



**AVUKATLAR
KULÜBÜ
AVANTAJLARI**
BAŞARI YOLUNDA
AVUKATLARIMIZIN
YANINDA!

Kazancı Hukuk Yargı Kararları Programı 700 TL yerine 350 TL. Siz de 0532 757 00 25'i arayın,
Avukatlar Kulübü avantajlarından hemen yararlanmaya başlayın.

**Paket
5000**

5.000 Dk. Turkcell Hediye
5.000 Dk. Avukatlar Kulübü Üyeleri ve
3 yasalarda,
3.000 Dk. hediye

79 TL

**Paket
2500**

2.500 Dk. Turkcell Hediye
2.500 Dk. Avukatlar Kulübü Üyeleri ve
5 yasalarda,
500 Dk. hediye

49 TL

Avukatlar Kulübü VİP/PK Paketi
Aylık 33 TL'ye 4 GB VİP/PK paketi ve Kulüp
üyelerine özel 4 GB hediyesi ile 8 GB.
Fiyata tüm vergiler dahildir.

Ayrıcalıklı Hukuk Danışmanı
Avukatlara özel çağrı merkezi ve
size özel müşteri temsilcisi!



www.turkcell.com.tr/kurumsal

TURKCELL

İTCELL Avukatlar Kulübü bir tarife ya da bir kampanya değildir. Üye avukatlarımıza sürekli özel teklifler, özel kampanya ve fırsatlar, çeşitli etkinlikler, mesleki uygulamalar sağlamak olan bir toplumdur. Katıncı ve İhtisari Katıncıların tüm avukatlar mesleki ehliyetlerini ispat eden evrak ile kulübe üye olabilirler. İTCELL Avukatlar Kulübü için kulüp üyelik ücreti yoktur. Detaylı bilgi için 0532 757 00 28 (AV) ya da www.turkcell.com.tr/kurumsal/avukatlar



Kazancı

HAKEMLİ HUKUK DERGİSİ

Eylül
Ekim

2011

Sayı 85 - 86

HAÇŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

HAÇŞEHİR

HAKEMLİ HUKUK DERGİSİ

Yıl: 2011 Cilt: 7 Sayı: 85 - 86

Avuk Yeman'da ve Modern Batı Toplumlarda HUKUK ve BİLİM Eleştirel Bir Bakış

Kıymetli Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler

**Avrupa Birliği Vatandaşları İçin Öngörülen Diplomatik Himayenin Uluslararası
Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**

Kıymetli Veril Denetim Otoriteleri

**1877 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri
Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu**

**İhtisari Mahkemeleri/Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Ermenistan'a Karşı Kararı ve
Kararın Türkiye'deki Vicedani Ret Hakkına Etkisi**

**Ceza Adalat Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin
Amme İhtisari Hakkına Yönelik "Bazı Çözüm Önerileri"**

ISSN 1304-7973



01771304797002

Yayının Türü:
Yerel, Süreli

Yayın Aralığı:
Yılda altı (6) sayı olarak yayımlanan hakemli dergidir.

Yıl: 2011 Cilt: 7 Sayı: 83 - 84

ISSN: 1304-7949

Basım Tarihi: Ağustos 2011

Yayın İdare Merkezi Adresi:
Çırağan Caddesi Osmanpaşa Mektebi Sokak No: 4-6
34353 Beşiktaş / İstanbul / Türkiye

İletişim:
melihkazanci@kazancidergisi.com, sinan.altunc@bahcesehir.edu.tr

Yayın İdare Merkezi İletişim Bilgileri:
Tel: 0212 381 03 52 Fax: 0212 381 03 50

Yayın Koşulları:
Yayın koşulları için derginin web sayfasına bakınız.



İncirli Yolu Yakup Bey Apt. 3/8 Osmaniye / Bakırköy – İSTANBUL
Tel: (212) 570 62 65 – Fax: (212) 570 62 93
Web: www.kazancidergisi.com E-posta: kazanci@kazancidergisi.com

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisinin her hakkı 5847 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununa göre Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

Editör'den not

Dergimizin bu sayısında yine birbirinden değerli müelliflerin makaleleri yer almakta.

Bunlardan ilki Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Sezgin Seymen Çebi'nin "Antik Yunan'da ve Modern Batı Toplumlarında HUKUK ve BİLİM Eleştirel Bir Bakış" başlıklı makalesi. Müellifin bu makalesinin, bir hukuk fakültesi dergisinin mutlaka yer vermesi gereken bir alanla ilgili olduğu kanaatindeyiz. Zira Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi maalesef öğrencilik yıllarından başlayarak hukukçuların gereken önemi vermediği bir anabilim dalı. Nitekim bu eksiklik etkisini ülkedeki hukuk sisteminin işleyişindeki aksaklıklar bakımından gösteriyor. Bu nedenle hukukun bu alanındaki makalelerin Dergimizde daha çok yayımlanmasını arzu etmekteyiz.

İkinci makalenin müellifi ise Yrd. Doç. Dr. Zeynel T. Kangal. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi Kangal'ın makalesi "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler" başlığını taşıyor. Ceza hukukuna yabancı olan birtakım yararların gözetilmesi sonucunda kabul edilen bu kavramların irdelenmesinin, özellikle ceza hukukunun teorik yönüyle ilgili ilgilenen birçok okuyucumuza ilginç geleceğini düşünüyoruz.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı öğretim görevlisi Dr. Gökhan Güneysu "Avrupa Birliği Vatandaşları İçin Öngörülen Diplomatik Himayenin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı makalesinde Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Andlaşma'nın 23. maddesinden yola çıkarak Avrupa Birliği vatandaşlarına tanınan himayenin uluslararası hukuktaki klasik diplomatik himaye ile karşılaştırmasını yapmıştır. Hem ilginç hem de güncel bu konunun Dergimizde yayımlanmasını önemlidir.

Kişisel veriler konusu ülkemizde ve Dünyada en fazla tartışılan konuların başında gelmektedir. Özellikle kişisel verilerin kullanılması ile ilgili uygulamaların denetlenmesine yönelik duyulan ihtiyaç, bu tartışmaların eksenini oluşturmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Dr. Seydi Kaymaz "Kişisel Veri Denetim Otoriteleri" başlıklı makalesinde bu tartışmalarla ilgili bizleri aydınlatmaktadır; özellikle makalesinin sonuç ve öneriler başlıklı son bölümündeki görüşleri bu konuya ışık tutar niteliktedir.

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi Sevi Bakım'ın "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu" başlığını taşıyan makalesi,

TCK m. 239'da yer alan suçu etraflıca inceleyen bir çalışma niteliğindedir. Makale, ceza hukukunun gün geçtikçe önem kazanan konularından birini ele almakta ve bu nedenle de büyük önem arz etmektedir.

Serkan Köybaşı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisidir. Köybaşı, vicdanî ret kavramını insan hakları temelinde ele almıştır. Bu anlamda "*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Ermenistan'a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye'deki Vicdanî Ret Hakkına Etkisi*" başlığını taşıyan makalesiyle müellif, ülkemizde üzerine az fikir üretilen, ancak karşılaştırmalı hukukta oldukça önemli bir yeri olan "vicdanî ret" kavramını İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin vermiş olduğu Bayatyan kararı kapsamında değerlendirmiştir. Bunu yaparken de özellikle söz konusu kararın Türk hukukuna etkisinin üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmuştur.

Ceza adalet sistemindeki iş yükü önemli bir sorundur. Bu sorunla ilgili çözüme ulaşamaması adil yargılanma ilkesinin de düzgün işlememesine yol açmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Savcısı İhsan Baştürk "*Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik "Bazı Çözüm Önerileri"*" başlıklı makalesinde bu konu üzerinde durmuştur. Özellikle uygulamaya ilişkin istatistiki bilgiler içeren bu çalışmanın Dergimize önemli bir katkı getirdiği kanaatindeyiz.

Dergimizde yer alan makalelerin okurlarımıza ve tüm hukuk camiasına yararlı olacağını ümit ediyoruz. Önümüzdeki sayılarda değerli çalışmalarınızı yine bizlerle paylaşmanızı dileriz.

Yard. Doç. Dr. Sinan Altunç

İÇİNDEKİLER

- 7 **Antik Yunan'da ve Modern Batı Toplumlarda HUKUK ve BİLİM Eleştirel Bir Bakış**
Sezgin Seymen ÇEBİ
- 38 **Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler**
Zeynel T. KANGAL
- 61 **Avrupa Birliği Vatandaşları İçin Öngörülen Diplomatik Himayenin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**
Gökhan GÜNEYSU
- 75 **Kişisel Veri Denetim Otoriteleri**
Seydi KAYMAZ
- 133 **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre, Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu**
Sevi BAKIM
- 168 **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Ermenistan'a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye'deki Vicdanî Ret Hakkına Etkisi**
Serkan KÖYBAŞI
- 193 **Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik "Bazı Çözüm Önerileri"**
İhsan BAŞTÜRK

Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Kişisel Nedenler

Zeynel T. KANGAL*

ÖZET

Kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler suçun yapısında tipikliğin, hukuka aykırılığın ve kusurun dışında kalan nedenlerdir. Ceza hukukuna yabancı olan bazı yararların dikkate alınması nedeniyle kabul edilmişlerdir. Kişisel nitelikte olmaları nedeniyle cezalandırılabilirliğin objektif koşullarından ayrılırlar. Maddî ceza hukukuna dâhil olmaları nedeniyle de, usul hukukunun konusuna giren muhakeme koşullarından farklıdırlar. Kişisel cezasızlık nedenleri icra hareketlerinin yapılması sırasında mevcut olan ve cezalandırmayı engelleyen nedenlerdir. Yasama sorumsuzluğu, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu, diplomasi dokunulmazlığı ve bazı aile mensupları arasındaki malvarlığına karşı suçlar cezasızlık kişisel cezasızlık nedenlerine örnek olarak gösterilebilir. Cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler ise, hareket veya suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkarak failin cezalandırılmamasını ya da cezasında indirim yapılmasını gerekli kılan nedenlerdir. Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık düzenlemeleri buna örnek verilebilir. Kişisel cezasızlık nedenlerinin ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerin mevcudiyeti hâlinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Bu nedenlerin mevcudiyeti hâlinde failin özel hukuk sorumluluğu devam eder.

Anahtar Sözcükler: Yasama sorumsuzluğu – Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu – Malvarlığına karşı suçlar – Gönüllü vazgeçme – Etkin pişmanlık.

* Yard. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

THE REASONS OF PERSONAL IMPUNITY AND THE PERSONAL REASONS THAT REMOVE OR REDUCE THE PUNISHMENT

ABSTRACT

In the nature of crime, the reasons of personal impunity and the personal reasons that remove or reduce the punishment stay out of typicality, illegality and culpability. They have recognised due to some benefits which are unfamiliar to criminal law. Since they are personal, they have distinguished from the objective circumstances of punishability. And since they are included to normative criminal law, they have distinguished from circumstances of proceeding that are a part of the procedure law. The reasons of personal impunity occur during the perpetration of the executive acts and prevent the punishability. Legislative nonliability, the nonliability of the president, diplomatic immunity and the impunity of some family members designed for some specific offences against property can be shown as examples of the reasons of personal impunity. However, the personal reasons that remove or reduce the punishment occur after the perpetration of the act/offence and they have required for not to punish the perpetrator or to reduce his punishment. Voluntary renunciation and effective remorse can be shown as examples. In existence of the reasons of personal impunity or the personal reasons that remove the punishment, the Court must order that there is no ground for punishment. However, civil liability rules still apply in that case.

Key Words: Legislative nonliability – The nonliability of the president – Offences against property – Voluntary renunciation – Effective remorse.

I. Genel Olarak

Bir hareketin (failin) cezalandırılabilmesi için tipe uygunluğunun ve hukuka aykırılığının saptanmasından sonra, failin kusurlu olduğunun da belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bazı hareketler (filler) açısından cezalandırılabilirlik için özel koşulların yerine getirilmesi ya da bu tür koşulların bulunmaması aranabilir. Böylece bir hareketin cezalandırılabilmesi tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve failin kusuru şeklinde üç ortak koşulun mevcut bulunması gerekmektedir. Bunlara bazı durumlarda cezalandırılabilirlik koşulları da eklenebilmektedir.

Tipe uygun ve hukuka aykırı fiili gerçekleştiren fail kusurlu olduğu takdirde, genel olarak cezalandırılabilirliktedir. Ancak istisnaî olarak bazı düzenlemelerde cezalandırılabilirlik bakımından başka koşullar da aranabilir. Bu

koşullardan bazıları, mevcut olmaları hâlinde fail bakımından cezayı ortadan kaldırmakta, mevcut olmamaları cezalandırmaya neden olmaktadır. Böylece bu nedenlerin mevcut olmaları ya da ortaya çıkmaları cezayı ortadan kaldırmakta, bazen de cezada indirim yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu tür koşullar kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler olarak ikiye ayrılmaktadır¹.

II. Hukukî Nitelikleri

Kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerin haksızlığa ve kusura dâhil olmadıkları, bununla birlikte failin kişiliğiyle bağlantılı olarak cezalandırılabilirliği engelledikleri doktrinde genel olarak kabul edilmektedir².

Bir görüşe göre, kişisel cezasızlık nedenlerinin ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerin sözkonusu olduğu durumlarda fiilin cezalandırmaya liyakatini (Strafwürdigkeit) kabul etmek gerekir. Fakat burada haksızlık ve kusur tek başlarına ağır basmamaktadırlar. Bilakis özel kişisel istisnalar, fiil bakımından cezalandırma gereksiniminin (Strafbedürfnis) baştan itibaren ya da sonradan ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadırlar³. Bu düşünceye göre, cezalandırmaya engel olan bu nedenler bazen yasama sorumsuzluğunda milletvekillerinin söz ve oy özgürlüklerinin korunmasında olduğu gibi ceza hukukunun dışında kalan bir niteliğe, bazen de teşebbüsten gönüllü vazgeçmeden dolayı faile müsamaha gösterilmesi düşüncesinde olduğu gibi ceza hukukuna özgü

¹ Alman doktrininde bunlara ek olarak bir de cezayı ortadan kaldıran maddî neden ayrımı yapılmaktadır. Buna göre, iftira suçunda gerçeğin ispatlanması cezayı ortadan kaldıran bir neden olarak ortaya çıkmakta ve bu, iftira teşkil eden fiile katılmış herkes bakımından geçerli olmaktadır. Ancak bu ayrım bazı yazarlarca sorunun tipiklik ve sorumluluk alanlarında ele alınması gerektiği düşüncesiyle reddedilmektedir (bkz. ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, München 2006, § 23, No: 18-20).

² JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 52 I 1; BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003, § 24, No: 1; LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, Vor § 13, No: 29; FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011, § Vor 32, No: 17; SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010, (LENCKNER, Theodor/STERNBERG-LIEBEN, Detlev), Vorbem. § 32 ff, No: 127; BLOY, René: "Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten", JuS 1993, sh: L 33-34.

³ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 I 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 8; STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011, § 7, No: 29, 30; STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005, § 8, No: 27; EBERT, Udo: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg 2001, sh: 111.

yaklaşımlara dayanmaktadırlar⁴. Ancak bu görüş, cezalandırmaya liyakat ve cezalandırma gereksinimi kavramlarının dogmatik yerinin bugüne kadar sabitleştirilemediği ve ceza hukuku terminolojisinin genel kabul gören bir parçası hâline dönüştürülemediği gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmıştır⁵.

İkinci bir görüşe göre, kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler ceza hukukuna ilişkin temel kavramlara değil, ek bir değerlendirme kategorisine bağlı olan ceza hukuku dışındaki yararlar karşılaştırmasına dayanmaktadır. Başka bir deyişle, bu koşullarda, ceza hukuku dışında güdülen amaçların, bir yararlar karşılaştırmasında cezalandırma gereksinimi karşısında öncelik kazanması sözkonusudur⁶. Dolayısıyla bu koşullar geniş cezalandırma yetkisine bir sınır getirmektedirler.

Üçüncü görüşe göre, maddî hukuk alanında, mevcudiyetleri, cezalandırmaya liyakati ilgilendirmeden cezalandırma gereksinimini ilgilendiren unsurlar sözkonusu olmaz. Aksine cezalandırmaya liyakat ceza için bir zorunluluk olmaksızın (böylece de cezalandırma gereksinimi olmaksızın) gerekçelendirilemeyeceği için, bu unsurların haksızlığın ve kusurun mevcut durumuna etki etmemeleri gerekir. Fakat bu unsurlar aslında sadece haksızlık ve kusur tiplerinin unsurları içerisinde eritilemedikleri takdirde, kendine özgü bir öneme sahiptirler. Bağımsız anlamdaki unsurlar, *haksızlığın veya ceza tipikliğinin ortadan kalkmasının rollere ilişkin koşullarıdır*⁷.

Dördüncü bir görüş de, kişisel cezasızlık nedenleri ile cezayı kaldıran kişisel nedenler arasındaki ayrımı cezalandırmaya liyakat ve cezalandırma gereksinimi arasındaki farka göre şekillendirmektedir. Bu görüşe göre, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışın saptanmasına rağmen, cezalandırmaya liyakatin eksik olduğu durumlar bakımından kanunda kişisel (ve maddî) cezasızlık nedenleri öngörülür. Buna karşın, cezalandırılabilir bir fiilin mevcut bulunmasının hemen ardından ortaya çıkan cezayı kaldıran kişisel nedenlere

⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 I 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 8.

⁵ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 39-40.

⁶ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 21 ve § 19, No: 2; ROXIN, Claus: "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen", JuS 1988, sh: 432, 433; BLOY, René: *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin 1976, sh: 225-226; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN), Vorbem. § 32 ff, No: 128, 130a.

⁷ JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991, 10/15, 10/18.

ilişkin düzenlemeler cezalandırmaya liyakat değil, cezalandırma gereksinimine dayanmaktadır⁸.

Kanaatimizce de, ikinci görüşün benimsenmesinde fayda vardır. Kişisel cezasızlık nedenlerinin ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenlerin kabul edilmesinin arka plânında ceza hukukunun dışında kalan yararlar yatmaktadır. Kanun koyucu ceza hukukunun dışında kalan bu yararların bir suçun cezalandırılması ile güdülen amaçlara göre ağır bastığını bizzat gözeterek bu yönde hükümler sevk etmektedir. Örneğin, milletvekilinin kendisine sağlanan yasama sorumsuzluğu sayesinde yasama faaliyetini daha iyi gerçekleştirebilmesindeki kamu yararı, yasama sorumsuzluğu kapsamında kalan bir suçun cezalandırılmamasındaki ve bu ayrıcalığın eşitlik ilkesini ihlâl etmesindeki kamu zararından önemli derece daha ağır basmaktadır⁹.

III. Benzer Kavramlardan Farkları

1. Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları

Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları haksızlığa ve kusura bir kategori olarak eklenmesi gereken ve böylece cezalandırılabilirliğe neden olan koşullardır. Alman doktrininde kişisel cezasızlık nedenlerinin, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının karşılığı olduğu ileri sürülmüştür¹⁰. Kişisel cezasızlık nedenleri haksızlığın ve kusurun dışında kalan bir maddî hukuk yaklaşımı üzerinde temellendirildiklerinde, cezalandırılabilirliğin objektif koşullarıyla uyum gösterirler. Ancak cezalandırılabilirliğin objektif koşullarında dıştan ek bir koşulun mevcudiyeti hâlinde cezalandırılabilirlik sözkonusu olmaktayken, kişisel cezasızlık nedenlerinde kesin bir cezalandırılabilirlik ancak istisnâi durumlarda ortadan kalkmaktadır¹¹.

Cezalandırılabilirliğin objektif nedenleri ile kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı ortadan kaldıran veya azaltan kişisel nedenler arasındaki en önemli fark iştirak alanında kendini göstermektedir. Buna göre, iştirak hâlinde işlenen suçlarda cezalandırılabilirliğin objektif koşulu fiilde mevcut değilse, suçta katılan hiç kimse cezalandırılmaz. Böyle bir koşul bütün suç ortakları için

⁸ TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994, 6/62 ve 6/74.

⁹ ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005, sh: 277.

¹⁰ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN), Vorbem. § 32 ff, No: 127; HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003, [Kısaltma: LK-StGB¹¹ (HIRSCH)], Vor § 32, No: 225; RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin 2006, [Kısaltma: LK-StGB¹² (RÖNNAU)], Vor § 32, No: 376.

¹¹ LK-StGB¹¹ (HIRSCH), Vor § 32, No: 225; LK-StGB¹² (RÖNNAU), Vor § 32, No: 376; NK-StGB³ (PAEFFGEN), Vor §§ 32 ff, No: 298.

geçerlidir. Buna karşın, iştirak hâlinde gerçekleştirilen fiile katılan bir kişiden kaynaklanan kişisel bir cezasızlık nedeni ya da cezayı ortadan kaldıran veya azaltan kişisel bir neden varsa, bu nedenden sadece bu kişi yararlanabilir. Fiilin gerçekleştirilmesine katılan diğer kişilerin bu nedenden yararlanması mümkün değildir. Nitekim TCK md. 40/1,c.2 de bunu açıkça ifade etmektedir.

2. Muhakeme Koşulları

Muhakeme koşullarında, Cumhuriyet savcısının her olayı re'sen soruşturmasının hukuk barışının güvenceye alınmasını sekteye uğratacağı düşüncesiyle ilgili kişi veya mercilerin iradesine önem verilmesi sözkonusudur. Böylece muhakeme koşulları mağdurun veya yetkili merciin iradesine bağlanmıştır ve bu kişiler suçun işlenmesinden sonra bu hak veya yetkiyi kullanabilirler. Buna karşın, kişisel cezasızlık nedenleri failin iradesine bağlı olmayan, onun sıfat ya da ilişkilerinden kaynaklanan durumlardır. Bununla birlikte, cezayı kaldıran kişisel nedenlerle muhakeme koşulları bu noktada benzerlik göstermektedirler. Çünkü cezayı kaldıran kişisel nedenler de failin iradesine bağlı olarak gerçekleşmektedir (gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık). Muhakeme koşulları da iradeye bağlı olarak gerçekleşmekle birlikte, buradaki iradeyi fail değil, suçtan zarar gören veya ilgili merci göstermektedir.

Kişisel cezasızlık nedenleri muhakeme koşullarından kronolojik olarak önce gelmektedirler. Çünkü kişisel cezasızlık nedenlerinin icra hareketlerinin yapılması sırasında mevcut bulunması gerekmektedir. Buna karşın, muhakeme koşulları suç işlendikten sonra gerçekleşmesi gereken koşullardır. Bu noktada belirtelim ki, cezayı kaldıran kişisel nedenler de benzer özellik taşımaktadırlar. Çünkü cezayı kaldıran kişisel nedenler, hareket veya suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı koşullar dolayısıyla ceza verilmesini engellemektedirler. Ancak belirtmek gerekir ki, kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran kişisel nedenler maddî hukuka dâhildirler. Buna karşın, muhakeme koşulları esas itibarıyla usul hukukunun konusuna girmektedirler ve suçun yapısına yabancı kalmaktadırlar.

Muhakeme koşullarının gerçekleşmemesi hâlinde verilecek hüküm ile kişisel cezasızlık nedenlerinin ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerin bulunması hâlinde verilecek hüküm arasında da fark bulunmaktadır. CMK md. 223/8 gereğince, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hâllerinde davanın düşmesi; bu şartın henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması hâlinde gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilir. CMK md. 223/4'de ise, kişisel cezasızlık nedeninin varlığı ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerden etkin pişmanlığın bulunması dolayısıyla faile ceza verilmemesi hâllerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiştir.

Burada kişisel cezasızlık nedenleri ile muhakeme koşulları arasında farkı vurgulamak için yasama sorumsuzluğu ile yasama dokunulmazlığı örnekleri verilebilir. Yasama sorumsuzluğu kişisel bir cezasızlık nedenidir. Yasama dokunulmazlığı ise, bir muhakeme engelini teşkil etmektedir. Eğer TBMM bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verdiği takdirde, artık bu milletvekili yakalanabilir, zorla getirilebilir, tutuklanabilir, sorguya çekilebilir ve yargılanabilir (AY md. 83/2). Buna karşın, yasama sorumsuzluğu mutlak olduğundan hiçbir merci tarafından kaldırılması da sözkonusu değildir.

3. Takdire Bağlı Cezalandırmama veya Cezayı İndirme Durumları

Ceza kanunlarında bazı durumlarda failin cezalandırılmasından vazgeçme veya cezasında indirim yapılması konusunda mahkemeye yetki verilebilmektedir. Örneğin, hırsızlık suçunda malın değerinin az olması hâlinde mahkeme cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçebilecektir (TCK md. 145). Bu tür hükümlerde faile sadece ceza verilmemekte ya da cezada indirim yapılmakta, ancak mahkûmiyet kararı verilmekte ve muhakeme masraflarına da hükmedilmektedir. Bunların cezalandırılabilirliğin koşullarına etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür cezadan vazgeçilmesi veya cezadan indirim yapılması hâlleri mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme gerekçesini göstermek koşuluyla böyle bir vazgeçme veya indirim yoluna gitmeyebilir. Bu hususları kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler ile karıştırmamak gerekir. Çünkü bu tür kişisel nedenlerin mevcudiyeti hâlinde, mahkemenin ceza vermemesi veya cezada indirim yapması takdirine bağlı değil, aksine mecburidir¹².

IV. Kişisel Cezasızlık Nedenleri

Kişisel cezasızlık nedenleri icra hareketlerinin yapılması sırasında mevcut olan ve failin cezalandırılmasını engelleyen nedenlerdir¹³. Başka bir ifadeyle, failin *iter criminis*e (suç yoluna) girdiği andan itibaren mevcut olan neden-

¹² BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 3.

¹³ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 II 1; HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010, No: 618; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 1; WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Auflage, Heidelberg 2009, No: 494; KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, No: 779; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2009, sh: 575; ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010, sh: 275; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011, sh: 118.

lerdir¹⁴. Bu nedenler failin, fiili gerçekleştirdiği zaman mevcut bulunan kişisel özelliklerine ve ilişkilerine dayanmaktadır¹⁵.

Bazı durumlarda kanun koyucu kişisel bir nedenin varlığını cezasızlık için fazla bulduğundan, cezadan indirim yapılması yolunu tercih etmiştir. Bu gibi durumlar, cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel neden olarak adlandırılmaktadır¹⁶. TCK md. 167/2'deki kişisel neden buna örnek olarak gösterilebilir.

Kişisel cezasızlık nedeninin icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi sırasında bulunması şarttır. Bu kişisel nedenlerin sonradan kazanılmasının cezalandırılma; kaybedilmesinin ise cezalandırılmama üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunun faili sonradan mağdur ile evlenmiş ise, TCK md. 167/1'den yararlanamaz. Yine eşler arasındaki hırsızlık suçu boşanmalarından sonra ortaya çıkmış olsa bile, TCK md. 167/1 uygulanmalıdır¹⁷.

Kişisel cezasızlık nedenleri, suça iştirak etmiş olan herkes bakımından değil, sadece cezasızlığa yol açan özelliği taşıyan kişi bakımından geçerlidir¹⁸ (TCK md. 40/1,c.2).

1. Yasama Sorumsuzluğu

AY md. 83/1 gereğince, TBMM üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclis tarafından başka bir karar alınmadığı sürece, bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Böylece bu düzenleme, milletvekillerine, parlamento çalışmaları sırasındaki oy, söz ve düşünceleri yoluyla işlemiş oldukları suçlar bakımından bir sorumsuzluk getirerek, kişisel bir cezasızlık nedeni öngörmektedir.

Yasama sorumsuzluğu mutlak olduğundan milletvekilleri bundan vazgeçemeyecekleri gibi, TBMM tarafından da kaldırılamaz veya sınırlandırılmaz. Ayrıca yasama sorumsuzluğu sürekli niteliğe sahip olduğundan milletvekilliği

¹⁴ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2010, sh: 533.

¹⁵ SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010, No: 622; EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), sh: 115; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN), Vorbem. § 32 ff, No: 131.

¹⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 533. Buna karşın Zafer, suçun işlendiği anda var olan ve sadece cezanın indirilmesini gerektiren kişisel nedenlerin suça etki eden nedenler, başka bir ifadeyle suçu nitelikli kılan hafifletici nedenler kategorisinde incelenmesi gerektiğini belirtmektedir (ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 276).

¹⁷ ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, sh: 380.

¹⁸ SCHMIDT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (9), No: 622; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (39), No: 493.

sıfatı sona erse bile, sorumsuzluk kapsamındaki fiillerden kişisel cezasızlık devam eder.

Yasama sorumsuzluğunda milletvekillerinin cezalandırılmamasının nedeni ceza hukukunun dışındaki mülahazalara dayanmaktadır. Yasama sorumsuzluğunun getirilmesindeki asıl amaç politik nedenlerden ileri gelmektedir. Siyasî mücadele içerisinde milletvekilleri sürekli olarak ceza takibatıyla karşı karşıya bulduklarında düşüncelerini açık bir şekilde dile getirmekten çekinceklerinden yasama faaliyetleri de sekteye uğrayacaktır.

Yasama sorumsuzluğunun kapsamına giren fiiller, oy, söz ve düşünce vasıtasıyla işlenen suçlarla sınırlıdır. Bu nedenle hakaret, iftira, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, kanunlara uymamaya tahrik gibi nitelikleri itibarıyla oy, söz ve düşünce açıklamaları ile işlenmeleri mümkün olan suçlar bu kapsamda değerlendirileceklerdir. Milletvekilinin genel kurul toplantısı sırasında birini öldürmesi veya yumruklaması yasama sorumsuzluğunun kapsamında değerlendirilemez¹⁹. Meclis çalışmaları sırasında söylenen sözlerin ve açıklanan düşüncelerin yasama faaliyetiyle ilgili olması şart değildir²⁰.

Yasama sorumsuzluğunun sözkonusu olabilmesi için oy, söz ve düşüncelerin Meclis (parlamento) çalışmaları sırasında açıklanmış olması gerekir. Meclis çalışmaları kavramı geniş yorumlanarak bunun içerisine genel kurul toplantılarının yanısıra, komisyon toplantılarının, siyasî parti gruplarının toplantılarının, nerde yapılırsa yapılsın soruşturma ve araştırma komisyonlarının toplantılarının girdiği kabul edilmektedir. Buralarda söylenen sözlerin veya açıklanan düşüncelerin parlamento binası dışında milletvekili tarafından tekrarlanması da yasama sorumsuzluğunun kapsamındadır. Ancak Meclis tarafından bu sözlerin veya düşüncelerin Meclis dışında tekrarlanması yasaklanmıyorsa, artık milletvekili yasama sorumsuzluğundan yararlanamaz²¹.

Yasama sorumsuzluğundan TBMM üyeleri (milletvekilleri) (AY md. 83/1) ve milletvekili olmadığı hâlde parlamento dışından bakan olarak atanmışlar (AY md. 112/4) yararlanabilirler. Yasama sorumsuzluğu kişisel bir cezasızlık nedeni olduğu için, bu kişisel nedeni taşıyan kişinin işlemiş olduğu suça iştirak edenler bu cezasızlık nedeninden faydalanamazlar ve suçun kanunî tip-

¹⁹ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010, sh: 99-100; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 84.

²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 100. Aksi yönde bkz. ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 85.

²¹ ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, (8), sh: 278-279; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 100; ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 85.

teki cezası ile iştirak şekillerine göre cezalandırılırlar²². Buna karşın *Roxin* aksi görüştedir. Yazara göre, olayların büyük çoğunluğunda milletvekili kendisinin söyleyeceklerini yazan ve kendisine materyal temin eden yardımcılarının veya danışmanlarının desteğine ihtiyaç duymaktadır. Bu kişilerin muhtemel bir ceza takibatına uğramaları korkusunun milletvekilinin yasama faaliyetini özgürce yapmasını engelleyeceğini ifade eden *Roxin*, bundan kaçınılmazı gerektiğini belirterek yasama sorumsuzluğunun cezaı kaldıran maddi neden olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir²³.

2. Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğu

AY md. 105/1'de Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği işlemler dışındaki bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanacağı ve bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapmış olduğu işlemlerden de sorumluluğu bulunmamaktadır (AY md. 105/2). Yine AY md. 105/3, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olarak işlemiş olduğu suçun vatana ihanet niteliğine sahip olması hâlinde sorumluluğunun sözkonusu olabileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Böylece Cumhurbaşkanı bakımından kişisel bir cezasızlık nedeni kural olarak kabul edilmiştir.

Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili bir suç işlediği takdirde, sorumsuzluğu sözkonusu olacaktır ve bu suçtan dolayı cezalandırılması da mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili işlemiş olduğu suç, TBMM'nin nitelikli çoğunluğu tarafından vatana ihanet olarak nitelendirildiği takdirde (AY md. 105/3), artık kişisel cezasızlık nedeninden yararlanamayacaktır. Bununla birlikte, mevzuatımızda vatana ihanet şeklinde bir suç tipi bulunmadığı gibi, vatana ihanetten ne anlaşılması gerektiği yönünde de bir tanım düzenlemesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla TBMM'nin nitelikli bir çoğunlukla herhangi bir suçu vatana ihanet olarak nitelendirerek Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunu ortadan kaldırması mümkün hâle gelmektedir. Böyle bir belirsizliğin kanunîlik ilkesiyle bağdaştırılması da olanaklı değildir²⁴.

Cumhurbaşkanı'nın bu göreve seçilmesinden sonra göreviyle bağlantılı olmayan bir suç işlemesi veya göreve seçilmeden önce bir suç işlemesi hâ-

²² Bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 548; FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008, 27/14.

²³ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4) § 23, No: 26, 33. *Jakobs* ise, yasama sorumsuzluğunu fiilin tipik olarak değerlendirilmesini kaldıran bir neden olarak ele alınmasını önermekte, böylece yasama sorumsuzluğundan yararlanan bir kişinin fiiline katılmanın, tipikliğin bulunmamasından dolayı mümkün olmayacağı sonucuna ulaşmaktadır (JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (2), 10/16).

²⁴ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 539-540.

linde sorumsuzluğu bulunmamaktadır²⁵. Böyle bir suçtan dolayı da görevinin sona ermesine kadar bir dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, bu durumlarda Cumhurbaşkanı'nın dokunulmaz olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi bir uygulama, Anayasamıza göre devletin başı olarak kabul edilen ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil eden Cumhurbaşkanlığı göreviyle ve sıfatıyla bağdaştırılmaz²⁶. Kanaatimizce, bu görüş olması gereken hukuk için bir temenniden ibarettir. Bir hukuk devletinde herkes kanun önünde eşittir ve herkes genel yargılama kurallarına tabidir. Bu genel kuralın istisnaları ancak Anayasa ve kanunlarda gösterilmelidir. Nitekim milletvekilleri bakımından yasama dokunulmazlığı Anayasa md. 83/2'de gösterilmiştir. Cumhurbaşkanı bakımından ise, bu yönde bir dokunulmazlık hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasama dokunulmazlığına ilişkin istisna hükmün genişletilerek Cumhurbaşkanı için de uygulanmasının veya Cumhurbaşkanı'nın da kendine özgü bir dokunulmazlıktan yararlanacağını ileri sürülmesinin hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır.

3. Diploması Dokunulmazlığı

Diploması dokunulmazlığından kimlerin yararlanabileceği ve kapsamı 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nde gösterilmiştir. Diploması dokunulmazlığı da kişisel bir cezasızlık nedeni teşkil etmektedir. Diplomatik dokunulmazlıktan yararlanan kişiler görevli olarak buldukları yabancı ülkede suç işledikleri takdirde, haklarında herhangi bir adli işlem yapılamaz. Bu kişi görevi sona erdikten sonra suç işlediği ülkeye geri dönse bile işlemiş olduğu suçtan dolayı hakkında ceza verilemez. Diploması dokunulmazlığından yararlanan kişinin görevli bulunduğu yabancı ülkede işlemiş olduğu suç dolayısıyla kendi devleti tarafından hakkında ceza verilmesi (örneğin TCK md. 10'da olduğu gibi), diploması dokunulmazlığının kişisel cezasızlık nedeni olmasına gölge düşürmez²⁷.

4. Bazı Aile Mensupları Arasındaki Malvarlığına Karşı Suçlar

TCK md. 167/1 gereğince, yağma ve nitelikli yağma suçları hariç olmak üzere, malvarlığına karşı işlenen suçların haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin; üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın; aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

²⁵ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 540, 542.

²⁶ Bkz. ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 541-542; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, (8), sh: 317.

²⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 102-103.

Yağma ve nitelikli yağma suçları haricindeki malvarlığına karşı işlenen suçların TCK md. 167/1'de belirtilen akrabalar arasında işlenmesi, ilgili akraba bakımından kişisel bir cezasızlık nedenidir. Burada fiil, suç teşkil etmesine ve fail kusurlu olmasına rağmen, devletin aile politikası nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Çünkü bu tür fiillerin cezalandırılması sayesinde ailelerin ve evliliklerin kolayca dağılmasını devlet önlemek istemektedir²⁸.

TCK md. 167/2'de ise, cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel bir neden düzenlenmiştir. Buna göre, yağma ve nitelikli yağma suçları hariç olmak üzere, malvarlığına karşı işlenen suçların haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza yarısı oranında indirilecektir.

5. Taksirli Suçlar

TCK md. 22/6'ya göre; "*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarısından altıda bire kadar indirilebilir*". Böylece taksirle öldürme veya taksirle yaralama gibi suçlarda neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması bilinçsiz taksirde kişisel cezasızlık nedeni, bilinçli taksirde ise, cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel neden olarak benimsenmiştir.

6. Diğer Bazı Suçlar

TCK md. 165'in karşıt anlamından, bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak eden kişinin, satması, devretmesi, satın alması veya kabul etmesi hâlinde, ayrıca bu fiillerden dolayı cezalandırılmasının mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla failin bir eşya veya bir malvarlığı değerinin elde edildiği bir suçta katılması, bu eşya veya diğer malvarlığı değerinin satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesine ilişkin suçlar bakımından kişisel cezasızlık nedeni oluşturmaktadır²⁹.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun (TCK md. 245/1), haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin ya da aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi hâlinde,

²⁸ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 25.

²⁹ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 533.

ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacağını ifade eden TCK md. 245/4, kişisel bir cezasızlık nedeni getirmektedir.

TCK md. 273'e göre, özel hukuk uyumsuzlukları kapsamında yapılan yalan tanıklık hâlleri hariç olmak üzere, kişinin kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması ya da tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması hâlinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense de vazgeçilebilir. Böylece bu hükümde kişisel cezasızlık nedeni ve cezada indirim yapılmasını gerektiren kişisel neden birbirine alternatif olarak düzenlenmiştir.

TCK md. 281/1, kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçun delillerini yok eden, gizleyen veya değiştiren kişi bakımından kişisel bir cezasızlık nedeni öngörmüştür.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçuna (TCK md. 282/1) iştirak etmiş olan kişi, aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın almaktan, kabul etmekten, bulundurmaktan veya kullanmaktan (TCK md. 282/2) dolayı cezalandırılmaz. Böylece TCK md. 282/1'e iştirak edilmesi, TCK md. 282/2'de düzenlenen suç için kişisel cezasızlık nedeni teşkil etmektedir.

Suçluyu kayırma suçunun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi, kişisel cezasızlık nedeni olarak kabul edilmiştir (TCK md. 283/3).

Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçlarının üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi kişisel cezasızlık nedeni olarak öngörülmüştür (TCK md. 284/4).

V. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler

Cezayı kaldıran ya da azaltan kişisel nedenler, hareket veya suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı koşullar dolayısıyla failin cezalandırılmasını engelleyen ya da cezasında indirim yapılmasını gerekli kılan nedenlerdir³⁰. Cezayı kaldıran kişisel nedenler, bizatihi cezalandırılabilir bir fiilde, vazgeçmiş veya geri adım atmış kişiler bakımından cezalandırılabilirliğin geçmişe dönük

³⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 II 2; HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, sh: 271; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 545; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 351; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4), sh: 576.

olarak – diğer katılanların cezalandırılabilirliğine dokunmaksızın – ortadan kalkması düşüncesinden hareket etmektedir³¹.

1. Gönüllü Vazgeçme

Suçta teşebbüsten gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK md. 36'ya göre; "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır". Buna göre, failin elinde olan nedenlerle suçun tamamlanmaması, başka bir deyişle failin icra hareketlerini iradî olarak sona erdirmesi veya icra hareketlerini bitirmesine rağmen aktif davranışları ile tipik neticenin meydana gelmesini engellemesi hâlinde gönüllü vazgeçme sözkonusu olur. Böylece TCK md. 36 gereğince gönüllü vazgeçme, icra hareketleri aşamasında olabileceği gibi, icra hareketlerinin tamamlanıp da netice gerçekleşmeden önce de mümkün olabilmektedir³². İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme bakımından TCK md. 41 uygulama alanı bulacaktır.

Gönüllü vazgeçmenin hukukî niteliğinin cezayı kaldıran kişisel bir neden olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir³³. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmede cezanın kaldırılmasından sadece gönüllü vazgeçen kişi yararlanır. Bunun suça katılan ve gönüllü vazgeçmeyen diğer kişilere sirayet ettirilmesi mümkün değildir (TCK md. 41).

Gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK md. 36'daki düzenlemenin Anayasa'daki hukuk devleti ilkesine (AY md. 2), eşitlik ilkesine (AY md. 10) ve kişinin do-

³¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, (4), § 23, No: 4; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 1; SCHMIDT, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (9), No: 623; GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 8, No: 21; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (39), No: 495; KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009, § 6, No: 14; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 780; HEINRICH, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, (2), No: 622; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*²⁸, (LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN), Vorbem. § 32 ff, No: 133.

³² Bkz. KANGAL, Zeynel T.: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, Baden-Baden 2010, sh: 346, 354-356.

³³ KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008, § 16, No: 8 ve § 20, No: 255; GROPP, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (3), § 9, No: 87, 93; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 32, No: 2; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 780, 1263; ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009, sh: 101, 116, 134-135, 144; SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009, sh: 33, 125; KANGAL, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", sh: 344. Farklı bir çözüm önerisi için bkz. FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009, § 9, No: 8.

kunulmazlığı, maddî ve manevî varlığının korunması hakkına (AY md. 17) aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi gönüllü vazgeçmeye ilişkin bu düzenlemeyi sözkonusu hükümlere aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir³⁴.

2. Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanunu'nun sisteminde etkin pişmanlık, bazı suçlar bakımından suçun tamamlanmasından sonra failin meydana gelen tipikliği gönüllü olarak telafi etmeye yönelik davranışlarını ifade etmektedir. Böylece etkin pişmanlık tipikliğin gerçekleşmesinden sonra kanunda belirtilen suçlar açısından cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını gerektiren kişisel bir neden olarak ele alınmaktadır. Etkin pişmanlık hükümleri sadece kanunda açıkça öngörülen suç tipleri bakımından uygulama alanı bulabilir. Etkin piş-

³⁴ "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde gönüllü vazgeçme durumu düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Maddede, gönüllü vazgeçme halinde kural olarak faille icrasına başladığı suçtan dolayı ceza verilemeyeceği, ancak o ana kadar yapılan hareketlerin müstakil bir suç oluşturması durumunda failin cezalandırılabilirliği hükiim altına alınmıştır. Buna göre, fail suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleşen eylem ayrı bir suçu oluşturduğu takdirde, fail sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır... // Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. // Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için faileri suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirerek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failerin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. // Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suçlarda uygulanacak genel hükiim niteliğindeki itiraz konusu kural, suçu işlemekten gönüllü vazgeçen failerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmek; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm failerin aynı hükiimden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği 'mülkiyet ilkesi' uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi bir ayırım yapmadan uygulanmak durumundadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. // Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. // İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 17. maddesiyle ilgisi görülmemiştir" (AYM, 03.01.2008, E. 2005-75/2008-1, RG. 30.01.2008, sy: 26772).

manlık hükümleri, cezayı her zaman ortadan kaldırmamakta, yalnızca cezanın indirilmesine de olanak tanıyabilmektedirler³⁵.

Mevzuatımızda etkin pişmanlığa ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır. Hatta genel hükümlerde bile rastlamak mümkündür. İştirak hâlinde işlenen suçlarda azmettirenin belli olmaması hâlinde, azmettirenin kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında verilecek ceza indirilerek verilir (TCK md. 38/3)³⁶.

Bazı hükümlerde etkin pişmanlık cezayı ortadan kaldıran kişisel bir neden olarak ele alınmıştır. Örneğin, imar kirliliğine neden olma suçunda (TCK md. 184/1-2) kişi, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hâle getirmesi hâlinde, kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar (TCK md. 184/5). Yine parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarında (TCK md. 201), rüşvet suçunda (TCK md. 254), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda (TCK md. 282/6), suç için anlaşma suçunda (TCK md. 316/2) etkin pişmanlık sadece cezayı ortadan kaldıran kişisel bir neden olarak düzenlenmiştir.

Bazı hükümlerde etkin pişmanlık sadece cezayı azaltan kişisel bir neden olarak öngörülmüştür. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK md. 109) işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezasında indirim yapılır (TCK md. 110)³⁷.

³⁵ KANGAL, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", sh: 339-340.

³⁶ ZAFER, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 277.

³⁷ TCK md. 110'daki etkin pişmanlığın sadece soruşturma başlamadan önce kabul edilmesinin Anayasa md. 10'a aykırı olduğu gerekçesiyle düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Başvuru kararında, itiraz konusu etkin pişmanlık hükmünün sadece soruşturmaya başlanmadan önceki evrede mağdurun serbest bırakıldığı durumlarda uygulanabileceği, oysa kişi hürriyeti aleyhine işlenen bu tür suçlar bakımından eylemin gerçekleştirilmesiyle birlikte genellikle soruşturma aşamasına da geçildiği, dolayısıyla mahkûmiyet halinde verilecek cezadan etkin pişmanlık nedeniyle indirim yapılmasının nerdeyse imkânsız bulunduğu, bu nedenle kuralın, Yasa'da etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen diğer durumlarla da karşılaştırılmak suretiyle, eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir; "İtiraz konusu kuralda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından etkin pişmanlık hâli düzenlenmiştir. Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma olarak tanımlanan suçu işlediği mahkemece sabit görülen failin cezasından, etkin pişmanlık nedeniyle belirlenen oranda indirim yapılabilmesi için, mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın sanık tarafından kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması yanında, bu işlemin soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmesi de gerekmektedir. Bu unsurları taşıyan etkin pişmanlığın tespiti halinde öngörülen cezanın üçte ikisine kadarı indirilir. // 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre soruşturma, Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.

Yine malvarlığına karşı bazı suçlarda pişmanlık gösterilerek mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi hâli ceza takibatının çeşitli aşamalarına göre cezayı azaltan kişisel bir neden olarak kabul edilmiştir (TCK md. 168)³⁸. Aynı şekilde banka veya kredi kartları-

Dolayısıyla etkin pişmanlık açısından değerlendirmede, öncelikli olarak, hürriyetinden yoksun bırakıldığına dair şüphenin yetkili makamlarca öğrenilmesinden önce mağdurun serbest bırakılmış olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle soruşturma makamlarının işe el koymasından sonra gerçekleşen serbest bırakılarda suçu işleyen kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması mümkün değildir. // Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesiyle eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumunda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. // Anayasa'nın 19. maddesinde 'Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir' denilmiş ve maddede sayılan istisnalar dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı vurgulanmıştır. Kişi hürriyeti, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel haklardan biridir. Bundan mahrumiyet, diğer bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan ve olumsuz etkiler. Hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin bu durumdan bir an önce kurtarılması için gerekli ve etkili tedbirlerle, bu ihlallerin tekrarı önlemek bakımından caydırıcı yasal düzenlemeleri yapmak devletin pozitif yükümlülüklerindedir. // Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırımı ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. // İtiraz konusu kurala, mağdurun sanık tarafından soruşturmaya başlanmadan serbest bırakılması şartına bağlı olarak, kişi hürriyetine karşı işlenmiş suçun cezasında etkin pişmanlık indirimi öngörülmektedir. Bundan amaç, mağdur kişinin maddi ve/veya manevi zarar görmeden bir an önce hürriyetine yeniden kavuşturulmasıdır. Suç şüphesi üzerine ilgili adli makamlar, mağdurun en kısa sürede serbest kalması için gerekli tedbirleri etkili bir soruşturmayla birlikte almakla yükümlüdürler. // Diğer yandan, suçun işlenmesini takiben, suçluların veya suç örgütlerinin ortaya çıkarılması; mağdurun uğradığı maddi zararının biran önce giderilmesi; ya da, iftira suçunda olduğu üzere, isnat nedeniyle mağdurun cezai yaptırıma maruz kalmasının önlenmesi gibi amaçlarla, etkin pişmanlığın uygulama alanının yasakoyucu tarafından farklı suç tipleri bakımından daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür. Bu, suçun mahiyeti ve etkin pişmanlıktan beklenen hukuki yarar ile doğrudan doğruya irtibatlı bir konudur. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki hukuki yararların farklılığı gözetildiğinde bunlara farklı kurallar uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur" (AYM 28.01.2010, E. 2009-6/K. 2010-19, RG. 18.05.2010, sy: 27585).

³⁸ TCK md. 168'de etkin pişmanlığın kabul edildiği bu suçlar hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs, karşılıksız yararlanma ve yağma suçlarından ibarettir. Bu suçlar arasında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun (TCK md. 165) yer almaması nedeniyle TCK md. 168'in Anayasa md. 2 ve 10'a aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi sadece AY md. 2 yönünden yapmış olduğu inceleme sonucunda iptal istemini reddetmiştir; "Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi

nın kötüye kullanılması suçunda (TCK md. 245/5), zimmet suçunda (TCK md. 248), iftira suçunda (TCK md. 269), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda (TCK md. 281/3), muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda (TCK md. 289/2), hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda (TCK md. 293), infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçunda (TCK md. 297/4) etkin pişmanlık gösterilmesi hâlinde cezada kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılır.

Etkin pişmanlık bazı hükümlerde ise, duruma göre cezayı ortadan kaldıran kişisel bir neden olarak ya da cezayı azaltan kişisel bir neden olarak düzenlenmiştir. Örneğin, TCK md. 93'e göre, organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciiine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükümlenmeyecektir. Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse, hakkında verilecek cezada indirim yapılacaktır. Yine uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ya da kullanmak

eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. // İtiraz konusu kuralda, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma kapsamı dışında bırakılmıştır. Belli koşulların varlığına bağlı olarak sanığın cezasından belli oranlarda indirim yapılmasını öngören etkin pişmanlık hükümlerinin hangi suçlar için uygulanacağını saptanmasının yasakoyucunun takdir yetkisi içinde kaldığı hususunda duraksama yoktur. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesinin, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmesi amacıyla suç olarak kabul edildiği dikkate alındığında, bu suçun etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmamasının maddenin yasalastırılma amacıyla uyumlu bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Türk Ceza Kanunu'nun 'İkinci Kitap'ının 'İkinci Kısım'ının 'Onuncu Bölüm'ünde 'Malvarlığına Karşı Suçlar' başlığı altında düzenlenen suçlar incelendiğinde, bunlardan bazılarının malvarlığına yönelik suç kategorisi içerisinde değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Kaldı ki, Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesindeki 'suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu'nun sadece malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından söz konusu olmadığı da söylenebilir. Zira, suç konusu eşyanın elde edildiği önceki suçun mutlaka malvarlığına karşı işlenmiş bir suç olması gerekmektedir. Suç konusu eşyanın, malvarlığına karşı suç niteliği taşımayan rüşvet, irtikap, ihtilas ve sahtekarlık gibi suçlardan elde edilmesi durumlarında da 165. maddenin uygulanması söz konusudur. Suç konusu eşyayı satın alma veya kabul etme suçu, aynı zamanda, delillerin ortaya çıkarılmasını önleyen ve dolaylı olarak failin saklanmasını kolaylaştıran bir suç olması nedeniyle 'Adliyeye karşı işlenmiş bir suç' niteliğine de sahiptir. Bu durumda, yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve Türk Ceza Kanunu'nun 'Malvarlığına Karşı Suçlar' başlıklı bölümünde yer alan bazı suçların niteliklerindeki farklılıkları dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır. // Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. // Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır" (AYM 26.02.2009, E. 2007-46/K. 2009-36, RG. 05.06.2009, sy: 27249). Aynı yönde bkz. AYM 26.02.2009, E. 2006-19/K. 2009-32, RG. 25.06.2009, sy: 27269).

için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunda (TCK md. 192), suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda (TCK md. 221), yalan tanıklık suçunda (TCK md. 274) etkin pişmanlık gösterilmişse, kanunda belirtilen koşullara göre ceza verilmez ya da cezada indirim yapılır.

VI. Hukuksal Sonuçları

Kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran veya azaltan kişisel nedenler özellikleri gereği birçok hukuksal sonuçlar doğurmaktadırlar.

Birincisi, kişisel cezasızlık nedenleri haksızlığın ve kusurun dışında kaldıklarından failin ne kastı ne de yasağa ilişkin bilgisi bunları kapsamına almaktadır. Bunların yalnızca objektif olarak mevcut olması yeterlidir. Bu nedenlerin mevcudiyeti hususunda hatanın bir önemi bulunmamaktadır³⁹. Örneğin bir hırsızlık suçu işleyen fail, mağdur ile TCK md. 167'nin kapsamına giren bir akrabalık ilişkisini bilmiyor olsa bile, bu kişisel cezasızlık nedeninden yararlanır.

İkincisi, bir suça iştirak edenlerden sadece şahsında kişisel bir cezasızlık nedenini ya da cezayı kaldıran veya azaltan kişisel bir nedeni bulunduran kişi bundan yararlanabilir. Başka bir ifadeyle, bu tür nedenler kişisel olduklarından bunlara sahip olmayan suç ortaklarına sirayet ettirilemez⁴⁰. Nitekim bu husus, TCK md. 40/1,c.2'de, "suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" ifadesiyle de teyit edilmektedir.

Üçüncü sonuç ise, ceza muhakemesine ilişkindir. CMK md. 171/1'e göre, cezayı kaldıran kişisel neden olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da kişisel cezasızlık nedeninin varlığı hâlinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Böylece cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlığın veya kişisel cezasızlık nedeninin mevcut olduğu bir olayda Cumhuriyet savcısı, soruşturma aşamasının sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyi ortaya koyduğunda, bir iddianame düzenleyebileceği gibi, kovuşturmaya yer olmadığı kararını da verebilecektir. Böylece bu durumlarda Cumhuriyet savcısına bir takdir yetkisi

³⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 III 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 6; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 380; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 26, No: 16.

⁴⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, (5), § 52 III 2; MAURACH, Reinhardt/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992, § 35, No: 33; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), § 6, No: 14; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (11), § 24, No: 5; KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, (4), No: 779; ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, sh: 380; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (5), sh: 547.

verilmiştir. Bu takdir yetkisi, CMK sistemine egemen kamu davasının mecburiliği ilkesinin de bir istisnasını teşkil etmektedir⁴¹.

Bir olayda kişisel cezasızlık nedenlerinin ya da cezayı kaldıran kişisel nedenlerin bulunması hâlinde verilecek hüküm de CMK md. 223/4'de gösterilmiştir. Buna göre, işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, etkin pişmanlığın ve kişisel cezasızlık nedeninin varlığı dolayısıyla kanunda ceza verilmeyeceği öngörülmüşse, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir⁴². Bu düzenlemede cezayı kaldıran kişisel nedenlerden sadece etkin pişmanlık hâlinde verilecek hüküm gösterilmiş, ancak gönüllü vazgeçme durumunda hangi hükmün verileceği belirtilmemiştir. Gönüllü vazgeçme hâlinde, vazgeçme anına kadar tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece bu suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilecektir. Vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen bir fiil esasen başka bir suçun tanımına uygun düşmezse, teşebbüs aşamasında kalan ve gönüllü vazgeçilen suçtan dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir (CMK md. 223/4 kıyasen).

Dördüncü sonuç da özel hukuk sorumluluğuna ilişkin bulunmaktadır. Kişisel cezasızlık nedenlerinin veya cezayı kaldıran kişisel nedenlerin mevcudiyeti hâlinde fiil haksızlık niteliğini korumakta, sadece faile, gerçekleştirmiş olduğu fiil bakımından kusurlu olmasına rağmen ceza verilmemektedir. Dolayısıyla bu nedenler sadece ceza sorumluluğu ile sınırlı olarak kabul edilmişlerdir. Fail kişisel cezasızlık nedenlerinden veya cezayı kaldıran kişisel nedenlerden yararlanmış ve ceza almamış olsa bile, özel hukuk bakımından sorumluluğu devam eder. Örneğin parlamento çalışmaları sırasında kullandığı ve

⁴¹ Bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008, sh: 220-221; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011, sh: 31-33.

⁴² Bu nedenle Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin diploması dokunulmazlığını muhakeme engeli olarak nitelendirerek düşme kararının verilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımında isabet bulunmamaktadır; "Gönderen devlet adına ülkemizde bulunan diplomatların dokunulmazlık ve bağımsızlıklardan ne suretle yararlanacağı hususunun 09.12.1931 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ve ayrıca ülkemizin de tarafı bulunduğu iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde düzenlendiği, bunlardan 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 31 ve 37/2. maddelerindeki düzenlemeye göre, misyonun idari ve teknik kadroya dahil üyelerinin, kabul eden Devletin vatandaşı olmamak veya daimi surette orada mukim bulunmak şartıyla ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanacakları, bu durumdaki kişiler hakkında mensubu buldukları Devlet tarafından kovuşturma yapılabileceği, incelenen olayda Fransa Büyükelçiliği'nde idari ve teknik kadroda görev yapan Fransa vatandaşı Jean Marie'nin imtiyazdan yararlandığı ve Türk Ceza Yargısı'ndan bağımsız bulunduğu gözetilmeksizin, aracılıyla seyir halindeyken trafik kazası sonucu taksirle yaralamaya sebebiyet verdiği iddiası ile açılan davada kovuşturma şartı gerçekleşmediği halde davaya devamla yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırı olduğundan, bu hususa ilişkin kanun yararına bozma isteminin kabulü gerekmektedir. ... // ... Diplomatik dokunulmazlığı bulunan Jean Marie'nin CEZASININ KALDIRILMASINA, hakkında açılan ceza davasının CMK'nun 223/8. maddesi ve fıkrası uyarınca DÜŞÜRÜLMESİNE, karar verildi" (9. CD., 15.07.2009, E. 2009-8823/K. 2009-8685, www.kazanci.com. Erişim tarihi: 25.07.2011).

hakaret suçu teşkil eden sözlerinden dolayı bir milletvekili kişisel cezasızlık nedeni olarak yasama sorumsuzluğundan yararlanacağından hakkında ceza verilemeyecektir. Buna karşın kişilik haklarını ihlâl ettiği kişi karşısında milletvekilinin özel hukuk sorumluluğu devam edecektir⁴³.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2009.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.

BLOY, René: *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin 1976.

BLOY, René: "Die Rolle der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe in der Dogmatik und im Gutachten", *JuS* 1993, sh: L 33-36.

EBERT, Udo: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg 2001.

FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Auflage, München 2011.

FREUND, Georg: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg 2009.

FUCHS, Helmut: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Wien-New York 2008.

GROPP, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005.

HAFT, Fritjof: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004.

HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2011.

HEINRICH, Bernd: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart 2010.

HIRSCH, Hans-Joachim: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff (son güncelleme: 01.04.1994)*, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, Berlin 2003.

⁴³ Aynı yönde bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, (3), sh: 99. Aksi görüş için bkz. **ZAFER**, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, sh: 89.

JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-New York 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.

KANGAL, Zeynel T.: "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, Baden-Baden 2010, sh: 335-361.

KINDHÄUSER, Urs: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden 2009.

KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band I (§§1-145d)*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010. [Kısaltma: **NK-StGB (PAEFFGEN)**].

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara 2010.

KREY, Volker/ESSER, Robert: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart 2011.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2008.

KÜHL, Kristian: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008.

LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8. Auflage, Heidelberg 1992.

ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2005.

ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2010.

ROXIN, Claus: "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen", *JuS* 1988, sh: 425-433.

ROXIN, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006.

RÖNNAU, Thomas: *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Band: 2, Berlin 2006.

SCHMIDT, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen 2010.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München 2010.

SEELMANN, Kurt: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Basel 2009.

STRATENWERTH, Günter: *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Auflage, Bern 2005.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Auflage, München 2011.

TRIFFTERER, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Wien-New York 1994.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2011.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 39. Auflage, Heidelberg 2009.

ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2010.

ZIESCHANG, Frank: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Stuttgart 2009.

Avrupa Birliği Vatandaşları İçin Öngörülen Diplomatik Himayenin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

Gökhan GÜNEYSU*

Özet

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Andlaşma'nın (ABİHA) 23. maddesi, tüm AB vatandaşlarına sağlanacak olan bir himayeden bahsetmektedir. Bu himayenin gerçek mahiyetinin ne olduğu, uluslararası hukuktaki klasik diplomatik himaye ile olan benzerlikleri ve bu kurumdan farklı olan yönleri bu çalışmada ele alınacaktır. Bizim düşüncemize göre, bu madde ile bir "konsolosluk yardımı" hakkı topluluk vatandaşlarına tanınmaktadır. Burada diplomatik himayeden bahsetmek ise mümkün değildir. Bununla beraber, diplomatik himayeden farklı olarak, bu himayeye bireysel bir hak olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: AB Vatandaşlığı, Diplomatik Himaye, Yerel Başvuru Yollarının Tüketilmesi, Vatandaşlık, Uluslararası Hukuk

Abstract

With its 23. Article, Treaty on The Functioning of the European Union (TFEU) stipulates that a protection by the diplomatic and consular staff of member states be provided to non-national EU citizens. We will try to elaborate on the scope and real nature of this protection and compare it with the diplomatic protection. We are of the opinion that this protection is essen-

* Öğr. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.