274; Yılmaz, s. 84.

113 Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280; Özalp/Özalp, s. 284; Yenerer Çakmut, s. 726.

114 Ozansü, s. 1292.

115 Bakıcı, s. 1037; Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 55; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 274; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 606; Yılmaz, s. 84.

116 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 55; Yılmaz, s. 84; Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 274; Şahbaz, s. 1176.

117 Koca, “*Kısırlaştırma Suçu*”, s. 55. Aksi yönde, kasten yaralama suçu ile kısırlaştırma suçu arasında genel norm-özel norm ilişkisi olduğu, özel normun önceliği ilkesi gereğince kısırlaştırma suçuna ilişkin hükmün uygulanması gerektiği görüşü için bakınız, Erbaş, s. 121.

*büyükler çerçevesinde sorumluluğu cibetine gidileceğinde kuşku yoktur.*” ibaresiyle failin neden olduğu ağır netice nedeniyle, neticesi sebebiyle ağırlanmış suçlar kapsamında cezalandırılacağı açıklanmıştır<sup>118</sup>. Bu madde gerekçesine dayanılarak öğretide de mağdurun kısırlaştırılmasına yönelik gerçekleştirilen müdahale sonucu, mağdur ölürse veya yaralanırsa; neticesi sebebiyle ağırlanmış kasten yaralama (TCK m. 87) hükmü uyarınca failin cezalandırılacağı savunulmaktadır<sup>119</sup>. Açıklanan durumda, katıldığımız görüşe göre, faile yalnız TCK m. 87 uyarınca neticesi sebebiyle ağırlanmış yaralama kapsamında ceza verilecek, ayrıca TCK m. 101 kısırlaştırma suçundan ceza verilmeyecektir<sup>120</sup>. Ancak bu durumu eleştiren görüşe göre; TCK m. 101’de düzenlenmiş kısırlaştırma suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış haline kanunda yer verilmemiş olması karşısında; failin tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kısırlaştırma suçundan, hem de taksirle öldürme yahut taksirle yaralama suçundan birden fazla ceza alabileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle gerekçeye itibar edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>121</sup>. Ayrıca, failin TCK m. 87 ve TCK m. 101’den ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür<sup>122</sup>.

## F. YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ, ZAMANAŞIMI

### 1. Yaptırım

TCK m. 101’de kısırlaştırma suçunun yaptırımını aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir: TCK m. 101/1-(1. Cümle): Bir kimseyi *rızası olmaksızın* kısırlaştıran kimseye üç ila altı yıl arası hapis cezası verileceğini öngörülmüştür. TCK m. 101/1-(2. Cümle): *Yetkili olmayan* kişinin, bir kimseyi *rızası olmaksızın* kısırlaştırması halinde, verile-

118 Bakıcı, s. 1034; 765 sayılı TCK döneminde, kısırlaştırma fiili kişinin ölümüne veya bedeni bir zararına sebep olursa, failin ayrıca şartlarına göre kasten öldürme veya kasten yaralama hükümlerine göre cezalandırılacağı düzenlemesine ilişkin olarak, *bir fiile iki ceza verildiği* yönündeki eleştiri için bakınız: Erem, *Özel Hükümler*, s. 508.

119 Tezcan/Erdem/Önok, s. 319; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 55; Gökcan, s. 625; Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 275; Şahbaz, s. 1176; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3280.

120 Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 55; Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 275.

121 Keskin-Kızıroğlu, s. 189; Yılmaz, s. 85.

122 Erman Özek/Sahir Erman, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1994, s. 215; aktaran, Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 55, dn. 49.

cek cezanın üçte bir oranında arttırılacağı öngörülmüştür. TCK m. 101/2: mağdurun *rızası olsa dahi yetkisiz* bir kişinin kısırlaştırma fiilini gerçekleştirmesi halinde bir ila üç yıl arası hapis cezası öngörülmüştür.

Faile verilecek hapis cezalarının sonucunda, fail TCK m. 53 uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır. Kısırlaştırma suçunun özgü suç olduğu ve failinin hekim olabileceği görüşüne göre; bu suç, hekim tarafından görevin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş olacağından, TCK m. 53/5 uyarınca, fail, cezanın infazından itibaren başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle bu hak ve yetkisini kullanmaktan yoksun bırakılacaktır<sup>123</sup>.

## 2. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

Kısırlaştırma suçu şikâyete tabi olarak düzenlenmediğinden, re'sen soruşturulup kovuşturulacaktır. Bu çalışmada desteklenen görüşe göre, fail hekim ise ve kısırlaştırmanın hekimlik göreviyle ilgili bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde, kural olarak, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri doğrultusunda soruşturma izni alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>124</sup>. Ancak, buna karşılık, tedavi amacı veya tıbbi zorunluluk olmaksızın hastanın rızasına aykırı olarak işlenen kısırlaştırma fiilinin, kasten yaralama suçundan bir farkının olmadığı, bu nedenle de görev kapsamında sayılamayacağı ve soruşturma izni alınmasına gerek olmaksızın doğrudan soruşturma başlatılması gerektiği de savunulan bir görüştür<sup>125</sup>.

Görevli mahkeme, 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca asliye ceza mahkemeleri olup, yetkili mahkeme ise kısırlaştırma fiilinin işlendiği yer mahkemesidir<sup>126</sup>.

123 Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 55; Koca/Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 275; Yenerer Çakmut, s. 726.

124 Yılmaz, s. 85; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3281; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 605: Yazara göre suç görev nedeniyle işlenmeli veya ağır cezayı gerektiren suçüstü hali söz konusu olmalıdır.

125 Özalp/Özalp, s. 284; Gökcan, s. 626; Yenerer Çakmut, s. 727: Kısırlaştırma suçunu özgü suç olarak kabul etmeyen yazara göre, suçun takibi muhakeme şartına bağlanmamıştır.

126 Bakıcı, s. 1038; Özalp/Özalp, s. 284; Yenerer Çakmut, s. 727; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3281.

### 3. Zamanaşımı

TCK m. 101/1'de yer alan ve rıza olmaksızın işlenen kısırlaştırılmayı düzenleyen suçun dava zamanaşımı, TCK m. 66/1-(d) uyarınca suçun işlendiği tarihten itibaren on beş yıldır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı hallerinde, dava zamanaşımı süresinin en fazla yirmi iki yıl olacağı belirtilmektedir<sup>127</sup>.

TCK m. 101/2'de yer alan ve rızaya dayalı kısırlaştırmanın yetkisz kişilerce işlenmesini düzenleyen suçun dava zamanaşımı ise, TCK m. 66/1-(e) uyarınca suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. Dava zamanaşımını kesen nedenlerin varlığı hallerinde, dava zamanaşımı süresinin en fazla on iki yıl olacağı belirtilmektedir<sup>128</sup>.

## II. KASTASYON (HADIMLAŞTIRMA)

### A. GENEL OLARAK

#### 1. Kastrasyonun (*Hadımlaştırmanın*) Tanımı

Kastrasyon, uygulamanın türüne göre değişmekle birlikte, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle, cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini tamamen sona erdiren ya da hormon seviyesini düşürerek kişinin cinsel dürtülerinin azaltılarak kontrol altına alınmasını amaçlayan bir tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır<sup>129</sup>. Buna göre kastrasyon ile, erkeklerde testisler, kadınlarda ise yumurtalıklar ameliyatla alınmakta (ve/veya genellikle yumurtalıklar kimyasal madde veya ışınla tahrip edilmekte) ya da kişiye birtakım ilaçlar verilerek cinsel hormon seviyesinin düşürülmesi ve cinsel dürtülerinin azaltılması söz konusu olmaktadır<sup>130</sup>.

Kastrasyon, tarihte, savaşlarda esir düşen askerler, devlet yönetimlerinde görev alan kişiler, opera sanatçıları gibi farklı amaçlarla birçok farklı kişiye uygulanan bir müdahale olarak ortaya çıkmakta-

127 Yenerer Çakmut, s. 727.

128 Yenerer Çakmut, s. 727.

129 Belirtmek gerekir ki kişinin üreme yeteneğini sonlandırıp sonlandırmadığı kastrasyonun türüne göre değişmektedir. Keskin-Kızıroğlu, s. 169; Üzülmüş İlhan, "Hadımlaştırmadan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 161; Özalp/Özalp, s. 276; Gökcan, s. 312; Turan, Ubeydullah, *Ceza Hukukunda Hümanizm İlkesi Açısından Kastrasyon Yaptırımı*, Ankara, Adalet, 2019, s. 59.

130 Temel, s. 62; Yenerer Çakmut, s. 712; Turan, s. 59.

dır<sup>131</sup>. Ayrıca, zina veya cinsel saldırı gibi cinsel suçlara karşılık faili “göze göz dişe diş” anlayışı ile cezalandırmak amacıyla yaygın bir şekilde uygulandığı da görülmektedir<sup>132</sup>. Günümüzde kastrasyon, tıbbi amaçlarla yapılabileceği gibi aşağıda irdelenecek olan adli amaçlarla da yapılabilmektedir<sup>133</sup>. Ülkemizde tartışılan bir konu olan, işledikleri cinsel suçlar nedeniyle cezalandırılan kişilerin kastrasyona tabi tutulmasının; bazı ülkelerde güvenlik tedbiri, ceza ya da koşullu salıverilme şartı gibi düzenlemelerle yasal olarak uygulandığı görülmektedir<sup>134</sup>. Fakat, bu uygulamanın insan haklarını ihlal edip etmediği, üzerinde ciddiyetle durularak değerlendirilmesi gereken bir meseledir.

Kastrasyonun çalışmamızın ilk bölümünde ele alınan kısırlaştırma ile farklı anlama geldiğini ifade etmek gerekir. Bu fark öğretilerde şu şekilde açıklanmaktadır: “Kastrasyonda, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması yoluyla cinsel ihtiyaçları tatmin ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi; kişinin cinsiyetine ilişkin belirtilerin ortadan kaldırılması söz konusudur. Oysa kısırlaştırmada, cinsel arzuları tetikleyen dürtüler yok edilmemekte, keza, cinsel ilişkiye girme kabiliyeti de yok edilmemekte; yalnızca üreme yeteneğine son verilmektedir.”<sup>135</sup> Özetle kısırlaştırma işleminin kastrasyondan farkı, kısırlaştırmada kişinin cinsel arzularını tatmin etme yetisinin kaybolmaması; kastrasyonun ise kısırlaştırmadan çok daha ağır etkiler bırakması ancak üreme yeteneğine son verilmeyebileceği olarak ifade edilebilir<sup>136</sup>.

131 Detaylı bilgi için bakınız: Charles L Scott/Trent Holmberg, “Castration of Sex Offenders: Prisoners’ Rights Versus Public Safety”, Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, Cilt 31, Sayı 4, 2003, s. 502; Ataç Adnan, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 169; Hadımlaştırmanın tarihsel gelişimi için bakınız: Özdemir Hayrünnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 184; Hakeri, s. 1095.

132 Akbaba, s. 38.

133 Ataç, s. 171; Işıka, s. 102.

134 Ataç, s. 171; Gökcan, s. 313; Işıka, s. 96; Turan, s. 71.

135 Alıntılanan kısımda kastedilen cerrahi kastrasyondur. Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, s. 48; Keskin-Kızıroğlu, s. 186: “NPHK’nun sterilizasyon tanımından da yorum yoluyla dolaylı olarak çıkarılabileceği üzere kastrasyon, kişinin çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine de engel olacak şekilde yok edilmesidir.”; Hakeri, s. 619; Şahbaz, s. 1175: “Kısırlaştırma ile iğdiş etme (kastrasyon) kavramları birbirinden farklıdır: (...) İğdiş etmede, kişinin hem cinsel ilişkiye girme hem de üreme yeteneği sona erdirilmektedir.”

136 Özalp/Özalp, s. 276; Turan, s. 62; Erman Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdabalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin, 2003, s. 209.

## 2. Kastrasyonun Türleri

Kastrasyon iki şekilde yapılmaktadır<sup>137</sup>: *Cerrahi Kastrasyon* ve *Kimyasal Kastrasyon*<sup>138</sup>.

**Cerrahi kastrasyonda (orsiektomi)**, testislerin ameliyat ile alınması ve bununla birlikte vücutta testosteron üretiminin durdurulması söz konusudur<sup>139</sup>. Bu uygulamanın geri dönüşü olmadığı ifade edilmektedir<sup>140</sup>. Ancak cerrahi kastrasyon ameliyatı her ne kadar geri dönüşü olmayan bir ameliyat olsa da bu ameliyatın etkilerinin oldukça kolay temin edilen testosteron iğneleri ile hafifletilebileceği; böylece kastrasyon uygulanmış cinsel suç failinin gözlem altında olmadığı müddetçe, cinsel dürtülerini ve penil işlevini geri kazanabileceği belirtilmektedir. Özetle, cerrahi kastrasyonun etkililiği de tartışma konusudur<sup>141</sup>. Ek olarak, her ne kadar testisler alınsa da kişinin cinsel isteğinin tamamen yok olması sonucunun doğmayabileceği de belirtilmektedir<sup>142</sup>. Cerrahi kastrasyonun uygulamada, prostat kanserinin ilerlemesini önlemek amacıyla uygulanan bir tedavi olduğu<sup>143</sup> belirtilmekte ise de cerrahi kastrasyonun ağır yan etkileri olduğu ifade edilmektedir<sup>144</sup>.

- 
- 137 Çalışmamızın bu bölümünde kastrasyonun türleri kısaca belirtilecek, bu türler hakkındaki tartışmalara devam eden kısımda yer verilecektir. Turan, s. 60; Akbaba, s. 38; Yazar, üçüncü bir yöntem olarak nano-hadım yönteminin ortaya çıktığını belirtmektedir.
- 138 Esasen, kimyasal kastrasyonun, cerrahi bir müdahale içermemesi sebebiyle aslında kastrasyon olmadığı ve vücuttaki testosteron düzeyini düzenleyen bir hormon tedavisi olduğu ifade edilmektedir. Akcanbaş, Mert, "Kimyasal Kastrasyon Yönteminin Etik Analizi", Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 8, 2019, s. 128.
- 139 Ataç, s. 171; Özdemir, s. 189; Kızılırmak Baran, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı İnceleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Sayı: 2, Cilt 25, İstanbul, 2019, s. 1028. Üzülmöz, s. 161; Erman, s. 209; Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 268.
- 140 Yenidünya Caner/Yaşar Yusuf, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?", TAAD, Sayı 14, Ankara, 2013, s. 175; Turan, s. 61.; Çakan, Seher, "Arapça İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi", TBB Dergisi, Sayı:129, 2017, s. 13.
- 141 Turan, s. 66-67: Cinsel sapkınlıkların kişinin beyninden kaynaklandığının kabulü halinde cerrahi kastrasyon cinsel suçların önlenmesini sağlayan bir yöntem olarak değerlendirilemeyecektir.; Yenidünya/Yaşar, s. 178; Çakan, s. 14.
- 142 Yenidünya/Yaşar, s. 175.
- 143 Gökcan, s. 313; Ataç, s. 171; Işıka Sertaç, *Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar Ve Kastrasyon*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 99; Turan, s. 63; Kızılırmak, s. 1028; Güven Kudret, "Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kastrasyon)", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:5, 2019, s. 13.
- 144 Özdemir, s. 189, Turan, s. 66. Yan etkiler sebebiyle cinsel suç faillerine uygulanması noktasındaki tartışmalar, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alınmıştır.



**Kimyasal kastrasyon** ise; testislerin testosteron üretimini, ameliyat yapılmaksızın, hormon ilaçlarıyla (*ayda/baftada bir kez enjeksiyon yöntemi veya tablet alımı ile uygulanarak*) durdurmayı veya azaltmayı hedefleyen müdahaledir<sup>145</sup>. Testosteron, libido ve seksüel fonksiyonla doğrudan ilişkili olan temel hormon olarak belirtilmektedir<sup>146</sup>. Bir *tedavi* olarak uygulandığı belirtilen kimyasal kastrasyon ile de kişinin testosteron hormonunun etkisi ile içine girdiği sapkın cinsel davranışların, erotik düşüncelerin ve buna ilişkin birtakım hareketlerini kontrol altına almanın amaçlandığı ifade edilmektedir<sup>147</sup>. Buna göre, kişiye cerrahi müdahale edilmemekte, kişinin cinsel ilişkiye girme yeteneğinin kaybedilmemekte, ancak düşük hormon seviyesi nedeniyle kişi cinsel ilişki başlatamamakta veya cinsel haz duyamamaktadır<sup>148</sup>. Ayrıca kimyasal kastrasyonun diğer bir özelliği de uygulama süresinin bir sınırı olmamasıdır; bir başka ifade ile uygulandığı süre boyunca etki göstermekte, uygulama bırakıldığında ise cinsel dürtüleri yok etmediği için ilacın etkileri de ortadan kalkmaktadır<sup>149</sup>.

### 3. Mevzuatımızdaki Yeri

Öncelikle kastrasyon mevzuatımızda açıkça düzenlenmiş ve tanımlanmış değildir. Mevzuatta kısırlaştırma suçunun öngörülmesine rağmen daha ağır bir hak ihlaline neden olan kastrasyonun suç olarak düzenlenmemesi öğretilerde eleştiri konusu olmuştur: “*Hadımlaştırma gibi sonucu ağır bir müdahalede kişinin rızasının aranmıyor olmasının çok düşündürücü olmasının yanında, bu hususun Türk*

145 Lee Joo Yong/Kang Su Cho, “*Chemical Castration for Sexual Offenders: Physicians’ Views*”, J. Korean Med. Sci., Vol. 28, No:2, 2013, s. 171-172. (Erişim: 5.8.2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3565125/>); Ataç, s. 172; Özdemir, s. 191; Yenidünya/Yaşar, s. 179; Kızıllırmak, s. 1028; Işıka, s. 101; Kullanılan ilaçlar (MPA, CPA, GbRH ve LHRH Agonistleri, SSRD), bunların etkileri ve yan etkilerine ilişkin detaylı inceleme için bakınız: Akbaba, s. 42-53; Güven, s. 16-18.

146 Lee/Cho, s. 171-172.

147 Bu tedavinin psikolojik destekle birlikte uygulanması sonucunda fayda sağladığı ifade edilmektedir. Ataç, s. 172; Akbaba, s. 41; Turan, s. 69; Yenidünya/Yaşar, s. 179; Hakeri, s. 622.

148 Yenidünya/Yaşar, s. 179; Kimyasal kastrasyonun, 1950 yıllarından itibaren kadınlarda gebeliği önleyici bir metot olarak kullanıldığı, 1969-1984 yılları arasında 80 ülkede 10 milyona yakın kadının bu tedaviyi gördüğü ifade edilmektedir.; Çakan, s. 15.

149 Kızıllırmak, s. 1028. Kimyasal kastrasyonun kişinin hayatta olduğu süre boyunca uygulanma ihtimali ve kişi üzerinde yarattığı biyolojik etkilerin yanında psikolojik etkileri de düşünülerek kimyasal kastrasyonun uygulandığı ülkelerde psikoterapik tedavi ile birlikte uygulandığı ifade edilmektedir.

*Hukuku'nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması da büyük eksikliklerdir.<sup>150</sup>*

Yalnızca NPHK m. 2/4'te ve 4/3'te yer verilen kastrasyonun mevzuatımızdaki görünümü şu şekildedir: NPHK m. 2/4 uyarınca *bu kanunun öngördüğü haller dışında kastrasyon ameliyesi yapılamaz. NPHK m. 4/3 "Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir."*

## **B. KASTASYONUN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI**

### **1. Tıbbi Zorunluluk**

Kastrasyonun tedaviye yönelik olarak gerçekleştirilmesi halinde bu işlemin tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. NPHK m. 4/3 uyarınca, kastrasyon, ancak bir ameliyat sırasında, hastalığın tedavisi için tıbbi açıdan zorunlu olduğu takdirde yapılabilir. O halde, bu durum dışında kastrasyonun yasak olduğu sonucuna varılabilecektir<sup>151</sup>. Kısırlaştırmadan farklı olarak, kastrasyon, ilgisinin istemi üzerine yapılabilecek bir müdahale değildir. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı müddetçe, mağdurun gösterdiği rıza ile gerçekleştirilen kastrasyon hukuka uygun hale gelmeyecek, müdahalede bulunan kimsenin de sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır<sup>152</sup>. Zira, NPHK m. 2/4 uyarınca kanunda belirtilen haller dışında kastrasyon işlemi yapılamaz.

Ancak öğretide isabetle, kastrasyonun şartı olan tıbbi zorunluluk kavramını, yalnızca NPHK m. 4/3 kapsamında gösterilen ve ameliyat

150 Keskin-Kızıroğlu, s. 169; Özalp/Özalp, s. 285; Yenerer Çakmut, s. 712; Şahbaz, s. 1176: Yazar, kastrasyonun da TCK m. 101 kapsamında yaptırma bağlanması gerektiği görüşündedir. Aynı yönde, Erbaş, s. 111.

151 Üzülmüş, s. 162; Kızılırmak, s. 1058; Gökcan, s. 314: Yazar, sırf bu hükmün rızaya dayalı kastrasyonu yasaklamadığını, ancak NPHK m. 2/4 uyarınca tıbbi endikasyon olmadığı halde rızaya dayalı kastrasyonun yasaklandığını belirtmektedir.

152 Buna göre, Anayasa m. 17, NPHK m. 2/4 ile 4/3 hükümlerini kapsamında kişi kastrasyon hususunda tıbbi gereklilik olmamasına rağmen rıza gösterse dahi, rızası serbestçe tasarruf edemeyeceği bir hakka ilişkin olduğundan geçerli kabul edilemeyecektir. Bu ihtimalde ise mağdurun rızası söz konusu olduğu için ve kastrasyonun türüne göre kısırlaştırma sonucu doğup doğmasına göre de değişmek kaydıyla TCK m. 101/1 kısırlaştırma suçu oluşmaz ve bu nedenle fikri içtima ilişkisi de söz konusu olmaz. O halde hekimin, olaya göre TCK m. 87/2-(b-c) kapsamında sorumlu olduğu ve cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Üzülmüş, s. 162; Gökcan, s. 312; Turan, s. 165; Gencer, s. 100.

esnasında meydana gelen zorunluluk hali ile sınırlı anlamamak gerektiği; ameliyat dışında bir ortamda, bir rahatsızlığın tedavisi kapsamında veya insan hayatını tehdit eden bir durumda da kastrasyon yapılabileceği savunulmaktadır. Örnek olarak, kanserli olduğu tespit edilen testislerin alınması işleminin tedaviye yönelik bir müdahale olduğu ifade edilmektedir<sup>153</sup>. Buna göre sadece ameliyatın seyri esnasında ameliyatın genişletilmesi halinin NPHK m. 4/3 hükmünde belirtilmiş olması, tıbbi zorunluluk gereği ve ilgilinin rızasına dayalı bir şekilde yapılan kastrasyonu hukuka aykırı kılmaz. Zira, iyileştirme amacına yönelik, tıbbi zorunluluk bulunan ve hastanın rızası bulunan müdahaleler, genel kurallara göre zaten hukuka uygundur<sup>154</sup>.

Tıbbi zorunluluk üzerine, mağdurun rızası dahilinde yapılan kastrasyon işleminde hekimin kusuru ile mağdurun sağlığına veya vücut bütünlüğüne zarar verilmesi halinde; hekimin mesleki kusuru ile hastasına verdiği bir zarar söz konusu olacaktır. Buna göre hekimin kasıtlı davranışından bahsedilemeyeceğinden, taksiri nedeniyle duruma göre taksirle yaralama yahut taksirle öldürme suçlarından sorumlu olacağını ifade etmek gerekir<sup>155</sup>. Hekimin hatalı teşhis koyması sonucu mağdurun rızası dahilinde, gerekmediği halde yapılan kastrasyon söz konusu ise; teşhis hatası olduğu için hekimin kasti sorumluluğundan bahsedilemeyeceği, hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle taksirli hareketinden sorumlu olacağı belirtilmektedir. Buna göre, kastrasyon işleminin sebebiyet verdiği netice göz önüne alınarak, örneğin cerrahi kastrasyon sonucu mağdurun testislerinin alınması ile üreme yeteneğinin sonlandırılması halinde TCK m. 89/3-(c) hükmüne göre veya kimyasal kastrasyon yapılarak mağdurun cinsel hormonlarının

153 Üzülmez, s. 163; Gökcan, s. 314; Hakeri, s. 1095; Turan, s. 164; Gencer, s. 100.

154 Belirtmek gerekir ki tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından yapılacak değerlendirmede kısaca, öncelikle tedavinin uzmanlık gerektiriyorsa o alanda uzman hekim, gerektirmiyorsa da mevzuata uygun bir şekilde hekim tarafından, kişinin yazılı aydınlatılmış onamının alınması suretiyle, tıp etiği ilkelerine uygun bir şekilde, müdahalenin tıbbi açıdan gerekli olması halinde tıp biliminin gerekliliklerine uygun ve kişiyi tedavi etme amacı taşıyan bir müdahale olması gerekmektedir. Kamu sağlığının gerekli kıldığı hallerde kişi rıza göstermese de (örneğin mevzuatta tedavi olunmasının zorunlu olduğu düzenlenen bel soğukluğu, frengi gibi hastalıklar, bazı bulaşıcı hastalıklar için aşı olma zorunluluğunun öngörülmesi gibi) tıbbi müdahalenin yapılabileceği kabul edilmektedir. Özgenç, s. 387-396; Erman, s. 210; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 605. Çalışmamızın aşağıdaki bölümlerinde kastrasyonun, tıp etiği ilkeleri açısından değerlendirilmesine de yer verilmektedir.

155 Gökcan, s. 316.

azaltılması sonucunun doğması ancak üreme yeteneğinin sonlanmaması durumunda somut olayda doğan neticeye göre işlev zayıflaması söz konusu ise 2. fıkra kapsamında, böyle bir ağır neticeye sebep olunmaması halinde ise TCK m. 89/1 çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır<sup>156</sup>.

## 2. Aydınlatılmış Onamın Alınması

Tedaviye yönelik gerçekleştirilecek kastrasyonda, bireylerin kendi geleceklerini tayin etme hakkı gereği, öncelikle hastanın aydınlatılmış onamının alınması gerekir<sup>157</sup>. Bu doğrultuda hasta kastrasyon müdahalesine, uygulanacak yönteme, sonuçlarına, olası yan etkilerine, varsa diğer tedavi seçeneklerine karşı ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmeli ve hastanın özgür iradesi ile müdahaleyi kabul edip etmediğini değerlendirmesi ve bir karar vermesi için kendisine makul bir süre tanınmalıdır<sup>158</sup>. Öğretide kastrasyonun NPHK m. 4/3 kapsamında yapılabilmesi için, asıl ameliyat sırasında böyle bir halin meydana gelebileceğinin hastaya anlatılması gerektiği ve her iki ameliyat bakımından hastanın açıkça rıza göstermesi gerektiği belirtilmektedir<sup>159</sup>.

Öğretide, “*Hadımlaştırmayı gerektiren rahatsızlık, ne kadar ağır ve acil olursa olsun, zorunluluk balinin dışında ilgilisi rıza göstermedikçe müdahalede bulunulmamalıdır. Zira kişi rıza göstermemesine rağmen, tedavi amaçlı tıbbi müdahalede bulunması ve bu arada tedavi amaçlı da olsa hadımlaştırma gerçekleştirilmesi insan onuruyla bağdaşmaz.*<sup>160</sup>” denilerek tedavi amacıyla kastrasyonda ilgilinin rızasının önemi vurgulanmıştır. Ayrıca hastadan alınacak aydınlatılmış onamın 1219 sayılı Kanun m. 70 uyarınca yazılı olması gerektiği belirtilmektedir<sup>161</sup>.

156 Üzülmöz, s. 168. Yazar bu halde taksirle yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali TCK m. 89/3-(b) kapsamında failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır.

157 Üzülmöz, s. 163; Gökcan, s. 315; Akbaba, s. 68-88.

158 Uçar, Muharrem, “*Tıp Etiği Açısından Kastrasyon*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 157: Kastrasyon, kişinin aydınlatılmış onamı alınmaksızın gerçekleştirilirse, aşağıda işaret edilecek olan kişi özerkliği ilkesinin ihlal edilmesi sonucu doğar ki bu sonuç tıp etiği ile bağdaşmaz. Ataç, s. 177; Güven, s. 20; Akcanbaş, s. 134.: İlaçların uzun süreli yan etkileri henüz bilinemediğinden tam anlamıyla bilgilendirmenin söz konusu olamayacağı belirtilmektedir.

159 Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 605.

160 Üzülmöz, s. 163.

161 Özgenç, s. 388; Üzülmöz, s. 164.

Kastrasyon zorunluluğunun NPHK m. 4/3'te öngörüldüğü şekliyle ortaya çıkması halinde ise, hekimin rıza olmaksızın müdahaleyi gerçekleştirebileceği kabulünün, öğretide dayandırıldığı gerekçelerden ilki, hekim görevin ifası kapsamında hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceği; diğeri ise, kusurluluğu etkileyen mazeret nedeni zorunluluk halinin söz konusu olabileceğidir<sup>162</sup>. Yukarıdaki ihtimal haricinde, tıbbi gereklilik olmasına rağmen ilgilinin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kastrasyonda, mağdur rızasını açıklayabilecek durumda ve kastrasyon için tıbbi zorunluluk söz konusudur. Hekim, hastayı bilgilendirmeksizin ve aydınlatılmış onamını almaksızın müdahaleyi gerçekleştirdiğinden; hekimin sorumluluğu olduğu doğacaktır<sup>163</sup>. Ancak bu sorumluluğun kaynağı hakkında öğretide görüş birliği yoktur. Hekimin sorumluluğunun cezai sorumluluk olduğu ve aslında kasten yaralama suçunu işlediği öğretide ileri sürülen bir görüştür<sup>164</sup>. Ancak buna karşılık, tıbbi zorunluluk olmasına rağmen hekimin aydınlatılmış onam almaksızın müdahaleyi gerçekleştirdiği hallerde, 1219 sayılı Kanun m. 70 uyarınca sorumluluğu gündeme geleceği, buna göre de kabahat sayılan müstakil bir yaptırımın uygulanması gerektiği ve kasten yaralama suçunun oluşmadığı görüşü de savunulmaktadır<sup>165</sup>.

Kastrasyonun kısırlaştırmayı kapsadığı görüşü nedeniyle failin TCK m. 101 veya TCK m. 87/2 kapsamında cezalandırılabilirliği belirtilmekte ise de öğretideki baskın görüş, kastrasyonun kısırlaştırmadan çok daha ağır bir müdahale olması nedeniyle kısırlaştırma suçundan *daha ağır ve bağımsız şekilde cezalandırılması* gerektiği yönündedir<sup>166</sup>. Tıbbi gereklilik olmasına rağmen ilgilinin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kastrasyon fiili ile hekim, hem TCK m. 101/1 kısırlaştırma suçunu, hem de TCK 87/2-(c) neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu işlediği ve fikri içtima hüküm-

162 Üzülmöz, s. 164.

163 Üzülmöz, s. 165; Gökcan, s. 317.

164 Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara, 2007, s. 292, Aktaran, Üzülmöz, s. 165.

165 Üzülmöz, s. 165: "*Kanaatimizce bu gibi hallerde hekimin işlemiş olduğu tek fiille, biri suç teşkil eden diğeri kababati oluşturan iki ayrı baksızlığı gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi ve Kababater Kanununun 15/3 maddesi hükmü çerçevesinde sadece suç teşkil eden baksızlıktan dolayı failin cezalandırılması yoluna gidilmesi gerekmektedir.*"

166 Tezcan/Erdem/Önok, s. 318; Koca, "*Kısırlaştırma Suçu*", s. 49; Yenerer Çakmut, s. 712; Keskin-Kızıroğlu, s. 169; Işıka, s. 126; Erbaş, s. 111.

leri uygulanarak daha ağır bir yaptırım öngören neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama hükümleri çerçevesinde failin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>167</sup>. Ancak ifade etmek gerekir ki kimyasal kastrasyon sonucunda kişinin kısırlaştırılması hedeflenmemektedir, yalnızca cinsel hormonları kontrol altında tutulmaya çalışılmakta ve dolayısıyla üreme yeteneği sonlandırılmamaktadır. Bu nedenle kastrasyon ile kişinin zorunlu olarak kısırlaştırıldığı çıkarımı yapılması mümkün görünmemekte ve somut olaya göre yapılacak değerlendirme sonucunda, kastrasyonun üreme yeteneğini sonlandırıp sonlandırmamasına göre TCK m. 87/2-(b-c) bentlerinin uygulanması yoluna gidilmelidir<sup>168</sup>.

### 3. Kastrasyonun Uzman Bir Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Ayrıca kastrasyon müdahalesinin hukuka uygun sayılabilmesi için, kişinin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun uyarınca hekim olması ve bu işin uzmanı olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>169</sup>. Kastrasyonu hekim olmayan bir kişinin gerçekleştirmesi durumunda; mağdurun rızasının olup olmaması önem arz etmeksizin; 1219 sayılı Kanun m. 25'te düzenlenen ve *diploması olmadığı halde hasta tedavi eden veya tabip unvanını kullanan kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı* öngören suçun oluşacağı ifade edilmektedir. Ayrıca fail kastrasyon uygulamasının sonucuna göre TCK m. 87/2-(b-c) hükümlerinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçunu da işlemiş olacaktır<sup>170</sup>. Yine, tıbbi zorunluluk üzerine, mağdurun rızası alınarak fakat uzman olmayan bir hekim tarafından gerçekleştirilen kastrasyonda; uzman olmayan hekimin gerçekleştirdiği müdahalenin hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir. Ancak öğretilerde iştirak ettiğimiz görüşe göre, mağdur bu müdahale sonucu

167 Üzülmöz, s. 166; Yenidünya/Yaşar, s. 175; Koca, "Kısırlaştırma Suçu", s. 49; Özalp/Özalp, s. 283; Gökcan, s. 316; Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 603; Tezcan/Erdem/Önok, s. 320; Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 269.

168 "Üremeye engel olunmayıp sadece cinsel ilişkiye girilmesi (kastrasyon) engellenmişse TCK.nun 87/2-b maddesinde yazılı organın işlevini yitirmesi suçu oluşacaktır." Bakıcı, s. 1036; Gencer, s. 100.

169 Gökcan, s. 315; Özgenç, s. 394; Üzülmöz, s. 164.

170 Üzülmöz, s. 167; Gökcan, s. 317.

iyileşmiş ise; sırf hekimin uzman olmamasının, onu cezalandırma nedeni sayılmayacağı savunulmaktadır<sup>171</sup>. Buna karşılık, mağdurun durumu daha da kötüleşmiş veya mağdur hayatını kaybetmiş ise; hekim, olayda meydana gelen neticeye yönelik kast veya taksirine göre cezalandırılacaktır<sup>172</sup>.

#### 4. Tıp Bilimi ve Meslek Kurallarına Uygun Davranılması

Tüm bu açıklananlara göre öğretilerde, bir rahatsızlığın tedavisi amacıyla yapılan kastrasyonun, kişi iyileşmemiş olsa dahi, müdahaleyi tıp biliminin gelişmişlik düzeyine uygun şekilde gerçekleştiren hekimin sorumlu olmayacağı belirtilmektedir<sup>173</sup>. Bu noktada kastrasyonun tıp etiği açısından bulunduğu konumu da irdelemek gerekmektedir. Tıp etiği açısından kimyasal kastrasyonun uygulanabilirliği değerlendirmesi yapıldığında, bu değerlendirmenin, dört temel ilke üzerine kurulu olarak yapıldığı anlaşılmaktadır<sup>174</sup>. Bu ilkeler kısaca şu şekilde özetlenebilir:

*Özerkliğe saygı ilkesi* doğrultusunda; kimyasal kastrasyona tabi tutulacak kişinin aydınlatılmış onamının alınması ve kişinin baskı altında kalmadan bu uygulamayı kabul ettiğinden emin olunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>175</sup>.

*Zarar vermeme ilkesi*; hekimin en fazla yararı sağlamak için müdahalede bulunması ve bunu yaparken hastanın zarar görme riskini arttırmaması anlamına gelmekte olup, kimyasal kastrasyon bakımından en önemli ilke olarak ifade edilen bu ilkeye göre, kimyasal kastrasyonun hiçbir zaman ceza olarak uygulanamayacağı, hekimin bu konuda şüphesi varsa, hastanın aydınlatılmış onamını titizlikle sorgulaması gerektiği belirtilmektedir. Kimyasal kastrasyon bakı-

171 Üzülmüş, s. 167; Özgenç, s. 395: Yazar burada ancak zorunluluk hali varsa failin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir.

172 Özgenç, *Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk*, s. 2193, Aktaran, Üzülmüş, s. 167; Gökcan, s. 317: Yazar, üstlenme kusuru söz konusu olacağını ve taksirle yaralama suçunun oluşacağını savunmaktadır.

173 Üzülmüş, s. 164; Gökcan, s. 315; Özgenç, s. 396.

174 Çalışmamızda özetlenen ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: Ataç, s. 176-181; Uçar, s. 157.

175 The World Federation of Societies of Biological Psychiatry (WFSBP), "Guidelines for the Biological Treatment of Paraphilias", *The World Journal of Biological Psychiatry*, Vol. 11, 2010, s. 644. (Erişim: 3.8.2020, [https://www.wfsbp.org/fileadmin/user\\_upload/Paraphilias\\_Guidelines\\_2010.pdf](https://www.wfsbp.org/fileadmin/user_upload/Paraphilias_Guidelines_2010.pdf)); Uçar, s. 157; Kızılırmak, s. 1064.

mından var olan tıbbi belirsizlikler ve hasta üzerinde doğması muhtemel yan etkiler hekimlerce titizlikle değerlendirilmeli, hasta bu konularda da bilgilendirilmeli ve olası yan etkileri kavramasına imkân sağlanmalıdır<sup>176</sup>.

*Yararlılık ilkesi* doğrultusunda; kimyasal kastrasyonun sadece hastanın yararı gözetilerek yapılabileceği, başka hiçbir hususun bu yararın önüne geçemeyeceği belirtilmektedir. Toplumsal yarar kavramı ile hastanın yararının çatıştığı durumlarda, örneğin cinsel suç faillerine kastrasyon uygulaması bakımından, uygulamanın toplumun lehine olacağı değerlendirildiği durumlarda, hekimin, hastanın yararını öncelikle gözetmesi gerekmektedir. Buna göre hekim, etik sorumluluğu gereğince, ancak failin hasta olduğuna kanaat getirmişse ve bunu tedavi etme amacıyla, diğer koşulları da sağladığı takdirde kastrasyon uygulamasına başlayabilecektir<sup>177</sup>.

*Adalet ilkesi* ise, hekimin, dahil olduğu adli ve cezai süreçlerde meslek etiği ve deontolojisine aykırı bir eylemde bulunmamaya ve hastanın haklarını korumaya özellikle dikkat etmesi gerektiği anlamına gelir. Buna göre hekim, bir mahkemenin talep ettiği tedaviyi uygulamadan önce, bu tedavinin tıbbi anlamda etkinliğinden ve yukarıdaki ilkelerde de işaret edildiği gibi, tedavinin bir cezalandırma olmadığından emin olmak zorundadır. Mahkemelerin hastanın davranışları ile ilgili hukuksal tanımlamaları ile hekimlerin bağlı olmadığı, hekimin, hastanın davranışının tıbbi tanımına göre hastaya yaklaşması gerektiği, bu nedenle hastalığın teşhisi bağımsız hekimlerce doğrulanmalı ve bağımsız hekimlerce tedavi kararı verilmelidir<sup>178</sup>.

Sonuç olarak; kimyasal kastrasyonun kişinin fiziksel veya kimyasal değişikliğe uğramasına neden olacağı, bu uygulama hakkında tıp dünyasında henüz görüş birliği oluşmamış olması, tıp etiği açısından

176 “Bu nedenle ceza kastı veya iması içerecek bir kastrasyon uygulamasından hekimlerin özenle uzak durmaları bekleniyor. Hekim böyle bir şüphenin bulunduğu durumlarda aydınlatılmış onam şartının geçerliliğini sorgulamalı.” Uçar, s. 158.

177 Uçar, s. 159; Ataç, s. 180; Turan, s. 224.

178 Douglas, Thomas/Pieter Bonte/Farah Focquaert/Katrien Devalder/Sigrid Sterckx, “Coercion, Incarceration, and Chemical Castration: An Argument From Autonomy”, *Journal of Bioethical Inquiry*, Vol: 10, No:3, 2013, s. 393-405. (Erişim: 9.8.2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3824348/>): Yazarlara göre bir psikiyatrist ve bir uzman hekim kimyasal kastrasyonun tıbbi açıdan cinsel dürtüleri kontrol edebilmek için gerekli ve güvenli olup olmadığına karar vermelidir. WFSBP, s. 644; Akcanbaş, s. 132.



bu uygulamanın yalnızca hastanın yararına ve aydınlatılmış onamı alındıktan ve asla bir cezalandırma amacı taşımadığına emin olunduktan sonra uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>179</sup>.

### C. CİNSEL SUÇLARDA KASTASYON

#### 1. Cinsel Suç Failerine Uygulanması Talep Edilen Kastrasyon, Tedavi mi Yoksa Ceza mı?

Öğretide, öncelikle kimyasal kastrasyon olmak üzere kastrasyonun tedavi mi yoksa ceza mı olduğuna ve bunun belirlenmesine yönelik kriterlerin tespitine ilişkin net bir sonuca ulaşamadığını ve bu meselelere ilişkin tartışmanın sürdürüldüğünü ifade etmek gerekir.

Konu ele alınırken, ceza ve tedavi arasındaki ayırım incelenmelidir. Bu ayırımın müdahalenin amacının, bireyin suç teşkil eden davranışına verilen *cevap* mı olduğu yoksa bireyin suç teşkil eden davranışını gerçekleştirmesinde rol oynayan birtakım düşünce, duygu, davranış gibi faktörleri çeşitli tıbbi yöntemlerle *değiştirmek ve/veya iyileştirmek* mi olduğu noktasında belirlenebileceği ifade edilmektedir. Ancak salt bu kriterin, tedavi ile ceza ayırımının yapılması için yeterli olmadığı belirtilmektedir<sup>180</sup>. Bir kimseye işlediği bir suç nedeniyle, yasal olarak mevzuata uygun ve mahkeme tarafından uygulanmasına karar verilen bir müdahale söz konusu ise, artık burada tedaviden değil, cezadan bahsedilmesi gerekir<sup>181</sup>. O halde, kastrasyonun, cinsel suç işleyen faile, mahkeme tarafından uygulanması halinde, bir ceza aracı olarak kullanıldığı ifade edilebilir<sup>182</sup>.

Cerrahi kastrasyonun<sup>183</sup>, cinsel suç nedeniyle ceza almış kişilere

179 Ataç, s. 182, Uçar, s. 156-159.

180 Akbaba, s. 57.

181 Akbaba, s. 57, 62: Yazar, buradaki ayırımda, müdahalenin uygulanmasının sebebi ve dayandırıldığı gerekçenin de önemli olduğunu belirtmektedir. Kimyasal kastrasyonun, kişinin işlediği suçun bedelini ödetmek, bir daha suç işlemesini engellemek gibi amaçlarla mı, yoksa kişinin davranışının altında yatan sebepleri tespit ederek sağlık durumunu iyileştirme amacı ile mi yapıldığına bakılmalıdır. Turan, s. 99.

182 Akbaba, s. 58.

183 Scott/Holmberg, s. 502: Cerrahi kastrasyon 1800'lü yılların sonlarında Amerika'da, Dr. Harry Sharp tarafından yaklaşık 180 erkek mahkûma, cinsel dürtülerinin azaltılması amacıyla uygulanmıştır. Bu uygulama sonucunda Indiana'da belirli mahkûmların cinsel suçları yeniden işlemelerini önlemek amacıyla cerrahi kastrasyon yasallaşmıştır.; Yenidünya/Yaşar, s. 176: Yazarlar, cerrahi kastrasyonun suçlulukla mücadelede ve suçluyu tedavide etmede bir yöntem olarak ilk kez 1892'de İsviçre'de uygulandığını; sonra Avrupa ülkelerine yayıldığını,

uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre; canice cinsel suç işle- miş olan kişilere verilecek en uygun ceza cerrahi kastrasyondur<sup>184</sup>. Bu görüş, cerrahi kastrasyonun çok ciddi bir ameliyat olmadığını, cinsel suç nedeniyle hüküm giymiş kişilerin, cezalarını çektikten sonra o suçu yeniden işleme olasılıklarının çok yüksek olduğunu, oysa kastrasyon sonrası o kişinin bir daha cinsel suç işleyemeyeceği- ni ve/veya yeniden cinsel suç işleme oranının %2-3'e kadar geriledi- ğini iddia etmektedir<sup>185</sup>.

Ancak, cerrahi kastrasyonun ağır yan etkileri, kişinin vücudun- da kalıcı bir yara izi bırakması ve bu durumun kişilerin aile kurma- sı aşamasında müstakbel eşine açıklanması gereken ve ömür boyu taşıyacağı bir damga niteliğine bürünmesi nedenleriyle, AİHS m. 8 ve m. 12 hükümleri de ihlal edilmiş olacaktır<sup>186</sup>. Bu noktada cerrahi kastrasyonun, cinsel suçlulara karşı ceza olarak uygulandığına şüp- he yoktur, zira müdahale ağır yan etkileri ile birlikte, kalıcı bir sonuç bırakmakta ve kişi cinsel özgürlüğünden mahrum bırakılmaktadır<sup>187</sup>.

---

örneğin Hollanda'da 1930-1969 yılları arasında 400 suçluya cerrahi kastrasyon uygulandığı- nı belirtmektedir. Ayrıca, Almanya'da 1933-1945 yılları arasında 3000'den fazla cinsel suç failine zorla ve cebren cerrahi kastrasyon uygulandığını, sonraki yıllarda ise tercihe bağlı olarak uygulandığını ifade etmektedirler. Cerrahi kastrasyonun; Norveç, İsviçre, Danimarka, İsveç, Finlandiya, Estonya, İzlanda, Litvanya, Çek Cumhuriyeti'nde uygulandığı belirtilmiş- tir. Amerika'da ise, ilkel bir müdahale olarak görülen cerrahi kastrasyon, AİHS m. 3 ve ABD Anayasası m. 8'e aykırı görüldüğü için çok kısıtlı ölçüde uygulanmıştır. Hakeri, s. 622; Ak- baba, s. 13, dn. 36: Yazar, cerrahi hadımın Almanya ve Çek Cumhuriyeti'nde sınırlı hallerde halen uygulandığını belirtmektedir.

- 184 Ataç, s. 171, 173. Yazar, cerrahi kastrasyonun ceza olarak Danimarka, Almanya, İsveç, Nor- veç, Hollanda, İsviçre, Çek Cumhuriyeti'nde uygulandığını, ancak kimyasal kastrasyonun gelişmesi ile birlikte pek çok ülkenin (İngiltere, İsveç, Danimarka) kimyasal kastrasyon yön- temini uygulamaya başladığını ifade etmektedir. Özdemir, s. 191.
- 185 Akcanbaş, s. 127: Yazar, cerrahi kastrasyon uygulanmış failer bakımından tekrür oranını %1 olarak vermiştir.; Çakan, s. 14; Uçar, s. 154: Kastrasyon sonrasında yeniden suç işleme oranını bu şekilde düşmesi toplumun faydasına olsa da bu uygulamanın cezalandırmanın bir parçası haline geldiği noktada tıp etiği bakımından problem doğmaktadır. Ataç, s. 171. Yazar, Avrupa'da yapılan bir araştırmada, cinsel suçlarda, suçun tekrar işleme oranının %46 olarak tespit edildiğini, bu oranın ise, cerrahi kastrasyona maruz kalan kişiler arasında %3'e düştüğünü belirtmektedir.; Güven, s. 18.;
- 186 Yenidünya/Yaşar, s. 178; Güven, s. 37.
- 187 Ancak kişilerin testosteron iğneleri ile cerrahi kastrasyonun etkilerini azaltabildiği yönünde- ki itirazları hatırlatmak gerekmektedir. Akbaba, s. 114; Işıka, s. 102-103: Yazar, kişinin tüm cinsel aktivitesinin geri dönüşü olmayacak şekilde sonlandırılmasını amaçlayan bir cerrahi kastrasyonun tedavi niteliğinde olamayacağını, ceza olarak nitelendirilmesi gerektiğini bel- irtmektedir. Ayrıca Yazar, kimyasal kastrasyonun cinsel suç failine, cezaya alternatif olarak veya koşullu salıverilme yahut denetimli serbestlik için bir şart olarak öngörülmüş olması halinde bir yaptırım olarak düzenlenmiş olduğunu; ancak, bu yöntem infaz sırasında bir ko- şul olarak öngörülüyor ve cezanın yanında ya da infazın bitiminden sonra gönüllü olarak

Öte yandan kimyasal kastrasyonun, insan vücudunda kalıcı bir değişikliğe neden olmadığı, uygulamaktan vazgeçildiğinde fizyolojik işlevlerin geri dönüşünün mümkün olduğu ve bu nedenle kimyasal kastrasyonun bir tedavi ya da ıslah edici bir yöntem olarak değerlendirilmesi gerektiği, ayrıca yukarıda işaret edildiği gibi yeniden cinsel suç işlenme oranını oldukça düşürdüğü ve sadece hapis cezasının uygulanmasına göre daha caydırıcı nitelikte olduğu savunulmaktadır<sup>188</sup>. Yine benzer şekilde kimyasal kastrasyonun aşağıda açıklanacağı üzere parafili grubunda ve özellikle pedofili tanısı konmuş olan cinsel suç faillerine, cezalandırma sürecinin bir parçası olarak uygulanabileceği; cinsel özgürlüğün mutlak bir hak olmadığı ve bu nedenle bir ceza olarak düşünülerek uygulanabileceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Ancak ceza olarak yapılacak uygulamanın en başta, yukarıda açıklanan yan etkileri, kişinin rızasının aranmayacak olması gibi sebeplerle orantılı olmayacağını ifade etmek gerekir. Dahası bu durumda ne bis in idem ilkesinin ihlal edilmiş olacağı da kuşkusuzdur<sup>189</sup>.

Öncelikle, kastrasyonun bir ceza olarak uygulanması, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlali niteliğindedir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi kimyasal kastrasyonun bir ceza değil, tedavi yöntemi olduğu ve rızaya dayalı olarak uygulanabileceği hususu, epey tartışmalı bir konu olmakla beraber savunulan bir görüştür<sup>190</sup>. Çünkü kişiler, testosteron seviyesini düşüren ilaç sayesinde cinsel dürtülerini kontrol edebilmektedir<sup>191</sup>. Dahası, kimyasal kastrasyonun psikotera-

---

uygulanır durumdaysa tedavi niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Turan, s. 95; Güven, s. 36.

188 Ataç, s. 174; Özdemir, s. 190; Kızılırmak, s. 1029; Işıka, s. 102: “Gönüllü katılım, bu müdahaleyi tedavi olarak; zorunlu müdahaleler ise ceza olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır.”

189 Kızılırmak, s. 1065.

190 Ataç, s. 174; Akbaba, s. 57: Ancak, kişinin rızasının alınmasının, kastrasyonun tedavi olarak nitelendirilmesi bakımından tek başına belirleyici bir unsur olamayacağı; zira akıl hastalığı bulunan kimseler gibi rıza açıklamaları geçerli olmayan kişiler bakımından sorunu çözmediği belirtilmektedir. Turan, s. 192. Yazara göre kimyasal kastrasyon, cezaya alternatif olarak değil, failin aydınlatılmış rızasına bağlı bir şekilde, tedavi amacıyla uygulanabilmelidir.; Aksi yönde, Çağlayan, s. 112-113: Yazara göre hukukumuzda ihtiyari kimyasal kastrasyonun uygulanması mümkün iken, yasal düzenleme yapılması halinde zorunlu kimyasal kastrasyon uygulanması mümkün hale gelecektir. Ayrıca Yazar, pedofili durumunda tekrerrür halinde zorunlu kimyasal kastrasyonun benimsenmesi gerektiği görüşündedir.; Aynı yönde, Güven, s. 37.

191 Kişilerin cinsel ilişkiye girme yeteneklerinin kimyasal kastrasyon ile ortadan kaldırılabileceği, bu halde ise amaçlananın aşırı cinsel dürtülerini kontrol altına almak olduğu ileri

pi ile birlikte uygulandığında kişinin normal bir cinsel hayata sahip olması imkânı da söz konusu olabilir<sup>192</sup>. Ayrıca, kimyasal kastrasyonda uygulanan ilaçların maliyetinin, kişinin cezasının infazı maliyetinden daha düşük olması da bu görüşü savunanların gerekçelerinden biridir<sup>193</sup>. Ek olarak, kimyasal kastrasyonun, cerrahi kastrasyon kadar barbarca ve vahşi bir yöntem olmadığı, daha kabul edilebilir bir tedavi olduğu ve ilaç verilmesinin sonlandırılması ile kişinin cinsel dürtülerinin geri geleceği sebebiyle olası hataların giderilebileceği iddia edilmektedir<sup>194</sup>. Yan etkilerin çoğunun tedavi edilebilir ve geri döndürülebilir olduğu, ek birtakım önlemlerde bu yan etkilerin giderilebileceği de belirtilmektedir<sup>195</sup>. Tekrarlamak gerekir ki, kimyasal kastrasyona tabi kılınacak kişilerin tespitinin, tıbbi esaslara uygun olarak yapılması gerekmektedir<sup>196</sup>.

Yurtdışındaki uygulamalara bakıldığında koşullu salıverilmenin bir koşulu olarak veya denetim süresi içinde ya da akıl hastanelerinde isteğe bağlı bir tedavi olarak uygulanabildiği, genellikle failin aydınlatılmış onamının gerektiği, bazı ülkelerde ilk kez işlendiğinde ihtiyari olduğu, tekerrür halinde ise zorunlu şekilde uygulanabildiği, genellikle kimyasal kastrasyon için uzman bir hekim raporunun arandığı, bazı ülkelerde faile pedofili teşhisinin konulması gerektiği, örneğin Almanya’da failin cinsel suçu işlemesine testosteron hormonunun fazla olmasının sebep olduğu tespit edilirse, bu yöntemin faydalı olacağına değerlendirilmesi sonucunda ve ancak failin aydınlatılmış onamı doğrultusunda uygulanabildiği görülmektedir<sup>197</sup>.

---

sürülmektedir. William L. Baker, *Castration of the Male Sex Offender: A Legally Impermissible Alternative*, Loyola Law Review, 1984, s. 377, Aktaran, Işık, s. 102.

192 Lee/Cho, s. 171-172.

193 Yenidünya/Yaşar, s. 180; Turan, s. 72. Yazara göre toplumdaki adalet duygusunun zedelenmemesi için kastrasyon hapis cezasının yerine tercih edilmemelidir.

194 Anti-libido ilaçlarının etkilerinin, kimyasal kastrasyonun sonlandırılması ile geri döndürülebileceği savunulmaktadır. Lee/Cho, s. 171-172. Yenidünya/Yaşar, s. 180; Akbaba, s. 25; Kızılırmak, s. 1030.

195 Akbaba, s. 81.

196 Akbaba, s. 20. Kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçların tüm cinsel istismar faillerine etkili olmamasına rağmen hepsine uygulanmasının zorunlu tutulmasının sakıncalı olduğu, ilaçların kullanım amacının kişinin cinsel olarak iktidarsızlaştırılması değil, aşırı cinsel dürtüyü azaltmak olması gerektiği, kimyasal kastrasyon teriminin dahi ilaçların amaç dışı bir şekilde kullanılması anlamına geldiği görüşü için bakınız: Akcanbaş, s. 133.

197 Scott/Holmberg, s. 502: Kimyasal kastrasyonun, 1996 yılında Kaliforniya’da ilk kez cinsel suçlulara yönelik olarak bu kişilerin salıverilmelerinden önce yasal olarak uygulanmaya başladığı ifade edilmektedir.; Yenidünya/Yaşar, s. 185.: Kimyasal kastrasyonun cinsel suç

Ne var ki testosteron üretimine müdahale edilmesinin, aslında vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi anlamına geldiği ve uygulanan işlem ile vücudun normal işleyişinin ortadan kalktığı ve patolojik olarak bozulduğu belirtilmektedir<sup>198</sup>. Kimyasal kastrasyonun tedavi değil, bir ceza olduğunu ileri süren görüş; kimyasal kastrasyon için kullanılan ilaçların tedavi edici etkisinin çok az olduğunu; psikoterapi ile birlikte uygulanmadığında, kişilerin davranışlarını yöneten öfke ve husumet güdüsünü ortadan kaldıramayacağı, ayrıca ilaçların tedavi edici özelliği olduğunu gösterir yeterli tıbbi çalışmanın söz konusu olmadığını vurgulamaktadır<sup>199</sup>. Kullanılan ilaçların psikoterapi ile desteklenmemesi halinde, hastanın yararı ve iyiliğine hareket edilmesini gerektiren yararlılık ilkesi ihlal edilmiş olacaktır<sup>200</sup>. Ek olarak, uygulamanın sosyal açıdan da problem doğuracağı zira kimyasal kastrasyona maruz kalan cinsel suçlu sayısının artmasıyla birlikte devlete binecek sosyoekonomik yükün fazlasıyla artacağı dile getirilmektedir<sup>201</sup>. Ayrıca kimyasal kastrasyonda verilen ilaçların pek çok yan etkisi olduğu ve uzun süreli etkilerinin tam olarak gözlenemediği de belirtilmektedir<sup>202</sup>.

---

faillerine yönelik olarak Amerika'nın Kaliforniya eyaletinde 1997 tarihinde yasal düzenleme ile uygulanmaya başladığı ve buna göre koşullu salıverilme şartı olarak hükümlülerin kimyasal kastrasyon programına katılma şartı getirildiği belirtilmektedir. Ayrıca mahkemelerde de failin kabul etmesi durumunda kimyasal kastrasyona karar verilebilmektedir. Teles'ın yalnız isteğe bağlı cerrahi kastrasyon öngörülmüş olup; Iowa eyaletinde ise denetimli serbestlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Avrupa'da İsveç, Finlandiya, Danimarka, Çek Cumhuriyeti, Almanya gibi ülkelerde güvenlik tedbiri olarak, failin rızası dahilinde, kastrasyonun uygulandığı belirtilmiştir.; Kastrasyonun hangi ülkelerde, hangi koşullarda uygulandığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız: İşika, s. 107 vd.; Hakeri, s. 622-623; Gökcan, s. 313; Scott/Holmberg, s. 503; Akbaba, s. 13 vd.; Kızılırmak, s. 1045 vd.; Güven, s. 28 vd. Akbaba, s. 14. Yazar, Polonya'nın, kimyasal kastrasyonu, psikoterapi ile birlikte, pedofilik cinsel suçlulara zorunlu olarak uygulayan ilk Avrupa ülkesi olduğunu belirtmektedir.

198 Özdemir, s. 191.

199 Ataç, s. 175; Akcanbaş, s. 133.: *"[G]üdü ve fantezilerin ilaç kullanımıyla bastırılmaları tüm çocuk istismarı kategorilerinde başarılı sonuçlar vermemektedir."*

200 Akcanbaş, s. 134.

201 Lee/Cho, s. 171-172.

202 Çakan, s. 16; Kızılırmak, s. 1031-1032: Parafili olduğu belirlenen bir kimseye uygulanan haftalık ilaç dozunun, ilacın normal kullanım miktarının 8,6 ila 43,3 katı olduğu ve geri dönüşü olmayacak biçimde kişilerde kemik mineral yoğunluğunun tükenmesine sebebiyet verdiği; bunun yanında diyabet, beyin damar hastalıkları, epilepsi, astım, böbrek rahatsızlıkları, mide bulantısı, kabuslar, nefes darlığı, depresyon gibi çok sayıda ve ciddi yan etkisi bulunduğu; kişinin sperm sayısının azalmasının yanında sperm kalitesinin de düştüğü, ayrıca kas ve kıl kaybı yaşandığı, ses incilmesi, meme büyümesi gibi etkilerinin de söz konusu olduğu belirtilmektedir. Ataç, s. 172: Yazar da yorgunluk, aşırı kilo alımı, hipertansiyon, baş ağrısı, hiperglisemi, kramp, kabuslar gibi pek çok yan etkiyi saymakla birlikte; ilaca rağmen döllenme gerçekleşirse fetüste deformasyon olasılığının yüksek olduğunu; hayvanlar

Kimyasal kastrasyonun parafili/pedofili tanısı konmuş kişiye uygulandığı varsayımında, bu uygulamanın minimum 3 ila 5 yıl sürmesi gerekeceği ve ilaçların yan etkisinin zamanla öngörülemeyen şekilde artma riskinin bulunduğu dikkat çekilmektedir<sup>203</sup>. Bu nedenle, kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçların henüz deneysel aşamada olduğu ve tıp dünyasında genel bir kabulün oluşmadığı belirtilmekte ve ilaçların zararlı etkilerinin yararına oranla çok daha fazla olduğu, bu nedenle de zarar vermeme ilkesine aykırılığın söz konusu olduğu ifade edilmektedir<sup>204</sup>. Ayrıca, yukarıda da işaret edildiği üzere uygulamanın bırakılması ile ilaçların etkisinin sonlanacağı ve kişinin eski haline döneceği belirtilen kimyasal kastrasyonun etkililiği de tartışma konusudur zira kişi yakından takip edilmez ve gözlemlenmez ise, kendi başına testosteron takviyesi olarak kimyasal kastrasyonun etkilerini tersine çevirebilecektir<sup>205</sup>.

Bununla beraber, cinsel suç faillerinin kimyasal kastrasyona tabi tutulduktan sonra yeniden cinsel suç işlemeyeceğine yönelik bilimsel bir tespit söz konusu olmadığı savunulmaktadır. Buna göre, tekerrür oranının düşmesinin asıl nedeni kimyasal kastrasyon işlemi değil, bu işlemle birlikte uygulanan psikoterapidir<sup>206</sup>. Kimyasal kastrasyon uygulamasının bir sebeple yarım bırakılması halinde ise cinsel dürtülerini tekrar edinen ve eski haline dönen failerin ye-

---

üzerinde denen bu ilaçların, köpeklerde göğüs kanserine, maymunlarda rahim kanserine yol açtığını gözlemlendiğini açıklamaktadır. İlaçların yan etkilerine dair diğer açıklamalar için bakınız: Gökcan, s. 313; Akbaba, s. 42-53, 80-81; Yenidünya/Yaşar, s. 180; Özdemir, s. 192.

- 203 Uygulama ile yalnız testosteron hormonu değil, östrojen hormonunun da düştüğü ve bu düşüşün iskelet büyümesine sebep olacağı gibi beyin fonksiyonlarını etkileyebileceği, bunların yanı sıra kısırlık ve anemiye sebep olabileceği de açıklanmaktadır. Lee/Cho, s. 171-172.
- 204 Ataç, s. 175; Özdemir, s. 192; Yenidünya/Yaşar, s. 180; Akcanbaş, s. 135. Buna Karşılık, Uçar, s. 154: Kimyasal kastrasyon bakımından, hastanın kontrol edemediği cinsel dürtülerini ortadan kaldırmasının önemli bir yarar olduğunu vurgulayan Yazar, yeme dürtüsünü kontrol edemeyen obezite hastalarına uygulanan ve uzun süreli etkilerinin bilinmemesine rağmen genel kabul görenek uygulanan farklı tedavileri örnek vererek, aslında bu tedavilerin yan etkilerinin, kimyasal kastrasyonun yan etkilerine oranla çok daha fazla olduğunu belirtmektedir. Obezite hastalarına uygulanan bu tedaviler hakkında hekimin gerekli şartları sağlayarak bağımsız bir karar verdikten sonra bu tedaviyi uyguladığı, cinsel suçlar bakımından ise cezalandırma anlayışının söz konusu olması nedeniyle bu tartışmaların gündeme geldiğine işaret edilmektedir.
- 205 Yenidünya/Yaşar, s. 181; Kızılırmak, s. 1031; Işıka, s. 103: “Çünkü ilaç tedavisi ile (kimyasal kastrasyon) cinsel suçlarda sapkın cinsel ilgi ve arzuların bastırılması mümkün olmakla birlikte, tamamen iyileştirici bir etkisi olduğundan söz edilemeyecektir.”
- 206 Lee/Cho, s. 171-172; Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405; Kızılırmak, s. 1029.

niden cinsel suç işleme oranının yüksek olduğu gözlemlenmektedir<sup>207</sup>.

Dünya Biyolojik Psikiyatri Dernekleri Federasyonu (WFSBP) psikoterapi ve farmakolojik tedavinin birlikte yürütülmesi halinde etkili olacağına işaret etmekte ve hazırladığı kılavuzda uygulama bakımından öneriler sunmaktadır<sup>208</sup>. Buna göre uygulamanın amacı parafili suçluların yeniden cinsel suç işlemesini engellemek için cinsel dürtülerini kontrol altına almak olup, ancak ve ancak hastanın aydınlatılmış onamına bağlı olarak ve başka bir tedavi yöntemi yok ise yapılabilir<sup>209</sup>. Uygulanacak tedavi de kişinin özelliklerine göre değişiklik gösterir ancak, kimyasal kastrasyonla birlikte psikoterapi desteği verilmesinin, özellikle bilişsel davranış terapisini içeren geniş kapsamlı bir tedavi planı çizilmesi önerilmektedir<sup>210</sup>.

Bu durumda müdahalenin insan haklarını ihlal etmemesi açısından, kimyasal kastrasyonun adil ve orantılı olması gerektiği, tıbbi koşulların sağlanması ile müdahalenin meşru kılınması gerektiği, dolayısı ile failin aydınlatılmış onamı olması, müdahalenin gerekliliğine uzman hekimlerce karar verilmiş olması, cezalandırmanın bir parçası haline gelmemesi, psikoterapi ile desteklenmek suretiyle tedavi amacıyla denetimli serbestlik olarak uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>211</sup>.

## 2. Kastrasyon Tüm Cinsel Suçlulara Uygulanabilecek Bir Yaptırım Mıdır?

Öncelikle, tüm cinsel suç faillerinin kastrasyona tabi tutulabileceği şeklinde bir anlayışın söz konusu olamayacağını ifade etmek gerekir. Bunun nedeni, her cinsel suç işleyen failin, o suçu işlemesinin arkasındaki gaye, faili o suça iten motivasyonu aynı değildir<sup>212</sup>.

207 Kızıllırmak, s. 1031.

208 WFSBP, s. 644; Lee/Cho, s. 171-172.

209 WFSBP, s. 674.

210 WFSBP, s. 645. Kılavuzda kişilerin takibinin nasıl yapılacağına ilişkin ayrıntılı bir öneri listesine yer verilmiştir.

211 Lee/Cho, s. 171-172; Akbaba, s. 115; Kızıllırmak, s. 1066: Yazar, uygulamanın bir daha suç işlenmesini engelleme amacı taşıdığı gerekçesiyle ceza değil, güvenlik tedbiri olduğu görüşündedir. Akcanbaş, s. 134: Kimyasal kastrasyonun kişinin onamı alınmaksızın yapılması halinde özerkliğe saygı ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

212 Akcanbaş, s. 132. Cinsel suçların işlenmesinin altında çoğunlukla faillerdeki parafili, kişi-

O halde, cinsel suç faillerinin profillerinin ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu ayırım üzerinde disiplinler arası farklılaşma olduğunu ve sınıflandırma kriterleri hakkında farklı kategorilerin tercih edildiğini ifade etmek gerekmektedir.

Örneğin Türk hukuk öğretisinde genel kabul gören ayırım şu şekildedir<sup>213</sup>: Birinci grup cinsel suçlular: Başkalarına karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışı kendisinde hak olarak gören, davranışının toplum tarafından yasaklanmasını kabullenemeyen, karşı tarafın kendisini tahrik ettiği gibi iddialarda bulunanlar. İkinci grup cinsel suçlular: Davranışın yasak olduğunu kabullenmekle beraber, fiilini cinselliğe, kişiliğe bağlı bozukluk dışındaki sebeplere bağlayanlar. Burada örneğin, uyuşturucu veya alkol etkisinde olmak, aşırı stres altında olmak gibi gerekçeler ileri sürülmektedir. Üçüncü grup cinsel suçlular: Davranışı şiddet uygulama isteğinden, öfkesinden dolayı gerçekleştirenler. Dördüncü grup cinsel suçlular: Cinsel dürtülerini kontrol edemeyen, aşırı tahrik olan veya cinsel yönden takıntılı olan pedofili grubunu da kapsayan “parafili<sup>214</sup>” olarak tanımlanan kişiler.

Kimyasal kastrasyon bakımından, bu tip kastrasyonun uygulanabileceği en uygun suçlu grubunun, dördüncü grupta olan, cinsel dürtülerini kontrol edemedikleri için suç işleyen kişiler olduğu belirtilmektedir<sup>215</sup>. Çünkü, ilk üç grupta sayılan suçlular cinsel dürtülerini kontrol etmekte bir sorun yaşamadıkları ve cinsel suç işleme motivasyonları farklı olduğu için onları cinsel suç işlemekten vazgeçirmek kimyasal kastrasyonla mümkün olamayacak, hatta daha da

---

lik bozuklukları, biyolojik farklı faktörlerin yattığından dolayı bu kişiler hakkında uzman hekimlerde değerlendirme yapılarak uygun tedavi yönteminin belirlenmesi gerekmektedir. Yenidünya/Yaşar, s. 181; Işıka, s. 103,

- 213 Ayrıntılı bilgi için bakınız: Yenidünya/Yaşar, s. 181; Çağlayan, Ramazan, “İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 98.
- 214 Bu grup parafili adı altında şu şekilde ayrımlanmaktadır: Teşhircilik (cinsel organ gösterme), fetişizm (cansız nesnelere kullanma), sürtünmecilik (onay vermeyen kişilere dokunma veya sürtünme), pedofili (çocuklarla cinsel ilişki veya fantezisi), cinsel mazoşizm (aşağılanma veya acı çekme isteği), cinsel sadizm (aşağılama veya acı çektirme), transvestik fetişizm (uyarılma sağlamak için karşı cinsin giysilerini giyme zorunluluğu), röntgencilik (başkasını soyunurken, tuvalette veya cinsel ilişki esnasında gözetleyerek uyarılma). Ataç, s. 173; Yenidünya/Yaşar, s. 181.
- 215 Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405; Yenidünya/Yaşar, s. 181; Ataç, s. 173; Işıka, s. 104; Akbaba, s. 116; Turan, s. 80; Uçar, s. 153; Çakan, s. 16.



tehlikeli sonuçlar doğurabilecektir<sup>216</sup>. Bu ihtimalde, suç motivasyonu güç göstermek ve/veya öfkesini dışa vurmak olan failer bakımından, kimyasal kastrasyona maruz bırakılmalarının intikamını almak, misilleme yapmak gibi amaçlarla yeniden cinsel suç işlemeleri mümkündür.

Bununla birlikte cinsel suçluları kategorize etmek için yürütülen farklı çalışmalar sonucunda kullanılan farklı kriterler de söz konusu olup, bunlara örnek olarak cinsel saldırı suçunun faileri üzerinde 1977 yılında yapılmış olan bir çalışma dikkat çekmektedir<sup>217</sup>. Buna göre cinsel saldırı suçunun cinsel dürtülerden ziyade esasen *güç gösterisi ve öfke* sebebiyle işlendiği, bir başka deyişle güç ve öfkenin dışa vurumu için cinselliğin araç olarak kullanıldığı tespit edilerek, cinsel suçlular ayrımlandırılmıştır: güç pekiştirme eğilimli olanlar, güç gösterisinde bulunmak için suç işleyenler, öfkeyle tahrik olan ve öfkesini dışa vurmak için suç işleyenler, öfke misillemesi sonucu suç işleyenler<sup>218</sup>. Daha sonra, 2000 yılında yayınlanan başka bir çalışmada, bu gruplara, fırsatını bulduklarında ani dürtüleri ile cinsel amaçla cinsel saldırı suçunu işleyenler ile cinsel fantezileri yoğun olan ritüelistik şekilde cinsel saldırı suçunu işleyenler fırsatını bulduklarında ani dürtü ile cinsel saldırı suçunu işleyen grubun plansız hareket ettiğini ve genellikle yakalandığını ancak cinsel saldırı suçunu ise en çok bu grubun işlediğine işaret edilmiştir<sup>219</sup>.

216 Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405; Yenidünya/Yaşar, s. 181; Işıka, s. 104; Yazar, şiddet etkisi ile cinsel suç işleyen failere kimyasal kastrasyon uygulanmasının etkisi olmayacağını, hatta daha tehlikeli sonuçlar doğabileceğini ifade etmektedir. Turan, s. 80; Çağlayan, s. 99; Okan-İbiloğlu Aslıhan/Abdullah Atlı/Remzi Oto/Mustafa Özkan, “Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Ensest Olgularına Çok Yönlü Bakış”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Sayı: 10, Cilt:1, 2018, s. 91 (Erişim: 4.8.2020, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/338602>).

217 Groth A. Nicholas/Ann Wolbert Burgess/Lynda Lytle Holmstrom, “*Rape: Power, Anger and Sexuality*”, *The American Journal of Psychiatry*, V:II (134), 1977, s. 1239-1243. Bu çalışmada cinsel suçların farklı fiiller ve farklı nedenlerle gerçekleştirilmesine rağmen benzer amaçlara hizmet ettikleri belirtilmiş ve cinsel saldırı olaylarında güç, öfke ve cinsellik kavramlarının ortak olarak görüldüğüne işaret edilmiştir. Cinsel saldırı fiili, cinsel olmayan ihtiyaçlara hizmet eden cinsel bir davranış olarak ifade edilmiş ve bu da cinsel sapma olarak nitelendirilmiştir.

218 Groth/Burgess/Holmstrom, s. 1240-1242; Kızılırmak, s. 1034; Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 91; Gölge Zeynep Belma/M. Fatih Yavuz, “*Cinsel Saldırı Olgularının Suç Motivasyonu-na Göre Sınıflandırılması*”, *Adli Tıp Dergisi*, Sayı:2, Cilt:21, 2007, s. 11-19. (Erişim: 4.8.2020, [http://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP\\_21\\_2\\_11\\_19.pdf](http://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_21_2_11_19.pdf))

219 Fırsatçı grubun genellikle başka bir suç işlerken, aniden cinsel istismara karar verdiği ve motivasyonun tamamen cinsellik olduğu görülmektedir. Hazelwood, Robert R./Janet I.

Cinsel suçlular hakkındaki sınıflandırmanın toplumdan topluma değişebileceği, bu sınıflandırmada toplumların *cinselliğe ve tecavüze* bakışının önemli olduğunu belirten ve Türkiye bakımından bir sınıflandırma yapmayı amaçlayan bir çalışmada, cezaevlerinde bulunan 109 erkek hükümlü içerisinde, 44 tanesinin yetişkinlere karşı güç gösterme amacıyla cinsel saldırı, 65 tanesinin ise çocuklara karşı cinsel istismar suçunu işlediği; 32 tanesinin mağduru tanımazken, 77 tanesinin mağduru tanıdığı tespit edilmiştir<sup>220</sup>. Bu çalışmada öne çıkan önemli bir tespit de ülkemiz bakımından kızlık zarı ve namus kavramlarına verilen önem ve bunun cinsel suçluların sınıflandırılmasında “evlilik amacıyla cinsel saldırı” şeklinde ayrı bir kategori yarattığı yönünde olmuştur. Buna göre, mağdurun faille evlenmek istememesi üzerine failin mağdura cinsel saldırıda bulunması ve namusu kirlendiği düşünülen mağdurun kendisine cinsel saldırıda bulunan fail ile evlendirilmesi şeklinde gerçekleşen olayların, kültüre özgü sınıflandırmada ayrı bir yere sahip olduğu belirtilmektedir<sup>221</sup>.

Belirtilmesi gereken diğer bir tespit ise, yetişkinlere karşı işlenen cinsel saldırı suçlarında suç motivasyonunun güç gösterisi ve öfke olduğu anlaşılırken, çocuklara karşı işlenen cinsel istismar suçlarında motivasyonun cinsel dürtüler olduğudur<sup>222</sup>. Pedofili tanısı konan failer bakımından yapılan incelemelerde bu kişilerin mağdur çocuklar üzerinde güç kullanımından ziyade güven ilişkisi kurması ve bu güven duygusunu manipüle ederek istismar fiilini işlediği, genellikle de bu failerin çocukların tanıdığı kimseler olduğu ifade edilmektedir<sup>223</sup>. Dahası yapılan araştırmalarda pedofillerin, cinsel istismar fiillerinin, çocuklara zarar vermediği düşüncesine sahip olduğunun

---

Warren, “*The Sexually Violent Offender: Impulsive or Ritualistic?*”, *Aggression and Violent Behavior*, V:5, I:3, 2000, s. 97-113. (Erişim: 3.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/223425557\\_The\\_sexually\\_violent\\_offender\\_impulsive\\_or\\_ritualistic](https://www.researchgate.net/publication/223425557_The_sexually_violent_offender_impulsive_or_ritualistic)); Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 91; Gölge/Yavuz, s. 11-19.

220 Çalışmada incelenen hükümlülerden 19 tanesinde ise mağdur, hükümlünün ailesinden biridir. Gölge, Zeynep Belma/M. Fatih Yavuz/İrem Başol, “*Classifying Rape Cases in Turkey*”, *Forensic Science International*, V: 136, 2003, s. 296-297.

221 Gölge/Yavuz/Başol, s. 297.; Gölge/Yavuz, s. 11-19.

222 Gölge/Yavuz, s. 11-19. “*Çocuğa yönelik cinsel istismar olgularında çoğunlukla cinsel dürtülerin, yetişkine yönelik olanlarda ise güç ve öfkenin ön plana çıktığı dikkat çekmektedir.*”, Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 91.

223 Akcanbaş, s. 122; Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 91.

görüldüğü, çocukların bu cinselliği arzudadıklarına inandıkları sonucuna varıldığı belirtilmektedir<sup>224</sup>.

Çalışmalar devam ettikçe ve toplum özelliklerine göre farklılaştıkça çeşitli kategoriler daha ortaya çıkmış ise de bunların arasında ortak olarak görülen pedofiliyi de kapsayan parafili grubuna dahil olan cinsel suçlular üzerinde kimyasal kastrasyonun uygulanabilirliği tartışılmaktadır, diğer gruplar bakımından bu yöntemin işe yaramayacağı konusunda uzlaşma bulunmaktadır<sup>225</sup>.

### 3. Cinsel Suçlar Bakımından Kastrasyon Tek Çözüm müdür?

Cinsel suç faillerine yalnızca hapis cezası verilmesi ve süreleri dolduğunda tekrar toplum içine karışmaları, bu suç mağdurları ve toplumun diğer kesimi bakımından tehlikenin devam ettiğini düşündürmektedir. Nitekim yalnızca hapis cezasının, parafili grubu suçlular bakımından caydırıcı bir etkisi olmadığı, bu kişilerin ıslah edilmeleri noktasında yetersiz kaldığı açıktır<sup>226</sup>.

Nitekim, cinsel suç işleyen pedofili ve/veya daha geniş ifadeyle parafili olarak tanımlanan kişilerin bu suçları işlemelerine neden olan faktörler arasında cinsel eğilimleri konusundaki psikolojik bozuklukların (*genellikle duygudurum bozukluğu ve anksiyete bozukluğu*) etkili olduğu ifade edilmektedir. Pedofili ve parafili üzerinde

224 Akcanbaş, s. 123. Çocukların cinsel istismarı suçunu işleyen kişiler üzerinde yapılan araştırmalar ve failerin özelliklerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 90-91.

225 Işıka, s. 105: Pedofili tanımı için Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından belirlenen kriterleri; failin en az altı aylık süre boyunca kişinin bir çocukla veya çocuklarla cinsel etkinlikte bulunma fantezisi kurması yahut davranışını tekrarlaması; bu fantezi veya davranışının, toplumsal, sosyal bir sıkıntıya neden olması, failin en az 16 yaşında ve çocuktan en az 5 yaş büyük olması gerekmektedir. Parafili olarak tanımlanan grup bakımından, bu gruba dahil olan cinsel suçlu sayısının diğer gruplara oranla oldukça az olduğu vurgulanmaktadır. Daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Kızılırmak, s. 1034. Pedofili bozukluğu DSM-V tanı ölçütleri için bakınız: Okan-İbiloğlu/Atlı/Oto/Özkan, s. 85.

226 WFSBP, s. 644; Yenidünya/Yaşar, s. 183; Işıka, s. 105; Akbaba, s. 6. Cinsel suçluların (özellikle sadist, pedofil, teşhirci) yeniden cinsel suç işleme oranının yüksek olduğu, yapılan bir araştırmada 1.882 failin %63'ünün yeniden aynı suçu işlediği tespit edilmiştir, Akcanbaş, s. 123; Yenidünya/Yaşar, s. 188; Hakeri, s. 626: Yazar da suç işlenmesinin önlenmesi ve ceza yerine tedavi tedbirinin öngörülmesinin modern ceza hukukunun amaçlarından biri olduğu ve kimyasal kastrasyon işleminin, eğer başka bir yol kalmamışsa ve cinsel suç failinin rızası varsa, bu rıza dahilinde yapılacağı şeklinde bir düzenlemenin Anayasa ile AIHS'e aykırı düşmeyeceği görüşündedir. Cezanın infazının ardından da psikolojik tedavinin güvenlik tedbiri olarak devam etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

yapılan araştırmalarda cinsel suç işlenmesine yalnızca testosteron hormonunun sebep olmadığı, bununla birlikte beyinde yer alan birtakım yapısal bozukluklar sonucunda farklı endokrinolojik ve nörokimyasal parametrelerin de buna sebep olduğu tespit edilmektedir<sup>227</sup>. Dahası, testosteron hormon seviyesinin parafili olan kimseler ve olmayan kimseler bakımından karşılaştırılması sonucu elde edilen bulgu ise, ciddi bir farklılığın *bulunmadığı* yönünde olmuştur<sup>228</sup>.

Cinsel suçlulara kimyasal kastrasyon uygulanmasının cinsel suç bakımından tekerrür oranını düşürüp düşürmediği yukarıda da işaretilendiği üzere tartışılan bir meseledir. İlk olarak, testosteron seviyesinin yüksek olması ile cinsel suç işleme arasında kesin olarak tespit edilebilmiş bir neden-sonuç ilişkisinin söz konusu olmadığı ifade edilmekle birlikte, az kanıt olmasına rağmen, kastrasyonun (cerrahi ve kimyasal) cinsel ilgiyi, cinsel performansı ve cinsel suçun yeniden işlenmesini azalttığı ileri sürülmektedir<sup>229</sup>. Fakat buna karşılık, kimyasal kastrasyonun tek başına tekerrür oranını düşürdüğüünü gösteren net bir sonuca varılamadığı da ifade edilmektedir<sup>230</sup>. Öncelikle kimyasal kastrasyonun psikoterapi ile birlikte uygulandığı ve bu sebeple psikoterapi etkisi olmaksızın kimyasal kastrasyonun tek başına tekerrürü önleyip önlemediğinin belirlenemediği belirtilmektedir. Dolayısıyla psikoterapi ile birlikte uygulanan kimyasal kastrasyonun etkili bir tedavi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir<sup>231</sup>.

227 Kızılırmak, s. 1037.

228 Yine cinsel suçluların kişilik özelliklerinin de incelenmesi suretiyle yeniden cinsel suç işleme oranına ilişkin yapılan 82 çalışma kapsamında 29.450 failin incelendiği bir meta-analiz yayınlanmıştır; parafili olarak tanımlanabilecek cinsel sapık olarak ifade edilen grubun yeniden cinsel suç işlemeye meyilli olduğu, ancak diğer gruplarda cinsel suç işleme oranının çok düşük olduğu gözlenmiştir. R. K. Hanson/Kelly E. Morton-Bourgon, "The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta Analysis of Recidivism Studies", Journal of Consulting and Clinical Psychology, V:73, No:6, 2005, s. 1154-1163. Aktaran, Kızılırmak, s. 1038.

229 Lee/Cho, s. 171-172; Koo, Kyo Chul/Geum Sook Shim/Hyoun Hee Park/Koon Ho Rha/Young Deuk Choi/Byung Ha Chung/Sung Joon Hong/Jae Woo Lee, "Treatment Outcomes of Chemical Castration on Korean Sex Offenders", Journal of Forensic and Legal Medicine, Vol. 20, 2013, s. 565. (Erişim: 5.8.2020, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1752928X13001650?via%3Dihub>).

230 Bu çalışmada kimyasal kastrasyonun tekerrürü önleme konusundaki etkisine ilişkin yapılan birtakım çalışmaların sonuçlarına kısaca yer verilmekte olup; cinsel suçlulara uygulanan kimyasal kastrasyon da dahil olmak üzere tedavilerin tekerrürü önleyip önlemediğine dair yapılan çalışmalar ve meta-analizleri hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: Kızılırmak, s. 1038; Güven, s. 18.

231 Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405; Akcanbaş, s. 135; Koo, s. 566; Kim-

Dahası, yukarıda değinildiği gibi kimyasal kastrasyonun bir şekilde yarım bırakılması halinde, tekerrür oranın ciddi bir şekilde attığı değerlendirilmektedir<sup>232</sup>. Kimyasal kastrasyon uygulamasının sonlandırılmasını takip eden ilk iki ay içerisinde kişilerde ani ve yoğun şekilde artış gösteren cinsel dürtü sebebiyle, bu kişilerin toplum içine karışmasından önce sıkı şekilde takip edilmesi ve testosteron düzeylerinin kontrol altına alınabilmesi için ek önlemler alınması gerektiği ayrı bir çalışma konusu yapılmıştır<sup>233</sup>. Önemli olan diğer bir çalışma ise, cinsel suç faillerine verilen psikolojik tedavinin tekerrürü önlemedeki etkisini inceleyen meta-analiz çalışmasıdır. Bu çalışmada, gelecekte daha fazla çalışma yapılarak daha güvenilir sonuçlara ulaşılabileceği belirtilerek, 5.078 adet psikolojik tedavi gören cinsel suç faili ile 4.376 adet psikolojik tedavi görmeyen cinsel suç faili tekerrür bakımından takip edilmiş ve ulaşılan sonuca göre, psikolojik tedavi görenlerin tekerrür oranı tedavi görmeyenlere veya tedavisini yarım bırakanlara göre oldukça düşüktür<sup>234</sup>.

Tıbbın ilerlemesi ile cinsel suçlular bakımından uygulanması önerilen yöntemlerden biri de “bilişsel-davranış” terapisi<sup>235</sup>. Anılan terapiye göre, cinsel suçluların uyarılma kaynakları değiştirilerek, düşünsel ve davranışsal olarak benzer ya da aynı eylemleri gerçekleştirmelerinin önüne geçilmesinin hedeflendiği; buna ek olarak da sapkın davranışa neden olan bölgelere düşük voltajlı elektrikle şok tedavisi uygulandığı veya burun bölgesine mide bulantısına sebebiyet verecek kötü kokular verildiği açıklanmaktadır<sup>236</sup>. Bu terapi ile, parafili teşhisi konan kişinin mastürbasyon yaptığı sırada, orgazm olmadan hemen önce olumlu pekiştirici olarak değerlendirilen bir uyarıcıya bakması sağlanarak gerçekleştirildiği ve böylece, cinsel

---

yasal kastrasyonun Kore’de cinsel suçlularda cinsel dürtüyü minimum yan etki ile kontrol altına almak bakımından etkili bir yöntem olduğu belirtilmektedir.

232 Kızıllırmak, s. 1041.

233 Koo, s. 566; WFSBP, s. 648. Parafilik cinsel dürtülerin tekrar ortaya çıkması durumunda tedaviye devam edilmesi önerilmektedir.

234 Hanson R. Karl/Arthur Gordon/Andrew J.R. Harris/Janice K. Marques/William Murphy/Vernon L. Quinsey/Michael C. Seto, “First Report of the Collaborative Outcome Data Project on the Effectiveness of Psychological Treatment for Sex Offenders”, *Sexual Abuse A Journal of Research and Treatment*, Vol. 14, No:2, 2002, s. 181. (Erişim: 5.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/11405528\\_First\\_Report\\_of\\_the\\_Collaborative\\_Outcome\\_Data\\_Project\\_on\\_the\\_Effectiveness\\_of\\_Psychological\\_Treatment\\_for\\_Sex\\_Offenders](https://www.researchgate.net/publication/11405528_First_Report_of_the_Collaborative_Outcome_Data_Project_on_the_Effectiveness_of_Psychological_Treatment_for_Sex_Offenders))

235 Yenidünya/Yaşar, s. 184; Turan, s. 248.

236 Akcanbaş, s. 125. Yenidünya/Yaşar, s. 184.

suç faillerini, bu suça iten psikolojik etkenlerin tersine çevrilerek ortadan kaldırılması, kişinin cinselliğe bakış açısının değiştirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>237</sup>. Bu terapinin gerçekten işe yarayıp yaramadığına ilişkin olarak çeşitli çalışmalar yapılmış ve farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Ancak yapılan bir çalışmada, bilişsel davranış terapisinin uygulanmasının başlı başına tekerrür oranına etki etmediği, ancak bu terapinin amacına ulaştığı suçlular bakımından tekerrür oranının düştüğü tespit edilmiştir<sup>238</sup>.

Yine farklı bir çalışmaya göre, cerrahi ve kimyasal kastrasyonun tekerrürü önlemede etkili olabileceğini ileri süren bazı çalışmaların hatalı sonuca ulaştığına ve daha fazla güvenilir çalışma yapılması gerektiğine işaret edilerek, cinsel suçluların profillerine ve işledikleri suça göre ihtiyaç duyulan tedavinin farklılaşacağını, dolayısıyla cinsel suçluların tümüne belli bir tedavi yönteminin uygulanmasının ve bunun olumlu sonuç vermesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>239</sup>. Buna göre tedavi programlarının tekerrürü azalttığı iddia edilmekte ise de hangi tip cinsel suçlu (pedofili, teşhirci, kişilik bozukluğu olan, yetişkin ve/veya ergen suçlu gibi) bakımından hangi tedavi programının (bilişsel davranış terapisi, kimyasal kastrasyon) işe yaradığı belirsizdir. Ancak tüm bunlara rağmen gelinen noktada bilişsel davranış terapisinin diğer yaklaşımlara göre daha olumlu sonuç verdiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>240</sup>.

237 Akcanbaş, s. 126. Ayrıca bu terapi sürecinde kişilerin sosyal mesajları doğru anlama ve yorumlamaları üzerine de çalışmalar yapıldığı ileri sürülmektedir.

238 Marques Janice K./Mark Wiederanders/David M. Day/Craig Nelson/Alice van Ommeren, "Effects of a Relapse Prevention Program on Sexual Recidivism: Final Results From California's Sex Offender Treatment and Evaluation Project (SOTEP)", *Sexual Abuse A Journal of Research and Treatment*, Vol. 17, No:1, 2005, s. 79-107. (Erişim: 4.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/11405528\\_First\\_Report\\_of\\_the\\_Collaborative\\_Outcome\\_Data\\_Project\\_on\\_the\\_Effectiveness\\_of\\_Psychological\\_Treatment\\_for\\_Sex\\_Offenders](https://www.researchgate.net/publication/11405528_First_Report_of_the_Collaborative_Outcome_Data_Project_on_the_Effectiveness_of_Psychological_Treatment_for_Sex_Offenders)); Hanson/Gordon/Marques/Murphy/Quinsey/Seto, s. 189. Bilişsel davranış terapisinin özellikle ergen cinsel suçlular bakımından olduğu, ancak daha fazla araştırma yapılması gerektiği, zira her tedavinin her suçluya fayda sağlamasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Aynı Yönde, WFSBP, s. 647; Kızılırmak, s. 1043. Akcanbaş, s. 126: Bazı araştırmalara göre terapinin hiçbir etkisi bulunmamıştır.

239 Craig Leam A./Kevin Browne/Ian Stringer, "Treatment and Sexual Offence Recidivism", *Acoustics, Speech, and Signal Processing Newsletter, IEEE 4(1)*, 2003, s. 85. (Erişim: 4.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/249715244\\_Treatment\\_And\\_Sexual\\_Offence\\_Recidivism](https://www.researchgate.net/publication/249715244_Treatment_And_Sexual_Offence_Recidivism)). Koo, s. 566: Yazarlar da tedavi uygulanacak her kişi için farklı ve ona özel bir tedavi sürecinin yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

240 Craig/Browne/Stringer, s. 86; Kızılırmak, s. 1043.

Kimyasal kastrasyonun yukarıda sayılan tüm şartları sağlayarak, pedofili tanısı konmuş bir kişinin aydınlatılmış onamına bağlı bir şekilde ve psikoterapi ile birlikte uygulandığı varsayımında da sanki cinsel istismar suçunun yalnızca penis ile temas neticesinde işlendiğine dair bir ön kabul hareket edilmiş olduğu, oysa bu suçun çok farklı şekillerde işlenmesinin mümkün olduğu ifade edilerek, cinsel istismar suçunun yalnızca penis teması ile işlenen şekli bakımından bir çözüm yolunun bulunmuş olacağı eleştirisinin de yapıldığını ifade etmek gerekir<sup>241</sup>.

Görüldüğü üzere, yukarıda işaret edilen çalışmalar ve meta-analiz sonuçları değerlendirildiğinde kimyasal kastrasyonun tek başına tekerrürü önlemekte kayda değer bir etkisinin henüz tespit edilemediği ortaya çıkmaktadır<sup>242</sup>. Bununla beraber, henüz yeterli çalışma ve güvenilir bilimsel veri elde edilemediği belirtilerek, kimyasal kastrasyona kişinin rızası dahilinde ve kişiye aynı zamanda psikoterapi uygulanması suretiyle başvurulması halinde, tekerrür oranında olumlu yönde farklılık söz konusu olabileceği de ifade edilmektedir.

#### 4. İnsanlık İlkesi, İnsan Onuru ve Kişi Özerkliği Bakımından Kastrasyon

Öncelikle yasama organının dilediği her alanda kanun çıkarabileceği, ancak bunun sınırının Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (*ve bağlı olduğumuz diğer uluslararası sözleşmeler*) olduğu ve kimyasal kastrasyon işleminin bu açılardan ele alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>243</sup>. Buna göre, öncelikle, cinsel suç failine uygulan-

241 Akcanbaş, s. 135.

242 Kızıllırmak, s. 1059. Yazar, kimyasal kastrasyonun etkililiği hakkında belirsizlik söz konusu olduğunu ve doğurduğu yan etkilerin ciddi olduğunu belirtilerek, kimyasal kastrasyonun tıbben gerekli olduğunun savunulamayacağı görüşündedir.

243 Hakeri, s. 623; Yenidünya/Yaşar, s. 186. Konunun Türk Medeni Kanunu m. 23 ila 27 hükümleri kapsamında kişilik hakları boyutundaki değerlendirmesi için bakınız: Güven, s. 40-48. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 7: “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.” İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 5: “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”

AİHS m. 3 “Hiç kimse işkence, gayriinsani yabut haysiyet kırıcı cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

AİHS m. 8 “Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

çak kimyasal kastrasyonun insan onuruna aykırı olup olmadığının tespiti gerekir.

Öncelikle cinsel dürtülerine hakim olamayarak cinsel suç işleyen parafili tanısı konanlar dışındaki failer bakımından kimyasal kastrasyon müdahalesinin olumlu sonuç vermeyeceği, zira suçu işlemlerinin altında yatan sebebin testosteron hormonunun olmadığına yukarıda da işaret edilmiştir. Dolayısıyla bu kişiler bakımından uygulanacak kimyasal kastrasyonun insan onuruna aykırı bir müdahale olup, failin bu yolla ayrıca cezalandırması sonucunu doğuracağı açıktır<sup>244</sup>. Diğer yandan, öğretilerde isabetli olarak; kişinin rızasına aykırı bir şekilde ve tedavi amacına yönelik olmaksızın, kişinin cinsel dürtülerini kontrol edemediği ve bu nedenle kimyasal kastrasyon tedavisinin gerekli olacağı tespit edilmeksizin yapılan kastrasyon işleminin; temel hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına geleceği ve insan onuruna aykırı olacağı açıkça ifade edilmektedir<sup>245</sup>. Cerrahi kastrasyon bakımından, kişilerin vücudunda geri dönülemez bir etki ve iz bıraktığı için, kişinin rızasına aykırı bir şekilde suç karşılığında ceza veya güvenlik tedbiri olarak uygulanamayacak, aksi takdirde insanlık ilkesine ve insan onuruna açık bir aykırılık söz konusu olacaktır<sup>246</sup>.

Bununla birlikte, yukarıda sayılan şartların olduğu hallerde, cinsel dürtülerine hakim olamayarak çocuklara veya yetişkinlere karşı cinsel suç işlemiş olan kişinin, hiçbir psikolojik ve tıbbi tedavi uygulanmaksızın toplum içine salıverilmesinin de; çocukların ve ye-

---

AIHS m. 12 “*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın bu bakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.*”

Anayasa m. 17; “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*”  
Anayasa m. 20; “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*”

244 Kızılırmak, s. 1060.

245 Yenidünya/Yaşar, s. 186; Hakeri, s. 623; Gökcan, s. 314; Akbaba, s. 20: Yazar bu halde suçluların aşağılayıcı cezaya tabi tutulamayacağı yasağının ihlal edilmiş olacağını ifade etmektedir. Kızılırmak, s. 1058: Uygulamanın yan etkileri, birey üzerinde yarattığı küçük düşürücü ve onur kırıcı etkisi düşünüldüğünde ceza veya tedavi amacıyla uygulanması fark etmeksizin, kimyasal kastrasyonun Anayasa m. 17 ve AIHS m. 3’e aykırı olacağı savunulmaktadır.; Çakan, s. 22.

246 Yenidünya/Yaşar, s. 186; Gökcan, s. 313; Hakeri, s. 626; Turan, s. 196, 216.; Çağlayan, s. 49: Ayrıca Yazara göre kimyasal kastrasyon, ölçülülük ilkesini ihlal etmemektedir.; Kızılırmak, s. 1059.



tişkinlerin vücut bütünlüklerinin, cinsel özgürlüklerinin ve yaşam haklarının korunması ve bunların insan onuruna yakışmayan muamelelere maruz kalmalarının engellenmesi bakımından; kimyasal kastrasyon uygulamasının makul karşılanması gerektiği savunulmaktadır<sup>247</sup>. Fakat bu noktada da kişilerin parafili/pedofili olduğunun bilimsel olarak net bir şekilde tespit edilmesinin zor olduğu itirazı ileri sürülmekte ve yanlış bir tanı konulması ihtimalinde kişinin hatalı bir şekilde kimyasal kastrasyona tabi tutulması riski bulunduğu haklı olarak dile getirilmektedir<sup>248</sup>.

Belirli bir yaşın üzerindeki (*en azından ergenlik dönemini geçmiş*) kişiyi cinsel suçu işlemeye yönelten sebebin psikolojik veya biyolojik bir rahatsızlıktan ileri geldiğinin tespit edilmesi, bu hastalığın tedavisi için mutlaka kimyasal kastrasyonun gerekli olduğunun uzman hekimlerce tespiti ve kişinin özgür iradesiyle vereceği aydınlatılmış onamının alınması halinde, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak kimyasal kastrasyonun uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>249</sup>. Bu halde de kişinin takibine ve psikolojik olarak desteklenmesine devam edilmesi gerektiği, zira yukarıda açıklandığı üzere, kimyasal kastrasyonun etkilerini tersine çevirmek amacıyla kişilerin birtakım yöntemlere başvurabildikleri unutulmamalıdır<sup>250</sup>. Buna karşılık kimyasal kastrasyonun kişi üzerinde doğurduğu ciddi yan etkiler ve te-

247 Yenidünya/Yaşar, s. 186; Hakeri, s. 624: Yazar, çocuklara karşı kendisini tutamayarak devamlı cinsel saldırı suçunu işleyen kimselere karşı, başkaca bir çare bulunmadığı hallerde, kimyasal kastrasyonun artık insan onuruna aykırı olmayacağını savunmaktadır. Ancak, Yazar, Avrupa'daki baskın görüşün, bu yöndeki bir cezanın AİHS m. 3'ü ihlal edeceği yönünde olduğunu da belirtmektedir. Çakan, s. 23-24: Cinsel suç failinin sağlığını korumak için gerekli ise rızası olmasa da kimyasal kastrasyonun uygulanabileceği, AİHS m. 3'e aykırılık teşkil etmeyeceği, diğer ihtimalde kişinin yazılı rızasının alınması gerekeceği ifade edilmekte olup; uygulamanın yan etkileri düşünüldüğünde kişinin onurunu zedeleyen etkilerin söz konusu olması sebebiyle uzun süreli uygulanmaması gerektiği savunulmaktadır.

248 Kızılırmak, s. 1058.

249 Yenidünya/Yaşar, s. 186; Gökcan, s. 313; Turan, s. 210: Yazar, failin tamamen rızasına dayalı olarak kimyasal kastrasyon uygulanması ve etkilerinin cerrahi kastrasyon gibi kalıcı olmaması halinde kimyasal kastrasyonun AİHS'i ihlal etmeyeceği görüşündedir. Çağlayan, s. 111: Kimyasal kastrasyon sonucunda cinsel aktivite tamamen sonlandırılmadığı için insanlık ilkesine aykırılık söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, kimyasal kastrasyonun bazı daha ağır cinsel suçlar (cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı) bakımından ilk işlenişinde, daha hafif olduğu ileri sürülen reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki gibi suçlar bakımından ise tekrerrür halinde uygulanması; ayrıca ilk suç bakımından isteğe bağlı olabileceği ancak tekrerrür halinde zorunlu şekilde uygulanması gerektiği; bu uygulamanın ise cezada indirim sebebi olması gerektiği görüşü için bakınız: Güven, s. 48-51.

250 Yenidünya/Yaşar, s.187; Akcanbaş, s. 140: Kimyasal kastrasyon bu nedenle kamu güvenliği bakımından da garantili bir uygulama değildir.

davi amacıyla uygulansa dahi kişiyi küçük düşürücü etkisi olduğu gerekçesiyle onur kırıcı muamele niteliğinde olduğu da tartışılmaktadır. Kimyasal kastrasyonda kişinin kısırlaştırılmadığı ileri sürülse de kişinin sperm sayını azalttığı ve kalitesini düşürdüğüne ortaya çıkarıldığı, dahası kimyasal kastrasyon uygulanmış bir kişinin cinsel birlikteliği sonucu partnerinin gebe kalması durumunda, yan etkilere bağlı olarak fetüste ciddi deformasyona sebep olabileceği, hatta bebeğin engelli yahut ölü doğabileceği ihtimali söz konusu olduğundan, bu durumun da değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>251</sup>.

Her ne kadar kastrasyon için kişinin rızasının gerektiği ifade edilse de bir kişinin hapis cezası tehdidi altında kastrasyonu tercih etmesinin kişinin özgür iradesine dayandığını kabul etmenin mümkün olmayacağı, kişinin kastrasyonu reddetmesi halinde daha uzun süre cezaevinde kalması yahut ek ceza alması söz konusu olacak ise, bu kişinin verdiği onamın özgür iradesine dayalı olarak verildiğinden bahsedilemeyeceği de ileri sürülmektedir<sup>252</sup>.

Failin aydınlatılmış onamının alınmasıyla ilgili olarak ilginç bir değerlendirmeye de yer vermek isabetli olacaktır. Kimyasal kastrasyonun koşullu salıverilme şartı olması ve hükümlünün aydınlatılmış onamına bağlı tutulması durumunda verilecek olan onamın özgür irade sonucu olmayacağı ve geçerli olmayacağı itirazına rağmen, kişinin önlenemez cinsel dürtülerinin bulunduğu parafili durumunda, bazı hallerde, kişinin rızası hilafına kimyasal kastrasyon uygulanmasının, aslında kişinin özerkliğine hizmet edebileceği ve onu özgürleştireceği görüşü ortaya atılmıştır<sup>253</sup>. Buna göre cinsel dürtülerini önleyemeyen ve onu kontrol edemeyen kişiler zaten kendi özerkliklerine sahip değildir. Kimyasal kastrasyon bu durumda kişilerin

251 Kızılırmak, s. 1059, 1061. Buna karşılık, kimyasal kastrasyonun etkilerinin geçici olduğu ve ilaçların bırakılması ile cinsel faaliyet ve çocuk yapma yeteneğinin geri kazanılacağı ileri sürülerek evlenme ve aile kurma hakkının ihlal edilmeyeceği görüşü de ileri sürülmektedir. Çakan, s. 28.

252 Yenidünya/Yaşar, s. 177; Scott/Holmberg, s. 508: Yazarlar da bu noktada hükümlülerin kastrasyona rıza göstermek zorunda kalabilecekleri hususunda tereddüt bulunduğunu ifade etmektedirler.; Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Komitesi, mahkûm edilen bir kimseye kimyasal hadım uygulanması için, kişinin onam verebilecek durumda olması gerekeceğini vurgulamaktadır. Aktaran; Akbaba, s. 23; Akbaba, s. 84; Turan, s. 226; Kızılırmak, s. 1063; Akcanbaş, s. 134.; Çakan, s. 22.

253 Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405. Benzer yönde, kişiye rızası hilafına kimyasal kastrasyon uygulanmasının onun üstün yararına olacağı görüşü: Akbaba, s. 97.

özerkliğinin önündeki engelleri kaldırmakta ve kişinin koşullu olarak salıverilmesine imkân sağlayarak gelecekteki özerkliğine fayda sağlayabilecektir<sup>254</sup>.

Bu noktada son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dvoracek v. Çek Cumhuriyeti (12927/13 Başvuru No) başvurusuna ilişkin 6.11.2014 tarihinde verdiği karara değinmek gerekir. Pedofili teşhisi konulmuş ve kendisinin bir hastaneye alınarak cinsel yönden tedavi edilmesine yönelik bir mahkeme kararı verilmiş, ancak bu kararda, tedavinin başvurusunun iyileşmesine bağlı olarak devam edeceği belirtilerek, ne kadar süreceği belirlenmemiştir. Başvurucu kendisine teklif edilen cerrahi kastrasyonu reddetmiş ve hastaneye yatırılmış, yatışının yaklaşık bir ay sonrasında ise kimyasal kastrasyon tedavisini kabul ettiğini içeren bir belge imzalayarak kendisine iki hafta bir damar içi iğne yapılması suretiyle tedavisi başlamıştır. Yaklaşık sekiz ay boyunca uygulanan bu tedavi, başvurusunun isteği üzerine sonlandırılmıştır. Başvurucu ise, bu tedavi sırasında kendisine psikoterapi sağlanmadığını, kendisine zorla ilaç verildiğini, daha fazla hastanede tutulmamak ve cerrahi kastrasyona maruz kalmamak için kendisine ilaç verilmesini kabul etmek zorunda kaldığını ve cerrahi kastrasyonu kabul etmesi için kendisine baskı uygulandığını iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, o dönemki mevzuatın rıza konusunun gerekli olup olmadığı noktasında belirsiz olduğunu, ancak tedaviye karar veren mahkemenin hekim önerileri doğrultusunda hareket ettiğini, başvuranın cerrahi kastrasyon olması için baskı gördüğü iddiasının kanıtlanmadığını, ancak başvurusunun cerrahi kastrasyon ile kimyasal kastrasyon arasında tercih yapmak için zor bir ikilemde bırakıldığını belirtmiş ancak ilaç tedavisinin mesleki terapi ve psikoterapi ile desteklendiğini tespit etmiştir. Bu nedenle tedavi ve alternatiflerinin önerilmesi ve ilaç tedavisinin yanında psikoterapi verilmesi ve başvurusunun tedaviyi kabul ettiğini gösteren imzaladığı belgenin varlığı karşısında, aydınlatılmış onaminin olmadığını kabulünün mümkün olmadığını belirterek, Sözleşmenin 3. maddesi bağlamında bir hak ihlali olmadığını karar vermiştir. Bununla bir-

254 Douglas/Bonte/Focquaert/Devalder/Sterckx, s. 393-405. Yazarlar, böylece kimyasal kastrasyonun özerkliği sağlamada olumlu etkisinin bulunduğu görüşündedir.

likte Mahkeme, kişilere uygulanan tedavilerin, tıbbi açıdan gerekli olduğunun net bir şekilde ortaya konulması gerektiğini vurgulayan Mahkeme'ye göre, tıbbi açıdan gerekli olmayan ve kişinin aydınlatılmış onamı alınmaksızın gerçekleştirilen kastrasyon, 3. madde kapsamında aşağılayıcı muamele teşkil eder. AİHM, aydınlatılmış onam alındıktan sonra, tedavi etme amacına yönelik olarak gerçekleştirilecek kimyasal kastrasyonun 3. maddeye aykırı olmayacağını belirtmiştir<sup>255</sup>. Görüldüğü üzere AİHM'in konuya yaklaşımı her ne kadar bu tedavinin mahkemelerce, hekim önerilerine uygun bir şekilde karar verilmesinde bir problem olmadığı yönünde ise de kişinin aydınlatılmış onamı alınmaksızın, o müdahalenin tıbben gerekliliği ortaya konulmaksızın uygulanan kimyasal kastrasyonun aşağılayıcı muamele anlamına geleceği yönündedir.

## 5. Türk Hukukundaki Durum

Cinsel suçlar nedeniyle mahkûm edilen kişiler hakkında kastrasyonun bir ceza ve/veya güvenlik tedbiri veya yukarıdaki açıklamalar ışığında tedavi/ıslah edici bir yöntem olarak uygulanabilirliği ülkemizde de tartışılan bir meseledir<sup>256</sup>.

**Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (İnfaz Kanunu) m. 108/9-(a)** hükmü ile, maddede sayılan cinsel suçlardan birini işlediği yargı kararı ile sabit olan kimselere, infaz hâkimi tarafından, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde tabi tutulabilecekleri tedavi veya tedbirler arasında “*Tıbbi tedaviye tabi tutulmak*” şeklinde tedavi olmalarına yönelik karar verilebileceği düzenlenmiştir<sup>257</sup>. Ardından, yukarıda

255 Voracek v. Çek Cumhuriyeti (12927/13 Başvuru No., 6.11.2014.) <https://hudoc.echr.coe.int>

256 Yenidünya/Yaşar, s. 172; Farklı ülke uygulamalarından örnekler için bakınız: Turan, s. 107-160.

257 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 108/9 ile m. 108/11: “**(Ek: 18/6/2014-6545/82 md.)** Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:

anılan İnfaz Kanunu m. 108 hükmüne dayanılarak; 26.7.2016 tarihli **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)** çıkarılmıştır. Yönetmelik m. 7/1 ile “*cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem*” olarak, anılan “tedavi” kavramının tanımı yapılmıştır<sup>258</sup>.

Anılan maddeler öğretide, daha açık ve ayrıntılı şekilde ve kanun ile düzenlenmesi gerektiği, maddelerin bu hali ile hukuka aykırı olduğu gibi gerekçeler ile isabetli olarak eleştirilmiştir<sup>259</sup>. Ayrıca Yönetmeliğin 7. maddesinin de aralarında olduğu birtakım maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması için dava açılmıştır<sup>260</sup>. Yürütmenin durdurulması talebini inceleyen Danıştay Tetkik Hâkimi, Yönetmeliğin 7/1. maddesinde “*cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntem*” şeklinde yer alan tedavi tanımının; İnfaz Kanunu’nda yer almadığını ve bu kavramın kanun koyucunun amaçladığı tedavi kavramından ayrılarak cinsel isteğin yok edildiği bir yöntem olarak benimsendiğini ifade ederek, kanunun idareye verdiği düzenleme yetkisinin aşıldığı gerekçesi ile istemin kabulü gerektiği yönünde görüşünü belirtmiştir.

Bunun üzerine talebi değerlendiren **Danıştay 10. Dairesi**, 26.7.2017 tarihinde, Yönetmeliğin 7/1. Maddesinin **yürütmesinin durdurulmasına** karar vermiştir. Yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde ise Danıştay 10. Dairesi; Anayasa m. 17 ile tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütün-

**Tıbbi tedaviye tabi tutulmak (...)**

(11) (**Ek: 18/6/2014-6545/82 md.**) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından *bazırlanan yönetmelikle düzenlenir.*”

- 258 Resmî Gazete Bilgileri: 26.07.2016 tarih, 29782 sayılı Yönetmelik; m. 7/1: “*Tedavi, tanıtımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak ve yabut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.*”
- 259 Hakeri, s. 627. Buna karşılık yönetmeliğin genel olarak AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun olduğu da ileri sürülmüştür: Çakan, s. 33.
- 260 Yönetmelik maddelerinden; m. 4/1-(1) hükmündeki “tedavi merkezi” tanımı, m. 6/1, m. 7/1, m. 8/2-son cümlede yer alan “Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz.” ibaresi, m. 15/1., m. 15/4 hükümlerinin hukuka aykırı olduğu iddiası; m. 7/2 ve m. 7/3 hükümlerinin de eksik düzenleme içerdiği iddiası ile iptal davası açılmıştır.

lüğüne dokunulamayacağını güvence altına alındığını; ancak Yönetmeliğin dayanağı olan İnfaz Kanunu m. 108 hükmünde “tedavi” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıkça düzenlenmediğini, bu kanuni düzenleme yapılmaksızın doğrudan Yönetmelik ile kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahale öngören düzenlemelerin yapılamayacağını vurgulamış ve şu şekilde hüküm kurmuştur:

*“Bu sebeple, kişilerin vücut bütünlüğünü ilgilendiren ve ileride telafisi mümkün olmayacak sonuçlar doğurabilecek nitelikte uygulamalar içeren bir düzenlemenin en temel çıkış noktasını oluşturan ‘tedavi’ tanımının Anayasanın 17. Maddesi kapsamında **Kanunda belirtilmesi ve Kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde Yönetmelik hükümlerine aktarılması gerekirken, Kanunda sınırları belirsiz ‘tedavi’ kavramını aşar nitelikte ‘yöntemler’ içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup, uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonucuna varılmaktadır. (...) 7.maddesinin 1. Fıkrasının tamamının yürütülmesinin durdurulmasına oy çokluğuyla, 7. maddenin 1. Fıkrasında yer alan ‘ile cinsel isteğin azaltılmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.’ İbaresinin yürütülmesinin durdurulmasına esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğuyla (...), 07/06/2017 tarihinde karar verildi.<sup>261</sup>”***

Danıştay 10. Dairesi, davaya konu diğer hükümlerin tedaviye karar verildikten sonra uygulama alanı bulacağını ve bu nedenle Yönetmeliğin 7/1. maddenin yürütmesi durdurulunca diğer maddelerin uygulama alanı kalmayacağından bahisle, yalnızca m. 7/1’in yürürlüğünü durdurmak ile yetinmiştir.

Bu itibarla güncel mevzuata bakıldığında, kimyasal kastrasyonun cinsel suç faillerine uygulanabilmesine cevaz veren, uygulanabilir bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide de işaret edildiği üzere, bu yönde bir uygulama yapılabilmesi için, kimyasal kastrasyon işleminin ayrıntılı ve açık bir biçimde, kanunda, cezalandırma değil tedavi amacı güdülerek düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme yapı-

261 Danıştay 10. Dairesi 2016/12975 E. sayılı 26.7.2017 tarihli yürütmenin durdurulması kararı. Karşı oy gerekçesinde ise, Yönetmelik m. 7/1’de, kanun hükmünü aşar şekilde tedaviden ayrı bir yöntem belirlendiği, bu hususun hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle yalnızca “ile cinsel isteğin azaltılmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.” ibaresine yönelik yürütmenin durdurulması isteminin kabulünün gerekeceği belirtilmektedir.

lirken de kimyasal kastrasyon için kullanılan ilaçların yan etkileri, tıp dünyasında kastrasyona dair henüz bir görüş birliği oluşmamış olması karşısında, yeni bulunan ve geliştirilen diğer yöntemler değerlendirilerek, kişilerin (parafili/pedofililerin) özgür iradelerine dayalı aydınlatılmış onamlarının alınması ve kişinin hastalığının başkaca hiçbir tedavi yöntemi ile düzelemeyecek boyutta olması, yani müdahalenin tıbbi açıdan gerekli olduğunun bilimsel olarak ortaya konulması gerekliliği ve psikoterapi ile desteklenmesi gerektiği gibi hususlar ile meselenin insan hakları boyutu gözetilmelidir<sup>262</sup>.

Nitekim AİHM'in konuyla ilgili verdiği yukarıda değinilen kararda da aydınlatılmış onamın ve tıbbi açıdan gerekliliğin somut bir şekilde ortaya konulmasının, kimyasal kastrasyonun aşağılayıcı muamele teşkil etmemesi bakımından önemli olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla kişinin rızasına aykırı bir şekilde kimyasal kastrasyon uygulanabileceğine ve uygulamanın tıbben gerekli olduğunun ortaya konulması gerektiğine dair bir zorunluluk öngörülmezsizin, kapsamı belirsiz bir şekilde, Danıştay tarafından yürürlüğü durdurulan Yönetmeliğin 7/1. maddesi metninin aynı şekilde kanunlaştırılması ihtimalinde, Anayasa Mahkemesi tarafından AİHM kararına uygun bir şekilde, kişilerin insan onuruna aykırı, aşağılayıcı muameleye tabi tutulamayacağı gerekçesi ile iptal kararı verilmesi mümkündür ve isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Yargı kararlarına fazla yansımayan ve pek çok husus bakımından öğretide görüş birliği sağlanamayan kısırlaştırma suçuna ilişkin yürütülen tartışma öncelikle, bu suçun kasten yaralama suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediği noktasında başlamıştır. Mevcut düzenleme göz önüne alındığında anılan tartışmanın devam ettirilmesinden ziyade, kısırlaştırma suçunun unsurları üzerindeki görüş ayrılıklarının çözüme kavuşturulması mühimdir. İlk olarak kısırlaştırma suçunun özgü suç olup olmadığı belirlenmelidir. Kanun koyucunun iradesi kısırlaştırma suçunun özgü suç olması yönünde ise, bu yönde bir düzenleme yapılarak kısırlaştırma suçunun kısırlaştırmaya yetkili olarak belirtilen kişilerce işlenebilece-

262 Hakeri, s. 627; Turan, s. 192.

ği belirtilmeli; ayrıca NPHK ve Tüzük ile düzenlenen *eşin rızası, tıbbi sakınca olmaması koşulu, akıl hastalarının ve reşit olmayanların rıza açıklamalarına ilişkin özel durumlar* mevzuatta birlik sağlanması ve tereddütlerin giderilmesi amacıyla TCK m. 101’de açıkça düzenlenmelidir. Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere, kısırlaştırma suçunun TCK m. 101’de bağımsız bir suç olarak düzenlenmesine rağmen, kastrasyon suçunun ayrıca düzenlenmemesini anlamak mümkün değildir. Oysa gerekli düzenleme yapıldığında kastrasyonun cezalandırılabilirliği hususunun belirsiz bir yanı kalmayacağı şüphesizdir.

Çalışmamızın ikinci bölümde ele alınan kastrasyon ile ilgili olarak, kişinin testislerinin ameliyat ile alınarak testosteron üretiminin durmasına neden olan cerrahi kastrasyon ile kişinin cinsel hormonlarının ilaç enjekte edilmesi suretiyle azaltılarak kontrol altına alınmasını amaçlayan kimyasal kastrasyon karşımıza çıkmaktadır. Her iki yöntemin de çeşitli ve ağır yan etkileri bulunduğu, kimyasal kastrasyonda uzun süreli yan etkilerin henüz bilinemediği bildirilmekte olup, kişilerin haricen edindikleri testosteron iğneleri ile kastrasyonun etkilerini de yok edebildikleri görülmektedir.

Cinsel dürtülerini kontrol edemeyerek cinsel suç işlemiş kişilere hapis cezası vermek ve cezanın infazından sonra hiçbir tedavi sürecine dahil edilmemiş şekilde bu kişilerin topluma karışmalarına yol açmanın, faillerin ıslahı ve cezanın caydırıcı etkisi bakımından işlevsiz olduğu açık olmakla birlikte, toplum güvenliğinin ve toplumdaki bireylerin insan onuruna aykırı muameleye maruz kalma riskini arttırdığı da bir gerçektir. Ancak kastrasyonun cinsel suç faillerine uygulanması meselesine dair, toplumda yaratılan kimyasal kastrasyon ile cinsel suçların önüne geçilebileceği yönündeki algının da bilimsel bir dayanağı bulunmadığına dikkat çekilmelidir. Zira bunun aksine, kimyasal kastrasyonun, cinsel suç işleyen fail profillerinin yalnızca sayıca oldukça az bir kesiminde işe yarama ihtimalinin bulunduğu, ancak bu uygulamanın da kişide çok fazla yan etkiye neden olduğu, tüm ve uzun süreli yan etkilerin henüz bilinemediği, kimyasal kastrasyonun cinsel suçun yeniden işlenmesinde önleyici ve engelleyici bir rolünün olduğunun henüz bilimsel olarak ortaya konulmadığı özellikle vurgulanmalıdır. Dahası kimyasal kastrasyonun, cinsel dürtülerin etkisiyle değil, farklı motivasyonlar sonucu



cinsel suç işleyen failler bakımından hiçbir çözüm sağlamadığı; cinsel şiddeti önlemekte etkili olmadığı anlaşılmaktadır ve işlenen cinsel suçların büyük bir çoğunluğunun bu şekilde işlendiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla bilim insanlarının ısrarla daha fazla araştırma yapılmasının gerekli olduğunu ifade ettiği, cinsel suç failine kimyasal kastrasyon uygulanması meselesinin, farklı boyutlarıyla ayrıntılı şekilde ele alınmaksızın, sırf toplumdaki hatalı algının ve bu doğrultudaki beklentinin sağlanması amacıyla, insan onuruna aykırı bir düzenlemeye konu edilmemesi gerekmektedir.

Cinsel suç faillerine kimyasal kastrasyon uygulanması meselesine dair, kanun koyucunun bu yönde bir iradesi söz konusu ise, sınırları ile kapsamı açık ve net bir şekilde kanunla çizilmek, insan haklarına ve insan onuruna aykırılık teşkil etmeyecek biçimde düzenleme yapılmalıdır. Danıştay 10. Dairesinin yukarıda açıklanan kararında belirtildiği üzere, bireylerin vücut bütünlüğüne müdahale öngören düzenlemeler ancak kanunla yapılabilir. Fakat, İnfaz Kanunu’muzda yer alan infaz sırasında veya denetimli serbestlik sırasında 108/9-a “*tıbbi tedaviye tabi tutulmak*” ibaresi belirsizdir ve bu çalışmada kimyasal kastrasyona dair göz önünde tutulmasının gerekli olduğunu belirten hususları karşılamakta oldukça yetersizdir. Zira tedaviden ne anlaşılması gerektiği, sınırları ve kapsamı belirli değildir.

Öte yandan, tekrar vurgulamak gerekir ki kimyasal kastrasyonun tek başına cinsel suçlarda tekerrürü önlemekte etkili olduğunu gösteren bilimsel bir veri bulunmamaktadır. Bilimsel çalışmalar kimyasal kastrasyonun ancak psikoterapi ile birlikte uygulanması ile tekerrürü önleme bakımından olumlu sonuç verebileceğini -kesin olmasa da- ortaya koymaktadır. Kimyasal kastrasyonun uygulandığı Avrupa ülkelerinde ve ABD eyaletlerinde genellikle psikoterapi ile birlikte uygulandığı görülmektedir. Nitekim Dünya Biyolojik Psikiyatri Dernekleri Federasyonu (WFSBP) Kılavuzu’nda da bu husus vurgulanmaktadır. Ayrıca başka hiçbir tedavi yöntemi uygulanamıyorsa bu yolun tercih edilmesi önerilmekte ve dahası aydınlatılmış onama bağlı olarak uzman hekimlerce karar verilmiş olması gerektiğine işaret edilmektedir. Kılavuzda önerilen hususlar dikkate alınmalıdır. AIHM’in görüşü de bu yöndedir. Bilişsel davranış terapisinin kimyasal kastrasyonla birlikte uygulandığında olumlu sonuç verdiğini gösteren çalışmalar

mevcut olsa da bunların hepsinin daha güvenilir çalışmalara ihtiyaç duyulduğunu vurguladığı unutulmamalıdır. Yine çalışmalarda vurgulandığı üzere kimyasal kastrasyonun ciddi yan etkilerinin bulunduğu, uzun süreli uygulamada ortaya çıkabilecek yan etkilerinin henüz bilinemediği unutulmamalıdır. Ek olarak, kimyasal kastrasyon sırasında kişinin haricen testosteron iğneleriyle etkileri tersine döndürebildiği bilindiğinden, sıkı şekilde takip edilebilmeleri önemlidir. Ancak bilimsel çalışmalarda kişilerin tedavisinin birkaç yıl sürmesinin beklenmediği belirtildiğinden, bu süreçte kişilerin takibinin nasıl yapılacağı ayrıca düşünülmesi gereken önemli bir sorundur.

Bu itibarla, kanun koyucunun iradesi kimyasal kastrasyonun kanunda düzenlenmesi olacak ise bu çalışmada ortaya çıkan hususlar ve öneriler şu şekilde ifade edilebilir: Öncelikle bu uygulamaya uzman hekimlerce, başka herhangi bir tedavi yönteminin işe yaramayacağını ve kişinin pedofili olduğunun bilimsel olarak net bir şekilde tespit edilmesi sonucunda, aydınlatılmış onamı doğrultusunda, tedavi etmek amacıyla, psikoterapi ile birlikte, tıp etiği ilkelerine ve insan haklarına uygun bir şekilde uygulanmasını sağlayacak bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Kimyasal kastrasyon hiçbir şekilde cezalandırma aracına dönüşmemeli, hekimler de tıp etiği ilkelerine aykırı davranmaya zorlanmamalıdır. Ancak ve ancak tıp biliminin gereklerine uygun ve kişinin iyileşmesi için gerekli ve faydalı ise hekim tarafından uygulanabilmelidir.

Yapılacak düzenlemede kimyasal kastrasyonun hangi profildeki cinsel suçlulara uygulanacağını sınırının hiçbir tereddüte yer bırakmayacak ölçüde ve somut olayda hekimlerce değerlendirilerek karar verilmek üzere, çizilmesi önem arz etmektedir. Bu konuda cinsel suç işleyen faillerin profillerini inceleyen bilimsel araştırmalar takip edilmelidir. Parafilili tanıyan konan cinsel suçlulardaki testosteron hormon düzeyinin normal kişilerdeki hormon düzeyine göre önemli bir farkının bulunmadığını gösteren bilimsel çalışmalar söz konusudur. Yine, parafililer hakkındaki araştırmalarda, bu kişileri suça iten sebebin yalnızca testosteron hormonunun fazlalığı olmadığı, beyindeki yapısal bozukluklar gibi başka sebeplerin de etkili olduğunu ortaya koyan bilimsel çalışmalar dikkate alınmalıdır. Parafilili/pedofili teşhisi tıp bilimine uygun bir şekilde kesin olarak uzman hekimlerce konulmalı ve ancak bu kişilere uygulanması tartışılmalıdır.

Suç işleme motivasyonu aşırı cinsel dürtü olan ve cinsel dürtülerinin etkisiyle bunları kontrol edemediği için cinsel suç işleyen parafili/pedofililer bakımından, bu durumun uzman hekimlerce tespit edilmesi ile bunun ardından gerekli ve faydalı olacağı tespit edildiği takdirde, kişinin tüm sonuçları ve bilinen yan etkilerini kabul etmesi halinde, psikoterapi ile birlikte tedavi amacıyla uygulanabilmelidir. Suç işleme motivasyonunun arkasında kontrol edilemeyen cinsel dürtüler olmayan fail grubu bakımından, kimyasal kastrasyonun asla uygulanmaması gerektiğini belirten bilimsel çalışmalar dikkate alınmalıdır. Bu kişiler bakımından gerektiği şekilde psikoterapi ve/veya tıp literatüründe önerilen ve gerekli görülen tedavi süreçleri işletilmelidir. Dolayısıyla kanunda bu tedaviye ilişkin genel geçer ve soyut ifadeler kullanmaktan kaçınılmalı ve kişinin durumuna özel tedavi uygulanacağı açıkça düzenlenmelidir. Ayrıca kimyasal kastrasyon ve psikoterapinin uygulanma süresi bakımından kanunda bağlayıcı bir süre sınırı öngörülmemelidir, failin iyileşmesine göre tedavisinin bireyselleştirilmesine imkân tanınmalıdır. Kimyasal kastrasyon sonrasında kişilerdeki libido artışının hızlı olduğunu gösteren bilimsel çalışmalar dikkate alınmalı ve bu kişiler sıkı takip altına alınmalıdır. Gerekiyorsa hekimlerin değerlendirmeleri sonucunda psikoterapiye devam edilmelidir.

Kişinin kimyasal kastrasyon uygulamasına, bunun etkilerine ve bilinen yan etkilerine dair aydınlatılmış onamının alınması gerektiği hiçbir tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıkça kanunda belirtilmelidir. Kişiye rızası hilafına, tıbben gerekli olduğunun tespit edilmemesine rağmen kimyasal kastrasyon uygulanmasının insan onuruna aykırı bir müdahale olacağı ve kötü muamele yasağının da ihlal edilmiş olacağı unutulmamalıdır. Ayrıca bu noktada, kişiyi daha fazla hapis cezası tehdidi ile kimyasal kastrasyonu kabul etmesi arasındaki ikilemde bırakmamak gerekmektedir; zira bu halde özgür irade ile verilecek bir karardan bahsedilemeyecektir. Bu nedenle kimyasal kastrasyonun denetimli serbestlik tedbiri olarak düzenlenmesi kişinin daha fazla hapis cezası tehdidi altında kalmasına sebebiyet vermeyecektir.

Tüm bunlara rağmen, kimyasal kastrasyonun yan etkilerinin ağır ve uzun süreli olanların henüz bilinmiyor oluşu, ancak örneğin uygulandığı kişilerin kısırlığına yol açabilmesi, kanser gibi ciddi hastalıklara neden olabilmesi veyahut sahip olabileceği müstakbel bebeğinin ölü doğmasına sebep olabilmesi gibi son derece ağır yan etkilerinin

gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu gerçeği yabana atılmamalıdır. Kimyasal kastrasyonun tıp literatüründe üzerinde uzlaşma sağlanamayan bir uygulama olarak görülmesi, hem uygulama sonucunun beklenen etkiyi gösterip göstermediğinin hem de yan etkilerinin belirsiz olması, cinsel suçlarda tekerrürü önlediğinin ortaya konulamaması, kişi üzerinde ağır etkilere neden olması bu işlemin hukuka ve insan haklarına uygun bir şekilde uygulanmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Ayrıca belirtildiği gibi cinsel suç faillerinin tümüne uygulanmasının söz konusu olmadığı, bunlardan ancak pedofili teşhisi konulan faillerin oranının ise diğer cinsel suç faillerine göre oldukça az olduğu ve bu kişiler üzerinde etkili olup olmadığı da tartışmalı olduğu açıktır. Dolayısıyla getirilecek bu düzenlemenin, cinsel suçları önlemede yetersiz ve etkisiz olacağı, dahası uygulandığı kişiler bakımından da hak ihlallerine yol açabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak ve özetle, eğer bu konuda kanuni düzenleme yapılacaksa, kimyasal kastrasyonun, ancak ve yalnız parafili/pedofili tanısı konmuş cinsel suç failleri bakımından; kişinin özgür iradesiyle aydınlatılmış onamına bağlı şekilde; tıp biliminin gereklerine uygun ve kişinin tedavisi için gerekli olduğunun uzman hekimlerce tespit edilmesi ve karar verilmesi üzerine son çare olarak ve psikoterapi ile birlikte desteklenmek suretiyle tedavi etmek amacıyla denetimli serbestlik tedbiri kapsamında uygulanabileceği düzenlenmelidir. Kimyasal kastrasyona tabi kılınan bu hükümlülere psikoterapi başta olmak üzere, gerekli her türlü tıbbi yardım sağlanmalı ve bu kimseler tedavinin amacına uygun olarak takip edilmelidir. Aksi bir anlayışın, bu kişilerin toplum açısından taşımakta olduğu tehlikeyi daha da arttıracığı gerçeğinin yanı sıra; kimyasal kastrasyonun, cinsel suç faillerine verilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezalara ek ve belki de daha ağır bir ceza olarak uygulanması anlamına geleceği ve bu durumun hukuk devletince korunması gereken insanilik ilkesi ve insan onuru ile asla bağdaşmayacağı açıktır. Çalışmayı, öğretide de vurgulanan bu hususa atıf yaparak sona erdirmek yerinde olacaktır<sup>263</sup>:

*“Çünkü hümanizm, insan onuru gibi vazgeçemeyeceğimiz idealler vardır ve bunlarla barışık olmadığı sürece kişi üzerinde hiçbir müdahalede bulunulmamalıdır.”*

263 Yenidünya/Yaşar, s. 171.

## KAYNAKÇA

- Akbaba, Zeynep Burcu, *Kimyasal Hadım Uygulaması ve Ceza Adaleti Sistemindeki Yeri*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Akcanbaş, Mert, “*Kimyasal Kastasyon Yönteminin Etik Analizi*”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 8, 2019, s. 115-149.
- Aközer, Mehmet/Aközer, Emel, “*Bilim İnsanlarının Bilime Yönelik Sorumlulukları: Bir Etik Temellendirme Önerisi*”, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2015, s. 219-235.
- Akyıldız, Sunay, “*Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 12-26.
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 263, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- Artuç, Mustafa, *Pratik Türk Ceza Kanunu*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2018.
- Ataç, Adnan, “*Tıp Etiği Açısından Kastasyon*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 169-182.
- Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri*, Ankara, Adalet, 2010.
- Baştürk, Burcu, *İtalya ve Almanya Örnekleri Bağlamında Faşizmde Kadın İmgesi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*; Cilt I., Beta, İstanbul, 2007.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Bası*, İstanbul, Beta, 2016.
- Craig Leam A./Kevin Browne/Ian Stringer, “*Treatment and Sexual Offence Recidivism*”, Acoustics, Speech, and Signal Processing Newsletter, IEEE 4(1), 2003, s. 70-89. Erişim: 4.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/249715244\\_Treatment\\_And\\_Sexual\\_Offence\\_Recidivism](https://www.researchgate.net/publication/249715244_Treatment_And_Sexual_Offence_Recidivism)
- Cumaloğlu Emre, “*Transeksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mıdır?*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2-1, Temmuz-Ağustos 2016, s.439-464.
- Çağlayan, Ramazan, “*İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 92-113.

- Çakan, Seher, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Fail-  
lerinin Hadım Edilmesi*”, TBB Dergisi, Sayı:129, 2017, s. 11-36.
- Douglas, Thomas/Pieter Bonte/Farah Focquaert/Katrien Devalder/Sigrid  
Sterckx, “*Coercion, Incarceration, and Chemical Castration: An  
Argument From Autonomy*”, Journal of Bioethical Inquiry, Vol: 10,  
No:3, 2013, s. 393-405. (Erişim: 9.8.2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3824348/>)
- Erbaş, Rahime, “*Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)*”,  
İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, İstanbul, 2015, s. 91-128.
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*,  
Cilt III., Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin, 1985.
- Erem, Faruk, “*Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü*”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 7,  
Sayı:3, Ankara, 1981, s. 236-240.
- Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, An-  
kara, Seçkin, 2003.
- Gencer, Zafer Adem, “*Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hu-  
kuka Uygunluğu*”, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Gökcan, Hasan Tahsin, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Ve Cezai Sorum-  
luluk*, Ankara, Seçkin, 2013.
- Gölge, Zeynep Belma/M. Fatih Yavuz, “*Cinsel Saldırı Olgularının Suç Moti-  
vasyonuna Göre Sınıflandırılması*”, Adli Tıp Dergisi, Sayı:21, Cilt:2,  
2007, s. 11-19. (Erişim: 4.8.2020, [http://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP\\_21\\_2\\_11\\_19.pdf](http://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_21_2_11_19.pdf))
- Gölge, Zeynep Belma/M. Fatih Yavuz/İrem Başol, “*Classifying Rape Cases in  
Turkey*”, Forensic Science International, V: 136, 2003, s. 296-297.
- Groth A. Nicholas/Ann Wolbert Burgess/Lynda Lytle Holmstrom, “*Rape:  
Power, Anger and Sexuality*”, The American Journal of Psychiatry,  
V:II (134), 1977, s. 1239-1243.
- Güven, Kudret, “*Multidisipliner Bir İnceleme Konusu; Hadımlaştırma (Kast-  
rasyon)*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1,  
Cilt:5, 2019, s. 11-56.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ki-  
şilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı,  
Ankara, Seçkin, 2018.
- Hanson R. Karl/Arthur Gordon/Andrew J.R. Harris/Janice K. Marques/Willi-  
am Murphy/Vernon L. Quinsey/Michael C. Seto, “*First Report of the*

- Collaborative Outcome Data Project on the Effectiveness of Psychological Treatment for Sex Offenders*”, *Sexual Abuse A Journal of Research and Treatment*, Vol. 14, No:2, 2002, s. 169-194. (Erişim: 5.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/11405528\\_First\\_Report\\_of\\_the\\_Collaborative\\_Outcome\\_Data\\_Project\\_on\\_the\\_Effectiveness\\_of\\_Psychological\\_Treatment\\_for\\_Sex\\_Offenders](https://www.researchgate.net/publication/11405528_First_Report_of_the_Collaborative_Outcome_Data_Project_on_the_Effectiveness_of_Psychological_Treatment_for_Sex_Offenders))
- Hazelwood, Robert R./Janet I. Warren, “*The Sexually Violent Offender: Impulsive or Ritualistic?*”, *Aggression and Violent Behavior*, V:5, I:3, 2000, s. 97-113. (Erişim: 3.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/223425557\\_The\\_sexually\\_violent\\_offender\\_Impulsive\\_or\\_ritualistic](https://www.researchgate.net/publication/223425557_The_sexually_violent_offender_Impulsive_or_ritualistic))
- Heinrich, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım- I*, Ed. Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, Adalet, 2014.
- Işıka, Sertaç, “*Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar Ve Kastrasyon*”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2012.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, Türk Ceza Hukukuna İlişkin Açıklamalar*, Çev. Kayıhan İçel, Köksal Bayraktar, Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 1989.
- Keskin-Kızıroğlu, Serap, “*Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 19, İstanbul, 2013, s. 165-190.
- Kızılırmak, Baran, “*Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı İnceleme*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Sayı: 2, Cilt 25, İstanbul, 2019, s. 1025-1071.
- Koca, Mahmut, “*Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)*”, *İÜHFİM*, Ci LXVII, S. 1-2, 2009, s. 43-56.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Adalet, 2016.
- Koo, Kyo Chul/Geum Sook Shim/Hyoun Hee Park/Koon Ho Rha/Young Deuk Choi/Byung Ha Chung/Sung Joon Hong/Jae Woo Lee, “*Treatment Outcomes of Chemical Castration on Korean Sex Offenders*”, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Vol. 20, 2013, s. 563-566.

- (Erişim: 5.8.2020, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1752928X13001650?via%3Dihub>)
- Lee, Joo Yong/Kang Su Cho, “*Chemical Castration for Sexual Offenders: Psychicians’ Views*”, J. Korean Med. Sci., Vol: 28, No:2, 2013, s. 171-172. (Erişim: 5.8.2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3565125/>)
- Marques, Janice K./Mark Wiederanders/David M. Day/Craig Nelson/Alice van Ommeren, “*Effects of a Relapse Prevention Program on Sexual Recidivism: Final Results From California’s Sex Offender Treatment and Evaluation Project (SOTEP)*”, Sexual Abuse A Journal of Research and Treatment, Vol. 17, No:1, 2005, s. 79-107. (Erişim: 4.8.2020, [https://www.researchgate.net/publication/11405528\\_First\\_Report\\_of\\_the\\_Collaborative\\_Outcome\\_Data\\_Project\\_on\\_the\\_Effectiveness\\_of\\_Psychological\\_Treatment\\_for\\_Sex\\_Offenders](https://www.researchgate.net/publication/11405528_First_Report_of_the_Collaborative_Outcome_Data_Project_on_the_Effectiveness_of_Psychological_Treatment_for_Sex_Offenders))
- Okan-İbiloğlu, Aslıhan/Abdullah Atlı/Remzi Oto/Mustafa Özkan, “*Çocukluk Çağı Cinsel İstismar ve Encest Olgularına Çok Yönlü Bakış*”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, Sayı: 10, Cilt:1, 2018, s. 84-98. (Erişim: 4.8.2020, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/338602>)
- Ozansü, Mehmet Cemil, “*Kısırlaştırma Suçu*”, Türkiye Barolar Birliği V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s. 1284-1294.
- Özalp, Tuba/Özalp, Faruk, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2016.
- Özaydın, Özlem, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Aile Hayatına Saygı Hakkı ve Çocuğun Ailesiyle Olan Bağının Korunmasının Önemi*”, Fasikül, Sayı 100, 2018, s. 419-423. (Erişim:18.10.2019, [www.jurix.com](http://www.jurix.com))
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (TCK İzmir Şerhi)*, Cilt 2 Özel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2008.
- Özbek Veli Özer, “*Türk Ceza Kanununda Hata (m. 30)*”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:7, Cilt: 3, 2008, s. 83-99. (Erişim: 3.8.2020, <https://www.jurix.com.tr/article/2897>)
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- Özdemir, Hayrünnisa, “*Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 184-218.



- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2019.
- Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, *Türk Ceza Kanununun Yorumu*, 4. Cilt, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin, 1999.
- Scott, Charles L./Holmberg, Trent, “Castration of Sex Offenders: Prisoners’ Rights Versus Public Safety”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Cilt 31, Sayı 4, 2003, s. 502-509. (Erişim: 1.11.2018; <https://pdfs.semanticscholar.org/01f7/ec3fa6ea76e0cf96d10bf89293f13f7509b0.pdf>)
- Şahbaz, İbrahim, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt (Madde 1-149), Ankara, Yetkin, 2016.
- Şahin, Çağatay, “Sosyal Darwinizm, Nazizm ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, Sayı 7, 2017, s. 565-584.
- Temel, Erhan, “Alman Hukukunda Sterilizasyon Kısırlaştırma Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 62-84.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.
- The World Federation of Societies of Biological Psychiatry (WFSBP), “Guidelines for the Biological Treatment of Paraphilias”, *The World Journal of Biological Psychiatry*, Vol. 11, 2010, s. 604-655. (Erişim: 3.8.2020, [https://www.wfsbp.org/fileadmin/user\\_upload/Paraphilias\\_Guidelines\\_2010.pdf](https://www.wfsbp.org/fileadmin/user_upload/Paraphilias_Guidelines_2010.pdf))
- Turan, Ubeydullah, *Ceza Hukukunda Hümanizm İlkesi Açısından Kastrasyon Yaptırımı*, Ankara, Adalet, 2019.
- Uçar, Muharrem, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 152-160.
- Üzülmez, İlhan, “Hadımlaştırmadan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 161-168.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 3. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Adalet, 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem, “Türk Ceza Yasası’nda Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

Yenidünya, Caner/Yaşar, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, TAAD, Sayı 14, Ankara, 2013, s. 171-189.

Yılmaz, Berna Aysen, “Kısırlaştırma Suçu”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s. 59-88. (Erişim: 16.10.2019, [www.jurix.com](http://www.jurix.com))

## CEZA HUKUKUNDA TEKERRÜR VE MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ\*

Furkan Ali ŞİMŞEK\*\*

### ÖZET

Türk hukuk sisteminde maddi ceza hukukuna ve infaz hukukuna ilişkin bir kavram olan suçta tekerrür, ceza hukuku sistemlerinde uzun zamandan beri var olan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tekerrüre bağlanan önemli iki sonuç; mükerrirlere özgü bir infaz rejimi ile cezanın infazından sonra mükerrir hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasıdır. Yetkili otoriteler tarafından suç işlenmesinin önlenmesi, kişilerin kanunlara daha saygılı bireyler haline getirilmesi ve cezaların infazında kişiselleştirmenin sağlanması hususları gözetilerek çeşitli iyileştirmeler gerçekleştirilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Suç, Tekerrür, Mükerrir, Cezanın İnfazı, Türk Ceza Hukuku

### RECIDIVATION IN CRIMINAL LAW AND EXECUTION OF THE CRIMINAL SENTENCES OF THE RECIDIVISTS

### ABSTRACT

The recidivation is a legal term concerning material criminal law and also law of execution in Turkish legal system exists on criminal law systems for a long time. In Turkish Penal Code numbered 5237, we can see two important results of the recidivation which are a special execution of the criminal sentences of the recidivists and

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/06/2020. İlk hakem raporu tarihi: 20/06/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 27/06/2020.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, falisimsek@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8586-0071.

application of probation after the execution of the punishment as a measure. The authorities of the legal system should make some important modifications by taking into consideration of prevent the crimes, making people more respectful to the laws and also personalization of the execution.

**Keywords:** Crime, Recidivation, Recidivist, Execution of the Criminal Sentence, Turkish Criminal Law

## GİRİŞ

Toplumsal düzenin korunması açısından en önemli hukuk dalı olan ceza hukukunda, bu düzeni bozacak nitelikteki eylemler saptanmakta ve bu eylemleri gerçekleştirilen kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Önceleri toplumsal düzeni bozan kişiler çeşitli amaçlarla birtakım müdahalelere maruz bırakılmakta ve bu müdahaleler sebebiyle de cezaların acı çektirici, sıkıntı ve güçlük verici nitelikleri ön plana çıkmaktaydı. Bu dönemde cezaların ölç alma duygusunun yansımaları olduğu yaklaşımı kabul edilmekteydi<sup>1</sup>.

Toplumsal huzuru sağlayabilmek ve cezaların etkili olabilmesini sağlayabilmek için bu düşüncelere karşı kimi görüşler de ileri sürülmüştür. Ünlü İtalyan hukukçu Beccaria *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde bu hususa da değinmiş; cezanın kaçınılmaz olmasının ağır olmasından daha fazla etki doğuracağını, bir cezanın kendisinden beklenen etkiyi yapabilmesi için cezanın yol açtığı acının suçun sağladığı yarardan çok olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda cezaların daha da katılaştırılmasının aslında cezasızlığa yol açtığını ve netice olarak da esasında cezalandırma ile istenen amaca ulaşamayacağını belirtmiştir<sup>2</sup>. Bu bağlamda suçları cezalandırmaktansa onları önceden önlemenin daha iyi olduğunu ileri sürmüş ve açık, yalın, anlaşılır, tüm insanlara eşitlik getiren ve insanların da çekindiği yasalar yapılması suretiyle suçların önlenebileceğini savunmuştur<sup>3</sup>.

1 DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, (Haz. BAYRAKTAR Köksal vd.), İstanbul, 2016, s. 2-6.  
2 BECCARIA Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. S. Selçuk), Ankara, 2019, s. 129-133.  
3 BECCARIA, 2019, s. 201-204.

Bununla birlikte çağdaş ceza hukuku görüşünde faili çeşitli hak yoksunluklarına maruz bırakmakla birlikte, asıl amaç suçluya acı ve ızdırap çektirmek olmayıp suçlunun ve toplumun ortak yararlarını birlikte değerlendirerek failin yeniden sosyalleşmesi ve kanunlara daha saygılı bir birey haline gelmesini sağlamaktır. Günümüzde basıkılayıcı nitelikteki yaptırımlar sisteminden ziyade yapıcı ve suçluyu uslandıracak, ıslah edecek ve onun yeniden sosyalleşmesini sağlayacak karma nitelikteki yaptırımlar kabul edilmiştir. Böylelikle suçlunun korunması kadar toplumun menfaatlerinin de sağlanması için uygun tedbirler alınmaya çalışılmıştır<sup>4</sup>.

Görüldüğü üzere eski dönemlerden beri suç işleyen kişinin cezalandırılması, bir şekilde ihlal ettiği toplumsal kural için kendisine bedel ödetilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suçlunun maruz kaldığı yaptırım sonucunda toplumsal kurallara ve yasalara daha saygılı bir birey haline gelmesi gündemde olmuş ve tüm bu tartışmalarla toplumsal kuralların daha fazla uygulanması hedeflenmiştir. Şüphesiz bir kez suç işleyen bir kişinin kesin olarak mahkûm edildikten sonra tekrar suç işlemesi karşısında ona karşı uygulanacak farklı bir muameleyi öngören ‘Tekerrür’de öteden beri var olan bu amaca hizmet etmek için ceza hukukuna yerleştirilen kurumlardan birisi haline gelmiştir.

Bu çalışmada da sırasıyla tekerrür kavramı, hukuki niteliği ve karşılaştırmalı hukuktaki durum ele alınacak, tekerrürle ilgili lehde ve aleyhte olan görüşler ile tekerrür türlerine yer verilecektir. Daha sonra tekerrürün koşulları ve sonuçları üzerinde durulacak ve nihayet 15 Nisan 2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7242 sayılı Kanunla son hali verilen mükerrirlere özgü infaz rejimi açıklanmaya çalışılacaktır.

## **I. CEZA HUKUKUNDA TEKERRÜR**

### **1. Kavram, Hukuki Nitelik ve Karşılaştırmalı Hukukta Durum**

#### **A. Kavram**

Sözlük anlamı ‘tekrarlanma’ olan tekerrür<sup>5</sup>; ceza hukukunda bir kişinin bir suçu işleyip kendisi hakkında mahkûmiyet hükmü veril-

<sup>4</sup> DÖNMEZER/ERMAN, 2016, s. 6-8.

<sup>5</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 03.08.2020).

dikten sonra yeniden suç işlemesi olarak ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Ülkelere benimsedikleri sisteme göre, tekerrür olması durumunda failin cezasının artırılması yoluna gidilebildiği gibi, bu failere (mükerrirlere) özgü ayrı bir infaz rejimi uygulanarak hapis cezasının koşullarının zorlaştırılması ve infazın tamamlanmasından sonra da çeşitli tedbirler uygulanması söz konusu olabilir<sup>7</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tekerrür açısından getirdiği en önemli değişiklik yukarıda belirtilen sistemler içerisinde yapmış olduğu tercihten kaynaklanmaktadır. Nitekim 765 sayılı TCK'da tekerrür mevzu bahis olduğunda failin cezasının artırılması ve dolayısıyla ceza belirlenirken uygulanan sistem benimsenmekte iken<sup>8</sup>; 5237 sayılı TCK ile söz konusu sistemden vazgeçilerek failin yeniden suç işlemesi durumunda cezasının ağırlaştırılmaması, bununla birlikte hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ile birlikte infazın tamamlanmasından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanması kabul edilmiştir<sup>9</sup>.

## B. Hukuki Nitelik

Tekerrürün hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kimi yazarlarca kurumun kanunda düzenlendiği yer esas alınarak güvenlik tedbiri olduğu ileri sürülmüş<sup>10</sup>, kimi yazarlar ise infaz rejimine ilişkin bir kurum olduğunu kabul etmişlerdir<sup>11</sup>. Niha-

- 6 CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2017, s. 614.
- 7 İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2014, s. 640; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, 2017a, s. 614.
- 8 765 sayılı TCK'da tekerrür müessesesi 81 ila 88. maddelerde "Cürümde Tekerrür" başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu kanunda basit ve özel tekerrür olmak üzere iki farklı tekerrür kavramına yer verilmekte iken, özel tekerrür de kendi içerisinde basit ve nitelikli özel tekerrür olarak ikiye ayrılmıştır. Basit tekerrür kanunun 81. maddesinde düzenlenmekte olup on ve beş yıllık süreler öngörmekte, basit özel tekerrür kanunun 81/2. maddesinde işlenen iki suçun aynı mahiyette olmasına ilişkin sonuçları ve cezada artırım yapılmasını düzenlemektedir. Nitelikli özel tekerrür ise 85. maddede düzenlenmiştir. Öte yandan kanunda her suçun tekerrüre esas alınmamasını kabul eden bir sistem benimsemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK Veli Özer vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 640.
- 9 BAYRAKTAR Köksal, *Ceza Hukukundaki Son Gelişmeler ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine Bir Bakış*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2005/1, 2005, s. 64-65; ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2016, s. 656; ÖZBEK Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2019, s. 400; DONAY Süheyl, *Türk Ceza İnfaz Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 175; İÇEL, 2014, s. 640.
- 10 Örnek olarak bkz. ARTUK Mehmet Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2020; ÖZBEK, 2019.
- 11 Örnek olarak bkz. ZAFER, 2016, s. 657.

yet kimi yazarlar da tekerrürü hem maddi ceza hukukuna hem de infaz hukukuna ilişkin karma bir kurum olarak açıklamışlardır<sup>12</sup>.

Tekerrürün bir güvenlik tedbiri olduğunu ileri süren yazarlar, 5237 sayılı TCK'da tekerrürün düzenlendiği yeri göz önünde bulundurarak bu sonuca ulaşmışlardır. Gerçekten de tekerrür; TCK'da "Yaptırımlar" başlıklı 3. Kısımın "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı 2. Bölümünde düzenlenmiştir. TCK'nın 58. maddesi "Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular" başlığını taşımakta olup söz konusu kuruma ilişkin maddi norm niteliğini taşımaktadır<sup>13</sup>. İşte TCK'da güvenlik tedbirleri altında düzenlenmiş olması gerekçe gösterilerek kimi yazarlarca tekerrürün bir güvenlik tedbiri olduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>14</sup>. Öte yandan kimi yazarlar tarafından da faildeki tehlikelilik durumunu göstermesiyle sebebiyle güvenlik tedbirlerinin uygulanması gereken bir kurum olduğu da ifade edilmiştir<sup>15</sup>.

12 Örnek olarak bkz. ALTUNÇ, Mehmet Sinan, *Ceza Hukukunda Tekerrür*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 69; DEMİR-BAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 653.

13 Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular  
Madde 58- (1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.  
(2) Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;  
a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,  
b) 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.  
(3) Tekerrür halinde, sonraki suçla ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükümlenir.  
(4) Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî 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.  
(5) Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.  
(6) Tekerrür halinde hükümlenilen ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre ceptirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.  
(7) Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.  
(8) Mükerrirlerin mahkûm olduğu cezanın infazı ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması, kanunda gösterilen şekilde yapılır.  
(9) Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçlu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.

14 ÖZBEK vd., 2019, s. 640; ÖZBEK, 2019, s. 400.

15 ARTUK vd., 2020, s. 938.

Bununla birlikte 5377 sayılı Kanunla<sup>16</sup> değişiklik yapılan TCK m. 7/3 hükmünü göz önünde bulundurmak, tekerrürün hukuki niteliğini saptamak açısından önemlidir. 5377 sayılı kanunun 2. maddesiyle TCK'nın "Zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinin 3. fıkrası değiştirilerek şu şekilde düzenlenmiştir: "*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*" Ceza hukukunda temel olarak kabul edilen lehe kanun uygulanması ilkesinin düzenlendiği bu maddede infaz rejimine ilişkin hükümler ve dolayısıyla yapılacak değişikliklerinin derhal uygulanma prensibine tabi olduğu; bununla birlikte hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili hükümlerin ise lehe kanun hükümleri tatbik edilerek uygulama alanı bulacağı kararlaştırılmıştır<sup>17</sup>. Söz konusu düzenlemeden tekerrürün, infaz rejimine ilişkin bir düzenleme olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar tekerrür TCK sistematığında güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlenmiş olsa da tekerrürün gerçekte bir güvenlik tedbiri olmadığı görüşü isabetli görünmektedir<sup>18</sup>. Nitekim TCK m. 58'in gerekçesinde de tekerrürün salt bir infaz rejimi olarak düzenlendiği belirtilmiştir.

Her ne kadar kanun gerekçesinde infaz rejimi olarak belirtilmiş olsa da; tekerrürün, sonuçları da göz önünde bulundurulduğunda, hem "maddi ceza hukuku" hem de "infaz hukukuna" ilişkin yönleri bulunduğu ileri sürülmüştür. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun tekerrürün maddi ceza hukukuna ilişkin olduğu yönündeki kararları da bu görüşe dayanak olarak gösterilebilir<sup>19</sup>. Tekerrürün düzenlenmiş olduğu TCK m. 58'de tekerrürün koşullarının düzenlenmiş olması, süre açısından çeşitli kriterler getirilmesi, birtakım suçlar açısından tekerrürün uygulanmayacağı da göz önünde bulundurulduğunda tekerrürün maddi ceza hukukuna ilişkin de bir kurum olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır<sup>20</sup>.

16 RG. 08.07.2005/25869.

17 ZAFER, 2016, s. 657.

18 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 652.

19 "5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir." (Yargıtay CGK, E. 2007/10-71, K. 2007/98, T. 17.04.2007, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020).

20 ALTUNÇ, 2010, s. 68.



Dolayısıyla tekerrürün hukuki niteliği açısından; her ne kadar TCK'da güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlenmiş olsa da<sup>21</sup> esasında bir güvenlik tedbiri olmayan ve fakat hem maddi ceza hukukuna hem de infaz hukukuna ilişkin bir karma kurum olarak açıklanması<sup>22</sup> kanaatimizce de isabetlidir.

### C. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Karşılaştırmalı hukukta benimsenmekte olan sisteme göre kimi ülkeler tekerrürü cezanın ağırlaştırılması için sebep olarak görmekte<sup>23</sup>, kimi ülkeler cezanın belirlenmesinde failin önceki yaşamı doğrultusunda dikkate alınması gereken bir durum olarak düzenlemekte<sup>24</sup>, nihayet kimi ülkeler de mükerrirlere özgü bir infaz rejimi uygulanması ve bununla birlikte infazdan sonra denetimli serbestlik tedbirlerine başvurulması yolunu benimsemektedir<sup>25</sup>.

#### a. Almanya

Alman Hukukunda ilk kez 18. Yüzyılda düzenlenmiş bulunan tekerrür kurumu, daha sonraları cezayı artıracak genel veya özel sebep olarak ifade edilmiştir. Düzenlemelerin bir kısmında tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün verilmiş olması yeterli kabul edilmekte iken, kimi hükümlerde ise verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün kısmen ya da tamamen infaz edilmiş olması şartı getirilmiştir<sup>26</sup>.

Daha sonraları Alman Ceza Kanununun 48. maddesinde düzenlenen tekerrürde daha sonra işlenen suçun kasıtlı bir biçimde işlenmesi ve yine ikinci suçun cezasının alt sınırının bir sene olması gerektiği ifade edilmiştir. Daha önce kasıtlı olarak işlenmiş iki ayrı suçtan en az iki defa mahkûm edilmiş olunması gerektiği aranmakta

21 Tekerrürün güvenlik tedbirleri içerisinde düzenlenmiş olma sebebine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. ALTUNÇ, 2010, s. 67.

22 ALTUNÇ, 2010, s. 69; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 653.

23 Örneğin Avusturya Ceza Kanununda (m. 39) tekerrür cezanın belirlenmesi başlığı altında cezayı ağırlaştıran bir neden sayılmaya devam etmektedir bkz. İÇEL, 2014, s. 640.

24 Örneğin Alman ve İsviçre Ceza Kanunlarında bu anlayış benimsenmiştir.

25 Örneğin Türkiye'de 5237 sayılı TCK ile bu sistem benimsenmiştir.

26 ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Hukukunda Tekerrür*, Ankara, 2003, s. 24.

ve de bu mahkumiyetlerden dolayı asgari üç aylık ceza infazının gerçekleştirilmiş olması gerektiği belirtilmiştir<sup>27</sup>.

Alman Ceza Kanununda “Cezanın Belirlenmesi” başlığı altında yer alan tekerrür (m. 48); kanunda 1986 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış<sup>28</sup> ve temel cezanın belirlenmesinde “failin önceki yaşamı” içerisinde değerlendirilecek ve cezanın ağırlaştırılmasını gerektirecek durumlardan biri olarak düzenlenmiştir<sup>29</sup>.

#### b. Fransa

Fransa’da 1994 yılında yürürlüğe giren ve günümüzde de geçerli olan Ceza Kanununun 132-8 vd. maddelerinde tekerrür düzenlenmiştir. Söz konusu kanunda tekerrüre ilişkin uygulanacak hükümler ve ortaya çıkacak sonuç açısından önceki ve sonraki suçların niteliği önem arz etmekte olup buna yönelik ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan Fransız Ceza Kanununda tüzel kişiler hakkında da (m. 132-12, 13, 14, 15) tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır<sup>30</sup>.

Ceza Kanununun 132-8 maddesinde önceki mahkumiyetin cürüm (*crime*) ya da 10 yıl ceza öngören bir cünha (*délit*) olması durumu ele alınmış ve süre sınırı olmadan sonradan işlenen suç 20 ila 30 yıla kadar hapis cezası gerektirdiği takdirde bundan dolayı alınacak cezanın ömür boyu hapis cezası olduğu ifade edilmiştir. Sonradan yine süre şartı aranmaksızın işlenen suç 15 yıl hapis cezasını gerektiriyor ise bu durumda da kişiye verilecek ceza 30 yıl hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Kanunun 132-9/1 maddesinde ise sonraki suçun cezasının 10 yıl hapis cezası gerektirmesi durumunda söz konusu suç için öngörülen cezanın üst sınırının iki katına hükmedilebileceği kararlaştırılmıştır. Burada ise öncekilerden farklı olarak sonradan işlenen suç için 10 yıllık bir süre şartı getirilmiştir.

Sonraki suçun 1 ila 10 yıl hapis cezası gerektirmesi durumunda ise yine üst sınır iki katına çıkarılacak olmakla birlikte burada süre şartı 5

27 ÜZÜLMEZ, 2003, s. 25.

28 ARTUK vd., 2020, s. 912; ÜZÜLMEZ, 2003, s. 26.

29 İÇEL, 2014, s. 640-642.

30 ALTUNÇ, 2010, s. 27.

yıl olacak şekilde düzenlenmiştir (m. 132-9/2). Önceki mahkumiyete cünhadan dolayı hükmedilmesi durumunda ise özel tekerrür şartı aranmakta, dolayısıyla sonradan işlenen suçun mahkûmiyet konusu cünha ile aynı olması gerekmekte ve yine burada da üst sınır iki katına çıkmaktadır. Süre şartı burada da 5 yıl olarak öngörülmüştür (m. 132-10).

Kabahatler (*contravention*) açısından da sonradan işlenen kabahat ile önceki kabahatin aynı olması gerektiği ifade edilmiş, bunun sonucunda da sonradan işlenen kabahatin yaptırımının 3000 ğ olacağı ifade edilmiştir. Kabahatler açısından da süre şartı olarak 1 yıl öngörülmüştür (m. 132-11).

Tüzel kişiler için sonuç olarak verilen ceza 10 katına artırılmakta olup koşullar açısından çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Ceza Kanununun 132-12. maddesi uyarınca önceki suç bir cürüm ya da 100.000 ğ ceza gerektirecek bir cünha ise genel ve süresiz tekerrür uygulanacaktır. Sonraki suç 100.000 ğ gerektiren bir cünha ise 10 yıllık süre şartı söz konusu olacak (m. 132-13/1), en az 15.000 ğ ceza gerektiren bir cünha olması durumunda ise 5 yıllık süre şartı uygulanacaktır (m. 132-13/2). Cünhalar için tekerrür hükümlerinin uygulanmasında özel tekerrüre yer verilmekte ve de 5 yıllık süre şartının sağlanması gerekmektedir (m. 132-14). Son olarak kabahatler açısından da önceki ve sonraki kabahatin aynı olması gerekmekte ve 1 yıllık süre şartı uygulanmaktadır (m. 132-15)<sup>31,32</sup>.

### c. İtalya

İtalya'da Ceza Kanunlarında tekerrür hükümlerine ilk kez 1786 tarihli Toskana Ceza Kanununda yer verilmiş, 1859 tarihli Sardunya Ceza Kanununda ise süresiz ve varsayılan tekerrür sisteminin kabul edilmesi gibi çeşitli değişiklikler yapılmıştır. 765 sayılı TCK'nın mehzaz kanunu niteliğinde olan 1889 tarihli Ceza Kanununda da 80 ila 84. maddeler arasında tekerrür kurumu düzenlenmiş olup mefruz tekerrür sistemi kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

31 Fransız Ceza Kanunu metni için bkz. <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf> (E.T. 03.08.2020).

32 Fransa'da uygulanan tekerrür hükümlerinin tarihçesi ve ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNÇ, 2010, s. 21-29.

33 ÜZÜLMEZ, 2003, s. 30; ALTUNÇ, 2010, s. 29.

İtalyan Pozitivist Okulun etkisiyle hazırlanan 1930 tarihli Ceza Kanununda her ne kadar suçlunun cezalandırılması yanında kendisinin topluma kazandırılmasına önem verilerek cezalar yanında güvenlik tedbirlerine yer verilmiş olsa da tekerrür sistematüğinde yalnızca cezaların artırılması kabul edilmiştir. Kanununun 99. maddesi uyarınca daha önce bir suçtan mahkûm olmuş bir kimse yeni bir suç işlediğİ takdirde cezada altıda bir oranına kadar artırım yapılacaktır. Özel ve ağırlaşan tekerrür için maddenin ikinci fıkrasında ayrı bir düzenleme yapılmış; beş sene içerisinde aynı suçun işlenmesi, sonraki suçun infaz sırasında veya sonrasında ya da infazdan kişinin kaçtığı sırada işlenmesi durumlarında verilecek cezalarda üçte bire kadar artırma yapılacak, bu ağırlaştırıcı sebeplerin birkaç tanesinin birlikte bulunması durumunda ise artırım yarıya kadar olacaktır<sup>34</sup>.

Ceza Kanununda yapılan değışiklikle zorunlu olan artırma seçimlik hale getirilmiştir. Son olarak 2005 yılında yapılan değışiklikle tekerrür hükümlerinin taksirli olmayan suçlarda uygulanacağı ifade edilmiş, özel veya ağırlaşan tekerrür hallerinde ise ceza artırımın üçte birden yarıya kadar olacak şekilde yükseltilmiştir<sup>35</sup>.

#### d. İsviçre

İsviçre hukukunda tekerrürle ilgili hükümler 1937 tarihinde onaylanan ve 1942 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanununun 67. maddesinde yer almış, söz konusu hükme göre de kişinin mahkûm olduğu hapis cezası infaz edildikten sonra beş sene içerisinde yeni bir suç işlemesi durumunda tekerrür hükümleri uygulanmıştır. Bu durumda hâkimin hapis cezasının süresini en üst sınıra kadar artırmak yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte bu husus suçun niteliğinin cürüm (bir seneden yirmi seneye kadar), cünha (üç günden üç yıla kadar) ya da kabahat (bir günden üç aya kadar) olmasını göz önünde bulundurmaması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>36</sup>.

34 ALTUNÇ, 2010, s. 30.

35 ALTUNÇ, 2010, s. 31.

36 ALTUNÇ, 2010, s. 34.

Ceza Kanununda 2002 tarihinde yapılan ve 2007 yılında yürürlüğe giren kanun değişikliği ile İsviçre Federal Mahkemesinin aynı hususları birden fazla kez göz önünde bulundurmamayı yasaklayan içtihadı gerekçe gösterilerek tekerrüre yer verilmemiştir<sup>37</sup>. Öte yandan tekerrür kaldırılmış olsa da, Alman Ceza Kanunu sistematiğine paralel olacak biçimde cezanın belirlenmesinde failin geçmiş yaşantısı göz önünde bulundurulacak (Art. 47) ve somut cezanın tespitinde ağırlaştırıcı sebep olarak karşımıza çıkabilecektir<sup>38</sup>.

## 2. Tekerrürle İlgili Görüşler

Tekerrür; günümüzde olduğu gibi daha önceki dönemlerde de ceza hukukunun tartışmalı konularından birisi olmuş, söz konusu kurum ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>39</sup>. Görüşler suç işlemiş kişiye karşı uygulanacak yaptırımların artırılarak onun kurallara daha fazla saygı göstermesini sağlamak ile suçluların topluma yeniden kazandırılması denklemini göz önünde bulundurularak ortaya konmuştur.

### A. Tekerrürü Kabul Etmeyen Görüşler

Tekerrür kurumunu kabul etmeyen görüşlerden ilk olarak ilga görüşünü ele almak gerekirse; bu görüşe göre kişinin sonradan işlemiş olduğu bir suçun cezasının önceden işlediği bir başka suç gerekçe gösterilerek ağırlaştırılması, ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim tekerrür suçu ağırlaştırıcı ve de zararı çoğaltan bir etkiye sahip olmadığından, sonraki suçun cezasının artırılması ceza hukuku alanından çıkılması ve ahlak alanına girilmesi sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık işlenmiş olan bir suçun cezasının ağırlaştırılması ahlak eksikliğinden kaynaklı bir sebeple değil haklı bir neden olması durumunda mümkün olabilir. Ayrıca suç işleyen kişi, işlemiş olduğu ilk suç dolayısıyla topluma karşı borcunu yerine getirmiş olduğundan, ikinci suç dolayısıyla verilecek artırım hakkaniyete uygun düşmeye-

37 ALTUNÇ, 2010, s. 35.

38 İÇEL, 2014, s. 640-642.

39 Tekerrürle ilgili görüşleri içeren ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL Kayıhan / SOKULLU AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet vd., *Yaptırım Teorisi*, İstanbul, 2002, s. 181-186.

cektir<sup>40</sup>. Nihayet işlenmiş olan iki suç arasında hukuken hiçbir bağ bulunmaması karşısında bu iki suç arasında bir bağlantı kabul edilmesi hukuken kabul edilemez<sup>41</sup>.

Söz konusu kurumu kabul etmeyen bir başka görüş de çifte değerlendirme yasağına dayanmaktadır. İsviçre Ceza Kanunundan tekerrür kurumunun çıkarılmasında etkili olan bu görüş uyarınca kusurluluk değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak failin geçmiş yaşamının başka ağırlaştırıcı sebepler bakımından da dikkate alınması İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kanuna aykırı bulunmuştur<sup>42</sup>.

Öte yandan kişinin yeniden suç işlemiş olması; fiilin değil failin özelliği olduğundan kişisel özelliklerin cezanın konusu yapmak kabul edilemez. Bu özellikler ancak kişiye uygulanacak olan tedbirlerin konusu olabilir<sup>43</sup>.

Bu doğrultudaki bir başka görüşe göre de yeniden suç işleyen kişinin, ilk kez suç işleyen kişiden daha tehlikeli olduğu yönündeki düşünce ancak bir varsayım niteliğinde kabul edilebilir. Bu sebeple de yeniden suç işleyen kişinin cezasının sosyal savunmayı sağlamlaştırmak amacıyla artırılması yalnızca ahlaki bir durum olma niteliğindedir. Önemli olan tekerrürün doğumunu engellemek olmakla birlikte, bu yolda yeteri kadar etkili mücadele etmeyen toplumun yeniden suç işleyen kişiye daha fazla ceza vermesi; toplumun kendi kusurunu faile yükletmesi niteliği taşımaktadır<sup>44</sup>. Nitekim tekerrür kurumunun suç işlenmesini önlemediğini ileri süren ve tekerrürün özel önleme açısından etkili olmadığını ileri süren görüşe göre de, söz konusu kurumun hukuk sisteminde yer almasıyla suç işlenmesinin önlenmesine dair herhangi bir bilimsel çalışma bulunmamaktadır<sup>45</sup>.

Mükerrirlerin genellikle dayanıksız ve zayıf kişilikte insanlar olduğu göz önünde bulundurularak esasında bu kişilerin daha önce infaz kurumuna girmiş olmaları göz önünde bulundurulduğunda

40 İÇEL, 2014, s. 641; ARTUK vd., 2020, s. 917.

41 ÜZÜLMEZ, 2003, s. 44-46.

42 ALTUNÇ, 2010, s. 43-44.

43 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 616.

44 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 616.

45 ALTUNÇ, 2010, s. 42.

irade güçlerinin daha da azaldığı ve dolayısıyla kusurlarının azalması sebebiyle de bu kişilerin daha hafif cezalandırılması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>46</sup>. Bu durumda da yine hukuk alanından uzaklaşıp ahlak alanına girilmiş bulunmaktadır ve fakat bu husus cezanın ağırlaştırılması için yeterli bir gerekçe niteliğinde değildir. Nitekim kanun koyucular da meseleye farklı yaklaşım göstermeye başlayarak (örneğin Alman Ceza Kanununda yapılan değişiklikler<sup>47</sup>) cezanın ağırlaştırılmasını değil mükerrirlere farklı güvenlik tedbirleri uygulanmasını benimsemişlerdir<sup>48</sup>.

Son olarak tekerrüre karşı olan bir başka göre de ceza yasalarında cezanın belirlenmesi içerisinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanındığından kişinin yeniden suç işlemesi bu kapsamda değerlendirilmeli ve ayrıca bir tekerrür kurumuna gerek bulunmamaktadır<sup>49</sup>.

## B. Tekerrürü Kabul Eden Görüşler

Tekerrürü kabul eden görüşlerden ilki cezanın yetersizliği görüşü olarak karşımıza çıkmaktadır. “Suç işlemiş failin ıslahı” düşüncesine dayanan bu görüşe göre fail daha önce işlemiş olduğu suç nedeniyle mahkûm olmasına rağmen yeniden başka bir suç işlediği takdirde, kişiye verilen ceza yetersiz kalmıştır ve dolayısıyla fail ıslah edilememiştir. Bu sebeple de fail hakkında işlemiş olduğu ikinci suç nedeniyle verilecek cezada artırım yapılmalıdır. Şüphesiz bu teoride failin ıslahı temel olduğundan, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için ilk mahkûmiyet kararının infaz edilmesi gerekmektedir<sup>50</sup>. Bu görüş suçu soyut bir mesele olarak ele alan ve de cezaların kişiselleştirilmesini kural olarak kabul etmeyen Klasik Okul tarafından ileri sürülmektedir<sup>51</sup>.

Tekerrür kurumunu kabul eden bir başka görüş de isnadiyetin ağırlığı teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teori faildeki suç iş-

46 Pozitivist okulun bu yöndeki eleştirisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TÜMERKAN Somay, *Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 48, 2011, s. 54-58.

47 Bkz. yukarıda s. 7.

48 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 616-617.

49 İÇEL, 2014, s. 642.

50 ÖZBEK vd., 2019, s. 640-641; İÇEL, 2014, s. 641; ARTUK vd., 2020, s. 918; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 615.

51 Cezanın yetersizliği görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNÇ, 2010, s. 52-56.

leme iradesinin ağırlığını esas alarak failin suç işlemeye devam etmesinin, kendisinin kanuna karşı gelme yönündeki iradesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyduğunu ileri sürmektedir. Bu sebeple de kanuna saygısı olmayan faile verilen ceza ağırlaştırılmalıdır. Nitekim fail daha önce bir suçtan mahkûm olmasına karşılık yeniden suç işleyerek esasında hukuk kurallarını ihlal etme noktasında inatçı ve ısrarlı bir tutum içerisinde girmiş ve daha ağır bir hukuka aykırılık bilincini yansıtmıştır<sup>52</sup>. Bu görüş esasında failin ıslahından ziyade, failde bulunan suç işleme iradesini esas aldığından dolayı cezanın ağırlığı teorisinin aksine burada önceki mahkûmiyet hükmünün infaz edilmiş olması şartı aranmamaktadır<sup>53</sup>. Yeniden suç işleyerek kanunu ve hâkimi küçümseyen mükerririn, işlemiş olduğu suç dolayısıyla meydana gelen toplumsal zarar bu sebeple daha fazla olup ahlaki yönden de düşkün olan bu fail hakkında daha ağır bir cezaya hükmedilmesi gerekmektedir<sup>54</sup>. Failin yeniden suç işlemesi onun ıslah olmadığını ve de failin suç işlemekteki ısrarını gösterdiğinden, yeniden suç işleyen kişinin özel bir kusurluluğundan bahsedilmelidir<sup>55</sup>. Failin ikinci kez suç işleyerek daha tehlikeli olduğunu ve kendisinden başkaca suçları işlemesinin beklenmesinin de makul olduğunu savunan bu sistemi benimseyen kanunlar arasında 765 sayılı TCK da bulunmaktadır<sup>56,57</sup>.

Burada pozitivist okulun tekerrüre bakışına yer vermek de isabetli olacaktır. Pozitivistlere göre fiilden ziyade fail üzerinde durulmalı ve de faili suç işlemeye yönlendiren nedenler dikkatlice incelenmelidir. Tekerrür durumunda suçun tesadüfi değil itiyadi biçimde işlendiği göz önünde bulundurulmalı ve hâkim de failin tehlikeliliğini belirleyerek cezayı ona göre saptamalıdır<sup>58</sup>. Dolayısıyla faildeki 'tehlikelilik' ve 'antisosyallik' konusunda bir değerlendirme yapılmalı ve tehlikeliliğin yanında antisosyallik de bulunuyorsa ceza artırılmalı aksi takdirde artırım yapılmamalıdır<sup>59</sup>. Öte yandan mükerrirler; po-

52 ZAFER, 2016, s. 656.

53 ÖZBEK vd., 2019, s. 641.

54 İÇEL, 2014, s. 641.

55 ARTUK vd., 2020, s. 919.

56 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 615.

57 İsnadiyetin Ağırlığı teorileri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNÇ, 2010, s. 56-59.

58 ÖZBEK vd., 2019, s. 641.

59 İÇEL, 2014, s. 641.



zitif okulun yaptırımını failin kişiliğine göre tespit etmesi açısından esas aldığı ve çağdaş ceza hukukunda hukuki bir kurum halini alan tehlikelilik hali içerisinde değerlendirilmiştir<sup>60</sup>.

5237 sayılı TCK'nın tekerrürün varlığını kabul eden bu görüşlerden birden fazlasını benimsediği anlaşılmaktadır. TCK tehlikeliliğe dayanan ve hâkime tehlikeliliği saptama ile buna uygun ceza vermede takdir yetkisi veren sübjektif teori ile yeniden suç işleyen failin cürüm ehliyetini daha açık bir biçimde ortaya koyduğunu savunan cürüm ehliyet teorisine yakın durduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu şekilde tekerrür ile ortaya çıkan tehlikelilik hali klasik okulun benimsediği gibi cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak değil failin ıslah edilmesi ve yeniden topluma kazandırılmasını gerekli gören bir durum olarak benimsenmiştir<sup>61</sup>.

### 3. Tekerrürün Türleri

#### A. Gerçek-Mefruz (Varsayılan) Tekerrür

Tekerrür konusunda benimsenen sisteme göre yapılacak ilk ayırım mefruz (varsayılan) tekerrür ile gerçek tekerrür ayırımıdır. Gerçek tekerrür, failin suç işleyip mahkûm olduktan ve de cezanın infazı gerçekleşikten sonra tekrar suç işlemesi durumudur<sup>62</sup>. Bu sistem, failin ıslah edilip edilmediğinin ceza infaz edilmiş olduktan sonra anlaşılabilirliği esasına dayanmaktadır<sup>63</sup>. Alman Ceza Kanununun 1986'da yürürlükten kalkmadan önceki 48. maddesinde düzenlenen 3 aylık infaz edilme şartı gerçek tekerrüre örnek olarak gösterilebilir<sup>64</sup>. Yalnızca mahkumiyetin varlığının failin ıslahı için yeterli olmayıp esasında cezası infaz edilmiş kişinin ıslah edilmesi mümkün olduğundan aşağıda ifade edilecek çekinceyle birlikte bu sistemin de haklılık payı bulunmaktadır.

Buna karşılık mefruz tekerrür ise ceza hukukunda kişinin bir suç işlemesi sonrasında mahkûm olmasının akabinde yeniden suç işle-

60 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 650.

61 ÖZBEK vd., 2019, s. 641.

62 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 651; İÇEL, 2014, s. 643; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 617; ZAFER, 2016, s. 657.

63 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 654.

64 Bkz. yukarıda s. 7.

mesi durumudur. Bu sistem uyarınca fail önceden suç işlemiş olmasına rağmen bu suçtan dolayı cezası infaz edilmemiş olsa da tekerrür hükümleri uygulanacaktır<sup>65</sup>. Kesinleşmiş mahkûmiyet kararını yeterli gören bu sistem; aksi kabul halinde yani cezanın infazının şart olması koşulu uygulandığı takdirde bir şekilde cezanın infazından kaçan kişilerin bir anlamda ödüllendirileceğini ifade etmektedir. Şüphesiz bu durum aynı suçu birlikte işleyen müşterek faillerden birisinin cezasını çekmesine karşılık diğeri infazdan kaçsa ve bu kişiler sonra yeniden suç işleseler cezası infaz edilmiş fail aleyhine bir sonuç ortaya çıkacaktır<sup>66</sup>.

765 sayılı TCK'da mahkûmiyet hükmünün infaz edilmiş olmasının gerekli olup olmadığına ilişkin görüş ayrılıkları bulunmakta idi<sup>67</sup>. Bir görüş tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkûmiyet kararlarını yeterli görmekte ve kanun sistematüğinden de bu sonuç çıkarılmakta iken<sup>68</sup> diğeri bir görüş cezanın infaz edilmiş olması gerektiğini ileri sürmüş ve Yargıtay da bu yönde görüş ortaya koymuştur<sup>6970</sup>. 2001 tarihli TCK Tasarısında da mefruz tekerrür sistemi benimsenmiş ve uygulamada benimsenen gerçek tekerrür sisteminin sakıncalı yönleri ortaya konmuştur<sup>71</sup>. 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde ise "...*Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez...*" hükmüne yer verilerek bu tartışmalara son verilmiş ve doktrindeki baskın görüş doğrultusunda mefruz sistemin benimsendiği açıkça ortaya konulmuştur<sup>72</sup>.

65 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 617.

66 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 655.

67 KAN Celal Hakan, *Türk Ceza Hukukunda Tekerrür*; TDA Dergisi, C. 123, S. 243, 2019, s. 440-441.

68 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 654.

69 ÖZBEK, 2019, s. 401; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 656; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 619.

70 Uygulamanın gerçek tekerrür esasları çerçevesinde geliştiğini görmek için bkz. Yargıtay CGK, E. 1998/6-277, K. 1998/332, T. 27.10.1998, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020.

71 "Yürürlükteki Ceza Kanununun uygulanmasında tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki suç nedeniyle verilen cezanın infaz edilmesi koşulu aranmakta ve bu durum Yargıtay içtihatlarıyla da yerleşmiş bulunmaktadır. Ancak bu uygulama, özellikle, infazdan kaçan kişi yönünden bir olanak sağlamakta, firar eden suçluya ödül verilmesi gibi bir neticenin ortaya çıkmasını sonuçlamaktadır. Hal böyle olunca, suçta tekerrürler mücadele, etkisini büyük ölçüde kaybetmektedir. Mükerrirlerle mücadele etmenin doğru yolunun infaz koşulunun aranmasından vazgeçmek olduğu bir gerçektir." (2001 TCK Tasarısı, 201).

72 ÖZBEK vd., 2019, s. 641.

## B. Genel-Özel Tekerrür

Bu ayırım, verilen ilk mahkûmiyet hükmüne esas alınan suç ile yeniden işlenen suçun aynı tür olmasının gerekli görülüp görülmemesi esasına dayanmaktadır. Genel tekerrürde önceden işlenen suç ile sonradan işlenen suçun aynı türden olması gibi bir koşul aranmamakta iken, özel tekerrürde önceki suç ile sonraki suçun aynı türden olması gerekmektedir<sup>73</sup>. Kimi ülkelerde bu iki tür tekerrüre birlikte yer verilmiş olup örneğin Fransa'da cürümler için genel tekerrür söz konusu iken cünhalar ve kabahatler için özel tekerrür şartı aranmaktadır<sup>74</sup>.

Özel tekerrürü de kendi arasında basit özel tekerrür ve tekrarlanmış özel tekerrür olarak ikiye ayırmak mümkündür. Basit özel tekerrürde önceden ve sonradan işlenmiş olan suçların aynı türden olması yeterli görülmekte iken, tekrarlanmış özel tekerrürde aynı nitelikteki suçun ikiden fazla işlenmesi söz konusu olacaktır. Bu son durumda verilen cezalar genellikle daha ağırdır<sup>75</sup>.

765 sayılı TCK'da genel ve özel tekerrüre birlikte yer verilmişken<sup>76</sup> 5237 sayılı TCK'da kural olarak genel tekerrür esas alınmış, özel tekerrüre ise yer verilmemiştir<sup>77</sup>.

## C. Süreli-Süresiz Tekerrür

Bu ayırım, failin işlemiş olduğu ilk suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararından sonra ikinci suçun belirli bir süre içerisinde işlenmesinin gerekli olup olmadığına göre yapılmaktadır. Süreli tekerrürde ikinci suçun ilk mahkûmiyet kararından sonra belirli bir süre içerisinde zorunluluğu bulunmakta iken, süresiz tekerrürde ise böyle bir süre şartı bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Kimi ülkelerde bu iki sisteme birlikte yer verilerek bazı tekerrür durumları için süre şartı konulmuş bazıları içinse böyle bir şart öngörülmemiştir<sup>79</sup>.

73 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 617-618; ZAFER, 2016, s. 657.

74 Bkz. yukarıda s. 7-8.

75 İÇEL, 2014, s. 643.

76 765 sayılı TCK'da yer alan tekerrür türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK vd., 2019, s. 640-641.

77 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 654-656.

78 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 617; İÇEL, 2014, s. 643; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 655; ZAFER, 2016, s. 657.

79 Örn. Fransa için bkz., s. 7.

5237 sayılı TCK'da da 765 sayılı TCK'da olduğu gibi süreli teker-rür sistemi benimsenmiş, bununla birlikte 5 ve 10 yıl olarak öngörü-len süre sınırı 3 ve 5 yıl olarak düzenlenerek indirilmiştir.

#### D. Ulusal-Uluslararası Tekerrür

Son olarak tekerrürü; ulusal ve uluslararası tekerrür olarak iki-ye ayırmak mümkündür. Ulusal tekerrür sisteminde yalnızca ulusal mahkemelerce verilmiş olunan mahkûmiyet kararları tekerrür açı-sından esas alınmakta iken, uluslararası tekerrürde ise mahkûmiyet hükmünün illa ulusal mahkemelerce verilmesi gerekir olmayıp ya-bancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararları da teker-rürün uygulanması için dikkate alınmaktadır<sup>80</sup>.

Gerek 765 sayılı TCK gerek de 5237 sayılı TCK'da ulusal tekerrür sistemi esas alınmış olmakla birlikte her iki kanunda da birtakım istisnalar öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK'nın 58/4. maddesinde "... *Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile para da veya kıymetli damgada sabetlilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.*" Hükmüne yer verilerek zikre-dilen suçlarda yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet hüküm-lerinin de tekerrürde esas alınacağı ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

Sayılı olarak zikredilen söz konusu suçlardan olmamakla birlikte Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerle de birtakım istisnalar getirilmiştir. Örneğin 'Ceza Yargılarının Milletlerarası De-ğeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin<sup>82</sup> 56. maddesi uyarınca<sup>83</sup> sözleşmeye taraf olan devletler daha önceki Avrupa ceza yargısını göz önünde bulundurmamak durumundadır<sup>84</sup>.

80 İÇEL, 2014, s. 644; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 617; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 655; ZAFER, 2016, s. 657.

81 İÇEL, 2014, s. 645-646; ÖZBEK vd., 2019, s. 641; ÖZBEK, 2019, s. 402.

82 RG. 14.12.1977/16139.

83 Sözleşme m. 56: Sözleşen Devletler, mahkemelerinin, bir hüküm verirken bir diğer suç dolayısı ile daha önce yüze karşı olarak yapılan bir muhakeme sonucunda verilmiş olan Avrupa ceza yargısını göz önünde tutup kanunlarının kendi ülkelerinde verilen yargılar için öngördüğü sonuçların hepsini veya bir kısmını ona bağlayabilmelerini sağlayacak uygun ted-birleri alacaklar ve bu yargıları hangi şartlarla göz önünde tutacaklarını tayin edeceklerdir.

84 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 623-624; ZAFER, 2016, s. 661-662.

#### 4. Tekerrürün Koşulları

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 1 ve 2. Fıkralarında *önceden işlenmiş suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra, beş yıldan fazla hapis cezasına mahkûmiyet halinde infazdan itibaren beş yıl, daha az süreli hapis cezası veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise infazdan itibaren üç yıl içerisinde tekrar suç işlendiğinde tekerrür hükümleri uygulanır* ifadelerine yer verilerek tekerrürün kanuni koşulları saptanmıştır. Buradan hareketle tekerrürün daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunması, yeniden suç işlenmesi ve süre şartı olmak üzere üç koşulunun bulunduğunu söylemek mümkündür<sup>85</sup>.

#### A. Daha Önce Verilmiş ve Kesinleşmiş Mahkûmiyet Hükmü Bulunması

Türk Ceza Kanunu tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için failin daha önceden işlediği bir suçtan dolayı hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesini ve bu mahkûmiyet hükmünün de kesinleşmesini aramış<sup>86</sup>, bununla birlikte eski kanun döneminde uygulamada kabul edilen cezanın infaz edilmiş olması şartının gerekli olmadığını ise açık bir şekilde ifade etmiştir<sup>87</sup>. Kesinleşme açısından da ikinci suç işlendikten sonra kesinleşen mahkûmiyetlerin tekerrür açısından esas alınmayacağı ifade edilmelidir.

Kişi hakkında verilen mahkûmiyet; CMK m. 223/5 kapsamında bir hüküm çeşidi olup sanığın kendisine atılı suçu işlediğinin sabit olması durumunda verilecektir<sup>88</sup>. Dolayısıyla kişi hakkında tekerrür

85 İÇEL, 2014, s. 644.

86 "...Dosya kapsamına göre, muteriz her iki cezaya karşı itiraz ettiğinden, ilk cezanın kesinleşmemesi nedeniyle tekerrür şartlarının oluşmaması..." (Yargıtay 7. CD, E. 1995/6268, K. 1995/7137, T. 14.09.1995, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020);

"...Anayasa'nın 38/4. maddesi ışığında, kesinleşmiş yargı kararı olmadıkça, işlenmiş bir suçtan söz edilemeyeceği gözetilmeden, sanığın henüz yargılama aşamasında bulunan eylemleri nedeniyle TCK'nın 6/1-h maddesi gereğince itiyadi suçlu kabul edilerek, hakkında verilen cezanın aynı Yasanın 58/9. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunması, bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 6. CD, E. 2006/21554, K. 2007/8402, T. 04.07.2007, CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Ceza Hukuku Uygulamaları*, İstanbul, 2017, s. 97-98.); benzer yönde bkz. Yargıtay 13. CD, E. 2015/9093, K. 2016/16087, T. 05.12.2016, CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017b, s. 134-135.

87 İÇEL, 2014, s. 644.

88 CENTEL Nur / ZAFER Hamide, *Ceza Mubakemesi Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 789.

hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan hüküm mahkûmiyet hükmü olduğundan CMK m. 223/6 kapsamında verilecek olan güvenlik tedbiri kararı tekerrüre esas alınmayacaktır<sup>89</sup>. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamakla birlikte cezanın infaz edilmesinin gerekmediğini düzenleyen 58/1 hükmü ile 58/2 birlikte değerlendirildiğinde söz konusu sonuca ulaşmak mümkündür<sup>90</sup>.

Kişi hakkında verilmiş olan mahkûmiyet hükmü hapis cezasına ilişkin olabileceği gibi para cezasına ilişkin de olabilecektir Bununla birlikte kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezası TCK m. 50/5 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrildiği takdirde, hükmedilen ve esas itibariyle bir tedbir niteliğinde olan seçenek tedbir asıl mahkûmiyet sayılacak ve dolayısıyla da bu durumda tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>91</sup>. Bununla birlikte seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevirmenin söz konusu olduğu durumlarda asıl mahkûmiyet adli para cezası olduğundan tekerrüre esas alınacaktır<sup>92</sup>.

TCK m. 58/5'te "*Füli işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.*" hükmüne yer verildiğinden böyle bir durumda hükmedilmiş olan ve kesinleşen mahkûmiyet kararı tekerrür açısından esas alınmayacaktır<sup>93</sup>. 765 sayılı TCK'da yer alan ifade "*On sekiz yaşını*

89 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 618; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 656; İÇEL, 2014, s. 645

90 ÖZBEK vd., 2019, s. 641; ÖZBEK, 2019, s. 401.

91 "5237 sayılı TCK'nın 58/2-b maddesi ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108/2. maddesi gereği ancak hapis veya adli para cezasına dair geçmiş mahkumiyetlerinin tekerrüre esas alınabileceği, sanığın 'temizlik işlerinde çalıştırılma' şeklinde seçenek yaptırım içeren önceki mahkumiyetinin ise tekerrüre esas alınmayacağı gözetilmeden, sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmesi..." (Yargıtay 3. CD, E. 2012/24747, K. 2013/24219, T. 11.06.2013, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.06.2020).

92 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 618; ÖZBEK vd., 2019, s. 641.

93 İÇEL, 2014, s. 644; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 624;

94 "Dava; kasten yaralama ve silahla tehdit suçlarına ilişkindir. İncelemeye konu dosyada, tekerrüre esas alınan ilama konu suç tarihinde sanığın, 18 yaşından küçük olduğu, cezasında TCK'nın 31/3. maddesi uyarınca indirim yapıldığı anlaşılmıştır. Bu açıklamalar karşısında; tekerrüre esas alınan ilama konu suçu işlediği tarihte 18 yaşını doldurmadığı anlaşılan ve dosyada yer alan adli sicil kaydına göre başkaca tekerrüre esas mahkumiyeti bulunmayan sanık hakkında hükümlenen cezaların, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve cezaların infazından sonra sanığın denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına karar verilmek suretiyle TCK'nın 58/5. maddesine aykırı biçimde kurulan kararda isabet bulunmamaktadır." (Yargıtay 4. CD, E. 2018/3835, K. 2018/12648, T. 26.06.2018, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.06.2020).

*doldurmayanların işledikleri fiiller tekerrüre esas olmaz” şeklinde farklılık gösterse de esasında iki kanunun da amacının çocukların işledikleri suçlar nedeniyle haklarında verilen mahkûmiyet kararlarının tekerrürde esas alınmasının engellenmesi olduğunu söylemek mümkündür<sup>95</sup>96.*

Önceki mahkûmiyetin farklı sebeplerle ortadan kalkmasını sağlayacak ceza hukukunda yer alan kimi kurumlar ile tekerrür ilişkisini incelemek gerekirse öncelikle tüm ihtimalleri göz önünde bulundurarak kesinleşmiş ceza mahkûmiyeti olmayan durumlarda tekerrür hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmayacağı şeklinde bir genel kuraldan bahsetmek mümkündür<sup>97</sup>. Özel olarak incelemek gerekirse ilk olarak genel af durumunda mahkûmiyet tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalktığından ortada bir mahkûmiyetin varlığından söz edilemeyecek ve dolayısıyla da tekerrür uygulanmayacaktır. Özel afta ise mahkûmiyetin diğer sonuçları varlığını koruduğundan tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır<sup>98</sup>.

Cezanın infazının ertelenmesinde denetim süresi içerisinde olsun ya da olmasın 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı ifade edildiğinden diğer koşulların varlığı halinde önceki mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil edecektir<sup>99</sup>. Buna karşılık 765 sayılı TCK m. 95'te denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlenmediği takdirde mahkûmiyet verilmemiş sayılacağından erteleme durumunda tekerrür hükümleri uygulanmamaktadır<sup>100</sup>.

Uzlaşma durumunda kamu davası açılmamış ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı, dava açılmış ise de düşme kararı verileceğinden yine mahkûmiyet hükmü söz konusu olmayacak ve tekerrür hü-

95 ÖZBEK vd., 2019, s. 641; ÖZBEK, 2019, s. 403.

96 “Sanık kasten yaralama suçundan yargılanmıştır. Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar nedeniyle tekerrür hükümleri uygulanamaz. Sanığın on sekiz yaşını doldurmadan işlediği suç esas alınarak hakkında yazılı şekilde mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 2. CD, E. 2009/354, K. 2010/471, T. 20.01.2020, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.06.2020).

97 İÇEL, 2014, s. 645.

98 ÖZBEK vd., 2019, s. 642; ÖZBEK, 2019, s. 401; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 619; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 657; ZAFER, 2016, s. 658.

99 İÇEL, 2014, s. 645; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 619; ZAFER, 2016, s. 658

100 ÖZBEY Özcan, *Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri*, TBB Dergisi, S. 88, 2010, s. 65; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 657; ÖZBEK vd., 2019, s. 642; ÖZBEK, 2019, s. 402

kümleri uygulanmayacaktır<sup>101</sup>. Benzer şekilde önödemenin varlığı halinde de esasında kamu davası açılmayacağından ortada tekerrüre esas alınacak bir mahkûmiyet hükmü bulunmayacaktır. Şikâyetten vazgeçme ve feragat durumlarında da tekerrür söz konusu olamayacaktır<sup>102</sup>.

Zamanaşımı ile tekerrür ilişkisi incelenirken dava zamanlaşımı ile ceza zamanlaşımı arasında farklılık bulunmaktadır. Dava zamanlaşımının olması durumunda tekerrür hükümleri uygulanmayacak olmakla birlikte ceza zamanlaşımının söz konusu olduğu durumlarda ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunduğundan tekerrür hükümleri uygulanmaya devam edecektir<sup>103</sup>.

Nihayet sonradan yürürlüğe giren bir kanun ile suç olmaktan çıkarılmış bir fiilden dolayı kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilse ve hatta bu karar infaz edilse dahi; TCK m. 7/3 hükmü gereği artık bu mahkûmiyet hükmüne dayanarak tekerrür hükümleri uygulamak mümkün değildir<sup>104</sup>. Zira TCK m. 7/1 hükmü uyarınca *“İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.”*

## B. Yeniden Suç İşlenmesi

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan bir başka koşul da yeniden suç işlenmesidir. Failin ikinci suçu, ilk suça ilişkin mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra işlemiş olması gerekmektedir<sup>105</sup>. TCK sistematğinde genel tekerrür sistemi kabul

101 ÖZBEK vd., 2019, s. 642; ÖZBEK, 2019, s. 401.

102 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 657; ÖZBEK vd., 2019, s. 642; ÖZBEK, 2019, s. 401-402.

103 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 657; ÖZBEK vd., 2019, s. 642; ÖZBEK, 2019, s. 402; İÇEL, 2014, s. 645.

104 ÖZBEK vd., 2019, s. 643; ÖZBEK, 2019, s. 402; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 619; ZAFER, 2016, s. 658.

105 “...Tekerrüre esas alınan hükmün ise ikinci suç tarihi olan 14.03.2006 tarihinden sonra 19.06.2006 tarihinde kesinleşmesi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı anlaşılmaktadır...” (Yargıtay CGK, E. 2010/1-10, K. 2010/7, T. 26.01.2010, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020).



edildiğinden yeniden işlenen suçun niteliği önem arz etmemektedir. Bununla birlikte suçun sübuta ermesi ya da teşebbüs aşamasında kalmasının tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından farklı sonuçlar doğurması mümkün değildir. Nihayet suçun hapis cezası ya da adli para cezası gerektiriyor olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>106</sup>.

Yeniden işlenen suçun niteliğinin kural olarak herhangi bir önemi bulunmasa da TCK m. 58/4'te bu hususa ilişkin bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. Madde metnine göre *“Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî 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 sabtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.”* Burada zikredilen istisnalardan yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler ile ilgili açıklamalar daha önce yapıldığından burada bu husus üzerinde durulmayacaktır<sup>107</sup>.

İstisna kapsamında ilk olarak değerlendirilmesi gereken kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmaması hususudur. Madde metninde bu husus açıkça yer almakla birlikte taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrindeki kimi yazarlar taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını ileri sürmekte iken<sup>108</sup> baskın görüş taksirli suçlar arasında da tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>109</sup>. Taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını ileri süren Demirbaş'a göre tekerrürde suç işleyen kişiyi özel infaz rejimine tabi tutmanın sebebi faildeki iradenin yoğunluğu olup taksirli suçlarda kişide suç işlemeye yönelik bir irade bulunmaması nedeniyle bu şekilde bir yoğunluktan söz etmek mümkün değildir. Bu sebeple de taksirli suçlarda tekerrür hükümler-

106 ÖZBEK vd., 2019, s. 643; ÖZBEK, 2019, s. 402; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 619; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 657; İÇEL, 2014, s. 646.

107 Bkz. yukarıda s. 16.

108 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 658; ZAFER, 2016, s. 661.

109 ÖZBEK vd., 2019, s. 643; ÖZBEK, 2019, s. 402; İÇEL, 2014, s. 646; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 623; ÖZBAY, 2010, s. 76.

ri uygulanmaz. Bununla birlikte, bilinçli taksirle işlenen suçlarda söz konusu hükümlerin uygulanması kabul edilebilir<sup>110</sup>. Buna karşılık ise 5237 sayılı TCK ile tekerrür halinde ikinci cezanın artırılması öngörülmediğinden ve dikkatsiz bir kişinin yeniden suç işlemesi dolayısıyla denetim altına alınmasında fayda bulunduğu gerekçesiyle, taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı görüşünün isabetli olmadığı ileri sürülmüştür<sup>111,112</sup>.

Tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı bir başka suç tipi ise sırf askeri suçlar ile diğer suçlardır<sup>113</sup>. Kanunun açık ifadesiyle bu iki tip suç arasında da tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Burada sırf askeri suçun ne olduğunu açıklamak için öncelikle askeri suçları incelemek gerekmektedir. Askeri suçlar kural olarak sırf askeri suçlar ve askeri suç benzerleri olarak ikiye ayrılırlar<sup>114</sup>. Sırf askeri suçlar, bir asker kişinin askeri bir hizmet veya görevin ihlali şeklinde işlenen ve fakat askerlik sıfatına sahip olmayan kişiler tarafından işlenmesi mümkün olmayan, nihayet genel ceza kanunlarında da hiçbir biçimde yer almayan askeri suçlar olarak tanımlanabilir<sup>115</sup>. Bununla birlikte askeri suç benzerleri ise asker olmayan kişilerce de işlenmesi mümkün olan ve askeri bir menfaati koruma gayesi güden, kısmen ya da tamamen genel ceza kanunlarında da suç tipi olarak düzenlenmiş suçlardır<sup>116</sup> ve kural olarak bu suçlara ilişkin mahkûmiyet kararları tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi açısından kabul edilir niteliktedir<sup>117</sup>. Son olarak bir asker tarafından işlenen askeri

110 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 658.

111 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 623.

112 Her iki suçun da taksirle işlenmesi durumunda tekerrür hükümlerinin uygulanacağına yönelik bkz. Yargıtay 2. CD, E. 1991/9296, K. 1991/10254, T. 09.10.1991, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020.

113 “Üste fiilen taarruz suçundan Askeri Ceza Yasasının 91. maddesi gereğince mahkûm olunan sanığın bu cezasının niteliği ve TCY’nin 87/3. maddesi hükmü gözetilmeden tekerrüre esas kabul edilerek (TCY’nin 266/1, 571/1 maddeleri ile) tayin olunan cezaların TCY’nin 81/1. maddesi ile artırılması...” (Yargıtay 4. CD, E. 1984/922, K. 1984/1135, T. 23.02.1984, DEMİRBAŞ Timur / ERDEM Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku Pratik Çalışmalar*, Ankara, 2014, s. 283).

114 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 658.

115 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 623; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 658;

116 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 658.

117 “Askeri Ceza Yasasının 132. maddesinde düzenlenen suçun konusu hırsızlık olduğuna göre, bu suçun kurucu unsurlarının Türk Ceza Yasasında düzenlenen hırsızlık suçundan alındığı, keza Askeri Ceza Yasasının 3. Bap 8. Faslında yer alan bir suç olması itibarıyla gerek öğretide, gerekse yargısal kararlardaki tanımlara göre “sırf askeri suç” sayılmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle Askeri Ceza Yasasının 132. maddesi uyarınca verilmiş bir mahkûmi-

suç benzerleri arasında tekerrür hükümlerini uygulamak mümkün olduğu gibi, sırf askeri suçlar arasında da söz konusu hükümlerin uygulanması mümkündür<sup>118</sup>.

### C. Süre Şartı

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan son koşul süre olarak karşımıza çıkmaktadır. Kimi yazarlarca sürenin tekerrürün doğrudan koşulu olmadığı ifade edilmiş olsa da<sup>119</sup> genel kabul gören görüşe göre süre de diğer iki koşul gibi tekerrürün koşullarından birisidir.

765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK da süreli tekerrür sistemini kabul etmiş ve failin ikinci kez işlediği suçun, ilk suçun cezası infaz edildikten sonra belli bir süre içerisinde işlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bu anlamda süreler açısından ikili bir ayırım yapılmıştır. Söz konusu ayırma göre *“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 adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl”* geçtikten sonra işlenen suçlar açısından tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir<sup>120</sup>. 765 sayılı TCK'da ise bu süreler on ve beş yıl olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu sürelerin hangi tarihten itibaren başlayacağı önem arz etmektedir. TCK'da açıkça cezanın infaz edildiği tarihin esas alınacağı belirtilerek 765 sayılı TCK'daki cezanın infazı ve düşmesinden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla cezanın düşmesinin söz konusu olduğu durumlarda artık sürelerin geçmesi beklenmeyecek ve tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır<sup>121</sup>.

---

yet hükmü tekerrüre esas alınabilecektir.” (Yargıtay CGK, E. 1999/11-159, K. 1999/174, T. 22.06.1999, DEMİRBAŞ / ERDEM, 2014, s. 283).

118 İÇEL, 2014, s. 646.

119 ÖZBEK vd., 2019, s. 644; ÖZBEK, 2019, s. 403.

120 “...Sanığın adli sicil kaydında yer alan ve 24.05.1998 tarihinde bihakkın tahliye edilmek suretiyle infaz edildiği anlaşılan önceki mahkumiyetinin infazının üzerinden üç yıldan fazla süre geçtiği gözetilmeden TCK'nın 58/2-b bendine aykırı olarak uygulama yeri bulunmadığı halde, cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ve taktiren 2 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi yasaya aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükmün istem gibi (BOZULMASINA)...” (Yargıtay 10. CD, E. 2006/3585, K. 2006/6140, T. 26.04.2006, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020).

121 ÖZBEK vd., 2019, s. 644; ÖZBEK, 2019, s. 403.

Tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması açısından esas alınacak olan tarih suçun işlendiği tarih olup fail tarafından işlenen ikinci suça ilişkin mahkûmiyet kararının da bu süre içerisinde verilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır<sup>122</sup>.

Kanunda belirtilen 3 ve 5 yıllık sürelerin başlayabilmesi için cezanın infaz edilmesi şarttır<sup>123</sup>. Bununla birlikte tekerrür hükümlerini uygulayabilmek için infaz gerekli olmadığından ceza infaz edilmediği sürece tekerrür hükümlerinin her zaman uygulanabilmesi mümkündür. Sürenin tekerrürün doğrudan koşulu olmadığını ileri süren yazar da gerekçe olarak bu hususu öne sürmektedir<sup>124</sup>.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107/4. maddesi uyarınca koşullu salıverilmeye ceza denetim süresinin bittiği tarihte çekilmiş sayılacağından<sup>125</sup>, tekerrüre ilişkin süre de bu tarihten itibaren başlayacaktır<sup>126</sup>.

Kanunda ilk suçun cezasının özel af ile başka cezaya çevrilmesi yahut bir kısmı affedilmiş olduğu takdirde tekerrür sürelerinin hangi cezaya göre belirleneceğine ilişkin açıklık bulunmamakla birlikte, özel af ceza mahkûmiyetini değil infazı etkileyen bir kurum oldu-

122 İÇEL, 2014, s. 646; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 620; ZAFER, 2016, s. 658; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 660.

123 "...Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanığın adli sicil kaydında yer alan mahkûmiyet hükmü ile ilgili olarak, sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına değerlendirilmesine yönelik bir uyarılma yapıp yapılmadığı araştırılmadan, uyarılma yapılmamış ise, mahkemesince uyarılma yapılması sağlanmadan, sabıkalı olan sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimine ve cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin isabetli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir... Buna göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl geçmekle tekerrür hükümleri uygulanmayacak, bu süreler cezanın infaz tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır... Sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (Yargıtay CGK, E. 2012/10-8, K. 2012/193, T. 15.05.2012, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020).

124 ÖZBEK vd., 2019, s. 644-646; ÖZBEK, 2019, s. 403.

125 "Sanığın eski hükümlülüğü, Manisa Ağır Ceza Mahkemesinin 1975/181-263 sayılı kararıyla TCK'nın 448, 51/1, 59. maddeleri uyarınca 15 yıl ağır hapis cezası olup 16.05.1985 tarihinde şartla salıverilmiştir. Sanığın bihakkın salıverilme tarihi ise 16.05.1990 günüdür. Sabıkasını oluşturan cezanın 5 yıldan fazla olması nedeniyle, cezasını bihakkın çektiği 16.05.1990 tarihinden itibaren 10 yıl içinde, 20.08.1996 günü direnmeye konu olan hırsızlık suçunu işlediğinden tekerrür nedeniyle TCK'nın 81/1. maddesi uyarınca cezasının artırılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (Yargıtay CGK, E. 1998/6-182, K. 1998/244, T. 23.06.1998, DEMİRBAŞ / ERDEM, 2014, s. 282).

126 ÖZBEK vd., 2019, s. 645; ÖZBEK, 2019, s. 403.

ğundan tekerrür sürelerinin belirlenmesinde ilk mahkûmiyet kararının dikkate alınması isabetli olacaktır<sup>127</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki cezanın özel af yahut zamaşımı gibi sebeplerle düşmesi durumunda da tekerrür sürelerine esas alınacak tarih bakımından kanunda netlik bulunmamaktadır. Tekerrür sürelerinin belirlenmesi açısından cezanın infaz edilmesi dikkate alındığından, cezanın hiç infaz edilmemesi veya özel af ya da zamaşımı gibi nedenlerle hiç infaz edilemeyecek hale gelmesi durumu tekerrür hükümleri açısından önem arz etmemektedir. Kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının varlığı söz konusu olduğu müddetçe tekerrür hükümlerini uygulamak mümkün olacak, bu durumda ise kanunun benimsediği süreli tekerrür süresinden ayrılarak süresiz tekerrür sistemi geçerli olacaktır<sup>128</sup>.

## 5. Tekerrürün Sonuçları

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı ve de karşılaştırmalı hukuktaki yeni eğilimlerle paralellik arz edecek biçimde tekerrüre cezanın ağırlaştırılması sonucu bağlanmamıştır<sup>129</sup>. Tekerrürün sonuçları ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapılsa da esasında tekerrürün üç önemli sonucu olduğunu söylemek mümkündür<sup>130</sup>. Bu sonuçlar; TCK m. 58/3 hükmü uyarınca “*Sonraki suça ilişkin kanun madde-sinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunması*”, cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi ve de nihayet cezanın infazının tamamlanmasından sonra fail hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasıdır<sup>131</sup>. Bu son iki sonuç da TCK m. 58/6'da “*Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu sonuçlardan seçenек ceza öngörülen durumda hapis cezasına hükmetme zorunluluğu bu kısımda açıklanacak, infaz hukukuna ilişkin diğer sonuçlar ise ikinci bölümde ele alınacaktır.

127 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 620.

128 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 620; ZAFER, 2016, s. 658.

129 İÇEL, 2014, s. 647.

130 ÖZBEK vd., 2019, s. 645; ÖZBEK, 2019, s. 404; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 660-662.

131 KAN, 2019, s. 442.

Her ne kadar 5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tekerrür durumunda cezanın artırılması benimsenmemiş olsa da, esasında 58/3 hükmü cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracak niteliktedir. Söz konusu kanun maddesine göre, failin işlemiş olduğu ikinci suça ilişkin kanun maddesinde seçenек yaptırım olarak hapis ve adli para cezası birlikte öngörölmüş olması durumunda hâkimin adli para cezasına hükmetmesi mümkün olmayacak, hapis cezasına hükmetmek zorunda kalacaktır<sup>132</sup>. Öte yandan doktrinde bu şekilde hapis cezasına hükmetme zorunluluğu bulunması karşısında, yeniden TCK m. 50 kapsamında kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına ya da başkaca bir güvenlik tedbirine çevrilmesinin kanunun amacı ile bağdaşmadığı ileri sürölmektedir<sup>133</sup>.

Bununla birlikte kanunda tekerrürün direkt sonucu olarak düzenlenmemekle birlikte; tekerrür durumunda takdiri indirim nedenlerinin güçleşebileceği ifade edilmektedir. Nitekim takdiri indirim nedenlerinin düzenlendiği TCK m. 62/2'de failin geçmişine yer verilmiş, bu husus da cezanın belirlenmesine yönelik 61. maddede düzenlenmeyip indirim sebeplerinin düzenlendiği maddede yer alması sebebiyle failin sabıkasının indirime etkili olması gerektiği şeklinde değerlendirilmiştir<sup>134</sup>. Ayrıca tekerrür durumu, daha önce işlenen suçun TCK m. 51/1-a'da öngörölen kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma şartını ihlal edebilecek olması sebebiyle hapis cezasının ertelenmesine mâni olabilecektir. Son olarak sanık hakkında CMK m. 231/6-a hükmü uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş olması şartı

132 "Sanığın sabıkasına esas ilamları nedeniyle mükerrir olduğu ve 5237 sayılı TCK'nın 58/3. maddesi uyarınca sanık hakkında temel ceza belirlenirken seçenekli yaptırımlardan hapis cezasına hükmedilmesi gerektiği gözetilmektedir." (Yargıtay 2. CD, E. 2009/41, K. 2010/1151, T. 25.01.2020, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.06.2020).

133 İÇEL, 2014, s. 647.

134 "Sabıka kaydında birden fazla geçmiş hükümlülüğü bulunan ve bu sabıkaları nedeniyle hakkında tekerrür hükümleri uygulanması gereken... sanık hakkında, kendisini yargılama sürecinde bizzat gözlemleyen yerel mahkemece... hüküm fıkrasında; "nedenleri bulunmadığından sanığın cezasından başkaca yasal veya takdiri sebeplerle arttırma veya indirim yapılmasına takdiren yer olmadığına", kararın gerekçe bölümünde ise; "tüm dosya kapsamına göre de sanık lehine yasal veya takdiri indirim sebeplerinin uygulanmasını gerektirir hiçbir sebep bulunmadığı" şeklindeki takdiri indirimin uygulanmamasına ilişkin gerekçenin de denetime elverişli, yasal ve yeterli olduğu kabul edilmelidir..." (Yargıtay CGK, E. 2012/4-277, K. 2012/4, T. 31.01.2012, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020).

arandığından, mükerririn işlemiş olduğu ilk suç nedeniyle ikincisinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması engellenebilecektir<sup>135</sup>.

## II. MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ

### 1. Genel Olarak

Tekerrürün sonuçlarından birisinin yeniden suç işleyen kişi hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu husus TCK m. 58/6'da düzenlenmiş olup TCK m. 58/7'de de *“Mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla kurulan mahkûmiyet hükmünde cezanın infazının mükerrirlere özgü infaz rejimi ile gerçekleştirileceği ve sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı belirtilecek ve fakat denetim süresine ilişkin bir değerlendirme yapılmayacaktır<sup>136</sup>. Sürenin belirlenmesi infaz aşamasında gerçekleştirilecektir<sup>137</sup>.

Öte yandan tehlikelilik kapsamında değerlendirilen itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi ve örgüt mensubu kişiler hakkında da TCK m. 58/9'da yer alan *“Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.”* hükmü uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanır.

135 İÇEL, 2014, s. 647-648.

136 “Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı, süresi ve bu hususta karar verecek merci 5275 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Tekerrür nedeniyle belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi, infaz aşamasında belirlenmelidir. Hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmesi suretiyle yetinilmesi gerekir...” (Yargıtay 2. CD, E. 2009/575, K. 2010/819, T. 21.01.2010, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020).

137 “Mükerrir olan sanık hakkında 5237 sayılı TCY'nin 58/7. maddesi gereğince “mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına” karar verilmesi ile yetinilmesi yerine, 5275 sayılı Yasanın 108/4-5-6 madde ve fıkralarına aykırı biçimde denetimli serbestlik süresinin belirlenmesi, yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 4. CD, E. 2007/10935, K. 2009/6782, T. 08.04.2009, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020); Benzer yönde bkz. Yargıtay 9. CD, E. 2006/1683, K. 2006/5004, T. 05.10.2006, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020.

Belirtmek gerekir ki söz konusu rejimin uygulanabilmesi için sonradan işlenen suçla ilişkin verilen mahkûmiyet hükmünün hapis cezası olması gerekmektedir. Tekerrür durumunda verilecek ceza adli para cezası olduğu takdirde mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmaz<sup>138</sup>.

Mükerrirlere özgü infaz rejimi ise 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun “Mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri” başlıklı 108. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun maddesinde ilk değişiklik 2014 yılında 6545<sup>139</sup> sayılı kanunla yapılarak maddenin kapsamı ilk haline oranla oldukça genişletilmiştir. Nihayet 14.04.2020 kabul tarihli 7242<sup>140</sup> sayılı Kanun ile de maddenin son hali düzenlenmiş ve mükerrirlere özgü infaz rejimi ile ilgili önemli yenilikler getirilmiştir. Yürürlükte olan madde metni şu şekildedir:

***Madde 108- (1)** Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;*

*a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,*

*b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,*

*c) (Ek:14/4/2020-7242/49 md.) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz iki yılının,*

*d) Süreli hapis cezasının üçte ikisinin,*

*İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu*

138 “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 58/6. maddesine göre, tekerrür halinde hükümlenen cezanın, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi ve aynı maddenin 8. Fıkrasında yer alan mükerrirlerin mahkum olduğu cezanın infazıyla denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının, kanunda gösterilen şekilde yapılması gerektiği biçimindeki düzenlemeler doğrultusunda, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108/1-c maddesinde, tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan süreli hapis cezasının dörtte üçünün infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, şartla salıverilmenden yararlanabileceği ve ancak aynı maddenin 2. Fıkrasına göre, tekerrür sebebiyle şartla salıverilme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağına dair hükümler içerdiği nazara alındığında, mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanabilmesi için hapis cezasına hükmedilmesi gerektiği cihetle, hakkında para cezasına hükmedilen sanığın cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumunun ihbar olduğu anlaşılmış olmakla...” (Yargıtay 13. CD, E. 2012/1771, K. 2012/10095, T. 02.05.2012, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020); Benzer yönde bkz. Yargıtay 9. CD, E. 2012/11583, K. 2013/3032, T. 26.02.2013; Yargıtay 18. CD, E. 2018/22, K. 2018/11052, T. 10.09.2018, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020.

139 RG. 28.06.2014/29044.

140 RG. 15.04.2020/31100.



salverilmeden yararlanılabılır. **(Ek cümle:14/4/2020-7242/49 md.)** Ancak, koşullu salverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salverilme oranı uygulanır.

**(2)** Tekerrür nedeniyle koşullu salverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.

**(3)** İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salverilmez. **(Ek cümle:14/4/2020-7242/49 md.)** Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.

**(4)** İnfaz hâkimi, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.

**(5)** Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

**(6)** İnfaz hâkimi, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.

**(7) (Ek: 18/6/2014-6545/82 md.)** Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler; infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

**(8) (Ek: 18/6/2014-6545/82 md.)** Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salverilme süreleri uygulanır.

**(9) (Ek: 18/6/2014-6545/82 md.)** Birinci fıkradaki koşullu salverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. **(Ek cümle:14/4/2020- 7242/49 md.)** Ancak, süreli hapis cezaları bakı-

*mından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:*

- 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*

**(10) (Ek:18/6/2014-6545/82 md.)** Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

**(11) (Ek:18/6/2014-6545/82 md.)** Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.

Doktrinde kanunda mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması kavramı kullanılması bir anlamda eleştirilmiş ve esasında mükerrirlere özgü farklı bir infaz rejimi uygulanmayıp yalnızca koşullu salıverilme süresinin uzatılması ve infazdan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının söz konusu olduğu ifade edilmiştir<sup>141</sup>. Bununla birlikte bu iki duruma ek olarak mükerrirlerin cezalarını yüksek güvenliklı kapalı ceza infaz kurumlarında çektiklerini belirtmek faydalı olacaktır<sup>142</sup>.

## **2. Koşullu Salıverilmenin Gecikmesi**

Suçta tekerrür olması durumunda fail hakkında hükmedilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceği ve bu husu-

141 DEMİRBAŞ Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2019, s. 600; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 661.

142 ZAFER, 2016, s. 659.

sun da mahkûmiyet kararında belirtileceğini daha önce ifade etmiş-tik. İşte mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanması durumunda fail hakkındaki en önemli farklılık, koşullu salıverilme süresinin gecikmesinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de mükerrirlere ilişkin koşullu salıverilme sürelerini düzenleyen 5275 sayılı Kanunun 108/1. maddesinde söz konusu süreler; *“Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılın, müebbet hapis cezasının otuz üç yılın, birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz iki yılın, süreli hapis cezasının üçte ikisinin infaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir”* olarak mükerrir olmayan mahkûmlar için öngörülen sürelerle oranla daha uzun olacak şekilde düzenlenmiştir<sup>143</sup>. Nitekim mükerrir olmayan kişiler için söz konusu süreler 5275 sayılı Kanunun 107/2. maddesinde, istisnalar ayrıık olarak değerlendirmekle birlikte, *“Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmi dört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.”* şeklinde yer almaktadır. Dolayısıyla esasında süreli hapis cezalarında 7242 sayılı Kanunla getirilen son düzenlemelerle birlikte kural olarak koşullu salıverilme süresi cezanın yarısı iken, mükerrirlerde bu oran 2/3 olarak düzenlenmiştir.

Mükerrirlere özgü infaz rejiminde dikkate alınacak bir diğer husus 5275 sayılı Kanunun 108/2. maddesi uyarınca tekerrür nedeniyle koşullu salıverilme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından daha fazla olamayacağı hususudur<sup>144</sup>. Söz konusu hükmün yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalar için uygu-

143 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 621; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 661; İÇEL, 2014, s. 648.

144 “5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkındaki Yasanın 108/2. maddesi uyarınca tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağının anlaşılması karşısında; sanık hakkında, tekerrüre esas alınan Diyarbakır 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/12/2013 gün 2013/703 Esas, 2013/805 Karar sayılı ilamında birden fazla suçtan mahkûmiyetin bulunduğu ve bu suçların içinde en ağırının nitelikli hırsızlık suçundan hükmedilen 7 ay hapis cezası olduğu ve bu hükümlülüğün tekerrüre esas alınması gerektiğinin karar yerinde gösterilmemesi suretiyle, infazda duraksamaya neden olunması, bozmayı gerektirmiş...” (Yargıtay 6. CD, E. 2018/2544, K. 2018/6231, T. 17.10.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020); Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. CD, E. 2006/7191, K. 2009/7914, T. 02.11.2016, DEMİRBAŞ / ERDEM, 2014, s. 281.

lanacağı ve önceki mahkumiyetin adli para cezası olması durumunda nasıl bir yol izleneceğinin belli olmadığı şeklinde değerlendirmeler yapılmakla birlikte<sup>145</sup> doktrinde Özgenç tarafından tekerrüre esas alınan önceki suça ilişkin mahkumiyetin adli para cezası olması durumunda, buna karşılık gelen gün sayısının TCK m. 63 hükmü uyarınca 1 gün = 100 TL olacak şekilde hesaplanabileceği ve bu hesaplama sonucunda ortaya çıkan gün sayısının 108/2 kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir<sup>146</sup>. Öte yandan böyle bir değerlendirme yapabilmek amacıyla, birden çok mahkûmiyet hükmü bulunan durumlarda hangi hüküm fıkrasının tekerrüre esas alınacağına da belirtilmesi gerekmektedir<sup>147148</sup>.

Tekerrür durumunda uygulanacak infaz rejiminde vurgulanması gereken bir başka husus da 5275 sayılı Kanunun 108/3. maddesi uyarınca kişi hakkında ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusu olduğunda, yani tekerrürün tekerrürü karşımıza çıktığında artık o kişi hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmayacak ve kişi koşullu salıverilme imkanından yararlanamayacaktır<sup>149</sup>.

Son olarak 7242 sayılı Kanun ile getirilen yenilikleri incelemekte fayda bulunmaktadır<sup>150</sup>. Söz konusu yeniliklerden ilki daha önce de belirtildiği üzere koşullu salıverilmeye ilişkin uygulanan ve kanunun 108/1-d maddesinde düzenlenen 3/4 oranının 2/3'e indirilmesidir. Öte yandan kanunun 108/1 maddesine yeni bir bent eklenerek; bir-

145 ZAFER, 2016, s. 661

146 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*; Ankara, 2019, s. 900.

147 KAN, 2019, s. 445.

148 "...5275 sayılı Yasanın 108/2. maddesi uyarınca tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresi eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağına belirtilmesi, Mahkemece mükerrirlik uygulamasına esas alınan Sarıyer Asliye Ceza Mahkemesinin 2000/1052-1422 sayılı kararında, sanığın birden fazla yakınana karşı işlemiş olduğu eylemler nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verildiği, aynı ilam içerisinde farklı kişilere karşı işlenen eylemler nedeniyle hükmolunan cezaların her birinin, birbirinden bağımsız ve ayrı bir hüküm olduğu, 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesindeki düzenlemenin sonuçları infaz hukukunu ilgilendirse bile, anılan düzenlemenin infazla ilgili bir hüküm olmadığı, bu nedenle de infaz aşamasında dikkate alınmasının olanaklı bulunmadığının anlaşılması karşısında; tekerrüre esas alınan ilamdaki hangi hüküm fıkrasının mükerrirlik uygulamasına esas alındığının gösterilmesi zorunluluğuna uyulmaması..." (Yargıtay 6. CD, E. 2010/24987, K. 2011/428, T. 25.01.2011, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020).

149 DEMİRBAŞ, 2019a, s. 661; İÇEL, 2014, s. 649.

150 Yargıtay 3. CD Başkanı Osman Atalay'ın yeni infaz paketi ile ilgili hazırlamış olduğu tablo için bkz. s. 5 <http://d.barobirlik.org.tr/2020/kosullusaliverilmeoranlari/> (E.T. 03.08.2020).

den fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet söz konusu olduğunda mükerririn, en fazla 32 yılı ceza infaz kurumunda iyi halli olarak çekmesi durumunda koşullu salıverilmeden yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca 1. Fıkranın sonuna koşullu salıverilme oranı 2/3'ten fazla olan suçlar için bu suçların tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanacağı eklenmiştir. Dolayısıyla örneğin koşullu salıverilme oranı 3/4 olarak uygulanan Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlarda tekerrür olması durumunda 2/3'lük oran değil 3/4'lük oran uygulanacaktır.

7242 sayılı kanunla getirilen bir başka yenilik ikinci kez tekerrür gerçekleşmesi durumudur. 108/3'e eklenen ibare ile hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda bu hususun hükümde belirtileceği kararlaştırılmıştır. Nihayet söz konusu kanunla koşullu salıverilme sürelerine ilişkin yapılan bir başka düzenleme de 9. Fıkrafta yer alan suç tipleri için koşullu salıverilme oranının 3/4 olarak uygulanacağını düzenlenmesidir.

### 3. Cezanın İnfazından Sonra Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması

Mükerrirlere özgü infaz rejiminde koşullu salıverilme süresinin uzamasıyla birlikte bir başka uygulama da cezanın infazında sonra mükerrir hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasıdır<sup>151</sup>. Mükerrir hakkında kurulan mahkûmiyet kararında bu husus belirtilecek, bununla birlikte denetim süresinin ne kadar olacağı ceza infaz edildikten sonra infaz hâkimi tarafından saptanacaktır<sup>152</sup>. Dolayısıyla hüküm kuran mahkeme yalnızca mükerrir hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmekle yetinecek ve fakat tedbirin süresi infaz hakimince takdir edilecektir<sup>153</sup>.

151 “5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi, örgüt mensubu olan hükümlü hakkında tayin olunan hapis cezasının infazı sırasında ve infazından sonra uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri uygulamasını getirmiş, ayrıca infaz rejiminin de buna göre belirlenmesini öngörmüştür. Maddenin kapsam ve amacından da anlaşılacağı üzere bu hususlar ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup...” (Yargıtay 9. CD, E. 2009/11138, K. 2010/4988, T. 06.05.2010, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020).

152 İÇEL, 2014, s. 649; DEMİRBAŞ, 2019a, s. 661; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 622; ÖZBEK vd., 2019, s. 646-648; ÖZBEK, 2019, s. 404.

153 “Hükümde tekerrüre esas alınan ilamın gösterilmesine gerek bulunmadığı gibi 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkındaki Kanunun 108/3. maddesindeki düzenlemenin infaz aşamasını ilgilendirdiği gözetildiğinde, kararda sanığın ikinci kez mükerrir oldu-

Denetim süresi 5275 sayılı kanunun 108/4. maddesi uyarınca en az bir yıl olacak şekilde belirlenecek, 108/6. maddesi uyarınca da denetim süresi toplamda en fazla beş yıl olacak şekilde de infaz hâkimi tarafından uzatılabilecektir<sup>154</sup>.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108/5. maddesi uyarınca kararlaştırılan denetim süresi içerisinde koşullu salıverilmenin denetim süresine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu kapsamda infaz hakimince denetim süresi içerisinde uygulanabilecek iki farklı rejim olduğu ifade edilmektedir. Bunlar mükerrir hükümlü için uzman bir rehberin görevlendirilmesi ile görevlendirilmemesidir<sup>155</sup>.

Denetimli serbestlikte uygulanacak rejimlerden ilki CGTİHK m. 107/9 uyarınca hükümlüye süre içerisinde rehberlik etmesi amacıyla bir uzman kişinin görevlendirilmesidir. Söz konusu hükme göre *“İnfaz hâkimi, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği*

---

ğuna ilişkin bir karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır sadece tekerrüre esas sabıkası bulunduğundan TCK'nın 58. maddesi uyarınca cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesinin yeterli olduğu, bu hususun infaz aşamasında dikkate alınabileceği ancak somut olayda temiz edilmeksizin kesinleşen Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/12/2015 tarihli ve 2014/443 esas, 2015/510 sayılı Kararında hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanma koşullarının gerçekleşmesine rağmen gerekmediği halde infazı kısıtlar biçimde hükümlü hakkında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108/1-c maddesinin uygulanmasına karar verildiği anlaşılmakla artık hükümlü hakkında verilecek ek kararla 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108/3. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığı, sanık lehine kazanılmış hak oluştuğundan kanun yararına bozma talebine dayanılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına göre yukarıda açıklanan nedenle yerinde görüldüğünden ... kararın kanun yararına bozulmasına...” (Yargıtay 1. CD, E. 2018/611, K. 2018/1265, T. 19.03.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020);

“5237 sayılı TCK'nın 58/7. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, ayrıca denetimli serbestlik tedbiri süresinin de gösterilmesi, yasaya aykırı olduğundan hüküm fıkrasındaki “5275 sayılı Yasa'nın 108/4. maddesi gereğince cezasının infazından sonra taktiren 1 yıl süre ile hakkında denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına” ibarelerinin çıkarılarak, “cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına” cümlesinin hükme eklenmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına...” (Yargıtay 7. CD, E. 2009/16580, K. 2012/4058, T. 07.03.2012, www.karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 12.06.2020); benzer yönde bkz. Yargıtay 6. CD, E. 2010/26840, K. 2013/14950, T. 25.06.2013, www.kazanci.com, E.T. 12.06.2020; Yargıtay 10. CD, E. 2006/11898, K. 2006/13020, T. 22.11.2006, DEMİRBAŞ / ERDEM, 2014, s. 281-282.

154 DONAY, 2014, s. 177.

155 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 622; ZAFER, 2016, s. 659-660.

*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 infaz hâkimine verir.” Ayrıca 7242 sayılı Kanunla eklenen hükme göre “İnfaz hâkimi ayrıca, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenecek yükümlülüklere tabi tutulmasına karar verebilir. Bu karar gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü, risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak hükümlüyü; a) Belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma, b) Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme, c) Belirlenen programlara katılma, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutar. Denetimli serbestlik müdürlüğü hükümlünün risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak yükümlülükleri değiştirebilir.” Öte yandan 107/7 hükmü uyarınca da “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.”*

Denetimli serbestlikte uygulanacak ikinci rejim ise hükümlü mükerrir hakkında ona rehberlik edecek bir uzman kişinin görevlendirilmemesidir. Bu husus da 5275 sayılı Kanununun 107/10. maddesinde “İnfaz hâkimi, 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.” şeklinde düzenlenmiştir.

Son olarak mükerrirler ile ilgili denetimli serbestlik hizmetlerinin nasıl yürütüleceğinin Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 96. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlendiğini ifade etmek gerekmektedir<sup>156</sup>.

156 Salıverilme sonrası mükerrirler hakkında verilen denetimli serbestlik tedbirinin infazı Madde 96 - (1) Mükerrirler hakkında verilen denetimli serbestlik tedbiri; salıverilme sonrası hükümlünün, toplum içinde denetim ve takibinin yapılarak, iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılması ile yeniden suç işleme riskinin azaltılmasına yönelik rehberlik çalışmalarına katılma yükümlülüğüdür.

#### 4. Disiplin Hapsi Uygulanması

Mükerrir hükümlünün denetimli serbestlik tedbirlerine tabi tutulması gerekliliği ile birlikte kimi yazarlarca hükümlünün bu tedbirler dolayısıyla yerine getirmesi gereken yükümlülükleri yapmaması durumunda kişi hakkında nasıl bir önlem alınacağı sorun teşkil ettiği vurgulanmaktadır. Doktrinde kimi yazarlar tarafından kanunda bu tedbirlere uymamanın yaptırımı belirlenmediğinden bu durumda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının mutlak bir sonuç vermeyeceği ileri sürülmüştür. Böylesi bir riskin güvenlik tedbirlerinin tamamında söz konusu olduğu ve esasında bu sebeple güvenlik tedbirlerine ilişkin özgün bir sistem kurulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>157</sup>. Kimi yazarlar tarafından da esasında mükerrir hükümlü hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbirlerinin kişiyi doğru yola yönlentecek nitelikte oldukları gerekçe gösterilerek, bu yaptırımlara uymanın öncelikle hükümlünün yararına olacağı belirtilmiştir<sup>158</sup>.

---

(2) Salıverilme sonrası mükerrir hakkındaki denetimli serbestlik tedbirine ilişkin karar, hapis cezasının infazından önce gönderilirse bu karar kaydedilmeyerek, Cumhuriyet başsavcılığına iade edilir. Kararın, 5237 sayılı Kanununun 58 inci maddesinin altıncı fıkrası ile 5275 sayılı Kanununun 108 inci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince hapis cezasının tamamen infazından sonra gönderilmesi istenir.

(3) Salıverilme sonrası mükerrir hükümlü hakkında verilen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin kararda, denetimli serbestlik tedbirinin süresinin belirtilmemesi durumunda, karar kaydedilmeden önce mahkemeye geri gönderilerek tedbirin süresinin belirlenmesi istenir.

(4) Salıverilme sonrası mükerrir hakkında verilen denetimli serbestlik tedbirinin kayıt işlemleri tamamlandıktan sonra hükümlüye tebligat çıkartılır. Hükümlünün, müdürlüğe müracaat etmesinden sonra risk ve ihtiyaçları belirlenir. Hükümlü ile iş birliği içerisinde hükümlünün ihtiyaçlarına uygun bir denetim planı hazırlanır. Hazırlanan denetim planı içeriğinde, hükümlünün ihtiyaçları dikkate alınarak uygun iyileştirme çalışmaları yürütülmesine yer verilir.

(5) Hükümlünün tebligatta belirtilen süre içerisinde başvuruda bulunmaması veya denetimli serbestlik tedbirlerini yerine getirmemesi ya da denetim planında belirlenen programlara katılmaması halinde; hükümlü, müdürlüğe gelmesi ve yükümlülüğe uyması konusunda uyarılır. Uyarıya rağmen hükümlünün yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemesi halinde ilgili kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları ya da gönüllü kişilerle iş birliği içerisinde hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına, toplum içinde denetim ve takibine devam edilir.

(6) Bu madde kapsamında; yürütülecek iyileştirme çalışmaları bu Yönetmeliğin 37 nci maddesinde belirtilen esaslara göre yerine getirilir.

(7) Mükerrirlere özgü infaz rejimi kapsamında hükümlü hakkında belirlenen denetimli serbestlik tedbiri, hapis cezasının tamamen infazından sonra denetim planının hazırlanmasıyla, hazırlanamama durumunda kararın hükümlüye tebliği ile başlar, mahkemece belirtilen sürenin tamamlanması ile sona erer.

157 İÇEL, 2014, s. 649-650.

158 ÖZGENÇ, 2019, s. 902.



Uygulanan denetimli serbestlik tedbirlerine uyulmamasının yaptırımı olmadığı görüşünü ileri süren yazarlara karşılık 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 108/7. maddesinde öngörülen disiplin hapsinin uygulanacağı görüşü ileri sürülmüştür<sup>159</sup>. 2014 yılında 6545 sayılı kanunla madde metnine eklenen söz konusu hükme göre “*Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.*” Kanaatimizce de 6545 sayılı kanun hükmü eklenmeden önce tedbirlere uyulmamasının yaptırımı olmaması yönündeki eleştirilerde haklılık payı bulunmakla birlikte, söz konusu hükümle birlikte artık bu görüşlerin geçerli olmamasını kabul etmek gerekmektedir.

## SONUÇ

Ceza hukuku sistemlerinde uzun zamandan beri var olan bir kurum olan tekerrür ve mükerrirlik, hukukumuzda da maddi ceza hukukuna ve infaz hukukuna ilişkin bir kavram olarak yer almaktadır. 5237 sayılı TCK’da, 765 sayılı TCK’da benimsenen tekerrür durumunda cezanın ağırlaştırılması sisteminden farklı olarak söz konusu durumda mükerrirlere özgü bir infaz rejimi ile infazdan sonra da mükerrir hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması sistemi benimsenmiştir.

Önemle vurgulamak gerekir ki; uygulamada tekerrürün en önemli sonucu olarak karşımıza koşullu salıverilme süresinin gecikmesi ile mahpusun cezaevinde kaldığı sürenin uzaması çıkmaktadır. Hiçbir şekilde onarıcı adalet mantığı ile örtüşmeyecek şekilde yalnızca kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları süresinin fazla olması sonucunu doğuracak hukuki düzenlemeler kanımızca isabetsizdir. Öte yandan ilk olarak işlenen suç ile tekerrür hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak suç arasında hiçbir ilişki kurulmaması, suçların niteliğinin ve bu suçların yaptırımı olarak uygulanacak ceza miktarlarının göz önünde bulundurulmaması ile yalnızca kişinin yeniden

159 CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, 2017a, s. 622; ZAFER, 2016, s. 660; ÖZBEK, 2019, s. 407.

suç işlemesine daha fazla özgürlüğü bağlayıcı bir yaptırım sonucu bağlanması; kurumun amacı ile bağdaşır nitelikte görülmemektedir. Bu bağlamda örneğin yukarıda Fransa örneğinde anlatıldığı üzere suçların niteliği ve cezaların miktarı göz önünde bulundurularak farklı tekerrür düzenlemeleri öngörülmesi daha isabetli olacaktır.

Tekerrür kurumu ile ilgili yapılacak bir başka eleştiri, ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda mahpus hakkında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmaması noktasındadır. Her ne kadar cezalandırmanın amaçlarından birisinin, suçluları kanunlara daha saygılı bireyler haline getirmek olduğu ve tekerrür hükümlerinin de bu yönde hareket etmeyen suçluların hukuki durumlarını ağırlaştırdığı konusunda bir şüphe bulunmasa da somut olayın koşullarının hiçbir şekilde dikkate alınmayarak göz ardı edilmesi sonucunu doğuran bu düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek güçtür. İkinci kez tekerrür hükümleri uygulanması durumunda mahpusun daha ağır sonuçlar ile karşı karşıya bırakılması kabul edilebilecek olsa da hiçbir esneklik barındırmayan söz konusu düzenlemenin somut olayın koşullarını dikkate almaya yönlendirecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

15.04.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile temel infaz rejiminde olduğu gibi mükerrirlere özgü infaz rejimine ilişkin de önemli değişiklikler yapılmış ve tekerrürün belki de en önemli sonucu olan koşullu salıverilme süresinin gecikmesi sonucunu doğuran oran 2/3 olarak yeniden düzenlenmiştir. Öte yandan denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin de yeni bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu kanunun Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı düşecek nitelikte düzenlemeleri barındıran ve bu bağlamda ciddi şekilde Anayasaya aykırı olduğu yönünde değerlendirilmeler yapılması ile tekerrürlere özgü infaz rejiminde uygulanan koşullu salıverilme süresine dair oranın 3/4’ten 2/3’e indirilmiş olması kanımızca isabetlidir. Nitekim modern ceza infaz rejiminde öncelikle mahpusların yeniden sosyal hayata dönmelerinin kolaylaştırılması, sosyalleşmelerinin sağlanması ile kanunlara daha saygılı bireyler haline getirilmeleri ve söz konusu amaçlara ulaşıldıktan sonra da artık özgürlüğü bağlayıcı cezanın katı bir şekilde devam

etmesinin faydalı olmaması karşısında; bu amaca hizmet edecek şekilde koşullu salıverilme süresine dair oranın mükerrirler lehine düşürülmüş olması yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.

Toplumsal barışın korunması, kişilerin suç işlemeden caydırılması ve yeniden suç işlenmenin önlenerek kişilerin kanunlara daha saygılı ve onları özümsemiş bireyler hale getirilmesine yönelik hizmet edecek şekilde tekerrür kurumunda da çeşitli değişiklikler yapılmalı, cezanın saptanması ile infazın uygulanması konusunda kişiselleştirmenin daha da önemli olduğu ve nihayet mahkumların hukuki bilinçlerini artıracak, onların topluma daha kolay adapte olmalarını sağlayacak iyileştirmeler gerçekleştirilmelidir.

## KAYNAKÇA

### 1. Kitap ve Makaleler

- ALTUNÇ Mehmet Sinan, *Ceza Hukukunda Tekerrür*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- ARTUK Mehmet Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BAYRAKTAR Köksal, *Ceza Hukukundaki Son Gelişmeler ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümlerine Bir Bakış*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2005/1, 2005, s. 47-69.
- BECCARIA Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev. S. Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara, 2019.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14.bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kısaltma: 2017a)
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, *Ceza Hukuku Uygulamaları*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Kısaltma: 2017b)
- DEMİRBAŞ Timur / ERDEM Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku Pratik Çalışmalar*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Kısaltma: 2019a)
- DEMİRBAŞ Timur, *İnfaz Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Kısaltma: 2019b)
- DONAY Süheyl, *Türk Ceza İnfaz Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, (Haz. BAYRAKTAR Köksal vd.), 14. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, 2016.
- İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İÇEL Kayıhan / SOKULLU AKINCI Füsün / ÖZGENÇ İzzet vd., *Yaptırım Teorisi*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- KAN Celal Hakan, *Türk Ceza Hukukunda Tekerrür*, TDA Dergisi, C. 123, S. 243, 2019, s. 431-446.
- ÖZBEK Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZBEK Veli Özer vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZBEY Özcan, *Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri*, TBB Dergisi, S. 88, 2010, s. 55-105.

ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

TÜMERKAN Somay, *Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 48, 2011, s. 51-71.

ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Hukukunda Tekerrür*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

## 2. Yargı Kararları

Yargıtay CGK, E. 1998/6-182, K. 1998/244, T. 23.06.1998

Yargıtay CGK, E. 1998/6-277, K. 1998/332, T. 27.10.1998

Yargıtay CGK, E. 1999/11-159, K. 1999/174, T. 22.06.1999

Yargıtay CGK, E. 2007/10-71, K. 2007/98, T. 17.04.2007

Yargıtay CGK, E. 2010/1-10, K. 2010/7, T. 26.01.2010

Yargıtay CGK, E. 2012/4-277, K. 2012/4, T. 31.01.2012

Yargıtay CGK, E. 2012/10-8, K. 2012/193, T. 15.05.2012

Yargıtay CGK, E. 2012/13-1302, K. 2013/309, T. 18.06.2013

Yargıtay 1. CD, E. 2018/611, K. 2018/1265, T. 19.03.2018

Yargıtay 2. CD, E. 1991/9296, K. 1991/10254, T. 09.10.1991

Yargıtay 2. CD, E. 2009/354, K. 2010/471, T. 20.01.2020

Yargıtay 2. CD, E. 2009/575, K. 2010/819, T. 21.01.2010

Yargıtay 2. CD, E. 2009/41, K. 2010/1151, T. 25.01.2020

Yargıtay 3. CD, E. 2012/24747, K. 2013/24219, T. 11.06.2013

Yargıtay 4. CD, E. 1984/922, K. 1984/1135, T. 23.02.1984

Yargıtay 4. CD, E. 2007/10935, K. 2009/6782, T. 08.04.2009

Yargıtay 4. CD, E. 2018/3835, K. 2018/12648, T. 26.06.2018

Yargıtay 6. CD, E. 2006/21554, K. 2007/8402, T. 04.07.2007

Yargıtay 6. CD, E. 2010/24987, K. 2011/428, T. 25.01.2011

Yargıtay 6. CD, E. 2010/26840, K. 2013/14950, T. 25.06.2013

Yargıtay 6. CD, E. 2018/2544, K. 2018/6231, T. 17.10.2018

Yargıtay 7. CD, E. 1995/6268, K. 1995/7137, T. 14.09.1995

- Yargıtay 7. CD, E. 2009/16580, K. 2012/4058, T. 07.03.2012  
Yargıtay 8. CD, E. 2006/7191, K. 2009/7914, T. 02.11.2016  
Yargıtay 9. CD, E. 2006/1683, K. 2006/5004, T. 05.10.2006  
Yargıtay 9. CD, E. 2009/11138, K. 2010/4988, T. 06.05.2010  
Yargıtay 9. CD, E. 2012/11583, K. 2013/3032, T. 26.02.2013  
Yargıtay 10. CD, E. 2006/3585, K. 2006/6140, T. 26.04.2006  
Yargıtay 10. CD, E. 2006/11898, K. 2006/13020, T. 22.11.2006  
Yargıtay 13. CD, E. 2012/1771, K. 2012/10095, T. 02.05.2012  
Yargıtay 13. CD, E. 2015/9093, K. 2016/16087, T. 05.12.2016  
Yargıtay 18. CD, E. 2018/22, K. 2018/11052, T. 10.09.2018

---

# AİHM İÇTİHA TLARI NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMI VE COVID-19 VİRÜSÜNE KARŞI MÜCADELEDE BU YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ İHLAL EDEN DEVLETLERİN BİRLEŞİK KRALLIK VE İTALYA ÖZELİNDE HUKUKİ SORUMLULUKLARI\*

---

**Berk Cem TATAR\*\***

**Tarık ERDEVE\*\*\***

---

## ÖZET

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md.2 altında düzenlenmiştir. Yaşam hakkının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları neticesinde pozitif ve negatif yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Buna göre negatif yükümlülük kısaca öldürmeme yasağı, pozitif yükümlülük ise temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek amacıyla devletin alması gereken tedbirler olarak tanımlanabilir. Yukarıda tanımladığımız ve açıkladığımız yaşam hakkı çeşitli uluslararası örgütler, antlaşmalar ve mahkeme kararları ile güvence altına alınmıştır. Bunlardan Türkiye'nin 9 Haziran 1949 yılında 5062 sayılı kanunla onaylayarak üye olduğu Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve AİHM içtihatları bizim için önem arz etmektedir. 2019 yılı sonunda duymaya başladığımız, son aylarda da tüm dünyanın gündemine oturan COVID-19 virüsü sebebiyle yüz binlerce kişi hayatını kaybetmiştir. Bu durumda devletlerin aldığı,

---

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 20/04/2020. İlk hakem raporu tarihi: 05/09/2020. İkinci hakem raporu: 07/05/2020.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi, berk.cm.tatar@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9606-5762.

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi, tarikerdeve@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9704-2789.

almadığı, geç veya yanlış aldığı tedbirler neticesinde hayatını kaybeden kişilerin yaşam ve sağlık hakkının ihlali hususunda devletlerin hukuki sorumluluğu ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallık'ın ilk başta sürü bağışıklığı sistemini denemesi ile bu sistemin başarısız olacağı anlaşılmış, ardından tedbirler alınmaya başlanana kadar virüsün Birleşik Krallık'ta önemli seviyede bir artış göstermiştir. Benzer şekilde İtalya'nın başta vakaları tespit etmekte başarısız olup, devamında geç, eksik ve yanlış tedbirler alması vakaların farkedilemeyip tüm ülkeye yayılmasına sebebiyet vermiştir. Bugün salgının merkezi haline gelen Avrupa'da özellikle Birleşik Krallık ve İtalya'da yukarıda belirtilen yanlış ve eksik uygulamalar neticesinde hem kendi ülkelerinde hem de Avrupa Birliği (AB) sınırları içerisinde Covid-19 virüsünün hızlı bir şekilde yayılmasına neden olmuştur. Yukarıda belirtilen tüm bu sebeplerle Birleşik Krallık ve İtalya devletlerinin Covid-19 virüsü ile mücadelesinde yükümlülüklerini ihlal etmesi sebebi ile bu çalışmada, bu ülkelerin hukuki sorumluluğu daha önceki doktrinler ve davalar ışığında tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** AIHM, AIHS, Yaşam Hakkı, Pozitif Yükümlülük, Sürü Bağışıklığı

**THE NOTION OF POSITIVE OBLIGATIONS WHICH WAS EMERGED AS A CONSEQUENCE OF THE ECtHR CASE-LAW AND THE LEGAL RESPONSIBILITIES OF THE COUNTRIES WHICH VIOLATE THIS OBLIGATION WHILE FIGHTING AGAINST COVID-19**

**ABSTRACT**

The right to life is regulated under Article 2 ECHR. Positive and negative obligation of the right to life has emerged as a result of the case law of the ECtHR. Accordingly, the negative obligation can be briefly defined as the prohibition of not killing, while the positive obligation can be defined as the measures that the State must take in order to prevent violations of fundamental rights by third parties. The right to life, which we have defined and explained above, is secured by various international organizations, treaties and court orders.



Of these, the World Health Organization (WHO), the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights and the ECtHR case law are important to us. Since it has started to be heard the end of 2019, undreds of thousands of people have lost their lives almost everywhere in the world due to the COVID-19 virus, which has started to be heard since the end of 2019 and has been on the agenda of the States and the organizations in recent months. In this case, the legal responsibility of the states emerged for the violation of the right to life and health of people who have lost their lives as a result of measures taken, not taken, late or wrong. The virus has shown an unavoidable increase in the UK until it is understood that this system will fail and precautions are taken after the UK's initial conduct of herd immunity system. Similarly, Failure of Italy was to detect cases at the beginning and subsequently, incomplete and incorrect measures caused the virus to be noticed late and spread throughout the country. In Europe, that has become the center of the epidemic today, the UK and Italy have caused the rapid spread of Covid-19 virus both in their own country and within the EU, as a result of the wrong and missing practices mentioned above. In this study, due to all the above-mentioned reasons, the violation of the obligations and the legal responsibility of the UK and Italy while coping with the Covid-19 virus, will be argued with the help of previous doctrines and the cases.

**Key Words:** ECtHR, ECHR, Right to Life, Positive Obligations, Herd Immunity

## 1. Giriş

Bu çalışmada irdelenecek olan yaşam hakkı, AIHS'nin 2'inci maddesi altında düzenlenmiştir;

**“1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.**

**2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz.**

- a. Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b. Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c. Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için.”

Yaşam hakkı, Avrupa Konseyi tarafından ilk sayılan haktır; zira tüm hakların en temeli olarak kabul edilmektedir. Bu düşünceye göre, eğer biri yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakılırsa diğer tüm haklar anlamsız olacaktır.<sup>1</sup> AİHM tarafından ise Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerini içeren bir hak olarak tanımlanmıştır.<sup>2</sup> Ayrıca mahkeme, bu maddenin sahip olduğu korumaların sadece mevzuatta kalmaması gerektiğini, bu korumaların pratikte de etkin bir şekilde uygulanabilecek şekilde sübut bulması zorunluluğunu açıklamıştır.<sup>3</sup> Yaşam hakkı sadece, uluslararası mevzuatlarda korunmamış olup çeşitli ülkelerin ulusal kaynaklarında ve yargı mensuplarının<sup>4</sup> ve akademisyenlerin<sup>5</sup> eserlerinde kendisine yer bulmuştur. Yaşam hakkının ulusal mevzuatta yerilmesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sında 17’inci maddede yaşama hakkı olarak yer almış ve herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu şeklinde belirtilmiştir. Ek olarak yaşam hakkı, bu çalışmada özellikle incelenecek olan iki ülkenin de ulusal mevzuatlarında korunmuştur. Birleşik Krallık’ta Ekim 2000’de yürürlüğe giren İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act) madde 2’de herkesin yaşam hakkının hukuken korunacağı belirtilmiştir<sup>6</sup>. İtalya’da ise, Anayasanın 2’inci maddesinde devletin hem bireysel hem de kolektif olarak haklarının tanındığını ve garanti altına alındığını belirtilmiştir.<sup>7</sup>

- 1 Korff, Douwe, *Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No. 8*, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Kasım 2006, s. 6.
- 2 *Štilih v. Slovenya*, Başvuru No: 71463/01, § 147, 9 Nisan 2009.
- 3 *McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, § 146, Seri A nu. 324.
- 4 Şahbaz, İbrahim, *BİR SOSYAL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKI*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 86.sayı, Ankara, 2009, s. 408.
- 5 Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2015, s. 117.
- 6 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- 7 [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

AIHS’de yer alan hakların birçoğunun<sup>8</sup> pozitif ve negatif boyutlarıyla karşımıza çıktığı gibi yaşam hakkı da pozitif ve negatif boyutlarıyla karşımıza çıkmaktadır. Buna göre hükümetler, kendi ajanları vasıtasıyla yargı yetkisi altındaki bireylerin hayatının ellerinden alınmamasını sağlamakla kalmayacak, ayrıca kendi egemenlikleri altındaki kişilerin hayatlarının korunmasını sağlayacak adımlar atıp gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak zorunda kalacaktır.<sup>9</sup>

Negatif yükümlülük, kısaca öldürmeme yasağını, bir başka ifade ile maddede sayılan istisnai haller dışında bireyin öldürülmemesi ni ifade ederken pozitif yükümlülük kavramı ise, pek çok farklı şekilde tanımlanmakta olup en genel tanımı “*temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek amacıyla devletin alması gereken önlemler*” şeklindedir<sup>10</sup>. Yaşam hakkı başvuruları her zaman bir ölüm olayı söz konusu olduğunda incelenmemiş, ayrıca bireylerinin haklarının, yaşanan olayın doğası gereği ciddi anlamda tehlikeye girdiğini ancak ölümün yaşanmadığı durumlarda da incelenmiştir.<sup>11</sup>

Sonuç olarak, pozitif yükümlülüğün temel unsurları için, devletler tarafından normatif düzenlemeler getirilmesi ve düzenleme konusu hakların teminata bağlanması, hakların ihlal edilmesini önleyecek tedbirlerin alınması, etkili soruşturma yürütülmesi, hakların ihlalini düzeltmeye yönelik etkili hak arama mekanizmalarının oluşturulması, cezai ya da hukuki yaptırımların etkili şekilde uygulanması, devletin yetki alanı içinde kişilerin yaşamını korumaya dair her türlü tedbirin alınması denebilir.

Bu çalışmada sık sık değinilecek olan yaşam hakkının sağlık hakkıyla olan iç içe geçmiş ilişkisi ele alındığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sağlık çalışanlarının neden olduğu yanlış tanı-tedavi

8 Pozitif yükümlülük barındıran diğer haklar için, Bkz. Kocabaş, Sadık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2009, s. 51, 80, 89, 95, 106, 111, 129, 134.

9 *Osman v. Birleşik Krallık* 28 Ekim 1998, § 115, 1998-VIII., L.C.B. v. Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998, Karar Raporları, 1998-III, p. 1403, § 36

10 Metin, Yüksel, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*”, *Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği | Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010), s. 113.

11 *Makaratzis v. Yunanistan* Başvuru Nu: 50385/99, § 55, AIHM 2004-XI

ve ihmal durumlarının yanı sıra, yetkililer tarafından kamu sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda da yaşam hakkı ihlaline karar verdiği bilinmektedir.<sup>12</sup> Ayrıca hükümetler hastanelerdeki durum açısından söz konusu sağlık hakkı olduğunda özel veya kamu olsun, yaşam hakkı ile bağlantılı olduğundan bütün gerekli önlemlerin alınması gerektiğine karar vermiştir.<sup>13</sup> Devlet ayrıca, yargı yetkisi altındaki yollarda güvenliğinin korunmasını düzenlemeli ve düzenleyici çerçevenin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamalıdır. Aksi takdirde bireylerin yaptığı trafik kazalarında dahi Devletleri hak ihlalinin dolaylı tazminata hükmedebilmektedir.<sup>14</sup>

Bu çalışmada, üzerinde durulacak hususlardan biri de devletin yaşam hakkını koruma altına almasının yanı sıra bir başka sebepten dolayı vatandaşlarının ölmesinde etkin bir önlem almasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

## 2. Pozitif Yükümlülük

Pozitif Yükümlülükler kavramı, hukuk doktrininde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AIHS bağlamında pozitif yükümlülükler kavramı Warbrick, O'Boyle ve Harris tarafından, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkisini sağlamak, temel hakların 3. kişiler tarafından ihlal edilmemesini sağlamak ve haklardan verimli bir şekilde yararlanabilmek için devletin alması gerektiği tedbir ve önlemler olarak tanımlanmaktadır.<sup>15</sup>

Doktrinde birçok kişi, pozitif yükümlülükleri, AIHM'nin verdiği kararlardaki yaklaşımlarını özümseyerek, kişilerin savunma hakları dışında yer alan ve devlete karşı ileri sürülebilecek isteme hakları olarak ifade etmektedirler.<sup>16</sup>

12 *Powell v Birleşik Krallık* Başvuru Nu: 45305/99, AIHM 2000-V. Center Of Legal Recources On Behalf of Valentin Campeanu v. Romania, Başvuru Nu: 47848/08, § 118, 17 Temmuz 2014

13 *Vo v. Fransa* Başvuru Nu: 53924/00, § 89, AIHM 2004-VIII; *Calvelli ve Ciglio v. İtalya* Başvuru Nu: 32967/96, § 49, AIHM 2002-I.

14 *Al Fayed v. Fransa* Başvuru Nu: 38501/02, §§ 73-78, 27 Eylül 2007; *Rajkowska v. Polonya*, Başvuru Nu: 37393/02, 27 Kasım 2007; *Railean v. Moldova* Başvuru Nu: 23401/04, § 30, 5 Ocak 2010

15 Dröge, Cordula *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Springer Verlag, Berlin, 2003, s. 4-5.

16 Edgar, Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 153; Streuer,

### 2.1.1. Pozitif Yükümlülüğün Ortaya Çıkışı

AIHM'nin kararlarına baktığımız zaman pozitif yükümlülüklerle ilgili detaylı bir ayrıma ve incelemeye gidilmediği görülmektedir. Somut olaya göre pozitif yükümlülük kavramı irdelenmektedir. AIHM'nin bugüne kadar verdiği kararlar göstermektedir ki AIHM, devletin olumlu bir edimde bulunmasına veya sözleşmede yer alan hakkın doğrudan devlet eylemiyle ihlali konu olmasa bile, o hakkı norm alanıyla ilgili durumlara yönelik her türlü talebi pozitif yükümlülük olarak ifade edebilmektedir<sup>17</sup>.

Bir karardaki karşı oy yazısında Yargıç Martens, negatif yükümlülük kavramını, “taraf devletlerin söz konusu hareketi gerçekleştirmekten kaçınması” olarak açıklarken pozitif yükümlülük kavramını ise “söz konusu hareketi gerçekleştirmesi olarak tanımlamıştır<sup>18</sup>. Ayrıca AIHM başka bir kararında ise AIHS madde 2'deki yaşam hakkının pozitif yükümlülük boyutu için daha detaylı bir tasnife gitmiş ve AIHS madde 2 kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, kamuya açık olsun veya olmasın yaşam hakkının tehlikede olabileceği herhangi bir faaliyet bağlamında uygulanacak şekilde oluşturulması gerektiğini belirtmiştir<sup>19</sup>.

Pozitif yükümlülükler bu şekilde taraf devletlerin aktif olarak tavır almasını gerektiren bütün olayları ifade edecek şekilde tanımlanınca, 3. kişilerden veya dışarıdan gelebilecek tehlikeli durumlara karşı koruma tedbirleri alma, bazı faydalar sağlama, bilgilendirme, tıbbi yardım sağlamak veya haklara karşı yapılabilecek tecavüzleri önleme amacıyla ceza hükümleri koyma gibi birçok farklı şekilde ortaya çıkabilir.<sup>20</sup>

### 2.1.2. Pozitif Yükümlülüğün Sistematik Olarak İncelenmesi

Doktrinde pozitif yükümlülüklerin 3 farklı kategoride sistematize edildiği görülmektedir.<sup>21</sup>

---

Wibke, *Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 29;

17 Dröge, a.g.e, s. 5.

18 Gül v. İsviçre, Başvuru Nu: 23218/94, § 165, ECHR 1996-I, 19 Şubat 1996.

19 Zubkove v. Ukrayna, Başvuru Nu: 36660/08, § 35, 17 Ekim 2013. Krivova v. Ukrayna, Başvuru Nu: 25732/05, § 44, 9 Kasım 2010

20 Mowbray, Alastair *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 2.

21 Dröge, a.g.e. s. 191.

Birinci kategoride sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler yer almaktadır. Bu kategorinin içinde yer alan pozitif yükümlülükler uyarınca devletler, kişilerin sözleşmedeki haklarını kullanabilmelerini sağlayacak faaliyette bulunmakla yükümlüdür.

İkinci kategoride ise, yatay koruma yükümlülüğü veya dar anlamıyla koruma yükümlülüğü<sup>22</sup> olarak adlandırılmaktadır. Buna tanıma göre devlet, daima 3. kişilerin başkalarının haklarına müdahalesi söz konusu olduğu takdirde faaliyete geçmekle yükümlüdür.

Üçüncü kategori ise, usuli veya operasyonel önlemler alma ödevi oluşturmaktadır. Buna aynı zamanda prosedürle koruma yükümlülüğü de denebilir.

### **2.1.3. Pozitif Yükümlülüğün Yatay Koruma ve Operasyonel Tedbir Alma Yükümlülüğü Olarak İncelenmesi**

Modern temel hak anlayışında devlete düşen tek yükümlülük kişilere ait özel alana müdahale etmemek değildir. Devlete, aynı zamanda temel hakları koruma ve özel kişilerden, çeşitli kaynaklardan gelebilecek tehlikeleri önlemede aktif rol oynaması görevinin verilmesi gerektiği de kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Dolayısı ile bu konuda tartışmalı olan sadece temel hakların yatay etkisi değil, bununla beraber kişilerin hayatını ve sağlığını korumak üzere harekete geçme şeklinde devletin doğrudan bir yükümlülüğü bulunması gerektiğidir. Bu düşünce zamanla AIHS çerçevesinde de tanınmış ve gelişmiştir. Nitekim AIHM'nin ve daha öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları da bu anlayışın benimsendiğini göstermektedir.<sup>24</sup>

Günümüzde artık kişilerin hayatını ve sağlığını tehdit eden tehlikelerle devletlerin tek başına mücadelesi yeterli olmamaktadır. Salgın hastalıkların veya sınır aşan sağlık sorunuyla mücadele gibi konularda milletlerarası iş birliğine ve uluslararası hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu konularla ilgili uluslararası alandaki mekanizmaların ve düzenlemelerin de zamanla geliştiği görülmektedir. Bu gelişme çift yönlüdür Öncelikle, sağlığın korunması amacı ile

22 Streuer, a.g.e. s. 195.

23 Metin, a.g.m. s. 112.

24 Ibid. s. 112.

özel düzenlemelerin yapıldığı ve uygulandığı görülmektedir. Bunlardan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) bir sonraki bölümde incelenecek olan ve bu amaç ile kurulmuş olan ve evrensel düzeyde faaliyet gösteren uluslararası bir örgüttür.

Bilindiği üzere AİHS, esas olarak devletin müdahalelerine karşı kişileri koruyan klasik özgürlük haklarını içermektedir. Sözleşmede yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili ilk planda göz önünde tutulacak iki adet norm bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yaşama hakkını güvence altına alan 2. madde, diğeri ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddedir.

Yaşamın ve sağlığın korunmasından bahsedildiği takdirde bu iki maddedeki hakların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu iki temel hak, başta geleneksel temel hak anlayışına uygun olarak devlet organlarından gelen müdahalelere ve saldırılara karşı kişileri korumayı amaçlar. Fakat günümüzde yaşama ve sağlığa yönelik tehditlerin önemli bir kısmı, devlet dışı aktörlerden veya devletin kendi ihmalinden doğmaktadır.

Bu bölümde AİHS'te yaşamın ve sağlığın devletler tarafından korunmasına yönelik düzenlemeler incelenmiştir. Bundan sonraki bölümde ise Dünya Sağlık Örgütü, Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi ile bu düzenlemelerin koruma alanını içtihatlarıyla genişleten AİHM kararları üzerinde durulacaktır.

### **3. Uluslararası Örgütler, Sözleşmeler ve Mahkeme Kararları Kapsamında Yaşam ve Sağlık Hakkı**

Her ne kadar şu ana kadar sadece AİHS uygulaması doktrinsel olarak açıklanmış ve yargısal olarak açıklanmaya devam ediliyor olsa da yaşam hakkında ve sağlık hakkında pozitif yükümlülük kavramıyla ilgili olarak uluslararası örgütler ve bu örgütlere üye olan Devletleri bağlayıcı sözleşmeler de incelenmelidir.

#### **3. 1. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)**

7 Nisan 1948'te anayasasının kabul edilmesiyle hukuki bir zemine kavuşan Dünya Sağlık Örgütü BM'ye bağlı olan ve toplum sağlığıyla ilgili uluslararası çalışmalar yapan örgüttür. Bu çalışma için

ayrıca önemli bir nokta olan sağlık hakkı ise mümkün olan en yüksek sağlık standardına ulaşma hakkı olarak bilinir ve ilk olarak 1946 yılında Dünya Sağlık Örgütü Tüzüğü'nde yer almıştır<sup>25</sup>. Sonra “Herkes için sağlık stratejisinin değişimi” girişimi ile 1995 yılındaki 48. Dünya Sağlık Asamblesi ve 1998’te 51. Dünya Sağlık Asamblesi’nce kabul edilen kararlarda “Herkes için sağlık başlığı” ile tekrarlanmıştır<sup>26</sup>. Ayrıca, sağlık hakkının bir insan hakkı olarak karşımıza çıkması sadece DSÖ Anayasası ve organları ile saklı kalmamış sonrasında da bir insan hakkı olarak sağlık, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>27</sup> ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>28</sup> gibi çok sayıda uluslararası belgede tanınmıştır<sup>29</sup>.

2002 yılında SARS virüsünün ortaya çıkması sonrası, 2005 yılındaki Dünya Sağlık Asamblesinin 58.3 kararı ile DSÖ’nün güncel uluslararası sağlık tüzükleri (“UST”)<sup>30</sup> düzenlenmiş ve birçok yenilik getirilmiştir ki bu yenilikler 14 Haziran 2007 tarihindeki bir basın duyurusu ile yayınlamıştır<sup>31</sup>. Temel yeniliklerden biri, 1969 tarihli UST kapsamında olmayan bazı yeni hastalıkların ve grip türleri de bu düzenlemeye alınmasıdır. COVID-19 da bu yeni düzenlemelerin kapsamına girmektedir<sup>32</sup>.

Bunun yanı sıra DSÖ Anayasasının giriş bölümünde de vurgulandığı gibi<sup>33</sup> hükümetler kendi insanların sağlığından ancak yeterli

- 
- 25 Basic Documents, Forty-Ninth Edition, Geneva, World Health Organization, 2020 (Anayasaya giriş bölümünde vurgulanmıştır. (§ 3)
- 26 World Health Assembly, 48. (1995). WHO response to global change: renewing the health-for-all strategy; World Health Assembly, 51. (1998). Fifty-first World Health Assembly, Geneva, 11-16 May 1998
- 27 Madde 25/1: Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarındaki iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır. Bkz. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- 28 Madde 12 – 1. Taraf Devletler, aile plânlaması dahil sağlık bakım hizmetlerinden kadın ve erkeğin eşit olarak yararlanması için, *sağlık* bakımında kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıran bütün önlemleri alacaklardır. Bkz. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- 29 <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- 30 <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr31/en/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- 31 Ibid
- 32 World Health Assembly, 58. (2005). Revision of the International Health Regulations. s. 8.
- 33 Basic Documents, Forty-Ninth Edition, Geneva, World Health Organization, 2020 (Anayasaya giriş bölümünde vurgulanmıştır. (§ 10)



sağlık ve sosyal tedbirlerin sağlanması koşuluyla sorumludurlar. Fark edileceği üzere bu tanım, negatif değil pozitif bir yöntem izlemektedir. Bugün gelinen noktada, sağlık hakkının yalnızca sağlığın bozulması sonucu ulaşılabilecek hizmetler ya da ürünleri kapsayan tıbbi bakımı/sağlık bakımını değil ve fakat bunun yanında sağlığın korunması için gerekli koşulları da kapsadığı anlayışının normatif kökeninin söz konusu düzenleme olduğu bir gerçektir.<sup>34</sup> Ayrıca BM birçok kaynağında ekonomik durumun bahane gösterilerek sağlık hakkının uygulanmamasını yerinde bulmamaktadır.<sup>35</sup>

### 3.2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS)

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 16 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 3 Ocak 1976 itibariyle yürürlüğe giren çok taraflı bir sözleşmedir. Sözleşme, taraf devletlerin bireylere sağlık hakkı, eğitim hakkı ve yeterli bir yaşam standardı hakkı dahil olmak üzere çeşitli ekonomik, sosyal ve kültürel haklar verilmesine yönelik çalışmalarını taahhüt eder. 170 devlet anılan sözleşmeye taraf olmuştur.

“Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilen prensiplere göre insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez haklarını tanımanın yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu dikkate alarak sözleşmedeki hükümlerde anlaştıkları” ibaresiyle, başlangıç kısmında “Sağlık Standartı Hakkı” tanımlanmıştır<sup>36</sup>. Bu

34 Ertan, İzzet Mert, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012.. s. 12.

35 The Right to Health, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 31, s. 5.

36 ESKHUS m.12:

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

a) Var olan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;

b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;

c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;

d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.

tanım içtihatlar neticesinde ortaya çıkan pozitif yükümlülük kavramıyla uyumlu haldedir, zira maddenin ikinci fıkrasında taraf devletlere bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için çocuk sağlığı, salgın hastalıklar ve çevre sağlığı gibi konularda tedbir alma sorumluluğu yüklenmiştir.

### **3.3. AIHM'nin Yaşam ve Sağlık Hakkı Özelinde Emsal Kararları**

Pozitif yükümlülük kavramı ve Devletler için bağlayıcılık içeren sözleşmelerin incelenmesinin ardından yaşam hakkı ve sağlık hakkı bakımından pozitif yükümlülük kavramının oluşumunu sağlayan münferit AIHM kararlarının incelenmesi teorinin içtihat hukuku bakımından yansımalarını kavrayabilmek açısından yararlı olacaktır. Aşağıda yer alan AIHM kararlarından bir kısmında dava konusu olayın içeriğinin de incelenmesi yeterli olacakken diğer bir kısım kararlarda ise direkt olarak mahkemenin vurgulamak istediği görüşün incelenmesinin yeterli olacaktır. Bu nedenle bir kısım kararda olayın arka planını da açıklanırken diğer kısım kararlarda direkt olarak mahkemenin belirtmek istediği görüşü vurgulanmıştır.

#### **3.3.1. Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi v. Romanya**

Başvuru, ruh ve sinir hastalıkları hastanesinde 2004 yılında 18 yaşındayken vefat eden Valentin Câmpeanu adına Sivil Toplum Kuruluşları tarafından yapılmıştır. Valentin Câmpeanu doğumda terk edilmiştir ve bir yetimhaneye yerleştirilmiştir, küçük bir çocukken kendisine AIDS ile birlikte ağır bir zihinsel rahatsızlıktan muzdarip olduğu tanısı konmuştur. Yetkililer, Valentin Câmpeanu'un yerleştirildiği ruh ve sinir hastalıkları hastanesindeki zor koşullar -personel yetersizliği, yetersiz gıda ve ısınma eksikliği- ve makul olmayan nedenlerle yaşamını tehlikeye soktuğunun farkındadır<sup>37</sup>. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin (yaşam hakkı) hem esas hem de usul açısından ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>38</sup>

37 Center Of Legal Resources On Behalf of Valentin Campeanu v. Romania, Başvuru Nu: 47848/08, § 118, 17 Temmuz 2014.

38 Ibid. § 144-147

### 3.3.2. Brincat ve Diğerleri v. Malta

Bu dava asbestosa (yanmaztaş) maruz kalan tersane tamir işçileriyle ilgilidir. 1950’li yıllarda başlayan ve 2000 yılı başlarına kadar süren asbestosa bağlı rahatsızlıklardan mağdur olmalarına yol açan bir dizi tartışma vardır. Başvuranlar özellikle kendilerinin ve kendilerinin vefat eden akrabalarının asbestosa maruz kalmaları hakkında ve Malta Hükümeti’nin kendilerini asbestosun ölümcül sonuçlarından korumadığından şikayetçi olmuşlardır.

Mahkeme akrabaları vefat eden başvuranlar bağlamında Sözleşme’nin 2 nci maddesinin (yaşam hakkı) ihlal edildiğine ve geriye kalan başvuranlar bağlamında ise Sözleşme’nin 8 inci maddesinin (özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>39</sup>. Mahkeme, özellikle asbestos tarafından ortaya çıkan tehdidin ciddiyeti göz önünde alındığında, bu tür riskleri nasıl kontrol edileceğine ilişkin karar vermek için devletlere bırakılan manevra odasına (“takdir payı”) rağmen, Malta Hükümeti’nin, başvuranların yeterli şekilde korunmasını ve yaşamları ile sağlıklarına dair risklerle ilgili bilgilendirilmesini sağlamak için diğer uygulamalı tedbirleri almaya ya da yasalaştırmaya yönelik, sözleşme kapsamında pozitif yükümlülüklerini karşılamadığını tespit etmiştir<sup>40</sup>. Nitekim en azından 1970’li yılların başından itibaren Malta Hükümeti, henüz 2003 yılına kadar bu riske karşı koymaya yönelik adımlar atmazken, tersane işçilerinin asbestosa maruz kalmaktan kaynaklı sonuçlardan muzdarip olacaklarının farkındaydılar ya da farkında olmaları gerekirdi.<sup>41</sup>

### 3.3.3. Calvelli ve Ciglio v. İtalya

Sözleşme’nin 2 nci maddesi (yaşam hakkı) kapsamındaki pozitif yükümlülükler “devletlerin bütün hastaneleri, hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını” ve “devletlerin, ister özel isterse kamu sektöründe olsun, ölüm sebebinin belirlenmesi ve kusurlu olanların sorumlu

39 Brincat ve Diğerleri v. Malta, Başvuru Nu: 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 ve 62338/11, § 117, 24 Temmuz 2014.

40 Ibid. § 116.

41 Ibid. § 106.

tutulabilmeleri için etkili bir bağımsız yargısal sistem kurmalarını gerektirir”<sup>42</sup>.

### 3.3.4. Byrzykowski v. Polonya

Sağlık hizmetleri alanındaki yetkililerin eylemleri ve ihmalleri belirli durumlarda devletin sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu gündeme getirir. Bununla birlikte, devletin sağlık profesyonelleri arasında yüksek standartları güvence altına almak ve hastaların yaşamlarını korumak için yeterli adımlar attığı durumlarda, bir doktorun yargısında hata veya belirli bir kişinin tedavisinde sağlık uzmanları arasında ihmalkarlık gibi konular hastanın yaşama hakkını korumak için Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca pozitif yükümlülükleri açısından devletin sorumluluğu oluşmayacaktır.<sup>43</sup>

### 3.3.5. Trocellier v. Fransa

Mahkemenin içtihadındaki 2 nci maddeye göre yaşam hakkıyla ilgili ilkeler, ister kamu ister özel sektörde olsun, tıp mesleğinin bakımında hastaların ölüm nedeninin belirlenmesi konusunda etkili bir bağımsız yargı sistemi kurmasını gerektirmiştir<sup>44</sup>. Ayrıca, madde 2 kapsamındaki pozitif yükümlülükler, devletlerin kamu ya da özel hastanelerde hastaların yaşamlarını korumak için uygun önlemleri almasını zorunlu kılan düzenlemeler yapmalarını gerektirmektedir.

### 3.3.6. Poghosov v. Gürcistan

Devletler ayrıca bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek için pozitif bir yükümlülük altındadır. Örneğin, Gürcü cezaevlerinde yetersiz tıbbi bakım ile ilgili yapısal bir sorun bulunduktan sonra, Mahkeme Gürcü makamlarından hapishanelerde tüberküloz ve hepatit gibi bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için gerekli yasal ve idari önlemleri almasını ve mahkumlar için kabul edildikten sonra hızlı ve etkili tedaviyi garanti altına alan bir tarama sisteminin hayata geçirilmesini talep etmiştir.<sup>45</sup>

42 Calvelli ve Ciglio v. İtalya, Başvuru Nu: 32967/96, § 49, 17 Ocak 2002.

43 Byrzykowski v. Polonya, Başvuru Nu: 11562/05, § 104, 27 Eylül 2006.

44 Reports of Judgements and Decisions, 2006-XIV, Carl Heymanns Verlag, s. 421.

45 Poghosov v. Gürcistan, Başvuru Nu: 33323/08, § 29, 29 Haziran 2017.

#### 4. Covid-19 un Ortaya Çıkışı ve Yayılımı

Bir önceki bölümdeki vurgulanan AIHM'nin yaşam hakkı ve sağlık hakkı bakımından pozitif yükümlülük kavramının oluşumunu şekillendiren bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmeye taraf devletler, yargı yetkisi altındaki insanların hükümet ajanları tarafından öldürülmemesini sağlamak bir yana, ayrıca bu insanların yaşam haklarını korumak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Kararlarda da görüldüğü üzere mahkeme salgın hastalık durumlarında da Devletlere hastalığın yayılmasını engellemek üzere gerekli önlemleri alması gerektiğini belirtmiştir.

Buraya kadar teorik bilgilerle açıklanıp mahkeme içtihatlarıyla da detaylandırılan pozitif yükümlülük kavramı, bundan sonra, Covid-19 virüsüne karşı Birleşik Krallık ve İtalya hükümeti nezdinde alınan önlemler bakımından incelenecektir. Ancak bu önlemler alınmadan önce virüsün ilk ortaya çıkması tüm dünyaya yayılması incelenmelidir.

##### 4.1. Virüsün Dünyada İlk Ortaya Çıkması

İlk olarak 2019 Aralık'ta Çin'in Hubei eyaletinde yer alan Wuhan şehrinde tespit edilen ve şehirdeki "Huanan" isimli bir deniz ve et ürünleri pazarından kaynaklandığı düşünülen yeni virüsün, daha önceki yıllarda salgına neden olan SARS ve MERS gibi korona tipi virüs ailesine mensup olduğu belirtilmektedir. İlk başta çeşitli hastalarda belirli bir neden olmaksızın gelişen ve tedavi ile aşılara cevap vermeyen bir zatürre görülmesi üzerine<sup>46</sup> SARS-CoV-2 olarak adlandırılan yeni bir koronavirüs teşhis edildi<sup>47</sup>. Bunun üzerine süreci yakın takip ettikten sonra 30 Ocak 2020'de DSÖ Acil Durum Komitesi, dünyada hızlı bir şekilde artan vaka sayısı üzerine Uluslararası Halk Sağlığı Acil Durumu (PHEIC- Public Health Emergency of International Concern) ilan edilmesini DSÖ genel sekreterine tavsiye etmiştir.<sup>48</sup>

46 <https://www.nytimes.com/2020/01/29/opinion/coronavirus-outbreak.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

47 Another Decade, Another Coronavirus, Stanley Perlman, M.D., Ph.D., 24 Ocak 2020, NEJM.org. (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

48 [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

İlerleyen zamanlarda Avrupa, Kuzey Amerika ve Asya-Pasifik'te yer alan çeşitli ülkelerde yaşanan virüs vakaları rapor edilmeye başlandı. Dünya Sağlık Örgütü, virüsü ilk başta bölgesel olarak tanımlasa da sonrasında 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın (pandemi) ilan edildi<sup>49</sup> ve 13 Mart 2020'de Avrupa'nın artık Covid-19 virüsü krizinin merkez üssü haline geldiğini bildirdi.<sup>50</sup>

Bu süreç içerisinde Çin'de vaka sayısının önlenemez miktarda artmasına karşın önlem olarak Hubei eyaletindeki toplam 57 milyon kişinin yaşadığı 16 şehir tam veya kısmi karantinaya alındı. Kentlerdeki tren, uçak ve uzun süreli otobüs seferleri durduruldu<sup>51</sup>. Salgının korkusu sebebiyle yeni yıl etkinlikleri iptal edildi, turistik yerler kapatıldı ve Hong Kong'ta alarm seviyesi en üste çıkarılıp okulları şubat ortasına kadar kapatıldı.

John Hopkins Üniversitesi tarafından derlenen verilere göre 24.07.2020 itibarıyla dünyada 15.649.261'den fazla vaka ve 8.918.502 iyileşme rapor edilirken toplamda 636.752 ölüm meydana gelmiştir.<sup>52</sup>

#### 4.2. Covid-19'a Karşı Dünya Genelinde Alınan Önlemler

23 Ocak 2020 itibari ile Covid-19'ın ilk görüldüğü ülke olan Çin'de Wuhan dahil 13 şehir karantinaya alındı<sup>53</sup>. Devamında 5 Mart'ta Kabe'nin tavaf edilmesi kısıtlandı.<sup>54</sup>

14 Mart 2020 tarihinde ise virüsün hızlı bir şekilde yayılmaya başladığı İspanya'da tüm ülke karantina altına alındı<sup>55</sup>. Tarihler 13 Mart 2020'yi gösterdiğinde ise virüsle ilgili ilk başta iyimser açıklamalar yapan Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Donald Trump, ulusal acil

49 <https://www.cnn.com/2020/03/11/who-declares-the-coronavirus-outbreak-a-global-pandemic.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

50 <https://www.bbc.com/news/world-europe-51876784> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

51 <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-22/china-s-lunar-new-year-nightmare-3-billion-trips-and-a-virus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

52 <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

53 <https://www.channelnewsasia.com/news/asia/wuhan-virus-quarantine-city-flights-trains-china-12306684> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

54 <https://www.middleeasteye.net/news/coronavirus-saudi-arabia-bans-umrah-pilgrimage-residents-and-citizens> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

55 <https://nationalpost.com/pmnl/health-pmn/spain-to-impose-nationwide-lockdown-el-mundo> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

durum ilan etti<sup>56</sup>. Fransa'da 17 Mart 2020 tarihinde kısmi sokağa çıkma yasağı ilan edildi<sup>57</sup>. Tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19'la mücadele için Ortadoğuda da kimi önlemler alınmıştır, örneğin 14 Mart tarihinde Irak'ta Irak Kürt Bölgesel Yönetimi'nde sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir<sup>58</sup>. Ülkelerin aldığı tedbirlerle beraber Uluslararası Organizasyonlar da Covid-19 sebebiyle ertelenmek zorunda kaldı. Önce 17 Mart tarihinde 2020 Avrupa Futbol Şampiyonası'nın Covid-19 sebebiyle 12 ay ertelendiği duyuruldu<sup>59</sup>. Akabinde 18 Mart tarihinde 2020 Eurovision Şarkı Yarışması<sup>60</sup> ve 24 Mart tarihinde ise 2020 Yaz Olimpiyatları da aynı şekilde 2021 yılına ertelendi.<sup>61</sup>

#### **4.2.1. Virüse Karşı Alınan Önlemlerin Birleşik Krallık ve İtalya Nezdinde Değerlendirilmesi**

Pozitif yükümlülük kavramı ve bu kavramın mahkeme içtihatları ile şekillenmesinin incelenmesinin ardından, söz konusu yükümlülüğün salgın hastalıklardaki boyutu da münferit mahkeme kararlarında vurgulanmıştı. Bu çalışmanın amacı olan konu ise, Birleşik Krallık ve İtalya hükümetlerinin kasti veya dolaylı olarak bu yükümlülüğü ihlal etmesi özelinde hükümetlerin hukuki sorumluluklarının incelenmesidir. Bu nedenle Covid-19 virüsünün bu ülkelerde ortaya çıkışı ve hükümetlerin bu virüse karşı önlemlerinin incelenmesi gerekmektedir.

##### **4.2.1.1. Covid-19'un Birleşik Krallık'ta İlk Ortaya Çıkışı ve Boris Johnson Hükümetinin İlk Tepkisi**

Covid-19'un Birleşik Krallık'a ilk gelişi, 31 Ocak 2020'de York'ta bir otelde kalan Çin uyruklu iki kişi İngiltere'de ilk onaylanmış Co-

56 <https://edition.cnn.com/2020/03/13/politics/states-coronavirus-fema/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

57 <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/coronavirus-france-lockdown-cases-update-covid-19-macron-a9405136.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

58 <https://gov.krd/coronavirus-en/situation-update/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

59 <https://www.uefa.com/uefaeuro-2020/news/025b-0ef35fa07210-adb80b5eb2e7-1000-uefa-postpones-euro-2020/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

60 <https://eurovision.tv/story/eurovision-2020-in-rotterdam-is-cancelled> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

61 <https://www.olympic.org/news/ioc-and-tokyo-2020-joint-statement-framework-for-preparation-of-the-olympic-and-paralympic-games-tokyo-2020-following-their-postponement-to-2021> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

vid-19 vakaları oldu<sup>62</sup>. Akabinde 4 Şubat 2020’de Birleşik Krallık’ta bir halk sağlığı kampanyası başlatıldı.<sup>63</sup>

Bu 3 gün içerisinde alınan görece çabuk önlemin ne yazık ki devamı gelmedi, zira Birleşik Krallık’taki ilk ölüm vakasının görüldüğü 5 Mart 2020 tarihine kadar Boris Johnson Hükümeti virüsün yaygın olduğu Çin, İran ve Güney Kore’den gelen kişilerin kendilerini 14 gün boyunca karantinaya almalarını ve bir semptom göstermeleri durumunda Ulusal Sağlık Sistemi (National Health Service)’i aramalarını tavsiye etmek dışında bir önlem almadı.<sup>64</sup> İtalya’da ulusal karantina ilan edilmesinin ve İspanya’daki karantina ilanının ardından 13 Mart 2020 tarihinde, Birleşik Krallık hükümetinin baş sağlık danışmanı Sir Patrick Vallance BBC Radio 4’e verdiği mülakatta “yapmamız gereken en önemli şeylerden biri bir çeşit sürü bağışıklığı (*herd immunity*) sistemi oluşturmak ve bu nedenle daha fazla insanın bu hastalığa karşı bağışıklık kazanması ve virüsün bulaşının azaltılması” olduğunu aktarmıştır. Sir Vallance, yeterli sayıda insanın hastalığa enfekte olup daha sonra bu hastalığı atlatarak bağışıklık kazanmasıyla olacaktır” yorumunda bulunmuştur.<sup>65</sup> Sir Vallance ise ayrıca sürü bağışıklığının (*herd immunity*) olabilmesi için ise Birleşik Krallık nüfusunun %60’ının enfekte olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>66</sup>

Bu açıklamalar sonrası 200’den fazla bilim insanı Covid-19’a karşı hükümetin bu yaklaşımının doğru olmadığını çünkü bunun sağlık sistemlerine aşırı bir yük olacağını savunmuşlar ve hükümete bu stratejisinin tekrar düşünülmesi gerektiğini belirten bir mektupla talepte bulunmuşlardır<sup>67</sup>. Imperial College Covid-19 Müdahale Ekibine göre sağlık sistemine yükleyeceği ekonomik yükün bir kenara bırakılmasıyla Birleşik Krallık’ta bu yöntemin benimsenip devam et-

62 <https://www.thetimes.co.uk/article/hunt-for-contacts-of-coronavirus-stricken-pair-in-york-dh363qf8k> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

63 <https://www.medscape.com/viewarticle/924664> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

64 <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-guidance-for-staff-in-the-transport-sector/covid-19-guidance-for-staff-in-the-transport-sector> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

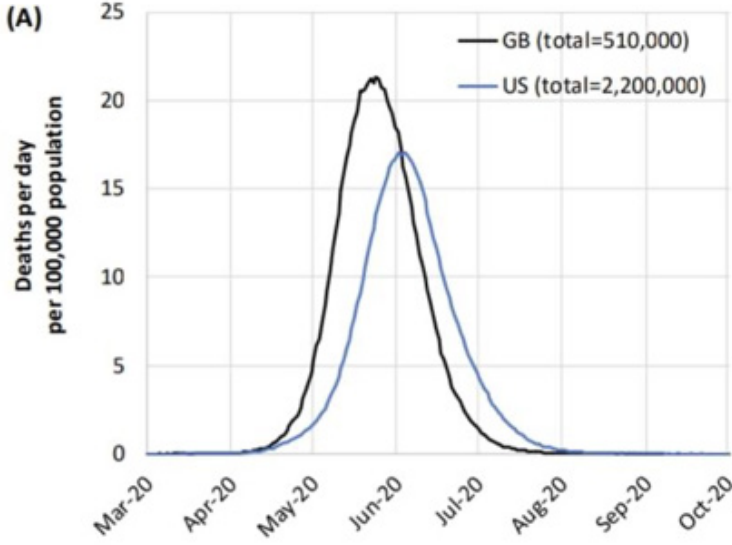
65 <https://www.nytimes.com/2020/03/13/world/europe/coronavirus-britain-boris-johnson.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

66 <https://www.independent.co.uk/news/health/coronavirus-herd-immunity-uk-nhs-outbreak-pandemic-government-a9399101.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

67 <https://www.latimes.com/world-nation/story/2020-03-19/british-prime-minister-boris-johnsons-coronavirus-european-leaders> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)



tirilmesi halinde tahmini ölü sayısının yaklaşık 510.000 gibi yüksek bir sayıya ulaşacağı ve ek olarak sürü bağışıklığı sisteminin benimsenmesi halinde de ABD’de ölü sayısının 2.2 milyona ulaşacağını aşağıda yer alan grafikte öngörmektedir.<sup>68</sup>



Birleşik Krallık’ın sürü bağışıklığı yaklaşımına gösterilen o kadar itiraza en nihayetinde DSÖ genel sekreteri Tedros Ghebreyesus: “Nerede olduğunu bilmiyorsanız bir virüsle savaşamazsınız. İletim zincirlerini kırmak için her vakayı bulun, izole edin, test edin ve tedavi edin.” demiştir.<sup>69</sup>

#### 4.2.1.2. Birleşik Krallık’ta Alınan Önlemler

Birleşik Krallık’ın Covid-19 virüsünün ülkede ortaya çıkmasından sonra Johnson hükümetinin yaklaşımı bir önceki başlıkta incelenmiştir. Bu kısımda ise bu yaklaşımın bir sonucu olarak alınan önlemler ve bu önlemlerin zamanlaması irdelenecektir. Virüsün 31 Ocak

68 Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, Imperial College, s. 7.)

69 <https://newseu.cgtn.com/news/2020-03-16/COVID-19-UK-government-herd-immunity-shift-after-recent-criticism--OT8qFW6MrC/index.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

2020 tarihinde ülkeye gelişi ve akabinde 4 Şubat 2020 tarihinde Genel Sağlık Kampanyasının başlatılması ile birlikte bütün dünyayla eş zamanlı olarak BK da gerekli önlemleri almaya başlayacaktı- ya da en azından diğer Avrupa Konseyi ülkelerinin uyguladıkları önlemler gibi Birleşik Krallık vatandaşları da hükümetlerinden böyle bir beklenti içerisindeydi.

10 Şubat 2020'de Ulusal Sağlık Servisi'nin Covid-19 ile ilgili regülasyonlarının yayınlanması,<sup>70</sup> ileride alınacak müstakbel önlemlerin habercisi olacağı sebebiyle halk tarafından çok olumlu karşılandı. Ancak Birleşik Krallık hükümetinin bir sonraki ciddi ulusal önlemi olan ve istihdam ve destek kredi paketini kapsayan geniş çaplı paketin yürürlüğe girmesi 13 Mart 2020 tarihini bulacaktı.<sup>7172</sup>

19 Mart 2020 tarihinde hükümet, hükümete takdir yetkisi dahilinde USS'ye (Ulusal Sağlık Sistemi), sosyal bakım, okullar, polis, sınır güçleri, yerel konseyler, cenaze ve mahkeme alanlarında acil durum yetkisi veren Koronavirüs Yasası 2020'yi (Coronavirus Act 2020) çıkarttı.<sup>73</sup>

27 Mart 2020 tarihinde ise Boris Johnson, kendi hükümetinin bu virüs salgını sırasında almadığı önlemlerin bir kurbanı olarak kendisinin test sonucunun pozitif çıktığını, kendisini self izolasyona aldığını ve hükümeti video konferans yoluyla yöneteceğini açıkladı.<sup>74</sup>

6 Nisan 2020 tarihinde İngiliz The Guardian'ın haberine göre ise Boris Johnson Covid-19 virüsü teşhisinin konulması dolayısıyla yoğun bakıma kaldırılmıştır<sup>75</sup>. Hiçbir şekilde akademik temele dayandırılmasa da, karşılaştırmalı olarak düşünüldüğünde kanımızca virüsün 31 Ocak 2020 tarihinde Birleşik Krallık'ta ortaya çıkışı sonrası Süre Bağışıklığı sisteminde bu kadar ısrarcı olmayıp okulları daha erken

70 <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/129/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

71 <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/287/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

72 <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2020/289/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

73 <https://news.sky.com/story/coronavirus-emergency-laws-will-give-powers-to-close-airports-and-detain-and-quarantine-people-11959342>

74 <https://www.bbc.com/news/uk-52060791> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

75 <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/06/boris-johnson-the-medical-tests-he-is-likely-undergoing-in-hospital-coronavirus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

tatil edip sokağa çıkma kısıtlamaları daha önce alınsaydı, Boris Johnson'un belki kendisi dahi yakalanmayacaktı. Zira bu görüşümüzü destekler nitelikte olarak Başbakan Boris Johnson 24 Temmuz 2020 tarihindeki bir mülakatında "Hükümetin Covid-19'u ilk haftalarda ve aylarda iyi anlayamadığını" kabul etmiş, bu durumdan ders çıkardığını eklemiş ve bazı şeyleri başka şekilde yapabiliriz demiştir.<sup>76</sup>

### 4.3. İtalya'da Virüsün Yayılımı ve Alınan Önlemlerin Yetersizliği

İtalya, 22 Şubat 2020 tarihinde ilk kez Covid-19 sebebi ile ölüm vakasını kaydetti<sup>77</sup>. Daha önce de ilk Covid-19, 23 Ocak 2020 tarihinde Çin'den Milano'ya gelen sonra da Roma'da hastalanan iki turistte<sup>78</sup> ve 6 Şubat 2020 tarihinde Wuhan'dan dönmüş bir İtalyan vatanndaşında görülmüştü<sup>79</sup>. Bu ilk hastalar iyileşerek taburcu edilmişti fakat Milano'ya yakın bir kasaba olan Codogno'da 14 Şubat günü ortaya çıkan bir vaka aile hekimi tarafından basit bir grip olarak değerlendirilip eve gönderildi. Hasta 2 gün sonra tekrar solunum yolu şikayeti ile yeniden hastaneye geldiğinde ise gerekli tedbirler alınmamış, virüs diğer hasta ve görevlilere bulaşmıştı<sup>80</sup>. Vaka sayıları artış gösterince testler yapılmaya başlanmış olmasına rağmen virüs artık bölgede yayılmıştı.

23 Şubat 2020 tarihinde virüsün yayıldığı on bir belediyeyi İtalyan hükümeti kırmızı bölge ilan etti ve okulları tatil etti, devamında ise bu bölgelerde karantina ilan edildi ve Venedik Festivali gibi büyük etkinlikler iptal edildi.<sup>81</sup>

Mart ayı başından itibaren ise İtalya'daki vaka sayısı AB ülkeleri arasındaki en hızlı artışı gösterdi. Çin dışında da en yüksek 2. Artı-

76 <https://www.bbc.com/news/uk-politics-53525450> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

77 <https://www.aa.com.tr/en/europe/italy-confirms-first-death-from-coronavirus/1741337> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

78 [https://www.corriere.it/cronache/20\\_febbraio\\_22/coronavirus-italia-nuovi-contagi-lombardia-veneto-245e72d4-5540-11ea-8418-2150c9ca483e.shtml](https://www.corriere.it/cronache/20_febbraio_22/coronavirus-italia-nuovi-contagi-lombardia-veneto-245e72d4-5540-11ea-8418-2150c9ca483e.shtml) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

79 <https://edition.cnn.com/asia/live-news/coronavirus-outbreak-02-06-20-intl-hnk/index.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

80 <https://www.nzz.ch/international/mailand-coronavirus-epidemie-begann-in-spi-tal-ld.1542330> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

81 <https://www.bbc.com/news/world-europe-51602007> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

şın yaşandığı görülünce 4 Mart 2020 tarihinde eğitime ara verildi<sup>82</sup>. 8 Mart'ta ise virüsün yayılmasının önlenemediği görülünce birçok il karantina altına alındı ve bir gün sonra karantina tüm ülkeye yayıldı<sup>83</sup>. Ülkede Covid-19 sebebi ile görülen ölüm oranı, yüzde 4'ün üstüne çıkarak Çin'den bile yüksek bir rakama ulaşmış 14 Temmuz 2020 itibariyle ölüm oranı %14 olarak belirlenmiştir<sup>84</sup>. Çin'de bu oran 16 Temmuz 2020 itibariyle %5.45'tir.<sup>85</sup>

Vakaların bu kadar yüksek olmasının en önemli sebeplerinden biri kanımızca önlemlerin geç alınmış olmasının yanı sıra İtalyan politikacıların koordineli bir şekilde Covid-19'la mücadele etmemiş olmasıdır. Zira, kabine hala süreci ve alınacak önlemleri tartışırken gelecekteki muhtemel önlemleri içeren bir taslak, basına sızdırılmış ve birçok insan paniğe kapılmış, tam karantina ilan edilecek kırmızı alanda (*red zone*) bulunan insanlar trenle veya araçlarıyla hükümet henüz resmi bir karantina duyurmadan çıkmaya çalışmışlardır<sup>86</sup>. Bu durum, gıda stoğu eksikliği yaşanmamasına rağmen marketlerde stok yapma sebebiyle büyük kalabalıkların oluşmasına ve kendi şehrine veya başka şehirlere gitmek isteyen vatandaşların havalimanları ve garlara hücum etmesine sebep olmuştur<sup>87</sup>. Uzmanlara göre panik sonucu yaşanan bu hareketler virüsün şehrin birçok bölgesine ve çok fazla kişiye yayılmasına sebebiyet vermiştir<sup>88</sup>. İktidardaki koalisyon ortağı Demokrat Parti lideri Nicola Zingaretti “Lazio bölgesinde şu anda normal mevsimsel grip vakası 85 binken, Covid-19 vakası sadece 2 tane” demiş ve alarm durumuna gerek olmadığını söylemiştir<sup>89</sup>. Ancak sağlık bakanı Roberto Speranza, “Sorumsuz insanlara

82 <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/04/italy-orders-closure-of-schools-and-universities-due-to-coronavirus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

83 <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-51787238> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

84 <https://www.statista.com/statistics/1106372/coronavirus-death-rate-by-age-group-italy/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

85 <https://www.statista.com/statistics/1108866/china-novel-coronavirus-covid19-case-fatality-rate-development/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

86 <https://foreignpolicy.com/2020/03/09/italy-covid19-coronavirus-conte-salvini-epidemic-politicians-are-making-crisis-worse/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

87 Ibid

88 Ibid

89 <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51781717> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

karşı sert davranmalıyız, virüs bir şaka değil” açıklaması yapmıştır<sup>90</sup>. Bu münferit durum dahi hükümetin kendi içerisinde dahi birlik sağlayamadığını göstermek için yeterlidir. Politikacıların ihtiyatsızlığına bir diğer örnek ise Milano Belediye Başkanı Giuseppe Sala’nın 27 Şubat 2020 tarihinde youtube<sup>91</sup> üzerinden “*Milano Non Si Ferma*” (Milano Durmaz) isimli bir video yayınlayarak insanları dışarı çıkmaya teşvik etmesidir.

Sorunun bu kadar büyümesinin sebeplerinden biri de İtalya’daki sağlık sektörüdür. AB ülkeleri arasında en düşük yatak sayısına sahip olan ülke İtalya’dır. DSÖ’nün 2013 verilerine göre, Avrupa bölgesindeki ülkelerin hastanelerdeki akut bakım ünitesi yatak sayısı ortalaması 100.000 vatandaşa 439 iken İtalya’da bu sayı neredeyse yarı yarıya olan 275’tir<sup>92</sup>. Hükümet solunum cihazı eksikliği sebebiyle karantinada bulunan fabrikalardan bazılarında mühendis subaylar göndermektedir<sup>93</sup>.

## 5. Sonuç: Birleşik Krallık ve İtalya’nın Pozitif Önleme Yükümlülüğünün İhlali Sonucunda Doğan Hukuki Sorumlulukları

Bu çalışmada şimdiye kadar pozitif yükümlülük kavramı ve bu kavramın AIHM kararları ve diğer uluslararası belgeler ile şekillenmesinin açıklanmasının ardından salgın hastalıkların da bu kapsama girdiği açıklanmıştı. Ardından 2020 yılına damgasını vuran ve DSÖ tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi ilan edilen<sup>94</sup> Covid-19 virüsünün dünyada ilk ortaya çıkışı ve hükümetlerin buna karşı aldığı önlemler incelenmeye çalışıldı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf iki ülke İtalya’nın ve Birleşik Krallık’ın virüse karşı aldığı önlemler incelenip eleştirildi. Çalışmamızda, bu ülkelerden Birleşik

90 <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/09/southern-italy-tells-panicking-northerners-must-self-isolate/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

91 [https://www.youtube.com/watch?v=kqQ0M42L\\_A0&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=kqQ0M42L_A0&feature=emb_title) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

92 [https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa\\_478-5060-acute-care-hospital-beds-per-100-000/visualizations/#id=19535](https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa_478-5060-acute-care-hospital-beds-per-100-000/visualizations/#id=19535) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

93 <https://www.theglobeandmail.com/world/article-italy-calls-in-military-to-help-ramp-up-production-of-ventilators-as/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

94 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

Krallık'ın seçilmesinin sebebi sürecin ilk başında hükümetin kasti olarak bir önlem almamayı tercih ettiğini düşünmemizdir. Ayrıca İtalya'nın da seçilmesinin sebebi de İtalya'nın kasti olarak önlem almamış olması değil, aksine aldığı önlemler içerisindeki tutarsız olduğu kanısında olmamızdır. Bir sonraki bölümde ise bu seçilme nedenleri göz önüne alınarak bu söz konusu ülkelerin AIHS'ten kaynaklanan hukuki sorumluluklarının olup olmadığı incelenecektir.

Covid-19 virüsü bugünlerde, ülkelerin, yoğun bakım ünitelerinin eksikliği nedeniyle hasta seçmeleri<sup>95</sup> ve toplum sağlığı konusunda DSÖ ve diğer ülkelerin tedrici tavsiye kararlarına uymamaları gibi gerek etik gerekse de hukuksal olarak daha önceki zamanlardaki uygulamalarıyla çelişen, yaşlı bakımevlerinde gereken önlemleri almak gibi, birçok karar almasına sebep olmuştur<sup>96</sup>. Bu çalışmada da sıklıkla bahsedilen, yaşam hakkının pozitif yükümlülüğü konusunda Birleşik Krallık'ın önceki AIHM içtihatlarına uymayıp toplum sağlığını tehlikeye atmış olan *sürü bağışıklığı* kararında kısa bir süre olsa da direnmesi, benzer biçimde İtalya'nın önlemlerin alınmasında geç kalması ve bu politikacıların ve önlemlerin tutarsızlığı sonucunda halkın paniğe kapılıp daha fazla seyahat etmesine sebep olması bu süreçte söz konusu ülkelere ölüm sayısının artmasına yol açmış ve kamuoyu nezdinde bu ülkelerin süreci iyi yönetemediği fikrini uyandırmıştır<sup>97</sup>. Ayrıca Birleşik Krallık'taki 25 Mart 2020 tarihli bir mahkeme kararı sonrasında<sup>98</sup> Covid-19 virüsü dolayısıyla bir vatan- daşın, bakımevinde kalan, sağır ve Alzheimer hastası olan babasını ziyaret edememesi ve evde ona kendisi bakmak istemesi talebiyle açılan davada mahkeme buna cevaz vermemiş ve hem babanın hem de dava arkadaşı olan kızının evde beraber olmasını engelleyerek AIHS madde 8'deki "Özel ve Aile Hayatına Saygı" hakkı askıya alınmıştır<sup>99</sup>. Bu kararın yerindeliği denetiminin yapılıp yapılmaması bir

95 <https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

96 <https://www.thelocal.se/20200510/coronavirus-sweden-admits-failure-to-protect-elderly-in-care-homes> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

97 <https://time.com/5799586/italy-coronavirus-outbreak/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

98 BP v Surrey County Council & Anor [2020] EWCOP 17 (25 March 2020).

99 A Domestic Court's Attempt to Derogate from the ECHR on behalf of the United Kingdom: the implications of Covid-19 on judicial decision-making in the United Kingdom, Stevie Martin. (<https://www.ejiltalk.org/a-domestic-courts-attempt-to-derogate-from-the-e>

kenara, vatandaşların haklarının askıya alınmasına sebep veren bu zamanlarda AIHS madde 15'in öngördüğü<sup>100</sup> (bu askıya alma kararı öncesinde) Avrupa Konseyi Sekreteryası'na herhangi bir bildirim de yapılmamıştır. Zira bu bildirim yapan ülkeler Avrupa Konseyi Sekreteryası'nın websitesinde görülebilmektedir<sup>101</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörüldüğü üzere olağanüstü durumlarda sözleşmenin uygulanması geçici olarak devre dışı bırakılabilir.<sup>102</sup> Kaldı ki bu durum ile ilgili olarak, 2020'de Covid-19 virüsü sebebiyle AIHS'e taraf 10 devlet<sup>103</sup> ile Sekreteryaya derogasyonlarla ilgili olarak bildirimde bulunmuştur. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarına göre, resmi bir derogasyon bildiriminin yokluğunda AIHS madde 15, taraf devlet tarafından alınan önlemlerde uygulanmaz<sup>104</sup>.

Sekreteryaya yapılmayan bildirim yanısıra bu çalışmada sıklıkla dile getirilen yaşam hakkı-pozitif yükümlülüğü ve sağlık hakları açısından da Birleşik Krallık'ta, 4 Şubat'ta başlatılan genel sağlık farkındalık kampanyası sonrasında ulusal çapta ilk olan ve sağlık kurumlarına büyük miktarda yetki veren ciddi ulusal önlem paketi -38 gün sonra- 13 Mart'ta yürürlüğe girmiştir. Bu tarihler arasında, önlem alınmamakla kalmamış hükümet yetkililerinden sürü bağışıklığı sisteminin benimseneceği açıklanmıştır. Bir süre sonra bu hatadan dönülmüş olsa da bu süre de ölümler ve ciddi hayati tehlikeler olmuştur. AIHM'nin birçok örnek davasında kamu sağlığı konusunda devletlere gerekli ve acil önlemler alınması konusunda kararlar verilmişken Birleşik Krallık bunu yapmaktan imtina etmiştir.

Ayrıca uluslararası hukukta kaynağının uluslararası andlaşmalar yahut uluslararası teamül hukuku olması fark etmeksizin bir ulusla-

---

chr-on-behalf-of-the-united-kingdom-the-implications-of-covid-19-on-judicial-decision-making-in-the-united-kingdom/ (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

100 Bu konuda AIHS'in 15. Maddesi şu şekildedir: "Madde 15 Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma; AIHS 15/3: 3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeciler Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler bakımında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeciler Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

101 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

102 Başaran, Halil Rahman, Hak Hukuk Bu Nasıl Uluslararası Hukuk, İstanbul, Kasım 2019, s. 80.

103 Arnavutluk, Ermenistan, Estonya, Gürcistan, Letonya, Kuzey Makedonya, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Sırbistan ve San Marino. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

104 Cyprus v. Turkey, Commission report of 4 October 1983, §§ 66-68

rarası kuralın ihlâl edilmesinin devletlerin sorumluluğunu doğuracağı her ne kadar BM tarafından taslak metinlerde düzenlenmiş olsa da<sup>105</sup> AIHS madde 1’de yargı yetkisi (*jurisdiction*) altında bulunan herkesin haklarını ve özgürlüklerini yararlanmalarını sağlamak zoru nda olduğu<sup>106</sup> vurgulanarak Devletlere bu noktada yargı yetkisi altındaki kişilerin yaşam hakkı da dahil diğer haklarından yararlanmalarını yükümlülüğü yüklemektedir. Aksi halde Devletlerin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır ki AIHM kararları da bu sorumluluğa paralel olarak Devletleri tazminata mahkum edebilir veya eski hale iade kurumunun işletilmesini Devletlerden isteyebilir. Söz konusu ihlâlin eylemlerle de gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi de eylemsizlikle de vücut bulması mümkündür. Böyle bir sorumluluğun doğması durumunda ise ihlâl sebebiyle ortaya çıkan zararın tamamen giderilmesi (eski hâle getirme, bu mümkün değilse tazminat yöntemiyle) gerekir. Eski hale getirme kurumu, devletin yeterli önlem almaması sonucunda sağlıkları tehlikeye düşen vatandaşının tekrar eski sağlığına kavuşması için bütün imkanlarını kullanması anlamında kullanılmaktadır. Eğer ki geri dönülemeyecek bir sağlık hakkı kaybı söz konusu olmuş, örneğin vatandaş bu önlemlerin yetersizliğinden dolayı ömür boyu etkisi devam edecek tedavi edilemez bir organ kaybı olmuşsa veya daha da kötüsü ölmüşse, bu durumda tazminat kurumu işletilecektir. Her ne kadar uluslararası hukukta güncel olaylardan da yola çıkılarak Çin’in sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği uluslararası hukukta tartışılrsa da<sup>107 108</sup> anlaşıldığı üzere bu çalışmada AIHS’e taraf olmayan Çin’in sorumluluğu değil AIHS’e taraf iki ülkenin hukuki sorumlulukları incelenmiştir. Ancak Devletlerin sorumluluğu ve BM belgelerine atıf konusunda Çin üzerine yazılan görüş yazılarının<sup>109</sup> da bu çalışmaya ışık tuttuğunu söylenebilir. BM

105 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful, 2001, s. 32. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

106 AIHS madde 1: Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.

107 <https://internationallaw.blog/2020/05/15/state-responsibility-and-covid-19-bringing-china-to-the-international-court-of-justice/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

108 <https://www.jurist.org/commentary/2020/05/abhishek-kumar-china-covid19-responsibility/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

109 Baran, Deniz, “COVID-19 Salgını ve Çin’in Uluslararası Hukuk Açısından Sorumluluğu”, Nisan 2020 (Çevrimiçi. <https://www.iku.edu.tr/gpot/opinion-deniz-baran-covid-19-salgini-ve-cinin-uluslararasi-hukuk-acisindan-sorumlulugu>) (Son Erişim Tarihi: 8 Eylül 2020)



taslak maddeleri ışığında Çin'in sorumluluğu ile Birleşik Krallık ve İtalya'nın BM taslak maddeleri ve AIHS düzenlemeleri ışığında sorumluluğunun kısmen benzer olması nedeniyle Birleşik Krallık ve İtalya'nın sorumluluğunun doğacağı düşünülebilir. Ancak, bu sorumluluğun BM nezdinde tartışılması durumu incelenirken dikkat edilmesi gereken bir başka husus, BM üyesi devletlerin uluslararası hukukta sorumluluğunu düzenleyen halihazırda geçerli hâlihazırda bir regülasyon olmamasıdır. Bu konuda ışık tutabilecek ilk kaynak, devletlerin sorumluluğu bağlamındaki çalışmanın hâlihazırda "taslak maddeleri" dir. Her ne kadar taslak maddeleri direkt olarak sorumluluk yaratmayacak olsa da bu noktada çalışmaları aydınlatılabilir. Nitekim, bu çalışmada da AIHS ve AIHM kararlarının yanı sıra BM taslak maddelerinden faydalanılmıştır.

Kanımızca, ülkelerin önlem almamasının veya kasten geç alması sonucunda sağlık sistemlerine geç ulaşımı sebebiyle vücutlarında kalıcı hasarların oluşması, eğer bu hasarların seviyesi çok ciddi oradaysa AIHS madde 3'teki işkence ve kötü muamele yasağının ancak bu hasarların seviyesinin çok büyük olmaması durumunda AIHS madde 8'deki özel ve aile hayatına saygı hakkı'nın ihlali anlamına gelmektedir.<sup>110</sup> Bir diğer durum olan vatandaşlarının ölmesi de AIHS madde 2'deki yaşam hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu ihlallerde, geç alınan veya kasti olarak alınmayan önlemlerden dolayı gerekli illiyet bağı bulunmakta olup; Birleşik Krallık ve İtalya AIHM nezdinde önümüzdeki yıllarda belirtilen ihlallerin bir sonucu olarak da yüksek miktarda tazminatlara mahkum edilebilecekleri ayrıca düşünülebilecektir.

110 Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2015, s. 172.

## KAYNAKÇA

- Baran, Deniz, “COVID-19 Salgını ve Çin’in Uluslararası Hukuk Açısından Sorumluluğu”, Nisan 2020 (Çevrimiçi. <https://www.iku.edu.tr/gpot/opinion-deniz-baran-covid-19-salgini-ve-cinin-uluslararası-hukuk-a-cisindan-sorumlulugu>)
- Başaran, Halil Rahman, Hak Hukuk Bu Nasıl Uluslararası Hukuk, İstanbul, Kasım 2019
- Dröge, Cordula *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Springer Verlag, Berlin, 2003.
- Edgar, Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003.
- Ertan, İzzet Mert, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012
- Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, Imperial College (Çevrimiçi, <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modeling-16-03-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- Kocabaş, Sadık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklemediği Pozitif Yükümlülükler*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2009
- Korff, Douwe, *Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No. 8*, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika, Kasım 2006
- Martin, Stevie, “A Domestic Court’s Attempt to Derogate from the ECHR on behalf of the United Kingdom: the implications of Covid-19 on judicial decision-making in the United Kingdom”. (Çevrimiçi, <https://www.ejiltalk.org/a-domestic-courts-attempt-to-derogate-from-the-echr-on-behalf-of-the-united-kingdom-the-implications-of-covid-19-on-judicial-decision-making-in-the-united-kingdom/>, Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- Metin, Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklemediği Pozitif Yükümlülükler”, Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği | Uluslararası İlişkiler Dergisi, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010), (Çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/540079>, Erişim Tarihi: 8 Eylül 2020)

- Mowbray, Alastair *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004
- Özkan Duvar, Ayşe “Governmental Liability for the Protection of Right to Life According to Article 2 of the European Convention on Human Rights “. (Çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/607581>, Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights A Commentary*, Oxford, 2015
- Streuer, Wibke, *Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003,
- ŞAHBAZ, İbrahim, “BİR SOSYAL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKI”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2009, (Çevrimiçi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-588>, Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- Verlag Carl Heymanns *Reports of Judgements and Decisions*, 2006-XIV, Köln
- Wibke Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003
- Yılmaz, Murat “Yaşam Hakkı ve Devletin Koruma Yükümlülüğü”, (Çevrimiçi, <https://www.hukukihaber.net/yasam-hakki-ve-devletin-koruma-yukumlulugu-makale,4328.html>, Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

### Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr31/en/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.nytimes.com/2020/01/29/opinion/coronavirus-outbreak.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

- Another Decade, Another Coronavirus, Stanley Perlman, M.D., Ph.D., <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMe2001126>. (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.cnbc.com/2020/03/11/who-declares-the-coronavirus-outbreak-a-global-pandemic.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.bbc.com/news/world-europe-51876784> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-22/china-s-lunar-new-year-nightmare-3-billion-trips-and-a-virus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.channelnewsasia.com/news/asia/wuhan-virus-quarantine-city-flights-trains-china-12306684> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.middleeasteye.net/news/coronavirus-saudi-arabia-bans-umrah-pilgrimage-residents-and-citizens> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://nationalpost.com/pmnl/health-pmnl/spain-to-impose-nationwide-lockdown-el-mundo> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://edition.cnn.com/2020/03/13/politics/states-coronavirus-fema/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/coronavirus-france-lockdown-cases-update-covid-19-macron-a9405136.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://gov.krd/coronavirus-en/situation-update/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.uefa.com/uefaeuro-2020/news/025b-0ef35fa07210-adb-80b5eb2e7-1000-uefa-postpones-euro-2020/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://eurovision.tv/story/eurovision-2020-in-rotterdam-is-cancelled> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.olympic.org/news/ioc-and-tokyo-2020-joint-statement-framework-for-preparation-of-the-olympic-and-paralympic-ga>

mes-tokyo-2020-following-their-postponement-to-2021 (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.thetimes.co.uk/article/hunt-for-contacts-of-coronavirus-stricken-pair-in-york-dh363qf8k> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.medscape.com/viewarticle/924664> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-guidance-for-staff-in-the-transport-sector/covid-19-guidance-for-staff-in-the-transport-sector> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.nytimes.com/2020/03/13/world/europe/coronavirus-britain-in-boris-johnson.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.independent.co.uk/news/health/coronavirus-herd-immunity-uk-nhs-outbreak-pandemic-government-a9399101.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.latimes.com/world-nation/story/2020-03-19/british-prime-minister-boris-johnsons-coronavirus-european-leaders> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://newseu.cgtn.com/news/2020-03-16/COVID-19-UK-government-herd-immunity-shift-after-recent-criticism-OT8qFW6MrC/index.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/129/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/287/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/289/contents/made> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://news.sky.com/story/coronavirus-emergency-laws-will-give-powers-to-close-airports-and-detain-and-quarantine-people-11959342>

<https://www.bbc.com/news/uk-52060791> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.theguardian.com/world/2020/apr/06/boris-johnson-the-medical-tests-he-is-likely-undergoing-in-hospital-coronavirus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.bbc.com/news/uk-politics-53525450> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.aa.com.tr/en/europe/italy-confirms-first-death-from-coronavirus/1741337> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

- [https://www.corriere.it/cronache/20\\_febbraio\\_22/coronavirus-italia-nuovi-contagi-lombardia-veneto-245e72d4-5540-11ea-8418-2150c9ca483e.shtml](https://www.corriere.it/cronache/20_febbraio_22/coronavirus-italia-nuovi-contagi-lombardia-veneto-245e72d4-5540-11ea-8418-2150c9ca483e.shtml) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://edition.cnn.com/asia/live-news/coronavirus-outbreak-02-06-20-intl-hnk/index.html> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.nzz.ch/international/mailand-coronavirus-epidemie-begann-in-spital-ld.1542330> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.bbc.com/news/world-europe-51602007> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/04/italy-orders-closure-of-schools-and-universities-due-to-coronavirus> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-51787238> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.statista.com/statistics/1106372/coronavirus-death-rate-by-age-group-italy/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.statista.com/statistics/1108866/china-novel-coronavirus-covid19-case-fatality-rate-development/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://foreignpolicy.com/2020/03/09/italy-covid19-coronavirus-conte-salvini-epidemic-politicians-are-making-crisis-worse/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)
- <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51781717> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/09/southern-italy-tells-panicking-northerners-must-self-isolate/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- [https://www.youtube.com/watch?v=kqQ0M42I\\_A0&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=kqQ0M42I_A0&feature=emb_title) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- [https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa\\_478-5060-acute-care-hospital-beds-per-100-000/visualizations/#id=19535](https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfa_478-5060-acute-care-hospital-beds-per-100-000/visualizations/#id=19535) (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.theglobeandmail.com/world/article-italy-calls-in-military-to-help-ramp-up-production-of-ventilators-as/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)
- <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.euronews.com/2020/03/12/coronavirus-italy-doctors-forced-to-prioritise-icu-care-for-patients-with-best-chance-of-s> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.thelocal.se/20200510/coronavirus-sweden-admits-failure-to-protect-elderly-in-care-homes> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://time.com/5799586/italy-coronavirus-outbreak/> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

<https://www.ejiltalk.org/a-domestic-courts-attempt-to-derogate-from-the-echr-on-behalf-of-the-united-kingdom-the-implications-of-covid-19-on-judicial-decision-making-in-the-united-kingdom/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/web-Content/62111354> (Son Erişim Tarihi: 24 Temmuz 2020)

[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

<https://internationallaw.blog/2020/05/15/state-responsibility-and-covid-19-bringing-china-to-the-international-court-of-justice/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

<https://www.jurist.org/commentary/2020/05/abhishek-kumar-china-covid19-responsibility/> (Son Erişim Tarihi: 5 Eylül 2020)

### **AIHM Kararları**

*Gül v. İsviçre*, Başvuru Nu: 23218/94, ECHR 1996-I, 165, 19 Şubat 1996

*Krivova v. Ukrayna*, Başvuru Nu: 25732/05, 9 Kasım 2010.

*Makaratzis v. Yunanistan* Başvuru Nu: 50385/99, AIHM 2004-XI.

*Powell v Birleşik Krallık* Başvuru Nu: 45305/99, AIHM 2000-V.

*Vo v. Fransa* Başvuru Nu: 53924/00, AIHM 2004-VIII.

*Calvelli ve Ciglio v. İtalya* Başvuru Nu: 32967/ 96, AIHM 2002-I.

*Ciechomska v. Polonya*, Başvuru Nu: 19776/04, 14 Haziran 2011.

*Šilih v. Slovenya*, Başvuru Nu: 71463/01, 9 Nisan 2009.

*McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, Seri A nu. 324.

*Opuz v. Türkiye*, Başvuru Nu: 33401/02, 2009.

*Osman v. Birleşik Krallık* 28 Ekim 1998, 1998-VIII.

*Oğur v Türkiye* Başvuru Nu: 21594/93, 20.05.1999.

*Poghosov v. Gürcistan*, Başvuru Nu: 33323/08, 29 Haziran 2017.

Valentin Campeanu v. *Romanya*, Başvuru Nu: 47848/08, 17 Temmuz 2014.

Byrzykowski v. *Polonya*, Başvuru Nu: 11562/05, 27 Eylül 2006.

Zubkove v. *Ukrayna*, Başvuru Nu: 36660/08, 17 Ekim 2013.

Krivova v. *Ukrayna*, Başvuru Nu: 25732/05, 9 Kasım 2010

Al Fayed v. *Fransa* Başvuru Nu: 38501/02, 27 Eylül 2007

Rajkowska v. *Polonya*, Başvuru Nu: 37393/02, 27 Kasım 2007

Railean v. *Moldova* Başvuru Nu: 23401/04, 5 Ocak 2010



## TÜRK ÜNİVERSİTELERİNDE CEZA HUKUKUYLA İLGİLİ ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZLERİ

Aybike BERBER\*

Günümüzde eğitim sisteminin son basamağı olan üniversiteler tarihsel süreç içinde değişim göstermiş, başlangıçta bilgi aktarım merkezleri, sonrasında ise bilginin üretilip uygulandığı kurumlar haline gelmişlerdir. Bir başka deyişle üniversitelerin yaptığı, araştırarak toplumsal gerçeğe ulaşmak (bilgi üretmek) ve böylece soruları yanıtlamak veya sorunlara çözümler getirmek olmuştur. Söz konusu değişimin temelinde, ortaya çıktıklarında seçkin bir kurum olarak algılanan üniversitelerin giderek, herkesin faydalanacağı kurumlar olması gerektiği düşüncesi yatmaktadır<sup>1</sup>. İşte bu durum, her döneme özel koşulların yarattığı toplumsal sorunlar ve bilinmezliklerin çözülmesine odaklanan araştırma ve uygulama merkezlerinin kurulmasına neden olmuştur<sup>2</sup>. Makalemizin konusu olan, Türk üniversitelerindeki (devlet ve vakıf) ceza hukuku uygulama ve araştırma merkezlerini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir.

Batı üniversitelerindeki geçmişi 19. Yüzyıla kadar inen uygulama ve araştırma merkezlerinin ülkemizde ortaya çıkışları, daha yakın bir geçmişte olmuştur. Türkiye’de yükseköğretim sistemini bütünsel anlamda ele alan ilk düzenleme, 1946 tarih ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunu’dur. Ne Alman Ticaret Hukuku Profesörü Ernst E. Hirsch’in (1902-1985) katkısıyla hazırlanan bu kanunda ne de 1973 tarih ve

\* Stajyer Avukat, İstanbul Barosu.

1 Dünyada “üniversite” adını taşıyan en eski yükseköğretim kurumu, 1088 yılında İtalya’daki kurulmuş Bologna Üniversitesi’dir. <https://www.hotcourses-turkey.com/study-abroad-info/destination-guides/dunyanin-en-eski-universiteleri> (30.05.2020).

2 Örneğin, Sanayi Devrimi’nin neden olduğu kitlesel üretimde emeğini satanların işverene karşı yükselttiği ücret ve hak mücadelesi, iş ve çalışma hayatını düzenleyen genel kuralların varlığını kaçınılmaz hale getirince, iş hukuku dediğimiz özel hukuk alanı ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.calismatoplum.org/sayi57/yildiz.pdf> (30.05.2020).

1750 sayılı ikinci Üniversiteler Kanunu'nda<sup>3</sup>, araştırma ve uygulama merkezlerine doğrudan değinen bir hüküm bulunmaktadır. Bu durum, üniversiteleri bütünsel anlamda ele alan üçüncü ve son düzenleme olan, 04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile değişmiştir<sup>4</sup>. Şöyle ki, bu kanunda “*Uygulama ve Araştırma Merkezi: Yükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumudur*” şeklinde tanımlanmıştır (Madde 3/j). Birkaç ay sonra yürürlüğe sokulan Akademik Teşkilat Yönetmeliği uyarınca, bir fakültenin görülen lüzum üzerine teklifi ve ilgili üniversite senatosunun onayını takiben, YÖK'ün kabulü ile araştırma ve uygulama merkezleri kurulmaktadır<sup>5</sup>.

Makalemizin ilk bölümünde kısaca, Türkiye’de hukuk eğitiminin başlayıp yaygınlaşması; ikincisinde izlediğimiz yöntem; üçüncü ve son bölümde ise, genelde hukuk özelde ceza hukukuyla ilgili merkezlerin niteliği ele alınacaktır.

## 1. Cumhuriyet Türkiye’sinde Hukuk Eğitimi

Ankara’da bir hukuk okulu açılması düşüncesi Kurtuluş Savaşı devam ederken, ilk kez Abdülkadir Kemali Bey tarafından dile getirilmişti. Kastamonu Milletvekili Abdülkadir Kemali Bey, 16 Mart 1921 günü TBMM’ye, Birinci Dünya Savaşı’nda askere alındıkları için eğitimlerini tamamlayamamış hukuk öğrencileri için Ankara’da, Adliye Vekaleti’ne bağlı bir hukuk okulu açılmasını öngören üç maddelik bir kanun teklifi vermişti. Ancak Maarif Encümeni (Meclis Millî Eğitim Komisyonu) bina, malzeme ve öğretmen bulamadığı için teklifi reddedilmişti.

Osmanlı Devleti’nde hâkim-savcı yetiştiren Mekteb-i Kuzzat’ın kapatılmasından sonra hâkim, müdde-i umumi (savcı), icra memuru, zabıt kâtibi ve müstantik (sorgu hâkimi) gibi adliye memurlarının yetiştirecek bir hukuk okulunun kurulması gerekmişti. Bu bağlamda

3 Resmi Gazete, 14587 sayılı.

4 Cumhuriyet dönemi üniversite kanunları hakkında özlü bilgi için bkz. <https://www.medimagazin.com.tr/authors/nesrin-emekli/tr-universite-kanunlari-72-79-1606.html> (21.06.2020).

5 Resmi Gazete, 18.02.1982 tarih ve 17809 sayılı.

Adliye Vekili Mahmut Esat Bey (Bozkurt), 1925 yılı Bütçe Kanunu tasarısına, Ankara’da yatılı bir hukuk okulu açılması için ödenek koydurtmuştu. Söz konusu Bütçe Kanunu, 23 Şubat 1925 günü yapılan uzun tartışmalardan sonra dört oy farkla kabul edilmiştir.

Böylece kurulmuş olan Ankara Adliye Hukuk Mektebi fakülte olmayıp Adliye Vekâleti bünyesinde yatılı bir meslek okuluydu ve öğretim kadrosu adliye çalışanlarından oluşuyordu. Açılışını bizzat Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Paşa’nın yaptığı, Cumhuriyet Türkiye’sinin bu ilk hukuk okulu, 1946 yılında Ankara Üniversitesi’ne bağlı bir fakülteye dönüştürülmüştü<sup>6</sup>. Sonraki yıllarda açılan üniversitelerle birlikte, Türk üniversitelerindeki hukuk fakültelerinin sayısı artmıştır.

## 2. Araştırma Yöntemi

Ceza hukukuyla ilgili araştırma ve uygulama merkezlerine odaklanan makalemizde, nitel bir araştırma yöntemi olan biyometrik analizi kullandık. Belirli bir alan, dönem veya bölgede kişi veya kurumların akademik üretimlerini (yaptıkları yayınları) sayısal anlamda değerlendiren bu yöntem, “*herhangi bir bilim dalının bir ülkede mevcut durum ve gelişmişlik düzeyi hakkında bilgi sahibi olma noktasında en önemli veri tabanlarından biri*” olarak tanımlanmıştır<sup>7</sup>. Devlet-vakıf ayrımı yapmadan üniversitelerimizin resmi web siteleri taranmış, hukukla ilgili araştırma ve uygulama merkezlerine ilişkin veriler derlenerek Excel ortamına aktarılmıştır. Genelden (hukuk) özele (ceza hukuku) doğru gidilmek suretiyle oluşturulan aşağıdaki tablo ve şekiller, Excel ortamındaki bu veri tabanı sayısallaştırılarak oluşturulmuştur.

Aşağıdaki tabloda mevcut araştırma ve uygulama merkezleri daha çok, 2547 sayılı kanundan sonra kurulmuşlardır. Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu kanunun varlığından önce, Türk üniversitelerinde başka isimler altında faaliyet göstermiş bazı araştırma ve uygulama merkezlerinin olduğunu belirtmek isteriz. Bazıları özel kanunla

6 <http://www.law.ankara.edu.tr/tarihce-2/> (29.05.2020)

7 <http://journal.mufad.org.tr/attachments/article/754/1.pdf> (30.05.2020)

kurulmuş ve genelde “enstitü” ismini kullanmış olan bu merkezler<sup>8</sup>, Akademik Teşkilat Yönetmeliği'nin Geçici 2. Maddesi kapsamında Araştırma ve Uygulama Merkezi sayılmışlardır. İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi'ne bağlı Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, özel kanunu olmayan bu tür kurumlardan biri olup son derecede üretkendir<sup>9</sup>.

- 
- 8 Özel kanunu olanlara verilecek en güzel örnek, Türk Devrimi'nin incelenip genç kuşaklara öğretilmesi için, Ankara Üniversitesi'ne bağlı olarak 4204 sayılı kanun ile kurulan Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü'dür.
- 9 Enstitünün geçmiş yıllarda İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin enstitü statüsünde iken ve daha sonra araştırma ve uygulama merkezi durumuna geldiğinde pek çok sempozyumlar, seminerler düzenlendiği gibi yayınlar da yapılmıştır. Bu yayınların bir kısmı şöyledir; Türkiye'de Adam Öldürme Cürmü Mahkumları Hakkında Kriminolojik İstatistik, İstanbul, 1948; 894 İntihar Hadisesi Hakkında Kriminolojik Anket, İstanbul, 1954; 121 Uyuşturucu Madde Müptelası Hakkında Kriminolojik Anket, İstanbul, 1958; Uyuşturucu Maddeler Mevzuunda Kollokyum (23 Şubat 1956), İstanbul, 1957; Akıl Hastalarına Karşı Cemiyetin Müdafaası (Raporlar), İstanbul, 1958; Türkiye'de Trafik Problemleri Semineri (20-24 Şubat 1967) Raporlar - Tartışmalar, İstanbul, 1967; Ceza Adalet Reformu İlkeleri Sempozyumu (24-26 Şubat 1972) Raporlar - Tartışmalar, İstanbul, 1972; Cumhuriyetin Ellinci Yılında Ceza Adaleti Reformunun İlkeleri Sempozyumu Kanun Yolları Raporlar - Tartışmalar, İstanbul, 1973; Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'NİN 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul, 1977 ve Güncel Ceza Hukuku ve Kriminoloji Çalışmaları, İstanbul, 1977.

**Tablo 1. Türk Üniversitelerinde Mevcut Hukukla İlgili Araştırma ve Uygulama Merkezleri**

Üniversitenin İsmi	Ceza Dışındaki	Ceza Hakkındaki	Dergi ve İsmi	Açıklamalar
<b>DEVLET ÜNİVERSİTELERİ</b>				
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi	Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (TURK-CEMER)		Gazi Üniversitesi'ne bağlıdır.
	İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi	Şiddet ve Suçla Mücadele Uygulama ve Araştırma Merkezi		Web sitesi açılmamaktadır.
Afyon Kocatepe Üniversitesi				
Akdeniz Üniversitesi	Ernst Hirsh Hukukun Temellerini Araştırma Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Anadolu Üniversitesi				
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi				
Ankara Üniversitesi	Deniz Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi	Ceza, İnfaz Hukuku ve Kriminoloji Araştırma Merkezi		Web sitesi açılmamaktadır.
	Fikri ve Sınai Haklar Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi				
Atatürk Üniversitesi	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Bursa Uludağ Üniversitesi				
Çukurova Üniversitesi				
Dicle Üniversitesi				
Dokuz Eylül Üniversitesi	Anlaşmazlık Çözümü Araştırma ve Uygulama Merkezi (AÇMER)			
	Dokuz Eylül Üniversitesi Sağlık Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (SAHUM)			
	Hukuk Araştırmaları Merkezi (DEHAMER)			

Erciyes Üniversitesi				
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi	Bilişim Teknolojisi ve Bilişim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Galatasaray Üniversitesi	Vergi Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi	Ceza Bilimleri Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma Merkezi		Web sitesinde sadece kurucu ismi belirtilmekte açıklama bulunmamaktadır.
Gaziantep Üniversitesi				
Hacettepe Üniversitesi	Adli Bilişim Araştırma ve Uygulama Merkezi			
	Çocuk Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi (HÜTAM)			
	Sağlık Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İnönü Üniversitesi				
İstanbul Medeniyet Üniversitesi	İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Üniversitesi	İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi	<i>Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi</i>	
	Avrupa Hukuku Araştırma Uygulama Merkezi			
	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi			
	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi			
	Mukayeseli Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi			
	Ord. Prof. Dr. Siddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi			
İzmir Bakırçay Üniversitesi				

İzmir Demokrasi Üniversitesi				
Kırıkkale Üniversitesi				
Kırklareli Üniversitesi				
Kocaeli Üniversitesi				
Marmara Üniversitesi				
Necmettin Erbakan Üniversitesi				
Ondokuz Mayıs Üniversitesi				
Pamukkale Üniversitesi				
Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi				
Sakarya Üniversitesi	Anayasa Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Hukuk Klinikleri Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Selçuk Üniversitesi				
Süleyman Demirel Üniversitesi				
Trabzon Üniversitesi				
Türk-Alman Üniversitesi	Rekabet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Yalova Üniversitesi				
<b>VAKIF ÜNİVERSİTELERİ</b>				
Altınbaş Üniversitesi				
Antalya Bilim Üniversitesi				
Atılım Üniversitesi				
Bahçeşehir Üniversitesi				
Başkent Üniversitesi		Ceza Hukuku ve Kriminoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi (CEKA-MER)		

Beykent Üniversitesi				
Çağ Üniversitesi	Hukuk Klinikleri Uygulama ve Araştırma Merkezi (HUKAM)			
Çankaya Üniversitesi	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Uygulama ve Araştırma Merkezi (AÇÖM)			
	Hukuk Araştırma Danışma ve Uygulama Merkezi (HADUM)			
Doğuş Üniversitesi				
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi	Uluslararası Hukuk Araştırma Merkezi			
Hasan Kalyoncu Üniversitesi				
İbn Haldun Üniversitesi	Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları			
	Uyuşmazlık Çözümü Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Bilkent Üniversitesi	Hukuk ve Ekonomi Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Aydın Üniversitesi				
İstanbul Bilgi Üniversitesi	Deniz Hukuku Araştırma Merkezi			
	Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Karşılaştırmalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Gedik Üniversitesi	İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Kültür Üniversitesi	Fikri Haklar Uygulama ve Araştırma Merkezi	Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (CEHAMER)	<i>Fasikül Aylık Hukuk Dergisi</i>	

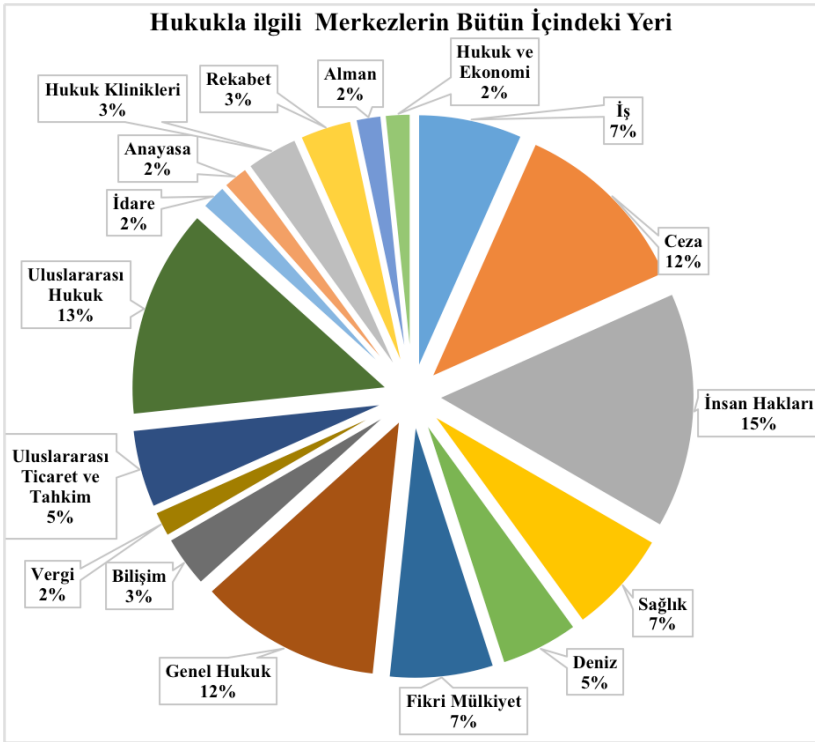


İstanbul Medipol Üniversitesi	Bilişim Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	Milletlerarası Hukuk ve Dış Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi			
	İlaç ve Sağlık Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Okan Üniversitesi				
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi				
İstanbul Şehir Üniversitesi				
İstanbul Ticaret Üniversitesi	Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi				
İzmir Ekonomi Üniversitesi				
Kadir Has Üniversitesi				
Koç Üniversitesi	Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (NASAMER)			
	Küresel Kamu Hukuku Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi (KÜREMİR)			
KTO Karatay Üniversitesi				
Maltepe Üniversitesi	İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi			
	Sağlık Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi			
Mef Üniversitesi				
Özyeğin Üniversitesi	Alman Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Piri Reis Üniversitesi	Deniz Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi			
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi				
Ufuk Üniversitesi				
Yaşar Üniversitesi	Uluslararası Hukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi			
Yeditepe Üniversitesi				

**Kaynak:** (Hukuk Fakültesi Bulunan) Üniversitelerin Resmi Web Siteleri

### 3. Araştırma ve Uygulama Merkezleri

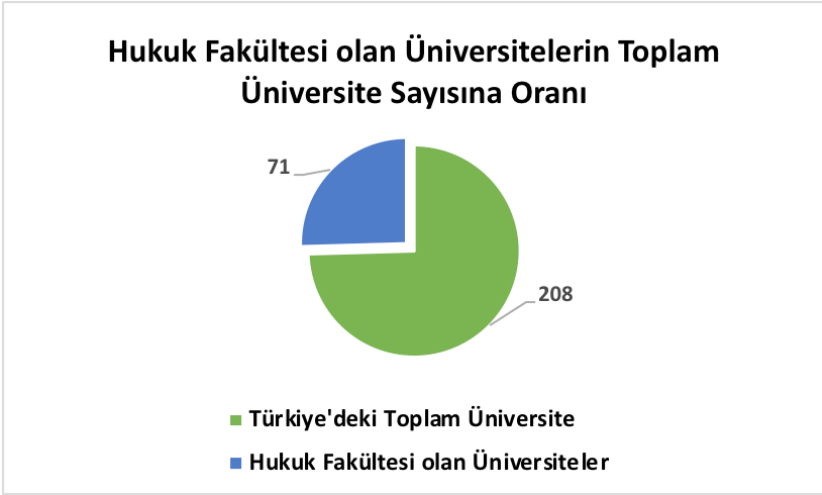
Burada öncelikle bize ait dikkatsizlik gibi görünebilecek bir durumu açıklamak isteriz. Bilindiği üzere araştırma ve akıl olmaksızın bilim yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla doğru olan önce araştırma yapmak ve ulaşılan bulguları uygulamaktır. Oysa Akademik Teşkilat Yönetmeliği merkezleri tanımlarken (Madde 3/j), “uygulama” ibaresini “araştırma” ibaresinin önüne koymuştur. Bu hatadan dolayıdır ki, bazı merkezler bizim kendi cümlelerimizde yaptığımız gibi doğru olanı (“araştırma ve uygulama merkezi”) tercih etmişlerdir.



**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 1)

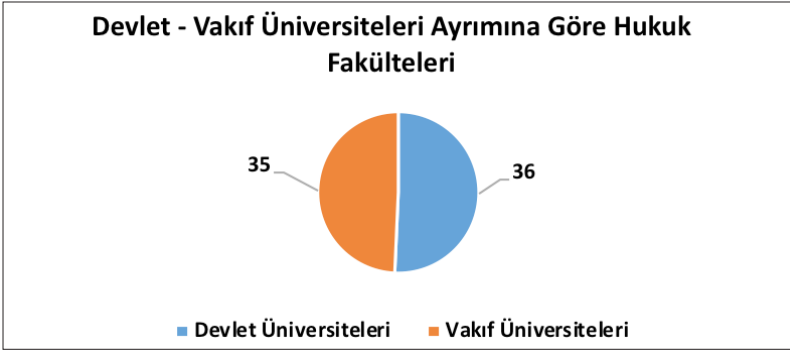
Görüldüğü üzere ceza hukukunun oluşturduğu dilim, diğer birçok hukuk dalına nazaran oldukça yüksek bir orana sahiptir. En büyük dilimin İnsan Hakları olması, küresel bir dünyada yaşıyor olmamız ve Türkiye'nin uzunca bir süredir parçası olmak istediği Avrupa Birliği'nin standartlarını yakalama çabasıyla ilgili olmalıdır. İkinci

büyük dilimin Uluslararası Hukuk alanında olması, küreselleşme olgusu bağlamında değerlendirilebilir. Ceza hukukunun, hukukun her alanında çalışmalar yapan ve bizim “Genel Hukuk” başlığı altında topladığımız dilime eşdeğer yer kaplaması, bizce yeterli olmasa da önemsendiğine işaret etmektedir. Diğer dilimleri, hukukun günün ihtiyaç ve eğilimlerine göre şekillendiği gerçeğinden hareketle değerlendirmek gerekir ki, her geçen gün ismini artarak duyuran Uluslararası Ticaret ve Tahkime ait dilimin giderek büyüyeceğini düşünmekteyiz.



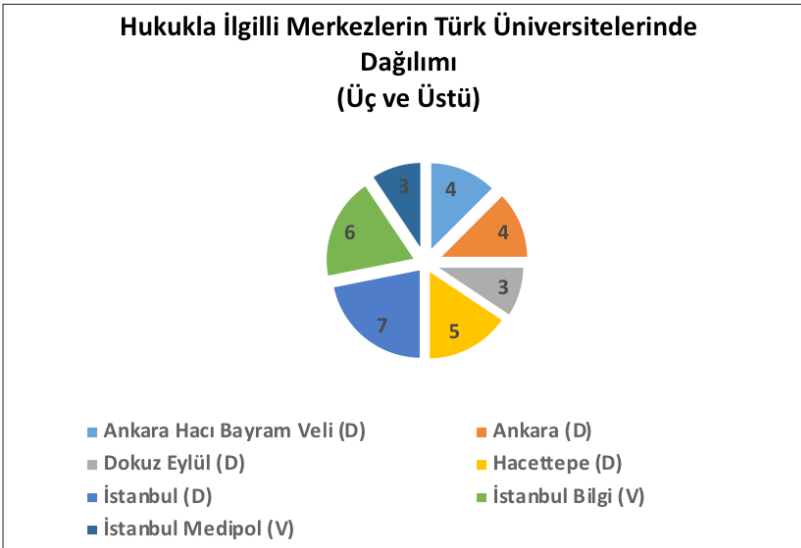
**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 2)

Hukuk fakültesi olan üniversiteler, Türkiye’deki toplam üniversite sayısının % 34’ünü oluşturmaktadır. Başka bir deyişle her üç üniversiteden birinde hukuk fakültesi açılmıştır ki, ilgili çevrelerde bu sayının eğitim kalitesini düşürdüğüne ilişkin yaygın bir inanış bulunmaktadır. Eğitimde kaliteyi belirleyen elbette, tek başına eğitim kurumlarının sayısı ile ilgili değildir. Akademik kadronun niteliği, eğitimde verimliliği kanıtlanmış usullere bağlılık, çağın gereksinimlere uygun kurumsal yapılanma vb. kaliteyi belirlemede önemli rol oynamaktadır. Bu makalenin konusu olan araştırma ve uygulama merkezlerinin de, hukuk eğitiminde kaliteyi artırdığı düşüncesindeyiz.

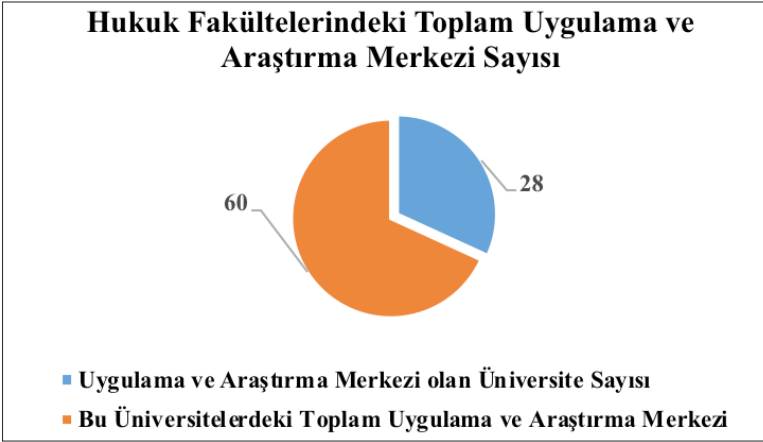


**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 3).

Türkiye’de hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin % 51’i devlet, % 49’u vakıf üniversitesidir. Niceliksel eşitlik, bu üniversitelerdeki hukuk eğitiminin niteliksel anlamda da eşit olduğu anlamına gelmemektedir. Yükseköğretime Geçiş Sınavı’nda, köklü devlet üniversitelerinde (İstanbul ve Ankara) mevcut hukuk fakültelerinin, puan bakımından zirvede oldukları sır değildir. Öte yandan 1980’li yılların sonlarından itibaren görmeye başladığımız bazı vakıf üniversitelerinin, hukukun çeşitli dallarında devlet üniversitelerini geçen sayıda araştırma ve uygulama merkezi açtıkları da bir gerçektir.

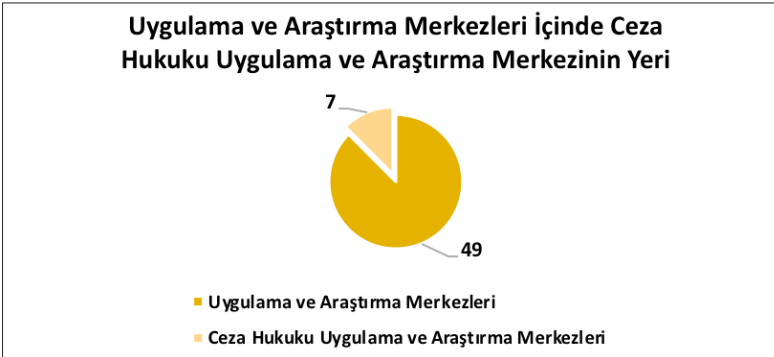


**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 4).



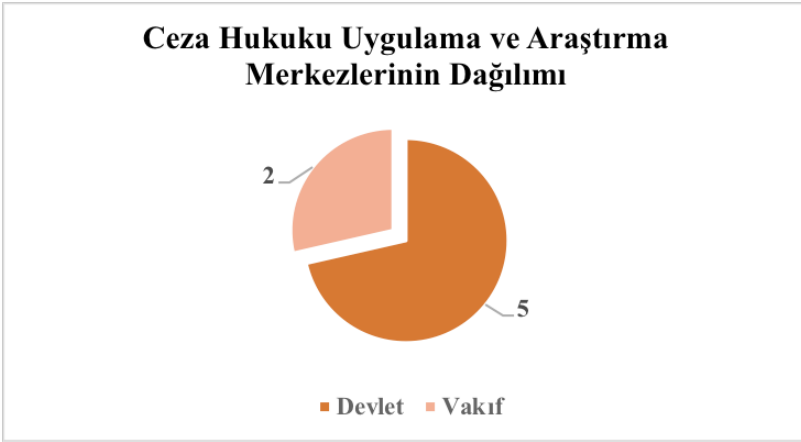
**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 5)

İçinde pek çok farklı dal bulunduran hukukun, farklı türlerde uyuşmazlıkları çözüme zorunluluğu nedeniyle de, araştırma ve uygulama merkezlerine ihtiyacı vardır. Birkaçı neredeyse cumhuriyetle yaşıt olan devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerinde mevcut merkez sayısı, fakülte başına 2.14'tür.



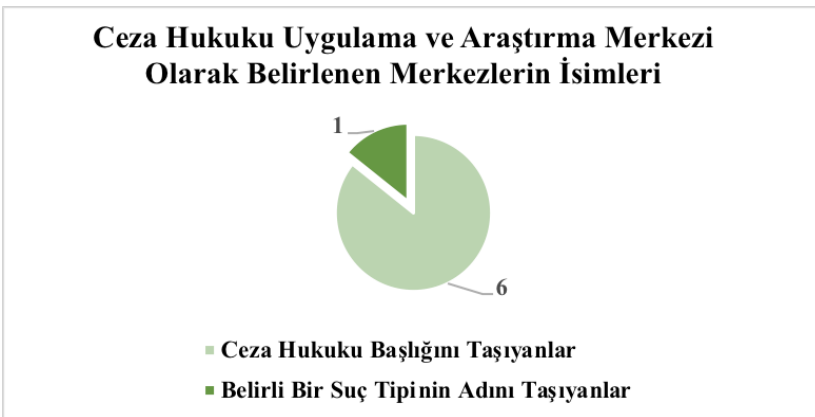
**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 6)

Ceza hukukuyla ilgili merkezlerin toplama oranı yaklaşık % 13'tür. İmparatorluktan çıkarılmış bir ulusal devlet olan Türkiye Cumhuriyeti'nin stratejik önemi de düşünüldüğünde mikro milliyetçilik, kaçakçılık, göç vb. sorunlara bağlı olarak ceza hukuku anlamında çok daha fazla akademik merkez görmeyi beklerdik. Bu sebeple, mevcut merkez sayısının yeterli olmadığı kanaatindeyiz.



**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 7)

Ceza hukuku uygulama ve araştırma merkezlerinden % 71'i devlet üniversitelerinde; % 29'u ise, vakıf üniversitelerinde bulunmaktadır. Bu oranlar, devlet üniversitelerinde ceza hukukuna yönelik araştırma çalışmalarının daha yoğun olduğu izlenimi vermektedir. Veri tabanımız incelendiğinde (Tablo 1), bu merkezlerin daha ziyade, kuruluş tarihi eski devlet üniversitelerinde yer aldıkları görülmektedir. Her iki üniversite türü için de, sayısal artışın ceza hukuku alanında çalışmak isteyen gençleri teşvik edebileceği düşüncesindeyiz<sup>10</sup>.



**Kaynak:** Tablo 1 (Şekil 8)

<sup>10</sup> Bu makaleyi yazarken, ceza hukukuna yönelmede söz konusu araştırma ve uygulama merkezlerinden hiçbirinin tercihimde etkili olmadığını üzülerek fark ettim.

## SONUÇ

Öncelikle ismi araştırma ve uygulama merkezi (ya da uygulama ve araştırma merkezi) olan bu kurumların araştırma-uygulama (öğretim) yanında, kuruldukları hukuk alanıyla ilgili konuşmacı davet etme, web sitelerine ders notu yükleme gibi eğitsel çalışmalar yaptıkları görülmektedir. Bu durum olasılıkla bütçelerinin olmayışı ve kadro sıkıntısıyla ilgili olmalıdır. İstisna görüntüsü veren iki dergi hariç -ki bunlar veri tabanımızdan görüleceği üzere, İstanbul Kültür Üniversitesi tarafından çıkarılan “Fasikül” ile İstanbul Üniversitesi tarafından çıkarılan “Ceza Hukuku ve Kriminoloji” dergileridir- söz konusu merkezlerin akademide gerekliliği tartışılmaz olan periyodik yayınlamaktan uzak kaldıkları ortadadır. Öte yandan, bu merkezlerde idarecilik yapan hukukçuların, dergi yayıncılığında bağımsız olarak, genç hukukçuları yazıp yayımlamaya teşvik için önemli çaba sarf ettikleri de bilinmektedir. Daha çok kitap formatında olan bu yayınlar, makalemizin kapsamı dışındadır.

İkinci olarak veri derleme aşamasında karşılaştığımız bir zorluğa değinmek istiyoruz. Ne yazık ki, Türk üniversitelerinin resmi web siteleri, bu merkezlerle ilgili neredeyse hiç bilgi sunmamaktadır. Yüksek Öğretim kurumlarının, çağımızın tanıtım ve bilgilenme kaynaklarının başında gelen internet ortamından, hakkıyla yararlanılmadığı ortadadır. Hiç kuşkusuz bu eksiklik vakit geçirmeden giderilmelidir.

Son olarak, bu araştırmanın başvurduğu bir makalede (7 numaralı kaynak), 2000 yılından sonra kurulmuş tüm araştırma ve uygulama merkezleri ele alınmıştır. Gördüğümüz kadarıyla elinizdeki makale, genelde hukuk, özelde ceza hukukuyla ilgili araştırma ve uygulama merkezlerine odaklanmış ilk çalışmadır.

## KAYNAKLAR

- <https://www.hotcourses-turkey.com/study-abroad-info/destination-guides/dunyanin-en-eski-universiteleri> (30.05.2020).
- <http://www.calismatoplum.org/sayi57/yildiz.pdf> (30.05.2020).
- <https://cezakriminoloji-hukuk.istanbul.edu.tr/tr/content/hakkimizda/tarihce> (30.05.2020).
- <http://journal.mufad.org.tr/attachments/article/754/1.pdf> (30.05.2020).
- <http://www.law.ankara.edu.tr/tarihce-2/> (29.05.2020).
- <https://www.medimagazin.com.tr/authors/nesrin-emekli/tr-universite-kanunlari-72-79-1606.html> (21.06.2020).
- Feride Öksüz Gül-Yusuf Alpaydın, “Türkiye’deki Araştırma ve Uygulama Merkezleri Üzerine Bir İnceleme”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, [higheredu-sci.beun.edu.tr/pdf/pdf\\_HIG\\_1791.pdf](http://higheredu-sci.beun.edu.tr/pdf/pdf_HIG_1791.pdf) (30.05.2020).



---

## İŞGAL ALTINDAKİ ÇOCUKLUK: AHED TAMİMİ'NİN HİKÂYESİ VE BATI'NIN SEÇİÇİ İNSANCILLIĞI

---

Can Yavuz\*

---

### Özet

Bu kısa makale Filistinli aktivist Ahed Tamimi'nin hikâyesini incelemiştir, İsrail askeri mahkemeleri tarafından tutuklanan Filistinli çocukların sorunlarına değinmiş ve Batı'nın çocuk aktivistleri desteklerken çifte standart uyguladığını öne sürmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Ahed Tamimi, işgal altındaki Filistin toprakları, çocuk hakları, aktivizm, ayrımcılık

### CHILDHOOD UNDER OCCUPATION: AHED TAMIMI'S STORY AND THE WEST'S SELECTIVE HUMANITARIANISM

### Abstract

This short article examines Ahed Tamimi's story, touches upon the problems of Palestinian children arrested by Israeli courts, and suggests that the West applies double standards when supporting child activists.

**Keywords:** Ahed Tamimi, Occupied Palestine Territories, children's rights, activism, discrimination

---

\* Avukat İstanbul Barosu.

“Ben bir özgürlük savaşçısıyım, mağdur olmayacağım.”<sup>1</sup>”

Ahed Tamimi

## 1. Giriş: Çocukluğun Çalındığı Coğrafya

İşgal altındaki Filistin toprakları, Orta Doğu'nun yarayan kanası olmaya, ağır insan ve çocuk hakları ihlallerine sebebiyet vermeye devam ediyor. Coğrafyanın can alıcı ancak yeterince gündeme gelmeyen problemlerinden birisi de İsrail Askeri Mahkemeleri tarafından tutuklanan ve günümüzde sayıları iki yüz ile yedi yüz arasında olduğu tahmin edilen Filistinli çocuklar.<sup>2</sup> Genellikle askere taş atma isnadıyla tutuklanan çocukların önemli bir kısmı yargılama öncesi tutukluluk tedbiriyle hapse atılıyor.<sup>3</sup> Son yıllarda bu soruna uluslararası toplumun ilgisinin arttığı görülmektedir. Bunun arkasındaki sebeplerden belki de en önemlisi Filistin direnişinin yeni sembolüne dönüşen Ahed Tamimi.

Ahed, Nabi Saleh köyünde dünyaya gelmiştir. İsrail'in 1977'de izinsiz yerleşke inşa ettiği bölgede tarım için hayati olan bir su kaynağı bulunmaktadır. İsrail'in 2009'dan beri Filistinlilerin su kaynağını kullanmasına izin vermemesi, Filistinli köylülerin Cuma Protestoları'na yol açmıştır. Hem su hakkını hem de İsrail'in işgalini sonlandırmasını da talep eden protestolarda<sup>4</sup> çok sayıda kadın ve çocuk yaralanmış, Ahed'in amcası Rüştü İsrail askerleri tarafından öldürülmüştür.<sup>5</sup> Ahed'in sözlerine bakıldığında, işgal yalnızca yakınlarını değil çocukluğunu da ondan almış gibi gözükmekte-

- 1 The Guardian, “*Ahed Tamimi: I am a freedom fighter. I will not be the victim*”, <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/30/ahed-tamimi-i-am-a-freedom-fighter-i-will-not-be-the-victim-palestinian-israel>, (erişim 30.4.2020)
- 2 Defense for Children Palestine, [https://www.dci-palestine.org/children\\_in\\_israeli\\_detention](https://www.dci-palestine.org/children_in_israeli_detention), (erişim 30.4.2020)
- 3 The Brookings Institution, “*Ahed Tamimi and the plight of Palestinian child detainees*” <https://www.brookings.edu/opinions/ahed-tamimi-and-the-plight-of-palestinian-child-detainees/>, (erişim 30.4.2020); Defense for Children Palestine, [https://www.dci-palestine.org/children\\_in\\_israeli\\_detention](https://www.dci-palestine.org/children_in_israeli_detention), (erişim 30.4.2020)
- 4 The Washington Post, “*This viral video of an Israeli soldier trying to arrest a Palestinian boy says a lot*”, <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/31/this-viral-video-of-an-israeli-soldier-trying-to-arrest-a-palestinian-boy-says-a-lot/>, (erişim 30.4.2020)
- 5 Haaretz, “*IDF Probe: 80 Bullets Fired Without Justification in Death of West Bank Palestinian*”, <https://www.haaretz.com/.premium-army-palestinian-shot-80-times-1.5224816>, (erişim 30.4.2020); Amnesty International Canada, “*Village of Nabi Saleh*”, <https://www.amnesty.ca/write-for-rights/cases/village-of-nabi-saleh>, (erişim 30.4.2020)

dir. “İşgal olmasaydı gidip baya futbol izlerdim... her gün arkadaşlarımla dışarı çıkmak ve denize gitmek isterdim. İstedğim yere gitmek gibi birçok şey yapardım ve beni durduracak kontrol noktaları olmazdı.”<sup>6</sup>

## 2. Aktivizm, Askeri Mahkemeler ve Çocuklar

Çocukluğunu çevreleyen sorunlar Ahed'i hayallerinden farklı bir yola sürüklemiş, onun küçük yaştan beri aktivizmiyle dikkat çekmesine yol açmıştır. Ahed on bir yaşındayken bir İsrail askerine yumruğunu kaldırarak gözaltındaki kardeşinin nerede olduğunu sormuştur.<sup>7</sup> İnternette yayımlanan bu anın videosu çok sayıda kişi tarafından izlenmiş, Ahed'in tanınırlığını arttırmış, dönemin Başbakanı Erdoğan tarafından Türkiye'ye davet edilmesine ve ödül almasına neden olmuştur.<sup>8</sup>

Ahed'in üç yıl sonra kaydedilen görüntüleri onu tekrar gündeme taşımıştır. Bir İsrail askeri Ahed'in on iki yaşındaki kardeşini göz altına almaya çalışırken Ahed annesiyle birlikte askere direnmiştir. Bu hareket farklı tepkilere yol açmıştır. Görüntülere bakan “Filistinliler baklı direniş gördü. İsraililer zayıflık gördü. Bir taraf çocuk dehşete kapılmış görünüyordu dedi. Diğer taraf askerin korkmuş göründüğünü söyledi. Filistin taraftarı sol, İsrail vahşeti gördü ve bazıları tutuklama girişimini ‘çocuk kaçırma’ olarak tarif etti. İsrail taraftarları Filistinlilere çete dedi.”<sup>9</sup> İnternette hızla yayılan olay hakkında Ahed “Tüm yaptığım kardeşime yardım etmektir. Askerin annesi orada olsaydı o da bana vururdu çünkü sonuçta asker onun çocuğu ve bizim yaptığımız da buydu. Çok sayıda Filistinli çocuk aynı ya da daha zor şeyleri yaşadı ancak onları filme alacak bir kamera yoktu” demecini vermiştir.<sup>10</sup>

6 NBC News, “West Bank Teen Abed Tamimi Becomes Poster Child for Palestinians”, <https://www.nbcnews.com/news/world/palestinian-poster-child-n425581>, (erişim 30.4.2020)

7 BBC Türkçe, “İsrail askerine tokat atan Filistinli kız Abed Tamimi bakım karşısında”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43043784>, (erişim 30.4.2020)

8 Başakşehir Belediyesi, “Abed Tamimi Başbakan Erdoğanla Görüştü”, <https://basaksehir.bel.tr/haberler/ahed-tamimi-basbakan-erdoganla-gorustu-1102>, (erişim 30.4.2020)

9 The Washington Post, “This viral video of an Israeli soldier trying to arrest a Palestinian boy says a lot”,

10 NBC News, “West Bank Teen Abed Tamimi Becomes Poster Child for Palestinians”

Ahed'in uluslararası üne kavuşmasında 15 Aralık 2017'de yaşanan olaylar önemli bir rol oynamıştır. Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Trump'ın Kudüs'ü İsrail'in başkenti olarak tanıma kararı hararetli tartışmalara yol açmış, aralarında Ahed ve ailesinin de yer aldığı birçok kişi kararı protesto etmek için gösteri yürüyüşü düzenlemeye karar vermiştir. Protesto öncesi gelişen olaylarda, İsrail askerleri Ahed'in kuzeni Muhammed'i yakın mesafeden (içi demir olan) plastik mermiyle kafasından vurmuştur. Hayati tehlikeyle hastaneye kaldırılan Muhammed kurtarılabilmiş ancak kafatasının bir kısmı alınmak zorunda kalmıştır.<sup>11</sup>

Aynı günün ilerleyen saatlerinde iki İsrail askeri Ahed'in evinin bahçesine gelmiş, Ahed askerleri hafifçe tekmelemiş, tokatlamış, itirmiş “buradan gidin burada durmayın”, “badi, dışarı çık”, “bana dokunma” diye bağırarak, askerler Ahed'e karşılık vermemiş, Ahed'in annesi ise ortalığı yatıştırmaya gayret etmiştir. Yaşananlar kayıt altına alınmış, Ahed'in annesinin sosyal medyaya yüklediği görüntüler çok sayıda kişi tarafından izlenmiştir. Olaydan birkaç gün sonra İsrail askerleri gece yarısı operasyonu ile Ahed'i göz altına almıştır. Ahed aralarında saldırının da bulunduğu on iki suçla itham edilmiş; görüntüleri sosyal medyaya yükleyen Ahed'in annesi sosyal medyada tahrik ile suçlanmıştır.<sup>12</sup>

Ahed'in yargılama süreci askeri mahkemede, kapalı kapılar arkasında gerçekleşmiştir. Askeri savcılığın önerdiği uzlaşma kapsamında Ahed dört suç işlediğini kabul etmiş ve sekiz ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Ahed hapiste geçirdiği süreçte üç kez sorgulanmıştır. Medyaya yansıyan görüntülerde, Ahed'in (İsrail kanunlarına ay-

- 
- 11 Haaretz, “The Story Behind Ahd Tamimi's Slap: Her Cousin's Head Shattered by Israeli Soldier's Bullet”, <https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-behind-ahed-tamimi-s-slap-her-cousin-s-head-shattered-by-idf-bullet-1.5729500>, (erişim 30.4.2020); Amnesty International United Kingdom, “Ahd Tamimi: Palestinian teen released from Israeli prison”, <https://www.amnesty.org.uk/ahed-tamimi-palestinian-teen-released-israeli-prison>, (erişim 30.4.2020)
- 12 ABC News, “Palestinian teen activist could face years in prison after slapping an Israeli soldier”, <https://abcnews.go.com/International/palestinian-teen-activist-face-years-prison-slapping-israeli/story?id=51913049>, (erişim 30.4.2020); Amnesty International United Kingdom, “Ahd Tamimi: Palestinian teen released from Israeli prison”; The Intercept, “Israel Tackles Existential Threat Posed By 16-Year-Old Palestinian Girl”, <https://theintercept.com/2017/12/20/israel-tackles-existential-threat-posed-16-year-old-palestinian-girl/>, (erişim 30.4.2020)

kırı şekilde) odada kadın görevli olmaksızın sorgulandığı, iş birliği yapmazsa yakınlarının göz altına alınmasıyla tehdit edildiği, sorguyu yapan erkek görevlinin Ahed ile “flört etmeye” çalıştığı görülmüştür.<sup>13</sup>

Ahed'in babası Bassem Tamimi bölgenin önde gelen aktivistlerindendir ve birkaç kez İsrail hapishanesine girmiştir. Baba, Ahed'in ilk kez hapishaneye girmesine karşın onun İsrail hapishanelerine yabancı olmadığını belirtmiştir. “Çocukluğunda benim uzun hapis cezalarımдан, annesinin, kardeşinin ve arkadaşlarının tekrarlanan tutuklamalarına, askerlerinizin [İsrail askerlerinin] yaşamımızda devam eden varlığının ima ettiği gizli-açık tehdide, kızım tüm yaşamını İsrail hapishanesinin ağır gölgesi altında geçirdi. Kızımın tutuklanması sadece bir zaman meselesiydi. Gerçekleşmeyi bekleyen kaçınılmaz bir trajediydi.<sup>14</sup>”

Cezasının infazından sonra özgürlüğüne kavuşan Ahed “hapishaneyi okula dönüştürmeyi başardıklarını” koğuşundaki tüm kızlarla saatlerce hukuk çalıştıklarını söylemiştir.<sup>15</sup> “Çok şey öğrendim... sabırlı olmayı, bir grup içinde olmayı öğrendim. Bu zamanda eğitim görmek için elimden gelenin en iyisini yaptım. Dışarıya daba eğitimi ve dünyayı hapse girdiğimden daba iyi anlayarak çıktım... Elbette olanı unutmayacağım. Ama derslerime yatırım yapacağım, çünkü bilgi mücadeleciler için en güçlü silahtır” açıklamasını yapmıştır.<sup>16</sup> Hapishanedeyken lise eğitimini tamamlayan Ahed hedefinin hukuk okuyarak işgali sorumlu tutmak, diğer tutuklu çocukların davalarını uluslararası mahkemelerin ve tüm dünyanın gözü önüne getirmek olduğunu belirtmiştir.<sup>17</sup>

13 Vox, “How Abed Tamimi, a 17-year-old Palestinian activist, became an international icon”, <https://www.vox.com/2018/8/3/17639254/ahed-tamimi-palestinian-activist-israel>, (erişim 30.4.2020); The Guardian, “Abed Tamimi: ‘I am a freedom fighter. I will not be the victim’”

14 Haaretz, “My Daughter, These Are Tears of Struggle”, <https://www.haaretz.com/opinion/.premium-ahed-is-16-and-i-couldn-t-be-prouder-of-my-daughter-1.5629934>, (erişim 30.4.2020)

15 The Guardian, “Abed Tamimi: ‘I am a freedom fighter. I will not be the victim’”

16 The New York Times, “Abed Tamimi, Palestinian Teenager Who Slapped Israeli Soldier, Is Released From Jail”, <https://www.nytimes.com/2018/07/29/world/middleeast/ahed-tamimi-israel-west-bank.html>, (erişim 30.4.2020)

17 CNN, “Abed Tamimi: Palestinian teen who slapped Israeli soldier freed from prison”, <https://edition.cnn.com/2018/07/29/middleeast/ahed-tamimi-released-intl/index.html>, (erişim 30.4.2020); Al Jazeera English, “Palestinian teen activist Abed Tamimi freed from jail”,

Ahed'in serbest bırakılmasını önemli bulan insan hakları örgütleri bunun buruk bir sevinç olduğunu çünkü İsrail hapishanelerinde halen hiçbir suç işlememiş çok sayıda Filistinli çocuk bulunduğunu belirtmiştir.<sup>18</sup> Ahed serbest bırakılmasını takiben verdiği demeçte aynı soruna değinmiştir. “Kız kardeşlerim [Filistinli kadın mahkûmlar] benimle değilken mutluluğum tam değil. Umuyorum onlarda özgür olacak.”<sup>19</sup> Ahed'in yaşadıkları sesini dünyaya duyuramayan birçok tutuklu Filistinli çocuğun hikâyesiyle aynıdır. UNICEF'in raporuna göre: “Başka hiçbir ülkede çocukların sistematik olarak askeri çocuk mahkemeleri tarafından yargılanmadığı anlaşılmaktadır. Bu mahkemeler tabiatı gereği çocukların hakkına saygı duyulmasını sağlamak için gerekli güvenceleri sağlamakta yetersiz kalmaktadır... Askeri tutuklama sistemine giren çocuklara kötü muamele süreçte yaygın, sistematik ve kurumsallaşmış gibi görünmektedir.”<sup>20</sup>

### 3. Batı'nın “Seçici” İnsancılığı

Ahed'in köyü uzun süredir aynı sorunlarla mücadele ediyor gibi gözüküyor. Bir görüşe göre, günümüzde bölgeden çekilen fotoğraflar otuz yıl önce (aynı yerde) çekilen fotoğraflarla aynıdır.<sup>21</sup> İsrail askeri mahkemeleri tarafından tutuklanan çocuklar problemi de uzun zamandır süregelen bir sorundur.<sup>22</sup> Uluslararası basın ve kamuoyunun yıllarca yeterince önemsemediği problemlere Ahed sayesinde ilginin arttığı görülmektedir. Ahed'in aktivizminin görüntülerini sosyal medyaya yüklediğinden sekiz ay hapis cezasına çarptırılan<sup>23</sup>

---

<https://www.aljazeera.com/news/2018/07/palestinian-ahed-tamimi-freed-jail-180729051621393.html>, (erişim 30.4.2020)

- 18 The Guardian, “Abed Tamimi: I am a freedom fighter. I will not be the victim”; CNN, “Abed Tamimi: Palestinian teen who slapped Israeli soldier freed from prison”,
- 19 Al Jazeera English, “Palestinian teen activist Abed Tamimi freed from jail”
- 20 UNICEF, *Children in Israeli Military Detention Observations and Recommendations*, 6 Mart 2013, Özet Bölümü, [https://www.unicef.org/oPt/UNICEF\\_oPt\\_Children\\_in\\_Israeli\\_Military\\_Detention\\_Observations\\_and\\_Recommendations\\_-\\_6\\_March\\_2013.pdf](https://www.unicef.org/oPt/UNICEF_oPt_Children_in_Israeli_Military_Detention_Observations_and_Recommendations_-_6_March_2013.pdf), (erişim 30.4.2020)
- 21 The Jerusalem Post, “Terra Incognita: Nabi Saleh and Israel's professional army problem”, <https://www.jpost.com/Opinion/Terra-Incognita-Nabi-Saleh-and-Israel's-professional-army-problem-413740>, (erişim 30.4.2020)
- 22 Defense for Children Palestine, [https://www.dci-palestine.org/children\\_in\\_israeli\\_detention](https://www.dci-palestine.org/children_in_israeli_detention), (erişim 30.4.2020); UNICEF, *Children in Israeli Military Detention Observations and Recommendations*, s. 13
- 23 BBC, “Abed Tamimi: Palestinian slap video teen gets eight months in plea deal”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-43487885>, (erişim 30.4.2020)

Ahed'in annesi, Batı'nın Ahed'e artan ilgisinin arkasında farklı bir sebebin olduğunu düşünüyor.

*“Nabi Saleh’in tüm çocukları burada işgal ile yüzleşiyor. Belki de Ahed zaman zaman kameraların ilgisini çekti. Açıkça söylemek gerekirse, muhtemelen Ahed’in görünüşü bu dünya çapındaki dayanışmaya sebep oldu. Sözü gelmişken bu ırkçıdır. Çünkü birçok Filistinli çocuk Ahed’in durumunda ancak bu şekilde muamele görmediler... Belki de dünya*



On altı yaşındaki Ahed, İsrail Askeri Mahkemesinde on iki suçla itham edildiği dosyanın duruşmasındayken

Kaynak: Getty Images (fotoğraf: Ahmad Gharabli)

*[Ahed için] daha fazla dayanışma gösterdi çünkü Ahed onların çocuklarına benziyor. Ama tüm Filistinli çocuklar Ahed Tamimi'dir. Medyanın ilgi göstermesi gereken binlerce hikâye var...<sup>24</sup>” Diğer ifadeyle, Ahed'in annesine göre, Ahed'in beyaz tenli, sarışın ve mavi gözlü bir çocuk olması onun Batı tarafından kendi çocuklarıymış gibi görülmesine, ona olan ilgi ve sempatinin artmasına neden olmuştur.*

Ahed'in annesinin sözleri, İsveçli kadın aktivist Elin Ersson'un hikâyesinin farklı bir bakış açısıyla ele alınmasına neden olmuştur. Yirmi bir yaşındaki Elin, 23 Temmuz 2018'de Türk Hava Yolları'nın Göteborg-İstanbul uçuşu öncesindeki aktivizmi nedeniyle uluslararası kamuoyunun övgüsünü toplamıştır. Elin, uçakta İsveç'ten Afganistan'a geri gönderilecek bir sığınmacı olduğunu öğrenmesi üzerine geri gönderilecek kişi uçaktan çıkarılmadığı sürece koltuğuna oturmayacağını belirtmiş aynı zamanda akıllı telefonuyla Facebook'tan canlı yayın yapmaya başlamıştır. Uçaktaki kimi yolcular onu destekmiş kimileri de tepki göstermiş, canlı yayının videosu internete çok sayıda kişi tarafından izlenmiştir. Sonuçta Elin ve geri gönderilmesi planlanan kişi uçaktan çıkarılmıştır. Elin bu hareketiyle

24 Middle East Monitor, “Tamimi's mother: Support for Ahed is based on racism”, <https://www.middleeastmonitor.com/20180802-tamimis-mother-support-for-ahed-is-based-on-racism/>, (erişim 30.4.2020)

dünya çapında ün kazanmış ve uluslararası basından övgü almıştır. Elin, İsveç havacılık kurallarını ihlal etmekten 320 Avro para cezasına çarptırılmış, sözü geçen kişi de bir başka uçakla Afganistan'a geri gönderilmiştir.<sup>25</sup>

Ahed'in annesinin aktivizm ile insan hakları savunucularının dış görünüşü arasındaki bağlantıya ilişkin tespitleri bir sorgulamaya neden olmuştur. 11 Eylül'den sonra uçak yolculuklarındaki sıkı güvenlik tedbirlerini ve günümüzde artan ırkçılığı göz önünde bulundursak, Elin'in yaptığı hareketi İsveçli, sarışın ve mavi gözlü bir genç kadın yerine, aynı yaşta ve cinsiyette fakat farklı bir etnik kökenden, ten renginden bir kadın yapsaydı acaba nasıl bir tepki alırdı?

Ahed'in hikâyesine geri dönecek olursak, Ahed özgür kaldıktan sonra Yunanistan Komünist Partisi'nin festivalinde bir konuşma yapmış,<sup>26</sup> Real Madrid futbol takımı tarafından ağırlandı onurlandırılmış,<sup>27</sup> Filistinlilerin haklarına ilişkin Londra'da gerçekleşen ve bazı Birleşik Krallık politikacıları tarafından desteklenen bir gösteri yürüyüşüne katılmış,<sup>28</sup> Paris'teki "İnsanlığın Bayramı" festivaline onur konuğu olarak davet edilmiştir.<sup>29</sup> Ahed'in tüm yaşananlar ve artan medya ilgisinden sonra Batı'dan bulabildiği destek bahsi geçenlerden ibarettir. Ahed'in "Parmaklıklar Arkasında Çocuk Olmasın/Yaşayan Direniş" isimli tura katılıp başından geçenleri anlatmak için Amerika Birleşik Devletleri'ne yaptığı vize başvurusu da reddedilmiştir.<sup>30</sup>

- 25 BBC, "Elin Ersson: Student fined for Afghan deportation protest", <https://www.bbc.com/news/world-europe-47283562>, (erişim 30.4.2020); Deutsche Welle, "Elin Ersson and Ismail K. — How an activist tried in vain to rescue an asylum-seeker", <https://www.dw.com/en/elin-ersson-and-ismail-k-how-an-activist-tried-in-vain-to-rescue-an-asylum-seeker/a-47295356>, (erişim 30.4.2020); The Guardian, "Swedish plane protester Elin Ersson: 'I knew I couldn't back down – I had to do what I could'", <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/25/swedish-plane-protester-elin-ersson-interview-afghanistan>, (erişim 30.4.2020)
- 26 The Communist Party of Greece, "Festival 100 Years KKE – 50 Years KNE", <https://inter.kke.gr/en/articles/Festival-100-Years-KKE-50-Years-KNE/>, (erişim 30.4.2020)
- 27 Al Jazeera English, "Real Madrid football club honours Palestine activist Ahed Tamimi", <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/real-madrid-football-club-honours-palestine-activist-ahed-tamimi-180930100616622.html>, (erişim 30.4.2020)
- 28 The Guardian, "London protest demands Israel end 'unprecedented attacks' on Palestine", <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/may/11/israel-end-attacks-on-palestine-london-protest-demands>, (erişim 30.4.2020)
- 29 France 24, "Ahed Tamimi: 'Any Palestinian starts resisting Israeli occupation from birth'", <https://www.france24.com/en/20180917-video-interview-ahed-tamimi-palestinian-teen-activist-fighting-freedom-israel-west-bank>, (erişim 30.4.2020)
- 30 USA Today, "Israel arrests Palestinian girl Ahed Tamimi over viral video of soldier slapping", <https://www.usatoday.com/story/news/world/2017/12/19/israel-arrests-palestinian-girl-ahed-tamimi-over-viral-video-soldier-slapping/966542001/>, (erişim 30.4.2020)



Ahed'in Batı'dan aldığı desteğin diğer çocuk aktivistlere kıyasen oldukça cılız olduğu söylenebilir. Örneğin, iklim değişikliği konusundaki aktivizmiyle övgü hak eden Greta Thunberg, Nobel Barış Ödülü'ne aday gösterilmiş, Birleşmiş Milletler nezdinde konuşma yapmış, Avrupa Birliği kurumlarında ve çok sayıda Batı ülkesinde en üst düzeyde ağırlanmış ve onurlandırılmıştır. Genç kızların eğitim hakkını savunan ve Taliban terör örgütüne karşı yaptığı aktivizm sebebiyle ölümün eşliğinden dönen Malala Yousafzai de haklı şekilde evrensel çapta takdir toplamıştır. Malala, Kailash Satyarthi ile 2014'te Nobel Barış Ödülü'ne layık görülmüş, on yedi yaşındayken bu başarıyı elde ederek bu ödülü en genç yaşta alan kişi olmuştur. Malala gerek Batı gerekse ülkesi tarafından defalarca onurlandırılmış, çok sayıda yüksek profilli ödül almıştır ve eğitimine Oxford Üniversitesi'nde devam etmektedir. Ahed ise bu platformlara erişememiştir.

Ahed aktivizmi sebebiyle en az Malala kadar övgüyü hak etmektedir. Peki kız çocuklarının aktivizmini destekleyen ve yücelten Batı niçin Ahed'e yeterince arka çıkmamakta ve onurlandırmamaktadır? Ahed'in Batı'dan yeterli destek görmemesinin bir nedeni onun yerleşimci sömürgecilığe karşı mücadele etmesidir. Böyle bir mücadele Batı'nın seçici insancılığının kapsamı dışında kaldığından Ahed'in Batı'dan hak ettiği desteği göremediği öne sürülmüştür.<sup>31</sup>

Ahed'e destek verilmemesinin bir başka sebebi devletin şiddet tekeli olabilir. Örneğin Malala, Taliban terör örgütünün yani hükümet dışı bir aktörün şiddetine maruz kalmıştır. Malala kız çocukların eğitim hakkını savunurken bir terör örgütüne karşı mücadele etmiştir. Ahed'in mücadelesinde karşı çıktığı aktör ise bir devlettir. Terör örgütünden gelen şiddet her koşulda hukuka aykırı kabul edilirken, devletten gelen şiddet meşrulaştırılabilmektedir. Devlet şiddeti hukuka aykırı olduğunda ise (örneğin taş atan çocuklar askerler tarafından öldürüldüğünde, askeri mahkeme tarafından yargılanan çocuğun adil yargılanma hakkı ihlal edildiğinde) farklı bir "meşrulaştırma" yöntemi kullanılmaktadır. "*Devlet bu [hukuka aykırı] hareketleri haksızlıklara maruz kalan mağdurların devletin işleyişine tehdit*

31 Al Jazeera English, "Why is the West praising Malala, but ignoring Ahed?", <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/west-praising-malala-ignoring-ahed-171227194606359.html>, (erişim 30.4.2020)

*olarak sunarak baklı gösterir.* <sup>32</sup> Bu makalede İsrail devletinin “meş-  
rulaştırdığı” şiddet tekelinden bahsedilmiş olsa da aynı durumun  
dünyanın dört bir köşesinde yaşandığı, hikâyelerdeki tek değişikli-  
ğin ise rol alan aktörler olduğu söylenebilir.

---

32 İbid.

## KAYNAKÇA

- ABC News, “*Palestinian teen activist could face years in prison after slapping an Israeli soldier*”, <https://abcnews.go.com/International/palestinian-teen-activist-face-years-prison-slapping-israeli-story?id=51913049>, (erişim 30.4.2020)
- Al Jazeera English, “*Palestinian teen activist Abed Tamimi freed from jail*”, <https://www.aljazeera.com/news/2018/07/palestinian-ahed-tamimi-freed-jail-180729051621393.html>, (erişim 30.4.2020)
- Al Jazeera English, “*Real Madrid football club honours Palestine activist Abed Tamimi*”, <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/real-madrid-football-club-honours-palestine-activist-ahed-tamimi-180930100616622.html>, (erişim 30.4.2020)
- Al Jazeera English, “*Why is the West praising Malala, but ignoring Abed?*”, <https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/west-praising-malala-ignoring-ahed-171227194606359.html>, (erişim 30.4.2020)
- Amnesty International Canada, “*Village of Nabi Saleh*”, <https://www.amnesty.ca/write-for-rights/cases/village-of-nabi-saleh>, (erişim 30.4.2020)
- Amnesty International United Kingdom, “*Abed Tamimi: Palestinian teen released from Israeli prison*”, <https://www.amnesty.org.uk/ahed-tamimi-palestinian-teen-released-israeli-prison>, (erişim 30.4.2020)
- Başakşehir Belediyesi, “*Abed Tamimi Başbakan Erdoğanla Görüştü*”, <https://basaksehir.bel.tr/haberler/ahed-tamimi-basbakan-erdoglan-la-gorustu-1102>, (erişim 30.4.2020)
- BBC Türkçe, “*İsrail askerine tokat atan Filistinli kız Abed Tamimi bakim karşısında*”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43043784>, (erişim 30.4.2020)
- BBC, “*Abed Tamimi: Palestinian slap video teen gets eight months in plea deal*”, <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-43487885>, (erişim 30.4.2020)
- BBC, “*Elin Ersson: Student fined for Afghan deportation protest*”, <https://www.bbc.com/news/world-europe-47283562>, (erişim 30.4.2020)
- CNN, “*Abed Tamimi: Palestinian teen who slapped Israeli soldier freed from prison*”, <https://edition.cnn.com/2018/07/29/middleeast/ahed-tamimi-released-intl/index.html>, (erişim 30.4.2020)
- Defense for Children Palestine, [https://www.dci-palestine.org/children\\_in\\_israeli\\_detention](https://www.dci-palestine.org/children_in_israeli_detention), (erişim 30.4.2020)
- Deutsche Welle, “*Elin Ersson and Ismail K. — How an activist tried in vain to rescue an asylum-seeker*”, <https://www.dw.com/en/elin-ersson>

and-ismail-k-how-an-activist-tried-in-vain-to-rescue-an-asylum-seeker/a-47295356, (erişim 30.4.2020)

France 24, “*Abed Tamimi: ‘Any Palestinian starts resisting Israeli occupation from birth’*”, <https://www.france24.com/en/20180917-video-interview-ahed-tamimi-palestinian-teen-activist-fighting-freedom-israel-west-bank>, (erişim 30.4.2020)

Haaretz, “*IDF Probe: 80 Bullets Fired Without Justification in Death of West Bank Palestinian*”, <https://www.haaretz.com/.premium-army-palestinian-shot-80-times-1.5224816>, (erişim 30.4.2020)

Haaretz, “*My Daughter, These Are Tears of Struggle*”, <https://www.haaretz.com/opinion/.premium-ahed-is-16-and-i-couldn-t-be-prouder-of-my-daughter-1.5629934>, (erişim 30.4.2020)

Haaretz, “*The Story Behind Abed Tamimi’s Slap: Her Cousin’s Head Shattered by Israeli Soldier’s Bullet*”, <https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-behind-ahed-tamimi-s-slap-her-cousin-s-head-shattered-by-idf-bullet-1.5729500>, (erişim 30.4.2020)

Middle East Monitor, “*Tamimi’s mother: Support for Abed is based on racism*”, <https://www.middleeastmonitor.com/20180802-tamimis-mother-support-for-ahed-is-based-on-racism/>, (erişim 30.4.2020)

NBC News, “*West Bank Teen Abed Tamimi Becomes Poster Child for Palestinians*”, <https://www.nbcnews.com/news/world/palestinian-poster-child-n425581>, (erişim 30.4.2020)

The Brookings Institution, “*Abed Tamimi and the plight of Palestinian child detainees*”, <https://www.brookings.edu/opinions/ahed-tamimi-and-the-plight-of-palestinian-child-detainees/>, (erişim 30.4.2020)

The Communist Party of Greece, “*Festival 100 Years KKE – 50 Years KNE*”, <https://inter.kke.gr/en/articles/Festival-100-Years-KKE-50-Years-KNE/>, (erişim 30.4.2020)

The Guardian, “*Abed Tamimi: ‘I am a freedom fighter. I will not be the victim’*”, <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/30/ahed-tamimi-i-am-a-freedom-fighter-i-will-not-be-the-victim-palestinian-israel>, (erişim 30.4.2020)

The Guardian, “*London protest demands Israel end ‘unprecedented attacks’ on Palestine*”, <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/may/11/israel-end-attacks-on-palestine-london-protest-demands>, (erişim 30.4.2020)

The Guardian, “*Swedish plane protester Elin Ersson: ‘I knew I couldn’t back down – I had to do what I could’*”, <https://www.theguardian.com/>

world/2018/jul/25/swedish-plane-protester-elin-ersson-interview-afghanistan, (erişim 30.4.2020)

The Intercept, “*Israel Tackles Existential Threat Posed By 16-Year-Old Palestinian Girl*”, <https://theintercept.com/2017/12/20/israel-tackles-existential-threat-posed-16-year-old-palestinian-girl/>, (erişim 30.4.2020)

The Jerusalem Post, “*Terra Incognita: Nabi Saleh and Israel’s professional army problem*”, <https://www.jpost.com/Opinion/Terra-Incognita-Nabi-Saleh-and-Israel’s-professional-army-problem-413740>, (erişim 30.4.2020)

The New York Times, “*Ahed Tamimi, Palestinian Teenager Who Slapped Israeli Soldier, Is Released From Jail*”, <https://www.nytimes.com/2018/07/29/world/middleeast/ahed-tamimi-israel-west-bank.html>, (erişim 30.4.2020)

The Washington Post, “*This viral video of an Israeli soldier trying to arrest a Palestinian boy says a lot*”, <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/31/this-viral-video-of-an-israeli-soldier-trying-to-arrest-a-palestinian-boy-says-a-lot/>, (erişim 30.4.2020)

UNICEF, *Children in Israeli Military Detention Observations and Recommendations*, 6 Mart 2013, [https://www.unicef.org/oPt/UNICEF\\_oPt\\_Children\\_in\\_Israeli\\_Military\\_Detention\\_Observations\\_and\\_Recommendations\\_-\\_6\\_March\\_2013.pdf](https://www.unicef.org/oPt/UNICEF_oPt_Children_in_Israeli_Military_Detention_Observations_and_Recommendations_-_6_March_2013.pdf), (erişim 30.4.2020)

USA Today, “*Israel arrests Palestinian girl Ahed Tamimi over viral video of soldier slapping*”, <https://www.usatoday.com/story/news/world/2017/12/19/israel-arrests-palestinian-girl-ahed-tamimi-over-viral-video-soldier-slapping/966542001/>, (erişim 30.4.2020)

Vox, “*How Ahed Tamimi, a 17-year-old Palestinian activist, became an international icon*”, <https://www.vox.com/2018/8/3/17639254/ahed-tamimi-palestinian-activist-israel>, (erişim 30.4.2020)



---

## YARGI BASKISI ALTINDA AVUKATLAR

---

Gülendam ŞAN KARABULUTLAR\*

---

### Özet

Avukatların Türkiye’de ikinci kez “Tehlikede Bulunan Avukatlar” olarak tespit edilmesi, aslında ülkemizde temel insan haklarının ihlalinde yaşanan yoğunluğun bir sonucudur. Bu durumun savunma hakkının icrası ve adil yargılanma hakkı bakımından ele alınıp tartışılması gerektiği kuşkusuzdur.

**Anahtar kelimeler:** Hak Öznesi, Tehlikede Bulunan Avukatlar, Savunma, Yaralanabilirlik, Dayanışma

### LAWYERS UNDER JUDICIAL PRESSURE

#### Abstract

Lawyers are identified as “Lawyers under Threat” in Turkey for the second time, it is a result of the intensity experienced in the violation of basic human rights in our country. There is no doubt that this situation should be considered and discussed in terms of the right to defense and the right to a fair trial.

**Keywords:** Subject of Rights, Lawyers under Threat, Defense, Vulnerability, Solidarity

Avukatların Türkiye’de ikinci kez “Tehlikede Bulunan Avukatlar” olarak tespit edilmesi, aslında ülkemizde temel insan haklarının ihlalinde yaşanan yoğunluğun bir sonucudur. Bu durumun savunma hakkının icrası ve adil yargılanma hakkının güvencesi olan bir mesleğin bugün geldiği konum açısından ele alınıp tartışılması gerektiği kuşkusuzdur.

---

\* Avukat İstanbul Barosu

Bilindiği üzere, 24 Ocak 1977’de Madrid’de “Atocha Katliamı” olarak bilinen dört avukatın öldürülmesi sonrasında her yıl 24 Ocak “Tehlikedeki Avukatlar Günü” olarak anılmaktadır. 2019 yılında 24 Ocak Tehlikedeki Avukatlar Günü, Avrupa’daki avukat birlikleri olan Avrupa Demokrat Avukatlar Birliği (AED), Dünyada İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Avrupalı Avukatlar Birliği (ELDH) ile Avrupa Barosu İnsan Hakları Enstitüsü (İDHAE) tarafından ikinci kez Türkiye’deki avukatlara ithaf edilmiştir. Daha önce İran, Filipinler, Bask, Honduras, Çin ve Mısır ülkelerindeki avukatlara ithaf edilen bu önemli gün 2012 yılında da Türkiye’deki avukatlara ithaf edilmiştir. 24 Ocak Tehlikedeki Avukatlar Günü nedeniyle Paris Barosu tarafından Başkanı Marie-Aimée Peyron ve Başkan Yardımcısı Basile Ader imzası ile yapılan açıklamada; “Türkiye’de artık adalet, meslektaşlarımız, mesleğimiz ve savunma için yerini bulsun” talebinde bulunulmuştur. Dünyada İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Avrupalı Avukatlar Birliği (ELDH) tarafından Türk ve Kürt avukatlara ithaf edilen “Tehlikedeki Avukatlar 2019” başlıklı raporunda “Türkiye Devleti sistematik olarak Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi’ni ihlal ediyor. Bu ihlalin, savunma hakkına direkt etkisi oluyor” değerlendirmeleri yer almıştır.<sup>1</sup>

Türkiye’nin en büyük barosu olan İstanbul Barosu tarafından “Avukatların Sesi Kesilirse Yurttaşların Nefesi Kesilir” sloganıyla 24 Ocak 2019 tarihinde Türkiye’nin çeşitli baro başkanlarının da katılımı ile İstanbul İstiklal Caddesinde bir yürüyüş gerçekleştirilmiştir. Yürüyüş sonrası yapılan açıklamalarda ise: “Türk yargısındaki siyasallaşmanın savunma hakkını engellemek için avukatlar üzerinde baskı ve tehdit oluşturulduğu” dile getirilmiş; Türkiye’de halen 100’e yakın avukatın cezaevinde olduğuna dikkat çekilmiştir. İstanbul Barosu Avukat Hakları Merkezi Koordinatörü Mehmet Emre Elçi tarafından yürüyüş sonrasında yapılan açıklamada; “Türkiye’de avukatlık mesleğinin ağır bir saldırı altında olduğunu, avukatlık kurumunun iktidar eliyle itibarsızlaştırılmaya çalışıldığını, İstanbul’da son üç ayda avukatlara yönelik 170 hak ihlali şikâyeti aldıklarını, ülke genelinde 100 avukatın tutuklu bulunduğunu an-

1 Dünyada İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Avrupalı Avukatlar Birliği (ELDH), “Tehlikedeki Avukatlar 2019” başlıklı raporu.



çak tutuklu avukat sayısında net bir rakama ulaşamadıklarını” dile getirmiştir.<sup>2</sup>

İnsan Hakları Derneği tarafından 2018 yılının ikinci yarısında yayınlanan “Yargı Baskısı Altındaki Avukatlar” başlıklı rapora göre; ülkemizde OHAL döneminde kötü muameleye maruz kalan avukat sayısı 1.488, tutuklanan avukat sayısı 572 ve hapse mahkûm olan avukat sayısı ise 79’dur<sup>3</sup>. Bugün bu sayılar artarak devam etmektedir. Avukatlar esasen kendilerine yönelik baskılarla gündeme gelmez iken; takip ettikleri davalar ve müvekkillerinin durumunu kamuoyuna açıklamakla gündeme gelmektedirler. Avukatların hak arama süreçlerinde uğradıkları baskılar ise mesleki faaliyetleri nedeniyle ve/veya düşüncelerini, siyasi görüşlerini bireysel veya örgütsel olarak açıklamaları nedeniyle maruz kaldıkları müdahaleler olarak ikiye ayrılabilir. Aynı zamanda avukat örgütleri örneğin Çağdaş Hukukçular Derneği, Özgürlükçü Hukukçular Derneği, Mezopotamya Hukukçular Derneği ve daha da fazlası hak savunuculuğu yaptıkları ve mevcut siyasi iktidara muhalif oldukları için OHAL döneminde kapatıldı; bu örgütlerin yöneticileri ve üyeleri hakkında çeşitli açıklamaları ve eylemleri nedeniyle ağırlıklı olarak “yasa dışı örgüt yöneticiliği, örgüt üyeliği ve örgüt propagandası” atılı suçları ile davalar açıldı, çoğu tutuklu olarak yargılanan avukatlar bu davalar nedeniyle cezalar aldı. Çağdaş Hukukçular Derneği, Özgür Hukukçular Derneği, Asrın Hukuk Bürosu, Halkın Hukuk Bürosu, Ezilenlerin Hukuk Bürosu yönetici ve üyelerine karşı açılan davalar bu sürecin örnek davaları olarak incelenmeli ve tartışılmalıdır.

Kendini savunmak durumunda kalan şüpheli/sanık haline getirilen avukatların soruşturma ve dava dosyalarından örnekler;

- Asrın Hukuk Bürosu Davası; Türkiye’de en kalabalık avukat yargılaması olarak bilinen dava Asrın Hukuk Bürosu davasıdır. Asrın Hukuk Bürosu davası 2011 yılında 40’ın üzerinde avukatın gözaltına alınması ve 36 avukatın tutuklanması ile başlamıştır. Abdullah Öcalan’ın avukatlığını yapan Asrın Hukuk

2 Deutsche Welle Türkçe, Türkiye’de avukatlar “savunma hakkı” istiyor, Aram Ekin Duran, 24.01.2019.

3 İnsan Hakları Derneği, “Yargı Baskısı Altındaki Avukatlar” Raporu, 01.06.2018.

Bürosu avukatları hakkında özel yetkili savcılar tarafından başlatılan soruşturma üç yıl sürmüştür; soruşturma sürecinde dosyada şüpheli sıfatıyla bulunan pek çok avukat üç yıla yakın bir süre tutuklu kalmıştır. İstanbul 19. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014/235 E. Sayılı dosyasında avukatlardan Mustafa Eraslan, Mahmut Alinak, Mehmet Nuri Deniz, Veysel Vesek, Şaziye Önder, Davut Uzunköprü, Doğan Erbaş, Cemo Tüysüz, Cemal Demir, Yaşar Kaya, Emran Emekçi, Hadice Korkut, İbrahim Bilmez, Ömer Güneş, Faik Özgür Erol, Cengiz Çiçek, Mehmet Sani Kızılkaya, Asya Ülker, Muhdi Öztüzün, Mehmet Deniz Büyük, Aydın Oruç, Osman Çelik, Serkan Akbaş, Muharrem Şahin, Mehmet Bayraktar, Mizgin Irgat, Mensur Işık, Şakir Demir, Hakzan Sadak, Sabahattin Kaya, Bedri Kuran, Servet Demir, Hüseyin Çalışıcı, Fuat Coşocak, Mehmet Sabır Taş ve Mehmet Ayata hakkında yargılama halen devam etmektedir.

- Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD) - Halkın Hukuk Bürosu 2013 Davası; 23 Ocak 2013 yılında Çağdaş Hukukçular Derneği yöneticisi ve üyeleri olan avukatların ev ve bürolarında arama ve gözaltı işlemleri sonrasında Günay Dağ, Barkın Timtik, Ebru Timtik, Nazan Betül Vangölü Kozağaçlı, Avni Güçlü Sevimli, Naciye Demir, Şükriye Erden, Taylan Tanay ve Selçuk Kozağaçlı'nın tutuklanması ile devam eden soruşturmada avukatların müvekkillerinin cenaze törenlerine katıldıkları, çeşitli basın açıklamalarına katıldıkları, yoğunluklu olarak DHKPC örgütü mensuplarının avukatlığını yaptıkları iddia edilerek tutuklu avukatlar dahil toplam 22 avukat (Oya Aslan, Güray Dağ, Gülvin Aydın, Serhan Arıkanoglu, Efkân Bolaç, Günay Dağ, Barkın Timtik, Ebru Timtik, Nazan Betül Vangölü Kozağaçlı, Avni Güçlü Sevimli, Naciye Demir, Şükriye Erden, Taylan Tanay ve Selçuk Kozağaçlı) hakkında düzenlenen iddianame ile "DHKP-C silahlı terör örgütüne üye olmak, silahlı terör örgütünün yöneticisi olmak, terör örgütü propagandası yapmak, görevi yaptırmamak için direnme, tasarlayarak öldürmeye teşebbüs ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" atılı suçlarından cezalandırılmaları istenmiştir. Yargılama dosyasına 3.000'nün üzerinde avukat müdafii olarak vekaletname

sunmuş ve yine ilk yargılamada Türkiye'nin çeşitli illerinden gelen 1.000'in üzerinde avukat Silivri Cezaevi yerleşkesinde gerçekleştirilen duruşmada hazır bulunmuştur. İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesi'nde Mart 2014 tarihinde gerçekleştirilen ilk duruşmada avukatlar tahliye edilmiştir. Yargılama 18. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014/117 E. Sayılı dosyasında devam etmektedir.

- Özgürlükçü Hukukçular Derneği Davası; Özgürlükçü Hukukçular Derneği üyesi ve yöneticisi avukatlar ile Tutuklu Aileleri Dayanışma Derneği (TUAD) yöneticilerine karşı aynı iddialarla soruşturma başlatılmış; avukatlar örgütün cezaevi yapılanmasının dış koordinatörleri oldukları iddia edilmiştir. Gizli yürütülen soruşturma kapsamında 10'a yakın avukat gözaltına alınmış; serbest bırakılmalarının ardından savcının itirazı ile 3 avukat tutuklanmış; avukatlardan biri 15 gün sonra tahliye edilmiş diğer ikisi ise 6 ay tutuklu kalmışlardır. Avukatlardan Sinan Zincir, Mustafa Rüzgar, Ayşe Gösterişlioğlu, Ayşe Acinikli, Hüseyin Boğatekin, Ramazan Demir, Tamer Doğan, İrfan Arasan, Şefik Çelik, Adem Çalışci, Ruşen Mahmudoğlu ve Raziye Turgut'un ve TUAD yöneticilerinin yargılaması İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2016/189 E. Sayılı dosyasında devam etmektedir.
- Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD) - Halkın Hukuk Bürosu 2017 Davası; ÇHD üyesi ve bir kısmı Halkın Hukuk Bürosu çalışanı 17 avukat ve 2 stajyer avukat hakkında bir önceki dosya ile benzer şekilde - Berkin Elvan'ın, Dilek Doğan'ın Nuriye Gülmen ve Semih Özakça'nın avukatlığını yaptıkları, cezaevinde müvekkilleri ile görüştikleri, cenazelerine katıldıkları, gözaltına alınan müvekkillerine emniyette susma hakkını kullanmalarını hatırlattıkları- iddiaları ile yasa dışı örgüt üyeliği ve yöneticiliği atılı suçlarından soruşturma başlatılmış; gizli yürütülen soruşturma kapsamında 12 Eylül 2017 tarihinde avukatlar ve stajyer avukatlar ev ve bürolarına yapılan baskınlarla gözaltına alınmışlar; avukatlar 20 Eylül 2017 tarihinde tutuklanmışlardır. Av. Selçuk Kozagaçlı yurtdışından döndüğünde 13 Kasım 2017 tarihinde; Av. Barkın Timtik ise 01 Mart 2018

tarihinde tutuklanmıştır. İstanbul 37 Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2018/84 E. Sayılı dosyasında yargılanan avukatlar Selçuk Kozağaçlı, Barkın Timtik, Ebru Timtik, Ahmet Mandacı, Aycan Çiçek, Ayşegül Çağatay, Aytaç Ünsal, Behiç Aşçı, Didem Baydar Ünsal, Engin Gökoğlu, Naciye Demir, Özgür Yılmaz, Süleyman Gökten, Şükriye Erden, Yağmur Erenken, Yaprak Türkmen, Zehra Özdemir, Günay Dağ, Oya Aslan tam bir yıl sonra mahkeme önüne çıkabilmiş; 14 Eylül 2018 tarihinde tutuklu avukatların tahliyesine karar verilmiştir; tahliye kararının ve avukatların cezaevinden serbest bırakılmasının üzerinden 24 saat geçmeden savcının tahliye kararına yaptığı itiraz aynı mahkeme heyeti tarafından bir kısım avukatlar açısından kabul edilerek avukatlar Barkın Timtik, Özgür Yılmaz, Ahmet Mandacı, Aycan Çiçek, Aytaç Ünsal, Behiç Aşçı, Ebru Timtik, Engin Gökoğlu, Naciye Demir, Selçuk Kozağaçlı, Süleyman Gökten ve Şükriye Erden hakkında yeniden tutuklama kararı verilmiştir. İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada; heyet 6 avukatı “örgüte üye olmamakla birlikte bilerek ve isteyerek yardım etmek” suçundan 3 yıl 1 ay 15 günden 3 yıl 9 aya kadar hapis cezasına mahkum ederken 10 avukata da “silahlı terör örgütü üyesi olmak” suçundan çeşitli hapis cezası verdi. Avukat Selçuk Kozağaçlı'ya 11 yıl 3 ay, Barkın Timtik'e 18 yıl 9 ay, Özgür Yılmaz ve Ebru Timtik'e 13 yıl 6 ay, Behiç Aşçı ve Şükriye Erden'e ise 12 yıl hapis cezası verildi. Mahkeme Günay Dağ ve Oya Aslan hakkında ayırma kararı verdi. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) mahkumiyetlerin onanmasına karar vermiştir. Ancak 17 Ekim 2019 kabul tarihli 7188 sayılı Kanun ile İstinaf Mahkemesi'nde verilen onama kararlarına karşı Yargıtay'a başvuru yolu açılmış ve hüküm temyiz edilmiştir. Dava dosyası Yargıtay incelemesi aşamasındadır.

- Ezilenlerin Hukuk Bürosu Davası; Av. Sezin Uçar ve Av. Özlem Gümüştaş hakkında müvekkillerini cezaevinde ziyaret ettikleri; müvekkillerinin cenazelerine katıldıkları iddiaları ile soruşturma başlatılmış; 19 Ekim 2017'de gözaltına alınarak bir hafta sonra tutuklanmışlardır. Yaklaşık bir yıl tutuklu kalan avukatlar 5 Ekim 2018 tarihinde tahliye edilmişlerdir. Avukatların yargı-

laması İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2018/89 E. Sayılı dosyasında devam etmektedir.

Yukarıda anılan beş yargılamanın ortak özelliği ise avukatların, müvekkillerinin siyasi faaliyetleri ile özdeş tutuldukları, müvekkillerinin kimliği ve eylemleri nedeniyle örgüt üyeliği/yöneticiliği atılı suçlarıyla yapılan toplu yargılamalardır.

Avukatların; toplantı ve gösteri haklarını, ifade özgürlüklerini kullandıkları, insan hakları savunuculuğu yapmaları nedeniyle başlatılan soruşturmalar ve ceza yargılamaları bulunmaktadır. Bu bölüme örnek olarak gösterilebilecek kamuoyunda bilinen ceza soruşturma ve yargılamaları ise aşağıdadır.

- Cizre Protestosu Olarak Bilinen Dava; İstanbul Barosu'na mensup bir grup avukat Şırnak'ın Cizre ilçesinde 2015 yılında başlayan sokağa çıkma yasaklarında çok sayıda sivilin yaşamını yitirmesini protesto etmek amacıyla İstiklal Caddesi Tünel Meydanında bir basın açıklaması yapmışlardır. Basın açıklamasının ardından avukatlardan Avni Güçlü Sevimli, Banu Güveren, Baran Doğan, Diren Yeşil, Ebru Timtik, Ercan Kanar, Gökmen Yeşil, Güray Dağ, Hüseyin Boğatekin, Mehmet Ümit Erdem, Mustafa Rüzgar, Naciye Demir, Nezihha Eken, Onur Şahinkaya, Ramazan Demir, Sezin Uçar, Sinan Zincir ve Şerafettin Can Atalay hakkında yasa dışı örgüt propagandası yapmak atılı suçundan soruşturma başlatılarak dava açılmıştır. Yargılama halen İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/300 E. Sayılı dosyasında devam etmektedir.
- 10 Ekim Ankara Gar Katliamı Protestosu Davası; Ankara Garında 2015 yılında gerçekleşen katliamı protesto etmek amacıyla İstanbul Çağlayan Adliyesi'nde basın açıklaması yapan avukatların bir kısmı hakkında soruşturma başlatılmış; yine yasadışı örgüt propagandası atılı suçu ile avukatlardan Ali Coşkun, Avni Güçlü Sevimli, Aycan Çiçek, Diren Yeşil, Emire Eren Keskin, Güray Dağ, Hasan Cengizhan Karaşın, Hüseyin Boğatekin, Mehmet Ümit Erdem, Mustafa Taylan Savran, Nezihha Eken, Oya Aslan, Özgür Yılmaz, Recep Sancaktar, Ruken Gülağacı, Sezin Uçar, Sinan Zincir, Şerafettin Can Atalay ve Veysi

Eski hakkında dava açılmıştır. Yargılama İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2016/114 E. Sayılı dosyasında devam etmektedir.

- İstanbul Çağlayan Adliyesi Önünde Yapılan Basın Açıklaması Davası; Av. Ebru Timtik'in kötü muamele ile gözaltına alınmasını protesto etmek amacıyla yapılan basın açıklamasına güvenlik güçlerinin müdahale etmesi üzerine avukatlardan Ayca Çiçek, Barkın Timtik, Behiç Aşçı, Diren Yeşil, Ebru Timtik, Ezgi Doğan, Gökmen Yeşil, Hüseyin Boğatekin, Naciye Demir, Onur Şahinkaya, Oya Aslan, Ömer Kavilli, Selçuk Kozağaçlı, Sinan Zincir, Şükriye Erden ve Zehra Özdemir hakkında 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa muhalefet ettikleri iddiası ile dava açılmıştır. İstanbul 58. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/128 E. Sayılı dosyasında yapılan yargılamada avukatlar beraat etmiş olup; başsavcılık beraat kararına karşı istinaf yargı yoluna başvurmuştur, dava dosyası halen Bölge Adliye Mahkemesinde incelenmektedir.
- Adalet Nöbeti'ne Karşı Açılan İlk Dava; Adalet Nöbeti'nin ilk haftasında polisin avukatlara müdahalesi sonrasında gözaltına alınan avukatlar Diren Yeşil, Erkan Sabri Ünüvar, Gökmen Yeşil, Hatice Nur Gök, İsmail Anıl Başoğlu, Kemal Aytaç, Kıvanç Kayaoğlu, Özge Serdar Ve Sevinç Sarıkaya hakkında İstanbul 50. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2018/82 E. Sayılı dosyasında *kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere silahsız katılarak ihtar rağmen kendiliğinden dağılmama suçunu işlediklerinden* bahisle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 32/1 ve TCK'nun 53. maddeleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. Yargılama neticesinde 12.10.2018 tarihinde; "...sanık avukatlar toplanmalarının nedeni olan tutuklu avukatlarla ilgili davanın görüldüğü mahkeme duruşma salonuna gidip yargılamayı engelleyici bir eylemde bulunmadıkları gibi gerek gösterinin konusunu oluşturan davanın taraflarına yönelik gerekse adliyeye iş için gelen vatandaşlarının işlerini takip etmelerini veya adliye görevlilerinin görevlerini yerine getirmelerini engelleyici bir eylemde bulunmadıkları, kamera görüntülerinden açıkça görül-

düğü üzere adliyenin atrium kısmında merdivenlerin olduğu kısımda insanların geçişlerini engellemeden ve sesiz şekilde bir kısmının ellerinde o dönemde tutuklu yargılanan tutuklu avukatların resimlerinin olduğu dövizleri taşımak suretiyle durdukları bu haliyle sanıkların Anayasanın 34.maddesi kapsamında toplantı ve gösteri haklarını kullandıkları anayasal haklarını kullanırken 2911 sayılı yasanın getirdiği sınırlamalarla gütmek istediği kamu hizmetinin engellenmesi, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi şeklinde bir eylemlerinin olmadığı yani barışçıl ve yasal bir eylem gerçekleştirdikleri bu haliyle de sanıkların eylemlerinin 2911 sayılı Yasa'ya muhalefet etmek suçunu oluşturmayacağı" değerlendirilerek tüm sanıkların beraatlerine karar verilmiştir.

- Adalet Nöbeti'ne Karşı Açılan İkinci Dava; İlk nöbetten neredeyse 1 ay sonra Çağlayan Adliyesi'nde 04 Mayıs 2017 tarihinde tutulan Adalet Nöbeti hakkında soruşturma başlatılmış; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu tarafından nöbete katılan avukatlardan Av. Kemal Aytaç hakkında "Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme, Yönetme, Bunların Hareketlerine Katılma" atılı suçunu işlediği iddiası ile cezalandırılması için İddianame düzenlenmiştir. İddianamede; "...Adalet Nöbeti adı altında Cumhuriyet Gazetesine yönelik yürütülen soruşturmanın tutuklu şüphelilerini desteklemek amacıyla İstanbul Adalet Sarayı C Blok -3. Katta yer alan Fuaye alanına gelerek toplantı düzenlediği, Fuaye alanında toplanmış bulunan, henüz açık kimlik bilgileri tespit edilemeyen haklarında ayırma kararı verilerek ayrı soruşturma yürütülen yaklaşık 100-120 kişiden müteşekkil toplulukta bulunan kişilere hitaben konuşma yaptığı, bu durumun İstanbul Adalet Sarayı özel güvenlik görevlilerince tutanağa bağlanarak suç duyurusunda bulunduğu..." belirtilerek Av. Kemal Aytaç'ın savcılık ifadesi, kamera görüntüleri ve özel güvenlik görevlilerince tanzim olunan tutanak yeterli görülerek; kamu hizmeti görülen binalarda toplantı yapılamayacağı gerekçesi ile 2911 sayılı Kanu'nun 28/1 maddesine aykırılık suçunu işlediği kanaatine varılmıştır. İddianame

İstanbul 9. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilerek tensip zaptı düzenlenmiş; yargılamanın ilk oturumu 16 Nisan 2020 tarihine bırakılmıştır.

- Adalet Nöbeti'ne Karşı Başlatılan Soruşturma; Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından 24 Ocak 2018 tarihinde Afrin Operasyonu sırasında "Savaş Bir Halk Sağlığı Sorunudur" başlıklı basın açıklamasının ardından TTB Merkez Konsey üyelerine karşı gözaltı ile başlayan soruşturmayı protesto etmek amacıyla; 01 Şubat 2018 tarihinde Adalet Nöbeti'nin 44. Haftasında, avukatlar Türk Tabipler Birliği'nin "Savaş, doğada ve insanda tahribat yapan, toplumsal yaşamı tehdit eden, insan eliyle yaratılan bir halk sağlığı sorunudur. Her çatışma, her savaş; fiziksel, ruhsal, sosyal ve çevresel sağlık açısından onarılmaz sorunlara yol açarak büyük bir insani dramı da beraberinde getirir. Yaşamaya ant içmiş bir mesleğin mensupları olarak, yaşamı savunmanın, barış iklimine sahip çıkmanın birincil görevimiz olduğunu aklımızdan çıkarmıyoruz. Savaşa baş etmenin yolu, adil, demokratik, eşitlikçi, özgür ve barışçıl bir yaşam kurmak ve bunu sürekli kılmaktır. Savaşa hayır, barış hemen şimdi!" açıklamasını yüksek sesle okumuşlardır. Bu açıklamanın yapıldığı gün Av. Kemal Aytaç'ın evine gözaltına alınması amacıyla gelinmiş; evde olmaması nedeniyle gözaltına alınamamıştır. Av. Kemal Aytaç kendisi savcılığa giderek ifade vermiş; soruşturma genişletilerek o gün bu bildiriye okuduğu iddia edilen bir kısım avukatın ifadeleri alınmıştır. TTB Merkez Konseyi Üyeleri bu açıklamaları nedeniyle Ankara 32. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanmış; TTB Merkez Konseyi üyesi 11 kişi hakkında 03 Mayıs 2019 tarihinde "halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme" atılı suçunu işledikleri kanaati ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir. Avukatlar hakkında yürütülen soruşturma ise halen devam etmektedir.

Örnek olarak verilen bu ceza soruşturmaları ve yargılama dosyalarının dışında Türkiye'nin pek çok yerinde insan hakları savunucusu, muhalif, çeşitli kurumlarda yönetici ve üye avukatlar hakkında bu kimlikleri ve faaliyetleri nedeniyle 100'ün üzerinde ceza soruşturması ve yargılaması bulunmaktadır. Cumhuriyet gazetesi davası



olarak bilinen yargılama dosyasında gazetenin yöneticisi, vakıf üyesi ve avukatı olan üç avukat Akın Atalay, Bülent Utku, Mustafa Kemal Güngör de tutuklanmışlar, yargılama neticesinde ceza almışlardır. Yine Gezi Davası olarak bilinen yargılama dosyasında Türkiye Mimarlar ve Mühendisler Odası İstanbul Şubesi avukatı Şerafettin Can Atalay sanıklar arasındadır.

- Cumhuriyet Gazetesi Davası'nda Yargılanan Avukatlar; Cumhuriyet gazetesinden üç avukat ve gazeteciler 31 Ekim 2016'da gözaltına alındılar. 4 günlük gözaltının ardından da 4-5 Kasım 2016 tarihinde hem FETÖ hem PKK'ye üye olmamakla birlikte bu örgütler adına suç işlemekten ve yardımdan tutuklandılar. Haklarında 6 ay sonra iddianame düzenlendi. Cumhuriyet mensupları OHAL devamı döneminde 9 ay ile 1,5 yıl arasında tutuklu kaldılar. İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi 25 Nisan 2018 tarihli kararı ile Cumhuriyet gazetesi mensubu kişiler hakkında 3 yıl 9 aydan 8 yıl 1 ay 15 güne varan hapis cezalarına hükmetti. Mahkûmiyet kararından sonra yapılan istinaf başvurusu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından esastan reddedildi. Karar bazı sanıklar yönünden kesinleşti. O tarihte yürürlükte olan Kanun gereği 5 yılın altında ceza alan Cumhuriyet Gazetesi mensupları arasından 8 kişinin ve haklarında beş yılın altında ceza verilmiş olan Avukat Mustafa Kemal Güngör ve Avukat Bülent Utku'nun da tekrar cezaevine girmesi gündeme geldi. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 5 yılın altında ceza alanların hükümlerini onadığı için onların kararları kesinleşmiş oldu. 5 yılın üstünde ceza alanların davaları ise temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderildi. Cezası 5 yıldan az olan ve içlerinde Avukat Mustafa Kemal Güngör'ün de bulunduğu altı Cumhuriyet mensubu tekrar cezaevine girdi. Temyiz incelemesi sonunda Yargıtay 16. Ceza Dairesi 12 Eylül 2019 tarihli kararı ile (2019-7004-5220 sayılı) verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verdi. Cezaları 5 yılın altında olan iki avukat hakkındaki mahkûmiyet hükmüne de sirayet ettirilen bozma kararından sonra yeniden yargılama başladı. İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi 21 Kasım 2019 tarihli kararı ile bir sanık hakkında bozmaya uyararak be-

raat kararı verdi. Diğer Cumhuriyet gazetesi sanıkları hakkında önceki mahkumiyet hükmünde direnilmesine karar verdi. Bu kararla Cumhuriyet gazetesi Avukatları Akın Atalay (8 Yıl) Mustafa Kemal Güngör (3 Yıl 9 Ay) Bülent Utku (4,5 Yıl) hakkında mahkumiyet kararı verilmiş oldu. Dava dosyası Yargıtay aşamasındadır.

- Gezi Davasında Yargılanan Avukat; İstanbul 30. Ağır Ceza Mahkemesinde açılmış olan Gezi Davasında ilk duruşma 24/25 Haziran 2019 tarihlerinde yapılmıştır. “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme, Mala Zarar Verme, Nitelikli Mala Zarar Verme, Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması Veya El Değiştirmesi, İbadethanelere Ve Mezarlıklara Zarar Verme, 6136 Sayılı Yasaya Muhalefet, Nitelikli Yağma, Nitelikli Yaralama, 2863 Sayılı Yasa’ya Muhalefet” suçlarından dolayı yargılanan 16 sanıktan biri de Avukat Şerafettin Can Atalay’dır. Şerafettin Can Atalay Mimarlar Odası avukatıdır. Gezi olaylarından dolayı hakkında ceza davası açılmıştır, tutuksuz yargılanmaktadır. Davada iki sanık tutuklu kalmıştır. Sekiz sanık hakkında yakalama kararı verilmiştir. 16.11.2018 tarihinde gözaltına alınarak tutuklanan Yiğit Aksakoğlu 25.06.2019 tarihli ilk celsede tahliye edilmiştir. 10 Ekim 2019 tarihinde gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanmış olan Osman Kavalanın 24 Aralık 2019 tarihi itibarıyla tutukluluk hali sürmektedir.
- Diyarbakır’da görülen en son toplu dava olarak adlandırılabilir avukat yargılaması ise; Diyarbakır Barosu’na kayıtlı 38 avukat ve başka Barolara kayıtlı 3 avukat olmak üzere toplam 41 avukat hakkında; Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2010/444 Esas sayılı KCK ana dava olarak bilinen dosyanın 03.02.2014 tarihinde yapılan duruşmasında, sanıkların duruşma salonunu mahkemenin tarafsızlık ve meşruluğuna dair eleştiri ile terk etmesi üzerine, avukatlarında duruşma salonundan çıkmasının “Görevini Kötüye Kullanma” suçu olduğu iddiası ile 41 avukat hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur. Adalet Bakanlığı’ndan soruşturma izni alındıktan sonra, Diyarba-

kır 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2019/21 Esas sayılı dosyası ile açılan davanın 06 Şubat 2019 tarihinde yapılan ilk duruşmasında 41 avukat hakkında beraat kararı verilmiş ve dosya temyiz edilmeden kesinleşmiştir.

- En son olarak Diyarbakır Barosu hakkında açılan soruşturmalar; Diyarbakır Barosu, Türkiye'nin 1927 yılında kurulan en eski barolarındandır. Bulunduğu coğrafya en fazla hak ihlalinin yaşandığı yerlerden birisidir. Bu nedenle de Diyarbakır Barosu, insan haklarını tüm hak ihlallerine karşı tepkisiz kalmayan ve tüm kesimlere yönelen şiddet ve nefret söylemlerine karşı mücadele etme geleneği olan bir barodur. Diyarbakır Barosu tarafından yapılan bir açıklamada; barolarına kayıtlı birçok avukatın mesleğini icra ederken takip ettiği siyasi içerikli davalar kaynaklı terör örgütü üyesi olarak görüldüğü, mahkemeler nezdinde bu kabulle bakılarak lanse edildiği, birçok üyesi hakkında terör örgütü üyeliği, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemekten, terör örgütü propagandası yapmak, Devlet büyüklerine-Cumhurbaşkanına hakaret suçlarından gözaltı, tutuklama ve başlatılan yargılama sonrasında cezalandırmaya gidildiği belirtilmiştir. Diyarbakır Barosu Başkanı Av. Tahir Elçi, 28 Kasım 2015 tarihinde Diyarbakır Sur İlçesinde Dört Ayaklı Minare önünde, tarihi ve kültürel mirasa yönelik saldırılara dikkat çekmek için yaptığı basın açıklaması sırasında öldürülmüştür. Tahir Elçi'nin öldürülmesi ile ilgili başlatılan soruşturmada 4 yıl geçmesine rağmen en ufak bir ilerleme olmamış; şüpheli sıfatıyla tek bir kişinin dahi ifadesi alınmamıştır.

Diyarbakır Barosu bir önceki dönem (2016-2018) Baro Başkanı ve Yönetim Kurulu üyeleri hakkında; BİMER'e yapılan ihbarlar üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Savcılığı'nda Baro'nun web sayfasında ve sosyal medya hesaplarında yer alan; "24 Nisan 2017 tarihli "24 Nisan/Büyük Felaket/Ermeni Halkının Acısını Paylaşıyoruz" başlıklı, "14 Eylül 2017 tarihli "Hakkari İli Oğul(Tale) Köyü Kanireş Mevkii (Siha Müdahalesi Sonucu Yaşanan Olay)" başlıklı, 18 Aralık 2017 tarihli "Kürdistan İfadesini Cezalandırmak Utandır, Kabul Edilemez" başlıklı açıklamalarıyla ilgili TCK'nın 216. maddesinde düzenlenen

“Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik Etme” ve TCK 301. maddesinde düzenlenen “Türkiye Büyük Millet Meclisi’ni ve Türk Milletini Aşağılamak” suçlarından soruşturma başlatılmış, Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmesi kararı verilmiştir. Avukatların görev suçları kapsamında iddianame ve son soruşturma açılmasına en yakın yer ağır ceza mahkemeleri görevli olduğundan Batman 1. Ağır Ceza Mahkemesi’nce “Son Soruşturmanın Açılıp Açılmayacağı” yönünde duruşma açılmış; 23.11.2019 tarihinde gerçekleşen duruşmada son soruşturma açılmasına ve iddianame düzenlenmesine karar verilmiştir.

### **Sonuç Yerine**

Tüm bu soruşturmalar, yargılamalar ve tutuklamalar; özellikle toplumsal davaları üstlenen avukatlar hakkında yürütülmektedir. Avukatların uğradığı süreklilik arz eden bu hak ihlalleri, bir hak öznesi olup olmadığı tartışma konusu olan avukatın varlığını yok etmeye yöneliktir. Ceza tehdidi altında tutulmak, yaptığı görevi nedeniyle suçlanmak ve yargılanmak, tutuklanmak, ceza yaptırımına uğramak, idari kararlarla mesleklerini ifa etmelerine engel olabilecek düzenlemelerle karşı karşıya kalmak gibi her geçen gün daha da ağır baskılara maruz kalmak avukatlar bakımından sıradan olaylar halini almıştır. Avukatların sanık olmaları, yargılanmaları, cezalandırılmaları düşman ceza hukuku anlayışının sonucudur. Böylelikle hak savunucusu avukatlar toplumdan ayıklanmakta, yargı ceza davalarında savunma görevini yapmaya çalışan avukatları davanın “cübbeli sanıkları” olarak görmekte ve bu şekilde topluma yansıtılmaktadırlar. Türkiye’de siyasi iktidar kurmaya çalıştığı baskı ortamında hukuku etkili bir araç olarak ancak avukatları da “önemli” bir engel olarak görmektedir. Aslında olağanüstü döneme geçiş düzenlemeleri olarak OHAL döneminde yürürlüğe konulan KHK düzenlemeleri ile yapılan yasal düzenlemeler, kalıcı hale gelmekte; hukuk siyasi iktidarın kendi menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda yeniden inşa edilmektedir. Sonuç olarak olağanüstü dönemin olağanlaştırılmış hali siyasal iktidarların takdir ve kabulüne bağlı olarak kurgulanan “düzene uygun hukuk sistemi” herkesin yaşamına egemen kılınmaya çalışılmaktadır. Piyasanın, dinsel gericiliğin, cinsiyetçi egemenlik

ilişkilerinin hizmetine uygun şekillendirilen ve adına “ileri demokrasi” denilen düzenin devamının aracı hukuk sistemine hayır! diyen avukatlar ise baskı altına alınmaya çalışılmaktadır. Bütün bu olgular ışığında, temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve uygulanması bakımından çok daha önem kazanan savunma hakkının temsilcileri olan avukatların, hak öznesi olup olmadığının tartışılmasına, bağımsızlıklarını koruyup geliştirecek eylem planları üzerinde kolektif tartışma ve çalışma çabasına vakit geçirmeksizin başlanmalıdır. Bu bağlamda ‘avukat’ tüm sorunlarıyla, ulusal ve ulusüstü sözleşmelerdeki düzenlemeler kapsamında; hukuki, felsefi ve sosyal olarak yeniden ele alınmalı ve toplumsal etkileri, demokratik toplum düzeni içindeki yeri ve geleceği tartışılmalıdır.

Dr.Dilşad Çiğdem Sever’in 2018/4 sayılı Ankara Barosu Dergisi’nde yayınlanan makalesinde ifade edildiği üzere;

“Avukatlar, insan haklarının korunması ve hukuk devletinin güçlendirilmesi bakımından çok önemli bir role sahiptir. Avukatların herhangi bir sebeple herhangi bir merciden doğrudan veya dolaylı baskı ve müdahaleye maruz kalmalarını önleyen, mesleklerini yürütürken sahip oldukları özgürlüklerinin korunmasını güvence altına alan bir sistemin bulunmaması sadece avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesini önlemekle kalmayıp, bir bütün olarak adalet sisteminin adil olmaması sonucunu doğurur. Bu bakımdan, bir avukatın ifade özgürlüğünün ya da mesleki bilgilerinin korunması meselesi sadece avukatın öznel haklarıyla değil, adil yargılanma hakkıyla da ilişkilidir”.<sup>4</sup>

Yukarıda yer alan örneklerden de görüleceği üzere; “hak öznesi olmak” hem avukat kimliğini hem de avukatların eylemlerini ilgilendirmektedir. Eylemin özneye atfedilebilmesinin koşulu öznenin kendi edimlerini gerçekleştirmek için belli bir iradeye sahip olmasıdır. Ancak kendi özerk eylemlerinin faili olan özneler için hak öznesi olma durumundan bahsedebiliriz. Ancak hukukun egemen tarafından askıya alınması nedeniyle bireylerin ve örgütlerin hak öznesi olma iradeleri kırılğan hale gelmiştir.

<sup>4</sup> Dilşad Çiğdem Sever, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak Öznesi Olarak Avukatlar”, Ankara Barosu Dergisi, 4/2018.

Toplumun adalet duygusundaki sarsılma öncelikle insanları bir araya getiren ortaklık fikrinin aşınmasına ve avukatların kolektif eylemler yerine bireysel alanlarına çekilmelerine neden olmuştur. Bu yüzden avukatların kamusal alanda söz söyleme ve eylemde bulunma yetileri aşınmıştır. Görüldüğü gibi hukuk ortadan kalktığında ve hak öznelerine karşı bir silaha dönüştüğünde tıpkı sıradan yurttaşlar gibi halkın hak arama özgürlüğünün temsilcileri olan avukatların da yaralanabilirliği artmaktadır. İktidar her seferinde söz konusu yaralanabilirliği bireysel ve kolektif öznellikleri devre dışı bırakmak için bir silah olarak kullanmaktadır. Ne var ki yaralanabilirlik sadece iktidarın hak öznelerini mahkum ettiği bir durum olarak okunamaz. O aynı zamanda acının, eziyetin ve haksızlığa karşı öfkenin ifadesi olarak siyasal mücadelenin anlamının ve eyleminin bir parçasıdır.

“Hakların Öznesi Olmak” başlıklı makalesinde felsefeci Zeynep Direk kırılğan ve yaralanabilir öznelerin direnişini şöyle betimler:

“Direniş toplumsal bağlar kurmaktır. Bu bağlar ve ilişkiler var etme, yaşatma, geliştirme ve kişileri hak öznesi olarak yeniden üretme işlevini yerine getirir, yani özneleşmenin mecralarını kurar. Direniş kırılğan öznelerin birlikte güçlenme ve bir toplum inşa etme sürecidir, bu bakımdan direniş feda etme veya kurban etmeyi meşrulaştıran bir varoluş biçimi olmamalı, bir oluş, bir yaşam savunusu, bir hayatta kalma mücadelesi olabilmelidir”.<sup>5</sup>

Tahammül edilemez hak kayıpları ve tek başına mücadele edilemez yaralanabilirlik biçimleri mevcuttur. Bu yüzden dayanışmaya, iletişim ağlarına ve ittifaka ihtiyaç vardır ve ittifak dirençli olmalıdır. Fiili olarak hak özneliği yerine getirilinceye kadar mücadele pratiği ortaya konmalı. Sağlıklı bir toplumsal hayat kendi sorunlarına çözüm bulan bir hayattır. Siyasal iktidarın sürekli olarak avukatlara ve savunmaya karşı olumsuz tavır ve tutum içinde olması hem mesleği yerine getirmenin hem de diğer bakımlardan da, yani ekonomik sosyal, kültürel her bakımdan toplumun önüne bir engel olarak çıkmaktadır. Ülkemizde avukatlık ve hak savunuculuğu ne yazık ki bu derece zor koşullarda adeta yapılamaz hale getirilmektedir. Gel-

5 Zeynep Direk, “Hakların Öznesi Olmak: Kırılğanlıktan Özerkliğe”, Cogito YKY, 87/2017, s.135.

gelelim avukatların kendilerini hak öznese olarak tanımlamaya başlamaları ile bugün özgürlük ve haklar mücadelesinde esasen savunma çizgisi kurabilecek birinci halkanın avukatlık ve hukuk meslek örgütleri olduğu unutulmamalıdır. Sonuç olarak avukatların, baroların ve toplumun diğer tüm kesimlerinin hukuk ve demokrasi mücadelesini dayanışma ile birlikte işletmesi için harekete geçmesi şarttır.

## KAYNAKÇA

- Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları),  
Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9  
Numaralı Tavsiye Kararı BM Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri  
Uluslararası Avukatlar Birliği'nin 27 Ekim 2002 tarihinde kabul ettiği 21.  
Yüzyılda Avukatlık Meslek Kurallarına Dair Turin İlkeleri  
Demokrasi İçin Avrupalı Avukatlar Birliği (ELHD)'nin "Tehlikedeki Avukat-  
lar 2019" Başlıklı Raporu  
İnsan Hakları Derneği'nin 01 Haziran 2018 tarihli "Yargı Baskısı Altındaki  
Avukatlar" Başlıklı Raporu  
The Front Line Defenders'ın 2017 tarihli Risk Altındaki İnsan Hakları Savu-  
nucuları Başlıklı Raporu  
Avrupa Konseyi'nin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkın-  
da 9 Nolu Tavsiye Kararı  
Uluslararası Avukatlar Birliği'nin 02 Ağustos 1991 tarihinde kabul ettiği Mo-  
relia Şartı  
Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Ko-  
mitesi'nin 12 Aralık 2017 tarihinde kabul ettiği Avukatların Ve Avu-  
katlık Mesleğinin Korunması İçin Taslak Rapor  
Dilşad Çiğdem Sever, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hak  
Öznesi Olarak Avukatlar, Ankara Barosu Dergisi 4/2018  
Zeynep Direk Hakların Öznesi Olmak: Kırılğınlıktan Özerkliğe, Cogito  
YKY, 87/2017